

**DIE SIVIELE APPÈLHOF EN DIE RAAD VAN JUSTISIE,
HOFSTUKKE EN UITSPRAKE
WAT BETREKKING HET OP SIVIELE SAKE,
1806 - 1827:**

**'N EVALUERING VAN *CAPITA SELECTA*
UIT BEPAALDE GEBIEDE VAN
DIE REG AAN DIE KAAP**

G.G. Visagie, L.F. van Huyssteen,
C.R. de Beer, N.J.J. Olivier, W. du Plessis,
J.Th. de Smidt en H.C. Gall

DIE KAAPSE REGSPRAAK-PROJEK

DIE SIVIELE APPÈLHOF
EN DIE
RAAD VAN JUSTISIE,
HOFSTUKKE EN UITSPRAKE
WAT BETREKKING HET OP SIVIELE SAKE,
1806 - 1827:

'N EVALUERING VAN
CAPITA SELECTA
UIT BEPAALDE GEBIEDE
VAN DIE REG AAN DIE KAAP

Finale Verslag, 1992

DIE KAAPSE REGSPRAAK-PROJEK

MEDEWERKERS

Universiteit van Wes-Kaapland

Prof. G.G. Visagie, Ph.D., M.A., LL.D. (Kaapstad). Professor in die Handelsreg, Universiteit van Wes-Kaapland. Projekleier.

Prof. L.F. van Huyssteen, B.A., LL.B. (Stellenbosch), Docts. Iuris. (Leiden), LL.D. (Kaapstad). Professor in die Privaatreg, Universiteit van Wes-Kaapland.

Prof. P.J. van der Merwe, B.A. (Pretoria), LL.B. (Stellenbosch), LL.D. (Wes-Kaapland). Professor in die Privaatreg, Universiteit van Wes-Kaapland tot Junie 1988. Medewerker tot Junie 1988.

Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys

Prof. C.R. de Beer, B. Iuris., LL.B. (Potchefstroom), LL.M. (Randse Afrikaanse Universiteit), Docts. Iuris., LL.D. (Leiden). Dekaan, Fakulteit Regsgeleerdheid, Professor in die Handelsreg, Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys (tot 1992).

Prof. N.J.J. Olivier, M.A., LL.B., B.Phil. (Potchefstroom), Docts. Iuris., LL.D. (Leiden). Professor in die Romeinse Reg en Regspluralisme, Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys.

Prof. W. du Plessis, B. Iuris., LL.B., LL.D. (Potchefstroom). Professor in die Romeinse Reg en Regspluralisme, Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys.

Universiteit van Leiden

Prof. Mr. J.Th. de Smidt. Professor, Oud-Vaderlands Recht, Leiden, sowel as Buitengewone Hoogleraar aan die Universiteit van Amsterdam (emeritaat op 1989-01-01).

Dr. H.C. Gall, Universiteit van Leiden.

VOORWOORD

Dank word uitgespreek teenoor prof. J.Th. de Smidt van die Universiteit van Leiden vir sy visie, inspirasie en hulp oor die jare heen. Eweneens dank aan mnr. S.J. Schoeman en dr. C de Wet, Staatsargief, Kaapstad, en die Argiefpersoneel vir hul hulp en bystand en aan dr. Heleen Gall, Leiden, vir haar bereidwilligheid om te alle tye behulpsaam te wees.

Die Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys word ook hiermee bedank vir die beskikbaarstel van rekenaargeriewe en die betrokke Department vir hulp verleen in die vasstel en uitwerk van die rekenaarmetodologie.

Die aandag word daarop gevestig dat die Raad van Justisie-ontsluiting en die Appèlhof-ontsluiting, wat beide reeds afgehandel en goedgekeur is, eintlik 'n eenheid vorm met die evaluering van dié bronne. Dit word beoog om dié drie fases saam te publiseer.

Die uitgangspunt met die skryf van die verslag was wesenlik soos voorgestel in *SWO 1, Nagraadse Beurse en Toekennings vir Studie en Navorsing in die Geesteswetenskappe*, 1 April 1991, par 1.8.2, 7 ff. Daar word ook voldoen aan die jongste prosedures wat gevolg moet word met betrekking tot 'n navorsingsverslag in 'n $\pm 1\ 000$ woord-opsomming van die bevindinge en 'n finansiële staat.

Geldelike bystand gelewer deur die Sentrum vir Wetenskapontwikkeling vir hierdie navorsing word hiermee met groot dank erken. Menings uitgespreek en gevolgtrekkings waartoe geraak is, is dié van die outeurs en moet nie noodwendig aan die Sentrum vir Wetenskapontwikkeling toegeskryf word nie.

G.G. Visagie

L.F. van Huyssteen

C.R. de Beer

N.J.J. Olivier

W. du Plessis

J.Th. de Smidt

H.C. Gall

Kaapstad/Potchefstroom/Leiden

7 November 1992

INHOUDSOPGAWE

VOORWOORD

- A. INLEIDING
- B. 'N EVALUERING VAN *CAPITA SELECTA* UIT BEPAALDE GEBIEDE VAN DIE REG AAN DIE KAAP
- C. 'N EVALUERING VAN SOMMIGE ALGEMENE BEGINSELS VAN DIE MATERIËLE KONTRAKTEREG WAT AAN DIE KAAP TOEGEPAS IS TUSSEN 1806 EN 1827
- D. WISSELREG AAN DIE KAAP, 1807 - 1829
- E. ASPEKTE VAN DIE ROMEINSE REG AAN DIE KAAP SOOS TOEGEPAS MET BETREKKING TOT SLAWE
- F. WEESKAMER
- G. ERFREG
- H. ONREGMATIGE DAAD
- I. ENKELE SAKEREGTELIKE ASPEKTE MET BETREKKING TOT GROND
- J. VERLOOP VAN DIE PROSES
- K. SAMEVATTENDE OORSIG VAN DIE AANWENDING VAN BRONNE
- L. OORKOEPELENDE EVALUERINGSTUDIE

A. INLEIDING

1. Die ontsluitingsproses het oor twee fases, wat reeds afgehandel en goedgekeur is, geskied:

Fase 1: Appèlhofuitsprake van 1806 - 1827:

'n volledige drukstuk bestaande uit 'n onderwerplys volgens onderwerp;

'n onderwerplys volgens kode;

'n onderwerpregister;

'n lys volgens saaktitel;

'n lys volgens jaartal en 'n lys volgens rekordnommer.

Fase 2: Die Raad van Justisie, Hofstukke en Uitsprake wat betrekking het op Siviele Sake, 1806 - 1827.

Die rede waarom daar besluit is om die reg wat van toepassing aan die Kaap was te evalueer, is gesetel in die talle vrae wat daar in dié verband bestaan, *inter alia*: welke reg was van toepassing aan die Kaap; die omvang, indien enige, van Engelsregtelike beïnvloeding; welke reg was van toepassing op slawe; die rol wat billikheid en redelikheid in die reg gespeel het; die rol vervul deur wetgewing vanuit die Nederlande en Oosterse gebiede, ensovoorts. Hierdie evaluering het geskied met betrekking tot geselekteerde regsgebiede en ter bevordering van interne sowel as eksterne regsgeeskiedkundige kennis.

Met voltooiing van bogenoemde twee ontsluitingsfases is daar oorgegaan tot evaluering (die derde fase). Die evalueringsfase is vir vier jaar beplan en sou wesenlik die volgende insluit: die Kontraktereg, die Romeinse Reg, die Handelsreg, die Onregmatige Daad, die Sakereg en/of ander gebiede van die reg, Publiekereg, verdere *Capita Selecta* uit die reg en 'n oorkoepelende evaluering. Finansiering kon egter net vir drie jaar bekom word en goedkeuring is vir die volgende aanpassings verkry:

"3.1 'n Algemene indeling soos 'verdere *capita* uit die reg' kan met veiligheid uitgelaat word.

3.2 Die klem kan laat val word op *capita selecta* uit die indelings wat gemaak is. Hier sal daar steeds waar moontlik en doenlik, 'n kort bespreking van die betrokke indeling wees, maar die klem sal laat val word op evaluering m.b.t. *capita selecta* uit die indelings.

3.3 Sekere indelings kan oorsigtelik behandel word."

2. Die evaluering het geskied ingevolge die ontsluitingsmetodologie wat deur die projektele bepaal is. Die ontsluitingsproblematiek, veral die gebrek aan 'n ontsluitingsmetodiek en die ontsaglike omvang van die taak, en die bepaling van 'n ontsluitingsmetodologie en ontsluitingsfilosofie is reeds volledig uiteengesit in die 1989-Verslag: *Die Raad van Justisie, Hofstukke en Uitsprake wat betrekking het op Siviele Sake, 1806 - 1827*, 5-38.

In die evalueringsproses is daar gepoog om die klem deurgaans te laat val op leidende sake. Leidende sake hou, onder andere, verband met die sentrale gedagtegang, waarna reeds verwys is, historiese gebeure destyds, hedendaagse regsprobleemgebiede of soos mag blyk uit die omstandighede van die saak self, byvoorbeeld uit die argumente van die regsverteenwoordigers en die bronne wat aangehaal word. Ook nie-leidende sake verdien soms die aandag, byvoorbeeld waar sekere regstendense aangetoon word. 'n Aspek van die geldende regsproses, naamlik dat die houe nie redes vir hulle vonnisse verstrek het nie, het die evalueringsproses bemoeilik. Die gevolg is dat enige gevolgtrekking oor die reg aan die Kaap noodwendig by wyse van afleiding gemaak moet word. In die lig van die volledigheid van die prosesstukke en ander dokumente kan betroubare afleidings waarskynlik gemaak word.

3. Die Kaapse regspraak van 1806 tot 1827 kon nie *in vacuo* beskou word nie, want die reg is onlosmaakbaar van die regsinstelling. Regspraak vind eweneens in 'n bepaalde gemeenskap plaas. Navorsing op beide terreine moes gedoen word en is inderdaad deur een van die projektele, dr P J van der Merwe, gedoen.

Navorsing is dus gedoen met betrekking tot:

Regspiegling en Reg aan die Kaap, 1652 - 1806

Die Tweede Britse Besetting:

Veranderings:

Die instel van 'n Siviele Appèlhof
Die instel van 'n Kriminele Appèlhof
Die Raad van Justisie
Die Rondgaande Howe
Huweliksaangeleenthede
Die Amp van Fiskaal
Die Boedelkamer

Die 1819-Kroonverhoor

Verwikkellinge gedurende die twintigerjare van die negentiende eeu:

Litigasie wat die regsweese beïnvloed het
Verengelsing aan die Kaap
Die filantropie, slawe en andere en die Kriminele reg
Die Britse Setlaars van 1820
Die beweging ten gunste van politieke hervorming
Die stryd om 'n vry pers

Die Regstelsel aan die Kaap by die koms van die Kommissaris van Onderzoek

Die Kommissaris van Onderzoek

Die Regsoktrooi van 1827

Die Regsoktrooi van 1832

4. Die navorsing wat tydens fases 1 en 2 van die Kaapse Regspraak-projek gedoen is en die inligting wat ontsluit is, het stimulerende gebied en direkte aanleiding gegee tot 'n wye omvang van publikasies, tesse en kongresvoordragte deur die medewerkers van die projek en andere. In sommige van die navorsingsuitsette is onderwerpe van die substantiewe reg behandel, in sommige is bydraes tot die ontsluitingsmetodologie gemaak en in ander weer is verkennende evalueringe gedoen.

Hier volg 'n lys van die gemelde navorsingsuitsette:

Artikels: G G Visagie, "The law applied at the Cape from 1652 to 1828", *Miscellanea Forensia Historica*, 1988, 325 ff.

L F van Huyssteen, "Kaapse Strafrechtspraak vanaf ongeveer 1807 - 1827: 'n voorlopige evaluering", *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 1989.

D Visser, "The Role of Roman Law in the Punishment of Slaves at the Cape of Good Hope under Dutch Rule", gepubliseer te word in *Festschrift für Felix Wubbe*, Fribourg, Suisse, Januarie 1993.

Tesis: P J van der Merwe, *Regsinstellings en die Reg aan die Kaap van 1806 tot 1834*, 1984, LL.D.-verhandeling, Universiteit van Wes-Kaapland.

M Sulaiman, *Die Onregmatige Daad aan die Kaap*, LL.D.-verhandeling, Universiteit van Wes-Kaapland (in voorbereiding).

C R de Beer, *Aspekte van die Regsposisie van Slawe aan die Kaap*, LL.M.-verhandeling, Universiteit van Wes-Kaapland (reeds voorgelê vir eksaminering, 1992).

Voordragte en samesprekings:

Voordragte is gehou by konferensies, simposia en samesprekings te Leiden, Amsterdam, Utrecht, Leuven, Nijmegen, Brussel, Tilburg, Wes-Kaapland, Durban, Pretoria, Potchefstroom en Kaapstad (1986 - 1992).

Ander: P J van der Merwe, *Lys van Registers in die Argief, Kaapstad, wat betrekking het op die Regswese* (met toepaslike kommentaar).

C R de Beer en N J J Olivier, *Ontsluitingsleutel van die CJ-Register, 1807 - 1827*.

Prof J Th de Smidt, *Biblioteek van die Raad van Justisie* (in voorbereiding).

Databasis: CA, *Appèlhof*, rekenaardrukstukke.

CJ, *Raad van Justisie*, rekenaardrukstukke.

B. 'N EVALUERING
VAN *CAPITA SELECTA*
UIT BEPAALDE GEBIEDE
VAN DIE REG AAN DIE KAAP

Inleiding

Evaluerings van die volgende gebiede in die reg verskyn hierna:

Kontraktereg

Wisselreg

Romeinse Reg m b t slawe

Die Weeskamer

Erfreg

Onregmatige Daad

Sakereg

Siviele Prosesreg

Die gemelde regsgebiede word evalueer by wyse van *capita selecta* wat belangrike en moontlik omstrede reëls en beginsels dek. Die afdeling oor die Weeskamer is 'n uitsondering, aangesien dit 'n volledige ontsluiting en evaluering van 'n besondere regsinstelling is.

Die evaluerings word gevolg deur 'n samevattende oorsig van die aanwending van die bronnemateriaal wat evalueer is. Ten slotte volg daar 'n oorkoepelende evalueringstudie.

C. 'N EVALUERING VAN SOMMIGE ALGEMENE BEGINSELS VAN DIE MATERIËLE KONTRAKTEREG WAT AAN DIE KAAP TOEGEPAS IS TUSSEN 1806 EN 1827

1. BRONNE EN METODOLOGIE

1.1 Sekondêre bronne

Alhoewel sekondêre bronne soos Nathan, *The Common Law of South Africa* (1904); Wessels, *The History of the Roman-Dutch Law* (1908); Visagie, *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* (1969); Van der Merwe, *Regsinstellings en die Reg aan die Kaap van 1806 - 1834*, (LL D-verhandeling, 1984) en die artikels van Botha in die *South African Law Journal* vanaf 1913, waardevolle agtergrond-inligting verskaf, werp die sekondêre bronne geen direkte lig op die onderwerp nie.

1.2 Primêre bronne

1.2.1 Primêre bronne, behalwe beslissings van die Raad van Justisie en die Hof van Appèl.

Die volgende primêre bronne in hierdie kategorie is nagegaan:¹ Theal, *Records of the Cape Colony; Kaapse Plakkaatboek*, persklaar gemaak deur Jeffreys en Naude (1944 - 1951); *Indiese Plakkaat-boeke; Groot Plakkaat-boek*; Van der Chijs, *Nederlandsch-Indisch Plakkaatboek* (1885 -

¹

Die statute van Holland wat volgens vermoede aan die Kaap gegeld het, is nie nagegaan nie. Om dit in die algemeen te doen, sou 'n onbegonne taak wees; vir sover egter as wat ek spesifiek verwysings na sodanige wetgewing kon opspoor, is dit in ag geneem.

1891); alle tersaaklike argiefregisters (vgl bylae 1, Visagie, Van Huyssteen *et al*, *Die Raad van Justisie, Hofstukke en Uitsprake wat betrekking het op Siviele Sake, 1806 - 1827*, Verslag 1989); *Statutes of the Cape of Good Hope 1652 - 1886*, red Foster *et al*.

Uit die oorsig van gemelde bronne blyk dat (soos ook te verwagte is) daar min wetgewing was wat die materiële kontraktereg, hetsy direk of indirek, tot 'n belangrike mate geraak het. Voorbeelde van die wetgewing wat daar wél was, is die volgende: 'n verbod op loterye, die reëling van openbare veilings, 'n verbod op Sondaghandel (proklamasie van Cradock van 21/5/1813) en bepalings in verband met vakleerlingskappe (proklamasie van Somerset van 26/6/1818).

Alhoewel daar in die verslag van die Kommisaris oor die geregshowe (Theal, *Records of the Cape Colony*, Vol 28, 10) geen verwysings direk na die materiële kontraktereg te vind is nie, dien die volgende stelling tog spesifiek vermeld te word:

"The distinction between the jurisdictions of Courts of Law and Equity appears to form a part of the Law of Holland, but has not led to any corresponding separation of the Courts; causes or actions 'of extended Right' and actions of right narrowly considered being equally within the jurisdiction of the same Courts."

Die gevolgtrekking dat die Kaapse howe as deel van hulle gewone werksaamhede "equity" (billikheid) toegepas het, is inderdaad korrek² soos uit die bespreking hierna sal blyk.

1.2.2 Die beslissings van die Raad van Justisie

Rekenaardrukstukke van alle onderwerpe wat verband hou met die **algemene beginsels** van die kontraktereg is verkry - sewe en twintig onderwerpe is uit die databasis onttrek. (Vir die volledige lys van alle trefwoorde sien bylaag 6, Visagie, Van Huyssteen *et al*, *Die Raad van*

²

Nieteenstaande bevat die verslag voorstelle vir die instelling van 'n hof van Equity (*loc cit* 19).

Justisie, Hofstukke en Uitsprake wat betrekking het op Siviele Sake, 1806 - 1827.)

Die inligting in verband met elke saak wat op die drukstukke verskyn het, is noukeurig bestudeer met die oog op die uitsoek van **leidende sake** (vir die maatstawwe wat aangewend is in die seleksie van sodanige sake sien die algemene deel van die verslag hierbo) op die gebied van 'n aantal belangrike reëls en beginsels van die kontraktereg.

In hierdie proses is 'n paar honderd sake in oënskou geneem. Waar relevant is ook kennis geneem van appèluitsprake in sekere sake.

2. ALGEMENE AGTERGROND

Die algemene trefwoord "Kontraktereg" (kode 200) het, relatief gesproke, dikwels in die sake wat deur die Raad van Justisie beslis is, voorgekom, naamlik in 129 sake wat 2.6 % van die totale aantal sake wat ontsluit is, verteenwoordig. (Sake wat gehandel het oor die siviele prosesreg en gelijkwideerde skuldvorderinge het baie meer voorgekom.) Sake wat spesifiek oor die koopkontrak (kode 216 en 217) handel, het ook meer dikwels voorgekom (139, 2.8 %). Waarskynlik al die sake in hierdie kategorie wat van belang is vir die evaluering van die algemene beginsels is in ag geneem.

Die feit dat in 37 van die 129 "Kontraktereg"-sake (29 %) na gesag verwys is, bevestig die algemene afleiding dat die vlak van aanbieding en argumentering van sake, en gevolglik ook waarskynlik die uitspraak self, van hoë gehalte was. (Vgl hieronder.)

Daar is ongeveer sestig verwysings na die Romeinse reg, waarvan by verre die meeste na die *Digesta* is. In geen saak is na skrywers van die Middeleeue verwys nie - onder andere omdat daar waarskynlik geen of weinig werke van dié skrywers aan die Kaap beskikbaar was (vgl die lys van gedrukte boeke in die besit van die Raad van Justisie volgens die 1793 inventaris - bylaag III, *Visagie, Regspiegeling en Reg aan die Kaap* 120).

Daar is ongeveer sewentig verwysings na die skrywers oor die Romeins-Hollandse reg, waarvan die meeste na De Groot se *Inleiding* en Voet se *Commentarius ad Pandectas* is. Van Leeuwen, *Het Roomsche Hollandsche Recht*, word die derde meeste na verwys. Die ander verwysings is na bekende skrywers soos Bynkershoek, Huber, Sande, Merula en Noodt. Daar is slegs een verwysing na Nederlandse wetgewing, en dit is na die *Statute van Nederland, "slaven"*.

Die feit dat daar nie beduidend minder dikwels na die Romeinse reg as na die Romeins-Hollandse reg verwys word nie, neig om die afleiding te bevestig dat die Romeinse reg hand aan hand met die Romeins-Hollandse reg toegepas is, en meer as net 'n subsidiêre rol gespeel het (vgl Visagie, "The Law Applied at the Cape from 1652 to 1828", *Miscellanea Forensia Historica* (1988)).

Dit is interessant, in die lig van al die omstandighede wat aan die Kaap geheers het, dat daar slegs drie verwysings na die Engelse reg is, nl na Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Abbot (*Shipping*) en Marshall (*Insurance*). Was die invloed van die Engelse reg so groot soos algemeen gedink word?

Daar is slegs vyftien verwysings na ander Europese skrywers, die meeste waarvan na die verskillende werke van Pothier is. Die Romeins-Hollandse skrywers self, waar hulle met die kontraktereg handel, verwys ook nie dikwels na skrywers buite die Nederlande nie en indien dit gebeur, word waarskynlik die meeste na Pothier verwys. Vir sover aanvaar kan word dat die Romeins-Hollandse skrywers eksponente van die *ius commune* was, doen hierdie feit nie afbreuk aan die moontlike afleiding dat die *ius commune* ook aan die Kaap gegeld het nie.

Daar is sewe verwysings na Kaapse en Bataviese wetgewing, meestal in verband met slawe.

3. EVALUERING VAN DIE KAAPSE REGSPRAAK MET BETREKKING TOT SEKERE BEGINSELS EN REËLS VAN DIE MATERIËLE KONTRAKTEREG

3.1 Inleiding

Vir die doeleindes van die verslag, en moontlik ter staving van die bevindinge en afleidings wat in die oorkoepelende deel van die verslag gemaak is, is 'n paar basiese beginsels van die huidige kontraktereg geselekteer met die doel om vas te stel in hoe 'n mate die reg soos wat dit in die onderhawige tydperk aan die Kaap toegepas is, vergelyk met die moderne reg op die betrokke punte.

Ook is gepoog om die Kaapse praktyk met die reg soos wat dit vroëer in die Nederlande, en veral in Holland, gegeld het te vergelyk. Hierdie aspek sal egter slegs pertinent gemeld word indien daar afwykings is wat die moeite werd is om te noem. In hierdie verband sal moontlike Engelse beïnvloeding natuurlik belangrik wees.

Daar word ook spesifieke aandag geskenk aan die moontlike toepassing aan die Kaap van regsbegrippe soos goeie trou, redelikheid en billikheid - veral omdat hierdie begrippe, alhoewel vir eeue reeds bekend in ons gemeenereg, vir 'n tyd lank in ons regsontwikkeling en regspraktyk (met uitsonderinge) nie toegepas is nie. Dit is eers sedert die onlangse verlede dat hierdie begrippe weer 'n rol begin speel het in die lewende Suid-Afrikaanse kontraktereg.

3.2 Die Grondslag van die kontrak

3.2.1 Wilsooreenstemming en *iusta causa*

Soos te verwagte, is daar met betrekking tot die grondslag van die kontrak nie sake waarin daar uitvoerige bespreking van teorieë van kontraktuele gebondenheid te vinde is nie. Dit is, sover ek kan vasstel, algemeen aanvaar dat wilsooreenstemming met die bedoeling om gebonde te wees 'n kontrak

tot stand bring (of daar eers van "kontrak" gepraat kan word as die ander geldigheidsvereistes, soos byvoorbeeld geoorlooftheid, nagekom is, kom nêrens aan die orde nie) en dat onderhandelinge sonder dat so 'n bedoeling gevorm is nie op 'n kontrak uitloop nie. *T T Harrington v G Sturt* (1821) CJ 1764 244 (30/7/1821) is 'n goeie voorbeeld van 'n saak waaruit bogenoemde benadering blyk. (Vir 'n voorbeeld van 'n soortgelyke saak in die hedendaagse praktyk sien *Pitout v North Cape Livestock Co-operative Ltd* 1977 (4) SA 842 (A).) In die *Harrington*-saak het die verweer daarop berus dat daar geen bedoeling om gebonde te wees gevorm was nie, en dat onderhandelinge wat deur die partye gevoer is, nie op 'n kontrak uitloop het nie.

Die Raad van Justisie het bevind dat daar wel 'n kontrak tot stand gekom het en het die verweerder beveel om sy verpligtinge na te kom (CJ 942 297-299).

Die begrippe *iusta causa*, "redelike oorzaak" en die betekenis daarvan, en of die Engelse leerstuk van "valuable consideration" 'n ontstaansvereiste vir 'n kontrak is, kom nie in die Kaapse sake van die onderhawige tyd aan die orde nie. Die sake waarin die term *iusta causa* gebruik word, het nie te doen met kontraksluiting nie - sien bv *Johnstone v Heckeroot* (1808) CJ 1469 865 (25/8/1808) waar die term *iusta causa debiti* vir doeleindes van namptissement bloot na die regmatig verskuldigde bedrag verwys en *Morkel v Laubscher* (1812) CJ 1546 1 (23/9/1812) wat met eiendoms-oorgang te doen het.

Dit kan dus afgelei word dat in die praktyk tot 1827 die howe gewoon aanvaar het dat ooreenstemmende wilsuitinge met die bedoeling om gebonde te wees voldoende is, en dat die Engelse leerstuk van "valuable consideration" nog nie deel van ons reg geword het nie. Dit vergelyk met die posisie net na die invoering van die Regsoktrooi in 1828 - sien byvoorbeeld *Louisa v Van den Berg* (1830) 1 M 471; *Jacobson v Norton* (1841) 2 M 218.

3.2.2 Dwaling en bedrog

'n Oorsig van die relevante sake toon dat daar, ten spyte van wat hierbo gesê is, onsekerheid in die praktyk bestaan het oor die uitwerking van dwaling, dwaling in die beweegrede en bedrog. Dit wil voorkom asof die oorsaak van die onsekerheid (soos hedendaags ook maar - vgl *Trollip v Jordaan* 1961 (1) SA 238 (A)) veral geleë is in feit dat die begrippe nie in die praktyk duidelik onderskei word nie.

Die saak van *J C Vogel (wed J W Zulch) v P Wagener* (1810) CJ 1498 304 (11/1/1810) bied myns insiens 'n goeie illustrasie van gemelde onsekerheid. Eiseres het 'n eis om terugbetaling van 'n onverskuldigde bedrag van 281 riksdalders plus koste ingestel, synde geld wat ingevolge 'n ongeldige borgakte betaal is. Sy het beweer dat sy die borgakte geteken het met die bedoeling om slegs 'n medeborg te wees saam met 'n ander, en nie die enigste borg nie. Die skuldeiser was skynbaar van mening dat eiseres haar as enigste borg verbind het, en het die volle bedrag (562 riksdalders) aangevra, wat per abuis deur die eiseres betaal is. Advokaat Van Burmania het namens eiseres spesifiek in die besonderhede van eis daarop gesteun dat die ooreenkoms geen regsgeldigheid gehad het vanweë die onsekerheid en dwaling nie. In sy repliek egter meld hy dat dwaling en misverstand, **sowel as bedrog en misleiding**, die ooreenkoms "carrueren", waarmee hy bedoel dat geen regsgeldige kontrak tot stand kom nie (para 68 - 72). Ook beroep hy hom op D 4 3 1 (*de dolo malo*).

Advokaat Denyssen vir die verweerder het bloot argumenteer dat eiseres volledig op die borgakte aanspreeklik was, en in sy dupliek, dat daar geen feitegrondslag was om 'n bewering van bedrog te staaf nie. Daar is geen gewag gemaak van moontlike gronde vir gebondenheid ten spyte van die beweerde *dissensus* nie.

Die Raad van Justisie (CJ 926 57-58) wys die eis met koste af. Die hof het bestaan uit die volgende lede: Van Ryneveld, Matthiesen, Strubberg, Fleck, Diemel en Hiddingh.

Alhoewel hier dus op die feite redelik duidelik 'n geval van wesenlike dwaling was, is eiseres tog gebonde gehou. Dit is baie moeilik om enige afleidings te maak oor wat die moontlike grondslag vir die beslissing was. Miskien is dit maar net aanvaar (soos ook die neiging steeds is, vgl Joubert, *General Principles of the Law of Contract* (1987) 85 n 110) dat iemand wat 'n dokument onderteken het, ten spyte van dwaling, gebonde is.

In die sake wat in oënskou geneem is, is geen verwysing na die bekende Romeinsregtelike klassifikasies van dwaling (*error in persona*, *error in negotio*, *error in corpore* en *error in substantia sive materia*) gevind nie. Of hierdie onderskeidings 'n belangrike rol in die Kaapse praktyk gespeel het, is dus te betwyfel.

Wat betref die uitwerking van bedrog op die bestaan of voortbestaan van 'n kontrak, kan miskien afgelei word dat, minstens in die geval van *dolus dans causam contractui* en in die geval van 'n *negotia bona fidei*, in die Kaapse praktyk die standpunt ingeneem is dat 'n kontrak **nietig** is en nie vernietigbaar nie. Dit is interessant aangesien dit voorkom asof die meeste Romeins-Hollandse skrywers die standpunt inneem dat in die algemeen die kontrak in gevalle van bedrog slegs **vernietigbaar** en nie nietig is nie (vgl Joubert, *op cit* 91; De Wet en Van Wyk, *Kontraktereg en Handelsreg* (1992) 42-43; Zimmermann, *The Law of Obligations* (1990) 670 *et seq*).

In *F Muller v J G van Helsdingen* (1817) CJ 1634 100 (22/5/1817) is 'n eis om skadevergoeding vanweë 'n gebrek in 'n slavin ingestel, saam met 'n eis dat die slavin deur die verkoper teruggeneem moes word. Die aedilisiese aksies het reeds verjaar en kon dus nie aangewend word nie. Die advokaat vir die koper, adv J A Truter, het aangevoer dat *error* en *dolus* "alle contracten van goede trouw van den begin af aan vitieeren en te niete doen" (para 39 van die besonderhede van eis) en dat die *actio doli* beskikbaar is vir 'n eis om skadevergoeding. Die eis is toegestaan (CJ 2231 404-405) en op appèl gehandhaaf (GH 48/1/1 290).

Die saak van *J F Haushamer v H de Klerk* (1810) CJ 1500 206 (22/3/1810) is 'n nóg duideliker voorbeeld as pas genoemde saak van die benadering wat hierbo vermeld is. In hierdie saak is 'n eis om terugbetaling van die koopprys van 'n slaaf (750 riksdaalders) en rente geëis. Die eiser het beweer dat die verweerder aan bedrog skuldig was, deurdat hy versuim het om te openbaar dat die slaaf nie sy eiendom was nie en bekend was as 'n droster. In die repliek word dit deur eiser se advokaat, Van Burmania, beklemtoon dat "het lyd geen tegenspraak dat koop op bedrog en misleiding gegrond, onbestaanbaar en als geen recissie van noden hebbende, maar als ipso jure vervallende moet worden aangemerkt" (214-216). Benewens hierdie submissies is aangeleenthede soos latente gebreke, die aedilisiese aksies en die verjaringstermyne van die aksies volgens die Romeinse reg en die Statute van Indië in die pleitstukke te berde gebring.

Die verweer teen die eis was hoofsaaklik gegrond op 'n feitelike ontkenning van bedrog, sowel as die argument dat die geneigdheid van 'n slaaf om te dros in elk geval nie 'n ageerbare gebrek is nie.

Die Raad van Justisie (Van Ryneveld, Matthiesen, Strubberg, Fleck, Truter, Diemel en Hiddingh) het die eis met koste afgewys (CJ 926 276-277).

3.3 Die uitvoer en afdwing van kontraktuele verpligtinge

3.3.1 Goeie trou, redelikheid en billikheid

Alhoewel die regspraktisyns aan die Kaap dikwels in die algemeen en as welluidende hulpargument verwys na die goeie trou, redelikheid en billikheid as faktore wat deur die hof in ag geneem moet word by die beoordeling van die inhoud van 'n kontrak of die afdwing daarvan (vgl bv *Van Niekerken v Horak* (1823) CJ 1856 56 (21/8/1823); *Hoffman v Tesselaar* (1808) CJ 1467 33 (11/8/1808)), is daar ook voorbeelde van sake waarin hierdie begrippe 'n sentrale rol gespeel het.

Een so 'n saak is *J J Smuts NO v F Mabile* (1825) CJ 1999 37 (26/5/1825). Die eiser in sy hoedanigheid as pakhuismeester en kassier

van die openbare graanmagasyn het spesifieke nakoming van 'n leenkontrak geëis in die vorm van terugbetaling van 100 mud koring.

Die advokaat vir die verweerder, adv J A Truter, het aangevoer dat die kontrakbeding waarop eiser gesteun het sodanig onbillik of benadelend van sy kliënt was dat dit onwettig [ongeoorloofd] was, en in elk geval, al was dit wettig, sou die afdwing daarvan deur die eiser in die omstandighede "een vexe" wees (par 39). Die beding (blykens die feite vervat in 'n soort standaardkontrakvorm) het bepaal dat volgens keuse van die uitlener, die lener óf *in natura* moet teruglewer wat hy geleen het, óf 'n bedrag van 115 riksdalders per vrag moet betaal. Hy voer aan dat die afdwing van die kontrak soos wat dit geëis is, in die omstandighede ongeoorloofde voordeel vir die eiser sou meebring en vir die verweerder onbillik benadelend sou wees, aangesien die openbare Raad wat die graanmagasyn bedryf oorgeenoeëg koring in voorraad gehad het terwyl daar nie op daardie stadium koring beskikbaar was om verweerder in staat te stel om dit vir lewering aan te koop nie.

Die advokaat vir die eiser (met verwysing na Noodt, *Commentarius ad Lib* 12 Tit 1) het beklemtoon dat die kontrak, synde 'n *contractus stricti iuris*, streng volgens die letter afgedwing moet word. In elk geval, is verder aangevoer, was die koringvoorraad wat die Raad op daardie stadium gehad het, minderwaardig en kon verweerder oor 'n lang tydperk koring ingekoop het teen 'n prys van 115 riksdalders per vrag, alhoewel die prys op die stadium toe die eis ingestel is 150 riksdalders per vrag was. Dit is beweer dat die rede vir die versuim om in te koop en te lewer nie verband gehou het met die nie-beschikbaarheid van koring nie, maar met subjektiewe faktore (geldgebrek) in verband met die verweerder.

In sy dupliek maak adv Truter die volgende belangrike submissie, te wete (para 42 *et seq*): die Romeinsregtelike onderskeid tussen *bona fidei* en *stricti iuris*-kontrakte het verval en "... in het hedendaagsch regt niet is aangenomen, doch dat thans de bestaanbaarheid van alle Contracten op gronden van billijkheid word beoordeeld". (Vgl bv die onlangse opmerkings deur Appèlregter Joubert in *Bank of Lisbon and South Africa (Pty) Ltd vs De Ornelas* 1988 3 SA 580 (A)). Een van die toetsstene van billikheid,

word verder aangevoer, is gelykheid tussen die kontraktante en gevolglik moet die hof in die uitoefening van sy diskresie die keuse van prestasie ingevolge die kontrak ten gunste van die verweerder bepaal.

Die Raad van Justisie (Truter, Hiddingh, Bentinck, Neethling, Rogerson, Brand en Nog een) het die eis toegestaan en die verweerder beveel om 100 mud koring te lewer (CJ 2240 515-516). (Vgl die uitslag in die *Bank of Lisbon*-saak hierbo vermeld.)

Dit is in hierdie saak ongelukkig nie moontlik om betroubare spesifieke afleidings te maak oor die redes vir die uitspraak nie - dit kan wees dat die Raad van Justisie van oordeel was dat die kontrak soos dit staan sonder meer afgedwing moet word, en dat dit nie die Raad se funksie was om die uitwerking daarvan op die partye in ag te neem nie; dit is egter net so moontlik dat op die feite (sien die bewerings deur die eiser se advokaat hierbo: veral dat die magasyn minderwaardige koring in voorraad gehad het; dat verweerder teen die prys van 115 riksdaalders kon ingekoop het en dat subjektiewe faktore ter sprake was) die Raad van oordeel was dat die afdwing van die eis nie onwettig (nie teen die openbare belang?) en nie erg onbillik *inter partes* sou wees nie - dit was immers moontlik om koring aan te koop en redelikerwys moet die verweerder die risiko vir prysverhogings dra; veral aangesien die eiser 'n openbare liggaam is. (Vgl die bespreking deur Van Huyssteen en Van der Merwe, 1990 *Stell LR* 244 in verband met die invloed van veranderde omstandighede op die afdwing van kontrakte en die rol van goeie trou in daardie verband.)

Dit kan egter wel gesê word dat die argumentering van die advokate soos wat dit in die pleitstukke voorkom, van hoë gehalte was en ooreenkoms toon met hedendaagse praktyk en akademiese kommentaar. (Vgl die hedendaagse bronne reeds genoem en *Sasfin Pty (Ltd) v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A)); Lubbe, 1990 *Stell LR* 7; Van der Merwe en Lubbe, 1991 *Stell LR* 91; Van der Merwe, Lubbe en van Huyssteen, 1989 *SALJ* 235.)

Net soos in die Romeins-Hollandse reg en die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg (vgl bv Joubert, *Contract* 95) is die *bona fides* in die Kaapse regspraktyk die grondslag vir die plig om gebreke in die *res vendita*

waarvan die verkoper bewus was, bekend te maak. 'n Voorbeeld uit die Kaapse regspraak in hierdie verband is *T Heatley v T Rowles* (1818) CJ 1666 115. In die saak het die koper van 'n slaaf 'n eis om kansellasië op grond van bedrog en versuim om swak kwaliteite van die slaaf te vermeld, ingestel. Op 293 van die stukke word pertinent verwys na die goeie trou in *negotia bonae fidei* in bovermelde verband.

3.3.2 Die *exceptio doli generalis*

Daar is ongelukkig maar min sake waarin die *exceptio doli generalis* direk ter sprake gebring is; die enigste van dié sake wat as 'n leidende saak beskou kan word, is *J D Karnspek v H Hegers* (1827) CJ 2149 420 (26/7/1827). Karnspek het 'n eis om betaling van twee onderhandelste obligasies en 'n skuldbrief teen Hegers ingestel. Adv Cloete, namens Hegers, beroep hom direk op die *exceptio doli generalis* om die eis af te weer (474 *et seq*). Hy voer aan dat in die omstandighede van die saak dit op bedrog sou neerkom vir die eiser om die eis in te stel - alhoewel verweerder die obligasies in persoonlike hoedanigheid geteken het, het eiser geweet dat verweerder nie persoonlik gebonde wou wees nie, maar wel bedoel het om namens 'n maatskappy te teken; verder kan verweerder, na die kennis van eiser, nie lees of skryf nie en is die dokumente met 'n kruis geteken.

Adv Joubert, namens die eiser, beroep hom daarop dat die eis op likiede dokumente berus en dat die verweer van die *exceptio doli generalis* nie van pas is nie. Verder voer hy aan dat 'n verweerder wat hom wil beroep op die *exceptio* die feite waarop dit gegrond is, moet bewys en dat dit *in casu* nie gedoen is nie.

Die Raad van Justisie het die eis toegestaan (CJ 2245 p 215-216). Wat ookal die grondslag vir die bevinding mag wees, lyk dit redelik seker dat die *exceptio doli generalis* as verweer aan die Kaap bekend was en as deel van die reg beskou is. Of die *exceptio doli generalis* enigsins buite sy klassieke toepassingsveld aan die Kaap aangewend is, is hoegenaamd nie duidelik nie - *Karnspek v Hegers* was 'n tipiese geval waar die *exceptio* moontlik toepassing kon vind, naamlik waar eiser wetens 'n eis instel gegrond op

'n formele dokument wat 'n oënskynlike eisorsaak openbaar, terwyl daar regtens geen eisorsaak bestaan nie.

3.3.3 *Laesio enormis*

Soos ook in die geval van die *exceptio doli generalis* is daar nie veel sake waarin *laesio enormis* ter sprake gekom het nie. Die enigste saak wat in hierdie verband vermelding verdien, is *J Clarence v J Fairfax* (1827) CJ 2158 71 (21/11/1827). Clarence het Fairfax gedagvaar vir die betaling van losiesgelde teen 7 riksdaalders per dag. Dit is nie uit die stukke duidelik of dit die ooreengekome tarief was nie en of die partye ooreengekom het dat Fairfax 'n redelike bedrag sou betaal nie.

Die verweer is dat 3 riksdaalders per dag 'n billike tarief is. Dit wil uit die samehang voorkom asof hierdie verweer op *laesio enormis* baseer is, alhoewel dit nie uitdruklik só deur die verweerder se advokaat gestel is nie - eiser se advokaat, in sy repliek, ontken egter dat *laesio enormis* 'n verweer *in casu* sou kon wees aangesien 7 riksdaalders per dag billik is.

Die Raad van Justisie staan die eis toe, maar vir 'n verminderde bedrag (CJ 2245 857). Uit die oogpunt van evaluering is dit jammer dat daar nie meer direkte steun op die leerstuk van *laesio enormis* was nie. Dit is egter belangrik dat die leerstuk in verband met 'n losieskontrak toegepas is - dus 'n uitgebreide toepassing van die leerstuk. Dit kan miskien ook afgelei word dat die leerstuk heel bekend aan die Kaap was uit die feit dat die advokate nie uitgebreid en met groot vertoon van tekste die bestaan, al dan nie, van die leerstuk geargumenteer het nie.

4. GEVOLGTREKKING

Wat die kontraktereg betref, is daar nie gronde om te sê dat 'n Kaapse Romeins-Hollandse reg ontwikkel en gegeld het nie. Daar is geen merkbare Engelse beïnvloeding nie, en die plaaslike wettereg het geen uitwerking op die algemene beginsels wat in oënskou geneem is, gehad nie.

Alle aanduidings is dat die gewone *ius commune* van Wes-Europa, meer in besonder soos dit in die Romeins-Hollandse reg weergegee is, gegeld het. Die verskille wat daar mag wees tussen die Kaapse praktyk en die Romeins-Hollandse reg (vgl 3.2.2 hierbo) weerspieël myns insiens nie 'n fundamentele afwyking nie, maar dit is waarskynlik bloot toe te skryf aan die gewone benaderingsverskille wat bestaan ten opsigte van onsekere reëls en beginsels.

Dit is merkbaar dat *bona fides* 'n begrip is wat in die praktyk aan die Kaap gebruik is (juis omdat kontrakte as *negotiae bona fidei* beskou is) en dat die *exceptio doli generalis* deel van die reg was. Dit is in teenstelling met die posisie in die hedendaagse praktyk. Die gehalte van die aanbieding van sake deur die advokate was in die algemeen hoog.

- L.F. van Huyssteen

D. WISSELREG AAN DIE KAAP, 1807 - 1829

1. INLEIDING

Dit is allerweë bekend dat die Suid-Afrikaanse gemene Reg Romeins-Hollandse Reg is.¹ In hierdie verband verklaar Cowen:²

"When the general body of the Roman-Dutch law was introduced into South Africa from Holland in 1652, and thus became our common law, it had already largely absorbed from the *lex mercatoria* the early customary rules on bills of exchange; and these rules, known as the *wisselrecht*, consequently became operative here."

Vanaf 1652 tot 1887, toe Natal die eerste provinsie geword het om, geskoei op die lees van die Engelse Bills of Exchange Act, 1882, wetgewing oor verhandelbare dokumente aan te neem,³ was die *wisselrecht*, soos mettertyd deur die regspraak aangepas,⁴ die belangrikste bron van die reg⁵ insake verhandelbare dokumente in Suid-Afrika. Die voorbeeld van Natal is in 1893 deur die Kaapprovinsie,⁶ in 1902 deur Transvaal⁷ en

¹ H R Hahlo en E Kahn *The South African Legal System and its Background* 1968 (hierna aangehaal as Hahlo en Kahn *Legal System*) 571-572.

² D V Cowen en L Gering *Cowen on the Law of Negotiable Instruments in South Africa* 1985 Vol 1 (hierna aangehaal as Cowen Vol 1) 132.

³ The Bills of Exchange Law, 1886 (no 8 van 1887).

⁴ Hahlo en Kahn *Legal System* 721, Cowen Vol 1 134.

⁵ Sien in hierdie verband die onderskeiding wat Cowen Vol 1 112-113 maak tussen "legal sources" en "historical sources". Ten aansien van die begrip "law merchant" word soos volg verklaar: "In its medieval form, the law merchant is an historical source of the law of negotiable instruments; but it continues - as a body of contemporary mercantile custom - to play a vital ongoing role as a legal source of the law on the subject."

⁶ Wet no 19 van 1893.

⁷ Proklamasie 11 van 1902.

die Oranje Vrystaat⁸ gevolg met meerdere of mindere afwyking van die Bills of Exchange Act, 1882, as grondteks. Die onderskeie provinsiale wetgewing is sedert die aanvaarding daarvan verskeie kere gewysig en het in 1964 uiteindelik uitgeloop op die Wisselwet, 34 van 1964, wat daarop gerig was om konsolidasie en eenvormigheid in Suid-Afrika teweeg te bring.

Hoewel die *wisselrecht* nie deur die statutêre reëling van verhandelbare dokumente in Suid-Afrika herroep is nie, word die standpunt tans ingeneem dat dit in die praktyk selde nodig is om daarna te verwys.⁹ Dit kan hoofsaaklik toegeskryf word aan die statutêre oorname van die Engelse reg, die voortgesette aanvaarding van die gesag van Engelse hofuitsprake¹⁰ en die veranderde behoeftes in die handelsverkeer.¹¹ Tans is die populêre standpunt dat die *wisselrecht* slegs relevant is ten aansien van die wisselborg, die vereiste van *iusta causa* of *redelike oorzaak* en die verkryging *ex causa onerosa*.¹²

Die regspraak aan die Kaap vir die tydperk 1807 tot 1829 ten aansien van verhandelbare dokumente, word ontleed met die oog daarop om die toepassing van die *wisselrecht*, veral na die permanente oorname van die

⁸ Ordonnansie 28 van 1902.

⁹ Cowen *Vol 1* 134.

¹⁰ Sien *Moti and Co v Cassim's Trustee* 1924 AD 720, 747; *Standard Bank of SA Ltd v Sham Magazine Centre* 1977 (1) SA 484 (A) 502.

¹¹ Sien F R Malan en C R de Beer *Wisselreg en Tjekreg* 1981 (hierna aangehaal as Malan en De Beer) par 20, Cowen *Vol 1* 144-150.

¹² 'n Standpunt ingeneem teen die agtergrond van die benadering soos bevestig deur A R Curlewis in *Estate Liebenberg v Standard Bank of South Africa Ltd* 1927 AD 502, 527:

"I cannot agree that we must regard the law merchant as to Bills of Exchange as having ceased to exist. Any provision of the law merchant which is inconsistent with the provisions of the Statute must of course give way to the latter. The Statute embodies many of the provisions of the law merchant, but where the Statute is silent on a particular point and the law merchant can assist us, I do not think that we are debarred from resorting to the latter."

In hierdie verband moet verder onthou word dat, hoewel die wetgewer op hierdie terrein van die reg ingegryp het, die betrokke wetgewing steeds teen die agtergrond en in ooreenstemming met die geldende regsbeginsels toegepas moet word. Sien by Cowen *Vol 1* 120.

Kaap deur Engeland, vas te stel.¹³ In hierdie verband word veral aandag gegee aan die regsposisie van die wisselborg. Die avalis is in die Hollandse praktyk as 'n afsonderlike party erken, terwyl die Engelse benadering aanspreeklikheid as 'n normale party beoog.¹⁴ Verder word die standpunt ingeneem dat die *wisselrecht*, ten aansien van die regsposisie van die avalis, beduidend in die regspraak gewysig is.¹⁵

Voormelde ontleding word gemaak teen die agtergrond van die volgende:

- Ondanks die feit dat die voortsetting van die geldende reg kragtens die bepalings van die Kapitulاسie-ooreenkomste van 10 en 18 Januarie 1806 in die vooruitsig gestel is, en later bevestig is deur die onderskeie Regsoktrooie van 1827 en 1832, die invloed van die Engelse reg op verskeie terreine van die reg duidelik plaasgevind het.¹⁶ Die mate waarin hierdie beïnvloeding op die *wisselrecht* reeds in hierdie tydperk in die praktyk plaasgevind het, word ont-

¹³ Dit word veral gedoen teen die agtergrond van die standpunt van Cowen *Vol 1* 146 wat hy soos volg formuleer:

"There is no branch of South African law in which the influence of English law has been more marked than that dealing with negotiable instruments. There are several reasons for this ... there was little development of the *wisselrecht* from 1652 to 1806, either in South Africa or in Holland."

¹⁴ Sien die uiteensetting van HR Innes in *Moti and Co v Cassim's Trustee* 1924 AD 720, 728-729. Sien D V Cowen en L Gering Cowan *on the Law of Negotiable Instruments in South Africa* (4e uitgawe 1966) (hierna aangehaal as Cowen *Negotiable Instruments*) 220-221 vir die besondere redes waarom hierdie benadering in die Engelse reg gevolg is.

¹⁵ Cowen *Vol 1* 134 nt 136, Malan en De Beer par 238.

¹⁶ Sien by Hahlo en Kahn *Legal System* 575 - 578, Wessels 1920 *SALJ* 265 ev, Cowen 1959 *Acta Juridica* 3 ev, Vindex 1907 *SALJ* 153-162.

In sy getuienis voor die Colebrook/Bigge kommissie van ondersoek na die regspleging aan die Kaap 6 September 1826 (Theal *Records of the Cape Colony* Vol 33 261-271) verklaar hoofregter Truter (op 267), in antwoord op die vraag of praktisyns toegelaat word om na Engelse gesag te verwys, soos volg:

"They do appeal to those authorities, but we do not consider them as law except in some commercial cases. The Dutch Laws upon these subjects are rather antiquated, but it is considered by the commentators that reference may be made to the laws of other nations in deciding commercial questions. We are also influenced by the circumstance of the greatest part of the commercial questions that come before the court having arisen between English Merchants or out of transactions that have taken place in England."

Sien die volledige verslag by Theal *Records* Vol 28 1-111.

leed. In hierdie verband moet verder nie uit die oog verloor word nie dat beide die *wisselrecht* en die tersaaklike Engelse gemeenregtelike beginsels uit die *lex mercatoria*, wat tot die opname in die verskillende regstelsels van individuele lande die status van *ius gentium* gehad het, ontwikkel het.¹⁷ Hoewel die opname in verskillende regstelsels tot eiesoortige ontwikkelings aanleiding sou gee, het daar steeds aanmerklike ooreenkomste in die grondbeginsels bestaan.¹⁸

Dat die Raad van Justisie en Appèlhof in die onderhawige tydperk nie redes verstrek het vir uitsprake nie. Daarom is dit nie moontlik om met absolute sekerheid bepaalde eiesoortige ontwikkelinge aan die Kaap bloot te lê nie of om die gewig wat byvoorbeeld aan Engelsregtelike gesag, wat in die skriftelike betoë van regsverteenwoordigers aangehaal word, geheg is, te bepaal nie.¹⁹

Tydens die onderhawige ondersoek is 'n dertigtal beslissings wat oor die wisselreg handel in besonderhede deurgewerk.²⁰ In die lig van die

¹⁷ Cowen Vol 1 114-117.

¹⁸ Cowen Vol 1 114 - 117.

¹⁹ G G Visagie *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* 1969 (hierna aangehaal as Visagie *Regspleging*) 70.

²⁰ Die volgende beslissings van die **Raad van Justisie** is ook deurgewerk: *Bressler v Hall* 1813 CJ 1564 113-253 (PB), CJ 956 310 (VB), *Sara v Harto* 1826 CJ 2055 2-100 (PB), CJ 2242 713-714 (VB), *Holtman v Kruger* 1825 CJ 2001 55-89 (PB), CJ 2240 523-524, (VB), *Home v Eaton* 1825 CJ 2002 (PB), CJ 2240 530-532 (VB), *McDonald v Heydenryk* 1819 CJ 1709 62-113 (PB), CJ 937 255-257 (VB), *Ebden en Watts v Reid* 1818 CJ 1658 176-515 (PB), CJ 2234 258-259 (VB), *Appeldoorn v Cloete* 1817 CJ 1644 2-346 (PB), CJ 2232 501-503 (VB), *Van Rheede van Oudshoorn v Zorn* 1817 CJ 1634 300-540 (PB), CJ 2231 739-740 (VB), *Neeser v Home* 1810 CJ 1508 133-262 (PB), CJ 927 61-62 (VB), *Johnstone v Tredoux* 1810 CJ 1508 32-132 (PB), CJ 927 59-60 (VB), *Hendricks v Serrurier* 1810 CJ 1501 227-299 (PB), CJ 926 282-283 (VB), *Louw v Dreyer* 1809 CJ 1483 239-352 (PB), CJ 924 487-488 (VB), *Roper v Bennett* 1812 CJ 1545 199-268 (PB), CJ 931 87-88 (VB), *Van den Berg v Van den Berg* 1812 CJ 1547 1-147 (PB), CJ 931 151-153 (VB), *Rowles v Robertson* 1813 CJ 1563 1-147 (PB), CJ 956 272-273 (VB), *Hancke v Contardent* 1813 CJ 1563 148-374 (PB), CJ 956 298 (VB), *Philips v Short & Berry* 1813 CJ 1565 443-599 (PB), CJ 956 338-339 (VB), *Sequester v Theron* 1821 CJ 1755 379-450 (PB), CJ 941 163-164 (VB), *Thomas v Ebden & Watts* 1819 CJ 1708 727-872 (PB), CJ 937 266-268 (VB). Die volgende beslissings van die **Appèlhof** is ook geraadpleeg: *Bennett v Roper* 1814-1815 GH 48.2.21 415-577 (PB), GH 48.1.1 269 (VB), *Callender v Venables* 1817 GH 48.2.29 241-302 (PB), GH 48.1.1 296 (VB), *Ebden en Watts v Reid* 1818-1822 GH 48.2.36 169-419 (PB), GH 48.1.1 344-345 (VB), *Home v Eaton* 1824 GH 48.2.36 1-86 (PB), GH 48.1.2 256 (VB), *Rowles v Robertson* 1814 GH 48.2.19 1-101 (PB), GH 48.1.1 216-217 (VB), *Keisewetter v Wayot* 1813 GH 48.2.16 1-214 (PB), GH 48.1.1 188 (VB) ens.

doelwitte van hierdie ontleding word verder slegs gefokus op daardie beslissings waarin na gemeenregtelike skrywers verwys word. Verder is die sleutels tot die Kaapse Plakkaatboek²¹ asook die Bylae tot die *Statute Law of the Cape of Good Hope*²² deurgewerk en kon geen plakkaat, proklamasie of ordonnansie gevind word wat die wisselreg wesenlik kon verander of beïnvloed het nie.

2. DIE REGSPRAAK

2.1 Algemeen

In die beslissings wat geraadpleeg is, word waardevolle voorbeelde van wissels en promesses wat in hierdie tydperk gebruik is en wat dikwels deel van 'n reeks uitgemaak het, gevind.²³ Daarby word die formele protes, wat in die geval van weiering opgemaak moes word, ook deurgaans volledig aan die hof voorgelê. In hierdie verband is dit verder opvallend dat die dokumente dikwels 'n buitelandse verbintenis in een of ander vorm gehad het en dat die verhandeling daarvan dikwels aan die orde van die dag was. Bovermelde situasie het dan ook dikwels aanleiding gegee tot geskille ten aansien van die status van die eiser, die regsgeldigheid van die dokument,

²¹ Deel I - Deel VI Jeffreys *et al* (1944 - 1951).

²² (1862) Appendix I (Kaapse Argief: CCP 6.6.1.1).

²³ Sien byvoorbeeld *Bennett v President Desolate Boedelkamer* 1814 CJ 1582 1-101 (PB), CJ 933 445-446 (VB) waar die wisselbrief soos volg lui:

"Kaap de Goede Hoop 18 Juny 1810

Een honderd dagen naa zigt van deeze onze tweede wisselbrief / de eerste en tweede van dezelfde inhoud en dagteekening onvoldaan zijnde / geliewe uw te betaalen aan de ordre van den Heer George Bennett een honderd drie en zestig ponden Sterling waarde genoten
(Get) Shortt en Berry.

Aan den Heer Battley no 79 St Paul's Church yard, London.

In dorso

Betaal aan de orde van den Heer W P Roper
(Get) Geo Bennett.

Betaal aan den Heer L Swainson of order
(Get) W P Roper.

die vraag of die houer sy verpligtinge, weens die formele aard daarvan en die afstande daarby betrokke, nagekom het, asook die reg wat op die betrokke geval toepaslik is. Aan die hand van 'n aantal beslissings word vervolgens 'n aanduiding gegee van die wyse waarop hierdie probleemvrae beredeneer is en die gesag waarop in die betoë voor die hof gesteun is.

In *Tilley v Venables en Viret*²⁴ is 'n aantal promesses, waarvan sommige by wyse van 'n endossement verder verhandel is, ter sprake. In verweer word onder meer aangevoer dat die onderhawige dokumente "niet vatbaar was voor overdragt vermits daarin de woorde of ordre' zyn geomitteerd".²⁵ In verweer is verder aangevoer dat die betrokke dokument sodanig geformuleer is kragtens 'n afspraak dat die betaling van die promesse afhanklik gestel is van die betaling van 'n aantal ander wissels waarby die maker betrokke is.

Namens die eiser word aangevoer dat "geen derde houder van een liquide instrument van schuld kan eenig *pactum adjectum* worden tegengeworpen, waarvan hy geen kennis heeft kunnen dragen en waarvan de schuldbrief geen melding maakt".²⁶ Met verwysing na *L'Estocq*²⁷ word die "goede trouw en eerlykheid als de ziel van de wisselhandel" aangemerkt. Voortspruitend hieruit word aangevoer dat, indien iemand 'n dokument die wêreld instuur wel wetende dat ander dit as 'n verhandelbare dokument sou reken, "dan verbieden hem de goede trouw om een derde verkryger het effect van dat instrument te onthouden".²⁸ Dit is derhalwe ontoelaatbaar om enige beroep te doen op aangeleenthede wat nie *ex facie* die dokument kenbaar is nie.²⁹

²⁴ 1823 CJ 1822 100-173 (PB), CJ 2237 320-321 (VB).

²⁵ CJ 1822 143.

²⁶ CJ 1822 145.

²⁷ CJ 1822 148. Die betrokke werk waarop gesteun word, word nie vermeld nie.

²⁸ CJ 1822 148.

²⁹ CJ 1822 149.

Oor die vraag of die weglating van die woorde "of order" die betrokke dokument nie oordraagbaar maak nie, word na "Ordonnantien zo als die van Frankryk en Leipzig" verwys ingevolge waarvan die weglating van die betrokke woorde inderdaad nie-oordraagbaarheid tot gevolg het. Daarteenoor, so word aangevoer, beskou die meeste ander "Ordonnantien de byvoeging van deze woorden **onnodig** om zo een wissel endossabel te maken".³⁰ Met 'n beroep op Heineccius³¹ word bovermelde standpunt aangebied as "eene onwedersprekelyke waarheid in het algemeen wisselrecht".³² Op gesag van Phoosen³³ word verwys na 'n sg. "speciaal beding" wat die nie-oordraagbaarheid van die dokument tot gevolg het. Dit is "wanneer de woorden van den wisselbrief aanduiden dat de daarin genoemde perzoon by uitsluiting geregtigd zijn zal tot het ontvangst".³⁴

In die *Tilley*-beslissing val dit op met watter insig ingewikkelde probleemvrae van die wisselreg voor die hof geplaas word. Nie net die grondslag vir aanspreeklikheid teenoor die *bona fide* verkryger van 'n verhandelbare dokument word beredeneer nie, maar perspektief van die aard van die verweerde wat teen sodanige partye ontvanklik moet wees, word ook gegee.³⁵ Teen hierdie agtergrond, word die benadering wat ten aansien van die nie-oordraagbaarheid van die dokument gevolg behoort te word, geargumenteer.³⁶ Aangesien die hof die eis toestaan, wil dit voorkom asof hierdie benadering en perspektief tog gesag gedra het.

In die beslissing *Van Kervel v Kiesewetter*³⁷ waarvan die prosesstukke nie volledig behoue gebly het nie, was 'n geskilpunt onder meer of die eiser,

³⁰ CJ 1822 145-146.

³¹ J G Heineccius *Elementa Juris Cambialis* (vertaal deur K K Reitz onder die titel *Grondbeginselen van het Wisselrecht* 1766) (hierna aangehaal as Heineccius) 2.8.

³² CJ 1822 146-147.

³³ Die bewysplaas word nie aangegee nie.

³⁴ CJ 1822 149.

³⁵ Sien Malan en De Beer par 13-18, 199-204.

³⁶ Malan en De Beer par 347-349.

³⁷ 1812 CJ 1540 29-58 (PB), CJ 930 206-207 (VB).

met die beweerde status van 'n sessionaris, kragtens die wissel kan ageer. Die status van die eiser word bevraagteken omdat die "acte van cessie" onvolledig sou wees. In die sessie, so word beweer, moet die betalingspligtige in terme van die wissel skadeloos gestel word vir moontlike uitbetaling aan 'n nie-geregtigde.³⁸ Met 'n beroep op Heineccius,³⁹ Phoonsen⁴⁰ en Pothier⁴¹ word betoog dat dit aanvaar moet word dat wisselregtelike aansprake anders as by wyse van verhandeling verkry kan word, naamlik deur sessie.⁴² Verder val dit op dat in die betoë telkens verwys word na die "houder en eienaar".⁴³ In hierdie terminologie word ook in *Bennett v President, Desolate Boedelkamer*⁴⁴ na die houer verwys. Hoewel die regspraktyk kennis geneem het van die feit dat regsverkryging deur sessie wel moontlik is, is klaarblyklik nie 'n duidelike onderskeid getref tussen die houer en eienaar nie.

Omdat wissels en promesses dikwels verder verhandel is, het die vraag na die status van die eiser meermale ter sprake gekom. In *Bennett v President, Desolate Boedelkamer*⁴⁵ was die betrokke wissel betaalbaar gestel "aan de orde van den heer George Bennett". Die wissel is geëndosseer aan "de ordre van den heer W P Roper" en nog later "aan den heer L Swanson of order". Bennett stel *in casu* 'n eis in op grond van die ont-eerde wissel. Die verweer word *inter alia* opgewerp dat die eiser nie houer is nie en dat daar ook geen aanduiding is dat die eiser die bedrag van die

³⁸ CJ 1540 56.

³⁹ 4.26.35 en 4.40.58, 5.1.12.

⁴⁰ J Phoonsen *Wissel-Stijl tot Amsterdam* 1755 (hierna verwys as Phoonsen) 23.1, 4, 6-7 en 10, 20.16.

⁴¹ R J Pothier *Traite des Lettres de Change* 1743 (vertaling deur Van der Linden *Verhandeling van het Wisselrecht* 1801) 5.28.

⁴² CJ 1540 30-31, 49, 51, 53-58. Op 49 word byvoorbeeld gesê: "... daar het tog zeker is dat verondersteld eens de cessie word erkend als de handschrift van Dayot en men erkende teffens dat een wisselbrief zonder endossement konde worden getransporteerd by onderhandsh geschrift".

⁴³ Byvoorbeeld op 31, 51, 53-54, 57.

⁴⁴ 1814 CJ 1582 1-101 (PB), CJ 933 445-446 (VB) op 65, waar gesê word "den eischer dus geen bezitter of eienaar van de wissel".

⁴⁵ 1814 CJ 1582 1-101 (PB), CJ 933 445-446 (VB).

wissel betaal het en dus op grond van sy "remboursement" aansprake verkry het nie.⁴⁶ Die aard en omvang van die regresreg van die houer, die remburse-regres van die endossant, asook die vereistes waaraan voldoen moet word om dit te behou, het al heelwat kommentaar uitgelok.

In *Luson v Bird*⁴⁷ is 'n bedrag as skadevergoeding (rente en proteskode) op grond van onteerde wissels gevorder. In die beredenering is in die algemeen verwys na Voet⁴⁸ waar die grondbeginsel gestel word dat na die voldoening van 'n hoofskuld, rente nie daarna verhaalbaar is nie, tensy dit uitdruklik so ooreengekom is.⁴⁹ Ten opsigte van die bedrag wat verhaalbaar is by onteerde wissels, word met verwysing na Chitty⁵⁰ soos volg standpunt ingeneem "... dat de eischer door dies nonvoldoening tot schadevergoeding of interessen gerechtigd is door gepriveerd te zijn om deeze somma uit te zetten".⁵¹ In die regspraak is die aandag ook dikwels daarop gevestig dat die houer, in gevalle waar hy sy regsresreg verloor op grond van sy versuim, in gepaste gevalle ook vir skadevergoeding teenoor die trekker aanspreeklik is. In *Martin v Bailey*,⁵² met verwysing na Pothier,⁵³ en in *Bennett v President, Desolate Boedelkamer*,⁵⁴ met verwysing na Blackstone,⁵⁵ is verwys na die moontlike verlies van 'n verhaalsreg van die trekker teenoor die betrokke.

Die omstandighede waaronder die regresreg uit hoofde van 'n wissel of promesse verloor kan word, is dikwels as geskilpunt in die hof geopper.

⁴⁶ CJ 1582 56-66.

⁴⁷ 1818 CJ 1661 42-237 (PB), CJ 2234 473-474 (VB).

⁴⁸ 22.1.1 en 16.

⁴⁹ CJ 1661 206.

⁵⁰ *Treatise on Bills of Exchange* (hierna aangehaal as Chitty) 48.

⁵¹ CJ 1661 209-210.

⁵² 1822 CJ 1796 159-244 (PB), CJ 944 365-366 (VB) 182-188, 218-220.

⁵³ 4.25, 5.6 en 29.

⁵⁴ CJ 1582 89-91.

⁵⁵ *Commentaries on the Laws of England* (hierna aangehaal as Blackstone) 2.69. Die titel van die bron word nie aangegee nie.

In hierdie verband is baie klem gelê op wisselformalisme. Die debat het dikwels gesentreer rondom die vereiste formele inhoud van die protesakte, die vraag of kennisgewing van ontering, in die lig van die groot afstande wat ter sprake kon kom, tydig gegee is en, in die geval van buitelandse wissels, welke regstelsel toepassing sou vind.

In *Amber v Thomas*⁵⁶ is 'n bedrag van 2 000 riksdaalders met rente gevorder op grond van 'n gedishonoreerde wissel. Die vraag het onder meer ter sprake gekom of die voorgeskrewe aanbieding vir betaling en protes plaasgevind het. Namens die verweerder is aangevoer dat dit uit die protesakte blyk dat die wissel nie aan die betrokke persoonlik aangebied is nie, maar aan sy klerk. Die eiser sou na bewering hierdie *modus operandi* gevolg het ter vermyding van moontlike skuldvergelyking.⁵⁷ Steunende op Van der Linden⁵⁸ en Pothier,⁵⁹ word verklaar dat skuldvergelyking by "wisselbrieven" een van die wyses is waardeur 'n wissel afgelos kon word. Die hoofvereiste is dat die skuld likied moet wees. Wat die pligte van die houer met betrekking tot die aanbieding van die wissel in die algemeen betref, word gesteun⁶⁰ op Van der Linden,⁶¹ waar dit gestel word: "De houder van een wissel gehouden is om ten vervalldage dezelve aan de betrokken tot betaaling aantebieden." Wisselformalisme is ook aan die orde van die dag in *Bennett v President, Desolate Boedelkamer*⁶² Met verwysing na sekere gebreke in die protesakte word onder meer aangevoer dat die protes nie in naam van die eiser (wat 'n endossant was en sy remburse-regres wou uitvoer) opgestel is nie, maar

⁵⁶ 1821 CJ 1766 903-967 (PB), CJ 942 512-513 (VB).

⁵⁷ CJ 1766 906, 947-948.

⁵⁸ J van der Linden *Regtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek* 1806 (hierna aangehaal as Van der Linden *Koopmans Handboek*) 1.18.

⁵⁹ Die bewysplaas word nie aangegee nie.

⁶⁰ CJ 1766 905-906.

⁶¹ *Koopmans Handboek*. Sien ook by *Roper v Burnett* 1812 CJ 1550 1-754 (PB), CJ 931 440-442 (VB), 191-204 waar uitvoerig uit van der Linden *Koopmans Handboek* 5.7 aangehaal word. Hierin word meermale deur Van der Linden gesteun op "Koninglyke declaratie van 26 January 1664" en die "Ordonnantie van 1673".

⁶² CJ 1582 1-101.

in naam van die laaste geëndosseerde.⁶³ Verder word ten aansien van die inhoud van die protesakte aangevoer dat "de reden van de weigering" in die akte opgeneem moet word.⁶⁴ In hierdie verband word gesteun op Phoonsen.⁶⁵ Vermelde argumente is klaarblyklik nie as deurslaggewend beskou nie aangesien Bennett se eis toegestaan is.

Uit die regspraak is dit voorts duidelik dat die vereiste tydperk waarbinne kennisgewing van weiering moes plaasvind dikwels as geskilpunt voor die hof gedien het. Dit was die geval in *Martin v Bailey*.⁶⁶ In die betoog van die verweerder is in hierdie verband breedvoerig aangehaal uit Van der Linden.⁶⁷ Volgens die pleitrede⁶⁸ leer Van der Linden "dat de hoofdverplichting die de houder van eenen wissel contracteerd daarin bestaat om de wissel ten vervaldage aan den betrokkenen te presentereen om er de betaling te ontvangen. Ingeval van weigering van betaling, moet hy de weigering bewyzen door een acte van protest, en daarvan dadelyk aan den trekker kennis geven om schadeloos stelling te erlangen".⁶⁹ In die besonder, so word aangevoer, moet die houer die kennisgewing van weiering gee ingevolge die tydsvoorskrifte van die "Ordonnantie van 1673".⁷⁰ Volgens Pothier⁷¹ sou die voorskrifte wat in hierdie verband

⁶³ CJ 1582 64-66.

⁶⁴ CJ 1582 93-94.

⁶⁵ 87.5.

⁶⁶ CJ 1796 159-244.

⁶⁷ *Koopmans Handboek* 549.

⁶⁸ CJ 1796 181-182.

⁶⁹ Volgens die betoog steun Van der Linden in hierdie verband op Pothier. CJ 1796 182-188. Sien ook *Robertson en Thomas v Nisbet en Dicksen* CJ 1830 301-306 met verwysing na Heineccius wat verwys na 'n beslissing van Burgermeesteren en Schepenen van Heidelberg van 9 Mei 1765. Op vermelde gesag word verder aangevoer dat dit bekende reg is dat "alle versuimen en nalatigheden en vryheden die een houder zich zonder regt veroorloofd, op zynen hoofd moeten neerkomen, en hem zijn verhaal doet verliesen, dat hy er selve al die schade van dragen". Sien by Reitz 3.18. Met verwysing na Chitty 299 word verder aangetoon "if ... the holder gives time to the drawee without the concurrence of the other parties to the Bill, they will thereby in general be discharged ... although the holder might have given due notice of the non payment". CJ 1830 313-314.

⁷⁰ Tit 5.15. Die tyd waarbinne die kennisgewing kragtens hierdie *Ordonnantie* moes plaasvind, is korter, of langer, na gelang van die afstand.

⁷¹ 5.28.

toegepas moet word, bepaal word deur die reg van toepassing op die plek waar die dokument betaal moes word, *in casu*, Engelse reg.⁷² Die standpunt van die Engelse reg, volgens die uiteensetting van Chitty,⁷³ is voor die hof gelê en kom daarop neer dat die houer "as soon as possible" sy verpligtinge moet nakom.⁷⁴ In die afwesigheid van andersluidende plaaslike voorskrifte is aanvaar dat aan die tydsvoorskrifte voldoen is, indien die kennisgewing met die eerste geleentheid per skip sou geskied het.⁷⁵

In *Bennett v President, Desolate Boedelkamer*⁷⁶ is die standpunt ook ingeneem dat die tyd waarbinne kennis van ontoring gegee moet word, bepaal word deur die voorskrifte van die *Ordonnantie* en dat dit "ten spoedigsten" moet wees.⁷⁷ Die feit dat die wisselskuldenaar by versuim ontslaan word van sy verpligtinge, word met verwysing na Blackstone⁷⁸ regverdig deurdat 'n standpunt tot die teendeel "would be prejudicial to commerce". Dat bepaalde neergelegde tydperke sou geld, is aangetoon met verwysing na Van Leeuwen,⁷⁹ wie se standpunte bevestig sou

⁷² CJ 1796 188-189. Vir hierdie standpunt word ook gesteun op D 44.7.21 (*de obligatione*).

⁷³ Op 166. Sien ook *Robertson en Thomas v Nisbet en Dicksen* CJ 1830 288-289 waar gesteun word op Chitty 272 en Bailey *Bills of Exchange* (hierna aangehaal as Bailey) 109.

⁷⁴ CJ 1796 190-195. Die toepaslikheid van die Engelse reg word later bevraagteken omdat die partye betrokke by die geskil beide inwoners van die Kaap was. CJ 1796 224.

⁷⁵ CJ 1796 195-197. In die pleitstukke word onder meer ook die standpunt ingeneem dat die bronne waarop gesteun word nie te teksgeoriënteerd hanteer moet word nie, maar dat die "leer in haar geheel genemen moet word". CJ 1796 216. Sien ook by *Robertson en Thomas v Nisbet en Dicksen* CJ 1830 295-296.

⁷⁶ CJ 1582 1-101.

⁷⁷ CJ 1582 64-66. Sien ook by *Robertson en Thomas v Nisbet en Dicksen* CJ 1830 250-461 (PB) (VB), 283-284 waar namens die eiser aangevoer word:

"De tyd wanneer men een protest moet laten doen is verschillend naar mate van die Costumen van de verscheidene handelsteden, doch omtrent het beoordeelen en bepalen van dien tyd is men gewoon de gewoonte van de plaats te volgen daar de wissel betaalbaar is."

Vir hierdie standpunt is nou gesteun op Van der Keessel *Thesis Selectae* 856; Du Pui *L'Art de Lettres de Change* (hierna aangehaal as Du Pui) hfst 14.13.

⁷⁸ 2.69. CJ 1582 89-91.

⁷⁹ S van Leeuwen *Het Roomsche Hollandsche Recht* 1780 (hierna aangehaal as Van Leeuwen *RHR*) 4.27.3.

word⁸⁰ in die *Costumen van Antwerpen*⁸¹ en die *Costumen van Amsterdam*.⁸² Aangesien die betrokke in London is, het die vraag of die aangeleentheid volgens die Engelse of die Hollandse reg beoordeel moet word weer ter sprake gekom. Hierdie geskilpunt is nou afgemaak met die stelling dat "deeze wetten, costumen en gebruike ten aanzien den wisselstyl volkomen met de Hollandshe overeenkomen".⁸³ Die stand van die Engelse reg is nou uiteengesit⁸⁴ met verwysing na die standpunt van Lord Chief Baron Comyns *Digest of the Laws of England*⁸⁵ en gevalle vermeld en bespreek in Molley *De Jure Maritimo et Navali*.⁸⁶

In *Van Kervel v Kiesewetter*⁸⁷ is die verpligtinge van die houer ten aansien van aanbidding van die wissel en kennisgewing van ontoring ook in besonderhede voor die hof geargumenteer. Ook hierin is gesteun op die voorskrifte van die *Costumen*.⁸⁸ Daarby is ook verwys⁸⁹ na die standpunte van De Groot,⁹⁰ Carpzovius,⁹¹ die *Leipziger Wesselordonnantie*,⁹² Heineccius,⁹³ Phoonsen,⁹⁴ Blackstone,⁹⁵

⁸⁰ CJ 1582 94-95.

⁸¹ 55.8.

⁸² 50.3 en 4. Beide *Costumen* is opgeneem in Phoonsen.

⁸³ CJ 1582 95. Dieselfde standpunt is ook ingeneem in *Van Kervel v Kiesewetter* CJ 1540 29-58, 42-43. Sien ook *Roper v Burnett* CJ 1550 568-581.

⁸⁴ CJ 1582 96-98.

⁸⁵ Vol 5 82.

⁸⁶ Vol 2, chap 10.35.

⁸⁷ CJ 1540 29-58.

⁸⁸ *Van Antwerpen* 55.8 en *Amsterdam* 50.3 en 4.

⁸⁹ CJ 1540 35-47.

⁹⁰ H de Groot *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit* 1631 (hierna aangehaal as *De Groot Inleiding*) 3.45.8.

⁹¹ *Promptuarium Juris Practicum* (t o v "praescriptie der wisselbrieven").

⁹² Par 32 soos vertaal in Phoonsen.

⁹³ 4.16 en 17.

⁹⁴ 19.5.

Pothier,⁹⁶ Reitz se aantekeninge op Heineccius⁹⁷ en die *Hollandsche Consultatien*.⁹⁸

Die vraag na die aard van die dokument waaruit 'n bepaalde geskil ontstaan het, is ook by geleentheid ontleed.

In *Thomas v Ebdon en Watts*,⁹⁹ waarin "provisie van namptissement" versoek is, is die likiditeit van die dokument bevraagteken. Die verweer is dat die onderhawige dokument 'n "conditionelen wissel" is. Met verwysing na Chitty¹⁰⁰ word die vereiste vir die wissel dat dit "payable at all events, not dependant on any contingency nor payable out of a particular fund" moet wees, gestel. Volgens die feite van die saak wil dit eerder voorkom of die verweer nie op die geldigheid van die dokument behoort te fokus nie, maar op die afdwingbaarheid daarvan. Die wissel is na bewering getrek en gelewer op grond van die bedrog van Jessen en Trail. Die verwysing, sonder meer, na Engelsregtelike bronne is insiggewend.

In *Orri v Reed*¹⁰¹ het tydens die beoordeling van die aanspreeklikheid van die verweerder die status van 'n "conditioneele acceptatie" ter sprake gekom. Die regsposisie is voor die hof beredeneer met verwysing na die standpunt van Heineccius.¹⁰²

"Ook moet men wel acht geven of de acceptatie onbepaaldelyk geschied zy dan moet byvoeging van de een of ander voorwaardes of niet, naardien de houer die

⁹⁵ Geen verdere verwysing word verskaf nie.

⁹⁶ 5.25.

⁹⁷ 4.18.

⁹⁸ 2.3.199.

⁹⁹ 1818 CJ 1708 727-872 (PB), CJ 937 266-268 (VB).

¹⁰⁰ Op 54.

¹⁰¹ 1817 CJ 1638 230-288 (PB), CJ 2231 739-740 (VB).

¹⁰² 4.27.

alsdan moet protesteeren, wordende die mits alsdan voor niet bygevoegd gerekend."

In ooreenstemming met die standpunt van Heineccius, so word betoog,¹⁰³ is die van Pothier¹⁰⁴ en Van der Linden¹⁰⁵

In 'n aantal beslissings het die onderskeid tussen 'n "wisselbrief" en 'n *assignatio* ter sprake gekom.

In *Tennant v Stromboom*¹⁰⁶ was 'n wissel ter sprake wat op 'n betrokene, woonagtig te Mosambiek, getrek is. Die stelling is gemaak dat in die betrokke landstreek geen wisselreg van krag is nie ten gevolge waarvan die dokument beskou moet word as 'n "simple assignation of orders om betaling te doen". Vir hierdie standpunt is gesteun op 'n "keur van Amsterdam".¹⁰⁷ Die feit dat die onderhawige dokument nie 'n wissel is nie, so lui die betoog, beteken verder dat die formele vereistes betreffende protes en kennisgewing ook nie van toepassing is nie.¹⁰⁸ In hierdie verband is gesteun op Heineccius¹⁰⁹ en Pothier.¹¹⁰ Met verdere verwysing na bovermelde skrywers word perspektief gegee aan die posisie van die trekker indien die "aangeweesen persoon" nie betaal nie. "Aanwysing is geen betaling". Die trekker kan steeds aanspreeklik gestel word asof die dokument nie gegee is nie.¹¹¹

¹⁰³ CJ 1638 283-284.

¹⁰⁴ 3.3.47, 5.6.156.

¹⁰⁵ *Koopmans Handboek* 4.7.8 en 17.

¹⁰⁶ 1807 CJ 1427 9-209 (PB), CJ 919 10 (VB).

¹⁰⁷ 26 Januarie 1679 art 8. CJ 1427 151-152.

¹⁰⁸ CJ 1427 154-155.

¹⁰⁹ 3.21 en 23.

¹¹⁰ 2.23.

¹¹¹ CJ 1427 157-159.

In *Amber v Thomas*¹¹² het die onderskeiding tussen 'n "wisselbrief" en *assignatio* ook ter sprake gekom. Met verwysing na Van der Linden¹¹³ is die volgende onderskeiding getref:

"Dat wisselbrieven altyd op eene plaats getrokken en op de andere betaald worden, maar dat assignatien kunnen plaats hebben tuschen lieden alle op de zelve plaats woonagtig."

Dit blyk egter duidelik uit die betoog namens die eiser dat bovermelde onderskeiding steeds as gesaghebbend voor die hof gelê word, ten koste van die Engelsregtelike benadering wat met verwysing na Chitty¹¹⁴ soos volg lui:

"These distinctions however have long been held to be without foundation; and on the whole as observed by mr Justice Blackstone although formerly foreign Bills of Exchange were more favourably regarded in the eye of the law than inland, yet now by various judicial decisions and by two statutes ... inland bills stand nearly on the same footing as foreign."

In die betoog voor die hof is verder pertinente aandag gegee aan die aanspreeklikheid kragtens "assignatie". Namens die eiser¹¹⁵ is op Van der Linden¹¹⁶ gesteun vir die standpunt dat die houer nie verplig is om op grond van die "assignatie" te ageer nie, maar om na vrygawe van die dokument die verskuldigde bedrag te vorder asof die dokument nie gegee is nie. Op dieselfde gesag is verder betoog dat die trekker van so 'n dokument nie op dieselfde grondslag as die trekker van 'n wissel aanspreeklik is nie:

¹¹² CJ 1766 903-967.

¹¹³ *Koopmans Handboek*. Die nadere verwysing word nie gegee nie. CJ 1766 937-938.

¹¹⁴ Geen nadere verwysing word gegee nie. CJ 1766 936-937.

¹¹⁵ CJ 1766 938-940.

¹¹⁶ *Koopmans Handboek* 4.7.5.

"De Houder eener assignatie heeft enkel zijn verhaal tegen den laat voorgaande endossant, en niet tegens alle de endossanten gelyk de houder van een wissel."¹¹⁷

Wat ook al die onderskeid tussen 'n "wisselbrief" en 'n *assignatio* daarstel, is met verwysing na hierdie onderskeid in moderne idioom onderskei tussen die onderliggende verhouding en die hulpooreenkoms wat dien ter versterking of bevestiging daarvan.¹¹⁸

2.2 Ekskursus: Die Wisselborg

2.2.1 Ter Inleiding

Die gemeenregtelike avalis is 'n erkende wisselparty in die Suid-Afrikaanse reg.¹¹⁹ Die avalis is 'n wisselborg.¹²⁰ Die verpligtinge van die trekker, akseptant of endossant kan deur borgtog verstewig word. Word dit gedoen deur die ondertekening van die wissel, het ons met 'n wisselborg of avalis te doen. Daar is al heelwat debat gevoer oor die wyse waarop die avalis moet teken om bepaalde regsgevolge teweeg te bring.¹²¹

Dit is natuurlik ook moontlik dat die versterking van die verpligtinge deur 'n gewone borgkontrak wat buite die wissel tot stand kom, kan plaasvind. In laasgenoemde geval geld die gewone beginsels ten aansien van borgtog.¹²² Die avalis se aanspreeklikheid word histories ook volgens die

¹¹⁷ 938-940. Op gesag van Pothier 2.23 en 24 word *assignatio* weer verder onderskei van *delegatio*.

¹¹⁸ Sien Malan en De Beer par 17-18.

¹¹⁹ Cowen *Negotiable Instruments* 215-217, Malan en De Beer par 242.

¹²⁰ Sien by Cowen *Negotiable Instruments* 214-215 oor moontlike terminologiese verwarring wat kan bestaan.

¹²¹ Sien by Rowland 1965 *THRHR* 30, Cowen *Negotiable Instruments* 229-237, Malan en De Beer par 240.

¹²² Cowen *Negotiable Instruments* 213-215.

beginsels van borgtog beoordeel, selfs waar hy hom as mede-hoofskuldenaar verbind het.¹²³

Daar is egter opvallende verskille tussen die borgkontrak en die reële kontrak waarvolgens die avalis aanspreeklik gestel word.

"Die aanspreeklikheid van die avalis ontstaan nie slegs deur sy ondertekening van die wissel nie maar deur sy ondertekening met die bedoeling om aldus as avalis gebonde te wees en deur die lewering van die wissel aan die nemer of die persoon teenoor wie die borgstelling onderneem word."¹²⁴

'n Verdere verskil, in die woorde van Rowland,¹²⁵ is dat

"the liabilities of the signer of an aval can be transferred simply by negotiation of the instrument, and there is no need for any specific contract of cession. The contract of suretyship does not possess this faculty of 'continuing credit'".¹²⁶

Die standpunt word vandag nog ingeneem dat ondanks die bestaan van die Wisselwet, 34 van 1964, daar steeds ten opsigte van die avalis van die beginsels van die *wisselrecht* kennis geneem moet word.¹²⁷ Dit is so omdat artikel 54 van die Wisselwet, 34 van 1964, wat 'n oorname van artikel 56 van die Bills of Exchange Act, 1882 is, nie in alle gevalle toepassing¹²⁸ vind nie.¹²⁹ Die oorname van artikel 56 van die Bills of

¹²³ Malan en De Beer par 237-238. Daarom die standpunte, soos gestel deur AR de Villiers in *Peimer v Finbro Furnishers (Pty) Ltd* 1936 AD 177, 186: "Under the *wisselrecht* notice of dishonour and protest were not necessary in order to make the signer of the aval liable, and the latter is not discharged by the failure to give notice of dishonour, or to protest the bill, unless he can show that he has suffered loss by such failure, in which case he is discharged *pro tanto*." Sien ook *Moti and Co v Cassim's Trustee* 1924 AD 720, 726 (met 'n beroep op Van der Linden *Verhandeling* 1.8.8, *Peimer v Finbro Furnishers (Pty) Ltd* 1936 AD 177, 182-183).

¹²⁴ Malan en De Beer par 237.

¹²⁵ 1965 *THRHR* 30.

¹²⁶ 1965 *THRHR*, 30. Ook by Cowen *Negotiable Instruments* 218.

¹²⁷ Cowen *Vol 1* 134.

¹²⁸ Hierdie statutêre bepalinge vind in die eerste plek slegs toepassing indien die houer 'n reëlmatige houer is. Selfs in sodanige gevalle geld artikel 54 van die Wisselwet, 1964, nie sonder meer nie. Die wyse waarop die dokument geteken is, word steeds in ag geneem, terwyl die reëlmatige houer, in gepaste gevalle, steeds met 'n keuse gelaat word. Sien by Cowen *Negotiable Instruments* 233-237. Rowland 1965 *THRHR* 30.

Exchange Act, 1882, in die Suid-Afrikaanse reg is dikwels as onnodig beskryf.¹³⁰

Terwyl die *Wisselrecht* die avalis as afsonderlike wisselparty erken, was die Engelse reg huiwerig om die aanspreeklikheid van 'n wisselparty, anders as die trekker, akseptant of endossant te erken.¹³¹ Nog lank voordat die Engelse wetgewer by wyse van artikel 56 sodanige party teenoor die reëlmatige houer as endossant aanspreeklik gestel het, het die Engelse regspraktyk, dikwels op 'n kunsmatige wyse, sodanige aanspreeklikheid geformuleer. Die ontleding van die vroeë Kaapse regspraak, na die permanente oorname van die Kaap deur Engeland is om veral twee redes van belang.

Volgens die gemenereg sou die avalis hom nie op die gemeenregtelike voorregte van die borg, die sg. *beneficia*, kon beroep nie.¹³² Hierteenoor het die Suid-Afrikaanse howe vroeg die standpunt ingeneem dat die avalis

¹²⁹ In hierdie verband merk AR Curlewis in *Estate Liebenberg v Standard Bank of South Africa Ltd* 1927 AD 502, 527 soos volg op:

"The Statute embodies many of the provisions of the law merchant, but where the Statute is silent on a particular point and the law merchant can assist us, I do not think we are debarred from resorting to the latter."

Op grond van die inhoud van die Kapitulasieooreenkomste van 10 en 18 Januarie 1806 en erkende Engelsregtelike beginsels in die geval van die verowering van 'n ander gebied waarin 'n bestaande funksionerende regstelsel bestaan, het die Romeins-Hollandse Reg steeds aan die Kaap na 1806 gegeld. Hahlo en Kahn 575-576.

¹³⁰ Malan en De Beer par 239.

¹³¹ Cowen *Negotiable Instruments* 220 voer twee redes aan vir hierdie huiwering, naamlik die voorskrifte van die *Statute of Frauds* en die vereiste van "privity" wat by hierdie tipe ooreenkomste gestel is.

¹³² Cowen, *Negotiable Instruments* 218:

"(H)e was liable as a surety who had tacitly renounced the... *beneficium ordinis* and the *beneficium divisionis*: he was bound *in solidum* and was subject to the special summary or cambial procedure (*paraat wisselrecht*)."

Sien Reitz 57 op Heineccius 3.28 en 6.10 (die standpunt van Heineccius, 3.27-28 en 6.10 is nie duidelik nie), Pothier, 1.4.74 (op gesag van Heineccius), Van der Keessel, *Dictata* 3.13 en *Thesis Selectae* 594 (met 'n beroep op Reitz en Savary). Sien ook *Moti and Co v Cassim's Trustee* 1924 AD 720, 725-726, 740-741.

nie stilswyend¹³³ van die *beneficia* afstand doen nie.¹³⁴ Daar word met die onderhawige ontleding gepoog om vas te stel of die standpunt van die regspraktyk nie reeds in hierdie besondere tydperk geformuleer is nie.¹³⁵

Vervolgens is dit so dat, alhoewel die Engelse standpunt oor die aanspreeklik stel van 'n ondertekenaar wat nie sonder meer 'n trekker, akseptant of endossant is nie, eers in 1882 in die Bills of Exchange Act opgeneem is en kort hierna in die koloniale wetgewing in Suid-Afrika opgeneem is, die invloed van die Engelse reg op die Romeins-Hollandse reg kort na die oornamen in 1806 reeds duidelik waarneembaar is.¹³⁶ Dit is derhalwe van belang om vas te stel of daar nie reeds in die vroeë Kaapse regspraak spore gevind kan word van die Engelse benadering, wat primêr daarop gerig was om sodanige party as 'n "party properly so called", aanspreeklik te stel.¹³⁷

¹³³ Waar die avalis hom ook as mede-hoofskuldenaar verbind het, word dit geag dat hy stilswyend van hierdie voorregte afstand gedoen het. *Arnoldi v Klazenga Albers and Dreyer* 1905 TS 533, *Wiehan v Wouda* 1957 4 SA 724(W) 725-726.

¹³⁴ Sien *Norton v Satchwell* (1840) 1 Menz 77; *De Kock v Russouw and Van der Poel* (1841) 1 Menz 78; *Coetzee v Tiran* (1880) Foord 42, *Bevern v Jacobse* (1889) 7 SC 65; *Klopper v Van Straaten* (1894) 11 SC 94; *Stephen Bros v Engelbrecht* (1894) 11 SC 248; *Ullman Bros and Davidson v Railton* 1903 TS 596, 600-601; *Verster van Wyk & Co v Pienaar* (1904) 21 SC 386; *Maasdorp v Graaff-Reinett Board of Executors* (1909) 3 Buch AC 482; *Bethlehem v Zietsman* 1908 EDC 367; *Moti and Co v Cassim's Trustee* 1924 AD 720, 726-727.

¹³⁵ In hierdie verband merk Cowen, *Negotiable Instruments* 225-226 op:

"In a long series of cases dating from 1840 (*Norton v Satchwell* (1840) 1 Menz 77) the South African courts departed from the principle that signing an aval involved a tacit renunciation of these two benefits of suretyship. And though it may be doubted whether this change was in the best interests of commerce, the Appellate Division has held that it would not be proper for it to interfere with so long established a departure from the original Roman-Dutch common law."

¹³⁶ H R Hahlo en E Kahn *South Africa: The Development of its Laws and Constitution* 1960 (hierna aangehaal as Hahlo en Kahn) 721 ff. Wessels 1920 SALJ 265.

¹³⁷ *Moti and Co v Cassim's Trustee* 1924 AD 720, 728:

"(T)he test has always been whether he could be regarded as a party properly so called."

Die gesag waarna in hierdie verband verwys word in die *Moti*-beslissing is *Jackson v Hudson* (1810) 2 Campbell 447, *Penny v Innes* (1834) 1 CM & R 439, *Steele v McKinlay* (1880) 5 AC 754. Sien ook by Cowen, *Negotiable Instruments* 221-223 vir 'n bespreking van hierdie beslissings.

2.2.2 Die Regspraak

In die beslissing *Van Ryneveld v Zorn*¹³⁸ het die afdwingbaarheid van 'n borgooreenkoms vir die betaling van die bedrag uit hoofde van twee wissels betaalbaar, ter sprake gekom. Die borg het homself tot betaling verbind in 'n afsonderlike dokument. Die hoofskuldenaar (trekker) is 'n burger van Ceylon en ook insolvent.

Die borgstelling wat hier aangegaan is, word tipeer as 'n *simpele borgtogt*. Dit word onderskei van *borgtogt onder renuntiatie van beneficien*.¹³⁹ Die feit dat die hoofskuldenaar in die buiteland is en ook insolvent is, maak dit onnodig om eers stappe teen hom te neem, voordat die borg aanspreeklik gestel kan word.¹⁴⁰ Hierdie standpunt is as besonder gesaghebbend aan die *Raad van Justitie* aangebied in die volgende woorde:

"Zo men dus in aanmerking neemt dat deze wet door geene posterieure, nog in het Romeinsch nog in ons recht is geabrogeerd geworden, dat de authoren die over het hedendaagsch recht handelen zo als Van Leeuwen,¹⁴¹ Voet, Leyser en andere¹⁴² niet hebben gearzeld op grond van deze wet ... als een jus receptum by ons te verklaren."¹⁴³

¹³⁸ 1818 CJ 1675 3-240 (PB), CJ 2235 824 (VB), 1819 GH 48/2/40 386-544 (PB), GH 48/1/1 341 (VB).

¹³⁹ CJ 1675 168-170, 176-177, GH 48/2/40 388-400, 430-432. Daar word gesteun op De Groot *Inleiding* 3.3.45.

¹⁴⁰ Daar word gesteun op Voet *Commentarius ad Pandectas* 1698 (hierna aangehaal as Voet) (*de fidejussoribus*) 17, Van Leeuwen *RHR* 4.4.8 op gesag van *Authentica Praesente Cod. de Fidejussoribus*. CJ 1675 166, 170-172, GH 48.2.40 430-433, 511. In die betoog voor die Appèlhof word met verwysing na die *Authentica* opgemerk dat dit ontleen is aan Nov 4.1. (GH 48.2.40 511-513), waarna 'n volledige aanhaling daarvan volg.

¹⁴¹ Ten opsigte van die gesaghebbendheid van die standpunt van Van Leeuwen, word voor die Appèlhof (GH 48.2.40 541) betoog: "Van Bynkershoek ... and prof Voorda pointed out his total ignorance of the law and the errors committed by several other law-authors who copied or followed his comments"

¹⁴² Die standpunt van Voet en Leyser en hul interpretasie van die *Authentica* word volledig ontleed voor die Appèlhof (GH 48.2.40 513-519). Die gedeeltes wat ontleed en aangehaal word, is Voet 46.1, Leyser *Meditationis* 525.4.

¹⁴³ CJ 1675 173-175.

In reaksie op beweringe van die borg dat hy op sekere voorregte, waarop die wisselborg kon aanspraak maak, geregtig was, is die volgende belangrike standpunt vir die wisselreg ingeneem:

"De ged. van de voorrechten van wisselborgen wil gebruik maken, zonder die nadeelen daarvan te willen dragen, want is wylen der ged. zodanig een borg geweest, dan competeeren hem niet de beneficien ..." ¹⁴⁴

In hierdie redevoering word duidelik van die standpunt uitgegaan dat die avalis (wisselborg) hom nie op die *beneficia* kan beroep nie. Dit strook met die standpunt van gemeenregtelike skrywers, waarvan die Suid-Afrikaanse howe later sou afwyk. ¹⁴⁵

In *Widow de Villiers v Rossouw* ¹⁴⁶ het die respondent en ene David Naudé hulle as borge verbind vir die betaling van 'n bedrag uit hoofde van 'n promesse. G P Naudé, die maker van die promesse, ten gunste van wie die borgstelling onderneem is, se boedel word gesekwestreer.

Die borgstelling is op die promesse aangebring en onderteken deur die respondent en D Naudé. Dit het die volgende strekking: "We the undersigned do hereby bind ourselves securities for the abovementioned sum."

Op die promesse word ook onder die handtekening van die maker die volgende bewoording aangetref:

"I the undersigned do hereby declare to have settled the above sum of Rsd. 4930 in so far that there remains still a sum of eight thousand guilders Cape currency which I promise to pay to the widow de Villiers or order in the month of September next ensuing without any exception or delay, binding for that purpose my person and property accounting to law."

¹⁴⁴ CJ 1675 210-211.

¹⁴⁵ Sien by Cowen *Negotiable Instruments* 217-229. Die eerste gerapporteerde beslissing is *Norton v Satchwell* (1840) 1 Menz 77.

¹⁴⁶ 1812 GH 48.2.8 1-192 (PB), GH 48.1.1 159(184) (VB).

Op grond van die feit dat G P Naudé nie in staat is om sy verpligtinge na te kom nie en D Naudé, 'n mede-borg, se boedel ook gesekwestreer is, word Rossouw kragtens die borgstelling aangespreek.

Die volgende tersaaklike probleemvrae word in die onderskeie betoë behandel.

Uitgaande van die standpunte dat die avalis nie sonder meer afstand doen van die *beneficia* nie, word Rossouw vir die helfte van die uitstaande bedrag aangespreek.¹⁴⁷ Dit word verder beweer dat op grond van die latere toegevoegde onderneming van G P Naudé, sonder die kennis en toestemming van die borge, uitstel vir betaling verleen is. Dit lei tot die bevryding van die borge en 'n situasie waar die hoofskuldeiser as gevolg van die insolvensie van G P Naudé self sy skade veroorsaak het en dit derhalwe ook moet dra.

Vir die standpunt dat die borg onder hierdie omstandighede bevry word, word gesteun op De Groot¹⁴⁸ en Voet.¹⁴⁹ Wat die skadedraging deur die skuldeiser betref, word verklaar:

"It is a general known principle in law, that he who suffers damage in consequence of an act of his own, is not considered to have sustained any ... This principle in law is particularly applicable to securities to whom according to Roman Law is allowed the *beneficium ordinis* that is a privilege of the Laws of Justinianus Novella IV Cap I whereby they are liberated from all responsibility whenever the creditor could have obtained his due ..." ¹⁵⁰.

Afgesien daarvan dat in bovermelde aanhaling na 'n belangrike algemene regsbeginself verwys word, is dit duidelik dat van die veronderstelling uitgegaan word dat die wisselborg nie sonder meer van die *beneficia* afstand doen nie. Die standpunt is verder ook ingeneem dat die latere

¹⁴⁷ GH 48.2.8 4-11, 34-36.

¹⁴⁸ *Inleiding* (die nadere verwysing word nie gegee nie) GH 48.2.8 9.

¹⁴⁹ Voet 46.1.36, GH 48/2/8 36-37.

¹⁵⁰ Die standpunt word ingeneem op grond van D 50.17.203 en D 50.17.103. GH 48/2/8 35-36, 164. Sien ook *Robertson en Thomas v Nisbet en Dicken* CJ 1830 325-329.

onderneming deur G P Naudé novasie van die oorspronklike skuld tot gevolg gehad het, wat eweneens 'n grond vir die bevryding van die borg sou uitmaak. Die uitkoms van die betoog sou grootliks bepaal word deur die vertolking van Naudé se onderneming.¹⁵¹

Oor die reg wat aan die Kaap ten aansien van borgstelling sou geld, word betoog dat:

"During former Governments of the Colony justice was not done agreeably to any other laws than to those observed in Dutch India, that is according to the Dutch Laws, those, as they were very insufficient in some aspects, adopted the Roman Law as subsidiary and which had accordingly been acknowledged in the most of the fundamental laws of the former Dutch Government. On almost every subject which relates to contracts, wills and other daily transactions amongst men, decisions are made agreeably to the Roman Law in Holland and consequently in this Colony, as to what relates to securities and the renewal of debts it is only necessary to look into Hugo de Groot's Introduction to the Laws of Holland in order to be convinced that this writer has derived all propositions from the Roman Law."¹⁵²

Die reg van toepassing in die Kaap tydens die oorname in 1806 geld steeds kragtens die bekende standpunt van die Engelse reg in hierdie verband,¹⁵³ so word aangevoer.

In die beslissing *Robertson, Thomas en McDonald v Discount Bank*¹⁵⁴ is 'n promesse, waarop die appellante hulself as wisselborg verbind het, ter versekering van die betaling van 'n bedrag in terme van 'n leningsooreenkoms verskuldig, gelewer. Na insolvensie van die makers van die promesse is sonder dat enige verdere stappe teen die hoofskuldenaar geneem word, die borgooreenkoms afgedwing. Namens die appellant is die algemene regsposisie van die borg met verwysing na

¹⁵¹ GH 48.2.8 84-95, 153-154. Die standpunt word ingeneem met verwysing na D46.2.1, Voet 2, De Groot *Inleiding* 3.43.1 en 4., Cod 8.41.4 (*novatione*).

¹⁵² GH 48.2.8 89-92.

¹⁵³ Blackstone 107. GH 48.2.8 92-92.

¹⁵⁴ 1827 GH 48.2.57 1-82 (PB), GH 48.1.2 255 (VB).

gemeenregtelike bronne uiteengesit.¹⁵⁵ In opvolging hiervan word die regsposisie van die wisselborg *in casu* as 'n "simple security" wat nie van die *beneficia* afstand gedoen het nie beoordeel.¹⁵⁶ Daar is egter aangevoer dat die insolvensie van die hoofskuldenaar direkte optrede teen die borg regverdig¹⁵⁷ en die borg dan in 'n soortgelyke posisie as 'n endossant verkeer. In die betoog is die borg se aanspreeklikheid as **endossant** dan ook pertinent oorweeg.¹⁵⁸

Daar moet ook van die verskynsel kennis geneem word dat in hierdie beslissing gesteun word op die uiteensetting van die regsposisie van die borg soos in *Widow van Ryneveld v Zorn*, wat hierbo bespreek is.¹⁵⁹

3. EVALUASIE

Uit voorgaande ontleding kan die volgende gevolgtrekkings gemaak word:

Wat die wisselreg in die algemeen betref, is deurgaans na 'n aantal gesaghebbende bronne waaronder Heineccius,¹⁶⁰ Pothier,¹⁶¹ Phoon-sen¹⁶² en Reitz se kommentaar op Heineccius verwys. Van die meer algemene gemeenregtelike bronne waarin die wisselreg ook opgeneem is, is veral verwys na De Groot¹⁶³ en Van der Linden.¹⁶⁴ Daar is ook in

¹⁵⁵ Nov 4.1.3 (*Authentica Praesente Cod de Fidejussoribus*), Voet 46.1.14, De Groot *Inleiding* 3.3.27. GH 48.2.27 8-10.

¹⁵⁶ GH 48.2.27 26-28.

¹⁵⁷ Lex 6.4.3, Van Leeuwen *RHR* 4.4.8, GH 48/2/27 54-62.

¹⁵⁸ GH 48.2.27 25-26.

¹⁵⁹ GH 48.2.27 25.

¹⁶⁰ *Elementa Juris Cambialis*. Die regspraktisyns verwys deurgaans na Reitz se vertaling *Grondbeginselen van het Wisselrecht*.

¹⁶¹ *Traité des Lettres de Change*. Daar word deurgaans gebruik gemaak van Van der Linden se vertaling *Verhandeling van het Wisselrecht*.

¹⁶² *Wissel-Stijl tot Amsterdam*.

¹⁶³ *Inleiding tot de Hollandsche Rechtsgeleertheit*.

¹⁶⁴ *Regtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek*. Daar is ook 'n enkele verwysing na Van Leeuwen *Het Roomsche Hollandsche Recht*.

toepaslike gevalle besondere waarde geheg aan die *Costumen van Antwerpen en Amsterdam*.¹⁶⁵

Dit was ook dikwels nodig om oor die toepaslikheid van die Engelse reg in buitelandse wissels standpunt in te neem. In verband hiermee is die standpunt deurgaans ingeneem dat geen dramatiese verskil tussen die Engelse en Hollandse reg in die besondere verband bestaan nie. Dit is egter ook opvallend dat soms in ander verband na die Engelse reg verwys is. Hoewel hierdie praktyk sekerlik daartoe kon lei dat Engelsregtelike standpunte invloed kon uitoefen, is daar ook aanduidings dat in die regspraktyk die gesaghebbendheid van die *Wisselrecht* nie sonder meer op die altaar geplaas is nie.

Wat die Engelse reg betref, is hoofsaaklik gesteun op die uiteensetting van Blackstone¹⁶⁶ en Chitty.¹⁶⁷

Hoewel die inhoud en benadering van die betoë voor die hof dikwels verrassende insigte openbaar, werp dit geen nuwe lig op die kontemporêre problematiek van die wisselreg nie.

Wat die wisselborg betref kan die volgende afleidings gemaak word. Die regsposisie van die wisselborg is beoordeel met verwysing na die algemene beginsels van borgstelling. Die wisselborg is, benewens die enkele standpunt tot die teendeel, deurgaans beskou as 'n borg wat nie sonder meer van die *beneficia* afstand gedoen het nie.

Ter ondersteuning van die standpunte wat oor die regsposisie van die borg ingeneem is, is deurgaans op gemeentregtelike gesag gesteun wat in die algemeen oor borgtog handel. Gespesialiseerde bronne oor die wisselreg is nie as gesag gebruik nie. Hieraan kan die benadering in stryd met die

¹⁶⁵ Opgeneem in Phoonsen's *Wissel-stijl tot Amsterdam*.

¹⁶⁶ *Commentaries on the Laws of England*.

¹⁶⁷ *Treatise on Bills of Exchange*. Daar is ook *via* Chitty verwys na beslissings van die Engelse houe. Sien by *Robertson en Thomas v Nisbet en Dicksen* CJ 1830 365-368 waarin verwys word na *Esdaile v Sowerby* en *Wyne and Others v Raikes and Others*.

gemeenregtelike standpunt oor die avalis, moontlik toegeskryf word. Dit wil dus verder voorkom asof die latere gerapporteerde standpunt van die Suid-Afrikaanse howe, wat in stryd met die eise van die handelsverkeer die *beneficia* aan die wisselborg toegeken het, reeds in die onderhawige tydperk wortel geskiet het.

Ten aansien van die gemeenregtelike gesag waarop wel gesteun is, is dit duidelik dat telkens na dieselfde bronne verwys word. Dit spreek sekerlik van die gesaghebbendheid waarmee hierdie bronne bejeen is, maar kan moontlik ook toegeskryf word aan die ontwikkeling van 'n informele presentestelsel, waarvan daar duidelike aanduidings is in die *Robertson*-beslissing.

Uit die ontleding is daar nie pertinente aanduidings dat die benadering van die Engelse reg ten aansien van die aanspreeklikheid van sogenaamde "strangers", reeds in die tydperk invloed uitgeoefen het nie. Uit die enkele geval waar die aanspreeklikheid van die borg met die van die endossant in verband gebring is, kan nie finale afleidings gemaak word nie. Daarby is dit duidelik uit die standpunte wat hierbo aangemerkt is, dat die standpunt ingeneem is dat, ondanks die oorname van die Kaap deur Engeland, die Romeins Hollandse Reg steeds toegepas moes word.

- C.R. de Beer

**E. ASPEKTE VAN DIE
ROMEINSE REG AAN DIE KAAP
SOOS TOEGEPAS MET BETREKKING TOT SLAWE,
1806 - 1827**

1. INLEIDING

In 'n navorsingstuk van oor die 200 bladsye is aspekte van die Romeinse reg aan die Kaap soos toegepas met betrekking tot slawe uiteengesit.

Aandag is *inter alia* aan die volgende gegee:

Die slawestelsel aan die Kaap

Bronne van die Kaapse reg

Die reg van toepassing op slawe

Toepaslike veranderinge

Die Kaapse Regspraktyk:

Die standpunt van die Fiskaal/Prokureur-Generaal

Die siviele regspraak

Die statutêre ontvoogding van slawe -
Regsentwikkellinge vanaf 1806 - 1834

Vir doeleindes van hierdie verslag word die aandag slegs gevestig op die siviele regspraak.

2. DIE SIVIELE REGSPRAAK

Daar is heelwat nuttige verwysings in die literatuur na hofsake waarby slawe betrokke is. Hierdie literatuur is egter nie besonder behulpzaam om

die regsontwikkeling, wat in die Kaap ten aansien van die regspisies van slawe plaasgevind het, aan te toon nie. Die ontsluiting wat die Argiefnavorsingsgroep vir die tydperk 1806 - 1827 gedoen het, maak dit nou moontlik om belangrike siviele beslissings van die Raad van Justisie en die Siviele Appèlhof oor 'n toepaslike onderwerp te raadpleeg, voordat standpunte oor die reg en die toepassing daarvan ingeneem word.¹ In dié afdeling word uit hierdie navorsing geput in 'n poging om standpunte ten aansien van die regsontwikkeling ten opsigte van slawe te formuleer. Die bespreking is gevolglik beperk tot 'n aantal siviele sake wat voor die Raad van Justisie en die Siviele Appèlhof geding het.

Die rol wat die Raad van Justisie in sy verskillende samestellings gespeel het om die vestiging van die Romeins-Hollandse Reg aan die Kaap te bewerkstellig, word deur verskillende skrywers aangetoon.² Die Raad van Justisie, asook die Siviele Appèlhof,³ het egter nie die redes vir hulle uitsprake bekend gemaak nie. Hoewel in die prosesstukke wat voor die hof geding het, na gesag verwys is en dit selfs ontleed is, kan daar nie met sekerheid vasgestel word wat die geldingskrag daarvan was nie. Hierdie feit moet veral in gedagte gehou word wanneer bevind word dat sedert die Tweede Britse Besetting van die Kaap daar soms na Engelse gesag verwys word.

In die ontleding van die regsontwikkeling moet, wat slawerny betref, rekening gehou word met die tendens wat uit die beslissing *Ruysch qq Coridon en Antje v Schmidt en Luning*⁴ na vore kom. In hierdie beslissing word in

¹ Visagie *et al*, *Raad van Justisie, Hofstukke en Uitsprake wat betrekking het op Siviele Sake, 1806 - 1827*, 1989, 1 e.v.

² Sien bv Visagie *Regspleging en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806*, 1969, 40 e.v.

³ Vir **siviele** appèlle, ingestel in 1807, bestaande uit die Goewerneur en Luitenant-Goewerneur. Na die afskaffing van laasgenoemde pos het die Goewerneur die funksie vervul. Strafappèlle is aangehoor deur die Kriminele Appèlhof (1808) met die Goewerneur as voorsittende beampte. Sien by Theal *Records of the Cape Colony* VI 115, 362-363.

⁴ CJ 1595 (11-142), CJ 934 (1047-1049) 36 ev, 101-102. Sien ook *Swanevelder v Zeebouwer* CJ 1602 (3- 230), CJ 935 (354-355) 94. In *City v Klerk* GH 48.2.24 (558-747), GH 48.1.1 (261-262) 577-583 word uitvoerig verwys na die saak van Vermaak ten aansien waarvan op 26 April 1803 uitspraak verleen is. In die betoog word gepoog om die sake van mekaar te onderskei.

die beredenering gesteun op twee sake waarby ene Eksteen betrokke was, naamlik *Deyssel v Eksteen* en *Eva van de Kaap v Eksteen*.⁵ Hierdie klaarblyklike informele aanwending van die presedenteleer kon 'n rigtinggewende invloed gehad het op die toepassing van die *in favorem libertatis*-leerstuk aan die Kaap. Op bovermelde gesag word gesteun vir die betoog dat in 'n geskil oor die vryheid van 'n slaaf die hof, in die geval van twyfel,⁶ *in favorem libertatis* moet beslis.⁷ Hierdie benadering kom dikwels in prosesstukke na vore en dui daarop dat die standpunt van Justinianus, dat slawerny in stryd is met die natuurlike staat van die mens, steeds as gesaghebbend aanvaar is.⁸ Die oorgrote meerderheid van die beslissings waarin na gesag verwys word, handel oor die status van slawe.

⁵ CJ 1556 (457-740), CJ 932 (273-274). In *Munnik v Truter qq Hendrik* CJ 1643 (139-311), CJ 2232 (359-361) 246-251 word ook na die gesag van die *Somerset*-beslissing verwys om aan te toon dat 'n slaaf, wat in Engeland was, sy vryheid verkry het (*Somerset v Stuart*, 20 How Street Tr 1 (1771-1772)).

⁶ Uit die notule van die *Extra Ordinaire Vergadering* van die Raad van Justisie van 5 Maart 1807 (CJ 921, 61-67) blyk dit dat in die geval van 'n staking van stemme in die Raad, ook ten gunste van vrylating beslis moet word. (Verwysing na die besluit van die Raad op 19 Februarie 1807.)

⁷ In *Eksteen v Denysen qq Eva van de Kaap* CJ 1556 (457- 40), CJ 932 (273-274) 577-580 word byvoorbeeld op grond van D 34.5.24 aangevoer dat in die geval van twyfel in 'n dokument dit tot voordeel van vryheid uitgelê moet word; dat in D 50.17.122 die reël vasgelê is dat "niets zoveel faveur in het Recht geniet dan de vrijheid". Verdere gesag met dieselfde strekking waarop gesteun word, is D 50.17.20 en D 50.17.179. Sien *Munnik v Truter qq Hendrik* CJ 1643 (139-311), CJ 2232 (359-361) 237-238; *Ruysch qq Coridon en Antje v Schmidt en Luning* CJ 1595 (11-142), CJ 934 (1047-1049), 38-39. Sien ook *Denysen v Beck* CJ 1620 (1-980), CJ 2227 (570-571) 698-699, 704-711, waar benevens sommige van bovermelde bewysplase, ook nog die volgende bygevoeg word: Gothofredus, *De Regulis iuris ad Legem* 106; D 40.1.24.1; D 42.1.38. In die prosesstukke van hierdie beslissing word ook die standpunt ingeneem dat die waarde wat aan besit en die bewyslas geheg word, die beginsel *in favorem libertatis* ondersteun. Die volgende gesag word in hierdie verband aangehaal: D 50.17.20, 25, 33, 125, 126.2, 128, 154. Verder by *Harms (Francina) v Posthumus (Wed Wyle de Vos)* CJ 1556 (147-456), CJ 932 (269-270), 200.

⁸ In *Zeebouwer v Swanevelder* CJ 1594 (3-76), CJ 935 (354-355) 46, word by wyse van 'n volledige aanhaling verwys na *Inst* 1.3.2. Sien by *Denysen v Beck* CJ 1620 (1-980), CJ 2227 (570-571) 701-702 waar betoog word dat "een recht het geen men meer en meer gevoelt dat tegens de natuur der menschen strijdt, gelyk het reeds by de Romeinen als zoodanig wierdt beschouwd ...". Sien ook *Munnik v Truter qq Hendrik* CJ 1643 (139-311), CJ 2232 (359-361) 234-238 waar ook pertinent na die standpunt van die Romeinse reg verwys word. Die standpunt word gestaaf met verwysings na D 50.17.106 (*libertus inaestimabilis res est*) en D 50.17.122 (*libertas omnibus rebus est favorabilior*). Sien ook by *Ruysch qq Coridon en Antje v Schmidt en Luning* CJ 1595 (11-142), CJ 934 (1047-1049) 36-37 waar op dieselfde bewysplase gesteun word.

In *Brand v Wentzel*⁹ word breedvoerig verwys na die *de facto* posisie van 'n slaaf terwyl 'n geding oor sy status aanhangig gemaak is. Die standpunt¹⁰ word ingeneem dat die slaaf, totdat 'n finale uitspraak gegee is, in vryheid gestel word. Die bepalinge van die Romeinse reg ten aansien van die bewyslas¹¹ vorm die grondslag van die betoë.¹²

In die prosesstukke van die saak *Munnik v Truter qq Hendrik*¹³ word 'n insiggewende uiteensetting gegee van die regsposisie van slawe wat van die buiteland na die Kaap terugkeer. Slawerny is in Brittanje en Nederland nie erken nie en slawe wat daar voet aan wal gesit het, het hulle vryheid verkry. Hierdie status is behou selfs waar die vrygelatene na die betrokke kolonie waar die slawestelsel in gebruik was, sou terugkeer.¹⁴ In die betoog voor die hof word die Engelsregtelike posisie, met pertinente verwysing na die *Sommersett*-beslissing waarin die Engelse standpunt finale beslag gekry het, ontleed.¹⁵ Die Nederlandse standpunt word ook ontleed¹⁶ met besondere verwysing na 'n *Plakkaat* van 23 Mei 1776¹⁷ van

⁹ CJ 1843 (67-454), CJ 2237 (292-294) 120-132.

¹⁰ Met verwysing na Perezius *Praelectiones ad Cod.* 7.16.3 (op 121); die *Twaalf Tafels* en Cujacius se *Observationes* 18.23; D 40.12.24 en C 14 (*de libertatis causa*).

¹¹ Sien D 40.12.7.5.

¹² *Eksteen v Denysen qq Eva van de Kaap* CJ 1556 (457-740), CJ 932 (273-274); *Swanevelder v Zeebouwer* C J 1602 (3-230), CJ 935 (354-355) 94-97. Sien ook die prosesstukke van *Wentzel v Brand* GH 48.2.58 (327-566), GH 48.1.2 (299). Slawe was egter dikwels ten aansien van die voorlegging van geskikte getuienis en die aflegging van getuienis in 'n onbenydenswaardige posisie. Sien *Swanevelder v Zeebouwer* CJ 1602 (3-230), CJ 935 (354-355) 141-181.

¹³ CJ 1643 (139-311), CJ 2232 (359-361) 240-278.

¹⁴ Om hierdie standpunt bo alle twyfel te stel word in *Munnik v Truter qq Hendrik* CJ 1643 (139-311), CJ 2232 (359-361) 252-255 op die voorskrifte van die Romeinse reg gesteun. Dit bepaal dat 'n kind vry gebore word selfs waar die moeder tussen konsepie en die geboorte vir 'n oomblik vry was. Verder kon 'n vrygelatene alleen op grond van 'n nuwe *causa* weer in slawerny terugval. In par 77 *Nieuwe Statuten* (Besluite Heeren Zeventien 9 Oktober 1714 en 28 September 1715) is ook bepaal dat slawe wat hulle vryheid verkry het deur na Nederland te gaan, in hierdie staat sou bly totdat 'n "nuwe en wettige oorzaak" vir die terugval in slawerny sou ontstaan.

¹⁵ Sien ook *Charles v Eksteen* CJ 2057 (60-92), CJ 2242 (881-882) 69-70 wat handel oor 'n slaaf wat vir 'n tydperk saam met sy lyfheer in Engeland was en daarna na die Kaap terugkeer om weer as slaaf verkoop te word.

¹⁶ In die betoog is ook verder gegaan en 'n uiteensetting gegee van die stand van sake in Frankryk (op 257, 260-261, 270-274) wat nie van die in Nederland en England verskil het nie. In dié gedeelte van die betoog word na toepaslike gesag en belangrike datums verwys.

die *Staat-en-Generaal*, ingevolge waarvan slawe wat uit die kolonies sou kom, nie sonder meer hul vryheid verkry het nie.¹⁸ Met verwysing na die *Statuten van Indië* waarin bepaal word dat slawe wat na Nederland sou gaan, hulle vryheid ontvang,¹⁹ word die betoog op 'n bekwame wyse verder gevoer deur ook aan te toon dat in hierdie voorskrifte nie 'n onderskeid getref word tussen gevalle waar die slaaf te goeder of te kwader trou na Nederland gegaan het nie.

Verskeie ander gronde waarop slawe hulle vryheid kon verkry, het die onderwerp van belangrike beslissings uitgemaak.

In *Eksteen v Denyssen qq Eva van de Kaap*²⁰ word namens 'n slaaf betoog dat "hetzelve in't Romeinsche recht wordt uitgedrukt *in possessione libertatis*".²¹ Die slaaf sou na bewering deur die eienaar aan sy eie lot oorgelaat gewees het en gevolglik *res derelicta* wees.²² Om dit aan te toon word besondere waarde geheg aan die optrede van die eienaar,²³ veral ook wat die nakoming van sy onderhoudspelig betref.²⁴ In die tweede plek is ook aangevoer dat die slaaf op sy vryheid geregtig is op grond van die bepaling van die transportakte. In hierdie verband is die

¹⁷ *Groot Placaet-Boeck* IX 526. Sien ook die verwysing na hierdie *Plakkaat* in *Charles v Eksteen* CJ 2057 (60-92), CJ 2242 (881-882) 69-70.

¹⁸ Op 258-259.

¹⁹ Par 77 *Nieuwe Statuten van Indië* (Besluite Heeren Zeventien 9 Oktober 1714 en 28 September 1715).

²⁰ CJ 1556 (457-740), CJ 932 (273-274) 225-240.

²¹ Ter verduideliking word aangevoer dat dit die geval is waar 'n slaaf te goeder trou ("niet door bedrog of list of door van zijn lijfheer gevlugt te zijn") in hierdie *de facto* staat van vryheid hom sou bevind sonder dat 'n *justus titulus* aangetoon kon word. Op 225-226. Vir hierdie standpunt word gesteun op D 40.12.12.3.

²² Op 227-229 word verwys na die tersaaklike stappe en D 40.12.7.5 en D 5 om die onsekere posisie van die slaaf op te klaar.

²³ "Wanneer hy zijne handen daarvan aftrekt en zich daarmede niet bemoeit aan anderen overlatende om zich dezelve toe te eighen." Op 231 word gesteun op *Inst* 1.47. Op 549-550 word verwys na D 41.7.1.

²⁴ In hierdie verband word 'n voorbeeld uit die Romeinse reg aangehaal waar die eienaar van 'n slavin nie die onderhoudskoste ten aansien van 'n kind wou nakom nie, en die kind op vryheid geregtig sou wees. D 41.7.8. Verdere voorbeelde uit die Romeinse reg, aldus die betoog, word gevind in D 40.8.2 en D 48.1.9, 235-240.

voorwaardes gestel dat die slaaf in die Christelike godsdienst opgevoed moet word, moet leer lees en skryf en in slawerny moet bly tot die ouderdom van vyf en twintig jaar.²⁵ Volgens die beredenering moet die akte uitgelê word teen die agtergrond van die *in favorem libertatis*-beginsel.²⁶ In die beredenering word deurgaans op Romeinsregtelike bronne gesteun. Dit is verder duidelik dat dit gedoen word teen die agtergrond van die magtiging van die *Statuten* en *Nieuwe Statuten*.²⁷

In *Ruysch qq Coridon en Antje v Schmidt en Luning*²⁸ word betoog dat twee slawe op hulle vryheid kan aanspraak maak op grond van 'n beweerde sterfbedverklaring van die eienaar. Om die vryheid van die ongelukkiges te bewerkstellig word in die beredenering gesteun op die standpunt van De Groot²⁹ oor "onvolkomen uysterste Wille". Standpunte oor "Schenking" en "Toezegging" word ook in die betoog opgeneem.³⁰ Hierdie argumente is daarop gerig om die stelreël ten gunste van vryheid te onderskraag.³¹

Testamentêre beskikking en vrystelling deur die eienaar is bekende gronde waarop slawe hulle vrystelling verkry het. Dit is egter opvallend dat ook na die standpunte van Romeins-Hollandse skrywers verwys word ten aan-

²⁵ Met verwysing na die ouderdomsbepaling word die voorbeeld uit *Cod* 1.3 geneem wat daarop neerkom dat die slaaf sonder meer by bereiking van die ouderdomsgrens vry word, 555-559. Die vrystelling van 'n slaaf is ook soms aan die dood van die eienaar gekoppel. In hierdie verband word in *Zeebouwer v Swanevelder* CJ 1594 (3-76), CJ 935 (354-355) 57 verwys na D 10.18.7. Die slaaf verkry eers sy vryheid na die dood van die eienaar.

²⁶ Op 557-584.

²⁷ Par 89 *Nieuwe Statuten* (*Oude Statuten*).

²⁸ CJ 1595 (11-142), CJ 934 (1047-1049).

²⁹ *Inl* 2.25.2 en 3.26.3, 30-32. In hierdie verband is die vereiste van vyf getuies gestel. In die beredenering van die problematiek wat bestaan, word verwys na D 3.2 (*de testibus*), Voet *Comm* D 22.3.3 en Huber *Hedendaagsche Rechtsgeleertheyd* 5.27.42. (Op 103-104). Op 124 word verwys na die "principe ... overeenkomstig de Mozaische wetten ons leerd, dat in de mond van twee of drie getuigen de waarheid bestaat". Volgens Mathaeus 4.2.4.5, aldus die betoog, moet enkel getuies met versigtigheid bejeën word. (Op 125.)

³⁰ Op 32-35. Sien ook 106-108 waar in hierdie verband na De Groot *Inl* 3.1.10 en *Inl* 3.48.51 verwys word.

³¹ Op 36-37 met verwysing na D 50.17.106, D 50.17.22, D 50.17.20, D 50.17.179. Verder op 101-102.

sien van regspraak waarby slawe betrokke is en waarvoor nie in die *Statuten* en *Nieuwe Statuten* voorskrifte neergelê is nie.

Dieselfde patroon word ook gevind in *Wernich v Wienand*.³² In hierdie saak het die stand van die reg in die geval van gebreke in die koopsaak, wat 'n slaaf was, ter sprake gekom. In die *Statuten*³³ is ten aansien van gebreke in slawe 'n besondere openbaringsplig op verkopers geplaas. Die nie-nakoming daarvan kon lei tot prysvermindering of die beëindiging van die kontrak.³⁴ Met inagneming van hierdie besondere voorskrifte,³⁵ word die argumente verder ontplooi met verwysing na die Romeinse en Romeins-Hollandse standpunte oor wilsooreenstemming en dwaling.³⁶

In *Anhuizen v Louw*³⁷ word aangevoer dat die verkoper van 'n slaaf nie sy statutêre openbaringsplig ten opsigte van moontlike gebreke in die koopsaak nagekom het nie. Namens die verweerder word aangevoer dat "*certiones faciant emptores*, zegt het Edict, *quid morbi vitii que cuique fit*, d.i. dat de verkoper den Kooper met de ziekte of met het gebrek van den slaaf bekend make".³⁸ Voorts word geargumenteer dat *morbus* moontlik na 'n liggaamsgebrek en *vitium* na 'n sielsgebrek sou verwys. Op gesag van Ulpianus³⁹ en Modestinus⁴⁰ word aangevoer dat die algemene open-

³² CJ 1672 (2-207), CJ 2235 (590, 597).

³³ Par 69 *Nieuwe Statuten* (*Oude Statuten*). Sien par 68 *Nieuwe Statuten* (Alfabetiese Weergawe).

³⁴ In *Heatly v Rowles* GH 48.2.39 (519-699), GH 48.1.1 (335) 537-539 is betoog dat hierdie voorskrif nie daarvoor voorsiening maak dat skadevergoeding geëis kon word nie.

³⁵ Op 144-146 word die besonderhede van hierdie voorskrif volledig aangehaal.

³⁶ D 50.17.1.116; D 50.17.1.29 (op 99-100 en 159); D 2.1.15, (op 159); Voet *Comm* 18.1.3 en 5; Averanus *Interpretatio iuris* 1.19 (op 159-161); D 45.1.1.83 (op 163-164); De Groot *Inl* 3.17.4 (op 166-167). *Heatly v Rowles* GH 48.2.39 (519-699), GH 48.1.1 (335) handel ook oor die gebreke in die koopsaak (slaaf) en bevestig die benadering in die *Wernich*-beslissing. Die materiële reg word beredeneer met verwysing na Romeinse en Romeins-Hollandse bronne. Bv D 9.2.1 (529-535); Voet *Comm* 21.1.10 (543-545). Daar word ook uitvoerig na Pothier *Treatise du Contrat de Vente* 2.2 verwys (547 ev).

³⁷ CJ 1766 (355-388, 508-565), CJ 942 (507).

³⁸ CJ 1766 (530).

³⁹ 1.7 (*de aedilium edictum*) CJ 1766 (530), 4.3 CJ 1766 (532), 4.4 CJ 1766 (534).

⁴⁰ 101.2 CJ 1766 (531-532).

baringsplig van die verkoper ten aansien van liggaamsgebreke bestaan en dat sielsgebreke slegs openbaar moet word indien dit uitdruklik onderneem is. In laasvermelde verband, so word betoog,⁴¹ het "de Romeinsche Wetgevers, en wel in het byzonder de Aediles hebben de grootste billykheid in het oog gehouden wanneer zy, ten voorkoming van alle bedrog in het gemeld Edict hebben geëmaneer ... dat de verkoper den koper moet bekend maken wanneer de slaaf is een opdresser of aan eene crimineele regtsvervolgen gebonden".⁴² In hierdie verband kan die benadering wat in die Kaap gevolg is in besonderhede verder ontleed word met verwysing na die aantekening van hoofregter Truter teenoor paragraaf 68 van die *Nieuwe Statuten* (Alfabetiese Weergawe). Met verwysing na D 1.1 (*de aedilitio edicto*) verklaar regter Truter:

"... waaruit blykt, dat de verkoper verplicht is, alle gebreken van verkogt wordende slavin bekend te maaken - Hiertoe zyn alle verkopers verplicht ... D 1.3.4 en 5, voor het overige moet dit articul deszelfs interpretatie ontvangen uit het geen in Iure Romanus ... voorkomt"

Slawe het ook dikwels op hulle vryheid aanspraak gemaak op grond van die feit dat die moeder vrygestel is, of dat die slaaf verwek is deur die eienaar of 'n ander vrypersoon.

Ingevolge 'n *Plakkaat* van 20 Junie 1766 van die Hoë Regering van Indië,⁴³ het 'n verbod gegeld ten aansien van die verkoop van slawekinders wat deur Christene by slawe verwek is. Sodanige kinders kon wel oorgedra word aan persone wat "geneegen mogten weesen die anders

⁴¹ CJ 1766 (535).

⁴² Verder in hierdie verband word met verwysing na Ulpianus 1.10 (*de aedilium edictum*) en Pomponius 16 betoog dat die gebreke by die sluiting van die koopkontrak moet bestaan. Die verwysing na "crimineele regtsvervolgen" is aldus D 1.1 (*de aedilium edictum*) en Ulpianus 17.17 en 18 nie 'n verwysing na 'n openbaringsplig ten aansien van dit wat reeds afgehandel is nie. CJ 1766 (554-556). Daar word verder betoog dat indien die koper hom op par 71 van die *Statuten van Indië* ('n verwysing na die *Nieuwe Statuten* (Alfabetiese Weergawe)) sou beroep (wat die eienaar van 'n slaaf, tot die waarde van die slaaf, vir misdade van die slaaf aanspreeklik stel) dit op niks meer neerkom as dit wat reeds ingevolge D 17.17 (*de aedilium edictum*) bepaal word nie. CJ 1766 (557-559).

⁴³ Sien par 35-36 *Nieuwe Statuten*.

ongelukkigen in den Hervormden godsdienst op te queeken".⁴⁴ In *Spacie v Stout*⁴⁵ het die vryheid van 'n slavin en haar kind, wat na bewering deur "vryzwart David" verwek is, ter sprake gekom. Met 'n beroep op voormelde *Plakkaat* en ander besluite van die Hoë Regering,⁴⁶ word 'n saak vir die vryheid van moeder en kind uitgemaak. *In casu* is die Christenskap, eiendomsreg en vaderskap van "Vryzwart David" ernstig bevraagteken.⁴⁷ Dit is opvallend dat die standpunt deurgaans ingeneem word dat beide moeder en kinders nie verkoop mag word nie.⁴⁸ Hierdie standpunt word waarskynlik ingeneem op grond van paragraaf 8 van die *Nieuwe Statuten* (Alfabetiese Weergawe) wat breedweg 'n kombinasie is van paragraaf 6, 35 en 36 van die *Nieuwe Statuten* (*Placaat* 20 Junie 1766). Paragraaf 8 van die Alfabetiese Weergawe bevat egter die addisionele bepaling op grond waarvan die moeder vrygestel kan word.

Die vraag is vervolgens of enige plaaslike regsontwikkeling uit die siviele regspraak waarneembaar is. Uit die beredeneringe in *Harms (Francina) v Posthumus*⁴⁹ word sterk aanduidings hiervan gevind.

In die *Harms*-beslissing het 'n slavin en haar kind op hulle vryheid aangedring op grond daarvan dat die kind deur die eienaar verwek is en dat die eienaar op sy sterfbed verklaar het dat beide moeder en kind hulle vryheid moet ontvang. In die beredeneringe word ook verwys na 'n verkoopsooreenkoms waarvolgens die betrokkenes in elk geval op hulle vryheid kan aanspraak maak. Om vaderskap te bewys word groot gewag gemaak van

⁴⁴ Par 36 *Nieuwe Statuten*. Andersins moes hierdie kinders aan die "diaconen van die Gereformeerde" gemeente oorhandig word om in die "armhuys" opgevoed te word.

⁴⁵ CJ 1743 (1-129), CJ 939 (659-660) 9-124.

⁴⁶ 'n Verwysing na 'n *Resolutie* van April 1772. Daar word ook verwys na die *Proklamasie* van 26 April 1816 ingevolge waarvan die verpligte registrasie van slawe bepaal is. Op 10-13, 117-125.

⁴⁷ Sien ook *Brand v Wentzel* CJ 1843 (67-454), CJ 2237 (292-294) 82-85, 347-351 waar ook na hierdie *Plakkaat* verwys word.

⁴⁸ In *Faure (Fytje) v Van Breda* GH 48.2.70 (1-584), GH 48.1.2 (327) word ook na die betrokke voorskrif verwys, sonder dat van Christenskap melding gemaak word (op 6).

⁴⁹ CJ 1556 (147-456), CJ 932 (269-170). Sien ook *Faure (Fytje) v Van Breda* GH 48.2.70 (1-584), GH 48.1.2 (327).

die verklaring van die moeder en van die feit dat die betrokke kind soos ander kinders van die eienaar behandel en opgevoed is. In die beredeneringe word ook rekenskap gegee van die verskillende wyses waarop slawe hulle vryheid kon verkry en die onderskeid wat gemaak word in die regsposisie van vrygeborenes en vrygelatenes. Die stelling word gemaak dat:

"Schoon volgens de Wette dezen Colonie, geen bijsonders onderscheid wordt gemaakt tusschen vrijgeborene en vrijgegeve, zo als by de Romeinen maar kan deze wetten meestal zijn over genomen."

Hierdie stelling suggereer dat van die besondere regsontwikkelinge wat aan die Kaap kon plaasgevind het, kennis geneem moet word. Dit verkry verder besondere betekenis teen die agtergrond van die stelling van Wessels dat "Slavery in the Dutch colonies was regulated by the Roman law, but in a very modified form".⁵⁰ Die beredenering in *Beck v Leeuwner*⁵¹ bevestig voorts dat die Romeinse reg nie altyd op 'n klassieke wyse vertolk is nie.

In die *Beck*-beslissing het die eis van die eienaar vir die verlies van sy slaaf as gevolg van die optrede van 'n ander, ter sprake gekom. Die beredenering voor die hof geskied op die grondslag dat die skade verhaal moet word met die *actio legis Aquiliae*. In die betoog voor die hof word soos volg standpunt ingeneem:

"This deduction is fully founded upon the Roman Law,⁵²

"... that any person who either directly by himself *corpore in corpore* or indirectly by being the cause although not immediate, of the loss of a slave is liable to the full extent of the highest value of such slave for a year before his death ..."⁵³ en

⁵⁰ Sien by Visagie, *Regspleging* 89.

⁵¹ GH 48.2.59 (565-976), GH 48.1.2 (163).

⁵² D 9.2.

⁵³ Op 586-587.

"... this action according to the Roman Law was not introduced as an *actio poenalis* but only as an *actio persecutoria* to obtain a mere compensation for the loss actually sustained"⁵⁴

Ten aansien van die aard van die *actio legis Aquiliae* verklaar Schultz⁵⁵ egter:

"The classical *actio legis Aquiliae* was a penal action (Gai. 4.112) and not an action for indemnification. Justinian described the *actio legis Aquiliae* as an *actio mixta* (Inst. iust. 4.6.19) not only because *lis infitendo crescit in duplum*, but also because the offender had to pay the highest value which the injured thing had within a certain period and not the value at the time when the injury was done."

'n Interessante debat word voorts gevoer oor die vereiste elemente vir die *actio legis Aquiliae*.⁵⁶

3. SAMEVATTING

In die siviele regspraak kom dikwels verwysings na die Romeinse reg voor. Dit wil egter voorkom asof dit tog plaasvind teen die agtergrond van die magtiging van die *Statuten en Nieuwe Statuten*. Dit gebeur dikwels dat, benewens die voorskrifte van die *Statuten en Nieuwe Statuten*, in elk geval ook na die toepaslike Romeinsregtelike beginsels en in sommige gevalle, vrylik, na die Romeins-Hollandse bronne, verwys word. Daar is egter aanduidings dat die regsontwikkeling wat deur die opname van die Romeinse reg in die *Statuten en Nieuwe Statuten* plaasgevind het, nie altyd raakgesien is nie, terwyl daar tog dikwels aanduidings gegee word van eie Kaapse ontwikkeling wat sou plaasgevind het.

- C.R. de Beer

⁵⁴ Op 588-589. Sien in hierdie verband verder by D 9.2.22 en 23 waar verdere besonderhede gegee word oor die verliese wat in berekening gebring kan word. Verder by Donellus, *Commentarii* 223.

⁵⁵ *Roman Law* 589-590.

⁵⁶ Daar word ook in die betoog verwys na D 9.2.44 (op 588); Voet *Comm* 9.2.12 (op 589); D 9.2.7.3 (op 696).

F 1

TREATISE
ON THE ORIGIN, PROGRESS AND PRESENT STATE
OF THE ORPHAN CHAMBER
AT THE
CAPE OF GOOD HOPE

edited
by
H.C. Gall

Contents

Introduction pp. 3-14

**Treatise on the origin, progress, and present state of
the Orphan Chamber at the Cape of Good Hope, compiled
for the use of His Majesty's commissioners of inquiry, 1824** pp. 15-82

Contents p. 16

Annexures to the Treatise pp. 83-87

Contents pp. 84-85

**L^a A A list of the presidents of the
Orphan Chamber since the year 1690** p. 86

**L^a B A list of the secretaries to the
Orphan Chamber since the year 1676** p. 87

INTRODUCTION

**The Origins and History of the Orphan Chambers in
the Dutch East Indies and at the Cape of Good Hope**

I. General points

The Republic of the United Netherlands came into being at the end of the sixteenth century, in part of the region forming the modern Netherlands. This Republic was composed of a number of sovereign provinces - a federation -, whose representatives formed the States General, a governing body concerned with promoting the interests of the community. Foreign and overseas relations were also included among these interests.

The States General had no part in legislation within the provinces; each region was responsible for creating its own laws. In contrast, it was the legislative body for the areas governed by the United East India Company (Verenigde Oost-Indische Compagnie - the VOC) and the West Indies Company (West-Indische Compagnie - the WIC).

Throughout the entire duration of the Republic, Holland was to a marked extent the most dominant province within the federation, and also within the regions of VOC and WIC monopoly. Where these areas were concerned, the States General made too little use of their legislative powers. Owing to the consequent lack of adequate laws within these overseas regions, the law of the province of Holland - Dutch law - began to be applied there, having acquired the force of law through custom.

In virtually all the areas in which either the VOC or the WIC was established, orphan chambers were instituted on the Dutch model. These chambers were bodies charged with (among other things) the winding up of inheritances in which minors had an interest.

This introduction is confined to a description of the Orphan Chamber at the Cape of Good Hope, in which it is compared with that in the Dutch East Indies. The Orphan Chamber at the Cape was modelled on that of the Dutch East Indies - at that time called India or the Indies - the latter being in turn patterned on a Dutch orphan chamber, probably the one in Amsterdam. Batavia housed the permanent headquarters of the VOC (hoofdcomptoir). As we have already seen, here Dutch law was accepted as a guideline. The Cape was one of Batavia's outer branches (buitencomptoiren), and

in these regions administrative, legislative, and judicial organizations followed the Batavian model.¹

II. *The Orphan Chambers in the Netherlands and the Dutch East Indies*

The first Orphan Chamber on VOC territory was formally established on 1 October 1624 at Batavia (the present-day Jakarta).² The Governor General and Council of Batavia, in their resolution on the establishment of the Orphan Chamber, not only pressed the urgent need for a body of this kind. They also argued the need for a good state economy, and that as far as possible this ought to conform to the customs of the home country. In the province of Holland, the first orphan chambers had been established in the fifteenth century, with the aim of lightening the task of a government burdened with the care of orphans. This task consisted of the appointment of guardians, or of confirming the position of those named as guardians in wills; their removal and replacement in the event of dereliction of duty; and the supervision of the powers they exercised. These functions were now assigned to the orphan chambers, but ultimate surveillance - the "supreme guardianship" - remained with the government. Outside the provinces of Holland and Zeeland, orphan chambers had not been introduced everywhere; concerning their regulations, each had its own code.

Throughout the period of codification of the law in the Netherlands, there was a great deal of discussion on whether the orphan chamber as an institution ought to be retained. Its position in the Netherlands was being undermined because its supervision of an inheritance could be excluded in the will, and this kind of clause was in fact encountered in wills to an increasing extent. Moreover, the French Civil Code, enforced

¹ For a more extensive version of section 1 see G.G. Visagie, *Regspleging en reg aan die Kaap van 1652 tot 1806*. Kaapstad/Wynberg/Johannesburg, 1969, pp. 1-78; G.G. Visagie, "The law applied at the Cape from 1652 to 1828", in: *Miscellanea Forensia Historica*. Amsterdam, 1988, pp. 325-343 (also published in: G.G. Visagie, L.F. van Huyssteen, C.R. de Beer, N.J.J. Olivier and W. du Plessis, *Die Kaapse regspraak-projek: Die raad van justisie, hofstukke en uitsprake wat betrekking het op siviele sake, 1806-1827*. Kaapstad/Potchefstroom, 1989, bylae 4); L. Hovy, C. Streefkerk, "Zoo is 't dat wij daarin nader willende voorzien", *Prolegomena voor een Ceylonees plakkaatboek*. Amsterdam, 1985, pp. 3-11; L. Hovy, *Ceylonees plakkaatboek, Plakkaten en andere wetten uitgevaardigd door het Nederlandse bestuur op Ceylon, 1638-1796*. Hilversum, 1991, vol. I, pp. LXXX-CXXVIII.

² J.K.J. de Jonge, *De opkomst van het Nederlandsch gezag in Oost-Indië. Verzameling van onuitgegeven stukken uit het oud-koloniaal archief*. Volume V. 's-Gravenhage/Amsterdam, 1870, pp. 56-57. For the history of this Orphan Chamber see also A.A. Buyskes, *Academisch proefschrift over de weeskamer en het collegie van boedelmeesteren te Batavia*. Leiden, 1861; *Gedenkschrift samengesteld door de weeskamer te Batavia naar aanleiding van haar 300-jarig bestaan op 1 oktober 1924*. Weltevreden, 1924.

between 1811 and 1838 in the Netherlands, did not recognize the orphan chamber as an institution, a fact which also eroded the work of this body. In the Dutch Civil Code of 1838 the orphan chambers no longer appeared at all, and their functions were to a great extent assigned to the magistrate. The orphan chamber was not abolished in any overt sense, but the Royal Decree of 1 April 1835, Statute Book no. 5, restricted its functions to the settlement of accounts, and to the acceptance of responsibility to the rightful claimants for these accounts. The Statute of 5 March 1852, Statute Book no. 45, finally dissolved the orphan chambers, which were replaced by a general committee of liquidation, charged with any further handling of affairs.³

The Orphan Chamber in the Dutch East Indies had a different history. The institution still exists in present-day Indonesia; it has been remodelled on the basis of three bodies founded in the seventeenth century: the Orphan Chamber, the Insolvent-Estates Chamber, and the Estates Chamber for Foreign Orientals. As we have seen, a resolution issued by the Governor General and Council of Batavia on 1 October 1624 at Batavia inaugurated the Orphan Chamber there. Its original purpose was to protect the interests of minors, in cases where one or both parents had died. In the preamble to the ordinance or instruction ratified on 16 June 1625,⁴ and in force from 23 August of that year, the objectives underlying the establishment of the Orphan Chamber were explained more explicitly. It is clear from this explanation that the task of the Chamber was to prevent a situation arising in which the minor could lose part of the inheritance through the negligence of guardians, or through insufficient evidence for the size of that inheritance. Furthermore, it can be seen from the instruction that the Orphan Chamber was charged with:

- a. the protection of orphaned children's property or the display in the Chamber of the children's rightful share in it;
- b. the exercise of guardianship over under-age children; and
- c. the administration of the property.

A second instruction was issued in 1642,⁵ now as part of the Statutes of Batavia, which included a compilation of the instructions promulgated at Batavia up to that point, but now reformulated. This instruction is rather more extensive than that of 1625, but only in the details; the responsibilities remained the same.

³ H.C. Gall, *Bronnen van de Nederlandse codificatie. III: Personen- en familierecht 1798-1820. Met een bijlage Rechtspersonen 1798-1820* by F.M. Huussen-de Groot. [Zutphen,] 1981, pp. LXXVII-LXXXIII.

⁴ J.A. van der Chijs, *Nederlandsch-Indisch Plakaatboek, 1602-1811 (= NIP)*. 17 vols. Batavia/'s Hage, 1885-1900. Volume I, pp. 173-187. For the preamble see Algemeen Rijksarchief Den Haag [= ARA], VOC, no. 1086, folio 27: Van de Placcaten en ordonnantiën gedaen, beslooten ende gearresteert bij den gouverneur generael ende sijnen rade in 't casteel Batavia van 16 Junij 1625.

⁵ *NIP*, I, pp. 513-525.

The property of insolvents - i.e., those who had abandoned their possessions or who were bankrupt - was first discussed in the compilation of laws promulgated on 16 June 1625, which also included the first instruction concerning the Orphan Chamber. Here we find both the law which included the regulations on insolvent property⁶ and a law containing the regulations on preferential and ordinary debts.⁷ These laws, which later on were to form part of the Statutes of Batavia,⁸ were drawn up - as can be seen from the preambles⁹ - to put an end to existing confusion and fraud. The administration of insolvent estates was entrusted to at least two curators, who were charged with caring for the property as good "family heads". However, at that time these curators were not part of the Board of Orphan Masters. Only in 1819 would the Orphan and Insolvent-Estates Chambers be merged into one body.¹⁰

Both the Orphan Chamber and the Insolvent-Estates Chamber existed solely for the benefit of the Dutch and other Europeans. The Governor General and Council of Batavia were not concerned here with the internal affairs of the indigenous population. However, we find a separate provision for foreign orientals (who included Asiatics born outside the Dutch East Indies and their offspring). The resolution of 26 May 1640¹¹ instituted an Estates Chamber for the Chinese and other foreigners from the East. The aim here was to put a stop to fraud and misappropriation in the homes of deceased Chinese and other foreign orientals. Such malpractices not only worked to the disadvantage of the creditors; they also plunged the children of the dead property owner into a state of poverty, and the rightful heirs were deprived of their inheritance.¹² At the same time the provisional instruction for the members of the Estates Chamber - the Board of Estates Masters - was laid down.¹³ This shows that their task was similar to that of the Orphan Masters, but was not confined to protecting the interests of the orphans alone; they were also concerned with those of disadvantaged creditors. The definitive instruction was ready in 1642,¹⁴ and became part of the Statutes of Batavia, as did the instruction for the Orphan Chamber and the regulations on insolvent estates and on preferential and ordinary debts. These Statutes were endorsed by the Governor General and Council of Batavia in 1642, and were

⁶ NIP, I, pp. 165-167.

⁷ NIP, I, pp. 167-171.

⁸ NIP, I, pp. 530-534 and pp. 534-536.

⁹ J.K.J. de Jonge, *De opkomst*, V, p. 78, p. 80.

¹⁰ See note 19.

¹¹ This resolution was promulgated on 31 May 1640. NIP, I, pp. 438-439.

¹² NIP, I, p. 439.

¹³ NIP, I, pp. 439-445.

¹⁴ NIP, I, pp. 525-530.

declared operative, albeit temporarily until the delivery of the definitive regulation.¹⁵ The States General, however, never formulated this.

In 1766 the New Statutes of Batavia were completed. They absorbed all resolutions promulgated between 1642 and 1766. Instructions for Orphan Masters and Estates Masters were also included.¹⁶ Rulings on insolvent property and on preferential and ordinary debts were absorbed as one law.¹⁷ However, these Statutes never acquired formal legal force, since they lacked the endorsement of the States General in the home country. Nevertheless, they were put into practice as though they possessed such legal force.

The Orphan Chamber was able to continue its work on the old footing during the period of British rule (1811-1816) but after this affairs had to be put in order, and in 1814 C.T. Elout, G.A.G.T. Baron van der Capellen and A.A. Buyskes were appointed as Commissioners General, arriving in the Dutch East Indies in 1816. In a decision of 23 October 1818 the commission fixed the Orphan Chambers' locations (at that time more Orphan and Estates Chambers existed) and established one instruction for all. Moreover, this decision determined that the Estates Chambers for foreign orientals should be absorbed into the Orphan Chambers, except for the Estates Chamber at Batavia.¹⁸ The year 1819 saw the amalgamation, already mentioned, of the Chambers for orphans, estates, and insolvent estates.¹⁹ Since that date the institution formed from these component parts has been known as the Orphan Chamber. The institution gained a place in the codification drafted especially for the Dutch East Indies, in force from 1848 onward, and - as we have seen - it is still in existence today in Indonesia.²⁰

¹⁵ *NIP*, I, p. 474.

¹⁶ *NIP*, IX, pp. 209-237 and pp. 270-283.

¹⁷ *NIP*, IX, pp. 358-369.

¹⁸ For the decision and instruction, see *Staatsblad van Nederlandsch Indië* [= *Stbl.*] 1818, no. 72. The compilation was made in Batavia in 1885. *Stbl.* 1885, no. 15.

¹⁹ In a decision of 15 January 1819, no. 18, a "Provisional regulation of the administration of insolvent estates in the Dutch East Indies" was confirmed. According to this regulation, the administration and supervision of insolvent estates were assigned to the Orphan Chambers. *Stbl.* 1819, no. 24.

²⁰ The body of regulations for this orphan chamber is found in the Civil Code of 1848 in articles 415-418, which later on were enlarged and altered. Articles on substantive law are to be found scattered throughout the Civil Code, in the Commercial Code, that of Civil Procedure, the Ordinance on Bankruptcy, and in the Instruction on Orphan Chambers.

III. *The Orphan Chamber at the Cape of Good Hope*

The British occupied the Cape of Good Hope (twice, in fact), as well as the Dutch East Indies. The Orphan Chamber was retained, *de iure* and *de facto*, during the first period from 1795 to 1803. The Peace of Amiens, signed on 27 March 1802, returned the Cape to the Batavian Republic that succeeded the Republic of the United Netherlands. J.A. de Mist was appointed as Commissioner General to take possession of the Cape again on behalf of his government. He took over this region from the British in 1803 and decreed that, in future, the Cape was to fall directly under the governance of the supreme government of the Batavian Republic.

De Mist also permitted the Orphan Chamber to continue its *de iure* and *de facto* existence; in his communication on the subject to the Governor and Council in 1804, he stated that he regarded the reorganization of this Chamber, not only as unnecessary but also as damaging.²¹ He wrote in the same letter, with reference to the new provisional instruction he enacted in 1804,²² that he had taken the 1793 instruction as his starting point, and had therefore abbreviated or altered articles here and there, or had even omitted them entirely where they were no longer applicable.²³

De Mist encountered no Board of Estates Masters or Chamber of Insolvent Estates. Up to that time insolvent estates had been administered by the Secretary to the Council of Justice, in his capacity of sequestrator.²⁴ There was obviously no need for an Estates Chamber such as the institution in the Dutch East Indies for foreign orientals, at all events not for the emancipated slaves of non-indigenous parentage called "Free Blacks"; they fell within the purviews of the Orphan Chamber,²⁵ as did the indigenous population. De Mist decided to relieve the Secretary to the Council of Justice of his sequestrator's function, and to set up an Insolvent-Estates Chamber, for which he also drafted a provisional instruction.²⁶

The Cape finally fell into British hands in 1806. The British then decided that the law operating in the Cape - the Roman-Dutch law brought to South Africa when Jan van Riebeeck took formal possession of the Cape of Good Hope in the name of the

²¹ For this letter see ARA, First section, Archief S.C. Nederburgh, no. 546, p. 16.

²² *Annexures*, L^a I. For the *Annexures* see below.

²³ Letter, pp. 16-17. For the 1793 instruction see below.

²⁴ Visagie, *Regspleging*, p. 44.

²⁵ This can be deduced from the description on p. [6] of the *Treatise* (see below), of the estate of two emancipated slaves, named Anthonio of Japan and Anneke of Bengal, Anthonio's wife. See A.J. Böeseken, *Slaves and Free Blacks at the Cape, 1658-1700*. Cape Town, 1977, pp. 77-97. For Anthonio and Anneke see especially p. 93 and p. 95.

²⁶ Visagie, *Regspleging*, p. 111.

Dutch Republic - should continue to be applied as common law. However, this law was unfamiliar to them, and they therefore organized a hearing, or "inquiry", into the judicial affairs of the Cape, among other matters. In 1823 J.T. Bigge and W.M.G. Colebrooke were appointed as "Commissioners of inquiry", and were joined by W. Blair in 1825.²⁷ The reason why this action was taken only after several years had passed, resides in the fact that there were barely any residents of British extraction before 1820.²⁸

The Orphan Chamber occupies an important place in the commission's report on the judicial affairs of the Cape dated 6 September 1826, and published by George McCall Theal in the *Records of the Cape Colony*.²⁹ For this part of the report³⁰ the commissioners used the *Treatise on the origin, progress, and present state of the Orphan Chamber at the Cape of Good Hope, compiled for the use of His Majesty's commissioners of inquiry*, produced by the Board of Orphan Masters in 1824. It is reproduced in this volume.

There are two handwritten copies of this *Treatise* in the State Archives of Cape Town. The Public Record Office in London has no copy, but it is clear from the note "sent home"³¹, added to the Colonial Offices copy of the schedule of documents referred to in the reports of the commissioners of inquiry at the Cape of Good Hope, that a copy was once available. This must have been the copy found in Cape Town in the archives of the Master of the Supreme Court, the Cape department, Deceased Estates division, its brief reference being MOOC 23/2.³² Like the *Annexures to the Treatise on the origin, progress and present state of the orphan chamber at the Cape of Good Hope, compiled for the use of His Majesty's commissioners of inquiry, 1824* it is bound, with a small red shield on the back. The volume containing the *Treatise* bears the legend "Treatise for His Majesty's commission of inquiry", while that including the

²⁷ Visagie, *The law applied at the Cape*, pp. 330-331 (= *Die Kaapse regspraak-projek*, bylae 4, pp. 8-10).

²⁸ See W.J. Hosten, A.B. Edwards, C. Nathan, F. Bosman, *Introduction to South African law and legal theory*. Durban, 1977, pp. 195-196.

²⁹ George McCall Theal, *Records of the Cape Colony, copied for the Cape Government, from the manuscript documents in the Public Record Office, London*, vol. XXVIII, Printed for the Government of the Cape Colony 1905, pp. 1-111.

³⁰ Theal, XXVIII, pp. 74-111.

³¹ Public Record Office (PRO) London, CO (Colonial Office) 48/123, S no.17.

³² This is the example given in this publication. For the second example see CJ (Court of Justice) 3663, pp. 1-262.

*Annexures*³³ has "Annexures to the Treatise for His Majesty's commission of inquiry".³⁴

The *Treatise* provides a lucid survey of the Orphan Chamber's history from its beginnings. It shows that the Chamber was able to continue its work in peace from the time of the second British occupation. In view of the clear explanation given in the *Treatise*, I shall restrict my attention here to a few comments.

The *Treatise* is unclear on the subject of the date at which the Orphan Chamber was established. It suggests 1691 as the year in which the Chamber was officially instituted; the first administration dates from that year.³⁵ Yet it also indicates that the oldest deed in the Orphan Chamber archives dates from 1673. This deed concerns the inventory of the property held in common by the deceased, Gijsbert Dirk Verweij, and his widow Trijntje Theunisz. According to the *Treatise* this deed was drafted by order of the administration, the "Political Council", in the presence of two commissioners specially appointed by that council.³⁶ Before that time there were probably so few orphans that the Political Council together with the Church Council could handle affairs themselves. It is not only the *Treatise* that tells us of the changes taking place in 1673; we also learn about them from a resolution of the Political Council of 13 December 1674. This resolution states that: 1) the number of Orphan Masters appointed to the Orphan Chamber (provisional at that time) should be brought into alignment with custom in the Indies; 2) these Orphan Masters must be installed in their posts by the beginning of 1675; and 3) they must also be provided with proper instructions.³⁷ According to G.G. Visagie, the establishment of the Orphan Chamber was in fact endorsed in 1675, but only acquired its permanent form at the end of the seventeenth century.³⁸ The comment the *Treatise* makes on this matter is that the oldest deed does indeed date from 1673, and that the commissioners did function as Orphan

³³ MOOC 23/3. This example contains some faulty copying. Better examples of the *Annexures* can be found in MOOC 23/4, CJ 3663, pp. 263-575. Also partly in MOOC 3/1 and 3/2.

³⁴ *Treatise* and *Annexures* are published partly in the Dutch language in: *Het Nederduitsch Zuid-Afrikaansch Tijdschrift*, VIII (1831), pp. 65-69, 126-135, 215-224, 354-363, 466-469; IX (1832), pp. 153-155, 223-226, 309-313, 450-459; X (1833), pp. 56-61, 124-130, 202-209, 290-296, 361-368, 449-454; XI (1834), pp. 61-66, 143-149, 206-213, 288-293, 435-439; XII (1835), pp. 143-146, 229-232, 284-287, 443-445; XIII (1836), pp. 32-34, 105-110, 193-197, 339-344. At this point the publication ceases abruptly; a subsequent volume has been proposed for the future, but has never been published.

³⁵ *Treatise*, pp. [5]-[6].

³⁶ *Treatise*, p. [5].

³⁷ *Suid-Afrikaanse Argiefstukke*, uitgegee deur die publikasie-afdeling van die kantoor van die hoofargivaris (published by the publications departments of the Chief Archivist's Office), *Resolusies van die Politieke Raad*, Volume II: 1670-1680, Kaapstad, 1959, p. 121.

³⁸ Visagie, *Regspleging*, p. 57.

Masters on behalf of the Political Council, but that the government turned the Board into a permanent body only in 1691.

There is no mention of an instruction, except that the Orphan Chamber did not acquire its own instruction until 1714.³⁹ However, it is clear from the notes that earlier on the Chamber had taken the Statutes of Batavia as its guidelines.⁴⁰ This was not surprising since the Cape was, after all, an outlying province of Batavia, yet the application of the Statutes cannot be taken for granted, given that the Orphan Masters complained to the Political Council in 1714 that, up to that time, they had lacked a proper regulation. Among other things they cited the difficulties they had experienced in achieving a successful outcome in cases of intestate succession. Consequently they requested official approval for the future use of the Orphan Chamber instruction contained in the Statutes of Batavia, or for the use of other laws or instructions where these could be used to promote the welfare of the inhabitants. The government's short-term response was to produce an instruction of its own,⁴¹ which differs from the Statutes of Batavia only in points of minor importance.⁴² In addition, the charter issued by the States General in 1661 for cases of intestate succession was given validity in the present situation.

In 1793 the instruction of 1714 was replaced by another. The document is introduced by the statement that it was:

"compiled from the old instructions of the Orphan Chamber [at the Cape], from those of the Orphan Chamber at Batavia,⁴³ from a sketch of the instructions recently submitted by Orphan Masters to the consideration of government, and finally from our report relative to the improvements desirable in this department for its more perfect administration and the greater security of the property of orphans".⁴⁴

Although this instruction contains many decisions taken from the New Statutes of Batavia, here at last was a piece of legislation aiming at local conditions.

This instruction was abrogated in 1804 and replaced by De Mist's provisional instruction, mentioned above. As De Mist himself had indicated, there is little new to be found between his and the instruction of 1793, but it was necessary to replace the 1793 document, in view of altered political relations. The Cape of Good Hope was no

³⁹ *Treatise*, pp. [21]-[22].

⁴⁰ See for example the notes of 30 October 1697 (MOOC 1/1) according to which an inventory in conformity with the Statutes of India would have to be provided.

⁴¹ *Annexures*, L^a D.

⁴² *NIP*, I, pp. 513-525.

⁴³ What is meant here is the instruction included in the New Statutes of Batavia of 1766. *NIP*, IX, pp. 209-237.

⁴⁴ *Annexures*, L^a H.

longer ruled from Batavia, but was governed directly by the Batavian Republic. This also explains the provisional nature of De Mist's instruction, since he possessed no legislative authority and thus had to have his provisional instruction ratified by the government of the Batavian Republic, later on. Although this was never in fact done, the Orphan Chamber functioned in accordance with the provisional instruction.

Finally, a few comments on: 1) the findings and recommendations concerning the Orphan Chamber, from the report of the commissioners of inquiry; and 2) the ultimate abolition of the Orphan Chamber.

As already stated above, the commissioners of inquiry had ordered the writing of the *Treatise*. As can be seen from their report, they had arrived at the conclusion that the Orphan Chamber should be retained. In their report the commissioners also recommended many improvements, particularly those concerning the financial matters of the Orphan Chamber (which were largely the Secretary's responsibility), and the inadequate control exercised by the members of the Board. They wrote:

"In recommending that the annual surplus of the estates of minors should be placed out at interest for their benefit, that more regular and public notice should be afforded to the foreign relations of persons dying and leaving property in this colony, that a judicial control should be exercised from time to time over the progressive administration of property by the Orphan Chamber as well as over the receipts and fees charged upon it, and by very earnestly recommending a more strict adherence to the instructions that were framed for the protection of the property administered, we conceive that all practical security will be provided in favor of native and foreign claimants."⁴⁵

Where the private fund of the Orphan Chamber was concerned, the commissioners recommended that these should be used not only for existing projects but also for new ones, such as: the construction of a new Government House in Cape Town, and the conversion of the existing residence into a museum and library; the conversion (with the consent of the current proprietors) of the existing commercial exchange into a court of justice and offices; and the construction of a new and larger jail in Cape Town, in a more favourable position.⁴⁶

The Secretary of State for the colonies, Viscount Goderich, sent a separate letter on the subject of the Orphan Chamber to Major-General R. Bourke, acting Governor at the Cape. In his letter he was entirely in agreement with the commissioners' opinion that the Orphan Chamber should be retained in perpetuity. Finally, since it was clearly impossible to frame a law in Britain for a matter requiring a

⁴⁵ Theal, XXVIII, p. 100.

⁴⁶ Theal, XXVIII, p. 105.

particular kind of detailed local information, he instructed the Governor to have an ordinance drawn up, putting into full effect the various principles he had laid down for future regulation of the Orphan Chamber.⁴⁷ This ordinance was promulgated in 1828.⁴⁸

Nevertheless, the Orphan Chamber was clearly not proof against the influence of English law, for in 1832 the decision was taken to abolish the institution; from the time of its abolition its duties were to be performed by the Master of the Supreme Court.⁴⁹ Both the Supreme Court and its mastership had been brought into line with the English model in 1827.⁵⁰ Now the care of orphans was also to be organized on the same pattern.

The Orphan Chamber was abolished on 1 March 1834, as decreed by the Governor in an ordinance of 5 July 1833,⁵¹ which included the transitional provisions. Two other ordinances issued at the same time⁵² included special instructions for the Master of the Supreme Court. The first of these contained articles "for regulating the registration of wills and the administration of the estates and property of persons dying, either testate or intestate, in so far as the same are situated within this colony". The second served to provide for "the due administration and management of the estates and property of minors, lunatics, and persons absent from the colony, - and for the proper care of the persons of minors and lunatics".

Although the Orphan Chamber at the Cape was still flourishing in the nineteenth century - in contrast to that in the Netherlands - it was, as we have seen, abandoned at an even earlier date. Nevertheless, it continued to exist in an informal manner, since the Master of the Supreme Court continued to avail himself of the Orphan Masters' experience, by assigning the administration of estates to them.⁵³

Some comments on the transcription of the texts

I have transcribed the *Treatise* and *Annexures* in their entirety. The whole of the *Treatise* has been published here, but owing to lack of space only the lists of

⁴⁷ Dated 10th of August 1827. Theal, XXXII, pp. 312-319.

⁴⁸ Ordinance 42.

⁴⁹ This has been enacted by His Majesty's second Royal Charter of Justice, dated at Westminster, on the 4th day of May 1832.

⁵⁰ This has been enacted by His Majesty's first Royal Charter of Justice, dated at Windsor, on the 6th day of August 1827. Theal, XXXII, pp. 274-292.

⁵¹ Ordinance 103.

⁵² Ordinances 104 and 105.

⁵³ R.W. Lee, *An introduction to Roman-Dutch law*. Oxford, 1925 (second edition), p. 95 n. 6.

presidents and secretaries given in the *Annexures* have been reproduced. A list of the contents of the *Annexures* precedes the parts given here. A typescript of the part left unpublished can be consulted in the Gravensteen, Leiden.

In the transcription the use of capitals has been reproduced only to a limited extent. Punctuation has been adapted where necessary for readability and comprehension. In the original text words such as "nobody", "someone", "themselves" and so on, are sometimes written as one word, sometimes as two. In the text published here, they have been given as one word in all cases.

Those using this sources publication will notice that the English is sometimes written phonetically. Here, too, one comes across different ways of writing the same words. Thus "a" and "e" are used interchangeably for such cases as "ascendant/ascendent", "descendant/descendent", "existance/existence", "superintendence/superintendence"; the "c" and the "s" in (for example) "expenche/expense", "licence/license", "recompence/recompense"; the "e" and the "i" in (for example) "despatch/dispatch", "devide/divide", "devulge/divulge", "enclose/inclose", "encrease/increase"; the "s" and "z" in (for example) "authorise/authorize", "comprise/comprize", "realise/realize", and so on. The use of "o" or "ou" (for example, "discover/discouver", "tenor/tenour"), "e" and "ee" (for example "preceding/preceeding"), "l" and "ll" (for example "faithful/faithfull", "until/untill") often take each other's places, as do the suffixes "-able", "-eable" (for example, "advisable/adviseable", "desirable/desireable").

In conclusion I would like to comment that figures enclosed in square brackets - [] - indicate the page numbers of the manuscript, that words given between square brackets - [] - are my own additions, that words between round brackets - () - are part of the actual text, and that a question mark between square brackets - [?] - following a word indicates that I am not entirely sure whether or not my transcription of that word is correct.

Acknowledgements

I would like to give my sincere thanks to the many people who have helped me in the production of this publication of sources. Special thanks go to Professor J.Th. de Smidt, who "fathered" this publication; after the initial phase he exchanged this role for that of "orphan master"! Also to R.W.G. Lombarts for his helpful critical comments; to Enid Perlin-West for translating the introduction; and to Mrs. S.A. Sadarjoen for the word-processing of all the versions of this work.

T R E A T I S E

ON THE ORIGIN, PROGRESS,

AND PRESENT STATE

OF THE ORPHAN CHAMBER

AT THE

C A P E O F G O O D H O P E

COMPILED FOR THE USE OF

HIS MAJESTY'S COMMISSIONERS

OF INQUIRY

1824

[MOOC 23/2]

Contents

Manuscript's Page

Introduction [1 to 3]

Sect: 1

Historical Sketch of the Department

Part 1. The Origin [3 to 9]

Part 2. The Progress [9 to 74]

Part 3. The Present State of the Office [74 to 75]

Sect: 2

Duties and Responsibilities of the President & Members

of the Orphan Board and of their Servants [75 to 88]

Sect: 3

Income of the President and Members of the Board and

of their Servants [88 to 102]

Sect: 4

The Nature of the Capital which the Orphan Chamber now

possesses as a Private Fund [102 to 146]

Sect: 5

Concluding Remarks [146 to 206 [= 207]]

The administrative department at the Cape of Good Hope known by the name of the orphan chamber, which involves so intimately, in its management and reputation, the interests of all persons in this settlement, colonists and strangers, should not, in as far as its design and conduct are concerned, be hid from the eye of the public; much less should the origin and structure of this institution remain unexposed to the view of the sovereign, whose seat of government is so remote from the sphere of its operation and who, without a knowledge of its basis and economy, would find it difficult to decide with justice and precision, in cases of doubt or complaint.

It must therefore be gratifying to those to whom the superintendence of this department has been entrusted by the local government - it must be gratifying to the board of orphan masters of this colony to be placed in the opportunity of offering [2] to you, gentlemen, as His Majesty's commissioners of inquiry into the present state of the colony and the several branches of its government, every information respecting this department which its records will afford. This they purpose to do in a manner which will leave themselves and their successors in the assurance that they have it in their power to vouch if necessary the correctness of their statement by the authenticated documents of their office.

In order to enter upon the subject with regularity and as perspicuously as possible, we beg leave gentlemen in the first place, to submit to you an historical sketch of the origin and progress of the orphan chamber up to the present period from which the object of this institution will appear.

In the second place, to enlarge upon the duties and responsibilities of the president and members of the board and of the servants of their office.

In the third place, to consider the revenues of the orphan chamber.

[3] In the fourth place, to explain the nature of the capital which the chamber now possesses as a private fund of the office.

And in the fifth place, to conclude with a few general observations.

Proceeding to the first division we will distribute it into three parts.

A. The origin

B. The progress and

C. The present state of the office

A. With regard to the origin or first institution of the chamber we willingly acknowledge that our records in this instance share the fate of all historical writings. The further we recede into years and ages past, the more we are gradually enveloped in darkness, and we encounter notions and facts that we would fain but vainly assimilate with the manner

of thinking and acting of our own times; and why should this surprise us? are not manners, principles, forms of government all avowedly subject to material and various changes [4] often within a single generation.

The land of our adoption was about 170 years ago inhabited by tribes of uncivilized and wandering herdsmen and it was about that period only that a small proportion of this far extended continent was taken possession of by the Dutch East Indian Company as a place of refreshments of their shipping, sailing to the eastward.

The character of the first European colonists must of necessity then have become in some degree influenced by the total want of civilization in the primeval possessors of the soil. It is not therefore a matter of surprise that we cannot trace the origin of the orphan chamber in this colony with that clearness and precision which the annals of other institutions of remoter dates exhibit under more favourable circumstances.

But so much we can aver to the honour of our ancestors that we nowhere in their history discover a total state of anarchy. On the [5] contrary, the same spirit of regularity and anxiety for the interest of minors and absentees prevail in endeavouring to secure to them the property lawfully descended from their parents or relations, and to prevent its falling into improper hands. This beneficial spirit, which we flatter ourselves as well marks our proceedings, may easily be distinguished in the remotest times of our ancestors.

The oldest public deed to be found in our records is the inventory of the joint estate of Gijsbert Dirk Verweij deceased and his surviving widow Trijntje Theunisz, which bears date the 15th June 1673 and is subscribed by J. Pretorius clerk and by D.S. Siemons and E. Diemer as commissioners, and it is worthy of remark that in the heading of the inventory it is expressed to have been framed by order of the governor in council, in the presence of commissioners, an undoubted proof, that at that period no orphan chamber or board [6] of orphan masters existed.

It is however incontrovertible that institutions did exist prior to that time for guarding the property of minors.

When in the commencement of the year 1691 the board of orphan masters was regularly created by the government and the first books were opened, we find the names of 27 wards of the orphan chamber in them, whose inheritances were evidently of an older date than those of the children of Gijsbert Verweij.

This supposition is corroborated by the circumstances that among the authenticated documents of the office are to be found an inventory and valuation of the estate of two emancipated slaves of the commodore Zacharias Wagenaar, named Anthonio of Japan and Anneke of Bengal, two married people, of whom, as is distinctly expressed in the inventory, the last mentioned died in the year 1669. These institutions however appear

to have [7] been of a very imperfect nature, and all that can be collected with any certainty on the subject, prior to the year 1690, is the following.

Four persons doing duty in rotation of whom in the commencement, two are found acting together, conceive the utility and necessity of an establishment for guarding the interest of orphans and other minors, they take the task upon themselves and discharge whatever in those times was considered necessary for that purpose, they entrust all the ready money coming into their hands in consequence, to the care of a respectable individual, from whom it is again demanded when the orphans have attained their majority. We call the first mentioned secretaries because they subscribe their deeds sometimes as "secretary", sometimes as "clerk", sometimes as "scriba" and now and then as "secretary scriba".

The last named we call president not because we find him mentioned under this title in any document, but because we are convinced [8] that he must have been a most respectable and trustworthy person, in as much as a few years after the surrender of the administration of the property of orphans, we find him mentioned as "secunde" or deputy governor.

It is certain however that all transactions relating to the affairs of orphans, since the earliest period to the year 1690, have been conducted with the knowledge and consent and under the immediate controul and by express order of the government of the colony, for not only is the oldest deed, dated the 15th June 1673, subscribed by two individuals as commissioners from government, but this manner of subscribing the deeds continues till the year 1690, and it appears by other circumstances and occasion[al]ly by the wording of the deeds that the subscribers who sometimes call themselves "commissaries", at others "commissioners" and again "commissioners of the orphan chamber", [9] were elected from the most respectable classes of society in the metropolis, and were either members of the court of justice, or of the burgher senate. It appears further that as early as the year 1689, a will was registered in the orphan chamber, and there are even traces of a correspondence which was carried on with the orphan masters of Batavia and of the town of Amsterdam in the years 1680 and 1687 which corroborates our supposition, that everything transacted from the earliest period in the department now called the orphan chamber, was conducted under the immediate controul of the colonial government.

With these observations we will conclude the first subdivision of the first head and proceed to B.

B. "The progress of the institution" or the successive changes which the orphan chamber has undergone since its establishment.

[10] To proceed in this without interruption, or unnecessary repetition of names and sums, we beg leave gentlemen to refer you to the three first annexures viz.

- A. a list of the successive presidents of the orphan chamber
- B. a similar list of the secretaries and
- C. a statement of the capital administered by the orphan chamber at the close of every year, and to observe at the same time that the blank spaces in the last mentioned document, prior to the year 1690 could not be filled up by reason of the accounts of that period being wanting in the office.

And since it must create surprise that the capital at the end of the year 1690 amounting to rds. 19.028,11 and at the close of the year 1691, rds. 1.135,11 only, shewed again at the termination of the year 1692 a sum of rds. 18.405,29. We must explain that these striking differences are attributable [11] in some measure to the president appointed in the year 1690, who was a very precise gentleman and to his predecessor who was possibly prevented by too great a pressure of business or probably by other circumstances, from surrendering the account and property of the orphans in due form to the board of orphan masters, which had recently been created; and the transactions prior to, and inclusive of the year 1690, were thus suffered to remain under the administration of the late president until the end of 1691, while the newly created board only took cognizance of and entered in their books, the transactions commencing from the year 1691, both the capitals combined appearing therefore at the close of the year 1692 in a sum of rds. 18.405,29.

Gratified, as we must have felt in having observed the government of this colony so early bestowing a part of its attention on the interest of minors, our gratification is considerably increased when we behold this [12] government now making it the subject of its earnest sollicitud[e].

At the beginning of the year 1691 we see a board assemble under the presidentship of William Pad expressly constituted by government for the purpose of guarding the property and superintending the education of orphans and entitled the worshipful board.

The names of the directors of the orphan chamber as well as that of the president are worthy of mention - they were:

Fredrik Russouw

Lodewijk van der Stell

Adriaan van Brakel and

Gerrit Victor

All of them gentlemen who in former years we find were commissioned in the affairs of the orphan chamber, and of whom the two first mentioned were taken from the court of justice and the two last from the burgher senate.

[13] On the formation of the board it was stipulated by government that at the close of the first year two of the members, one from among the servants of the East India Company and the other from among the burghers should be succeeded by two new members from the same bodies and that afterwards the president as well as each member of the board, should hold their offices for two years; and that the board at the close of each year should be bound to submit to government the names of four individuals from whom were to be selected two members to fill the places of those who should retire.

Since this period regular registers, or daybooks, were kept in which the resolutions and transactions of the board were recorded. As early as 1690 and 1691 we find a regular set of books, shewing the property of orphans which were however greatly improved in the year 1692 and so methodized, that in [14] regard to perspicuity and accuracy they would not have reflected discredit on our present generations.

We find likewise the names of 36 pupils at the closing of the books for 1692; of accounts of unknown heirs of individuals, whose estates do not appear to have been administered by the orphan chamber, and which it may therefore upon plausible grounds, be supposed were in the first instance taken charge of by persons upon their own authority, at the time when the board did not exist, but subsequently called for and received under the administration of the lawfully constituted board.

All establishments having a view to public utility, if it is intended they should answer the purposes for which they were instituted, are in proportion to their extend attended with more or less expence, and consequently require a source or fund from which such expence must be defrayed.

This was also felt by the board of orphan [15] masters at that time. Considering themselves however as a board, constituted by government for the sole benefit of the burghers and other individuals they did not wish to become burthensome to government for supplies of stationery and other expences of office. They therefore resolved on the 9th December 1693 upon paying provisionally all the expences of office from the monies of the unknown heirs, and upon keeping a careful account thereof "in order" to use the words of the resolution "that it may at all times appear for what purpose and to whom these monies were paid".

In this manner the administration of the orphan chamber proceeded until the year 1698; at that time the monies of the orphans were only taken care of by the board; the

expences of education, so far as expences of that nature were then incurred, defrayed therefrom; and their respective balances paid to them on their becoming of age.

[16] Towards the end of this year we remark two circumstances which we cannot pass in silence. On the 31st December 1698 we find the first deed sealed with the seal of the orphan chamber, the identical one which is still used in this office, and a circumstance of far greater importance: the first traces that the orphan masters placed on interest under sufficient security, a proportion of the monies of orphans - deviding the interests so received and appropriating them for defraying the expence of educating those orphans, who were not maintained gratuitously by their friends or relatives, and who consequently were the most necessitous.

At this time the cash of the orphan chamber was under the care and responsibility of the president of the chamber, who effected therefrom the requisite payments, and at the close of this presidentship delivered the balance into the hands of his successor.

Towards the end of the year 1699 when [17] the number of pupils had encreased to 127, a vice-president was appointed by government from among the burghers, at the recommendation of the board, who was likewise to be superseded at the expiration of the second year by another from the same body. From that period up to the present day, with the exception of a few trifling alterations, which have taken place during the last 15 years, the board has invariably consisted of:

one president, who was chosen from among the servants of the East India Company or of government;

a vice-president, chosen from amongst the burghers;

two members, from among the servants of the East India Company or of government, and

two members, from among the burghers.

It is worthy of notice that the books of the year 1700 having been examined by the board, the following declaration signed by the president and all the members of the board was written [18] at the foot of the ledger.

"This ledger having been carefully examined and compared with its journal, the bonds "kustingen" (a peculiar kind of mortgage bonds), "uitkoopbrieven" (bonds passed by parents for the inheritance of their children), old books, ordinances and receipts, is found to agree therewith in every respect."

Actum at the Cape of Good Hope this 15th February 1701.

With some slight alterations in de [= the] wording of the certificate the practise then introduced has been observed ever since. From this period also, the changing of the president at the end of every second year appears to have been discontinued for we now, for the first time, find a president continue in function during the space of nine successive years.

According to the records of the 3rd April 1708 the then governor Louis van Assenburg issued on the 2nd of that month, a warrant to the orphan [19] masters requiring them to advance for account of the honourable company, from the una[p]propriated monies of the orphans, a sum of fl. 12.000,- to be reimbursed by the company on the first convenient occasion, which order the board, in their resolutions, declared they respected and would obey; but what is strange it does not appear from the journal, cashbook or any other document that this order was ever executed.

Since the commencement of the year 1790 general statements, or accounts of all estates administered in the orphan chamber, were framed and subscribed by the president of the board, and the members in function, and also by the secretary. Which accounts from that period to the present date, are in this office in an uninterrupted series with a general register belonging to them.

As early as the year 1711 the utility and necessity of opening in their office a death register or registers of all free individuals dying in the colony, was first contemplated by the orphan [20] board, that they might be enabled to furnish, if required, to the relatives, especially of those residing abroad, the necessary death certificates of such individuals.

The board in consequence without any special direction from government took this task upon themselves, and resolved on the 17th July of that year to address the church wardens of Cape Town and of the district of Stellenbosch and Drakenstein (further the inhabited part of the colony at that time did not extend), requiring them to order their sexton to inform the orphan chamber regularly of the name, condition and place of burrial [sic] of every individual whose funeral they should attend. But although this request appears to have been often repeated, notwithstanding the sexton was prohibited, under forfeiture of his situation, by the instructions framed for the orphan chamber in the year 1714, to cause a grave to be dug for any person without having previously given notice of such persons [21] death to the secretary of the orphan chamber, still it appears that no commencement was made in this useful measure (of which we shall mention more hereafter [pp. 153-155]) prior to the year 1721.

In the year 1711 it was first established a law by government to produce and register in the orphan chamber, all wills which had been confirmed by death.

The small pox having raged in the year 1712 and 1713, and hurried to the grave a considerable proportion of the population, the orphan masters found themselves

overwhelmed with the administration of a multitude of estates. And in many instances embarrassed in what manner to divide the estates, especially in cases where whole families had become nearly extinct by that calamity.

Taking therefore into consideration the circumstance of their having for nearly 24 years acted without instructions from government [sic], conducting matters during that time according to the best of their knowledge, they addressed government by [22] memorial under date of 19 June 1714, praying for instructions for their guidance and at the same time for a positive regulation respecting the succession *ab intestato* of children - the issue of one or several marriages - which documents were transmitted to them by government on the 20th and 26th following - translations of which we beg to annex sub L^a D.

The instructions which were then received served as a line of conduct to the orphan chamber from that period to the year 1793.

In the course of the same year 1714 the secretary received from government a clerk for his assistance, but it does not appear that he was allowed any salary from government. On the contrary it seems that he was paid by the board, for we find that in the year 1720 the payment of allowance for rations, which were enjoyed by other government clerks, being refused to him, the board indemnified him by encreasing the amount of his salary.

[23] The board having hitherto as well in their sales as in other transactions employed the messenger of the court of justice, appointed for the first time their own messenger in the year 1715, on the court of justice having refused to continue to lend him this assistance - most likely from increase of their own business.

In the year 1719, at which period all the ready money of the orphan chamber appears to have been in the hands of the secretary, a sum of fl. 50.000,- was separated from it, and deposited in an iron chest, denominated the large chest with three locks to it, the keys of which were entrusted to two members and the secretary, each of them keeping a separate one.

The board further resolved in the year 1719 that the accounts of liquidated estates framed by the secretary, should prior to their being submitted to the board for signature, be first accurately examined by two members of the board, and compared with the necessary vouchers and then certified by [24] the members to have been examined and found correct.

The orphan masters thus actuated by an upright zeal, and guided by their instructions, under the direction of wise presidents and assisted by able secretaries succeeded, tho' with slow and cautious steps, to introduce a system into their transactions.

Regularity in the management of their affairs, benevolence towards the orphans entrusted to them, submission and respect for the existing government, and disregard of their own private interests now become prominent features in the character of the board. And acting upon these principles they soon find the confidence of the public rapidly encrease towards them.

Thirty years after the first establishment of the orphan chamber or at the conclusion of the year 1720, the capital entrusted to their care and administration had encreased to more than eleven times its original amount [25] notwithstanding considerable sums of money had always remained in the hands of the secretary, and at that date a sum of rds. 85.478,13½ was actually found in his possession.

Since that period the orphan chamber has been at times called upon to assist the government in occasional financial embarrassments.

In the years 1721, 1722 and 1723 the board without the slightest inconvenience to their own domestic arrangement, advanced to the Dutch East India Company, on payment of the usual interest the considerable sum of rds. 75.000,- which was subsequently refunded. Although a period of more than 73 years elapsed before such advances recurred, we find that they took place again during the succeeding 25 years. It would be too tedious to enumerate the several instances here, and therefore, for further information on this head, we beg leave to refer to annexure sub L^a E, entitled statement of all such sums etc. etc.

[26] The functionaries of the orphan chamber by whom the daily business was carried on, consisted in the year 1715 of

a secretary

a clerk and

a messenger.

The board held their ordinary meeting twice every month, subject however to be convened in the interim as circumstances required. Two of the members in rotation were nevertheless constantly commissioned to be present at the inventorying valuation, sale or other transactions respecting estates and to represent the board when bonds were passed by individuals.

Thus the administration of the orphan chamber proceeded from the year 1715 to 1737, a space of three and twenty years, in which no nameworthy alteration, and no improvement are recorded, besides those which we have noticed before.

When we cast a glance on the statement [27] of the capitals of the orphan chamber we must however feel surprised, that during so considerable a period, under a growing population, and under circumstances which had so recently caused a multitude of estates

to fall under the administration of the orphan chamber, its capital should scarcely have been doubled, whereas in the 24 years preceeding with a comparatively small population, it had more than seven times doubled its amount, but as this may have been caused by circumstances which it is no longer possible to explain, we must pass it in silence. There is one circumstance, which took place towards the end of the year 1737, which in our estimation is of sufficient moment to deserve a place in the history of the orphan chamber.

The secretary of the chamber having died on the 18th of December 1737, and being succeeded by another, who proceeding as usual at the end of the year to close and balance the books, in order after they were found correct, to be delivered by the [28] retiring members of the board, with the cash and other effects of the chamber to the new members entering into function, and ultimately to be signed by them respectively, discovered in the cash account a deficiency of 100.000,- guilders (in which description of money the books of the orphan chamber where [= were] at that time kept) proceeding from an error intentionally committed by the late secretary in casting up the cash account in the books of 1736. The secretary having reported this forthwith to the board, they immediately caused the whole administration of the chamber to be accurately investigated, first by their own commissioners and afterwards by two commissioners from the court of justice, in the presence of the heirs of the late secretary, of which the result was that a deficiency of fl. 122.749,10 7/8 stivers was discovered.

The board having in the meanwhile, before the exact deficit had as yet been ascertained, addressed the court of justice, in [29] which address they prayed

"that the court would be pleased, in case real and serious deficiencies [sic] or errors were discovered, to aid the board with their enlightened advice, good council and decision, how and in what manner to remedy and arrange the matter, in order to obviate all questions and disputes, which in process of time might arise therefrom".

The board received after the amount of the fraud had been ascertained, the following remarkable and impartial advice: that orphan masters in order to recover the amount which the chamber had lost by the administration of their late secretary, might attack those, who according to law were amenable for the same.

In consequence of this intimation the board instituted an action before the court of justice against the widow and heirs of their late secretary, with such success that after the termination of the proceedings, his estate was entered upon by the said court *ad al=opus jus habentium* and [30] judicially sold. It appearing however that the orphan chamber after what was adjudged to them on their claim in the distribution of the estate, still remained a loser to the amount of fl. 50.809,11 5/8 stivers, the court of justice

delivered upon a second application of the orphan masters the following still more remarkable decision:

"That the court is of opinion that what the orphan chamber still loses in consequence of the administration of their secretary, should be paid and supplied by all those who held the sessions in the orphan chamber at the time when the errors and frauds were committed by their secretary, and that therefore each orphan master should in his private capacity have to pay his share in proportion to the amount of default in the year or years of his administration and orphan mastership, unless those interested could devise other less onerous means, consistent with law, and that to enforce this payment the court will ever be [31] willing to lend their aid in as far as may be just and equitable."

On receiving this decision from the court the board ordered a calculation of the deficit to be made, and caused the retired members of the board and the testamentary executors and heirs of three of those, who had died in the meanwhile, to be legally summoned for the payment of their respective shares. Upon this they jointly addressed the board setting forth that having in consequence of the tenour of the court's decision, considered of the means whereby to avert such an undeserved loss and damage from them and their families, they thought it might be effected, if the board would be pleased to direct that from the monies, which according to old custom had hitherto remained unemployed in the cash of the orphan chamber, a sum of fl. 80.000,- should be put out on interest, and that from this interest the existing deficit should from time to time be replaced.

[32] The board having taken this proposition into their consideration, and reflecting that this unfortunate accident had happened to their predecessors innocently, at all events without their having in the least been benefitted by the deficit - resolved to accede thereto, provided this step should be previously sanctioned by higher authority, and under condition that the respective debtors should bind themselves by a public deed not only promptly to pay into the orphan chamber any amount of ready money, which for the moment might be necessary for the liquidation of the debt, but also to guarantee and indemnify the board as department for ever, against all damage or responsibility which it might at any time thereafter incur by the transaction.

The retired members or their executors and heirs now submitted their prayers to the court of justice.

The court however declared itself [33] incompetent to give a final decision in the matter, but transmitted the memorial with a favourable recommendation to the colonial government by whom their prayer was graciously acceded to, on the 6th October 1739, subject to the conditions proposed by the orphan board. The board having lost no time in carrying the measure into effect, the whole of the deficit was replaced as early as the year 1752.

In a mere historical sketch remarks should not be indulged, but we cannot refrain from drawing your attention for a moment to the state of the capital of the orphan chamber (annexure L^a C). To us it occurs that the appearance of the capitals from the year 1718 until the year 1774 - a period of 56 years - furnish a striking example of the influence, the want of confidence in the community has on public administrations.

This matter having been arranged in the aforesaid manner under the authority [34] of the local government, the latter mentioned, unwilling to take the entire responsibility upon themselves reported the same to the supreme government in Europe and they received the following reply:

"We have thought proper to accept of your statement, for our information, without however entering on the part of the company into its merits or approving or disapproving of the same leaving the consequence to those whom it may concern - if they should ultimately be deemed unsatisfactory, but we recommend to you for the future to take care that orphan masters do at least once a month, examine the books, count the ready money and strike the balance of the receipts and disbursements - and also - that whoever may take charge of any money in the chamber, whether the secretary, the cashier or any other person, the orphan masters do require such person to produce sufficient security for any deficiency that may occur in his administration, and [35] generally that you take such precautions as will obviate the facility of similar misfortunes occurring."

This order was communicated by the local government to the orphan board with further directions from the governor in council that the secretary of the board, who acts also in the capacity of cashier, should henceforth not be allowed to retain in his possession a sum in ready money exceeding rds. 3.000,- or fl. 9.000,-, that the receipts beyond this amount should successively, in the presence of two or more commissioned members of the board, be placed in the large chest - that the secretary should produce sufficient security for the said amount of rds. 3.000,- and finally that the board should submit to the local government at the close of every year, after having balanced their books, a pertinent statement of their administration during the year that had expired, shewing the amount of ready money on hand.

[36] These directions were immediately carried into execution, and at that period namely the year 1742, the annual transmission to government of a brief statement of the capital of the orphan chamber had its commencement.

The books of the money administration of the chamber having been closed at the end of the year 1738 in the hitherto usual coins of guilders, stivers and pence, were reopened in the commencement of the year 1739 by order of government in the reduced coins of rixdollars and stivers with the view to assimilate the value of coin in circulation in the colony to the value of that in Europe.

This change had shortly before been introduced into all the Dutch settlements in India.

In the year 1741 the orphan board gave a fresh proof that they did not consider themselves bound to watch the pecuniary interest merely of their wards, but also their health and education. [37] We find this in their resolutions bearing date the 22nd March, of which for brevity's sake we beg leave to annex the translation of an extract sub L^a F. This resolution has since been repeatedly renewed.

The precipitate manner in which in the year 1739 the sum of fl. 80.000,- a very considerable amount for that period, had been put out on interest, could not fail to induce disagreeable consequences in such instances where the greatest precaution with regard to the character of the borrowers and their sureties had not been used: the inspection of the statement of the private fund of the orphan chamber which we have the honor of submitting sub L^a G first gave rise to this reflection, by observing its varying condition from the year 1738 to 1760, and upon investigation it was discovered that several losses had been carried to the debet to that account, occasioned by considerable debts contracted in the said years 1739 to 1740, which could not be recovered [38] either from the principal debtors or their sureties.

This occasioned the private fund in the years 1751 [= 1758] and 1759 instead of answering its original intention, to become a debtor to the administration.

We however willingly acknowledge that these losses could partly be ascribed to the small pox, which again raged in the years 1755 and 1756 in the metropolis and its vicinity, and which occasioned so rapid a depopulation that the value of every description of property was reduced to so low a standard that the orphan masters were under the necessity of resolving provisionally not to offer for sale, gold, silver, jewels, pearls etc. found in estates under their administration but to wait for a more favourable opportunity.

In the year 1746 the orphan board received through the governor in council from the supreme government in Europe, an order to claim from all testamentary executors the inventories of the estates under their administration [39] and to cause the same to be registered and a copy thereof to be kept in the orphan chamber in like manner as had already been directed in regard to testaments.

The daily occupations in the orphan chamber having been augmented by this arrangement the secretary received shortly after an additional clerk for his assistance.

In the year 1750 the board advanced on interest to the drostdy of Swellendam, established about that time, a sum of fl. 13.000,- which debt still exists to the full amount.

A considerable number of estates having come under the administration of the orphan chamber in consequence of the calamity above alluded to, and the transactions of the department having thereby become much increased, the board resolved in the year 1756 to take adequate measures to obviate, as much as possible, any arrears occurring in the

affairs of the chamber. One of which measures was that the two members [40] who according to annual custom, resigned their office at the close of the year were requested to continue for sometime to act as supernumeraries in order to assist the secretary in the speedier liquidation of the estates. We may add with great safety that it was owing to this pressure of business that the books of the chamber for the year 1756 were not closed by the secretary and signed by the board before the 25th October 1757 and that the secretary who had been in office for 20 years, solicited and obtained his discharge, on the ground of ill health four years before his death.

The biography of individuals not belonging to our present purpose, we should have passed the character of this gentleman, like that of his predecessors in silence, had we not met with some peculiarities in his disposition, with which we became more acquainted after his decease and which it would be ungrateful in us, not to mention.

[41] Joachim Nicolaas van Dessin born at Rostock in the dutchy of Mecklenburg - secretary to the orphan chamber in this colony from the year 1737 to 1757, died here on the 18th September 1761 without leaving either ascendants or descendants, his wife and only child having died before him.

At the opening of the sealed will which he had himself framed, sometime prior to his death, and of which orphan masters had been appointed executors, the philanthropy of his disposition was manifest. No person who stood in any the least relation to him either by family connection or the ties of friendship, no individual who had shewn him care and attention, during the four last years of his decaying life, not excluding his own slaves had been forgotten in this will - all of them received therein the most convincing proofs of his gratitude for the obligations he conceived they had bestowed upon him.

[42] But this is not all. The land of his adoption, in which he had spent so many years with pleasure, and the department in which he had so long officiated, in the capacity of one of its principal ministers, he desired to benefit even after his death, and this the following extract from his will, will fully prove.

"And now disposing of my property I do bequeath to the church in Cape Town, the whole of my library, with all the manuscripts it contains, and also the bookcases, shelves, and reading desks thereto belonging, together with all the mathematical and astronomical instruments and the best specimens of my collection of paintings at the choice of the board of church wardens or of any qualified person appointed by them under this express condition however that my aforesaid library shall never be sold under any pretext whatsoever, since it is my intention and desire, that this my bequest shall become the foundation of a public library for the [43] benefit of the community, and that the same be yearly increased with books of the several branches of science for the use of everyone respectively.

And in order that this augmentation may be without any charges to the church, I bequeath to the same a sum of one thousand rixdollars, the interest of which shall be appropriated to said purpose.

And further I bequeath to the church all the books, which will be sent after my death by Mr. Professor Daniel Pels, rector of the Latin school at Amsterdam, or by anyone else, for my account

to this colony, by which arrangement I trust even after my death I shall be of service to the public - a wish I have always sincerely entertained. I do therefore most earnestly entreat the political commissioner, the reverend clergymen, elders and deacons of the church, forming the board of church wardens, to afford their assistance to [44] that effect, and to aid my before stated intentions as much as lies in their power.

But in case the aforesaid board of church wardens should unexpectedly be unwilling to accept of the library and further legacy, under the conditions stipulated, or afterwards to act up to those conditions, in such case, I declare it to be my will and intention not only, that the aforesaid library with cases, shelves and desks and all instruments and paintings thereto belonging shall devolve to the orphan chamber of this colony, to be appropriated by its worshipful board according to pleasure but also desire that the legacy of one thousand rixdollars made to the church shall be considered as revoked.

Further I bequeath to my brother August Christian van Dessin etc.

And now proceeding to the institution of heirs, since I have no parents in existence to whom the inheritance of a part of my [45] property would have been due, I nominate, institute and appoint the orphan chamber of this colony my sole and universal heirs to all the property to be relinquished by me without any distinction, in order to be appropriated to meet part of the annual expense of the orphan chamber, for which purpose a special and permanent account of the amount of inheritance might be opened in the books."

Church wardens having accepted the legacy, the orphan board as *ex officio* heirs to the deceased voluntarily augmented the said legacy with all the curiosities, coins etc. found in the estate, and they further at the request of church wardens paid to them an other sum of rds. 1.000,- in aid of the expenses to be incurred in the building of an appropriate room for the library etc. bequeathed to them. The collection of books was removed 2 or 3 years ago by order of government, [46] and with consent of the church wardens, to a new building to form a part of the government public library, and thus after a space of sixty years the views of the deceased have at length been realised and his legacy has become the foundation of a public library.

The inheritance of the orphan chamber from the estate of the deceased yielded a nett amount of rds. 24.200,37 or fl. 72.602,05. In what manner this sum was in the course of time appropriated we will take the liberty to mention hereafter.

Shortly after Mr. Dessin had resigned his office we find a resolution of the board determining that the interest on capitals collected by the orphan chamber shall henceforth in the presence of commissioned members, be divided among the pupils, and the respective amounts carried by the secretary to the credit side of their several accounts and further that the resolutions of the board [47] be henceforth regularly bound into books at the close of every year.

We also find several previous orders renewed about this time, but for the rest it appears that the board satisfied with the regulations already established, acted upon them for a period of from 16 to 20 years without any addition or alteration, nor does it seem that the business of the department has considerably encreased during that time.

It is true that in the year 1758 one of the clerks was sworn in, in order the better to assist the secretary in some particular instances, but the keeping of the cashbooks and other books of the office, and all the traced actions connected therewith remained the exclusive duty and occupation of the secretary for his responsibility. Upon this footing matters continued, until the year 1790.

One great improvement however which took place in the year 1779 we cannot here omit mentioning.

[48] In that year it was first resolved that on the whole of the respective inheritance of pupils with the exceptions of such trifling amounts as are less than 25 guilders or rds. 8,16, an interest of 6 percent *per annum*, should be allowed, a measure which has ever since continued in force.

The secretary to the orphan chamber appointed in 1778 having in the year 1786 been promoted to a seat in the council of government, was, in consequence of an order from home, for reasons which are foreign to the purpose, compelled 2 years subsequently, to resume his former situation.

This change so affected the mental and bodily faculties of this individual, who was already advanced in years, that it nearly rendered him unfit for the further execution of his arduous duties. Without injustice to anyone, we may safely assert that at no previous period did such good order in the administration of the orphan chamber prevail, as during [49] the first seven years of the secretaryship of this individual, so much so that the whole board confiding in his uncommon talents and great experience placed the most unlimited confidence in his management of the affairs of the department. In this they were the more justified since government themselves, in the year 1785 granted to him a seat and vote at the board next to that of the vice-president.

But we must also acknowledge with pain that in the last four or five years of Mr. Rönneknamp's administration, we meet with palpable instances of errors and negligence in the transactions of the office, which - gradually increasing, notwithstanding government in the year 1791 appointed a deputy secretary for his assistance - ended in total disorder, and however fondly the board in this dilemma still clung to the approved capacities of their secretary, the irregularities had risen to such a height that they attracted the notice of government [50] and the public at large.

This was the state of the orphan chamber when in the year 1791 His Excellency the Governor van de Graaff being recalled by the government at home, left this colony with a previous charge to the council of the local government to cause the affairs of the chamber to be investigated after his departure by a special committee from among themselves.

This order having been communicated to the orphan board by their president on the 29th February 1792 the board resolved to apply to government for the appointment of a similar commission.

In reply to this application the board were informed by the government *ad interim*, that their request should be attended to, whenever their other affairs, which where [= were] numerous and pressing, would allow it.

Shortly after the commissioners general for the Dutch East India Company's possessions and the Cape of Good Hope, namely S.C. van Nederburgh LLD [51] and S.H. Frijkenius Esquires arriving from Europe, it was resolved at their instance, by the council of government, on the 7th August 1792, to cause a careful examination of the state of the orphan chamber, urged by the board themselves, to be forthwith effected.

For that purpose the member of council the late O.G. de Wet Esquire was appointed, assisted by C. Matthiesen Esquire (at the time bookkeeper of wages) "soldij boekhouder" and the present president of our board Sir J.A. Trüter (at the time deputy fiscal).

Their commission was of the following tenour:

"The aforesaid Mr. de Wet shall inquire into the general state of the orphan chamber, as well with regard to the funds under the actual administration, as to those over which it exercises a superintendence only - shall investigate the regularity and accuracy with which the books are kept, the security of the capitals of orphans - their education - the receipt and [52] distribution of the interest, the manner of administration of other property belonging to orphans and its adequate security - the manner of accounting the orphans who have obtained their majority - and the manner of acquitting the orphan chamber - and shall also take a specific account of monies belonging to unknown orphans, and of the property appertaining exclusively to the orphan chamber and the administration held relative thereto.

Further Mr. de Wet shall enter into, and examine, all branches of the administration and liquidation of the relinquished estates - the collection of the amount of vendu bills - the fees of the president and members - the fees and salary of the secretary and others employed in the office, and finally the security produced by the secretary and messenger on entering upon their respective situations, and after this shall have been effected, Mr. de Wet shall, jointly with the [53] orphan board, revise and examine the instructions of the orphan chamber - shall alter and amplify the same, such as the changes produced by time and circumstances, may render necessary in order if required, to be further altered and confirmed, according to the information which shall have been conveyed to the commissioners general and to the local government by means of Mr. de Wet's report."

The appointment of this commission by government having been communicated to the orphan board they appointed in their behalf their vice-president, one of their members, and their secretary with his deputy, especially to assist the commission and to submit to them every elucidation required.

We need not here remark that under the circumstances, to which we have recently alluded, the proceedings of the commission must have been attended with painful feelings as well to the commission as to the board, the [54] object of their scrutiny and have led to unpleasant scenes, even did the records of that period not date this precisely.

We find in a letter addressed by the commissioners on the 26th February 1793 to the local government, after the receipt of the report of Mr. de Wet on the state of the orphan chamber, the following introduction:

"Although we had but too many reasons to apprehend that the manner in which the orphan chamber in the colony of the Cape of Good Hope was conducted was far from being what it ought, when we conveyed to you our express desire [sic] to cause the same to be minutely examined, still we could not have expected that it would have been found in the state in which it now appears etc. etc."

The orders issued by the local government at the instance of the commissioners general for the reform of the orphan [chamber] were principally as follows:

[55] 1. That in order to remedy the inconveniences occasioned by the great scarcity of cash in the orphan chamber an advance of rds. 30.000,- shall forthwith be made to that department from the public treasury, under the express condition however that the same shall be refunded with the usual interest in instalments within twelve months.

2. That the secretary shall give sufficient security for the amount of such bonds as belong to the orphan chamber and for which no sufficient sureties or mortgages were produced at the time that the debts were contracted in order to refund whatsoever may eventually be lost upon these bonds.

3. That the secretary shall pay within six months into the orphan chamber in ready money the amount of all the debtor accounts, which appear in the books of the chamber, either arising from old and unpaid vendu bills, or from overissues, on account of inheritances.

4. That he shall also pay the amount of [56] all claims on liquidated estates, since the year 1779, as far as they do not appear to have been discharged.

5. That he shall pay before the end of the current year 1793 the whole amount of unpaid vendu bills being a sum of rds. 80.275,-.

6. That all accounts and papers appertaining to the estates under the administration of the orphan chamber, and which are still unliquidated shall be carefully examined, the errors therein found be rectified and that after this shall have been effected, each estate thus corrected shall be entered by the bookkeeper of the chamber into the journal and ledger and be liquidated and distributed among those interested with the least possible delay.

7. That a sum of rds. 3.000,- shall be paid by the orphan chamber, from its private fund, for the erection of public schools for the benefit of orphans.

8. That the secretary of the orphan chamber [57] and his deputy shall both retire from their situations, the first mentioned retaining for life one half of the revenues of the secretaryship, and that they shall be succeeded by the then secretary of the worshipful

the court of justice the late Willem Stephanus van Rijnveld Esquire of whom the commissioners general, towards the end of their letter, say that they sanguinely anticipate a speedy termination to the irregularities prevailing in the orphan chamber, from the fidelity, activity and ability of this gentleman.

These orders were accompanied by a set of instructions for this department, which we take the liberty to annex marked L^a H in the room of those issued by government in the year 1714 and which had hitherto guided the board in their proceedings.

Touching the directions contained in the 4th and 6th articles of the aforesaid orders of government, it is necessary, for their better understanding, to remark that from the institution [58] of the orphan chamber down to the period of which we are speaking, all the estates falling under its administration were considered as exclusively belonging to the province of the secretary, and consequently that all the receipts and disbursements on account of the same were not entered in the books of the chamber.

An administration of which the transactions owing to their intimate relation to, and influence upon the public at large, could not conveniently be interrupted for a single day, without material incommodity, would by any suspension of its daily occupations have been thrown into the utmost disorder. This Mr. Rijnveld foresaw, and it was upon this ground that he called for the assistance of the vice-president only and of one of the members of the board (both of them having formerly served as clerks in the orphan chamber, and consequently supposed to be well qualified for the undertaking) in order to effect the investigation and improvement [sic] of [59] department, which had been delegated to him by government, whilst the president and other members immediately commenced to regulate their future proceedings according to the tenour of their new instructions, and thereby obviate further disorders.

The commissioners general it appears, had by no means been unhappy in the choice of Mr. van Rijnveld. Not only did this gentleman commence his arduous task with his usual matchless zeal and energy and attacked the existing defects in their most hidden and consequently their most dangerous parts, but he persevered in his laudable efforts unto the very last.

How much was effected by Mr. van Rijnveld in this undertaking and to what degree he not only satisfied but surpassed the expectations which were entertained of him by government, will principally appear from the detailed report submitted to [= by] him by [= to] government on [60] the 15th August 1794, accompanied by not less than one hundred vouchers, which upon reference can be found in the records of the colonial secretary's office. We will only quote a few particulars which are therein contained.

Commissioners general having granted to the orphan chamber an advance of rds. 30.000,- from the public treasury as already mentioned, the board was enabled on the

22nd July 1793, thus within a space of five months, to thank government for this favour, without however having occasion to make use of it.

It having been discovered in the commencement of Mr. van Rijnveld's investigation that the heirs of certain person who had died in the year 1777, whose portions were encumbered with the clause of "fidei-commis" had (owing to the unintelligible manner formerly in use of keeping the books) been credited by too little, by an amount of interest of rds. 14.605,12. This sum was immediately upon discovery carried to [61] their credit, and the amount paid to them in cash.

It was further ascertained by a specific calculation that of this sum rds. 3.780,47 ought to be borne by the private fund of the orphan chamber whilst the remainder ought to be refunded by their successive secretaries viz. rds. 193,35 by the first - rds. 9.149,18 by the second and rds. 1.418,08 by the third. The first and second amounts were duly refunded to the chamber, but the heirs of the third, who had died a few years before this discovery, were released from their obligation by an order of the commissioner general [= J.A. de Mist], who in the years 1803 and 1804, was present in the colony on behalf of the Batavian government, and their debt also paid from the private fund.

The board under the auspices of Mr. Rijnveld's commission, entered into a convention with the landdrosts of Swellendam and Graaff Reinet, whereby the last mentioned were also qualified to enter upon, take an inventory [62] of, and dispose by public sale, in the name of the orphan board, of all estates which in their respective districts might fall under the administration of the orphan chamber, accounting for the proceeds to the board within a given time.

By this measure whereby the transactions of the board in the distant provinces of the colony were simplified, the responsibility of the secretary as vendue master was greatly lessened, and considerable savings were effected in the expenses attending the liquidation of estates.

We may further notice, that the large amount of rds. 167.191,31 for which in compliance with the orders of commissioners general the retired secretary Mr. Rönnekamp stood charged, was within a very short time fully recovered from his estate he having died in the year 1793 leaving no children or heirs in the colony, and having appointed orphan masters his executors.

Besides the several legacies [sic] made by [63] him, there still remained a considerable sum for his foreign heirs.

The commission with Mr. Rijnveld at their head, had only half completed their task when the latter was called from his secretaryship in the court of justice to fill the situation of fiscal, with this proviso however, that he should continue to cooperate in the

reformation of the orphan chamber, until everything should have been duly examined, and the final report submitted to government.

But even after this had been done, government directed him to take his seat as an honorary member at the board of orphan masters, for the purpose of assisting further in the direction and management of the affairs of that department, granting to the board the necessary aid for the prompt execution of the directions of government consequent upon the tenour of the report which he had lately submitted; and on the 1st of April 1795 [64] Mr. Rijnveld was finally by order of the commissioners general, then in India, who had first employed him in matters of the orphan chamber, appointed by the colonial government, to be president of the orphan board.

The colonial government having approved of nearly all the suggestions made in the report for the better administration of the chamber, they were forthwith carried into execution by the board, and thus perfect order was restored in the management of its affairs, and a conciseness, simplicity and clearness introduced in the mode of keeping the books, which if duly followed up, will prevent neglect in business: the creeping in of any considerable error, and the possibility of fraud being committed, in any branch of its administration.

The colony having in the year 1795 surrendered to the arms of His Great Britannic Majesty, the board of orphan masters was reinstated in its functions by the commander [65] of the forces and after having taken the oath of fidelity to the new government, proceeded in its transactions with exemplary [sic] regularity and circumspection in the spirit of the instructions recently received.

A state of calmness, the most unequivocal sign of prosperity and self-satisfaction, once more reigned in the transactions of the orphan board; and even foreigners now viewed with respect a department, with which they were formerly unacquainted. This state of prosperity was evidently the effect of the new regulations which had begun fully to operate.

The seven or eight years which follow in the history of the orphan chamber are barren of incident, in as much as they represent the department in the same improved state to which we just now alluded.

The colony having been restored in the year 1801 [= 1802] by the peace of Amiens to the government of the Netherlands, the governor and other [66] members of administration, intended for the colony, arrived here from Holland toward the end of the year 1802 [they arrived in 1803] with a commissioner general [= J.A. de Mist] at their head, representing the sovereign, for the purpose of reorganizing the several authorities, departments and offices - in short the whole administration of the colony.

The commissioner general who was prevented from taking the reins of government into his hands sooner than the month of March following, thought proper to remove the vice-president and one of the members of the board and to fill up the vacancies by two other individuals.

It now appeared that notwithstanding the perfect order and regularity, and accuracy, which since the last eight years had been introduced into the transactions of the orphan chamber, the confidence of the public in the administration of that department had not entirely been regained.

Complaints had been preferred to Europe [67] against the orphan chamber at the Cape of Good Hope, which on the arrival of the new administration were increased by others and naturally rendered the gentlemen composing the same in some degree prepossessed against the orphan chamber.

The commissioner general however referred the complaints to the board of orphan masters, and having ascertained that they were unfounded, he seriously reprimanded several of those, who had preferred them, for their want of candour and respect towards the board. The commissioner formed so favourable an opinion of the chamber, that he suffered them to proceed in their administration for the present in their wonted manner, leaving the further investigation of their department for his future occupation.

The board in the meanwhile also appointed agents in the recently established districts of Uitenhage and Tulbagh in the same manner as they had in Swellendam and Graaff Reinet, whereby the same facilities were afforded to the [68] inhabitants of the first mentioned districts, which those of the latter already enjoyed.

The commissioner general shortly before his departure from the colony called upon the orphan chamber and after having minutely entered into all the branches of its administration made the following declaration:

"That he had found it such, that he not only was perfectly satisfied therewith, and could consequently report favourable with regard to the department, but that he also felt convinced that any alteration which he could suggest, would not tend towards the greater security of the public nor be of greater benefit [sic] to orphans, than this department afforded under its present regulations."

It was however on this occasion that the commissioner general ordered that the balance of interest in favour of the orphan chamber which had hitherto appeared in the books under the head of interest accompt, should henceforth be considered as an accompt of profit and loss [69] and be entered in the books under the denomination of the private fund of the orphan chamber.

This gentleman also framed a set of instructions for the orphan chamber in like manner as he had done for all the other departments (a translation of which we beg leave to annex sub L^a I), but the instructions in our humble opinion, when compared with those which emanated from the local government in 1793 bear evident marks of having been framed more within a view to confirm the standing rules than to introduce new regulations.

When in the month of January 1806 the colony surrendered a second time to the British arms the orphan board was again continued in its functions by the commander in chief.

We fear we have occasionally been prolix in our attempt to give an historical sketch of the progress of the orphan chamber for which we must beg to apologize - but since the year [70] 1806 to the present day everything relative to this department took place as it were under the eye of the present government and for the greater part of His Excellency the present Governor. We may now be briefer in our narration and confine ourselves strictly to domestic matters of the department.

These chiefly consist in a continued endeavour on the part of the orphan chamber to improve still more their manner of administration and to gain a higher degree of confidence with the public by an anxious solicitude for the interest of orphans.

This the annexures C and G we humbly submit will prove, and the fact that the orphan board gradually appointed in the several districts of the colony agents thereby rendering their intercourse with the public at large more easy and regular.

As connected with the above the following occurrence during the administration of the [71] late acting governor His Excellency Sir Rufane Shaw Donkin may here briefly be noticed.

On His Excellency's journey to the frontiers of the colony in the year 1820 and during his stay at Uitenhage, complaints were lodged with His Excellency against the vendue master of the district, on account of his want of regularity in the discharge of the amounts of sale with which he had been entrusted and the whole of the vendue master's property was in consequence judicially arrested in order to secure the claims of the several individuals.

This vendue master acting also as agent to the orphan board in his district, had become debtor to the board for the considerable sum of nearly rds. 100.000,-, the greater part of which was already due.

The board conceiving that by the general arrest which had been served upon the individual, he as their agent might be precluded from rendering a proper account of [72] his administration to the board, and from delivering up the property of orphans in his possession, applied for and obtained from government their sanction to send a

commission to Uitenhage at their own expence, in order to watch over the interest of the orphan chamber there, and appointed their bookkeeper and a clerk who immediately proceeded thither and actually found the property of the orphans in imminent danger.

The landdrost of Uitenhage having in the meanwhile been charged by government with the investigation of the agent's affairs, in his capacity as government vendue master and secretary, was on a representation on his part released from the obligation and this task was also transferred to the commissioner of the orphan board then on the spot, who executed this arduous commission within two months to the general satisfaction, perfectly securing by his judicious arrangements as [73] well the interest of the orphan board as that of government and other parties interested.

The orphan board in the meanwhile thought it expedient, to embrace this opportunity of effecting a greater degree of regularity and security in the management of their affairs in the country districts, and in consequence commissioned their bookkeeper further, to examine also the administrations of their other agents in the country districts to supply by proper regulations, what might be found deficient therein, to cause them to produce on behalf of the orphan chamber, proper security for the amount of their respective administrations, and finally to frame for them a general code of instructions, founded upon those which the board themselves had received from government; which several matters were duly executed by their commissioner at Graham's Town, Uitenhage, Graaff Reinet, [74] Cradock, Beaufort, George, Swellendam and Caledon, we take the liberty to annex sub L^a K, a draft of this code of instructions, and therewith concluding this part of our first division, and proceeding to the remaining part thereof viz.:

C. "the present state of the office" of which we intend to treat very briefly.

There are people fond of the adage "That as long as there remains ought to be done, nothing has been done", but we contend that this maxim reduced to practice will rarely prove correct. On a surer foundation rests the aphorism, "that as long as an object is not fully attained, much remains to be done", and this we willingly admit to be applicable to the present state of this department, not being so bold or conceited, as to boast of an administration not being longer susceptible of improvement in any of its branches, but on the contrary we acknowledge that it still [75] requires a high degree of unintermitted vigilance [sic] and activity to arrest many of its imperfections, the inheritances of remote times and peculiar circumstances, to render the management of its affairs so simple and obvious as their nature really admits of.

On a comparison however, between the state of the orphan chamber on its first establishment, and in 1793 when its reform had commenced, or rather in its present state, we trust we are justified in maintaining that more has been effected towards the

improvement of the administration within the last thirty, than in the preceeding 120 years and that we may now with a certain degree of confidence developes its actual state to the investigation of every candid inquirer.

In entering upon the second division of our compendium viz. the duties and occupations and also the responsibility of the president and members of the board and the individuals [76] employed under them we might for the greater part refer to what has been prescribed to the orphan board on that head by government in their instructions of the year 1793 [annex sub L^a H] and 1804 [annex sub L^a I], however a few further details of the subject we presume, will not be deemed superfluous.

The duties of the orphan board are such that the members are held responsible for their faithful discharge in the first place to government and in the second to the public at large, and more particularly to those whose property or possessions in full or in part are entrusted to their care.

The duties required from them are principally the following:

- A. The administration and liquidation of the estates of all persons dying within the colony or on their voyage to the colony *ab intestato* and among whose heirs there are minors or persons residing abroad and also of the estates of such persons, by whom the board [77] has not been especially excluded from interference in their estates; the board also accepts, according to circumstances, the administration of estates to which they are expressly invited by the will of a deceased notwithstanding all the heirs are of age and domiciliated within the colony.

The number of such estates, at present under the administration of the orphan board, which still require to be liquidated amounts to 232: of which however there are 73 whereof the principal part of the proceeds of the effects, has already been divided among those interested, but for which estates, owing to dubious or bad debts still outstanding, or for other reasons, new accounts have been opened.

- B. The registry of all wills and testaments made by any person dying within the colony or on his voyage to the colony, in which the board of orphan masters is especially excluded from the administration, also [78] of all inventories of such estates, in which minors or persons residing abroad are interested as heirs and legatees; of which testaments and inventories, authenticated copies are taken and deposited in the orphan chamber.
- C. To secure and pay in due time to all parties intitled [sic] thereto, either within the colony or abroad, the claims which they have upon the estates under their administration, as also the inheritances and legacies to full aged heirs or legatees, devolving from estates under the board's administration.

- D. To secure and put out on interest all monies, belonging to minors under the guardianship of the orphan chamber, if their shares amount to or exceed the sum of 25 fl. or rds. 8,16 Cape currency, to ascertain the half yearly interest due to these minors on their respective shares and [79] (if necessary) to pay the said interest for their education and maintenance, to those with whom these minors have been placed, by the orphan board. The number of these wards amount at present very nearly to 1000.
- E. To take care that the inheritances of minors, one of whose parents has died intestate, and which inheritances (with the exception of a few solitary instances, on account of particular reasons) according to a valuation of the estate of the deceased by orphan masters, remains under the administration of the surviving parent, until the majority of their children, in order to educate them from the interest of such inheritances, that such inheritances be not only properly protected by personal security or mortgage, but to keep a watchful eye over the security once produced in order to its being replaced in case of death, insolvency, or [80] departure of the sureties or in the event of alienation of the property mortgaged, and that proper registers be kept in the orphan chamber of these particulars, in order to their being produced to those interested, on attaining their majority.
- F. To keep a general register of all minors under the guardianship of the orphan chamber, who are dispersed over the colony - shewing their names at full length, those of their parents, their precise age, in what district and with whom residing, and finally under what conditions they are placed out by orphan masters. The number of children contained in this register at present exceeds 2100.
- G. To keep a general register of all free persons who have died within this colony, either *ex testamento* or *ab intestato*, which register altho' it has since the last thirty years from time to time undergone [81] material improvements, is even at this day not what it ought to be, the reason of which we shall take the liberty to explain in the last division of this treatise.
- H. To keep books of resolutions or records in which the transactions of the board and their decisions in their ordinary meetings which take place twice a month and their extraordinary meetings (which are convened [sic] as often as the interest of orphans or other causes require it) are regularly recorded by the secretary.

These being the principal duties of the board of orphan masters their responsibility naturally follows from the manner in which these duties are attended to, but in how far this responsibility extends itself to every member of the board in his individual capacity or merely as a member of the board is a question which we deem worthy to be more minutely investigated.,

[82] It has frequently been asserted and we hear it still asserted that the board of orphan masters is constituted by government and that the government guarantees the administration of the board.

As true as the first position is, as little founded, the second appears to us - the latter we consider to be nothing else but an erroneous tradition.

After a most accurate search amongst the records of the orphan chamber, nothing has appeared, no resolution of the local government, no letter or other instrument of the government in Europe, no resolution or decision of the board itself or any other document has been discovered from the contents [= contents] of which this assertion can in the least degree be backed or borne out. If we turn our eyes towards the decision of the worshipful the court of justice of this government (vide the page 30 preceeding) towards the letter of the government [83] in Europe (vide preceding pages [sic] no. 34) and peruse with attention the letter of the commissioners general bearing date 26th February 1793 addressed to government on the subject of the deficiencies detected in the administration of the orphan chamber (vide an extract thereof page 54) we think we are justified in inferring, that the local government as well as that in Europe, never had the least intention to allow any damage or losses to the administration of the orphan chamber, occasioned by fraud, negligence, mistake or any contingencies, to fall upon anyone else than the joint members of the board, in so far as these damages or losses cannot be recovered upon those who have been the immediate cause of the fraud, negligence or error, by which they have been occasioned.

Considering the matter therefore in this, and we presume its proper light, the responsibility of the members of the orphan board appears to be very considerable, for instance had [84] orphan masters not been authorized by government to replace the deficit of fl. 50.809,11 5/8 of their late secretary in the year 1737 (vide the preceeding page no. 33) by extraordinary means, and had orphan masters not succeeded in recovering from the estate of their late secretary in the year 1793 the sum of rds. 167.191,31 charged against him by government (vide page 62) they and their innocent families would have been the sufferers. It can therefore (whatever want of information or jealousy may attest to the contrary) never be laid to the charge of the board by reflecting people, that the board during the last 30 years, by a regular administration of affairs, by caution and frugality, and without a shadow of avarice, usury or deceit, has endeavoured to secure themselves and their successors, against the consequences of such responsibility: of which we will have occasion to treat more largely in the fourth section.

That in the office of an administration [85] like that of the orphan chamber of which the occupations are not only widely extended, but exceedingly various, the duties of the secretary, who in the daily routine of affairs has to superintend the whole, and who, fully

acquainted with the whole administration as well as with the deficit of the instructions of the office and board, is to dispatch all ordinary business (if necessary under approbation of the board) without its immediate interference, submitting to their deliberation and decision, such matters only as require their interference and decrees, that the duties and occupations of this secretary cannot be few and trivial, but on the contrary manifold and of importance, may easily be inferred from the nature of the administration itself - this appears also partly from the instructions of the orphan chamber (vide annexures L^a H & I) and if we add the fast encreasing population of the colony and the consequent encrease in the transactions of the office, especially with regard [86] to the correspondence with the interior or foreign parts, we deem it superfluous to enlarge further on the subject. The responsibility of the secretary in money matters has however considerably decreased by the introduction of the system of the large chest of the orphan chamber, under the immediate superintendence and care of the members of the board which since the year 1793 has been brought into full operation and which subsequently in the year 1808 was superseded by the government bank of deposits and discounts. Nevertheless his responsibility as vendue master to the board remains in full vigour. In this administration of which the secretary keeps separate accounts with the auctione[er] there can hardly accrue any loss to the secretary if he adhere to a proper method and to the letter of the instructions on this head, but if he deviate therefrom, losses become almost inevitable.

Since the year 1793 everything connected with the keeping of the books and the framing of [87] accounts has been separated from the functions of the secretary and entrusted to the bookkeeper, the secretary consequently has only to keep a cashbook of his daily receipts and disbursements, from which together with the vouchers thereto belonging and from other documents connected with the financial administration of the department, but not immediately belonging to the cash account, at the close of every month, the books are posted.

The persons and accounts for whom, and of which, entries must be made by the bookkeeper, amounted at the close of the year 1822 to full 9000 in number.

The bookkeeper of the orphan chamber is besides especially charged with the registry of all wills and inventories produced in the orphan chamber as also with the registry, collection and filing of all other documents and deeds connected with the department.

The last mentioned duties have been latterly [88] performed by his assistant, he is moreover responsible for the correctness of the books kept by him and we cannot say that any errors were ever detected therein during the 33 years of his services in this office, of which he was employed for 26 years as chief bookkeeper.

The ordinary clerks at present six in number, of which four are paid by government and two receive their salaries from the private fund of the chamber, have to assist the secretary and bookkeeper in everything connected with the office, whereas the messenger independent of his duties in the office, also acts as auctioneer to the board, and is responsible to the secretary and vendue master of the board, for the amount of the vendue bills entrusted to him, and the vendue credit which he has granted at the sales.

We have now arrived at the third chapter of our treatise, in which we purposed to speak on the subject of the income of the president [89] and members of the board, and of those employed in their office.

In the very introduction of this essay we have shewn and proved that the first establishment of the orphan chamber derives its origine from, and is founded upon, sentiments [sic] of pure philanthropy [sic] only evincing itself by sincere and active interest in the legal rights of those who for want of ability or on account of absence, were unable to defend these rights in person, namely minors and absentees.

We have shewn and proved that as well the local government as the government in Europe, have since the earliest periods assisted and protected these efforts in an effectual manner and at all times appointed individuals of the highest respectability, and deserving of the greatest confidence, as directors of this establishment, always keeping in view, that the selection of these directors (with the exception of the president who it has always been understood ought to be one of the first members [90] of government) should take place from a twofold number of persons recommended by the board as most fit for the duty, and that the burthen of these duties should bear equally on the servants of government and on the burghers of the colony, not only because both classes of society had an equal interest in the establishment, but because this was the most effectual means of increasing the confidence of the public in the administration of the board.

We have shewn and proved and we shall now further prove that these directors have submitted to the discharge of their duties, during a period of almost two years, without receiving any remuneration and subsequently during a space of 30 years with a very inconsiderable allowance, not even paid from the government treasury; and that they appropriated the receipts deriving from the administration itself, and which always were, and still are considerably less than the charges of private executors and guardians, to the remuneration of those employed [91] in their offices, by whom the daily affairs were transacted.

As late as the year 1763 the president and members of the board performed their duties without any reward whatever; and then only the members began to receive an

allowance of 2 rds. *per diem* while they were engaged in the execution of extraordinary commissions especially in the country districts in order to meet the expenses which they were obliged to incur on such occasions; nor can we give the name of reward to a fee of 4 skilling which they then received for the passing and signing of a public deed; since the above allowance and fee, even in the latter years, when the vice-president no longer participated in them, never exceeded rds. 50,-.

The estate of the deceased secretary J.N. von Dessin having been liquidated, and the inheritance bequeathed by him to the orphan chamber being found to amount to [92] rds. 24.200,37, orphan masters best acquainted with the intentions of their late minister resolved with the sanction of the then governor, to hold this capital separate from the general administration of the orphan chamber, to put it out on interest as a special fund and to divide the interest accruing thereon, annually between themselves in equal shares, after a fair deduction for the secretary chief clerk and messenger of the chamber for their additional duties in the administration of these monies, leaving however the capital in its entire state, as a perpetual remembrance of the deceased.

By this arrangement towards the close of the year 1763, the president and members of the orphan chamber for the first time obtained something like a fixed income, however small, which nevertheless had its peculiar value considering the source whence it was derived:

The greatest proportion which the board ever [93] enjoyed from the revenue of that legacy during the space of 46 years from the years 1763 to 1808 inclusive, having amounted

for the president to		rds. 461,37
for the vice-d[eputy] to		rds. 200,20
and for each of the members to		rds. 153,45
and the smallest for the president to		rds. 206,22
for the vice-d[eputy] to		rds. 68,40
and each of the members		rds. 68,40

In the beginning of the year 1793 the local government notwithstanding the income which the president and members derived from the inheritance of their late secretary in consideration of their increased duties and responsibility consequent upon the then newly introduced code of instructions (vide annexure L^a H) granted to the orphan board an additional salary consisting in 2½ percent on all monies received in their office for account of estates and individuals; but orphan masters taking into consideration that such a charge, hitherto unknown, [94] on estates administered in the orphan chamber, was ill calculated to encourage the inhabitants [sic] to entrust their estates to the care of

that establishment, obtained from government in consequence of their remonstrances, permission to charge that percentage only on the nett balance of all estates administered by them, upon such amounts as are received into the orphan chamber for administration, and finally upon the interest accruing upon such capitals, by which measure the income of the members of the orphan chamber was considerably encreased.

At the end of the year 1808 the present government was pleased to direct, since it was their intention of placing all civil servants of the colony upon fixed salaries, that the annual interests of the inheritance made to the orphan chamber as aforesaid [= Van Dessin's] should from the 1st of January 1809 also be paid into the government treasury together with [95] the other revenues of the department; which order the board has ever since duly obeyed.

We find in a certain German work which made its appearance on the Cape of Good Hope about the year 1784 a remark of the author in which he says that the post of secretary of the orphan chamber at the Cape of Good Hope is so lucrative a situation that it yields to its possession an annual income of from 20 to 25.000,- rixdollars and occasion[all]y exceeds the revenues of the governor of the colony. We think we need not dwell upon the improbability of a situation having at any time existed in the colony, of which the holder was remunerated beyond the governor himself. All that we have been able to trace on this subject with any degree of certainty is that during the service of the secretary who died in the year 1793 there was one year in which his income exceeded rds. 11.000,-; but even this might well be called a considerable income especially at the time, when [96] the duties of the secretary of the chamber were considerably less extensive than at present, and when the value of the Cape currency had nearly thrice the value which it has in these days.

Until the year 1771 however, the income of the secretary appears to have been very moderate, and since his income depended upon the number of estates under the administration of the orphan board, it was quite natural, for in the said year 1771, we find that from 1761 to 1771, thus during a space of eleven years, not more than 127 estates had been liquidated in the orphan chamber, whereas in the years 1821 and 1822 only, 217 estates were liquidated in said department.

The secretaries of former times therefore needed not to employ the whole of their time in the discharge of their official duties, a few hours in the day were probably deemed sufficient for the purpose, and there remained time sufficient for them, to gain an additional income by other means; [97] but in proportion that the confidence of the public in the administration of the board encreased - the duties of the secretary encreased, and with them, their income as a reward for the services which they

rendered - these incomes however never appear to have risen to such a height as to call for the interference of government.

In like manner as the growing confidence of the public in the board's administration increased the secretary's duties, so did the growth of population, the extension of the boundaries of the colony and the erection of new drostdies which latter circumstance also added materially to the responsibility and risk of the secretary as vendue master, and this risk indeed rose to a very imminent degree in the year 1793 when the inhabitants of the districts of Swellendam and Graaff Reinet were almost in a state of rebellion against the local government, and when marauding Caffers and Bushesmen continually disturbed and harassed [98] the inhabitants of the frontiers of the colony.

It appears from the papers of the secretary who died in the year 1793, that his estate sustained considerable losses on account of vendue notes due by individuals on the above districts, which were never recovered.

At a very early period the local government had granted to the secretary of the orphan chamber, probably in consideration of the benefit which the government servants and their families were likely to derive from the institution (independent of the income which his services procured to him), a fixed salary with the emoluments and allowances in lieu of rations thereto attached, equal to that of an individual holding the rank of a merchant of the second class in the service of the East India Company; at a subsequent period the same salary was also granted to the bookkeeper of the chamber, his emoluments, allowances for rations etc., however being only those [99] which a bookkeeper in the company's service received.

The clerks in the orphan chamber were at the same time placed upon the same salaries, emoluments etc. as the clerks in the company's service, also independent of their fixed fees and other revenues in the office.

These salaries from government amounted

for the secretary to . . . rds. 280,36

for the bookkeeper to . . rds. 230,36

for each clerk to rds. 206,12

When in the year 1793 the commissioners general over the Dutch East India colonies and the Cape of Good Hope were present here, they ordered that the secretary, bookkeeper and clerks of the orphan chamber should continue to draw these salaries from government besides their other incomes, but that the amount of said salaries should annually be refunded to government from the private fund of the orphan chamber, which had then already [100] become considerable.

These orders were in consequence adhered to until the year 1806, when the British commanders to whom the colony had capitulated in the month of January, discontinued this yearly restitution.

We have hitherto endeavoured to point out clearly, wherein the lawful income of the president, the members, the secretary, the bookkeeper and the other individuals employed in the orphan chamber consisted until the end of the year 1808, it is however not improbable that in those times when, as before mentioned, there existed in our office a very obscure and to many a very untilligeble [sic] manner of keeping the books, the lequidation- [sic] and cash accounts, and when the ready money of the department was not so much under the immediate care and controul of the members, the secretaries of the orphan chamber occasion[all]ly employed a part of the cash for private purposes, and by these means [101] encreased their revenues in an indirect manner.

To eradicate this evil had been one of the principal endeavours of the commission appointed in the year 1793 for the reform of the orphan chamber, and their object was speedily and most effectually accomplished. This abuse therefore had long ceased to exist in the year 1808, the period when the secretary and the other individuals employed in the orphan chamber, were placed upon fixed salaries.

It now only remains for us to communicate to you gentlemen, the amounts of the revenues of the orphan chamber, which were regularly paid into the government treasury, since the first January 1809 until the last December 1822, for which purpose we beg to refer to a specific list, which we take the liberty to annex sub L^a L, requesting your attention relative to the sources of that revenue, to a tarif[f] of fees levied in the orphan chamber, hereunto [102] annexed sub L^a M with the exception however of the items placed in the 5th and 6th colum[n]s of the said specific list L^a L, and finally we take the liberty to add the annexure L^a N whereby it will appear what the president and members of the board, together with the secretary, the bookkeeper (who also acts as chief clerk) and the further individuals employed in the office, have drawn jointly or separately from government for their salaries during the aforestated period.

Leaving for the conclusion of the treatise what further remarks may offer themselves on this subject we now proceed to treat on the fourth chapter, vizt.:

The funds which the department of the orphan chamber now possesses as private property.

To meet with a private fund in a department of which the pecuniary transactions consist in nothing but in the receipt of monies, [103] belonging to others jointly, in deducting from the whole the legal charges for administration, as a fair recompence for those who superintend the department and who transact the business thereof, and in distributing and paying away the nett balances to those entitled or in allowing the highest

legal interest on the shares of those, who are as yet not entitled to the receipt of their shares, to meet with a private fund in such a department, is not a daily, nay is an uncommon occurrence, and the more surprising, the larger the amount of such a fund.

And to this we must ascribe the circumstance of this fund having been during the last 40 or 50 years so differently judged of and misrepresented. But it is also this circumstance we conceive, which renders it the indispensable duty of our board, as directors of this fund, to remove every difficulty from this subject, and to represent it to your high constituted [104] authority in its truest light.

With that view we humbly beg leave to reply to the following questions, presuming them to be proposed to us. Vizt.:

1. How has this fund arisen?
2. In what light ought this fund to be considered?
3. Which are the different views that have been entertained of this fund, and which were the leading causes of these views?
4. Has this fund already been employed in useful purposes, and if so, what good has been wrought through its means?
5. Are there reasonable grounds for supposing that this fund will increase, in the course of time, or is it to be feared that it will relapse into its former state? leaving the final question, what benefit is the colony likely still to derive from this fund? to be entered upon in the conclusion of this treatise.

How has this fund arisen? is [105] the first question we have to answer and our reply is: Through necessity founded upon a well-timed, and consequently a becoming, regard to the interest of government. Through a gradual correction of several defects and abuses and the establishment of a system of regularity in the administration of the orphan chamber, and through a due sense of economy, unsullied by covetousness, or sordid parsimony.

The first mentioned of these grounds certainly prompted our ancestors, when they took their first resolution respecting the manner of defraying the expenses of the orphan chamber on the 9th December 1693 (vide the preceeding page no. 15).

Thirty years had hardly elapsed, since the foundation of the colony and what enormous expenses the government at home had incurred in the first establishment and the fostering of the colony, can still be traced; under these [106] circumstances the board of orphan masters considered it to be unbecomming [sic] and unfair to apply to the local government for the payment of the expenses of an establishment, which had no other object but the private interest of the inhabitants and their posterity, and of which therefore the home government could never expect to reap any advantage or revenue, they availed themselves in consequence of a measure, through which the inconvenience

of the want of a fund for the discharge of those expenses was certainly obviated, conscious however at the same time, that that measure could not long be justified on account of its necessity, and hence their resolution to keep an exact account to whom and in what manner those monies were expended.

Proceeding with the utmost frugality in the incurring of expenses on account of the orphan chamber, the capital belonging to the unknown heirs which at the end of the year 1693 did [107] not exceed rds. 4.584, 35½ was soon fully restored by resorting to an other lawful measure vizt. by putting on interest the balance of that capital, and by adding those interests to the capital after having therefrom defrayed the annual expense of the department, and after this system had been resorted to, we trace in the year 1698 the first institution of a private fund of the orphan chamber by the deposit of a sum of 8 rds. and three stivers in its favor.

From this very origin, ignorance or design has endeavoured to derive matter for misrepresenting this fund in the eye of the public; but every discerning and impartial judge will doubt the possibility of the present fund having arisen from the above source merely, and it behoves us therefore to point out, what other causes have cooperated to that effect, and in order to do this in the most perspicuous manner, we shall trace [108] this fund since the year 1697, the year prior to its existence, during every 25 years, and at the end of each period, subjoin our remarks.

We must therefore stop at the year 1722

"	"	"	1747
"	"	"	1772
"	"	"	1797
"	"	"	1822

At the first period we can say nothing, but that the fund appeared at the end of each year either larger or smaller, in proportion as the charges for the establishment and maintenance of the new administration had been more or less; at the end of the last year, there remained however a balance of rds. 428,13 in favor of that fund.

The second period from 1723 to 1747 is considerably more interesting, partly with reference to the occurrences of those times and partly to the present generation.

In its very commencement in the [109] year 1723 the government was pleased to direct the orphan chamber, to pay over to the government treasury all monies under the administration belonging to unknown heirs. That no other cause can be assigned for this order, than a temporary scarcity of money in the treasury, is evident, for on reference to annexure L^a E you will find that it was issued at a time when the government had recently applied for and obtained from the orphan chamber a loan of rds. 75.000,-.

The board was thus obliged, as their ready money had nearly been absorbed through the loan lately effected by government, to call in the capitals of unknown heirs, which had been put out, in order to defray from the interests thereof, their annual expense of office and they actually complied with the aforesaid order of government during the year 1723.

Although in the said year 1723 owing to the extraordinary receipt of capitals with [110] the respective interests due thereon, a larger amount for interest than usual had been paid, so as to exhibit at the close of that year a balance of rixdollars 652,45½ in favour of the private fund; it was evident that the source having been stopped, from which those revenues were derived, the very existence of those profits would be annihilated.

The consequence was that orphan masters at the end of the year 1724 beheld that their fund had disappeared, nothing remaining but the con[s]ciousness that it had existed during 26 years.

Necessity as in similar instances led to new discoveries.

Orphan masters seeing themselves suddenly deprived of the small fund from which they had during a series of years defrayed their expenses, found themselves placed in a very unpleasant position. They could not apply to government for support for reasons [111] already stated [see p. 15] and on account of the then embarrassment [sic] of government and being thus compelled to think of other means, finally resolved upon a measure upon which since the capital under their administration had already risen to a sum of rds. 200.000,- they could calculate with a greater degree of confidence for the future, then upon the one they had hitherto pursued.

But before we proceed to explain this measure, we must be indulged in a slight digression.

In all departments of money administration where daily receipts and payments in cash take place, a certain amount of cash will always remain in hand in proportion to the extent of that administration, which amount of cash that administration certainly owes to someone or other, and consequently is obliged to pay on demand but which it is not likely will ever suddenly be called for in full, added to this, that in such an administration there [112] are from time to time received monies, of which others may only dispose after a certain period, as for instance within a few months, in that case such an administration may always with great safety dispose of small sums, without any apprehension, that they will experience a want of ready money to effect the necessary cash payments.

That the orphan chamber is an administration of such a nature, is evident, and this consideration induced orphan masters in the year 1724 to decide upon employing a

moderate part of this surplus of cash in such a manner as to derive from its interest the necessary means, to meet the annual expenses of office.

But even in this measure they proceeded with caution and discretion. With caution, for they purchased mortgage bonds ("kustingbrieven") due within a short period deducting the interest of the capital until the day of payment; in so doing they had the double advantage: first of [113] cashing the interest forthwith to answer the requisite purposes and secondly to realize the capital again within a few months.

That they at the same time acted with discretion, can generally be proved by annexure L^a G, besides at the close of the period we are now treating of, the end of the year 1747, we find but a trifling balance of rds. 106,25 in favor of the fund.

We will however not contend that the same even at that period would have amounted to something more considerable were it not, that the board had then for a period of 8 years been endeavouring to supply a deficiency occasioned by want of fidelity in one of their ministers.

We have now come to the third period from the year 1748 to 1772.

That the secretary in office at the beginning of this period and his successor were both men of a strict and approved character, can be clearly traced from our retro acts. We find [114] in consequence the private fund, by means of the system adopted in the year 1724 encreasing from time to time during their administration at the close of which it exhibited a sum of rds. 4.440,14; but we see at the same time, to what dangers this fund is exposed by a deviation from the rules prescribed by caution; the said fund, after having in the year 1757 risen to an unprecedented height, in the succeeding years 1758 and 1759 (from causes explained in page 37 and 38) even became a debtor to the administration, a circumstance which plainly indicates how much it is the duty of the board, to act with the utmost caution in regard to this fund.

Before we proceed to the fourth period from the year 1773 to 1797, at the close of which latter years, the private fund amounted to a sum of rds. 47.436,36, we must tender our appology [sic] in case we shall be considered to dwell upon this period, at too great length.

[115] Keeping in view, in treating of this period, that during the first 21 years the abuses in the administration pointed out in pages 58 and 100, still existed, and considering that the capital administered in the orphan chamber amounted to very little more, than 35 years previously, and also that since the year 1779, a commencement had been made with crediting the accounts of the minors with the full interest of 6 percent *per annum* on the whole of their respective inheritances, down to the trifling sum of fl. 25,-, we must feel somewhat surprized to find that the private fund notwithstanding these circumstances, could during 25 years have encreased more than 968 percent, but

on recollecting that the respective secretaries were until the year 1790 or thereabouts exclusively charged with the keeping of the books and accounts of the department and casting our eyes upon annexures A and B noticing who were the individuals who [116] either as presidents had the direction, or as secretaries the daily management of matters, and in what manner they proceeded in the discharge of their duties, our astonishment will cease; and this circumstance be explained.

It is necessary however that with regard to the secretaries especially who have been in function during this period, we should enter into some few details.

The first secretary since the year 1772 to 1778 tho' a gentleman of considerable talents could not reconcile it with his own principles that the orphan chamber should have a private fund, at least not a considerable one.

His successor also a gentleman of talents who held the situation from the end of the year 1778 to the beginning of 1786 and who on the very commencement of his administration caused the interest on the whole of their respective capitals to be allowed to the wards [117] of the orphan chamber, was however not sufficiently benevolent towards the orphans to value the interest of the orphans, and thus of the public at large, above his own; and the private fund, in consequence did not materially encrease under his first administration.

Quite different however becomes the aspect of the fund from the years 1786 to 1793; the administration of the chamber in the first three years from 1786 to 1788 was entrusted to the care of the successor of the last mentioned secretary and during the last four years from 1789 to 1792, again to the care of the said secretary who had returned to his former function; but tho' equally favourable in both periods, still from different causes; for during the first period the administration was in the hands of an individual too well known in point of integrity to be confounded with his predecessor, in point of selfishness, [118] but during the second period it clearly appears that although the keeping of the books was again part of the province of the same individual, whose business it had been from the year 1778 to 1786, still he was at that time assisted (on account of an encreasing infirmity to which he had become subject) by an other person who in that particular differed from him in sentiments.

At the close of the year 1792 we find the fund increased to rds. 38.318,27.

It will not create any wonder that the fund during the year 1793 did not increase but on the contrary diminished if we refer to pages 56 and 61, where the chief reasons are explained; but since the year 1794 after the unintelligible system of keeping the accounts of unsettled estates had been exploded, and the estates had received proper accounts in the ledger, and the books in general were kept in a clear and exact way, we find notwithstanding the restriction on the [119] board to put out money on interest, the

private fund rapidly increasing from year to year, so that at the end of the period we have now been treating of, we perceive the same increased to the before mentioned sum of rds. 47.436,36.

If it was deserving of our attention to find a small fund of rds. 4.440,14 encrease within a few years 968 percent, how must it surprize us to find this fund, within the following 25 years from 1797 to 1822 again encreasing to 8 times that amount; this however we shall also explain.

That the expulsion of the long existing abuses in the administration so often alluded to, and the introduction of a better system of bookkeeping are the chief causes of this happy change, we need not repeat; we are however not so bold as to affirm that they are the only causes, and that we could with certainty have calculated beforehand upon this rapid encrease, on the contrary, various other circumstances [120] have concurred to that effect, and in order to point these out with greater facility we will review the events of the last years.

When in the year 1792 commissioners general arrived here from Europe to examine into the state of the colony, they found it in a most deplorable situation.

About ten years back the local government, owing to the East India Company not remitting sufficient funds to defray the expenses of the colonial establishment, had resorted to the measure of effecting loans from several of the inhabitants and was ultimately under the necessity since the supplies from the mother country continued to fail, to create a kind of paper currency, in order to be enabled to pay the debts contracted with the inhabitants.

The wants of the colony remaining the same, and even encreasing from time to time: the gold and silver coin, still in the colony, consequently, disappeared in proportion, and [121] the newly created paper money, being only current in this colony, every article which the colony had to import from other parts rose in price, and as little or no colonial produce was exported, its value naturally decreased in proportion.

Under these circumstances, it was natural that the prosperity of the inhabitants of the colony should fast decline; the local government proceeded cautiously in creating paper currency and as the gold and silver coin rapidly decreased upon exportation, there soon appeared a scarcity of circulating medium, a misfortune followed by the most calamitous consequences, many families became impoverished, but few comparatively possessed sufficient means to borrow on usury; a practise which however much counteracted and strongly prohibited by government, reigned with almost uncontrould [sic] sway. Landed property, houses and personal property [122] decreased in value at a dreadful rate; the property of families fell one after the other under the administration of the sequestrator and was often sold for one tenth part of its real value; public confidence was annihilated,

the inland trade at a stand or in the hands of a few usurers, agriculture and rearing of cattle caused; nay public distress had reached such a height that the local government was compelled to appoint commissioners for the purpose of collecting from the agricultural inhabitants, the yearly rent on lands and other taxes which at the time were but very trifling, in cattle (so indispensably [sic] necessary to them for agricultural purposes) at moderate prices fixed thereon by government.

On reference to the retro acts of the colonial office, the offices of the secretary to the court of justice and of the government sequestrator and vendue master, these facts will appear but too well substantiated and [123] we need not therefore dwell any longer upon them for our present purpose.

In such a state did the commissioners general find this colony on their arrival in 1792. Immediate assistance had become absolutely necessary to save it from ruin and that they accorded.

In the beginning of the year 1793 the period when the defects in the administration of the orphan chamber had been noticed by government, these gentlemen established the first Lombard bank in the colony, from which every inhabitant, after his property real and personal, had been estimated and found sufficient, could be assisted with ready money at 5 percent interest *per annum* according to his means of repayment and under certain stipulation as to the term of the loan, by this measure an effectual check was for a time put to the practise of usury, that [124] destructive monster, and the prosperity of the inhabitants, generally speaking, was again slowly reviving.

Economical individuals, who held money on interest from the orphan chamber at 6 percent *per annum*, now took money from the bank and paid their debts to the orphan chamber, by this [sic] means considerable amounts of ready money were received in the chest of the latter, which lay unimployed [sic] for sometime. It now becomes intelligible, on referring to the annexure L^a G, why in the year 1793 the private fund of the chamber had not increased, but on the contrary decreased, and this becomes still more obvious when we add, that not only in the same year a present of rds. 3.000,- was paid from this fund to that for the establishment of public schools for the use of orphans (vide page 56) but that also a sum of rds. 3.780,47 independent of sundry other amounts of less importance, was refunded to [125] certain heirs (vide page 61) for interest, with which their accounts were omitted to be credited, during a period of maladministration; but the above quoted circumstances explain at the same time how the board became enabled, to decline as early as in the month of July 1793 availing themselves of the loan of rixds. 30.000,- offered to them by the local government (vide page 55).

Owing to the war with France which broke out in the same year, and the increase of the public expenditure consequent thereon, the circulation of cash began to increase;

which also contributed at the time towards the reestablishment of the welfare of the inhabitants especially of those in the metropolis and its vicinity; and the subsequent surrender of the colony to the British arms and to the protection of His Britannic Majesty, confirmed this prosperity and made it more general over the colony; speculations [126] in commerce and agricultural pursuits, began to revive. Ships of all nations in amity with Great Britain, visited our ports, ships of the enemy with their cargoes were captured, taken to this place, and here condemned and sold. Colonial produce rose in price. Luxury amongst the inhabitants rose in proportion and all this, added to the increase of population, proved that the amount of colonial paper currency, however considerably increased of late, was not too great for the wants of the colony, but occasion[al]ly fell short thereof.

In this revival of prosperity among the inhabitants, we must also chiefly attribute, that orphan masters succeeded to recover for the greatest part the considerable sum of rixds. 167.191,31 which had been charged by government against their late secretary in the year 1793 (vide page 55 and 56) and which sum consisted in dubious and almost desparate [sic] debts of individuals, dispersid [sic] all over the colony, and at the time, without any apparent [127] means to pay; thereby saving his family from undeserved losses.

The board of orphan masters however did not rashly forget the danger that had been impending over them, and which at a less favorable time and circumstances would have accrued to them, they were on the contrary intent upon the means of securing themselves, as much as possible against its recurrence, and therefore resolved upon increasing as much as possible the private fund, which had now received a firm foundation by every proper and lawful means, and in consequence to put out on interest to the inhabitants of the colony, under the security prescribed to the board, by the instructions of government, as much money as could be spared without any detriment to the daily transactions of the office; and the board was the more induced to this measure, since about this time there appeared again a certain degree of stagnation in the circulation of the colonial currency, and [128] they did not consider themselves justified in leaving unemployed in their chest, considerable sums of money, to the disadvantage and discouragement of industry in commerce and agriculture.

Thus we behold, as an effect of the above measure, our private fund increasing rapidly during the last period, exhibiting at the end of this period (on closing the books of 1822) a sum of rds. 390.404,03.

And thus we have attempted, with a religious adherence to truth, to unravel the mystery of the birth and growth of our private fund. Whether the means employed to advance it, during a space of nearly a century were becoming and lawful we confidently

submit, gentlemen, to your more enlightened judgement, in whatever manner others may think and judge thereof.

And we now proceed to the second question.

In what light is this fund to be considered [129] after its existence?

After having fairly submitted the means by which this fund was created, and the object for which it was created we do not hesitate to give the following candid answer.

This fund is the private property of every inhabitant of this colony, acquired by just and lawful means without anyone's aid or detriment, standing under the immediate administration, controul, responsibility of the board of orphan masters - it constitutes as it were a security to the public and to government for the safety of the money entrusted to the care of the orphan board - this fund may be employed to purposes of general utility to the public, especially in matters immediately connected with the direction and administration of the board, but not otherwise then at the suggestion or with the consent of the board of orphan masters, and with the acquiescence and approbation of government; which [130] approbation, however, ought never to be rendered difficult to the board to obtain, unless the proposals submitted by them to government might evidently become of some pernicious consequence; and having also submitted this confidential answer to your equitable judgement we proceed to the third question.

In what manner has this fund been judged of, and what were the reasons for the opinions formed of it?

How different soever the opinions concerning this fund might have been, they all proceeded from one and the same source - selfishness and jealousy - by inventing and circulating injurious reports to the orphan chamber and its administration, it is the object with many, to prejudice the public against this department and thereby to create a fear in the inhabitants of entrusting their estates to the care of the orphan chamber, and rather to choose private executors of their will and guardians over [131] their minor heirs.

According to the colonial laws every individual has the free and uncontrolled disposal of his property.

Orphan masters may for the last 25 or 30 years with the greatest justice boast of their administration, the more discerning and reflecting part of the community has long since detected the deceitfulness of the reports spread to the disadvantage of the orphan chamber; how much the confidence of the public in the administration of the orphan chamber during the last 15 years has increased, will appear from the annexures L^a C, G, and L.

The following are among the principal opinions hazarded in prejudice of the chamber.

Some say that the orphan chamber retains the inheritances due to unknown foreign heirs, from estates administered by them, and that it is from these inheritances that the private fund derives its existence.

[132] Others say that the orphan chamber does not allow to their wards any proportion of the interest which accrues on their capitals beyond what they require for their maintenance and education, and that by these means the private fund has originated and encreases from year to year.

Others again say: the orphan chamber puts money out on interest at an inconsiderately rapid rate, solely for the purpose of increasing their private fund, thereby compelling their wards when they become of age, and wish to commence some useful trade, to accept of bonds, instead of cash, in payment of their respective shares of inheritance which they cannot convert into cash.

For the greater part these accusations are refuted by the faithful description which we have attempted to give of the origin and gradual increase of this fund; we will therefore only have to refute what after that discription [sic] [133] still retains an appearance of truth.

In the first place the orphan chamber retains the inheritances due to unknown foreign heirs, from estates administered by them and it is from these inheritances that the private fund does derive its existence.

How? - if this be true, we ought to have blushed and dreaded to be looked upon, as privileged [sic] robbers, when we replied with so much frankness to a previous question "this fund is the private property of all inhabitants of this colony".

But no, gentlemen, ignorance and design may reason thus, but we shall incontestably prove the impo[s]sibility of the fact and consequently the fallacy of the imputation.

We have already mentioned in page ... and 109 that all monies in the orphan chamber, belonging to the unknown foreign heirs, were reclaimed by government in the year 1723 and paid into the public treasury; [134] these monies amounted at the time to rds. 8.060, 28½.

This was the whole, which orphan masters during a period of between 40 and 50 years had collected on this head.

In the month of February of the year 1725 a similar measure was resorted to by government and the sum then paid amounted to rds. 2.245,31 again in the month of October 1762 when the inheritances collected during 37 or 38 years did not exceed rds. 2.224,36.

The last payment of that nature into the public treasury took place in the month of December 1794 when the whole collection during 32 years did not amount to more than rds. 4.906,06 the whole, in a period of about 120 years amounting to a sum of rds.

17.437,05½. Since the year 1795 no further amounts of that nature have been reclaimed by government but from the year 1796 to 1820 the orphan chamber has successively advanced to government or by order of government to [135] several public departments or corporations without payment of interest rds. 264.700,- of which rds. 64.700,- still remain unreimbursed (vide annexure L^a E) and altho' the sums collected since the year 1795 down to the present period on account of unknown foreign heirs, which remain unclaimed, amount to considerably more than those of the 120 preceding years, we are nevertheless certain that in case government might be pleased to reclaim these sums upon the strength of precedent that after taking credit for the above sum of rds. 64.700,- there would remain an ample balance in favor of the orphan chamber.

We flatter ourselves, gentlemen, that it will be clear, after this explanation that the orphan chamber has not even been able to desire any advantage from the use of the monies belonging to unknown foreign heirs, much less according to the assumed opinion and pretences of selfish and ignorant individuals have applied [136] those monies to the formation of a private fund.

But the board of orphan masters under an improved system of administration went much further in this respect. In the year 1819 they caused to be published in the English newspapers a list of the names of all persons deceased in this colony, whose property had fallen under their administration and whose heirs are unknown to them, stating the several amounts in favor of those estates and calling upon the respective heirs to come forward and receive their inheritances; this advertizement has been inserted into several French, Dutch and German newspapers, and by these means been circulated over Europe; in consequence several heirs have actually made their appearance and received their portions; after this little additional remark, we think we may proceed to the reputation of the second accusation, consisting herein:

[137] "That the orphan chamber does not allow to their wards any proportion of the interest which has accrued on their capitals beyond what they require for their maintenance and education and that thus the private fund originated and increased from year to year."

We need not inquire whether they who wish to make this circumstance appear as a defect in the administration of the orphan chamber do themselves act up thereto; such of our resolutions in which mention is made of the examination of accounts of estates and administrations of private executors and guardians, in which pupils under our guardianship for minors were also interested, inspire us with a well founded apprehension that our inquiries on this score would not turn out very satisfactorily.

We therefore prefer boldly to answer this strained assertion.

a. That it is a constant custom with [138] the orphan chamber to allow to everyone of its wards from the interest of the capital which he possesses, an adequate sum for his education without touching the capital itself.

b. That these interests therefore require to be always ready to be paid to the relatives or friends with whom the wards are residing, whenever called for, and can therefore not be put out again on interest.

c. That among all the pupils of the orphan board of this description, about 1000 in number, there are hardly 10 or 12 whose annual interests amount to more, than is required for their support and education.

All this the books of the orphan chamber incontestably prove and it is therefore unnecessary to say more on this head.

The third accusation namely - that the orphan chamber puts money out [139] on interest, at an immoderate rate solely for the purpose of increasing its private fund, whereby their wards, when they become of age and wish to commence some useful trade, are reduced to the necessity of accepting bonds instead of ready money in payment of their respective shares of inheritances which bonds they cannot easily convert into cash - would be of a serious nature if it did not carry along with it marks of malignity, those of untruth and inconsistency. We shall however be under the necessity of being rather circumstantial in the reputation of this aspersion.

We have repeatedly shewn that all monies of pupils of the orphan chamber down to the inconsiderable sum of 25 guilders Cape currency or rds. 8,16 are put out on interest in their behalf, and the highest legal interest of 6 percent *per annum* is credited thereon; this is continued until they have attained [140] their majority, entered into marriage or obtained a deed of *veniam aetatis*.

As soon as a ward has become of age, he may forthwith appear at the orphan chamber, and upon application, receive the amount of his inheritance in ready money; the board exercises the necessary precaution to that effect and is enabled to do it, since the registers of their pupils shew, which of them and at what period, they become of age. All the monies put out on interest by the orphan chamber, are secured by mortgage bonds, of which the capitals according to the colonial laws can only be called in after three months warning, and these three months must have fully expired before the defaulters can be prosecuted for the amount; the pupils therefore who become of age before they have attained their 25th years either by marriage or by receiving a deed of *veniam aetatis* cannot [141] with propriety claim from the orphan board more ready money of the capitals outstanding, than orphan masters, after having been apprised of their majority, are able to call in for the purpose of discharging their inheritances.

But this self evident privilege [sic] which the board ought to enjoy is seldom or never enforced. All pupils of the orphan chamber without any distinction of persons or rank having acquired the right of disposing of their property previous to their attaining the requisite age, may receive their portions in cash upon the mere production of a certificate to that effect; the books of our office for the last 30 years, especially the cashbook of our secretary, yield the most incontrovertable [sic] proofs of this truth.

In very few and particular instances it has been left to the choice of some pupils claiming their inheritances, under the afore-mentioned [142] circumstances, in an unbecoming [sic] manner, to receive their shares either immediately partly in cash partly in bonds to be chosen out by themselves amongst the whole belonging to the administration, or to receive the whole in cash after the expiration of a few months.

We may call with the greatest confidence upon all pupils of the board, who since the last 30 years have become of age, as evidences to corroborate [sic] what the books prove on this subject.

Considering it therefore quite superfluous to offer any further remarks on this subject we will rather proceed to the solution of the fourth question.

Has the private fund of the orphan chamber already been useful? And if so, in how far has it been useful?

To the first of the quiries [sic] we reply with the greatest confidence in the affirmative, while [143] with regard to the second for the sake of briefness and not with the slightest wish of gratifying a feeling of vanity, we beg to refer to the facts stated in our preceeding pages no. 31, 56, 61 etc.

We have to add that, altho' the members of the orphan board personally never derived any benefit from this fund, either by rendering it a source of revenue at a time when they received no remuneration for their services, or by augmenting their salaries through its means during a period of thirty years (from 1763 to 1793) when their salaries were so exceedingly small, the board nevertheless did not lose sight of the original purpose for which the private fund was established, vizt. therefrom to defray, without any burthen to government, the expenses of the office, including additional remuneration to the ministers of the board who on account of their more various and [144] arduous duties (compared with other civil servants of government) appeared entitled to more ample provisions, to compensate them for the sacrifice of their time to the purposes of the establishment and to stimulate them to unremitted assiduity in the discharge of their duties.

In conformity with this principle the board has continued to pay from the private fund the whole of their annual expense of office as well fixed as unfixed contingent, and

allowed additional remunerations to their ministers for the purpose aforesaid, until the end of the year 1808. Since January 1809 however, the period at which all civil servants and consequently also those employed in the orphan chamber, were placed upon fixed salaries, the additional remuneration above alluded to, which at the time amounted to 2.026,- rixds. *per annum*, has been by order of government paid by half yearly instalments from the private [145] fund of the orphan chamber into the colonial treasury.

We refrain from noticing how repeatedly this fund has become the means of rescuing deserving and industrious individuals from the fangs of the greedy usurer and of assisting them in their lawful and well directed undertakings, for such an inquiry would lead us too far; but as much we may assert upon the testimony of our records, that the board has never been tardy in contributing from this fund, to the establishment and support of all institutions of public utility which have been created either by order or with the sanction of government.

A few instances of more recent date may serve by way of elucidation.

The board has paid from the revenues of that fund, annually, since January 1813, to the bible and school commission of this colony rds. 500,-, [146] since January 1814 to the free mason's lodge "The Good Hope" in aid of a fund established by them for the education of young men of talents rds. 300,-. Since January 1823 to the directors of the orphan house established in this colony in the year 1808 the sum of rds. 400,-.

And this will be sufficient to shew that the private fund of the orphan chamber has hitherto not been useless.

We are now come to the consideration of the fifth question.

Is there a reasonable prospect of seeing this fund encreased or enlarged? Or is it to be apprehended, that it will at some period or other merge into its former insignificance [sic]?

A momentous question! And a question that can only be answered in reference to the acknowledged deficiency, in all human speculations, whenever they [147] attempt to embrace futurity.

Under all the vicissitudes and changes which the colony has undergone, this fund has ever been respected by friend and foe as (what it really is) private property and therefore as long as this colony does not from unforeseen misfortunes become reduced to a state of anarchy or barbarism, or the property of the inhabitants be not destroyed by some dire calamity, there appears no apprehension that this fund will cease to exist or even be materially reduced; on the contrary there is every prospect, that as long as this colony continues to enjoy the blessing of a liberal and just government, it will under a prudent and proper administration, continue to encrease apace, and that by a proper application

of its revenue much good may be wrought for the rising and succeeding generations. This last observation however properly belonging to the concluding part of our investigation, we [148] take this opportunity of dismissing the fourth and of proceeding to the fifth or last question.

We willingly confess that on more than one account, we approach this subject with a certain degree of awe, however fully consumed that we have hitherto with the greatest candour and confidence laid open as well the defects as the commendable qualities of the department and that we are not actuated by the slightest desire, to prefer complaints of past grievances and to solicit redress but only cherish a wish to cooperate in a becoming [sic] manner and in accordance with our duty towards perfecting our department, and thereby to promote the beneficent views of our gracious sovereign and the interest of the inhabitants of this colony.

Persuaded that we (at least the greater number among us) from our long services in this department have had an opportunity of becoming more intimately acquainted with [149] its nature, than the greater part of our predecessors and that as faithful servants it is our bounden duty, to submit this experience to the enlightened judgement of our sovereign. Fully persuaded in short, that there cannot exist the slightest inclination within our bosoms, to dictate but solely to suggest with the utmost modesty such hints as might be found useful in elucidating subjects that may require additional light. We conceive ourselves justified in mitigating that feeling of awe, and in proceeding to the investigation of this subject with as much candour and confidence as profound respect for our gracious sovereign and the local government.

Animated by these feelings we do not hesitate to repeat here more positively what we have insinuated at an earlier stage of this treatise, that the orphan chamber has as yet by no means arrived at that perfection of which after its great reformation in the year 1793, it [150] had become susceptible, and which was certainly contemplated by the then existing government and its representatives, as well as by the administrators of this department.

Far be it from us to lay this failure either at the door of the colonial government or of our predecessors in office.

Everyone capable of judging will cordially admit, that in times similar to those, which the present generation have experienced since the year 1793, when the government and its administration underwent three successive changes, when the country was repeatedly disquieted by hostile attacks from without and within, and every commander in chief according to his peculiar views, could only think of increasing the welfare of the colony in as far as the momentary interests of the mother country would admit, that in such

times and under such circumstances arduous duties and ponderous cares fell to [151] the lot of the governors of this country, which compelled them, against their own inclinations to neglect what appeared of less importance for the sake of what claimed their immediate and exclusive care and attention. And as to ourselves we candidly confess that we conceive it to be the decided duty of an inferior board or servant to government, to regulate in this respect, their conduct according to that of their superiors, and even in matters where remonstrances or suggestions might otherwise be deemed useful or necessary, to refrain from intruding them upon the government, under circumstances so disadvantageous [sic], but rather to treasure them up for a happier period.

As now however by the dispensation of providence the time is arrived, that the colony enjoys peace and concord and consequently the period, in which the improvement of the domestic administration of the colony [152] and the domestic welfare of the inhabitants and their offspring can seriously be considered and effectually be promoted. Now that you have been commissioned to enquire into the state of the affairs of this colony in all its branches, every individual and especially every board and every government servant is as it were invited, with becoming [sic] modesty and respect to submit at the feet of His Majesty everything that they conceive susceptible of improvement within the peculiar branches of service to which they belong. We think that we should be wanting in our duty were we to neglect to conform to the will of our gracious monarch and pass by this opportunity of cooperating towards the welfare of the inhabitants of this colony and their de[s]cendants, to the best of our abilities.

Our similies [sic] and remarks at this last section of the treatise shall however [153] only apply to what actually exists in comparison to what might and ought to exist.

In such instances w[h]ere we are not prevented by motives of delicacy, we shall add the grounds of our opinions, most respectfully leaving it to the more enlightened judgement of the supreme power, which unconfined by single considerations, must keep in view general expediency and general interest to decide on the merits of our remarks.

In proceeding to examine what branches of the administration of the orphan chamber appear to require improvement, our attention is drawn to the death register of all free persons, who have died either in or on their passage to this colony; a register first suggested in 1711 and opened in the year 1821.

That a register of this nature is useful will not be denied, that it is necessary is equally obvious, for did this require any proof we might refer to the repeated [154] applications that have been received from His Majesty's secretaries of state many years ago and especially since the conclusion of the last peace directing an inquiry after individuals supposed to have been established and to have died in this colony, and which applications have invariably been referred by the colonial government to the orphan board

for our report, to which the board in some instances could give satisfactory answers, but in others was under the unpleasant necessity of replying that the individuals could not be traced in the registers of the office.

But what is the condition of this register after an existence of more than a century? And what ought it to be?

It is a register (since the year 1822 only kept alphabetically) of such christians as have died in Cape Town and in some of the neighbouring districts, stating their places [155] of birth, their ages, descent, situation and date of death, in as far as these particulars could be traced, not including even the names of individuals in His Majesty's military or naval service, nor of those who have died on their passage to this colony. It ought to be, and might be, what our forefathers intended it should be in the year 1711:

A register of all free persons dying within the colony, shewing all the above particulars; nay we venture to assert that after the regulations issued in the year 1816 relative to slaves, there exists little difficulty to open a similar register for this class of society also.

We cannot pass unnoticed that it was precisely in the same year (1711) when government enacted a colonial law directing the registry in the orphan chamber of all wills in which the orphan chamber had been secluded, and whereby private executors [156] had consequently been appointed, that our predecessors without any orders from government to that effect, resolved to open a general dead register; a clear proof not only, how much these worthies endeavoured to act in concert with government in everything connected with the improvement of the domestic order of the colony, but also how much they were convinced of the utility of this particular measure.

The experience of more than a century has shewn how just their views were in this respect.

The aforesaid colonial law was followed in the year 1746 by an order of the supreme government, directing that besides the wills, the inventories also should be registered in the orphan chamber stating the following remarkable grounds for this measure vizt.:

That it appeared to be perfectly [157] consistent with justice and equity not only because no obstacle would thereby be thrown in the way of a free and unrestrained option of appointing private executors, but because the heirs themselves would thereby be placed in the opportunity of tracing what became of the estates in which they are interested.

It is obvious what, in conformity with this order, this branch of the administration of the orphan chamber ought to be, but if an answer is required what it actually is in this respect, then we are again under the necessity of acknowledging, that much is wanting before it may be said to meet the beneficial views of its establishers.

The present vast extent of the colony, its growing population, consisting of persons of various denominations, disposition and religion, christians and heathen, free people and slaves, the supposition (well or ill founded) of some individuals in His Majesty's naval or military [158] service, stationed in this colony, and some masters of ships, that they are not subject to this or to similar colonial laws, are circumstances so materially obstructing the due operation of the aforesaid law, that it is undeniable that they cannot be overcome by the comparatively inferior authority of the board of orphan masters, but that these obstacles might be removed by the powerful interference of the European or local government without the least prejudice to the rights and privileges of other authorities, appears according to our humble opinion equally clear and undeniable.

We have not the least intention to re[s]train anyone in the free disposal of his property and regarding his minor heirs, on the contrary, our retro acts will shew that especially in latter years we have been the advocates for such unrestrained liberty as long as it was not abused by the ignorant or [159] designing, but in as far as in our opinion this liberty might be better and more beneficially regulated, and the confidence of the testator in the due execution of his will, and the security of those interested in an estate promoted, we consider ourselves justified in candidly stating our views on the subject, and we therefore remark:

In the first place: that hitherto there have existed no positive laws or regulations according to which testamentary executors or guardians of minors are bound to regulate their charges for administration salary though by the want of these laws, not only many abuses of covetous individuals have taken place within our knowledge, but tedious and expensive lawsuits have been provoked to the manifest detriment of those interested in estates. We therefore humbly take the liberty to submit whether by a law compelling private executors or guardians of [160] minors to conform to the tariff established for the board of orphan masters, in making their charges, the abuses and inconveniences complained of might not be removed.

In the second place we remark, that in several other places, where orphan chambers exist under the controul of a board, it is required of all private executors and administrators of the inheritances of minors or absentees having unprejudiced the perfect freedom possessed by every individual to dispose of the property to be relinquished according to pleasure, consistent with the laws of the country, to submit to the board of orphan masters for their inspection, approval, and registration, after the final liquidation of the estates entrusted to their care, the accounts thereof and the annual accounts of the monies or property remaining under their administration.

That these regulations have a tendency to guard the honest and conscientious executor[s] [161] and administrators against the vexations of those whose interests they

have had at heart on the one hand, and on the other to ensure to the testator and his heirs a proper management of their affairs, is evident; that these regulations notwithstanding the great extent of the colony and the consequent vast accretion to the duties of the orphan chamber might still be carried into execution, we confidently affirm the question however, in how far this measure as connected with other considerations, can be deemed necessary, useful and beneficial for this colony, we must of course leave, gentlemen, to your enlarged and enlightened judgement to decide. In the meanwhile the board of orphan masters, on their part, shall ever be found willing to taking upon them any additional charges or duties by which the real interest of the inhabitants of the colony can be promoted.

We have already been in some degree [162] explicit with regard to the property administered by the orphan chamber for account of unknown foreign heirs, by proving that far from considering, as it has been erroneously asserted, such property as our own, we have never enjoyed the least benefit therefrom and we now venture to affirm that the transfer of such property from the orphan chamber to the colonial treasury is detrimental to the interests of those who eventually claim that property as their lawful inheritance.

The property relinquished by private individuals, we conceive, should under all circumstances, be considered private property.

The board of orphan masters is the lawfully constituted authority by which such property is to be administered (in as far as they are not excluded therefrom by the express will of its former proprietors) in order to be delivered up to the lawful heirs, whenever they shall be known as such.

[163] The foreigner as well as the inhabitant of the colony, has a right to look upon the orphan board in that light, and in matters of inheritances to address himself to the board.

And in cases where minors are discovered among the unknown heirs of a deceased, the same interest is allowed to these minors as to other wards of the board.

By the transfer however of such private property to the colonial treasury, it receives the appearance of public property and as it were becomes mixed with the latter; its recovery is thereby, rendered to the heirs, if not impracticable at least most troublesome; for that separate accounts for the real owners of such property should be opened in the books of the treasury is not likely, nor is it the case, and if it were, the orphan chamber would in this particular branch be rendered a superfluous institution.

Considering further to how many vicissi- [164] tudes public property often becomes subject in time of war (of which we shall hereunder state a single instance) we believe that we are borne out in our supposition, that the transfer of property belonging to unknown foreign heirs is at variance with the interests of those who ultimately are proved to be entitled to the receipt of such property.

The instance to which we alluded above, is the following:

In the year 1788 Richard Rutherford lieutenant of the royal navy died in this colony on board H.M. frigate the *Vestal*, *ab intestato*.

The property he left was in consequence received under the administration of the orphan chamber; on the final liquidation of the estate a nett balance of rds. 529,02 remained in favor thereof, to the credit of the unknown foreign heirs of the deceased. In the month of December 1794 all the property [165] belonging to unknown foreign heirs was directed by government to be transferred to the colonial treasury, this order was complied with by a payment of rds. 4.906,06 into the treasury including the aforesaid sum of rds. 529,02 belonging to the heirs of the said Richard Rutherford.

When in the year 1795, the colony surrendered to His Majesty's forces, the cash in the public treasury, as well as all other public property including the aforesaid sum of rds. 4.906,06 belonging to unknown foreign heirs, was delivered up to the prize agents.

Shortly after, the heirs at law of the late Richard Rutherford, inquired at the orphan chamber after his property, in reply to which the board could only inform them of what had passed.

Whether any and what further steps were taken by the heirs in this case, has not come to our knowledge.

The orphan board ever desirous [166] of placing every individual in the speediest possible possession of his property, further beg leave to suggest, whether this object would not materially be promoted, by an annual public notice of all such estates administered by the orphan board, of which the heirs are unknown, similar to the one already mentioned on page 136, but at the same time whether it may not be deemed in every respect reasonable and expedient, that in consideration of the trouble and aid bestowed by the orphan board, in order to place everyone in the possession of his own, to levy 10 percent upon all such property relinquished in this colony, as is to be remitted to individuals who are inhabitants and subjects of foreign countries and powers, and upon similar property which is to be remitted to individuals residing in other parts of His Majesty's dominions, a tax of 5 percent for the benefit of the public treasury.

We submit further whether it might not be deemed expedient, to enforce a measure [167] contemplated by government in the year 1792 but which has hitherto not been executed, and which aim [?] it is only affecting the contingent inheritances of individuals, appears in no degree burthensome, namely of deducting a certain percentage from all collateral inheritances, for the benefit of the public treasury of such districts, in which the deceased last resided.

We have in the arrangement of the fourth chapter of this treatise been occupied a considerable time in attempting to explain the true nature of that fund which the orphan

chamber now possesses as private property, and in which none of the creditors of the department have the least claim: and this we considered requisite, in order to throw sufficient light upon the character of this enigmatical fund.

We then however passed the consideration of a very important question, vizt.:

What benefit may probably hereafter arise to the colony from this fund or its revenues? [168] leaving it to be discussed in the concluding part of these remarks.

We must therefore and upon a conviction of the real importance of this subject, further venture to encroach upon your time and attention.

It appears by annexure L^a G that this fund on the 31st of December 1822 amounted to a sum of rds. 390.404,03; in the course of the year 1823 it has again been increased by a sum of rds. 27.399,43 and consequently shewed a balance of rds. 417.803,46 at the end of the year; considering so rapid an accretion to this fund we are not much surprized at the remarks of some unlearned individuals, that it might at some period or other swallow up the whole capital of the colony.

Conscious however that the chief object and purpose of the establishment of this fund is, to render it a safeguard to government, to the public and to the board itself, to be applied to in cases, where in spite of every due diligence and [169] precaution having been evinced by the members of the board, still unavoidable losses have occurred to the property of orphans, which cannot be remedied by other means.

Convinced that this is its principal object we willingly admit, that this security, like all other human measures of precaution ought to have its limits, and not be suffered to extend uncontrouled; and this voluntary admission will clearly shew that our views with regard to this fund which we endeavour to realize and to bring into action gradually and cautiously are such as most effectually to remove all apprehension that it will ever attain that formidable position which is said to be anticipated by some uninformed individuals.

As far as human knowledge therefore will enable us to judge by the events of the times which have passed and the existing circumstances of the colony, in as far as we may depend upon these creterions [sic], it would appear to us that [170] whenever the said fund shall so far have increased as to be equal to one fourth part of the whole capital under the administration of the orphan board, it might then be and ought to be deemed a sufficient security to all parties concerned. This we submit as our humble opinion to the exciting of your more enlightened judgement.

That the fund will acquire that extent in the course of 10 or 12 years, may be calculated upon with a reasonable degree of certainty; circumstances may however occur either to accelerate or to retard that event.

However whether a few years sooner or later the time nevertheless must arrive when this fund shall have acquired that extent which has been prescribed to it by government,

and this period shall naturally give birth to this momentous question: how ought the annual considerable revenues of that fund, to be in future applied in a manner most appropriate and consistent with its origin?

[171] With this question we enter into a subject on which we have longed to express our sentiments.

That the private fund of the orphan chamber independent of its original object as a security to the government, to the inhabitants of the colony and particularly to the members of the orphan board, ought even in its present imperfect state in conformity with the intention of our predecessors manifested in its establishment in the year 1724, to be also appropriated to meet the annual expense of office without any burthen to government, which expense has from the earliest period included, afforded additional sustenance to such of the servants of the board, whose duties are so various, important and arduous, that they leave them no time or opportunity to resort to other means of support besides their official situations, like other civil servants. That the private fund now ought in the first place to be appropriated to that purpose, we [172] consider so little subject to contradiction that we shall not adduce a single argument in support thereof.

An object of much greater importance attainable with the blessings of providence thro' the means of the revenues of this fund presents itself to our views, which we beg leave gentlemen, to submit to your enlightened consideration.

Supposing that government were pleased to restrain the fund within certain limits and that our suggestion as to the extent to be allowed, were approved, in such case the revenue of that fund under a proper administration would exceed a sum of rds. 40.000,- *per annum*; supposing further that in order to meet the fixed and unfixed contingent expense, including the requisite additional remunerations to the servants of the board for their adequate maintenance, a sum of rds. 10.000,- were required (which can be considered a most liberal estimate), [173] in that case a surplus of rds. 30.000,- would remain to be applied to some other benefecial [sic] purpose; and what ought this purpose to be? We proceed to the solution of this important question.

As administrators of this considerable capital the opinion of our board with regard to its appropriation will, we trust, be deemed of some importance, and in order therefore to state our opinion distinctly, we beg leave briefly to recapitulate. By whom! In what manner! and through what means! the fund has been created.

It was in the year 1724 by a board, lawfully established by government 33 years previously, for the benefit of the inhabitants of the colony, by a board which altho' it has enjoyed the blessings of the superintendence and protection of the local administration and of the supreme government in Europe, still has never applied or obtained any

pecuniary assistance for the support of the department entrusted to their care, [174] nor been considered as a source of revenue to the government, and which board has consequently always been looked upon as a domestic institution, the advantageous or disadvantageous result of which ought never to affect the interest of government.

The fund in question has been created by the aforesaid institution through necessity, prompted by a due regard to the interest of government (vide page 105) under a gradual removal of defects and abuses, and the establishment of order and regularity in the administration combined with prudent economy (vide page 105) without covetousness or unfairness.

The readiness constantly evinced by the orphan board to promote the views of government in the establishment or support of moral and religious institutions, to supply from their own private means whatever losses have occurred [175] thro' the want of honesty or circumspection in their ministers are, we think, incontestable proofs of these facts.

The fund in question finally has been created by means of a surplus of interest received. But were these means lawful? to which we reply not only lawful but beneficial to the public!

Lawful! Not one individual of the present generation, will be found who can with justice complain of having ever in the slightest degree been injured in the receipt of capital or interest of his claim upon the orphan chamber, of difficulties having been thrown in his way in regard thereto. Since the year 1778 (and antecedent to that period the amount of the private fund was insignificant), the highest legal interest is allowed to everyone entitled thereto, that is to say, to everyone who on account of minority or other lawful empediments [sic] is not allowed to dispose of his property. Those entitled may [176] receive their claims upon application; and no complaints can therefore be preferred under either of these heads.

But we maintain that the means by which the private fund has been created are also beneficial and to substantiate this, we refer to pages 128 etc. to obviate unnecessary repetitions.

If this fund, therefore, is to be considered as created by individuals, to whom from the earliest periods the superintendence over the property and education of minors has been entrusted - created by a prudent administration of these individuals - created not only through lawful, but even beneficial means: Is it sprung from a source, of which the placid waters, without detracting from the fertility of the soil which gave it birth, extend their irrigating power to distant meadows, and finally assemble into a lake, from which in seasons of drought they may be led back to [177] renew their blissful influence upon a drooping vegetation?

Was it established by the wise economy of a domestic institution, which supported itself by its own exertions and without any charges to government during a period of 134 years? We then cordially agree with those who hold that no one has a juster claim upon being ultimately benefited by the inheritances of parents, than their children and de[s]cendents, and that where the inheritances themselves on account of some restraint cannot be touched, these children nevertheless have the first claim to enjoy the fruits thereof; in other words: we are decidedly of opinion that the surplus of the revenues of the private fund of our department cannot be employed better and more consistently with its origin than by promoting the improvement of the moral condition of the rising and succeeding generations of this colony.

[178] A conclusion congenial to the feelings of every breast that cherishes the least spark of patriotism; opportunities are not wanting for so beneficial an appropriation of the means of the orphan chamber:

For several years, churches, meeting houses, and religious institutions, public and private free schools for the instruction of christians and heathens, the free population and slaves, institutions for the support of the aged, the infirm and invalid, an institution for the better education of youth, an orphan house for the support and education of the destitute [sic] father- and motherless orphan, and a considerable public library have been established amongst us; some by our revered government, others by private individuals with the sanction of government.

Several of these useful institutions find great difficulty in the present times of scarcity to maintain themselves; and we repeat [179] again: how can the revenues of a fund which under a less proper and economical administration had either not at all arisen or fallen into improper hands, be better appropriated than by supporting these useful institutions, each according to its nature and its degree of utility.

We must apologize for recurring so often to the same subject, but we trust that we shall meet with an excuse when it is considered that we are advocating a cause so eminently tending to the encrease of the welfare of the society in which we live, to which we are the more encouraged by the unequivocal marks of approbation and concurrence on the part of the local government, manifested in the several orders and sanction[s] of the several governors of this colony respecting the assistance already granted by us to such institution.

Among all these institutions however [180] none engages our attention so much as that of the orphan house, intended for the better support and education of destitute orphans, and we therefore are desirous of also engaging your favourable attention in its behalf.

Not only because there is a great analogy between this institution and the orphan board but also because the utility and necessity of such an institution has appeared to us from an experience of a number of years, and because it is incontestable that an institution which endeavours to form such children into useful and virtuous members of society, who would otherwise have become a burthen to their fellow citizens, have a predominant [sic] claim upon the revenues of our office.

We flatter ourselves that it will not be disagreeable to you gentlemen to have a few particulars with regard to the institution known under the name of the "colonial orphan house" submitted to your notice.

[181] In the year 1808 Margaretha Anna Heijning, widow to Hendrik Pieter Möller, a lady far advanced in years, and eminently distinguished by her religious and philanthropical disposition, formed the plan of establishing an orphan house in this metropolis, where poor orphans of both sexes should be received and gratuitously maintained and educated and ultimately according to their conditions and talents be formed into useful members of society; for that purpose she engaged the assistance of mr. George Wilhelm Hoppe, an industrious inhabitant of this town who is still living.

The first named a widow without any but collateral family connections, allotted a considerable part of her property to this undertaking and the last mentioned, in proportion to his more confined means, set a part, a not less considerable part of his property for the same purpose.

[182] One half of a piece of ground obtained by the first mentioned from the town administration, was ceded by her, with the consent of government, to the projected benevolent institution, in order to construct the requisite buildings thereon, and after the foundation of the buildings had been laid, mrs. Möller and mr. Hoppe appointed by notarial deed of the 1st September 1808 three other respectable inhabitants of the town as co-founders of the institution about to be established.

The well known truly religious and philanthropical [sic] disposition of the principal foundress and the excellent reputation which she enjoyed, enabled her without much difficulty to prevail upon several well disposed inhabitants to grant their assistance, to this undertaking, so that a fund of 140.000,- guilders was soon established.

[183] The joint founders continued zealously in the construction of the buildings for the institution, but as the plan had been so framed that the main premises should be spacious enough to contain 100 children besides the necessary overseers, purveyors and instructors, the expense of the total buildings was estimated at from 150.000,- to 156.000,- guilders and the directors (whose number had in the meanwhile been encreased with two members and a secretary) in consequence found the existing capital inadequate to the completion of the work. They therefore addressed themselves to

government, by memorial dated 15 November 1809, submitting at the same time a draft of a set of regulations for the establishment and direction of the institute, in which they prayed for additional aid to their undertaking.

His Excellency the then Governor was pleased to refer this memorial to our board [184] by letter of the 23 December following for our report thereon, and our board after having taken the subject into our most serious consideration, returned on the 3rd of January 1810 our favourable (tho' in some particulars conditional) opinion.

This opinion of orphan masters appears to have made a favourable impression on the government for our board was authorized by letter of the 24th of the same month, to take into consideration, what sum the board would be able to advance to the aforesaid purpose, and if such a sum would be deemed adequate for the completion of the intended work; and further with regard to the proposed conditions to enter into arrangements on this head with the provisional direction of the intended orphan house, but previous to any final determination being taken to submit their proceedings to His Excellency for his information.

[185] Orphan masters having complied with these directions, reported on the 17 November 1810 to His Excellency that they were of opinion that a sum of rds. 10.000,- to 15.000,- or so much more or less as His Excellency should be pleased to fix, could be advanced or set apart for the aforesaid purpose, and that the board would expect His Excellency's further commands on the subject.

No further orders on this head were however received, possibly because the private fund at that time having hardly attained 28 percent of its present amount; His Excellency the then Governor did not consider that sum a sufficient security for the administration of the chamber, and in consequence did not deem it expedient to dispose as yet of the revenues of that fund to other purposes, or possibly because it was intended to let the assistance which the board was able to supply be first granted in favor of the school commission and the [186] church at Caledon. Whatever may have been the cause, it is certain that His Excellency the Earl of Caledon (the governor at the time) was personally fully persuaded of the utility and necessity of the establishment of the orphan house, for the liberal gift of rds. 5.000,- granted by His Excellency a few hours before His Lordship's departure from this colony, from His Lordship's private means, and placed under the administration of the orphan chamber for the benefit of the orphan house, was the most liberal donation ever made to this institution.

His Excellency the present Governor however was pleased to authorize our board in the year 1814 to advance to the orphan house a sum of rds. 8.000,- free of interest. What gave rise to this order has not come to our knowledge; it was nevertheless cheerfully

complied with. This sum has at the special request of the directors of the orphan house, remained under our administration, they receiving the annual [187] interest thereof.

The orphan house being completed and prepared for the reception of orphans, the directors gave notice thereof to the respective boards of church wardens in the metropolis and to the board of orphan masters, requesting these boards to place such destitute orphans there, as were under their controul. In the beginning only six children were placed there. This number being too small to carry into execution the plan first contemplated, a respectable married couple only were engaged to superintend the education of these children and it was in this state when the institution was inaugurated on the 26th September 1815.

The principal foundress who died on the 6th of January 1815, requested and received on her deathbed from the rest of the directors, a solemn promise to take care to the utmost of their abilities, that the orphan house should never be employed to any other purpose [188] than to that, for which it had been established, and ultimately favoured the institution with an additional gift and legacy, which enabled the directors to calculate upon a certain annual revenue from 7.000,- to 8.000,- guilders, and this income was at the time fully adequate to its expenditure.

The founders of the orphan house however not supported by government to that extent which they had anticipated, and other sources of income upon which they had calculated, likewise failing, while their expenditure rapidly increased on account of the dearness of provisions and the encreasing number of orphans, soon perceived that their means began to fail, and naturally foreseeing that if they were to touch the small capital in their possession, the ruin of the institution would become inevitable, resolved under these difficulties to apply to the board of orphan masters for support, since it was at their [189] request that the greater part of the orphans educated in the orphan house had been received.

Convinced that the complaints of the directors of the orphan house were well founded, and that the common interest required, that this useful institution should be supported and not be suffered to decay in its very infancy, we did not hesitate to make a representation to government on the subject, and in consequence obtained His Excellency's sanction, to assist the directors of the orphan house provisionally with an additional sum of rds. 400,- *per annum*, which they have begun drawing since the commencement of the year 1823 from our private fund.

But under a continued pressure of the times, even this addition was found insufficient by the directors, and according to their statement will become more and more so in proportion as the number of orphans [190] increases. They consequently have again recently applied to us for further support.

In order to be enabled to judge with greater precision of the merits of these complaints and this renewed application, we appointed a special commission from among us to examine minutely into the economy and domestic administration of the institution.

Our commissioners have in consequence found that according to their views, measures might be adopted for establishing a better system of economy and for increasing the annual revenues, without additional assistance and their suggestions to that effect have been thankfully received by the directors.

But these measures if adopted could on the one hand only be considered of a temporary nature, and adequate merely as long as the institution remains in its present condition while in the event of its greater extension they would prove insufficient, and on the [191] other hand they would require time before they began to operate, which renders other immediate assistance for the orphan house unavoidably necessary.

It is peculiarly gratifying to us, to be enabled to state, that we have beheld several of our wards who when placed under the care of the orphan house and leaving that institution on having become of age, or entered into marriage, were well educated according to their situation in life, and so well instructed in religion and useful employments that they were able to earn their bread as honest citizens, without great anxiety [sic] for their future lot; and this fact we conceive to be a strong argument for recommending this institution to your particular notice and protection.

Before we leave the subject we have been engaged in, namely the most expedient appropriation of the revenues of the private fund of the orphan chamber, we conceive it our [192] duty as administrators of that fund, with the utmost modesty to offer one more remark, namely that we conceive that the revenues of a sum of rds. 13.700,- which in the year 1820 was advanced by us by order of government for the erection of the public library free of interest might now be employed to more urgent purposes.

Not that we consider the last mentioned institution of inferior importance to the public, no it would be most improper, most imprudent and even ungrateful for the benevolent anxiety, evinced by His Excellency the Governor's proclamation of the 20th March 1818, for the improvement of the mental condition of our children and descendents, were we to allow such a sentiment to escape us. On the contrary our board individually has peculiar grounds to rejoice in the establishment of a public library, because the recollection of the generosity of a man who during 20 years had filled the situation of the secretary to their board [193] has thereby been revived among us, and because by placing in one of the rooms of the newly erected building of the library, the collection of books bequeathed by him to the church wardens of the reformed church of this town, the philanthropic [sic] plan which he framed 60 years ago, rendering his collection the basis of a library for the use of the public, has been promoted.

We also willingly confess that this advance at the time that it was made had become necessary in the absence of other means, but we cannot, with submission, perceive, that this aid to the public library still remains necessary.

An annual revenue has been assigned to the public library by the aforesaid proclamation of the 20th March 1818, arising from a contribution levied upon the inhabitants of the town without any benefit to the public treasury, a revenue which in proportion to the increase of the population of the colony and the extent [194] of the cultivation of wine will also increase, and a contribution which continues to be levied upon the same scale, whether the produce be at a high or reduced price.

The public library has been in the receipt of this revenue during a space of already six years; in our humble opinion it must have amounted during that time to a sufficiency, to enable a repayment, if not of the whole, at least of the greater part of the capital advanced free of interest in order to be employed to more urgent purposes, since the amount of annual income of the library, as far as we are allowed to judge, will for the future suffice, to maintain and improve this useful institution without any other aid, during a rapid encrease in the population.

With these remarks which with the foregoing we must respectfully submit to your more enlightened judgement, we shall conclude the subject of the most expedient [195] mode of appropriating the revenues of the private fund of the orphan chamber.

We have pledged ourselves in the introduction of this treatise to give to you gentlemen, His Majesty's commissioners of inquiry, into the state of the colony, in all its various branches, with respect to the department under our immediate controul, every elucidation which the records of our office would afford, and to which as loyal subjects of His Majesty we should find ourselves prompted, far from feeling now reluctant to fulfil this pledge or from shrinking from this part of our duty; an attention to the solicitude which we have hitherto uniformly observed in your proceedings, with regard to the minutest individual interest, on the contrary animates us in the execution of this part of our duty.

When therefore on entering upon the concluding part of this treatise we acknowledged a certain degree of hesitation, it was not because we were [196] wavering in the resolution to comply with our duty, no, gentlemen, we trust that this shall never be found to be the case, but because this concluding part was to embrace subjects of the nature of those recently discussed. We trust, with becoming modesty (as for instance the advances without interest), but especially because it was to embrace subjects which tho' we owed it as well to our sovereign as to the dignity of our own board to touch upon, still we are afraid, since they regard immediately ourselves and the constitution of

our department, and the interest of the individuals employed in our office, might perhaps in spite of the sincerest motives, be suspected of a selfish nature, it was therefore the apprehension of the possibility of the purity of our motives being questioned which gave rise to those feelings of hesitation.

Still we feel confident that in addressing you, our apprehensions are ill founded, and [197] we therefore venture to proceed with the utmost submission to the discussion of those subjects.

We revere long established laws, institutions and customs, the more if they have emanated from and been sanctioned by so high an authority as the supreme government, or if they have been proved by the experience of a series of years to be useful, necessary and beneficial, for as long, as changes in the times and circumstances do not render them inconvenient to the true interest of the local government, and therefore require alterations thereon.

We consider it to be the duty of every member of a board where such laws and customs exist to preserve them for the best of their successors.

We firmly believe, that the sovereign of a country always wishes to appoint the fittest individual to fill a vacancy in a department and that it is not less the desire of the sovereign that [198] each office should be adequately remunerated for his labour and responsibility.

We finally conceive (with humble submission however to your more enlightened judgement) that it cannot be the intention of the sovereign to render the receipts in a domestic department (the establishment and support of which has never been at the expense of government, or by which no risk or responsibility on the part of government has or will ever be incurred), a branch of revenue to government as little as to cause the revenue of capital privately belonging to such a department of administration, to be transferred to the colonial treasury.

Under these impressions we vainly look for a board of orphan masters constituted as is the board of orphan masters of this colony, one half of whose members only are chosen from among individuals in the government service, and the other half from amongst the most [199] respectable class of burghers, and which upon any vacancy has a right to submit to government a double number of individuals to fill the situation by choosing one of them. With the exception [sic] only of the president who on all occasions is considered as representing the governor.

The government exercising the right to reject both the members proposed and to order a new nomination. And what gentlemen can be conceived more conducive to a reciprocal confidence between both these classes of society in this colony and our board, then such a constitution with regard to its members. And who is abler to judge more properly as to

the qualifications of an individual for the duties of an orphan master than the board itself who have as it were daily intercourse with their fellow inhabitants.

Nevertheless we vainly look for a board thus constituted, for the right of nomination [200] left to other domestic boards as for instance the burgher senate, the board of "heemraden", of church wardens etc. has been taken from the board of orphan masters.

Vainly we look for a board of orphan masters, which has a right to submit to the approbation of government, the individuals to be employed in their department. We no longer enjoy that privilege: and still who is there so fit, to judge of the capacities of an individual for the duties of that office than the board itself under whose controul it stands.

Vainly we look for a board of orphan masters which tho' on the one hand, its members were obliged to make good from their private means every loss or damage sustained by the fraudulent conduct or negligence of the ministers of their office, on the other hand had an uncontrouled choice and appointment of their agents and servants in the country [201] districts, subject merely to the approbation of government, and the priviledge [sic] of remunerating these and their other servants in proportion to the arduousness and responsibility of their several situations, from the revenues of their own department.

On this footing the board of orphan masters no longer exists. The burthen placed upon their shoulders by the judicial decision and order in council of the year 1738 [pp. 29 and 30] and 1793 [pp. 55-57] has remained attached to their situations (of which a circumstance already alluded to which happened in the year 1820 with regard to the agent of the board at Uitenhage under the administration of the acting governor Sir Rufane Shaw Donkin furnishes a proof fresh within our memory [pp. 71-74]). The members of the board and the servants of their office have however since the year 1809, been placed upon fixed salaries hardly equal to those assigned to government servants, who are only during [202] a few hours in the day officially employed and therefore can sit apart the rest of their time to amusements or other avocations, while the whole of the receipts in the orphan chamber, which was formerly considered a reasonable remuneration only for the members of the board and their ministers, including the additional salary formerly granted by the board to the last mentioned from their private fund and even the interest of the portions of inheritance bequeathed to the board by one of its former ministers, have been since that period paid into the treasury as part of the colonial income under the head of fees.

However much we and our servants have felt the inconvenience and hardship of this system for a number of years and especially since the year 1809, and however natural it is that we should long for a change and improvements on this respect, still we most unequivocally protest that our remarks are by no means [203] meant to convey any

complaints against the administration of the local government or any of His Majesty's governors.

We only wish to have our representations considered as a humble request to restore to our board, those ancient laws, constitution and customs of which the beneficial effects have laid the foundation for that state of prosperity, which our department at present enjoys, those ancient laws, constitution and customs which during more than a century have never proved inconvenient, disadvantageous or dangerous to the true interest of government and consequently did not require the alterations which they have undergone; trusting gentlemen that our respectful prayer will meet with a due consideration on your part.

A long experience has confirmed us in a truth which must be obvious to every reflecting mind, namely that our department is of a peculiar nature, of a nature which renders it [204] necessary even for the faithful and ambitious servant, to sacrifice a considerable time before he can render himself sufficiently conversant with its duties, and that those are of course the most useful to the office who by a length of service in the department have become acquainted with all its *minut[i]ae*. Upon this ground we further take the liberty humbly to suggest, that we may be allowed to train up young men to the peculiar and various duties of our department, and that to these, provided they distinguish themselves by unremitting assiduity in the faithful discharge of their duties, the encouraging prospect may not be withheld to succeed in cases of vacancies to higher employments in the office, and these young men may not be removed to other departments where their prospects are less encouraging, unless for urgent reasons.

Upon a reconsideration of the whole of this treatise and especially [205] of its concluding part we cannot dissemble that we have rendered ourselves subject to two apparently well founded reflexions. First that in the treatment of our subject we have been exceedingly prolix, and secondly: why we have not submitted our remonstrances to the local government themselves at an earlier period at a time when the causes to which they allude were only in their infancy and why we have not solicited redress at their hands.

As to the first reflexion if we put into the other scale the importance of the subject under consideration, the destitute situation of those whose cause we have been advocating, and our earnest desire to place you gentlemen in possession of every information respecting our department, we trust that our offence will not be considered unpardonable.

[206] And with regard to the second reflexion we trust not less confidently and respectfully that you will consider our conduct justifiable, when we take the liberty to remind you of what we have stated on pages 150 and 151 as the reasons of our

temporary silence under circumstances where suggestions and remonstrances might with justice be considered ill-timed and preposterous.

Finally we take the liberty gentlemen to recommend to the high protection of His Majesty's government with the most unlimited confidence the concerns of the orphans and other individuals entrusted to our care, the concerns of the department which we superintend, our own concerns and those of the individuals employed under us, and to subscribe ourselves with the profoundest respect [207] and most unfeigned submission.

His Majesty's most loyal subjects and, gentlemen, your most obedient humble servants, the president and members of the board of orphan masters at the Cape of Good Hope.

ANNEXURES

to the

TREATISE

on the origin, progress

and present state

of the orphan chamber

at the Cape of Good Hope

compiled for the use of

His Majesty's commissioners of inquiry

ANNEXURES TO THE TREATISE

Contents

- L^a A A list of the presidents of the orphan chamber since the year 1690 [supplemented and published in *Het Nederduitsch Zuid-Afrikaansch Tijdschrift* [= NZAT] XIII/1836, pp. 196-197]
- L^a B A list of the secretaries to the orphan chamber since the year 1676 [supplemented and published in NZAT XIII/1836, p. 197]
- L^a C Statement of the capital administered by the orphan chamber since the year 1675, shewing its amount at the close of every year [supplemented and published in NZAT IX/1832, pp. 310-311]
- L^a D 1. Extract of a resolution taken in the Castle the Good Hope Thursday the 26th [of] June 1714 in the forenoon [= instructions of 1714 for the orphan chamber at the Cape of Good Hope (54 artt.)]
2. Extract of a resolution taken in the Castle the Good Hope on Tuesday the 19th [of] June 1714
3. Extract of the Political Ordinance for Holland dated the 1st [of] April 1580
4. Extracted from the exposition of the ordinance of succession delivered by the States General of Holland and West Vriesland on the 13[th of] May 1594
5. Charter granted by Their Heigh Mightinesses [sic] to the East India Company of these countries touching the right of succession *ab intestato* in the East Indies on the voyages out and homeward dated the 10[th of] Januari 1661
- L^a E Return of such sums of money as have been successively advanced by way of loan from the orphan chamber at the Cape of Good Hope (since its first establishment) to the colonial government or to other departments or corporations, by order of the aforesaid government, shewing also the dates when those sums were refunded [published in NZAT XIII/1836, pp. 109-110]
- L^a F Extract resolution taken by the board of orphan masters at the Cape of Good Hope on Wednesday the 22nd of March 1741
- L^a G Progressive state of the private fund of the orphan chamber, since its commencement, shewing its balance at the close of each year [supplemented and published in NZAT IX/1832, pp. 311-313]

- L° H Instructions for the orphan chamber at the Cape of Good Hope, compiled from the old instructions of the orphan chamber, from those of the orphan chamber at Batavia, from a sketch of instructions recently submitted by orphan masters to the consideration of government, and finally from our report relative to the improvements desirable in this department for its more perfect administration and the greater security of the property of orphans [instructions of 1793 (108 [= 107] artt.) + annexes; instructions published in NZAT X/1833, pp. 125-130, 202-209, 290-296, 361-368, 449-454]
- L° I Provisional instructions [framed by commissioner general J.A. de Mist in 1804 (88 artt.); published in NZAT XI/1834, pp. 61-66, 143-149, 206-213, 288-293]
- L° K Instructions for the agent to the worshipful board of orphan masters in the district of ... framed by the undersigned special commissioner of the said board on his circuit through the country districts - subject to the approbation of the said board [unnumbered + annexes; instructions published in NZAT IX/1832, pp. 450-459]
- L° L Return of fees and other receipts, formerly enjoyed by the president and the members of the board of orphan masters, and also by the secretary and the other individuals employed in the orphan chamber, and since primo January 1809, by order of government, quarterly paid into the government treasury [published in NZAT XII/1835, pp. 285-287]
- L° M Tariff of fees levied in the orphan chamber [published in NZAT XII/1835, pp. 443-445]
- L° N Return of salaries received from government, by the president and members of the board of orphan masters, and by the individuals employed in their office, from the 1st of January 1809 to the 31st of December 1822 [published in NZAT XIII/1836, pp. 33-34]

L^a A

[MOOC 23/4]

A list of the presidents of the orphan chamber
since the year 1690

Periods during which they
continued in office from:

Names

			to	1690	31	December	Andries de Man
1691	1	January	"	1692	30	December	Willem Padt
1692	30	December	"	1693	30	December	Lodewijk van der Stel
1693	30	December	"	1696	20	April	Joan Blasius
1696	20	April	"	1697	31	December	Olof Bergh
1698	1	January	"	1707	22	January	Samuel Elsevier
1707	22	January	"	1708	31	December	Willem Corssehaar
1709	1	January	"	1709	31	December	Joan Cornelis D'Ableing (promoted to a seat in the supreme council of India)
1710	1	January	"	1713	31	December	Willem Helot
1714	1	January	"	1717	31	December	Dominique Maurits Pasques de Chavonne[s]
1718	1	January	"	1721	6	November	Abraham Cranendonk (deputy governor)
1721	6	November	"	1726	6	November	Kajus Jesse Slotsboo
1726	6	November	"	1727	31	December	Adriaan van Kervel
1728	1	January	"	1730	15	March	Jan de la Fontaine (appointed governor)
1730	15	March	"	1737	7	September	Adriaan van Kervel (appointed governor)
1737	7	September	"	1740	13	December	Daniel van den Henghel L.L.D.
1740	13	December	"	1741	19	December	Marthinus Bergh
1741	19	December	"	1762	22	September	Pieter van Reede van Oudtshoorn
1762	22	September	"	1768	16	February	Jan Willem Cloppenburgh
1768	16	February	"	1774	13	December	Joachim van Plettenbergh L.L.D.
1774	13	December	"	1783	9	April	Willem Cornelis Boers L.L.D.
1783	9	April	"	1786	4	April	Adriaan van Schoor
1786	4	April	"	1795	1	April	Johannes Jacobus le Sueur L.L.D.
1795	1	April	"	1812	14	August	Willem Stephanus van Rijneveld
1812	15	August	"	this date			Sir Johannes Andreas Trüter
				[1827	31	December]	Knight L.L.D.
[1828	1	January	"	1834		February	D.F. Berrangé L.L.D.]

L° B
[MOOC 23/4]

A list of the secretaries to the orphan chamber
since the year 1676

Periods during which they continued
in office from:

Names

			to	1676		Jan Pretorius and Johannes Valkenrijk
1676			"	1678		Johannes Wittebol
1678			"	1691		Roelof Bakker
1691	1	January	"	1706	1 December	Albert Coopman
1706	1	December	"	1709	8 May	Otto van Pollinchoven
1709	8	May	"	1718	6 July	Adriaan van Kervel
1718	6	July	"	1721	4 August	Jeronimo Hendrik Snitquer
1721	4	August	"	1737	18 December	Jacob Lever
1737	18	December	"	1757	4 November	Joachim Nicolaas van Dessin
1757	4	November	"	1772	15 September	Johannes Henricus Blanckenberg
1772	15	September	"	1778	21 December	Olof Godlieb de Wet
1778	21	December	"	1786	29 March	Tobias Christiaan Rönneenkamp
1786	29	March	"	1788	11 June	Christiaan Ludolph Neethling
1788	11	June	"	1793	26 February	Tobias Christiaan Rönneenkamp
				[= 1791	30 September]	
1791	30	September	"	1793	26 February	Rijno Johannes van der Riet (deputy)
1793	26	February	"	1793	27 November	Willem Stephanus van Rijneveld
1793	27	November	"	1820	28 March	Jan Pieter Faure
1820	1	April	"	the present date		Johannes Joachim
				[1830	31 March	Lodewijk Smuts
[1830	1	April	"	1834	28 February	Herculus Tennant]

ERFREG

1. INLEIDING

Die Erfreg het 'n belangrike rol in die Kaapse samelewing gespeel. Dit blyk uit die aantal hofsake wat voor die Raad van Justisie en die Siviele Appèlhof gedien het.¹

Vir doeleindes van die ontleding van die erfreg aan die Kaap 1806-1827 is 'n aantal van die erfregsake ondersoek.² Die sake wat bespreek word, is hoofsaaklik gekies op grond daarvan dat daar in die pleitstukke na gesag verwys word³ of dat appèl teen die betrokke hofsake na die Siviele Appèlhof aangeteken is.

¹ Vgl Visagie ea *Die Raad van Justisie, hofstukke en uitsprake wat betrekking het op siviele sake, 1806-1827* (1989) bylae 6 bv ingesleutel onder die trefwoorde erfreg 97; intestate erfopvolging 7; bedoeling van die erflater 4l; testamente 73: *clause reservatoire* 8; *fideicommissum* 7; formaliteite 2; kodisil 10; uitleg van testamente 4; boedelreg 11; eksekuteur 39; legaat 21; legitieme porsie 8; erfgenaam 4. Dit moet in gedagte gehou word dat 'n saak soms onder meer as een onderwerp geïndekseer is.

² Waar toepaslik is sowel die Raad van Justisie as die Siviele Appèlhof-uitsprake bestudeer: *Weesmeester v Louw* ea 1818 CJ 1677 320-566; *Laubscher v Orphan Chamber* 1818 GH 48/2/38 235-392; *Laubscher v Watermeyer* 1808 CJ 1458 114-506; *Vermaak v De Wet* 1820 CJ 1725 149-310; *Roux en Hamman (Disch) ea v Nielen* 1811 CJ 1534 140-378; *Nielen v Roux & Hamman* 1814B GH 48/2/19 631-821; *Smuts v Fleck* 1809 CJ 1492 1-757; *Van Druten NO ea v Le Roux ea* 1814 CJ 1573 33-609, 1814 GH 48/2/21 578-1347; *Eksteen v Eksteen* 1823A GH 48/2/59 1-564; *Leeson v Cruywagen* 1820 CJ 1741 2-518, 1821 GH 48/2/44 444-674; *Ventura (Jansens) v Danielse (de Oude)* 1810 CJ 1509 264-544; *Anossi ea (Hayning) v Smuts (Buisinne)* 1817 CJ 1645 253-283; *Anossi v Weduwee Buisinne* 1818D GH 48/2/35 310-597; *Neethling (nms boedel en minderjariges van Munnik) v Weduwee Dreyer (eksekuteur Dreyer) Morkel (Rossouw, Melk ea) v Watermeyer* 1812 CJ 1546 1-405; *Anossi & Neethling (Smuts) v Fleck* 1806 CJ 1419 6-300; *Anderson v Morrisson* 1821 GH 4/2/48 211-682.

³ Dit moet in gedagte gehou word dat daar nie volledig redes vir uitsprake verleen is nie en dat verwysings na gesag slegs in die prosesbundels voorkom - vgl ook Visagie ea 23.

'n Verskeidenheid erfregtelike probleme word deur die hofsake aangespreek, naamlik gesamentlike testamente, *fideicommissa familiae*, *substitutio*, *clausule reservatoir*, kodisille, legitieme porsie en *querela inofficiosi testamenti*, intestate erfopvolging en formaliteite.⁴

In hierdie hoofstuk word daar telkens ten aansien van 'n onderwerp 'n kort oorsig van die huidige Suid-Afrikaanse posisie gegee en daarna word die Romeinse regsontwikkeling kortliks uiteengesit om as agtergrond vir die Kaapse regsontwikkeling te dien. By elkeen van die verskillende onderwerpe wat bespreek word, sal die gesag waarna in die 1806-1828-hofsake verwys is, kortliks ontleed word ten einde te bepaal of daar 'n eiesoortige Kaapse reg tot stand gekom het. Die huidige Suid-Afrikaanse erfreg bestaan uit 'n mengsel van die gemenereg (Romeins-Hollandse en Engelse reg)⁵ en wettereg (bv Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987, die Wet op Erfopvolging 13 van 1934 en die Wet op Testamente 7 van 1953).⁶

2. GESAMENTLIKE TESTAMENTE

"'n Gesamentlike testament ('joint will') is 'n testament waarin meer as een testateur hulle onderskeie uiterste wilsverklarings gemaak het ...

'n Wederkerige testament ('mutual will') is 'n gesamentlike testament waarin twee of meer testateurs mekaar oor en weer bevoordeel het".⁷

'n Gesamentlike testament kan te enige tyd deur die verskillende testateurs gewysig of herroep word sonder die medewete van die ander testateur.⁸ By beide vorme van testamente word in die huidige Suid-Afrikaanse reg as uitgangspunt aanvaar dat die onderskeie partye slegs bedoel het om oor hulle eie boedelbates te beskik.⁹

⁴ Sien die bespreking hieronder.

⁵ Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* 456.

⁶ Soos gewysig deur die Wysigingswet op die Erfreg 43 van 1992 wat op 1 Oktober 1992 in werking getree het.

⁷ De Waal, Schoeman en Wiechers *Erfreg Studentehandboek* (1992) 138.

⁸ De Waal, Schoeman en Wiechers 138; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* (1990) 418-419.

⁹ De Waal, Schoeman en Wiechers 139; Van der Merwe en Rowland 419-420.

Boedelsamesmelting kan egter bewerkstellig word indien die langsewende erflater 'n gesamentlike voordeel (maw wat deel van sowel die oorledene as die bevoordeelde se boedels vorm) wat deur die oorlede erflater bemaak is, aanvaar.¹⁰ Artikel 37 van die Boedelwet 65 van 1965 bepaal dat indien twee of meer testateurs 'n deel van hulle onderskeie boedels saamgevoeg het vir beskikking daaroor en die langsewende(s) die voordeel aanvaar het, kan die testament nie meer herroep word nie.¹¹ Slegs indien die langsewende dus geen voordeel uit die boedel van die erflater ervaar nie, kan hy self oor sy eie deel van die boedel beskik.¹² Volgens Van der Merwe en Rowland¹³ was gesamentlike testamente nie onbekend aan die Romeins-Hollandse reg nie. Wanneer die langsewende 'n voordeel aanvaar, mag hy egter nie op so 'n wyse oor die boedelbates beskik dat hy die ander erfgename van die eerssterwende benadeel nie. Boedelsamesmelting as afsonderlike leerstuk het egter eers in die 19e eeu ontwikkel.

2.1 Romeinse regsontwikkeling

Sover vasgestel kan word, is daar nie spesifiek vir die gesamentlike/wederkerige testament in die Romeinse reg voorsiening gemaak nie. Daar het verskeie vorme van testamente bestaan, naamlik in die vroeëre tye die *testamentum calatis comitiis*, *testamentum in procinctu*, *testamentum per aes et libram*, die praetoriese en keiserlike testamente en die Justiniaanse *testamentum tripertitum*.¹⁴

Die enigste geval waar die moontlikheid van 'n gesamentlike testament afgelei kan word, is waar die vader namens sy seun wat onder puberteit is, 'n testament maak. *Substitutio pupillaris* sou dus moontlik as sodanige testament aangesien kan word.¹⁵

¹⁰ Vgl De Waal, Schoeman en Wiechers 139-140; Van der Merwe en Rowland 420-438.

¹¹ Vgl De Waal, Schoeman en Wiechers 140-142; Van der Merwe Rowland 438-448.

¹² De Waal, Schoeman en Wiechers 142.

¹³ 422.

¹⁴ Vgl I 2 10 1-3; D 28; C 6 23 21; Thomas *The Institutes of Justinian* (1975) 114.

¹⁵ Vgl I 2 16. Die vader moet ook self 'n testament gemaak het, buiten die seun se "testament" (wat in 'n afsonderlike testament vervat is - I 2 16 3). Is die vader se

In Engeland het die kanonieke reg die erfreg beïnvloed.¹⁶

In die Oud-Nederlandse reg het die gemeenskaplike of wederkerige testament wel voorgekom. 'n Gemeenskaplike testament was waar twee persone een testament opgestel het en 'n wederkerige testament waar die twee persone mekaar in dieselfde testament wedersyds bevoordeel het.¹⁷

2.2 Die reg van toepassing aan die Kaap

Verskeie van die erfreghofsake handel oor die geval waar twee eggenotes 'n gesamentlike testament gemaak het, die een sterf en die ander 'n tweede huwelik aangaan en haar of sy gedeelte van die gesamentlike testament herroep.¹⁸ Die problematiek van die gesamentlike testament word gewoonlik in samehang met die ander moontlike eisgronde (soos hieronder bespreek) in die prosesstukke uiteengesit.

In *Eksteen v Eksteen*¹⁹ was ene JP Eksteen met appellant se ma Johanna van Reenen getroud. JP en Johanna het op 21 Februarie 1790 'n gesamentlike testament opgestel waarvolgens hulle kinders in ouderdomsvolgorde by wyse van 'n prelefaat 'n manlike of vroulike slaaf kon kies wanneer die langselewende sterf. In 1817 sterf Johanna en JP trou met tweede respondent. JP moes egter voor sy hertroue die gemeenskaplike boedel verkoop en die kinders die moederlike helfte laat toekom. JP gaan 'n ooreenkoms met sy kinders aan dat hy aan elkeen 40 000 gulde sal gee vir hulle aandeel in die gemeenskaplike boedel. Hulle sou steeds by sy dood elk 'n slaaf kon kies. JP verly egter met sy hertroue weer 'n gesamentlike testament met tweede respondent en bevestig

testament weens die een of ander gebrek ongeldig, sou die seun s'n ook wees - l 2 16 5. Vgl ook D 28.6.4.

¹⁶ Buckland en McNair *Roman law and common law* (1974) 148-149.

¹⁷ De Smidt *Compendium van de geschiedenis van het nederlands privaatrecht* (1977) 55 - sodanige testamente word tans in Nederland verbied.

¹⁸ *Anossi & Neethling (Smuts) v Fleck* 1806 CJ 1419 6-300; *Eksteen & others v Orphan Chamber and Widow Eksteen* 1823 GH 48/2/59 211-682; *Ventura (Janssens) v Danielse (De Oude)* 1810 CJ 264-544; *Nielen v Roux en Hamman* 1814B GH 481 *Laubscher v Orphan Chamber* 1818 CJ 1677 320-566, 1819 GH 48/2/38 235-392;

¹⁹ 1823 GH 48/2/59 1-14.

daarin die prelegate en dat sy kinders in die vaderlike helfte sal deel. JP en sy kinders raak vervreem van mekaar en in 1821 stel JP en tweede respondent 'n tweede gesamentlike testament op waarin slegs die prelegate van die kinders bevestig word. Tweede respondent kon daarvolgens vir die duur van haar lewe die diens van die tien beste slawe gebruik. Vir die kinders het daar net 'n paar slawe (volgens hulle die swakkeres) oorgebly waaruit hulle kon kies. Bowendien is hierdie slawe wat hulle sou kies, met 'n *fideicommissa* ten gunste van hulle kinders belas. Indien hulle nie kinders sou hê nie, sou die slaaf na appellant se jongste broer (die gunsteling) gaan. Die appellante het almal egter groot gesinne gehad en was van mening dat die tweede gesamentlike testament ten aansien van die *fideicommissa* onredelik was. By die hof *a quo* is beweer dat die *fideicommissum*-bepaling moet verval en dat die kinders soos in die oorspronklike gesamentlike testament uit al die slawe kon kies. Die hof *a quo* het die appellante gelyk gegee ten aansien van die *fideicommissa*-reëling maar bepaal dat hulle slegs uit die oorblywende slawe (na tweede respondent haar keuse uitgeoefen het) mag kies. Die redes vir appèl was die volgende:²⁰

1. Die herstel van die oorspronklike 1790-testament met die prelelaat-bepaling word gevra. Appellante voer aan dat volgens die Hollandse reg 'n prelelaat eerste uitbetaal moet word. Die moontlikheid sou volgens hulle bestaan dat die prelegate geadiere en die erfenis gerepudiere kan word.²¹
2. Prelegate het baie aan die Kaap voorgekom en die algemene reëls met betrekking tot prelegate moes gevolg word.²²
3. Volgens die Hollandse reg kan prelegate nie deur 'n latere testament gewysig word nie. Die appellante verwys na C 5 9 6 in dié verband.
4. Waar 'n tweede gesamentlike testament opgestel word, vind daar boedelskeiding ten aansien van die eerste boedel plaas en moet die oorledene se boedel eers volgens die eerste testament verdeel word. Hierdie reëling sou volgens die regspraktisyn ter beskerming van die kinders dien.²³

²⁰ 15-28.

²¹ 15-16.

²² 19-24.

²³ 27-28.

Respondente het aangevoer dat die laaste gesamentlike testament die geldige testament is en dat die boedel daarvolgens verdeel moet word.²⁴ In respondente se antwoord (*respondent's reply*)²⁵ is Pothier as gesag aangevoer.²⁶ Volgens respondente moet in gevalle waar die woorde van 'n kontrak, 'n testament of verdrag eenvoudig en verstaanbaar is, dit dienooreenkomstig uitgelê word. Volgens dié uitleg sou daar nie aan die respondente 'n reg om te kies, verleen gewees het nie.

Appellant (*rejoinder of appellants*)²⁷ verwys weer eens na die *Codex*-teks wat volgens hom baie streng in Holland toegepas is. In die verband verwys hy ook na Voet *Commentarius ad Pandectas* 23 120.²⁸ Die Siviële Appèlhof het die hof *a quo* se beslissing tersyde gestel en beveel dat die kinders geregtig is om uit die slawe wat tydens die lewe van die eerste twee erflaters gebore is, te kies.²⁹

Dit blyk dus dat die hof waarskynlik appellant se betoog ten aansien van die regsposisie soos uiteengesit in die *Codex*-teks en Voet se standpunt gevolg het. In die geval van 'n tweede gesamentlike testament waarin prelegate voorkom, moes daar eers aan die eerste gesamentlike testament uitvoering gegee word en kan die langsliewende nie die testamentêre bevoordeling wat deel van 'n kindsdeel uitmaak herroep nie.

In *Roux en Hamman (Disch) v Nielen*³⁰ is op appèl aangevoer dat volgens die regspraktyk aan die Kaap die gewoonte ontstaan het dat partye in 'n huwelik binne gemeenskap van goed 'n gesamentlike testament (vervat

²⁴ 99-288.

²⁵ 289-320.

²⁶ 293.

²⁷ 321-348.

²⁸ 341-342.

²⁹ 1821 GH 48/1/2 164. Kurators is vir die slawe aangestel - 174.

³⁰ 1811 CJ 1534 140-378 het gehandel oor die geldigheid van die 1807-testament wat 'n tweede gesamentlike testament van die langsliewende was. Hier word die saak op appèl 1814 GH 48/2/19 631-821 bespreek aangesien dit hoofsaaklik oor die aard van die gesamentlike testament handel.

in een akte) opstel.³¹ Dié testament bestaan uit twee verskillende testamente.³² Appellant voer aan dat dit die natuurlike reg van vrymense is om 'n testament te maak en te herroep.³³ Sou die hof bevind dat die langsliewende nie die gesamentlike testament in geheel kan herroep nie, dan sou die begunstigdes slegs op die helfte van die voordeel geregtig wees. In hierdie geval was daar volgens 'n eerste gesamentlike testament van 1796 ('n kodisil is in 1806 bygevoeg) 'n bemaking van Rd 12 000 aan die Sendinggenootskap van Rotterdam. In 1807 stel die ooredene en eerste appellant weer 'n gesamentlike testament (met haar tweede eggenoot) op waarin sy die 1796- en alle latere testamente herroep (sy sterf in 1810).³⁴

Respondente het aangevoer dat die legaat kragtens die eerste gesamentlike testament nie herroep kan word nie, aangesien die langsliewende voordele uit die testament aanvaar het en dat die Rd 12 000 aan die Sendinggenootskap oorbetaal moet word. Dié bemaking sou ook nie uitdruklik deur haar herroep gewees het nie - sy het wel uitdruklik na ander legate verwys.³⁵ Volgens die gebruike in "hierdie kolonie" sou iemand wat in gemeenskap van goed getroud was en 'n

³¹ GH 48/2/19 643-644.

³² 644. Vgl ook *Anossi & Neethling (Smuts) v Fleck* 1806 CJ 1419 26.

³³ Vgl ook *Anossi & Neethling (Smuts) v Fleck* 1806 CJ 1419 25 waar na Peckius *De testamentis* 1 43 en Groenewegen *in notis De Groot Inleydinge* 2 17 24; Everardus *Consilia sive responsa iuris* 79; Hynsing art 1 obs 8; Faber *Breviarium in Codicem* C 6 5 18; Gaill 2 117 1-2; *Hollandsche Constultatien* 2 282; Lybrechts *Redeneerend Vertoog* D 1 p 296; Adv T Munniks *Inleyding tot de Hedendaagse Rechtsgeleerdheid* 18 2 pag 136 (1776): "Dusdanige verandering van dispositie en herroeping van het vorige gemaakte daalt af uit het Publyke recht /: D qui test 3 en 33; C de pact leg 15:/ kan met geen mogelykheid zoo lang iemand leeft hem verhindert werden, nog de oorbeedigde overeenkomst, nog zelfs door den flexkoten bepaaing in het testament vervat, deswyl elk sig zelve hier in een Wet stellende ook bevoegd is deeze Wet wederom te veranderen /: leg 22 D FF de leg 3, leg 7 FF de denot inter viv uxori:/ en de nalaatenschappen door geene contracten mogen overgebragt werden, want schoon man en vrouw hun laatsten willen te zamen op een papier kunnen stellen, nogtans vermag ieder, in het byzonder, hunne dispositie veranderen, wanneer het haar welgevalt door vernietigende het eerste Naamen in gerichte, met volkoomen behouwd van het gestelde dood degeene die zulks wil opgevolgd hebben" (25-27). Vgl ook Lybrechts *Redenerende Practycq* pag 213.

³⁴ 633-639.

³⁵ 683-684.

gesamentlike testament verly net oor sy/haar eie helfte kan beskik. Die Rd 12 000, so is aangevoer, moes uit die helfte van die eerste gesamentlike testament betaal word. As die langselewende weer sou wou trou, was dit die gebruik in "hierdie kolonie" dat die boedel van die eerste eggenoot eers afgehandel moes word.³⁶

Die Siviele Appèlhof gee die respondente en appellante gedeeltelik gelyk en beveel dat Rd 6000 (ipv 12 000 soos deur die Raad van Justisie op 1813-06-24³⁷ beveel) aan die sendinggenootskap oorbetaal word.³⁸ Dit lyk asof die hof aanvaar het dat dit die gebruik in die kolonie is dat waar twee persone binne gemeenskap van goed getroud is en 'n gesamentlike testament opgestel het, die boedel by die dood van die eerssterwende afgehandel moet word. Die helfte van die boedel waaroor beskik is, kan uitbetaal word. Dit staan die langselewende vry om sy/haar helfte van die bemaking te herroep.

In die vroeëre 1806-saak van *Anossi & Neethling (Smuts) v Fleck*³⁹ is ook verwys na gesamentlike testamente wat volgens die landsgewoonte en *coutume local* erken is as dit aan al die formaliteite voldoen het.⁴⁰

In *Smuts v Fleck*⁴¹ is 'n saak van 1644, *Wouter van Hendoorn cum locus requiranten contra Michiel Tormein* in die Howe van Holland waarna Groenewegen sou verwys, De Groot⁴², C 6 23 27, Guido Papaquest⁴³ en Faber⁴⁴ aangevoer ten einde te staaf dat die blote herroeping van die testateurs genoeg is om 'n testament kragteloos te maak.⁴⁵

³⁶ 766-768 810.

³⁷ Soos gevind in GH 48/2/19 650. Raad van Justisie-stukke kon nie opgespoor word nie.

³⁸ GH 48/1/1 236(211).

³⁹ 1806 CJ 1419 6-300.

⁴⁰ 269-270.

⁴¹ 1809 CJ 1492 1-797.

⁴² *Inleydinge* 2 34 13

⁴³ 200.

⁴⁴ *Breviarium in Codicem* 5 29.

⁴⁵ 269.

In *Ventura (Janssens) v Danielsen (De Oude)*⁴⁶ is 'n aansoek gerig dat 'n gesamentlike testament van Janssen en Danielsen nietig verklaar word aangesien die kinders nie as erfgename ingestel is nie.⁴⁷ Volgens *Hollandsche Consultatien 14*⁴⁸ moet ouers elkeen van hulle kinders uitdruklik as erfgenaam instel anders is die testament kragteloos. Om legate na te laat is nie voldoende nie.⁴⁹ Voet⁵⁰ stel dat as die *suus heres* oor die hoof gesien is, dit geag word dat die erflater nie by sy sinne was toe hy die testament opgestel het nie.⁵¹ Daar word ook na Lybrechts se *Rechtsgeleerd practicaal en Koopmans Handboek*⁵² verwys waar ook gesê word dat "praeteritie is eene onbedagsame voorbijganging van ouders, of kinderen in hunne legitieme portie en dat zulks geschied zijnde het Testament kragteloos is en direct vernietigd kan worden".⁵³ Respondent is van mening dat die appellant hierdie tekste foutiewelik interpreteer en dat die legate en ander erfinstellinge soos hieronder uiteengesit, steeds van krag bly - 516-517. Die respondent daarenteen het aangevoer dat die "Roomse wetten" (N 115 3) die gevalle noem waar erfgename op grond van 'n wettige rede onterf kon word - in hierdie geval het die testateurs nie met enige kwaadwillige bedoeling opgetree nie en kan die *querela inofficiosi testamenti* nie slaag nie.⁵⁴ Hy voer verder aan dat volgens De Groot⁵⁵ (en dit lyk asof die hof hierdie standpunt in sy uitspraak aanvaar het⁵⁶) en andere:

⁴⁶ 1810 CJ 1509 264-544.

⁴⁷ Die applikant beroep hom op *Hollandsche Consultatien 1* 158 pag 264 (308).

⁴⁸ 309-311.

⁴⁹ 312.

⁵⁰ *Commentarius* 2 17 2 en 2 18 2e druk Leydensche editie (313-316).

⁵¹ 314-315.

⁵² 3 59.

⁵³ 316.

⁵⁴ 388-389.

⁵⁵ *Inleydinge* 2 24 7.

⁵⁶ 1810 CJ 927 115.

"Het is volgens het gevoelen der meest geaccrediteerde Rechtsgeleerden buite twyffel dat een Testament houdende exheriditatie ten opzichte van oudere of ten aanzien van kinders door middel van de querela inofficiosi testamenti ... ofte petitione haereditatis by den Rechter wordende vernietigt ende geannulleerd de legaten en praelegaten en andere diengelijke makingen, en verder Dispositien nogthans in haar geheel en van volkomene waarde blyven".⁵⁷

Huber⁵⁸ ondersteun hierdie standpunt. Hy gaan selfs verder en noem ook "ondererfstelling" of *fideicommissa*.⁵⁹ Van Leeuwen⁶⁰ word as verdere gesag vir die standpunt aangehaal.⁶¹ Respondent wys ook daarop dat by die berekening van die legitieme porsie voordele wat die erfgename voor die testateurs se dood ontvang het, bereken kan word. In die verband verwys hy na die "Roomse recht", Wurm,⁶² Gail⁶³ en Van Leeuwen.⁶⁴ Volgens respondent sou selfs legate in 'n *clausula codicillair* bemaak, in stand gehou word. In dié verband word 'n beroep gedoen op *Hollandsche Consultation* 36 1⁶⁵ en *cons* 121.⁶⁶

2.2.1 Ontleding van gesag

In feitlik al die sake oor die gesamentlike testament word daar sterk op die 17e eeuse Romeins-Hollandse outeurs, veral De Groot, Voet, Huber en Van Leeuwen gesteun. Veral die *Hollandsche Consultation* word ge-

⁵⁷ 391.

⁵⁸ *Heedendaegse Rechts-Geleertheit* 6 1 44 pag 189 (391-393).

⁵⁹ Die respondent verwys in hierdie verband na die Hollandse regsgeleerdes se standpunt in *Consultation* 22 2 (392-394). Ander gesag waarna respondent sonder bespreking verwys ter ondersteuning van hierdie standpunt is Mantica *De conjectisult Volunt* 9 5 8-11; Menochius *De prosum* 4 8 31 10 ev op 393. Sien ook Lybrechts *Redeneerend verhoog over't notaris ampt* 20 31 op 508-510.

⁶⁰ *RHR* 3 2 2.

⁶¹ 394-396.

⁶² *Pract* 42 2 3.

⁶³ 2 91 5-6.

⁶⁴ *RHR* 3 5 4 399; vgl ook Huber *Heedendaegse Rechts-Geleertheit* 2 4 pag 192 (425).

⁶⁵ pag 38 (507).

⁶⁶ 507.

raadpleeg. Die *Codex*- en *Novellae*-tekste is veral by die kwessie oor prelegate aangehaal. In sekere gevalle word daar ook na nie-Romeins-Hollandse outeurs verwys wat ook deel van die Europese *ius commune* uitmaak. In *Ventura v Janssens* is daar byvoorbeeld verwys na die "moderne" 18e eeuse Romeins-Hollandse reg soos Lybrechts, 16e eeuse *mos italicus* (Mantica en Menochius), Gaill (uit die Duitse resepsietydperk 1526-1587) en Wurm (Duitsland, 14e eeu).

In meerdere sake word daar verwys na die "gewoontes van hierdie kolonie" en die praktyk aan die Kaap dat partye wat binne gemeenskap van goed getroud is, gesamentlike testamente verly. Ook prelegate sou volgens die Kaapse gewoonte gereeld voorkom. Volgens Kaapse praktyk moet die eerste boedel eers afgehandel wees, alvorens 'n tweede huwelik se boedel verdeel kon word. Hieruit kan wel afgelei word dat daar 'n spesiale praktyksreël met betrekking tot gesamentlike testamente aan die Kaap tot stand gekom het.

2.3 Fideicommissa familia

"'n *Fideicommissum* is 'n regsfiguur ingevolge waarvan 'n persoon (die *fideicommittens*) 'n bevoordeling aan 'n bepaalde bevoordeelde (die *fiduciarius*) laat toekom onderhewig daaraan dat die bevoordeling by die afloop van die aangeduide termyn of by die vervulling van 'n voorwaarde aan 'n verdere bevoordeelde (die *fideicommissarius*) oorgedra moet word".⁶⁷

Aanvanklik was daar geen beperking op die aantal *fideicommissêre* substitusies wat in 'n testament opgelê kan word nie, maar kragtens die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* 94 van 1965 word *fideicommissêre* substitusie tot twee opeenvolgende *fideicommissarii* beperk.⁶⁸

2.3.1 Romeinse regsontwikkeling

In die Romeinse reg is die *fideicommissum* aanvanklik gebruik om die streng werking van die *ius strictum* te omseil.⁶⁹ Keiser Augustus het na aanleiding van 'n versoek aan 'n *fideicommissum* wat nie in 'n testament

⁶⁷ De Waal, Schoeman en Wiechers 100; vgl ook Van der Merwe en Rowland 293.

⁶⁸ Van der Merwe en Rowland 294.

⁶⁹ Vgl I 23 1; Van Zyl *Geskiedenis en Beginfels van die Romeinse Privaatreg* (1977) 238; Thomas *Textbook of Roman law* (1976) 512.

vervat was nie, regskrag verleen.⁷⁰ Verskeie vorme van *fideicommissa* het bestaan, naamlik die *fideicommissum hereditatis*⁷¹ en die *fideicommissum residui* waarvolgens die *fiduciarius* slegs driekwart van die boedel mag vervreem - ten minste 'n kwart moes aan die *fideicommissarius* oorgedra word.⁷² Hierdie vorm het in die oud-Nederlandse reg geresipieer.⁷³

Die *fideicommissum familia*⁷⁴ het ten doel gehad om 'n bepaalde saak in die familie te hou. Aanvanklik kon die *fideicommissum* nie aan *incerta persona* nagelaat word nie, maar Justinianus het in *Novellae* 159 die aantal geslagte tot vier uitgebrei.⁷⁵ Tydens die resepsieperiode van die Romeinse reg is hierdie *fideicommissum* veral deur die adellike families gebruik om die sogenaamde eersgeboortereg te handhaaf.⁷⁶ Volgens Buckland en McNair⁷⁷ het die beperking van vier geslagte ook in die Middeleeue gegeld en die invloed daarvan is ook in die Engelse reg sigbaar. Die *fideicommissum familia* het 'n belangrike rol in die oud-Nederlandse reg gespeel.⁷⁸ In Frankryk is die aantal geslagte in 1560 tot twee verminder en na die Franse revolusie totaal en al verbied vanweë die adellike verbintenis daarvan.⁷⁹ Die *fiduciarius* is as eienaar bevoeg

⁷⁰ I 2 25pr - Van Zyl *Geskiedenis en Beginfels* 220; Thomas *Institutes of Justinian* 160-162.

⁷¹ Van Zyl *Geskiedenis en Beginfels* 239-241; Van der Merwe en Rowland 303-308.

⁷² Van der Merwe en Rowland 315-317.

⁷³ Feenstra *Romeinsrechterlike grondslagen van het Nederlands Privaatrecht* (1990) 284; De Smidt 54.

⁷⁴ Eintlik latere Europese terminologie "*fideicommissum familiae relictum*" - Feenstra 283. (D 31 69 3, D 31 32 6 en N 159).

⁷⁵ Sien ook Buckland en McNair 173-174.

⁷⁶ Feenstra 283-284.

⁷⁷ 174-175.

⁷⁸ Feenstra 284; De Smidt 53.

⁷⁹ Nicholas 269. Hierdie beperking is gedeeltelik in die *Code Civil* opgeneem.

om die saak te gebruik en die vrugte te trek. Hy moes egter die saak in stand hou.⁸⁰

In die oud-Hollandse reg was die *fideicommissum* beskou as 'n uiterste wilsbeskikking waardeur die ingestelde erfgenaam of legataris belas is om 'n legaat in geheel of gedeeltlik in stand te hou en op 'n latere tydstop aan die bevoordeelde uit te keer.⁸¹ Dit word onderskei van die Romeinse terminologie wat 'n veel breër betekenis aan die begrip geheg het.⁸²

2.3.2 Die reg van toepassing aan die Kaap

Die toonaangewende sake in die Kaap wat oor *fideicommissa* handel, is *Laubscher v Watermeyer*,⁸³ *Morkel (Rossouw) v Laubscher (Watermeyer)*,⁸⁴ *Smuts v Fleck*,⁸⁵ *Van Druten ea v Le Roux ea*⁸⁶ en op appèl *Van Druten & Sappe v Widow Kiesewetter & Haupt*,⁸⁷ *Weesmeester v Laubscher ea*⁸⁸ en op appèl *Laubscher v Orphen Chamber*.⁸⁹

In *Laubscher v Watermeyer*⁹⁰ het die vraag ter sprake gekom of die erf-later die boedeling gehad het om 'n *fideicommissum familia* of 'n legaat in die testament te bemaak. Die testateurs het op grond van 'n *clause reservatoir* sekere beskikkings gemaak en 'n aantal legatate (verskillende plase) aan hulle seuns nagelaat. Ten aansien van sommige van die

⁸⁰ De Smidt 53-54. Die saak was nie altyd teen uitwinning deur derdes beskerm nie en daarom het 'n plakkaat van 30 Julie 1624 vir registrasie voorsiening gemaak - dié reëling is egter nie behoorlik afgedwing nie.

⁸¹ Feenstra 280; De Smidt 53.

⁸² Feenstra 282.

⁸³ 1808 CJ 1458 114-506.

⁸⁴ 1812 CJ 1546 1-405.

⁸⁵ 1809 CJ 1492 1-757.

⁸⁶ 1814 CJ 1573 33-609.

⁸⁷ 1814-1815 GH 48/2/21 578-1347.

⁸⁸ 1818 CJ 1677 320-566.

⁸⁹ 1819 GH 48/2/38 235-392.

⁹⁰ 1808 CJ 1458 114-506.

plase is die woorde bygevoeg dat die plaas altoos in die familie sal bly en daar sal "overgaan". Jacob het die plase Bergrivier en Patrysberg geërf. Na Jacob se dood wou sy kinders die plase verkoop en proporsioneel die opbrengs deel.⁹¹ Die Raad van Justisie het 'n interdik teen die openbare verkoop van die plase verleen.⁹²

Die eiser het hom op D 50 17 12 en Van Leeuwen⁹³ beroep dat daar na die bedoeling van die testateur gekyk moet word. Daarvolgens het geblyk dat 'n *fideicommissum* ingestel is.⁹⁴ Indien die plase verkoop sou word, sou die plase buite die familie val en kon daar nie aan die erflater se wense gevolg gegee word nie.⁹⁵ Van Leeuwen⁹⁶ vermeld dat as die testateur 'n bepaling in die testament insluit dat sekere sake nie "uit sy geslag" moet gaan nie, maar nie die tydperk vermeld nie, is 'n *fideicommissum familia* ter sprake. Die aantal *fidelcommissêre* geslagte word tot vier beperk.⁹⁷ Volgens Voet⁹⁸ moet waar twyfel bestaan die waarskynlike "begeerte" van die testateur vasgestel word.⁹⁹ As daar nie 'n spesifieke persoon as *fideicommissarius* ingestel is nie, kan hy benoem word of anders erf die "naaste bloed".¹⁰⁰

Die verweerder beweer dat daar geen *fideicommissum* tot stand gekom het nie en dat daar "erfstelling uit die hand" en nie "oor die hand" was nie. In dié verband word daar na De Groot¹⁰¹ verwys. *Substitutio* is al

⁹¹ 121-133.

⁹² 1808 CJ 922 339.

⁹³ *RHR* 3 2 12-13.

⁹⁴ 133-134.

⁹⁵ 135-136.

⁹⁶ *RHR* 3 5 7.

⁹⁷ 138.

⁹⁸ *Commentarius* 20 7 22 (140). Daar word verder verwys na D 35 1 19.

⁹⁹ 27 7 3 en 30 (140-142).

¹⁰⁰ Voet 27 7 2; D 32 6 (144). Volgens Van Leeuwen *RHR* 6 3 4 moet daar gekyk word na woorde soos "ek wil/begeer/versoek" (147).

¹⁰¹ *Inleydinge* 2 19 1-4 (167).

wat ter sprake is.¹⁰² Na aanleiding van Vinnius¹⁰³ sit die verweerder die verskil tussen gewone substitusie en *fideicommissêre* substitusie uiteen. Gewone substitusie vind slegs plaas wanneer die erfgenaam of legataris by die dood van die erflater ontbreek of sy erflating of legaat repudieer.¹⁰⁴ By die *fideicommissum* moet die *fiduciarius* eers aanvaar om "naderhand uit de hand van dezen over te gaan in de hand van den fideicommissairen erfgenaam of legataris".¹⁰⁵ Vinnius gebruik D 34 de legat 2 om die volgende voorbeeld te formuleer:

"Titio fundum Cornelianum do lego, Si Titius fundum quem ei legari, non ceperit, eundem fundum Sejo do lego".¹⁰⁶

Die uitwerking van die substitusie is *legatum agnoscente primo legatario evanescit*.¹⁰⁷

Hy verwys na die *Romeinsche Wetboek* wat die regsgeleerdes as "heilige wette" bekou het en wat voorbeelde in bogenoemde verband bevat:

¹⁰² 170.

¹⁰³ *Commentarius ad Institutiones* 2 15 2 (171-172).

¹⁰⁴ 171-172.

¹⁰⁵ 172-173. Daarom dan volgens verweerder dat De Groot dit "erflating over de hand" noem. Die verweerder vind dit nie nodig om oor die basiese beginsels van die reg gesag aan te haal nie maar as dit nodig sou wees, verwys hy die ander party na die uiteensetting van Vinnius wat volledig aangehaal is.

¹⁰⁶ Wat hy vertaal as "Ik legateer myn landgoed genaamd Cornelianum aan Titius. Zoo Titius het landgoed, het welk ik aan hem heb gelegateerd niet aanvaard dan legateer ik het zelfde landgoed aan Sejus" (175-176).

¹⁰⁷ "Het legaat houdt geheel en al op te bestaan, zodra de eerste genoemde of geïnstitueerde legataris het zelve heeft aanvaard" (179). Daar word ook verwys na Cod 6 37 6: *Si legati relicta primus agnovit legatarius substitutio eorum in personam Pontianae facta evanuit*, vertaal as "Zo de eerste/geïnstitueerde legatarus de legaten aan hem nagelaaten heeft aanvaard, dan wordt de substitutie in dezelve, welke geschied is aan de persoon van Contiana geheel en al krachteloos en nietig" (180).

Averanius,¹⁰⁸ Culacius,¹⁰⁹ D 28 5 9 3 en D 9 27 1.¹¹⁰ Die Romeinse reg sou nie toelaat dat iets verdraai word nie en daar word verwys na D 35 1 72 6: *Falsam causam legato non obesse verius est quia ratio legandi legato non cohaeret*.¹¹¹ Die uitleg of daar met 'n legaat gewerk word, moet uit die bemaking self afgelei word en kan nie ingelees word nie.¹¹² Volgens D 32 69 1 "(mag men) niet eerder van de beteekenis der woorden afwijken dan wanneer het zeker is dat het Testateuren iets anders gedachte hebben dan met de woorde is uitgedrukt".¹¹³

Die eiser meen dat die interpretasie van die verweerder van die Romeinse reg spitsvondig is.¹¹⁴ Die grondslag van die reg is egter geleë in die reg van die kolonie en dié van Holland en die Romeinse reg kom slegs ter sprake as die Nederlandse reg sou swyg.¹¹⁵ Die Romeins-Hollandse outeurs wat verweerder aanhaal, is diegene wat die suiwer Romeinse reg bestudeer het (bv Vinnius).¹¹⁶ Aan die Kaap van Goeie Hoop moet volgens hom na die "eenvoudige leer van Hollandse regsgeleerdes" gekyk word.¹¹⁷ Die verwysing na Van Leeuwen dat daar

¹⁰⁸ 17e eeuse Italiaanse regsgeleerde - Van Zyl *Geskiedenis* 266 *Interpretationis Iuris* 4 16 1.

¹⁰⁹ *Observationes* 17 15.

¹¹⁰ 199.

¹¹¹ Vertaal as "Eene verkeerde raadgeving obsteert niet aan het legaat omdat de reden waarom men legateert met het legaat zelve niet te zamen hangt" (200-201).

¹¹² 201.

¹¹³ *Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est aliud sensisse testatorum* (203). Verweerder verwys ook na D de legat 3 25 1 *quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestione datis*: "wanneer er geen twyffelagtigheid in de woorden heerzen moet men niet toelaaten dat er over den wil gedisputeerd werde" (204-205). Sien ook die latere betoog in 412-416 en 419-420 waar D 31 32 6 en Voet *Commentarius* 36 1 28 as gesag aangehaal word dat direkte substitusie van toepassing is.

¹¹⁴ 228. Hy beskuldig verweerder dat hy een van die "Scholastieke geleerden" sou wees aangesien hy homself beroep op die Romeinse reg - 332-335.

¹¹⁵ 246-247.

¹¹⁶ 247-249.

¹¹⁷ 249.

aan die erflater se wil gevolg gegee moet word, staaf juis eiser se standpunt.¹¹⁸ Na aanleiding van Voet¹¹⁹ moet ook die ander woorde in die testament (soos die voorrede) in ag geneem word. Daaruit kan afgelei word dat die plase in familiebesit moes bly.¹²⁰ Die eiser is dus met 'n beroep op Voet¹²¹ (wat volgens hom oor die Hollandse praktyk skryf) van mening dat die erflater wel 'n *fideicommissum familiae relictum* daargestel het.¹²² Hy is van mening dat die tekste wat die verweerder aanhaal juis sy standpunt dat dit 'n *fideicommissum* is, steun.¹²³

Verweerder is van mening dat die term Romeins-Hollandse reg uit Van Leeuwen se boek *Rooms-Hollands Regt* kom en dat die sogenaamde Romeins-Hollandse reg eintlik maar op die Romeinse reg gebaseer is aangesien Van Leeuwen nie na Nederlandse reg verwys het nie, maar slegs na die Romeinse reg.¹²⁴ Die "hedendaagse" regsgeleerdes sou volgens hom slegs 'n uitleg van die Romeinse reg gee.¹²⁵ Solank die eiser nie bewys dat die wette of *costumen* van die kolonie of Nederland-Oos-Indië of Nederland strydig met die Romeinse standpunt is nie, bied die Romeinse reg die finale antwoord.¹²⁶ Die boeke van Fagel¹²⁷ en Van der Hoop JC¹²⁸ word vir die eiser se advokaat aanbeveel om te lees

¹¹⁸ 250-252.

¹¹⁹ *Commentarius* 28 7 2 (262).

¹²⁰ 263. Ook Voet *Commentarius* 28 17 30; 20 7 30 en 22 (266) dat die bedoeling is dat die plase in besit van die familie moet bly (266-267).

¹²¹ *Commentarius* 36 18 27 (282).

¹²² 282-283, 442-443.

¹²³ D 32 6 (284-285).

¹²⁴ 368-370.

¹²⁵ 370.

¹²⁶ 372-373.

¹²⁷ *De origine et usu iuris Romani in Hollandia*.

¹²⁸ *Necessario Romani et subinde quoque canonici juris in Hollandia studio*.

aangesien die geskiedenis van en gesag vir die Nederlandse reg daarin uiteengesit word.¹²⁹

Dit blyk dat die hof wel eiser se standpunt oor die Kaapse en Nederlandse reg aanvaar het sowel dat 'n *fideicommissum familiae* deur die testament geskep was. Daar was dus nie sprake van direkte substitusie nie. Die nadeel daarvan dat die hof nie redes vir die verlening van die interdik gegee het nie, blyk daaruit dat die hele aangeleentheid vier jaar later weer voor die hof gekom het.

In opvolg van voormelde saak het die bogemelde testament en *fideicommissum* in *Morkel (Rossouw) v Lauscher (Watermeyer)*¹³⁰ ter sprake gekom. Pieter Laubscher en Johanna Eksteen se gesamentlike testament het soos hierbo uiteengesit op grond van 'n *clausule reservatoir* 'n plaas en opstalle daarop aan hulle seun Jacob Laubscher bemaak. 'n Eksekuteur en voogde is vir hulle minderjarige kinders aangestel. Uit die testament blyk dat daar 'n *fideicommissêre* beskikking ten aansien van Jacob se wettige kinders gemaak is. Dit blyk dat Jacob weer eens die plaas wou verkoop. Eisers het egter aangevoer dat die plaas onder erfgename van die oorledene moet vererf. Die *hereditas petitio* moes ingestel word.¹³¹

'n Interdik is vantevore verleen dat die plaas nie verkoop mag word nie en dat die erfenis in stand gehou moet word totdat die seun 25 jaar oud is. Die vraag was of die opstalle nie verkoop kon word en die opbrengs onder die minderjarige kinders verdeel kon word nie. Die verweerder het 'n eksepsie *inaequalitati* opgewerp aangesien die eisers nie bevoeg sou wees om as *negotiorum gestores* vir die kinders op te tree

¹²⁹ 373-374. In dié verband verwys hy verder na die "lofspraak" van De Groot in *Epistolae ad Gallos* 148 dat die Romeinse reg op grond van die "rechtvaardigheid" selfs lande (soos Pole) binnegedring het wat nie deur die Romeine met wapengeweld oorgeneem is nie (375-378).

¹³⁰ 1812 CJ 1546 11-14.

¹³¹ Met 'n beroep op Westenberg *Principia juris* 5 8 8 (32 205); Voet *Commentarius* 10 22 12 (32), D 5 4 1 (33 205); 10 2 34-35 (34-35); D 5 4 8 (205); 41 1 19 (tav die *bona fide possessor* - 253); Carpzovius *Jurisprudentia forensis* 2 34 11 (35); N 119 (205). Die eiser beroep hom op De Groot *Inleydinge* 3 48 4 (28). Verweerder kritiseer sy beroep op hierdie teks as sou dit op *restitutio in integrum* by die koopkontrak betrekking hê (121-122). Die verweerder kritiseer ook die beroep op die *hereditas petitio* en die gesag daarvoor uiteengesit aangesien dit geen betrekking op die saak het nie (123).

nie.¹³² Die verweerder doen 'n beroep op C 2 18 20 en 6 en Voet *Commentarius* 3 5 7.

Eiser voer verder aan dat die testament vir 'n *legatum familia relictum* voorsiening maak wat een van die kinders bevoordeel.¹³³ Na sy dood sou die voordeel op sy seun, en as hy nie 'n seun het nie op sy broers en dié se kinders na hulle, oorgaan.¹³⁴ Die erfenis kan dus nie vervreem word nie.¹³⁵ Die testament moet volgens die "letter" uitgelê word¹³⁶ en lewering ("transport") kan nie *contra* die testament geskied nie.¹³⁷ Die bedoeling van die erflater dat die twee plase in die familie moet bly, kan afgelei word uit die feit dat die plase spesifiek aan die seun nagelaat is om "altoos die Plaatsen aan een der kinderen na hen te doen verallen".¹³⁸ Die eksepsie van die verweerder is gehandhaaf.¹³⁹ Uit die saak kan egter afgelei word dat daar aan die Kaap wel sprake van 'n *fideicommissum familia* was. Alhoewel die tekste waarop 'n beroep gedoen is, meestal na die *hereditas petitio*, legate en "transport" verwys, blyk dit tog dat daar veral 'n beroep op Voet en De Groot gemaak is. Wat wel interessant voorkom, is die beroep op Westenberg en Carpzovius.

Peter Laubscher en Johanna Eksteen het in 'n kodisil tot die gesamentlike testament 'n plaas tot in oneindigheid aan hul kinders nagelaat in die saak van *Laubscher v Orphan Chamber*.¹⁴⁰ Respondent het die administrasie van die eiendom *nomine officii* oorgeneem en by die hof aanbeveel dat die eiendom verkoop moet word.¹⁴¹

¹³² 111.

¹³³ 220.

¹³⁴ 221.

¹³⁵ 221.

¹³⁶ 223.

¹³⁷ 228 252. Sien ook die beroep op Voet 41 (311).

¹³⁸ 247. Daar word ook 'n beroep gedoen op D 11 10-12 (249); C 6 24 13 (320).

¹³⁹ 1812 CJ 931 137.

¹⁴⁰ CJ 1677 320-566 en GH 48/2/38 235-392.

¹⁴¹ GH 48/2/38 237-239.

Die fakte van die saak is kortliks dat appellant se grootouers die testament gemaak het en dat hulle by hul dood vyf seuns en vyf dogters nagelaat het. Die oudste (vader van appellant - Hendrik) wou die plaas in die familie behou. Die grondslag vir dié reg word volgens appellant in die Hollandse reg (feodale reg) gevind waar die oudste seun telkens die plaas geërf het. Appellant se ouers het besit van die plaas geneem en 'n gesamentlike testament opgestel waarin nie hul oudste seun (appellant) nie maar sy vier susters alles erf. Na appellant se vader se dood het sy moeder nog sewe jaar geleef. Respondent was van mening dat sy intestaat gesterf het en het alle moontlike intestate erfgename kennis gegee dat die boedel daarvolgens verdeel gaan word. Appellant het beswaar aangeteken as enigste manlike erfgenaam, maar die hof het bevind dat die plaas verkoop en die opbrengs verdeel moet word.¹⁴²

Die volgende word as redes vir die appèl aangevoer:¹⁴³

1. Die reg van Holland gee aan die testateur die reg om sy grond met 'n *fideicommissum* te belas. Hierdie reëling sou volgens die advokaat presies dieselfde wees as wat in Engeland aangetref word.¹⁴⁴ De Groot¹⁴⁵ definieer dit soos volg (soos in hofstukke vertaal): "An estate is hereditary indivisible right on another person's immovable property".
2. Volgens die grootouers se testament moes die plaas na die oudste seun gaan en in die familie bly.¹⁴⁶ Volgens De Groot¹⁴⁷ bepaal die algemene reëls van erfopvolging dat die boedel van seun tot seun oorgedra moet word. As daar geen seuns is nie, erf die oudste dogter (mans sou altyd voorkeur bo vrouens geniet - en oudste kinders bo jongeres). Daar word dus van "tak tot tak" in die *descendentes* se linies beweeg. Volgens die advokaat laat die Hol-

¹⁴² 1818 CJ 2235 951-956.

¹⁴³ GH 48/2/38 266-382.

¹⁴⁴ 267.

¹⁴⁵ *Inleydinge* 2 41 1.

¹⁴⁶ 268.

¹⁴⁷ *Inleydinge* 2 41 7.

landse reg dus nie slegs hierdie vererwing toe nie maar word daar spesifieke reëlins voorgeskryf.¹⁴⁸

3. Die hof *a quo* het die testament teen die "gees" van die Hollandse reg, veral die *ius feudii*, geïnterpreteer en bevind dat die bovermelde interpretasie aan die testament verleen moet word.¹⁴⁹
4. As appellant dus kan bewys dat hy die enigste manlike erfgenaam is, is daar geen rede waarom die hele familie daarin moet deel nie.¹⁵⁰
5. Die appellant het net uit die gesamentlike testament van sy vader 'n manlike slaaf geërf terwyl die res van die boedel onder sy susters verdeel is. Daaruit moet afgelei word dat sy vader onder die indruk was dat hy na behore deur sy grootvader se testament versorg was.¹⁵¹

Respondent voer egter aan dat die moeder nie 'n testament gemaak het nie en dat die boedel intestaat moet vererf. In 'n ongetekende en onge-dateerde testament het sy die Weeskamer as eksekuteur aangewys om die plaas te verkoop en die restant onder die kinders te verdeel.¹⁵² Die volgende redes is aangevoer waarom die Raad van Justisie-uitspraak behou moet word:¹⁵³

1. Die vader van appellant het 'n keuse gehad om in sy testament die plaas aan een of al sy erfgename te bemaak - dit moes net in die familie bly.¹⁵⁴ Daar word 'n beroep gedoen op Scaevola.¹⁵⁵

¹⁴⁸ 268-269.

¹⁴⁹ 270-272.

¹⁵⁰ 272.

¹⁵¹ 278. Die vertaalde testament lui soos volg: "Hendrik Ostwald Laubscher ... Roodebloem ... under that condition that this place shall always remain and devolve in our and his family and that further those that may succeed to this place shall keep in good repair the burying place on this property ..." (282).

¹⁵² 310.

¹⁵³ 322-334.

¹⁵⁴ 324.

¹⁵⁵ D 34 2 15 (325-327).

2. Daar moet spesifiek na 'n *fideicommissum* verwys word en die begunstigdes by name genoem word. "In our and his family" meen dat 'n spesifieke persoon nie aangewys is nie en dat 'n erfgenaam benoem kan word.¹⁵⁶
3. 'n Algemene *fideicommissum* het nie slegs betrekking op manlike erfgename nie - die testament verwys net na familie en sou dus alle Laubschers insluit.¹⁵⁷
4. Die algemene regsreël *indefinitum universale acqipullit* meld dat dit wat nie gedefinieer is nie as geheel gesien moet word en daarom sluit die woorde alle familie en nie net spesifieke lede daarvan in nie.¹⁵⁸

Respondent toon verder aan dat die regverdigheid, billikheid, onregverdigheid of onbillikheid van die testament geen rol speel nie maar dat daar na die bewoording van die testament gekyk moet word.¹⁵⁹ 'n Legaat met 'n voorwaarde is nie noodwendig 'n *fideicommissum* nie.¹⁶⁰

Ten aansien van die tweede grond wat hulle aangevoer het om die Raad van Justisie-uitspraak te behou word daar 'n beroep op Wissenbach¹⁶¹ gedoen dat alle erfgename in 'n gelyke mate in die erfenis moet deel.

D 32 69 3 toon aan dat daar na die woorde van die testateur gekyk moet word en dat appellant geen groter voordeel as dié van sy susters kan eis nie.¹⁶² Ook Cuiacius ondersteun die standpunt.¹⁶³ Leyser¹⁶⁴ toon aan

¹⁵⁶ 328.

¹⁵⁷ 329-333.

¹⁵⁸ 334. In laasgenoemde verband word daar 'n beroep op Pothier *Pandecta* 31 98 2 (p 587) en D de legat 3 (350-353) gedoen.

¹⁵⁹ 346

¹⁶⁰ 349.

¹⁶¹ Hfst 6 (353-354).

¹⁶² 355-356. D de legat 25 3 1: *suum in verbis nulla ambiguitas sit, non debet admitti voluntatis questio* (256). Sien ook D 50 17 12 (357).

¹⁶³ 358.

¹⁶⁴ *Meditationes ad Pandectas* 34 5 2 en 4.

dat daar spesifiek na die bedoeling van die testateur gesoek moet word. Appellant kon ook nie aantoon dat hy bo sy susters "in favour" was nie.¹⁶⁵ Die ander erfgename en hulle kinders het dus in 'n gelyke mate dieselfde regte as appellant.¹⁶⁶

Respondent kritiseer appellant se beroep op De Groot in verband met die leenreg of *ius feudii*.¹⁶⁷ Die argument wat die appellant aanvoer, steun juis nie sy saak nie aangesien geen kolonie in die wêreld die feodale regte erken nie en dat dit selfs in die grootste deel van Europa (veral in Holland) nie meer bestaan nie.¹⁶⁸ Die teks kan dus nie op die Kaap van toepassing wees nie want die plaas Roodebloem is nie feodale grond nie, bowendien bestaan daar nêrens in Afrika enige sodanige grond nie - die gewone erfopvolgingreëls moet dus toepassing vind.¹⁶⁹

In *appellant's rejoinder* het hy gepoog om die argumente van die respondent omver te werp. Volgens hom sou hy bewys dat die testament uitgelê moet word volgens die reëls van die reg en billikheid.¹⁷⁰ In die eerste plek meen hy dat die verwysing na familie juis aantoon dat die *descendentes* van die oudste seun erf.¹⁷¹ In die tweede plek het sy moeder nie intestaat gesterf nie aangesien sy en haar eggenoot 'n gesamentlike testament gemaak het.¹⁷² In die derde plek verwys die *Digesta*-tekste slegs na roerende eiendom en daarom kan dit aan enigteen oorgedra word. In die geval van onroerende goed is daar net twee gevalle bekend naamlik (a) erfpag en (b) die leenreg (*feudum et emphyteusis*).¹⁷³ Hierdie grondbeheervorme het hulle oorsprong in die

¹⁶⁵ 359-360. Leyser *Meditationes ad Pandectas* 34 5 2 en 5.

¹⁶⁶ 360.

¹⁶⁷ Vertaal as "Loan right, is an hereditary indivisible right to another and their landed property with the obligation of protection on the other part and the duty of homage ... to the other part" (364).

¹⁶⁸ 365.

¹⁶⁹ 365-366.

¹⁷⁰ En dat respondent volgens hom in die lug redeneer - 368-369.

¹⁷¹ 371-372.

¹⁷² 372.

¹⁷³ De Groot *Inleydinge* 2 40 1.

feodale reg en lê die grondslag vir erfopvolging van *descendentes* in feitlik elke Europese land. Sodanige erfopvolging kom in sowel die Engelse as die Hollandse reg voor.¹⁷⁴ Hy gee toe dat feodale regte van die landheer as sodanig nie meer voortbestaan nie maar dat die erfopvolgingsreëls nog dieselfde gebly het. In sowel Holland as die kolonie word talle gevalle van erfopvolging vanaf die vader na die seun in familietestamente aangetref.¹⁷⁵

In verband met interpretasie verwys hy na Voet¹⁷⁶ wat sê dat daar gevolg aan die bedoeling en woorde van die testateur gegee moet word en dat dit nie verdraai moet word nie.¹⁷⁷

Die erfgenaam kan dus nie vryelik oor die plaas beskik nie want dit was 'n *legata cum onere fideicommissi*.¹⁷⁸ Volgens die appellant sal die "rules of equity and justice" alleen aan gevolg gegee kan word, as die bedoeling van die testateur nagevolg word.¹⁷⁹

Die Siviele Appèlhof verander die vonnis van die Raad van Justisie en bepaal dat appellant as enigste manlike erfgenaam die plaas Roodebloem erf, maar dat hy die ander erfgename van sy vader en moeder die som van Rd 60 000 moet betaal.¹⁸⁰

Dit lyk in hierdie saak of die hof aan beide die appellant en respondente se betoë gevolg gegee het. Alhoewel appellant dus as oudste manlike erfgenaam die plaas erf, moes hy steeds sy susters vir hulle verlies aan die "intestate erfdeel" vergoed. Hieruit kan afgelei word dat hier moontlik sprake kan wees van 'n eie Kaapse regsontwikkeling.

In hierdie saak is dit die eerste keer dat daar spesifiek na die Engelse reg (as synde dieselfde as die Romeins-Hollandse reg) verwys word.

¹⁷⁴ 575-576.

¹⁷⁵ 376.

¹⁷⁶ *Commentarius* 7 1 8 (383).

¹⁷⁷ 384. Sien ook D 24 (387).

¹⁷⁸ Voet *Commentarius* 7 1 13 - die plaas word in "trust" vir die nageslag gehou.

¹⁷⁹ 392.

¹⁸⁰ GH 48/1/1, 313-314 316 333. Die koste moes deur die boedel gedra word.

Geen spesifieke bronne is in die Siviele Appèlhof aangehaal nie. In die Raad van Justisie is verwys na Solme (Holme) wat oor die regeringsvorme in Engeland geskryf het en daarop gewys het dat ten aansien van familievererwing die grond in die hande van die familie moet bly.¹⁸¹

Soos dit reeds ook uit die ander sake geblyk het, is daar aan die Kaap aan die *fideicommissum familia* gevolg gegee. Dit blyk dat die Romeins-Hollandse reg, soos aangevul deur Kaapse gewoontes en gebruike, die reg in dié verband gereël het. In 1818 is die Engelse reg vir die eerste keer betrek maar in die betrokke saak is daar onsamehangend daarna verwys. Die bronne wat in die prosesstukke voor die Raad van Justisie aangehaal is, is nie regsbronne nie.

3. FORMALITEITE, CLAUSULE RESERVATOIR, QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI

3.1 Romeinse regsontwikkeling

Verskeie testamentvorme het in die Romeinse reg bestaan. Die vroegste vorme was die *testamentum calatis comitiis* en die *testamentum in procinctu*. Hierdie twee vorme het reeds vroeg verdwyn. Alle latere testamentvorme is van die *testamentum per aes et libram* afgelei. Dié testament was 'n formele testament waarvoor vyf getuies, 'n skaalhouer en 'n *familiae emptor* vereis was. Die boedelgoedere is deur middel van 'n skyn *mancipatio*-handeling oorgedra. Indien nie aan die formaliteite voldoen was nie, was die testament nietig.¹⁸²

Vanweë die nietigheid wat 'n gebrek aan formaliteite meegebring het, het die *praetor* ingegryp en *bonorum possessio secundum tabulas* verleen indien die erfgename die *tabulae* kon toon waarin hulle as erfgename ingestel is en kon aantoon dat die testament deur sewe getuies verseël was.¹⁸³ In die Na-klassieke tyd het die keisers sekere wysigings aangebring wat later deur Justinianus in die *testamentum tripertitum*

¹⁸¹ CJ 1677 537. Daar is selfs na William Shakespeare (1616) verwys as bewys dat die leenreg in Engeland voorgekom het - 538-543.

¹⁸² Van Zyl *Geskiedenis en beginsels* 208; Spiller *A manual of Roman Law* 143-149; Kaser-Dannenbring *Roman private law* (1984) 290-291; Thomas *Institutes* 484; Feenstra 272-273.

¹⁸³ Feenstra 263-274; Spiller 144-145; Van Zyl *Geskiedenis en beginsels* 484-485.

opgeneem is. Die vereistes vir dié testament was dat sewe getuies die testament moet verseël, die erfgename en erflater 'n *subscriptio* moet aanbring by die ondertekening van die testament en dat die testament ononderbroke verly moet word.¹⁸⁴ Mondelinge testamente met sewe getuies wat voor 'n regterlike amptenaar verklaar was, was ook geldig. In sekere gevalle is die aantal getuies verminder waar daar byvoorbeeld pes was, die persone op die afgeleë platteland gewoon het of slegs die kinders as erfgename aangewys was en die erflater in eie skrif die name van sy kinders neergeskryf het.¹⁸⁵

In die middeleeue moes mondelinge testamente op skrif gestel word. Die getal getuies is op grond van die kanonieke reg (waarskynlik met 'n beroep op Gal 13:1) na drie verminder waarvan een 'n kerkman moes wees. Namate die kerk se invloed afgeneem het, is die kerkman se plek deur 'n notaris ingeneem.¹⁸⁶ In Frankryk is 'n testament wat die erflater self geskryf het en wat geheim gehou is, as 'n geldige testament aanvaar - hierdie testament ontwikkel uit die 15e eeuse gewoontereg.¹⁸⁷

Die Romeinsregtelike testamente is in die 15e eeu in die Nederlande geresipieer. Die inheemse vorme het steeds 'n rol gespeel. Hierdie vorme is na die Kaap oorgedra. In 1845 is sekere formalteite neergelê vir testamente wat sewe getuies gehad het. Die notariële testament en testamente uit die *clausula reservatoir* het die vereistes vrygespring.¹⁸⁸ Daar is onderskei tussen die oop en beslote notariële testament.¹⁸⁹ By die oop testament is dit aan die getuies voorgelees - die nie-ondertekening daarvan deur die erflater en getuies het nie nietigheid tot gevolg gehad nie.¹⁹⁰ By die beslote testament word slegs voor die notaris en getuies verklaar dat dit die testament van die erflater is, die erflater moes die stuk onderteken en dan is dit in teenwoordigheid van die

¹⁸⁴ Feenstra 274-275; C 6 23 21; I 2 10 3; Van Zyl *Geskiedenis en beginsels* 208-209; Lee 356.

¹⁸⁵ Kaser en Dannenbring 293; Thomas *Textbook* 485; Lee 356.

¹⁸⁶ Feenstra 274-275; De Smidt 52.

¹⁸⁷ Sedert die 16e eeu word dit as 'n *holografisch testament* aangedui - Feenstra 274.

¹⁸⁸ Van der Merwe en Rowland 121-122, 132.

¹⁸⁹ Vgl ook Lee 357-358.

¹⁹⁰ 133-134.

partye verseël en het die notaris 'n "superskripsie" daarop aangebring dat die testament tot die dood van die erflater verseël moes bly.¹⁹¹ Die notariële testament moes gedateer word, anders sou dit nietig wees.¹⁹²

Die mondelinge testament waarvoor sewe getuies teenwoordig moes wees, het ook in die Kaap voorgekom.¹⁹³ Die testament waar die ouer 'n testament ten gunste van sy kinders skryf, is as 'n geprivilegieerde testament beskou.¹⁹⁴ Dit lyk nie asof 'n testament *ad pias causas* bevoorregte status geniet nie.¹⁹⁵

'n *Clausule reservatoir* of *clausula reservatoria* is "'n bepaling in 'n testament waardeur 'n testateur vir homself die bevoegdheid voorbehou om die testament te verander of aan te vul in afwesigheid van getuies, hetsy in 'n afsonderlike geskrif, hetsy aan die voet van die testament wat die bepaling bevat".¹⁹⁶ Volgens Joubert¹⁹⁷ verwys Bartolus na die *clausula* en is dit geleidelik in die Romeins-Hollandse reg geresipieer.¹⁹⁸

Op 1 Januarie 1954 het die Wet op Testamente 7 van 1953 eenvormige reëls vir testamente daargestel en is daar slegs vir twee testamentvorme (een met twee getuies en die soldatetestament) voorsiening gemaak. Die *clausule reservatoir* kan nie meer gebruik word nie.¹⁹⁹

Die *querela inofficiosi testamenti* kon aanvanklik ingestel word wanneer die erflater enige van sy *descendentes* of *adscendentes* onterf het. Broers en susters kon dit instel as hulle ter wille van 'n eerlose persoon onterf is. Later kon dit ingestel word indien die erflater nie 'n legitieme porsie aan sy intestate erfgename nalaat nie. Die legitieme porsie is

¹⁹¹ 134-135.

¹⁹² Lee 358.

¹⁹³ Van der Merwe en Rowland 134-136.

¹⁹⁴ Van der Merwe en Rowland 139-145: Lee 360.

¹⁹⁵ Van der Merwe en Rowland 145: Lee 359.

¹⁹⁶ Van Der Merwe en Rowland 145; Lee 361.

¹⁹⁷ 1958 *THRHR* 27 32 ev. Vgl ook Feenstra 276.

¹⁹⁸ Van der Merwe en Rowland 146.

¹⁹⁹ *Mirvish v The Master* 1945 AD 674; Van der Merwe en Rowland 148-149.

bereken na gelang van die aantal kinders. Byvoorbeeld in die Justiniaanse tyd is bepaal dat as daar vier of minder kinders was, hulle ten minste vir 'n derde van hulle intestate erfdeel ingestel moes gewees het. Was daar meer as vier kinders moes hulle ten minste die helfte van hulle intestate erfdeel erf.²⁰⁰ In die middeleeue het die beperking ontstaan dat die legitieme porsie nie beswaar mag word nie.²⁰¹

In die Romeinse reg is die kodisil aangetref. 'n Kodisil het tot toevoeging van die testament gedien en hoef aanvanklik nie aan al die formaliteite van 'n testament te voldoen nie.²⁰² Justinianus vereis egter vyf getuies.²⁰³ Hierdie vorm van kodisil is in Wes-Europa geresipieer.²⁰⁴

In die oud-nederlandse reg is 'n "kodisil" meestal op grond van 'n *clausula reservatoir* opgestel.²⁰⁵ Die doel was om hiermee die vormvereiste van vyf getuies te ontglip.²⁰⁶ Kodisille kon by wyse van 'n testament of 'n latere kodisil herroep word.²⁰⁷

Die Romeins-Hollandse outeurs het 'n groot diskussie gevoer of daar werklik 'n verskil tussen testamente en kodisille was. Dit lyk asof die meeste van die outeurs dit aan mekaar gelykgestel het.²⁰⁸

3.2 Die reg van toepassing aan die Kaap

²⁰⁰ Vgl in die verband Van Zyl *Geskiedenis en beginsels* 217-218; Thomas *Textbook* 495; Kaser-Dannenbring 301; Feenstra 269-270; Spiller 154; De Smidt 56-57.

²⁰¹ Feenstra 269; De Smidt 57.

²⁰² Feenstra 275-276.

²⁰³ I 2 25pr.

²⁰⁴ Feenstra 276.

²⁰⁵ De Smidt 54.

²⁰⁶ Feenstra 276.

²⁰⁷ De Smidt 54.

²⁰⁸ Lee 370; Van der Merwe en Rowland 115 (met 'n beroep op Voet *Commentarius* 29 7 5).

In *Anossi & Neetling (Smuts) v Fleck*²⁰⁹ het Maria Smuts en Fleck (leraar van die Hervormde Kerk) 'n gesamentlike testament verly. Sy erf sekere eiendom van haar suster wat nie deel van die gemeenskaplike boedel uitmaak nie. Op 9 April 1800 skryf sy in haar eie handskrif dat die huise wat sy van haar suster geërf het na haar dood op 'n openbare veiling verkoop moet word en dat die helfte van die opbrengs na haar man moet gaan en die ander helfte onder haar broer en ander suster verdeel moet word. Op 13 Junie 1801 herroep sy haar deel van die gesamentlike testament en verklaar dat haar man die enigste erfgenaam sal wees. Die eisers word as eksekuteurs aangewys. Hierdie "geskrif" en die kodisil met betrekking tot die broers en susters word op 1 Februarie 1804 notarieel bevestig. Sy het beide onderteken - die eerste as kodisil en die laaste as haar uiterste wil.²¹⁰ Dit is 'n beslote testament en die notaris het in teenwoordigheid van getuies 'n "superskripsie" aangebring.²¹¹

Die eisers plaas die "geldigheid" van die testament in geskil. Volgens hulle is haar man die eksekuteur van die gesamentlike testament van 30 Maart 1790. Sy kon egter te enige tyd die testament herroep en oor haar boedelgoedere beskik.²¹²

In die *Antwoord* is beweer dat 'n testament slegs gewysig kan word as dit voldoen aan die wette en formaliteite van die land en dat die geringste *ommissio* die testament nietig kan maak. Haar testament het wesenlike gebreke volgens U Huber²¹³ se uiteensetting van die formaliteite, naamlik dat een notaris en twee getuies die testament moet teken.²¹⁴ Van Leeuwen²¹⁵ is van mening dat die notariële testament gelykstaande is aan testamente waarvoor daar vyf of sewe getuies voor vereis is. Hierdie verwysing moes met C 4 20 en 2 9 bestudeer word waar daar aangetoon is dat waar net een getuie nie kon teken nie, die

²⁰⁹ 1806 CJ 1419 6-300.

²¹⁰ 15.

²¹¹ 23.

²¹² 24-34.

²¹³ 2 20 5 (121).

²¹⁴ 112-121.

²¹⁵ *RHR* 3 2 7 (121-122).

testament nietig was.²¹⁶ Volgens C 6 22 8 en die *Hollandsche Consultatien*²¹⁷ moes die getuie vyf grade van die testateur verwyder wees.²¹⁸

'n *Placaat* van 22 Desember 1733 en 'n *ordonnansie* van 30 September 1746 het bepaal dat die uiterste wil op 'n behoorlike "zegal" geskryf moes word en dat alle vorige testamente van "nul en geener waarde" verklaar word.²¹⁹ Die verweerder is van mening dat die wetgewing ook die beslote testament raak. Die testament moes aanvanklik in teenwoordigheid van sewe getuies verly, onderteken en verseël word om die bemaking geheim te hou²²⁰ en dit dan ook so verklaar word in die teenwoordigheid van die notaris en getuies.²²¹ Volgens Lybrechts²²² mag die notaris geen voordeel uit die testament bekom nie anders is die testament kragteloos. Rochefort²²³, Schomaker²²⁴ en De Groot²²⁵ sou die standpunt ondersteun.

²¹⁶ Daar word ook verwys na I 2 10 5 dat die getuie ouer as 14 jaar moet wees.

²¹⁷ 4 245 (124).

²¹⁸ In die verband word daar ook na Wassenaar *Practyk notariael* 18 19 ivm legat en *fideicommissa* verwys (124).

²¹⁹ 125.

²²⁰ De Groot *Inleydinge* 2 17 12 (126).

²²¹ De Groot *Inleydinge* 2 17 24.

²²² *Redeneerend Vertoog over't notaris ampt* 1 pag 271.

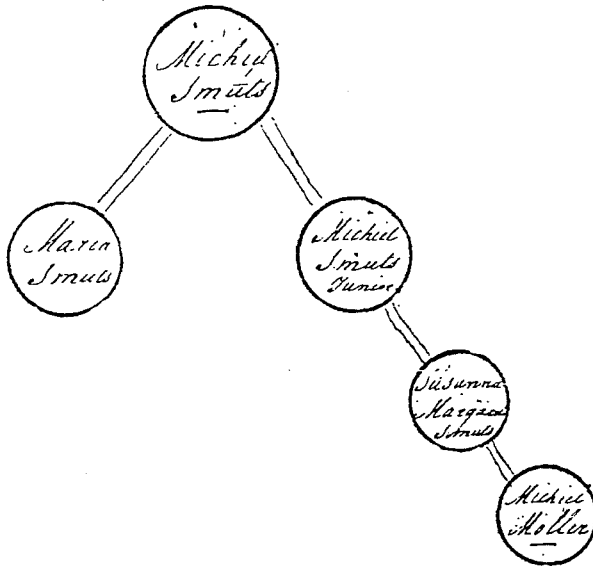
²²³ *Civile wetten* 26 6(127).

²²⁴ *Selecta consilia et responsa iuris* 2 43 5 en 2 46 1 (127).

²²⁵ *Inleydinge* 2 24 2 (128).

Een van die getuies wie se name in die superskripsie voorkom, is vier grade van die testatrise verwyder en daarom volgens verweerder nietig.²²⁶ Dit word soos volg in die saak uitgebeeld:²²⁷

*Genealogiese Tabel volgens
vorige Doopattesten*



Daar is dus slegs een getuie oor. Volgens C 4 20 9²²⁸ kan dit beskou word asof daar geen getuies teenwoordig was nie. In die verband verwys hy ook na die *Hollandsche Consultation*.²²⁹

In die *reply* is beweer dat die testatrise die testament self geskryf het, dit is na drie jaar verseël en voldoen wel aan al die vormvoorskrifte. Sy is bowendien geregtig om haar gesamentlike testament te herroep; dit kan ook beskou word asof sy uit die *clause reservatoir* gehandel het. Indien dit so in die "kodisil" vermeld word en dit deur die handtekening

²²⁶ 129.

²²⁷ 165.

²²⁸ 130.

²²⁹ 4 245 pag 431 in die Rotterdamse druk van 1669. Die saak verwys self na C 4 20 10-112 en Mantica *De Conjectur ultim volunt* 66 3 16. Die Rechtsdoctoren P van der Meulen en Cornelis van der Broek het in Delft die advies gelewer - vgl 'n uiteensetting van hierdie saak op 131-134.

van die testatrise bekragtig is, is die testament volgens Van Bijnkershoek²³⁰ afdwingbaar en die eksekuteure soos in dié laaste skriftelike stuk aangewys.²³¹ Van Zutphen²³² toon aan dat 'n eksekuteur ook in 'n kodisil of minder plegtige testament aangestel kan word. Ten aansien van die gebrekkige seël word daar na Voet²³³ verwys in die sin dat "het recht den geene hulpe bied, welke zonder quaed opzet struykeld". Die verwysings na die tekste wat bepaal dat die getuies vyf grade van die testateur verwyder moet wees, hou verband met die openbare testament. Die beperking is ingevoer ten einde te verseker dat daar geen "valsheid, bedrog of quade handelingen" teenwoordig sou wees nie.²³⁴ Die tekste wat die ander party aanhaal, dui ook op 'n testament waarvan die inhoud aan die getuies bekendgemaak word. In hierdie geval is 'n beslote testament ter sprake waar nóg die notaris nóg die getuies geweet het wat in die testament staan.²³⁵ Hulle verklaar slegs dat die testament aan hulle oorhandig is en voor die notaris en testateur geseël en geteken is. Bowendien sou volgens Bartolus, Merula, Costalis en Van Zutphen²³⁶ selfs broers en susters kon getuig. Moller het verder opgetree as klerk van die notaris en het dus nie as familielid geteken nie; hy het ook geen verwagting op 'n deel van die erfenis nie. Lybrechts²³⁷ toon aan dat daar volgens die *Hof van Holland* maar een gekwalifiseerde getuie buiten die testateur nodig is.

Die volgende redes word aangevoer waarom die testament geldig sou wees:²³⁸

²³⁰ *Verhandelingen over burgerlijke rechtszaaken* pag 342 (184).

²³¹ 184-185. Daar word ook verwys na Voet *Commentarius* 26 2 5 en 26 2 9 (185).

²³² *Nederlandsche praktycque* 6 (185).

²³³ *Commentarius* 26 5 4 (187).

²³⁴ Met verwysing na *Hollandsche Consultatien* 245; *Lybrechts Redeneerend vertoog* 1 256 12 en 14 (189).

²³⁵ 189.

²³⁶ *Nederlandsche praktiycque en getuigen* 10 (190).

²³⁷ *Redeneerend vertoog* 1 pag 18 (191).

²³⁸ 195-196.

1. Die testatrise het die testament self geskryf.
2. Die notaris het dit bevestig.
3. Die notaris en twee getuies het bevestig dat hulle die testament geattesteer het.
4. Die bogemelde met die dood van die testatrise herbevestig is.
5. Dat die vorige testament behoorlik herroep is.
6. Dat die erfgename, legatarisse en eksekuteur *in forma* benoem is.
7. Dat die Weeskamer die testament as behoorlik verly beskou het.

Die verweerder doen 'n beroep op billikheid en die *mobile et benignam judicii officium* om van die streng vereistes van die reg af te sien.²³⁹

Verweerder gaan verder ten einde aan te toon dat die "testament" ook 'n kodisil kan wees. Hy verwys na Van Bijkershoek²⁴⁰ waar aangetoon is dat legate in 'n kodisil bemaak kan word. Die *Hooge Raad* het in 1706 byvoorbeeld 'n *fideicommissum* op grond van 'n *clause reservatoir sine forma* bekragtig. Aan die ander kant het die Romeinse reg vyf getuies (mans en vrouens) vir 'n kodisil en by 'n testament sewe (mans) vereis.²⁴¹ 'n Kodisil en testament is volgens verweerder gelykgestel en eersgenoemde kan gevolglik ook notarieel verly word (met 'n beroep op Voet en die *Digesta*).²⁴² Indien die testament/kodisil nietig is, moet die boedel intestaat vererf.²⁴³ Die testatrise kon ook die testament herroep.²⁴⁴

Indien die erflater geen direkte intestate erfgename het nie, maar wel 'n gebrekkige testament opgestel het waarin ander bloedverwante as erf-

²³⁹ Met 'n beroep op D 50 17 183 en Voet *Commentarius* 26 1 4 (197).

²⁴⁰ *Verhandeling over burgerlijke rechtszaaken* 3 4.

²⁴¹ De Groot *Inleydinge* 2 25 1 (201).

²⁴² Voet 29 *Commentarius* 29 7 8 en 29 11 1 en D de legatis 3 25; D 28 1. 'n Erfgenaam kan selfs in 'n kodisil herroep word. Met beroep op P Voet D de codicillus; Munniks *Handleiding tot de hedendaagse Rechtsgeleerdheid* 13 5 pag 100 (205).

²⁴³ Lybrechts *Redeneerend verhoog* 1 pag 21; Schomaker 2 455; 46 1ev; Bort *Nagelaten wercken* pag 226; Van Bijkershoek *Observationes* 2 2 pag 37-38 (212).

²⁴⁴ Guido Papaquest 200; Faber 6 5 29 (207); Groenewegen verwys na die Howe van Holland op 29 Julie 1644 in die sake van *Wouter van Hendoorn cum locis requiranten contra Michiel Tormein* (207); De Groot *Inleydinge* 2 24 13; C 4 20 27 (202-203).

gename aangewys is, sou daar aan so 'n testament uitvoering gegee kan word.²⁴⁵

In die *duplicq* is aangevoer dat al die gesag en verwysings in die *replicq* oor die openbare testament handel en dat die geldigheid van sodanige testament wel afhang of daar valsheid of bedrog ter sprake is. Die formaliteite mag egter nie totaal en al by die notariële testament genegeer word nie - daar kan nie in die superskripsie skielik minder formaliteite vereis word as wat in die ander wette voorgeskryf word nie.²⁴⁶ Hy beroep hom op Lybrechts²⁴⁷ en Van Leeuwen²⁴⁸ en Groenewegen²⁴⁹ in die verband. Die beroep wat op Merula gedoen is ten einde te bewys dat selfs broers en susters kan getuig, is nie op testamentêre getuies spesifiek van toepassing nie, maar handel oor die instelling van 'n voog in die saak van Gerbe Tans Grade voor die Howe (in Holland) in Februarie 1725.²⁵⁰ Volgens die advokaat sou Moller selfs indirek as 'n legataris beskou kan word.²⁵¹ Die argument van die advokaat in die *replicq* dat slegs een getuie voldoende is as die erfgename bloedverwante is,²⁵² word ook verwerp. Dié argument sou slegs in Friesland op grond van die gewoontes aldaar geldig wees.²⁵³ Volgens die *Hollandsche Consultatien*²⁵⁴ is 'n testament ongeldig waar een van die getuies onder 14 jaar oud was en twee predikante verklaar het dat die erflater in hulle

²⁴⁵ Van Bijkershoek *Observationes Tumultuariæ* 2 2 pag 37-38. Hyself verwys op 216 na D 28 3; D 3 7 4 12 1; C 420 21 (213-217). Daar word ook verwys na Conanis *Comm iuris* 9 7; Voet *Commentarius* 28 1 2 (217).

²⁴⁶ 226-228.

²⁴⁷ *Redeneerend verloop* 19 29-36 (228).

²⁴⁸ *Censura forensis* 3 1 2 7 (229).

²⁴⁹ *Tractatus* 4; Paulus Voet ad 3 Inst 2 (229).

²⁵⁰ 232.

²⁵¹ 232. Hy verwys ook na Lybrechts 6 1 pag 28 (5e druk) (233).

²⁵² Lybrechts 1 18 (234-236).

²⁵³ 233.

²⁵⁴ 245 pag 431.

teenwoordigheid gesê het dat dit sy testament was.²⁵⁵ Volgens die *Hollandsche Consultation*²⁵⁶ moet die oorspronklike testament geldig wees om die bemaking uit die *clause reservatoir* geldig te maak.²⁵⁷

Daar is volgens die prokureur geen voorbeeld in die *costume lokaal* of selfs in die hele Bataafse republiek waarom daar van die voorgeskrewe formaliteite afgewyk mag word of waarom daar 'n "vryer" kodisil mag bestaan nie.²⁵⁸

Eiser voer ten slotte aan waarom die 1804-testament nie geldig is nie:²⁵⁹

1. Die testament is onbestaanbaar met die reg.
2. Die bemaking van 1804 is nie 'n kodisil nie en voldoen bowendien nie aan die formaliteite nie.
3. Die 1804-testament val nie onder een van die vorme van gepriviligeerde testamente nie (bv net aan kinders iets nalaat of die soldatetestament, persoonlike testament in eie skrif voor twee getuies, tydens 'n oorlog verly; testament *ad pias causas*).
4. Die testament is nie op grond van die *clause reservatoir* uit die gesamentlike testament geskep nie.
5. 'n *Testamentum singulare* is sonder voorbeeld in hierdie kolonie - ten minste twee bevoegde getuies word vereis.
6. Die gesamentlike testament is al wat geldig is.

Die hof gee die eiser gelyk dat die testament van 1 Februarie 1804 nul, nietig en onbestaanbaar met die reg is en dat daar geen effek daaraan gegee kan word nie.²⁶⁰

²⁵⁵ 236-237. Lybrechts 1 252 3 sou ook hierdie aangeleentheid beskryf het.

²⁵⁶ 6 28 3.

²⁵⁷ 248. Daar word verder verwys na D 10 51 (255) en Faber *Breviarium in Codicem* 6 5 3. In verband met die vraag hoeveel getuies 'n kodisil sou nodig en die bevoegdheid van die getuies word daar verwys na die *Hollandsche Consultation* 5 151 (256), C 6 36 2; en Van Bijkershoek se verwysings na die *Hooge Raad* pag 559. Vgl ook die gesag aangehaal op 258-260.

²⁵⁸ 270.

²⁵⁹ 273-275.

²⁶⁰ CJ 918 426-428.

Die gesag wat in die 1806-saak aangehaal is, is van 'n groot omvang. Van al die sake wat oor testamente handel, word in hierdie gewysde na die meeste gesag verwys. Die prokureurs val mekaar ook aan oor die wyse waarop die ander die gesag sou siteer en gebruik en verwys telkens na nuwe gesag om hulle standpunte te staaf.

Wat veral uit hierdie saak blyk, is dat daar hoofsaaklik op Romeins-Hollandse gesag gesteun word - veral omdat die geskil oor 'n notariële testament en die *clausule reservatoir* handel. Die eiser se prokureur toets egter ook die standpunte van die verweerder aan die plaaslike reg en bevind dat daar geen voorbeeld daarvoor in die Kaap bestaan het nie. Wat ook opval, is dat daar verskeie kere deur beide partye na die beslissings van die *Hooge Raad* en die *Howe van Holland* verwys word.

In *Nielen & Hamman (Disch) ea v Nielen*²⁶¹ is aangevoer dat 'n testament nietig is omdat die formaliteite nie nagekom is nie. Die testament sou in Stellenbosch opgestel wees deur 'n notaris wat in Kaapstad woon. Bowendien sou een van die getuies 'n swaer van die notaris wees en die ander getuie onder 15 jaar oud. Daar is 'n beroep gedoen op 'n beslissing van die *Hooge Raad* van 1626-01-11 waar beslis is dat 'n testament slegs verly kan word in die stad waar die notaris (in die geval Delft) werk.²⁶² Die Raad van Justisie het egter bevind dat die testament geldig is.²⁶³

Die geldigheid van beslote en oop notariële testamente is in *Leeson v Cruywagen*²⁶⁴ betwis. Die notaris het sy ernstige siek skoonsuster (suster van sy vrou - Cruywagen) besoek sodat sy haar testament kan teken waarkragtens sy vrou en hulle kinders sou erf. Die bewering is gemaak dat sy "delirious" was tydens die maak van die testament. Sy het voorheen geen testament gehad nie. Haar helfte van die boedel sou

²⁶¹ 1811 CJ 1534 140-378; 1814 GH 48/2/19 631-821.

²⁶² CJ 1534 (260). Verdere gesag wat in die verband aangehaal word was Coren; *Observationes* 37 (262); Van der Keessel *Theses selectae* 295 (263-264); *Resolutie van de Staaten van Holland* 27 November 1608 (261); landreg (375, 360 tav testamentêre vereistes), natuurlike billikheid (366). Tav die getuies is aangehaal I 2 10 6 (236); I 2 12 1 (258); D 22 6 9pr (256); D 22 5 1 en 3 (258-259 322); *Roomse wette* (376).

²⁶³ 1811 CJ 929 278-283. Die Siviele Appèlhofsaak het hoofsaaklik gehandel oor die be-making in 'n kodisil wat tot die gesamentlike testament gevoeg is - sien hierbo die bespreking van gesamentlike testamente.

²⁶⁴ 1820 CJ 1741 2-518; GH 48/2/44 444-674.

dus intestaat op haar twee susters (Appeldoorn - haar kind is Leeson) en Cruywagen vererf het. 'n Geskil het bestaan oor die vraag of die testatrise by haar volle positiewe was toe sy die testament gemaak het en of daar dokters teenwoordig was.²⁶⁵ Appellant voer aan dat volgens die gesag wat die advokaat vir die respondent in die hof *a quo* aangehaal het (ten einde te staaf dat die handtekening van die testateur nie nodig is nie), geen aanwending kan vind nie.²⁶⁶ Die regulasies (a 37-38) vir notaris wat in 1793 aan die Kaap uitgevaardig is, skryf voor dat 'n notariële akte slegs geldig is as dit deur die betrokke party(e), getuies en die notaris onderteken is.²⁶⁷ As appèlgronde word onder andere aangevoer dat:²⁶⁸

1. die gekrap (*scribble*) onder aan die testament nie die handtekening van die testatrise was nie;
2. die notaris wie se familie bevoordeel is, ongewens tydens die verlyding teenwoordig was;
3. die testatrise nie by haar volle positiewe was toe sy die testament geteken het nie.

Respondent voer aan dat daar voldoende mediese getuienis bestaan wat aantoon dat die testatrise wel bevoeg was om die testament te maak. Die volgende redes is vermeld waarom die bevel van die hof *a quo*²⁶⁹ (dat die aansoek om ongeldigverklaring van die testament van die hand gewys word) gehandhaaf moet word:²⁷⁰

²⁶⁵ GH 48/2/44 444 ev.

²⁶⁶ Dié gesag is C 6 23 21; D 33 7 (geldigheid van die testament word per handtekening bevestig tot die teendeel bewys is - CJ 1741 164-168). Verweerder se kommentaar daarop is te vinde op 189. Daar is verder verwys na Böckelmann *Compendium Institutionum* 10 9: *jure novo testamentum dicitur vel privilegatum vel solemnna, utrumque est semptum vel nuncupativum* (177). *Querela inofficiosi testamenti* (181-182). In die *duplick* is daar verder verwys na Van Leeuwen *RHR* 3 2 3 en C 4 20 (454 en 461).

²⁶⁷ 469-470.

²⁶⁸ 465-487.

²⁶⁹ 1820 CJ 939 480-482.

²⁷⁰ 532-585.

1. Die "merk" van die testatrise is voldoende - dit is in elk geval deur die notaris bevestig.²⁷¹
2. Die optrede van die notaris is nie ongewens nie - met 'n beroep op I 2 10 mag slegs persone wat self bevoorreedes is, nie as getuies optree nie.²⁷²
3. Die teenwoordigheid van die notaris en sy kinders speel geen rol nie. Die enigste twee redes vir nietigverklaring van 'n testament sou wees (a) waar 'n *suus heres* verbygegaan was, of (b) die formaliteite nie nagekom is nie.²⁷³ Volgens Van Leeuwen²⁷⁴ rus die bewyslas op die persoon wat die ongeldigheid beweer.
4. Die testatrise was by haar volle positiewe. In die verband verwys die advokaat na die *mores hodierna* waar die oop en beslote notariële testament aangetref word en waar daar by die beslote testament die handtekening van die testatrise in die teenwoordigheid van getuies aangebring moet word. By die oop testament is dit nie nodig nie, slegs die bevestiging van die notaris en die getuies is noodsaaklik - soortgelyk aan die Romeinse *testamentum nuncupativa*.²⁷⁵ Volgens Voet²⁷⁶ is die handtekening van die testateur bloot 'n beter bewys.²⁷⁷ Daar is ook na verskillende hofuitsprake van die hof van Holland verwys soos aangehaal deur Van Leeuwen²⁷⁸ Coren,²⁷⁹ Lybrechts²⁸⁰ en die *Hooge Raad* van 13 Julie 1779 en Van der Linden *Collection of Decisions* 25.

²⁷¹ 538.

²⁷² 538-543.

²⁷³ 'n Beroep word gedoen op D 2 8 3 1 (548-549).

²⁷⁴ *RHR* 3 2 3 (549-550).

²⁷⁵ 554-556.

²⁷⁶ 38 13 3.

²⁷⁷ In die verband word verder verwys na Huber *Praelectiones iuris civilis ad D* 28 1 12-13; Groenewegen *ad Instit* 2 10 3; Van Leeuwen *Censura forensis* 1 3 2 8; *RHR* 3 2 3-4.

²⁷⁸ *Censura Forensis* 1 3 2 14 (1693).

²⁷⁹ *Observationes* 2 2.

²⁸⁰ *Notarieel Praktijk* 1 32 2.

5. In die Kaap word sowel die oop as beslote testament aangetref wat verskil van die Romeinse testamente. Veral die rol van die notaris is belangrik.²⁸¹

Die Siviële Appèlhof het die Raad van Justisie se bevinding dat die testament geldig is, bekragtig.²⁸² 'n Merk van die testatrise was dus voldoende om die openbare testament te bevestig. Die notaris se verbinde met haar suster het ook geen invloed op die geldigheid van die testament gehad nie. Die hof het waarskynlik bevind dat sy dus by haar volle positiewe was toe sy die testament verly het. Die verweerder/respondent het hoofsaaklik op die Romeins-Hollandse reg gesteun vir gesag vir sy standpunte. Belangrik is dat ook hierdie saak heelwat verwysings na vroeëre Nederlandse regspraak bevat.

'n Kodisil, opgestel na aanleiding van 'n gesamentlike testament was weer eens die geskilpunt in *Van Druten ea v Le Roux ea*²⁸³ en op appèl *Van Druten & Sappe v Widow Kieseewetter & Haupt*.²⁸⁴ Daar is in die saak uiteindelik aansoek om verlof tot appèl na die *Privy Council* gedoen.²⁸⁵

Die feite²⁸⁶ was kortliks dat in 'n gesamentlike testament van 1806-08-20 Michiel Kieseewetter en Dina le Roes die eiser/appellante (hierna appellante) as eksekuteurs van die boedel en voog oor die testateurs se minderjarige kinders aangewys is. Op 1812-10-16 is Michiel oorlede. Die respondente (Kieseewetter en Haupt) het appellante nie kennis gegee nie en as eksekuteur van die boedel opgetree op grond van 'n kodisil wat die dag voor Michiel se dood (1812-10-15) opgestel sou wees. Appellant voer aan dat Michiel op hierdie dag reeds te swak was om sy naam te

²⁸¹ 574-583 - daar word verwys na Van Bijniershoek *Quaest iuris priv* 3 5 en 3 8. Selfs kopieë van testamente kan geldig wees. Daar word verder verwys na Voet *Commentarius* 28 4 1 en 4; *Lex Cornelia de falsis*; tav die *querela inofficiosi testamenti*: l de iniust test 1 (waarskynlik D 28 3 1). In CJ 1573 word verwys na *Hooge Raad* van 3 Julie 1712 (152).

²⁸² GH 48/1/2 86.

²⁸³ 1814 CJ 1573 33-609.

²⁸⁴ 1814-1815 GH 48/2/21 578-1347.

²⁸⁵ GH 48/1/1 296. Daar kon nie vasgestel word of die saak wel in die *Privy Council* voorgekom het nie.

²⁸⁶ GH 48/2/21 1069-1081.

teken. Daar is aansoek om insae in die kodisil te verkry wat deur respondente geweier is, waarna by die hof om blootlegging aansoek gedoen is. 'n Interdik is op 8 Mei 1813 verleen ten einde vas te stel wie as eksekuteurs kan optree. Na inspeksie het dit vir appellante geblyk dat die kodisil deur Haupt geskryf was waarin hy homself en die weduwee Kiesewetter as eksekuteurs aanwys, dat die handtekening nie ooreenstem met die bekende handtekening van die oorledene nie en dat die optrede van Haupt "inconsistent (was) with the law and several precedent decisions in this colony".²⁸⁷ Die kodisil is nie behoorlik opgestel, geattesteer en publisiteit aan verskaf nie.²⁸⁸ Daar kan 'n nadelige afleiding gemaak word uit die feit dat die respondente nie die kodisil beskikbaar wou stel nie. In die Raad van Justisie-beslissing van 1814-03-03²⁸⁹ is bevind dat Haupt nie as eksekuteur kon optree nie, maar dat appellante (eisers in Raad van Justisie) moet aantoon dat hulle wel as eksekuteurs en voogde van die minderjariges kon optree.²⁹⁰ Die volgende redes is op appèl aangevoer waarom appellante as eksekuteurs moes optree:²⁹¹

1. 'n Kodisil is slegs geldig as dit deur die testateur self geskryf is, anders moet dit behoorlik opgestel en geattesteer word.
2. 'n Bevoordeelde kan nie self 'n testament skryf en hom die voordeel laat toekom nie.
3. 'n Ongeldige kodisil kan nie 'n bestaande testament ophef nie. Daar kan in elk geval nie bewys word dat die kodisil die wil van die erflater bevat het nie.
4. Geen getuies was teenwoordig nie - daar bestaan onsekerheid oor die handtekening van die erflater.

²⁸⁷ GH 48/2/21 1077 en volgens "Dutch law and customs observed in this colony, (it) is illegal and pro non scripto habetur"(1080).

²⁸⁸ In CJ 1573 303-305 is gesag aangehaal tav die formaliteite van kodisille en is gesteun op Lybrechts *Vertoog over't notaris ampt* 19 10 pag 253. Selfs die vors van 'n land moes die formaliteite nakom); Huber *Hedendaegse Rechtsgeleerdheid* pag 139; C 6 36; De Groot *Inleydinge* 2 25.

²⁸⁹ 1814 CJ 2226 164-166.

²⁹⁰ Vgl ook GH 48/2/21 1081.

²⁹¹ 1082-1093.

5. 'n Kodisil of testament kragtens 'n *clause reservatoir* is onderhewig aan "*stamp duties*" van Rd 1 - geen sodanige aantekening van betaling kom voor nie.
6. Die hof het fouteer deur appellante nie as eksekuteur aan te wys nie aangesien hulle in 'n behoorlik verlyde en geattesteerde testament aangewys is.
7. Die kodisil stel nie uitdruklik dat die appellante nie meer as eksekuteurs moet optree nie - dit is duidelik dat die oorledene nooit bedoel het dat sy vrou alleen as eksekuteur aangestel moes wees nie.²⁹²

Daarteenoor het respondent aangevoer dat volgens die Hollandse reg die testateur geregtig is om sy testament te wysig kragtens die voorbehoudsklausule - soos dit bevestig is deur verskeie sake van die Raad van Justisie. Alhoewel die Hollandse reg bepaal dat niemand vir homself 'n voordeel in 'n testament mag beding nie, staan in *Hollandsche Consultation* 1 103 dat 'n notaris wel as eksekuteur aangestel kan word. Al sou 'n legataris en sy seun getuies wees by 'n testament wees, sou so 'n testament nie nietig wees nie.²⁹³ Die legate verval, maar die aanstelling van die eksekuteur bly geldig. Hieruit lei appellante af dat individue op dieselfde wyse gehanteer moet word.²⁹⁴

Die respondent verwys na die posisie van skuldeisers en skuldenaars waar die skuldeisers 'n skuldbrief opstel en die skuldenaar dit onderteken, dan word die skuldenaar aan die "brief" gebonde gehou volgens die reg van die kolonie.²⁹⁵ Volgens respondent moet appellant bewys dat hierdie gewone reël nie ook op testamente by die aanstelling van eksekuteurs van toepassing is nie. Die *Hollandsche Consultation* 2 147 wat bepaal dat iemand nie 'n voordeel mag bekom nie, is slegs op erfgename en legatarisse van toepassing en nie op die eksekuteur nie.²⁹⁶

In *appellant's rejoinder* verwys hy na die geval in die Engelse reg waar 'n testament, geskryf in die testateur se eie handskrif, geldig is solank

²⁹² Vgl ook 1193.

²⁹³ 1136, 1195-1196.

²⁹⁴ 1137.

²⁹⁵ 1193-1196.

²⁹⁶ 1195-1196.

daar voldoende bewys bestaan dat dit wel sy handskrif is. In die Raad van Justisie is verwys na 'n beslissing van die *Hooge Raad* van 31 Mei 1732 waar 'n testateur in sy eie handskrif 'n kodisil op grond van 'n *clause reservatoir* geskryf het.²⁹⁷ Blackstone adviseer dat dit egter veiliger is om dit aan 'n kerklike regter oor te laat om toe te sien dat die testament behoorlik geteken en verseël is. In die kolonie egter moes die Hollandse reg²⁹⁸ nagekom word en was dit in belang van die testateur dat die testament deur 'n notaris opgestel en deur twee getuies bevestig word.²⁹⁹ As daar nie daaraan voldoen is nie, was die testament nietig.³⁰⁰ Die aanstelling van die eksekuteur is aan dieselfde formaliteite onderhewig volgens De Groot.³⁰¹ 'n Kodisil hoef slegs nie aan die formaliteite te voldoen nie as dit deur die testateur self onderteken en geskryf is,³⁰² of deur iemand geskryf is wat geen belang by die testament het nie.³⁰³ Die kodisil voldoen nie aan hierdie vereistes nie. Volgens Blackstone³⁰⁴ sou die eerste testament dus geldig wees.³⁰⁵ 'n Testament

²⁹⁷ CJ 1573 111. Behoorlike bewyse moet egter bestaan: Van Bijkershoek *Verhandeling over burgerlijke rechtszaaken* 2 5 5 pag 577ev (111); Lybrechts *Redeneerend vertoog over't notaris ampt* 1 pag 355 (112); *Hollandsche Consultatien* 157 en 215 (113-114).

²⁹⁸ De Groot 2 7 6-7 (1218).

²⁹⁹ Van Leeuwen *Censura forensis* 1 3 11 10 - CJ 1573 76. Volgens Wassenaar *Practyk notariael* 18 167 (CJ 1573 77) word daar onder die "Doctoren gecontroverteert" of die notaris en twee getuies by 'n kodisil op grond van *clause reservatoir* benodig word. Volgens "onse costumen" sou hy dit wel so voorstel.

³⁰⁰ 1216-1217.

³⁰¹ *Inleydinge* 2 17 6-7.

³⁰² In die CJ 1573 73-76 is verwys na Voet *Commentarius* 28 1 29. Legate kan op dieselfde wyse bemaak word - Van Bijkershoek *Verhandelingen over burgerlijke rechtszaaken* 3 4 en tov die bemaking van 'n *fideicommissum* die beslissing van die *Hooge Raad* van 1706 soos aangehaal in *Smuts v Fleck* 1809 CJ 1492 258.

³⁰³ Met verwysing na D 34 8 : *quae quis sibi vel suis adscripsit, in alieno testamento pro non scripto habetur* (1219) - ook CJ 1573 87-88.

³⁰⁴ Vol 2 pag 502.

³⁰⁵ 1223. De Groot *Inleydinge* 2 24 *revocatio prioris testamenti per testamentum imperfectum non valet ex defecti solemnitatis non adhibito legitimo testium numero* (1223-1224).

wat 'n ander herroep moet self ook aan alle formaliteite voldoen.³⁰⁶ Volgens die Hollandse reg moes daar bewys wees dat dit die handtekening van die testateur was.³⁰⁷ Die feit dat daar 'n *clause reservatoir* was, hef nie die formaliteite op nie en daar moes steeds daaraan voldoen word - die doel van die formaliteite is juis om korrupsie en bedrog te voorkom en kan nie afgewater word nie.³⁰⁸ Daarteenoor het die hof waarskynlik reeds verweerder se standpunt in die Raad van Justisie³⁰⁹ aanvaar dat 'n beskikking sonder formaliteite in 'n *clause reservatoir* gemaak kan word.³¹⁰

Die eksekuteur ontvang ook 'n voordeel uit die testament volgens die Hollandse reg en tradisie. Die "salaris" van die eksekuteur is 2½% van die boedel plus 'n kwart van die betaling van skulde aan die boedel. In die geval van 'n boedel van ongeveer Rd 200 000 sal die eksekuteur dus Rd 7500 ontvang. In die kolonie egter word 5% van die boedel aan die eksekuteur (soos ook deur die howe in Holland en aan die Kaap bevestig) oorbetaal.³¹¹ Dit is dus 'n voordeel wat die eksekuteur uit die boedel toekom en behoort hy dit nie vir homself in 'n testament te beding nie.³¹² In die Raad van Justisie³¹³ is dit geopper dat volgens Van Leeuwen³¹⁴ 'n notaris vir homself geen voordeel in die testament mag inskryf nie, selfs al sou dit die wil van die erflater wees. Die doel sou volgens Van Zurck³¹⁵ wees om enige bedrieglike handeling te stuit.

³⁰⁶ *Hollandsche Consultatien* 6 pag 417 - CJ 1573 416.

³⁰⁷ 1225. Volgens Blackstone vol 3 pag 369 ev kan getuies wat self 'n belang by die testament het se getuienis nie aanvaar word nie - gevolglik behoort die weduwee se getuienis nie in ag geneem te word nie.

³⁰⁸ 1229-1230.

³⁰⁹ CJ 1573 72.

³¹⁰ In die verband word verwys na Papinianus lib 17 soos vervat in D 28 5 77.

³¹¹ *Hof van Holland* van 28 Julie 1725 - CJ 1573 430.

³¹² 1234-1236.

³¹³ CJ 1573 88.

³¹⁴ *Censura Forensis* 1 3 4.

³¹⁵ *Codex Batavus* 1 5 4 - CJ 1573 88-89. Vgl ook Voet 48 10 (89-92); *Utrechtse consultatien* 2 64 (92-93); C 9 22 3-4 (97).

Die pligte van die eksekuteur is om die wil van die erflater te volvoer.³¹⁶ 'n Administrateur (of voog) sou daardie persoon wees wat 'n insolvente boedel administreer. Volgens die appellante is hulle beide as eksekuteurs en administrateurs volgens die oorspronklike testament aangestel. Hulle verwys ook na die onderskeid wat Blackstone³¹⁷ in dié verband maak.

Die Siviele Appèlhof bevestig egter die vonnis van 1814-03-03 dat weduwee Kiesewetter die enigste eksekuteur van die boedel en administrateur (as voog) van die minderjarige kinders is.³¹⁸

Uit hierdie saak kan afgelei word dat die hof gesteun het op die gesag van die Romeins-Hollandse reg en die gebruike aan die Kaap, naamlik dat dit moontlik is om 'n bemaking in 'n ander skriftelike stuk (wat nie aan die formaliteite voldoen nie) te maak. Die testateur moet die testament òf self skryf òf onderteken. Iemand wat op enige wyse uit die testament bevoordeel word, mag nie die testament skryf nie - die res van die testament bly egter geldig. Dit blyk ook dat daar aan die Kaap 'n eiesoortige praktyk ontstaan het waar die eksekuteur in plaas van 3½% van die boedel, 5% van die boedel as voordeel ontvang. Daar sou afgelei kan word dat dié voordeel as 'n vorm van 'n "legaat" deur die hof beskou is in plaas van as vergoeding vir dienste.

In *Anossi ea (Hayning) v Smuts (Buissine)*³¹⁹ het die erfreg van die graafskap Zutphen ter sprake gekom.³²⁰ Ene Moller en Hayning was sonder 'n huweliksvoorwaardekontrak in Holland getroud. Moller koop 'n stuk grond vir weiding met 'n huis daarop in Zutphen. In Moller se testament (behoorlik verly voor die hof van Zutphen) word sy vrou as universele erfgenaam benoem. Daar is beweer dat volgens die plaaslike reg van Zutphen 'n eggenoot in 'n huwelik sonder 'n huweliksvoorwaardekontrak, nie meer as die helfte van die erflater se deel of 'n kwart van die totale gesamentlike boedel mag erf nie. 'n Ooreenkoms is in die Kaap bereik waarvolgens die boedel onder die

³¹⁶ Lybrechts *Verloog over't notarieel praktyk* 1 pag 539 (1238-1239).

³¹⁷ Vol 2 pag 32 (1239-1240).

³¹⁸ 1814-1815 GH 48/1/1 240.

³¹⁹ 1817 CJ 1645 253-382; 1818 GH 48/2/35 310-597.

³²⁰ Die saak het hoofsaaklik oor *res iudicata* gehandel.

weduwee, twee broers van die erflater en die weduwee Buissine (voormalige vrou van erflater se broer) verdeel is. Op grond van dié ooreenkoms is *res iudicata* gepleit en het die appellant se appèl nie geslaag nie.³²¹

In *Vermaak v De Wet*³²² het die legitieme porsie ter sprake gekom. Ene Dempers het 'n gesamentlike testament met sy eerste vrou aangegaan waarin die boedel onder hulle vier kinders verdeel moes word. Na sy eerste vrou se dood is hy weer getroud en het hy drie kinders by die tweede vrou gehad. Sy tweede huwelik is in gemeenskap van goed sonder 'n huweliksvoorwaardekontrak gesluit. Die vraag het ontstaan of die tweede eggenote meer as die legitieme porsie van die wettige kinders kan bekom. Daar is 'n beroep gedoen op C 5 9 6 dat³²³

"in de Verenigden Nederlanden gerecipieerd ist geworden en steeds geobserveerd word en van daar in deze colonie is overgebracht en in dezelve ook steeds onderhoud en geword volgens welke wet, het aan de ouders, voorkinderen hebbende, verboden word, aan hun tweede egtgenoot, iets meerder te begiftigen, aan alleen ter concurrentie van zoodanig erfdeel, als voorkind geniet het welk in de minste portie, ist geïnstitueerd geworden".

Coren³²⁴, Neostadius³²⁵ en Peckius³²⁶ verwys na die geval waar 'n huweliksvoorwaardekontrak gesluit is - eiser maak dit egter ook van toepassing op 'n huwelik sonder sodanige kontrak.³²⁷

Die vraag of boedelsamesmelting kan plaasvind en of 'n tweede huwelik in gemeenskap van goed gesluit kan word, is breedvoerig deur verder bespreek met verwysing na De Groot.³²⁸ Die kinders moet dus ten minste 'n legitieme porsie bekom het.

³²¹ GH 48/2/35 310-312; GH 48/1/1 344 (319).

³²² 1820 CJ 1725 149-310.

³²³ 156.

³²⁴ *Observatien* 100 29 en 54 (167).

³²⁵ *De pactis antenuptialibus* 4 (167).

³²⁶ *Tractatus de testamentis conjung* 2 18 8 en Lybrechts *Redeneerend Vertoog* (167).

³²⁷ 167-168.

³²⁸ *Inleydinge* 2 11 8 (254-255); 2 12 6 (256-260); ook die *Hollandsch Rechtsgeleerd*

In die *pleidooy van antwoord*³²⁹ wys die verweerder daarop dat die *Codex* 5 9 6 verkeerd toegepas is en dat dié verkeerde interpretasie deur die *Hof van Holland* en die *Hooge Raad* verwerp is.³³⁰ Volgens hom kan boedelvermenging in Holland plaasvind nieteenstaande die teks. Hierdie verskynsel het reeds in die gewoontereg voorgekom voordat die *Codex*-teks daar resipieer is. Die Romeinse reg was subsidiêr tot die plaaslike of gewoontereg. Joan Cos³³¹ beskryf die "gevoelens" van die Hollandse regsgeleerdes in die verband die beste. Die *Hollandsche Gerechtshoven* van 22 Mei 1586,³³² Van der Keessel³³³ en Van der Linden³³⁴ dui duidelik aan dat boedelvermenging nie op grond van die *Codex*-teks ontstaan het nie.³³⁵

Die bevinding van die Raad van Justisie was dat die tweede huwelik wel in gemeenskap van goed gesluit en inderdaad ook was; dat die verweerder op die helfte van die boedel, sowel as die slavin Louisa van die Kaap (wat in 'n kosidil van 18 September 1817 aan haar bemaak is), geregtig is. Die helfte van Dempers se erfdeel moet so verdeel word dat die weduwee nie meer as die legitieme porsie ontvang nie. Die gedeelte wat meer as die legitieme porsie is, moet onder die kinders uit die eerste huwelik verdeel word.³³⁶

Woordenboek pag 158 steun De Groot se standpunt dat sodanige verbod bestaan sodat die kinders uit die eerste huwelik nie benadeel word nie (261-270). Die verweerder se regsverteenvoerder haal die eiser se regsverteenvoerders oor die kole omdat hy die reg nie noukeurig ontleed het nie (265).

³²⁹ 305ev.

³³⁰ 305.

³³¹ *Verhandelingen over de boedelvermenging* 6 (306).

³³² In die saak van *Gerrit Laurens cum locis impetranten in cas appel ende Eliz Corn Gysbrechts weduwee Laurens* soos aangehaal deur Coren *Observationes* 30 29: "Quamvis inter Doctores et alium etiam inter nostri fori patronos id practiens non satis convenerit utrum consuetudo illa introducens communionem inter conjugens, in casu existentium aliborum anterioris matrimonium restringenda sit ... praxis invaluit eo casu consuetudine non restringi" (306).

³³³ *Theses selectae* 229 (307).

³³⁴ *Koopmans Handboek* 1 3 8 (307).

³³⁵ De Groot *Infleydinge* 2 2 5 (308).

³³⁶ 1820 CJ 938 562-563.

Dit blyk dus dat die hof wel gevolg gegee het aan sowel die gewoontereg wat in Holland bestaan het ten aansien van die tweede huwelik wat in gemeenskap van goed gesluit is, as aan die Romeinsregtelike reëling met betrekking tot die legitieme porsie. Dit is duidelik dat die 16e en 18e eeuse Hollandse gewoontereg in die verband aan die Kaap toepassing gevind het en nie noodwendig die 17e eeuse Romeins-Hollandse reg nie.

4. SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKINGS

Die erfreg het 'n belangrike rol in die regslewe aan die Kaap gespeel. Dit blyk uit die aantal erfregsake wat voor sowel die Raad van Justisie as Siviële Appèlhof geding het.

Van die belangrikste onderwerpe wat aangespreek was, was gesamentlike testamente, die *fideicommissum familia*, *substitutio*, *clause reservatoir*, kodusille, legitieme porsie en die *querela inofficiosi testamenti*.

4.1 Reg aan die Kaap

Die vraag kan gestel word watter reg aan die Kaap ten opsigte van die erfreg toepassing gevind het. 'n Duisternis gesag is deur die verskillende regspraktisyns aangehaal ten einde hulle stellings te staaf. Buiten die Romeinse en Romeins-Hollandse reg word daar ook van ander skrywers uit die Europese *ius commune* gebruik gemaak. Hierdie gebruik dui dan ook daarop dat nie net die "eng" reg soos in Holland, aan die Kaap gegeld het nie, maar die Europese *ius commune*. Daar word ook ruim van 18e eeuse Romeins-Hollandse outeurs gebruik gemaak en dit bewys stellings wat sou beweer dat die reg van Holland soos in 1652 aan die Kaap gegeld het, ook foutief. Blackstone word hoofsaaklik as bron van die Engelse reg aangehaal. 'n Geskiedkundige outeur (Holme/Solme) en selfs Shakespeare is as gesag vir die Engelse reg aangehaal. Die eerste keer wat daar in die erfregsake wat ondersoek is, melding van die Engelse reg gemaak is, is 1818.

Daar is verskeie verwysings na regspraak van die *Howe van Holland* en die *Hooge Raad*, waaruit die afleiding moontlik gemaak kan word dat 'n informele stelsel van *stare decisis* toenemend 'n rol begin speel het. Uit die ondersoek het dit geblyk dat die *ius commune* in 'n beperkte mate aangevul is deur plaaslike gebruike en gewoontes. Nie alleen verwys die regspraktisyns na "costume lokaal" of plaaslike gebruike nie, maar word daar ook na Kaapse wetgewing in dié verband verwys.

4.2 Gesamentlike testamente

'n Gesamentlike testament is waar meer as een testateur hulle wilsverklarings in een dokument uiteensit. Aan die Kaap was dit die algemene gebruik dat egpare wat in gemeenskap van goed getroud was, 'n gesamentlike testament (waarin daar gewoonlik 'n *clause reservatoire* vervat is) verly. Dit sou volgens die een saak ooreenkomstig die *costume local* erken word.³³⁷ Die gesamentlike testament het probleme opgelewer, wanneer een van die testateurs te sterwe kom en die ander een weer trou. Van dié partye het dan die vorige gesamentlike testament herroep en 'n nuwe gesamentlike testament met die tweede eggenoot (eggenote) opgestel.

Ten aansien van prelegate is daar op die Romeinse en Romeins-Hollandse reg gesteun. Daarvolgens moes die eerste gesamentlike boedel eers afgehandel word wat die prelegate van die eersterwende (eerste boedel) betref, alvorens die boedel kragtens die tweede gesamentlike testament verdeel kon word.³³⁸

Nie alleen die prelegate nie, maar die boedel van die eerste eggenoot (helfte van gesamentlike boedel) moes volgens die "gebruik in hierdie kolonie" eerste afgehandel word.³³⁹

'n Beroep is veral op die Romeins-Hollandse reg soos in die *Hollandsche Consultatien* beskryf, gemaak ten einde die posisie uit te klaar of kinders wel 'n eis het, as hulle deur die erflater verbygegaan is.³⁴⁰

4.3 Fideicommissa familia

Die *fideicommissa familia* wat reeds in die Romeinse reg bestaan het, het ten doel gehad om bepaalde bates na die dood van die erflater in die familie te hou.

³³⁷ *Roux en Hamman (Disch) v Nielen* 1811 CJ 1534 140-378.

³³⁸ *Eksteen v Eksteen* 1823 GH 48/2/59 1-14.

³³⁹ *Roux en Hamman (Disch) v Nielen* 1811 CJ 1534 140-378.

³⁴⁰ *Ventura (Janssens) v Danielse (De Oude)* 1810 CJ 1509 264-544.

Dit blyk dat die hof aanvaar het dat daar in die Kaapse praktyk voorsiening vir 'n *fideicommissa familia* gemaak is.³⁴¹ Die Nederlandse reg het egter steeds 'n groot rol in die interpretasie of daar direkte of *fideicommissêre* substitusie ter sprake is, gespeel. In verskeie sake was daar selfs 'n geskil oor die vraag of hierdie *fideicommissum* wel in die Kaap aanwending gevind het.

In een saak is aangevoer dat die *fideicommissa familia* as gevolg van die feodale reg verder uitgebou is. Alhoewel een van die partye betoog het dat die feodale reg nie in die kolonies (selfs die hele Afrika) toepassing kon vind nie, blyk dit dat die hof die standpunt aanvaar het dat dié "verwerkte" reg soos deur die Romeins-Hollandse outeurs wel toepassing kon vind. Die hof het wel die plaas aan die seun as oudste erfgenaam laat toekom, maar hom verplig om aan sy susters hul "intestate erfdeel" waarop hul andersins geregtig sou wees, te laat toekom.³⁴² 'n Mengsel van Hollandse gewoontereg en Romeins-Hollandse reg is toegepas.

4.4 Formaliteite, clause reservatoir, querela inofficiosi testamenti

Die formaliteite van testamente het deur die eeue verskeie ontwikkelings deurgaan. Die nie-nakoming van hierdie formaliteite het meestal nietigheid van die testament tot gevolg gehad. Aangeleenthede wat met 'n beroep op gebreke in die formaliteite ter sprake gekom het, was die *clause reservatoir* (waarkragtens die erflater vir homself die reg voorbehou om in 'n ander skriftelike stuk 'n bemaking te maak), kodisille, *querela inofficiosi testamenti* (klag teen die onpligmatige testament), die aanstel van die eksekuteur, bevoordeling van getuies en die legitieme porsie.

Aan die Kaap is daar hoofsaaklik van oop en beslote notariële testamente gebruik gemaak. Die grootste problematiek was of 'n kodisil of testament opgestel kragtens 'n *clause reservatoir* aan sekere vormvereistes moes voldoen.

³⁴¹ *Laubscher v Orphan Chamber* 1819 GH 48/2/38 235-329.

³⁴² *Laubscher v Orphan Chamber* 1818 CJ 1677 320-566; 1819 GH 48/2/38 235-329.

Aangesien die notariële testament 'n Middeleeuse en na-Middeleeuse ontwikkeling toon, word daar hoofsaaklik op Romeins-Hollandse gesag gesteun.³⁴³

Uit die pleitstukke blyk dit dat die verskillende regsverteenwoordigers telkens melding daarvan maak dat hulle standpunte aan die plaaslike reg getoets moet word. Ook in die geval van formaliteite word daar gereeld na regspraak van die *Howe van Holland* en die *Hooge Raad* verwys. Die gevalle waar gepleit is dat die testateur nie by sy volle positiewe was toe die testament verly is nie, is telkens deur mediese getuienis verwerp en moes daar teruggeval word op ander moontlike formaliteitsgebreke. Daar is verder aangevoer dat 'n merk nie voldoende ondertekening van 'n kodisil is nie of dat die handtekening van 'n testateur vervals was. In beide gevalle was 'n beslote testament ter sprake en het die hof hierdie verwere verwerp.³⁴⁴

In 'n bepaalde geval was die notaris met die suster van die erflater getroud - dié verbintenis het geen uitwerking op die geldigheid van die testament gehad nie. In 'n ander geval was die aanstelling van 'n eksekuteur nietig omdat hy die testament namens die erflater geskryf het. Slegs die aanstelling van die eksekuteur is nietig verklaar. Daar is bevind dat op grond van Kaapse gebruike die eksekuteur 5% van die boedelinkomste ontvang en dat dit op 'n voordeel neerkom. Waar een van die getuies binne vyf grade van die erflater verwyder was, was die latere testament gemaak op grond van die *clause reservatoir* ook nietig. Ook in hierdie gevalle is daar hoofsaaklik op die Romeins-Hollandse outeurs en regspraak 'n beroep gemaak. Die Engelse regsposisie soos deur Blackstone uiteengesit, is ook bespreek, maar daar is pertinent gestel dat aan die Kaap daar op die reg soos in die Nederlande beskryf is, gesteun word.³⁴⁵

Waar 'n tweede huwelik aangegaan en 'n gesamentlike testament opgestel word, blyk dit dat die tweede vrou se bemaking nie meer mag wees as die legitieme porsie wat die kinders van die eerste vrou ontvang het nie. Daar het 'n strydvraag ontstaan of C 5 9 6 of die gewoontereg in

³⁴³ Vgl bv. *Anossi v Neethling (Smuts) v Fleck* 1806 CJ 1419 6-300.

³⁴⁴ *Leeson v Cruywagen* 1820 CJ 1741 2-518;; GH 48/2/44 444-674.

³⁴⁵ *Van Druten ea v Le Roux ea* 1814 CJ 1573 33-609; *Van Druten & Sappe v Widow Kiesewetter & Haupt* 1814-1815 GH 48/2/21 578-1347.

Holland soos deur die voor 16e eeuse en na 17e eeuse outeurs beskryf, toepassing moet vind. Dit lyk asof die hof aanvaar het dat in sekere gevalle die Romeinse reg subsidiêr tot die Nederlandse gewoontereg gestel is, aangesien bevind is dat 'n tweede huwelik wel in gemeenskap van goed gesluit kan word. Die Romeinsregtelike posisie met betrekking tot die legitieme porsie is egter wel gevolg.³⁴⁶

4.5 Gevolgtrekking

Die erfreg aan die Kaap het uit verskillende elemente bestaan, naamlik die Romeinse reg, die *ius commune* van Wes-Europa, onder andere soos dit in die Romeins-Hollandse reg weergegee is, en in bepaalde gevalle die plaaslike Kaapse gebruike en gewoontes. Alhoewel daar verwysings na die Engelse reg was, kan op hierdie stadium nie 'n afleiding gemaak word dat wat die materiële erfreg betref daar enige beïnvloeding was nie. Uit die feit dat daar in die onderhawige tydperk deur die praktisyns aan die Kaap toenemend na beslissings van die *Hooge Raad* en die *Hof van Holland* verwys is, kan moontlik afgelei word dat die Engelse beginsel van *stare decisis* informeel toepassing begin vind het.

³⁴⁶ *Vermaak v De Wet* 1820 CJ 1725 149-310.

LASTER

1.1 Inleiding

'n Relatief groot aantal lastersake het in die tydperk van 1806-1828 aan die Kaap voorgekom. Dit het sowel strafregtelike laster (*crimen iniuriae*) as sivilregtelike laster ingesluit. Weens die tema van die projek (die ontwikkeling van regsinstellings en bepaalde privaatregtelike regsgebiede aan die Kaap), word slegs die hantering van *iniuria* as delik deur die Kaapse Raad van Justisie en die Siviele Appèlhof (*Court of Appeal in Civil Cases*) bespreek.

In die Raad van Justisie databasis is die volgende aantal onregmatige daad-sake opgeneem:

1. onregmatige daad algemeen: 17
2. *Actio legis aquiliae*: 3
3. Saakbeskadiging: 2
4. Onregmatige arrestasie: 1
5. Onregmatige aanhouding: 2
6. Skadevergoeding: 16
7. Belediging: 23
8. Laster: 71
9. *Actio iniuriarum*: 7
10. *Iniuria per consequentias*: 11
11. Seduksie: 11
12. Genoegdoening: 25
13. Verwere: 3

(Sake is, waar toepaslik, onder meerdere onderwerpshoofde opgeneem).¹

Na 'n bondige oorsig van die algemene agtergrond (met verwysing van die geskiedenis, definisie en ontwikkelingsgang van laster), word 'n uit-

¹ Vgl Visagie ea *Die Raad van Justisie, hofstukke en uitsprake wat betrekking het op siviele sake, 1806-1827 (1989) bylae 6.*

eensetting van 'n aantal geselekteerde beslissings met die oog op die identifisering van die juridiese gesag waarna verwys is, gegee. Die uitsprake self is nie gemotiveer nie (en bevat ook geen verwysing na gesag nie); gevolglik is die ondersoek gerig op die pleitstukke van die betrokke regsverteenwoordigers. In dié verband word die betrokke *sedes materiae* van die Romeinse, Middeleeuse, Romeins-Hollandse, Kaapse, Engelse en ander Europese reg (Wes-Europese *ius commune*) vermeld. Opvattinge oor die *stare decisis* het ook die Kaapse lasterreg beïnvloed. 'n *Locus classicus*, *Meres v Dixon*,² word daarna met verwysing na sowel die Raad van Justisie- as die Siviele Appèlhof-uitsprake bespreek om die samehang en relatiewe rol van die verskillende kategorieë bronne nader toe te lig. Ten slotte word 'n samevatting van die ontwikkeling van die tersaaklike regsreëls aan die Kaap tydens dié tydperk gegee.

1.2 Agtergrond

1.2.1 Geskiedenis

Vir doeleindes van hierdie oorsig kan daar 'n onderskeid tussen drie tydperke in die ontwikkeling van die lasterreg aan die Kaap gemaak word;

1. Voor 1806: die periode voor die Tweede Britse Besetting.³
2. 1806-1828: die periode waartydens die oorgeërfde hofinstellings en reg sonder grootskaalse owerheidsingrype bly voortbestaan en interne ontwikkelings ondergaan het.⁴
3. Na 1828: met die inwerkingtreding van die *Charter of Justice* wat vir 'n nuwe hofstelsel voorsiening gemaak het, die invoering van Engelse regters wat nie in die Romeins-Hollandse reg geskool was nie,

² 1813 CJ 1560 278-444 (proses); Siviele Appèlhof: 1814A GH 48/2/18 120-275 (proses); GH 48/1/1 232 (register).

³ Die belangrikste literatuur oor hierdie tydperk is Visagie *Reg en regspleging aan die Kaap van 1652 tot 1806* (1969). Sien verder Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 571-575; Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1979) 428-448.

⁴ Die vernaamste bron tav hierdie tydperk is Van der Merwe *Regsinstellings en die reg aan die Kaap van 1806 tot 1834* (1984) (ongepubliseerde LLD-proefskrif Universiteit van Wes-Kaapland). Sien verder Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 575-576; Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1979) 448-451.

en 'n owerheidsbeleid van die geleidelike vervanging van laasgenoemde regstelsel met die Engelse reg, is die Kaapse gemenereg mettert tyd aan verskeie ander regsinvloede blootgestel.⁵

In die tydperk onder bespreking (1806-1828) het laster dikwels aan die Kaap voor gekom. Dit kon mondelings of skriftelik geskied. In laasgenoemde verband het Fiskaal Denyssen in 1825 verklaar dat daar gereeld naamlose plakkate op die Kaapse strate geplaas is waarin lasterlike bewerings teen bepaalde inwoners gemaak is.⁶ Laster aan die Kaap het drie verskyningsvorme gehad:

1. sivilregtelike laster (*iniuria*).
2. strafregtelike laster (*crimen iniuriae*).⁷
3. aanspreeklikheid van die pers op grond van laster.⁸

1.2.2 Definisie

Laster (*iniuria*) is in die Romeinse reg gedefinieer as die *iniuria dicitur*

⁵ Sien verder Hahlo en Kahn *The South African Legal System and its Background* (1968) 577-578; Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1979) 453-458.

⁶ Theal *Records* vol 24 30 (Bylae 3 (1825-07-18) tot die Verslag van die Colebrook-Bigge-kommissie tav die Pringle-aangeleentheid: Theal *Records* 1-21 (verslag) 22-50 (bylaes).

⁷ Sien daaroor Theal *Records of the Cape Colony* (1905) 29 1-224 se weergawe van *Fiskaal v Burnett*. 'n Tweede belangrike saak was *Fiskaal v Cooke, Edwards en Hoffmann* (en daaroor Theal 17 177-209 en 22 319-328). Sien ook Van der Merwe *Regsinstellings aan die Kaap van 1806 tot 1834* (1984) 123-132 en 132-137 (onderskeidelik tav dié twee beslissings) en 208, 220, 225-226, 263, 287 (tav strafregtelike laster aan die Kaap).

⁸ Daar het twee benaderings oor die hantering van die pers aan die Kaap bestaan: enersyds was dit die standpunt van die plaaslike owerheid (en in die besonder dié van die goewerneur, Lord Charles Somerset) dat die pers onderworpe is aan beheer en dat die lisensie om te mag publiseer deur die owerheid toegestaan en ontnem kon word. Daarenteen was dit die mening van die Colebrook-Bigge-kommissie dat die pers slegs hoef te registreer (en daar 'n plig om die owerheid is om registrasie te verleen) en dat die (siviele - en moontlik ook die strafregtelike) lasterreg genoegsame remedies bied: Theal *Records* 32 230-232.

contumelia.⁹ Laster kon mondelings (*iniuria verbis*), skriftelik (*iniuria scriptis*) of by wyse van 'n fisiese handeling (*iniuria realis*) geskied.¹⁰ Die regter kon *ex aequo et bono* 'n bedrag genoegdoening vasstel.¹¹ Die *actio iniuriarum* was 'n poenale aksie (met 'n strafelement); en aangesien dit ook as 'n *actio vindictam spirans*¹² geklassifiseer is, is dit sowel aktief as passief onoorganklik.

De Groot bespreek laster as 'n *misdaed jegens eer*.¹³ Hy wys daarop dat die verweerder bo en behalwe 'n geldbedrag as genoegdoening ook in die openbaar die lasterlike beweringe moet terugtrek (*recantatio*) en om verskoning moet vra (*palinadio*).¹⁴ Dit staan ook bekend as onderskeidelik *amende profitable* en *amende honorable*. Dié benadering is afkomstig uit die Middeleeuse Germaanse reg, en is deur die Kerklike reg beïnvloed. Onder invloed van die Franse reg het die oud-Hollandse reg tydens die resepsie van die Romeinse reg die *amende profitable* en *amende honorable* erken. Waar die betrokke lasterlike bewering wel waar was, is die dader slegs tot 'n *amende profitable* veroordeel.¹⁵

In die Kaapse Raad van Justisie was dit staande praktyk dat die *amende profitable* nie deur die benadeelde self ontvang word nie, maar dat geëis is dat dit *ad pias causas* aangewend word; in dié verband is 'n spesifieke instansie (soos 'n bepaalde gemeente van die Gereformeerde Kerk of 'n skool) deur die eiser in sy eis vermeld. Die rede vir die gebruik dat die *amende profitable* nie aan die benadeelde persoonlik toegekom het nie, het waarskynlik te make met die beskouing dat die status van inwoners geag was so hoog te wees dat dit *infra dignitatem* sou wees om self 'n

⁹ D 47 10 1 pr; Feenstra *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands Privaatrecht* (1984) 161; Thomas *Textbook of Roman Law* (1976) 369-373; Van Zyl *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse Privaatreg* (1977) 344-345.

¹⁰ D 47 10 11.

¹¹ Gai 3 224; D 47 10 7 pr; D 47 10 17 5.

¹² Letterlik 'n aksie wat wraak spuug - D 37 6 2 4.

¹³ *Inleydinge tot die Hollandsche Rechtsgeleertheid* 3 36 1.

¹⁴ *Inleydinge* 3 35, 3 36 3; Voet *Commentarius ad Pandectas* 47 10 17; Matthaeus *De Criminibus* 47 4 2 7.

¹⁵ De Smidt *Compendium van het Geschiedenis van het Nederlands Privaatrecht* (1972) 131-132; Ranchod *Foundations of the South African Law of Defamation* (1972) 89-91.

geldbedrag vir die gelede *iniuria* te ontvang; veel belangriker was die openbare terugtrekking en verskoning. In teenstelling tot die Romeins-Hollandse reg het die Raad van Justisie normaalweg in alle lastersake sowel 'n *amende profitable* as 'n *amende honorable* toegestaan.

Daarenteen het die Siviele Appèlhof in alle gevalle waar die Raad van Justisie beide vorme van *amende* toegestaan het, die vonnis na slegs die betaling van 'n *amende profitable* gewysig. Ook dit was 'n afwyking van die Romeins-Hollandse reg. Na invoering van die Eerste Regsoktrooi (1827.08.24) het die *amende*-benadering verval, en is daar bloot genoegdoening aan die benadeelde self toegeken.¹⁶

Die formule wat normaalweg gebruik is om die eis weens laster in te klee, het in *Meres v Dixon*¹⁷ soos volg gelui:

"The respondent is bound and obliged to amend the injury and that he may be condemned to amend the same honorably by appearing before Gentlemen Commissioners of the Worshipfull the Court of Justice and there to ask forgiveness of teh appellant declaring that the Respondent is heartily sorry for the injurious expressions he has made use of to the Appellant, and that he acknowledges the Appellant to be an honest man aganst whose honor, comportment and character he cannot alledge anything - And profitably to pay to the Reformed Church of this Town or to such other fund as it may please this Right Honorable Court of Appeals to direct, a sum of One Hundred Silver Duccatoons or so much as the said Court in good justice may deem meet".

In die moderne Suid-Afrikaanse reg word laster omskryf as

"die opsetlike aantasting van 'n ander se reg op die goeie naam, of breedvoeriger gestel, laster is die onregmatige, opsetlike publikasie van woorde of gedrag aangaande 'n ander wat die strekking het om sy aansien, goeie naam of reputasie te ondermyn".¹⁸

Die Romeinsregtelike reëls met betrekking tot die strafkarakter, die hoogspersoonlike aard van die *actio iniuriarum*, die aktiewe en passiewe onoorganklikheid asook die bepaling van die bedrag genoeg-

¹⁶ *Norden v Oppenheim* 3 Menzies 42; *Hare v White* (1865) 1 Roscoe 246; Nathan *The Law of Defamation (Libel and Slander) in South Africa* (1933) 181-183; Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 16.

¹⁷ 1814A GH 48/2/18 199-201.

¹⁸ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 332. Sien ook Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 389.

doening word in die Suid-Afrikaanse reg toegepas. Die verdere Romeins-Hollandse remedie van terugtrekking (*recantatio*) en verskoning (*palinadio*) kom egter nie in die huidige Suid-Afrikaanse reg voor nie.

Een van die groot probleme in die Suid-Afrikaanse reg was die betekenis, rol en funksie van *animus iniuriandi* as opsetsvereiste. Daar word algemeen aanvaar dat sodra die eiser *prima facie* bewys gelever het dat die betrokke optrede *prima facie* lasterlik was, die daar vermoed word dat dit *animo iniuriandi* geskied het. Die bewyslas rus dan op die verweerder om aan te toon dat dit sonder dié nodige opset geskied het. Dié weerleggingslas moet hy hom op 'n oorwig van waarskynlikhede van kwyf.¹⁹ Hy kan ook aantoon dat sy optrede nie tot aanspreeklikheid ly nie op grond van die bestaan van regverdigingsgronde (onregmatigheidsuitsluitingsgronde soos privilegie of bevoorregte geleentheid, waarheid, openbare belang (wat reeds in die Middeleeuse en Romeins-Hollandse reg as verweer omstrede was),²⁰ billike kommentaar en toestemming tot belastering²¹ en van skulduitsluitingsgronde (byvoorbeeld dwaling, skerts, afwesigheid van wederregtelikheidsbewussyn en skuldlose aanspreeklikheid).²² Die Engelsregtelike vereistes van *malice* het ook in Suid-Afrikaanse lasterreg 'n groot rol gespeel, en het mettertyd die Romeins-Hollandse *animus iniuriandi*-vereiste begin verdring. Dié proses is in *Maisel v Van Naeren*²³ omgekeer,²⁴ en is die gemeenregtelike posisie herstel. As gevolg van beleidsoorwegings en Engelsregtelike beïnvloeding reeds van vroeg af,²⁵ is die opsetsvereiste in die geval van laster deur die pers

¹⁹ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 339-340. Sien ook Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 428-433.

²⁰ Sien bv Ranchod *Foundations of the South African Law of Defamation* (1972) 84-89.

²¹ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 335-339. Sien ook Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989).

²² Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 340-341; Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 407-428.

²³ 1960 4 SA 836 (K)

²⁴ Sien ook Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 339; Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 433-441.

²⁵ Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 363.

mettertyd tot blote nalatigheid verminder, en is in *Pakendorf v De Flamingh*²⁶ en *SAUK v O'Malley*²⁷ beslis dat die pers skuldloos aanspreeklik is vir gepubliseerde lasterlike bewerings.²⁸

1.3 Frekwensie

1.3.1 Algemeen

Soos hierbo vermeld, blyk dit uit die ondersoek dat daar 'n groot aantal lastersake aan die Kaap hul weg tot in die Raad van Justisie gevind het. Binne handelsregtelike sfeer het daar veral gedinge met betrekking tot verhandelbare dokumente (en daarnaas ook met betrekking tot vennootskappe en verteenwoordiging) voorgekom. Privaatregtelik was die klem op laster, grondaangelleentheid, boedels en slawe.

1.3.2 Raad van Justisie

Uit die 71 lastersake wat tot 'n finale uitspraak deur die Raad van Justisie gelei het en waarvan 8 op appèl na die Siviële Appèlhof geneem is, is 'n aantal verteenwoordigende uitsprake vir doeleindes van hierdie analise geselekteer. Die grondslag van dié keuse is geleë in die feit dat daar in hierdie sake in wisselende mate na gemeenregtelike en ander gesag deur regsverteenwoordigers verwys word. Daar moet voorts in gedagte gehou word dat daar talle lastersake (soos ook talle ander gedinge van siviëlregtelike aard) wat nie deur die Raad van Justisie bereg is nie. Dit behels daardie gevalle waar pleitstukke nie tydig ingedien is nie of waar onvoldoende of geen sekuriteit gestel is. Daarbenewens is lastersake normaalweg na *litis contestatio* deur die volle Raad van Justisie eers na *commissariaal* verhoor - dit behels die vooraf verhoor deur twee lede van die Raad van Justisie wat poog om 'n skikking tussen die partye te bewerkstellig. Slegs in daardie gevalle waar die twee kommissarisse nie daarin kon slaag om sodanige skikking te bewerkstellig nie, is die aan-

²⁶ 1982 3 SA 146 (A).

²⁷ 1977 3 SA 394 (A).

²⁸ Sien ook Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (1992) 363-364; Van der Merwe en Olivier *Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse reg* (1989) 438-441.

geleentheid na die volle hof (waarvan hulle ook lede was) vir oorweging en beslegting verwys.²⁹

1.3.3 Siviele Appèlhof

Benewens 'n beduidende aantal sake wat weens die onvoldoende verskaffing van sekuriteit of die nie-tydige indiening van pleitstukke nie tot 'n finale vonnis van die Siviele Appèlhof gelei het nie, is 8 sake wel finaal afgehandel. In talle gevalle is daar ook by die Raad van Justisie na uitspraak kennis gegee van appèl na die Siviele Appèlhof, maar is daar nie daarmee voortgegaan nie. Vanweë die feit dat die samestelling van die Siviele Appèlhof so was dat slegs Britse amptenare daarop sitting gehad het, en dat hulle as nie-juriste hulle oor privaatregtelike aangeleenthede afkomstig uit 'n vreemde en andersoortige regs kultuur moes uitspreek, was dit waarskynlik te wagte dat dat hulle meer Engelsregtelik geïntereerd sou wees.³⁰

1.3.4 Privy Council (King in Council)

In 'n beperkte aantal gevalle is daar ook van die CA na die Privy Council in Engeland geappelleer. Daar het bepaalde voorskrifte in hierdie verband met betrekking tot onder andere die toestemming van die CA, die aard en monetêre waarde van die eisoorzaak, termyne vir die inhandiging van pleitstukke en die stel van sekuriteit bestaan.

1.4 Regspraak

1.4.1 Meres v Dixon

1.4.1.1 Agtergrond

In *Meres v Dixon*³¹ was advokate De Wet, G Buijskes en FWM Ruijsch asook die prokureur JP Blommaert in verskillende hoedanighede en op verskillende tydstippe as regsverteenwoordigers betrokke. Blommaert

²⁹ Sien Bylae J (Prosesreg) oor die funksionering van die verwysing van sake *commissariaal*.

³⁰ Sien tav die oorspronklike en latere samestelling van die CA Bylae J (Prosesreg).

³¹ 1813 CJ 1560 278-444 (proses); CJ 932 513-514 (vonnis: 1813-05-13). Siviele Appèlhof: 1814A GH 48/2/18 120-275 (proses); GH 48/1/1 232 (register).

het vir Dixon en Buijskes het vir Meres opgetree. Die president van die Raad van Justisie was WS van Rijnveld.

Die hofrekord bestaan uit die volgende stukke:

1. dagvaardiging (CJ 1560 278-279)
2. procuratie en translaat (CJ 1560 280-287)
3. eis en conclusie (CJ 1560:288-230 + bylaes: 301-333)
4. substitutie en actie van cautie (CJ 1560 334-354)
5. antwoord (CJ 1560 355-376 + bylae: 377-398)
6. memorie van repliek (CJ 1560 399-423 + bylae: 424-432)
7. dupliek (CJ 1560 433-439 sonder bylae)
8. salarisrekening (CJ 1560 440-442).
9. register (CJ 1560 443-444).

1.4.1.2 Eis

Die eisorsaak was *verbale injurie* - 'n geval van "atroce injurie" (CJ 932 513). Meres het 'n bevel teen Dixon tot die gee van

1. *amende honorable*³²
2. *amende profitable*³³ (ter waarde van 100 silwerstukke betaalbaar aan die Gereformeerde Diakonie Armen),³⁴ en
3. 'n kostebevel

aangevra.

1.4.1.3 Feite en regsgrondslag

Die eiser (Meres, hierna M) se saak was dat Dixon (hierna D) hom belaster het deur die toevoeging van die volgende gewraakte woorde:

"dat hij naar de hel konde gaan";³⁵

"dat hij hem en zijn paard verdoemen";³⁶

³² Sien hierbo (299-300).

³³ Sien hierbo.

³⁴ 299-300.

³⁵ CJ 1560 307.

³⁶ CJ 1560 307.

"gij zijt een verdoemde impetrante schurk".³⁷

en dat daar nie sprake van enige provokasie was nie.³⁸ D was van mening dat die bewyslas op M is om die belediging te bewys (waarvan M hom na sy D se mening nie gekwyd het nie.³⁹ Die beweerde lasterlike woorde is tydens 'n twisgesprek tussen M en sy ondegeskikte D in 'n openbare straat waar M vir D tereggewys het en waar twee getuies aanwesig was, gebesig. Die gewraakte woorde was ook syns insiens dubbelsinnig.⁴⁰ D verwys in sy *antwoord* na die "zeer bekende regel" van die Romeinse reg dat in gevalle van dubbelsinnigheid, waar daar twyfel bestaan of daar 'n *iniuria* gepleeg is, dit geag word wel te geskied het.⁴¹ Derdens het hy beweer dat hy deur die woorde van die eiser geprovokeer is⁴² en in antwoord van M se beledigende woorde wel self die gewraakte woorde gebesig het.⁴³ Hy vermeld ook dat die vertaling van die betrokke woorde foutief is.⁴⁴ Die *retortie van injurie* kan nie self 'n *iniuria* daarstel nie.⁴⁵

In sy *memorie van repliek* stel M hom op die standpunt dat hy wel daarin geslaag het om die oogmerk om te beledig aan te dui.⁴⁶ Hy voer Carpzovius⁴⁷ as gesag aan vir die regsposisie

³⁷ CJ 1560 437.

³⁸ 293.

³⁹ 359-360.

⁴⁰ 362.

⁴¹ 362.

⁴² 363.

⁴³ 366.

⁴⁴ 368-370.

⁴⁵ 370-371.

⁴⁶ 417.

⁴⁷ *Definitiones Forenses* 89 32 (418-419).

“het recht maakt ook ten deesen eene bijzondere uitsondering in cas van injurie ingeval het niet blyjke wie van beide de eers te geweest zijn die de hoonende woorden heeft uitgesproken”.

waar dit onseker is watter party eerste van beledigende woorde gebruik gemaak het.⁴⁸ In so 'n geval moet daar wedersydse *compensatie* plaasvind⁴⁹ aan die hand van die stand van die onderskeie partye⁵⁰ met 'n beroep op “het gevoel van regsgeleerden Schrijveren”⁵¹ met besondere verwysing na Schrassert⁵² In dié verband verwys hy na sy funksie as offisier in diens van die Britse koning.⁵³

1.4.1.4 Uitspraak

Die Raad van Justisie wys die eis van die hand, en reik 'n kostebevel ten gunste van D uit.⁵⁴

1.4.1.5 Appèl: gronde en gesag

M het appél teen die Raad van Justisie-uitspraak aangeteken en die nodige sekuriteit verskaf. Advokaat Neethling het namens D opgetree en advokaat Buijskes namens M.

D het egter die eksepsie⁵⁵ opgewerp dat weens die geldwaarde van die eis (150 Rd) appèl uitgesluit is.⁵⁶ Hy beroep hom op die proklamasie van 1807-05-29 wat bepaal dat appèlle slegs ontvanklik is waar die bedrag in geskil 1000 Rd oorskry.

⁴⁸ 419).

⁴⁹ 418-419.

⁵⁰ 420.

⁵¹ 419.

⁵² *Practicae Observationes* 438 no 2 (420).

⁵³ 420.

⁵⁴ CJ 932 513-514 (1813-05-13).

⁵⁵ My term.

⁵⁶ GH 48/2/18 120-121.

In sy *appellant's reply*⁵⁷ wys M daarop dat dit hier eerstens om 'n feitegeskil gaan, en tweedens dat daar benewens die geldboete ook 'n openbare *amende honorable* gevra is⁵⁸. Laasgenoemde is van meer belang as die geldboete:

"That part of the claim is of more interest to the Appellant, than all the fines & penalties, which may have been imposed on the defendant /now respondent/ for what is dearer to a man than his honor & he who has the the honor to serve his country and Prince ought to appreciate honor more than life, and no pecuniary value can be estimated against it".⁵⁹

In dié verband verwys hy na 'n vroëre uitspraak van die Raad van Justisie van 1812-05-28 waar soos volg ten aansien van *amende honorable* in die geval van laster beslis is:

"That the defendant should appear before Commissioners of the worshipfull the Court of Justice and there to beg the Plaintiff's pardon, and further to declare, that he is heartily sorry to have used and spoken the injurious words & expressions (amply detailed in the claim) against the Plaintiff and to hold and acknowledge the plaintiff for a man of honour, on whose Behaviour and conduct he has nothing to say".⁶⁰

Derdens moet die verhouding tussen die partye, die plek waar die belastering plaasgevind het (openbare straat) en die feit dat 'n aantal persone teenwoordig was, in ag geneem word⁶¹. M wys voorts daarop dat hy bereid is om onder eed te verklaar dat hy selfs vir 'n RD 1000 nie bereid sou wees om weer die betrokke lasterlike woorde aan te hoor nie.⁶²

In sy *rejoinder*⁶³ wys D daarop dat M in sy *memorial*

⁵⁷ GH 48/2/16:130-140.

⁵⁸ GH 48/2/18:130-134.

⁵⁹ GH 48/2/18 133-134.

⁶⁰ GH 48/2/18 140; die verwysing is waarskynlik na *De Haan and Others v De Roubaix* 1812 CJ 548 102-263; CJ 931 217-219.

⁶¹ GH 48/2/18 134-135.

⁶² GH 48/2/18 137-138.

⁶³ GH 48/2/16 141-144.

begs leave to quote as a precedent the Case of *De Haan and Others v de Roubaix*⁶⁴

maar dat dié beroep misplaas is aangesien dit daar nie oor "an imaginary claim" gegaan het wat van die hand gewys is nie.⁶⁵

In 'n afsonderlike *memorial* het M 'n aanvullende (verdere) eedsverklaring van een van die twee ooggetuies ingedien.⁶⁶ Hierteen het D beswaar gemaak.⁶⁷ In M se *rejoinder*⁶⁸ dui hy aan dat die vorige eedsverklaring van die betrokke getuie nie duidelik genoeg was nie, en verwys hy ook na die hoë koste wat M kragtens bevel van die Raad van Justisie aan D moes betaal (daar word bv aangedui dat daar slegs van 5 ondersteunende dokumente in die Raad van Justisie-stukke van D sprake was).⁶⁹

In sy *appellant's case*⁷⁰ gee M weer 'n uiteensetting van die feite⁷¹ en daarna die gronde vir die appèl:

1. Die effek van die latere aanvullende eedsverklaring van een van die ooggetuies.⁷²
2. Die eedsverklarings wat deur D by die Raad van Justisie-saak ingehandig is, steun na die oordeel van M juis sy (M) se saak;⁷³ hy ver-

⁶⁴ 1812 CJ 548 102-263; CJ 931 217-219.

⁶⁵ GH 48/1/18:141-142.

⁶⁶ 145-158.

⁶⁷ *Reply* 159-165.

⁶⁸ 168-175.

⁶⁹ 172-173.

⁷⁰ 176-201 en bylaes 202-226 bestaande uit drie getuieverklarings.

⁷¹ 176-182.

⁷² 182-185.

⁷³ 185-191.

meld ook dat van die verklarings eers twee maande na die beweerde laster plaasgevind het.⁷⁴

3. Daar kan nie sprake van provokasie deur M wees nie, want hy het op 'n regmatige wyse opgetree (*lawful manner - iure licita*).⁷⁵ D het kontraktueel onderneem om M se perd behoorlik te versorg, en toe dit nie geskied nie, was M geregtig om hom aan te spreek. D se optrede daarna kan op generlei wyse as 'n regmatige reaksie daarop beskryf word nie; gevolglik kan daar van kompensasie nie sprake wees nie.⁷⁶

"for compensation of an injury only takes place when the injury has been reciprocally given and this is founded on the principles of Law in consequence of which alone a retaliation of an injury is considered as no injury".⁷⁷

Gevolgtlik kon M nie beweer dat sy optrede bloot 'n teruggawe van D se *injury* (wat in D se beweerde onbehoorlike versorging van M se perd geleë sou wees) was nie.⁷⁸ M het na D se plig om nie die *positive law* te oortree nie, verwys.⁷⁹ In dié verband is na die *Digesta* verwys⁸⁰ vir die standpunt dat die konteks waarin en die plek waar die beweerde *iniuria* plaasgevind het, asook die waardigheid, goeie naam en persoonlike eienskappe van die benadeelde die omvang van die gelede *iniuria* bepaal. As verdere gesag is na Voet,⁸¹

⁷⁴ 189.

⁷⁵ 191.

⁷⁶ 191-194.

⁷⁷ 193.

⁷⁸ 194.

⁷⁹ 194.

⁸⁰ 196.

⁸¹ *Commentarius ad Pandectas* 48 10 13 (196).

Carpzovius⁸² and others⁸³ verwys. Volgens M⁸⁴ was die onus op D om provokasie as verweer te bewys, (wat D nie gedoen het nie); daar was voorts geen *iniuria* deur M gepleeg nie (en gevolglik kon daar nie sprake van 'n *mutual injury* wees nie). Aangesien die sosiale status van beide partye nie retaliasie of genoegdoening (*retaliation and compensation*) toelaat nie, was D verplig om aan die volgende drie eise te voldoen:⁸⁵

- a. *amende honorable*
- b. *amende profitable*
- c. 'n kostebevel vir koste in die hof *a quo* (RD 339) asook koste in die Siviele Appèlhof.

In die *respondent's case*⁸⁶ is na Mattaeus⁸⁷ verwys as gesag dat in die geval van *retortion* daar nie sprake van skuld (*guilt*) is nie.

In sy *Respondent's reply*⁸⁸ steun M op Damhouder.⁸⁹ Ten aansien van die vraag of *retaliation* wel regsgeldig kan geskied waar die persone van verskillende sosiale klasse is, betoog advokaat Neethling soos volg:⁹⁰

"... the few passages quoted by the Appellant ... they all speak of cases, where there is an injury, not where there exists retaliation, or *reciprocal injury* and thus the said quotations are of no avail, as they do not prove, that a man of the lower class of inhabitants may not retaliate upon an injury suffered of a man of the higher class".

⁸² *Ius criminalis* 86.8 (196-197).

⁸³ 197.

⁸⁴ 197-198.

⁸⁵ 199-201.

⁸⁶ 228-234.

⁸⁷ *De Criminibus* 46.4.1.9 (231).

⁸⁸ 236-254.

⁸⁹ *Tractatus de iniuria* 124 (224-254).

⁹⁰ 246.

D se standpunt dat M sy dienaar was (versorging van die perde) word met 'n beroep op Blackstone⁹¹ van die hand gewys; daar is ook 'n beroep op Knox gedoen om aan te toon dat iemand van D se statuut nie 'n mindere sulke lasterlike woorde behoort te voeg nie.⁹² Ten slotte stel hy hom op die standpunt dat hy geregverdigd was om by wyse van *retaliation* op te tree; hy beroep hom op Matthaes⁹³

"Tum si quis, qui dictum in se inclementis existimat ipse, sic existimet: sicut responsum non dictum esse, quia laesit prius".

Die *appellant's rejoinder*⁹⁴ verwerp M se betoog; in verband met die rol van standverskille is na Voet⁹⁵ verwys. Daarvolgens mag 'n persoon van 'n hoër sosiale klas nie iemand van 'n laer stand belaster nie, selfs nie as daar van provokasie sprake was.

1.4.1.6 Appèl: uitspraak

Die Siviële Appèlhof het die appèl van die hand gewys, maar het die gedeelte van die vonnis waarteen nie geappelleer is nie (die kostebevel) wel *mero motu* vernietig.⁹⁶ Die implikasie hiervan is dat M nie in sy eis geslaag het nie, maar dat elke party sy eie regskoste moes dra.

1.5 Ander beslissings wat voor die Raad van Justisie en die Siviële Appèlhof geding het.

In vyf ander belangrike sake wat op appèl van die Raad van Justisie na die Siviële Appèlhof geneem is, word daar met verwysing na die inhoud van die beweerde laster telkens gesag *pro* en *contra* aanspreeklikheid aangehaal. In al die gevalle word die uitsprake van beide howe kortliks weergegee.

⁹¹ *Commentary on the Laws of England* 1 14 246-247.

⁹² *On the manner of the great* 5 249-250.

⁹³ *De Criminibus* 48 4 1 9 (252).

⁹⁴ 264-275.

⁹⁵ *Commentarius ad Pandectas* 48 10 13 verwys 270.

⁹⁶ GH 48/1/1, 232.

1.5.1 Van Reenen v Bailey

1.5.1.1 Agtergrond

In *Van Reenen v Bailey*⁹⁷ het prokureur Blommaert vir Bailey en advokaat JJ van den Berg het vir Van Reenen opgetree. Die president van die Raad van Justisie was JJ Neethling.

Die hofrekord bestaan uit die volgende stukke:

1. dagvaardiging⁹⁸
2. procuratie en translaat⁹⁹
3. eis en conclusie¹⁰⁰
4. memorie van antwoord¹⁰¹
5. pleidooi van eis¹⁰²
6. memorie van antwoord¹⁰³
7. repliek¹⁰⁴
8. pleydooy van dupliek¹⁰⁵
9. register¹⁰⁶

1.5.1.2 Eis

In *Van Reenen v Bailey* het *iniuria per consequentias* ter sprake gekom. Ene Bailey (hierna B) se vrou is belaster deur die minderjarige dogter

⁹⁷ Raad van Justisie: 1816 CJ 1617 1-143 (proses); CJ 2229 530-531 (vonnis: 1816-09-05); Siviële Appèlhof: 1817B GH 48/2/30 1-194 (proses); GH 48/1/1 303 (register)

⁹⁸ CJ 1617 1-2.

⁹⁹ CJ 1617 3-4.

¹⁰⁰ CJ 1617 6-29 + bylaes: 32-60).

¹⁰¹ CJ 1617 71-75 + bylae: 67-76).

¹⁰² CJ 1617 77-84).

¹⁰³ CJ 1617 85-110).

¹⁰⁴ CJ 1617 111-129).

¹⁰⁵ CJ 1617 129-142 sonder bylae.

¹⁰⁶ (CJ 1617 143.

(hierna VR) van Van Reenen. VR is gevolglik gevolglik deur haar vader bygestaan.

B het die volgende geëis:

1. *amende honorable*
2. *amende profitable* (ter waarde van 100 silwerstukke betaalbaar aan die Gereformeerde Diakonie Armen), en
3. 'n kostebevel.

1.5.1.3 Feite en regsgrondslag

VR het die bewering gemaak dat B se eggenote reeds voor haar huwelik geboorte aan 'n kind geskenk het. B se eis berus op twee getuieverklarings van familieleden van sy eggenote.¹⁰⁷

In B se *Repliek* is daar met 'n beroep op Cicero¹⁰⁸ verwys na die omskrywing van *injurie*. Ten aansien van die vermoede van *animus iniuriandi* as daar aangetoon is dat lasterlike woorde geuit is, is daar na Voet¹⁰⁹ verwys. Voet¹¹⁰ is ook aangehaal ter weerlegging van VR se betoog dat sy aanspreeklikheid kon vryspring vanweë die feit dat sy bloot die bewering wat deur 'n derde gemaak is, herhaal het. Insinuasies stel ook laster daar.¹¹¹

In VR se *Pleydooy van Duplicq* is 'n aantal verwysings na gemeenregtelike gesag opgeneem. Merula,¹¹² De Groot¹¹³ en die *Hollandse Consultation*,¹¹⁴ dien as gesag ten aansien van die bewyswaarde

¹⁰⁷ 1816 CJ 1617 1-143.

¹⁰⁸ *Oratio pro Quintio* c. ult. (118-119).

¹⁰⁹ *Commentarius ad Pandectas* 47 10 20 (121-123).

¹¹⁰ *Commentarius ad Pandectas* 47 10 3pr (124).

¹¹¹ 124-125.

¹¹² *Manier van Procedeeren* 4 78 4 64 (129-130).

¹¹³ *Inleydinge* 2 2 17-19 (130).

¹¹⁴ 4 358 (p 650) 2 (131-132).

van getuienis van vrouens. VR het ook op die gebrekkige bewyswaarde van getuieverklarings deur bloedvriende en familie verwys met 'n beroep op (a) Merula¹¹⁵ (wat steun op die *Digesta*,¹¹⁶ die Post-Glossatore en Albericus¹¹⁷ en Lanfracus)¹¹⁸ asook op (b) die *Vervolg der Hollandsche Consultatien*¹¹⁹ (wat steun op die *Code Louis* van 1667).¹²⁰ (Dié gesag is almal in die betrokke prosesstuk aangehaal). VR het voorts klem gelê op die nie-toelaatbaarheid van getuienis van iemand wat as arbiter (vre-demaker) opgetree het - met 'n beroep op Merula¹²¹ wat verwys na die *Codex*¹²² en Albericus;¹²³ asook na die toelaatbaarheid van 'n enkele getuie of as korroborasie ontbreek.

Vierdens is daar beweer dat *animus iniuriandi* ontbreek het.¹²⁴ Vyfdens sou VR nie aanspreeklik wees nie omdat sy die lasterlike beweringe voor *litis contestatio* teruggetrek en reggestel (*gerevoceed en gebeterd*) het; as gesag is verwys na die *Hollandsche Consultatien*.¹²⁵ Die sesde beswaar ten opsigte van die eis was dat daar teensprekinge in die getuienisverklarings is; dit sou - met verwysing na die *Digesta*¹²⁶ en Merula¹²⁷ - die eis laat misluk.

¹¹⁵ *Manier van Procedeeren* 4 78 4 11 (131).

¹¹⁶ D 22 5 4; D 22 3 1 (133).

¹¹⁷ *Tractatus de Testibus* 1 9-10 (132-133).

¹¹⁸ *Ad* D 22 5 4 60 (133).

¹¹⁹ 1 113 (133).

¹²⁰ 22 11 (133-134).

¹²¹ *Manier van Procedeeren* 78 4 39 (135).

¹²² C 22 5 4 (135).

¹²³ *Tractatus de testibus* 4 26 (135).

¹²⁴ 135.

¹²⁵ 2 cons 262-263 (p 502-503); 1 (p 523) (137-138).

¹²⁶ D 22 5 12; 22 5 2; 22 5 16; D 48 18 15 (139).

¹²⁷ *Manier van Procedeeren* 4 65 1 (141).

1.5.1.4 Uitspraak

Die hof het beveel dat *amende honorable* op die gebruikelike wyse en *amende profitable* by wyse van betaling van RD 500 aan die Gereformeerde Diakonie Armen moet geskied.¹²⁸

1.5.1.5 Appèl: gronde en gesag

In die respondent se *memorial*,¹²⁹ met 'n beroep op twee vorige uitsprake dié in *Blair v Vivet*¹³⁰ en dié in *De Haan v Roubaix*¹³¹ - is betoog dat die appèl nie ontvanklik is nie, aangesien die bedrag van die vonnis minder minder as RD 1000 was.

In die *appellant's reply* is bogenoemde twee uitsprake van die onderhawige saak onderskei;¹³² daar is voorts na drie soortgelyke uitsprake waar die aansoek om appèl wel ontvanklik was, verwys: *Meres v Dixon*,¹³³ *Bester v Dixon*¹³⁴ en *Wahlstrand v Ludwig*.¹³⁵

In die *appellant's case*¹³⁶ is as eerste grond aangevoer dat die nie-aanhoor van die getuies deur die lede van die Raad van Justisie - in navolging van die gebruik in die *ecclesiastical courts* en die gewone howe - tot die nietigheid van die beslissing *a quo* lei.¹³⁷ As tweede grond is die feit dat beide getuies vrouens was, aangevoer; dieselfde gesag as in die

¹²⁸ CJ 2229 530-531.

¹²⁹ GH 48/2/30 1-194 1-7.

¹³⁰ CJ 1811-11-26 (prosesstukke ontbreek).

¹³¹ 1812 CJ 548 102-263; CJ 931 217-219.

¹³² 13-14.

¹³³ 1813 CJ 1560 278-444; CJ 932 513-514; 1814A GH 48/2/18 120-275; GH 48/1/1 232.

¹³⁴ Prosesstukke ontbreek.

¹³⁵ CJ 1567 86-206; CJ 956 376-377.

¹³⁶ GH 48/2/30 41-67.

¹³⁷ 48-49.

Raad van Justisie is aangevoer.¹³⁸ Die derde grond van appèl was die familieverband tussen die getuies en respondent se eggenote, en die vierde die nie-toelaatbaarheid van die getuienis van 'n arbiter, asook dié van 'n enkelgetuie of waar korroborasie ontbreek.¹³⁹

Vyfdens sou *animus iniuriandi* ontbreek het, in dié verband is na die uitspraak van die Siviele Appèlhof in *Wahlstrand v Ludwig*¹⁴⁰ verwys waar beslis dat 'n *actio iniuriarum* slegs ontvanklik is waar *animus iniuriandi* teenwoordig was.¹⁴¹ Die teenstrydigheid van die getuienis was die vyfde grond.¹⁴² Laastens is aangevoer dat respondent se openbare terugtrekking voor *litis contestatio* by wyse van 'n skriftelike verklaring voor 'n notaris (wat B bowendien in die *Government Gazette* na willekeur kon publiseer), voldoende *satisfaction* was. In hierdie verband is weer na die uitspraak van die Siviele Appèlhof in *Wahlstrand v Ludwig*¹⁴³ verwys; daar is voorts betoog dat dié *Wahlstrand*- benadering¹⁴⁴

"... is to be found in the Dutch Laws, agreeably to the commentaries printed in the Dutch Consultations¹⁴⁵ in which it is shown, that of right, defamation of character, which is revoked without Law, or previous to the *litis contestation*, does not amount to infamy, but annuls the action for defamation; and which is also commented in said Consultations¹⁴⁶ upon this maxim, because *Injuriae enim verbis illata ante litiscontestationem revocari potest, et hoc est communio et humanior sententia; ut notat D 50 17 11*".

B het in sy *respondent's reply*¹⁴⁷ hom onder andere op die standpunt gestel dat die *Dutch Laws* (Merula en Grotius) wat getuienis deur vrouens

¹³⁸ 49-52.

¹³⁹ 52-55; dieselfde gesag as in die Raad van Justisie is aangevoer.

¹⁴⁰ Siviele Appèlhofstukke ontbreek; CJ 1567 86-206; CJ 956 376-377.

¹⁴¹ 55-57.

¹⁴² 57-61.

¹⁴³ Siviele Appèlhofstukke ontbreek; CJ 1567 86-206; CJ 956 376-377.

¹⁴⁴ 66-67.

¹⁴⁵ 2 cons 263-264 (p502-503) (66).

¹⁴⁶ 1 (p 523) (66).

¹⁴⁷ 147-163.

uitgesluit het, slegs op bepaalde kriminele sake van toepassing was.¹⁴⁸ Die beroep op die uitsluiting van getuienis deur 'n arbiter was volgens B misplaas; die betrokke getuie was nie 'n arbiter nie.¹⁴⁹ *Animus iniuriandi* en *dolus malus* moes teenwoordig wees; en met 'n beroep op Voet¹⁵⁰ word betoog dat *animus iniuriandi* slegs vermoed word indien die betrokke woorde ondubbelsinnig lasterlik was (in gevalle van dubbelsinnigheid moes dit bewys word). Ten aansien van die regsgevolge van die beweerde *revocation* is betoog dat dat dit nie aanspreeklikheid uitsluit nie; *Wahlstrand v Ludwig*¹⁵¹ is op die feite onderskei (daar sou dit om 'n dubbelsinnige publikasie gegaan het).

Die *appellant's rejoinder*¹⁵² gee 'n bespreking van Merula¹⁵³ se omskrywing van arbiter. Daar word gesteun op die teenpartye se interpretasie van Voet dat *animus iniuriandi* bewys moet word in gevalle van dubbelsinnigheid; bowendien was dit na VR se mening nie bewys dat die gewraakte woorde wel lasterlik was nie.¹⁵⁴ Daar is ook verwys na *Wahlstrand v Ludwig*¹⁵⁵ en B het betoog dat daar ooreenstemming tussen appellant en respondent was dat (a) daar dubbelsinnigheid in Wahlstrand se skriftelike beweringe (kennisgewing dat Ludwig uit sy diens ontslaan is, en dat gevolglik geen krediet meer aan Ludwig verleen moes word nie) was; daar gevolglik geen vermoede van *animus iniuriandi* was nie, en dat die *actio iniuriarum* gevolglik in Wahlstrand misluk het op die stadium toe Wahlstrand ontken het dat hy die *animus iniuriandi* gehad het toe hy die skriftelike dokument by wyse van 'n advertensie in die *Government Gazette* gepubliseer het.¹⁵⁶ Die hof moes dus beslis of VR se woorde wel lasterlik was.

¹⁴⁸ 152-153.

¹⁴⁹ 155.

¹⁵⁰ *Commentarius ad Pandectas ad D de iniur* 20 (156-157).

¹⁵¹ Siviele Appèlhofstukke ontbreek; CJ 1567 86-206; CJ 956 376-377.

¹⁵² 165-193.

¹⁵³ *Manier van Procedeeren* 4 18 2 38-40 (181-182).

¹⁵⁴ 182-183.

¹⁵⁵ Siviele Appèlhofstukke ontbreek; CJ 1567 86-206; CJ 956 376-377.

¹⁵⁶ 186-187.

1.5.1.6 Appèl: uitspraak

Die appèl het nie geslaag nie,¹⁵⁷ die vonnis met betrekking tot *amende honorable* is egter ter syde gestel.

1.5.2 Rossouw v Brink

1.5.2.1 Agtergrond

In *Rossouw v Brink*¹⁵⁸ ontbreek die Raad van Justisie-prosesstukke. Advokaat Joubert het vir appellant (Rossouw, hierna R) en advokaat Truter vir respondent (Brink, hierna B) opgetree. In die saak was daar sprake van *iniuria realis* wat gepleeg is deur B 'n leuenaar te noem. R was van mening dat hy dit sonder benadeling kon sê, aangesien daar tydens 'n *in loco*-ondersoek na die verlegging van 'n rivier deur die landdros en heemrade in Stellenbosch aan B gesê is:

"gij hebt het Gouvernement bloogen en bedroogen".¹⁵⁹

Die Raad van Justisie het beslis dat sowel 'n *amende honorable* as 'n *amende profitable* (laasgenoemde by wyse van die betaling van RD 100 aan die Bybel en Skoolkommissie) deur R gegee moes word; 'n koste-bevel is ook in B se guns gegee.¹⁶⁰

Op appèl het R die volgende gronde aangevoer:

1. afwesigheid van die *animus iniuriandi*
2. die geuite woorde was in provokasie gesê (nadat B eerste vir R as leuenaar uitgeskel het)
3. Waarheid is 'n absolute verweer (*truth is no libel*).¹⁶¹

¹⁵⁷ GH 48/1/1 303.

¹⁵⁸ CJ 2234 805 (vonnis: 1818-04-20). Siviële Appèlhof: 1819C GH 48/2/39 1-149 (proses); GH 48/1/1 359 (register).

¹⁵⁹ GH 48/2/39 1-145 5.

¹⁶⁰ CJ 2234 805.

¹⁶¹ 18.

Uit die *respondent's case*¹⁶² blyk dit dat B 'n notaris en getuies na R gestuur het om die gewraakte woorde (wat in die teenwoordigheid van talle derdes geuit is, terug te trek. R se weiering om dit te doen, het neergekom op sy

"his determination to injure and slander the character of the respondent, his *animus injuriandi*, became thereby a matter of record".¹⁶³

Trouens, tydens die besoek het R sy stellings aangaande B herhaal. B het gevolglik *an action at law in the usual form* ingestel.

Drie gronde vir die handhawing van die uitspraak *a quo* is aangevoer:

1. Die herhaalde gebruik die gewraakte woorde by meerdere geleenthede
2. Die aantasting van B se karakter:
 "Because he has thereby maliciously slandered Respondent's character, both public and private".
 As gesag word die *Digesta*¹⁶⁴ en Voet¹⁶⁵ asook na Blackstone¹⁶⁶ aangehaal.
3. Die vonnis van die hof *a quo* is streng in ooreenstemming met die bestaande praktyk en die reg aan die Kaap (*strictly conformable to the existing practice and laws of this Colony*); ook Voet is gesag vir dié standpunt.¹⁶⁷

Die *respondent's reply*¹⁶⁸ verwys na die afwesigheid van *joke or play* in die uitlatings van R; R het dit *intentionally and passionately* herhaal.¹⁶⁹ Gewag is ook gemaak van R se stelling dat daar geen *intention or*

¹⁶² 21-82.

¹⁶³ 27.

¹⁶⁴ D 47 10 1 (29)

¹⁶⁵ *Commentarius ad Pandectas* 47 10 (29-30).

¹⁶⁶ *Commentaries* 3 8 p.125 (30).

¹⁶⁷ *Commentarius ad Pandectas* 47 10 17 (30).

¹⁶⁸ 83-109.

¹⁶⁹ 87.

animus was om R se karakter aan te tas nie; dié stelling verwys waarskynlik na die

"doctrine that it was difficult to prove the *animus iniuriandi*, because it is an affection of the mind and must therefore be gathered from circumstances".¹⁷⁰

Hierdie reël is egter slegs van toepassing waar daar dubbelsinnigheid bestaan; is die betekenis eenduidig en duidelik, bestaan daar volgens Voet 'n vermoede van *animus iniuriandi*:

"If such words have been used, which by their very meaning infer *contumely*, then the *animus iniuriandi* is believed to be present".¹⁷¹

Die woorde *liar* en *criminal* impliseer *contumelia*; gevolglik was *animus iniuriandi* teenwoordig (dit is volgens die betoog ook deur die omringende omstandighede bewys).¹⁷² Die stelling dat B R eeste sou belaster het, is na B se mening nie deur die feite gestaaf nie.¹⁷³ Ten aansien van die derde grond van appèl - waarheid is 'n absolute verweer (*truth is no libel*) het B betoog dat dit nie hier om *libel* nie, maar om *slander* gegaan het. Daar is voorts geen bewys gebring dat die bewerings wel die waarheid was nie.¹⁷⁴ Ten slotte is gesê dat die waarheid nie 'n absolute verweer is nie; daar moes ook aangetoon word dat die publikasie daarvan in die openbare belang was:

"the truth of a *libel* can only be pleaded in extenuation, when the faults of public men or bad characters are thereby exposed for the *public good*, without any private *malice*, and then only in countries where the liberty of the *press* is to be preserved".¹⁷⁵

¹⁷⁰ 88.

¹⁷¹ *Commentarius ad Pandectas* 47 10 20 (89).

¹⁷² 90.

¹⁷³ 90-103.

¹⁷⁴ 104-105.

¹⁷⁵ 105.

Die feit dat R beweer het dat hy die landdros en heemrade se standpunt herhaal het, kon ook nie tot die uitskakeling van aanspreeklikheid lei nie; R het dit *animo iniuriandi* herhaal.¹⁷⁶

Met 'n beroep op Voet¹⁷⁷ is die standpunt ingeneem dat die waarheid of onwaarheid van 'n lasterlike bewering irrelevant is waar die bewering *animo iniuriandi* gemaak is. 'n *Actio iniuriarum* is volgens Voet¹⁷⁸ in so 'n geval beskikbaar selfs waar die bewering handel oor 'n misdaad waarvoor die benadeelde gestraf is.

In *appellant's rejoinder*¹⁷⁹ is die rol van provokasie bespreek, en is voorts weer verwys na die *defamation of private and public character*.¹⁸⁰ B beroep hom voorts op pleitstukke wat deur advokaat Joubert (advokaat vir VR) in *Albertyn v Cloete*,¹⁸¹ 'n 1818-beslissing van die Siviële Appèlhof, opgestel is; daar het advokaat Joubert namens die appellant (Albertyn) betoog dat daar nie 'n *iniuria* was nie, en het hy verwys na Voet as *our great luminacy in the Dutch law* wat *injure* soos volg omskryf:

"sed delictum in contemplum hominus liberi admissum, quo ejus corpus, vel dignitas vel fama laditur *dolo malo*".¹⁸²

Daar is voorts met goedkeuring verwys na advokaat Joubert se standpunt dat daar duidelike ooreenkomste tussen die Romeins-Hollandse lasterreg en die Engelsregtelike *slander* waar in *extenso* na Blackstone verwys is:

"Therefore two things are absolutely necessary, an *injury* must be done and that *maliciously*. What may be termed verbal injury is in the English law termed slander for which their lieth an action on the case. It is curious to examine how much Blackstone and Voet agree in their notions about this offence - See

¹⁷⁶ 106.

¹⁷⁷ *Commentarius ad Pandectas* 47 10 8 (106-107).

¹⁷⁸ *Commentarius ad Pandectas* 47 10 9 (108-109).

¹⁷⁹ 111-143.

¹⁸⁰ 122-124.

¹⁸¹ Waar Cloete 'n *landdief* genoem is: 1817 CJ 2233 561-562 (prosesbundel ontbreek); 1818 SH 48/2/34 1; SH 48/1/1 329 (126-133).

¹⁸² *Commentarius ad Pandectus* 47 10 1 (126-127).

Blackstone B III c 8 page 423 - where he enumerates the species of slander that are actionable its if a man *maliciously* and falsely utter any slander or false tale of another; - which may either endanger him in law, by impeaching him of some heinous crime, as to say that a man hath poisoned another or is prejudiced on which may exclude him for society as to charge him with having an infectious disease, on which may impair or hurt his trade or livelihood as to call a tradesman a bankrupt, a physician a quack or a lawyer a knave. Some *real injury* must therefore follow of course from the defamatory words in order to produce this action, or else the plaintiff must over some particular damage to have happened, which is called laying his action with a *per quod*. But continues the same illustrious writers - p 24.

Mere secunility or opprobrious words, which neither in themselves impart, nor are in fact attended with any injurious affects *will not support an action*".¹⁸³

Volgens advokaat Joubert in *Albertyn v Cloete* stem *all sound lawyers* saam dat daar drie vereistes is vir 'n suksesvolle lastereis:

1. daar moet 'n bepaalde graad van werklike benadeling (*real injury*) wees;
2. dit moes deur die gewraakte uitlating veroorsaak gewees het; en
3. en dit moes *maliciously* geskied het.¹⁸⁴ Om die betekenis van die gewraakte woorde (*landdief*) vas te stel, is gebruik gemaak van woordeboekdefinisies. Die standpunt is daar ingeneem dat selfs al sou 'n bepaalde woord lasterlik (*slanderous*) wees aangesien dit nie verduidelik is nie, die gebruik van kwalifikasies en verwysings na ander gebeure die aard daarvan verander (en dit gevolglik nie *slanderous* is nie). Daar is op Christian se notas op Blackstone as gesag verwys.¹⁸⁵ Klem is ook geplaas op die vereiste van *dolus malus* wat - na die mening van advokaat Joubert - gelyksoortig in die Romeins-Hollandse en Engelse reg is; met 'n beroep op Voet¹⁸⁶ en Blackstone¹⁸⁷ word die rol van woede as verweer geopper:

"We also said that the word should be spoken *maliciously* to constitute *slander dolo malo*, with *malice prepensi* as the law phrase is. To this again both Voet and Blackstone agree words of *heat* and *passion* says the latter,

¹⁸³ 127-129.

¹⁸⁴ 130 - met 'n beroep op Voet en Blackstone.

¹⁸⁵ Christian kommentaar op Blackstone *Commentaries* 3.8 (p 123) noot 3 (132).

¹⁸⁶ *Commentarius ad Pandectas* 47 10 1 (133).

¹⁸⁷ *Commentaries* 3 8 (p 133).

as to call a man a rogue and rascal, *if productive of no ill consequence*, and not of any of the dangerous species before mentioned, are *not* actionable”.

Ten aansien van provokasie¹⁸⁸ is met 'n beroep op Gail,¹⁸⁹ Mynsinger,¹⁹⁰ Gothofredus¹⁹¹ en die *Hollandsche Consultation*¹⁹² gesê dat krenkende woorde volgende op provokasie *is most certainly not calculated to commit defamation*:

“For the law says if a man answers tu mentiris (you lie) does it not animo injuriandi, sed se pungendi (not with intention to hurt a man's character but to exonerate himself) ... See Gail and Mynsinger - but to commit defamation of character, a crime must be reproach to an other see Gothofredus, as also Dutch Consultations...”¹⁹³

Die toepaslikheid van *amende honorable* en *amende profitable* is ook bespreek; met 'n verwysing na die *Dutch laws* is gesê dat beide toegeken moes word waar daar aantasting van die liggaam en van die goeie naam (*character*) was; maar waar daar nie 'n liggaamlike skending was nie, verval die *amende honorable*.¹⁹⁴ Gesag hiervoor is Gail,¹⁹⁵ Bronchorst¹⁹⁶ en Christinaeus.¹⁹⁷

Ten aansien van provokasie word daar ook van die Engelse reg as *modern law* by wyse van aanhalings uit Holt se *The law of libel*¹⁹⁸ verwys; Holt toon aan dat die Engelse reg 'n onderskeid maak tus-

¹⁸⁸ 134-135.

¹⁸⁹ *Practicae Observationes* 2 100 4 (136).

¹⁹⁰ *Observationes* 5 17 (136)

¹⁹¹ D 48 16 (136).

¹⁹² 4 81 (p 275) (136).

¹⁹³ 136.

¹⁹⁴ 137-138.

¹⁹⁵ *Practicae Observationes* 1 65 (138).

¹⁹⁶ *Miscellanea* 2 58 (138).

¹⁹⁷ *In leges municipales civitatis ac provinciae mechluniensis commentaria ac notae*.

¹⁹⁸ *The law of libel* geen bladsy (139-141).

sen geskrewe en gesproke laster; in laasgenoemde geval ontstaan sivilregtelike aanspreeklikheid slegs as dit ook 'n misdryf daarstel.¹⁹⁹

Ten slotte stel advokaat van Ryneveld hom op die standpunt dat hoewel dit onseker was wie die eerste beweringe gemaak het, daar daarna oor en weer lasterlike bewerings gemaak is (*the words or insult were returned*), en dat geen misdryf deur een van die partye daargestel is nie; gevolglik moes die appèl na sy mening slaag.²⁰⁰

1.5.3 Montgomery v Taytasac

In *Montgomery v Taytasac*,²⁰¹ 'n 1821-beslissing, is deur die appellant beweer dat die kaapse praktyk sodanig ontwikkel het dat 'n *amende honorable* nie weer vereis is nie.²⁰² Die Engelsregtelike onderskeid tussen woordelike laster met of sonder 'n fisiese aantasting en die bestaan van strafregtelike aanspreeklikheid as voorvereiste vir 'n aksie op grond van *slander*, het ook hier 'n rol gespeel.²⁰³ As verwere is sowel waarheid as 'n regsplig om meerderes in te lig met Voet as gesag,²⁰⁴ aangevoer (*in casu* is respondent weens beweerde oneerlikheid ontslaan, en is dié toedrag van sake deur appellant aan respondent se werkgewer bekend gemaak).²⁰⁵ Ook die vraagstuk rondom die vermoede van *animus iniuriandi* en die naasbestaan of vervanging daarvan deur die Engelsregtelike vereiste van *malice* het sterk na vore gekom:

"the design to injure, *dolus malus*, either express or implied must be admitted to constitute slander".²⁰⁶

¹⁹⁹ 141.

²⁰⁰ 142.

²⁰¹ 1821 GH 48/2/56 315.

²⁰² 322 362.

²⁰³ 333.

²⁰⁴ *Commentarius ad Pandectas* 47 10 9 (326).

²⁰⁵ 326.

²⁰⁶ 324, sien ook 431-435.

Appellant het betoog dat *malice* afwesig was.²⁰⁷ Die waarheid as verweer is met verwysing na die reël *convicii veritas non excusat ab injuria*²⁰⁸ afgemaak, en daar is ook na provokasie as verweer verwys.²⁰⁹ Ten aansien van die verweer van 'n regsplig, het respondent betoog dat appellant eers moes bewys het dat daar omkoperij was; kon hy dit bewys, kon hy sonder vrees vir enige aanspreeklikheid die werkgewer inlig. Hier is 'n beroep op die *Codex*²¹⁰ en Blackstone²¹¹ gemaak.

1.5.4 Van Rooyen v Huntley

In die belangrike 1922-uitspraak van *Van Rooyen v Huntley*²¹² is daar ten aansien van 'n aantal aangeleenthede verwysings na gesag gemaak. Die bewyswaarde aan die getuienis van 'n vyandige getuie is aan die hand van die *Digesta*²¹³ bespreek, so ook dié van 'n enkele getuie.²¹⁴ Die bewyslas is op diegene wat beweet.²¹⁵

Advokaat Cloete het beweet dat Blackstone²¹⁶ van die standpunt uitgegaan het dat laster in die Engelse reg dieselfde as in die Romeinse reg (steunend op D 47 10 8) is; gevolglik sê advokaat Cloete die Engelse reg is dieselfde as die Romeins-Hollandse reg.²¹⁷ Dié benadering is deur die respondent ondersteun.²¹⁸

²⁰⁷ 447.

²⁰⁸ 422.

²⁰⁹ 418.

²¹⁰ C 9 36 1 (427).

²¹¹ *Commentaries* 3 p 118 (427).

²¹² 1822 GH 48/2/56 1.

²¹³ D 22 5 3 (32).

²¹⁴ D 22 5 (279).

²¹⁵ D 22 3 2 (270-271).

²¹⁶ *Commentaries* p 123 (110-117).

²¹⁷ 110-117.

²¹⁸ 214-215.

Respondent gee 'n uiteensetting²¹⁹ van die regsposisie in verband met *animus iniuriandi* in die Romeinse en Romeins-Hollandse reg en verwys in die verband na Van Leeuwen²²⁰ en Perezius²²¹ (beide steun op C 9 35 5).²²²

'n Uitvoerige bespreking van die rol van waarheid as verweer is gegee;²²³ hoewel Blackstone sê dat waarheid as sodanig 'n verweer is, en daarenteen die *Dutch and Civil law*-reël dat *veritas convicii non excusat a poena*;²²⁴ huldig die respondent die volgende mening:

"It is undoubtedly that the case ought to be decided by the laws still existing in the Colony".²²⁵

Vervolgens is die volgende gesag bespreek ter beantwoording van die vraag of die waarheid van 'n lasterlike bewering nie wel volgens die Romeins-Hollandse reg as verweer kon geld nie.²²⁶

1. Schorer op Grotius.²²⁷
2. *The Dutch Blackstone Grotius*.²²⁸
3. Voet.²²⁹
4. Die *Constitutio Carolina*.²³⁰ wat volgens advokaat Brand die bron van Voet se standpunt is.

²¹⁹ 224-254.

²²⁰ *CF* 5 25 4 (224-226); *CF* 5 25 4 ne quis (252-254).

²²¹ *Praelectiones in Codicem* 9 35 2 (226-229).

²²² 230-231

²²³ 256-304.

²²⁴ 258.

²²⁵ 258-259.

²²⁶ 286-304.

²²⁷ *Aantekeningen* 3 38 2 (288).

²²⁸ *Inleydinge* 3 38 2 (289).

²²⁹ *Commentarius ad Pandectas* 47 10 9 (292).

²³⁰ 110 (293).

5. *Decisions and Commentators*, waaronder Groenewegen.²³¹
6. D 47 10 18.²³²
7. Cojacijs.²³³
8. Shakespeare wat verwys na *integrity and good name*.²³⁴
9. Leyser.²³⁵

1.6 Evaluasie

Die bespreking van die geselekteerde vonnisse en van die daarin aangehaalde bronne bring 'n aantal belangrike gesigspunte ten aansien van die interne ontwikkeling in die materiële lasterreg aan die Kaap tydens die tydperk 1806-1828 na vore:

1. Die rol van provokasie en woede as regsgeldige verwer.
2. Die moontlike uitsluiting van aanspreeklikheid weens die oor en weer uiting van lasterlike beweringe.
3. Die besonder wye bronnegebruik : Romeinse reg, Middeleeuse reg, *Usus Modernus Pandectarum*, Romeins-Hollandse reg, Engelse reg en eie Kaapse reg, asook na nie-juridiese skrywers soos Cicero en Shakespeare.
4. Die soeke na gelyksoortige verskynsels in die Romeins-Hollandse en Engelse reg; op dié wyse word *pari passu* na Voet en Blackstone verwys as sou laster en *libel* (of *slander*) dieselfde wees;
 - a. sodoende is die deur geopen vir die *malice*-vereiste van die Engelse reg (wat reeds deur Blackstone vermeld is) as sou dit dieselfde as *dolus malus* of *animus iniuriandi* wees. Die nuwe benadering het ook in die twintigste eeu in die moderne Suid-Afrikaanse reg vir 'n geruime tyd neerslag gevind: in *Maisel v Van Naeren*²³⁶ is dit finaal verwerp en is *animus iniuriandi* as vereiste gestel.

²³¹ *De Legibus* ad D 47 10 18 (293-294).

²³² (296).

²³³ *In ius civile controversum* ad D 47 10 4 1 (297).

²³⁴ 302-303.

²³⁵ *Meditationes ad Pandectas* Spec 542 no 497 (304).

²³⁶ 1960 4 SA 836 (K).

- b. Die onderskeid tussen gesproke en geskrewe laster met verskillende regsgevolge (wat nie so direk uit die Romeins-Hollandse reg blyk nie) is uit die Engelse reg oorgeneem.
- c. Die verband tussen *crimen iniuriae* en privaatregtelike *slander*.
- 5. Die siening van Voet dat *animus iniuriandi* net vermoed word waar dit duidelik blyk dat die geuite woorde ondubbelsinnig krenkend is en dat dit in ander gevalle bewys moes word, is slegs gekwalifiseer toegepas. Dit wil voorkom asof die Kaapse howe gedurende die tydperk 1806-1828 die vermoede van *animus iniuriandi* in alle gevalle toegepas het.
- 6. Die beroep op die uitsluiting van *amende honorable* waar daar nie 'n fisiese krenking met die aantasting van die benadeelde se karakter plaasgevind het nie (en daar in so 'n geval slegs 'n *amende profitable* gegee moes word) het tot 'n duidelike onderskeid tussen die Kaapse Raad van Justisie en die Siviële Appèlhof gelei. Die Raad van Justisie het in lastersake beide toekennings gemaak, terwyl die Siviële Appèlhof telkens op appèl die *amende honorable* uitgesluit het, en slegs 'n *amende profitable* toegeken het.

Daar sou moontlik geargumenteer kon word dat die Siviële Appèlhof dié benadering gevolg het omdat dit nader aan die Engelse reg sou wees. Verdere navorsing vir die tydperk na 1828 sal gedoen moet word om te bepaal wanneer en waarom die *amende*-benadering plek moes maak vir die betaling van genoegdoening. Alhoewel dit op die oog af mag voorkom of die Romeinsregtelike posisie daardeur herstel is, is dit moontlik dat dit eintlik Engelse reg is wat ingevoer is.

- 7. Die herhaalde verwysings na vorige Raad van Justisie en Siviële Appèlhofsake ten aansien van sowel materieelregtelike en prosesregtelike laster aangeleenthede laat duidelik blyk dat
 - (a) die regspraktisyns bewus was en gesorg het dat hulle kennis dra van vorige verbandhoudende uitsprake; en
 - (b) die *stare decisis*-reël reeds voor 1828 ingevoer is.
- 8. Die sentrale rol van waarheid as verweer met uitvoerige verwysings na Engelsregtelike, Romeins-Hollandse reg en ander Europese regstelsels laat duidelik blyk dat daar geen eenduidige standpunt aan die Kaap was nie.

Daar word aan die hand gedoen dat uit die ondersoek die volgende *afleidings* gemaak kan word:

- 1. Die Kaapse lasterreg het 'n interne ontwikkeling ondergaan.

2. Die bronne wat gebruik is, is verteenwoordigend van die Wes-Europese *ius commune*, en strek dus veel wyer as net die Romeins-Hollandse skrywers. Ook heelwat nie-juridiese bronne en regsgrondslagbegrippe soos geregtigheid is vermeld. Die rol van die eie Kaapse reg is omvangryker as wat tot nou toe nog algemeen aanvaar is.
3. Die gelykstelling van die Romeins-Hollandse en Engelse lasterreg het tot wysiging van die Kaapse lasterreg gelei.
 - a. die invoering van *malice* as vereiste (en as wisselvorm vir *animus iniuriandi* wat later verdring is).
 - b. die gebruikmaking van Engelsregtelike omskrywings van *libel* en *slander*.
 - c. die rol van die aanwesigheid van 'n gepaardgaande fisiese krenking (naas die verbale belastering).
 - d. die onderskeid tussen skriftelike en mondelinge laster (en die verbandhoudende rol van kriminele aanspreeklikheid).

Engelsregtelike beïnvloeding op die gebied van die lasterreg het dus reeds geruime tyd voor 1827 begin, en het redelik vinnig in die regspraktyk begin deurwerk.
4. Die verwere teen die *actio iniuriarum*, hoewel Romeins-Hollandsregtelik georiënteerd, is op grond van wyer interpretasies van die aangehaalde bronne en die hantering daarvan in die Engelse reg in die rigting van die Engelse reg beïnvloed. Dit raak veral die rol van waarheid as verweer.
5. Die gereelde verwysing na vorige hofuitsprake vorm ten minste die begin van die stelsel van *stare decisis*; daar is telkens na vorige uitsprake ten aansien van sowel prosesregtelike as materieelregtelike aangeleenthede asook na die regsposisie in die Kaap verwys.
6. Die wegbeweeg van die toekenning van sowel 'n *amende honorable* en 'n *amende profitable* slegs na laasgenoemde is te verklaar aan die sterker wordende Kaapse praktyk om slegs laasgenoemde toe te ken en moontlik ook aan die invloed van die Engelsregtelike idee van (monetêre) *compensation*.
7. Die ondersoek lei tot die gevolgtrekking van die bestaan van 'n eie Kaapse lasterreg, gebaseer op die Romeins-Hollandse reg, maar toenemend beïnvloed deur die Engelse reg (wat na die mening van

die Kaapse regspraktisyns dikwels dieselfde as die Romeins-Hollandse reg is) teen die agtergrond van die Wes-Europese *ius commune* maar onderhewig aan die eie plaaslike Kaapse regspraktyk.

ENKELE SAKEREGTELIKE ASPEKTE MET BETREKKING TOT GROND

1 AGTERGROND

In die Raad van Justisie-databasis is die uitsprake met betrekking tot die sakereg onder die volgende hoofde opgeneem:

- Sakereg (algemeen) - 48
- Eiendomsaksie - 2
- Rei vindictio - 13
- Alveus derelictus - 16
- Bakens - 10
- Besit - 7
- Burereg - 27
- Eiendomsreg - 26
- Oordrag (transport) - 51
- Verkryging van eiendomsreg - 2
- Erfpag - 4
- Grense - 23
- Lewering - 38
- Nemo plus iuris - 13
- Oordragkoste - 1
- Pand - 2
- Parate eksekusie - 4
- Retensieregte - 6
- Riviere - 11
- Saaklike regte - 3
- Serwitute - 26
- Verband - 11
- Notariële verband - 9
- Verdeling van grond - 10
- Verjaring - 12
- Vetustas - 1
- Waterreg - 15
- Mede-eiendomsreg - 2

- Verbeterings - 2
- Onregmatige verwydering - 2
- Kennisleer - 13
- Formaliteite by oordrag van onroerende goed - 3

Aan die Kaap het daar voor inwerkingtreding van die 1813-proklamasie van Goewerneur Cradock drie vorme van grondbeheer bestaan. Die eerste was leenplase (*leeningplaatsen*) wat vanaf 1657 uitgereik is; reeds in 1655 is klein tuinerfies in leen aan bepaalde burgers gegee. Huur, belasting en ander fooie moes jaarliks aan die owerheid betaal word. Geen afbakening het plaasgevind nie; regsuitoefening moes met inagneming van derdes plaasvind. In hierdie verband is *Ordonnantien* aan die reghebbendes uitgereik. Dié toekenning moes aanvanklik jaarliks hernu word. In 1686 is bepaal dat alle aktes en huurkontrakte by die Sekretaris van die Politieke Raad geregistreer moes word. In 1714 is bepaal dat alle houters van leenplase jaarliks 'n vaste bedrag (*recognitie*) aan die owerheid moes betaal.¹

As tweede vorm is in 1732 *erfpacht* ingevoer. Dit was 'n toekenning van grond vir 'n periode van 15 jaar teen betaling van 'n jaarlikse bedrag. Die doel hiervan was om die landbou aan die Kaap te bevorder. Leenplase kon vanaf 1743 in erfpag omskep word. Ook die grense van hierdie plase was aanvanklik nie opgemeet nie; die landbouer was toegelaat om "drie ure"-grond met sy huis as basis te okkupeer:

'This area seems to have been one fixed by custom, and there would appear to have been no regulation by which the extent of a Loan Place was described. Both Fiscal Truter and Mr. W.S. van Ryneveld, President of the Court of Justice, regarded this question as one of custom and usage ... This custom of giving a half-hour each way has been followed for many years and serves as a limit, and has now become a surreptitious custom, of which no law exists, but from the time elapsed can be considered as a tacit acquiescence of the same, as many decisions of Landdrost and Heemraden and of Commissioners of the Court of Justice in cases of disputes between two farmers have rested upon this point, and accordingly been decided in favour of one of the parties'.²

Die omskepping van die leenplase na *leenings-eigendom* (vrypagplase) in 1743 het beteken dat die grondstuk (van 60 morg) opgemeet en in 'n diagram beliggaam moes word. (Voorbeelde van diagramme is as bylae

¹ Botha *History of Law, medicine and place names in the Cape of Good Hope* (1962) 81-84.

² Botha 85. Vgl ook Van der Merwe *Sakereg* (1989) 584-585.

aangeheg soos vervat in die saak *Albertyn v Cloete*³) 'n Jaarlikse bedrag van Rd 24 moes betaal word; daarbenewens moes 'n "koopsom" eenmalig teen ontvangs van die *erf grondbrief* (titelakte) betaal word.⁴

Derdens is daar in uitsonderlike gevalle grond in eiendomsreg aan inwoners beskikbaar gestel. Sodanige toekennings was egter onderworpe aan uitdruklike voorwaardes, onder andere die verlening van 'n reg van deurgang aan die publiek en ten aansien van die wyse van grondgebruik; nie-nakoming daarvan het tot verbeuring van eiendomsreg gelei.⁵

Van der Merwe⁶ wys daarop dat die bestaande stelsel aan ernstige gebreke mank gegaan het: die grense van leenplase was nie duidelik afgebaken nie en die gebrek aan voldoende sekuriteit het daartoe gelei dat bewoners nie "geredelik wesenlike verbeterings op die grond aangebring het nie". Bewoners was ook nie aan die grond gebonde nie. Op 6 Augustus 1813 het Goewerneur Cradock 'n proklamasie ter vervanging van bogenoemde stelsel uitgereik.⁷ Dit maak voorsiening vir *perpetual quitrent* en eiendomsreg (*freehold*). Die inhoud van *quitrent* was soos volg:⁸

1. Leenplase kon op aansoek omskep word in ewigdurende erfpag.
2. Die maksimum grootte was in beginsel 3000 morg.
3. Die houer kon die grond vervreem by wyse van vererwing of andersins.
4. Die volgende regte is vir die staat uitgehou: die myn van edelgesteentes, goud en silwer; asook die maak en herstel van openbare paaie en die verkryging van materiaal daarvoor.
5. Grond en geboue aanliggend aan die see kon deur die Kroon herverkry word; vergoeding moes vir sodanige geboue betaal word.
6. "In all judicial decisions regarding perpetual quitrent the same rights, laws, and usages shall be observed, which hitherto have been

³ 1818 CJ 1685 35-541.

⁴ Botha 84-85; Van der Merwe 584-585.

⁵ Botha 85-86.

⁶ 585.

⁷ Theal *Records of the Cape Colony* 9 204-208; Botha 94; Van der Merwe 585.

⁸ Theal 9 204-208.

acted upon, or which may hereafter be established, enacted, and followed in judicial decisions, with respect to freehold lands".

7. 'n Jaarliks bedrag (maksimaal Rd 250) moes betaal word.
8. Grond moes opgemeet word; landmeterkoste is ook vasgestel en was deur die plaaslike landdros betaalbaar.
9. Na verdeling van erfpaggrond het die nuwe houters daarvan *in solidum* aanspreeklik vir die betaling van die volle bedrag gebly.
10. Geen oordrag sou regsgevolge hê as dit nie eers opgemeet is, 'n diagram daarvan gemaak is, dit op 'n reëlmatige wyse voor die kommissaris van die Raad van Justisie oorgedra is en in die *Office of Land Revenue* geregistreer is nie.
11. Geen verdere beswarings kon op erfpaggrond gelê word nie, buiten dit wat reeds daar ten aansien van vrypaggrond bestaan het of in die toekoms gehef sou kon word nie.
12. By opmeting deur 'n geswore landmeter, moes 'n behoorlike diagram gepaardgaande met 'n sertifikaat van die betrokke landdros aan die koloniale bestuur verskaf word; eers daarna is die titelakte (erfgrondbrief) uitgereik.

Van der Merwe⁹ toon aan dat daar in 1843 en 1844 voorsiening gemaak is vir die omskepping van erfpag in vrypag.

2 Regstoepassing aan die Kaap

Aan die hand van 'n aantal geselekteerde beslissings word aangetoon dat daar in die Kaap moontlik sprake van 'n eiesoortige regsontwikkeling ten minste met betrekking tot sekere aspekte rakende grond was.

In *Cloete & Van der Byl v Briers*¹⁰ was die afdwingbaarheid van 'n ongeregistreerde serwituutskeppende ooreenkoms (1786) met betrekking tot die gebruik van fonteinwater in geskil. Dié ooreenkoms is deur die voorgangers in titel van die betrokke partye gesluit. Appellant (die laerliggende oewereienaar) het vir 'n tydperk van 26 dae geen water ontvang nie. Daar was 'n geskil in 1786 tussen die oorspronklike kontrakparty wat die onderwerp gevorm het van 'n uitspraak van die Stellenbosse Landdros en Heemraden. In 1806 was daar 'n soortgelyke probleem ten aansien van dieselfde fontein. Weer eens het die Landdros

⁹ 586.

¹⁰ 1819 GH 48/2/42 1-362; 1819 CJ 1703 3-133.

en Heemraden 'n bevinding gemaak en 'n nuwe ooreenkoms teen betaling van 'n dwangsom is 'n bevel van dié hof gemaak. Daarna is 'n gedeelte van die grond onderverdeel. Respondent het 'n bevel van die Landdros en Heemrade verkry dat appellant aan die 1806-ooreenkoms gebonde is; die bevinding is op appèl deur die Raad van Justisie gehandhaaf.

Die gronde vir die appèl teen die Raad van Justisie-uitspraak was volg:¹¹

1. Geen permanente serwituut is gevestig nie; dit het dus geen *permanent obligation* geskep nie.
2. "There existed only a permanent agreement ... which consequently bound both parties to each other as long as they continued in the possession of their respective plaas and no further".
3. Dit was 'n "personal concession, a personal grant, a personal engagement, a promise made".
4. Die volgende bronne is as gesag aangehaal: Voet¹² en D 7 1 ten aansien van die nie-oorganklikheid van die verpligtinge uit 'n ooreenkoms.
5. As tweede grond is aangevoer dat 'n persoonlike serwituut was wat met die oorgang van eiendomsreg (*proprietas*) sou verval het.
6. Derdens is beweer dat hofbeslissings net partye *inter partes* - en nie opvolgers nie - bind; daar is verwys na die Romeinsregtelike reël *res inter alios acta*.

Respondent het in sy *respondent's case*¹³ beweer dat die Raad van Justisie-beslissing "has all the marks of justice and equity".¹⁴ In sy *reply*¹⁵ stel hy dit dat die gebondenheid van latere partye aan die oorspronklike ooreenkoms 'n *first principal of law* is¹⁶ en verwys hy na die

¹¹ GH 48/2/41 44-99.

¹² *Commentarius ad Pandectas* 7 1 2, 7 1 6 (52-56).

¹³ 120-136.

¹⁴ 133.

¹⁵ 233-287.

¹⁶ 236.

Romeinse reg¹⁷ en Voet.¹⁸ Die onderskeid tussen *personal and real actions* is ook bespreek. Met 'n beroep op die *res iudicata*-karakter van die 1806-uitspraak van die Landdros en Heemrade asook op die rol van die *ius commune* (die *plaaslike gewoontereg* as *ius commune quod usum*) is betoog dat appellant gebonde is selfs in die afwesigheid van 'n ooreenkoms. In ieder geval het appellant kennis gedra van die ooreenkoms en is daarom daaraan gebonde.

Die rol van die strafbeding as integrale deel van die 1806-ooreenkoms en -uitspraak, is bespreek met verwysing na Pothier,¹⁹ en D 39 3²⁰ en C 1 54 6.²¹

Die 1806-ooreenkoms het die krag van 'n afdwingbare hofbevel ook teenoor derdes verkry. Die *appellant's rejoinder*²² verwys na die sogenaamde *first principles of law* en betoog dat die 1787- en 1806-ooreenkomste gelykstaande is aan die Engelsregtelike *compromise*; die bevestiging van so 'n *compromise* deur 'n hofbevel bind slegs die partye daartoe. As gesag vir die benadering is daar verwys na 'n ander interpretasie van Voet,²³ C 2 4 6,²⁴ die Wes-Europese *ius commune*,²⁵ die *law commentators*²⁶ en Voet se onderskeid tussen saaklike en persoonlike serwitude.²⁷

¹⁷ C 2 4 6 (239-241).

¹⁸ *Commentarius* 2 15 21 (238-239).

¹⁹ *Obligationes* 102 (252).

²⁰ 254-255.

²¹ 256.

²² 287-361.

²³ *Commentarius* 2 15 21 (293-297).

²⁴ 299-306.

²⁵ 307-309.

²⁶ 314.

²⁷ 314.

Ten aansien van die strafbeding is daar klem gelê op die "first principles of the law and the practice of the court here".²⁸ Die nakoming van die reëls van natuurlike geregtigheid tydens die 1806-ondersoek en die standpunt dat die Landdros en Heemraden reeds in 1806 *functus officio* was, is met verwysing na die *laws and practices of this colony* in geskik geplaas.²⁹

Op appèl is die beslissing van die Raad van Justisie gehandhaaf.³⁰

In *Proctor v Cloete*³¹ was die feite ongeveer soortgelyk as die in *Cloete & Van der Byl v Briers*; hier het dit om 'n dam gegaan wat deur twee erfeienaars gebruik was, en wat die onderwerp van vorige ooreenkomste en litigasie (asook van 'n hofbevel hoe die water aangewend moes word) gevorm. Appellant het die dam vernietig. Respondent se eis in die hof *a quo* was gebaseer op die beginsel - bekend aan die *civil law and equity* - van *quod spoliatus ante omniam est restituendus*. Eksepsie is opgewerp dat sulke tussentydse bevele nie appelleerbaar is nie. As gesag is die praktyk van die Kaapse howe aangehaal met spesifieke verwysing na die Raad van Justisie-uitsprake in *Hoffman v Fiscael* en *Zorn v Van Oudshoorn* wat in ieder geval in ooreenstemming was met die praktyk van die Hollandse howe soos deur Van der Linden in sy *Judicieele Practyk*³² beskryf. Daar is ook verwys na die ontoelaatbaarheid van die appèl op grond van die *irreparable damage* wat respondent sou lei as die appèl sou slaag.

Die Landdros en Heemrade het in 1818 van die standpunt uitgegaan dat die 1799-Raad van Justisie-beslissing (1799-04-10) ook deur die howe afgedwing moes word. In *respondent's rejoinder* was aangevoer dat weens "the practice of this court and upon sufficient law authorities" dit vasstaan dat geen appèl *in re possessoria* ten aansien van tussentydse bevele toegelaat word nie. In sy *memorial*³³ is verwys na die verslae en

²⁸ 339-340.

²⁹ 346-354.

³⁰ GH 48/1/2 68.

³¹ 1818 CJ 1682 431-460; 1821 GH 48/2/41 363-693.

³² 2 24 28 (366-367).

³³ 387-451.

diagramme van landmeters en die resolusies van die Kaapse goewerneur tydens die Bataafse bewind. In *appellant's reply* is daar na Blackstone³⁴ verwys as gesag dat geen *trespass* deur appellant gepleeg is tydens verwydering of vernietiging van die dam nie aangesien volgens die Engelse reg "one must have a property (either absolute or temporary) in the soil, and actual possession by entry, to be able to maintain an action of trespass".³⁵ Gevolglik kon die reël *spoliatus ante omnia est restituendus* nie geld nie want daar was geen *trespass* nie. In dié verband is die stelling gemaak "law, which is nothing else than written reason, corrected by the experience of ages".³⁶

In sy *rejoinder*³⁷ het respondent nie Blackstone se benadering gevolg nie maar het 'n beroep op Leyser³⁸ gedoen wat in beginsel ten gunste van restitusie na spoliassie is. Hoewel daar verskil van mening in die Romeins-Hollandse reg (en die Wes-Europese *ius commune*) was of restitusie ook kon plaasvind waar die saak vernietig is, het respondent betoog dat sodanige optrede in ooreenstemming met die *administration of true justice* is.³⁹

Appellant het ten slotte betoog dat die *spoliatus*-reël uit die kanonieke reg afkomstig was en dat Leyser as Duitse juris se standpunte nie in die Hollandse howe toegepas is nie.⁴⁰

Die Siviele Appèlhof het die appèl teen die tussentydse bevel gedeeltelik toegestaan; die oprigting van die dam moes deur die Landdors en Heemraden geskied en die uitgawes daaraan verbonde moes gelykop

³⁴ *Commentaries* 3 12 pag 210 (458).

³⁵ 458.

³⁶ 461.

³⁷ 471-486.

³⁸ *Meditationes* 7 504 10 (484).

³⁹ 557; in die verband is ook na Leyser en die bestaande Kaapse regspraktyk verwys (557-563).

⁴⁰ 681-686; appellant het verwys na 'n verskil van mening oor die toepassing van die *spoliatus*-reël in die geval van tussentydse bevels by Leyser en Van der Linden *Judicieel Practyk* 2 22 2 (685-686).

tussen die partye verdeel word. 'n Verdere appèl is na die *King-in-Council* aangeteken.⁴¹

'n Aantal sake het oor grensgeskille gehandel. In *Roos v Rousseau*⁴² was die bakens wat ingevolge die omsettingsprosedure van leenplaas na volle eiendomsreg (ingevolge die hierbovermelde 1813-proklamasie van Cradock) na bewering nie op die korrekte plek geplaas nie. Dit sou in stryd met die oorspronklike titelakte wees. Die vraag het ontstaan of 'n beroep op verjaring nie regstelling van die foutiewe situasie uitgeskakel het nie. Die Raad van Justisie het beslis dat 'n geswore landmeter 'n ondersoek ter plaatse moes doen en dat kommissarisse (lede van die Raad van Justisie) aangestel word om die geskil te ondersoek en verslag aan die Raad van Justisie te doen. Die Siviele Appèlhof het die hof *a quo* se beslissing gehandhaaf.

In *President en Leden van Burghersenaat v Freisslich*⁴³ was onder andere die omskepping in vrypag van grond wat reeds in 1787, 1794 en 1795 toegeken was, ter sprake. Bepaalde grondstukke is ook deur die partye uitgeruil en by wyse van 'n aansoek om 'n tussentydse bevel is gevra dat Freisslich grond aan die Burghersenaat moes transporteer. Die Raad van Justisie het die aansoek toegestaan,⁴⁴ maar op appèl het die Siviele Appèlhof beslis dat Freisslich oordrag moes ontvang. Die prosesregtelike gebruike soos in die Romeinse reg (C 7 59 1) en volgens Voet⁴⁵ en Van der Linden⁴⁶ is nie deur die Siviele Appèlhof gevolg nie.

In *Roos v Roux (Widow De Villiers)*⁴⁷ het die bepaling van die grens tussen twee grondstukke ter sprake gekom. Ten grondslag van die geskil was die 1695-ooreenkoms wat by verskeie geleenthede in latere uitsprake van die Hof van Landdros en Heemrade en Raad van Justisie ter sprake gekom het. Ook hier is die ontoepaslikheid van vorige

⁴¹ Die betrokke stukke was nie tydens die ondersoek beskikbaar nie.

⁴² 1814 GH 48/2/24 1-173.

⁴³ 1820 CJ 1732 225-294; GH 48/2/50 455-851.

⁴⁴ CJ 938 1120-1121.

⁴⁵ *Commentarius* 7 59 6 (578-579).

⁴⁶ *Judicieel Practyk* 2 24 4, 7 (579-580).

⁴⁷ 1811 CJ 1529 1-231; 1812 GH 48/2/8 476-767.

hofuitsprake as verweer geopper.⁴⁸ Die Raad van Justisie het beslis dat die vorige hofuitsprake wel toepaslik is en het 'n kommissie bestaande sy eie lede aangestel om by wyse van *inspectio in loco* ondersoek in te stel en verslag te doen. Hoewel dit 'n tussentydse bevel was, het die Siviële Appèlhof wel die appèl daarteen as ontvanklik beskou maar het die beslissing van die Raad van Justisie gehandhaaf.⁴⁹

4 EVALUASIE

Die uiteensetting hierbo laat blyk dat daar op ten minste drie vlakke 'n aanpassing van die 1806-regsposisie met betrekking tot grond ingetree het:

1. Die VOC-grondbeheervorme is 1813 deur opgehef deur Goewerneur Cradock; die proklamasie het slegs voorsiening gemaak vir erfpag en eiendomsreg. Leenplase kon in erfpag omskep word mits voldoende opmeting plaasgevind het. Vaste voorskrifte oor die vervreemding van grond (eers na opmeting, oordrag voor kommissaris van die Raad van Justisie en registrasie) is afgekondig. Daarna sou geen nuwe laste van owerheidsweë op erfpagplase geplaas word nie. Daar is ook bepaal wat die inhoud van die erfpagregte behels.
2. Nieteenstaande die afwysende houding van die Romeins-Hollandse outeurs het die Siviële Appèlhof telkens beslis dat tussentydse bevels van die Raad van Justisie wel appelleerbaar is; in bepaalde gevalle is die tussentydse bevels ook omvergewerp.
3. Ten aansien van die materiële reg is daar beslis dat die kennisleer ten opsigte van ongeregistreerde grondverdelings- en serwituutskeppende ooreenkomste geld. In die verband is die reël *res inter alios acta* so geïnterpreteer dat owerheidsbeskikkings en hofuitsprake ten aansien van voorgangers in titels in sodanige aangeleenthede wel ter sake is.

Die eerste verwysings na die *action for trespass* kom reeds in die periode onder bespreking na vore. In die verband is dikwels op Blackstone gesteun. Verbandhoudend daarmee het die Kaapse

⁴⁸ C 7 56 2 (716).

⁴⁹ GH 48/1/1, 165.

Raad van Justisie die standpunt ingeneem dat spoliassie herstel moet word ook wanneer die betrokke saak vernietig is; dit is ook 'n afwyking van die Romeins-Hollandse reg in dié sin dat daar nie eenstemmigheid onder die Romeins-Hollandse outeurs hieroor bestaan het nie. Dit is voorts van belang dat die hof oënskynlik die standpunt van Leyser gevolg het, nieteenstaande die feit dat hy streng gesproke nie 'n Romeins-Hollandse outeur is nie, maar eerder in sy hoedanigheid as *Usus Modernus Pandectarum*-skrywer deel van die *ius commune* van Wes-Europa uitgemaak het.

Die Kaapse regspraktyk het ook ten aansien van die nie-opgemete grense van leenplase (voor 1813) by wyse van die ontstaan en afdwinging van gewoontereg 'n eie ontwikkeling getoon.

S.



Wij Simon van der Stel, Gouverneur zijns der Verenigde Nederlanden Goetrijcke
Oost-Indische Comp^{nia}, an Cabo de Goede Hoop des Zijlants Mauritius en zesels der Res
Mitsg^{en} Onsen Raaden, doen te overleten, doe in den jaer 1603. and den Ween naad da
Skeef in dijen en sooken eigendom ^{van} land ^{en} loofte ^{aan} in gijgenans, gelijk hem gegeven werd bij desen schene de
lands als A. B. C. gelegen an Stellenbo ^{gehuant} ^{voor} ^{de} ^{gijgen} ^{aan} ^{de} ^{land} ^{en} ^{loofte} ^{aan} ⁱⁿ ^{gijgenans} ^{gelijk} ^{hem} ^{gegeven} ^{werd} ^{bij} ^{desen} ^{schene} ^{de}
Land van Lambert van Bos, N. O. tegens dat van Paulus Binkhe, en N. tegens dat van Jacoba van Bronwen, mak
te samen een inloot van twee en negentig morgen, drie loode sijprijc triekants roeden, en de ven dien hant sool
En de borenstaande figure nader te sien is, met volthoud mag en hegt ter geden Land van den hof af dat t hem g
is Onroegen bezoloven, bezayer, bezooten, becommenen en gelijc te becommen te beleenen en nader land des van den
Hof hier goedsindri dat, blijvende lij gelonden, de rivier langs en noemens d'n hoorn land, so veel tot sijndigen a
we jngcoelen en genie en gebruik te gedogen, den gemenen wagen weg, mitsg een doordrixt ter breedte
t roeden als mede al wat oen en in de wasse moeren haren land de rivier, dan alleen door de vanden als d'n

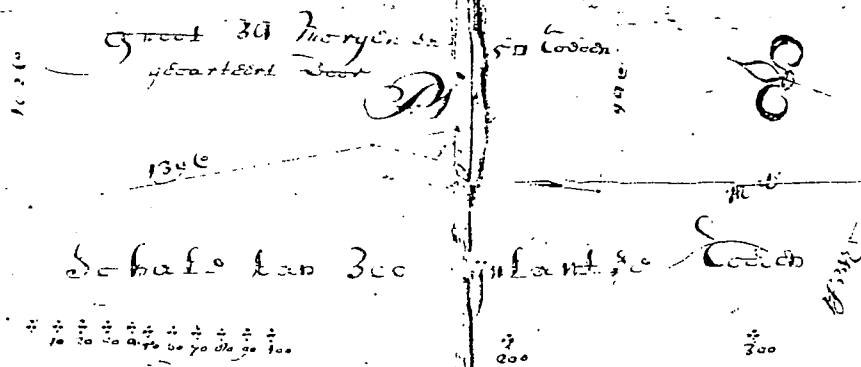
Indien Godezinden dat, Blijvende l'ij gelonden, de rivier langs en nevens d'n Room land, do wel tot sijn digen als ande
re Jugeoelen en Genies en gebruik l'ij gedogen, den geminen Wagenweg, mitsg een doordrivelen Eredw vanden
kooden, als mede v'pligt geen loit gewas + mogen harpen, langs de rivier, dan alleen, door de v'rand als sijn land
stocht, en sonder and' overhant le mogen overstappen, met m'it dr'ukhelijk beset, tekenen inde plaats van't af
gehaet loit wederom jonge dike boomen, en ander loit gewas l'ij planten, daan en kosen merd de d'ien l'baan
leid dat l'ij, faarlijk van sijn gewasde hoorn, anden D^e of d' L^e Comp^e: sal moeten opbrengen, de liende sijners
ingecamerde granen, op beente van't gegeven land indien bewonden, wone de d' Anse Andes le hebben o'me
of dat l'ij sijn land niet na beloonen, en na l'ij den Placcaten, sal bekonwen en cultiveren, in welken gewat l'ij
d' overleid sal w' staan, l'ij meengen: land l'ij o'ttenen, en't an een anden legew, Blyvende d' v'rand t'
selve onderwerpen, sodanig l'ij m'osities en Genegrig l'iedey, en v'pligt als l'ij l'ij deene wegen l'ij gedogen
als b' d' overleden allien geset d' sijn, of m'it toekomende l'ij den l'ij v'rand d' Comp^e: en't gemene best l'ij
sonden mogen g'held worden.

Gegeven Int' Castiel de Goede Hoop den 4^{ten} Martij An: 1602.

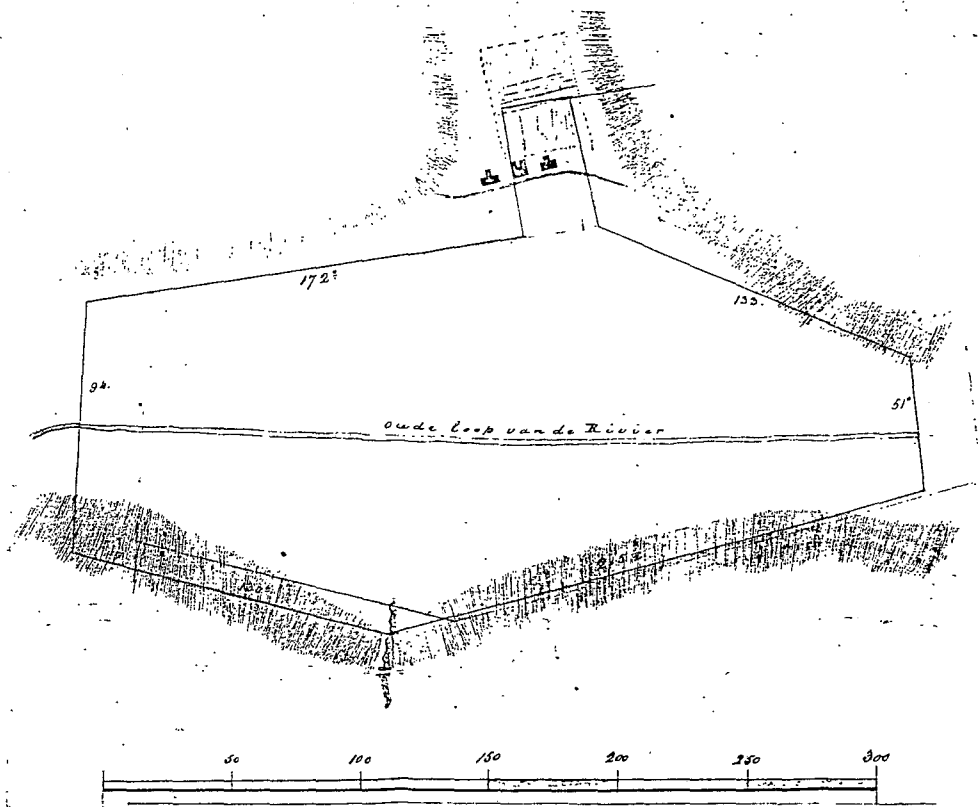
Der Ordinantie Vanden Ea. Allen
Privat l'ij en sijnen Raaden.

J. de Groenbroek
Secr^{is}

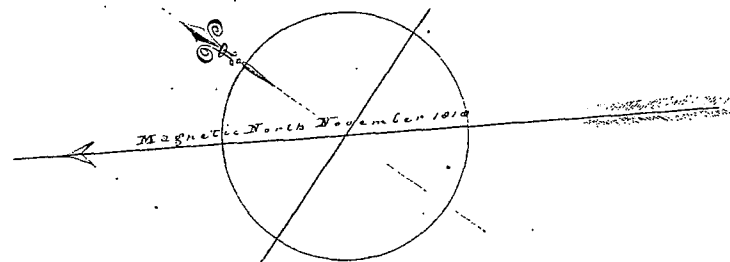
J. H. J. J.



Simon Vander Meijer, Gouverneur der Nieuw-Nederlandsche
 Verlandten, Gerechtigde, ende Oost-Indische Compagnie, van de Goede Hoop, Mitig = des Eylands
 Mauritius, ende d'elven Cesort, ende Onsen Raaden dochter, de Weten. Der Primo Januarij
 inden jaer 1688. anden Drijbongen Caribbert, Caribbert, van Doef, in Dollen, en Drijen, d'igenom
 gind en toelge, taan is, gelijk een Vgind en boege, taan, word bij desen, seken stik, Land gelegen an Stellenbos
 trekkende, N. W. legen't Land van D' Oost-Indische Compagnie, N. O. tegen da'saan D'ans Densche, E. O. tegen da
 van D'indianen, du Toijt, en D'westelijck tegens't Onsen naams Gebroegs, Groot D'ick en Dertig morgen, en D'or
 Londen en D'ijoen, twintig D'ien hant, roeden, so als by de bovenstaande figurin, doorden Landmeter inder tij
 daan van Gemaakt, breiden lesien is, met volkomen, magr du negt, ler geseide Land te mogen beploeg
 bewaen bepoelen, betimmeren, en en welck te besitten, belecken, en naderland, des van D'ins Lijnds, 4 selos lan
 wederom te slopen, te plunnen, of andersins te salie, dus, so en als't D'overleef inder tijd hier Goed D'inden, de
 Blijpende, by Gelonden, noffens D'ijn hoorn land, so wel tot eigen als andere ingeselenen, genieu en gebanijk



Schaal van 300 Rhineland Rooding



The above Diagram represents the Situation of the Freehold Place, called, aan de Pad, according to a Survey done by me, in the Month of November 1810.

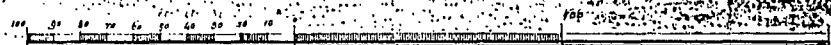
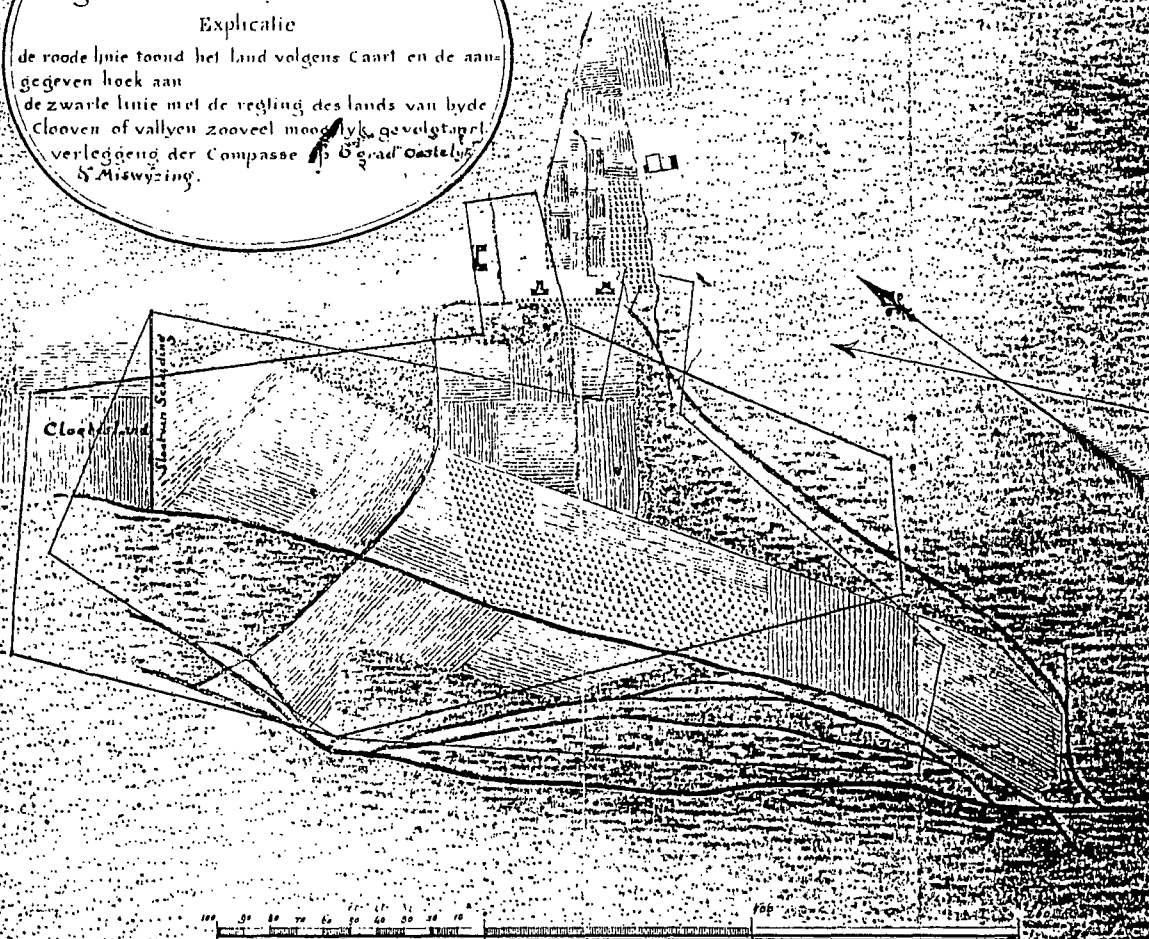
M. B. Rowan
Sur Surveyor

PLAN VAN DE SITUATIE

en
legging der plaats van Casparus Albertshyn
genaamt aan 't Padt by Stellenbosch.

Explicatie

de roode linie toont het land volgens Caart en de aan-
gegeven hoek aan
de zwarte linie met de regting des lands van hyde
clooven of vallyen zooveel mogelijk gevolgtapet
verlegging der Compasse op 6 grad Oostelyk
5 Miswyzing.



Schale van 500 Rynl. Rooden

VERLOOP VAN DIE PROSES

1 INLEIDING

Vanaf 1807 tot 1827 het die siviele hofstruktuur aan die Kaap soos volg uitgesien:¹

1. Hof van Landdros en Heemraden.
2. Raad van Justisie in Kaapstad as hof van eerste instansie wat sake op appèl en in die eerste instansie kan verhoor.
3. Siviele Appèlhof (*Court of Appeal in Civil Cases*) met die goewerneur en ander senior amptenare as regters.
4. *Privy Council* in Engeland.

In hierdie gedeelte word daar 'n kort uiteensetting van die proses in die Raad van Justisie (*Court of Justice*) en die Siviele Appèlhof (*Court of Appeal*) gegee.

2 AGTERGROND

Die Kaputulasievoorwaardes² tydens die tweede Britse anneksasie aan die Kaap het bepaal dat die Hollands-ingestelde howe (soos hierbo vermeld) bly voortbestaan. Geen nuwe prosesvoorskrifte is vir die howe uitgereik nie met die gevolg dat die Romeins-Hollandse prosesreg wat voor 1795 in die Kaap en in Holland gegeld het, bly voortbestaan het.

¹ Sien veral ook vir 1806-1835 Van der Merwe *Regsinstellings en die reg aan die Kaap van 1806 tot 1834* (1984) in die geheel.

² A 8, Kaputulasievoorwaardes van 1806-01-18 in *Statute Law of the Cape of Good Hope* (1862) 39. Sien ook die a 8 van die Kaapse Kaputulasievoorwaardes van 1806-01-10 op 42.

Vanweë die feit dat daar gereeld in die prosesstukke van die Raad van Justisie na Van der Linden³ as gesag vir prosesregtelike vrae verwys is, kan daar aanvaar word dat sy uiteensetting van die prosesreg die basis van die prosesreg in die Kaap was. Trouens, sy uiteensetting is 'n weergawe van die Hollandse praktyksreg aan die einde van die 18e eeu. Mettertyd is veranderinge aan die prosesreg aangebring en 'n aantal skrywers is van mening dat dié totale proses in 1828 deur die Engelse prosesreg⁴ by wyse van die Regsoktrooi⁵ vervang is. Regsverteenwoordiging by wyse van prokureurs en advokate is toegelaat.⁶

2.1 Voorvereistes waaraan voldoen moes word

Volgens Van der Linden moet daar aan drie vereistes, voordat die uitreiking van die dagvaarding kan geskied, voldoen word:

1. 'n Skriftelike of mondelinge versoek aan die teenparty voordat die geding aanhangig gemaak word - *insinuatie*⁷ of *minnelijke aanmaning*.⁸

³ *Verhandeling over de Judicieele Practijcq* (1781). Daar is ook by geleentheid na *Merula Manier van Procedeeren* verwys.

⁴ Van Zyl DH *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1983) 451; Hosten WJ ea *Introduction to South African Law and Legal Theory* (1977) 195; De Wet JC *Die ou skrywers in perspektief* (1988) 32 ev; De Vos W *Regsgeskiedenis* (1992) 242 ev (sien veral 244); Van der Merwe PJ *Regsinstellings en die reg aan die Kaap van 1806 tot 1834* (LLD-proefskrif aan die Universiteit van Wes-Kaapland 1984) hfst 3 in die geheel.

⁵ Proklamasies 1834 - inwerkingtreding 1834-03-01 in *Statute law* 206-224. Reeds in Engeland afgekondig op 1832-05-04.

⁶ Sien Van der Merwe *Regsinstellings en die reg aan die Kaap van 1806 tot 1834* vir 'n uiteensetting van die rol van regsverteenvoerders tydens die periode 1652 tot 1795 (34-36); 1803-1806 (60-62) en Visagie *Regspiegeling en Reg aan die Kaap van 1652 tot 1806* tav 1652-1795 (48-52); 1803-1806 (106-107). Vgl verder Van der Merwe *Regsinstellings en die reg aan die Kaap van 1806-1834* (1984) 66 tav die instruksies aan Graaf Caledon in dié verband en 67-85 tav die howe tydens die Tweede Britse Besetting.

Nie alle sake van die Raad van Justisie en die Siviele Appèlhof het die volle proses deurloop nie. Ter wille van duidelikheid word die hele proses hier uiteengesit.

⁷ *Judicieele Practijcq* 1 8 8.

⁸ *Koopmanshandboek* 3 1 2 1.

2. Die partye moet oor *locus standi* beskik of *venia agendi* verkry.⁹
3. Daar moet van regsverteenwoordiging by wyse van prokureurs en advokate gebruik gemaak word.¹⁰

2.2 Handeling deur eiser

2.2.1 Uitreiking van die dagvaarding

Voordat die dagvaarding (*mandament*) uitgereik kon word, moes daar eers 'n *requeste* by die hof ingedien word.¹¹ Die *requeste* moes aan die volgende vereistes voldoen:

1. Naam en woonplek van die partye.
2. Bepaling van die dag, uur en plek vir verskyning van die partye (*Dag van Beraad; Regtdag*).
3. Uiteensetting van die feite, eis en regsgronde artikelgewys.
4. Versoek tot nakoming van die eis (*clausule van simpel bevel*) of tot beregtiging van die saak (*clausule justificatoir*).
5. Ondertekening deur die prokureur en advokaat van die eiser.
6. Inhandiging by die *Commissarissen* (2 *gecommitteerde leden* van die Raad van Justisie. Die stukke vorm nie deel van die Raad van Justisie-reekse wat ondersoek is.)

Die kommissaris moes vasstel of aan formele vereistes voldoen is.¹² Daarna is die partye ontbied om met die oog op 'n skikking (*accord*) voor die twee kommissaris te verskyn (*compareeren*).¹³ Indien die skikkingspoging onsuksesvol is, word 'n dagvaarding uitgereik.¹⁴

⁹ *Judiciele Practijcq* 3 1 2 2-3.

¹⁰ *Judiciele Practijcq* 1 8 4-7; *Koopmanshandboek* 3 1 2 4. Daar kan by die hof om *pro deo* regshulp aansoek gedoen word - *Judiciele Practijcq* 1 8 10; *Koopmanshandboek* 3 1 2 5.

¹¹ *Judiciele Practijcq* 2 1 1-4; *Koopmanshandboek* 3 1 2 4-7.

¹² *Judiciele Practijcq* 2 1 5.

¹³ *Judiciele Practijcq* 2 1 6.

¹⁴ *Judiciele Practijcq* 2 1 7; *Koopmanshandboek* 3 1 2 8.

Verskillende soorte dagvaardings (*mandamente*) is in die Romeins-Hollandse reg onderskei,¹⁵ byvoorbeeld die *mandament van debitis* (meerdere skuldeisers),¹⁶ *mandament van condemnatie* (in likiede sake en *obligatoire acte* (waarskynlik van praetensie - maw by koopkontrakte),¹⁷ *mandament om executie te zien decerneeren* (eksekusie te verkry),¹⁸ *mandament om actie te institueeren* (om 'n persoon te dwing om 'n aksie in te stel),¹⁹ *mandament in cas van guarand* (in geval van waarborge bv verborge gebreke),²⁰ en die *mandament van indemniteit* (in geval van ander vorderingsregte).²¹

Die dagvaarding word deur die *deurwaarder* bedien en 'n relaas moet deur hom opgestel word.²² In die dagvaarding kom die twee hierbovermelde klousules met betrekking tot voldoening of die liassering van 'n verweer voor.²³

2.2.2 Ter rolle plasing

Die prokureur van die eiser (*impetrant*) moet daarna die saak op die

¹⁵ *Judiciele Practijcq* 2 1 9 - 2 1 16; 2 7 - 2 33; *Koopmanshandboek* 3 1 2.

¹⁶ *Judiciele Practijcq* 2 7 1-5; *Koopmanshandboek* 3 1 2 20.

¹⁷ *Judiciele Practijcq* 2 9 1 4. Hierdie dagvaarding het die verkorting van die proses ten doel; in so 'n geval kan voorlopige vonnis (*namptissement*) verkry word: *Judiciele Practijcq* 2 5 3. In gepaste gevalle, terwyl die hoofeis nog nie afgehandel is nie, kan *provisie* aangevra word - die verweerder moet daarvolgens die bedrag in geskil by *provisie* aan die eiser betaal, onderhewig aan verskaffing van borgtog: *Judiciele Practijcq* 2 5 3; *Koopmanshandboek* 3 1 2 12, 19.

¹⁸ *Judiciele Practijcq* 2 10 1-4; *Koopmanshandboek* 3 1 2 4.

¹⁹ *Judiciele Practijcq* 2 11 4, 14; *Koopmanshandboek* 3 1 2 5.

²⁰ *Judiciele Practijcq* 2 12 1-3; *Koopmanshandboek* 3 1 2 6.

²¹ *Judiciele Practijcq* 2 13 1-3.

²² *Judiciele Practijcq* 2 2 1-10; *Koopmanshandboek* 3 1 2 9.

²³ *Judiciele Practijcq* 2 1 7.

hofrol plaas (*praesentatie*).²⁴ 'n Bepaalde geldbedrag moet ook gedeponeer word (*betaling van impart*).²⁵

Rolle dra twee betekenisse:

1. die boek of register waar alle *praesentaties* deur die prokureurs *ter griffier* ingehandig is; of
2. die boek of register waar die prokureurs die notule (verloop van gedinge) dikteer.²⁶

Die voorgeskrewe terminologie met betrekking tot die aantekening in die notule moet gevolg word.²⁷ Dié betrokke rolle word daarna in die openbaar voorgelees.²⁸ Die begrip *saak ter rolle gepraesenteerd* beteken dat die *regtdag* aangebreek het en dat die eis vervolgens ingedien moet word.²⁹

2.2.3 Indiening van eis

Die *eisch en conclusie* bevat die uiteensetting van die eis.³⁰ Dit word deur die advokaat opgestel en deur 'n prokureur *gearresteerd* en ingedien.³¹ By die opstel daarvan moet die betrokke aksie en die regsgronde waarop dit berus in ag geneem word; daarnaas moet die *conclusie* by die betrokke omstandighede pas. Die bestaande *formulieren van conclusie* moet in ag geneem word. Voorgeskrewe *conclusies* bestaan

²⁴ *Judiciele Practijcq* 2 3 1; *Koopmanshandboek* 3 1 2 10. Die klerk moet alle *praesentaties* op 'n afsonderlike rol plaas en die naam van die betrokke prokureur en tyd van ontvangs van die betrokke stukke daar aanteken: *Judiciele Practijcq* 2 3 4; *Koopmanshandboek* 3 1 2 10.

²⁵ *Judiciele Practijcq* 2 3 5.

²⁶ *Judiciele Practijcq* 2 3 6.

²⁷ *Judiciele Practijcq* 2 6 10.

²⁸ *Judiciele Practijcq* 2 3 6.

²⁹ *Judiciele Practijcq* 2 3 7.

³⁰ *Judiciele Practijcq* 2 3 7; *Koopmanshandboek* 3 1 2 11.

³¹ *Judiciele Practijcq* 3 3 8; *Koopmanshandboek* 3 1 2 11.

onder andere ten aansien van wissels,³² die sakereg,³³ vorderingsregte (*iura ad rem*),³⁴ die huweliksreg,³⁵ die erfreg,³⁶ en die deliktereg.³⁷

Waar die eisorsaak oor die vasstelling van 'n spesifieke rekening (bv by skadevergoeding) handel, staan die *eisch en conclusie as debath* bekend.³⁸

2.3 Tussenhandeling

Alvorens die verweerder antwoord, kan 'n aantal tussenhandelinge plaasvind:

1. Waar die eiser nie verskyn nie (*non-comparitie*) word absolusie van die instansie verleen.³⁹
2. In die geval van 'n eerste instansie-eis (*rau actie*⁴⁰), waar die verweerder nie verskyn nie, kan finale vonnis by verstek verkry word.⁴¹

³² *Judiciele Practijcq* 2 6 4.

³³ *Judiciele Practijcq* 2 6 5.

³⁴ *Judiciele Practijcq* 2 6 6.

³⁵ *Judiciele Practijcq* 2 6 7.

³⁶ *Judiciele Practijcq* 2 6 8.

³⁷ *Judiciele Practijcq* 2 6 9.

³⁸ *Koopmanshandboek* 1 9 3.

³⁹ *Judiciele Practijcq* 2 3 9-10; *Koopmanshandboek* 3 1 2 13.

⁴⁰ Vgl *Judiciele Practijcq* 2 6 2-2 6 4.

⁴¹ *Judiciele Practijcq* 2 3 11-12; *Koopmanshandboek* 3 1 2 13. Afhangende van die soort eis moet tot vier aansoeke om verstek deur die eiser ingehandig word. Dit lei tot onderskeidelik twee uitreikings van 'n *mandament* (of *citatie*), *intendit* (dokument waarin die verloop van die proses uiteengesit is) en *acte* wat tot die *intendit* toegevoeg moet word. Daarna kan vonnis by verstek verkry word.

Klein sake word voor die twee *gecommitteerde leden* afgehandel.⁴²
Summiere sake vind sonder die wisseling van pleitstukke plaas.⁴³

2.4 Handeling deur verweerder

Die verweerder (*gedaagde*) kan op drie wyses optree:

2.4.1 Praeliminêre of praeallable verzoeken

Die verweerder kan voor die betrokke regsdag 'n aantal preliminêre versoeke opper.⁴⁴

2.4.2 Eksepsies

Op die dag van beraad kan daar naas 'n negetal eksepsies ook 'n konklusie tot *absolutie van instantie contrarie conclusie* (eksepsie van nie-ontvanklik) geopper word.⁴⁵

2.4.3 Indiening van antwoord

Die verweerder moet hom aan die voorgeskrewe termyn vir die indiening van antwoord hou of aansoek om uitstel doen.⁴⁶ As geen antwoord ontvang word nie, kan die eiser verstek van antwoord aanvra.⁴⁷ Waar die dokumente van die eiser ontbreek, kan die verweerder in sy antwoord by wyse van 'n *reconventie* dit ook in sy *conclusie van antwoord* opvra.⁴⁸ 'n Teeneis (*eisch in reconventie*) kan ook in bepaalde gevalle in die *conclusie van antwoord* opgeneem word.⁴⁹

⁴² *Koopmanshandboek* 3 1 2 1.

⁴³ *Koopmanshandboek* 3 1 2 2.

⁴⁴ *Judiciele Practijc* 2 4 3-5; *Koopmanshandboek* 3 1 2 14 - bv insae in die prokurasie van die eiser se prokureur en dat daar waarborg (*cautie*) vir koste van die proses gestel word.

⁴⁵ *Judiciele Practijc* 2 4 6-9.

⁴⁶ *Judiciele Practijc* 2 4 10.

⁴⁷ *Judiciele Practijc* 2 4 11; *Koopmanshandboek* 3 1 2 17.

⁴⁸ *Judiciele Practijc* 2 4 12-13.

⁴⁹ *Judiciele Practijc* 2 4 13; *Koopmanshandboek* 3 1 2 18.

Waar die eisorsaak 'n vasstelling van 'n rekening is, staan die antwoord as *contra-debath* bekend.⁵⁰

2.5 Conclusie van replicq van impetrant

Die eiser kan repliek lewer of sy eis (na aanleiding van verweerder se antwoord) inkort by wyse van 'n *contra-praesentatie* of 'n *contra-declaratoir*.⁵¹

Waar die eisorsaak die vasstelling van 'n rekening is, staan die repliek as *solutie* bekend.⁵²

2.6 Duplicq van die gedaagde

Die laaste pleitstuk (*termijn*) wat ingehandig kan word, is die *duplicq* van die verweerder.⁵³ Waar die eisorsaak die vasstelling van 'n rekening is, staan die dupliek as *supersolutie* bekend.⁵⁴

Partye kan gedwing word tot die inhandiging van repliek en dupliek by wyse van versoek tot verstek van repliek en dupliek.⁵⁵

2.7 Triplicq en quadruplicq

Alhoewel Van der Linden nie spesifiek vir 'n *triplicq* en *quadruplicq* voorsiening maak nie, word hierdie pleitstukke wel in die Kaapse reg aangetref.⁵⁶ In dié opsig het 'n vernuwing ingetree.

2.8 Memorie van belangen en contra-belangen

⁵⁰ *Koopmanshandboek* 1 9 3.

⁵¹ *Judiciele Practijcq* 2 5 1; *Koopmanshandboek* 3 1 2 19.

⁵² *Koopmanshandboek* 1 9 3.

⁵³ *Judiciele Practijcq* 2 5 2; *Koopmanshandboek* 3 1 2 19.

⁵⁴ *Koopmanshandboek* 1 9 3.

⁵⁵ *Judiciele Practijcq* 2 5 2.

⁵⁶ *Sien bv Cruywagen v Sandenbergh* 1806 CJ 1416 211-228 234-242.

Dié stukke word ook in die stukke van die Raad van Justisie aangetref,⁵⁷ maar nie spesifiek in Van der Linden vermeld nie.

2.9 Plena litis contestatio

Geen verdere dokumente mag daarna ter rolle geplaas word nie - die *zaak is voldongen*.⁵⁸

In gevalle van *provitie* (voorlopige vonnis),⁵⁹ eksepsies, *insidenten* en summiere sake word die saak by wyse van mondelinge pleidooi voor die twee *commissarissen ten rolle* besleg.⁶⁰ Dit word beslis (*gedecideerd*) by wyse van vonnis (*sententie*) van die twee *commissarissen*. Hulle kan die saak in advies hou; waar hulle verskil of dit oor 'n belangrike aangeleentheid gaan, kan die saak na die Raad van Justisie vir afhandeling verwys word. In laasgenoemde twee gevalle maak die Raad 'n beslissing na oorweging van die *rapport* van die twee *commissarissen*. Waar dit gaan om preliminêre versoeke en eksepsies word geen betoog ten aansien van kostes gelewer nie; dit staan oor tot afhandeling van die hoofeis.⁶¹

Na *voldingen* (voldoening) moet die onderskeie prokureurs onmiddellik in die hofnotule bepaal of die betrokke saak as *beschreven* of *bepreiten* gehanteer moet word - die sogenaamde *appointement dispositief*.⁶² Die volgende reëls bestaan:

1. Alle sake waar geen feitegeskil is nie en die bedrag onder 1000 gulde is: mondelings voor die Raad.
2. Alle sake waar daar feitegeskille is en die bedrag 1000 gulde of daar bo is: *beschreven* voor die Raad van Justisie.

⁵⁷ Cruywagen v Sandenbergh 1806 CJ 1416 254-266 274-301.

⁵⁸ *Judicieele Practijcq* 2 5 2; *Koopmanshandboek* 3 1 2 19.

⁵⁹ *Koopmanshandboek* 3 1 2 19.

⁶⁰ *Judicieele Practijcq* 2 5 3-4, 3 1 1-2; *Koopmanshandboek* 3 1 8 1.

⁶¹ *Judicieele Practijcq* 2 5 3.

⁶² *Koopmanshandboek* 3 1 8 2.

3. Alle sake onder 1000 gulde: mondeling voor die twee *gecommitteerde leden*.⁶³

2.10 Uitrui van inventaris en stukke

Daar bestaan sekere voorskrifte met betrekking tot die uitruiling (wisseling) van die inventaris en alle stukke tussen die lede van die regbank.⁶⁴

2.11 Verdere verloop

2.11.1 Mondelinge pleidooie

In die mondelinge pleidooi moet die gronde en redes van wat in die proses beweer word aan die regter voorgedra word en *teenwerpingen* van die ander party beantwoord word. Soos in die geval van die prosesstukke word ook hier voorsiening gemaak vir vier soorte pleidooie (*termijnen*): eis, antwoord, repliek en dupliek. Daar bestaan ook 'n aantal vereistes met betrekking tot die inhoud van en wyse van formulering van mondelinge pleidooie.⁶⁵

2.11.2 Beschreven zaken

Die aanhoor van getuienis vind slegs by *beschreven zaken* plaas. Geen kruisondervraging word toegelaat nie; vrae word namens die betrokke teenparty deur die regter gestel en staan bekend as *contra-interrogatorien*. 'n *Ampliasie-inventaris* word daarvan opgestel. Die proses word hierna as geslote beskou (*renuncieren van verdere productie*).⁶⁶ Daarna word 'n versoek tot bepaling van die *dag van pleidooije* gerig.⁶⁷

'n Finale inventaris word opgestel en na verloop van vier weke word die stukke en inventaris uitgereik. Deel van die stukke is die skriftelike

⁶³ *Koopmanshandboek* 3 1 8 2.

⁶⁴ *Koopmanshandboek* 3 1 8 3.

⁶⁵ *Judiciele Practijc* 3 2 1 3-18; *Koopmanshandboek* 3 1 8 5.

⁶⁶ *Koopmanshandboek* 3 1 8 4.

⁶⁷ *Koopmanshandboek* 3 1 8 4.

pleidooi (*advertissement van rechten*) en 'n dokument wat nie openbaar gemaak word nie (*secretee schriftuur*). Die betoë moet artikelsgewys opgestel wees en moet aan dieselfde reëls as by 'n mondelinge pleit voldoen. Ook in hierdie geval word daar voorsiening vir skriftelike pleite by wyse van eis, antwoord, repliek en dupliek gemaak.⁶⁸

2.12 Vonnis

Die Raad van Justisie stel een van sy lede as *rapporteur* aan wat 'n skriftelike advies (*voordracht*) aan die Raad voorlê.⁶⁹ Na stemming oor die voordrag⁷⁰ word die vonnis bepaal (*definitive vonnis*)⁷¹ en word die vonnis in die openbaar uitgespreek (*pronuntiatie van vonnis*).⁷²

2.13 Eksekusie

Daar word voorsiening gemaak vir eksekusie,⁷³ *summatie* (kennisgewing dat binne 24 uur aan die vonnis voldoen moet word deur die deurwaarder),⁷⁴ siviele gyseling,⁷⁵ likwidasie,⁷⁶ taksasie van koste⁷⁷ en *debath van reekening*.⁷⁸

⁶⁸ *Judicieele Practijcq* 3 3-4; *Koopmanshandboek* 3 1 8 6.

⁶⁹ *Koopmanshandboek* 3 1 9 1.

⁷⁰ *Koopmanshandboek* 3 1 9 2.

⁷¹ *Koopmanshandboek* 3 1 9 3.

⁷² *Koopmanshandboek* 3 1 9 4.

⁷³ *Koopmanshandboek* 3 1 9 5, 7-15.

⁷⁴ *Koopmanshandboek* 3 1 9 6.

⁷⁵ *Koopmanshandboek* 3 1 9 16.

⁷⁶ *Koopmanshandboek* 3 1 9 17.

⁷⁷ *Koopmanshandboek* 3 1 9 17.

⁷⁸ *Koopmanshandboek* 3 1 9 17.

3 VERLOOP IN DIE CJ-STUKKE

3.1 Inleiding

Die bovermelde Romeins-Hollandse prosesreg⁷⁹ het die grondslag van die Kaapse prosesreg gevorm. 'n Aantal leidende sake is ontleed ten einde die verloop van die proses in die Raad van Justisie gedurende 1806-1828 te bepaal.⁸⁰

3.2 Prosesstukke: Raad van Justisie

Dit blyk uit al die hofstukke wat ontleed is dat daar eerstens 'n *extract uit de civiele rechtsrolle* voorkom waarin die *procuratie*, partye en die eisorsaak kortliks uiteengesit word. Buiten sekere uitsonderingsgevalle (bv *tav borg*, *eksepsies* en *cas van reekening*) word daar feitlik in elke saak 'n *eisch en conclusie*, antwoord, *replicq* en *duplicq* aangetref. In die *eisch en conclusie* van die eiser word hoofsaaklik die feite van die saak, 'n kort beredenering van die regsposisie met betrekking tot die eis en die aard van die verwagte regshulp weergegee. Op hierdie stadium word daar oor die algemeen geen gemeenregtelike gesag aangehaal nie. Die *antwoord* van die verweerder sit die feitlike posisie soos deur hom gesien, asook sy regsargument uiteen. In die *replicq* van die eiser word gepoog om die argumente van die verweerder te weerlê en word daar indien nodig na gemeenregtelike gesag verwys ten einde die regsposisie duideliker te maak. In die *duplicq* verkry die verweerder die geleentheid om argumente te opper en indien hy dit nodig ag gesag aan te haal. In uitsonderingsgevalle word ook 'n *triplicq* en *quadruplicq*

⁷⁹ Sien 1.2.

⁸⁰ *Cruywagen v Sandenberg* 1806 CJ 1416 184-303; *Hoets v Korsten* 1806 CJ 1416 21-182; *Myburgh v Mostert* 1807 CJ 1441 508-817; *De Wet v Fryman* 1808 CJ 1472 564-641; *Grundling v Oertel* 1809 CJ 1495 48-259; *Wagener v Kock* 1810 CJ 1499 261-401; *Weesmeester v Kock* 1811 CJ 1533 1-940; *Geyser v Hoffmann* 1812 CJ 1546 482-611; *Brand v Swan & Stone* 1813 CJ 1565 655-670; *Vermaak v Bosman & Bosman* 1816 CJ 1610 592-684; *Smit v Geyer* 1820 CJ 1717 2-242; *Esterhuizen v Esterhuizen* 1821 CJ 1737 1-242; *Anossi ea v Smuts* 1817 CJ 1645 253-382; *Briers v Cloete & Van der Byl* 1819 CJ 1703 3-36; *Blomerus v Weduwee Cloete* 1817 CJ 1646 2-662; *Kruger v Van der Bijl* 1810 CJ 1507 526-67; *Albertyn v Cloete* 1818 CJ 1585 35-541.

aangetref⁸¹ ten einde onsekerhede (*confusie*), wat in die vorige pleitstukke kon bestaan het, op te klaar of die eis breedvoeriger uiteen te sit.

'n *Pleydooy van eisch, antwoord, replicq* en *duplicq* word in sommige gevalle aangetref. Dié beredenerings word mondelings in die hof gestel⁸² ten einde die regsposisie of feite uiteen te sit.

Wanneer daar 'n geskil oor koste (*rekening*) ontstaan, staan die pleitstukke as *debath, contra debath, solutie* en *supersolutie* bekend.⁸³ In sommige gevalle word 'n *acte van summatie, renovatie, insinuatie* en 'n *denuntiatio* aangetref.⁸⁴

'n *Replicq in conventie* en 'n *antwoord in reconventie* kom verder voor.⁸⁵ Partykeer word die notules van die *Heeren Gecommitteerden* in die stukke ingesluit.⁸⁶ Op 'n versoek van 'n party (bv *request van gedaagden*) kan 'n *memorie van belangen* en *contrabelangen* ingedien word.⁸⁷ In *Myburg v Mostert*⁸⁸ word 'n *acte van substitutie van eisch* sowel as 'n *acte van cautie* aangetref.

Dit blyk uit die hofstukke dat die prokureur 'n *procuratie* moet verkry om stukke te liasseer. Die stukke self word deur sowel die prokureur as 'n advokaat onderteken. Wanneer 'n advokaat self die stukke indien, moet hy 'n *speciale procuratie* van die hof verkry.⁸⁹

⁸¹ Sien bv *Cruywagen v Sandenberg* 1806 CJ 1416 211-228; 234-242. Dit is opmerklik dat hierdie pleitstukke met verloop van jare al hoe minder voorgekom het.

⁸² Sien bv *Vermaak v Bosman & Bosman* 1816 CJ 1610 635-682 (verwys bv buiten die feite ook na *Merula Manier van Procedeeren* 4.37.3.10 (646-647; 650-651); *Albertyn v Cloete* 1818 CJ 1685 440-539; *Blomerus v Weduwee Cloete* 1817 CJ 1646 176-287.

⁸³ Sien bv *Blomerus v Weduwee Cloete* 1817 CJ 1646 2-662; *Weesmeester v Van Reenen* 1811 CJ 1533 1-940.

⁸⁴ Sien *Weesmeester v Van Reenen* 1811 CJ 1533 1-940 waar dit oor blootlegging van rekeninge gehandel het.

⁸⁵ Sien *Geyer v Hoffmann* 1812 CJ 482-611.

⁸⁶ Sien *Hoets v Korsten* 1808 CJ 1416 21-182.

⁸⁷ Sien bv *Cruywagen v Sandenberg* 1806 CJ 1416 245-301.

⁸⁸ 1807 CJ 1441 508-517.

⁸⁹ Sien bv *Grundling v Oertel* 1809 CJ 1495 48-259; *Cruywagen v Sandenberg* 1806 CJ

Fisiese bewysstukke soos byvoorbeeld stukke materiaal⁹⁰ en oorspronklike aktes⁹¹ word aangetref. Ander bewysstukke is onder meer rekenings, wissels, briewe, getuieverklarings, kaarte/planne en ondervragings (*interrogatie*).

Die prosesstukke is almal genommer. 'n Register van al die stukke is telkens aan die einde daarvan ingebind.

Die saak, *Albertyn v Cloete*,⁹² wat oor 'n grensgeskil handel, word as voorbeeld gebruik ten einde 'n proses in die *Raad van Justisie* te illustreer. Die saak het oor etlike jare voor die hof van landdros en heemrade gedien. FWM Ruysch het as prokureur vir Albertyn opgetree en prokureur *PJ Blommaert* vir die gedaagde. Die saak het op appèl voor die Raad (met JA Truter as voorsitter) gedien. Die verloop was soos volg:

1. *Extract de Siviele Rolle* 1817-09-11⁹³

Daar word vermeld dat appèl aangeteken word teen die uitspraak van die Hof van Landdros en Heemrade van 1817-04-14. Prokureur Ruysch se prokurasie word aan die linkerkant van die prosesstuk aangeteken.

2. *Eisch met 3 Bijlagen* 1817-03-03⁹⁴

1416 186-187; *Vermaak v Bosman & Bosman* 1816 CJ 1610 596-619; *Anossi ea v Smuts* 1817 CJ 1645 253-382.

⁹⁰ Sien bv *Hoets v Korsten* 1808 CJ 1416 21-182. In 'n saak oor troubreuk is 'n ring as bewysstuk ingedien en maak deel van die hofstukke uit.

⁹¹ Sien *Albertyn v Cloete* 1818 CJ 1685 35-541.

⁹² B 1818 CJ 1685 35-541. VB CJ 2236 478-479.

⁹³ CJ 1685 35-36.

⁹⁴ CJ 1685 37-52.

In die prosesstuk word eerstens die feite uiteengesit,⁹⁵ daarna word die drie gronde van appèl weergegee⁹⁶ en laastens die *conclusie*.⁹⁷ Advokaat Verret het die stuk mede-onderteken. Die tydperk waarbinne die teenparty moet antwoord, word ook by die hof aangevra. Hierdie tydperke wissel na gelang van die geval.

Die bylae bevat 'n kopie van 'n verslag van die *Heemraden Commissarissen* aan die Hof van Landdros en Heemrade,⁹⁸ 'n kopie van 'n ooreenkoms gedateer 1762-02-06⁹⁹ en 'n kopie van die vrae aan 'n landmeter gestel en wat deur PC Blommaert (sekretaris van die Hof van Landdros en Heemrade) afgeneem en gesertifiseer is.¹⁰⁰

3. *Extract Civiele Rolle* 1817-11-20¹⁰¹

Prokureur Blommaert legitimeer homself met 'n spesiale prokurasie¹⁰² en vra die hof om die gedaagde vier weke geleentheid te gee om sy antwoord op die eis in te dien. Die ingeslote versoek van die appellant aan die notaris¹⁰³ op 1817-11-17 is om 'n prokurasie uit te reik "ten dien einde so in als Civielregten te doen en te verrigten al het geen overeenkomstig styl, practijk en manier van procederen alhier...".¹⁰⁴

4. *Schriftuur van antwoord met 6 Bijlage* 1817-12-20

⁹⁵ 38-41,

⁹⁶ 41-50.

⁹⁷ 50-52.

⁹⁸ 53-71.

⁹⁹ 72-76.

¹⁰⁰ 77-81.

¹⁰¹ 80-83.

¹⁰² 82.

¹⁰³ Advokate kon ook as notaris optree.

¹⁰⁴ 84.

In die antwoord word eerstens kortliks die naam van die voorsitter van die Raad van Justisie vermeld, die naam van die regsverteenwoordiger, die eisorsaak en 'n verwysing na die hof *a quo* gegee,¹⁰⁵ asook in genommerde artikels 'n uiteensetting van die feite en verweer.¹⁰⁶ Die betoog of *conclusie* volg laaste.¹⁰⁷ Die stuk is mede-onderteken deur prokureur Ruysch en advokaat JH Cloete.

Die bylae bestaan uit drie beëdigde verklarings voor 'n prokureur en twee getuies afgelê.¹⁰⁸ 'n Gewaarmerkte en ware afskrif (*geaccodeert*) van die grondbrief van Simon van der Stel gedateer 1692-08-13¹⁰⁹ is aangeheg. 'n Kopie van die verslag van die Kommissarisse Heemrade aan die Landdros en Heemrade te Stellenbosch van 1806-12-01 is aangeheg.¹¹⁰ Aan die einde kom 'n register voor van die stukke wat by die skriftuur van antwoord gevoeg is.¹¹¹

5. *Extract Civiele Rechtsrolle* 1817-12-18¹¹²

Prokureur Rusych versoek die hof om 'n repliek in te handig met verwysing na die *retro acta* van 1817-11-20.

6. *Schriftuur van replicq in appèl en antwoord a minima*¹¹³ 1818-01-15¹¹⁴

¹⁰⁵ 86-87.

¹⁰⁶ 87-96.

¹⁰⁷ 96-99.

¹⁰⁸ 100-105; 106-109; 110-113.

¹⁰⁹ 114-116.

¹¹⁰ Die voorsitter van die Landdros en Heemrade was Ryno Johannes van der Riet. Vgl 117-140.

¹¹¹ 141.

¹¹² 142-143.

¹¹³ Dié beskrywing kom voor op die dekblad van die betrokke prosesstuk.

¹¹⁴ 144-165.

Die repliek bestaan uit 155 artikels. Eerstens is die feite uiteengesit,¹¹⁵ die gronde vir die betoog en kommentaar op die antwoord van die respondent¹¹⁶ en daarna die *conclussie*.¹¹⁷ Dié stuk is onderteken deur prokureur Ruysch en advokaat JA Joubert.

7. *Extract Civiele Rechtsrolle* 1818-01-15¹¹⁸

Die stuk verwys na die indiening van die repliek deur prokureur Ruysch. Prokureur Blommaert versoek *copie en termijn* van 14 dae om die *duplicq en replicq a minima* in te dien.

8. *Duplicq en replicq a minima* 1818-01-26¹¹⁹

Daar is 72 artikels in die stuk. Geen betoog word aan die einde aangetref nie. Die stukke is opgestel deur advokaat Joubert en mede-onderteken deur prokureur Ruysch.

9. *Extract Civiele Rechtsrolle* 1818-01-29¹²⁰

Die hof staan 'n versoek van prokureur Blommaert om *atterminatie* (verlenging van termyn) vir die inhandiging van die dupliek en twee bylaes toe.

10. *Extract Civiele Rechtsrolle* 1818-02-12¹²¹

Prokureur Blommaert dien die dupliek en twee bylaes in. Prokureur Ruysch versoek die hof om *copie en termijn* van 14 dae om te *declareer*.

11. *Duplicq in appèl en replicq a minima* 1818-02-12¹²²

¹¹⁵ 145-147.

¹¹⁶ 147-163

¹¹⁷ 163-164.

¹¹⁸ 165.

¹¹⁹ 166-175.

¹²⁰ 176.

¹²¹ 177-178.

¹²² 179-187.

Prokureur Blommaert dien die stukke wat deur advokaat JH Cloete opgestel is namens Cloete (respondent in appèl en eiser *in minima*) in. Die stuk bestaan uit 111 artikels waarin onder andere drie gronde¹²³ vir die eis *in minima* uiteengesit word. Verder word 'n *conclusie* aangetref.¹²⁴

Die bylae bestaan uit 'n *extract resolutie College Landdros en Heemrade*, gedateer 1816-04-04¹²⁵ en 'n kopie van 'n tussentydse bevel van eksepsie verleen deur die Raad van Justisie van 1816-09-12.¹²⁶

12. *Extract Civiele Rechtsrolle* 1818-02-26¹²⁷

Prokureur Ruysch dien die *schriftuur van duplicq a minima* sonder enige bylae in. Prokureur Blommaert vra produksie van die stukke van 1818-02-12.¹²⁸

13. *Extract Civiele Rechtsrolle* 1817-07-17¹²⁹

Die hof staan 'n versoek van prokureur Ruysch vir Albertyn vir die aanstelling van 'n *justisiële commissie* toe.

14. *Stukke in die register van College van Landdros en Heemrade* 1801-10-05 tot 1817-05-05¹³⁰

'n Verdere register van die stukke word aan die einde aangetref.¹³¹

¹²³ 180-187.

¹²⁴ 187.

¹²⁵ 188-193.

¹²⁶ 197-198.

¹²⁷ 198.

¹²⁸ 199-204 (soos in 11).

¹²⁹ 199-204.

¹³⁰ 205-425.

¹³¹ 426-431.

15. *Raad van Justisie: aanstelling van Justisiële Commissie 1818-04-20*¹³²

Die Raad van Justisie stel 'n *Justisiële commissie* aan om opmetings te doen, die plaaslike omstandighede waar te neem, alle verkrygbare inligting te versamel, alle noodsaaklike werk in die verband te onderneem en 'n *rapport* op te stel en dit by die stukke te voeg sodat die Raad van Justisie dit kan beoordeel.

16. *'n Brief van Albertyn aan die kommissie 1818-11-09*¹³³

17. *Verslag van die landmeter 1818-11-04*¹³⁴

18. *Pleidooy van eisch 1818-04-20*¹³⁵

Advokaat Joubert stel die pleidooi op.¹³⁶ 'n Uiteensetting van die feite word gegee¹³⁷ en die twee gronde vir die appèl¹³⁸ en verweer *in minima*¹³⁹ word uiteengesit.

19. *Pleidooy van antwoord in appèl en eisch in minima ongedateer*¹⁴⁰

Die pleidooi is deur advokaat Cloete opgestel. 'n Feite-uiteensetting word gegee en die drie gronde van die appèl en eis *in minima* word uiteengesit.¹⁴¹ Die stuk is nie artikelgewys uiteengesit nie. 'n Groot verskeidenheid gemeenregtelike gesag word in hierdie pleidooi

¹³² 432-433.

¹³³ 432-435.

¹³⁴ 436-438.

¹³⁵ 440-454.

¹³⁶ Geen verwysing na 'n prokureur word aangetref nie.

¹³⁷ 440-447.

¹³⁸ 447-450.

¹³⁹ 450-454.

¹⁴⁰ 455-515.

¹⁴¹ 476-480; 480-488; 488-515.

uiteengesit¹⁴² soos onder andere verwysings na die *Instructie van den Hogen Raad* artikel 257 van 1582-05-31 soos dit gepubliseer is in die *Kleijn Placaatboek* van De Blecourt en Jacobsen¹⁴³ en die *Wet-boeke van Holland*.¹⁴⁴

20. *Pleidooy van replicq* ongedateer.¹⁴⁵

Advokaat Joubert sit onder andere die onderskeid tussen *usucapio* en *praescriptio* uiteen. Daar word hier na gesag verwys.¹⁴⁶ Die pleidooi is ook nie artikelsgewys uiteengesit nie. Advokaat Joubert merk op dat daar weinig deur die advokaat van die verweerder op die eis *in minima* vermeld word.

21. *Inventaris* van stukke in die Raad van Justisie.¹⁴⁷

3.3 Appèlprosedure

Die prosesstukke in die appèlhofsake bestaan uit:¹⁴⁸

1. *Appellant's case*
2. *Respondent's case*
3. *Respondent's reply*
4. *Appellant's rejoinder*.

¹⁴² 492-503.

¹⁴³ 502-503.

¹⁴⁴ 496-497.

¹⁴⁵ 516-536.

¹⁴⁶ 518-519; 527.

¹⁴⁷ 540-541.

¹⁴⁸ Sien bv *Esterhuizen v Esterhuizen* 1821 GH 48/2/49 306-600; *Anossi v Smuts* 1818 GH 84/2/35 310-597; *Watermeyer v Morrisson* 1815 GH 48/2/24 174-395; *Cloete v Briers* 1820 GH 48/2/41 1-362; *Blomerus v Weduwee Cloete* 1818 GH 48/2/37 1-463; *Proctor v Cloete* 1819 GH 48/2/41 363-693; *Freisslich v Burger Senaat* 1821-22 GH 48/2/50 455-857; *Cloete v Van Reenen* 1813 GH 48/2/16 554-778; *Rabe v Jordaan* 1819 GH 48/2/39 146-412; *Roos v Rosseau* 1815 GH 48/2/24 1-173; *Cruywagen v Ruysch* 1815 GH 48/2/24 396-558; *Roos v Roux* 1812 GH 48/2/8 476-767.

Op die oog af lyk dit asof hierdie stukke bloot 'n vertaling is van die pleitstukke in die Raad van Justisie-reeks. By nadere ondersoek het dit geblyk dat hierdie stukke eers die feite van die saak soos in die Raad van Justisie-stukke vervat, uiteensit. Daarna volg die redes waarom geappelleer word of waarom die appèl nie behoort te slaag nie. Meesal stem hierdie stukke min of meer ooreen met dié beredenering en gesag aangehaal in die Raad van Justisie-stukke. In sommige sake word egter na nuwe gesag verwys wat nie in die vroeëre Raad van Justisie-stukke vervat is nie. Anders as die prosesstukke in die Raad van Justisie-reeks word die GH-stukke nie artikelgewys uiteengesit nie.

Buiten die bovermelde stukke word daar in sekere sake spesiale versoeke gerig. Dié versoeke word vervat in die *appellant's memorial*, *respondent's reply to appellant's memorial*; *appellant's rejoinder* of as die versoek deur die respondent gerig word *respondent's memorial*, *appellant's reply*, ensomeer.¹⁴⁹

4 BEVINDINGE VAN DIE COLEBROOKE-BIGGE-KOMMISSIE

4.1 Inleiding

Die Colebrooke-Bigge kommissie het onder andere ondersoek ingestel na die siviele regspleging aan die Kaap.¹⁵⁰ Na 'n kritiese bespreking van die instelling, samestelling en funksionering van die verskillende Kaapse geregshoue, maak die kommissie 'n aantal aanbevelings. Vir doeleindes van hierdie verslag word 'n uiteensetting van die posisie soos wat dit aan die Kaap gegeld het, gegee. Daar word volstaan met 'n kursoriese bespreking van die vernaamste aanbevelings wat uiteindelik in die twee Regsoktrooie (1827 en 1832 met inwerkingtreding onderskeidelik op 1828-01-01 en 1834-03-01) neerslag gevind het.¹⁵¹

¹⁴⁹ Sien bv *Watermeyer v Morrisson* 1815 GH 48/2/24 174-395; *Proctor v Cloete* 1819 GH 48/2/41 363-693; *Roos v Roux* 1812 GH 48/2/8 476-767.

¹⁵⁰ Theal 28 1-111.

¹⁵¹ Sien vir 'n bespreking van die twee *Charters* asook vir die inwerkingtreding van die tweede *Charter Van Zyl Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1983) 451-452.

4.2 Hofstruktuur

Teen 1825 het daar vyf geregshowe aan die Kaap bestaan:

1. Die Siviele Appèlhof (*Court of Appeal*): saamgestel uit die goewerneur, die luitenant-goewerneur, 'n sekretaris en 'n assessor.¹⁵² In kriminele sake is daar van twee assessore gebruik gemaak.¹⁵³

Die Raad van Justisie het kragtens die *Instruksie* van 1783-12-03 uit die president, die fisikaal en 11 gewone lede bestaan. Ten tyde van die kapitulasie op 1795-09-16 het dit bestaan uit die president, die fisikaal, 9 gewone lede plus drie verdere persone wat hoewel nie lede van die Raad van Justisie nie, deelgeneem het aan sommige werksaamhede daarvan. Na kapitulasie is die hof feitlik net so weer ingestel. Kragtens die proklamasie van 24/26 Julie 1797 is die verkleinde Raad van Justisie bestaande uit die president, die fisikaal en 5 gewone lede heringestel. Twee van die drie hierbovermelde persone sou die addisionele werksaamhede behou. Die kworum vir die Raad van Justisie was op 5 gestel. In die geval van ontbreking van genoegsame lede kon een of twee lede van die burgersenaat as assessore aangestel word.¹⁵⁴ Die *Board of Commissioners for Petty Civil Matters* se jurisdiksie is op RD 200 gestel; die Landdros en Heemrade van Stellenbosch en Drakenstein en van Swellendam RD 150 en dié van Graaff-Reinet 1000 gulde. Alle ander bestaande bevoegdhede van die howe het behoue gebly.¹⁵⁵

2. Die *Raad van Justisie* bestaande uit 'n president en sewe lede;¹⁵⁶

¹⁵² Op 1807-05-29 het Caledon voorsiening gemaak vir die instelling van 'n Siviele Appèlhof vir siviele appèlle indien die bedrag in geskil 200 pond (RD 1000) oorskry. Sekuriteit moet deur die appellant vir nakoming van die *a quo*-uitspraak gestel word. Verdere appèl na die *Privy Council* waar die eisorsaak 500 pond of RD 2500 oorskry, kon binne 14 dae na die Siviele Appèlhof-uitspraak teen lewering van sekuriteit ingestel word. Net soos in die 1797-proklamasies word hier ook bepaal dat alle stukke (ook dié van die CJ) in Engels vertaal moes wees - Theal 6 115-116.

¹⁵³ Theal 1 187-188 - herinstelling van die CJ-Prokl van 1795-10-11. BO 61 KPB vol 5 7-8.

¹⁵⁴ BO 61 KPB vol 5 94-95 van 1797-07-24/26.

¹⁵⁵ BO 61 KPB vol 5 95 van 1797-07-24/26.

¹⁵⁶ Die Siviele Appèlhof (bestaande uit die goewerneur en luitenant-goewerneur kon ap-

3. Die *Vise-admiraliteitshof*: met twee afdelings: *prize jurisdiction* en eerste instansie;
4. Die *Hof van Landdros en Heemraden*;¹⁵⁷
5. Die *Hof vir Klein Sake* in Kaapstad.¹⁵⁸

Met die herinstelling van die Raad van Justisie is die bevoegdheid van FWM Ruysch, JD Alders, JG Tredoux en PJ Buissine om as prokureurs in die gewysigde Raad van Justisie op te tree, bevestig.¹⁵⁹

Op 1807-02-06 is OG de Wet as president van die Raad van Justisie aangestel.¹⁶⁰ Hy is deur WS van Ryneveld opgevolg op 1809-03-04.¹⁶¹ Op 1812-08-28 is JA Truter as president van die Raad van Justisie en as president van die Weeskamer aangewys.¹⁶² Op 1825-08-30 het JA Truter in sy getuienis aan die Kommissie aangedui dat daar slegs twee professioneel gekwalifiseerde lede in die Raad van Justisie sitting gehad

pelle waar die eis 200 pond of RD 1000 oorskry verhoor; sekuriteit moes ook deur die appellant vir nakoming van die uitspraak *a quo* (as die appèl sou misluk) gestel word. Verdere appèl kon binne 14 dae na die uitspraak van die Siviele Appèlhof na die *Privy Council* gerig word, mits die bedrag in geskil 500 pond of RD 2500 oorskry het. Sodanige appèl moes binne 14 dae ingestel word en sekuriteit moes ook gestel word.

Ten minste 21 dae voor verhoor moes alle pleitstukke in Engels en vertaalde hofstukke van die hof *a quo* (as sodanig deur die sekretaris van die Raad van Justisie gesertifiseer) ingehandig word - BO 61 KPB vol 5 96 van 1797-07-24/26.

¹⁵⁷ Op 1795-10-15 is die pligte van die Landdros en Heemrade by proklamasie voortgesit - Theal 1 199.

¹⁵⁸ Theal 28 1. Ter uitvoering van die Regsoktrooi van 1827-08-24 is die *Court of the judge of police and resident magistrates* met bevoegdhede tav huweliksaangeleenthede (met Engels as regstaal) ingestel - Ord 44 van 1828-03-19 CCP 6/5/2 434-439. Die Siviele Appèlhof is op 1796-07-24 ingestel, maar het eers vanaf 1779-10-04 begin funksioneer en kon appèlle wat vanaf die CJ (met ingang van 1795-09-16 ingestel is) verhoor: BO 61 KPB vol 5 104-105 van 1797-10-04.

¹⁵⁹ CJ 921 (1807) 5.

¹⁶⁰ Theal 6 85.

¹⁶¹ Theal 6 465.

¹⁶² Theal 8 482. Vgl ook die aanval op Truter se integriteit - Theal 10 287-289; 293-296. Sy voortgesette benoeming tov die Weeskamer na bedanking as president van die CJ was in geskil aangesien hy en sy familie RD 51 000 aan die Weeskamer geskuld het - Theal 27 334-335.

het.¹⁶³ Op 'n vraag oor die aard van die siviele regspleging het Truter te kenne gegee dat die siviele regspleging dieselfde was as wat in Holland teen ongeveer 1799 (toe daar nuwe prosesregreëlings ingevoer is) toegepas is.¹⁶⁴

4.3 Siviele Appèlhof

Die Siviele Appèlhof is op 1807-05-29 by wyse van proklamasie deur Caledon ingestel.¹⁶⁵ Die hof het die funksies van die Hoë Hof van Batavia (tot 1803) en van die Asiatiese Raad in Den Haag (1803-1806) as hof van appèl vanaf die Raad van Justisie oorgeneem. Die monitêre jurisdiksie was gestel op 200 pond of RD 500. Daar is ook voorsiening gemaak vir appèl na die *Privy Council* in gevalle waar die eisorsaak 500 pond of RD 2500 te bowe gegaan het. Alle dokumentasie moes in Engels opgestel word.

Volgens die kommissie was daar verskeie nadele aan die samestelling en funksionering van die Siviele Appèlhof verbonde:

1. Moeite moes gedoen word om die omvangryke stukke waarin daar boonop dikwels foutiewelik (na die oordeel van die kommissie) na gemeenregtelike gesag verwys is, beskikbaar te stel.
2. Geen redes is deur die Raad van Justisie vir sy beslissings gegee nie; gevolglik moes die goewerneur met die betrokke partye of die president van die Raad van Justisie oor die regsgrondslag van die Raad van Justisie-uitspraak gesprek voer.
3. Daarnaas was nie een van die lede van die Siviele Appèlhof juridies geskool nie.
4. Die lede van die Appèlhof en die goewerneur was sterk Engelsregtelik georiënteerd en het dikwels Raad van Justisie-uitsprake wat nie in ooreenstemming met die Engelse reg was nie, gewysig:

¹⁶³ Hyself en die sekretaris Berrange - Theal 28 261.

¹⁶⁴ Theal 28 264.

¹⁶⁵ Theal 28 2.

"The pleadings have been loaded with multiplied and expensive copies of the same documents, and the length of the Memorials which are always signed by Advocates has been unnecessarily increased by diffuse and inaccurate quotations from the Commentators on Roman, Dutch and English Law; and the expense of the Proceedings augmented by the delays, contumacies and frivolous excuses".¹⁶⁶

Hierdie standpunt van die Kommissie skyn egter 'n veralgemening te wees. In hierdie verband vir die 19 jaar, vanaf 1806 tot 1825, gee die kommissie die volgende statistiek:

".... out of 428 Sentences of the Court of Justice, against which Appeals have been entered, 131 have been affirmed, 21 amended, 83 reversed and that 76 are pending; that 72 Appeals have been made from the Governor's Court to His Majesty in Council; and that of these, 5 Sentences have been affirmed, 6 rejected, 3 reversed, and 32 were not prosecuted".¹⁶⁷

5. Geen redes vir die Siviele Appèlhof-uitspraak is gegee nie.

4.4 Raad van Justisie

Voor 1803 het die Raad van Justisie bestaan uit lede van die Burgersenaat en amptenare deur die goewerneur aangewys.¹⁶⁸ In 1803 het Kommissaris De Mist *Voorlopige Instructien* met betrekking tot die regspleging (wat deur die kommissie as "imperfect" aangedui word)¹⁶⁹ uitgereik. Die bedoeling was dat vanaf 1803 lede van die CJ deur die Hollandse regering op grond van hulle professionele kennis aangestel sou word. Na die tweede Britse oorname is die president van die Raad van Justisie lewenslang deur die Goewerneur aangestel; hy het ook die sewe oorblywende lede aangestel (hulle dienstermyn is deur hom bepaal). Sodanige aanstellings sou in teorie op grond van hulle regskwalifikasies of ervaring van die regspleging geskied het.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Theal 28 2.

¹⁶⁷ Theal 28 3.

¹⁶⁸ Theal 28 3.

¹⁶⁹ Theal 28 17-18.

¹⁷⁰ Theal 28 4. Op 1806-04-05 is WS van Ryneveld as vise-president en waarnemende president aangestel; hy het ook die fiskaalamp (op daardie stadium bekend as die *procurator-generaal*) bekleed - Theal 28 63.

Die kommissie vermeld verskeie nadele van die Raad van Justisiesstelsel:

1. Die samestelling van die hof is sodanig dat dit nie eerbied en vertroue afdwing nie.
2. Die aard van persoonlike betrokkenheid en beïnvloeding van die lede van die Raad van Justisie by gedinge is onaanvaarbaar.
3. Verhore vind nie in die openbaar plaas nie.¹⁷¹
4. Geen redes is vir die finale beslissing verskaf nie.
5. Getuieverklarings word voor notaris afgelê; dit is daarna in die teenwoordigheid van die teenparty of sy regsverteenwoordiger onder eed bevestig; kruisondervraging deur laasgenoemde persoon was op daardie stadium moontlik. Die regbank word sodoende die geleentheid ontnem om self *viva voce* getuienis aan te hoor en om 'n oordeel oor die geloofwaardigheid van getuies te vel.

Volgens die kommissie was die aard van eise wat deur die Raad van Justisie bereg moes word, ongekompliseerd. Vanweë die sogenaamde "simple modes ... of transferring property" het slegs grensgeskille en watergeskille ontstaan. In die geval van kommersiële eise het daar egter breedvoerige diskussies - met belangrike regsgevolge - ontstaan.¹⁷²

4.4.1 Prosesreg

Die kommissie gee 'n oorsigtelike beskrywing van die prosesreg.¹⁷³

Die *Voorlopige Instructien* (1803) van kommissaris De Mist sou volgens die kommissie nie 'n wesenlike impak op die regspleging aan die Kaap gehad het nie.¹⁷⁴ Daarvolgens moes reëls ten aansien van siviele en

¹⁷¹ Kragtens 'n proklamasie van Cradock op 1813-09-25 CCP 6/5/1 263 moes alle verrigtinge in die Raad van Justisie in die openbaar geskied (behalwe waar die hof met vooraf kennisgewing aan die Goewerneur anders sou besluit). Ook getuienis, die beëdiging daarvan en kruisondervraging moet in die ope hof geskied. Alle verrigtinge waar die aangeleentheid vir mediasie of vir ondersoek na die *gecommitteerde leden* verwys is, moes met geopende deure geskied (buiten daardie gevalle waar openbare beleid - veral huweliksgeskille - dit vereis het) - Theal 9 244.

¹⁷² Theal 28 4-5.

¹⁷³ Theal 28 4-9.

¹⁷⁴ De Mist het ook in 1804 'n plakkaat vir die tussentydse hantering van appèlle vanaf

strafregtelike aangeleenthede uitgevaardig word (dit moes boonop deur die Bataafse Regering goedgekeur word). Dit het egter nie geskied nie en die siviele prosedure het soos dit tydens die eerste Britse besetting (1795-1803) toegepas is, bly voortbestaan.¹⁷⁵

Die kommissie het die volgende probleme vermeld:

1. Onnodige verlenging van die *early stages of the process*.
2. Onsekerheid en onakkuraatheid van die formulering van die geskilpunte.
3. Uitsluiting van mondelinge getuienis.
4. Voordat vonnis by verstek verkry kon word, moes die verweerder vier keer aangespreek word.¹⁷⁶
5. Die instelling van *gecommiteerde leden* van die Raad van Justisie om mediasie te bewerkstellig, werp wel goeie vrugte af in aangeleenthede rakende vennootskap, rekeninge, laster en huweliksake, maar dit lei meesal tot (onnodige) verlenging van sake en die benadeling van die partye. Die kommissie wys ook daarop dat regsverteenvoording in sulke gevalle dikwels uitgesluit was en dat "the progress of the mediation depends much upon the activity and character of the commissioned Judges".¹⁷⁷

die CJ deur die CJ self - by wyse van aanstelling van een van die lede as "buitengewone appellations rechter" voorsiening gemaak - BR 115 24-25 Mei 1804 KBB vol 6 136-1 43. Sien ook Naudè *Kaapse Plakkaatboek* (1951) 6 vir die name van die lede van die CJ.

¹⁷⁵ Sien ook Visagie *Regspleging en reg aan die Kaap vanaf 1652-1806* (1969) vir die oorsig van die posisie van die hofstruktuur tot en met 1795: die Raad van Justisie 41-46; fiskaal 46-48; regspraktisyns 48-52; laer howe 52-55; die Kollege van Huwelikskommissarisse (wat later saamgesmelt het met die Kollege van die Kommissarisse van Kleine Sake) 55-56 en die Weeskamer 56-62. Tav die regspleging tydens die eerste Britse besetting - sien 91-94. Die volgende regsinstellings het tydens die Bataafse tydperk bestaan: die Raad van Justisie Visagie 100-104; prokureur-generaal ter vervanging van die fiskaal 104-106; regspraktisyns 106-107; laer howe 108-110; asook die Weeskamer, Desolate Boedelkamer en Handelshof 110-111.

Dié prosedure verskil volgens die kommissie nie wesenlik van die siviele prosedure wat gemeenskaplik aan Romeinsregtelike gebaseerde regstelsels is nie. Dié stelsel gaan egter mank aan 'n aantal gebreke: Theal 28 6.

¹⁷⁶ Gewysigde voorskrifte ivm siviele en kriminele sake is vervat in die proklamasie van 1819-01-01 - Theal 25 74-76.

¹⁷⁷ Theal 28 6.

Indien mediasie deur die *gecommiteerde leden* onsuksesvol was, het die saak by wyse van die gee van *requisitions or notices* deur die advokate van die partye op verhoor gegaan. Daarna volg die inhandiging by die *Registrar* van *petitions, answers, replications, rejoinders, documentary evidence* en getuieverklarings. Geen kopieë van pleitstukke en ander dokumente is aan die teenpartye verskaf nie; indien benodig moes kopieë daarvan op eie koste van die *Registrar* verkry word.¹⁷⁸

Na *litis contestatio* kon in die geval van verdedigde aksies *viva voce*-argumentering deur die regsverteenwoordigers geskied, as dit oor belangrike aangeleenthede gehandel het of as die president sodanig beveel het. Die stukke is daarna tussen die lede van die Raad van Justisie rondgestuur. Op die dag wat vir beraadslaging deur die lede van die Raad van Justisie bepaal was, is hulle onderskeie standpunte agter geslote deure gestel. Die standpunt van die meerderheid het die deurslag gegee. Die vorm van die uitspraak is deur die sekretaris opgestel en onderteken deur al die lede en meegedeel aan die betrokke partye. (Geen minderheidstandpunte is gevolglik in die uitspraak vermeld nie.¹⁷⁹)

Waar geen verweer aangeteken is nie, of wanneer dit oor likiede sake en aangeleenthede voortvloeiend uit verbande, promesse en dokumente gehandel het, is daar van 'n vinniger prosedure gebruik gemaak. Die verweerder is ontbied en indien hy sy handtekening bevestig het, is voorlopige vonnis vir die betaling van die betrokke geldbedrag gegee. Sekuriteit moes egter, hangende die uitslag van die hoofsaak, gestel word. Die doel van hierdie stelsel was om enersyds sekerheid en andersyds tydige betaling in die normale verloop van handelstransaksies te bewerkstellig.¹⁸⁰

Die kommissie beskou dit as 'n algemene nadelige kenmerk van die bestaande siviele prosesreg dat

¹⁷⁸ Theal 28 6.

¹⁷⁹ Theal 28 6.

¹⁸⁰ Theal 28 6-7. Die kommissie verwys na die syns insiens foutiewe uitspraak van die Siviele Appèlhof waarvolgens die CJ verplig sou wees om in alle gevalle waar 'n appèl teen 'n voorlopige vonnis aangeteken is, die afdwinging van sodanige vonnis op te skort - Theal 28 7.

"the general character of its proceedings are calculated only for a community whose transactions are few and simple and in which the good faith of the parties has superseded the necessity of recourse to a rigorous execution of the Law".¹⁸¹

Op hierdie (na die mening van die kommissie) gebrekkige prosesregstelsel het die Engelse goewerneurs twee wysigings aangebring:

1. Die instelling van die rondgaande hof (*Circuit Court*) deur die Graaf van Caledon op 16 Mei 1811.¹⁸²
2. Die voorskrif dat alle verhore in die openbaar moet geskied (Lord Howden).¹⁸³

Die Raad van Justisie het jurisdiksie gehad ten aansien van die volgende aangeleenthede: besitsaksies, huweliksaangeleenthede, aksies deur en teen die ontvangers van inkomste en openbare liggame, jurisdiksiegeskille tussen die verskillende distrikte, aksyns, eise met betrekking tot beslaglegging op skepe tydens die oorlog, asook in alle aksies tussen inwoners van die Kaapkolonie aan die een kant en skeepskapteins, matrose en skeeppassasiers aan die ander kant.¹⁸⁴

Daar is ook voorsiening gemaak vir die hantering van eise wat in die buiteland ontstaan het en eise van buitelandse vyande. Persone woonagtig in Fransbeheerde kolonies het egter nie oor *locus standi* beskik nie.¹⁸⁵

Kragtens artikel 61 van die *Voorlopige Instruktionen* is uitdruklik voorsiening gemaak vir die *locus standi* van weduwees, voogde en kurators om as eisers of verweerders op te tree. Hoewel daar nie uitdruklik voorsiening deur die sogenaamde *local laws* vir die hantering by

¹⁸¹ Theal 28 7.

¹⁸² Prok van 1811-05-16 CCP 6/5/1 153-159; Theal 24 451 (daar word onder meer vir die verhoor met geopende deure van alle verrigtinge in die rondgaande hof voorsiening gemaak); voorskrifte mbt samestelling van die hof: Prok van 1813-09-03 CCP 6/5/1 257. Sien ook die reisverslag van die rondgaande hof - Theal 8 288-313.

¹⁸³ Theal 28 7.

¹⁸⁴ Theal 28 9 met 'n beroep op a 60 van die hierbovermelde *Voorlopige Instruktionen*.

¹⁸⁵ Theal 28 9 met verwysing na die proklamasie van 1813-10-27.

wyse van oorspronklike of eksklusiewe jurisdiksie van die boedels van sodanige persone gemaak is nie, meen die kommissie dat

"The distinction between the jurisdiction of Courts of Law and Equity appears to form a part of the Law of Holland, but has not lead to any corresponding separation of the Courts; causes or actions of 'extended Right', and actions of right narrowly considered being equally within the jurisdiction of the same Courts".¹⁸⁶

Tussen 1810 en 1825 is daar volgens die kommissie 6985 siviele sake verhoor. Die maksimum in 'n bepaalde jaar was 616. Die kommissie bevind dat daar geen toename in regsgedinge van 1815 tot 1825 was nie en dat "the amount of the causes themselves have not been considerable".¹⁸⁷

4.4.2 Rondgaande hof

In teenstelling met die Romeins-Hollandsregtelike prosesvoorskrifte van die Raad van Justisie, is eie Engelsregtelik gebaseerde prosesregulasies vir die rondgaande hof afgekondig.¹⁸⁸ Ook in hierdie geval is daar nie volledig gehoor aan die betrokke *Instruktionen* gegee nie. In elke distrik is 'n klerk aangestel. Sy funksies was ongeveer dieselfde as dié van die sekretaris van die Raad van Justisie. Regsverteenvoording was in sowel siviele as kriminele sake uitgesluit. Getuieverklarings het in teenstelling met die Raad van Justisie voor regters plaasgevind. Moeilike sake is na die volle Raad van Justisie verwys. Waar die eisorsaak RD 1000 te bowe gegaan het, kon appèl na die Raad van Justisie aangeteken word. Nadele van die stelsel was daarin geleë dat die klerke nie behoorlik opgelei was nie en dat vertraging dikwels voorgekom het.

¹⁸⁶ Theal 28 10.

¹⁸⁷ Theal 28 9.

¹⁸⁸ Theal 28 7-8. Sien ook Van Zyl *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg* (1983) 448-452; Van der Merwe *Regsinsettings en reg aan die Kaap 1806 tot 1834* (1984) 261 ev..

Vanaf 1811 tot 1825 is 720 siviele sake deur die Rondgaande hof verhoor. Dit wil voorkom asof slegs 12 sake direk vir beslissing na die Raad van Justisie verwys is.¹⁸⁹

4.5 Admiraliteitshof

Die Vise-Admiraliteitshof het bestaan uit 'n afdeling vir *prize*-aangeleenthede en 'n afdeling vir sake van eerste instansie.¹⁹⁰ Die kommissie beveel aan dat die Raad van Justisie vanweë die moeilikheidsgraad en die toepassing van Engelse reg alle jurisdiksie in hierdie verband (met die uitsluiting van handeling in stryd met belastingregulasies en boetes wat 10 pond of RD 50 te bowe gaan) behoort te verloor.¹⁹¹

4.6 Landdros en Heemrade

Die Hof van Landdros en Heemrade is vir die verskillende distrikte ingestel en beskik kragtens die 1803-*Instructien* oor siviele jurisdiksie.¹⁹² Die jurisdiksie is beperk tot 'n maksimum bedrag van RD 300, grens- en besitgeskille,¹⁹³ serwitute, beslaglegging op vee en betreding.¹⁹⁴ Jurisdiksie met betrekking tot leenplase en die ander vorme van grondbeheer was egter uitgesluit en moes deur die Raad van Justisie beslis word. Die opskrifstelling van die aanvanklike kompromie- of arbitrasiehandelinge (soos voorgeskryf deur die *Voorlopige Instructien*) was nie vereis nie. Die partye of hul agente kon hul saak stel. Die hof het ten minste een maal per maand gesit. Indien 'n skikking nie bereik kon word nie, is die getuieverklarings onder eed afgeneem en is die aangeleentheid daarna deur die hof beslis. Die kommissie bevind dat die Hof van Landdros en Heemrade aan dieselfde gebreke as die Raad

¹⁸⁹ Theal 28 8-9. Volgens die kommissie was daar waarskynlik meer sake wat op dié wyse verwys is.

¹⁹⁰ Theal 28 9-10.

¹⁹¹ Theal 28 10. Die CJ sou dus ook nie langer bevoeg wees om gedinge rakende die VOC-Oktrooi te verhoor nie.

¹⁹² Theal 28 10 28-29.

¹⁹³ Theal 28 10.

¹⁹⁴ Theal 28 28.

van Justisie mank gaan. Appèl kan waar die eis RD 25 oorskry na die Raad van Justisie gerig word. 'n Kopie van alle dokumente (met inbegrip van die uitspraak) moet in so 'n geval aan die Raad van Justisie versend word.¹⁹⁵

Die Kommissie het aanbeveel dat appèlle slegs gerig mag word waar die eis RD 400 oorskry. 'n Hersieningsbevoegdheid moes ook aan die beoogde hooggeregshof verleen word.¹⁹⁶

In 1809 is die siviele administrasie en polisiefunksie in Kaapstad (wat tot toe aan die fiskaal opgedra was) na die Kaapse Landdros en Heemrade oorgedra. Dié hof het bestaan uit 'n landdros, ses heemrade uit Kaapstad en twee uit die distrik. As Hof vir Klein Sake het die hof op Saterdag gesit. Die siviele proses was dieselfde as dié van die Raad van Justisie - selfs al was die eis kleiner as RD 20; boonop moes die verweerder by aansoek vir vonnis by verstek ook vier keer aangespreek word. Regsverteenvoording is toegelaat. Volgens die Kommissie was hierdie hof vanweë die groot kostes (vir regsverteenvoordigers asook seëlkoste) nie algemeen toeganklik nie.¹⁹⁷

Die Hof van Landdros en Heemrade moes ook toestemming tot die sluiting van huwelike deur koloniale inwoners en vreemdelinge verleen. Daar is op 1826-09-21 voorsiening gemaak vir die daarstelling van huwelikshowe in Tulbagh, Caledon en Cradock; die howe verantwoordelik vir onder andere die registrasie van huwelike. Die prosesreg was dieselfde as dié van toepassing op die Landdros en Heemrade. Die registrasie van huwelike gesluit voor die drie howe moes onderskeidelik na die huwelikshowe van Worcester, Swellendam en Somerset gestuur word.¹⁹⁸

5 BEVINDINGE EN AANBEVELINGS VAN DIE COLEBROOKE-BIGGE-KOMMISSIE

¹⁹⁵ Prokl van 1818-03-20 CCP 6/5/1 414-415; Theal 25 37-38.

¹⁹⁶ Theal 28 29-30.

¹⁹⁷ Theal 28 11-12.

¹⁹⁸ Ord 24 van 1826-09-21 CCP 6/5/2 344-345 (herroep deur Ord 33 van 1837).

Die Kommissie maak die volgende bevindinge:¹⁹⁹

1. Positiewe regsontwikkeling in die Hollandse prosesreg is nie in die Kaap oorgeneem nie.
2. Die regte van individue word volgens die kommissie oor die algemeen in die sogenaamde *Civil Codes* beskerm. In hierdie verband identifiseer die kommissie die volgende bronne van die reg soos dit in die Kaap van toepassing was:
 - a. Romeinse reg.
 - b. Die bespreking daarvan in die kommentare en annotasies van die Hollandse juriste waarvan die belangrikste Voet, Grotius en op daardie stadium ook Van Leeuwen en Van der Linden was.
 - c. Die resolusies van die Nederlandse State-Generaal (Plakkate) en die beslissings van die Nederlandse howe; 'n versameling van die twee kategorieë is in 1796 onder naam van Van der Linden gepubliseer. In hierdie verband is die aanpassing van sogenaamde keiserlike wette (*imperial laws*) en plaaslike gewoontes (*local customs*, veral dié van die Hollandse state) geleidelik in die Kaapkolonie ingevoer.²⁰⁰
 - d. Proklamasies (en ordonnansies) van die Engelse goewerneurs.
 - e. Resolusies van die goewerneur van Batavië wat as die Bataafse statute gepromulgeer is en wat die krag van wet in die Kaapkolonie geniet het.²⁰¹

Hoofregter Truter het tydens sy getuienis voor die kommissie aangedui dat die Kaapse reg uit die volgende komponente bestaan het:

- 1) Plaaslike reg asook wetgewing deur die Kaapse regering, Nederland en Batavië uitgevaardig (in lg twee gevalle slegs waar dit die bedoeling was dat die betrokke maatreëls in die kolonies sou geld).

¹⁹⁹ Theal 28 12-14.

²⁰⁰ Lg bron is volgens die kommissie nie algemeen aan regspraktisyns bekend nie.

²⁰¹ Volgens die Kommissie het die hoofklem in die Kaap op die Bataafse statute se afdelings mbt slawerny en die plaaslike administrasie geval - Theal 28 13; sien ook Theal 9 170-171, 9 146-147.

- 2) Romeins-Hollandse reg: veral die reg van die provinsie Holland (dit is die Romeinse reg soos ingevoer in Holland - sekere uitsonderings bestaan in hierdie verband).
- 3) Versamelings van Plakkate waarvan die volledigste stel in die *Colonial Office* aangetref kon word (twee verdere versamelings was by die sekretaris van die Raad van Justisie en die fisikaal beskikbaar).²⁰²

Hoofregter Truter het verder ten aansien van die vraag of praktisyns hulle op die Engelse reg mag beroep, die standpunt ingeneem dat hulle dit in feite wel doen. Die Raad van Justisie het volgens hom egter slegs kennis daarvan geneem in kommersiële geskille, aangesien die Romeins-Hollandse handelsreg as verouderd beskou is. Die skrywers oor die handelsreg het die standpunt gehuldig dat ander lande se handelsregreëlings wel na verwys kon word. Hy het verder daarop gewys dat die meeste handelsregsake voor die Raad van Justisie dié met betrekking tot Engelse handelaars was; in heelwat gevalle het transaksies in elk geval in Engeland plaasgevind.²⁰³

3. Ten aansien van die sake- en erfreg het die kommissie bevind dat dit hoofsaaklik deur die *civil law and customs of Holland* gereël word:

"They are very simple in their structure, and not unsuited to the condition of a people devoted to agricultural pursuits; and whose views in life have hitherto rarely exceeded the attainment of decent maintenance for their families and the establishment of their sons in situations and conditions as nearly analogous to their own".²⁰⁴

4. Slawerny in die Kaapkolonie moes geleidelik uitgefaseer word.
5. Met die oog op die ontwikkeling van die koloniste is reeds voorheen (1822-07-05²⁰⁵) by wyse van proklamasie afgekondig dat Engels die enigste amptelike regstaal vanaf 1827-01-01 sou wees.²⁰⁶

²⁰² Theal 33 265-266.

²⁰³ Theal 33 265.

²⁰⁴ Theal 28 13.

²⁰⁵ Theal 14 452-453.

²⁰⁶ By wyse van Ord 27 van 1826-12-13 CCP 6/5/2 35 5-356 is die 1822-proklamasie her-

6. Die volgende stap sou die geleidelike assimilasië van die Engelse reg behels.²⁰⁷
7. Volgens die kommissie was daar nie eenduidige standpunt onder die lede van die Raad van Justisie, regspraktisyns en agente of die Romeins-Hollandse reg deur die Engelse reg vervang moes word nie:

"We have not been insensible to those involuntarily testimonies of respect that are paid by the judges themselves, the advocates, and the agents, to the superiority of English Law and authority by the frequent quotations that they are in the habit of making from the great Expounder of our System;²⁰⁸ and even by the most minute references to Writers of much less authority and credit".²⁰⁹

8. Ten aansien van handelsregtelike aangeleenthede was die Romeins-Hollandse reg besonder gebrekkig, maar die Raad van Justisie het die handelsreg en -praktyk van die vernaamste handeldrywende lande toegepas.
9. Algemene plakkate en kompilasies van die Hollandse en plaaslike gewoonteregstelsels is van tyd tot tyd gemaak (die laaste in 1749). Die gesag daarvan is egter nie algemeen erken nie.²¹⁰
10. Die gevare voortspruitend uit die gebruikmaking van 'n nie-gesaghebbende kopie van die Bataafse statute²¹¹ noop die kommissie om te bevind dat die Bataafse statute óf hervorm óf vervang moet word.

Die kommissie maak die volgende aanbevelings:

roep - Theal 28 427. Op 1825-05-28 is bepaal dat alle verrigtinge in die *court of magistracy* in Algoabaai (wat van daardie datum as Port Elizabeth bekend gestaan het) in Engels moes wees - Ord 1 van 1825-05-28 CCP 6/5/2 273-274. Sien verder par 34 van die 1827-*Charter* en par 32 van die *sg New Charter* (1832).

²⁰⁷ Theal 28 13-15.

²⁰⁸ Waarskynlik verwys die kommissie hier na Blackstone.

²⁰⁹ Theal 28 14.

²¹⁰ Theal 28 14.

²¹¹ Sien Theal 28 14-15; Stock 1915 *SALJ* 328 366; Roos 1879 *Cape Law Journal* 7-9;

1. Weens die ongerief wat die abrupte vervanging van die huidige regsbestel met die Engelse reg sou meebring, beveel die kommissie die geleidelike invoering van die Engelse reg en statute aan.²¹²
2. Die invoering van 'n Engelsregtelik gebaseerde siviele prosesstelsel sal veral advokate en prokureurs wat voor die Raad van Justisie optree, raak. Dit sou ook resulteer in die maak van logiese en duidelike onderskeidings tussen regs- en feitevrae asook in die noodwendige beperking van getuienis tot die bewys van daardie aspekte wat deur die pleitstukke na vore gebring is.²¹³
3. Die invoering van die Engelse stelsel van regspleging kon dus eers geskied nadat die infasering van Engels as regstaal afgehandel is.²¹⁴
4. Voortaan sou slegs advokate wat lede was van die Engelse, Skotse of Ierse balie as regters aangestel kon word.

"Without any disparagement to the Gentlemen who now fill the ranks of the Bar of this colony, it is not to be expected that they will suddenly relinquish the professional doctrines and opinions which all of them learnt to cherish and respect, and that however fit in other respects they can(not) be expected to divest themselves on the judicial Seat of the local influence and partialities, the absence of which constitutes the brightest excellence of the English Judicial Character".²¹⁵

Sodanige regters was verbied om enige belang by slawe te verkry.

5. Insgelyks sou slegs persone wat lede van die drie bogenoemde Britse balies was, as advokate toegelaat kon word.
6. Hierdie wysigings in die lig van onder andere die "imperfect" 1803-*Instrukties* sou by wyse van 'n Regsoktrooi afgekondig word.

²¹² Theal 28 15.

²¹³ Theal 28 15-16.

²¹⁴ Theal 28 16.

²¹⁵ Theal 28 17.

Naas die afskaffing van die bestaande regsinstellings²¹⁶ is die volgende voorgestel:²¹⁷

1. Die instelling van 'n *Appeal Court* wat bestaan uit 'n hoofregter (*Supreme Judge*) en drie regters van die laer afdeling (*lower court*). Daar word voorsiening gemaak vir 'n appèl na die *privy council* waar die eisoorzaak 500 pond oorskry.
2. Die *appeal court* self dien as hof van appèl waar die eisoorzaak 200 pond oorskry in alle gevalle waar uitspraak deur die *lower courts* gegee is. Appèlle behoort slegs op die pleitstukke beslis te word.
3. Die kommissie was ten gunste van die daarstelling van 'n *equity court* met as voorsittende beampte die *supreme judge*. In gevalle waar aangeleenthede ter skikking deur hom verwys is, moes die Meester van die Hooggeregshof (*master in equity* - wat nie 'n inwoner van die Kaapkolonie mag wees nie) dié funksie vervul.
4. Die instelling van 'n sogenaamde *lower court* in die westelike provinsie (setel Kaapstad) met twee regters en 'n soortgelyke hof met een regter in die oostelike provinsie (setel Grahamstad) is deur die kommissie voorgestel.²¹⁸ Voorskrifte met betrekking tot jurisdiksie en die reg op appèl na die *Supreme Court* is gemaak.²¹⁹
5. Die instelling van rondgaande howe (*circuit courts*). Regsverteenwoordiging moes toegelaat word.²²⁰

²¹⁶ Sien die voorstelle van die kommissie mbt die beëindiging van dienste van die president en lede van die CJ, die fisikaal en ander amptenare - Theal 27 333-341. Hulle het ook voorgestel dat die bestaande vise-admiraliteitsregter (Kekewich) in die nuwe hofstruktuur as regter in die westelike provinsie *lower court* aangestel word - Theal 27 335-336. Ter uitvoering van die aanbevelings met betrekking tot die afskaffing van die Landdros en Heemrade is Ord 33 op 1827-12-19 CCP 6/5/2 389-393 afgekondig: daarvolgens word *resident magistrates* en *clerks of the peace* aangestel om in beginsel dieselfde siviele, straf, huweliks- en jurisdiksie-aangeleenthede as die daardeur herroepde Landdros en Heemrade uit te oefen - met inwerkingtreding van 1828-01-01.

²¹⁷ Sien Theal 28 18-111.

²¹⁸ Theal 28 19-20.

²¹⁹ Theal 28 19-20.

²²⁰ Theal 28 22-25.

6. Voorskrifte met betrekking tot die diensvoorwaardes en pensioen asook die relatiewe status van die verskillende regters is deur die kommissie neergelê.²²¹ Die instelling van die juriestelsel in die *lower court* (bestaande uit nege lede wat ten minste met 'n twee-derde meerderheid moes beslis) is voorgestel. Die inwerkingstelling hiervan in die oostelike provinsie moes met vyf jaar uitgestel word. Die kommissie was van oordeel dat alle inwoners wat jaarliks ten minste een pond tien as belasting betaal as jurielede behoort te dien; in dié verband is gemeen dat daar geen weerstand teen enige persoon as jurielid sou wees nie. Jurielede moes egter Engels kon verstaan.²²²
7. Die juriestelsel sou nie in die *Appeal Court* ter sprake kom nie.²²³ Ook in die geval van rondgaande howe (*circuit courts*) sou daar nie van die juriestelsel gebruik gemaak word nie.²²⁴
8. Die instelling van 'n vise-admiraliteitshof en die bestaan van konkurrente jurisdiksie van die hooggeregshof ten aansien van sekere omskrewe aangeleenthede is oorweeg. In die oostelike provinsie moes die vise-admiraliteitsfunksies deur die regter van die *lower court* uitgeoefen word.
9. Die aanstelling van 'n prokureur-generaal.²²⁵
10. Die oordrag van die funksies van Landdros en Heemrade na *judges of the county courts* en *resident magistrates*. Vir elke distrik moes 'n *county court* ingestel word. 'n Regter moes as voorsittende beampste en 'n sogenaamde *clerk of the peace* as aanklaer in strafsake en sekretaris (en registrateur) in siviele sake optree. Die siviele jurisdiksie is op 30 pond (RO 400) gestel.²²⁶ Die *supreme court* en die *lower court* se appèl- en hersieningsbevoegdheid (ten

²²¹ Theal 28 21.

²²² Theal 28 24-25.

²²³ Theal 28 18-19.

²²⁴ Theal 28 25.

²²⁵ Theal 28 22.

²²⁶ Theal 28 25-26 28-30.

aansien van beslissings van die *county courts* en die *resident magistrates*) kom ook in die verslag voor.²²⁷

11. Ten aansien van huweliksake word die praktyk dat huwelike deur die onderskeie landdroste bevestig word, voortgesit; dié bevoegdheid is soos reeds in 1806²²⁸ bepaal, ook deur gemagtigde predikante uitgeoefen. Die hof vir huweliksake moes afgeskaf word en die funksies moes voortaan deur die *local courts* en deur gemagtigde predikante oorgeneem word. Huweliksregisters sou ook deur die registrator in die westelike en oostelike provinsie van alle huwelike (ook kerkhuwelike) gehou word.²²⁹
12. Die hof van Klein Eise in Kaapstad (wat soos hierbo aangedui deur die Kaapse Landdros en Heemrade hanteer is) moes vervang word deur 'n *petty debt court* bestaande uit twee kommissarisse, naamlik die *master in equity* en die huidige magistraat te Kaapstad. Regsverteenwoordiging deur prokureurs en notaris moes ook hier toegelaat word.²³⁰
13. Toekomstige advokate moes in die Engelse reg opgelei wees en lede van die Engelse, Skotse of Ierse balie wees. Slegs prokureurs wat ook reeds deur dié Britse howe toegelaat is, mag met toestemming van die voorgestelde howe alhier praktiseer. Advokate mag ook die funksie van prokureur vervul. Die kommissie was dus nie ten gunste van die onmiddellike skeiding tussen die beroep van advokaat en prokureur nie. Die skeiding van die twee beroepstakke is egter in die vooruitsig gestel. Notaris moes voortaan ook in die *lower courts* en die *court of small debts* kon optree.
14. Regters sou die bevoegdheid tot insae in die notariële protokolle verkry. Die *civil law*-praktyk van die notariële verlyding en argivering van kontrakte, ooreenkomste, regshandelinge en testamentêre beskikkings is nie beëindig nie; daar is egter voorsiening gemaak dat partye van die Engelsregtelike metode (dws

²²⁷ Theal 28 29-30.

²²⁸ Prokl van 1806-04-26 (Sir David Baird).

²²⁹ Theal 28 30-33.

²³⁰ Theal 28 26.

sonder notariële verlyding en opname in notariële protokolle) gebruik kon maak.²³¹

15. Die bestelling van regskenisgewings op partye en die afneem van die verklarings van die betrokke partye (asook getuieverklarings) sou egter met die inwerkingstelling van 'n nuwe siviele prosedure beëindig word.²³²
16. Die kommissie het ten slotte 'n aantal aanbevelings met betrekking tot burgerlike regte (onder andere die reg op verblyf),²³³ siviele gyseling,²³⁴ voorlopige vonnisse (*mesne process*),²³⁵ fooie en hofkoste,²³⁶ bankrotskap en insolvente boedels,²³⁷ sake- en erfreg,²³⁸ aktesregistrasie,²³⁹ en die Weeskamer gemaak.²⁴⁰

Volgens die kommissie het bogenoemde voorstelle ter bereiking van die volgende doelstellings gedien:

"The entire Separation of the Executive from the Judicial power, the establishment of an appellate jurisdiction within the colony of correcting the errors and controlling the action of the Inferior Courts, and lastly an improvement in the Structure of the latter of a view to secure them as much as possible of the influence of local prejudice and interests."²⁴¹

²³¹ Theal 28 24.

²³² Theal 28 26-28.

²³³ Theal 28 33-40.

²³⁴ Theal 28 44-45.

²³⁵ Theal 28 44-51.

²³⁶ Theal 28 51-56.

²³⁷ Theal 28 56-64.

²³⁸ Theal 64-69.

²³⁹ Theal 28 69-74.

²⁴⁰ Theal 28 74-111.

²⁴¹ Theal 28 33.

6 SAMEVATTING EN GEVOLGTREKKING

6.1 Prosesreg

Vanaf 1807 tot 1827 het die siviele hofstruktuur aan die Kaap bestaan uit die Hof vir Landdros en Heemraden, die Raad van Justisie en die Siviele Appèlhof waarvandaan na die *Privy Council* in Engeland geappelleer kan word.

Kragtens die Kapitulatievoorwaardes tydens die Britse anneksasie in 1806 sou die Hollandse howe bly voortbestaan. Daar is nie nuwe prosesregreëlings uitgevaardig nie en die bestaande prosesreg soos deur Van der Linden beskryf, is toegepas. Eers na die aanbevelings van die Colebrooke-Bigge-kommissie (1826) is die Engelse hofinstellings en prosesreg aan die Kaap ingevoer.

Uit 'n vergelyking tussen Van der Linden se *Judicieele Practijcq* (en *Koopmanshandboek*) en die prosedures wat aan die Kaap gevolg is, blyk dit dat die Kaapse prosesreg in 'n geringe mate vir plaaslike omstandighede aangepas is. In sommige gevalle is daar van meerdere pleitstukke (*triplicq*, *uplicq*, *memories van belangen* en *contra-belangen*) wat nie deur Van der Linden beskryf is nie, gebruik gemaak. Of daar werklik van 'n Kaapse prosesreg in die sin van 'n totaal nuwe prosesreg gepraat kon word, is te betwyfel; met betrekking tot bepaalde aangeleenthede is daar wel wysigings aangebring. (Sien die verslag in die Colebrooke-Bigge-kommissie soos wat dit hierbo bepaal is).

6.2 Raad van Justisie

Tydens die verloop van die proses voor die Raad van Justisie moes sekere handeling vooraf plaasvind (aanmaning, bepaling van *locus standi* en die verkryging van regsverteenvoerders). Daarna is 'n *requeste* by die *Commissarissen* ingedien wat bepaal of daar aan die formele vereistes voldoen is. Die *Commissarissen* het gepoog om 'n skikking tussen die partye te bewerkstellig. Indien nie, is die dagvaarding uitgereik en die saak ter rolle geplaas. 'n *Eisch en conclusie* is ingedien wat 'n uiteensetting van die eis en 'n voorgeskrewe *conclusie* bevat. Sekere tussenhandelinge kon nou plaasvind (absolusie van die instansie by nie-verskyning of vonnis by verstek). Indien die verweerder wel verskyning wou aanteken, kon hy (a) op die verhoordag sekere preliminêre versoeke rig (b) 'n eksepsie opper of (c)

'n antwoord indien. Daarna kon die eiser repliek lewer en die verweerder weer 'n *duplicq*. 'n *Triplicq* en *quadruplicq*, *memories van belangen en contra-belangen* kon ook ingedien word. Na *plena litis contestatio* kon geen verdere dokumente ter rolle geplaas word nie. Waar geen feitegeskil betrokke was nie en die bedrag onder RD 1000 was, was die saak mondelings aan die Raad van Justisie voorgedra. Alle ander sake onder RD 1000 is voor die *Commissarissen* afgehandel. Alle ander sake moes *beschreven* wees. Die Raad van Justisie het geen redes vir sy vonnis gegee nie.

In die reg soos aan die Kaap toegepas, is daar voorsiening vir mediasie gemaak waar vennootskappe, rekeninge, laster en huweliksake ter sprake kom. Dit blyk uit sowel die Raad van Justisie-stukke as die Colebrooke-Bigge-kommissie se verslag dat hierdie wyse van geskilbeslegting heelwat sukses gehad het. Indien die saak wel later voor die Raad van Justisie beslis is, is heelwat van die feitegeskille reeds uitgeskakel. Die enigste kritiek wat die kommissie geopper het, is dat in sommige gevalle dit meegebring het dat die proses verleng en die partye benadeel word.

Ander kritiekpunte van die Colebrooke-Bigge-kommissie teen die Raad van Justisie was dat die samestelling van dié hof nie eerbied en vertroue afdwing nie, die lede van die Raad van Justisie persoonlik betrokke en beïnvloed was, verhore nie in die openbaar plaasgevind het nie, geen redes vir beslissings gegee is nie en die regbank nooit self mondelingse getuienis aangehoor het nie.

Volgens die kommissie sou die sake wat die Raad van Justisie oor die algemeen bereg het, ongekompliseerd en eenvoudig wees. Die enigste gekompliseerde sake sou die van kommersiële aard wees - 'n stelling wat deur die hofsake self weerlê word. Die houding van die kommissie kan afgelei word uit hulle standpuntinname dat die Romeins-Hollandse reg eenvoudig is en bloot voorsiening vir 'n landelike gemeenskap maak. Die Engelse reg is volgens die kommissie by verreweg meer gekompliseerd. Daar is hoofsaaklik van die Engelse handelsreg gebruik gemaak en daarom sou hierdie sake dan meer gekompliseerd gewees het.

Daar is ook heelwat kritiek teen die onnodige verlenging van die voorafproses geopper - om vonnis by verstek te verkry moes 'n verweerder eers vier keer aangespreek word. In 1811 is 'n rondgaande hof ingestel en het verhore ook in die openbaar geskied.

Die kommissie het verder bevind dat daar geen toename in die sake voor die Raad van Justisie vanaf 1815-1825 was nie - die standpunt word deur die huidige ondersoek weerlê.

Volgens die kommissie het die Raad van Justisie slegs van die Romeinse reg, besprekings daarvan in die kommentare en annotasies van die Hollandse juriste (waarvan die belangrikste na die mening van die kommissie Voet, de Groot, Van Leeuwen en Van der Linden was), resolusies van die State-Generaal soos aangepas vir plaaslike omstandighede, proklamasies van Engelse goewerneurs en die Bataafse statute gebruik gemaak. Hoofregter Truter het tydens sy getuienis voor die Kommissie egter aangedui dat plaaslike regsreëls, die Romeins-Hollandse reg soos in Holland en elders, versamelings van Plakkate soos onder meer te vinde in die *Colonial Office* en die Engelse reg (veral die Engelse handelsreg) die bronne van die reg aan die Kaap was. Uit die onderskeie *capita selecta* blyk dit egter dat die gesag wat aangehaal is veral die van die *ius commune*²⁴² in Europa was. Dit is duidelik dat die kommissie nie behoorlik ingelig is, of wou wees nie, oor die omvang en die gekompliseerdheid van die Romeins-Hollandse reg, in die breë sin soos wat dit aan die Kaap toegepas is.

6.3 Appèlhof

Vanaf die Raad van Justisie kon na die Siviele Appèlhof geappelleer word. Alle stukke van die Raad van Justisie moes in Engels vertaal word. Hierdie vertalings was nie altyd korrek nie. Die appèlhofstukke bestaan meestal uit die volgende: *appellant's case*, *respondent's case*, *respondent's reply* en *appellant's rejoinder*. Buiten die vertaalde stukke word daar in die stukke ook die redes vir die appèl en die redes waarom die appèl nie moet slaag nie, uiteengesit. In sommige sake word nuwe verwysings na gesag wat nie voorheen in die betrokke Raad van Justisie-stukke aangetref is nie, uiteengesit. Geen redes is vir Siviele Appèlhof-uitsprake gegee nie.

Die hoofkritiekpunte van die Colebrooke-Bigge-kommissie teen die Siviele Appèlhof was dat daar te veel probleme was om die stukke wat bowendien nog foutiewe verwysings na gemeenregtelike gesag gehad het, te vertaal. Aangesien geen redes vir 'n Raad van Justisie-uitsprake gegee is nie, moes die Siviele Appèlhof met die Raad van Justisie oorleg

²⁴² Vgl hieroor Du Plessis en Olivier "Du Plessis v Strauss" 1988 *De Jure* 171-181.

pleeg vir die redes vir laasgenoemde se beslissing. Die lede van die Siviële Appèlhof was voorts nie juridies geskool nie. Die Colebrooke-Bigge-kommissie het bowendien die mening gehuldig dat die lede van die Siviële Appèlhof in alle gevalle Engelsregtelik georiënteer was en gevolglik uitsprake wat nie in ooreenstemming met die Engelse reg was nie, gewysig het. Verder is kritiek geopper omdat dat geen redes vir Siviële Appèlhof-uitsprake gegee is nie.

Daar kan met die Colebrooke-Bigge-kommissie saamgestem word dat die feit dat geen redes vir die uitsprake gegee is nie, die interpretasie van die verskillende hofstukke bemoeilik en veral dat die grondslag vir uitsprake nie altyd gemaklik vasstelbaar is nie. Alhoewel die kommissie van mening is dat die aanhalings van gemeenregtelike gesag (Romeinse, Hollandse en Engelse) meestal foutief is, is dit 'n growwe veralgemening.

6.4 Aanbevelings van die Colebrooke-Bigge-kommissie

Die vernaamste aanbevelings van die kommissie was dat die Engelse materiële reg en wetgewing geleidelik en die Engelse siviele prosesreg onmiddellik ingevoer moet word. Engels moes Nederlands as regstaal vervang en slegs Engelsregtelik opgeleide advokate sou as regters en advokate kan optree. Daar is voorgestel dat die appèlhof bestaande uit 'n hoofregter en drie ander regters wat self van 'n laerafdeling (*supreme court*) sou wees, ingestel moet word. 'n *Equity court* is voorgestel. Daar moes voorts *lower courts* (hooggeregshowe of "provinsiale afdelings") in die westelike en oostelike provinsie ingestel word. Rondgaande howe is ook voorgestel waar regsverteenvoording toegelaat moet word. 'n Juriestelsel (buiten vir die *appeal court* en rondgaande howe) is bepleit. Die bevoegdhede van die landdros en heemrade moes na die *judges of county courts* (vir elke distrik ingestel) en *resident magistrates* oorgedra word.

Daar is verder aanbeveel dat die hof vir huweliksake afgeskaf moet word en sy funksies deur die *lower courts* en gemagtigde predikante oorneem moet word. Die Hof vir Klein Eise wat in Kaapstad gesetel het, moes vervang word deur 'n *petty debt court* bestaande uit twee kommissarisse. Regsverteenvoording sou in alle howe toegelaat wees. Volgens die kommissie sou die volgende doelstellings bereik word:

"The entire Separation of the Executive from the Judicial power, the establishment of an appellate jurisdiction within the colony of correcting the

errors and controlling the action of the Inferior Courts, and lastly an improvement in the Structure of the latter of a view to secure them as much as possible of the influence of local prejudice and interests".²⁴³

6.5 Gevolgtrekking

Die prosesreg en die hofstruktuur aan die Kaap was 'n voortsetting van die stelsel wat voor 1806 aan die Kaap gegeld het. Geleidelik is die prosesreg en hofstruktuur weens plaaslike gebruike (die voorkoms van 'n *triplicq* en 'n *quadruplicq*) en die optrede van Engelse goewerneurs (die instelling van 'n Siviele Appèlhof en 'n rondgaande hof asook die voorskrif dat alle verhore openbaar moes geskied) gewysig. Dit is dus duidelik dat die prosesreg aan die Kaap tydens die tydperk 1806-1828 besig was om veranderinge te ondergaan.

²⁴³ Theal 28 33.

K. SAMEVATTENDE OORSIG VAN DIE AANWENDING VAN BRONNE

I. STATISTIEK

1. Aantal bundels in Raad van Justisie-reeks: 3 666
(ingedeel in 432 afdelings, reekse en verwysings)
2. Aantal registers (waarvan sommige buite die Raad van Justisie-reeks)
tydens die voorondersoek: 300
3. Tersaaklike registers: 32
4. Rekenaardatabasis (Raad van Justisie)
(a) Aantal rekords (sake) opgeneem: 1 557
(b) Grootte: 11 412 blokke
5. Rekenaardatabasis (Siviele Appèlhof)
Aantal rekords (sake) opgeneem: 199

II. TERSAAKLIKE REEKSE VIR ONTSLUITING VAN DIE RAAD VAN JUSTISIE-STUKKE TYDENS DIE TYDPERK 1806 - 1828: VOORLOPIGE INVENTARIS SOOS DEUR DIE PROJEKSPAN GEBRUIK

1. SIVIELE AFDELING:

A. VERSLAG VAN VERRIGTINGE VAN RAAD VAN JUSTISIE IN SIVIELE SAKE 1652 - 1823

1) Oorspronklike Regsake en Notule 1652 - 1823

CJ 1-9 (1652 - 1727)

CJ 822-946 (1728 - 1823)

Tydperk 1807 - 1827

Hofuitsprake:

- (i) CJ 919-946 (1807 - 1815, 1819 - Apr 1823)
- (ii) CJ 2226-2245 (1814, 1816 - 1818, Mei 1823 - Des 1827)

2) Siviele Resolusies 1803 - 1827

CJ 947-963 (1808 - 1823)
CJ 2227-2236 (Jan 1816 - Des 1818)¹
CJ 2237-2245 (Mei 1823 - Des 1827)²
CJ 913-914 (1806)³

Tydperk 1807 - 1827

Onvolledige reeks notules oor Siviele Resolusies

CJ 951-963 (1808 - 1823)
CJ 2227-2236 (Jan 1816 - Des 1818)⁴
CJ 2237-2245 (Mei 1823 - Des 1827)⁵

3) Kladregsrolle en Notule (Krimineel en Siviël) 1756 - 1827

CJ 123-231 (1756 - 1827)

Tydperk 1807 - 1827

Ongeskeide kladdokumente van Siviele en Kriminele Regsrolle en Notules

CJ 192-231 (1807 - 1827)

¹ Sien 1 A 1. "Tydperk 1807 - 1827".

² Sien 1 A 1. "Tydperk 1807 - 1827".

³ Sien 1 A 1. "Tydperk 1807 - 1827".

⁴ Vir die tydperke is die reeks volledig.

⁵ Vir die tydperke is die reeks volledig.

4) Siviele Kladresolusies 1803 - 1827

CJ 964-1020 A (1803 - 1827)

Tydperk 1807 - 1827

Kladresolusies in Siviele Sake

CJ 967-1020 A (1807-1827)

Beslissing wat te make het met die hof as oppervoog van kinders en slawe

5) Kort Notule 1804 - 1826

CJ 232-253 (1804 - 1826)

Tydperk 1807 - 1827

Onvolledige opsomming van die notules

CJ 234-253 (1808 - 1826)

Ontbreek 1807, 1810 - 1811, 1816 Aug - Sept, 1817 - 1818,
1826 April - 1827

6) Diverse Konsepsnotule, Verbale en Bylae van die Raad van Justisie 1758 - 1827

CJ 3600-3634 (1807 - 1827)

Tydperk 1807 - 1827

Ongeordende notules, prosesstukke en bylaes

CJ 3606-3625 (1807 - 1827)

CJ 3631 (1808)

CJ 3633 (1824)

CJ 3634 (1827)

B. SIVIELE PROSESSTUKKE

1) Algemene Reeks 1708 - 1827

CJ 1022-2166 (1708 - 1827)

Tydperk 1807 - 1827

Oorspronklike onderliggende Siviele Prosesstukke

CJ 1427-2166 (1807 - 1827)

2) Gespesifiseerde Siviele Prosesse 1777 - 1826

CJ 2167-2179 (1777 - 1826)

Tydperk 1807 - 1827

Net twee gespesifiseerde sake *Goetz v Vos* (1811 en *De Villiers v Du Toit* (1826)

3) Losse en fragmentariese Siviele Prosesstukke 1758 - 1826

CJ 2180-2188

Tydperk 1807 - 1827

Ongeordende fragmentariese Siviele Prosesstukke

CJ 2184-2188

4) Siviele Prosesstukke 1800 - 1818

CJ 2189 - 2199 (1800 - 1818)

Tydperk 1807 - 1827

Onvolledige reeks Siviele Prosesstukke

CJ 2196 (1809)

CJ 2197 (1810 - 1811)

CJ 2198 (1811 - 1815)

CJ 2199 (1812, 1816 - 1818)

5) Onvervolgde Prosesse 1818 - 1827

CJ 220-2213 (1818 - 1827)

Tydperk 1807 - 1827

Bevat slegs ongeordende Prosesstukke

CJ 3655-3661 (1807 - 1826)

6) Dagvaardings (Citation) en antwoorde (Relaasen) daarop
1693 - 1827

CJ 2247(a) (1693 - 1698: Ediktale Sitasies)

CJ 2248-2484 A (1770 - 1827)

Tydperk 1807 - 1827

Bevat nie relevante inligting nie

CJ 2341-2484 A (1807 - 1827)

C. REGISTERS EN INDEKSE OP SIVIELE VONNISSE

1) Registers en Vonnisse 1652 - 1827

CJ 278 (1652 - 1771: Krimineel en Siviël)

CJ 279 (1717 - 1779: Krimineel en Siviël)

CJ 280 (Jun 1826 - 1827)

CJ 2246 (1803 - 1805)

CJ 2247 (1801 - 1807)

CJ 9947-963 (1803 - 1823)⁶

CJ 2237-2245 (Mei 1823 - Des 1827)⁷

⁶ Dit is die uitsprake.

⁷ Dit is die uitsprake.

Tydperk 1807 -1827

Name van litigante, bedrae van vonnisse, prokureursfooie, ten uitvoerlegging, ens

CJ 2247 (1801 - 1807)

Sien voetnoot direk hierbo vir tydperk 1807 - 1827

CJ 280 (Jun 1826 - 1827)

2) Registers en Indekse van Siviele Sake 1820 - 1828

CJ 2214-2223 (1812 - 1828)

Tydperk 1807 - 1827

Hofrekordboek, register van eisoursake

CJ 2214 (1812 - 1814)

CJ 2215-2222 (1819 - 1827)

3) Register van Pro Deo-Prosesse 1822 - 1827

CJ 2224 (1822 - 1827)

4) Indeks op Siviele Rekordboeke (tydperk onvermeld)

CJ 2225 (tydperk onvermeld)

Tydperk 1807 - 1827

Besondere tydperke tydens Engelse bewind onvermeld, ook onvolledig

CJ 2225

5) Register op Observation, Resolusies, Briewe, ens (tydperk onvermeld)

CJ 1021 (tydperk onvermeld)

Tydperk 1807 - 1827

Register op praktyk, proses en ander voorskrifte uitgevaardig deur die Raad van Justisie. Bande of lêers met sodanige voorskrifte kon nie opgespoor word nie.

CJ 1021

D. NOTULEBOEK VAN APPÈLHOF (SIVIEL) 1807 - 1828

GH 48.1.1 - 48.1.2

Tydperk 1807 - 1827

Bevat alfabetiese register van appellante voorin asook tussentydse bevele in finale uitsprake Appèlhof

GH 48.1.1 (1807 - 1819)

GH 48.1.2 (1819 - 1828)

E. DOKUMENTE MET BETREKKING TOT DIE KOMMISSIE VAN ONDERSOEK NA REGSPLEGING AAN DIE KAAP 1824 - 1827

CJ 3662-3663 (1824 - 1826)

CJ 3198 (1827)

Treatise on the Origin, Progress and Present State of the Orphan Chamber at the Cape of Good Hope, compiled for the use of His Majesty's Commissioners of Inquiry

CJ 3662 (1826)

Judicial Report of the Commissioners of Inquiry

CJ 3798 (1827)

Instructions of Her Majesty's Government upon the Report of the Commission of Inquiry

F. DOKUMENTE MET BETREKKING TOT DIVERSE INSTRUKSIES EN REGULASIES VAN VERSKILLENDEN AMPTENARE EN PERSONE

CJ 3199 (1759 - Engelse tydperk)

Tydperk 1807 - 1827

Bestudeer CJ 3199 vir moontlike relevante voorskrifte

Die volgorde waarin die reekse vir ontsluitingsdoeleindes gebruik is, was (sover die betrokke stukke daar te vinde was):

(a) die Registers en Indekse van Siviele Sake (registerbundels) 1812 - 1828 (C 2);

(b) die Uitsprake (vonnisbundels) 1807 - 1828 (A 2), en

(c) die Siviele Prosesstukke (prosesbundels) (B 1)

III. VOORKOMS VAN ONDERWERPE IN RAAD VAN JUSTISIE- DATABASIS

Sien Visagie *et al*, *Die Raad van Justisie, Hofstukke en Uitsprake wat betrekking het op Siviele Sake, 1806 - 1827* (Verslag aan SWO, 1989), Bylae 6. Hierin verskyn 'n lys van onderwerpe wat in die sake wat ontsluit is, aangetref is. Die lys is volgens trefwoord en kode. Dit word ook aangedui hoeveel keer die onderwerp ter sprake gekom het en watter persentasie voorkoms dit verteenwoordig.

L. OORKOEPELENDE EVALUERINGSTUDIE

1. INLEIDING

Met verwysing na fases 1 en 2 van die Kaapse Regspraak-Projek (vir meer besonderhede sien A hierbo en G G Visagie *et al*, *Die Raad van Justisie, Hofstukke en Uitsprake wat betrekking het op Siviele Sake, 1806 - 1827*) kan die volgende algemene gevolgtrekkings met die voltooiing van die evalueringsfase en op grond van werklike ondervinding gemaak word:

Die tot dusver ongeordende en onoorsigtelike massa dokumente en data in die argief van die Raad van Justisie is nou toeganklik en bruikbaar gemaak vir toekomstige navorsers. Dit geld nie net vir navorsing op die gebied van interne regsontwikkeling nie, maar ook vir uitwendige regsgeskiedenis, regssosiologie en geskiedkundige navorsing in die algemeen. Die ontsluiting maak dit eweneens vir regspraktisyns moontlik om gesag en ander data uit die betrokke tydperk maklik en gou te bekom.

Dit kan onomwonde gestel word dat die rekenaar ten beste vir hierdie tipe ontsluiting gebruik kan word. Dit word stateer in die lig van die massa dokumente en data wat daar bestaan: daar is oor die 300 argief-registers in die Argief, Kaapstad, waarvan 32 registers data bevat wat relevant was tot die ontsluiting; een van hierdie registers, die Raad van Justisie-register, bestaan uit 3 666 bande. Hierbenewens bestaan daar ook dokumentasie wat nagevors is in Londen ("Colonial Office") en in Den Haag.

Die sentrale en oorkoepelende gedagtegang onderliggend aan die ontsluiting was die oopstel van die ou Kaapse regsbronne vir gebruik. Die ontsluitingsproses sal, soos hierdie evaluering, aandui welke reg van toepassing aan die Kaap was; die omvang en toepassingsveld van die

sogenaamde *ius commune*; die omvang, indien enige, van Engelsregtelike beïnvloeding; watter reg van toepassing was op slawe; die rol wat billikheid en redelikheid in die reg aan die Kaap gespeel het, en so meer.

2. GEVOLGE VAN DIE KAAPSE ARGIEFPROJEK SE NAVORSINGS-AKTIWITEITE

- 2.1 Die reg van toepassing aan die Kaap kan nie *in vacuo* gesien word nie, maar moet in die lig van die gebeure aan die Kaap en die regsinstellings wat die reg toegepas het, gesien word. Navorsing is op beide gebiede gedoen en aldus is daar 'n bydrae gelewer tot die eksterne regsgeskiedkundige en geskiedkundige kennis van die betrokke tydvak.
- 2.2 Die Argiefprojek se navorsingsaktiwiteite het regsnavorsing gestimuleer. Die LL D-graad is aan dr P J van der Merwe toegeken vir sy verhandeling: *Regsinstellings en die Reg aan die Kaap van 1806 - 1834*, 1984. Huidiglik is 'n LL M-Verhandeling oor die reg wat van toepassing was op slawe aan die Kaap feitlik voltooi, terwyl 'n LL D-onderzoek oor die onregmatige daad aan die Kaap aan die gang is. Dit is eweneens verblydend dat regspraktisyns en navorsers buite die gebied van die regsgeleerdheid dikwels gebruik maak van die navorsingsresultate van die projek.
- 2.3 Tussentydse publikasies oor die reg van toepassing aan die Kaap het ook reeds die lig gesien: G G Visagie, "The law applied at the Cape from 1652 to 1828", *Miscellanea Forensia Historica*, 1988, 325 ff; L F van Huyssteen, "Kaapse Strafrechtspraak vanaf ongeveer 1807 - 1827", *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*. 'n *Lys van Registers* in die Argief, Kaapstad, wat betrekking het op die Regswese, met relevante regsdata, is ook opgestel en is beskikbaar vir gebruik.
- 2.4 'n Ander uitvloeisel van die projek se bedrywighede was sy erkenning op internasionale ontsluitingsgebied en die deelname aan talle konferensies, onder andere in Leiden, Amsterdam, Gent, Brussel, Leuven, Nijmegen,

ensovoorts. Talle konferensies is ook in Suid-Afrika bygewoon en toegesprek.

3. BEVINDINGE

3.1 Die reg van toepassing aan die Kaap

3.1.1 Algemeen

Die evaluering van die hofstukke en ander dokumente het geen ruimte gelaat vir twyfel dat die gemenereg van die provinsie Holland toonaangewend aan die Kaap was en dat gesaghebbende skrywers, sowel as skrywers uit die ander Nederlandse provinsies en aangrensende lande, aangehaal is nie. Dat daar gereeld na die gesaghebbende Hollandse skrywers verwys is, ly geen twyfel nie. Daar is egter ook verwys na die skrywers van die ander provinsies en aangrensende lande. Dit beklemtoon die feit dat die reg van die provinsie Holland, maar 'n vertakking van die Wes-Europese *ius commune* was. Die gebiede waar die Romeinse reg geresipieer is, het om dieselfde beginsels hul regstelsels uitgebou en in dié sin is daar dan na die skrywers van aangrensende provinsies en lande verwys. Presies dieselfde het aan die Kaap plaasgevind.

3.1.2 Die toepassing van regsnorme soos redelikheid en *bona fides* aan die Kaap

Wat betref die toepassing van norme soos bogenoemde kan, wat die kontraktereg betref, konstateer word dat *bona fides* 'n begrip is wat in die praktyk aan die Kaap gebruik is (juis omdat kontrakte as *negotiae bona fidei* beskou is) en dat die *exceptio doli generalis* deel van die reg was.

3.2 Engelsregtelike beïnvloeding

Verwysings na Engelse outoriteite gedurende die tweede Britse besetting van die Kaap maak vanaf 'n vroeë stadium reeds hul verskyning in die hofstukke wat gelding voor die howe gehad het. Die vraag ontstaan dus in hoeverre hierdie verskynsel die reg van toepassing aan die Kaap beïnvloed het.

In sy navorsingstuk oor die materiële kontraktereg (C hierbo), geraak prof Van Huyssteen tot die volgende gevolgtrekking: "Wat die kontraktereg betref, is daar nie gronde om te sê dat 'n Kaapse Romeins-Hollandse reg ontwikkel en gegeld het nie. Daar is geen merkbare Engelse beïnvloeding nie, en die plaaslike wettereg het geen uitwerking op die algemene beginsels wat in oënskou geneem is, gehad nie." Van besondere belang is dus die bevinding van prof De Beer in sy evalueringstuk oor die Wisselreg aan die Kaap (D hierbo), aangesien 'n mens eintlik die teenoorgestelde sou verwag. Prof De Beer verwys na die gemeenregtelike bronne waarna in die Wisselreg verwys word en die gesaghebbendheid waarmee hierdie bronne bejeën word en sê dan dat daar aanduidings in die regspraktyk is dat die gesaghebbendheid van die *wisselrecht* nie sonder meer op die altaar geplaas is nie. Hy wys ook op die standpunt wat ingeneem is dat, ondanks die oorname van die Kaap deur Engeland, die Romeins-Hollandse reg steeds toegepas moes word.

Ook wat die Erfreg betref, is daar nie juis aanduidings van Engelsregtelike beïnvloeding nie. Dieselfde kan gesê word van die reg met betrekking tot grondbesit aan die Kaap. Wat die prosesreg betref, is dit taamlik duidelik dat daar geen direkte Engelsregtelike beïnvloeding was nie en dat die prosesreg aan die Kaap tydens die betrokke periode 'n voortsetting was van wat voor 1806 aan die Kaap gegeld het. Dit kan gesê word ten spyte van sekere veranderinge wat deur die Engelse owerheid ingestel is. Dit blyk verder dat die prosedures wat aan die Kaap gevolg is, aangepas is vir plaaslike omstandighede.

Dit bring nie mee dat die veelvuldige verwysings na die Engelse outoriteite nie die een of ander moontlike beïnvloeding uitgeoefen het nie. Uit

die evaluering van die regsbronne vir die tydvak onder bespreking blyk dit duidelik dat daar aan die Kaap 'n informele "presedentestelsel" bestaan het of aan die ontwikkel was. Engelsregtelike beïnvloeding in hierdie verband kan nie uitgesluit word nie.

Dit is ook bevind dat daar nie geskroom is om na gemeenregtelike sowel as Engelse gesaghebbende skrywers oor dieselfde onderwerp te verwys nie. Daar is al meermale gesê dat die toepassing van die reg nie *in vacuo* gesien kan word nie. In dié verband kan daar verwys word na prof Visagie se bevinding: "There is, however, little doubt that the British policy of gradual assimilation to British institutions and machinery had started to pressurise the Roman-Dutch law at the Cape. The composition of the courts envisaged by the Charter, the procedures, the legal training of many of the judges and advocates, the availability of English decisions and text books, familiarity with the English legal structure, the English language itself and the influence of the Privy Council as a final court of appeal: all these factors could give Roman-Dutch law an anglicised look in the years to come — "The law applied at the Cape from 1652 - 1826", *Miscellanea Forensia Historica*, Amsterdam, 1988, 338 ff. Uit die stukke wat gelding voor die howe aan die Kaap gehad het, is hierdie "druk" op die Romeins-Hollandse reg reeds op 'n vroeë stadium van die tweede Britse Besetting waarneembaar.

Die "druk" waarna so pas verwys is, is die mees waarneembare in die lasterregpraktyk aan die Kaap, soos blyk uit die navorsing in dié verband deur prof Olivier. Hy verwys veral na die gelykstel in die Kaapse praktyk, of poging tot gelykstel, van die Romeins-Hollandse en Engelse lasterreg met betrekking tot die begrippe *malice* en *animus iniuriandi*, die verwere teen die *actio iniuriarum* en die ontwikkeling van *amende honorable* en *amende profitable*. Prof Olivier se gevolgtrekking is dat die lasterreg aan die Kaap gebaseer was op die Romeins-Hollandse reg, maar toenemend beïnvloed is deur die Engelse reg teen die agtergrond van die Wes-Europese *ius commune*.

3.3 Die regspraktyk aan die Kaap

Die materiële reg van toepassing aan die Kaap is uiteengesit in par 3.1 en 3.2, hierbo. Dit sluit natuurlik nie die moontlikheid uit dat, met behoud van die materiële reg of die wesenlike behoud daarvan, daar bepaalde praktykreëlings mag ontstaan het nie. Dit het inderdaad aan die Kaap gebeur. In hul ontleding van die verloop van die proses aan die Kaap toon proff Du Plessis en Olivier aan dat daar wel bepaalde prosesregtelike gebruike en gewoontes aan die Kaap ontstaan het. In haar evaluering van die Erfreg van toepassing aan die Kaap, kom prof Du Plessis tot 'n soortgelyke gevolgtrekking, naamlik dat daar bepaalde praktykreëls bestaan het, byvoorbeeld met betrekking tot testamente. Sien ook in hierdie verband die evaluering van sakeregtelike aspekte aangaande grond (l hierbo).

3.4 Oorkoepelende bevinding: 'n lewende reg

By wyse van evaluering van die stukke wat voor die Raad van Justisie en die Appèlhof gelding gehad het, word bevind:

Die gemenereg van die provinsie Holland as vertakking van die Wes-Europese *ius commune*, en die Romeinse reg as aanvullende reg, was toonaangewend aan die Kaap.

Gesaghebbende Hollandse skrywers, sowel as skrywers uit die ander Nederlandse provinsies en aangrensende lande, is voor die houe aangehaal.

Die leidende sake toon aan dat die regspraktisyns wat voor die Raad van Justisie en die Siviele Appèlhof opgetree het, hulle uitstekend van hul taak gekwyt het.

Daar het plaaslike regspraktyke ontstaan, veral met betrekking tot bepaalde formaliteite.

'n Engelsregtelike proses van "druk" op die Romeins-Hollandse reg het ontstaan en wat die lasterreg betref, was daar stellig sterker beïnvloeding.

4. SPESIALE BEVINDINGE

- 4.1 Prof De Beer, in sy navorsing oor aspekte van die Romeinse reg aan die Kaap soos toegepas op slawe (E hierbo), wys daarop dat daar in die siviele regspraak dikwels verwysings na die Romeinse reg voorgekom het. Dit wil egter voorkom asof dit plaas gevind het teen die agtergrond van die magtiging van die *Statuten* en die *Nieuwe Statuten* (Alfabetiese Weergawe). Dit het dikwels gebeur dat, benewens die voorskrifte van die *Statuten* en die *Nieuwe Statuten*, daar in elk geval ook na die toepaslike Romeinsregtelike beginsels en in sommige gevalle vrylik na die Romeins-Hollandse regsbronne verwys is.
- 4.2 Daar is in die jongste verlede 'n begin gemaak om vas te stel wat geword het van regsinstellings in die gewese Nederlandse oorsese gebiede se regsbiblioteke met hul regsbronne. Na 'n wetenskaplike ondersoek deur prof J Th de Smidt in Kaapstad het hy bepaal en bevind, sover dit nog moontlik is, wat presies van die Raad van Justisie se biblioteek geword het - nie net waar dit gesetel is nie (Biblioteek van die Hooggeregshof van Suid-Afrika, Kaapstad), maar ook uit welke boeke dit bestaan het en watter boeke behoue gebly het. Hierdie navorsing duur voort.
- 4.3 Die navorsing oor die Weeskamer aan die Kaap deur dr H C Gall (F hierbo) behels 'n afgeronde en regsgeskiedkundige ontsluiting van 'n volledige inligtingsbron, sowel as agtergrond en evaluering.
- 4.4 Die strafregspraak het nie binne die projek se navorsingsveld geval nie, maar in 'n voorstudie is bevind dat die substantiewe strafreg aan die Kaap in ooreenstemming was met dié van die Wes-Europese *ius commune* in hierdie verband (L F van Huyssteen, "Kaapse Strafrechtspraak vanaf ongeveer 1807 - 1827", *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 1989).

- G G Visagie

- L F van Huyssteen