

# Die resepsie van Romeinse reg in die Suid-Afrikaanse regstelsel: *stare decisis* en *curia ius novit*

Philip Thomas

---

Philip Thomas: emeritus professor en navorsingsgenoot, Universiteit van Pretoria

---

## *Opsomming*

Suid-Afrika het 'n gemengde regstelsel. Die stereotiepe benadering is gebaseer op die teenstelling Engels-Afrikaans, wat gedurende die 20ste eeu die universiteite en gevolglik die paradigmas regeer het. Die doel van hierdie artikel is om die uitwerking van die *stare decisis*-leerstuk (Engelse reg) en die *curia ius novit*-reël (Europese siviele reg) op die Suid-Afrikaanse regsontwikkeling vas te stel. Vir hierdie doel is twee hofbeslissings ontleed ten aansien van hul keuse en toepassing van bronne, die eerste gegee gedurende die beginjare van die Kaapse hooggeregshof, en die ander gedurende die tagtigerjare van die 20ste eeu. Albei sake het betrekking op die bankier-kliënt-verhouding en meer spesifiek die toepaslikheid van die *exceptio doli* in hierdie konteks.

**Trefwoorde:** *Curia ius novit*; *exceptio doli*; oktrooie van justisie; presedentestelsel; resepsie

## *Abstract*

### **Reception of Roman law in South Africa: *stare decisis* and *curia ius novit***

The purpose of this article is to ascertain the effect of the *stare decisis* doctrine of English law and the *curia ius novit* rule of European civil law on the development of South African law. For this purpose two decisions are analysed with regard to their choice and application of sources, the one given during the initial years of the Cape supreme court, and the other during the eighties of the 20th century.

The Charters of Justice of 1827 and 1832 reorganised the administration of justice in the Cape colony. An independent supreme court with professional judges was created and the laws of criminal and civil procedure were reformed. Absence of the *curia ius novit* rule frustrated the aspired assimilation of colonial law to British jurisprudence. This rule instructs the judge to find and apply the law *ex officio*, but in common law the English judge limits himself to the legal arguments raised by parties. Thus reception of Roman-Dutch law depended to a large extent on the legal practitioners in the Cape. The pre-1828 advocates were all doctors of laws who had studied in the Netherlands. The Charters of Justice did not introduce the binding force of precedent, but it has been generally accepted that from the earliest days of the Cape supreme court this doctrine constituted an essential element of South African common law.

In *Brink's Trustees v South African Bank* the trustees of the insolvent Brink offered to pay the bank the amount of the secured debt in return for the transferred security. The bank refused this offer, maintaining that Brink's other, unsecured, debts to the bank had to be repaid first. Counsel for the plaintiffs argued that *Codex* 8, 26, 1 granted the bank a *jus retentionis* against Brink himself until all other debts due by him to the bank had been paid. However, this right of retention could not be exercised against his creditors after his insolvency, since the remedy to enforce the right of retention, the *exceptio doli mali*, could not be pleaded against the other creditors of the insolvent debtor. Insolvency had divested the latter of his whole estate and vested it in the general body of the creditors, represented by the trustees. Counsel relied on Roman-Dutch law, European *ius commune*, colonial law, Scottish law, Anglo-American common law, and a Chancery decision. Counsel for the defendant relied more on Dutch and continental authors and maintained that *Codex* 8, 26, 1 granted the *ius retentionis* not only against the debtor himself, but also against all persons deriving any right from him or through him, except a *secundus creditor hypothecarius*. The court gave judgment for the plaintiffs and no grounds were reported, which provides an excellent example of Denis Cowen's observation that while in form our law is largely judge-made, the work of the judge is often the work of intelligent selection, as in many instances judges simply put the stamp of the state's authority on propositions which counsels have worked out for them in advance.

In *Bank of Lisbon and South Africa v De Ornelas* the Ornelas Fishing Company paid off the overdraft and closed its account with the bank. The De Ornelas brothers demanded return of the securities provided, which the bank refused to do until the outcome of an action which the bank intended to institute against the company for damages resulting from alleged breach of contract. The court *a quo* upheld the application for the return of the furnished securities, against which judgment the bank appealed.

For the bank it was argued that the application was based on the *replicatio doli* and that the *exceptio doli* did not exist anymore in modern law, which argument was founded on a long list of precedents. The respondents maintained that the bank was attempting to use the securities for a purpose not intended by the parties when the contracts were concluded. Such an attempt to abuse a right would constitute unconscionable conduct and result in gross injustice or great inequity. Again the argument was nearly exclusively based on case law. The fact that the *Codex* text remained unmentioned may be explained by the conclusion drawn by Chorus, namely that each time a text from the *Corpus Iuris* is used by a court in a precedent system, the text in question ceases to be a source of law as it has been replaced by the decision which serves as precedent. The citation of *Brink's Trustees* can be explained only by the supposition that the 19th century fell outside the scope of counsel's concept of relevance.

The question arises whether the absence of *curia ius novit* does prohibit independent judicial research. In the 1876 decision of *Mills and Sons v Trustee of Benjamin Bros De Villiers* DJ had attended counsels to the possible application of *constitutum possessorium* and given them the opportunity of handing in authorities on this point. In the *Lisbon* case Joubert JA limited himself to the legal question as determined by the parties, but undertook a thorough investigation into the origin, development, scope and applicability of the *exceptio doli*. The court decided on the basis of primary and secondary sources that the supersession of the *formula* procedure by the *cognitio extraordinaria* was the end of the *exceptio doli* as a technical term of pleading; that as the result of the new rule *pacta sunt servanda* and new principle that all contracts were regulated by good faith, the *exceptio doli* was never part of Roman-Dutch law. Joubert JA held that all sources deviating from this decision, such as Donellus, Brunneman, Zoesius, Tuldenus, Voet, Van der Keessel, Van der Linden *et al.*

stated Roman law and not Roman-Dutch law. Finally, the court was of the opinion that the previous *dicta* of the appellate division relative to this defence were not binding.

Thus the observation that once a Roman law or Roman-Dutch law text has been accepted by a court, such text is replaced by the decision which now serves as precedent has been proven correct in the *Lisbon* case where counsel deemed it superfluous to research outside precedent and outside a certain period. Another conclusion is that absence of the *curia ius novit* rule in common law does not prevent judicial research, although in the common law tradition such research is critically received as motivated by the desire to ignore precedent. The merits of the judgment in the *Lisbon* case are not discussed, but a concluding remark is made that judicial research involving reception or rejection of Roman law is increasingly unlikely in modern South African law since the Latin requirement for a law degree has been abolished.

**Keywords:** Charters of Justice; *curia ius novit*; *exceptio doli*; precedent; reception

## 1. Inleiding

In die regsgeskiedenis-handboeke word met die resepsie die sogenaamde tweede lewe van die Romeinse reg in Wes-Europa aangedui. Hierdie proses het gedurende die laat Middeleeue begin en is deur die verskillende kodifikasies beëindig.<sup>1</sup> Suid-Afrika het op 'n indirekte wyse deelgeneem aan hierdie proses met die aankoms van Van Riebeeck in 1652.<sup>2</sup> As gevolg van die opinie van die Verenigde Oos-Indiese Kompanjie dat die reg van Holland sou geld in haar besittings,<sup>3</sup> is die regstelsel wat later as die Romeins-Hollandse reg bekend sou word, oorgeplant in die Kaap.<sup>4</sup> 'n Ander tweedehandse resepsie van Romeinse reg het plaasgevind nadat die Kaap die Goeie Hoop 'n Britse kroonkolonie geword het.<sup>5</sup> Ingevolge Engelse presedent het die besetters die bestaande materiële reg behou,<sup>6</sup> maar die proses- en bewysreg vervang. Ook die stelsel van howe het 'n drastiese metamorfose ondergaan ooreenkomstig die Engelse model. Dit het beteken dat die Hollandse reg wat as gevolg van die kodifikasie in Nederland gelding verloor het,<sup>7</sup> in die Kaapse hooggeregshof geresipieer is. Hierdie resepsie duur tot vandag toe, aangesien die Suid-Afrikaanse reg nooit gekodifiseer is nie. In hierdie artikel word twee hofbeslissings bespreek, die eerste van die vroeg-resepsie en die ander uit die laat-resepsie, in die konteks van twee kenmerke van die Engelse reg.

## 2. Vroeg-resepsie (1828–1910)

Die oktrooi van justisie van 1827 en 1834 het die regspleging in die Kaapkolonie op 'n nuwe lees geskoei. 'n Onafhanklike hooggeregshof met beroepsregters is ingestel<sup>8</sup> en hierdie regters is ingevolge die Engelse tradisie gekies uit die geledere van die senior advokate. Laasgenoemde moes hulle opleiding in die Verenigde Koninkryk voltooi het.<sup>9</sup> Dit het beteken dat Engelse, Ierse of Skotse juriste met geen opleiding in kontinentale regsgeskiedenis, die Nederlandse taal of ou-Hollandse reg nie, op die bank gesit<sup>10</sup> en voor die hof verskyn het. Die woorde van die eerste hoofregter van die Kaapkolonie, Wylde HR, in

*Letterstet v Morgan*,<sup>11</sup> met betrekking tot “musty Dutch or Roman books” en dat hy homself bevry van die knegskap van die Hollandse howe,<sup>12</sup> het niks goeds voorspel nie. Hierdie houding is egter geneutraliseer deur die nuwe siviele- en strafprosesreg ingevolge waarvan die Kaapse advokatuur ’n groter en belangriker rol gespeel het as voorheen. Die prosessuele aspek wat die beoogde “gradual assimilation of Colonial law to the more liberal and enlightened maxims of British jurisprudence” gefnuik het,<sup>13</sup> word gevind in die feit dat die stelreël *curia ius novit*<sup>14</sup> aan die Engelse reg onbekend was.

### 2.1 *Curia ius novit*

Die oorsprong van hierdie spreuk kan in *Codex 2, 10, 1*<sup>15</sup> gevind word, maar dit moet genoem word dat ander bronne ook voorgestel word.<sup>16</sup> Die spreuk beveel die hof om die reg te vind en *ex officio* toe te pas. Dit is deel van die inkwisoriese stelsel van prosedure.<sup>17</sup> Die regter is gevolglik verantwoordelik vir die regstoepassing, onafhanklik van die regsbronne wat deur die partye aangevoer is.<sup>18</sup> In die Anglo-Amerikaanse reg hou die regter hom by die argumente en bronne wat die partye voorgelê het<sup>19</sup> en is *curia ius novit* onbekend.<sup>20</sup>

Dit het beteken dat die resepsie van die Romeins-Hollandse reg, en dus ook die Romeinse reg, grotendeels deur die Kaapse advokate bepaal is. Die kwaliteit van die Kaapse regters voor 1828 was treurig, maar die Kaapse balie se standaard was veel beter. Alle advokate het doktorsgrade gehad wat in Nederland behaal is,<sup>21</sup> en hulle het die reg verkry om as advokate van die nuwe hooggeregshof toegelaat te word.<sup>22</sup> Omdat Engels die taal van die hof geword het, was nie almal suksesvol nie, maar die meeste het besige hofpraktyke gehad.<sup>23</sup>

### 2.2 *Stare decisis*

Die leerstuk van *stare decisis* het nie deel van die Romeins-Hollandse of die Romeinse reg uitgemaak nie<sup>24</sup> en die oktrooie van justisie of ander wetgewing het nooit uitdruklik die bindende krag van presedente ingevoer nie.<sup>25</sup> Daar word egter algemeen aanvaar dat hierdie leerstuk vanaf die prillste begin van die Kaapse hooggeregshof ’n noodsaaklike element van die Suid-Afrikaanse gemenerereg gevorm het.

Dit moet benadruk word dat die rapportering van hofuitsprake gewoonlik as ’n vereiste vir die presedentestelsel gesien word. Maar Menzies se hofverslae, wat die beslissings vanaf 1828 tot 1849 bevat, is eers in 1870 gepubliseer.<sup>26</sup> Die oorspronklike Menzies-handskrifte was egter beskikbaar in die Kaapse regsgring en is deur die hof as gesaghebbend aanvaar.<sup>27</sup>

Dit bring ons by die beslissing in *Brink’s Trustees v South African Bank*.<sup>28</sup>

### 2.3 *Brink’s Trustees v South African Bank*

Die feite van hierdie 1847-saak is klassiek. Brink het 600 pond van die bank geleen en het as sekerheid vir hierdie skuld ’n hipoteek van 1 000 pond in sy guns in pand gegee. Vervolgens het hy bankrot gespeel en sy kurators het aangebied om aan die bank 600 pond plus rente te betaal vir die teruggawe van die hipoteek. Die bank het geweier om die aanbod te aanvaar en

het beweer dat Brink se ander, onversekerde, skulde, aangegaan voor en na die versekerde skuld, ook betaal moet word voordat die hipoteek teruggegee kan word. Die bank het aangevoer dat hy die reg het om die balans van genoemde hipoteek terug te hou en om die ander onversekerde skulde en die rente daarop uit hierdie balans te delg. Brink het ontken dat hy en die bank enigsins ooreengekom het dat die verpande hipoteek ook die betaling van enige ander skuld sou verseker.<sup>29</sup>

Die Ierse advokaat William Porter, wat as prokureur-generaal die reg gehad het om privaat te praktiseer,<sup>30</sup> het vir die eisers aangevoer dat *Codex* 8, 26, 1, 2<sup>31</sup> aan die bank 'n *ius retentionis* verskaf het teen Brink self. Ingevolge hiervan was die bank geregtig om die pand te behou totdat die debiteur nie slegs die versekerde skuld betaal het nie, maar ook alle ander skulde aan die bank. Hierdie retensiereg kan egter nie uitgeoefen word teen Brink se krediteure na sy insolvensie nie. Dié onderskeid word verklaar deur die regsmiddel wat beskikbaar is om die retensiereg te realiseer, naamlik die *exceptio doli mali*. Hierdie verweer sal met sukses opgewerp kan word teen die debiteur se aksie vir teruggawe van die pand wanneer hy slegs die versekerde skuld betaal het en weier om sy ander skulde aan die betrokke krediteur te betaal. Maar hierdie verweer kan nie teen die ander krediteure van die insolvente debiteur opgewerp word wanneer hulle eis dat die pand teruggegee moet word nie, aangesien insolvensie die bankrot debiteur van sy bates ontnem het en dit in die krediteure wat deur die kurator verteenwoordig word, gevestig het.<sup>32</sup>

Die Ierse advokaat het 'n goeie oorsig van Romeins-Hollandse reg,<sup>33</sup> Europese *ius commune*,<sup>34</sup> koloniale reg,<sup>35</sup> Skotse reg,<sup>36</sup> asook Anglo-Amerikaanse reg<sup>37</sup> as gesag aangevoer, terwyl een uitspraak van die *court of chancery*<sup>38</sup> as presedent aangehaal is.

Brand<sup>39</sup> en Watermeyer het vir die verweerder verskyn en het meer op Hollandse<sup>40</sup> en kontinentale skrywers,<sup>41</sup> koloniale reg<sup>42</sup> en Amerikaanse<sup>43</sup> gesag gesteun. Op basis van hierdie gesag het hulle geargumenteer dat *Codex* 8, 26, 1, 2 die *ius retentionis* aan die krediteur verleen nie slegs teen die debiteur self nie, maar ook teen enige persoon wat enige reg van hom of deur hom verkry het.<sup>44</sup> Hierdie retensiereg sou uitgeoefen kon word teen alle persoonlike krediteure van die debiteur, behalwe die *secundus creditor hypothecarius*, 'n later krediteur ten behoeve van wie 'n tweede hipoteek oor die verpande saak gevestig was.<sup>45</sup>

Menzies rapporteer die beslissing summier en noem slegs dat die hof op grond van die redes wat deur die eisers aangevoer is, uitspraak (met koste) in hulle guns beslis het.<sup>46</sup>

Hierdie lakonieke konstatering is 'n goeie voorbeeld van 'n belangrike aspek van ons reg wat uitgelig is deur Cowen waar hy opmerk dat ons reg formeel deur regters gemaak word, maar dat die regters in werklikheid net die stempel van die staat se gesag plaas op voorstelle wat klaar vir hulle uitgewerk is. Hul regskeppende taak is dikwels net intelligente keuse.<sup>47</sup>

### 3. Laat-resepsie (1948–)

### 3.1 *Bank of Lisbon and South Africa v De Ornelas*<sup>48</sup>

Gedurende 1981 het die Ornelas-vismaatskappy 'n oortrokke-rekening-fasiliteit van die Bank of Lisbon verkry. Die bank het die fasiliteit verseker deur middel van aktes van borgstelling, hipoteke en 'n verhandelbare sertifikaat van deposito. Gedurende 1984 het die bank geweier om die fasiliteit te verhoog en die maatskappy het die oortrokke rekening afbetaal en die rekening by die bank gesluit. Die Ornelas-broers het teruggawe van die verhandelbare sertifikaat van deposito en kansellasie van die aktes van borgstelling en die hipoteke verlang. Die bank het egter geweier en het aangevoer dat hy die sekuriteite wat verskaf is om die oortrokke fasiliteit te verseker, sal behou totdat daar beslis is oor 'n aksie wat die bank beoog om in te stel teen die maatskappy vir skadevergoeding ingevolge beweerde kontraksbreuk. Die broers het by die provinsiale afdeling in die Kaap aansoek gedoen om 'n hofbevel vir teruggawe van die sekuriteit wat hulle verskaf het. Die bank het die aansoek teengestaan op grond daarvan dat hy kontraktueel die reg het om die betrokke sekuriteit te behou totdat die maatskappy sy totale skulde aan die bank gedelg het. De Ornelas het in replikasie aangevoer dat die bank se optrede op *dolus generalis* neerkom. Die hof *a quo* het die aansoek toegestaan en die bank het appèl aangeteken.<sup>49</sup>

Chaskalson<sup>50</sup> het vir die bank aangevoer dat die aansoek van De Ornelas op die *replicatio doli* gebaseer was en dat die *exceptio doli* nie meer in die moderne reg bestaan nie. Hy het beweer dat selfs indien dit sou bestaan, dit nie op aktes van borgstelling en hipoteke van toepassing sou wees nie, omdat hulle ingevolge wetgewing op skrif moet wees. Hy argumenteer dat selfs indien die *exceptio doli* nog sou bestaan, die feite van hierdie saak buite die grense, kader en omvang van sy toepassing sou val.<sup>51</sup> As gesag vir hierdie stellings is die opinies van vier skrywers<sup>52</sup> en 'n lang lys van gewysdes aangevoer.<sup>53</sup>

Vir die respondente het Aaron<sup>54</sup> betoog dat die bank probeer het om die sekerheid wat verskaf is, te gebruik vir 'n oogmerk wat nie voorsien was deur die partye ten tyde van kontraksluiting nie. Sodanige poging om 'n reg te misbruik, sou ongeoorloofde gedrag wees en growwe onregverdigheid of groot onbillikheid tot gevolg hê.<sup>55</sup> Die advokaat het ook aandag gegee aan die feit dat die *exceptio* 'n verweer is. Hy het egter geredeneer dat daar geen rede is waarom hierdie regs middel nie ook vir 'n eiser beskikbaar sou wees nie, aangesien die beginsel dieselfde is.<sup>56</sup> Aaron het op meer skrywers staat gemaak<sup>57</sup> en het verskeie beslissings toegevoeg tot die lang lys waarna deur die appellans verwys is.<sup>58</sup>

Die feit dat daar hoegenaamd nie na *Codex* 8, 26, 1, 2 of die *Brink*-saak verwys is nie, verdien vermelding. Die afwesigheid van die *Codex*-teks word verklaar deur 'n gevolgtrekking waartoe Chorus eerder gekom het, naamlik dat elke keer wat 'n teks uit die *Corpus Iuris Civilis* deur 'n hof gebruik word in 'n regstelsel wat die presedentestelsel volg, die betrokke teks ophou om 'n regsbron te wees aangesien dit vervang word deur die uitspraak wat dan as presedent geld.<sup>59</sup> Dit spreek vanself dat dieselfde argument ook ten aansien van die Romeins-Hollandse tekste geld. Die nievermelding van *Brink's Trustees* is moeiliker te verduidelik. Die oudste beslissing waarop die Chaskalson-span staatgemaak het, dateer uit 1947<sup>60</sup> en alhoewel Aaron tot so ver as 1904<sup>61</sup> teruggesoeek het, is dit duidelik dat die 19de eeu buite sy konsep van relevansie geval het.



### 3.2 *Curia ius novit*

Daar is reeds genoem dat die spreuk *curia ius novit* nie in “gemene reg”-jurisdiksies van toepassing is nie. Beteken dit nou dat onafhanklike navorsing van die reg deur die hof verbied is?

In 1876 vestig hoofregter De Villiers<sup>62</sup> in *Mills and Sons v Trustee of Benjamin Bros*<sup>63</sup> die advokate se aandag op die moontlikheid van *constitutum possessorium*<sup>64</sup> en bied hulle die geleentheid om gesag ten aansien van hierdie punt in te dien.<sup>65</sup> Meer as 100 jaar later beperk appèlregter Joubert<sup>66</sup> hom tot die regs-kwessie soos deur die partye geformuleer, naamlik die toepaslikheid van die *exceptio doli generalis* op skriftelike kontrakte in die moderne Suid-Afrikaanse reg.<sup>67</sup> Vir die antwoord op hierdie vraag onderneem die regter egter ’n uitgebreide ondersoek na die oorsprong, ontwikkeling, omvang en toepassing van hierdie verweer. Regter Joubert beslis op grond van ’n eklektiese mengsel van primêre<sup>68</sup> en sekondêre bronne<sup>69</sup> dat die feit dat die *cognitio extraordinaria* die prosedure *per formulam* vervang het,<sup>70</sup> die einde van die *exceptio doli* as ’n tegniese term van pleit beteken het;<sup>71</sup> en dat as gevolg van die nuwe reël *pacta sunt servanda*<sup>72</sup> en die nuwe beginsel dat alle kontrakte deur goeie trou beheer word,<sup>73</sup> die *exceptio doli* nooit deel van die Romeins-Hollandse reg was nie.<sup>74</sup> Hy het bevind dat alle bronne wat van hierdie beslissing afwyk, soos Donellus, Brunneman, Zoesius, Tuldenus, Voet, Van der Keessel en Van der Linden, Romeinse reg en nie Romeins-Hollandse reg nie, weergee.<sup>75</sup> Ten slotte beslis die hof dat vorige *dicta* van die appèlafdeling met betrekking tot hierdie verweer geen bindende krag het nie.<sup>76</sup> Regter Joubert kom tot die gevolgtrekking dat die tyd ryp was om eens en vir altyd die *exceptio doli generalis* as ’n oorbodige, oorlede anakronisme te begrawe: “*Requiescat in pace.*”<sup>77</sup>

### 4. Gevolgtrekking

Dit is ironies dat dieselfde oorwegings *mutatis mutandis* met betrekking tot die resepsie van die Romeinse reg klaarblyklik algemeen geword het. Soos deur Chorus opgemerk, is ’n teks van die *Corpus Iuris Civilis* wanneer dit eers deur ’n hof toegepas is, vervang deur die uitspraak wat dan as presedent geld. Gevolglik het die advokate in die *Lisbon*-saak dit glad nie nodig geag om buite die kring van gewysdes navorsing te doen nie en het hulle hul soektog tot ’n sekere tydperk beperk. Hierdie artikel het die resepsie van die Romeinse reg - deur middel van die Romeins-Hollandse reg - ondersoek binne die kader van *stare decisis* en *curia ius novit*. ’n Ander gevolgtrekking waartoe gekom kan word, is dat die gebrek aan laasgenoemde in die gemene reg nie navorsing deur die hof verbied nie. Onafhanklike navorsing deur ’n regter word egter in die gemene reg-tradisie vinnig met lord Denning geassosieer en krities ontvang as sou dit gemotiveer wees deur die begeerte om presedente te ignoreer.<sup>78</sup>

Die meriete van die *Lisbon*-saak word nie hier bespreek nie, en vir doeleindes van hierdie artikel kan volstaan word met die gevolgtrekking dat navorsing deur ’n hof wat die resepsie of verwerping van Romeinse reg tot onderwerp het, toenemend onwaarskynlik in die

moderne Suid-Afrikaanse reg word; veral omdat Latyn as 'n vereiste vir 'n regsgraad afgeskaf is en die akademie van ganser harte die konsep van die universiteit as 'n besigheid omhels het. Dus, presedent regeer en die howe weet dit is reg.

## Bibliografie

- Botha, C.G. 1923. The early influence of the English law upon the Roman-Dutch law in South Africa. *South African Law Journal*,40:396–406.
- Brooker, D. 2005. Va Savoir! – The adage “jura novit curia” in contemporary France. (9 Augustus 2012 geraadpleeg).
- Cavise, L.L. 2006. The transition from the inquisitorial to the accusatorial system of trial procedure: Why some Latin American lawyers hesitate, *Bepress Legal Series*, Paper 1552:1–51. (6 Mei 2012 geraadpleeg).
- Chorus, J.M.J. 1974. Romeins recht op de Zuidpool en elders. In Spruit (red.) 1974.
- Clark, C.E. 1925. History, systems and functions of pleading. *Virginia Law Review*, 11:517–52.
- Cowen, D.V. en D.P. Visser (reds.). 2004. *The University of Cape Town Law Faculty: A history 1859-2004*. Kaapstad: SiberInk.
- Cowen, D.V. 2004. Early years of aspiration. In Cowen en Visser (reds.) 2004.
- Crommelin, R.W.J. 2012. Ius curia novit? (25 Mei 2012 geraadpleeg).
- De Vos, W. 1992. *Regsgeskiedenis*. Kenwyn: Juta.
- De Wet, J.C. 1988. *Die ou skrywers in perspektief*. Durban: Butterworths.
- Dernburg, H. 1902. *Pandekten*. Berlyn: Müller Verlag.
- Dolezalek, G. 1989. “Stare decisis”: *Persuasive force of precedent and old authority (12th–20th century)*. Kaapstad: Universiteit van Kaapstad, nuwe reeks, nr. 156.
- Erasmus, H.J. 1996. The interaction of substantive law and procedure. In Zimmermann en Visser (reds.) 1996.
- Farlam, I.G. 1988. The origin of the Cape bar. *Consultus* 1(1):36–40.
- Girvin, S.D. 1996. The architects of the mixed legal system. In Zimmermann en Visser (reds.) 1996.



Hahlo, H.R. en E. Kahn. 1973. *The South African legal system and its background*. Kaapstad: Juta.

Hazard Jr., G.C. en A. Dondi. 2006. Responsibilities of judges and advocates in civil and common law: Some lingering misconceptions concerning civil lawsuits. *Cornell International Law Journal*, 59:59–70. Faculty Scholarship Series, Paper 2329; (6 Mei 2012 geraadpleeg).

Hesselberger, D. 1970. *Die Lehre vom Streitgegenstand, Geschichtliche Entwicklung und gegenwertiger Stand*. Keulen-Berlyn-Bonn-München: Erlanger Juristische Abhandlungen.

Kaser, M. 1971. *Das römische Privatrecht I*. München: C.H. Beck.

Liebs, D. 1986. *Lateinische Rechtsregeln und Rechts-Sprichwörter*. 4de uitgawe. München: C.H. Beck.

Lokin, J.H.A. en W.J. Zwolve. 2001. *Hoofdstukken uit de Europese codificatie-geschiedenis*. Deventer: Kluwer.

Mann, F.A. 1977. Fusion of the legal professions. *Law Quarterly Review*, 93:367–77.

Meier, I. 1975. *Iura novit curia*. Zurich: Schulthesis.

Mommsen, Th. 1893. *Abriss des römischen Staatsrechts*. Leipzig: Duncker & Humblot.

Müller, O. 1955. Jura novit curia. *Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, 91(2):41–58.

Oberhammer, P. en T. Domej. 2005. Powers of the judge. Germany, Switzerland and Austria. In Van Rhee (red.) 2005.

Puchta, G.F. 1862. *Vorlesungen über das heutigen römischen Recht*. 5de uitgawe. Leipzig: B. Tachnitz.

Spiller, P. 1986. *A History of the District and Supreme Courts of Natal 1846-1910*. Durban: Butterworths.

Spruit, J.E. (red.). 1974. *Coniectanea neerlandica iuris romani. Inleidende opstellen over Romeins recht*. Zwolle: Tjeenk Willink.

Thomas, P.J. 2006. Did the supreme court of the Cape of Good Hope have equity jurisdiction? *Fundamina: A Journal of Legal History*, 12 (1):251–70.

Thomas, P.J. 1991. The legitimacy of received Roman law. *South African Law Journal*, 108 (2):325–9.

Van den Berg, A.J. (red.). 2011. *Arbitration advocacy in changing times*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.

- Van der Westhuizen, J.V., P.J. Thomas, S. Scott, D. van der Merwe, J.Th. de Smit, R. Feenstra. 1984. *Huldigingsbundel Paul van Warmelo*. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.
- Van Rhee, C.H. (red.). 2005. *European traditions in civil procedure*. Antwerpen-Oxford: Intersentia.
- Van Zyl, D.H. 1979. *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg*. Durban: Butterworth.
- Visagie, G.G. 1969. *Regspleging en reg aan die Kaap van 1652 tot 1806: Met 'n bespreking van die historiese agtergrond*. Kaapstad: Juta.
- Visagie, G.G. e.a. 1989. *Die Kaapse regspraak-projek: Die raad van justisie, hofstukke en uitsprake wat betrekking het op siviele sake 1806-1827*. Kaapstad.
- . 1992. *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*. Kaapstad.
- Voet, J. 1698–1704 (1731). *Commentarius ad pandectas*. Hagae-Comitum: Petrus de Hondt.
- Von Wobeser, C. 2011. The effective use of legal sources: how much is too much and what is the role for iura novit curia? In Van den Berg (red.) 2011.
- Watson, A. 1991. *Roman law and comparative law*. Athens: University of Georgia Press.
- Zimmermann, R. 1984. Die Rechtsprechung des Supreme Court of the Cape of Good Hope am Ende der sechziger Jahre des 19. Jahrhunderts. In Van der Westhuizen e.a. (reds.) 1984.
- Zimmermann, R. en D. Visser (reds.). 1996. *Southern Cross civil law and common law in South Africa*. Kaapstad: Juta.

## Eindnotas

<sup>1</sup> Van Zyl (1979:205, 209–17, 230–7, 265–6, 266–8, 271–4, 276–7, 284–7, 303–16); Watson (1991:90–3); Thomas (1991:325–9).

<sup>2</sup> De Wet (1988:1–29); *contra* Chorus (1974:141-2): “Buiten Europa tenslotte is de verspreiding van het Corpus Iuris als geldend recht in alle gevallen terug te voeren op kolonisatie; receptie mag men dit eigenlijk niet noemen.”

<sup>3</sup> Brief van 4 Maart 1621 aan J.P. Coen: “Rechten ende wetten sal U E aldaer doen observeren, die hier in Hollandt geobserveert warden.” Vir die amusante konteks vir hierdie belangrike “inisiatief” en literatuur in dié verband, sien De Wet (1988:4–9); De Vos (1992:229–32).

<sup>4</sup> Van Riebeeck het besluit dat hierdie buitepos onder Batavia sou ressorteer. Vir die periode 1652 tot 1795 raadpleeg Visagie (1969; 1989; 1992).

<sup>5</sup> Ingevolge die Konvensie van Londen van 13 Augustus 1814. Thomas (2006:252); Hahlo en Kahn (1973:569–70).

<sup>6</sup> *Campbell v Hall* 1774 1 Cowp 209, 98 ER 1047; Cowen (2004:2). Cowen (2004:2, vn. 5) verwys ook na *Ruding v Smith* 2 Haggard Consistory 371, 382, 161 ER 774; *Denysen v Mostert* 1872 LR 4 PC 236. Daar word ook geargumenteer dat art. 7 van die Vrede van Rustenburg (ook bekend as die kapitulasievoorwaardes) van 1795 asook art. 8 van die kapitulasievoorwaardes van 1806, behoud van die regstelsel gewaarborg het. De Vos (1992:237, 243–4).

<sup>7</sup> Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland. Hierdie wetboek het op 1 Mei 1809 in werking getree. Besluit, vaststellende de Pointen welke bij de dadelijke invoering van het Wetboek Napoleon zullen worden nagekomen. Art. 3: “Bij de invoering van dit Wetboek zullen zijn afgeschaft het Roomsche Regt, mitsgaders alle Wetten en Ordonnantiën.” Inkorporasie van die Koninkryk Holland in Frankryk het die invoering van die Code Civil in 1811 tot gevolg gehad; lg. kodifikasie is in 1838 deur die Nederlandse Burgerlijk Wetboek vervang. Lokin en Zwolve (2001:297–306).

<sup>8</sup> Farlam (1988:36).

<sup>9</sup> Art. 19 van die 1827 Oktrooi van Justisie en art. 17 van die 1832-Oktrooi het bepaal dat die nuwe advokate reeds as advokate in Engeland of Ierland of Skotland toegelaat moet gewees het, of ’n doktorsgraad in die regte by Oxford, Cambridge of Dublin moet behaal het. Die Education Act 4 van 1858 het ’n raad van openbare eksaminators gestig en art. 16 het aan hierdie raad die bevoegdheid verleen om vir ’n hoër sertifikaat in die reg en jurisprudence te eksamineer. Gedurende dieselfde jaar het art. 12 van Wet 12 voorsiening gemaak vir die toelating as advokaat van die hooggeregshof van persone wat hierdie sertifikaat behaal het.

<sup>10</sup> Sir John Wylde HR, Menzies, Burton en Kekewich RR. Daar moet egter vermeld word dat William Menzies in Skotland opgelei was en dat sir William Burton Nederlands geleer het en ses maande in Holland gestudeer het. Sy *Observations on the Insolvent Law of the Colony of the Cape of Good Hope* (Kaapstad, 1829) vertoon duidelike tekens van kennis van die Romeins-Hollandse reg. Cowen (2004:7, vn. 28). Sien ook [adb.anu.edu/biography/burton-sir-william-westbrooke-1857](http://adb.anu.edu/biography/burton-sir-william-westbrooke-1857) (22-6-2012 geraadpleeg).

<sup>11</sup> 1849 5 Searle 373.

<sup>12</sup> Wylde HR 381: “Quote what Dutch or Roman books you please - musty or otherwise - and they must be musty if they lay down such doctrines. I belong to a higher court than they refer to - a court not to be broken up or paralysed by their authority, much less by the maxim of philosophers dozing over the midnight lamp in their solitary chambers. My Queen has sent me here to administer justice under the Royal Charter ... When you speak of the Institutions of Holland, and of binding myself down by the practice of the Dutch courts - I absolve myself of that bondage, I look to my Charter, to my oath and to my duty.” Girvin (1996:97).

<sup>13</sup> Botha (1923:399, vn. 17). Cowen (2004:5).

<sup>14</sup> Liebs (1986:103); Müller (1975:41–58); Meier (1975); Hesselberger (1970).

<sup>15</sup> Imp. Diocletianus et Maximianus AA ad Honoratum. “Non dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt minus fuerit dictum, id supplere et proferre, quod sciat legibus et iure publico convenire” (a. 290). Voet (1731:V, 1, 49): “Quod si a partibus eorumve patronis praetermissa fuerint quae juris sunt, recte ea iudex suppleverit; utpote quae apud iudicem allegari solita, tamen & non allegata oportet ei nota esse; sic ut & iurium certorum, ut non allegatorum, rationem habere in iudicando teneatur.”

<sup>16</sup> Müller (1975:41–2) verwys na Puchta se *Vorlesungen* I, 169, waar die outeur die beginsel in die *glossa* meen te vind. Müller is verkeerdelik van mening dat Dernburg in sy *Pandekten* die voorskrif reeds in C. 8, 52, 1 aantref. Dernburg (1902:55, vn. 12). Müller doen ook aan die hand dat Mommsen se *Abriss des römischen Staatsrechts* 243 die praetoriese edik as die oorsprong van die beginsel gesien het, maar dit is moeilik om sy verwysing na Mommsen as sodanig te interpreteer. Alhoewel ’n kanoniekregtelike oorsprong nie voorgestel is nie, sou navorsing in hierdie rigting wenslik wees.

<sup>17</sup> Sien bv. art. 25 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Nederland); art. 1 Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Switzerland); §293 Zivilprozessordnung (Duitsland).

<sup>18</sup> Meier (1975:1); Crommelin (2012:61–2); sien ook Brooker (2005:7–49) wat sewe definisies van die spreuk ontleed om die verskeidenheid aan te toon. Erasmus (1996:148): “The forms of procedure devised under the First and Second Charters of Justice of 1828 and 1834 display the fundamental features characteristic of proceedings at common law: the adversary character of the system, the predominant role of the parties in the conduct of the litigation, and the orality, immediacy, and publicity of its proceedings.”

<sup>19</sup> Cowen (2004:7).

<sup>20</sup> Zimmermann (1984:306): “[E]in System, das mit englischer Gerichtsverfassung und englischem Prozessrecht auch ‘judicial unpreparedness’ anstelle des ‘iura novit curia’ übernommen hatte”; Mann (1977:369); Brooker (2005:33–5) bespreek Lord Denning se radikale afwyking van die gemeenregtelike tradisie om op die argumente van partye staat te maak; sien ook Clark (1925:517–52). Die neiging in die moderne regs wetenskap is om die konvergensie van die twee regs families te benadruk en om die sg. fundamentele verskille toe te skryf aan verkeerde interpretasies. Hazard en Dondi (2006:59–70); Cavise (2006:1–51); Von Wobeser (2011:201). Afgesien van lg. maak geen van die ander outeurs melding van die regspreuk nie, wat by implikasie beteken dat in die gemeenregtelike regstradisie die rol *curia ius novit* slegs in internasionale (arbitrasie-) reg ter sprake kom.

<sup>21</sup> Farlam (1988:36). Cloete het in Leiden, Utrecht en Groningen gestudeer en was lid van die Engelse balie. Sir Christoffel Brand was ook lid van die Engelse balie en het in Leiden gestudeer. De Wet, Hofmeyr, Joubert en Neethling het almal in Leiden gestudeer. Cowen (2004:3–4) haal as gesag aan William Bird, *State of the Cape of Good Hope in 1822* (1823), 11.

<sup>22</sup> Tien advokate van die ou hof is gedurende 1828 toegelaat: O.M. Bergh, C.J. Brand, H. Cloete, D. Denysen, A. Faure, J.H. Hofmeyr, J. Joubert, J.H. Neethling, H.R. Ryneveld, J. de Wet. Farlam (1988:37).

<sup>23</sup> Farlam (1988:38) noem Joubert, Cloete en Brand as die suksesvolste advokate, maar vermeld dat Anthony Oliphant (die prokureur-generaal), Denyssen en De Wet ook veel hofwerk gedoen het.

<sup>24</sup> Dolezalek (1989:13–5).

<sup>25</sup> Hahlo en Kahn (1973:213–301).

<sup>26</sup> Zimmermann (1984:287): “Am Anfang stehen die Menzies’ Reports, die aus den nachgelassenen Manuskripten von Justice W Menzies zwanzig Jahre nach dessen Tod im Jahre 1870 von James Buchanan herausgegeben wurden.”

<sup>27</sup> Byvoorbeeld Cloete het in *Meyer v Low* (Menzies Vol. II, Part I, 12-16) op die beslissing in *Kotze v Meyer* (7 Sep. 1830) gesteun. Die hof was van mening dat die beginsel van die beslissing in *Kotze v Meyer* deeglik was. Girvin (1996:98).

<sup>28</sup> Menzies, Vol.II, Part III (399–403). Die Kaapstad-uitgawe van 1882 deur Juta is geraadpleeg.

<sup>29</sup> Menzies (399–401).

<sup>30</sup> Farlam (1988:38).

<sup>31</sup> C. VIII, 26(27), 1. Imp. Gordianus A. Festo. 2. “Ac si in possessione fueris constitutus, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur vel offeratur, quae sine pignore debetur eam restituere propter exceptionem doli mali non cogaris. Iure enim contendis debitores eam solam pecuniam, cuius nomine pignora obligaverunt, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa satisfecerint, quam mutuam simpliciter acceperint. 3. Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur chirographarium etiam debitum priori creditori offerre.” (a. 239). Vertaling Fred. H. Blume: “And if you were put in possession, you are not compelled to give it up on the plea of fraud, unless also the money due you without security is repaid or offered to you. For you rightly contend that debtors who only return the money for which the pledge was given ought not to be heard unless they also pay the money received on a simple loan.” Sien ook Kaser (1971:538, 538, vn. 17).

<sup>32</sup> 401–2.

<sup>33</sup> Van der Keessel *Theses selectae* 435, 450; Van Leeuwen *Censura forensis* IV, 87, §§ 1, 2; Voet *Commentarius ad pandectas* 13, 6, 10; 16, 2, 15; 20, 6, 16; 41, 1, 42; Grotius *Inleidinge tot de Hollandsche regsgeleertheit* 3, 19, 16.

<sup>34</sup> Carpzovius *Jurisprudentia forensis* C. 40, def. 3; Cujacius *Notae solennes in codicem Justiniani* VIII, 27; Faber *Codex Fabrianus* VIII, 16, 4.

<sup>35</sup> Burton, W.W. 1829. *Observations on the insolvent law of the Colony of the Cape of Good Hope; with an appendix of forms*. Kaapstad (uitgewer onbekend).

<sup>36</sup> Stair, Viscount of, 1681. *The institutions of the law of Scotland*. Edinburgh (uitgewer onbekend) III, 4, 23; Bell, G.J. 1810. *Commentaries on the law of Scotland and on the principles of mercantile jurisprudence*. Edinburgh (uitgewer onbekend) I, 684, II, 22.

<sup>37</sup> Story, J. 1840. *Commentaries on the law of bailments*. Boston (uitgewer onbekend) 305; Henley, R. 1825. *A practical treatise on the bankrupt law*. Londen (uitgewer onbekend) 294 - dit kan ook wees Henley, R. 1832. *A digest of the bankrupt law*. Londen (uitgewer onbekend) 294; *Cooke on mortgages* 491 is vermoedelik Cooke, W. 1834. *The bankrupt laws*. 2 vols. 8ste uitgawe. Londen (uitgewer onbekend) 491; Smith, J.W. 1834. *A compendium of mercantile law*. Londen 461; Kent, J. 1826–30. *Commentaries on American law*. 4 vols. New York (uitgewer onbekend) II, 584.

<sup>38</sup> *Adams v Claxton*, Rolls 1801. *Reports of cases decided in the high court of chancery* by Frances Vesey jun. 226.

<sup>39</sup> Sir Christoffel Brand.

<sup>40</sup> *D.* 20, 4, 20; Grotius *Inleidinge* 2, 48; Van Leeuwen *Censura forensis* 4, 10, 37; Voet 13, 7, 6; 16, 2, 20; 42, 7, 5; 20, 4, 37; Kersteman *Hollandsch rechtsgeleert woordenboek* 245; Van den Berg, *Nederlands advysboek* I, 36; Van der Linden *Institutes* 178 (*Rechtsgeleerd practicaal en koopmanshandboek* (Amsterdam, 1806) was in Engels vertaal deur Henry Jabez en gepubliseer as *Institutes* (Londen, 1828)).

<sup>41</sup> Faber 8, 16, 2; Carpzovius II, 25, def. 25; Van den Sande *Decisiones* III, 10, dec. 7; Christinaeus *Decisiones* vol. 4, no. 169; Perezus *Praelectiones in XII libros codicis Justiniani* VIII, 27; Brunnean *Commentarius in duodecim libros codicis Justiniani* VIII, 27; Huber *Praelectiones* XX, 100; Leyser *Meditationes ad pandectas* vols. 3, 4, §§ 175, 231; vol. 7, ble. 515, 560); Pothier *On pledges* 2, 47 (Pothier se *Oeuvres contenant les traités du droit Francais* (Paris, 1768-78) is in Engels vertaal deur W.D. Evans *The law of obligations* (Philadelphia, 1802); Code Napoleon, art. 2,082; Muhlenbruch *Doctrina pandectarum* II, 208; Mackeldey *Compendium of modern civil law* I, 384.

<sup>42</sup> Burge, W. 1838. *Commentaries on colonial and foreign laws*. Londen (uitgewer onbekend) III, 286, 585.

<sup>43</sup> Kent, *Commentaries* IV, 176; Story, *Equity jurisprudence* II, 248, § 1,010; 270, § 1,034-5.

<sup>44</sup> 402.

<sup>45</sup> *Ibid.*

<sup>46</sup> 403.

<sup>47</sup> Cowen (2004:7).

<sup>48</sup> 1988 3 SA 580 (A).

<sup>49</sup> 607E–608F.

<sup>50</sup> Bygestaan deur E.M. Wentzel. Die hoofargumente was opgestel deur Wentzel en V. Fevrier en die aanvullende argumente deur A. Chaskalson en R. Nugent. *Bank of Lisbon v De Ornelas* 582.

<sup>51</sup> 582C–E.



<sup>52</sup> Sohm, R. 1892. *Institutes of Roman law* (vertaal deur J.C. Ledlie) Oxford: Clarendon Press; De Wet, J.C. 1939. *Estoppel by representation in die Suid-Afrikaanse reg*. Leiden: Sijthoff:83–9; Aronstam, P. 1979. Unconscionable contracts: The South African solution? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 42:41–2; Botha, A.D. 1980. Die *exceptio doli generalis*, rektifikasie en estoppel. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 43(4):263, 263 vn. 84, 264.

<sup>53</sup> *Zuurbekom Ltd v Union Corporation Ltd* 1947 1 SA 514 (A); *Senekal v Home Sites (Pty) Ltd* 1950 1 SA 139 (W); *North Vaal Mineral Co Ltd v Lovasz* 1961 3 SA 604 (T); *Von Ziegler v Superior Furniture Manufacturers (Pty) Ltd* 1962 3 SA 399 (T); *Hauptfleish v Caledon District Council* 1963 4 SA 53 (K); *Otto v Heymans* 1971 4 SA 148 (T); *OK Bazaars (1929) Ltd v Universal Stores Ltd* 1973 2 SA 281 (K); *Rashid v Durban City Council* 1975 3 SA 920 (D); *Paddock Motors (Pty) Ltd v Igesund* 1976 3 SA 16 (A); *Aris Enterprises (Finance) (Pty) Ltd v Waterberg Koelkamers (Pty) Ltd* 1977 2 SA 436 (T); 1977 2 SA 425 (A); *Novick v Comair Holdings Ltd* 1979 2 SA 116 (W); *Rand Bank Ltd v Rubenstein* 1981 2 SA 207 (W); *Neuhoff v New York Timbers* 1981 4 SA 666 (T); *Edwards v TuckersLand & Development Corporation (Pty) Ltd* 1983 1 SA 617 (W).

<sup>54</sup> Met hom R.S. van der Riet. Die hoofde van argumente is opgestel deur M.W. Odes SC en R.S. van der Riet. *Bank of Lisbon v De Ornelas* 588.

<sup>55</sup> 588E.

<sup>56</sup> 589G.

<sup>57</sup> Aronstam (1979:28–32, 39); Buckland, W.W. 1963. *A textbook of Roman law*. Cambridge: University Press: 654; Goudsmit, J.E. *Pandecten sisteem*. Leiden: Hazenberg: 95; Kaser, M. 1965. *Roman private law* (Dannenbring se vertaling): 33, IV, 4, 143–4; 33, III, 2, 155; Sohm (1892, par. 53, 275–81); Voet (Gane se vertaling: 44, 4, 1, 2).

<sup>58</sup> *Viljoen v Hillier* 1904 TS 312; *Waterval Gold Mining Co v New Bullion Gold Mining Co* 1905 TS 717; *Farrar v Geldenhuys Gold Mining Co* 1908 TH 16; *Weinerlein v Goch Buildings Ltd* 1925 AD 282; *Sampson v Union & Rhodesia Wholesale Ltd (in Liquidation)* 1929 AD 468; *Schwarzer v John Roderick's Motors (Pty) Ltd* 1940 OPD 170; *Senekal v Home Sites* 1950 1 SA 139 (W); *Zuurbekom*; *Van der Walt v Minnaar* 1954 3 SA 932; *Sette v DH Saker (Pty) Ltd* 1957 2 SA 87 (W); *North Vaal*; *Hauptfleish*; *Otto*; *OK Bazaars*; *Rashid*; *Quadrangle Investments Ltd v Witind Holdings Ltd* 1975 1 SA 572 (A); *Rashid*; *Paddock*; *Aris*; *Novick*; *Edwards*; *Neuhoff*; *Sunday v Surrey Estate Meat Market* 1983 2 SA 521 (K); *Dithaba Platinum v Erconovaal Ltd* 1985 4 SA 615 (T).

<sup>59</sup> 147: “Fataal voor de toepassing van het Corpus Iuris is vooral het Engelse rechtsbeginsel van *stare decisis*, dat in alle Britse gebieden ingang heeft gevonden: een rechterlijke uitspraak heeft bindende kracht voor altijd. Is er een *precedent in point*, dan moet dit worden toegepast, en niet meer de teksten waarop de precederende rechter zijn beslissing heeft gebaseerd. Met het merkwaardige gevolg dat iedere toepassing door de rechter van een tekst uit het Corpus Iuris de dag naderbij brengt, dat het Corpus Iuris niet meer wordt toegepast.”

<sup>60</sup> *Zuurbekom v Union Corporation* 1947 1 SA 514 (A).

<sup>61</sup> *Viljoen v Hillier* 1904 TS 312.

<sup>62</sup> J.H. de Villiers het teologie en regte in Utrecht, Berlyn en Londen gestudeer. Hy was toegelaat tot die Engelse balie (Inner Temple) en het in 1865 na Suid-Afrika teruggekeer. In 1873 is hy aangestel as hoofregter van die Kaapkolonie en hy het gedurende meer as veertig jaar die Suid-Afrikaanse reg ontwikkel. Cowen (2004:17).

<sup>63</sup> Cases decided in the Supreme Court of the Cape of Good Hope 1876 6 Buchanan 115.

<sup>64</sup> 118: “The Court subsequently suggested that as the doctrine of *constitutum possessorium* had not been referred to in the argument, any authorities bearing upon it might be mentioned. Counsel afterwards referred to *Savigny on Possession*, b. 2, sec. 28 (p. 232 of Perry’s translation); *Voet*, 41, 2, 8; and *Coren’s Observations*, ob. 25.”

<sup>65</sup> De Villiers, C.J. held (122): “It occurred to me, after Counsel for the parties had been heard, that a substantial argument might be raised in favour of the plaintiffs, from the doctrine of *constitutum possessorium*, under which a person who possesses an article in his own name might constitute himself a possessor in the name of another person, and thus perform a species of fictitious delivery. The Court therefore gave Counsel on both sides an opportunity of handing in authorities bearing on the point. Some authorities had since been handed in on behalf of the plaintiffs, but they really do not touch the question suggested by the Court.” Sien vir die houding van sy Natalse kollega Connor C.J., Spiller (1986:35).

<sup>66</sup> Girvin (1996:137 vn. 218) beskryf dr. C.P. Joubert AR as die spesialis op die gebied van die ou outoriteite, na wie sake wat deeglike historiese navorsing verg, meestal verwys was.

<sup>67</sup> 592G.

<sup>68</sup> Gaius IV, 40, 41, 42, 43, 119, 126; *Inst.* 4, 6, 28; *D.* 44, 4, 1, 1; 44, 4, 2, 1; 44, 4, 2, 4; 44, 4, 12; Bartolus *ad* 44, 4, 4, 13; *D.* 24, 3, 21; 30, 84, 5; 18, 5, 3; 2, 14, 7, 4; Donellus *De jure civili*, Lib. 22, cap. 6 nos. 3 en 4; Cujacius *Commentarius in lib L quaestionum Aemilii Papiniani ad L in omnibus 41 de judiciis*; Brunnevan *Commentarius ad D.* 44, 4, 1 no. 1; *ad* 44, 4, 2, no. 9; De Groot 3, 1, 52; 3, 3, 54; 3, 15, 9; Van Leeuwen *RHR* 4, 2, 1; Dekker noot op 4, 2, 1; *CF*, 1, 4, 2 no. 4; Groenewegen *ad Cod.* 2, 3, 10; 8, 38 (37), 12; *ad Inst.* 4, 6, 28, no. 2; *ad Inst.* 4, 6, pr. nos. 1 en 2; *Voet* 2, 14, 9; 12, 1, 3; 18, 5, 4; 22, 1, 11; 44, 7, 13; 44, 4, 1; Van der Keessel *ad Gr.*, 3, 1, 46; Van der Linden se vertaling van Pothier *Verhandeling van contracten en andere verbintenissen* vol. 1, 16-7; Vinnius *ad Inst.* 4, 6, 28, no. 4; 4, 13, 1 no. 4; Merula *Manier van procederen*; Wassenaar *Practyck judicieel*; Vromans *Tractaat de foro competenti*; Damhouder *Practijke in civile saken*; Zoesius *ad D.* 44, 1, 3-13; Tuldenus *ad D.* 44, tit. 4, cap. nos. 1-3; Kersteman *Hollandsch rechtsgeleert woordenboek, sv Peremtoire exceptie; Hollandsche consultatien* 343; *Observationes tumultuariae novae* 1049.

<sup>69</sup> Van Bemmelen, J.M. en E.J.A. Fischer-Keuls 1957. *Levend recht*. Zeist: W. de Haan: 125–6; Buckland (1963:651–2, 655); Moyle, J.B. 1913. *Imperatoris Justiniani institutionum libri quattuor*. 5de uitgawe Oxford: Clarendon Press: 592-3, 643; Schulz, F. 1951. *Classical Roman law*. Oxford: Clarendon Press: par. 30, 96; Sohm (Ledlie translation) (1892:279-80, 301); Thomas, J.A.C. 1975. *The Institutes of Justinian*. Amsterdam: North-Holland Pub. Co.: 316; Van Oven, J.C. 1948. *Leerboek van Romeinsch privaatrecht*. Leiden: Brill: 22 vn. 42, 209-10, 249, 322; Van Warmelo, P. 1965. *Die oorsprong en betekenis van die Romeinse reg*. Pretoria: J.L. van Schaik; Botha, A.D. 1981. Die Exceptio doli generalis in die Suid-Afrikaanse reg. Ongepubliseerde doktorsale proefskrif, Universiteit van die OVS; De Wet

1939; Van Huyssteen, L.F. 1980. *Onbehoorlike beïnvloeding en misbruik van omstandighede in die Suid-Afrikaanse verbintenisreg*. Kaapstad: Juta).

<sup>70</sup> 596I, 597H.

<sup>71</sup> 597H–598E.

<sup>72</sup> 598G–J.

<sup>73</sup> 599A–C.

<sup>74</sup> 605H.

<sup>75</sup> 600I, 601D, 602B–J, 603I, 604B, 604I.

<sup>76</sup> *Weinerlein v Goch Building; Zuurbekom v Union Corporation en Paddock Motors v Igesund*.

<sup>77</sup> 607A.

<sup>78</sup>Brooker (2005:32–5) noem Denning se eie regterlike navorsing ekstreem en teken aan dat dit 'n radikale afwyking van die gemeenregtelike tradisie was. In laasgenoemde het die regter hom beperk tot die argumente van die partye. Brooker vestig die aandag daarop dat Denning se belangrikste uitsprake baie kritiek ontvang het en/of op appel herroep is.; sien *Rahimtoola v Nizam of Hyderabad* 1958 AC 379; *Lloyd's Bank v Bundy* 1974 3 All ER 757, 763–66 (CA); *Goldsmith v Speening* 1977 2 All ER 557 (minderheids-uitspraak); *Hadmore Productions v Hamilton* 1983 AC 191, 233.