

SOUTH AFRICA / JUDGMENT

**S v Ebrahim (279/89) [1991] ZASCA
3; 1991 (2) SA 553 (AD); [1991] 4 All
SA 356 (AD) (26 February 1991)**
[1991] ZASCA 3

COURT

Supreme Court of Appeal

BEFORE

Steyn, Joubert, Van Heerden, Grosskopf, Nicholas

CASE / FILE NUMBER

279/89

Source: saflii.org · Research copy typeset by Esheria. Not court-issued or certified.

CG SAAKNOMMER: 279/89

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA (APPÈLAFDELING)

In die saak van:

EBRAHIM ISMAIL EBRAHIM AppellantenDIE STAAT Respondent

CORAM: JOUBERT, WHR., VAN HEERDEN, STEYN,

F H GROSSKOPF, ARR. et NICHOLAS, WAR.

AANGEHOOR: 21 SEPTEMBER 1990

GELEWER: 26 FEBRUARIE 1991

UITSPRAAK STEYN, AR.

2

INLEIDING

Hierdie appèl gaan oor die vraag of die

verhoorhof die regsbevoegdheid gehad het om die aanklagte

teen die appellant te bereg. Hy het op 3 Augustus 1987

in die Transvaalse Oos en Suid-Oos Rondgaande PlaaslikeAfdeling op Piet Retief tereggestaan as beskuldigde 3voor Daniels R op 'n klag van hoogverraad en verdereklagtes. Voordat hy op die aanklagte gepleit het, is 'naansoek deur hom aangehoor ingevolge 'n kennisgewing vanmosie waarin die volgende bevele aangevra is:

"1. Directing and holding that the Applicant is not amenable to the criminal jurisdiction of the court in respect of the indictment referred to in paragraph 3.

2. Declaring that the Applicant's apprehension and abduction in the Kingdom of Swaziland on 15 December 1986 and his subsequent transportation to the Republic of South Africa and purported arrest and detention pursuant thereto is in breach of international law and wrongful and unlawful.
3. Declaring that the Applicant has not properly and lawfully been arrested and properly and lawfully arraigned before

3

court of competent jurisdiction for the purposes of trying him on the indictment proffered by the prosecution against the Applicant and two other persons.

4. Declaring that the Applicant is entitled to be discharged from his imprisonment and detention at present pending his trial on the said indictment. 5. Granting to the applicant further or alternative relief."

Dié aansoek is no A1337/87 ("die onderhawige aansoek"). Aan appellant se funderende verklaring is die stukkeaangeheg van 'n vorige aansoek gerig deur sy broer, Essop

Ismail Ebrahim, aan die Transvaalse Provinsiale Afdeling, wat afgehandel was op 14 Mei 1987. Dit is aansoek no

4341/87 ("die vroeëre aansoek"). Albei aansoeke is deur die respondente teengestaan en in albei is opponerende verklarings ingedien. Die vroeëre aansoek is egter op 14

Mei 1987 geskik, soos later hierin sal blyk. Albei

partye het tydens die beredenering van die onderhawige

aansoek ook staatgemaak op die bewerings vervat in die

vroeëre aansoek. Daniels R het die onderhawige aansoek

4

op 6 Augustus 1987 van die hand gewys. Die verhoor het toe voortgegaan. Appellant is aan hoogverraad skuldig bevind en gevonnis tot 20 jaar gevangenisstraf. Hierdie appèl is gerig slegs teen die afwysing van die onderhawige aansoek.

DIE FEITE Die volgende feite soos vervat in albei voormelde aansoeke, is óf gemene saak óf onbetwis. Appellant is 'n Suid-Afrikaanse burger van geboorte. Eind 1961 begin 1962 het hy lid geword van Umkhonto We Sizwe -die militêre vleuel van die African National Congress ("ANC"). Op 28 Februarie 1964 is hy in die Natalse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof van Suid-Afrika skuldig bevind aan verskeie dade van sabotasie en gevonnis tot 15 jaar gevangenisstraf. Hy het sy vonnis op Robbeneiland uitgedien en is vrygelaat op 27 Februarie 1979. Op dieselfde datum

is hy ingeperk tot die

5

landdrosdistrik van Pinetown. Op 19 Desember 1980, terwyl die gemelde inperking nog van krag was, het hy na Swaziland gevlug. Die respondente beweer dat sedert sy uitwyking uit die Republiek van Suid-Afrika appellant betrokke was by anti-Suid-Afrikaanse bedrywighede, dat hy sy posisie as 'n toonaangewende bestuurslid van die ANC gevestig het en dat hy nou-betrokke was by die bedrywighede van Umkhonto We Sizwe. (Dié bewerings is op die stukke onbeantwoord gelaat.) In Swaziland het appellant bekend gestaan as Ahmed Zaheer en ook as Roy Zaheer en hy was aldaar woonagtig op gedeelte 212 van plaas no 188, Dalriach, Pine Valley, in die Umgugu reservaat aan die buitewyke van Mbabane. 'n Manlike Swazi by name van Dumisane Zwane was daar in diens van appellant as tuinier. Om ongeveer 22h00 op 15 Desember 1986 was appellant in die sitkamer van sy woning voornoemd. Hy en Zwane het gesit en kyk na die beeldradio. Daar was 'n

6

klop aan die voordeur. Zwane het op appellant se versoek gaan kyk wie dit was en het die deur oopgemaak. Twee swartmans het buite gestaan. Een had 'n blou klinknaelbroek en sweetpak bo-stuk aan en die ander 'n blou broek en groen T-hemp. Laasgenoemde het op Swazi aan Zwane gesê dat hul voertuig onklaar geraak het en dat hulle 'n wielsleutel wou leen. Zwane het appellant gaan roep. Dié het sy motorsleutels geneem en met die vreemdelinge na sy motor gegaan. Net toe hy die bagasiebak wou oopmaak om die wielsleutel uit te haal, het albei vreemdelinge vuurwapens op hom gerig en hom gewaarsku dat hulle hom sou doodmaak as hy skree of 'n geraas maak. Appellant het hulle gevra wie hulle was. Hulle het geantwoord dat hulle die Suid-Afrikaanse polisie was. Hulle het appellant teruggeneem in die huis in en vir Zwane ook daar aangehou. Hulle het appellant se hande agter sy rug vasgemaak met 'n stuk tou, Zwane op die vloer laat lê en sy hande en voete vasgebind, ook met

7

h tou. Daarna het hulle die huis deursoek, verskeie dokumente verwyder en in 'n metaal lêerhouer gesit, R4 500,00 kontant, 'n radio- en kassetspeler, twintig kassette en verskeie ander items gevat, appellant geblinddoek, sy mond toegebind en na sy motor geneem, hom daarin gesit en beveel om plat te lê. Hulle het toe met hom weggery. Zwane is agter gelaat, steeds vasgebind soos voornoemd. Hulle het voortgery en uiteindelik by wat vir appellant as 'n motorhuis voorgekom het, stilgehou. (Hy was steeds geblinddoek.) Appellant is uit die motor gehaal en gemaak op 'n stoel sit. Een van sy ontvoerders het weggegaan. Die ander het by hom gebly, R30,00 uit een van sy sakke verwyder en aan appellant gesê dat hulle hom gesoek en uiteindelik gevind het. Die ander ontvoerder het teruggekeer en 'n fluistergesprek met sy makker gevoer. Hulle het appellant weer in sy motor gesit en met hom vertrek. Hulle het na 'n ruk weer stilgehou. Die ontvoerders het uitgeklim en 'n gesprek

8

met iemand buite die motor gevoer. Appellant is weer uitgehaal en by 'n skuinste af geneem. Sy blinddoek is toe verwyder. Hulle het hom deur 4 of 5 heinings geneem. Een van die ontvoerders het toe teruggedraai. Die ander het by appellant gebly en hom teen 'n helling laat uitklim waarna hulle 'n hoof teerpad bereik het naby 'n paar struik. Appellant kon vandaar af die helder ligte van 'n grenspos sien. Appellant het gemeen dit was die Oshoek grenspos. Hulle was toe aan die Suid-Afrikaanse kant van die grens. Die band is van appellant se mond verwyder. Sy ontvoerder het toe aan hom gesê dat hulle 'n lang ruk daar sou moes vertoef omdat die persone wat hom kom haal van Johannesburg kom. Hy het nie sy naam aan appellant verstrekk nie, maar gesê dat hy in Soweto woon. Hy het gesê dat appellant niks te vrese het as hy met die polisie saamwerk nie, en dat hulle hom selfs 'n paspoort sou gee om na Zambië te gaan as agent van die Suid-Afrikaanse Polisie. Hy het appellant ook vertel van die

geval van 'n sekere "Wally", 'n aangehoudene wat met die SA Polisie sou saamwerk. Hulle het hom uit 'n

polisievoertuig laat ontsnap sodat hy as 'n polisie-agent kon optree. Wally het hulle verraaï en hy is daarna doodgemaak. Hy het appellant voorts vertel dat hy al sedert 1983 met 'n sekere lid van die Suid-Afrikaanse Polisie saamwerk, dat dié persoon 'n aangename mens was en een van diegene wat appellant sou kom haal. Hy het appellant aangeraai om met dié persoon saam te werk. Hy het verduidelik dat hy die vorige Vrydag op appellant se spoor gekom het gedurende 'n strooptog in Swaziland. Appellant en sy ontvoerder het 'n paar uur langs die pad vertoef. Later het twee motors 'n entjie weg stilgehou. Hulle agterligte het aangeskakel gebly. Appellant en sy ontvoerder het na die motors geloop. Toe hulle die motors nader, is appellant omsingel deur blanke mans bewapen met gewere. Een van hulle het appellant se hande losgemaak en hand- en voetboeie aan hom gesit. Hy is toe

10

in een van die motors geplaas. Die ontvoerder het die voormelde metaal lêerhouer aan een van dié mans oorhandig. Drie van die blankes het ingeklim in die motor waarin appellant was. Twee van hulle het onderskeidelik Jeff en Chris geheet. Appellant het nie die naam van die derde gehoor nie. Dié persoon was skynbaar die bevelvoerder. Albei motors het toe vertrek. Die registrasienommer van die ander, skynbaar begeleidende, motor, wat voor gery het, was KLC 770 T. Die twee motors was in radiokontak met mekaar en daar is in dié kontak- van 'n kode gebruik gemaak. Toe die reis begin het, was dit na aan dagbreek op 16 Desember 1986. Op pad is appellant ondervra, onder andere oor die ANC en persone in Maputo. Uit hoofde hiervan het appellant gemeen dat sy reisgenote lede van die veiligheidspolisie was. Hulle het verskeie kere stilgehou, onder andere by 'n weermag pad-afsluiting waar die bestuurder van die voorste (begeleidende) motor gepraat het met een van die

11

soldate wat die afsluiting beman het. Albei motors is toe deurgelaat sonder enige ondersoek of ondervraging. Terwyl hulle daarna verder op pad was, het Jeff dreigend aan appellant gesê dat hulle hom op bakstene sou laat staan en niks te drinke of ete sou gee nie. In Pretoria aangekom,

het voormelde "bevelvoerder" radiokontak met iemand gemaak. Die motor waarin appellant was, is daarna in 'n straat parkeer langs 'n groot gebou. Ongeveer 15 minute later is radiokontak hervat en is die naam van voormelde straat en gebou verstrekkend aan die persoon met wie kontak gemaak is. Dié persoon het toe gesê dat hy appellant-hulle kon sien. 'n Motor het net daarna agter hulle stilgehou. Jeff het appellant na dié motor geneem. Hy is daarin geplaas. Appellant was toe nog steeds geboei soos voormeld. Die bogenoemde "bevelvoerder" van die motor waarin appellant na Pretoria gebring is, het toe gepraat met een van die persone in die pas-aangekome motor. Min of meer hierdie tyd is brigadier Jan Cronje

12

van die Suid-Afrikaanse Polisie en bevelvoerder van dié polisie se veiligheidstak vir die afdeling Noord-Transvaal, deur twee persone wat geen verbintenis met die Suid-Afrikaanse Polisie gehad het nie, verwittig (blykbaar per radio of telefonies) dat appellant in Pretoria was. Hy het met dié persone gereël om appellant na sy kantoor in Kompolgebou, Pretoria, te neem waar hy hulle sou ontmoet. Na afloop van die gesprek tussen die "bevelvoerder" en een van die insittendes van die pas aangekome motor, het dié motor na Kompolgebou vertrek. Appellant en twee begeleiders is ongehinderd by die streng sekuriteitsmaatreëls in werking by die ingang van dié gebou deurgelaat en het per hyser gegaan na brigadier Cronje se kantoor. Hy het daar ingekom. Brigadier Willem Schoon en kaptein Hendrik Brittz, albei van bogemelde veiligheidstak, was ook teenwoordig. Appellant het aan brigadier Schoon gesê dat hy uit Swaziland ontvoer is. Brigadier Schoon het geantwoord dat

13

appellant toe binne die grense van die Republiek van Suid-Afrika was en "dat sy beweerde ontvoering in die lig daarvan bloot van akademiese waarde is". Daarop het brigadier Cronje appellant gearresteer "ingevolge die bepalinge van art 29 van die Wet op Binnelandse Veiligheid, 1982 (Wet nr 74 van 1982), ... vir ondervraging ooreenkomstig die voorskrifte van die [Minister van Wet en Orde en die Kommissaris van die Suid-Afrikaanse Polisie]". (Appellant het beweer dat hy steeds in hand- en voetboei by Kompolgebou aangekom het, dat dié boei daar deur die polisie afgehaal is en dat hulle derhalwe in besit was van die sleutels van daardie boei. Brigadier Cronje en kaptein Brittz het egter bewêr dat hy ongeboeid in die voormelde kantoor aangekom het en dat hand- en voetboei deur kaptein Brittz aan hom aangesit is eers na sy arrestasie. Hierdie aspek word gevolglik vir doeleindes van hierdie uitspraak buite rekening gelaat.) Appellant is toe aangehou ingevolge

14

art 29 van voormelde Wet. Op 31 Januarie 1987 is appellant se verdere aanhouding gemagtig deur die Minister van Wet en Orde ooreenkomstig art 29 (3)

- (a) van dié Wet. DIE VERLOOP VAN DIE SAAK Op 13 Mei 1987 het appellant se gemelde broer voor Van Zyl R aansoek gedoen in die Transvaalse Provinsiale Afdeling in die vroeëre aansoek onder andere om 'n verklarende bevel dat appellant se voormelde aanhouding

ongeldig was en om 'n verdere bevel vir sy onmiddellike vrylating. Die Minister van Wet en Orde ("die Minister") en die Kommissaris van die Suid-Afrikaanse Polisie - destyds generaal P J Coetzee - ("die Kommissaris") is onderskeidelik as eerste en tweede respondente siteer. Hierdie aansoek is op 14 Mei 1987 geskik, soos reeds genoem. Die terme van die skikking was onder meer dat appellant onverwyld van aanhouding onthef word en op dieselfde dag gearresteer word op 'n

15

akte van beskuldiging voorsien deur die Prokureur-generaal van Transvaal en op daardie akte voor 'n hof gebring word. Die skikkingsvoorwaardes is nagekom. Na sy gemelde ontheffing is appellant onverwyld gearresteer op 'n klag van hoogverraad soos uiteengesit in die bedoelde akte van beskuldiging en na die Pretoriase landdroshof geneem waar hy op gemelde klagte verskyn het op 14 Mei

1987. Daarna het die onderhawige aansoek gevolg soos aan die begin van hierdie uitspraak uiteengesit. In dié aansoek is slegs die Staat as respondent siteer. In die vroeëre aansoek het die applikant beweer dat appellant deur die Suid-Afrikaanse Polisie uit Swaziland ontvoer is. Die respondente het daar ontken dat appellant deur lede van die Suid-Afrikaanse Polisie ontvoer was of dat dié polisie deur middel van enige persoon of instansie enigiets met sy ontvoering te doen gehad het.

Brigadier Cronje het in sy ondersteunende¹⁶

verklaring (aanhangsel AV 2) in die vroeëre aansoek onder meer die volgende gesê:

"Op 16 Desember 1985 het twee persone, wat hoegenaamd geen verbintenis met die Suid-Afrikaanse Polisie het nie, my verwittig dat die aangehoudene in Pretoria is. Ek het met die gemelde persone gereël om die aangehoudene na my kantoor in Kompolgebou, Pretoria, te neem, waar ek hulle sou ontmoet."

(NB: Die verwysing na 16 Desember 1985 is klaarblyklik foutief - dit moes 16 Desember 1986 gelui het.)

In die onderhawige aansoek het appellant die

volgende pertinente bewering gemaak aangaande syontvoering:

"My abduction in Swaziland took place with the authority and knowledge of the South African Police or other agents of the South African state or their connivance or collaboration. (In case number 4341/87, the police denied any involvement and stated simply that two persons quite unconnected with the South African Police brought me to the offices of the security police in Pretoria (page 84 of the record of the case) but, as was pointed out by the presiding judge, His Lordship, Mr Justice Van Zyl, in the course of argument, this was not acceptable because the police did not say who

17

the two persons were who brought me to the police offices in Pretoria, how the police were able to unlock the handcuffs and leg irons which had been put on me before I came to the police offices or what was made of the repeated police claims during my abduction that they were members of the police or the police claims made after I reached Pretoria that they had been involved continuously in abductions across the border and particularly in Swaziland."

Die "police claims" hier gemeld, het verwys na

vroeëre bewerings in appellant se funderende verklaring. Dié bewerings is onder andere die volgende:

"(xxxvii) Two days before Christmas I was taken for interrogation in the same building. There I met two white security policemen. There was also a black person with them. They all wore badges saying 'Besoeikers - Visitors'. They gave their names but I cannot recall them. These security policemen were boasting of their success in kidnapping people from Swaziland. The black person with them was called September and he was apparently abducted from the Makhanyane Police Station in Swaziland in August 1986. The security policemen were saying that September was now working for them and when he was kidnapped they did not assault him. They also asked me what I thought of Sydney Msibi whom they had kidnapped from Swaziland in June 1986. They told me that he was released from detention. (I read a news

18

report in about October that the attorneys acting for Msibi had demanded the release of Msibi and had threatened to take the matter to court and that as a result thereof Msibi was released). (xxxviii) These policemen also told me that I must have thought that it was quite safe for me to be in Swaziland and that they would never get me. They said that they were looking for an Indian in Swaziland by the name of Ivan and that they would also find him and bring him into the Republic soon. This was all quite consistent with other statements made from time to time showing their involvement in my abduction. (At one stage in Pretoria Captain Naude had also stated to me that I must have been quite surprised that they came for me so soon after they had raided and abducted certain other persons in Swaziland.)"

(Die "same building" genoem deur appellant in par xxxvi hierbo aangehaal, verwys na die Kompolgehous in Pretoria.) Die Minister het nie weer 'n verklaring in die onderhawige aansoek gemaak nie, maar die Kommissaris en brigadier Cronje wel. Hulle het in wese hul vorige ontkenning herhaal. Brigadier Schoon het egter in die onderhawige aansoek 'n opponerende verklaring gemaak. Daarin het hy onder meer die volgende gesê:

19

"Ek ontken voorts dat ek enigsins kontak gehad het met die applikant se beweerde ontvoerders en dat ek enige kennis daarvan gedra het."

Appellant se alternatiewe bewering dat sy ontvoerderswerktuie van die Suid-Afrikaanse regering was, isonbeantwoord gelaat. Daar is egter geen suggestie inenige van die twee aansoeke dat die Swazi regeringbeswaar gemaak het by die Suid-Afrikaanse regering oorappellant se ontvoering nie.

By die aanvang van die verrigtinge in die hof a

quo het die partye ooreengekom dat die onderhawigeaansoek dieselfde doel dien, en dieselfde uitwerking souhê, as 'n spesiale pleit in terme van art 106 (1) (f) vandie Strafproseswet, no 51 van 1977, en dat dit op daardiegrondslag bereg moes word. Daardie artikel bepaal soosvolg:

"106. (1) Wanneer 'n beskuldigde op 'n aanklag pleit, kan hy pleit-

(f) dat die hof nie regsbevoegdheid het om die misdryf te bereg nie;"

20

DIE FEITE GRONDSLAG VAN DIE UITSPRAAKIn die lig van die voormelde ontkennings moet dit na my mening aanvaar word dat die Suid-Afrikaanse Polisie geensins by die ontvoering betrokke was niel Dit is egter hoogs waarskynlik dat appellant se ontvoerders werktuie van die Suid-Afrikaanse Staat was. Die bedrewe wyse waarop die ontvoering gedoen is, die feit dat appellant so naby aan 'n grenspos die Republiek binnegebring is, die wyse waarop hy deur die padblokkade geneem is en die gemak waarmee en vlak waarop daar met die polisie in verbinding getree is en appellant aan . hulle oorhandig is, dui alles baie sterk op 'n staatsverbintenis met die ontvoerders. Brigadier Cronje het blykbaar die persone geken wat met hom in verbinding getree het. Hoe anders sou hy met sulke sekerheid kon geweet het dat hulle "hoegenaamd geen verbintenis met die Suid-Afrikaanse Polisie het nie"? Ten spyte van appellant se onbetwiste bewering dat sy ontvoerders

21

werktuie van die Staat was, is geen poging deur die respondente in enige van die twee gemelde aansoeke gemaak om die identiteit van die ontvoerders aan die betrokke howe te openbaar nie. Afgesien van brigadier Cronje se blykbare kennis van die identiteit van sekere van hulle, is die registrasienommer van die voormelde begeleidende motor (te wete KLC 770 T) reeds in die vroeëre aansoek deur appellant in 'n ondersteunende verklaring genoem. (Daardie verklaring is deur hom aan die inspekteur van aangehoudenenes, die heer C J Strydom, gemaak en by die stukke gevoeg ingevolge 'n ooreenkoms wat tussen die partye aangegaan is op ongeveer 18 Maart 1987 tydens die eerste fase van die verhoor van daardie aansoek.) Daar is egter geen poging deur die respondente aangewend in enige van die twee aansoeke om die identiteit van die geregistreerde eienaar van daardie motor vas te stel nie, iets wat die polisie baie maklik sou kon gedoen het. Die versuim om dit te doen, versterk die indruk dat die

22

polisie bewus geword het van die identiteit van die ontvoerders, maar dit nie raadsaam geag het om dit te openbaar nie. Hierdie appèl moet gevolglik na my oordeel beslis word op die grondslag dat appellant ontvoer is deur persone wat werktuie van die Suid-Afrikaanse Staat was. By "werktuie" in hierdie verband word bedoel persone wat in opdrag van een of ander Staatsinstansie opgetree het. Die wêreldwye verskynsel, wat veral sedert die Tweede Wereld Oorlog na vore getree het, van geheime staats-optrede deur middel van 'n verskeidenheid van organisasies of liggame, het ook in die Republiek posgevat. (Dit het onlangs só opspraakwekkend welbekend geword dat geregtelike kennis daarvan geneem kan word.) Die wyse waarop appellant ontvoer is, is sterk aanduidend van die betrokkenheid van só 'n liggaam of organisasie. Staatsbetrokkenheid by sulke optrede is nie afhanklik van kennis en goedkeuring daarvan deur die hoogste staatsgesag nie. Die bedryf van moderne staatkunde verg

23

die delegasie van besluitneming na laer vlakke in die staatsadministrasie. Wanneer optrede op sulke laer vlakke gemagtig en uitgevoer word, is die Staat nogtans daarby betrokke en verantwoordelik vir die gevolge daarvan, al sou sulke optrede nie deur die hoogste staatsgesag toegelaat gewees het nie. Dit geld ook vir optrede deur die veiligheidsvertakkings van die staatsadministrasie. Die ontvoering van appellant is duidelik die werk van een of ander van daardie vertakkings uitgesonderd die Polisie. DIE SAAKSTELLINGDie effek van daardie ontvoering op die regsbevoegheid van die verhoorhof om die aanklagte teen appellant te bereg, moet nou bepaal word. Appellant se saak is dat sy ontvoering 'n verbreking van die toepaslike reëls van die volkereg is, dat dié reëls deel van ons reg is, en dat die verbreking daarvan óf die verhoorhof sy bevoegheid ontnem het om

24

hom te verhoor òf dat die verhoorhof dit nie behoort tegedoen het nie. In hul betoogshoofde het appellant seadvokate (mnre Mahomed SC en Kennedy) dit samevattend só

gestel:

"It will be submitted that having regard to all the facts, the appellant was not amenable to the criminal jurisdiction of the Court a quo, alternatively that if such jurisdiction in fact existed in theory, the Court a quo had a discretion as to whether the appellant should be tried and should, in the exercise of that discretion, have refused to exercise its jurisdiction in circumstances where there had been a fundamental breach of those rules of acceptable behaviour which govern the comity of nations."

In NDULI AND ANOTHER v MINISTER OF JUSTICE AND

OTHERS 1978 (1) SA 893 (A) het hierdie Hof beslis dat 'nontvoering uit Swaziland van die betrokke beskuldigdes deur lede van die Suid-Afrikaanse Polisie wat die ontvoering aldaar gedoen het in stryd met die opdragte van hul bevelvoerder, nie die Suid-Afrikaanse Staat by

die ontvoering betrek het nie, nie die reëls van die

25

volkereg verbreek het nie, en gevolglik nie die verhoorhof van sy regsbevoegdheid ontnem het om die beskuldigdes te verhoor nie. Daar, net soos hier, was die betrokke beskuldigdes formeel binne die grense van die Republiek van Suid-Afrika gearresteer. In die onderhawige geval egter, soos ek reeds aangetoon het, is die feite-grondslag dat die appellant uit Swaziland na die Republiek ontvoer is deur persone wat nie Polisie was nie maar wat wel in opdrag van een of ander Staatsinstansie gehandel het. Die ratio decidendi en die slotsom waartoe hierdie Hof in die NDULI saak, supra, gekom het, is derhalwe nie toepaslik in die onderhawige geval nie. DIE REGSVRAAGDie eerste vraag in die onderhawige geval is nie wat die relevante reëls van die volkereg is nie, maar, wel wat dié van ons eie reg is. By die beantwoording van hierdie vraag is dit nodig dat ek ons gemene reg op dié

26

gebied ondersoek.

DIE ROMEINSE REG

Digesta 2, 1 , 20 lui so (ek haal aan uit die

mees resente vertaling - dié onder redaksie van AlanWatson, University of Pennsylvania Press 1985, Vol 1 bl20):

"PAUL, Edict , book 1 : One who administers justice beyond the limits of his territory may be disobeyed with impunity."

Dig 1, 18,3 bepaal die volgende (Die Watson vertaling, supra, Vol 1 bl 34-35):

"PAUL, Sabinus , book 26 : The governor of a province has authority only over the people of his own province, and that only while he is in the province. For the moment he leaves it, he is a private citizen. Sometimes he has power even in relation to non-residents, if they have taken direct part in criminal activity. For it is to be found in the imperial warrants of appointment that he who has charge of the province shall attend to cleansing the province of evil men; and no distinction is drawn as to where they may come from."

Hierdie beperkings op die regsbevoegdheid van die

27

Romeinse provinsiale regeerders en regsprekers is verstaanbaar en was in werklikheid onvermydelik, gesien die groot getal provinsies waaruit die Romeinse ryk in die klassieke tyd bestaan het, hul etniese en kulturele verskeidenheid, en die feit dat die polities en staatkundig praktiese Romeine sake in die oorwonne gebiede gewoonlik grotendeels gelaat het soos hulle dit gevind het ten tyde van die verowering. Tot laat in die geskiedenis van die Romeinse Ryk was sekere provinsies ook onder die beheer van die Senaat en ander onder dié van die keiser.

Inmenging van een provinsie in die huishoudelike sake van 'n ander was belaaï met 'n ernstige konflikspotensiaal. Om onderlinge goeie betrekkinge te handhaaf, het daar met verloop van tyd 'n gebruik onder provinsiale goewerneurs ontstaan aangaande die aanhouding en uitlewering van oortreders, soos blyk uit Dig 48,3,7 (ek haal aan uit die Watson vertaling, Vol 4 bl 801):

"MACER. Duties of Governor, book 2: It is 28

customary for the governors of provinces in which an offence has been committed to write to their colleagues (in whose provinces) the perpetrators are alleged to live, requesting that they be returned along with those who are to prosecute them: this is also laid down in a number of rescripts."

In een van die latere verordeninge (Novellae Constitutiones) van keiser Justinianus, is regskrag aanvoormelde gebruik verleen, te wete, in die vyfde hoofstuk van die 134ste van daardie verordeninge (Nov. 134 c 5).

(Ek haal aan uit S P SCOTT se vertaling : The Civil Law

[Corpus Juris Civilis] Band 7 Vol 17 bl 141, AMS Press

Inc heruitgawe 1973):

"CHAPTER V PERSONS GUILTY OF CRIME SHALL BE SUMMONED BY MEANS OF LAWFUL EDICTS When any one of the criminals whom we have just mentioned conceals himself, or leaves the province in which he has committed the offence, We order the judge to call him into court by the publication of lawful edicts, and if he does not obey, the judge shall proceed in the manner prescribed by the laws. If it should be ascertained that the guilty party is living in some other province, We order the judge of the district in which the offence was committed to

29

notify the judge of the province in which the delinquent resides, by means of a letter, to arrest him on his own responsibility and that of his court, and to send the accused to him. When the judge who has received a public letter of this kind fails to do what We have stated, and his court does not surrender the criminal, or if it does not execute the orders given it, We decree that the said magistrate shall pay a fine of three pounds in gold, and his court an equal amount. If, induced by a desire for gain, a judge, or any officer of his court, does not arrest a person of this description, or if, after having arrested him, he does not deliver him up, he shall, after conviction, be deprived of his office, and sent into exile."

Dit is haas ondenkbaar dat die Romeinse owerhede hveroordeling en vonnis sou erken het en geduld het dathulle bly staan, wat gevolg het op 'n ontvoering op las ofmet die samewerking van een provinsiale owerheid, van hmisdadiger uit 'n ander provinsie. Dit sou nie alleen hgoedkeuring van onwettige optrede gewees het nie, enderhalwe 'n ondermyning van gesag, maar sou ook die

interne tussen-provinsiale vrede van die Ryk bedreig het.

DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

30

Vir 'n behoorlike begrip van die Romeins-Hollandse reg op hierdie gebied is dit noodsaaklik om baie kortliks te verwys na die relevante aard en struktuur van die Nederlandse staatkundige opset. Aan die einde van die middeleeue was die posisie dat die verskillende gebiede wat as graafskappe, hertogdomme en lande die huidige Nederland en België uitgemaak het, as gevolg van oorlogvoering en huweliksluiting van die grawe en hertoë almal 'n gemeenskaplike Boergondiese landsheer verkry het, soos byvoorbeeld in die persoon van keiser Karel V (1515-1555). Die graafskappe, hertogdomme en lande het aparte staatjies gebly wat volkome onafhanklik van mekaar was en wat toevallig dieselfde vors of landsheer gehad het. Dit was 'n personele unie en nie 'n eenheidsstaat nie. Elke staatjie was soewerein met sy eie wetgewer (Staten) en howe. Die Grote Raad te Mechelen was wel die hoogste appèlhof vir die Nederlandse gebiede. Raadpleeg L. Th. Maes, DE GROTE RAAD DER

31

NEDERLANDEN EN ZIJN ARRESTISTEN in 1949 THRHR bl 58-76 asook J T de Smidt, DE APPeLZAKEN VAN HOLLAND BIJ DE GROTE RAAD, op. cit., bl 81-89. Die State Generaal wat uit afgevaardigdes van die afsonderlike staatjies bestaan het, het die landsheer van advies oor algemene landsake bedien en hom ook van geld voorsien. Dit het egter nie tot 'n sentrale bestuursliggaam ontwikkel nie. Phillips II, opvolger van keiser Karel V, was onder andere graaf van Holland en Wes-Friesland sowel as Seeland, hertog van Gelderland en heer van Utrecht, Overijssel, Friesland en Stad-en-Lande (Groningen), die sewe noordelike staatjies, wat in opstand teen hom gekom het weens die godsdienstige vervolging van die Protestantisme asook die Spaanse oorheersing en verdrukking. In 1579 het hierdie staatjies deur die Unie van Utrecht 'n bondgenootskap met mekaar gesluit wat later as die grondwet van die Republiek van die Verenigde Nederlande beskou is. Op 26 Julie 1581 is Phillips II as

32

landsheer afgesweer deur die State Generaal as gevolg waarvan die Republiek van die Verenigde Nederlande (1581-1795) tot stand gekom het. Die sewe staatjies was nou provinsies en nie meer graafskappe, hertogdomme of lande nie. Die Republiek was 'n statebond van sy samestellende sewe provinsies wat soewereine staatjies was. Die staatsregtelike soewereiniteit het by elkeen van die sewe staatjies berus. Elke staatjie het sy eie wetgewer (Staten) en eie howe gehad. Die Hof van Holland wat reeds in 1428 opgerig is, het sy setel te Den Haag gehad. Dit het ook gedien as hof van appèl vir provinsie Holland en Wes Friesland asook provinsie Seeland. In 1582 word de Hoge Raad te Den Haag opgerig as die hoogste appèlhof vir provinsie Holland en Wes-Friesland asook provinsie Seeland.

Die volkeregtelike soewereiniteit van die Republiek het by die State Generaal berus wat onder

33

andere die volgende bevoegdhede gehad het:

1. Buitelandse sake. Dit benoem en ontvangambassadeurs, sluit verdrae ens.
2. Verdediging. Dit sluit vrede, verklaar oorlog, bepaal die sterkte van die leër en die vloot, steloffisiere aan ens.
3. Opperbestuur van die Generaliteitslande en later diekolonies. Die Generaliteitslande het bestaan uitonder andere Katolieke/Staats-Vlaanderen, Staats-Brabant en die lande van Overmaze wat van Spanjeverower is en aan die Republiek behoort het. Hullehet geen selfbestuur gehad nie en geenverteenvoordiging in die State Generaal nie.Laasgenoemde het wette vir hulle gemaak en het hullebestuur.
4. Beslegting van geskille tussen die provinsies onderling. 5. Uitreiking van plakkaat en ordonnansies vir die

34

provinsies op hul versoek en met hul instemming. Raadpleeg de Blécourt-Fischer, KORT BEGRIP VAN HET OUD-VADERLANDS BURGERLIJK RECHT 7de druk, bl 31-33; Wessels, HISTORY OF THE ROMAN-DUTCH LAW 1908, bl 90-94; Maasdorp se inleiding tot sy INTRODUCTION TO DUTCH JURISPRUDENCE OF HUGO GROTIUS 2de druk, p xxi-xxiii. L J E de B Beyers, DIE ECHTREGLEMENT EN DIE SUID-AFRIKAANSE REG. (Doktorale proefskrif : Leiden 1953 bl 62-83.) Teen hierdie agtergrond benader ek nou vir Voet.

In boek 48, titei 3, par 2 van sy Commentarius adPandectas het Voet die volgende geskryf (ek haal aan uitGane se vertaling vol 7 van die SELECTIVE VOET (bl 331):

"So far however must the limits of jurisdiction be observed in seizing a person accused of crime that, if the judge or his representative pursues him when he has been caught in the judge's own area and has taken flight, he nevertheless cannot seize or pursue further than the point at which the accused has first crossed the boundaries of the pursuer. A judge is regarded as a private person in the area of another, and thus he would in making an arrest in that area be exercising an act of

35

jurisdiction on another's ground, a thing which the laws do not allow."

Vir hierdie stellings het Voet hom beroep op die Digesta

(te wete Dig 2, 1, 20 tesame met Dig 1, 18, 3.);Gommezius : COMMENTARIORUM VARIARUMQUE RESOLUTIONES JURISCIVILIS Tom 3, Cap 8. nr 5; en Antonius Matthaeus II :DE CRIMINIBUS, Boek 48, 14, 1, 3.

Die Digesta-passasies is reeds hierbo

uiteengesit. Gommezius was 'n 16de-eeuse Spaanse professor in die regte, Antonio Gomez, wat ooreenkomstig die mode van sy tyd die Latynse vorm van sy naam gebruikhet. In Tom 3 Cap 9 nr 4 van sy aangehaalde werk sê hy onder meer die volgende:

"4 Item adde, quod iudex, vel eius officialis, vel alium de mandato eius non potest capere delinquens rem existentem in alieno territorio, imo si de facto sit captus ante omnia relaxandus est, et debet poni in pristinum statum, quasi spoliatus naturali libertate,

In hierdie passasie het Gommezius die mening³⁶

gehuldig dat 'n regter nie 'n oortreder in 'n ander se regsgebied mag laat arresteer deur sy beamptes of deur ander in opdrag van hom nie, en dat indien dit wel gedoen word die aangehoude oortreder terstond weer vrygestel moet word net soos 'n gespolieërde voor enigiets anders weer in sy oorspronklike posisie teruggeplaas moet word. Die belang van hierdie passasie is te vinde in die ratio daarvan, te wete, dat die aldus ontvoerde ante omnia vrygestel moet word op dieselfde gebiedende wyse as dié waarop 'n gespolieërde in besit herstel moet word van dit waarvan hy ontnem was. Deur hom op Gommezius as gesag te beroep, het Voet daardeur die beskouing van Gommezius aanvaar en onderskryf as geldend vir die Romeins-Hollandse reg. In sy *Tractatus de Criminibus* sê Antonius Mattheus II (1601-1654) in die 2de paragraaf van die 1ste hoofstuk van die 14de titel in navolging van Novella 134.5 dat die regter in wie se regsgebied die misdaad

37

gepleeg is, aan die regter in wie se regsgebied die misdadiger hom bevind, moet skryf en om uitlewering van die beskuldigde vra. Hy voeg by dat daardeur verstaan word dat die eersgenoemde regter nie die bevoegdheid besit om self die beskuldigde in die ander se gebied te gaan arresteer nie. Mattheus II het in 1636 die eerste professor in die regte aan die Universiteit van Utrecht geword. Die eerste uitgawe van sy *Tractus de Criminibus* is in 1644 gepubliseer. Hy het daarin die geldende strafreg van die noordelike provinsies uiteengesit en nie slegs dié van Utrecht nie.

Mattheus II het geskryf in die vroeë bloeitydperk van die Romeins-Hollandse reg terwyl Voet in 'n later fase daarvan geskryf het. Die Romeins-Hollandse reg het in die noordelike Nederlande tot 'n einde gekom in

1809. Dionysius Godefridus van der Keessel (1738-1816) was een van die laaste groot skrywers oor die Romeins-Hollandse reg. Hy was "die enigste van die later skrywers wat

38

dieselfde peil bereik het as die skrywers van die bloeitydperk." (J C de Wet, *Die Ou Skrywers in Perspektief* (1988) 172; et vid. Van Zyl, *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (1979) 392.) Hy was, in sy werk, *Praelectiones ad Jus Criminale* (Voorlesings oor die Strafreg), die laaste groot uiteensetter van die Romeins-Hollandse strafreg. In voormelde werk het hy daardie regsoos dit voorgekom het in die laaste fase daarvan, breedvoerig uiteengesit. Daaruit blyk dit dat

dievoorskrifte daarvan aangaande die beletsel op dievoormelde ontvoering van 'n beskuldigde uit een regsgebied na 'n ander nog steeds gegeld het. In boek 48 titel 3 par2 sê Van der Keessel die volgende (ek haal aan uit dievertaling deur Beinart en Van Warmelo, vol II (1972) bl

615):

"If the accused who has committed the crime lives in another province, the magistrate cannot apprehend him in the other territory, since he cannot exercise jurisdiction outside his own territory: D.2.1.20; Mattheus, de

39

Criminibus, num 3, but he can write to the magistrate of the area where the accused is found, and require that he be sent to him: D.48.3.7. Magistrates are also used to do this of their own accord: D.48.3.11.1, and this has been converted into a binding requirement by Justinian in Nov. 134.5. cited above."

Só jaloers was die verskillende provinsies van die Republiek van die Verenigde Nederlande op hul eiesoewereiniteit en regsadministrasie dat hulle tot aan die einde van die lewensduur van die Republiek in 1795 'n belet geplaas het op aanhouding van persone in 'n besondere regsgebied deur die owerhede van 'n ander regsgebied. Die verbod is nougeset nagekom selfs waaraan 'n bepaalde owerheid by onderlinge ooreenkomsbeperkte regsgesag in die gebied van 'n ander verleen is.

In boek 2 titel 4 par 32 van sy reeds aangehaalde werkhethet Voet die volgende daaromtrent gesê (Gane, vol I, bl

295-296):

"SECTION 32 Lastly those who have a court and carry on judicial proceedings in a foreign area in

40

virtue of some concession would not rightly order arrest against persons and things apprehended in that area, for they are not in control of jurisdiction over it, but only conduct judicial proceedings there by agreement or on sufferance. The reason is that an order for arrest can only acquire effect if the things or persons to be arrested are found in an area which is directly or indirectly subject to the person making the order; and one who exercises jurisdiction outside that area is disobeyed with impunity. Instances.

- Hence neither a man from Brabant, nor any other obvious foreigner who happens to be in Holland can be arrested by decree of the Brabantine Court, which lends its services to litigants at the Hague, for the purpose of having a suit between the arresting plaintiff and the defendant aired in the Brabantine court. Nor can a Fleming or anyone else found in Zealand be arrested by order of the Flemish Court which administers justice at Middelburg in Flemish causes. By parity of reasoning our view should be the same in regard to things found in Holland or Zealand, whether belonging to Flemings or Brabantines or to

foreigners. In all these cases detention should be made and the suit taken to its finish either by command of the court of Holland or of the urban judges, according to the jurisdiction of each of them."

(Voet het hom beroep op Petrus Bort se TRACTAAT VAN

ARRESTEN 3.3.4 en 15, van Alphen se PAPEGAY titel 25 van

41

Arresten bl 348-349 en Berlichius se CONCLUSIONES PRACTICABILES part 1 concl 74 n.54-55.)

Die laaste van die skrywers oor die Romeins-

Hollandse reg was Johannes van der Linden (1756-1835). Hy was onder meer die skrywer van aanvullende aantekeninge op die eerste elf boeke van Voet se Kommentaar op die Pandekte en het dié aantekeninge in 1793 laat publiseer as die sogenaamde "Supplementum". In sy Supplementum sê Van der Linden die volgende oor Voet 2.4.32, supra, (ek haal voetnota (b) aan op bl 296 van Gane, vol I):

"(b) 'What the author here says as to arrests not being made by the Brabantine court in Holland holds good also in criminal cases. For instance a man from Brabant who had committed an offence there could not afterwards on being found at the Hague be taken and flung into prison by the Brabantine court, as Loenius reports was judicially decided: see his Decisions and observations, Case 86, and Boel's notes thereon' [L]." Hierdie kommentaar is vir ons van belang omdat dit

daarvan getuig dat die beletsel op aanhoudings van dié

42

aard in die praktyk nog as geldend beskou was tot aan die einde van die Romeins-Hollandse tydperk in die noordelike Nederlande. Voet en Van der Linden verwys albei na die geval waarvan Pieter Bort (1615/1616-1674) verslag doen in deel 3 van sy "Tractaat handelende van Arresten". Bort is van belang omdat hy as suksesvolle advokaat stewig in die praktyk gestaan het in die bloeitydperk van die Romeins-Hollandse reg. Deel 3 van sy voormelde traktaat gaan oor "Wie Arrest verleende kan, ende wanneer verleent werd". Hy sê onder meer die volgende daarin:

"1. Niemand kan syn schuldenaer ofte desselfs goederen doen Arresteeren op eygener autoriteyt ...

3. Maer alle 't selve moet noodsaeckelyk geschieden door een Bode, ofte Deurwaarder, ende dat nae voorafgaande bevel Van den Rechter, onder welckers Jurisdictione dat den Persoon sich onthout, die men wil Arresteeren, ofte daer de goedere gelegen zijn, die men begeert in Arrest te neemen."

In par 15 van hierdie deel doen Bort onder

andere verslag oor die geval waarna Voet en Van der

43

Linden verwys soos voormeld. Dit lui só:

"15. Men magh geen Mandament van Arrest versoeken van de Raedt van Brabant, op een Ingesetende van Brabant, in Holland zijnde: dienvolgende den Raedt van Brabant hebbende verleen Mandament van Arrest aan Guillaume van der Plate, jegen Pieter de Jems, ende daar op verzocht, ende verleende zijnde Executoriale van den Hove, ende Pieter Jems in Hollandt daar mede gearresteert, appeleert van de concessie van dezelve Executoriale, of attache, als qualick verleent, t' Hof reparerende de grieven van den Appellant, revoceert de voorzegde Executoriale op't voorzegde Mandament verleent, by Sententie van 6 Novemb. 1619 om dat Guillaume van der Plate behoort hadden zijn Mandament verzocht te hebben aan t'Hof, die de universele Jurisdictie competeert, over alle persoonen in Hollandt, ofte onder haer resort bevondem"

Die hof waarna Bort hier verwys, is die Hof van Holland. Dít blyk uit die tweede aantekening op die 86ste saak opbl 564 van Loenius: DECISIEN EN OBSERVATIEN, soosbygewerk deur Tobias Boel Jnr en uitgegee te Amsterdam in 1712, waarna van der Linden ook verwys in sy bogenoemde

"Supplementum". Die voormelde aantekening lui soos volg:

44

"En is ook, dien conform, by Sententie van't Hoff van Holland op 6 November 1619 wegens een Mandament van Arrest by den Raad van Brabant verleend aan Guillaume van der Plate jegens Pieter de Jems, diè hem daar mede in Holland had gearresteert, in de selve saake sodanig verstaan; als by de Heeren Bort en van Alphen, ter plaatse door den Heer Professor Voet aangehaald, te sien is; zynde het 1. deel van de Papegay. Om reeden, dat hy het Mandament van't Hoff van Holland, die de Jurisdictie competeert over alle persoonen in Holland, of onder haar Ressort bevonden, moest versogt hebben."

Loenius se voormelde werk is 'n versameling van 142 beslissings van die Hof van Holland, waarvan hy 'n lid was vanaf 1621 tot sy dood in 1641. Sy bogemelde 86ste saak (Causus Octogesimus Sextus) is die verslag van die de Jems beslissing, supra, wat gedien het as grondslag van die reël wat Bort later in Arresten 3.15 geformuleer het. Willem van Alphen (1608-1691) het, soos Loenius, 'n noue verband gehad met die regspleging; hy was vir 53 jaar (1631-1684) sekretaris van die Hof van Holland. Sy Papegay ofte Formulier-Boek, van Alderhande

45

Requesten, Mandamenten, Conclusien, Schrifturen, als anders, in de dagelyksche Practiicke dienende voor de respective Hoven van Justitie in Hollandt is 'n werk oor die prosesreg wat in twee dele verskyn het in 1642 te Den Haag. (Dit het daarna verskeie herdrukke beleef en is in die "siteerwet" van die Republiek van die Oranje Vrystaat (Ordonnansie 1 van 1856) genoem as een van "de tekstboeken" waarin die Romeins-Hollandse Reg verklaar is.) Die passasie in die Papegay waarna Voet verwys, bevat op bl 349 van die eerste deel ook 'n verslag van die de Jems beslissing.

Die feit dat dié beslissing sonder kommentaar deur Van der Linden aangehaal is, toon soos voormeld, dat die reel teen gebruik van eie reg vir aanhoudings buite eie regsgebied aan die einde van die Romeins-Hollandse tydperk nog steeds van krag was. (Bort se Traktaat op Arres is na sy dood gepubliseer, in 1681.) Voet het, soos hierbo vermeld, hom ook beroep op CONCLUSIONES PRACTICABILES van Berlichius (Mathaeus

46

Berlich 1586-1638, 'n Duitse juris en skrywer). Die eerste uitgawe van hierdie werk het in 1615 verskyn. Die betrokke passasies (part 1 Concl 74 nrs. 54-55) lui só

(ek haal aan uit die 1693 uitgawe):

"54. Octavo, arestum generale non extenditur ad bona sub aliena, quantum vis tutelari jurisdictione sita, puta, si quis omnia bona debitoris sui generali aresto in terris Electoris Saxoniae constrinxit, Debitor verò quaedam bona sub Ducibus Aldenburgensibus, vel Vinariensibus possidet, & Duces Aldenburgenses vel Vinarienses sunt sub curatelâ Electoris Saxoniae; tum enim ejusmodi arestum generale ad bona sub Ducatu Aldenburgensi vel Vinariensi sita non extenditur, sed creditor, qui posterius arestum in illa bona impetravit, priori praefertur. Quia arestum debet decerni à judice competente istius loci, ubi bona sita sunt. Coler. part. 2. de process. execut. c.2. n.14. et. seq. Elector autem ratione curatela Ducum Aldenburgensium vel Vinariensium non est judex competens ratione bonorum sub istis Ducibus sitorum, quoniam Elector tanquam administrator saltem personis datus est. Quilibet verò Ducatus suam specialem habet Cancellariam, quae jurisdictionem nomine Ducum adhuc minorennium exercet. Alias rationes in terminis terminantibus vide apud.

47

Jacob. Schult. in suis quaestion. Practicis. part. 1. quaest. 41. incip. militis. cujusdam creditores 1. et. seq. per tot. 55 Nonò plus dico, quòd arestum generale non ad illa bona, quae quidem sub unâ, sed non haereditariâ, verùm incorporatâ jurisdictione sita sunt, extendatur, puta, debitor habet plura bona in diversis locis, quaedam sub Electoratu Saxoniae, quaedam sub Episcopatu Martisburgensi, quaedam sub Episcopatu Wurcensi, &c. & unus creditor in aulâ Electoris impetrat generale arestum in omnia bona debitoris, alter vero, & item alter creditor impetrat arestum in bona sub Episcopatu Martisburgensi, vel Wurcensi sita, tunc certè arestum, illud generale, quod primus creditor, in aulâ Electoris in omnia bona debitoris impetravit, ad bona sub Martisburgensi, vel Wurcensi Episcopatu sita, non extenditur, sed illi creditores, qui arestum in illa bona, quamvis posterius impetrarunt, praeferuntur. Quia, licet Elector Saxoniae horum Episcopatum sit legitimus administrator, & hi Episcopatus terris Saxoniae Electoris haereditariis quodammodo incorporati censeantur, attamen quilibet Episcopatus habet suam singularem, & specialem cancellariam, & jurisdictionem, ubi omnes controversiae debent decidi, nec potest quis rectâ viâ Electorem, omissâ illâ concelliâ Episcopatus, nisi per viam appellationis adire, secundum compactata, quae quilibet Episcopatus cum Electore Saxoniae iniit."

Voet se opmerking by die aanhaling - te wete "huc

48

faciunt, guae tradit Berlichius ..." blyk heel geregverdig te gewees het. In dié twee afdelings word die reël teen gesagsuitoefening of ander optrede buite eie regsgebied duidelik en sterk gestel. Die kern van nr 54 is die stellings dat (i) 'n beslagleggingsbevel alleenlik deur 'n bevoegde regter uitgereik kan word; (ii) so 'n bevel geen regskrag het ten aansien van goed geleë in regsgebiede buitekant die van die regter wat die bevel verleen het nie; (iii) dit so is selfs in gevalle waar die heerser van die gebied waarin die bevel uitgereik is ook 'n mate van politieke gesag voer oor die ander voormelde gebiede. In nr 55 word dit duidelik gestel dat so 'n algemene beslagleggingsbevel geen voorkeur verleen nie bo latere bevels ten aansien van die betrokke goed wat deur ander skuldeisers verkry is in die howe van polities ondergeskikte gebiede (met eie geregshoue) waarin die goed geleë is. Die bogemelde opmerkings aangaande Voet se beroep op Gommezus geld ook

49

vir Berlichius. Uit hoofde van die herhaalde uiteensetting en wye aanvaarding van voormelde reël in sy verskillende verskyningsvorme, is dit na my mening duidelik dat die verwydering oor die gebiedsgrense heen van 'n persoon uit die gebied waar hy onregmatiglik gevangene geneem is, na 'n ander regsgebied, in wese as 'n ontvoering en ernstige regskending beskou en hanteer is in die Romeins-Hollandse reg. Die verdere vraag is of 'n skuldigbevinding en vonnis wat op so 'n ontvoering volg in die gebied waarheen die ontvoerde geneem en verhoor is, enige regskrag had in die Romeins-Hollandse reg. Anders gestel, is die vraag of die hof waarin so 'n ontvoerde tereggestaan het, regsbevoegheid gehad het om hom te verhoor. Mens sou verwag dat dit nie so bevoeg was nie om basies dieselfde redes hierbo genoem ten aansien van die Romeinse Ryk. Dit sou daarbenewens ook sinneloos gewees het om so 'n

50

streng beletsel op skending van regsgebied te hê as dit sonder enige nadelige gevolge ten aansien van enige daaropvolgende verrigtinge eenvoudig ignoreer kon word. Weens die strengheid van en redes vir die verbod sou mens trouens verwag dat daar nie veel pogings sou gewees het om dit te verbreek nie. Daar is egter 'n opgetekende geval van 'n persoon teen wie 'n wettige uitspraak gelewer is en wat na 'n behoorlike verhoor verhuis het voor eksekusie van vonnis en toe uit 'n ander regsgebied ontvoer is vir doeleindes van die ten uitvoerlegging van vonnis. Dit is die geval van Jan Guillam Bonaarts. Hy is in Belgiese Brabant deur die Raad van Brabant verhoor en uitspraak is teen hom gegee ter betaling van 'n sekere bedrag. Hy het daarna, maar voor eksekusie van vonnis, verhuis na die distrik van Eisch geleë in die Generali-teitslande, wat, soos vroeër in hierdie uitspraak gemeld, onder die direkte gesag was van die State Generaal. In opdrag van die Prokureur-generaal van Belgiese Brabant is

51

Bonaarts binne die gebied van die Generaliteitslande gedurende 1662 aangehou deur sy beamptes en deur hulle oor die landsgrense heen ontvoer terug na Belgiese Brabant. Daár is eksekusie van die vonnis teen hom verleen deur die voormelde Raad van Brabant. 'n Regsmening is deur die State Generaal aangevra van twee Nederlandse regsgeleerdes, te wete, die here Willem van Strijen en Martijn van der Goes "nopende de deugdelijkheid van de apprehensie van Jan Guillam Bonaarts". Hul gevolgtrekking was dat in weerwil van die voorafgaande wettige verhoor en vonnis, die aanhouding van Bonaarts, sy verwydering na Belgiese Brabant en die ten uitvoerlegging van vonnis teen hom aldaar, algeheel ongeldig was. In wese was hul opinie derhalwe dat die Raad (dit wil sê die hof) van Belgiese Brabant geen regsbevoegdheid gehad het om 'n bevel tot eksekusie teen Bonaarts te verleen nie.

Dit blyk uit die feite-uiteensetting in die52

voormelde regsmening dat die Prokureur-generaal vanBelgiese Brabant aansoek by die State Generaal gedoen hetom verlof om Bonaarts in die Generaliteitslande aan tehou en voor die voormelde Raad van Brabant te bring virdoeleindes van die ten uitvoerlegging van vonnis teenhom, maar dat hy daarna en sonder dat die gevraagdetoestemming verleen is, Bonaarts ontvoer het soosvoormeld. Daaroor is die volgende opsommenderwys gesê indie regsmening (ek gebruik die vertaling van die 17deeeuse, Goties-gedrukte Nederlands goedgunstelik gedoendeur prof Verschoor van die Regsfakulteit van dieUniversiteit van die Oranje Vrystaat. Daardie fakulteitonderneem tans 'n vertaling van al vyf dele van dieHollandsche Consultation. Die Bonaarts regsmening komvoor in die vyfde deel, cons 97):

"Hierby moet gevoeg word dat die genoemde arrestasie geensins behoorlike eksekusie genoem kan word nie, of as 'n handeling wat in goeie reg kan bestaan nie, maar dat dit inderwaarheid 'n loutere daad van vyandigheid en 'n

53

gewelddadigheid is wat 'n burger van hierdie staat en onderdaan van die Staten Generaal aangedoen is, welke persoon ook in hierdie geval, sou hy daartoe in staat gewees het, die beskrewe geweldsdaad met geweld strafloos en sonder iets te misdoen, sou kon afgeweer het. En waar hy weens sy onmag hom nie kon verweer nie het hy hom tereg op die Staten Generaal beroep, sy sowereine owerheid, wat regtens en na rede verplig is om sy onderdane teen sodanige mag en geweld te beskerm, en behoorlike vergoeding te bewerkstellig." Die voormelde Prokureur-generaal was (blykbaar

namens die State Generaal) versoek om te antwoord op vraeter, verduideliking van sy optrede. Dit is namens homgedoen en daar is ter regverdiging van sy optrede ondermeer 'n beroep gedoen op die leenreg en die Aurea Bulla

(Goue Bul) uitgereik in 1356 deur keiser Karel IV van dieHeilige Romeinse Ryk. Die antwoorde is in die regsmeningafgemaak as "deels berustend op verkeerde enwanaangewende voorveronderstellings en as deels bestaandeuit 'n paar spitsvondighede en verkeerd gevormdegevolgtrekkings". Daar is ook melding gemaak van die

54

voormelde antwoorde en Goue Bul in die volgende verderepassasies in die genoemde regsmening waarin die voorval

indringend ontleed word en waarin die ratio van diemening te vinde is:

"Dit moet onthou word dat die prosedure van vonnis of veroordeling geskei is van die reg tot vonnisuitvoering omdat die reg om behoorlik te kan voortgaan met die saak tot veroordeling of vryspraak wel vasgestel is deur die verskuldigde en wettige aanvang van die geding, maar die reg en gesag tot vonnisuitvoering beperk word deur die grense van die gebied, en dus slegs toegepas kan word ten aansien van 'n persoon en goedere wat na veroordeling en die uitspreek van vonnis binne die jurisdiksie van die regter wat die vonnis uitspreek gevind word. By gebrek aan sulke goedere of persoon onder sy jurisdiksie kan hy die vonnis nie uitvoer nie, maar word verplig om die regter in wie se gebied die persoon woonagtig is of waar sy eiendom geleë is, te 'versoek om self vonnisuitvoering te beveel, soos hierbo aangedui is. Hiervan was die genoemde Prokureur Generaal bewus, toe hy magtiging van die Staten Generaal gevra het om die genoemde vonnis teen die genoemde Bonaarts ten uitvoer te bring, en dat ook om hierdie rede die genoemde arrestasie

55

deur hom nog minder te verskoon is van gewelddadigheid. Dit is baie vreemd dat in die genoemde Antwoord voorgegee word dat iemand 'n vonnis van die Raad van Brabant in die Ryk en tot by Weenen tot uitvoering kan bring. Dit is direk in stryd met die bepalings van die gemene reg, en die genoemde Goue Bul verleen ook nie sodanige gesag en mag aan die Raad van Brabant binne die grense van die Ryk nie, maar bepaal wel dat 'n Brabander wat daar gearresteer word of in sy persoon of goedere aangetas word op vrye voet gestel moet word - iets wat tans egter, vanwee die verdeling van die genoemde Hertogdom onderskeidend gesien moet word: naamlik dat ten aansien van die inwoners van Brabant onderhorig aan die Koning van Spanje, die reg aan sy Majesteit of sy Raad toekom, en ten aansien van die inwoners van Brabant wat onder die Staten Generaal ressorteer, dit aan die Staten Generaal toekom en laasgenoemde alleen bevoeg was om enige inwoners te bevry wat op Ryksbodem aangehou is - ook al was dit met toestemming deur 'n regter - en te meer so as die aanhouding geskied het sonder dat 'n regter dit toegestaan of sy toestemming daartoe gegee het.

Hierby moet gevoeg word dat daar van die genoemde Goue Bul deur die genoemde Antwoorde lelik afgewyk word, deurdat dit lyk asof daar deur die Raad van Brabant tot Brussel magtiging gegee sou gewees het om ook teen persone buite sy jurisdiksie te mag prosedeer en dat dit mag geskied kragtens die Goue Bul; dieselfde sover dit inwoners van hierdie staat betref, sou

56

afhang van die bepalings van die Staten Generaal en nie van die genoemde Raad van Brabant tot Brussel of die Prokureur Generaal aldaar nie. Hierdie afwyking is onversigtig en teen die uitdruklike bepalings van die reg en rede en verwar alle Brabanders en maak geen onderskeid

tussen die bevoegdheid om te vonnis en die magtiging en gesag om die vonnis uit te voer nie. Hierdeur sowel as deur die oorwegings voortvloeiend uit die verdeling van die Hertogdom van Brabant kom alle argumente en spekulasies tot 'n end - want al is dit so dat 'n onderdaan van die Staten Generaal of 'n burger van Maastricht nie deur die Raad van Brabant of die Prokureur Generaal tot Brussel op die Ryksbodem gearresteer mag word nie - beteken dit nie dat 'n geldige vonnis kragteloos sal wees nie, maar dat dit alleen kan geskied deur die gesag van diegene aan wie die genoemde Bonaarts betreffende sy persoon of goedere onderhorig is, en daardie persoon kan (nadat hy die saak en prosedure in orde gevind het) die vonnisuitvoering goedkeur of weier.

Die argument en die gevolgtrekkings daaruit gemaak deur die genoemde Antwoorde gaan nie op nie, betreffende die jurisdiksie voor en tot datum van vonnis, tot die uitvoer van vonnis, en dit kan trouens as 'n dwaling in die reg beskou word. Eerstens is die magtiging tot eksekusie, of die beslagleggingsbevel, wat die genoemde Prokureur Generaal graag wou hê, en waarvoor hy self aansoek gedoen het, ten aansien van die bevel tot betaling deur die genoemde Bonaarts, nie gegee nie. Die

57

Prokureur Generaal moes tog die finale besluit van die Staten Generaal, wie se magtiging hy self aangevra het, afwag, alvorens hy tot sulke buitensporige prosedures en gewelddadighede oorgegaan het, alhoewel selfs ná die toestaan van die versoek, sodanige maniere van doen ... nie toegelaat sou gewees het nie.

Die Prokureur Generaal soek ook tevergeefs verskoning vir die gewelddadigheid deur aan te voer dat die genoemde Bonaarts voortvlugtig was, want dit is ongehoord dat die verandering van domisilie as 'n voortvlugting beskou word en dat diegene wat op 'n bepaalde en vaste plek domisilie gevestig het, en daar bly, en ook glad nie insolvent is nie, as voortvlugtig beskou word en as voortvlugtig behandel mag word, soos wat deur die genoemde Kennisgewing deeglik uitgewys is.

Die genoemde Antwoorde raak ook die pad byster waar dit gestel word dat die genoemde Bonaarts, toe hy van mening was dat daar oorskryding was van die bevoegdheid tot vonnisuitvoering, hy die saak voor die genoemde Raad van Brabant tot Brussel moes opponeer. Hierdie reël sou wel toepaslik kon wees in geval (gegewe behoorlike beslagleggingsbevele) die genoemde prosedure van vonnisuitvoering binne die jurisdiksie van die genoemde Raad was. Maar aangesien op daardie plek die genoemde gewelddadigheid onder die dekmantel van vonnisuitvoering plaasgevind het, die einste Raad geen jurisdiksie of gebiedsreg het nie, en dat 'n inwoner van Maastricht, selfs met

58

magtiging van die regter van die gebied, nie aangetas kan word, in elk geval nie sonder toestemming of teen die wil van die Staten Generaal nie - so is dit dat die genoemde Bonaarts geensins verplig was om die genoemde Raad in die stukke oor die genoemde arrestasie te erken nie, of om die arrestasie voor die Raad te opponeer nie."

Die Regsmening sluit af met dié lotsbelaaide woorde:

"Hieruit wil aangedui word dat die genoemde Raad deeglike aandag aan die genoemde vonnisuitvoering gegee het en dat daar nie juridies en met inagneming van dit wat in ag geneem behoort te word teen die genoemde Bonaarts geprosedeer is nie, maar wel op gesag van die genoemde Raad. Niemand egter kan, buiten die Staten Generaal, iemand vrystel van die gewone vorms van prosedeer, ten aansien van 'n inwoner van hierdie staat, want anders word die behoorlike orde van prosedeer tot nadeel van die inwoners, die verloop van die gereg en reëls van vonnisuitvoering ondermyn. Daarom behoort die genoemde arrestasie na regte op eis van die Staten Generaal ongedaan gemaak te word vry van koste of skade, of anders die weg van retorsie (weerwraak) ingeslaan te word, wat al is wat oorbly..."

Hierdie mening spreek vir sigself. Dit is duidelik datdaarvolgens die eksekusie van vonnis verleen deur die Raad van Belgiese Brabant 'n nulliteit was omdat dié Raad

59

geen regsbevoegdheid had om dit só te beveel nie. Dit is weliswaar nie 'n uitspraak van 'n hof nie maar is nogtans gesaghebbend en wel om die volgende redes. Soos reeds gemeld kom dié regsmening voor in die vyfde deel van die Hollandsche Consultatien, cons. 97, bl 331-337. Dié deel het in 1664 verskyn. Van besondere belang hier is die mening dat 'n voorafgaande wettige verhoor en uitspraak nie as verskoning of regverdiging kan dien vir 'n daaropvolgende ontvoering vir doeleindes slegs van ten uitvoerlegging van die vonnis nie, en dat so 'n gewaande eksekusie gevolglik geen regskrag het nie. Dit is aangevra deur die State Generaal. Die regsmening aangaande die Bonaarts geval is 'n voorbeeld van wat in die praktyk as die geldende reg beskou is.

Uit hoofde van die bogaande is dit duidelik dat

'n Nederlandse hof volgens die Romeins-Hollandse gemene reg geen regsbevoegdheid gehad het om 'n persoon te verhoor wat uit 'n ander jurisdiksie ontvoer is deur

60

werktuie van die staatgesag wat bewind voer in die regsgebied van so 'n hof nie. Die vraag is of daardie beginsel ook deel van ons huidige reg is.

DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Ons gemene reg is steeds oorwegend die Romeins-

Hollandse reg soos aangepas by plaaslike omstandighede. Geen Suid-Afrikaanse statuut verleen of ontnemregsbevoegdheid aan ons howe om 'n persoon te verhoor watop voormelde wyse uit 'n ander land ontvoer is en die Republiek binne gebring is nie. Die wyse en uitwerking van inhegtenisneming word gereel by art 39 van die Strafproseswet no 51 van 1977. Sub-art (3) daarvan

bepaal die volgende:

"(3) Die uitwerking van inhegtenisneming is dat die gearreesteerde persoon in wettige bewaring is en dat hy in bewaring aangehou word totdat hy wettiglik uit bewaring ontslaan of vrygelaat word."

Die bepalings van art 39 is weliswaar redelik omvattend,

61

maar die wetgewer het nietemin nie. beoog om ons gemene reg deur middel daarvan te kodifiseer nie en het dit ook nie gedoen nie. Vgl NGQUMBA EN 'n ANDER TEEN DIE STAATSPRESIDENT 1988 (4) SA 224 (A) op 263G-267B; MINISTER OF LAW AND ORDER AND ANOTHER v PARKER 1989 (2) SA 633 (A) op 637H-641G. Artikel 39(3) handel nie met gebeure voor arrestasie nie en is nie teenstrydig met voormelde reëls van die Romeins-Hollandse reg nie. Daar is ook geen beslissing van ons howe dat voormelde reëls nie deel van ons reg is nie. Die regsbevoegdheid van die Hooggeregshof van Suid-Afrika word onder meer statutêr bepaal deur die Wet op die Hooggeregshof, no 59 van 1959. Art 19 van daardie Wet handel met die "persone oor wie en aangeleenthede met betrekking waartoe provinsiale en plaaslike afdelings regsbevoeg is". Die inleidende deel van art 19 (1) (a), en ook sub-art 19 (3), is ter sake by die oorweging van die onderhawige vraag. Hulle lui soos volg:

62

"19 (1) (a) 'n Provinsiale of plaaslike afdeling besit regsbevoegdheid oor alle persone wat binne sy regsgebied woon of is en met betrekking tot alle gedinge wat daar ontstaan en alle misdrywe wat aldaar bereg kan word en alle ander aangeleenthede wat regtens deur hom beregbaar is. ...

(3) Die bepalings van hierdie artikel word nie so uitgelê dat dit op enigerlei wyse die bevoegdhede van 'n provinsiale of plaaslike afdeling, soos dit by die inwerkingtreding van hierdie Wet bestaan, beperk, of so 'n afdeling van regsbevoegdheid wat hy wettiglik by bedoelde inwerkingtreding kon uitoefen, onthef nie."

In BISONBOARD LTD v K BRAUN WOODWORKING MACHINERY (PTY)LTD, [1990] ZASCA 86; 1991 (1) SA 482 (A) het Hoexter AR die volgende gesê op 486 D-E ten aansien van die inslag in art 19

(1) (a) van die Engelse weergawe van die woorde "gedinge wat daarontstaan":

"In a long line of cases the words 'causes arising' have been interpreted as signifying not 'causes of action arising' but 'legal proceedings duly arising', that is to say, proceedings in which the court has jurisdiction under the common law."

Dieselfde geld klaarblyklik vir die Afrikaanse weergawe.

63

Na my oordeel het die wetgewer met die gebruik van die daaropvolgende sinsnede "alle misdrywe wat daar bereg kan word", ook nie bedoel om in strafsake beperkings wat gemeenregtelik ten aansien van 'n hof se jurisdiksie gegeld het, as't ware af te skaf nie. So 'n beperking was nou juis te vind in die reël dat al sou 'n misdaad binne die jurisdiksiegebied van 'n hof gepleeg gewees het, die hof nie die regsbevoegdheid gehad het om die betrokke persoon te verhoor indien hy deur werktuie van die staatsgesag uit 'n ander jurisdiksiegebied ontvoer is nie. Die uitsprake, wat gehandel het met die effek wat 'n ontvoering oor landsgrense heen na die Republiek van Suid-Afrika het op die regsbevoegdheid van ons howe om die betrokke beskuldigdes te verhoor, het òf te doen gehad met feite wat wesenlik van dié hier ter sprake verskil òf het nie daardie vraag in die lig van die gemenerereg oorweeg nie. In ABRAHAMS v MINISTER OF JUSTICE AND OTHERS 1963 (4) SA 542 (K), het die appllkant om

64

habeas corpus aansoek gedoen en beweer dat hy deur lede van die Suid-Afrikaanse Polisie in Betsjoeanaland (soos dit destyds geheet het) ontvoer en oor die landsgrens heen na Gobabis in die eertydse Suid Wes-Afrika geneem en daar gearresteer is. Die respondente kon nie ontken of erken dat hy deur die Suid-Afrikaanse Polisie ontvoer is nie. Die hof het op gesag van REX v ROBERTSON 1912 TPD 10 en REX v OFFICER COMMANDING DEPOT BATTALION, COLCHESTER : Ex parte ELLIOT [1949] 1 All ER 373, besluit dat waar daar 'n wettige arrestasie binne eie landsgrense was die omstandighede waaronder die appllikant die land binnegebring is, nie ter sake is nie. ROBERTSON se saak was ook 'n aansoek om habeas corpus en het gegaan oor 'n lasbrief om uitlewering na Skotland ingevolge die Fugitive Offenders' Act van 1881. Dié lasbrief is deur 'n Transvaalse regter endosseer. Die appllikant het beweer dat hy onwettiglik in Natal gearresteer en toe na Transvaal gebring is. Die

65

aansoek is van die hand gewys en De Villiers RP het op bl

12-13 die volgende gesê:

"The appllcant was brought into the Transvaal. Whether he was brought here legally or illegally, this Court has nothing to do with: as a fact he was brought here, and thereafter he was arrested, on the 10th October, on a valid warrant which had been issued in Scotland, and which in my opinion was duly endorsed. That being so, it is not necessary to go into the other points which have been raised."

Die Romeins-Hollandse gemeenregtelike bepalings is nooittydens die betoë geopper of in die uitspraak genoem nie. Op die feite is dié saak ook onderskeibaar van beide ABRAHAMS en die onderhawige saak.

ELLIOT se saak, supra, was ook 'n aansoek om

habeas corpus. Dit het gegaan oor 'n droster uit die Britse leër wat in België na bewering onwettiglik deur Britse militêre polisie gearresteer is en na Engeland gebring is om daar deur 'n krysraad verhoor te word. Die

saak is beslis volgens die bepalings van die Engelse

66

gemene reg. Dit is gevolglik nie hier ter sake nie, en was dit ook nie in die ABRAHAMS saak nie. Dieselfde oorwegings geld vir die latere Engelse saak van R v PLYMOUTH MAGISTRATES' COURT AND OTHERS, ex parte DRIVER

[1985] 2 All ER 681 QBD. (Daar was die beskuldigde deur die Turkse owerhede in samewerking met die Britse polisie mislei om in Turkye 'n vliegtuig na Engeland te haal waar hy op aankoms arresteer was.) Die appellant het ons voorsien van 'n volle afskrif van Viljoen R se ongerapporteerde uitspraak in die saak van DIE STAAT teen RAMOTSE EN 19 ANDER wat op 14 September 1970 in die Transvaalse Provinsiale Afdeling gelewer is. Soos in die NDULI saak genoem op 907 E-F, is Ramotse, wat beskuldigde 1 was, uit Botswana ontvoer deur Rhodesiese soldate en na Rhodesië geneem. Volgens die voormelde afskrif van die uitspraak het die betrokke staatsgetuie beweer dat hy by Beitbrug aan die Suid-Afrikaanse Polisie oorhandig en daar, binne die RSA, deur

67

hulle gearresteer is. Dié getuie is nie betwis nie. Die beskuldigde het aangevoer dat weens sy onwettige arrestasie in Botswana die verhoorhof nie regsbevoegdheid had om hom te verhoor nie. Viljoen R het op sterkte van die beslissings in die ABRAHAMS en ELLIOT sake die aansoek van die hand gewys. Die bepalings van ons gemene reg is nie in die uitspraak geopper nie, en geen melding is van enige van die bogenoemde Romeins-Hollandse gesag gemaak nie. Daardie beslissing is gevolglik van geen nut vir doeleindes van hierdie uitspraak nie. Ek het reeds hierbo gehandel met die NDULI-saak. MINISTER OF LAW AND ORDER, KWANDEBELE EN OTHERS v MATHEBE AND ANOTHER 1990 (1) SA 114 (A) het gegaan oor die arrestasie van die beskuldigdes deur lede van die KwaNdebele polisie in Johannesburg en hul verwydering na die self-regerende gebied van KwaNdebele. Daardie geval toon gevolglik 'n groot ooreenkoms met dié van GUILLAM BONAARTS. Hierdie Hof se beslissing dat die arrestasie

68

en daaropvolgende aanhouding ongeldig was, is egter gegrond op 'n vertolking van die betrokke statute, te wete, die Grondwet van die Nasionale State, no 21 van 1971, die Staatsdienswet, no 111 van 1984, die Polisiewet, no 7 van 1958, en die KwaNdebele Polisiewet. Die gemeenregtelike posisie is nie beredeneer nie, en ook nie in die uitspraak van hierdie Hof genoem nie. Na my mening is voormelde reëls van die Romeins-Hollandse reg steeds deel van ons huidige reg.

EVALUERING Verskeie fundamentele regsbeginsels is teenwoordig in daardie reëls, te wete, dié ter behoud en bevordering van menseregte, goeie inter-staatlike betrekkinge en gesonde regspleging. Die individu moet beskerm word teen onwettige aanhouding en teen ontvoering, die grense van regsbevoegdheid moet nie oorskry word nie, staatkundige soewereiniteit moet

69

eerbiedig word, die regsproses moet billik wees teenoor diegene wat daardeur geraak word en die misbruik daarvan moet vermy word om sodoende die waardigheid en integriteit van die regspleging te beskerm en te bevorder. Die Staat word ook daardeur getref. Wanneer die Staat self 'n gedingsparty is, soos byvoorbeeld in strafsake, moet dit as't ware "met skoon hande" hof toe kom. Wanneer die Staat dan self betrokke is by 'n ontvoering oor die landsgrense heen soos in die onderhawige geval, is sy hande nie skoon nie. Bepalings soos dié voormeld getuig van gesonde regsontwikkeling van hoë gehalte. Tekens daarvan kom ook deesdae al hoe meer in die munisipale reg van ander lande voor. 'n Sprekende voorbeeld is dié van die TOSCANINO saak in die Verenigde State van Amerika, waarna mnr Mahomed ons verwys het. Dit is die saak van UNITED STATES v TOSCANINO, [1974] USCA2 613; 500 F 2d, 267, beslis op 15 Mei 1974 in die UNITED STATES COURT OF APPEALS, SECOND CIRCUIT.

70

Toscanino, 'n Italianer, wat in Uruguay woonagtig was, is in die Federale Distrikshof vir die Oostelike Distrik van New York skuldig bevind aan sameswering om dwelmmiddels in die Verenigde State in te voer en daar te versprei. Hy is gevonnis tot 20 jaar gevangenisstraf en 'n boete van \$20,000. Toscanino het voor sy verhoor en na sy skuldigbevinding maar voor vonnis, die volgende beweer: Deur bemiddeling van agente van die VSA is hy ontvoer uit Uruguay en na Brasilië geneem waar hy aangehou en gefolter is; van daar is hy per vliegtuig na die Verenigde State geneem; daar is hy gearresteer en aangekla en het sy verhoor gevolg. Hy het teen sy veroordeling geappelleer na die United States Court of Appeals, Second Circuit. Hy het sy voormelde bewerings voor die hof van appél herhaal. Daar is toe namens hom betoog dat sy verhoor en daaropvolgende skuldigbevinding en vonnis nietig was omdat al die verrigtinge wat op sy ontvoering gevolg het regtens 'n nulliteit was. Die hof

71

hof van appél het beslis dat indien sy bewerings waarwas die verrigtinge inderdaad 'n nulliteit sou wees. Die

saak is na die verhoorhof terugverwys vir 'n ondersoek omdie waarheid al dan nie van Toscanino se bewerings te bepaal. Die saak is weliswaar hoofsaaklik beslis op grond van die "due process" bepalings van die grondwet van die Verenigde State (vide byvoorbeeld bl 275 kol 2

(4)); maar die hof moes nogtans ook beslis wat daardie "process" behels in die verband van die bewerings in diesaak voor hom en het die kernvraag vir beslissing toe indie volgende wye terme so geformuleer. (bl 271 kol 1-2):

"In an era marked by a sharp increase in kidnapping activities, both here and abroad ... we face the question as we must in the state of the pleadings, of whether a federal court must assume jurisdiction over the person of a defendant who is illegally apprehended abroad and forcibly abducted by government agents to the United States for the purpose of facing criminal charges here."

(Dit is in wese dieselfde vraag as dié in die onderhawige geval ter sprake.)

72

Die hof het geweier om die beslissings in *KER v*

ILLINOIS 119 US. 342 (1888) en *FRISBIE v COLLINS* 342 US.519

(1952) te volg, en het die redes daarvoor soos volggemotiveer (bl 275 kol 2 par 4):

"[4] Faced with a conflict between the two concepts of due process, the one being the restricted version found in *Ker-Frisbie* and the other the expanded and enlightened interpretation expressed in more recent decisions of the Supreme Court, we are persuaded that to the extent that the two are in conflict, the *Ker-Frisbie* version must yield. Accordingly we view due process as now requiring a court to divest itself of jurisdiction. over the person of a defendant where it has been acquired as the result of the government's deliberate, unnecessary and unreasonable invasion of the accused's constitutional rights. This conclusion represents but an extension of the well-recognized power of federal courts in the civil context to decline to exercise jurisdiction over a defendant whose presence has been secured by force or fraud."

Die bevel deur die hof gemaak kom voor op bl 281 kol 1-2,

en is in die volgende terme:

"Conclusion The case is remanded to the district court for

73

further proceedings not inconsistent with this opinion. Our remand should be construed as requiring an evidentiary hearing with respect to Toscanino's allegations of forcible abduction only if, in response to the government's denial, he offers some credible supporting evidence, including specifically evidence that the action was taken by or at the direction of United States officials. Upon his failure to make such an offer the district court may, in its discretion, decline to hold an evidentiary hearing."

Die denke wat ten grondslag lê van die betrokke reël vandie Amerikaanse reg en bevel van die hof blyk uit die volgende passasie op bl 273 kol 1 bl 274 kol 2:

"As the Supreme Court has repeatedly made clear, the Exclusionary Rule has nothing to do with the fair determination of the guilt or innocence of the accused. It represents a judicially-created device designed to deter disregard for constitutional prohibitions and give substance to constitutional rights. *Mapp v. Ohio*,

[1961] USSC 142 ; 367 U.S. 643 , 646, 81 S.Ct. 1684 , 6 L.Ed.2d 1081. In the words of Justice Holmes, to allow the government to benefit illegally from seized evidence, 'reduces the Fourth Amendment to a form of words,' *Silverthorne Lumber Co. v. United States*,

[1920] USSC 22 ; 251 U.S. 385 , 40 S.Ct. 182 , 64 L.Ed. 319 (1920). The philosophy behind the rule and possible broader application of the basic principle underlying

74

it was best described by Justice Brandeis in an oftquoted passage from his dissenting opinion in *Olmstead v. United States*, [1928] USSC 133; 277 U.S. 438, 48 S.Ct. 564, 72 L.Ed. 944 (1928), which we have only recently invoked again, see *United States*

v. Archer, [1973] USCA2 565; 486 F.2d 670, 674-675 (2d Cir. 1973):

'The court's aid is denied only when he who seeks it has violated the law in connection with the very transaction as to which he seeks legal redress. Then aid is denied despite the defenant's wrong. It is denied in order to maintain respect for law; in order to promote confidence in the administration of justice; in order to preserve the judicial process from contamination. Decency, security and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen. In a government of laws, existence of the government will be impêrilled if it fails to observe the law scrupulously. Oúr Government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means to declare that the government may commit crimes in order to secure the

75

conviction of a private criminal - wouldbring terrible retribution. Against thatpernicious doctrine this court shouldresolutely set its face.' 277 U.S. at484-485.Society is the ultimate loser when, in order toconvict the guilty, it uses methods that leadto decreased respect for the law. See *UnitedStates v. Archer*, *supra* at 677.

[1] Thus the Court's decisions in *Rochin* and *Mapp* unmistakably contradict its pronouncement in *Frisbie* that ' due process of law is satisfied when one present in court is convicted of crime after being fairly apprized of the charges against him and af ter a fair trial in accordance with constitutional procedural safeguards.' The requirement of due process in obtaining a conviction is greater. It extends to the pre-trial conduct of law enforcement authorities."

Die hof het die volgende bygevoeg (bl 276 ko!2):

"Drawing again from the field of civil procedure, we think a federal court's criminal process is abused or degraded when it is executed against a defendant who has been brought into the territory of the United States by the methods alleged here. Cf. Commercial Mutual Accident Co. v. Davis,

[1909] USSC 85 ; 213 U.S. 245 , 29 S.Ct. 445 , 53 L.Ed. 782 (1909); Fitzgerald Construction Co. v. Fitzgerald, supra. We could not tolerate such an abuse without debasing 'the processes of justice'."

76

Hierdie denke is tot 'n groot hoogte ook grondliggend tot die voormelde reëls van ons reg.

GEVOLGTREKKING

Die volgende uitlating van Daniels R in die uitspraak van die hof a quo is derhalwe verkeerd:

"I am satisfied upon the authorities referred to that even if the applicant, therefore, was captured in violation of public international law, such seizure by the South African State or by an agent of the State acting with its knowledge and connivance in Swaziland, would not impair this Court's jurisdiction. This view appears to me to be in accordance with the internationally accepted approach and one which has been consistently applied and followed in South African Courts."

Hierdie Hof het nie in NDULI se saak só ver gegaan nie, en die Transvaalse Hof in RAMOTSE ook nie. Die geleerderegter se stelling is ook in stryd met voormelde steedsgeldende reëls van ons gemene reg; en ABRAHAMS se saak, supra, is in die lig van daardie reëls verkeerd beslis.

Dit volg dat die verhoorhof ooreenkomstig ons⁷⁷

geldende gemene reg geen regsbevoegdheid gehad het om die saak teen appellant te bereg nie. Sy skuldigbevinding en vonnis kan gevolglik nie bly staan nie. Appellant se aansoek moes geslaag het. Hy was destyds geregtig op die bevel aangevra in paragrawe 1-4 van die kennisgewing van mosie. Na afwysing van sy aansoek het omstandighede egter ingrypend verander. Die verhoor het voortgegaan en die skuldigbevinding en vonnis het gevolg. Appellant moes nie verhoor gewees het nie. Maar die verhoor en die gevolge daarvan vir appellant is nietemin tans bestaande feite. Wat nou van belang is, is om daardie gevolge ongedaan te maak. Daar sal derhalwe geen sin daarin wees om bevel te maak ooreenkomstig die kennisgewing van mosie nie. By die beredenering van hierdie appèl was die partye dit trouens eens dat die appèl beskou en hanteer moet word as synde gerig teen die skuldigbevinding en vonnis. Appellant het nie in sy aansoek of in hierdie appèl om 'n kostebevel teen die

78

respondente gevra nie.

Die volgende bevele word derhalwe gemaak:

- (1) Die appêl slaag.
- (2) Die appellant se skuldigbevinding en vonnis word tersyde gestel.

M T STEYN AR JOUBERT Wr HR)

NICHOLAS Wr AR)

Source & reproduction note

Judgment wording, source notices and original paragraph numbers are retained. Esheria supplies the layout and this PDF's page numbers; these are not the source pagination. This is a research copy, not an official or certified court document. Check quotations, citations and publication restrictions against the original source before relying on it.

ORIGINAL SOURCE <https://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/1991/3.html>

CASE PAGE <https://chat.esheria.ai/case-law/south-africa/s-v-ebrahim-unknown-topic-asca-1991--6a3ea51c3b1caa91298130b8>

Prepared on 11 October 2026 · Esheria