

11578

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA.

(APPELAFDELING)

Insake:

JAN JOHANNES VAN DER MESCHT

.... Appellant,

en

DIE STAAT

.... Respondent.

Coram: Steyn H.R., Hoexter, Van Blerk, Botha A.RR., et

Van Winsen Wn. A.R.

Verhoordatum: 15 Junie 1961. Leweringsdatum: 28 de November 1961

U I T S P R A A K

STEYN H.R.:

In die Hof a quo het die appellant tereggestaan op aanklagte van onwettige besit van onbewerkte edel metaal, nl. 'n hoeveelheid goudbevattende amalgaam, 'n hoeveelheid onbewerkte goud en 'n hoeveelheid goudbevattende sand, en van strafbare manslag. Wat die besit van die onbewerkte edel metaal betref, het hy skuldig gepleit en is gestraf. Wat die strafbare manslag betref, is dit hom ten laste gelê dat hy op 30 Mei 1959 'n sekere Arie Groesbeck en ^{syne} ~~vir~~ kinders "wederregtelik doodgemaak het". Hierop het hy onskuldig gepleit maar is skuldig bevind en veroordeel tot twaalf maande gevangenisstraf. Teen hierdie skuldigbevinding en

straf/2

straf kom hy in hoër beroep.

Die feite is kortliks dat die appellant en Arie Groesbeek op genoemde datum in laasgenoemde se woonhuis goudbevattende amalgaam op 'n stoof tot smeltpunt verhit het met die doel om die goud daaruit af te skei, dat die amalgaam deur die verhitting kwikgas afgegee het en dat Arie Groesbeek en vier van die kinders wat in die huis was, deur die kwikgas gedood is.

Die skuldigbevinding berus op twee gronde. Die verhoorregter het nl. bevind beide dat die dood van die oorledenes aan die appellant se nalatigheid te wyte is en dat hul dood veroorsaak is deur 'n onwettige daad van die appellant, nl. die smelt van die goudbevattende amalgaam sonder die nodige vergunning.

Met verwysing na die appellant se beweerde nalatigheid merk die verhoorregter op:

" He was doing an act which he realised was dangerous,
" although he did not realise the extent and the nature of the
" danger. Now I must ask myself the question whether a
" reasonable man, faced with such a position, should not
" have ascertained the exact nature of the danger before
" attempting the operation. He was going to do something
" that was dangerous to the extent that he believed gas masks

should be.../ 2(a)

" should be used, but nevertheless he does nothing to prevent
" injury to others, or to enquire what the nature of the danger
" is. It is possible that the accused thought there would be
" some pungent odour which would warn him of the dangers and
" thus enable him to cease the operation. Instead there was
" apparently no such warning odour and the damage was done
" without the accused being aware of it. It seems to me that
" a reasonable man, dealing with something of which

he had ... / 3

" he had little experience, but which he believes to be
" dangerous should first have ascertained the nature of
" the danger and so have enabled him to take steps to
" prevent it. The accused failed in this respect. He
" took no steps at all. "

Vervolgens kom die verhoorregter tot die gevolg-
trekking dat die daad nie alleen onwettig was nie maar ook
op 'n nalatige wyse verrig is.

Appellant se advokaat het betoog dat appellant
nie op grond van nalatigheid vir die dood van die oorledenes
verantwoordelik gestel kan word nie tensy hy as redelike persoon
kon en moes geweet het dat sy daad tot hul dood kon lei. Die
vraag is dan of buite redelike twyfel bewys is dat daar wel
'n sodanige skuldverband tussen appellant en die ingetrede
gevolge bestaan.

Dat kwikgas/4

Dat kwikgas deur die verhitting van die amalgaam vrygestel is en dat die vrygestelde hoeveelheid inderdaad dodelike gevolge gehad het, staan buite twyfel. Uit die getuienis blyk egter dat kwikgasvergiftiging, in Transvaal altans, 'n heel seldsame verskynsel is. Die eienskappe en uitwerking van die gas is minder bekend. Volgens Dr. Flax, die distriksgeheesheer, sou hy nie verwag dat die gemiddelde persoon ("an average person") sou weet dat die verhitting van kwik noodlottige gevolge sou kan hê nie. Hoewel geen getuienis daaromtrent afgelê is nie, kan dit aanvaar word, meen ek, dat die bekendheid van die feit dat hierdie bepaalde amalgaam kwik bevat wat in die vorm van 'n gas deur verhitting uitgedryf sal word, nie hoër dan dit aangeskryf kan word nie. Met die oog hierop sou dit kwalik ~~nooit~~ te regverdig wees om kennis van die een of die ander, of nalatigheid indien hy geen gevaar vermoed nie, aan die bonus paterfamilias toe te skryf. Wat dus bepaal moet word, is die kennis waaroor die appellant self inderdaad beskik het, of kon en moes beskik het. Daaromtrent is in die getuienis wat die Staat voorgelê het, weinig te vind.

Dit blyk dat die appellant by die Durban-Roodepoort goudmyn in diens was. Aanvanklik het hy in die stampmeul gewerk maar vanaf 20 tot 30 April was hy werksaam in ~~die~~ 'n vertrek /5

vertrek wat as amalgaam-kamer beskryf word. Dit is die vertrek waarin 'n amalgaam van goud en kwik sonder verhitting gevorm word. Wat die kwik in hierdie vertrek betref, getuig Mnr. Inglis, 'n mynbeampte, dat die hantering daarvan geen gevaar van verdamping en gevolglike vergiftiging oplewer nie. Uit hierdie vertrek word die amalgaam verwyder na 'n smeltoond ongeveer 500 tree daarvandaan, waar die kwik uit die amalgaam verwyder word, maar die oond is so ingerig dat ook daar geen gevaar van kwikgasvergiftiging bestaan nie. Geen verdere voorsorg teen sodanige vergiftiging is nodig of word getref nie. Sommige werkers dra daar beskuttings met 'n bril daarin ("protective shields with glasses"), maar dit is ter beskerming teen hitte wanneer die oondoopgemaak word.

Uit hierdie getuienis - en daar is geen ander deur die Staat voorgelê insake die appellant se kennis ^{van} ~~insake~~ kwik nie - kan nie afgelei word dat hy bewus moes gewees het van die gevaarlike eienskappe van kwikgas nie. Dit is selfs nie bewys dat die betrokke amalgaam kenlik die soort is waarmee hy in hierdie vetrek ^Lvetroude geraak het ~~nie~~ en dat hy daarom moes geweet het dat dit kwik bevat nie.

Die enigste getuienis waarop die Staat steun, is dié van die appellant self onder kruisverhoor. In hoofsaak is dit die volgende:

" Jy sê jy het Mnr. Groesbeek gesê dat jy baie hitte

" nodig het om die goed mee af te skei ? ---- Nee.

" Het jy vir kom gesê dat 'n koolstoof nie genoegsaam

" daarvoor is nie ? ---- Ja. Die mense wat geweet het

" het my gesê dat dit baie hitte nodig het, maar ek self

" het dit nie geweet nie.

" En die kêrels het seker ook vir jou gesê dat daar

" gas afkom, dat hulle gasmaskers gebruik ? ---- Nee hulle

" het nie; ek het my eie opinie gevorm dat jy moet 'n gasmasker

" hê.

" Waarom het jy dit gedink ? ---- Kyk, as jy daardie

" goed wil smelt dan moet dit seker 'n damp of soiets afgee.

" Jy was bang daarvoor ? ---- Ek was nie eintlik

" bang nie maar dit was my opinie daaromtrent. "

Die feitlike grondslag vir hierdie ondervraging blyk nergens uit die getuienis nie, en dit bevat geen uitdruklike erkenning nie van 'n bewustheid van 'n aan die appellant onbekende gevaar, of van moontlike lewensgevaar. Die werklike inhoud van sy kennis kan moeilik nader uit sy verdere onbevredigende getuienis bepaal word en kan hoogstens afgelei word uit wat hy erken het.

Die juiste strekking van wat hy erken het, staan

na my mening/7

na my mening ook nie buite twyfel nie. Op 'n later stadium in sy getuienis het hy sy antwoorde in die aangehaalde passasies probeer verduidelik of ontwyk deur te kenne te gee dat 'n masker nie juis vir gas nodig sou wees nie, maar slegs vir die hittegloed. Sy getuienis laat die vrag ontstaan of hy met sy verwysings na maskers, inderdaad bedoel het om 'n verskil te trek tussen wat hy 'n gasmasker noem en ander maskers of beskuttings. Op die vraag of hy vir Groesbeek gesê het hulle moet gasmaskers gebruik, antwoord hy bevestigend en voeg dan by "ek het gesê hulle moet sekere maskers gebruik vir die hitte." Dit wek die indruk dat volgens sy uitdrukkingswyse ~~laasbedoelde~~ laasbedoelde maskers ook gasmaskers genoem kan word. Daarby spreek sy vae verwysings na "n damp of soiets" van onsekerheid omtrent wat die verhitte amalgaam werklik sou afgee. Hierdie woorde sou egter 'n gas van 'n aan hom onbekende aard insluit, en in die samehang sou dit 'n gas kan wees waarteen een of ander beskutting, wat hyself 'n gasmasker noem, na sy mening nodig sou gewees het. So beskou, sou sy getuienis prima facie neerkom op 'n erkenning dat hy bewus was van die moontlikheid dat een of ander gas waarteen dit nodig kan wees om die smelters te beskerm, deur die verhitting uitgedryf kan word. Maar ook dan sou dit nog nie vanself spreek dat hy 'n beskutting in gedagte gehad het teen wat 'n redelike persoon

as 'n aan hom heeltemal onbekende en daarom moontlik lewens-
gevaarlike uitwerking sou beskou het nie. Dit sou ook 'n
beskutting teen 'n verwagte verbygaande uitwerking van die
gas kan wees. Met die oog op hierdie oorwegings sou ek aarsel
om te bevind dat bedoelde erkenning 'n ondubbelsinnige en
duidelike erkenning is van 'n bewustheid van 'n ~~yn~~ onbekende
moontlike gevaar van so 'n aard dat hy daarop bedag moes gewees
het dat dit lewensgevaar sou kan insluit en daarom die nodige
voorsorg moes getref het om lewensverlies^e te vermy. Dit wil
my voorkom dat sy getuienis nie onbestaanbaar is nie met 'n
verwachting van moontlike skadelikheid van 'n minder ernstige
omvang met uitsluiting van enige noemenswaardige moontlikheid
van lewensverlies. Hy verklaar~~e~~ trouens dat hy nie eintlik
bang was vir die "dampe of soiets" wat die amalgaam sou kan
afgee nie. Dit is nie onbestaanbaar met die voorafgaande
erkenning nie. By ontstentenis van verdere gegewens omtrent
die appellant se mening is dit moeilik om te bevind dat 'n
redelike persoon met dieselfde kennis 'n moontlike skadelikheid
van meer ernstige omvang sou voorsien het. Die strekking van
die appellant se getuienis ~~as~~ ^ybegevolg nie van so 'n aard dat
dit, indien dit gepaard gegaan het met 'n erkenning dat sy
bedrywigheid met die amalgaam die dood van die oorledene

veroorsaak het,/9

veroorsaak het, sonder meer as 'n pleit van skuldig aanvaar sou kan geword het nie.

In die sin van so 'n mindere skadelikheid verstaan, sou die appellant se erkenning ook beter te rym wees met sy gedrag na die verhitting van die amalgaam. Groesbeek was getroud met die dogter van die stiefbroer van die appellant se vrou, en die twee gesinne het blykbaar op 'n vriendskaplike voet met mekaar verkeer. Aan die moontlike gevaarlike of skadelike uitwerking van gasse het hy nie slegs die Groesbeek-gesin /nie, maar ook homself, sy vrou en sy twee eie kinders blootgestel. Dit was die Saterdagmiddag. Dieselfde aand reeds het die meeste van die persone in Groesbeek se huis siek geword, ook die appellant en sy gesin. Sommige was so siek dat 'n geneesheer ingeroep is. Hy verklaar dat almal dieselfde simptome getoon het. Hy het navraag gedoen en tot die gevolgtrekking gekom dat hul voedselvergiftiging onderlede het. Aan gasvergiftiging het hy nie gedink nie. Groesbeek en een van sy kinders het hy dieselfde nag na die hospitaal laat neem. Later - dit blyk nie duidelik nie, maar vermoedelik die volgende dag - is die appellant self, met sy vrou en twee kinders na die hospitaal. Daardie Sondag is Groesbeek en sy seun weer terug na sy huis, maar die volgende dag het sy

toestand en dié van twee van sy kinders versleg en die dag daarna, d.w.s. op 2 Junie, is hy oorlede. Op 3 Junie het sy dogter Hester beswyk. Dit was eers op 4 Junie dat die geneesheer verdere inligting ontvang het wat hom op die spoor van kwikvergiftiging gebring het. Dit blyk nie van wie hy die inligting gekry het nie. Volgens die appellant het hy op geen stadium "in die minste gedink" dat kwik die oorsaak van die siekte is nie. Sy vrou verklaar dat hulle gereken het dit is voedselvergiftiging en dat hulle "nie die minste suspisie gehad het" dat dit miskien kwikgas kon gewees het wat die mense so siek gemaak het nie.

Die verhoorregter merk tereg op dat die appellant onder kruisverhoor 'n heel onbevredigende getuie was. Vir sover sy getuienis daarop neerkom dat hy by die verhitting van die amalgaam geen besef van lewensgevaarlikheid gehad het nie, aanvaar die verhoorregter egter sy getuienis, op grond van die omringende omstandighede, naamlik, die aanwesigheid tydens die verhitting van sy eie vrou en kinders en dié van Groesbeek. Oor die aanneemlikheid of andersins van die appellant se getuienis insake sy mening omtrent die oorsaak van die siekte, met die oog op die omstandighede wat ek genoem het, laat die verhoorregter hom nie uit nie, en ook nie oor die geloofwaardigheid van..../11

heid van sy vrou nie.

Indien/die appellant was wat bedoelde inligting verstrek
dit
het, dan het hy geswyg tot 4 Junie, d.w.s. tot na Groesbeek
en sy dogter se dood, en terwyl hyself, sy vrou en sy twee
kinders intussen in die hospitaal was as gevolg van dieselfde
siekte. Dit wil my voorkom dat dit minder waarskynlike gedrag
is vir 'n persoon wat uit die staanspoor daarvan bewus was dat
die amalgaam 'n onbekende gas kan afgee wat moontlik ernstige
gevaar kan oplewer. Hy het natuurlik belang daarby gehad om
die onwettige smeltery dig te hou, en die geneesheer se diagnose
kon hom ook minder besorg oor moontlike gasvergiftiging laat
voel het, maar selfs as dit inaggeneem word, sou nogtans ver-
wag kan word dat hy, toe die geneesheer navraag gedoen het
omtrent wat hul geëet het of daarna toe dit blyk hoe ernstig
die vergiftiging is, die geneesheer van die smeltery van die
amalgaam sou vertel het. Indien hy aanvanklik reeds 'n onbekende
en potensieel gevaarlike of 'n werklik gevaarlike gas vermoed
het, kon hy nouliks gemeen het dat dit as oorsaak ~~§~~ van hul
almal se sorgwekkende siekte met enige gerustheid uitgeskakel
kan word. En as dit nie sy mening was nie, sou dit ongewone
en onmenslike gedrag gewees het om te swyg.

na my mening
Om hierdie redes kan daar/ nie in die appellant se getuie-
nis, of in wat hy erken het, met voldoende sekerheid uitsluitsel

omtrent sy beweerde nalatigheid gevind word nie. Onder genoemde omstandighede bewys dit nie buite redelike twyfel dat hy nalatig was nie.

Daar bly dan die ander grond waarop die skuldigbevinding berus, nl. die onwettige daad waardeur die appellant die dood van die oorledenes veroorsaak het. Hoewel die verhoor-regter nie daarna verwys nie, sou die onwettigheid van die daad blyk uit Reglement 65(3) van die Reglemente by Proklamasie No. 18 van 1914 kragtens Arts. 32 en 106 van Transvaalse Wet No. 35 van 1908 op 16 Januarie 1914 afgekondig. Die toepaslike deel van die Reglement lees as volg:

- " Niemand zal goudbevattende stof smelten
- " onverschillig of zodanige stof bewerkt of onbewerkt is,
- " tenzij hij de houder is van een juwelierspermit, en verder
- " zal geen zodanig persoon tegen enige tijd stof bevattende
- " meer dan twee onsen goud (troy gewicht) smelten
- " onverschillig of zodanige stof bewerkt of onbewerkt is,
- " zonder geschreven toestemming van de politie officier
- " gesteld over een distrikt of post. "

Volgens Reglement 65(4) kan so 'n juwelierspermit deur die belastinggaarder in enige distrik uitgereik word, maar hy mag dit nie doen nie tensy die Kommissaris van ^oPlisie sertifiseer dat die aansoeker 'n geskikte persoon is om so 'n permit te

besit.

Namens die appellant is betoog dat daar geen bewys is dat hy nie so 'n permit besit het nie, en dat ~~hy~~ nóg Art. 288(1) nóg Art. 315 (2) (b) van die Strafproseswet 1955 van toepassing is, omdat hy nie van oortreding van Reglement 65 (3) as sulks aangeklaaf is nie. Dit wil my egter voorkom dat ~~daar/volgende~~ uit die gegewens ~~is/waar/van~~ afgelei ~~kan~~ moet word dat die appellant nie in besit van so 'n permit was nie. Dit word nie betwis dat hy die amalgaam onwettig besit het nie. Dit is heel onwaarskynlik dat hy in sy omstandighede die Kommissaris van Polisie van die teendeel sou kon oortuig het en van hom die nodige sertifikaat vir 'n juwelierspermit sou verkry het; en dit is nouliks denkbaar dat hy sou probeer het om dit te doen.

Die vraag is of die appellant tereg, sonder bewys van nalatigheid, aan strafbare manslag skuldig bevind is, bloot omdat hy deur 'n onwettige handeling die dood van die oorledenes veroorsaak het. Daar is uitsprake van ons howe, ook van hierdie Hof, wat daarop 'n bevestigende antwoord gee. Onder hulle is R. vs. Matsepe 1931 A.D. 150 die belangrikste.

In ^hhierdie saak was die appellant aan strafbare manslag skuldig bevind omdat hy deur die nalatige bestuur van 'n vragmotor ~~is~~ 'n seun wat agter op die motor was, verongeluk het.

Hoewel Matsepe bewus was van twee ander persone, Johannes en Stephen, wat saam met hom in die motor was, het hy nie geweet van die seun nie. Terwyl hy die motor bestuur het, het hy 'n omgekyk na ander persone in die straat en op die manier met 'n boom gebots, met dodelike gevolge vir die seun. Die Hof moes hom uitspreek oor die volgende voorbehoue regspraak:

"Whether the accused could be found guilty of culpable homicide due to his negligence where it was found as a fact by the jury that the deceased was a trespasser on the lorry and that the accused had no knowledge of his presence at the time of the accident." By die behandeling van hierdie vraag sê ^{Hofregter} De Villiers H.R. (op bls. 155) :

" Accused admittedly owed a duty to Johannes and to Stephen
" to drive carefully and if either of them had been killed ~~in~~
" in the collision with the tree it is obvious that the accused
" would have been guilty of manslaughter as his negligence
" would have been the direct cause of the death. But it was
" urged that there was no similar duty towards the child and
" that, although the way the accused drove was the direct cause
" of the death, he is not liable in law. Now whatever a man's
" liability civilly may be, I have looked in vain for authority
" for this proposition. On the contrary all the authorities

" are agreed.../ 14

" are agreed that if a person is engaged in an unlawful act
" and kills another he is liable for culpable homicide. "

Die regspraak is ten gunste van die Staat uitgewys met die
verdere motivering (op bls. 156):

" As the accused in driving as he did, was clearly engaged
" in an unlawful act, or at all events in doing a lawful act
" in an unlawful manner, it is no answer to say that he did
" not know or could not have known that the child was on the
" wagon. This view makes it unnecessary to consider the
" effect of Sec. 10, Ordinance 7 of 1914, Orange Free State,
" which makes it an offence to drive a motor car 'recklessly
" or negligently' upon a public road. "

Terloops kan opgemerk word dat, indien die bepaling in die
Ordonnansie uitgeskakel word, dit nie duidelik is presies waar-
uit die onwettige daad bestaan het nie. Vermoedelik het die
Hof in gedagte gehad dat ~~Matsepe~~ deur sy nalatige bestuur
of vir hulle en sy werkgewers se oortuig
in gevaar vir Johannes en Stephen geskep het. Maar waarin dit
ookal gevind moet word, die uitspraak kom hierop neer dat hy
wat 'n onwettige daad verrig - die aard waarvan nie nader
omskryf word nie - wat 'n ander se dood veroorsaak, aan straf-
bare manslag skuldig is, al kon hy nie die dood voorsien nie,
d.w.s. sonder enige skuldverband tussen die dader en die

gevolge waarvoor hy aanspreeklik gestel word. Eintlik is dit geen direkte antwoord op die voorbehoue regspraak nie, nl.

" Whether the accused could be found guilty of culpable homicide due to his negligence", maar dit is die strekking van die uitspraak.

'n Ander saak waarna ek moet verwys is R. v. Wallendorf and Others 1920 A.D. 383, wat nie met culpa te doen het nie maar met dolus. Die appellante was ingevolge Art. 8(5) van Kaapse Wet No. 27 ~~van~~ van 1882 daarvan skuldig bevind dat hulle 'n polisiebeampte by die uitvoering van sy pligte weersta^san of gehinder het. Hierdie Hof was eenparig van mening dat mens rea, in die sin van die wete aan die kant van die dader dat hy met 'n polisiebeampte te doen het, 'n bestanddeel van die misdryf uitmaak, en die meerderheid van die Hof het aangeneem dat die appellante, behalwe een van hulle, toe hulle die betrokke beampte aangerand het terwyl hy iemand wou arresteer, nie geweet het dat hy 'n polisiebeampte is nie. In die meerderheidsuitspraak verwys Solomon A.R. na die algemene stelling actus non facit reum nisi mens sit rea, en merk dan op (bls. 394): " The general rule must, however, be understood " with certain qualifications. In the first place, it must " be noted that there may be a guilty mind even though there

" is an absence .../16

" is an absence of any intention knowingly to do the act
" which is prohibited by law. In many cases it is sufficient
if the accused intended to commit a crime, even though it
Q were different from that with which he is charged. Indeed,
" it has been held by many judges that the mere fact that the
" accused wilfully did something which he knew to be morally
" wrong supplies the mens rea which is necessary^r to constitute
" a crime. " Op bls. 397 gaan hy voort: " If mens
" rea is an essential ingredient in the offence, it is present
" here, for the evidence is clear that, whether or not the
" accused were aware of the fact that Mooney was a constable,
" they were guilty of committing an assault upon him. It has
" already been pointed out ~~that~~ in an earlier portion of this
" judgment that there may be sufficient proof of ~~a~~ a guilty
" mind if it is shown that the accused intended to commit a
" crime even though it be one different from that with which
" he is charged. In such a case a person who deliberately
" breaks the law must take the risk of his offence turning out
" to be of a more serious nature than he had intended. In
" my opinion the present is an instance of the application of
" this principle, and, as the accused were guilty of assaulting
" Mooney, it is immaterial whether or not they knew at the
" time that he was a constable. " Die appél is vervolgens

van die hand gewys. Die opset om Mooney aan te rand, al was die^c sonder die wete dat hy 'n polisiebeampte ~~was~~ is, is sonder meer gelykgeskakel met die opset om hom by die uitvoering van sy pligte te weerstaan of ~~te~~ te hinder, wel wetende dat hy 'n polisiebeampte is en as sulks optree.

Hiermee, asook met die hogenoemde ratio decidendi in Matsepe se saak, d.w.s. met 'n strafregtelike gevolgsaansprek-
likheid, sonder ^{wettlike} skuldverband tussen die dader en die gevolg wat hom verwyte word, op die grondslag van die leerstuk van versari in re illicita, vind ek dit, met alle eerbied, nie moontlik om my te vereenselwig nie.

Vir die stelling in ^{laasgenoemde} ~~hogenoemde~~ saak dat "all the authorities are agreed that if a person is engaged in an unlawful act and kills another he is liable for culpable homicide",
beroep ^{Hoofregter} De Villiers H.R. hom op Carpzovius en Boehmer, met 'n terloopse vermelding van 'n bewysplek in Voet ter vergelyking. Wat Carpzovius betref, is die verwysing na sy Praëtica Nova Rerum Criminalium (Deel 1 Quest. 27 No. 16)². In genoemde bewysplek is Carpzovius besig met die verskil tussen homicidium culposum en casuale en sê dat daarop gelet moet word of daar culpa voorkom of nie, want dit is slegs culpa wat die een van die ander onderskei. Die culpa kan van tweërlei aard wees: Primo, si quis dederit operam rei illicitae

secundo, si quis in re licita ac permissa non adhibuerit omnem diligentium. Hy sien dus wel die pleeg van 'n ongeoorloofde daad as 'n vorm van die vereiste culpa, maar uit wat hy in No. 9 sê wil dit blyk dat hy nie enige ongeoorloofde daad, onverskillig van welke aard, bedoel nie. Daar sluit hy die voorafgaande reeks voorbeelde van homicidium culposum af met die algemene omskrywing: et si qui alii consimiles evenerint casus in quibus homicida tenetur ob culpam, si nimirum in illicita, quod ad eum casum et eventum ut plurimum tendit, aut saltem verisimiliter tendere potest, versatus sit, etiamsi omnem diligentiam, qua caedem illam evitaret, adhibuisset. Hoewel dus, by 'n versari in re illicita, die aanwending van die nodige voorsorg om die dood te vermy, die gevolg volgens Carpzovius nie na toevallige doodslag verander nie, skyn dit nogtans 'n vereiste te wees dat die res illicita meesal tot die gevolg moet lei of tenminste waarskynlik daartoe moet kan lei. Dit moet dus 'n daad wees wat uit eie aard bereken is om die dood te veroorsaak. Dit toon ooreenkoms met wat hy in Deel 1 Quaest. 1 Nos. 29, 30, 62 en 64 in dergelyke verband leer omtrent moord en die bestraffing daarvan. Uit wat hy daar sê is dit duidelik dat hy by 'n geval van versari in re illicita nie die doodstraf opgelê sou wou sien nie tensy die daad minstens van so 'n aard

was dat die dader die dood van sy slagoffer kon en moes voorsien het. In No. 64 skyn hy selfs 'n strenger maatstaf te stel, nl. dat die dood as vanself en onmiddelik met die daad verbonde moet wees of noodwendig daaruit moet volg.

Boehmer, Elementa Jurisprudentia Criminalis (par. 203)

noem dieselfde voorbeelde van homicidium culposum, nl. waar iemand sonder dodelike opset versatus est in re illicita.

Afgesien van die voorbeelde wat hy noem, gee hy geen~~x~~ nadere omskrywing nie. Hy verwys slegs na Art. 134 van die C.C.C., wat handel oor "Straff so eyn Artzt durch sein Ätznei tödtet", en na Carpzovius Quest. 27, waarmee ek hierbo gehandel het.

Dit sou laat vermoed dat hy die beperkings wat laasgenoemde stel, nie betwis nie. Onder die voorbeelde noem hy, met verwysing na Carpzovius Quaest. 3 No. 42, die geval van iemand wat, terwyl hy in re illicita verkeer, 'n ander ~~met~~ per ongeluk met 'n nie-dodelike wapen om die lewe bring. T.a.p. het

Carpzovius dit oor die afwesigheid van dolus by iemand wat 'n ander dood deur hom met die plat hand 'n hou toe te dien. So

iemand word nie vir moord gestraf nie, maar skynbaar wel vir manslag. Hierdie voorbeeld is moeilik te rym met die ~~voorbeeld~~ ^{voorbehoud}

wat Carpzovius self elders ten aansien van die res illicita

stel. Dit wek twyfel omtrent Boehmer se eintlike mening in

hierdie verband, maar daaruit volg nog nie dat hy by manslag,

anders dan Carpzovius by sy meer algemene behandeling van die res illicita, aan die ongeoorloofde daad, sonder enige voorbehoud ten aansien van die aard daarvan, 'n meer omvattende uitwerking wou toeken nie. By sy behandeling van dolus indirectus in sy Meditationes in C.C.C., Art. 137 par. 6, noem hy die ongeoorloofde handeling as vereiste vir die bestaan van so 'n *shyn wel in par. 7 'n beperking op die aard van die daad te stel* dolus, maar deur die motivering dat hy wat die voorafgaande wil, ook die daaropvolgende wil, nie slegs waar dit noodsaaklikerwyse nie, maar ook waar dit geredelik en gewoonlik met die voorafgaande verbonde is. (Vgl. Swanepoel, Die Leer van Versari in re illicita in die Strafreg, bls. 38 en 39).

Die verwysing na Voet is na sy Commentarius 48,8, 2 en 9. In 2 begin Voet met die bewering dat die Lex Cornelia de Sicariis van toepassing is ook waar iemand per abuis, deur error in personam of aberratio ictus, 'n ander persoon dood dan dié wat hy om dié lewe wil bring, en wel omdat die vergissing of misslag nie die opset om te dood ophef nie. Dit sê hy, is nie strydig daarmee nie dat iemand wat sy slaaf met *dit* die vuil wil slaan en sonder dat hy wil 'n digby staande toeskouer tref, nie aanspreeklik is uit hoofde van 'n onregmatige daad nie, en ook nie as hy 'n vrye man dood, menende dat hy sy eie slaaf is nie. Hierdie sienswyse motiveer hy

as volg: Diversa namque eius ratio in eo est, quod is, de quo ibi agitur, versatus sit in re licita, modica scilicet coërcitione servi sui, vel quem putabat bona fide suum esse, per leges permissa: in re vero porsus illicita et in legem Corneliæ impingente is, qui occidendi voluntatem habens, alium pro alio è medio tollit. Voet gebruik hier weliswaar die terminologie van die versari-leer, maar ek kan daarin, in hierdie samehang, geen voldoende blyk vind dat hy 'n aanhanger van daardie leer was nie. Wat hy doen is slegs om die aanwezigheid van verwytbare opset in die eerste gevalle van doodslag te stel teenoor dāe, volgens Romeinse reg, nie-verwytbare opset by dāe aanranding of doodslag ^{op} ~~van~~ 'n slaaf. (Vgl. Matthaeus, de Crim. Ad Dig. 48,5 Cap. 3,12) In 9 weer, stel Voet, by wyse van uitsondering op die reël dat die doodstraf nie opgelê word waar kwaadwillige opset ontbreek nie, die geval van iemand wat met 'n aborsie-drink of minnebeker die dood veroorsaak, teenoor dié waar iemand 'n konsepsie-middel met noodlottige gevolge toedien. In die eerste geval volg die doodstraf, quia exempli pessimi res est, amicitiae specie homines necare, in die tweede geval verbanning, omdat die daad non intendebat rem illicitam, en voeg by dat dit nogtans 'n malum exemplum is om sonder kundigheid 'n beroep te

~~Die~~ beoefen waar die dader behoort te weet dat dit skadelik vir 'n ander sal wees. Hy gaan dan voort: Unde et apparet, ~~et~~ illos, qui dolo caruerunt, sed in culpa fuerunt, non tantum actione ex lege Aquilia aliave simili ad indemnitatem poenamque pecuniarium tendente, convenire posse (de quo ad tit. ad legem Aquil. actum ex professo) verum etiam extra ordinem poena quodam publica fuisse coercendos.

Ook hier kan ek die blote verwysing na res illicita, na aanleiding van 'n geval wat Voet skynbaar as 'n spesiale geval beskou, nie sien as aanvaarding van 'n versari-leer nie. Die geval waarop dit betrekking het regverdig Voet trouens uitdruklik met 'n vorm van nalatigheid (Sien ook 9,2,23), en dit is slegs by implikasie dat die begrip res illicita in die ander geval ingelees kan word. Daarnaas stel hy die gevalle onder die lex Aquilia, wat hy skynbaar as samehangende met die voorgaande beskou en waarby culpa 'n vereiste vir strafbaarheid sou wees. In die hoofstuk waar hy met laasbedoelde handel (9,2) kan ek niks vind wat daarop dui dat hy bereid was om 'n versari in re illicita as substituut vir werklike nalatigheid te erken nie. Indien dit wel die geval was, sou stellig verwag kon word dat hy dit duidelik en onomwonde sou doen met 'n nadere omskrywing van die aard van die ongeoorloofde daad

waaraan 'n regswerking toegeskryf word wat so sterk afwyk van die gewone vereiste van mens rea.

Afgesien van Voet, is daar verskillende vroeëre en latere skrywers wat nie die verrigting van 'n res illicita wat op dood uitloop, afdoende gereken het vir strafbare manslag nie.

Volgens Bodenstein, Phases in the Development of Criminal Mens Rea (S.A. Law Journal 1919 op bls 339) het die kommentatore Bartolus en Baldus reeds tussen culpa en casus fortuitus onderskei op 'n wyse wat nie 'n res illicita die rol van oorsaaklike culpa praecedens laat vervul nie. Ook by Duarenus, (~~de~~ Commentarius ad Leg. Cornel. de Sicariis Tit. 8 Cap. 1 en 2) en Donellus, (Opera Omnia^a Band 10 Cap.1 No. 9) kan ek niks vind wat aantoon dat die versari-gedagte deel van hul skuldleer uitgemaak het nie. Leyser, Meditationes Spec. 603,1-3, by sy behandeling van ~~die~~ animus occidendi indirectus, verwerp die versari-leer~~de~~ in sy latere gangbare vorm, soos deur Carpzovius en andere verkondig. Hy wys op die bewering dat bedoelde animus aanwesig sou wees wanneer iemand iets ongeoorloofs doen waaromtrent voorsien kan word dat die dood daaruit kan volg~~de~~, en bestempel dit as minder juis, omdat opset dan in die meeste gevalle waarin doodslag met nalatigheid gepleeg word, ^{bestaan} sou ~~intree~~, en strafbare manslag so die hoogste straf/verdien. ^{sou}

Daarop illustreer hy met 'n reeks voorbeelde hoe onaanneemlik

dit sou wees. (Vgl. Christiaeus, Decisiones 1 Dec. 97,4-6)

Swanepoel o.c. bls 41 e.v. noem 'n aantal ander gesaghebbendes van wie nie beweer kan word dat hul die versari-leer in enige vorm aangehang het nie. Dit is voldoende om na enkeles te verwys. Perezius, Ad Cod. 9,16,3, handel met dieselfde gevalle as Voet 48,8,9, sonder egter om enige versari-begrip daarby te betrek of enige uitwerking daaraan toe te ken. Wat die doodstraf betref wat die lex Cornelia op die toediening van 'n noodlottige minnebeker stel, sê hy dat so 'n daad vol gevaar is en dat die dader wel kan weet dat dit dikwels op die dood uitloop, maar noem dit nogtans 'n uitsonderlike geval, contra ^{*furis*} ius regulam, dat die doodstraf opgelê word waar die animus occidendi ontbreek. Dat die dader hom in 'n res illicita begewe het, beskou hy blykbaar as nie ter sake nie. Zoesius, Commentarius ad Dig. 9,2 Nos. 12-14, net soos Voet, maak geen gebruik van die versari-begrip/waar hy handel met die gevalle onder die lex Aquilia waarby aanhangers van die leer meermale aanknoping vind vir aanspreeklikheid sonder werklike nalatigheid. Ander skrywers, wat hul nie uitspreek oor die versari-leer nie, en dit nie aanwend om strafregtelike aanspreeklikheid buite die grense van 'n werklike skuldverband uit te brei nie, is De Groot (Inleiding, 3,33), Huber (Heedendaegse Rechtsgeleertheit 6,13) en Van der Linden

(Handboek 2,5,5-7). De Groot 3,33,7, soos ook sommige ander, verwys weliswaar na geoorloofdheid van daad, plek en wyse.

Hy sê nl.: " Maar waer ^{te} ~~te~~ dat iemand~~x~~ buiten alle versuim dede dat hem geoorloft was, ter gheoorlofder plaetse, ende op gheoorlofde maniere, ende daer door een ander quam te veronghelucken in sulcken ghevalle vermog hy, die buiten syne schuld de dood heeft veroorzaecht, landwinninghe verwerven van de hooge overheid, oock sonder zoen ende vergoeding."

Die klem val hier onteenseglik op die afwesigheid van skuld.

In die blote vermelding van ongeoorloofdhede kan ek nie 'n stilswyende erkenning van 'n versari-leer sien nie. Dit was 'n eeu-oue alombekende en belangrike leer, die betekenis en strekking waarvan nie vanselfsprekend was nie. As De Groot dit as deel van die geldende reg aanvaar het, sou ek meen dat hy nouliks die inhoud daarvan en sy opvattinge daaromtrent op hierdie sydelingse manier aan die verbeelding van sy lesers ~~sou~~ oorgelaat het. Dieselfde geld wat Huber, Van der Linden en andere betref, wat die hele onderwerp swygend verbygaan, op plekke waar iedereen sou verwag dat hulle dit sou behandel as hulle dit as deel van die geldende reg beskou het. Onder hulle moet ek ook Van der Keessel noem. Dit is, meen ek, nie sonder betekenis nie dat hy in sy Dictata op De Groot 3,33,7, sy opmerkings beperk tot die woord "landwinnighe",

sonder enige kommentaar op die implikasie van die geoorloofdhede wat De Groot bybring en sonder 'n enkele woord oor die versari-leer.

Uit die voorgaande wil dit blyk, meen ek, dat, hoewel daar steun in ons reg te vind is vir 'n versari-leer, so 'n leer geensins algemeen aanvaar was nie, en dat onder diegene wat dit wel gehuldig het, 'n belangrike voorbehoud ten aansien van die aard van die res illicita gestel is. Om, soos in Matsepe se saak gedoen is, sonder nadere omskrywing, die verrigting van 'n onwettige daad as toetsteen aan te wend, stem nie met die meer algemene mening van ons skrywers ooreen nie, en die bewering dat alle gesaghebbendes dit eens is dat hy wat 'n ander dood terwyl hy so 'n daad verrig, hom die straf vir manslag op die hals haal, is onjuis. Die versari in re illicita is in elk geval 'n uitgediende regsfiguur wat baie jare al nie meer inpas by meer resente en hedendaagse opvattinge omtrent strafregtelike verantwoordelikheid by misdade en misdrywe waarby mens rea 'n vereiste is nie. Oorspronklik het dit die goeie doel gedien en was dit ook bereken om 'n skuldlose gevolgsaanspreeklikheid, ooreenkomstig die stelling in poenis statutaris non inspicitur animus sed factum, te temper. Daardie funksie is lank reeds vervul en vandag kan dit slegs dien, nie om strafbaarheid

ooreenkomstig die eise van billikheid in te kort nie, maar om ~~strafbaarheid~~ dit teen die heersende regsgevoel in te handhaaf in gevalle waarin die afwesigheid van alle skuldverband of van die gewoonlik vereiste skuldverband tussen die dader en die ingetrede gevolg, strafbaarheid vir daardie gevolg anders sou uitgesluit het. Dit kan nie behou word sonder om die historiese funksie daarvan geheel-en-al verby te streef nie. Na my oordeel is dit om genoemde redes duidelik dat die leerstuk verkeerdelik in Matsepe se saak onderskryf is, en moet dit vir ons geldende reg verwerp word.

In Wallendorf se saak word, vir sover dit die huidige vraag betref, nie op ons gemenerereg ingegaan nie, maar slegs na 'n enkele Engelse uitspraak verwys, nl. Reg¹ v. Prince (2 C.C.R. 154). Die uitspraak skyn te berus op oorwegings wat ooreenstem met dié in Matsepe se saak genoem, en hulle kan om soortgelyke redes na my mening nie instandgehou word nie.

Die feit dus dat die dood van die oorledenes gevolg het op die verrigting deur die appellant van 'n onwettige daad, nl. die onwettige smelt van die amalgaam, regverdig nog nie, in die afwesigheid van enige skuldverband tussen appellant en sodanige gevolg, 'n skuldigbevinding aan strafbare manslag nie.

Die gevolg is dat die appél slaag. Die skuldig-
bevinding en straf word tot niet gedoen.

L. c. styg.

~~VAN BLEEK A.R.~~

BOTHA A.R.

~~VAN WINSSEN A.R.~~

STEM SAAM

IN THE SUPREME COURT OF SOUTH AFRICA

(Appellate Division)

In the matter between :-

JAN JOHANNES VAN DER MESCHT

Appellant

and

THE STATE

Respondent

Coram: ⁴Sten C.J., Hoexter, Van Blerk, Botha JJ.A. et Van Winsen A.J.A.

Heard: 15 th June, 1961.

Delivered: 28 - 11 - 1961

J U D G M E N T

HOEXTER J.A. :-

The appellant was arraigned before SNYMAN

A.J. in the Witwatersrand Local Division on an indictment containing

two charges, the first being one of culpable homicide and the second one

of unlawfully possessing unwrought gold. He pleaded not guilty to the

first and guilty to the second charge. He was then tried on the charge

of culpable homicide, was convicted, and was sentenced to twelve months

imprisonment. Leave to appeal against that conviction and sentence was

refused by the trial judge but was granted by a judge of this Court.

The indictment against the appellant al-

leges that on the 30th May, 1959, and at Florentia in the district of

Germiston, "the accused did wrongfully and unlawfully kill ARIE GROES-

BEEK, a European man, and CHARL GROESBECK, JANETTE KARIN BOTHA, HESTER

JACOBA GROESBECK and CERNELIUS GROESBECK, European children".

The appellant's wife is the step-aunt of the late Arie Groesbeek's widow. On the 30th May, 1959, the appellant and his family visited the home of the late Groesbeek and his family. The appellant says that at the request of Groesbeek he brought ~~his~~ ~~brother~~ with him three bottles containing unwrought gold. One of these bottles contained an amalgam of gold and mercury. It seems that the appellant and Groesbeek proposed to extract the gold from the contents of the three bottles by a smelting process. At that time Groesbeek was employed as a rougher by Soaw Metals in Germiston while the appellant was employed at the stamping mills of the Durban Deep Mine at Roodepoort. They found an old iron pot in the backyard of Groesbeek's house, heated it on a coal stove in the kitchen, and then poured the amalgam of gold and mercury into the heated pot. The pot was heated still further and the contents stirred from time to time. The boiling point of mercury is very high, but the heat of the coal stove proved to be sufficient to cause the amalgam to emit mercury fumes, and it has been proved that these fumes caused the death of Groesbeek, his three children, and another child. The appellant, his wife, and his two children were also poisoned by the mercury fumes, but they did not succumb.

The trial judge convicted the appellant on two grounds. In the first place, ^{professing} ~~preferring~~ to rely on the reasoning in the case of Rex v. Matsape (1931 A.D. 150), he convicted on the

grounds/.....

ground that the appellant had caused the death of the deceased persons named in the indictment while he was engaged in an unlawful act. The facts of that case were that the accused, while driving a motor lorry, took his eye from the street in front of him in order to greet acquaintances passing by, with the result that he drove into a tree. There were three passengers on the lorry when it collided with the tree, and one of these, a small boy, was killed as a result of the collision. Two of the passengers, Johannes and Stephen, were on the lorry to the knowledge of the accused, but he was unaware that the deceased was also a passenger. The judgment of De VILLIERS C.J., reads as follows :-

"At the Heilbron Circuit appellant was found guilty of culpable homicide by the jury. After verdict the following question of law was reserved by BOTHA, J., at the request of the accused:

Whether the accused could be found guilty of culpable homicide due to his negligence when it is found as a fact by the jury, that the deceased was a trespasser on the lorry and that the accused had no knowledge of his presence at the time of the accident.

As noted in the record the verdict was 'Skuldig aan nalatigheid, maar met die aanbeveling van genade, synde die jurie van oordeel, dat beskuldigde nie geweet het dat oorledene op sy lorry was nie en oorledene daar was as 'n oortreder.' There is no crime of negligence in our law, but from the question reserved it appears that the jury found that the accused was guilty of the crime of culpable homicide basing that verdict on a finding of negligence on his part. "

After setting out the facts, the judgment of the Chief Justice proceeds as follows :-

"Now/.....

" Now the mere fact that the deceased was a trespasser and that the accused did not know that the deceased was on the lorry is no defence. The fact that the deceased was a trespasser, though an element to be taken into consideration in deciding whether there is negligence or not, does not absolve accused, as was laid down by this Court in Warmer's case (1917 A.D. at page 521). So too that he did not know that deceased was on the lorry. There is evidence that he might have known. The child was apparently loitering about when the lorry was on the point of starting, and the accused admits that he made the remark to Johannes: 'As daar kinders opklim, ja hulle af.' Under these circumstances the jury found the accused guilty of negligence. What that exactly implies one does not know, but the jury may upon this evidence very well have come to the conclusion that the accused should have been aware of the possibility of the boy having got on to the wagon."

I interpolate that the Chief Justice answered the question reserved in favour of the State as soon as he came to the conclusion that " the mere fact that the deceased was a trespasser and that accused did not know that deceased was on the lorry is no defence. " It would seem that he held that the jury found that ~~therefore~~ the accused ought to have known that the boy might have got on to the lorry. It has also been suggested - I express no opinion on the matter - that as long as the accused knew that he had passengers, or even one passenger only, it was his duty to drive with due care for the safety of his passengers, and that his duty remained the same even if he was mistaken as to the number of his passengers or was unaware of the presence of a particular passenger.

However that may be, the judgment of the

Chief/.....

Chief Justice continues as follows :-

"But the point taken by Mr. Smit on behalf of the accused in this appeal was formulated by him as follows ; ' As there was no legal duty to take care owed to the deceased by the accused in the circumstances of this case, the accused could not have been found guilty of culpable homicide due to his negligence. ' In my opinion this makes no difference. Apart from murder there are only two species of homicide known to our law ; Onvoorsigtige doodslag (culpable homicide) and toevallige doodslag (homicide by misadventure, homicidium casuale). There is no third. Accused can only escape liability therefore of the death of the deceased can be said to be due to casus. Van der Linden in his Koogmans Handboek defines the latter kind of homicide as follows ; 'Door eenen toevalligen doodslag verstaat men den zoodanigen die nóg in opzet, nóg in onvoorzigtigheid van den dader zijnen grondslag heeft, en evenwel door een louter toeval, tegen alle vermoeden, eens anders dood veroorzaakt. Wanneer dit alles samenloopt, is zulk eene daad voor geene toerekening vatbaar; doch dit geval is allerzeldzaamst, en meestal doen 'er zig blijken van onvoorzigtigheid bij op.'

Quistorp, Grundsätze des Deutschen Peinlichen Rechts (para.224) shows in the following passage under what exceptional circumstances the death of a person is excused: 'Death by misadventure is present when a person is engaged in an entirely lawful act and performs the same at the right time and place and in the usual and rightful manner and in spite of all that, contrary to all intention and expectation, causes the violent death of a third party. Under these circumstances all responsibility falls away if the person in such a position, in the performance of the act which led to such disastrous consequences had actually observed whatever a careful man should have observed. "

I pause to point out that the Chief Justice again answered the question reserved in favour of the State as soon as he held that the "accused can only escape liability therefore of the

death/.....

death of the deceased can be said to be due to casus," because it was obvious that the death of the small boy was not due to casus. It must be borne in mind that Matesepe's case was decided before that of Woolmington v. Director of Public Prosecutions (1935 A.C. 462), and that since Woolmington's case, our courts have held that in order to secure a conviction for culpable homicide the onus is on the State to prove not merely that the death of the deceased was caused by the accused but also that it was unlawfully caused by him. It is this element of unlawfulness which has not been clearly defined by our courts and which, in my respectful opinion, has been wrongly described in Matesepe's case. The judgment of the Chief Justice continues as follows :-

"Accused admittedly owed a duty to Johannes and Stephen to drive carefully and if either of them had been killed in the collision with the tree it is obvious that the accused would have been guilty of manslaughter as his negligence would have been the direct cause of the death. But it was urged that there was no similar duty towards the child and that, although the way the accused drove was the direct cause of the death, he is not liable in law. Now whatever a man's liability civilly may be, I have looked in vain for authority for this proposition. On the contrary all the authorities are agreed that if a person is engaged in an unlawful act and kills another he is liable for culpable homicide. Carpzovius, Practica Nova Rerum Criminalium (par I, Quest XXVII, No. 16), points out that it is the presence of culpa which distinguishes culpable homicide from homicide by misadventure, and goes on to say there is culpa present (1) if a person does an unlawful act (si quis dederit operam rei illicitae), (2) if in a lawful act he does not take proper care (si quis re licita ac permissa non adhibuerit omnem diligentiam). And he adds : 'In these two cases, if by some unforeseen circumstance (infortunio ac casu quodam) a person meets with his death through the deed of another the homicide

must/.....

must be regarded as culpable.' Cf. Voet (48.8.2 and 9). Boehmer in his *Elementa Jurisprudentiae Criminalis* (para.203) says that manslaughter is committed, quoties quis sine intentione occidendi (1) versatus est in re illicita; vel (2) illicito loco; vel (3) illiciti tempore; vel (4) illicito modo. And in the following paragraph he points out that where a person is engaged in a lawful act, the act must be performed at the right time, place and manner, there must have been no intention to cause harm, and the result must have been unforeseen, in order to excuse the homicide. All these circumstances must concur, since if one is lacking the homicide is culpable. The copy of Boehmer in the library actually has in re illicita, but that must be a misprint for re licita, for one cannot speak of a right time, place and manner with reference to an unlawful act. Besides his authority for this proposition is the Constitutio Criminalis Carolina (Art. 146) which speaks of a 'lawful act', and which is the basis of the law on the subject. As the accused in driving as he did, was already engaged in an unlawful act, or at all events in doing a lawful act in an unlawful manner, it is no answer to say that he did not know or could not have known that the child was on the wagon. This view makes it unnecessary to consider the effect of section 10, Ordinance 7 of 1914, Orange Free State, which makes it an offense to drive a motor car 'recklessly or negligently' upon a public road.

The question of law reserved is decided in favour of the Crown."

Applying the statement of the law

enounced by the Chief Justice in the above case, the trial judge convicted the appellant of culpable homicide on the ground that he caused the deaths of the deceased persons mentioned in the indictment while he was engaged in the unlawful act of melting gold amalgam without the licence required by Proclamation No. 18 of 1914.

~~It is obvious that the failure of the~~

In
appellant/.....

In my opinion, assuming for the moment that there was no negligence on the part of the appellant, the deaths of the deceased can be regarded only as purely accidental. Indeed, in spite of the broad statement of the law in Matsere's case, I do not think that De VILLIERS C.J. intended it to apply to cases such as the present. If he did intend to lay down - and I do not believe that he did - that the mere engaging in any unlawful act constitutes dolus on the part of an accused who has caused the death of another, then I can only say, with respect, that he was misled by Carozovius. The trial judge therefore erred in convicting the appellant merely because he was not in possession of the licence required by law.

For the purpose of deciding this appeal it is not necessary to rely on the proposition that a person who causes the death of another by an assault cannot be convicted of culpable homicide unless he ought reasonably to have foreseen that death might ensue. I wish particularly to guard myself from agreeing with that proposition because I rather incline to the view that our Courts have never accepted it. Whether they have been influenced by the so-called versari doctrine, and whether that influence has its origin in the old books or in the English law, I think it would/.....

would ^{be} inadvisable to lay down, quite unnecessarily, that our courts have erred in taking the view that an accused who has caused the death of another by assaulting him is guilty of culpable homicide whether or not he ought reasonably to have foreseen that death might ensue as a result of that assault. Without expressing any definite opinion, I may point out that an accused who commits an assault intends to do bodily harm, and it is that intention which distinguishes his case from that of the appellant in the present case. It may be that a person who intends to do bodily harm can never be heard to say that death might not ensue as a result of his assault, or it may be that death should be regarded as the highest degree of bodily harm; in any case I am of opinion that no final view should be expressed until the matter comes up crisply for decision.

It remains to consider whether the trial judge erred in convicting the appellant on the ground of his negligence. It is not contested by the appellant that in fact the heating of the mercury is a dangerous process in the course of which poisonous fumes are emitted, the inhalation of which by a human being may cause death. The elaborate precautions taken against the danger of mercury fumes at the Durban Deep Mine are described by the witness Inglis, who is a reduction officer at the mine. It appears from his evidence that the ore is reduced to a suitable size for handling in the stamp room - that is the room in which the appellant worked - where it is treated until a concentrate is obtained which goes to the amalgam room - that is the room in which the appellant worked from the 20th to the 30th April, 1959. The stamp room and the amalgam room are both in the stamp mill building, and the side of the amalgam room opposite the stamp room has a diamond mesh screening through which the inside of the room is visible. In the amalgam room, the concentrate is mixed with mercury to form an amalgam/.....

amalgam. That amalgam is taken to the smelt-house, a distance of 500 yards from the stamp mill building. The process of smelting is described by Ingalls as follows :-

"Well, the amalgam retort consists of a long tubular retort somewhere in the region of 5 - 6 feet long, and 12" in diameter; one end is very wide open - the front back; the back end narrows down to a 2"....the upper comes up to a 2" pipe; this is set just in a brick furnace with the open end closed by a door. The amalgam is put into iron boats, as we call them, which is just a sort of half circular shape, and a retort usually takes 3 - 4 of these. We put those into the retort and the door is a cast-iron door, wedged into the front of it with an asbestos ring gasket in between to prevent any escape of gas. The other end is attached to a 2" pipe, which leads to a water jacket, and any gas, or mercury vapour, passing through this pipe, will be caught in this water jacket and dropped into a bucket on the outside.

In other words, the vapour is condensed back into liquid ?.....Condensed back into liquid form. We usually heat the mercury up for about 4 - 5 hours, as the case may be, and, just before opening the retort again, there is a small plug in the door which is ^{removed} ~~removed~~ and an air pipe screwed in, and a jet of air passed through the retort for some time until it is considered that all ^{vapour} ~~vapour~~ that may be there is removed.

His Lordship: Is it the vapour that you watch against?.....Yes. In addition to that, above the furnace door there is a cowl in which a wedge is placed, causing an upward draught, so that any fumes, coming out of this retort, would be carried away by this draught.

Mr. Barkhuizen : When the gold is removed from the furnace, I understand it is done by a sort of long pipe - you do not go straight up to the door ?.....No, the rack they push up to the door and then they have a long iron with a hook on the end with which they can just hook the boats out and pull them back on to the rack - the carrier.

And then the rack carried is from there pushed to the centre of the floor, where there is also a sort of cowl with a sort of ventilation going upwards, if there is any gas ~~in~~ by now, to remove that ?.....Yes in this

case we have a large iron tipping tray where any gold boats are tipped, and just above that is another big cowl with a ventilation going right through the roof with a jet blowing through.

Just outside the building where the water jacket is situated..... The water jacket is just outside the smelt house itself; that part is fenced off ?..... Yes.

And during smelting operations, is there a watchman there to see that nobody gets near the outlet of the pipe itself where it goes into the water jacket ?..... There is a native man, Police boy, on patrol there all the time, and the smelting process is constantly watched by the smelters themselves - they are in and out all the time watching it. "

Inglis further testified that the elaborate precautions taken against the danger of mercury fumes made it unnecessary for smelters, who are usually men specially trained, to wear any gas masks.

It appears from the evidence of the district surgeon that poisoning from mercury fumes is an uncommon occurrence, at any rate in the Transvaal, and when he was asked :

"Prior to this occasion, or occurrence, would you have expected personally, without going to the books or authorities, that by heating or boiling mercury you might get poisoned and die ?.....his answer was : " No, I would not have expected an average person to have that knowledge. "

It cannot therefore be said that the appellant ought, as an average person, to have known that he would be endangering the lives of others by melting the amalgam containing mercury as well as gold. But the appellant may in fact have had greater knowledge of such matters than the average person. The trial judge found the following

as/.....

- 14 -

as to the actual knowledge of the appellant :-

"The accused knew that there was danger in heating up this amalgam. He knew that it was dangerous to the extent that he said gas masks would have to be used He was doing an act which he realised was dangerous, although he did not realise the extent and nature of the danger. "

The trial judge's findings of fact are based on the evidence of the appellant himself. I quote the following from ~~the~~ his evidence under cross-examination :-

"Jy sê jy het vir Mnr. Goesbeek gesê dat jy baie hitte nodig het om die goed mee af te skei ?.....Nee.

Het jy vir hom gesê dat 'n kookstoof nie genoegsaam daarvoor is nie?.....Ja.
Die mense wat gewet het het my gesê dat dit baie hitte nodig het, maar ek self het dit nie gewet nie.

En die kerels het seker ook vir jou gesê dat daar gas afkom, dat hulle gasmaskers gebruik ?.....Nee hulle het nie; ek het my eie opinion gevorm dat jy moet 'n gasmasker hê.

Waarom het jy dit gedink ?.....Kyk, as jy daardie goed wil smelt dan moet dit seker 'n damp of soiets afgee. "

This evidence of the appellant amounts to an admission that he knew that the heating of the amalgam would cause the emission of fumes harmful to the human body. It is true that he attempted to remove or to weaken that admission in his subsequent evidence, but that evidence must be scrutinised in the light of the finding of the trial judge as to the credibility of the appellant. It reads as follows :-

"He was a very unsatisfactory witness under cross-examination. He was hesitant and ill at ease and my impression was that he was obviously trying to hide his role in the events and so free himself of liability. "

I/.....

I can find nothing in the record to make me doubt the correctness of this finding as to credibility; on the contrary, it is sufficient to read the evidence given by the appellant under cross-examination to appreciate that he was indeed an unsatisfactory witness. It is most important to bear this in mind, because I cannot avoid the conclusion that the trial judge rejected as untrue the evidence of the appellant so obviously given, after the admission made by him, for the purpose of removing ~~the~~ or weakening the effect of that admission. Indeed, I take the view that this Court is not entitled to use such evidence for that purpose in the teeth of the trial judge's findings as to the credibility of the appellant.

I shall now quote the evidence given by the appellant immediately after his admission that he had formed the opinion that the smelting of the amalgam would cause it to emit fumes necessitating the wearing of a protective gas mask. It reads as follows :-

"Jy was bang daarvoor ?.....Ek was nie eintlik bang nie maar dit was my opinion daaromtrent.

Jy het 'n opinie gehad dat daar dampe afkom en dat jy moet 'n gasmasker dra ?.....Nee, nie eintlik nie.

Waarvoor moet jy 'n gasmasker gedra het M.....Dit is seker maar net vir die hitte.

Omdat daar sianied gas afkom ?.....Ek het dit nie geweet nie.

Kan jy vir ons sê waarom jou prokureur aan 'n kroongetuie onder kruisverhoor in die magistraatskantoor die volgende vraag gestel het - Wlady 13 Agbare : 'Het u miskien gehoor dat beskuldigde sesê het 'Jy kan nie met die goud hier werk nie, dit is gevaarlik, daar mag miskien sianied in wees;

die/.....

die kaffers gebruik maskers as hulle daarmee werk ?.....Die kaffers gebruik sulke maskers vir die gloed hitte, nie juis vir die gas nie. Maar jy het netnou vir ons gesê dat jou opinie is dat daar kom dampe af. Het jy verwag dat daar gaan dampe afkom ?Nee, nie. Het jy/vir Groesbeek gesê julle moet gasmaskers gebruik nie ?.....Ja ek het gesê hulle moet sekere maskers gebruik vir die hitte. Jy het nie vir jou prokureur gesê jy is bangdaar kom sianied af nie. In elk geval het jy nie gesien op die myne dat daar kaffers staan, waar die pype inkom, wat mense keer om nie naby te gaan nie ?.....Nee, ek het nie so ongelet nie. "

The appellant, who attained Standard VI at school, could hardly be so ignorant as not to know the difference between a mask used to prevent the inhalation of a gas and a mask used merely to protect the eyes or face against excessive heat. It is obvious that the trial judge did not attribute such ignorance to him, and this Court is not entitled to disregard the view of the trial judge, who was in a better position to estimate the intellectual capacity of the appellant.

It is true, as I have pointed out earlier in this judgment, that no gas masks were worn in the smelting-room at the Durban Deep Mine. It is also true that the appellant never worked in the smelt-house. It does not follow, however, that he could not have formed the opinion, which he says he had formed, that the smelting of the amalgam would cause the emission of fumes against the danger of which a protective gas mask would have to be worn. It may well be that his opinion was based on information obtained at the mine where he worked and where

such ~~expensive~~ information would be readily available. In any case there was no onus on the prosecutor to prove the sources of the appellant's admitted knowledge. There is therefore no ground for saying that the trial judge erred in his finding that it was within the general knowledge of the appellant that the heating of gold amalgam caused the emission of harmful fumes. It seems to me, however, that the evidence as a whole shows that the mind of the appellant did not advert to this particular piece of knowledge at the time when he heated the amalgam at Groesbeek's house. It is not probable that he would have exposed his own family as well as that of Groesbeek to the danger of such fumes if his mind had adverted to that danger at the time. No doubt his mind was obsessed for the time being by the thought of the gold which they hoped to obtain as a result of heating the amalgam. His conduct proves that he attributed the symptoms caused by the mercury fumes, not to the melting of the amalgam, but to food poisoning. Indeed it was only when the diagnosis of food poisoning was finally proved to be wrong that his mind adverted to the possibility that the symptoms were due to fumes emitted by the amalgam.

In my opinion, therefore, the evidence

proves that the appellant was negligent because he was inadvertent to a danger which was within his knowledge, that danger ^{being one} of bodily harm to other against which a reasonable man would have taken steps to guard. It

was/.....

- 16 -

It was, however, argued on behalf of the appellant that he ought nevertheless not to be convicted of culpable homicide unless a reasonable man in his position would have foreseen ~~that~~ that death might result as a consequence of his negligence. I wish to guard myself from accepting that argument, which so far does not appear to have been accepted by our Courts. It may be that the correct view is that it is sufficient that a reasonable man would have foreseen some degree of bodily harm to others. However, in view of the fact that the majority decision is that the appellant was not guilty of any negligence, I do not propose to deal with the argument in question or with the appeal as to the sentence, but I wish to emphasise that I regard it as inadvisable to decide in the present case whether that argument is sound or not.

Done

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA.

(APPELAFDELING)

Insake:

JAN JOHANNES VAN DER MESCHT

.... Appellant

en

DIE STAAT

.... Respondent.

Coram: Steyn H.R. Hoexter, van Blerk, Botha A.RR., et
van Winsen Wn. A.R.

Verhoordatum: 15 Junie 1961. Leweringsdatum: 28 November 1961.

U I T S P R A A K.

VAN WINSEN A.R.

Ek het insaë in die uitsprake van die Hoofregter en van my kollega Hoexter gehad. Ek stem saam dat die appèl moet slaag en dat die skuldigbevinding en straf tot niet gedoen moet word.

Na my mening het die verhoorregter gefouteer toe hy bevind dat die dood van die oorledenes aan appellant se nalatigheid toegeskrywe kan word. Die getuienis deur die Staat voorgelê, bewys m.i./bo alle redelike twyfel dat appellant geweet het of moes geweet het van die moontlike lewensgevaar wat aan die smelt van goudbevattende amalgaan verbonde was. Dié gebrek in die saak van die Staat is nie deur appellant se getuienis onder kruisverhoor aangevul nie. Appellant was in/.....

in baie opsigte n onbetroubare getuie. Seker antwoorde wat hy onder kruisverhoor gegee het, het n grondslag aan gebied vir die afleiding dat hy die moontlike gevaar van sy optrede besef het. Later, egter, het hy hierdie getuie- nis verloën. Uiteindelik dus het die Staat nie daarin ge- slaag om deur middel van appellant se getuienis te bewys, met dié mate van sekerheid wat in n strafszaak vereis word, dat appellant geweet het of moes geweet het dat sy optrede moontlik lewensgevaarlik was.

Na my mening het die verhoorregter ook ge- fouteer om appellant van strafbare manslag skuldig te be- vind omdat hy nie in besit was van n permit wat die verrig- ting van die doodveroorsakende handeling sou veroorloof het. Hierdie bevinding skyn die geleerde regter op die uitspraak ^tin R. teen Matsepe 1931 A.D. 150 te ~~baseer~~^{baseer} ~~berus~~.

Ek stem met die Hoofregter saam dat in die lig van sy ontleding van die gesaghebbende skrywers oor ons gemenereg die uitspraak in R.teen Matsepe (supra) in sover dit die stelling neerlê dat sodra iemand n ander dood terwyl hy n onregmatige daad verrig hy hom aan strafbare manslag skuldig maak, onjuis is. Sodra die grondslag waarop die verhoorregter die skuldigbevinding o.a. ^{gebaseer} ~~berus~~ het, wegval

moet/.....

moet sodanige skuldigbevinding, op daardie grond altans, ook wegval. Verder is dit egter nie nodig om te gaan nie.

Uitdruklik weerhou ek my van die uitspreek van enige mening oor die geval waar 'n aanranding die dood veroorsaak maar waar die opset nie op die teweegbring van die dood gerig is nie. Dit mag wel wees dat in so 'n geval die dader nie van strafbare manslag skuldig bevind sal kan word nie tensy daar 'n skuldverband, in sy nalatigheidsvorm, tussen dader en gevolg bewys word nie. Vir die doeleindes van 'n beslissing van hierdie saak is dit onnodig om hieroor 'n mening uit te spreek.

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA.

(APPELAFDELING)

In die saak tussen:

JAN JOHANNES VAN DER MESCHT.....Appellant.

teen

DIE STAAT.....Respondent.

Coram: Steyn H.R., Hoexter, Van Blerk, Botha A.RR., et

Van Winsen Wn. A.R.

Verhoor: 15 Junie 1961.

Gelewer: 28 November 1961

U I T S P R A A K.

VAN BLERK A.R.:

Ek stem saam met die Hoofregter dat die Staat nie bewys het dat appellant bewus moes gewees het van die gevaarlike eienskappe van kwikgas nie. Derhalwe is nalatigheid nie bewys nie en kon hy nie op die eerste grond skuldig bevind word aan strafbare manslag nie.

Ek stem ook met hom saam dat appellant nie op die tweede grond deur die verhoorregter skuldig...../2.

skuldig bevind moes gewees het nie, bloot omdat hy deur n onwettige handeling, naamlik, die onwettige smelt van amalgaam, die dood van die oorledene veroorsaak het.

Ek vereenselwig my ook met die toepassing van die reg op die onderhawige geval; en gaan ook akkoord met die uiteensetting van die reg; maar met die voorbehoud dat, met die oog op die heersende praktyk van ons howe, ek geen mening uitspreek oor die stelling dat n persoon wat die dood van n ander veroorsaak deur n besering, wat of opsetlik of nalatiglik toegedien is, skuldig is aan strafbare manslag slegs as hy as n redelike mens die dood as n gevolg moes voorsien het.

113/1960

In the Supreme Court of South Africa
In die Hooggeregshof van Suid-Afrika

113/1960

(Appellante) DIVISION).
AFDELING).

APPEAL IN CRIMINAL CASE.
APPEL IN KRIMINELE SAAK.

Jan Johannes van der Mescht Appellant.

versus

Regina (DIE STAAT) Respondent.

NLP

Appellant's Attorney Respondent's Attorney
Prokureur van Appellant Prokureur van Respondent

Appellant's Advocate F. J. C. de Klerk Respondent's Advocate P. J. H. van
Advokaat van Appellant Advokaat van Respondent

Set down for hearing on:—
Op die rol geplaas vir verhoor op:—

Coram Steyn AR; Hoexter Van Blerk, Botha ARR et
de Villiers Wms. AR.

Adjourned to a date to be
arranged.

unf. 11 Sept. 30 1961

* 1. 2. 4 5 8. 6.

Appel slaag - Skuldigebevinding
en Straf toe toe geding.

unf. 28/11/61
COURT,
HOOGGEREGSHOF,
BLOEMFONTEIN