

# VETUSTAS, ONHEUGLIKE TYE EN DIE WITPAD BY LANGEBAAN

---

JM Otto\*

If a servitude has been exercised or enjoyed *de facto* during the whole period of living memory, it is presumed to have had a lawful origin beyond the period of living memory (*vetustas* – immemorial usage). Living memory means the memory of living persons of events within their experience and their recollection of what they have heard from others no longer living. In the absence of evidence to the contrary a servitude which has been exercised or enjoyed for thirty years is deemed to have been exercised or enjoyed for the whole period of living memory ... It is not essential that the usage alleged should satisfy the conditions necessary to establish a claim based upon prescription.<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

*Vetustas* is nou nie juis ‘n leerstuk wat voortdurend die howe of skrywers besig hou nie. Trouens, die meeste sake waarin die leerstuk op ‘n manier<sup>2</sup> toegepas is, is stokou sake. Die jongste saak oor die aangeleentheid,<sup>3</sup> wat dan ook die uiteindelijke fokuspunt van hierdie artikel is, verwys egter spesifiek na *vetustas* en die uiteindelijke uitspraak berus op die beginsels van dié leerstuk.

- 1 RW Lee, AM Honoré & TW Price *The South African Law of Property Family Relations and Succession* (Durban, 1954) par 137-138 op 34. *Contra* egter NJJ Olivier, GJ Pienaar & AJ van der Walt *Sakereg Studentehandboek* (Kaapstad, 1989) par 16 7 2 op 326 wat skryf dat *vetustas* een van die wyses is waarop publieke diensbaarhede gevestig word. Dit kan volgens hulle nie as ‘n vestigingswyse van servitute beskou word nie. CG van der Merwe & MJ de Waal “Servitutes” in *The Law of South Africa* vol 24 (Durban, 2010) 509 meen dat “a public servitude” deur *vetustas* geskep word (par 626 op 509).
- 2 Die howe het dikwels die beginsels van *vetustas*, of vergelykbare beginsels, toegepas sonder om selfs na die Latynse begrip of die Romeinse oorsprong daarvan te verwys. Daar is veral in die ouer sake eerder gepraat van “immemorial user”, “time immemorial” of “immemorial custom”.
- 3 *The Langebaan Ratepayers’ and Residents’ Association v Dormell Properties 391 (Pty) Ltd* 2013 (1) SA 37 (WCC).

\* Professor in Regsgeleerdheid, Universiteit van Johannesburg.

Die geskilpunte en die feite in die *Langebaan*-saak<sup>4</sup> word hieronder<sup>5</sup> volledig uiteengesit. Agtergrondinligting wat gegrond is op 'n besoek ter plaatse deur skrywer dese mag egter vir die leser interessant wees. Die Witpad<sup>6</sup> was vroeër jare deel van 'n lang stuk pad wat vanaf Langebaan suid na Kaapstad se kant toe geloop het.<sup>7</sup> Dit het onder meer oor strande geloop en was uiteraard moeilik onderhoubaar. Die deel van die pad, bekend as die Witpad, wat vandag gebruik word deur motoriste, voetgangers en motorfietsryers is maar sowat 1500 meter lank.<sup>8</sup> Dit loop vanuit die dorp Langebaan en sluit dan aan by 'n teerpad wat toegang bied tot die Weskus Nasionale Park. Die Witpad is redelik hoog bo seevlak geleë en bied 'n pragtige uitsig op die onbeskryflik mooi turkoois-keur strandmeer daaronder en die Atlantiese oseaan in die verte. Inwoners en besoekers neem 'n voetpaadjie wat uit die Witpad loop om die strand te bereik.

Oos van die Witpad is daar enkele huise en verderaan onbeboende koppies met fynbos op. Die eenaar van die onontwikkelde grond het op 'n stadium 'n gedeelte van die Witpad gesluit soos wat meer volledig sal blyk uit die bespreking van die *Langebaan*-saak.<sup>9</sup> Die hek is aangebring sowat 600 meter vanwaar die pad uit die dorp Langebaan begin en die eenaars van huise tot op daardie punt het dus steeds toegang tot hulle wonings gehad. Die twispunt tussen die partye het gehandel oor die res van die sowat 900 meter van die Witpad wat vir inwoners en besoekers taboe was sonder 'n permit.

## 2 Die leerstuk van *vetustas*

### 2 1 Inleiding en terminologie

*Vetustas* was al aan die Romeine bekend. Wanneer 'n mens tersaaklike tekste in die *Digesta* raadpleeg, kom jy tot die gevolgtrekking dat dit verkeerd sou wees om te praat van 'n omvattende en gesofistikeerde Romeinsregtelike leerstuk in hierdie verband. *Vetustas* as regsinstelling is eers ná die Romeinse tyd gedurende die middeleeue<sup>10</sup> in

4 (n 3).

5 Afdeling 4 hieronder.

6 So genoem vanweë die kleur van die pad.

7 In die *Langebaan*-saak (n 3) is daar gebruik gemaak van 'n kaart as bewysstuk wat die oorspronklike pad wat deur Langebaan geloop het met 'n stippellyn aandui maar die kaart is nie aangeheg by die gerapporteerde uitspraak nie (sien par 11 van die *Langebaan*-saak). Die kaart van Saldanha wat die pad aandui kom voor in die werk van J Burman & S Levin *The Saldanha Bay Story* (Kaapstad, 1974) op 32 met die onderskrif "Dutch map showing the Battle of Saldanha, 1796 (Cape Archives)". Skrywer hiervan het die boek, en spesifiek die kaart, op 21 Nov 2012 onder oë gehad uit 'n privaatversameling te Langebaan. Aan die onderkant van die kaart kom 'n stempel voor met 'n kroon binne in die stempel. Ongelukkig is die gedrukte en geskrewe woorde by die stempel nie juis leesbaar met die blote oog nie.

8 Volgens skrywer hiervan se opmeting.

9 Afdeling 4 hieronder.

10 CG van der Merwe *Sakerereg* (Durban, 1989) op 547.

Europa en veral onder die invloed van die kanonieke reg ontwikkel.<sup>11</sup> Die pandektiste het goeie bydraes daarvoor gelewer soos wat hieronder<sup>12</sup> sal blyk.

As linguistiese begrip beteken *vetustas* in Afrikaans letterlik “die oudheid”.<sup>13</sup> *Vetustas* word deur Ankum en Hartman onder meer vertaal as ‘n “toestand die zeer lang bestaan”.<sup>14</sup> Hiemstra en Gonin vertaal *vetustas* met “onheuglike gebruik/immemorial use”,<sup>15</sup> terwyl Claassen *vetustas* met “immemorial user, or custom” vertaal.<sup>16</sup>

## 2 2 Die grondreëls van *vetustas* en skrywers se menings

Wat die Romeinse reg betref kan daar verwys word na wat Ulpianus oor die onderwerp te sê het:<sup>17</sup> “[I]n die gevallen waarin er geen [bewijs voor de vestiging van een] erfdiensbaarheid te vinden is, degene die de erfdiensbaarheid gedurende lange tijd uitgeoefend heeft en die dit niet onder gebruikmaking van geweld, ter bede of heimelijk<sup>18</sup> heeft gedaan, geacht wordt de erfdiensbaarheid door langdurige gewoonte verkregen<sup>19</sup> te hebben ... .” Paulus stel dit voorts uitdruklik dat *vetustas* een van die drie erkende wyses is waarop ‘n serwituut gevestig kan word.<sup>20</sup> Vir sover dit openbare plekke en paaie betref, is Ulpianus ook van mening dat plaaslike paaie wat daargestel is deur privaatskenkings van grond waarvan daar geen herinneringe meer is nie, ook as openbare paaie beskou word.<sup>21</sup> Elders word Paulus aangehaal waar hy sê daar is drie maniere om serwitute te

11 LE Krause “The history and nature of acquisitive prescription and of limitation of actions in Roman-Dutch law” (1923) 26 *SALJ* 26-41 op 38.

12 Afdeling 2 2 hieronder.

13 HL Gonin & WJG Lubbe *Lexicon Institutionum Gai et Institutionum Justiniani Latyn-Afrikaans* (Pretoria, 1987) sv “*vetustas*” op 305.

14 JA Ankum & AS Hartman *Romeinsrechtelijk Handwoordenboek* (Zwolle, 1973) sv “*vetustas*”.

15 VG Hiemstra & HL Gonin *Drietalige Regswoordeboek* (Kaaipstad, 1986) 299. E Labuschagne (*Drietalige Studente Regleksikon* (Johannesburg, 2004) op 598) vertaal *vetustas* met dieselfde woorde as Hiemstra & Gonin maar gebruik “onheugelik” ipv “onheuglik”.

16 CJ Claassen *Dictionary of Legal Words and Phrases* (Durban, 1977) sv “*vetustas*” IV op 263. Sien nou CJ Claassen (jnr) *Dictionary of Legal Words and Phrases* (Durban, 1997ff losblad) V op 18.

17 D 39 3 23, *Ulpianus libro quinquagesimo tertio ad edictum*. Die Nederlandse vertaling is dié van JE Spruit, JA Ankum ea *Corpus Iuris Civilis Tekst en Vertaling* vol 5 (Zutphen, 2000) op 575. Die Engelse vertaling lui soos volg: “[W]here it is discovered that no servitude has been imposed, the person who has for a long time acted as though there were a servitude and has done so neither by force nor *precario* nor secretly, he is regarded as having a servitude imposed quasi-legally by reason of prolonged custom.” Hierdie vertaling en alle ander Engelse vertalings van die *Digesta* in dié artikel is afkomstig uit T Mommsen, P Krueger & A Watson (reds) *The Digest of Justinian* (Philadelphia, Pennsylvania, 1985).

18 “Neque ui neque precario neque clam.”

19 “uetustatem uicem legis tenere.”

20 D 39 3 2pr, *Paulus libro quadragensimo nono ad edictum*.

21 D 43 7 3pr, *Ulpianus libro trigensimo tertio ad Sabinum*: “Uiae uicinales, quae ex agris privatorum collatis factae sunt, quarum memoria non exstat, publicarum uiarum numero sunt” (Engelse vert: “Local roads established by private contributions of land of which there is no longer any recollection are included among public ways”). Sien verder Spruit, Ankum *et al* (n 17) se Nederlandse vertaling: “Buurtwegen die ontstaan zijn uit inbreng van percelen grond door private personen in een tijd waarvan geen mensenheugenis meer bestaat, behoren tot de openbare wegen.”

bekom wat gebruik van water betref, naamlik deur wetgewing, die ligging van die grond en gevestigde gewoonte.<sup>22</sup> Dit blyk dus dat die Romeine wel die *vetustas*-leerstuk geken en toegepas het, maar dat daar maar weinig daarvoor geskryf is.

Die Romeins-Hollandse skrywer Voet, waarskynlik die mees invloedryke ou skrywer op die gebied van die privaatrek wat die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse reg aanbetref, het hom ook uitgelaat oor die burepad.<sup>23</sup> Hy skryf dat ‘n burepad tot stand kan kom wanneer grondeienaars toegelaat het dat die pad gebruik word “especially if no remembrance still exists of the establishment of them”.<sup>24</sup>

Die pandektis Goudsmit bespreek die leerstuk van *vetustas* onder die opskrif “Onheuglijke tijd<sup>25</sup> (*vetustas, praescriptio immemorialis, indefinita, immemorale tempus*)”.<sup>26</sup> Hy wys daarop dat die Romeinsregtelike beginsels betreffende *vetustas* in latere eeue in verskeie Europese lande uitgebrei is – onder meer vanweë die invloed van die kanonieke reg.<sup>27</sup> Hy beskryf *vetustas* soos volg:

Heeft een toestand zoo lang geduurd, dat zijn aanvang ligt buiten het bereik van ’s menschen geheugen, zoo word zijn wettige oorsprong vermoed en het bewijs daarvan ontbeerlijk ... Het menschegeheugen bepaalt zich echter niet bloot tot eigen waarneming, maar strekt zich ook uit tot mededeelingen den nog levenden door hunne voorgangers gedaan.<sup>28</sup>

Soos Windscheid dit stel, die herinneringe aan of geheue (“Gedenken”) van die gebruik is nie beperk tot waarnemings van die lewendes nie, maar ook “welche die jezt Lebenden von den bereits Gestorbenen vernommen haben”.<sup>29</sup>

Die teenparty moet volgens Goudsmit die volgende bewys:

Het tegenbewijs zal tot voorwerp hebben, niet dat hetgeen thans is, eens niet geweest is, hetgeen in betrekking tot elken toestand geldt, maar veeleer, dat de tegenwoordige toestand op eene gebrekkige wijze is ontstaan, zoodat daardoor geen recht kon worden gevestigd, en tevens dat deze onrechtmatige verwerving met het tegenwoordige in een voortdurenden en onafgebroken samehang is gebleven gedurende de twee laatste menschengeslachten.<sup>30</sup>

22 D 39 3 2, *Paulus libro quadragensimo nono ad edictum*: ‘In summa tria sunt, per quae inferior locus superiori seruit, lex, natura loci, uetustas.’ Die *Digesta*-vertaling van “*vetustas*” is “established custom”.

23 “*Uia uicinalis*”.

24 Voet *Commentarius ad Pandectas* (vert deur P Gane *The Selective Voet Being the Commentary on the Pandects* vol 6 Durban, 1957) 43 7 1. Vgl ook Voet 39 3 5. Die Engelse frase in die teks hierbo lees in Voet se oorspronklike Latyn “*maxime, si constitutionis earum memoria non exstet*”: sien Voet *Commentarius ad Pandectas* deel 2 6e uitg (Hagae-Comitum, 1731) op 841.

25 Let wel in Nederlands gespel “onheuglijk” en nie “onheugelijk” nie.

26 JE Goudsmit *Pandecten-Systeem* vol 1 (Leiden, 1866) op 195.

27 *Idem* op 195 n 2. Sien ook EI Bekker *System des heutigen Pandektenrechts* (Weimar, 1886) op 126.

28 Goudsmit (n 26) op 195-196.

29 B Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* vol 1 (Düsseldorf, 1900) par 113 op 505. ‘n Ander uitgawe van Windscheid wat vrugbaar geraadpleeg kan word, is die Aalen-uitgawe (London, 1963) deur B Kipp: par 113 op 582.

30 Goudsmit (n 26) 196.

In die fraai, dog soms moeilik leesbare Gotiese skrif van die tyd, lees ‘n mens by Puchta die volgende: “Ein Recht wird darum als erworben betrachtet, weil es so lange ausgeübt worden ist, daß der Anfang dieser Ausübung über Menschen Gedenken hinausliegt; dies heist im römischen Recht *vetustas*.”<sup>31</sup>

Die een pandektis na wie ek geen verwysing gesien het deur skrywers of in die regspraak nie, is Dernburg. In die woordindeks van sy werk<sup>32</sup> verwys hy na *vetustas*<sup>33</sup> en bespreek dit dan by ‘n gedeelte van sy werk wat handel oor die invloed van tydsverloop op die vestiging van ‘n aanspraak. Hy doen dit onder die opskrif *Die unvordenkliche Zeit*.<sup>34</sup> Soos ander skrywers wys hy daarop dat die Duitse en kanonieke reg die beskerming van persone uitgebrei het wat sedert lang tye die voorreg geniet het van ‘n toestand wat ontstaan het juis deur sulke gebruik. Daar word ‘n positiewe en ‘n negatiewe element vereis, skryf Dernburg. Die positiewe element is daarin geleë dat “der Zustand seit sehr langer Zeit ununterbrochen dauerte”.<sup>35</sup> Die negatiewe vereiste is “das keine sichere Stunde von einem anderen Zustande im menschlichen Gedächtnisse lebt”.<sup>36</sup>

‘n Suksesvolle aanspraak op *vetustas*, soos wat die leerstuk deur die pandektiste ontwikkel is, vereis dus die bewys van ‘n toedrag van sake wat sedert onheuglike tye bestaan het. Dit beteken dat dit so ver in die verlede lê dat niemand meer kan onthou wanneer dit ‘n aanvang geneem het nie.<sup>37</sup> Die bevoegdheid moes “vir ‘n geruime tyd” uitgeoefen gewees het alvorens daar aan die vereistes van *vetustas* voldoen is.<sup>38</sup> In die Suid-Afrikaanse regspraak het die reël egter mettertyd ontstaan dat bewys van onafgebroke gebruik van meer as dertig jaar ‘n vermoede laat ontstaan dat die reg sedert onheuglike tye gebruik is.<sup>39</sup> Die vermoede wat deur die verloop van dertig jaar geskep word moet nie verwar word met, of gelyk gestel word aan, die normale verkrygende verjaringstermyn nie. Dit is duidelik gestel deur hoofregter De Villiers in Ludolph v Wegner.<sup>40</sup> Bewys van ‘n gebruik wat dertig jaar en meer bestaan het, maak dit vir ‘n hof moontlik om te beslis dat die gebruik sedert onheuglike tye bestaan, tensy daar getuienis ter weerlegging aangevoer word wat aantoon “as to when the custom originated”.<sup>41</sup> Die vermoede kan dus weêrlê word onder meer deur te bewys dat die publiek die reg

31 GF Puchta *Pandecten* (Leipzig, 1852) par 77 op 114; (Leipzig, 1856) par 77 op 119. Sien ook Windscheid (n 29) (Düsseldorf, 1900) par 113 op 503 ev.

32 H Dernburg *Pandekten* vol 1 (Berlyn, 1884).

33 *Idem* op 719.

34 *Idem* op 363.

35 *Idem* op 364: Hier verwys hy spesifiek na *vetustas*.

36 *Ibid.*

37 Sien ook JC Sonnekus & JL Neels *Sakereg Vonnisbundel* (Durban, 1994) op 712; Van der Merwe (n 10) op 547.

38 Olivier, Pienaar & Van der Walt (n 1) par 16 7 2 op 326.

39 Sonnekus & Neels (n 37) op 712; Van der Merwe (n 10) op 547; *Peacock v Hodges* (1876) 6 Buch 65.

40 (1888) 6 SC 193 op 199.

41 *Idem.*

sedert 'n bepaalde, bekende tydstip begin uitoefen het.<sup>42</sup> Dan is dit eenvoudig nie meer onheuglik nie.

*Vetustas* vertoon baie ooreenkomste met verjaring maar daar is ook wesenlike verskille<sup>43</sup> en moet daarvan onderskei word.<sup>44</sup> Die mees ooglopende verskille is:

- *Vetustas* “kan die grondslag van 'n aanspraak op publieke diensbaarhede wees, terwyl verjaring slegs by die verkryging van liggaamlike sake en private diensbaarhede van toepassing is”.<sup>45</sup>
- *Vetustas* is op die handeling van onbepaalde persone, te wete die publiek, baseer. Verjaring vereis die optrede van bepaalde persone.<sup>46</sup>
- *Vetustas* word deur die gemenerereg gereël, terwyl verjaring deur die gemenerereg sowel as die Verjaringswet<sup>47</sup> gereël word.<sup>48</sup>

### 3 Suid-Afrikaanse regspraak

Die beginsel dat 'n reg<sup>49</sup> oor 'n grondstuk ten gunste van die publiek deur langdurige gebruik gevestig kan word, is wel bekend aan die Suid-Afrikaanse regspraak. Uit die beslissings wat hieronder weergegee word,<sup>50</sup> blyk dit dat die howe, veral in die ou sake, dikwels op die beginsel van “immemorial user” gesteun het om te bevind dat daar 'n reg gevestig is. Die woord *vetustas* kom glad nie eens voor in die ou sake nie. Hierdie reg is gewoonlik as 'n serwituut beskou en ook so genoem. Dit is duidelik die tipe regte wat Olivier, Pienaar en Van der Walt<sup>51</sup> publieke diensbaarhede noem.

Reeds in Junie 1876 het daar 'n geskil betreffende langdurige gebruik van 'n smal paadjie voor 'n Kaapse volbank gedien.<sup>52</sup> Hoofregter De Villiers<sup>53</sup> het die uitspraak gelewer. Uit die getuienis het dit geblyk dat daar sedert die stigting van die dorpie Malmesbury 'n deurgang van agt voet wyd was wat Church Street en Riebeck<sup>54</sup> Street verbind het. Vir meer as dertig jaar is dit deur mens en dier as roete gebruik om by sekere

42 *De Beer v Van der Merwe* 1923 AD 378 op 386. Sien ook my opmerkings by die bespreking van die beslissing in *Myburgh v Van der Byl* (1882) 1 SC 360 hieronder.

43 Sien, vir 'n volledige bespreking, Van der Merwe (n 10) op 548-549.

44 RW Lee *An Introduction to Roman-Dutch Law* (Oxford, 1953) op 173.

45 Van der Merwe (n 10) op 548.

46 *Idem* 549. Vgl ook *Nel v Louw* 1955 (1) SA 107 (CPD) wat aan die orde kom. Sien verder S Scott (red) *Werkboek vir Sakereg* (Durban, 1994) par 5 12 op 151.

47 68 van 1969.

48 Van der Merwe (n 10) op 549; Scott (n 46) op 151.

49 Sommige van die skrywers na wie daar hierbo (afd 2) verwys is, het aangedui dat dit tegnies nie korrek is om van 'n reg te praat by ware *vetustas* nie, slegs 'n weerlegbare vermoede word geskep: sien Sonnekus & Neels (n 37) op 712.

50 Wat volg is 'n keur van beslissings.

51 (n 1) op 326. Sien ook Sonnekus & Neels (n 37) op 712; Van der Merwe (n 10) op 544, 548.

52 *Peacock v Hodges* (1876) 6 Buch 65.

53 Met wie rr Denyssen en Fitzpatrick saamgestem het.

54 Inderdaad so gespel.

geboue uit te kom. Nadat ‘n stuk grond neffens dié paadjie verkoop is, het die koper ‘n muur daarvoor gebou wat in die verkoper se weg gestaan het wanneer hy sekere van sy geboue wou bereik. Hoofregter De Villiers wys daarop dat “servitutes”<sup>55</sup> op verskeie wyses tot stand kan kom: deur vergunning, deur verjaring of op ‘n ander wyse wat die reg erken. Hy bevind dat daar nie *in casu* ‘n noodweg tot stand gekom het nie maar wel ‘n *uia uicinalis*; ‘n burepad. Hy beroep hom hiervoor op die Romeinse reg en die Romeins-Hollandse reg as gesag maar verwys hoegenaamd nie na enige spesifieke tekste of bronne nie. Hy beskryf hierdie tipe pad soos volg: “It is either a road in a village or a road leading to a town or village, which has been used by the public from time immemorial without any objection or hindrance from the neighbours over whose land it runs.”<sup>56</sup>

Die hof beslis voorts dat ‘n eiser getuienis moet voorlê dat ‘n pad vir dertig jaar of meer gebruik is ten einde suksesvol te wees in sy aanspraak. Die hof het ‘n bevel toegestaan wat aan die eiser ‘n reg van weg verleen het.

In 1886 maak ene Duncan Mackenzie beswaar teen die gebruik van ‘n pad oor sy plaas aan die oewer van die Umganrivier. Die verweerders bewys dat hulle en hul voorgangers die pad, wat ook op ‘n diagram van die plaas opgeteken is, vir vyf en dertig jaar ononderbroke gebruik het. Trouens, die pad het al bestaan voordat Natal deur die Britse regering geannekseer is<sup>57</sup> en is sedertdien deur die publiek, die verweerders en hulle bure gebruik. Die hof verwys na enkele gemeenregtelike gesag maar steun grootliks op ‘n saak in die House of Lords waarin Skotse reg met betrekking tot verjaring toegepas is. Die hof bevind dat ‘n openbare weg in die geval voor hande wel bestaan het en dat die eiser onsuksesvol is in sy aanspraak dat die pad nie gebruik moet word nie.<sup>58</sup>

In *Allen v Colonial Government*<sup>59</sup> het ‘n twee-en-tagtigjarige man getuig dat hy die pad tussen Drakenstein en Paarl van sy kinderdae af geken het en dat dit vryelik gebruik is, lank voordat die eerste spoorwegstasie waartoe die pad uiteindelik sou lei in 1857 deur ‘n privaat ondernemer gebou is en in 1872 aan die koloniale owerheid verkoop is. Die hof<sup>60</sup> het bevind “as far back as the memory of man goes this was a public road, and there is no evidence that the memory of man runs to the contrary thereof. I therefore come to the conclusion that the old road in question was a *via vicinalis*, by immemorial use, when the railway was built”.<sup>61</sup> Dat die roete van die pad later effens afgewyk het van die oorspronklike roete is nie belangrik nie omdat omstandighede so iets mag vereis.

55 Hy plaas self die woord tussen aanhalingstekens op 69 van die saak.

56 Op 70 van die saak.

57 Brittanje het in 1842 gewapende troepe gestuur om die anneksasie van Natal te bewerkstellig. Na ‘n kort, moedige poging (“spirited defence”) het die republikeine in Natal oorgegee. Talle van hulle het hul elders gaan vestig omdat hulle groot waarde aan hulle onafhanklikheid geheg het (sien C Hamilton, B Mbenga & R Ross *The Cambridge History of South Africa* vol 1 (Cambridge, 2010) vol 1 291 op 358). Op 31 Mei 1844 is “Letters Patent” op gesag van koningin Victoria uitgevaardig ten einde die “District of Natal” as ‘n Britse kolonie te annekseer (sien GW Eybers *Select Constitutional Documents Illustrating South African History 1795-1910* (London, 1918) dok 109 op 182). Sien verder GM Theal *History of South Africa from 1828 to 1846* (London, 1904) op 397.

58 *Mackenzie v Shaw* 1886 7(1) NLR 84.

59 (1907) 24 (1) SC 1.

60 Per r Maasdorp.

61 Op 8 van die saak.

‘n Afwyking van die tema van paaie is die kwessie van weidingsregte. In *Songica v Mpangela*<sup>62</sup> het twee gemeenskappe teen mekaar te staan gekom oor die bestaan van weidingsregte op gemeenskaplike grond.<sup>63</sup> Die kaptein van die een gemeenskap het die ander se beeste laat skut en die ongelukkige eienaars het die skutgeld wat hulle onder protes betaal het van die verweerders geëis. Namens die eisers het ‘n aantal getuies tussen die ouderdomme van drie-en-sestig en nege-en-sewentig jaar getuig dat hulle van kleintyd af beeste opgepas het wat gewei het op die gemeenskaplike grond waaroor die geskil gehandel het. Daar was nooit ‘n dispuut hieroor nie. Die hof het dit duidelik gestel dat dit in hierdie saak nie gaan oor verjaring nie, maar wel of die eisers bewys het dat hulle sedert “time immemorial” weidingsregte uitgeoefen het. Die hof het op die getuienis bevind dat dit wel die geval was. Die hof het na geen gesag in die uitspraak verwys nie.

In *Myburgh v Van der Byl*<sup>64</sup> het die reg van oewereienaars om water uit ‘n kanaal te onttrek ter sprake gekom. Die oorspronklike eenaar van die plaas “Welmoed” het in 1805, toe hy reeds die plaas bewoon het maar voordat hy eenaar geword het, ‘n kanaal gebou om water uit die Eersterivier<sup>65</sup> beskikbaar te stel aan ander grondeienaars. Hulle het vir jare daarvan gebruik gemaak en die kanaal is mooi onderhou. “Welmoed” is later onderverdeel en oor ‘n tydperk het al die plase van eienaars verwissel. Toe ‘n geskil ontstaan oor die gebruik van water uit die mensgemaakte kanaal het daar, om dit nou so te stel, reeds baie water in die see gevloei en onder deur die brug gestroom. Trouens, dit was al bykans sewentig jaar later toe die geskil in hierdie saak voor die hof gedien het.<sup>66</sup> Die hof het die reg van die gebruikers van die waterleiding bevestig en die volgende daaroor te sê gehad:

This right had its origin, not in prescription, which could not under the circumstances strictly apply, but in the quality which long usage and common user had impressed upon the watercourse ... It is not unusual practice in this Court to apply the test of long usage and common user, in order to ascertain the legal nature of the stream.<sup>67</sup>

Dit moet dadelik uitgewys word dat hierdie nie ‘n klassieke geval van *vetustas* is nie. Immers, die datum waarop die reg by wyse van vergunning of ooreenkoms gevestig is, staan vas. Dit was 1805. Daar was dus nie sprake van onheuglike tye nie.<sup>68</sup> Hierdie saak skeep dus die moontlikheid, so kom dit my voor, dat ‘n publieke diensbaarheid ook deur langdurige gebruik gevestig kan word buite die gewone reëls van verjaring en *vetustas* om. Wat die reëls in hierdie verband moet wees, is onbekend. Moontlik het die hof bloot die punt mis gekyk dat die tyd nie onheuglik was nie.

62 1921 (1) EDL 132.

63 “commonage”.

64 (n 42) hierbo.

65 Vermoedelik by Stellenbosch.

66 Op 368 van die uitspraak.

67 Hr De Villiers op 368-369.

68 Soos Sonnekus & Neels (n 37) op 712 dit stel: “As dit bewys word dat ‘n diensbaarheid sedert ‘n bepaalde tydstip, byvoorbeeld Desember 1890, uitgeoefen word, is die leerstuk van *vetustas* nie van toepassing nie.”



*Van Heerden v Pretorius*<sup>69</sup> dien as voorbeeld van ‘n geval waar langdurige gebruik nie die gebruikers ‘n reg besorg het nie omdat die grondeienaars voortdurend toestemming om die trekpad te gebruik onderbreek het, en daar ook nie sprake van onheuglike tye was nie. In die saak kom die bepaling van ‘n sekere Trekpadwet van 1908 ter sprake maar dit is nie vir huidige doeleindes van belang nie. Hoofregter de Villiers het op die getuienis bevind dat die gebruik van die trekpad<sup>70</sup> “was too intermittent to establish immemorial custom”.<sup>71</sup>

Appèlregter Innes sê in sy uitspraak dat daar geen rede is om ‘n trekpad anders te hanteer as enige ander bureweg<sup>72</sup> nie. Maar, voeg hy by,

this is not a case where the origin of the [path] is lost in the mists of the past. We know that the track was first used as a bridle-path about the year 1870. And it has been already held that there is no sufficient proof of its general use by the public as a trek-path up to 1887 to bring it within the condition of a grant. The finding is really fatal to the defendant’s contention with regard to immemorial user. Because whatever may be the basis upon which that doctrine rests, it could never operate in respect of a user the origin of which is well known, and the duration of which has been considerably less than the period of prescription.<sup>73</sup>

In *Nel v Louw*<sup>74</sup> het die hof op die feite bevind dat ‘n trekpad vir vee ten gunste van die breë publiek nie deur gebruik sedert onheuglike tye tot stand gekom het nie. Die hof lê egter belangrike beginsels neer in die volgende dicta:

Ek is van opinie dat die beginsel dat openbare regte by wyse van verjaring geskep kan word nie gegrond is nie en dit, om rede dat verjaringsregte alleen as gevolg van die optrede van individue geskep kan word en dat die optrede van individue nie die uitwerking kan hê dat baie ander individue, wat nie eens deel geneem het in die skepping van die sogenaamde openbare regte, ook dieselfde regte kon verkry het nie<sup>75</sup> ... *Vetustas* as ‘n wyse waardeur ‘n serwituut tot stand kan kom vereis die bewys van die bestaan van ‘n toestand van sake wat vir so ‘n lang tydperk bestaan het dat menslike geheuenis nie so ver strek om die omstandighede wat dié toestand van sake in die lewe geroep het te kan vasstel nie. Bewys van hierdie aard laat ‘n vermoede rys dat die serwituutreg ‘n regmatige oorsprong gehad het.<sup>76</sup> Dit kan onderskei word van verjaring as ‘n wyse van die verkryging van ‘n serwituut omrede dat dit nie van die optrede van individue afhanklik is nie, soos met verjaring die geval is ... Waar dit bewys word dat ‘n sodanige reg onafgebroke vir meer as

69 1914 AD 69.

70 Vir die aandryf van skape en ander vee.

71 Op 75 van die saak.

72 *Uia uicinalis*.

73 Op 85 van die saak.

74 (n 46).

75 R Hall op 109E-F.

76 Die hof beroep hom hier op Goudsmit (n 26) soos aangehaal in *De Beer v Van der Merwe* (n 42) op 382.

dertig jaar geniet word en dit word nie bewys wanneer dit ontstaan het nie, kan ‘n Hof ‘n bevinding maak dat dit ‘n gevestigde reg geword het.<sup>77</sup>

Die feite in *De Beer v Van der Merwe*<sup>78</sup> is nie werklik van belang nie. Wat belangrik is van hierdie uitspraak is dat die appèlhof redelik volledig aandag gee aan die leerstuk van *vetustas* as sodanig met verwysing na gesag uit die *Digesta* en enkele van die pandektiste. Die hof maak die volgende belangrike opmerkings:

Prescription is based on the exercise of an unlawful act; *Vetustas* on a lawful origin, *pro lege*<sup>79</sup> ... By *vetustas* is understood a condition of things beyond living memory – immemorial usage. If it can be shown, or does appear how and when a particular work or construction<sup>80</sup> was originally made, the doctrine of *vetustas* does not apply.<sup>81</sup>

#### 4 Die beslissing in *The Langebaan Ratepayers’ and Residents’ Association v Dormell Properties 391 (Pty) Ltd*<sup>82</sup>

Die applikant het ‘n interdik aangevra wat die respondent sou verbied om die gedeelte van die Witpad wat in geskil is te sluit en het verder ‘n verklarende bevel versoek wat die Witpad tot ‘n publieke serwituut verklaar op grond van “ancient use or immemorial use”. Die applikant het voorts ‘n bevel gevra dat die pad, wat op 15 Mei 2011 gesluit is, heropen word. Die respondent het dit teengestaan en aangevoer dat die Witpad privaat eiendom is en dat die publiek nie daarop geregtig is om dit te gebruik nie.<sup>83</sup>

Die hof het ‘n geskiedkundige oorsig van die pad en sy wel en weë gegee:<sup>84</sup> ‘n Gedeelte van die Witpad is in 1968 as ‘n provinsiale pad geproklameer maar in 1991 het deproklamasie plaasgevind toe die owerhede ‘n teerpad gebou het wat as deurpad vir die dorp Langebaan gebruik kon word. Die respondent het die gewraakte deel van die Witpad op 15 Mei 2011 gesluit en onder meer gesteun op ‘n brief van die landmeter-generaal wat meegedeel het dat deproklamasie tot gevolg gehad het dat die pad nou die respondent se privaat eiendom is. Die applikant het aangevoer dat dit nie die publiek se antieke reg om die pad te gebruik tot niet gemaak het nie. Ten einde gebruik sedert vergange tye

77 110H-111B. Die spelling en taalgebruik in hierdie aanhaling is ongewysig uit die gerapporteerde saak geneem. Die hof het in *Forellendam Bpk v Jacobsbaai Coastal Farms (Pty) Ltd* 1993 (4) SA 138 (CPD) saamgestem met die uitspraak in *Nel v Louw* (n 46) dat openbare diensbaarhede nie by wyse van verjaring tot stand kan kom nie en bygevoeg: “*Vetustas* deug dus nie om eiendomsverkryging [die hof het waarskynlik bedoel serwitute] deur verjaring te bewys nie” (per r Conradie op 144A-B). Sien ook die vroeëre beslissing *South African Life Assurance Society v Durban City Council* 1948 (1) SA 1 (D & C): “[P]ublic servitude rights cannot be created by prescription but only by immemorial user” (per r Broome op 10).

78 (n 42).

79 Ar Juta op 383.

80 *In casu* ‘n keerwal om water se afvloei te beheer.

81 Ar Kotzé op 386.

82 (n 3).

83 Paragrafe 1 en 2 van die uitspraak.

84 In par 7-12.

te bewys is daar namens die applikant onder meer gesteun op die kaart uit die Kaapse argiewe waarna vroeër<sup>85</sup> verwys is en wat die pad vanaf Langebaan na Kaapstad aandui. Daar is ook geskiedkundige gegewens voorgelê dat die oorspronklike pad soos hy verder geloop het vir landboudoeleindes gebruik was.<sup>86</sup> Voorts het twee bejaarde inwoners (in hulle sewentigerjare) getuig dat hulle van kleins af die pad ongehinderd gebruik het om skool toe, kerk toe, of winkel toe te gaan of seegras te gaan pluk om te verkoop. Dit was ook gemeensaak dat die tersaaklike deel van die Witpad deur die publiek gebruik is om op te ry of te stap. Die respondent het voet by stuk gehou dat die deproklamasie van “Division 1162”<sup>87</sup> volgens die landmeter-generaal se brief hom die privaat eienaar van die grond gemaak het.

Die respondent het verder aangevoer dat “there is nothing to suggest that the gravel road<sup>88</sup> was at any time used as an access road to the shore, or that the public could freely trespass and trample over all of the private land laying adjacent to the shore”.<sup>89</sup> Die respondent sluit af met die volgende stelling: “The gravel road does not lead to such an area,<sup>90</sup> and it cannot be used to gain access to the shore at all.”<sup>91</sup> Die hof het beslis dat die respondent nie gehandel het met

the averment about the anonymous writer who stayed at the Farm Theefontein (between 1795 and 1803) and used the route of the White Road to travel to Saldanha, nor does it deal with the averment that the farmers used the same route when going to deliver the grain ... what Scapellini further avers, that the gravel road does not lead to the lagoon, is not correct because, attached to annexure RS15 (relied upon by the respondent), are a number of photographs showing the gravel road closed with a gate on one side and with a boom on the other side. Importantly, in my view, these photographs also show that the gravel road leads straight to the beach. The fact that the manuscript does not suggest that the gravel road was used as an access road to the shore is therefore without any merit.<sup>92</sup>

Die hof,<sup>93</sup> met verwysing na enkele regspraak en *LAWSA*,<sup>94</sup> het afgaande op die feite soos vervat in die eedsverklarings die betoog namens die applikant aanvaar dat daar ‘n openbare serwituut tot stand gekom het deur “*vetustas* or ‘immemorial user’”.<sup>95</sup> Die hof het bevind dat die Witpad gebruik is lank voordat die pad in 1968 geproklameer is. Voorts beslis die hof dat deproklamasie van die pad nie die algemene publiek se reg tot gebruik van die pad beëindig het nie. Die hof beslis dat die eerste respondent “has failed to rebut the presumption that the origin of the use of the gravel road was lawful. In the

85 (n 7).

86 Paragraaf 24 van die uitspraak.

87 Die tersaaklike pad wat die onderwerp van die geskil is.

88 Dit is die Witpad.

89 Paragraaf 15 van die uitspraak.

90 Die strandgebied.

91 Sien par 15 van die uitspraak.

92 Paragraaf 16 van die uitspraak.

93 Die uitspraak is gelewer deur wn r Saba.

94 Van der Merwe & De Waal (n 1).

95 Paragraaf 26 van die uitspraak.

circumstances, I find that a public servitural right of way existed in favour of the public over the gravel road.”<sup>96</sup>

Die hof het derhalwe ‘n interdik verleen teen die sluit van die Witpad en ‘n bevel toegestaan dat die pad weer oopgestel moet word vir die publiek. Die hof verklaar ook in sy bevel dat ‘n “public servitural right of way, constituted by ancient use, exists in favour of the public along the route followed by the White Road (the gravel road)”<sup>97</sup>.

## 5 Slotopmerkings

In hierdie verbluffende rekenaargedomineerde era waarin ons huidige geslag hom bevind, met die verstommende prestasies wat dit voortbring, dog ook die stommiteite en afgestomptheid wat daarmee gepaardgaan, kan ‘n mens net verwonderd hulde bring aan die insig en die wysheid van vroeëre geslagte regters, vergange beskawings soos dié van die Romeine en regsrywers wat eeue terug gelewe het. Meer as twee duisend jaar later pas ons nog eenvoudige, dog deurdagte, beginsels toe wat in latere eeue verfyn is om konflikte in sogenaamd hoogsbeskaafde gemeenskappe te besleg. Diegene wat die verlede, sy dit heuglik of onheuglik, en die nalatenskappe van die mense van die vervloë tye gering ag, daag gewis ordelike burgerlike samesyn uit in die “moderne” tye waarin ons lewe.

---

### Abstract

The origin of the principles constituting the doctrine of *vetustas* can be traced back to the Digest. It would be wrong, it is submitted, to regard it as a fully-fledged doctrine in Roman law. The doctrine was developed in European countries under the influence of canon law and particularly through the works of the Pandectists. According to the basic principles of *vetustas* the public obtains a right to make use of some “public servitude” such as a road or aqueduct on account of usage by the public of such facility since time immemorial. “Time immemorial” in the classic sense means since a moment in time that is unknown to any living person. It is permissible to produce hearsay evidence in terms of which people who are still alive testify that their forbears already made use of the facility or construction. There are many older South African cases in which the principles of immemorial user or immemorial custom have been applied, often without referring to old authorities or even mentioning *vetustas*. However, in later cases the principles of *vetustas* as such were spelled out and applied. The South African courts relaxed the rule a bit by accepting that a right has indeed been exercised since time immemorial if it is proved that the usage has been in existence for more than thirty years and no evidence rebutting the presumption that is created in the process can be adduced. *Vetustas*, although showing similarities with prescription, should not be confused or placed on an equal footing with servitudes created through prescription, because there are important differences, as is pointed out in the article.

96     Synde die Witpad (par 35).

97     *Idem* in par 39.

*Vetustas* is not the type of doctrine that attracts the attention of the courts too often. Very recently, however, a case was reported in which *vetustas* was applied. The decision is *The Langebaan Ratepayers' and Residents' Association v Dormell Properties 391 (Pty) Ltd* 2013 (1) SA 37 (WCC). The court found in this case that the public obtained a right to use a certain road through use since time immemorial. This article fairly comprehensively deals with the decision in this case and the background to the dispute.