

Reële kontrakte en *pacta sunt servanda*

Duard Kleyn*

INLEIDING

Soos algemeen bekend, deel Suid-Afrika 'n ryke regstradisie met die Nederlande. Die Suid-Afrikaanse reg is ongekodifiseerd, wat tot gevolg het dat die Romeins-Hollandse reg van die 17de en 18de eeu, die basis van die Suid-Afrikaanse gemenerereg vorm. Die Romeins-Hollandse reg is 'n bron van die Suid-Afrikaanse reg, met bindende krag in die howe.¹ Op die gebied van die kontraktereg oefen die Romeins-Hollandse reg steeds 'n sterk invloed uit, alhoewel die Engelse reg ook sedert 1806 sy stempel op sekere areas van hierdie vakgebied afgedruk het.²

In die moderne Westerse regswetenskap word algemeen aanvaar dat kontrakte deur blote ooreenkoms (wilsooreenstemming of *consensus*) tot stand kom. Hierdie benadering word gewoonlik uitgedruk met die middeleeuse adagium *pacta sunt servanda*.³ Dit word vergestalt in die heersende opvatting van materiële en formele kontrakteervryheid. Materiële kontrakteervryheid behels dat daar nie 'n beperkte groep (*numerus clausus*) van kontrakstipes is nie. Enige ooreenkoms kan 'n kontrak daarstel, mits dit natuurlik nie ongeoorloof is nie en dit andersins voldoen aan voorskrifte van die dwingende reg. Dit impliseer 'n sogenaamde oop sisteem van kontrakte. Formele kontrakteervryheid behels dat 'n kontrak in beginsel vormloos tot stand kom deur blote wilsooreenstemming. Dit kom neer op die beginsel van konsensualiteit.⁴

* Prof. dr. D.G. Kleyn is hoogleraar in die Departement Regsgeskiedenis, Regsvergelyking en Regsfilosofie, aan die Fakulteit Regsgeleerdheid, Universiteit van Pretoria.

1. Vir sover as wat die regposisie nie deur geldende wetgewing of moderne regspraak verander is nie.
2. Sien oor die Engelse invloed op die Suid-Afrikaanse reg bv. H.R. Hahlo en E. Kahn, *The South African Legal System and its Background*, Cape Town 1973, p. 575-596.
3. Sien oor die algemeen R. Zimmermann, *The Law of Obligations — Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, p. 85-86, 164.
4. R. Feenstra en M. Ahsmann, *Contract, Aspecten van die begrippen contract en contracts-vrijheid in historisch perspectief* [Rechtshistorische cahiers, 2], 2de uitgawe, Deventer 1988, p. 5; R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht*, 6de uitgawe, Leiden 1994, p. 135 nr. 231; Vgl. ook Zimmermann, *Obligations* (hierbo n. 3), p. 546.

Hierdie is die heersende opvatting met betrekking tot die kontrakregteorie tans in Nederland⁵ en Suid-Afrika.⁶

Daarteenoor staan die welbekende benadering van die Romeinse reg, waaruit beide die Nederlandse en Suid-Afrikaanse reg deels gegroei het; *ex nudo pacto non oritur actio* (blote wilsooreenstemming gee nie aanleiding tot aksie, dit wil sê, kontrak nie). Soos hieronder aangetoon sal word, behels dit 'n geslote sisteem van kontrakstipes, waar 'n onderskeid tussen onafdwingbare *pacta* en afdwingbare *contractus* getref is. In beginsel was die Romeinse sisteem aan vorm gebonde. Een van die bekende klasse of tipes kontrakte was die *contractus re* (reële kontrakte). In hierdie gevalle het die kontrak nie deur blote *consensus* tot stand gekom het nie, maar eers deur die daaropvolgende lewering van 'n saak.

Die historiese ontwikkeling in die Wes-Europese regswetenskap vanaf die beginsel *ex nudo pacto non oritur actio* tot by *pacta sunt servanda*, was 'n lang een. Laasgenoemde beginsel het eers gedurende die 16de eeu in die alledaagse regspraktyk ingang gevind. Hierdie historiese ontwikkeling is 'n onderwerp wat Robert Feenstra na aan die hart lê en waaroor hy dikwels gepubliseer het.⁷

Maar ongeag die latere, algemeen aanvaarde beginsel van *pacta sunt servanda*, het die Romeinse kontrakteleer steeds 'n strydende en dwingende invloed uitgeoefen. Feenstra en Ahsmann⁸ wys daarop dat die Romeinsregtelike onderskeid tussen *pacta* en *contractus* die Wes-Europese regswetenskap tot in die 17de en 18de eeu beheers het — lank nadat *pacta sunt servanda* aanvaar is. In hierdie verband het veral die *contractus re* 'n dominerende rol gespeel. Zimmermann⁹ vestig die aandag daarop dat die 19de eeuse skrywers oor die *ius commune*, die idee van die Romeinse *contractus re* as 'n logiese noodsaaklikheid verskans het. Dit leef vandag steeds nog in die gees voort in die Duitse, Franse en Italiaanse kodes.

In Suid-Afrika, soos aangetoon sal word, word die idee dat die Romeinse *contractus re* eers na lewering van 'n saak tot stand kom, selfs vandag nog

5. Feenstra-Ahsmann, *Contract*, p. 5.

6. D.J. Joubert, *General Principles of the Law of Contract*, Cape Town 1987, p. 21-23; J.C. de Wet en A.H. van Wyk, *Die Suid-Afrikaanse Kontrakreg en Handelsreg*, 5e uitgawe, Durban 1992, p. 6, 130; Eiselen, 'Kontraktevryheid, kontraktuele geregtigheid en die ekonomiese liberalisme' 1989 Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandereg (THRHR), p. 516 ev.

7. Sien bv. Feenstra-Ahsmann, *Contract* (hierbo n. 4); 'Pact and Contract in the Low Countries from the 16th to the 18th Century' in *Towards a General Law of Contract* (red. J. Barton) Berlin 1990, p. 197-213; 'Die Klagbaarheid der pacta nuda', in *Das römisch-hollandische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, (red. R. Feenstra en R. Zimmermann), Berlin 1992, p. 123-144; 'Beginnels van vermogensrecht in de middeleeuwen en bij Hugo de Groot' (onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking), in *Beginnels van vermogensrecht* (BW-krant Jaarboek 1993) Arnhem 1993, p. 26.

8. *Contract* (hierbo n. 4), p. 3.

9. *Obligations* (hierbo n. 3), p. 164-165, veral n. 62.

direk of by implikasie verkondig. Sommige gevalle van die ou *contractus re* dien tans maar selde voor die Suid-Afrikaanse howe. 'n Onlangse beslissing, dié van *Saridakis t/a Auto Test v Lamont*,¹⁰ het gehandel oor die bruikleenkontrak (*commodatum*). Hoewel die hof nie ingegaan het op die totstandkoming van die kontrak nie — die geskil het alleenlik gehandel oor die aanspreeklikheid van die bruiklener — skeep die blote geval tog vrae oor die moderne aard, wese en sin van hierdie tipe kontrak. Joubert¹¹ verklaar ten opsigte van die Suid-Afrikaanse reg, dat die Romeinse *contractus re* vandag deur blote *consensus* tot stand kom. Volgens Zimmermann¹² steun hierdie stelling egter op 'n taamlke wankelrige basis.

Om die meriete van beide hierdie standpunte toe te lig, word die plek van die *contractus re* binne die Romeinse kontrakteregleër vervolgens in oënskou geneem. Daarna word dit bespreek teen die agtergrond van *pacta sunt servanda* in onderskeidelik die Romeins-Hollandse en die Suid-Afrikaanse reg.

ROMEINSE REG

Volgens die fundamentele indeling van Gaius, vorm *contractus* en *delictum* die twee hoofbronne van 'n verbintenis (*obligatio*). Dit is Gaius se *summa divisio*.¹³ Ten einde die geval van ongeregverdigde verryking te inkorporeer, wat nóg op *contractus* nóg op *delictum* neerkom, maar tog 'n verbinteniskepende feit is, skeep Gaius in sy *Res cottidianae sive aurea* 'n derde bron van *obligatio*, naamlik *ex variis causarum figuris*.¹⁴ Ongeveer vier eeue later neem Justinianus, Gaius se indeling in beginsel oor, maar verfyn dit na 'n vierledige indeling, onder invloed van die regsdenke van die Oos-Romeinse skole. Hiervolgens ontstaan verbintenisse uit *contractus*, *quasi uit contractus*, *maleficium* (delik) en *quasi uit maleficium*.¹⁵

Uit Paulus¹⁶ en Justinianus¹⁷ se omskrywings van die begrip *obligatio*, is dit duidelik dat 'n verbintenis gesien is as 'n abstrakte regsverhouding, ('n

10. 1993 2 SA 164 (K).

11. D.J. Joubert 'Loan' in *The Law of South Africa* (red. Joubert), vol. 15, Durban 1981, p. 200; Contract (hierbo n. 6), p. 33 n. 61.

12. Obligations (hierbo n. 3), p. 165 n. 66.

13. G. 3, 88.

14. D 44, 7, 1 pr. Vgl. ook G 3, 91. Sien oor Gaius se indeling Kaser *Das römische Privatrecht* I, 2de uitgawe, München 1971, p. 522-527.

15. Inst 3, 13, 2. Sien M. Kaser, *Das römische Privatrecht* II, 2e uitgawe, München 1975, p.360-361. Daar bestaan ook ander indelings van verbintenisse, vgl. Inst 3.13. 1 en sien W.W. Buckland, *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian*, 3e uitgawe deur P. Stein, Cambridge 1963, p. 410-411; J.A.C. Thomas, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam 1976, p. 219-221.

16. D 44, 7, 3 pr: *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

17. Inst 3,13 pr. *Nunc Transeamus ad obligationes. obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura.*

iuris vinculum) tussen partye waardeur hulle as debiteur en krediteur teenoor mekaar verbind (*obstringere* of *adstringere*) is. Dit kom met ander woorde op 'n gesanksioneerde reg — plig verhouding neer.¹⁸ Heel waarskynlik het die klassieke beskouing van *contractus* wat tot hierdie abstrakte verbintenis aanleiding gee, gegroei vanuit 'n baie vroeër situasie waar die debiteur ooreenkomstig die ou figure van *nexum* en *sponsio*, oorspronklik fisies onderworpe was (*persona obligata*) aan die krediteur. Dit wil voorkom asof hierdie gedagte nog gesuggereer word deur die figuurlike gebruik van die woorde *iuris vinculum* en *ob-* of *adstringere* by Paulus en Justinianus.¹⁹

Volgens die klassieke en latere Romeinse reg word die verbintenis, in die geval van kontrakte, in die lewe geroep deur die ooreenkoms of wilsooreenstemming (*conventio* or *consensus*) tussen die partye. Ulpianus verwys na Pedius wat aanvoer dat wilsooreenstemming die basis van alle kontrakte vorm.²⁰ Maar soos bekend, beteken dit in die Romeinse reg nie dat die wilsooreenstemming op sigself genoeg is om 'n kontrak daar te stel wat tot 'n verbintenis aanleiding gee nie. *Conventio* en *contractus* is nie sinonieme nie. Die blote wilsooreenstemmingskep 'n onafdwingbare *pactum*, wat in beginsel slegs tot 'n verweer (*exceptio*) aanleiding gee en nie tot 'n afdwingbare aksie nie. Die algemene benadering is *nuda pactio obligationem, non parit* of soos dit later uitgedruk is, *ex nudo pacto non oritur actio*.²¹ In beginsel is 'n bykomende element tot die wilsooreenstemming, 'a pre-existing fact giving validity',²² vereis vir die totstandkoming van 'n geldige *contractus*. Hierdie bykomende element word gewoonlik aangedui as die *causa contractus*, soms ook genoem *causa civilis*.²³ Wilsooreenstemming plus *causa* skep gevolglik 'n *contractus*. Daar is dus nie sprake van kontrakteervryheid in die formele sin

18. Sien Thomas, Textbook (hierbo n. 15), p. 214; C. Visser, 'The principle *pacta servanda sunt* in Roman and Roman-Dutch law, with specific reference to contracts in restraint of trade' 1984 South African Law Journal (SALJ), p. 642.

19. Sien oor die algemeen F. de Zulueta, The Institutes of Gaius part II, Oxford 1967, p. 143-146; Kaser, Das römische Privatrecht I (hierbo n. 14), p. 146-155, 166-171; J.A.C. Thomas, The Institutes of Justinian, Text, Translation and Commentary, Cape Town 1975, p. 198-200; Thomas, Textbook (hierbo n. 15), p. 198-200; Feenstra en Ahsmann, Contract (hierbo n. 4), p. 8-9; Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 1-6; M.E. Storme, 'De bindende kracht van de overeenkomst', BW-krant Jaarboek 1993, p. 123-124.

20. D 2, 14, 1, 3: ... ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem ... Vgl. ook D 44, 7, 3, 1 en Kaser, Das römische Privatrecht II (hierbo n. 15), p. 365-366.

21. Die einste Ulpianus wat in D 2, 14, 1, 3 na Pedius verwys (hierbo n. 20), verkondig in D 2, 14, 7, 4: Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Sien ook D 2, 14, 7, 5; D 15, 1, 49, 2; C 2, 3, 10; C 4, 65, 27; C 5, 14, 1.

22. Buckland, Textbook (hierbo n. 15), p. 429.

23. Vgl. D 2, 14, 7, 4 hierbo. Sien D 15, 1, 49, 2 en ook G. Kotze, Causa in the Roman and Roman-Dutch Law of Contract, Cape Town 1922, p.1; J.C. Stassen, 'Causa in die Kontraktereg' 1979 THRHR p. 359. Die term 'causa' kan verskeie betekenisse hê. Sien oor die algemeen Buckland, Text-Book (hierbo n. 15), p. 428-429 en die genoemde werk van Kotze.

nie. Na aanleiding van die verskillende vorme wat die *causa* kan aanneem, word die kontrakte in groepe of klasse verdeel. Dit impliseer 'n vormgebondeheid, 'n geslote sisteem. In beginsel is daar gevolglik ook nie sprake van materiele kontrakteervryheid, deurdat partye nuwe kontrakstipes buite die erkende kring, in die lewe kon roep nie.²⁴ Hoewel daar sekere algemene beginsels van die kontraktereg in die Romeinse reg uitgekristalliseer het, wys moderne skrywers daarop dat die Romeinse reg nie bekend was met 'n algemene kontrakteregteorie nie, maar eerder met teorieë ten opsigte van verskillende tipes kontrakte.²⁵

Gaius onderskei vier groepe kontrakte, te wete *contractus re, verbis, litteris en consensu*.²⁶ Hierdie indeling is waarskynlik vir onderrigdoeleindes gemaak en word gewoonlik nie as oorspronklik aan Gaius toegeskryf nie.²⁷ Gaius se indeling beheers steeds die na-klassieke Romeinse reg, waar Justinianus in sy *Institutiones* dieselfde vierledige indeling van kontrakte maak.²⁸

In die geval van die *contractus re* (reële kontrakte), het die *causa* op die lewering van 'n saak neergekom. Die *consensus* tussen die partye moes opgevolg word deur lewering alvorens 'n kontrak tot stand gekom het. Lewering in hierdie sin, vorm met ander woorde nie deel van die prestasie nie maar het ten doel om die *consensus* afdwingbaar te maak. Vier *contractus re* is onderskei,²⁹ te wete *mutuum* (verbruikleen), *commodatum* (bruikleen), *depositum* (bewaargewing) en *pignus* (pandgewing). Die onderskeid tussen *mutuum* en *commodatum* is geleë in die tipe saak wat uitgeleen word. By *mutuum* gaan dit om verbruikbare sake, waarvan geldlening die algemeenste vorm is, terwyl *commodatum* die uitleen van onverbruikbare sake behels.³⁰ Beide hierdie kontrakte bestaan ten gunste van die lener. *Depositum* bestaan weer uitsluitlik tot voordeel van die bewaargewer terwyl *pignus* tot albei partye se voordeel strek.³¹ By *mutuum*, *commodatum* en *depositum* gaan dit hoofsaaklik om betrekkings tussen partye wat op gratis vriendedienste neerkom.³² Gedurende die na-klassieke regsontwikkeling het daar allerlei

24. Kaser, Das römische Privatrecht I, (hierbo n. 14), p. 477.

25. De Zulueta, Institutes II (hierbo n. 19), p. 142; Buckland (hierbo n. 15), p. 413; Joubert, Contract (hierbo n. 6), p. 24; Visser 1984 SALJ (hierbo n. 18), p. 643.

26. G 3, 89: Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re [con] trahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu. Sien ook G 3, 119a; D 44, 7, 1, 1.

27. Sien De Zulueta, Institutes II, (hierbo n. 19), p. 148; Buckland, Text-Book (hierbo n. 15), p. 433; Kaser, Das römische Privatrecht I (hierbo n. 14), p. 525.

28. Inst 3, 13, 2.

29. In sy Institutiones 3, 90 noem Gaius slegs *mutuum* as voorbeeld van *contractus re*. Dit word egter aanvaar dat die ander drie vorme ook in sy tyd bekend was: vgl. bv. Gaius in D 44, 7, 1, 3-6; De Zulueta, Institutes II (hierbo n. 19), p. 147; Feenstra, Grondslagen (hierbo n. 4), p. 139 nr. 237. Sien oor die algemeen i.v.m. die vier *contractus re* D 44, 7, 1-2; Inst 3, 14.

30. D 44, 7, 1, 2-3; Inst 3, 14 pr, 2.

31. Sien bv. D 44, 7, 1, 5; Inst 3, 14, 4; Thomas, Institutes (hierbo n. 19), p. 202.

32. Kaser, Das römische Privatrecht I (hierbo n. 14), p. 531; Feenstra en Ahsmann, Contract

tendense voorgekom wat afbreuk gedoen het aan die reële karakter van hierdie vier kontrakte. In Justinianus se *Corpus Iuris* word hulle egter as suiwer *contractus re* in ere herstel.³³

In die geval van *contractus verbis*, moes die *consensus* opgevolg word met formele woorde (*verbis solemnibus*). Die belangrikste tipe mondelinge kontrak was die *stipulatio*. Die formaliteite het behels dat die kontrak gegiet moes wees in die vorm van 'n vraag van die *stipulator* en 'n daaropvolgende antwoord van die *promissor*. Die partye moes in mekaar se teenwoordigheid wees; die antwoord moes direk op die vraag volg en dieselfde werkwoord as die vraag bevat.³⁴ Aanvanklik is slegs die werkwoord *spondere* gebruik. Volgens die uiteensetting van Gaius is dit duidelik dat in die klassieke reg verskeie ander woorde, ook Griekse woorde gebruik kon word, solank die partye mekaar net verstaan het en aan die genoemde vereistes voldoen het.³⁵ Hierdie kontrak het die hoeksteen van die Romeinse kontraktesisteem gevorm. Binne 'n geslote sisteem van kontrakte, het dit 'n besonder elastisiteit vertoon, aangesien enige geoorloofde prestasie in die vorm van *dare, facere* of *praestare* só beding kon word.³⁶ Reeds in die klassieke tyd het die gebruik ontstaan om die *stipulatio* vir bewysdoeleindes op skrif te stel.³⁷

Vir die kategorie *contractus litteris* is skrifstelling as *causa* vereis. Die tipe kontrak waarna Gaius in hierdie verband verwys, het neergekom op 'n skriftelike opgawe van fiktiewe boekskulde. Daar is weinig oor bekend en dit het reeds in die klassieke tyd verdwyn.³⁸ Die feit dat Justinianus nog die *contractus litteris* as kategorie noem, beskryf Feenstra as 'n 'truc' om bloot net die sisteem van Gaius te handhaaf. Justinianus gee toe dat die tipe kontrak waarna Gaius verwys, reeds in onbruik verval het. Die tipe kontrak wat Justinianus wel as *contractus litteris* voorhou, is egter niks anders as 'n besondere vorm van 'n opskrifgestelde *stipulatio* nie.³⁹

In die geval van *contractus consensu* kom die kontrakte vormvry deur blote *consensus* tot stand. Hierdie kategorie maak egter nie die deur oop vir konsensualiteit as algemene beginsel nie, aangesien dit by Gaius sowel as Justinianus, beperk is tot vier spesifieke kontrakte, naamlik *emptio et venditio* (koopkontrak), *locatio et conductio* (huurkontrak), *societas* (vennootskap-

(hierbo n. 4), p. 9.

33. Kaser, *Das römische Privatrecht* II (hierbo n. 15), p. 369-373.

34. G 3, 136; D 44, 7, 1, 7; D 44, 7, 52, 2; D 45, 1, 1, 1; D 45, 1, 5, 1. Die kontrak was uit en uit mondeling en onmoontlik vir stommes en dowes om te sluit: G 3, 105. Sien oor die algemene Kaser, *Das römische Privatrecht* I (hierbo n. 14), p. 539-541; Zimmermann, *Obligations* (hierbo n. 3), p. 68-71.

35. G 3, 92-93.

36. Zimmermann, *Obligations* (hierbo n. 3), p. 89.

37. Kaser, *Das römische Privatrecht* I (hierbo n. 14), p. 540-541.

38. G 3, 128-134. Kaser, *Das römische Privatrecht* II (hierbo n. 15), p. 382.

39. Inst 3, 21. Sien ook Feenstra, *Grondslagen* (hierbo n. 4), p. 140 nr. 239, p. 237 nr. 374. Thomas, *Textbook* (hierbo n. 15), p. 268-269 beskou die Justiniaanse *contractus litteris* as bewysmateriaal eerder as materiële reg. Sien D 46, 1, 8, 1 en D 46, 2, 1, 1, waar die ander drie kontraksvorme, maar nie *contractus litteris* gelys word.

kontrak) en *mandatum* (lasgewing). Hierdie kontrakte het ontwikkel toe die handelsverkeer in Rome begin bloei het. Dit is gebaseer op die fatsoensnorme (*fides*) wat tussen handelslui gegeld het.⁴⁰

Justinianus se uiteensetting van die kontraktereg in sy *Institutiones*, weerspieël egter nie die stand van regsontwikkeling in sy tyd nie.⁴¹ Dit is eerder 'n onrealistiese terugrype na die sistematiek van *Gaius noster*. Sedert die klassieke tyd was daar ontwikkelinge in die kontraktereg in die rigting van konsensualiteit as norm. Hierdie ontwikkeling het plaasgevind op die gebiede van *pacta*, die *stipulatio* en die sogenaamde *contractus innominati*. Ons sal elk vervolgens kortliks in oënskou neem.

Soos aangetoon, was 'n informele ooreenkoms tussen partye wat nie ingepas het by die vier kategorië erkende kontrakte nie, 'n onafdwingbare *pactum*. Hoewel dit nie aanleiding gegee het tot 'n aksie nie, is die afspraak wel as verweer (*exceptio*) erken.⁴² Die bekendste vorme van sulke afsprake wat deur die praetor as *exceptiones* erken is, was skuld-kwytskelding en uitstelling van betaling.⁴³ Dit is waarskynlik waarop die praetor se belofte dat hy *pacta* sal eer, betrekking het: '*Pacta conventa ... servabo*.'⁴⁴ Hierdie teks het blykbaar die terminologie verskaf vir die latere algemene opvatting van *pacta sunt servanda*. Die klassieke juriste het mettertyd die praetoriese belofte toegepas op bykomende of toegevoegde afsprake tot die *contractus bonae fidei*. Sulke afsprake kon byvoorbeeld in verband staan met die inhoud of nakoming van die hoofskuld en word na verwys as *pacta adiecta*. Indien so 'n afspraak onmiddellik (*ex continenti*) toegevoeg is tot die kontrak, kon dit met die aksie uit die kontrak afgedwing word. Waar dit eers later (*ex intervallo*) bygevoeg is, gee dit slegs tot 'n *exceptio* aanleiding.⁴⁵ As 'n volgende stap het die praetor begin om *pacta* wat losstaan van 'n kontrak met 'n aksie af te dwing (sogenaamde *pacta praetoria*). Hierdie benadering is voortgesit deur die keisers wat ook sekere *pacta* afdwingbaar gemaak het (bekend as *pacta legitima*).⁴⁶ Die glossatore het na al die afdwingbare *pacta* verwys as *pacta vestita*. Daarteenoor het die *nuda pacta* gestaan wat slegs tot 'n *exceptio* aanleiding gegee het.⁴⁷ Die afdwinging van *pacta* behels 'n direkte breuk met die beginsel *ex nudo pacto non oritur actio* en laat die onderskeid tussen *pacta* en *contractus* vervaag. Volgens Zimmermann⁴⁸ vorm die regsontwikkeling op hierdie gebied die 'doctrinal bridge towards the modern, general law of contract.' Waarom die ontwikkeling nie deur Justinia-

40. G 3, 135; Inst 3, 22 pr. Sien ook Feenstra en Ahsmann, Contract (hierbo n. 4), p. 9.

41. Sien R.H. Christie, The Law of Contract in South Africa, Durban 1991, p. 6-8.

42. D 2, 14, 7, 4.

43. Vgl. G 4, 122.

44. D 2, 14, 7, 7. Sien Feenstra en Ahsmann, Contract (hierbo n. 4), p.12; Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 508-509.

45. D 2, 14, 7, 5.

46. Sien oor die algemeen Zimmermann Obligations (hierbo n. 3), p. 511-530.

47. Kotze, Causa (hierbo n. 23), p. 7-8.

48. Obligations (hierbo n. 3), p. 33.

nus tot sy logiese gevolge gevoer is nie, kom vir die moderne juris onverklaarbaar voor.⁴⁹

Wat die *stipulatio* betref, is hierbo gewys op die gebruik wat ontstaan het om die *stipulatio* vir bewysdoeleindes op skrif te stel. Die gedagte het algaande posgevat dat skrifstelling noodsaaklik is vir die geldigheid daarvan en uiteindelik het die *stipulatio* feitlik alleen maar in geskrewe vorm voorgekom. Gewoonlik het die geskrewe dokument 'n klousule bevat dat die formaliteit van vraag en antwoord nagekom is. Dit het dan as vermoede gedien dat die *stipulatio* geldig was, vir sover die teendeel nie bewys is nie.⁵⁰ Later is vanuit keiserlike oord bepaal dat indien so 'n klousule nie in die dokument voorkom nie, maar die partye wel in mekaar se teenwoordigheid was, die *stipulatio* as geldig aanvaar moet word asof vraag en antwoord gestel is.⁵¹ In 472 het keiser Leo die vereiste van formele woorde by die mondelinge aangaan van die *stipulatio* afgeskaf. Enige woorde kon *pro consensu contrahentium* gebruik word. *Consensus* is nou bo vorm gestel.⁵² Die presiese betekenis van Leo se verordening is onduidelik, maar ten minste kan ons aanneem dat mondelinge woorde en die teenwoordigheid van die partye steeds vereis is.⁵³ Wat laasgenoemde vereiste betref, skep Justinianus die vermoede dat 'n dokument wat beweer dat die partye tydens aflegging van die *stipulatio* in mekaar se teenwoordigheid was, as geldig aanvaar moet word, tensy met absolute sekerheid bewys word dat die een party vir die hele dag afwesig was.⁵⁴ Deur die gebruik van skrifstelling en die vermoedens wat in dié verband gegeld het, is die *causa* van die ou mondelinge *stipulatio* uiteindelik tot fiksie gereduseer. Die *consensus* soos uitgedruk in die dokument was die belangrikste. Die mondelinge *stipulatio* kom nie meer in die praktyk van Justinianus voor nie. Tog kleef hy vas aan die klassieke vorm daarvan, deur te verkondig dat dit 'n mondelinge kontrak is wat deur vraag en antwoord tot stand kom.⁵⁵ Hierdie diskrepansie is te wyte aan Justinianus se poging om die volmaakte sintese tussen die klassieke en na-klassieke te probeer bewerkstellig. In sy poging ry hy die potensiaal van die *stipulatio*, om as basis vir 'n algemene kontraktereg-teorie te funksioneer, in die wiele.⁵⁶

Met die benaming *contractus innominati* het latere Romaniste 'n groep kontrakte aangedui wat sedert die klassieke tyd begin vorm aanneem het. In hierdie gevalle het die partye informeel 'n wisseling van prestasies tussen hulle beding. Dit kon die vorm aanneem van *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut*

49. Christie, Contract (hierbo n. 3), p. 33.

50. D 2, 14, 7, 12.

51. C 8, 37, 1; vgl. ook Inst 3, 19, 17.

52. C 8, 37, 10; Inst 3, 15, 1.

53. Sien Thomas Textbook (hierbo n. 15), p. 260-261; Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 80 nr. 81.

54. C 8, 37, 14, 2; Inst 3, 19, 12.

55. Inst 3, 15 pr; Inst 3, 19, 7. Kaser, Das römische Privatrecht II (hierbo n. 15), p. 381.

56. Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 546.

*des, facio ut facias.*⁵⁷ Die praetor het met 'n *actio in factum* die afspraak afdwingbaar gemaak in die geval waar die een party reeds presteer het. Met die *actio in factum* kon die ander party dan tot teenprestasie gedwing word. In die tyd van Justinianus was hierdie kontrakte as 'n nuwe afsonderlike groep erken, hoewel dit nie in sy *Institutiones* behandel word nie. Dié kontrakte kon toe met die *actio praescriptis verbis* afgedwing word.⁵⁸ Voordat teenprestasie gerealiseer het, het die party wat reeds presteer het egter die keuse gehad om, waar toepaslik, sy prestasie terug te eis met die *condictio causa data causa non secuta*.⁵⁹ Hierdie groep kontrakte het inbreuk gemaak op die geslote klassieke sisteem. Gedurende die middeleeue het die neiging ontstaan om hulle as *contractus re* te klassifiseer.⁶⁰ Hierdie analogie gaan egter nie op nie. By die *contractus re* gaan dit uitsluitlik oor die lewering van 'n saak en nie ook oor *facere* nie. Verder vervul lewering by *contractus re* nie die rol van gedeeltelike prestasie nie, aangesien dit nie daar om 'n *quid pro quo* gaan nie.⁶¹

In die lig van die voorafgaande bespreking blyk dit dat daar tog 'n belangrike mate van materiële kontraksvryheid in die Justiniaanse reg bestaan het.⁶² Slegs die *contractus re* was sterk vormgebonde. Maar die finale stap na konsensualiteit as norm is nooit geneem nie. Die romeinse tradisionalisme, konserwatisme en rigiditeit is al as rede hiervoor aangegee.⁶³ Teen die agtergrond van konsensualiteit, het die *contractus re* volgens Zimmermann⁶⁴ geen plek nie. Met verwysing na *mutuum* voer hy aan dat die reële karakter daarvan, die plig van die lener om die geld terug te gee, oorbeklemtoon. *Mutuum*, argumenteer hy, word aangegaan nie om die geld terug te kry nie, maar om dit aan die lener beskikbaar te stel.

ROMEINS-HOLLANDSE REG

Die wegbreek van die Romeinse kontrakteregsisteem en die vorming van die beginsel van *pacta sunt servanda* of *ex nudo pacto oritur actio*, is oor 'n tydperk van eeue in die Wes-Europese regspraktyk en -teorie ontwikkel.

57. D 19, 5, 5, pr.

58. Sien D 19, 5 en C 4, 64.

59. D 19, 5, 5, 1.

60. Feenstra, Grondslagen (hierbo n. 4), p. 139.

61. Buckland, Text-book (hierbo n. 15), p. 521; Thomas, Textbook (hierbo n. 15), p. 311.

62. Feenstra, Grondslagen (hierbo n. 4), p. 135 nr. 231.

63. Sien H. Ietswaart, 'Legal change in Roman law', in Uit het Recht, Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan mr P.J. Verdam, Deventer 1971, p. 113; W.M. Gordon, 'Legal Tradition, with particular reference to Roman Law', in The Legal Mind, Essays for Tony Honoré, Oxford 1986, p. 282. Sien ook *Conradie v Rossouw* 1919 AD 279 306 waar De Villiers WAR hom soos volg uitlaat: 'The fact is there is no valid reason in the nature of things for stopping here. But such was the conservatism of the Romans that they never advanced far beyond it. They never took the final step of declaring that all lawfull agreements, involving as they do the consensus of the parties, give rise to a civil obligation and are consequently actionable.'

64. Obligations (hierbo n. 3), p. 164.

Hierdie beginsel wat inhoud dat 'n kontrak vormvry deur *consensus* alleen tot stand kom, impliseer nie dat alle vorme van wilsooreenstemming as 'n kontrak beskou kan word nie. Daarom gaan die ontwikkeling van *pacta sunt servanda* hand aan hand met die ontwikkeling van die leerstuk van *causa*. *Causa* moet aan die *consensus* die bindende krag verleen. Hierdie *causa* is iets anders as die Romeinse *causa contractus* en kom in die Romeins-Hollandse reg gewoonlik neer op die ernstige bedoeling om geboonde te wees, of in ander woorde, die bedoeling om 'n verbintenis te skep.⁶⁵

Feenstra⁶⁶ het aangetoon hoe die beginsel van *pacta sunt servanda* sedert die 17de eeu in die Nederlandse algemeen aanvaar is. In hierdie verband het hy die werke van 'n seleksie van skrywers uit die sestiende, sewentiende en agtiende eeu in behandeling geneem. Hieronder gaan vervolgens dieselfde benadering gevolg word, om aan te toon hoe hierdie skrywers, teen die agtergrond van *pacta sunt servanda*, die *contractus re* hanteer.⁶⁷ Aangesien die *contractus innominati* dikwels as *contractus re* geklassifiseer is, sal dit ook onder bespreking kom.

Die enigste 16de eeuse skrywer waarna Feenstra verwys, is Matthaeus Wesenbecius (1531-1586). Dit word aanvaar dat sy werk die vroegste gesag bied in die Duitse en Nederlandse *Usus modernus Pandectarum*, vir die benadering dat 'n *nudum pactum* tot 'n aksie aanleiding kan gee.⁶⁸ Wesenbecius verklaar in sy kommentaar op die Digesta-titel *de pactis*, dat daar weggedoen is met die subtiële onderskeide van die Romeinse reg. Volgens die *communis opinio* word die kanoniekregtelike benadering, dat 'n *nudum pactum* tot 'n aksie aanleiding gee, in die sekulêre howe nagevolg.⁶⁹

Maar voordat hy hierdie stelling maak, maak hy eers sekere opmerkings oor die *contractus innominati* en *contractus re*. Hy tref 'n onderskeid tussen *nuda pacta* en *contractus innominati*. Laasgenoemde gee nie *ex sua natura* aanleiding tot 'n verbintenis nie. Lewering moet bykom.⁷⁰ Dit is dieselfde by die *contractus re*, naamlik *commodatum*, *depositum*, *pignus* en *mutuum*.⁷¹

65. Sien oor die ontwikkeling van die *causa*-begrip Kotze, *Causa* (hierbo n. 23); Zimmermann, *Obligations* (hierbo n. 3), p. 549-556.

66. *Pact and Contract in the Low Countries* (hierbo n. 7); Die Klagbaarheid der *pacta nuda* (hierbo n. 7).

67. Ek behandel meeste, maar nie al die skrywers waarna Feenstra verwys nie, asook enkele andere.

68. Sien Feenstra, *Pact and Contract* (hierbo n. 7), p. 198-199.

69. Wesenbecius, *Commentarii in Pandectas Iuris Civilis et Codicem Justinianum olim dicti Paratitla*, met note deur R. Bachovius, Lugduni Batavorum 1649, ad D 2, 14, nr. 9. Feenstra, *Pact and Contract* (hierbo n. 7), p. 200 wys daarop dat dit nie die *communis opinio* was dat die reël wel in sekulêre howe toegepas is nie.

70. ad D 2, 14, nr. 9: Nam re contractus quidem innominati, ex sua natura efficaces sunt ad obligationem jure civili producendam, sed tantum per accidens: scilicet quatenus res intervenit ...

71. ad D 2, 14 nr. 9: ... ut in commodato, deposito, pignore, mutuo ... quam in multis non nisi re constat obligatio.

Nadat Wesenbecius die algemene stelling gemaak het dat 'n *nudum pactum* aanleiding tot 'n aksie gee, bespreek hy sekere gevolge daarvan en keer weer terug na die *contractus innominati*. Hy wys daarop dat die *actio praescriptis verbis* slegs verleen kan word nadat lewering plaasgevind het. Dit kan nie gebruik word om die blote afspraak tot wederkerige prestasies af te dwing nie. So 'n afspraak kan egter wel met 'n *condictio ex canone* afgedwing word.⁷² Die *contractus innominati* kry gevolglik tot 'n mate 'n konsensuele kleur. Hy bring nie die *contractus re* weer in hierdie gedeelte onder bespreking nie, wat die vermoede laat ontstaan dat hierdie kontrakte, ongeag Wesenbecius se algemene stelling oor *nuda pacta*, steeds reël van karakter bly. Hierdie vermoede word bevestig in sy kommentare oor die *Digesta*-titels insake *mutuum*,⁷³ *commodatum*⁷⁴ en *depositum*⁷⁵ waar lewering telkens as vereis- te naas *consensus* gestel word vir totstandkoming van die kontrak.

Wat die 17de eeu betref, is Hugo de Groot (1583-1645) een van die belangrikste juriste. In sy *Inleidinge* maak hy die volgende indeling: Persoonlike regte ('inschuld') ontstaan uit twee hoofbronne, naamlik 'toezegging' (*promissio*) en 'onevenheid'.⁷⁶ 'Toezegging' word omskryf as 'n willekeurige daad waardeur mens aan 'n ander iets beloof, met die bedoeling dat die ander dit sal aanvaar en daardeur 'n reg sal verkry teen die een wat beloof het.⁷⁷ 'Toezegging' geskied òf uitdruklik òf deur 'wetduiding'.⁷⁸ Uitdruklike 'toezegging' is of in woorde of in skrif.⁷⁹ Hier het De Groot die Romeinse *stipulatio* en die *contractus litteris* in gedagte.⁸⁰ Vir ons is die 'toezegging deur wetduiding' van belang. Dit kan of met 'overkominge' (*contractus*) of sonder 'overkominge' wees.⁸¹ 'Overkominge' word omskryf as die 'eendracht des willes' van twee of meer mense tot een of beide se nut. Dit handel hier oor die benoemde kontrakte.⁸² Dit is egter duidelik dat De Groot in hierdie verband by die Romeinse geslote sisteem hou. 'n Blote 'eendracht des willes' stel nie noodwendig 'n kontrak daar nie. Hy voer aan dat hierdie kontrakte elk 'n eie vorm het en dat hulle òf deur oordrag van 'n saak òf deur wilsooreenstemming alleen tot stand kom. Die kontrakte wat in eersgenoemde

72. ad D 2, 14 nr. 9: Atqui sciendum est, actionem praescriptis verbis, non ex sola produci conventionone, sed tantummodo ex aequitate rei traditae, qua paciscens alterum sibi obligavit ... Magis ergo consentaneum videtur, ex pacto non actionem praescriptis verbis ... sed conditionem ex lege, vel potius ex canone nasci.

73. ad D 12, 1 nr. 5.

74. ad D 13, 6 nr. 3.

75. ad D 13, 6, nr. 3.

76. De Groot, *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid*, nuut uitgegee deur S.J. Fockema Andreae, 1895, 3, 1, 9.

77. 3, 1, 10.

78. 3, 1, 49.

79. 3, 1, 50.

80. Sien Stassen, 1979 THRHR (hierbo n. 23), p. 366; Feenstra, *Pact and Contract* (hierbo n. 7), p. 208.

81. 3, 6, 1.

82. 3, 6, 2. Sien ook 3, 6, 5-6 waar hy die kontrakte een vir een noem.

kategorie tui shoort, is die vier reële kontrakte, bewaargewing, pand, bruikleen en verbruikleen.⁸³ In hierdie gevalle is berou (*locus poenitentiae*) gevolglik voordat lewering plaasvind, toelaatbaar. Dit beteken dat die party wat die onderneming tot prestasie gemaak het, sonder gevolge kan terugtree — die kontrak het nog nie tot stand gekom nie. Dit is egter nie moontlik indien die een wat die onderneming gemaak het, voor lewering 'n vaste reg aan die ander party deur middel van 'n uitdruklike 'toezegging' gegee het nie. In so 'n geval verkry die ander party die reg om lewering te vorder, welke reg voortspruit uit die uitdruklike 'toezegging' en nie uit die aard van die besondere reële kontrak nie.⁸⁴ Slegs indien die partye aan die kontrak 'n ander karakter, naamlik dié van 'n uitdruklike 'toezegging' gegee het, verkry dit dus 'n konsensuele karakter.

Oor die algemeen wys De Groot daarop dat *depositum* op 'n vriendediens sonder vergoeding neerkom.⁸⁵ By *pand* en *bruikleen* beklemtoon hy die nutsaspek. Pand is tot voordeel van beide die partye. Bruikleen bestaan tot die uitsluitlike voordeel van die lener en bewaargewing tot uitsluitlike voordeel van die bewaargewer.⁸⁶

Die *contractus innominati* klassifiseer De Groot onder 'onevenheid', een van die twee hoofbronne van persoonlike regte.⁸⁷ Hierdie kontrakte is nie konsensueel nie. Hulle toon ooreenkoms met die reële kontrakte deurdat 'zaaks tuschenkomst' vir totstandkoming vereis word. Daarom kan enige party, voordat daar enigsins presteer is, berou kry en onttrek (*locus poenitentiae*).⁸⁸ Ná prestasie deur die een party bestaan daar vir hom 'n keuse. Hy kan of die ander party dwing om te presteer, of indien die prestasie uit lewering van 'n saak bestaan het en daar was nog geen teenprestasie nie, kan hy die saak terugeis.⁸⁹ Soos in die geval van reële kontrakte, meen De Groot dat die karakter van die kontrak deur 'toezegging' verander kan word. Indien die *locus poenitentiae* deur 'n duidelike 'toezegging' uitgesluit is, bestaan daar geen moontlikheid van berou en die kontrak kan sonder enige voorafgaande prestasie afdwing word. Op hierdie manier kan dit dus wel 'n konsensuele karakter verkry, maar dan word dit 'n 'toezegging'.

Hoewel die gedagte van *pacta sunt servanda* met die eerste oog opslag in De Groot se omskrywing van 'toezegging' en *contractus* na vore kom, is dit duidelik dat hy nie aan die Romeinse kontrakteleer ontsnap nie. Hy het die beginsel *pacta sunt servanda* in sy latere *De Jure Belli ac Pacis* as 'n algemene beginsel van die natuurreg geformuleer. Sy *Inleidinge* het egter wel vir latere skrywers van die 17de eeu as hoofbron vir die afskaffing van die Romeinse beginsel van *ex nudo pacto non oritur actio* gedien.⁹⁰

83. 3, 7, 1.

84. 3, 6, 11.

85. 3, 7, 9.

86. 3, 9, 7. Sien oor die nutsaspek Feenstra en Ahsmann, *Contract* (hierbo n. 4), p. 18, 20.

87. 3, 31, 1.

88. 3, 31, 8.

89. 3, 31, 9.

90. Sien Feenstra en Ahsmann, *Contract* (hierbo n. 4), p. 19-20; Feenstra, *Klagbaarheid der pacta*

Een juris wat in hierdie verband deur De Groot beïnvloed was, is Arnoldus Vinnius (1588-1657). In sy kommentare op Justinianus se *Institutiones*, verkondig Vinnius dat in sy tyd die beginsel geresipieer is dat 'n *nudum pactum* 'n aksie voorsien. Hiermee word bedoel ernstige afsprake en nie ooreenkomste wat grappenderwys gemaak is nie. Hy haal die kanonieke reg as bron aan en maak die stelling dat die reg van sy tyd gereduseer is tot die eenvoudige beginsels van die *ius gentium*. Vinnius verwys na die 16de eeuse Franse juris, Franciscus Connanus wat ontken het dat *pacta* bindend is, maar hy toon aan dat De Groot, Connanus se opvattinge bestry het.⁹¹ Vinnius se definisie van 'n kontrak, as 'n ooreenkoms (*conventio*) om 'n verbintenis in die lewe te roep ooreenkomstig die bepalings van die reg, is ook heeltemal in lyn met sy opvatting oor *pacta*.⁹² Direk na sy opmerking oor *pacta*, vervolg Vinnius egter met 'n indeling van kontrakte volgens Justinianus se geslote sisteem in *contractus re, verbis, litteris* en *consensu*. Hy toon aan dat nie net die *contractus consensu* nie, maar alle kontrakte, wilsooreenstemming vereis. Hy wys daarop dat die *contractus litteris* verdwyn het.⁹³ In sy bespreking van *contractus re* verduidelik hy dat in hierdie gevalle, die lewering van 'n saak of 'n *factum*, naas die *consensus*, moet bykom. Hy sluit dus ook die *contractus innominati* hierby in. Onder *contractus re* verstaan hy die tradisionele vier gevalle.⁹⁴ Uit sy behandeling wat volg, behandel hy al vier gevalle as suiwer reële kontrakte.⁹⁵ Daar bestaan dus 'n kloof tussen Vinnius se opvattinge oor *pacta* en sy hantering van die *contractus re*.

By Simon van Groenewegen van der Made (1613-1652) is daar duideliker aanduidings van 'n algemene leerstuk van konsensualiteit. Hy wys daarop dat die destydse geskille or *pacta nuda, pacta vestita* en *pacta adiecta* tot 'n einde gekom het, aangesien alle *pacta* tot 'n aksie aanleiding gee.⁹⁶ In sy note op De Groot se *Inleidinge* wys hy op 'n reëling wat afwyk van De Groot se opvatting oor die *locus poenitentiae* by die reële kontrakte. Hierbo is aange-

nuda (hierbo n. 7), p. 138; Stassen 1979 THRHR (hierbo n. 23), p. 367; Visser 1984 SALJ (hierbo n. 18), p. 650. Dit was veral de Groot se stelling dat alle 'toezegginge' wat uit 'n redelike oorsaak geskied, afdwingbaar is (3, 1, 52), wat geweldige invloed uitgeoefen het.

91. Vinnius, In quattuor libros Institutionum imperialium Commentarius, Lugduni Batavorum 1709, ad Inst. 3, 13, 2 nr. 11: Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo et simplici pacto actio detur ... pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Sien oor die meningsverskil tussen de Groot en Connanus, Feenstra en Ahsmann, Contract (hierbo n. 4), p. 18.

92. Sien die inleidende *notae*, ad Inst 3, 13, 3: Contractus est conventio obligationem pariens citra speciale legis adminiculum.

93. ad Inst 3, 13, 2 nr. 12.

94. ad Inst 3, 14, die inleidende opmerkings.

95. Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 157 verwys na die volgende opmerking van Vinnius i.v.m. *mutuum*, ad Inst 3, 15 pr. n. 1: Constitutur mutuum non solo nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet. Zimmermann voer aan dat dit duidelik is dat die klem hier op *consensus* val. Hierdie mening kan nie gedeel word nie — daarvoor is Vinnius te duidelik en ondubbelsinnig.

96. Tractatus de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus, Lugduni Batavorum 1649, ad D 12, 1, 40; Sien ook ad C 2, 3, 13.

toon dat De Groot van mening is dat in die geval van reële kontrakte, 'n party voor lewering kan terugtree aangesien die kontrak nog nie tot stand gekom het nie. Groenewegen verwys daarteenoor na 'n keur van Antwerpen waarvolgens die *locus poenitentiae* selfs voor lewering nie toegelaat word nie. In die lig van hierdie reëling verkry die kontrak dus tot 'n mate 'n konsensuele karakter en is die partye aan die blote afspraak gebonde.⁹⁷ Wat die *contractus innominati* betref, verkondig Groenewegen dat hierdie kontrakte ooreenkomstig die kanonieke reg en die reg van sy tyd, suiwer konsensueel is. Geen *locus poenitentiae* word, soos in die Romeinse *ius civile*, toegelaat voordat enige van die partye presteer het nie.⁹⁸

Die Friese juris Ulricus Huber (1636-1694) vertel dat in sy tyd daar weggedoen is met die onderskeid tussen formele en gewone belofes. Die 'praktijke der volkeren' is tevrede met die eenvoudige bepaling van die natuurreg dat alle mense wat in staat is om hulself te verbind, dit deur enige tipe verklaring hetsy mondeling, skriftelik of selfs in die afwesigheid, kan doen.⁹⁹ Ook De Groot se onderskeid tussen 'toezegging' en gewone belofes is ongegrond want belofes maak skuld.¹⁰⁰ Hierdie opmerkings is merkwaardig, aangesien soos Feenstra¹⁰¹ meld, daar 'n taamlike sterk resep-sie van die Romeinse reg in Friesland was.

Huber omskryf 'n kontrak wyd, as 'n ooreenkoms tussen twee of meer persone waaruit 'n eis en 'n aanspraak teenoor iemand kan ontstaan.¹⁰² Hy deel kontrakte soos volg in: Eerstens word onderskei tussen 'eygentlijke' (*veri*) en 'oneygentlijke' (*quasi*) kontrakte. 'Eygentlijke' kontrakte onderverdeel in benoemde en onbenoemde kontrakte. Benoemde kontrakte bestaan uit *contractus consensu, re* en *litteris*.¹⁰³ Die ou *stipulatio* geld nie meer nie aangesien enige belofte waarmee iemand hom duidelik verbind, 'n verbintenis skep.¹⁰⁴ Maar in sy bespreking van die reële kontrakte handhaaf Huber die suiwer Romeinse benadering. Hierdie kontrakte behels die twee leenkontrakte, bewaargewing en pand. Hulle het geen krag voordat 'n saak nie gelewer is nie. Iemand wat byvoorbeeld (teenoor 'n ander) onderneem het dat hy geld teen rente van daardie ander sal opneem, kan nie daartoe verplig word nie.¹⁰⁵

Volgens Huber is die *contractus innominati* egter suiwer konsensueel. Hulle kom nie eers na prestasie tot stand nie, aangesien alle belofes bindende krag het.¹⁰⁶

97. Sien de Groot, Inleidinge tot de Hollandtsche Regts-geleertheid, met note deur S. van Groenewegen van der Made, Dordrecht 1644, ad Gr 3, 6, 11 n. 10.

98. ad D 12, 4, 5.

99. Heedendaagse Rechtsgeleertheit, so elders als in Frieslandt gebruikelijk, Amsterdam 1742, 3, 21 nr. 2. Sien ook sy Praelectiones Juris Civilis, Lovanii 1766, ad D 2, 14 nr. 11.

100. 3, 21 nr. 5.

101. 3, 21 nr. 5.

102. 3, 1 nr. 20.

103. 3, 16 nr. 2-3.

104. 3, 1 nr. 24-25.

105. 3, 16 nr. 2-3.

106. 3, 21 nr. 3.

Johannes Voet, in sy kommentare op die *Digesta*-titel, *De Pactis*, verklaar dat alle *nuda pacta* wat met 'n ernstige bedoeling aangegaan is, tot 'n aksie aanleiding gee, net soos in die geval van die erkende *contractus*. Hierdie beginsel kom nie soseer uit die kanonieke reg nie, maar eerder uit die *bona fides* en die *simplicitas* van die *ius gentium*.¹⁰⁷ In hierdie verband verwys Voet na onder andere De Groot, Groenewegen en Vinnius as gesag. In hierdie gedeelte noem hy dat ook 'n *pactum* om 'n saak in *pignus*, of in *mutuum* of *commodatum* te gee, afdwingbaar is.

Wanneer hy egter kontrakte omskryf, onderskei hy dit van *pacta*. Kontrakte is ooreenkomste (*conventiones*), wat elk volgens sy aard onderlê word deur 'n *causa obligandi* om iets te gee, doen, of te presteer. Hy onderskei benoemde en onbenoemde kontrakte. Die benoemde kontrakte kom tot stand *re, verbis, litteris en consensu*. *Contractus re* kom tot stand deur lewering van 'n saak.¹⁰⁸ In sy besprekinge van *mutuum*, *commodatum*, *pignus* en *depositum* hou hy deurgaans by die reële karakter van hierdie kontrakte.¹⁰⁹ Hierdie benadering bots met Voet se algemene stelling hierbo.

Die *contractus innominati* is egter volgens Voet volledig konsensueel. Geen *locus poenitentiae* word toegelaat nie, aangesien 'n *nudum pactum* 'n aksie voorsien.¹¹⁰

Waar Voet sy algemene stelling oor die afdwingbaarheid van *nuda pacta* maak, verwys hy na 'n ander skrywer uit die 17de eeu, Simon van Leeuwen (1626-1682).¹¹¹ Voet merk op dat Van Leeuwen fouteer waar hy in sy *Censura Forensis*¹¹² verkondig dat die Romeinse *ex nudo pacto non oritur actio*-beginsel gerespieer is. In sy *Het Roomsche Hollandsche Recht* volg Van Leeuwen, De Groot se indeling van persoonlike regte wat uit 'toezegging' of 'onevenheid' kan ontstaan, sowel as die verdere indeling daarvan, nougeset na.¹¹³ Hieruit blyk dit dat hy ook De Groot se algemene gedagtes ondersteun, dat beloftes wat ernstig aangegaan is, en 'toezegging' wat uit 'n redelike oorsaak gemaak is, afdwingbaar is.¹¹⁴ Sy behandeling van die reële kontrakte, toon dieselfde tendense as by De Groot. By hierdie kontrakte is die ooreenkoms alleen nie genoeg nie. Lewering van 'n saak moet bykom om 'n afdwingbare kontrak daar te stel. As reële kontrakte noem hy die vier tradisionele *contractus re*, asook die *contractus innominati*. Hy maak dieselfde stelling as De Groot, naamlik dat daar gevolglik voor lewering geskied het, geleentheid vir terugtrede is. Dit is egter moontlik om die blote ooreenkoms

107. Commentarius ad Pandectas, Lugduni Batavorum 1698, ad D 2, 14 nr. 9.

108. ad D 12, 1 nr. 1.

109. Sien oor *mutuum* ad D 12, 1 nr. 1; oor *commodatum* ad D 13, 6 nr. 1; oor *pignus* ad D 13, 7 nr. 1 - hier onderskei Voet vyf soorte *pignus*, o.a. *conventionale* wat 'n *contractus re* is; oor *depositum* ad D 16, 3 nr. 1.

110. ad D 12, 4 nr. 6 en 19, 5 nr. 2.

111. ad D 2, 14 nr. 9.

112. 1, 4, 2 nr. 2.

113. Het Roomsche Hollandsche Recht, met note deur C.W. Decker, Amsterdam 1783, 4, 1.

114. Vgl. Feenstra, Pact and Contract (hierbo n. 6), p. 213.

in die vorm van 'n 'toezegging' te giet, op grond waarvan die partye gebonde sal wees uit hoofde van die 'toezegging'.¹¹⁵

Van Leeuwen wys daarop dat die terugtrekingsreg, voordat daar enige prestasie was by *contractus innominati*, nie meer bestaan nie. Die rede hiervoor is dat 'n enkele 'toezegging' wat ernstig bedoel is, soos in die kanonieke reg, afdwingbaar is.¹¹⁶ Hiervolgens het die *contractus innominati* wel 'n konsensuele karakter, maar dit kom tog vreemd voor dat Van Leeuwen hierdie kontrakte terselfdertyd ook as reël klassifiseer.

Wat skrywers uit die 18de eeu betref, kan ons eerstens kortliks na Dionysius van der Keessel (1738-1816) verwys. In sy *Praelectiones* op De Groot se *Inleidinge*, maak hy die algemene stelling dat *ex nudo pacto apud nos nascitur actio*.¹¹⁷ Wat die reële kontrakte betref volg hy De Groot presies na, en beskou dit as deel van die kategorie 'toezegging deur wetduiding met overkominge'.¹¹⁸ Hierdie kontrakte kom slegs na lewering tot stand. Hy verwys na Groenewegen, wat van mening is dat terugtrede voor lewering nie moontlik is nie, in die lig van die Antwerpse keur. Van der Keessel verdedig egter die standpunt van De Groot, dat dit slegs so sal wees indien daar 'n uitdruklike 'toezegging' te dien effekte is.

Van der Keessel wyk egter af van De Groot wat betref die *contractus innominati*. Volgens hom kom hierdie kontrakte deur *consensus* alleen tot stand, aangesien 'n *nudum pactum* 'n aksie verleen. Daar bestaan dus geen moontlikheid op 'n terugtrekingsreg ná die ooreenkoms voordat prestasie geskied het nie.¹¹⁹

Johannes van der Linden (1756-1835) voer aan dat kontrakte die mees algemene bron van verbintenisse is en dat alle kontrakte op wilsooreenstemming gebaseer is.¹²⁰ Uit sy bespreking van verbruikleen, bruikleen en bewaargewing is dit duidelik dat lewering telkens as vereiste gestel word.¹²¹ Hy behandel nie die *contractus innominati* nie.

Ten slotte kan verwys word na Cornelius Decker wat teen die einde van die 18de eeu as advokaat in Amsterdam gepraktiseer het. In sy inleidende noot op boek 4, deel 2 van Van Leeuwen se *Het Roomsche Hollandsche Recht* laat hy hom soos volg uit.¹²² Die Romeinse klassifikasie van kontrakte in vier kategorieë, het verval aangesien alle kontrakte deur *consensus* alleen tot stand kom. Vir die totstandkoming van 'n kontrak in sy tyd is daar drie vereistes: (i) die partye moet handelingsbevoegd wees, (ii) die ooreenkoms moet

115. 4, 5 nr. 1-3.

116. 4, 14 nr. 3.

117. *Praelectiones iuris hodierni ad Hugonius Grotii Introductionem ad iurisprudentiam Hollandicam*, uitgegee deur P. van Warmelo et al, Amsterdam/Kaapstad 1964, ad Gr 3, 6, 2.

118. ad Gr 3, 6, 1; 3, 6, 10-11.

119. ad Gr 3, 31, 8-9. Vgl. ook ad Gr 3, 31, 6.

120. *Rechtsgeleerd, practicaal en Koopmans Handboek*, Amsterdam 1806, 1, 14, II.

121. Sien 1, 15, II oor verbruikleen; 1, 15, IV oor bruikleen; 1, 15, V oor bewaargewing. By 1, 15 VII oor pand bespreek hy nie lewering as vereiste nie.

122. Sien 4, 2 nr. 1 (hierbo n. 113) n. 1.

vrywillig wees met 'n ernstige bedoeling, en (iii) die prestasie moet moontlik wees en daar moet 'n redelike oorsaak wees. Decker bevraagteken die Romeinse benadering dat 'n ernstige onderneming om aan iemand geld te leen, geen afdwingbare kontrak sonder lewering daarstel nie. Dit sal die einde van alle *bona fides* beteken en alle ernstige afsprake in rook laat opgaan — dit stry teen die gesonde verstand in. Decker volstaan met hierdie inleidende opmerkings en kritiseer nie weer vir Van Leeuwen waar laasgenoemde die reële kontrakte bespreek nie.

Uit die voorafgaande bespreking, blyk dit dat die los drade van die Romeinse kontrakteleer in die Romeins-Hollandse reg verknoop is tot die algemene opvatting van *pacta sunt servanda*. Die Romeinse *contractus innominati* het uiteindelik ontwikkel tot konsensuele kontrakte in die ware sin van die woord. Dieselfde kan egter nie van die *contractus re* gesê word nie. Hierdie kontrakte het oor die algemeen hulle Romeinse reële karakter behou as 'n eiland in die see van *pacta sunt servanda*. Groenewegen se Antwerpse keur, die teenstrydige uitsprake van Voet en die opvattinge van Decker dui egter op die teendeel, maar hierdie skrywers is in die minderheid. Die stelling dat *pacta sunt servanda* in die 17de en 18de eeu in die Nederlande, die algemene kontrakteregleer beliggaam, kom gevolglik veralgemenend voor. Die *contractus re* is 'n duidelike uitsondering. Dit wil voorkom asof die rede hiervoor geleë is in die feit dat die algemene beginsel van *pacta sunt servanda* òf slegs met sekere tipes ooreenkomste soos die Romeinse *stipulatio* vereenselwig is, òf alleenlik met alle ooreenkomste buiten die vier erkende Romeinse kontrakstipes wat nog gelding geniet het in die Romeins-Hollandse reg. Dit was met ander woorde nie 'n algemene doktrine wat deurgesuur het tot alle vlakke van die kontraktereg nie.

SUID-AFRIKAANSE REG

In die onlangse beslissing van *Saridakis v Lamont*¹²³ wat oor *commodatum* gehandel het, het die hof gesteun op De Groot, Van Leeuwen en Van der Linden as gesag. Na aanleiding hiervan kan mens wonder in hoe 'n mate hierdie kontrak en die ander Romeinse *contractus re* hul reële karakter in die Suid-Afrikaanse reg behou het. 'n Nadere ondersoek van hierdie geskiedenis toon aan dat dieselfde anomalië wat in die Romeins-Hollandse reg aangetref is, in die Suid-Afrikaanse reg oorgespoel het.

Gedurende die tweede helfte van die 19de eeu, is die Engelse leerstuk van *valuable consideration*, deur hoofregter Lord Henry de Villiers in die Kaapse howe ingevoer. Hierdie leerstuk behels dat die een of ander *quid pro quo* gegee moet word deur die persoon aan wie 'n onderneming gemaak is, alvorens die ooreenkoms afdwingbaar sal wees. Dit is die geval in alle kontrakte behalwe dié wat gesluit is 'by deed under seal'.¹²⁴ Waarskynlik

123. Hierbo n. 10.

124. Sien in die algemeen oor *valuable consideration* Zimmermann, *Obligations* (hierbo n. 3), p. 504-507, 554-556; Joubert, *Contract* (hierbo n. 6), p. 30-31; M.W. Scheltema, *Het*

het hierdie benadering van die Engelse *common law* gegroei uit die Romeinse beginsel van *ex nudo pacto non oritur actio*.¹²⁵ In 'n reeks beslissings het Lord de Villiers aangevoer dat die Engelse *consideration* en die Romeins-Hollandse *causa* een en dieselfde ding is. Hierdie benadering het ook in Natal posgevat. In die Transvaalse en Vrystaatse howe is die benadering verwerp. Dáár is, veral onder leiding van hoofregter Sir John Kotze, verkondig dat die Romeins-Hollandse *causa* neerkom op die ernstige bedoeling om gebonde te wees en dat dit hemelsbreed verskil van *valuable consideration*.¹²⁶ Verskeie skrywers gedurende hierdie periode, het hierdie strydvraag in behandeling geneem en daarop gewys dat die standpunt van die Transvaalse howe die korrekte een is en te verkies is.¹²⁷ Hierdie gekibbel sou aanhou tot in 1919.

Gedurende hierdie tydperk, toe die algemene kontrakteleer ten dele onder Engelse invloed gestaan het, is ook die *contractus re* in die besonder, deur Engelse beïnvloeding geraak. Die tendens het posgevat om die Romeinse en Romeins-Hollandse reële kontrakte te vereenselwig met die Engelse *bailments*. Volgens die definisie van Story behels 'n *bailment* 'a delivery of a thing in trust for some special object or purpose, and upon a contract express or implied to conform to the object or purpose of the trust'.¹²⁸ Onder *bailments* is *commodatum*, *depositum* en *pignus*, maar ook *mandatum* (lasgewing) en *locatio et conductio* (huurkontrak) tuisgebring. Die verskil tussen *bailments* en die *contractus re* is geleë in die feit dat by *bailments* dieselfde saak teruggee moet word, daarom sluit dit nie *mutuum* in nie. Verder het *bailments* slegs op roerende sake betrekking. Skrywers oor hierdie onderwerp het egter deurgaans gewys op die merkwaardige ooreenkomste tussen die twee instellings, en het by die behandeling van die Romeins-Hollandse reële kontrakte as *bailments*, sterk gesteun op Romeinse en Romeins-Hollandse bronne. Die gevolg hiervan was dat al hierdie kontrakte, veral in lig van die genoemde gesag, as reël gesien is, met ander woorde dat lewering noodsaaklik is vir die totstandkoming daarvan.¹²⁹

causa-beginsel, BW-krant Jaarboek 1993 (Beginselen van vermogensrecht), p. 152-154. Vgl. Christie, Contract (hierbo n. 41), p. 11: 'English law, in fact, unlike Roman-Dutch law, enforces bargains not promises.'

125. G.T. Morice, English and Roman-Dutch law, Grahamstown/London 1903, p. 73; M. Nathan, Common Law of South Africa, 1913, p. 593; Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 555.

126. Sien vir 'n bespreking van hierdie hele geskiedenis, Zimmermann, Obligations (hierbo n. 3), p. 556-557; Joubert, Contract (hierbo n. 6), p. 32-33; Christie (hierbo n. 41), p. 10-13.

127. Morice, English and Roman-Dutch Law (hierbo n. 125), p. 71-74; J.W. Wessels, History of the Roman-Dutch Law, Grahamstown 1908, p. 573-574; T.J. Roos en H. Reitz, Principles of Roman-Dutch Law, Grahamstown 1909, p. 105-106; Nathan, Common Law of South Africa (hierbo n. 125), p. 593-601; R.W. Lee, An Introduction to Roman-Dutch Law, Oxford 1915, p. 197-199. Sien ook Kotze se noot in sy vertaling van Van Leeuwen se Het Roomsche Hollandsche Recht: Commentaries on Roman-Dutch Law, vol. 2, London 1886, ad 4, 2 nr. 13.

128. Soos aangehaal deur W. Burge, Commentaries on the Civil Law and the Law of Holland, Cape Town 1887, p. 216.

129. Sien Burge, Commentaries (hierbo n. 128), p. 216-236; Morice, English and Roman-

Maar in hierdie tyd vind mens ook die benadering van Josson wat suiwer Romeins-Hollands is.¹³⁰ Hy toon aan, met 'n beroep op Van der Linden en Van Leeuwen, dat 'n redelike oorsaak genoegsaam is om kontrakte oor die algemeen tot stand te bring. Vir die benoemde kontrakte geld egter boonop besondere, eiesoortige vereistes. In die lig hiervan is die *contractus re* suiwer reël. Josson¹³¹ toon aan dat die *contractus innominati* slegs deur algemene reëls van die kontraktereg beheer word en deur blote wilsooreenstemming tot stand kom. Nathan¹³² fundeer aan die ander kant die afdwingbaarheid van die *contractus innominati* op Engelse reg, deurdat die wederkerige belofte tot prestasie van die teenparty, genoegsame *consideration* bied.

In 1910 is die vier provinsies verenig in die Unie van Suid-Afrika en is die appèlafdeling van die Hooggeregshof in Bloemfontein, ingestel as die hoogste hof van appèl binneslands. Hierdie hof, wat nou vir eenvormige regspleging in die hele land kon sorg, moes in 1919 uitsluitend gee oor die geskil tussen die Kaapse en die Transvaalse howe. In die beslissing van *Conradie v Rossouw*,¹³³ het die appèlhof beslis dat *valuable consideration* en die *causa* van die Romeins-Hollandse reg nie dieselfde is nie. Daar is bevind dat *valuable consideration* nie deel van die Suid-Afrikaanse reg vorm nie. In ons reg kom kontrakte oor die algemeen ooreenkomstig die Romeins-Hollandse reg deur blote *consensus* tot stand, mits daar 'n *iusta causa* is. Oor hierdie vereiste aanvaar die hof dat 'a good cause of action can be founded on a promise made seriously and deliberately and with the intention that a lawful obligation should be established.'¹³⁴ Hierdie is steeds die heersende opvatting.¹³⁵

Die hof maak egter die opmerking dat, in die lig van die *ex nudo pacto oritur actio*-beginsel in die Romeins-Hollandse reg, die reële kontrakte sowel as die *contractus innominati* deur blote wilsooreenstemming tot stand kon kom.¹³⁶ Hierbo is egter aangetoon dat hierdie stelling wel uiteindelik korrek is wat laasgenoemde tipe kontrakte betref. Dit gee egter nie die Suid-Afrikaanse gemeenregtelike posisie insake reële kontrakte korrek weer nie. Verder, vir sover die hof by implikasie wil beweer dat reële kontrakte in die moderne Suid-Afrikaanse reg suiwer konsensueel is, is die uitlating 'n duide-

Dutch Law (hierbo n. 127), p. 104-112; Nathan, Common Law of South Africa (hierbo n. 125), p. 1112-1128.

130. M. Jossen, Schets van Het Recht van de Zuid-Afrikaansche Republiek, Gent 1897, p. 218-220, 291-295.

131. Schets, (hierbo n. 130), p. 219.

132. Common Law of South Africa (hierbo n. 125), p. 562-563.

133. 1919 AD 279.

134. Die kopstuk van die saak asook p. 288, 297, 324.

135. *Saambou-NasionaleBouvereniging v Friedman* 1979 3 SA 978 (A). Daar bestaan egter gevalle waar wetgewing sekere vormvereistes vir die afdwingbaarheid van kontrakte stel. In die lig van die Wet op Vervreemding van Grond, 68 van 1981 moet 'n koopkontrak van grond op skrif wees. Die Wet op Kredietooreenkoms, 75 van 1980 bepaal weer byvoorbeeld dat by 'n kredietooreenkoms 'n deposito betaal moet word.

136. Hierbo n. 133, p. 310.

like *obiter dictum*. In *Conradie v Rossouw* het dit nie oor 'n reële kontrak gehandel nie maar oor 'n opsie om te koop.

Conradie v Rossouw het nie meegebring dat al die reële kontrakte hul reële karakter totaal verloor het en opgelos het in die algemene leer van konsensualiteit nie. Dit kom duidelik na vore in die latere werke van sekere skrywers en in die opmerkings van die howe oor hierdie gevalle.

Aan die een kant is daar skrywers wat aanvaar dat kontrakte oor die algemeen deur blote wilsooreenstemming tot stand kom, maar dan tog die tradisionele Romeinse *contractus re* as reël behandel. Wessels, in 1937, verkondig byvoorbeeld dat die ernstige bedoeling van die kontrakterende partye vereis word en dat 'n ooreenkoms wat hieraan voldoen onmiddellik 'n verbintenis skep. Maar dan onderskei hy gevolg wat gemeenskaplik aan alle kontrakte is, van gevolg wat te doen het met kontrakte wat eers ná lewering van 'n saak ontstaan. *Mutuum, commodatum, depositum* en *pignus* val in laasgenoemde kategorie.¹³⁷ Gane, in sy geselekteerde vertaling van Voet, merk in 1955-1956 op dat Voet se bespreking van *mutuum* en *commodatum* 'n akkurate weergawe van die heersende regsposisie is en dat die howe nog nie daarvan afgewyk het nie.¹³⁸ In die 1978-uitgawe van Maasdorp se *Institutes* word *mutuum* as *contractus re* behandel. Zimmermann¹³⁹ is in 1990 van mening dat die posisie met betrekking tot *commodatum* in Suid-Afrika sowel as Europa en Engeland grotendeels onveranderd gebly het sedert die Romeinse reg — so veel so, dat die Romeinse juris Paulus sy weg met gemak deur die moderne reg sou kon vind.

Aan die ander kant is daar skrywers wat nie prontuit beweer dat die ou *contractus re* vandag steeds reël van aard is nie, maar uit wie se behandeling van die onderwerp geen ander afleiding gemaak kon word nie. Hulle definieer telkens *mutuum, commodatum* en *depositum* met die klem op die lewerings-element, byvoorbeeld: '*mutuum ... is a contract whereby one person delivers some fungible thing to another,*' of '*commodatum ... is a contract whereby one person hands over something to another ...*'. Wanneer die verpligtinge van die onderskeie kontrakspartye dan vervolgens gehandel word, word die plig van die uitlener om te lewer, of dié van die bewaarnemer om ontvangs te neem, hoegenaamd nie as 'n kontraktuele plig aangegee nie. Dit sou tog 'n logiese kontraktuele plig voortspruitend uit die kontrak wees, indien die kontrakte konsensueel sou wees! Telkens egter word die lener en bewaarnemer se plig

137. J.W. Wessels, *The Law of Contract in South Africa*, vol. 1, Johannesburg 1937, p. 22-23, 619-623.

138. Gane, *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects by Johannes Voet*, Durban 1955-1957, die inleidende kommentaar ad 12, 1 en 13,6.

139. A.F.S. Maasdorp, *Maasdorp's Institutes of South African Law*, vol. III, 9de uitgawe deur C.G. Hall, Cape Town 1978, p. 83.

tot teruggawe beklemtoon.¹⁴⁰ Dit is dieselfde tendens as wat in Duitsland onder skrywers van die 'Realvertragstheorie' aangetref word.¹⁴¹

Hierdie benadering kom ook in ons regspraak voor. In *Moser v Meiring*¹⁴² word *mutuum*, met 'n beroep op Voet, gedefinieer as 'a contract by which a fungible thing is delivered to another who undertakes to return a thing of the same kind, quality and quantity.' In *Minister of Posts and Telegraphs v Daddy Bros. and Johnstone*¹⁴³ aanvaar die hof Lee en Honoré se omskrywing van *depositum* as 'a contract whereby one person delivers to another a thing to be kept by him gratuitously or for reward and returned on demand.'¹⁴⁴ In *Adamson v Boshoff*¹⁴⁵ aanvaar die hof Cooper se definisie van *commodatum* as 'a contract whereby one person (the lender) delivers property to another person (the borrower) ... to be returned to the lender ...'

Dan weer is daar 'n skrywer soos Joubert wat aanvoer dat die ou reële kontrakte vandag alleenlik deur wilsooreenstemming tot stand kom.¹⁴⁶ Joubert pas hierdie stelling suiwer toe. In sy behandeling van *mutuum* en *commodatum* lys hy telkens, anders as die skrywers hierbo genoem, die plig van die uitlener om te lewer as 'n plig voortvloeiend uit die afspraak tussen die partye.¹⁴⁷ Maar Joubert se opvatting oor die konsensuele aard van hierdie kontrakte staan nie op rotsvaste fondamente nie. Eerstens kom dit eienaardig voor dat hy ten spyte van sy voorgestelde konsensuele aard van die kontrakte, die verpligting van die lener tot teruggawe, as die 'main obligation' van die kontrak sien.¹⁴⁸ Hierdie benadering gaan nie op, indien mens soos Zimmermann¹⁴⁹ aanvaar dat geld in die eerste plek nie uitgeleen word sodat dit teruggegee kan word nie, maar eerder sodat die lener dit kan gebruik. Tweedens steun sy gesag hom nie. Joubert steun hoofsaaklik op *Conradie v Rossouw* en voer in die lig van hierdie uitspraak aan: '[f]rom this it appears that a promise to lend ... is enforceable by action.' Hierbo is aangetoon dat die opmerkings in *Conradie v Rossouw* oor die *contractus re*, nie die gemeenregtelike posisie korrek weergee nie en dat dit bloot as *obiter* geld ten aansien van die moderne Suid-Afrikaanse reg in hierdie verband.

140. Sien bv. R.W. Lee en A.M. Honoré, *The South African Law of Obligations*, 2de uitgawe deur E. Newman en D.J. McQuoid-Mason, Durban 1978, p. 125-132; D. Hutchinson et al, *Wille's Principles of South African Law*, 8ste uitgawe, Cape Town 1991, p. 576-583.

141. Zimmermann, *Obligations* (hierbo n. 3), p. 164-165. Sien ook i.v.m. *depositum*, dieselfde tendens by D.H. Bester, *Deposit*, in *Law of South Africa*, (red. W.A. Joubert) vol. 8, Durban 1979, p. 118-121.

142. 1931 OPD 74, op p. 77.

143. 1965 3 SA 394 (OK) op p. 396.

144. Die omskrywing in hierdie saak is nagevolg in *Smith v Minister of Lands and Natural Resources* 1980 1 SA 565 (Z) op p. 571; *Socrat v Electra Rubber Products* 1981 3 SA 722 (Z) op p. 724.

145. 1975 3 SA 221 (K) op p. 225.

146. Joubert, *Contract* (hierbo n. 6), p. 33 m. 61.

147. Joubert, *Loan* (hierbo n. 11), p. 200-207.

148. *Loan*, hierbo, p. 200, par. 270.

149. n. 64 hierbo.

Vir sover Joubert daarop wys dat *pignus* (pand) vandag as 'n konsensuele kontrak gesien word, is hy korrek - dit word algemeen so aanvaar.¹⁵⁰ Dieselfde geld ook vir die *contractus innominati* en in hierdie geval is die situasie heeltemal in ooreenstemming met die ontwikkelinge in ons Romeins-Hollandse gemenerereg.¹⁵¹

SLOTBESKOUING

Benewens die gevalle van pand en die onbenoemde kontrakte, bestaan daar geen afdoende gemeenregtelike of ander gesag in Suid-Afrika dat die kontrakte van verbruikleen, bruikleen en bewaargewing konsensueel van aard is nie. In hierdie verband oefen die Romeinse reg steeds via die Romeins-Hollandse reg sy invloed uit. Hierdie kontrakte is histories gesien as vriendskapsdienste wat gratis verrig word, en vanuit daardie perspektief maak die reële karakter daarvan sin. Maar dit kan nie ontken word dat aard van die moderne samelewing, nie vergelykbaar met dié van die Romeinse gemeenskap of die 17de en 18de eeuse sosiale maatskappy van die Nederlande is nie. In die lig van moderne ekonomiese behoeftes kan 'n sterk argument seker uitgemaak word dat verbruikleen, spesifiek wat geldlening betref, eerder as konsensueel gesien moet word. Die vraag is egter of dieselfde argument deug vir ander gevalle van verbruikleen, asook vir bruikleen en bewaargewing. Aan die een kant is die dikwels vriendskaplike karakter van hierdie kontrakte 'n oorweging. Dit maak waarskynlik 'n eis vir spesifieke nakoming, bloot op grond van die afspraak tussen die partye, ongewens. Dit is ook moontlik die rede waarom hierdie gevalle selde voor die hofe dien. Aan die ander kant is dit so dat 'n kontrak nie slegs deur spesifieke nakoming afgedwing kan word nie, maar ook deur 'n eis vir skadevergoeding. 'n Party kan byvoorbeeld soms skade ly op grond van 'n belofte om te leen of om in bewaring te neem, wat nie materialiseer nie. Maar dan is die vraag of die *boni mores*, gegewe die vriendskaplike aard van hierdie kontrakte wat terselfdertyd ook gratis is, vergat skadevergoeding toegestaan moet word. Wat die *boni mores* binne die Suid-Afrikaanse konteks betref, moet ten slotte spesifiek gelet word op die feit dat ooreenkomstig die inheemse reg van die swart volkere, alle kontrakte reël van aard is.¹⁵² Die 1993-grondwet bepaal dat sowel die inheemse reg as die gemenerereg uitgelê moet word teen die agtergrond van die menseregtehandves.¹⁵³ Op hierdie wyse maak die grondwet voorsiening vir die volgehoue toepassing van inheemse reg. Die opinie is onlangs uitgespreek dat ernstige

150. Sien *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 (A) 611; G.F. Lubbe, *Mortgage and Pledge in the Law of South Africa*, (red. Joubert) vol. 17, Durban 1983, p. 366, 485; T.J. Scott en S. Scott, *Wille's Law of Mortgage and Pledge in South Africa*, Cape Town 1987, p. 46-47; De Wet en Van Wyk, *Kontraktereg* (hierbo n. 6), p. 402.

151. Sien Maasdorp, *The Institutes of Cape Law*, Book III *The Law of Obligations*, Cape Town 1924, p. 371-372.

152. Sien bv. F.P. van R. Whelpton, *Die Inheemse Kontraktereg van die Bakwena Ba Mogopa van Hebron in die ODI I Distrik van Bophuthatswana*, (LLD-proefskrif, UNISA) 1991.

153. Art. 35 (3), Wet 200 van 1993.

aandag in die toekoms gegee sal moet word aan die intergrering van Westerse en inheemse reg op die gebied van die kontrakreg.¹⁵⁴ Vir sover as wat hierdie integrering noodsaaklik sal wees, kan die gemeenregtelike reële kontrakte 'n waardevolle vergemaklikende rol speel. Dit is gevolglik te betwyfel of daar gesê kan word dat die reële kontrakte geen plek binne die moderne konteks het nie.

154. A. van Aswegen, The Future of South African Contract Law, referaat gelewer tydens 'n simposium: The Future of the South African Private Law, op 25 Augustus 1993, aan die Universiteit van Suid-Afrika.