

## HOOFSTUK 7

### OORSIG VAN DIE BELANGRIKSTE GRONDSLAG-TEORIEË

#### A. Die Nederlandse teorieë

##### 1. Die wilsleer

Hierdie teorie het vanaf die sewentiende eeu sterk na vore gekom en sy hoogtepunt teen die middel van die negentiende eeu bereik. Gebondenheid is teruggevoer op die wil van die kontraktante. 'n Mens raak gebonde omdat hy dit wil en is slegs gebonde vir sover hy dit wil hê. Met wil word bedoel die innerlike, subjektiewe geestesgesteldheid van die handelende persoon.<sup>1</sup>

Vanaf die middel van die negentiende eeu verval die wilsleer in ongunstige praktiese en teoretiese besware. Prakties het die wilsleer beteken dat daar geen kontrak tot stand kom as daar, ten spyte van oënskynlike konsensus, tog *dissensus* voor hande was nie. Maar wat van die vertroue wat deur die oënskynlike instemming deur die teenparty geskep is? Dogmaties het die wilsleer tot 'n sirkelgang gelei: waarom is daar gebondenheid? Omdat daar 'n wil was om gebonde te wees. Waarom is die wil 'n grondslag van kontraktuele gebondenheid? Hier loop die argument dood, tensy daar na 'n ander norm verwys word. Maar dan is nie die wil nie, dog die ander norm die grondslag.

##### 2. Die objektiewe wilsleer

Volgens hierdie teorie, eerste verkondig deur die Nederlander JF Houwing<sup>2</sup> is die grondslag van gebondenheid geleë in die objektiewe wil van die handelende persoon. Hiermee word bedoel dat die wil uitgelê en vasgestel

---

<sup>1</sup> Jac Hijma *Nietigheid en Vernietigbaarheid van Rechtshandelingen* Kluwer Deventer 1988 op 15.

<sup>2</sup> (1890) RM op 477-527.

word volgens objektiewe maatstawwe. Dit is aanverwant aan die wils-vertrouensleer, maar verenig die twee pylers daarvan tot een begrip: die geobjektiveerde wil.

Die probleem is egter: wat is die objektiewe maatstawwe? En aangesien die subjektiewe wil nou oorboord gegooi word, kan mens dit nog 'n wilsleer noem? Is die grondslag dan nie in die ander maatstawwe geleë nie?

Tot sover die meer tradisionele teorieë. Ek skets vervolgens die belangrikste nuwe teorieë, wat uit die aard van die saak 'n ietwat meer volledige analise regverdig.

### **3. Die nuwe verklaringsleer**

Hijma, na wie reeds voorheen verwys is, is in die Nederlande die mees onlangse eksponent van die moderne verklarings- of belofteleer.

Hy meen dat hoe verleidelik die wils-vertrouensleer ookal skyn te wees, dit dogmaties nie bevredig nie. Beskou mens elkeen van die pylers op eie meriete, is jy terug by die reeds genoemde besware teen elkeen van hulle.<sup>1</sup> Wat die kombinasie betref, is dit vir hom bedenklik dat 'n grondslag vir aanspreeklikheid nou op die een, dan op die ander basis geregverdig word, terwyl die enigste motivering vir die basis-wisseling geleë is in die feit dat die eerste basis juis nie geslaag het nie. Die tweede basis leef derhalwe alleen deur die genade van die gekonstateerde gebrek in die eerste basis ... *voor een grondslag een bepaald vreemd te noemen gegeven.*

Die kern van Hijma se benaderingswyse - wat hy self toegee op die eerste gesig vreemd lyk - is dat daar 'n onderskeid is tussen die grondslag van *gebonde raak* en *gebonde bly*: Al is A gebonde aan 'n verklaring wat hy gemaak het, kan hy hom van gebondenheid bevry. Die reg bied aan hom, *in*

---

<sup>1</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 19.

*bepaalde gevalle*, byvoorbeeld waar sy *wil en verklaring* nie ooreenstem nie, 'n *ontsnappingsmoontlikheid*, te wete 'n beroep op vernietigbaarheid.

Dus: altyd gebondenheid, maar soms ontbinding.<sup>1</sup>

Wat is die grondslag van gebondenheid? Hijma meen dat dit die *verklaring* is wat weens die verklaarder se privaatoutonomie of keusevryheid afgelê word. Vir hom staan die wilsvryheid in die privaatreg nie sentraal nie, maar wel die mens se keusevryheid. Maar: erkenning van keusevryheid impliseer ook die aanvaarding van die mens as struktureel-volgenswaardige individu: vryheid om te kies is ook die vryheid om ondeurdag, onoplettend, onnoukeurig, foutiewelik, te kies. Die mens moet egter die laste van sy keusevryheid dra, die verantwoordelikheid van sy dae aanvaar.<sup>2</sup> Die grondslag van gebondenheid is dan dat die betrokke persoon 'n *handeling* verrig het, te wete 'n verklaring gemaak het. Die verklaring self is vir die gebondenheidsgevolg die redegewende element.<sup>3</sup> Na aanleiding van welke gedraginge tree kontrakgebondenheid in? Hijma meen dat dit slegs handeling (verklarings) van 'n *belovend karakter* is, met ander woorde wat die karakter van 'n belofte het.<sup>4</sup>

Waartoe verbind die verklaring die belower? Dit word bepaal deur *uitleg*. Alle omstandighede van die konkrete geval moet in ag geneem word. Behalwe aan die gebesigde woorde (of gedrag) self sal ook betekenis geheg moet word aan die verhouding tussen die betrokkenes, die persone van die verklaarder en die teenparty, en die oor en weer bestaande of aanneemlike verwagtingspatroon. Die redelike *vertroue* van beide partye sal dus 'n rol speel. Maar dit kom nie neer op 'n herlewing van die vertrouensleer nie - die gebondenheid berus immers nie op die vertroue nie, maar op die *verklaring*.

---

<sup>1</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 37.

<sup>2</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 30-32.

<sup>3</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 32 par. (b).

<sup>4</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 32.

Slegs by die vraag *wat* die verklaring inhou, kom, onder die noemer *feite en omstandighede*, die verwagtingspatroon van die teenparty in berekening.<sup>1</sup>

Hijma<sup>2</sup> meen dat sy standpunt verskil van die *objektiewe wilsleer* daarin dat in laasgenoemde dit uiteindelik om die wil van die handelende gaan, waarby dan as wil beskou word dit wat na buite as wil voorkom. In sy opvatting berus gebondenheid nie op die menslike wil, hoe dit dan ook nader ingevul word nie, dog regstreeks op die feit dat die handelende sy keusevryheid in die bepaalde sin uitgeoefen het. Die verklaring speel derhalwe 'n fundamenteel verskillende rol: by die objektiewe wilsleer vorm dit die rigsnoer by die wilsvasstelling; vir Hijma regverdig dit op eie krag die intrede van gebondenheid.<sup>3</sup>

Hijma meen ook dat sy standpunt verskil van die *toerekeningsleer* of *belofte maak skuld*, alhoewel die twee teorieë nou verwant is. Want ook vir Hijma is dit die verklaring self - in die vorm van 'n belofte - wat die grondslag van gebondenheid vorm. Maar die verskil is daarin geleë dat by die toerekeningsleer (byvoorbeeld by Van Dunné), die gebondenheid 'n konkretisering of toepassing van 'n algemene toerekeningsleer is; die handelende raak gebonde, omdat dit 'n norm van die positiewe reg is dat belofte skuld maak. *Die reg* is dus die toebedeler van die regsgevolge en die regverdigter daarvan. Hijma sê dit kan nie wees nie: die reg skep weliswaar die regsgevolge, maar benodig daarvoor 'n eksterne *ratio*. Daardie *ratio* is vir Hijma die verklaring, wat as volwaardige keuse van 'n vry-handelende individu die gebondenheidsgevolg verdien.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 32-33.

<sup>2</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 33.

<sup>3</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 33.

<sup>4</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 33-34.

Hijma stel dit voorts dat sy leerstuk ook van die *Geltungstheorie* verskil. Die Duitse *Geltungstheorie* is volgens hom<sup>1</sup> waardevol insoverre dit benadruk dat aan die afgelegde verklaring 'n eie, selfstandige waarde toekom. Maar die swakheid van die teorie is dat dit ook terselfdertyd dié verklaringshandeling gelykstel aan die verwesenliking van die regsgevolgwil van die verklarende. Dusdoende verskuif die aandag weer na die *wil* van die handelende en vervaag die onderskeid met die subjektiewe wilsleer.<sup>2</sup>

Vervolgens dan die grondslag van Hijma se leer van *ontbinding* of vernietiging. Wanneer die verklaarder 'n fout begaan het (byvoorbeeld 'n skryffout in sy aanbod gemaak het)<sup>3</sup> kan die reg nie self die handeling ongedaan maak nie, want dan sou die reg self die handelingsvryheid - wat ook die vryheid om onoplettend te handel impliseer - verloën. Maar die beslissing kan wel aan die verklaarder gelaat word om hom van die ingetrede gevolg te bevry, deur vernietiging van die regshandeling.<sup>4</sup> Daardie keuse is egter nie ongebonde nie; daar moet ook rekening gehou word met die belange van die teenparty. Die grens van die ontbindingskeuse word bereik waar *de wederpartij met de litigieuze zwakte niet bekend was en hiermee evenmin bekend behoorde te zijn*.<sup>5</sup> Met ander woorde eers by die tweede vraag, naamlik of daar ontbinding kan wees, kom wil en vertroue ter sprake.<sup>6</sup>

Ek onderskryf Hijma se siening van die wisselwerking tussen regsnorme en handeling, asook sy beklemtoning van die handelende se verantwoordelikheid vir sy keuse-uitoefening. Daar is ook 'n sterk weerklank van Hijma se *ontbinding* in die Suid-Afrikaanse *justus error*-leerstuk. Laasgemelde leerstuk gee ook nie aan die "skuldige" party 'n vrye keuse nie, en stem ooreen met

---

<sup>1</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 34.

<sup>2</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 34.

<sup>3</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 36.

<sup>4</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 36.

<sup>5</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 37.

<sup>6</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 37.

Hijma se model. Ook moet erken word dat die grondslag vir vernietiging in die gebrekkige grondslag vir gebondenheids-totstandkoming lê.<sup>1</sup>

Wat kritiek betref: Eerstens skyn dit twyfelagtig te wees of mens werklik met 'n verklaring as grondslag van aanspreeklikheid kan volstaan. Vra 'n mens vir Hijma waarom die verklaring bind, moet hy antwoord: omdat dit die uitoefening van 'n vrye keuse was, wat aan die mens met wilsvryheid toekom. Die teenargument is dan: maar dan bind die verklaring nie *per se* nie, maar juis omdat die mens gekies het (met ander woorde sy wil uitgeoefen het) om 'n bepaalde handeling te verrig. Meer nog: volgens Hijma self verg 'n handeling om bindend te wees, 'n bepaalde karakter, naamlik dit moet 'n belofte wees, dit wil sê 'n verklaring van 'n bepaalde wil, naamlik om gebonde te wees om iets te doen, te gee, of nie te doen nie. Agter Hijma se verklarings-gebondenheid lê myns insiens dus 'n dubbele wilselement: om 'n bepaalde verklaring te maak en om gebondenheid te verklaar. Of Hijma se verklaringsleer kan ontsnap aan die tradisionele verwyte teen die verklaringsleer - dat die verklaring net bind omdat dit 'n verklaring van die *wil* is, en die *wil* dus die gebondenheidselement is - betwyfel ek sterk.

'n Tweede beswaar is dat Hijma se benaderingswyse die vraag ooplaat: wanneer is 'n verklaring van 'n *belowende* aard, dit wil sê 'n belofte? Neem die geval waar die besoeker aan 'n veiling met 'n handwui 'n vriend groet. Volgens hom is dit geen belofte-handeling nie, volgens die afslaer wel. Wie het gelyk? Ek kan nie sien dat mens die vraag kan oplos deur slegs die handeling sonder die wils- en vertrouensimplikasies daarvan in ag te neem nie.

'n Derde beswaar geld die toepassing van Hijma se leerstuk by *dissensus*. Om dié probleem, ook volgens Hijma se siening, op te los, moet uiteindelik maar weer op wil en vertroue teruggeval word. Dit lyk nie of sy siening dus iets nuuts bybring nie, minstens nie vanuit 'n praktiese oogpunt nie.

---

<sup>1</sup> Sien ook JM Smits *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid* Leiden 1995 Gouda Quint Arnhem 1995 op 209.

Ten slotte meen ek dat hy 'n te beperkte rol aan vertrouensbeskerming toeken. Vertroue speel nie net 'n rol by uitleg nie, maar by die gebondenheid self. En as Hijma wil argumenteer dat dit maar op dieselfde neerkom (m.a.w. as die verklaring uit die perspektief van vertroue uitgelê word), is mens dan nie weer terug by die vertrouensleer nie?

#### **4. Die normatiewe skool**

JM van Dunné in sy Leidse proefskrif *Normatiewe uitleg van rechtshandelingen: een onderzoek naar de grondslagen van het geldende verbintenissenrecht*<sup>1</sup> is die bekendste Nederlandse voorstander van die "normatiewe uitleg".

Om hierdie skool goed te verstaan, is dit nodig om ietwat dieper op die regsdogmatiek te delf. Ek doen dit hoofsaaklik aan die hand van JM Smits.<sup>2</sup> Smits toon aan dat daar in die Europese regsdogmatiek twee beskouinge bestaan ten opsigte van die proses, aard en doel van regsinding. Die oudste opvatting, die klassieke leer, gaan uit van die norm. Reëls en leerstukke bevat norme wat beoog om die werklikheid op 'n bepaalde wyse te sien, dit wil sê om vir die gegewe geval die juiste, dit wil sê die regverdigste oplossing te vind. Die privaatregtelike regte en verpligtinge vloei uit die norm self voort. Aan die feite kom geen normstellende krag toe nie, omdat alle moontlike omstandighede waarmee rekening gehou moet word, al in die reëls verwerk is. Dié siening slaan terug op 'n visie van Rudolph Jhering:<sup>3</sup> die bestaande regsreëls is oor die loop van duisende jare verfyn en het die *Grundformen* en *Grundtypen* van die regswêreld volledig verken en maak voorsiening vir alle nuwe bewegings.

---

<sup>1</sup> Kluwer Deventer 1971.

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 vanaf 21-38.

<sup>3</sup> *Unsere Aufgabe* 1857.

Sodra die regsbegrippe voldoende uitkristalliseer het, speel die feite van die geval slegs die rol van voorwaardes vir die toepassing van die norm. As 'n regsreël vir die besondere geval nog nie eksplisiet geformuleer is nie, word die reg gevind deur logiese induksie en deduksie uit ander reedsgeformuleerde reëls. Die *reg* oorheers die werklikheid, wat slegs passief is. In hierdie opvatting is 'n ooreenkoms 'n abstrakte kategorie wat nie in sy verhouding tot die werklikheid van betekenis kan verander nie. Dit is die vrye wil wat as enigste norm in staat is om regsgevolge te bewerkstellig en as die wil nie aanwesig is nie, is daar geen kontraktuele gebondenheid nie.<sup>1</sup>

Die ander siening, soos verteenwoordig deur Van Dunné en HCF Schoordijk, gaan daarvan uit dat die feite van die geval vir sigself spreek en dat op grond daarvan, behoorlik uitgelê, tot 'n juiste, regverdige oplossing gekom kan word. Tog kan die proses nie volkome wegkom van norme, sy dit dan bloot uitlegnorme nie. Met hierdie uitleg word in die kontraktereg egter nie bedoel die histories-psigologiese uitleg om die wil van die partye te vind nie, maar wel om die norm van die goeie trou, dit wil sê die vertrouwensleer, toe te pas. Die reg word gereduseer tot één algemene prinsiep wat toepassing vind in elke situasie waarin die vraag na gebondenheid voor hande is.<sup>2</sup>

Smits<sup>3</sup> verwerp die normatiewe uitleg-skool veral op grond van sy uitgangspunt dat 'n regsnorm die enigste verbindingsweg vorm tussen geregtigheid en die sosiale lewe. 'n Norm orden iets wat nie reeds vanself voorhande was nie (soos redelikheid en billikheid). Die normativiste gee te weinig aandag aan die burgerlike reg en leerstukke wat in 'n proses oor vele eeue ontwikkel is. Dit is van belang om dié reëls te ontwikkel en nie dit oorboord te gooi en die vlug te neem na "Generalklausul" nie. Dit versluier bloot die swakheid van die reël en ontwikkel dit nie verder nie. Daar ontstaan

---

<sup>1</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 23-25.

<sup>2</sup> Smits *Het Vertrouwensbeginsel* op 26-27.

<sup>3</sup> *Het Vertrouwensbeginsel* op 36-38.



'n nuwe regstelsel (gebou op redelikheid en billikheid), naas die ou stelsel van reëls wat dan uitgesluit is van 'n verdere bydrae in die regsformingsproses.<sup>1</sup>

Van Dunné benader dus sy ondersoekveld uit die invalshoek van *uitleg* van regshandeling. Vir hom is daar twee basiese vrae: wat verstaan ons onder *uitleg* en onder 'n *regshandeling*. Alhoewel laasgenoemde vraag in die regsliteratuur veel aandag geniet het, is die uitlegvraag volgens hom tot nog toe stiefmoederlik behandel.<sup>2</sup> Die primêre vraag is wel na die *aard* van die regshandeling, maar dit hang weer saam met die gekose benadering tot uitleg.<sup>3</sup> Hier moet ek weer beklemtoon dat dit nie vir Van Dunné gaan om die alombekende histories-psigologiese uitleg van 'n kontrak (*interpretation of contract*) nie, maar 'n veel wyer begrip: gegewe die feite, welke objektiewe norme moet daarop toegepas word.

Die heersende leer sien 'n regshandeling as 'n handeling met beoogde regsgevolge. Die kern van daardie siening is dat die handelende die wil gehad het om regsgevolge in die lewe te roep. As die wil nie aanwesig is nie of gebrekkig is, is die handeling, volgens hierdie opvatting, vir vernietiging vatbaar of selfs nietig. Dit is die kern van die wilsleer: dit beskou die *wil* van die handelende persoon as die regskeppende element van die regshandeling.<sup>4</sup> Die wilsleer pas goed by 'n gemeenskap wat deur liberalisme en individualisme gekenmerk word.<sup>5</sup>

Volgens die wilsleer, aldus Van Dunné, is die funksie van *uitleg* van 'n regshandeling om die wil van die handelende persoon of persone by die verrigting daarvan vas te stel. Noodwendig moet die wilsverklaring in ag geneem word. Deur *uitleg* van die verklaring verkry mens dus na alle waarskynlikheid die werklike wil van die handelende persoon of persone

---

<sup>1</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 37-38.

<sup>2</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 7.

<sup>3</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 7.

<sup>4</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 8.

tydens die handeling.<sup>1</sup> *Uitleg* is derhalwe 'n *bewysprosedure*, waardeur die historiese, psigiese wil van die handelende vasgestel word, al is dit slegs by wyse van 'n waarskynlikheidsberekening. Hierdie metode noem hy die *histories-psigologiese* of *feitelike* metode.<sup>2</sup>

Hy meen dat aangesien die wilsleer die heersende leer is (of tot onlangs was) die histories-psigologiese uitlegmetode ook die algemeen-aanvaarde een sou wees. Dit is egter nie die geval nie. Sonder dat dié feit bewustelik aangemerkt is, het die oorgrote meerderheid Wes-Europese skrywers (wat deur Smits die normativiste genoem word) sedert die middel van die negentiende eeu 'n ander uitlegfilosofie, die *normatiewe*-benadering, gevolg.<sup>3</sup> Volgens hierdie metode staan die gedagte sentraal dat nie die *subjektiewe* wil van die handelende die voorwerp van die uitleg vorm nie, *maar die handeling self*. Uitleg is volgens hierdie sienswyse *die vasstelling van die regsbetekenis van 'n feitelike handeling en die bepaling van die regsgevolge daarvan*. Volgens die twintigste eeuse literatuur is die wil van die handelende steeds sentraal, maar nou in 'n ander betekenis: slegs *die geobjektiveerde wil* van die handelende persoon is relevant - dit wil sê die wil soos dit redelikerwys deur die teenparty opgevat mag word.<sup>4</sup>

Hierdeur kom dan die normatiewe element op die spel. Een gevolg van hierdie sienswyse is dat die uitleg beheers word deur die beginsels van *goeie trou*. Dit gaan dus by uitleg in die normatiewe sin om 'n regsvraag, nie 'n feitevraag nie. Volgens Van Dunné is die vraag nie of die wil van die handelende persoon op 'n gegewe moment deur die teenparty op 'n bepaalde wyse, as historiese feit, verstaan is nie, maar hoe die wil, gesien die omstandighede, deur derdes opgevat mag word, volgens beginsels van die *goeie trou*. Die psigiese wil van die handelende persoon (soos geopenbaar

---

<sup>5</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 8.

<sup>1</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 9.

<sup>2</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 9.

<sup>3</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 9.

tydens die handeling.<sup>1</sup> *Uitleg* is derhalwe 'n *bewysprosedure*, waardeur die historiese, psigiese wil van die handelende vasgestel word, al is dit slegs by wyse van 'n waarskynlikheidsberekening. Hierdie metode noem hy die *histories-psigologiese of feitelike metode*.<sup>2</sup>

Hy meen dat aangesien die wilsleer die heersende leer is (of tot onlangs was) die histories-psigologiese uitlegmetode ook die algemeen-aanvaarde een sou wees. Dit is egter nie die geval nie. Sonder dat dié feit bewustelik aangemerkt is, het die oorgrote meerderheid Wes-Europese skrywers (wat deur Smits die normativiste genoem word) sedert die middel van die negentiende eeu 'n ander uitlegfilosofie, die *normatiewe-benadering*, gevolg.<sup>3</sup> Volgens hierdie metode staan die gedagte sentraal dat nie die *subjektiewe wil* van die handelende die voorwerp van die uitleg vorm nie, *maar die handeling self*. Uitleg is volgens hierdie sienswyse *die vasstelling van die regsbetekenis van 'n feitelike handeling en die bepaling van die regsgevolge daarvan*. Volgens die twintigste eeuse literatuur is die wil van die handelende steeds sentraal, maar nou in 'n ander betekenis: slegs *die geobjektiveerde wil* van die handelende persoon is relevant - dit wil sê die wil soos dit redelikerwys deur die teenparty opgevat mag word.<sup>4</sup>

Hierdeur kom dan die normatiewe element op die spel. Een gevolg van hierdie sienswyse is dat die uitleg beheers word deur die beginsels van *goeie trou*. Dit gaan dus by uitleg in die normatiewe sin om 'n regsvraag, nie 'n feitevraag nie. Volgens Van Dunné is die vraag nie of die wil van die handelende persoon op 'n gegewe moment deur die teenparty op 'n bepaalde wyse, as historiese feit, verstaan is nie, maar hoe die wil, gesien die omstandighede, deur derdes opgevat mag word, volgens beginsels van die *goeie trou*. Die psigiese wil van die handelende persoon (soos geopenbaar

---

<sup>5</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 8.

<sup>1</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 9.

<sup>2</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 9.

<sup>3</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 9.

deur die verklaring) vorm hier slegs een van die vele omstandighede wat by die normatiewe uitleg in ag geneem moet word.<sup>1</sup> Hiervolgens is daar ook geen verskil tussen normatiewe *uitleg* en *aanvulling van leemtes* nie: die regshandeling in sy totaliteit vorm die onderwerp van uitleg.

Van Dunné voer aan dat sy studie daarop gemik is om die normatiewe metode vaartbelyn te maak en by huidige regsteoretiese insigte aan te pas. Vir hom is die wilsbegrip, ook in geobjektiveerde vorm, nie ter sake nie.<sup>2</sup> Die vraag of daar 'n regshandeling was en wat die betekenis daarvan is, word bepaal deur die norme van die geldende reg, wat aandui of regsgevolge, wat die handelende *toegereken word*, ontstaan het:

*Een rechtshandeling is een handeling verricht door een persoon, bestaande in een doen of niet-doen, waardoor krachtens de normen van het geldend recht - gesien de aard van de handeling, de omstandigheden waaronder, en de wijze waarop zij tot stand kwam - rechtsgevolgen ontstaan die de handelende toegerekend worden.*<sup>3</sup>

Die kern van Van Dunné se teorie is dat die toerekeningsproses plaasvind deur normatiewe *uitleg* in die sin soos deur hom gebruik:

*Onder de uitleg van een rechtshandeling wordt verstaan het vaststellen van de rechtsgevolgen die de handelende persoon toegerekend worden. Dit betekent de vaststelling - op grond van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm (en) - dat ten opzichte van de handelende persoon bepaalde verbintenissen ontstaan zijn en/of tenietgegaan zijn, en in het eerste geval, de bepaling van hun inhoud.*<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 9.

<sup>1</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 10.

<sup>2</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 10.

<sup>3</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 12.

<sup>4</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 12.

Die *normatiewe* karakter van uitleg blyk uit voorgaande: dit behels immers geen rekonstruksie van 'n feitekonstellasie (byvoorbeeld die aanwesigheid op 'n bepaalde moment van 'n psigiese wil of 'n feitelike vertrouwe by die teenparty) nie, *maar een op rechtsnormen gebaseerde toerekening van verbintenissen*.<sup>1</sup> Mens kan dus van 'n regshandeling praat slegs *nadat* deur middel van normatiewe uitleg vasgestel is dat die feitelike handeling wel 'n regshandeling vorm. Die totstandkoming van die regshandeling word dus beheers deur normatiewe uitleg.<sup>2</sup>

Van Dunné betwis dat 'n ooreenkoms 'n tweesydigte regshandeling is. Dit is 'n regsverhouding wat tot stand kom deurdat minstens twee persone twee eensydige regshandelinge, aanbod en aanname genoem, verrig het. Hy verwerp dus onomwonde die aanvaarde *consensus*-leer en die geykte vertrouensleer en plaas in die plek daarvan toerekening-deur-uitleg.<sup>3</sup>

Die kernvraag ten aansien van Van Dunné se tesis is: volgens welke norme of beginsels word 'n regshandeling aan iemand toegereken? Enersyds gebruik hy telkens die *norme van die geldende reg* as die kriterium.<sup>4</sup> Andersyds maak hy gebruik van *wet, gewoonte, jurisprudentie, en de gangbare rechtsopvattingen zoals die in doctrine en praktijk leven*.<sup>5</sup> Vir hom is elke regsnorm 'n blanko-norm, dit wil sê 'n oopnorm, wat slegs 'n juridiese raam is. Wanneer toegepas op 'n bepaalde geval, word die norm ingevul met

---

<sup>1</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 12.

<sup>2</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 12.

<sup>3</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 13 ev. Hierdie tema word deur Van Dunné herhaal en verder uitgebou in sy latere werk *Verbintenisrecht in ontwikkeling. Op de grenzen van geldend en wordend recht* Kluwer Deventer 1985 op 76 tot 80; sien ook op 5.

<sup>4</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 198.

<sup>5</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 206.

oorwegings soos goeie trou, redelikheid en billikheid, die omstandighede van die geval, ensovoorts.<sup>1</sup> Hy verklaar ook dat normatiewe uitleg, wat die objektiewe sin van die handeling in die oog het, sowel die grammatikale as die *wetshistoriese* intepretasie behels.<sup>2</sup> Hy meen ook dat die Hoge Raad normatiewe uitleg toepas, insoverre daardie hof by die vasstelling van die inhoud van 'n ooreenkoms, die goeie trou in ag neem.

Van Dunné meen<sup>3</sup> dat gesien vanuit die oogpunt van normatiewe uitleg, daar geen benaderingsverskil bestaan tussen 'n regshandeling en 'n onregmatige daad nie. Die armswaai van iemand wat 'n veiling besoek, kan 'n groet aan 'n kennis beteken ('n blote feitelike handeling) dan wel 'n aanbod ('n regshandeling). Slegs aan die hand van die omstandighede van die konkrete geval kan beslis word wat die regsbetekenis van die handeling is. Dieselfde geld op gebied van die onregmatige daad. Indien iemand op 'n fluitjie blaas, kan dit 'n blote uiting van vreugde wees ('n feitelike handeling). Indien dit gedoen word op 'n perron waar 'n wagtende trein staan, kan dit 'n onregmatige daad wees. Die metode in beide gevalle is dieselfde. Die resultaat van dié metode, aldus Van Dunné, is dat net soos die wilsvereiste by die kontraktereg verdwyn, ook die skuldelement by die deliktereg verdwyn. Skuld word in die vorm van *onbetaamlikheid* reeds in ag geneem om te bepaal of 'n handeling 'n delik is.<sup>4</sup> Die wegval van hierdie begrippe hoef nie te verbaas nie, aldus Van Dunné<sup>5</sup> want beide *wil* en *skuld* het uit 'n regsfilosofie wat op individualisme gebaseer is, ontstaan. Daardie sienswyse is tans uitgedien en 'n regshandeling kan sonder 'n agterliggende wil en 'n delik kan sonder skuld aan iemand toegereken word. Juis hierdie tendens in die

---

<sup>1</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 207.

<sup>2</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 242.

<sup>3</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 268 ev.

<sup>4</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 269-272.

<sup>5</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 271.

praktyk en die filosofie van regsinding vorm die grondslag van Van Dunné se uitlegleer.<sup>1</sup>

Wat die toerekeningsmaatstaf by kontrakte betref, probeer Van Dunné aantoon waarom die *verklaring* aan die handelende toegereken word. Dit is, volgens hom, vanweë die fundamentele beginsel: *belofte maak schuld*. Afgesien daarvan of sy beroep op steun op Scholten korrek is of nie<sup>2</sup> bly die vraag nog steeds: volgens welke norme moet ons bepaal of daar 'n belofte is? Wat die inhoud daarvan is? En wat gedaan as daar twee beloftes met uiteenlopende betekenis is: moet albei dan maar afgedwing word, met moontlike absurde resultate?

Ek vereenselwig my met Smits se kritiek op die normatiewe uitlegbenadering. As daar maar een "uitleg" norm is, naamlik die redelikheid en billikheid, kan alle ander reëls maar oorboord gegooi word. En as meerdere norme bygebring word soos wat Van Dunné self doen, ontstaan 'n toestand van onsekerheid: geld een of meer van die klassieke benaderingswyses, of slegs die goeie trou? Wanneer word die een stelsel en wanneer die ander toegepas? Ook sê Van Dunné nie hoe die normatiewe benadering nou in werklike gevalle, byvoorbeeld die *dissensus*-probleem, toegepas word nie.

Hijma<sup>3</sup> meen egter dat Van Dunné se benaderingswyse oor die uitlegnorme kasuïsties is en die toerekeningsfaktore van geval tot geval aan 'n soort *juridische common sense* oorlaat.

## 5. **Die vertrouensteorie**

Die verklaringsleer het nie veel aanhang onder die Europese regsgeleerdes geniet nie en moes mettertyd vir die vertrouensteorie plek maak. Soos die

---

<sup>1</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 271.

<sup>2</sup> Sien hieroor Hijma *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 27.

<sup>3</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 26-27.

verklaringsleer, ontstaan die vertrouensleer op die Vasteland van Europa na aanleiding van die Keulense *cause celebre* van 1856, naamlik *Weiller v Oppenheim*, wat aanleiding gegee het tot die beroemde teorieëstryd, waaruit onder andere die vertrouensleer ontstaan het.

Volgens die Vastelandse vertrouensteorie is die grondslag van kontraktuele gebondenheid geleë in die vertroue wat elk van die partye by die ander opgewek het van dit wat sy wil is. Nie die werklike wil of die verklaring nie, maar die feit dat een van die partye 'n skyn geskep het van sy wil en dat die ander party op die skyn vertrou en daarop gehandel het, verplig die verklaarder *ex contractu* teenoor die geadresseerde.

Reeds in 1882 gebruik Hartmann<sup>1</sup> die woord *Vertrauenstheorie* en weldra vind die vertrouensleer kragtige voorstanders, veral in Duitsland, Switserland en Nederland.<sup>2</sup> Net soos die verklaringsteorie, het ook die vertrouensteorie sy ontstaan te danke aan die basiese beswaar teen die ongekwalifiseerde wilsleer, naamlik dat dit in alle gevalle die verklaarder se belange beskerm. Die voorstanders van die vertrouensteorie betoog dat ook die belange van die geadresseerde - die vertrouende party - beskerm moet word.

Die vertrouensleer skep natuurlik 'n hele aantal vrae, soos: wat is vertroue? hoe moet dit beskerm word (positiewe dan wel negatiewe interesse) en wat is die grondslag van vertrouensbeskerming?

---

<sup>1</sup> *Wort und Wille im Rechtsverkehr* 1882 Jherings Jahrb. Band 20 op 1 ev. Sien ook sy opvolgende werk *Wort und Wille bei dem sogenannten stillschweigenden Konsens* 1888 Archiv. f.d. Civ. Praxis Band 72 op 161 ev.

<sup>2</sup> Sien Meier-Hayoz a.w. 68 ev.



Van Oven<sup>1</sup> fundeer die vertrouensteorie op die Romeinse *bona fide*-beginsel of die Duitse *Treu und Glauben*-beginsel. Tog is die *bona fide*-beginsel of die *Treu und Glauben*-beginsel nooit as algemene beginsel deur òf die Romeinse òf die Germaanse juriste by *dissensus* toegepas nie; *consensus* was steeds die uitgangspunt. Andere meen weer dat die eise van die *moderne verkeersekerheid* die vertrouensleer fundeer. Omdat die moderne handelsverkeer vinnig en ongestoord moet verloop, is daar net nie meer plek of tyd vir die inagneming van subjektiewe elemente nie. Wellspacher praat die vertrouensleer goed met 'n beroep daarop dat dit ondoenlik is om 'n regshandeling wat oënskynlik geldig is, aan te veg met 'n beroep op interne, aan derdes onbekende, gebreke. Andere meen dat *etiese* oorwegings die vertrouensleer billik. 'n Beroep word gedoen op die vertrouensprinsiep van Kant en die natuurregtelike idees van geregtigheid en sedelikheid. Bogemelde uiteenlopende sienings regverdig 'n verdere ontleding van die Vastelandse vertrouensleer en die grondslae daarvan.

In die moderne Nederlandse literatuur is dit veral JH Nieuwenhuis<sup>2</sup> en Hijma<sup>3</sup> wat op dogmatiese gronde die vertrouensteorie onder verdenking plaas. Ek skets kortliks die moderne, dogmatiese debat.

Die vraag moet gevra word *welke vertroue* moet beskerm word? Die volgende denkrigtings kan onderskei word:

**(i) Vertroue op die wil van die teenparty.**

Dit is die eerste en oudste variant. Die geadresseerde se vertroue moet beskerm word omdat die vertroue geskep is dat die verklaarder

---

<sup>1</sup> WPNR 3243 70 ev. Sien ook E.M. Meijers *Goede trouw en Stilzwijende Wilsverklaring*, Verzamelde Privaatregtelijke Opstellen 1955, Band 3 277 en 281; O. Gierke *Deutsche Privatrecht* Band 2 Leipzig 1905 op 558 ev.; H. Eichler *Die Rechtslehre vom Vertrauen* Tübingen 1950 op 103; Moriz Wellspacher *Das Vertrauen auf äussere Tatbeständen im bürgerlichen Rechte* Wenen 1906 op 92.

<sup>2</sup> *Drie Beginselen van Contractenrecht* diss. Leiden 1979 Kluwer Deventer 1979 op 15-17.

se verklaring ooreenstem met sy wil.<sup>1</sup> In meer moderne tye word dié leer nog verdedig deur H.A.M. Aaftink.<sup>2</sup> Die basiese beswaar teen dié leerstuk, uit dogmatiese oogpunt, is deur E.M. Meijers<sup>3</sup> verwoord: die visie dat nie die wil nie, maar vertroue op die wil, bindingskrag het, is met sigself in teenspraak. As die afgeleide norm (vertroue-op-wil) grondslag kan wees, dan sal die grondnorm (die wil) as basis in ag geneem moet word.<sup>4</sup> Maar dié beswaar gaan nie op nie. Die wil word steeds in ag geneem; as daar 'n wanvoorstelling deur A van sy wil was deur 'n verkeerde verklaring, dan word B se vertroue, dat dié verklaring wel 'n korrekte wils-verklaring was, beskerm (vgl. die bekende *estoppel*-leerstuk).

(ii) **Vertroue, dat die in die vooruitsig gestelde gedraging ook werklik sal plaasvind, is die verbindende faktor.**

Hierdie verskyningsvorm word uiteengesit deur die Nederlander P. van Schilfgaarde.<sup>5</sup> Dit hou in dat die geadresseerde mag aanneem dat die verklaarder op 'n bepaalde wyse *sal handel*. Hierdie vertroue moet dermate beskerm word dat die aflegger van die verklaring verplig word om aldus te handel.

Hierdie verskyningsvorm word verwerp deur Nieuwenhuis<sup>6</sup> en Hijma.<sup>7</sup> Nieuwenhuis sê dat dit nie *per se* waar kan wees nie, want blote

---

<sup>3</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 20.

<sup>1</sup> Vgl. uiteensetting by Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 2001 op 66.

<sup>2</sup> *Afstand van vermogensrechten* dissertasie Utrecht Deventer 1974 op 5-10.

<sup>3</sup> *De grondslag der aansprakelijkheid by contractuele verplichtingen* in WPNR 2675 1921 op 142.

<sup>4</sup> Sien ook Hijma *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 20.

<sup>5</sup> Boekbespreking van JM van Dunné se *Normatiewe uitleg van rechtshandelingen* (1971) in RM Themis 1976 op 557-558.

<sup>6</sup> *Drie Beginselen* 1970 op 15-17.

<sup>7</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 15 ev.

dreigemente om in die toekoms 'n handeling te verrig, skep geen verpligting om dit wel te doen nie. Daar moet dus nog bepaal word waarom die skep van sommige verwagtinge 'n aanspraak tot nakoming verdien en ander nie. Die skep van verwagtinge *per se* is dus nie die verbintenisskeppende feit nie; morele of juridiese norme moet bygetrek word en hulle is die ware verbindingsfaktore.

Hijma<sup>1</sup> kritiseer Nieuwenhuis se beskouing en meen dat laasgenoemde *vertroue* en *verwagting* verwar. Ek vertrou dat jy 'n prestasiebelofte sal nakom; ek verwag dat jy my sal slaan as jy daarmee gedreig het. Die vertrouensteorie geld vir eersgenoemde geval, klaarblyklik nie vir laasgenoemde nie.

Maar Hijma<sup>2</sup> verwerp self hierdie verskyningsvorm van die vertrouensleer. Volgens hom bied dit soms te veel, soms te weinig beskerming. Dit bied te veel beskerming as daar nie ook gevra word: op welke wyse en deur wie is die *vertroue* geskep nie? Vra mens wel dié vrae, kom jy uiteindelik uit by toerekeningskriteria: Die *vertroue* moet op 'n bepaalde wyse deur die verklaarder of diegene vir wie se handeling hy aanspreeklik is, geskep word. Dit bied weer te min beskerming en wel as die geadresseerde se *vertroue* nie beskermingswaardig is nie, soos byvoorbeeld as die geadresseerde weet dat die *vertroue* onbetroubaar is, of dit moes geweet het.

### (iii) **Vertroue op gebondenheid.**

Hiervolgens is die *vertroue* dat 'n geldige verbintenis ontstaan het (of sal ontstaan) die grondslag van gebondenheid.

---

<sup>1</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 21.

<sup>2</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 21.

Nieuwenhuis<sup>1</sup> verwerp hierdie siening. Dit span die kar voor die perd: die kontrakmeganisme funksioneer, volgens hom, nie omdat daar 'n vertroue in die totstandkoming van 'n verbintenis is nie, maar die vertroue in die totstandkoming van 'n verbintenis is geregverdig omdat die kontrakmeganisme funksioneer. Die verskynsel van kontraktuele gebondenheid word dus deur hierdie model voorveronderstel en nie verklaar nie.

Ook Hijma<sup>2</sup> verwerp gemelde siening van die vertrouensleer. Dit lei tot 'n sirkelredenasie, want gebondenheid word tegelykertyd tot vertrekpunt en eindpunt van die redenasie gemaak.

## 6. **Die wils-vertrouensleer**

Die vertrouensleer, so het spoedig geblyk, kan nie eenvoudig in die plek van die wilsleer tree nie. In die gewone loop van sake – in normale gevalle – kom kontrakte tot stand, nie weens vertroue op die korrektheid van die wilsverklaring oor en weer nie, maar omdat daar inderdaad wilsooreenstemming is. Die vertrouensleer is nie primêre grondslag nie, maar sekondêr of aanvullend van aard. So ontstaan 'n nuwe teorie, die wils-vertrouensteorie. Daar is veel variante van die leerstuk, maar die kerngedagte van almal is die volgende: juridiese gebondenheid aan kontrak kan nie uitsluitlik op die wil teruggevoer word nie, maar berus op die twee pylers:

- (a) die subjektiewe *wil* van die handelende en
- (b) die geregverdigde *vertroue* op die aanwesigheid van gemelde wil.

Hierdie twee grondslae staan teenoor mekaar as alternatiewe of, meer akkuraat, aanvullers. In die normale geval geld die wil; in uit-

---

<sup>1</sup> *Drie Beginsele* 1979 op 17.

<sup>2</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 22.

sonderingsgevalle, soos by *dissensus* geld die vertrouensleer. Hierdie benaderingswyse, wat tans nog baie sterk aanhangers het, is onder andere gehuldig deur E.M. Meijers,<sup>1</sup> Van Opstall,<sup>2</sup> Asser,<sup>3</sup> en Abas.<sup>4</sup>

Die wils-vertrouensleer maak twee belangrike aanpassings van die negentiende eeuse wilsleer en die suiwer vertrouensleer. Eerstens word sonder meer aanvaar dat die *wil* waarom dit gaan, die subjektiewe wil is.<sup>5</sup> En, wat die vertroue betref, beteken dit: vertroue op die *wil* van die teenparty (en nie op 'n onbepaalde *gedrag* nie).

Dit was veral die gebreke in die wilsleer en die eise van sekerheid in die regsverkeer wat teen die einde van die negentiende eeu die wils-vertrouensleer laat ontstaan het. Daar is baie variante van dié leer, maar in wese gee almal toe dat gebondenheid in die normale gevalle op die wil terug te voer is. Slegs waar daar dwaling voor hande en die partye mekaar misverstaan, sodat daar geen ooreenstemmende subjektiewe wille is nie, kan die geregverdigde vertroue van die *onskuldige* party beskerm word. Daar was al in die gemene reg spore van dié denkpatroon, maar eers in die laat negentiende en in die twintigste eeu word dit 'n algemene teorie. Hierdie teorie is sterk na vore gebring deur, onder andere, prof. EM Meijers in Nederland.<sup>6</sup> Dit is tans die heersende leer in Nederland.

---

<sup>1</sup> *De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen* Leiden 1955 op 81-105.

<sup>2</sup> L.C. Hofmann *Het Nederlandse Verbintenissenrecht eerste gedeelte* verwerk deur S.N. van Opstall agste druk 1959 derde oplaag Groningen 1971 op 321-325.

<sup>3</sup> *Verbintenissenrecht* 2001 op 70-74.

<sup>4</sup> *Beperkende werking van de goede trouw* dissertasie Amsterdam Deventer 1972 op 69 ev.

<sup>5</sup> *Het vertrouwensbeginsel* Smits 1995 op 198-199.

<sup>6</sup> *De Grondslag der aansprakelijkheid bij contractueele verplichtingen*, eers gepubliseer in (1921) WPNR No. 2675-2679 en later in EM Meijers *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* Universitaire Pers Leiden Leiden 1955, derde deel, 81 ev.

Hoewel dié leer in die praktyk in die algemeen gesproke bevredigend werk, is daar tog teoretiese besware. Hijma<sup>1</sup> meen dat mens sit met die verskynsel van twee grondslae: wil en vertrou op die wil van die ander. As die wilsgrondslag misluk, word teruggeval op vertrou op die wil. Maar aangesien daar geen wil was nie, hoe kan 'n afgeleide begrip dan sterker wees?

## 7. **Die handel-op-grond-van vertrou teorie**

In 'n belangwekkende proefskrif *Het fait accompli in het vermogensrecht*<sup>2</sup> voer BWM Nieskens-Isphording die tradisionele wils-vertrouensleer verder. Stap een van haar betoog is dat die *party-otonomie* die kern van die privaatreë is: *De kern van het privaatrecht bestaat uit de erkenning van de macht van het individu om indien hij dit wenst aan het rechtsverkeer deel te nemen.*<sup>3</sup> Nieskens-Isphording betoog oortuigend, met verwysing na 'n groot aantal skrywers en regsbronne dat die Nederlandse BW, die Franse *Code civil*, die Duitse BGB en die Oostenrykse ABGB, asook die kontinentaal-Europese, Anglo-Amerikaanse en Latyns-Amerikaanse regstelsels, gebou is op eiendoms-, kontrak- en testeervryheid, dit wil sê die burger se privaautonomie. Die privaatreë, aldus Nieskens-Isphording, beoog om daardie regsverhoudinge en -instellings te reël, wat volgens die negentiende eeuse regsopvattinge uitsluitend of oorwegend die betrokke self raak. Die regsorde kon derhalwe daarmee volstaan om die vryheids- en magssfeer van die burgers onderling af te baken en vir *private* konflikte oplossings te vind. Die privaatreë was die reë van die enkeling en met name van die enkeling met kennis van sake wat in staat is om sy eie wil te bepaal. In so 'n regsistiem sien die burger sy opvattinge oor die maatskaplike orde gelegitimeerd.<sup>4</sup> Vanaf die einde van die vorige eeu het ekonomiese en sosiale ontwikkelinge die gemeenskapsbeeld egter fundamenteel aangetas en omvorm en die reë het *in hart en nieren* die gevolge gevoel. Die

---

<sup>1</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 19.

<sup>2</sup> Proefskrif Tilburg 1991 Deventer 1991.

<sup>3</sup> *Het fait accompli* 1991 op 24.

<sup>4</sup> *Het fait accompli* 1991 op 17.

veranderinge is gekenmerk deur die prysgawe van die fiksie dat die gemeenskap bestaan uit 'n versameling van vrye en gelyke individue wat almal sonder inmenging van die staat hul belange kon behartig en verdedig. 'n *Etiese* revolusie het plaasgevind wat in die praktyk gelei het tot nuwe insigte: die verantwoordelikheid van lede van die gemeenskap vir mekaar en die (mede) verantwoordelikheid van die staat vir 'n in-beginsel-regverdige samelewing. Twee implikasies van hierdie etiese revolusie was opmerklik. Eerstens, steeds meer belangrike onderdele van die privaatreë word ten behoeve van die swakkere aan die outonomie van die partye onttrek en aan die publiekreg onderwerp, byvoorbeeld die arbeidsreg, huur- en algemene voorwaardes (standaardkontrakte). Tweedens is die ou opvatting met betrekking tot die uitoefening van eiendomsreg, kontrakvryheid en binne- en buite-kontraktuele aanspreeklikheid ingrypend omvorm.<sup>1</sup>

Vir die kontrakreë het hierdie evolusie belangrike gevolge gehad:<sup>2</sup>

*“Het contract, het symbool van de emancipatie van het individu, onderging zo diepsnijdend de invloed van de ontwikkelingen ‘van de enkeling af’, dat het - nadat reeds lang gesproken werd over ‘le déclin’ en ‘la décadence’ van de overeenkomst - tenslotte kon worden doodverklaard. De drie pijlers van het oude contractenrecht: partij-autonomie; het axioma dat overeenkomsten slechts partijen binden; en de regel dat pacta, eenmaal gesloten, servanda sunt, wankelen alle en/of staan in vernieuwende steigers onder invloed van sterk op de voorgrond getreden beginselen en begrippen als goede trouw, redelijkheid en billijkheid, bescherming van de zwakkere, contractsgerechtigheid, imprévision, etcetera. Is er voor de wil nog een rol weggelegd in een wereld vol ‘faktische Vertragsverhältnisse’, algemene voorwaarden, collectieve overeenkomsten en andere*

---

<sup>1</sup> *Het fait accompli* 1991 op 17-18.

<sup>2</sup> *Het fait accompli* 1991 op 19.

*ontwikkelingen die alle haaks staan op het oorspronkelyke contractmodel? De politieke en ekonomiese konsepie die de vryheid van het individu teenover de almachtige staat garandeerde, is in de industriële massamaatschappij weggevalle. Eigendom, ooreenkomst en onrechtmatige daad, hebben in de nuwe wêreld van de twintigste eeu alle een ander, sosialer, gezicht gekregen.”*

Nogtans meen Nieskens-Isphording dat die privaatreë en party-outonomie vër van dood is. Vir haar is die vraag of outonomie en sosiale bestuur in één sisteem kan saamleef. Sy meen van ja: daar is ruimte in die kontraktereë vir beide privaoutonomie en maatskaplike belange gebalanseer deur judisiële en wetgewende beheer.<sup>1</sup>

Haar betoog is voorts dat die verbintenisreë die ekonomiese verkeer reguleer en vermoënsverskuiwing aan regverdige, betaamlike en fatsoenlike gedrag bind. Daarom verg vermoënsverskuiwing 'n *causa*, in die sin van 'n legitimerende faktor. En uit die bogenoemde beginsels volg dat die *wil* die eerste legitimasië is. Wanneer is dit gereëverdig dat die skildery van A na die vermoë (boedel) van B oorgaan? Sonder twyfel, sê Nieskens-Isphording<sup>2</sup> allereers wanneer A dit met B gewil het. Dit is onwerklik om hier die konstruksie voor te hou dat A, wat sy skildery aan B verkoop het, gebonde is omdat B *vertrou* het. As A gewil het, is sy wil perfek in staat om die regshandeling selfstandig te onderskraag: “*De jurist, tevens mens, kan dit voorwetenschappelyke weten, dat aan het fundament van het menselyk bestaan raakt, in zyn wetenschapsbeoefening niet uitschakelen.*”<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Het fait accompli* 1991 op 19-21.

<sup>2</sup> *Het fait accompli* 1991 op 26.

<sup>3</sup> *Het fait accompli* 1991 op 26.



Vir Nieskens-Isphording is dit eintlik vanselfsprekend dat mens, vir toegang tot die regsisteem, kan *kies* en dat *ek wil* voldoende verklaring is vir die regsgeldigheid van 'n regshandeling.<sup>1</sup>

Die laaste stap is dan om te ondersoek of naas die wil, wat grondslag van kontraktuele gebondenheid is, *vertroue* ook so 'n grondslag kan wees. Dit betwis Nieskens-Isphording.<sup>2</sup> Sy is onvermurfbaar in haar siening dat die vertroue van 'n persoon, selfs 'n geregverdigde vertroue, volstrek onmoontlik verbinteniskeppend kan wees.<sup>3</sup> Sy betwis Nieuwenhuis<sup>4</sup> se stelling dat vertroue beskerming verdien, en vra: welke vorm van vertroue? en welke beskerming? Dit blyk dat die reg soms 'n vertroue beskerm, soms nie. Hoe kan dit dan wees dat aan die vertroue nog enige beginselkrag toegeskryf kan word?<sup>5</sup> Dit lyk asof die bindingskrag in die *omstandighede* rondom die vertroue lê.<sup>6</sup>

Wat is dan die rol van die vertroue? Die vertroue van die teenparty in alle gevalle waar die verklarende party homself nie ooreenkomstig sy wil uitlaat nie (om maar een voorbeeld te gebruik), is volgens Nieskens-Isphording slegs die *voorwaarde, sine qua non*, vir die totstandkoming van regsgevolge.<sup>7</sup> Uit 'n meer fundamentele oogpunt gesien, kan vertroue ook nie grondslag van gebondenheid wees nie, want daar is, per definisie, in blote vertroue nog geen *onevenheid* (oftewel: ongeregverdigde verryking vir die verklaarder) nie.

---

<sup>1</sup> *Het fait accompli* 1991 op 27.

<sup>2</sup> *Het fait accompli* 1991 op 90 ev.

<sup>3</sup> *Het fait accompli* 1991 op 90.

<sup>4</sup> Sien hieronder.

<sup>5</sup> *Het fait accompli* 1991 op 91.

<sup>6</sup> *Het fait accompli* 1991 op 9.

<sup>7</sup> *Het fait accompli* 1991 op 91.

Terwyl *regtens opgelegde* verbintenisse (dit wil sê verbintenisse wat nie op die wil gebaseer is nie) *onevenheid* as grondslag behoef, staan vertroue, *in abstracto*, los daarvan.<sup>1</sup> Hieruit kan maar een afleiding gemaak word:

*Vertrouwen als bron van verbintenis, kan logisch en systematisch niet in het rechtssysteem worden toegepast.*<sup>2</sup>

Die vertroue op sigself is slegs 'n voorwaarde vir *regtens opgelegde* gebondenheid. Om so 'n gebondenheid daar te stel, moet *iets meer* bykom, iets waarin mens 'n fundamentele rede vir gebondenheid kan vind. Dit bring ons dan by Nieskens-Isphording se laaste stap: om daardie *iets meer* te vind wat, gekoppel aan vertroue, 'n bindingsgrond kan wees waar die wil ontbreek. Daardie *iets meer*, aldus Nieskens-Isphording, ontstaan wanneer op grond van die gewekte (geregverdigde) vertroue, op welke wyse ookal, *onevenheid* sou ontstaan wanneer die regshandeling van geldigheid ontnem word.<sup>3</sup> Die verskynsel van gevolge wat ingetree het, noem Nieskens-Isphording *fait accompli*.<sup>4</sup>

As ondersteuning vir haar tesis dat dit die *fait accompli* is (in bogenoemde sin) wat die bindingselement agter die vertroue is, beroep Nieskens-Isphording haar op die Anglo-Amerikaanse leerstuk van *promissory estoppel* en die vereiste dat die *estoppel*-opwerper sy posisie tot sy nadeel moes verander het,<sup>5</sup> op Franse en Duitse skrywers, en op 'n uitspraak van die Hoge Raad.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> *Het fait accompli* 1991 op 92.

<sup>2</sup> *Het fait accompli* 1991 op 92.

<sup>3</sup> *Het fait accompli* 1991 op 101 ev.

<sup>4</sup> *Het fait accompli* 1991 op 103 ev.; 125.

<sup>5</sup> *Het fait accompli* 1991 op 109 ev.

<sup>6</sup> Flink/De Nijs HR. 5 November 1976 NJ. 1977 op 182.

Nieskens-Isphording se gevolgtrekking<sup>1</sup> is dan dat *fait accompli* 'n aanvullende bron van verbintenis is en behoort te wees. Nie vertrouwe nie, maar *handel-op-grond-van-vertroue* kan in die regsisteem regverdiging vir vermoënsverskuiwing wees.<sup>2</sup>

Sy meen ook dat die skuldvraag - of die opwekker van die vertrouwe nalatig was of nie - nie belangrik is nie: ook met betrekking tot die onregmatige daad het *voorsienbaarheid* as kriterium begin verdwyn; dit gaan tans om *toerekening na redelikheid*. Ook dit is die toets by *fait accompli*, stel sy voor.<sup>3</sup>

Ten aansien van die vraag hoe die vertrouwer wat sy posisie verander het, beskerm moet word - positiewe dan wel negatiewe interesse - staan sy in beginsel op positiewe interesse in die vorm van gebondenheid aan die gewekte skyn.<sup>4</sup>

Terwyl dit ongetwyfeld so is dat Nieskens-Isphording se bydrae uiters waardevol en omvattend is, is dit, in die kern daarvan, nie so kritiek verhewe nie.<sup>5</sup> Vir my is die basiese probleem die summiere verwerping van die vertrouwe as selfstandige kriterium, beskermingswaardige belang en aanvullende grondslag van aanspreeklikheid. Volgens my siening is die *fait accompli*, die feit dat die vertrouende sy posisie ten nadele verander het, 'n gevolg van die bestaan van 'n vertrouwe. Die onmiddellike oorsaak van die *fait accompli* is die opwekking van 'n vertrouwe. Dit skyn nie korrek te wees om die gevolg, die *fait accompli*, as verbinteniskeppende feit te aanvaar en die vertrouwe self as *voorwaarde* af te maak nie. 'n Gevolg is gewoonlik nie bron van 'n verbintenis nie, maar juis die *oorsaak* daarvan. Nieskens-Isphording

---

<sup>1</sup> *Het fait accompli* 1991 op 153 ev.

<sup>2</sup> *Het fait accompli* 1991 op 153.

<sup>3</sup> *Het fait accompli* 1991 op 155 en veral voetnoot 553.

<sup>4</sup> *Het fait accompli* 1991 op 155-156.

<sup>5</sup> Sien ook kritiek by J.M. Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 61-63.

het myns insiens té ligtelik met die vertroue as selfstandige regsbeskermende belang (selfs as subjektiewe reg) gehandel.

Inderdaad is Nieskens-Isphording, soos Van Dunn , 'n verteenwoordiger van die normativisme: uit die feite van die geval moet die regter bepaal of daar 'n *fait accompli* was wat dan uit hoofde van billikheid 'n *opgelegde* verbintenis tot gevolg het.<sup>1</sup>

## 8. Die outonomie-vertroue-causa samehang teorie

Nog 'n moderne soeker na die grondslag van kontraktuele gebondenheid, Jacob Hans Nieuwenhuis, het in sy proefskrif<sup>2</sup> oenskynlik die *wil* as grondslag van kontraktuele gebondenheid aangeval<sup>3</sup> en teruggeval op die idee van kontrak as *handeling*. Hy argumenteer soos volg: Sommige juriste<sup>4</sup> sien in die belofte die sleutelbegrip, want dit lê telkens agter *die wil*. *Ek beloof om jou honderd gulden te gee* beteken tog *Ek wil jou honderd gulden gee*. Maar, sê Nieuwenhuis, hier loop die konstruksie op die rotse, want die verbindende krag van 'n belofte moet berus op 'n *norm* losstaande van die wil van die individu.

Dus: die *wil* as sodanig kan nie reg skep nie - bykomstig is nog die deur-die-gemeenskap-erkende bevoegdheid om die handeling te verrig sodat regsgevolge in die lewe geroep word. Die verbindende knoop lê dus in die gemeenskap se erkenning van 'n wilsverklaring as verbintenis skeppend en

---

<sup>1</sup> Sien ook Smits *Het vertrouwensbeginsel* op 62-63.

<sup>2</sup> *Drie Beginselen van Contractenrecht* Kluwer Deventer 1979.

<sup>3</sup> *Drie Beginselen van Contractenrecht* 1979 op 15: "De verbindende kracht van een belofte kan niet worden gebaseerd op uitsluitend de wil van de belover, zij dient mede te berusten op een norm die gelding heeft, los van de wil van het individu op 'belofte maakt schuld', of de juridische variant daarvan 'pacta sunt servanda' (artikel 1374 BW). En, zoals zal blijken op bij de vraag wanneer sprake is van een 'wettiglijk gemaakte overeenkomst' die krachtens artikel 1374 moet worden nagekom, speelt de wil van het individu wel een rol, maar zeker geen solo-rol. Ook via die belofte kan de verbindende kracht van die overeenkomst niet op exclusieve wijze worden gefundeerd in 'de wil van het individu'."

<sup>4</sup> O.a. Scholten 1974 op 16 ev.

nie in die wil self nie. Nieuwenhuis betwis ook dat vertroue-skepping die grondslag van kontraktuele gebondenheid kan wees, of dat die sogenaamde objektiewe wil of toerekening op sigself sodanige grondslag kan wees.

Nieuwenhuis se eie siening is dat ons moet wegkom daarvan om *een* grondslag van kontraktuele gebondenheid, byvoorbeeld wil of vertroue, te soek. Volgens hom is die sluiting van 'n kontrak 'n handeling (*in casu* 'n taalhandeling). Daardie handeling word moontlik gemaak deur bestaande regsreëls, wat op hul beurt afhanklik van sekere regsbeginsels is. Alle reëls van die kontraktereg is veranker in *drie* beginsels van die kontraktereg, naamlik die *outonomie*-beginsel (partye is bevoeg om as hulle só verkies, onderlinge regsbetrekkinge aan te knoop); die *vertrouensbeginsel* (die gewekte vertroue verdien beskerming) en die *causa*-beginsel (die prestasieverpligtinge wat in 'n middel/doel verhouding staan en van mekaar afhanklik is).<sup>1</sup> Die genoemde drie beginsels van die kontraktereg vul mekaar aan en predestineer alle kontrakteregreëls, sodat die vraag na 'n grondslag van gebondenheid nie aan die orde kom nie.<sup>2</sup>

Eerstens dan Nieuwenhuis se vertrekpunt: die kontrak is 'n *taalhandeling*. Vir hom kan 'n taaluiting óf deskriptief van aard óf *performatief* wees. Deskriptief is dit wanneer dit daarop gemik is om uit te beeld, te beskrywe. Maar wilsverklaringe soos: *Ek bied Rx aan ...* of *Ek aanvaar u aanbod ...* is geen deskriptiewe handeling nie. Dit is verklarings waarmee handeling verrig word, waardeur regsbetrekkinge aangeknoop word. Dat met behulp van taal *handeling* verrig kan word, is geensins 'n nuwe insig nie (byvoorbeeld die delikte- en strafreg). Die vraag of die betrokke handeling 'n *regshandeling* is, hang weer af van die *uitleg* daarvan; maar of daar *sprake* is van 'n handeling is ook alreeds die resultaat van uitleg. En hier kom die *wilselement* tot sy volle reg: die onderskeid tussen *Jan het van die dak gespring* en *Jan het van die dak geval* lê in die veroorsaking deur 'n wilshandeling. Vir die juris gaan dit om die interpretasie en nie om die blote kousaal-verklarende nie. Tipiese

---

<sup>1</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 15-17.

<sup>2</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 3.

*handelings-uitsprake* (A het deur sy hand op 'n veiling op te steek 'n aanbod gemaak, of slegs 'n vriend gegroet) is nie bloot beskrywings van 'n liggaamsbeweging nie, maar setel in die interpretasie daarvan. Die interpretasie geskied op die basis van 'n aantal konvensionele reëls wat aan die handeling betekenis verleen. Daar is dus 'n noue verband tussen handeling en regsreël, net soos skaakspel afhang van bestaande skaakreëls.<sup>1</sup>

Die gemelde regsreëls kan reëls wees wat handeling verhoed en dus verpligtinge skep<sup>2</sup> óf dit kan reëls wees wat bepaal hoe eersgenoemde reëls tot stand gebring kan word (*power conferring, secondary, rules*).<sup>3</sup> By die vraag of daar tussen A en B 'n kontrak gesluit is, kom dit daarop neer om te ondersoek of die reëls, wat kontraksluiting moontlik maak, nagekom is of nie. Indien dit wel nagekom is, bestaan die kontrak as institusionele feit. Institusionele feite veronderstel die aanwesigheid van 'n instansie of instelling, dit wil sê 'n kompleks van konstitutiewe reëls wat bepaal onder welke voorwaardes bepaalde gedraginge die institusionele feit oplewer. Dat die ja-woord van 'n man aan 'n vrou voor 'n huweliksbevestiging 'n huwelik oplewer, vloei voort uit die bestaan van die huweliksinstelling. Konstitutiewe reëls is daardie reëls waarvan die funksie is om bepaalde aktiwiteite moontlik te maak en hul gevolge te bepaal, byvoorbeeld skaakreëls of reëls van kontraksluiting.<sup>4</sup>

Nieuwenhuis meen dat regsreëls hul beslag het in regsbeginsels. Waar lê die oorsprong van *regsbeginsels*? Eerstens in die *werklikhede* van die samelewing, asook in die *waardes* wat die samelewing trag te verwesenlik - dus, in *realia* en *idealialia*. Maar daar is nog 'n derde element nodig: die

---

<sup>1</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 24-32.

<sup>2</sup> In Hart se terminologie *duty-imposing primary rules*.

<sup>3</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 33.

<sup>4</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 33-39.

gelding van 'n regsbeginself berus op *aanvaarding* daarvan deur die gemeenskap.

Nieuwenhuis meen dat die *werklikhede* wat die kontraktereg ten grondslag lê, die volgende is: *samewerking* op basis van *vrywilligheid*; *ruil* van goedere en dienste weens eiebelang; en redelike *vertroue* op lewering van toekomstige prestasies.<sup>1</sup>

Kontrakteervryheid, oftewel die moontlikheid om desverkiekend regsbetrekkinge aan te gaan, is nie slegs 'n ideaal van die negentiende eeuse liberalisme nie; dit wortel in die feitlike, biologiese geaardheid van die mens. Net so is wederkerigheid van prestasie en sekerheid van teenprestasie *realia*.<sup>2</sup> Die reg oriënteer sig aan die gestandaardiseerde maniere van doen in die gemeenskap en so word reginstellings geskep. Institutionering in die kontraktereg, byvoorbeeld dat sekere regsreëls tuis behoort by sekere soorte kontrakte, vorm 'n noodsaaklike aanvuller van die outonomie: partye hoef nie uitdruklik oor elke detail van hul verbintenis ooreen te kom nie. Leemtes word heteronoom deur die reg en gebruikte aangevul.<sup>3</sup>

Wat die *idealie* betref, staan vryheid heel voor. Vryheid moet egter beperk word met die oog op vrede en rus in die gemeenskap. Hoeveel vryheid moet opgeoffer word? Hobbes, Kant en Rawls verskil hieroor.<sup>4</sup> Nieuwenhuis, in navolging en met uitbreiding van JS Mills<sup>5</sup> meen dat die grens te trek is waar my optrede die belange van 'n ander - sy subjektiewe regte - aantast.

Die outonomie-beginsel - die fundamentele reg op selfbeskikking - is die voetstuk van die privaatreg. Eiendom en ooreenkoms is slegs te begryp as

---

<sup>1</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 45.

<sup>2</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 46-47.

<sup>3</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 50-51.

<sup>4</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 52.

<sup>5</sup> *On Liberty* hoofstuk 1 - sien Nieuwenhuis *Drie Beginselen* 1979 op 53-54.

uitingsvorme van daardie outonomie.<sup>1</sup> Dit laat egter die vraag ontstaan: as kontraktering gesien word as *taalhandeling*, hoe rym dit met die outonomie-beginsel? Beteken dit dat die wilsvereiste verval? Nieuwenhuis<sup>2</sup> meen van nee: die feit dat die kontraktereg in hart en niere privaatreg is, bring mee dat die sukses van die totstandkoming van 'n ooreenkoms in ieder geval beheer word deur die outonomie-beginsel.<sup>3</sup>

Maar hierdie verduideliking is nog nie volledig nie. Daar is geen vryheid van handeling sonder dat dit gepaard gaan met die verantwoordelikheid vir die gevolge wat daardeur vir 'n ander teweeggebring is. Die vryheid tot die sluit van kontrakte is onverbreeklik verbonde aan die aanspreeklikheid vir die *vertroue* wat in daardie verband by 'n ander opgewek is. *Dit volg dus, uit die handelingskarakter van 'n ooreenkoms, dat die kontraktereg beheers word deur die outonomie-beginsel en die vertrouensbeginsel.*<sup>4</sup>

Nieuwenhuis vra dan die vraag: in welke mengverhoudings geld outonomie en vertroue? Gestel slegs één van die partye het tot die ooreenkoms ingestem (byvoorbeeld by *dissensus*), moet die outonomie opgeoffer word aan die verkeersbelang sodat regsrag tog verleen word aan die (gebrekkige) handeling? Of omgekeerd, moet die verkeersbelange wyk voor die outonomie-beginsel, deurdat in sommige gevalle die teenparty, ondanks sy geregverdigde vertroue in die totstandkoming van 'n kontrak, nietemin met blote vergoeding van sy skade, genoeg moet neem? In die Nederlandse reg word vir gebondenheid gekies, in die Duitse reg vir nie-gebondenheid, maar vergoeding van skade. Nieuwenhuis meen dat 'n kategorieese antwoord op hierdie kernvraag onbevredigend is, want verkeerssekerheid is 'n makro-aspek van die vertrouensbeginsel.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Nieuwenhuis *Drie Beginselen* 1979 op 63.

<sup>2</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 63.

<sup>3</sup> "Die taalhandeling 'ik aanvaard uw aanbod' heeft in beginsel slechts success als deze handeling berust op de vrije keuze van de betrokkene."

<sup>4</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 64.



Wat die vertrouensbeginsel verder betref, is dit ook ongewens om te vereis dat slegs 'n geregverdigde vertroue beskerm word. Voorts word soms vereis dat daar, addisioneel tot die vertroue, ook nog 'n *handeling* op die vertroue moes gewees het. Verder is daar die dilemma om te kies tussen vergoeding van die *fidens* se positiewe dan wel slegs sy negatiewe interesse. Ook hier is 'n volstreekte keuse nie voor die hand liggend nie. Vir Nieuwenhuis is die onsekerheid ten opsigte van die soorte vertroue wat beskerm moet word en die soort (omvang) van beskerming, hierbo geskets, te danke aan 'n dualiteit in die waardes wat die vertrouensbeginsel voed, te wete regsekerheid en regverdigheid.<sup>1</sup>

Die *causa*-beginsel beteken vir Nieuwenhuis<sup>2</sup> die onderlinge afhanklikheid van prestasie en teenprestasie. Die omstandigheid dat verbintenisse uit ooreenkoms oor en weer in 'n middel/doel verhouding staan, vorm die oorsaak van die ooreenkoms. Die regverdiging van 'n vermoënsverskuiwing is in die reël geleë in die omstandigheid dat daar ook 'n vermoënsverskuiwing in die teenoorgestelde rigting plaasvind. Die prestasies staan oor en weer in 'n middel/doel-verhouding.<sup>3</sup> Uit die *causa*-beginsel spruit die reëls met

---

<sup>5</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 65.

<sup>1</sup> *Ibid.* "De rechtszekerheid verlangt bescherming van vertrouwen omdat zonder het honoreren van redelijke verwachtingen de voorspelbaarheid van het maatschappelijk verkeer tot het nulpunt zou dalen. De (vergeldende) rechtvaardigheid eist bescherming van vertrouwen omdat het niet inlossen van gewekt vertrouwen vaak leidt tot schade bij de fidens. Maar rechtszekerheid en rechtvaardigheid wijzen in uiteenlopende richting. De rechtszekerheid is het best gediend met zekerheid omtrent de geldigheid van de rechtshandeling. Redelijk vertrouwen zonder meer moet voldoende zijn en de bescherming moet plaatsvinden in positieve vorm op geldigheid van de rechtshandeling. Alleen zo blijven de fidens procesrisico's bespaard, zoals het bewijs van schade en het causaal verband tussen zijn vertrouwen en de door hem geleden schade. De rechtvaardigheid zoekt evenwicht. Heeft het vertrouwen er inderdaad toe geleid dat de fidens maatregelen heeft genomen die, wanneer zijn vertrouwen niet wordt gehonoreerd, hem nadeel brengen? Zo nee, dan is er onvoldoende reden zijn zonder gevolg gebleven vertrouwen te beschermen. Zo ja, dan is het voldoende de schade die het gevolg is van zijn vertrouwen te vergoeden."

<sup>2</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 71-78.

<sup>3</sup> *Ibid.* "De verplichting van de verkoper tot eigendomsoverdracht is middel ter verkrijging van de koopsom (doel). De verplichting van de koper tot betaling van de koopsom is middel ter verkrijging van de eigendom (doel). Het doel heiligt het middel. Of omgekeerd: cessante ratione cessat contractus."

betrekking tot die *exceptio non adimpleti contractus*, ontbinding weens wanprestasie, en so meer, voort.<sup>1</sup>

Nieuwenhuis toon aan hoe hy die gemelde drie beginsels op gevalle van *dissensus* toepas.<sup>2</sup> Hy vereis deurgaans dat die partye dit eens moes gewees het om 'n kontrak daar te stel.<sup>3</sup> Die partye is gebonde om misverstande te vermy. Van iemand wat die taalhandeling van kontraksluiting verrig, word die verantwoordelikheid verwag om die toepaslike taalreëls na te kom.<sup>4</sup> Wie daardie verantwoordelikheid nie nakom nie, moet op die basis van *skuld* of *risiko* die gevolge dra.<sup>5</sup>

Wat die aard van beskerming betref (die daarstelling van 'n ooreenkoms volgens die vertroue van die teenparty of blote vergoeding van skade) meen Nieuwenhuis<sup>6</sup> dat dit bepaal moet word deur die *aard* van dit wat op die basis van vertroue *geskied het*. Dit kan wees dat blote vergoeding in geld voldoende is (byvoorbeeld waar nie gehandel is nie), terwyl in ander gevalle - waar die ooreenkoms gedien het as titel vir die oordrag van onroerende goed aan derdes - sal die vertroue gehandhaaf moet word in die vorm van geldigheid van die ooreenkoms.<sup>7</sup>

Nieuwenhuis se belangrike bydrae, volgens Nieskens-Isphording, is dat die regverdiging van kontraktuele gebondenheid te vinde is in die *beginsels* van die kontraktereg, wat meebring dat mens nie hoef te soek na *een* grondslag van kontraktuele gebondenheid nie. Maar Nieskens-Isphording<sup>8</sup> meen dat

---

<sup>1</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 75.

<sup>2</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 81-93.

<sup>3</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 83.

<sup>4</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 83-84.

<sup>5</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 86.

<sup>6</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 87.

<sup>7</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 86-87.

<sup>8</sup> *Het fait accompli* 1991 op 88.

Nieuwenhuis ook fouteer deur die kontraktereg te ondersoek slegs in die kader van die kontraktereg. Hy laat, volgens haar, na om die verbintenisreg as sodanig en die vermoënsreg in die algemeen by sy ondersoek te betrek.<sup>1</sup>

Die meriete van Nieuwenhuis se ontleding, aldus Smits<sup>2</sup> is dat hy tereg beklemtoon dat die reëls van die kontraktereg kontraktering moontlik maak en dus ook dat die *regverding* van en die *kriterium vir* gebondenheid saamval: 'n mens is gebonde *indien en omdat* van 'n reël gebruik gemaak is.

Maar daar is verdere kritiek teen Nieuwenhuis deur Smits, veral teen die siening van kontraktering as taalhandeling. Die basiese vraag bly steeds: was daar 'n *taalhandeling*? Nieuwenhuis erken die probleem en doen aan die hand dat *tal van contextuele faktore* die sukses aldan nie van die betrokke taalhandeling bepaal.<sup>3</sup> Dog, soos Smits<sup>4</sup> tereg opmerk, gebondenheid word dus nie deur die taalhandeling geskep nie, maar die afweging van kontekstuele faktore net soos wat in die ou verklaringsleer die betekenis van die verklaring bepaal is deur uitleg. Op die beste kan mens dus slegs *ex post facto* bepaal wat die kontekstuele omstandighede was. Met ander woorde die betrokke reëls word *ex post facto* bepaal - en dit is onversoenbaar met die idee van kontraksluiting. "*Nog weer anders gezegd: wie contracteren ziet als een 'spel', waarvan de inachtneming der regels tot de binnen dat spel voorziene gevolgen leidt, beantwoordt niet de vraag - om deze verleidelijke terminologie nog even vast te houden - of door partijen wel aan het spel is deelgenomen,*" aldus Smits.<sup>5</sup>

Tweedens, as gebondenheid volg omdat elke speler aansluit by die kontrakteringspel, volg dit dat die aansluitingshandeling en onderwerping aan

---

<sup>1</sup> *Ibid.*

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 202.

<sup>3</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 25-28.

<sup>4</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 202.

<sup>5</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 203.

die spelreëls bewustelik (willens en wetens) moet plaasvind. Die wil is weer bepalend. Dit volg uit Nieuwenhuis se leer dat as een kontraktant hom bewustelik nie aan die konvensies van die spel onderwerp nie, hy hom van gebondenheid aan die taalhandeling kan losmaak. Wil mens daardie resultaat nie aanvaar, sê Smits<sup>1</sup> dan kan die taalhandeling ook nie as regverdiging van gebondenheid dien nie.

Volgens Smits is daar drie variante van die vertrouensleer:

- (i) die eerste en oudste variant is dat die geadresseerde se vertroue beskerm word omdat die vertroue geskep is dat die verklaarder se verklaring ooreenstem met sy wil.<sup>2</sup> Hierdie eng leer bied duidelik geen grondslag nie, maar is 'n hulpmiddel in 'n uitsonderingsgeval. Trouens, dit beklemtoon dat die *ware* grondslag juis die verklaarder se wil is en nie die vertroue nie.
- (ii) die vertroue, dat die in die vooruitsig gestelde gedraging ook werklik sal plaasvind, is die verbindende faktor.

Ook dit kan nie *per se* waar wees nie, want blote dreigemente om in die toekoms 'n handeling te verrig, skep geen verpligting om dit wel te doen nie. Daar moet dus 'n spesiale plek ingeruim word vir die skep van verwagtinge wat 'n aanspraak tot honorering verleen. Daar moet dus ander agterliggende morele of juridiese gronde wees waarom in hierdie gevalle 'n plig tot honorering bestaan. Die skep van verwagtinge *per se* is dus nie die verbintenisskeppende feit nie.

- (iii) die vertroue dat die verklaring 'n verbintenis skep, sodat dit afgedwing kan word. Die grondslag van kontraktuele gebondenheid is dan die vertroue dat 'n geldige verbintenis ontstaan het. Maar ook dit verwerp

---

<sup>1</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 203.

<sup>2</sup> Bv. Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht*. 66.

Nieuwenhuis.<sup>1</sup> Dié siening span die kar voor die perd: die kontrakmeganisme funksioneer nie omdat daar 'n vertroue in die totstandkoming van 'n verbintenis was nie, maar: die vertroue in die totstandkoming van 'n verbintenis is geregverdig omdat die kontrakmeganisme funksioneer - die verskynsel van kontraktuele gebondenheid word dus deur hierdie model van die vertrouensleer vóórveronderstel en nie verklaar nie.

Nieuwenhuis<sup>2</sup> verwerp, om dieselfde gronde waarop hy die reeds genoemde wil- en vertrouensleerstellings verwerp, ook die tegniek wat onder andere J. Eggens<sup>3</sup> gebruik, naamlik dat nie die psigiese wil nie, maar die juridies-geobjektiveerde wil, die verbindende element is. Want dit verskuif die vraag maar net een stap verder: welke regsreëls, -beginsels en -bronne beheers die toerekeningsproses?

*“De gedachte was juist, dat de betekenis van die rechtsnorm kan worden vastgesteld met behulp van de wil; nu blijkt, dat de betekenis van de wil moet worden vastgesteld met behulp van die rechtsnorm.”*

Wat van die toerekeningsleer van Van Dunné<sup>4</sup> Laasgenoemde se stelling is: dat met uitleg van 'n regshandeling verstaan word die vasstelling van die regsgevolge wat aan die handelende persoon toegereken word. Dit beteken dat die vasstelling geskied aan die hand van regsnorme wat op die bepaalde geval van toepassing is. Die vasstelling het tot gevolg dat bepaal word of daar 'n verbintenis ontstaan het en wat die inhoud daarvan is.

---

<sup>1</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 17.

<sup>2</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 18.

<sup>3</sup> WPNR 4294.

<sup>4</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 198 en weer in *Verbintenissenrecht in ontwikkeling* 1985 op 5 ev. Dit sal in gedagte gehou word dat Van Dunné uitgaan van die eensydige wilsverklaring en die *consensus*-uitgangspunt verwerp.

Nieuwenhuis<sup>1</sup> meen dat Van Dunné se toerekeningsleer 'n swak en 'n sterk kant het. Die swakheid is daarin geleë dat alle uitleg nog altyd normatief was. Die vraag is: wat is die inhoud van die regsnorme wat die toerekening beheers? Nieuwenhuis<sup>2</sup> meen Van Dunné: "... houdt op waar het interessant wordt", want hy sê nie wat die norme is nie, behalwe om te betoog dat elke regsnorm 'n blanket- of oopvorm is, wat eers na die invul van die konkrete feite gestalte kry. Laasgemelde stelling betwis Nieuwenhuis want, betoog hy - myns insiens tereg - dat regsnorme altyd 'n bepaalde inhoud en strekking het (*vóórgekleurd*) wat bepaal word deur die materiële regsbeginsels wat die norme beheers. Daardie beginsels word op hul beurt deur die waardes wat die gemeenskap vir homself as leidraad gekies het in verhouding met die reginstellings waarom dit telkens gaan, bepaal. Dit behoort tot die onvervreembare taak van die regswetenskap om homself besig te hou met die formulering en sistematisering van gemelde regsbeginsele om aldus kleur te verleen aan daardie regsnorme wat in 'n bepaalde geval geld.

Van Dunné<sup>3</sup> skyn te suggereer dat die betrokke materiële beginsel wel die *goeie trou* is. Maar, sê Nieuwenhuis,<sup>4</sup> welke beginsels bepaal wat die *goeie trou* is? en dus: deur welke beginsels word die *normatiewe uitleg van regshandeling* beheers?

Die sterk punt van Van Dunné se uiteensetting<sup>5</sup> volgens Nieuwenhuis, is dat hy van die monopolie van wil en vertroue as enigste grondslae van kontraktuele gebondenheid wegbreek. By die proses van toerekening is daar faktore buite wil en vertroue wat 'n rol speel. Maar ons moet juis begin waar Van Dunné opgehou het:

---

<sup>1</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 19.

<sup>2</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 21.

<sup>3</sup> *Normatiewe uitleg* 1971 op 9 17 noot 9.

<sup>4</sup> *Drie Beginselen* 1979 op 21.

<sup>5</sup> Sien ook sy bydrae in WPNR 5281.

“... welke beginselen beheersen de normen waardoor de geldigheid van een overeenkomst bepaal word? Maar eerst nog dit: waarop hebben die beginselen en die normen eigenlijk betrekking? Hoe werkt dat precies: het sluiten van een overeenkomst?”

Ek meen dat daar groot meriete in Nieuwenhuis se siening is. Sy analise van die rol van die reg as 'n uitgebreide kompleks van normatiewe beginsels waarbinne gehandel kan word om 'n kontrak tot stand te bring, gevolg deur die handeling om die normkompleks te aktiveer, is myns insiens 'n akkurate visie. So ook sy afweging van die outonomie- en vertrouensbeginsels.

## 9. **Die dialektiese wilsleer**

'n Nuwe benadering tot die wils-vertrouensleer word deur R. Zwitser bepleit.<sup>1</sup> Volgens hom staan twee teorieë of paradigmas in die kontraktereg teenoor mekaar: die wils-vertrouensleer waarin, afgesien van die sogenaamde *aanvullende* werking van die vertrouensbeginsel, die *wil* die enigste normerende beginsel is, teenoor die normatiewe teorieë, waarin die *objektiewe reg* die normerende beginsel is.<sup>2</sup> Van Dunné<sup>3</sup> het nie alleen hierdie twee denkpatrone duidelik geïdentifiseer nie, maar in navolging van die Duitse geleerde Larenz,<sup>4</sup> die uitwerking daarvan in die kontrakteteorie as 'n stryd tussen die *histories-psigologiese uitlegmetode* teenoor die *normatiewe uitlegmetode* geïdentifiseer.

Die probleem is dat die subjektiewe wilsleer teen praktiese probleme (bv. by *dissensus*) stuit. Ook is daar moeilik beantwoorbare teoretiese voetangels onder dié paadjie verberg: as die *wil* die grondslag van kontraktuele gebondenheid is, hoe moet die gebondenheid van kontrakpartye aan reëls

---

<sup>1</sup> *Rond artikel 1376 BW: Overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen* Leiden 1984.

<sup>2</sup> *Rond artikel 1376 BW* 1984 op 11.

<sup>3</sup> *Normatiewe uitleg* 1971.

<sup>4</sup> *Die Methode der Auslegung* 1963 op 157.

van die dwingende reg verklaar word? Moet mens op 'n oer *contrat social* terugval? Maar hoe is dit te verklaar dat partye gebonde is aan gebruike en billikheidsreëls of die reëls met betrekking tot die goeie trou al, is hulle nie daarmee bekend nie? En kan mens nog van 'n *wilsleer* praat waar erken word, soos in Nederland, dat die norme van die goeie trou afbreuk kan doen aan die wil van partye?<sup>1</sup> Die gevolg van hierdie probleme was dat 'n dualistiese leer ontstaan het: die wilsleer vorm wel die uitgangspunt, maar objektiewe kragte kan hierop inbreuk maak. Namate objektiewe faktore aan gewildheid wen, ly die wil as gebondenheidsgrondslag 'n steeds meer kwynende bestaan.<sup>2</sup>

Die histories-psigologiese uitlegmetode is dan ook nie meer die geldige een in die Nederlandse reg nie. Objektiewe of normatiewe faktore is nou belangrik en dit word deur die huidige, toenemende beperkinge op die keusevryheid van mense ondersteun.<sup>3</sup>

'n Toepaslike voorbeeld is die teksboekgeval waar iemand wat 'n veiling bywoon, sy hand wuif. Volgens die objektiewe leer is die vraag wat sy wil was, irrelevant: die vraag is wat die verkeerseise meebring, *in casu* wat 'n normale afslaer daaronder sou verstaan het.<sup>4</sup>

Maar daar is ook besware teen die objektiewe metode. Dit kan nie geld waar die teenparty geweet het dat met die betrokke verklaring wel iets anders

---

<sup>1</sup> Zwitser Rond artikel 1376 BW 1984 op 20-21.

<sup>2</sup> Zwitser Rond artikel 1376 BW 1984 op 21.

<sup>3</sup> Zwitser Rond artikel 1376 BW 1984 op 21: "De mens schijnt dan wel eens een gevangene van zijn omgewing. In de objectieve leer is de mens, evenals de bekende tovenaarsleerling, de macht kwijtgeraakt over de instituties. Deze zijn autonoom geworden en determineren de mens nu. Het geestelijk leven van de mens is hier niets dan een afspiegeling van deze instituties en de objectieve maatschappelijke omstandigheden. En omdat dit zo is dienen menselijke handelingen zoals wilsverklaringen gezien te worden als feite welke verklaarbaar zijn door die omstandigheden en geregeerd worden door de institutionele vormen. Rechtsnormen bepalen welke betekenis een wilsverklaring heeft en welke gevolgen er aan een wilsverklaring toegekend worden, niet enige subjectieve wil."

<sup>4</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 22.



bedoel is as wat mens normaalweg daaruit sou kon aflei nie. Dit geld ook nie waar beide partye 'n afwykende betekenis aan 'n wilsverklaring geheg het nie. En Larenz meen dat dié teorie nie kan geld waar partye aan verskillende subkulture behoort of op verskillende plekke woon of in verskillende omstandighede verkeer en 'n objektiewe uitleg van die handeling in elke subkultuur verskil nie. Wie se 'objektiewe' betekenis gee dan die deurslag?<sup>1</sup>

Zwitser<sup>2</sup> meen dat weens die gebreke in beide subjektiewe en objektiewe paradigmas, daar gepoog is om 'n *dualistiese* benaderingswyse te ontwikkel. Dit is veral deur Larenz en Nieuwenhuis gepoog. Dit kom daarop neer dat hoewel die objektiewe regsnorme beslis welke betekenis aan 'n regshandeling gegee moet word, 'n eerste beginsel van daardie norme is dat die individuele wil soveel moontlik ruimte gegun moet word. Dit is die outonomie-beginsel. Larenz erken dat nie slegs 'n objektiewe benadering gevolg moet word nie, maar dat die vertroue van die teenparty ook beskerm moet word. En waar die partye dit tog eens is ten spyte van die objektiewe afwykende gedrag, geld hul wil.<sup>3</sup> Vir Zwitser is hierdie benaderingswyse ook maar weer dualisties. Die verskil is slegs dat nou van die objektiewe uitgangspunt vertrek word en die wilsleer bygevoeg word. Die voordeel van 'n dualistiese teorie bo die wilsleer en die normatiewe leer is die erkenning dat sowel die wil as objektiewe faktore 'n rol speel by die uitleg van menslike handeling. Die groot gebrek van die dualistiese teorie is dat dit die verband tussen die twee groot grondslae nie aangee nie. So 'n benaderingswyse is nóg teoreties nóg prakties bevredigend.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Zwitser *Rond artikel 1376 BW 1984* op 22 wat op 23 verklaar dat die totale verwerping van die invloed van die wil die oorsaak was dat die normatiewe leer nie die heersende een geword het nie.

<sup>2</sup> *Rond artikel 1376 BW 1984* op 23.

<sup>3</sup> Zwitser *Rond artikel 1376 BW 1984* op 23-24.

<sup>4</sup> Zwitser *Rond artikel 1376 BW 1984* op 24-25.

Zwitser se eie oplossing noem hy die *dialektiese uitlegmetode*.<sup>1</sup> Die uitgangspunt is dat beide paradigmas geldig is en dialekties op mekaar betrekking het. Vir hom is die grondpatroon dat betekenisverlening aan menslike handeling van die individuele wil van die mens afstam, maar dat die wil sterk beïnvloed word deur objektiewe norme.

In navolging van A.C. Zijderveld<sup>2</sup> aanvaar Zwitser dat individuele handeling gedetermineer word deur 'n omvattende struktuur van instellings wat deur menslike handeling geskep is. Maar die instellings kry nietemin eers 'n werklikheidskarakter deur die handeling van individue. Die een kan nie sonder die ander bestaan nie. Die regsosiologie leer ons dus dat objektiewe betekenis, instellings of rigtinggewende faktore wat bepaal wat die gepaste, regmatige of verwagte handelswyse in bepaalde omstandighede is, in 'n dialektiese proses geskep word:

*“De individuele wil is de enige creator van betekenis, maar deze wil zit als het ware gevangen in een web van objectieve factoren ten gevolge waarvan die wil zich patroonmatig zal gedragen.”*<sup>3</sup>

Hoe werk hierdie dialektiese siening in die kontrakreg? Zwitser verduidelik: partye mag self ooreenkomste binne die grense van die wet, openbare orde en goeie sedes skep. Maar daar lê klaargemaakte, vaste patrone waarby ingeskakel word. In meerdere of mindere mate volg partye altyd 'n vaste patroon, byvoorbeeld: hulle wil 'n koopkontrak sluit. Die koopkontrakpatroon is klaar gevorm deur tallose gebruike, standaardvoorwaardes en aanvullende regsbepalings. Partye hoef slegs te sê dat hul koop en verkoop en die prys bepaal, en die res is gereël. Die aanwending van 'n patroon werk deur na die uitleg van die terme en uitdrukkings wat die partye gebruik het: hulle handel patroonvormig deur by bestaande instellings aansluiting te soek. Hulle kan

---

<sup>1</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 26 ev.

<sup>2</sup> *Institutionalising: een studie over het methodologisch dilemma der sociale wetenschappen* 1974 op 187.

<sup>3</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 26.

nouliks anders. Daarom moet hul handeling ook as sodanig, in die lig van die betrokke instelling, begryp word.<sup>1</sup>

Volgens Zwitser<sup>2</sup> kan alleen op hierdie wyse reg geskied aan die *wil* van die partye. En daarmee dan ook die onderskeid tussen sy dialektiese visie en die tradisionele wilsleer. In die wilsleer staan die wil los van die objektiewe faktore; dit geld absoluut en die woorde van partye word slegs grammatikaal geïnterpreteer. In 'n dialektiese visie het die woorde die betekenis om die *patroon* aan te dui waarby die partye aansluiting wil soek. En hier is 'n interpretasie volgens die strekking van die patroon aangewese en doeltreffend.<sup>3</sup>

As voorbeeld noem hy die uitspraak van die Hoge Raad in *Haviltex* van 13 Maart 1981.<sup>4</sup> Daarvolgens moet die vraag hoe 'n skriftelike kontrak die verhouding tussen die partye gereël het en hoe leemtes aangevul moet word, nie opgelos word deur slegs 'n grammatikale uitleg van die bepalings van die kontrak nie. Dit word bepaal deur die betekenis wat die partye in die gegewe omstandighede oor en weer redelikerwys aan daardie bepalings kon toegeken het en wat hul in daardie verband redelikerwys van mekaar kon verwag het. Daarby kan die maatskaplike kring waaraan hul behoort en hul regskenis van belang wees.<sup>5</sup>

Nogtans, verklaar Zwitser<sup>6</sup> is sy siening nie gelykstaande aan die objektiewe wilsleer nie. Hy wil nie aan die individu 'n bedoeling wat hy in feite nie gehad het nie, toereken nie “... *maar daarentegen juist die feitelijke bedoeling op te*

---

<sup>1</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 27.

<sup>2</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 27.

<sup>3</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 27.

<sup>4</sup> NJ 1981 op 635; reeds hierbo in verband met uitleg bespreek.

<sup>5</sup> Zwitser Rond artikel 1376 BW 1984 op 27-28.

<sup>6</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 28.

sporen in al zijn menselijke gerelateerdheid” in die toepaslike omstandighede.<sup>1</sup>

‘n Tweede bedenking wat Zwitser<sup>2</sup> teen die tradisionele wilsleer koester en met sy dialektiese visie probeer verbeter, is dié van *onbedoelde* bedoelings. Volgens die wilsleer, verklaar hy, kan partye immers slegs *wil* dit waaraan hulle *dink*. Partye kan nie iets gewil het waaraan hulle nie gedink het nie. Maar in die dialektiese visie *wil* partye nagenoeg altyd meer as wat hulle kan bedink, omdat hulle aansluiting vind by ‘n patroon, en hulle dus die patroon *wil*, al is hulle nie ten volle op hoogte van die reëls van die patroon nie. Dit is in ooreenstemming met die alledaagse belewenis van kontraktering: mense gebruik die instelling van die kontrak in die vertrouwe dat alles sal gaan soos dit moet.<sup>3</sup>

Volgens Zwitser<sup>4</sup> is ‘n vertaling van die woord *patroon* in juridiese spraakgebruik die woord *aard*: partye *wil* nie alleen wat hulle met soveel woorde sê nie, maar ook wat die *aard* van hul woorde meebring. Artikel 1375 BW, wat bepaal dat ooreenkomste nie slegs bind tot dit wat uitdruklik bepaal is nie, maar ook wat na die aard van die ooreenkoms deur die billikheid, die reg of gebruik bepaal word, is dus korrek.<sup>5</sup> Dit word nie *teenoor* die wil opgestel nie, maar is ‘n verlengstuk daarvan. Sowel die dualistiese as die objektiewe (*normatiewe*) visies ondergrawe eintlik die wil en is in stryd met die outonomie. In die dialektiese leer staan die subjektiewe en objektiewe kragte nie los van mekaar nie, maar vorm ‘n dialektiese eenheid.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 28.

<sup>2</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 28 ev.

<sup>3</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 28.

<sup>4</sup> Rond artikel 1376 BW 1984 op 28.

<sup>5</sup> Zwitser Rond artikel 1376 BW 1984 op 28.

<sup>6</sup> Zwitser Rond artikel 1376 BW 1984 op 29.

Wat die leemte-leer betref, meen Zwitter<sup>1</sup> dat daar geen sprake meer van leemtes is nie as mens aanvaar dat die wil van die partye verwant is aan omstandighede en strekking van die regshandeling en aldus in 'n bepaalde patroon pas wat deur artikel 1375 BW ingevul word.

Maar wat is dan die rol van die vertrouensleer? Zwitter<sup>2</sup> meen dat dit nie moontlik is om vir alle gevalle waarin die regsgevolge van 'n ooreenkoms ontstaan, één algemene definisie te gee nie.<sup>3</sup> Weliswaar ontstaan dieselfde regsgevolge op grond van die vertrouensbeginsel as op grond van wilsooreenstemming, maar die grondslag daarvoor is nie dieselfde nie. Die vertrouensbeginsel, aldus Zwitter<sup>4</sup>, vind sy grondslag in die leerstuk van die onregmatige daad. Skyn plus vertroue word aan wilsooreenstemming gelyk gestel. Anders as die voorstanders van die normatiewe of dualistiese visies meen hy dus nie dat die vertrouensbeginsel teenoor die wilsbeginsel staan en dit verdring nie: eersgenoemde geld slegs waar die wil ontbreek. Die wil-vertrouensleer moet dus gesien word as dialektiese paradigma: die wil word nie op tradisioneel histories-psigologiese wyse uitgelê nie, maar op dialektiese wyse.<sup>5</sup> By 'n ooreenkoms word die vertroue van die een op die feitlike gedrag van die ander deur die kontraknorm wat die wil van die partye in die lewe geroep het, geregverdig. Wanneer die kontrakwil ontbreek, kan die vertroue nog kragtens 'n norm van die objektiewe reg beskerm word.<sup>6</sup>

Wat is die juridiese grondslag van die beskerming van die vertroue? Vir Zwitter<sup>7</sup> moet dit in die ongeskrewe objektiewe reg, te wete die

---

<sup>1</sup> *Rond artikel 1376 BW 1984* op 29.

<sup>2</sup> *Rond artikel 1376 BW 1984* op 30.

<sup>3</sup> *Rond artikel 1376 BW 1984*, met 'n beroep op E.M. Meijers *De Algemene begrippen van het Burgerlijk Recht* tweede druk 1958 op 214.

<sup>4</sup> *Rond artikel 1376 BW 1984* op 30.

<sup>5</sup> *Rond artikel 1376 BW 1984* op 31.

<sup>6</sup> *Rond artikel 1376 BW 1984* op 32.

<sup>7</sup> *Rond artikel 1376 BW 1984* op 35.

betaamlikheidsnorm gevind word. Beskerming van die vertroue kan in dilektuele aanspreeklikheid resulteer.

Hijma<sup>1</sup> vind hiermee fout. Alle aanspreeklikheid ontstaan volgens hom uit hoofde van die norme van die objektiewe reg, ook die vertrouensbeginsel. Dit lyk dus nie reg dat mens kan argumenteer dat die objektiewe reg in die kader van die gebondenheidsvraag eers 'n *foutiewe* beslissing sou kon neem en dit dan weer langs die weg van die reëls insake onregmatige daade korrigeer nie. Hy meen dat 'n sintese in die kontraktereg oftewel die *regshandelingereg* gevind moet word. Ook Smits<sup>2</sup> het kritiek teen Zwitser. Hoe weet ons of die partye die wil gehad het om by die neergelegde patroon aan te sluit? Zwitser gaan ook uit van die *subjektiewe* wilsleer en ontken alle normatiewe elemente by die ontstaan van gebondenheid.

#### **10. Die regsbetrekking-model**

Daar is juriste wat die gedagte, die kontraktuele gebondenheid terug te voer is na een of twee bepaalde grondslae, verwerp. Een van hulle is die Nederlandse juris, JHM van Erp in sy 1990 Brabantse proefskrif *Contract als rechtsbetrekking – Een rechtsvergelijkende studie*.<sup>3</sup>

Van Erp vra homself ter aanvang die vraag af of die *klassieke* kontrakbegrip tans nog geldig is. Daarmee bedoel hy die kontrakbegrip soos dit in die bestaansperiode van die negentiende eeuse Wes-Europese regskodifikasies was.<sup>4</sup> Daardie kontrakbegrip berus op drie beginsels: kontrakvryheid, konsensualisme en die verbindende krag van ooreenkomste.<sup>5</sup> Van Erp meen dat daar in hierdie eeu in Wes-Europa en die Anglo-Amerikaanse stelsels

---

<sup>1</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 25.

<sup>2</sup> *Het vertrouensbeginsel* 1995 op 206-207.

<sup>3</sup> *Tjeenk Willink*, Zwolle, 1990.

<sup>4</sup> *Contract* 1990 op 2 ev.

<sup>5</sup> *Contract* 1990 op 10 ev.

ernstige afwykings (hy noem dit breuklyne) van dié klassieke kontrakbegrip ontstaan het - hy noem die wisselwerking tussen kontrak en onregmatige daad;<sup>1</sup> aanbod en aanname;<sup>2</sup> die rol van die goeie trou in die regsposisie van onderhandelende partye;<sup>3</sup> die siening insake standaardkontrakte en algemene voorwaardes;<sup>4</sup> *mora creditoris*;<sup>5</sup> die regsgevolge van die intrede van onvoorsiene omstandighede;<sup>6</sup> en die werking van 'n kontrak teenoor derdes.<sup>7</sup>

Hy kom tot die gevolgtrekking dat al drie die basiese beginsels van die klassieke kontrakbegrip onder groot druk verkeer.<sup>8</sup> Hy meen dat die kontrakbegrip fundamenteel en prinsipiëel verander het<sup>9</sup> en meen dat 'n meer relevante kontrakmodel gesoek moet word.

Van Erp kom dan na vore met 'n *regsbetrekingsmodel*, wat hy knoop aan die Anglo-Amerikaanse idee van *relationship*, dit wil sê 'n regsbetrekking waarby alleen *in concreto* bepaal kan word welke gebondenheid daaruit voortvloei.<sup>10</sup>

---

<sup>1</sup> *Contract* 1990 op 15 ev.

<sup>2</sup> *Contract* 1990 op 25 ev.

<sup>3</sup> *Contract* 1990 op 31 ev.

<sup>4</sup> *Contract* 1990 op 46 ev.

<sup>5</sup> *Contract* 1990 op 61 ev.

<sup>6</sup> *Contract* 1990 op 69 ev.

<sup>7</sup> *Contract* 1990 op 83 ev.

<sup>8</sup> *Contract* 1990 op 95; 275 ev.

<sup>9</sup> *Contract* 1990 op 275.

<sup>10</sup> *Contract* 1990 op 277 ev.

Veral na aanleiding van die Kanadese skrywer Reiter<sup>1</sup> meen hy dat dit nie sinvol is om vas te klou aan die tradisionele indeling tussen kontrak, delik en selfs ander verbintenisskeppende feite - of selfs aan die begrip verbintenis - nie.

Van Erp meen voorts dat 'n regsbetrekking nie staties is nie, maar inteendeel as 'n dinamiese verhouding gesien moet word.<sup>2</sup> 'n Kontrak is slegs 'n nie-te-verwaarloosde gebeurtenis in die ontwikkelende regsbetrekking, wat wel van groot invloed is op die *gehoudenheden* wat uit die regsbetrekking voortvloei. Dit is egter suiwerder om nie die kontrak nie, maar die regsbetrekking voorop te stel.<sup>3</sup>

Uit 'n regsbetrekking vloei daar dus *gehoudenhede* (gebondenheid):<sup>4</sup> die regsbetrekking is dus self die bron van die verbintenis. Hiermee keer Van Erp die tradisionele siening, wat die verbintenis as oorsaak van 'n regsbetrekking sien, heeltemal om.

Wanneer ontstaan 'n *gehoudenheid*? Wat is die inhoud daarvan? Van Erp meen daar is *sewe afwegingsfaktore*, te wete

- (a) ontstane eensydige of meersydige verwagtinge;
- (b) eensydige of meersydige vertroue;

---

<sup>1</sup> *Contracts, Torts Relations and Reliance in Studies in Contract Law* Toronto 1980 op 235: "The question to be answered when a court is concerned with standards or duties of care, limitations on the quantum of damages; or the effect of limitation statutes or contribution claims should be framed as follows: What is it appropriate to do in this case, given the relationship between the parties and given any relevant outside factors (such as the words of a statute)? The answer to this question should not and need not be permitted to turn upon whether the action should 'properly be regarded' as 'in contract' or 'in tort' except in the most general way. In the cases that raise these issues, there will fairly be some elements of contract and some of tort that must be considered in elaborating a proper legal response. Contract and tort should be regarded as conclusions based upon consideration of how these problems ought to be addressed and not as premises: the labels should be attached as means of reaching appropriate conclusions and should not be allowed to permit unworthy success or to deny meritorious claims."

<sup>2</sup> *Contract* 1990 op 290.

<sup>3</sup> *Contract* 1990 op 291.

<sup>4</sup> *Contract* 1990 op 292 ev.



- (c) die voordeel wat iemand as gevolg van die ontstane verwagtinge, alternatiewelik, die ontstane vertrouwe geniet het;
- (d) die nadeel wat iemand gely het of die voordeel wat iemand laat vaar het as gevolg van die ontstane verwagtinge, alternatiewelik, die gewekte vertrouwe;
- (e) ooreenkoms tussen die betrokkenes;
- (f) die norme van maatskaplike sorgvuldigheid, alternatiewelik, redelikheid en billikheid;
- (g) beleidsoorwegings.<sup>1</sup>

Teen Van Erp se studie is al verskeie besware ge-opper.<sup>2</sup>

Hijma<sup>3</sup> meen dat Van Erp nie vorentoe tree nie, maar agteruit. Soos Hijma dit stel: omdat dit soms moeilik is om uit te maak of 'n bepaalde vrug 'n appel of 'n peer is, val ons maar terug op die basisrubriek *vrugte*. Daarmee word regsbegrippe wat oor eeue ontstaan het, weggevee en word al die kategorieë - kontrak, delik, saakwaarneming, en dies meer - vervaag en vervang met 'n sewetal afwegingsfaktore. "*Aldus ontstaat een rechtssystematische en inhoudelijke onzekerheid waarmede niemand is gediend - zeker niet de rechtspraktyk ... - en die mij als bijzonder onaantrekkelijk voorkomt*".<sup>4</sup>

Tweedens stem ek met Hijma saam dat in die oorgrote tal van gevalle waar daar *consensus* tussen partye bestaan, faktor (e) deur Van Erp genoem, te wete ooreenkoms, die belangrikste rol, trouens uitgangspunt sal wees om te bepaal of daar gebondenheid is. Maar dan is ons terug waar ons was:

---

<sup>1</sup> *Contract* 1990 op 297.

<sup>2</sup> Sien Jac Hijma se boekbespreking in Kwartaalbericht Nieuw BW 1990 4 op 118-121.

<sup>3</sup> *Ibid* op 121.

<sup>4</sup> Hijma *ibid* op 121.

kontrak ontstaan weens *consensus* en is 'n selfstandige bron van verbintenisregtelike gebondenheid.<sup>1</sup>

## 11. Die wederkerigheidsteorie

JM Smits<sup>2</sup> neig na 'n wederkerigheidsteorie. Hy meen dat die reeds ontwikkelde grondslae van kontraktuele gebondenheid tot mislukking gedoem is, omdat:

- (a) dit poog om die grondslag van gebondenheid te vind in die gesindheid of handeling van één van die partye, byvoorbeeld die wil, of die verklaring, of die vertroue, of selfs die opwekking van 'n vertroue. Maar 'n kontrak is 'n gekonkretiseerde tweesydige verhouding. Die nadruk op die optrede van één van die partye kan nie as grondslag van kontraktuele gebondenheid lei nie.<sup>3</sup>
- (b) Die begrippe waarmee tot nog toe in die grondslag-debat gewerk is - wil, verklaring, vertroue - is uitwisselbare basisbegrippe (*grootheden*). Mens kan nie die een bo die ander verkies nie.
- (c) Solank op die negentiende-eeuse uitgangspunt van die vryheid van kontrakpartyte gesteun word, sal teorieë gebaseer op wil, verklaring en vertroue slegs gehandhaaf kan word indien mens te doen het met individue wat in wese gelyk is en na hul eie belange kan omsien. Maar gelykheid van partye word in die veranderde maatskaplike konstellasië nie meer aanvaar nie. Die liberaal-optimistiese aanname van die klassieke negentiende eeu waardeur partye as gelyk veronderstel word, het plek gemaak vir 'n materiële kontrakvryheidsidee, as 'n effektiewe geleentheid om die party-otonomie te verwesenlik.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Sien ook die kritiek van Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 105 ev.

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 218.

<sup>3</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 218.

<sup>4</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 219.

Smits<sup>1</sup> voer dan aan dat selfs wanneer bevind word dat die *wil* bestaan, dit 'n normatiewe oordeel is. Of iemand sy of haar party-outonomie uitgeoefen het, kan immers slegs bepaal word aan die hand van die vraag wat die gemeenskap as party-outonomie beskou.

Smits<sup>2</sup> vra dan die vraag of die moderne utilistiese benadering, naamlik dat die kontraktereg 'n maatskaplike doel het, nie die antwoord bied nie. Slegs wanneer 'n handeling binne daardie doel val, is dit as ooreenkoms afdwingbaar. Daardie doel is die maksimalisasie van welvaart. Alleen wanneer die ooreenkoms - gelet op die inhoud daarvan - tot welvaart-maksimalisasie bydra, kan dit afdwing word.<sup>3</sup>

Hy meen<sup>4</sup> dat ook hierdie benaderingswyse egter, wat die vraag van kontraktuele gebondenheid betref, om die volgende rede nutteloos is:

- (a) Dit gaan ook maar uit van die premisse dat die goedere-uitwisseling *gewil* is.
- (b) Wanneer word die individuele welvaart van iemand vergroot? Die utiliste sê: wanneer die partye dit self deur hul keuse bepaal het. Daarmee is ons terug by die wilsleer.
- (c) Onduidelik is ook welke kriteria almal aangewend word om te bepaal of goedere op die mees effektiewe wyse uitgeruil is.

---

<sup>1</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 219.

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 220.

<sup>3</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 220 wat hom o.a. beroep op Richard A. Posner *Economic Analysis of Law* 4e uitg. Boston 1992 en Ejan Mackaay *Verhuivingen in de rechtseconomie* NJB 1991 op 1505.

<sup>4</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 220.

- (d) Die ekonomiese benadering tot die reg impliseer in prinsiep 'n nie-juridiese wyse van afweeg van belange. Ook ekonomies oneffektiewe ooreenkomste word tog juridies afgedwing.

Hy verwerp<sup>1</sup> dus die utilistiese benaderingswyse wat in die *law and economics*-skool bepleit is.

Wat is dan die grondslag van kontraktuele gebondenheid? Vir Smits is die uitgangspunt dat 'n kontrak gedefinieer kan word as 'n geregverdigde inbreuk op (verandering van) die *status quo* tussen twee (of meer) partye.<sup>2</sup>

Histories was die *causa*-vereiste 'n objektiewe regverdiging vir gebondenheid, los van die wil van die partye.<sup>3</sup> Die historiese verloop is dat die subjektiewe wilsvereiste die *causa*-vereiste verdring het.<sup>4</sup> Die Anglo-Amerikaanse reg het met die *consideration*-leerstuk dieselfde idee gehad: dit bepaal welke ooreenkomste nagekom moet word of nie; dit staan bo en los van die wils-eis.<sup>5</sup> Smits<sup>6</sup> sien dan in die *causa-consideration*-leer die grondslag van kontraktuele gebondenheid.

Maar wat is die inhoud of presiese betekenis van die *causa*-grondslag? Smits<sup>7</sup> onderskryf die standpunt van GJ Scholten in *De oorzaak van de*

---

<sup>1</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 222.

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 176: "De grondslag van de overeenkomst kan daarmee heel eenvoudig worden gezocht in de gerechtvaardigde aantasting van de status quo. Wanneer deze bestaat, is één der meest bediscussieerde vragen van de moderne civilistiek, maar zeker is dat die discussie dient om een de inbreuk rechtvaardigende causa bloot te leggen. De cruciale vraag is steeds of de inbreuk op de status quo zodanig gerechtvaardigd dat geen herstel in die oude toestand is vereist."

<sup>3</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 228-9.

<sup>4</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 229-230.

<sup>5</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 230-231.

<sup>6</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 232.

<sup>7</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 234.

*verbintenis uit overeenkomst*<sup>1</sup> dat *causa* ekwivalensie van wedersydse prestasie beteken, maar betwis sy opvatting dat dit in ekonomiese gelykwaardigheid van prestasie en teenprestasie gevind kan word. Wat dan van die ongetwyfelde geldigheid van skenkings en alledaagse kontrakte waar die een party 'n beter transaksie as die teenparty beding?<sup>2</sup>

Smits wys ook daarop dat Nieskens-Isphording in haar reeds genoemde proefskrif, betoog dat wederkerigheid *as norm* vir die hele kontraktereg behoort te geld. Die wederkerige prestasie, volgens haar, by die eensydig verbindende ooreenkoms is dankbaarheid, of aansien, of 'n toekomstige guns, en so meer. Maar ook hierdie siening verwerp Smits.<sup>3</sup> As teenprestasie dan in die buitejuridiese kader lê, wanneer is dit aanwesig? Nieskens-Isphording val terug op die party-outonomie. Volgens Smits lei dit tot 'n sirkelredenasie: Wanneer is daar wederkerigheid? Indien outonomie uitgeoefen is. Wanneer is daar outonomie? Indien wederkerigheid bestaan.

Smits<sup>4</sup> kom dan te voorskyn met sy eie *causa*-siening. Die basis daarvan is om beginsels wat tans die *inhoud* van die ooreenkoms beheers, as bepalend vir die ooreenkoms op sigself te sien. Die inhoud van 'n ooreenkoms word bepaal deur reëls wat wederkerigheid van prestasie beheers - byvoorbeeld die *exceptio non adimpleti contractus* en 'n terugtrekingsreg by wanprestasie van die ander party. Hy verwys na *conditionele* en *functionele synallagma*.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Diss Amsterdam 1934 Zwolle 1934 op 97 ev.

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 235.

<sup>3</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 235-236.

<sup>4</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 236.

<sup>5</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 237: "De eerste term slaat op de situatie waarin bij de reeds totstandgekomen overeenkomst met het wegvallen van de ene vordering, ook de andere teniet gaat, zoals wanneer bij het onmogelijk worden van nakoming buiten het risico van de debiteur ook de andere partij wordt bevrijd van zijn verplichtingen. Het functioneel synallagma ziet op de samenhang bij het vorderen van nakoming van de overeenkomst: indien de ene partij niet presteert, kan zijn wederpartij nakoming weigeren, zoals bij de *exceptio non adimpleti contractus*."

Volgens Smits<sup>1</sup> is die gedagte van wedersydse afhanklikheid van die prestasies van die kontrakpartye só belangrik dat dit die hele ooreenkoms beheers. Een party verplig hom teenoor die ander omdat die ander hom teenoor eersgenoemde verplig. In die ekonomiese verkeer gee 'n mens *omdat* die ander sal gee. Dit is die kern van die kontrakidee.<sup>2</sup> Maar, vra Smits,<sup>3</sup> lê hierin nie ook die grondslag van gebondenheid nie? Is dit nie so dat nie slegs die inhoud nie, maar ook die *totstandkoming* van die ooreenkoms deur die gedagte van verband tussen die wedersydse prestasies beheer word nie?

Op hierdie kernvraag antwoord Smits bevestigend.<sup>4</sup> Maar hoe moet vasgestel word of aan die vereiste samehang voldoen is? Smits<sup>5</sup> meen dat die antwoord in die kousaliteitsvraag lê. Dit beteken dat in die sfeer van die een party steeds 'n rede vir die gebondenheid aanwesig moet wees wat verband hou met die sfeer van die ander. Die een prestasie moet deur die ander prestasie *veroorzaak* word. Dit is 'n *conditio sine qua non*-verband: sou die een party ook presteer as die ander nie presteer nie? Indien hierdie vraag ontkennend beantwoord moet word, bestaan voldoende rede om kontraktuele gebondenheid aan te neem.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 237.

<sup>2</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 237-8.

<sup>3</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 238.

<sup>4</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 238: "Deze vragen dienen bevestigend te worden beantwoord. Het do *ut* des, het geven *opdat* de wederpartij ook geeft, verwijst naar een wederkerigheid, gelegen in het *verband* dat tussen de verrichte of de nog te verrichten prestaties bestaat. Als dat verband voldoende is, zal een contractuele gebondenheid kunnen worden aangenomen. Dit verband is voldoende en de noodzakelijke voorwaarde voor de gebondenheid op *zonder* wederkerige samenhang geen overeenkomst en alleen in geval van wederkerige samenhang wel een overeenkomst. Niet de overeenkomst leidt tot samenhang der prestaties, maar de samenhang leidt tot de overeenkomst."

<sup>5</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 239.

<sup>6</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 239.

Gemelde benadering tot die totstandkomingsprobleem (byvoorbeeld by *dissensus*) is terug te voer na Smits se verreikende stelling dat die party-otonomie geheel aan die wederkerigheid ondergeskik is met die gevolg dat die *otonomie* as vereiste of grondslag totaal verwerp word.<sup>1</sup>

Gemelde siening bring ook mee dat in *dissensus*-gevalle ondersoek na wil, verklaring en vertroue geheel irrelevant is. Smits<sup>2</sup> gee die voorbeeld: A wil 'n voorwerp aan B aanbied vir 100, maar sonder sy skuld lui die skriftelike aanbod 10. Die relevante vraag is dan nie of B op geregverdigde wyse daarop mag vertrou het dat 'n aanbod vir 10 aan hom gedoen is nie, maar of vir die lewering van die saak teen 'n prys van 10 'n voldoende, *causa*-oplewende, wederkerige samehang bestaan. Dit is nie die geval nie, aldus Smits, indien die betrokke voorwerp *normaalweg* teen 'n prys van 100 aangebied word, tensy daar vir die betaling van die laere prys van 10 'n spesifieke regverdigingsgrond aan te wys is uit die verhouding tussen die partye.<sup>3</sup>

Maar waar A bedoel het om die voorwerp vir 100 aan te bied en dit deur verspreking of verskrywing vir 90 aanbied, geld die omgekeerde: die prys van 90 sal as gebruiklik kan deurgaen (waar 100 die normale prys is) en 'n ooreenkoms kom, tensy besondere omstandighede bestaan, vir 90 tot stand.

---

<sup>1</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 246: "Onzes inziens is de essentiële vraag of het wel mogelijk is om autonomie los te zien van de wederkerigheid. Het antwoord luidt ontkennend: of autonomie is uitgeoefend, kan namelijk slechts worden vastgesteld door een objectieve bepaling van wat iemand moet hebben gewild, nu dit voordelig voor hem is geweest of op andere wijze tot een wederkerige gebondenheid aanleiding geeft omdat een goede reden bestaat voor het wensen van gebondenheid. Zo bezien is autonomie slechts een flauw aftreksel van wederkerigheid: of gebondenheid is gewenst, kan pas worden vastgesteld door te bezien of daartoe een goede, wederkerigheid opleverende, reden bestaat ... Maar dat zou slechts een formuleren in wilstermen zijn van wat in wezen een zoeken naar de wederkerigheid is. Het is dan onzes inziens helderder om te stellen dat de autonomie geen beslissende rol speelt bij de bepaling van de contractuele gebondenheid, onder erkenning van het feit dat in veel situaties eveneens gezegd kan worden dat de gebondenheid door partijen is 'gewenst'."

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 247.

<sup>3</sup> Sien ook Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 256.

Die rede vir gebondenheid is dat aan die vereiste wederkerigheids-grondslag voldoen is.<sup>1</sup>

Die resultaat van sy siening is volgens Smits<sup>2</sup> dat mens die kriterium vir kontraktuele gebondenheid sou kon stel as *standaard of geïnstitutionaliseerde wederkerigheid*. Die sluitstuk hiervoor is die vraag of die betrokke handeling vir die betrokke persoon *voordelig* is al dan nie.<sup>3</sup> Wanneer iemand 'n tweedehandse motor wil koop teen 'n oneweredig hoë prys en die ooreenkoms later betwis, sal die regter moet vasstel of 'n normale prys betaal is.<sup>4</sup> Dit is duidelik dat die vraag uiteindelik een van *onterechte* of ongeregverdigde verryking is.<sup>5</sup>

Hoewel daar veel nut opgesluit lê in Smits se skerp analise, het ek tog twee probleme daarmee. Eerstens is dit eenvoudig wêreldvreemd, in alledaagse, ekonomiese en kommersiële sin, om die grondslag vir kontraktuele gebondenheid - en die daarmee gepaardgaande geldigheid - in vermoënsregtelike ekwivalensie of wederkerigheid van prestasie te sien. Dit verloën private inisiatief, die outonomie om 'n goeie of slegte slag te slaan, en die wete dat 'n wins wat openlik beding is nogtans beskerm sal word. So 'n gedagte is direk strydig met die eeue-oue grondslae van ons kontraktereg en is 'n stelsel wat aan die natuur van die mens so vreemd is dat dit doodgebore is.

Tweedens, so 'n stelsel sal tot die grootste kommersiële- en regsonsekerheid aanleiding gee. Kontrakte wat oënskynlik geldig is, kan bloot op grond van beweerde oneweredigheid van prestasie - ongeregverdigde verryking - aangeveg word. Elke ooreenkoms sal aan dié vae toets en die wisselende

---

<sup>1</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 256.

<sup>2</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 257.

<sup>3</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 262.

<sup>4</sup> *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 262.

<sup>5</sup> Smits *Het vertrouwensbeginsel* 1995 op 244-245; 264; 269-272; 313; 321-322.



insigte van regters onderhewig wees. En vir elke kontrak sal deskundige getuies wel tot in die laat ure kan disputeer oor wat 'n normale teenprestasie is.

## B. DUITSE TEORIEë

### 12. Die Duitse *Geltungstheorie*

In meer resente tye het 'n leerstuk in Duitsland ontstaan wat as die *Geltungstheorie* bekend staan. Die grondlegger van dié leer is K Larenz.<sup>1</sup> Die siening word nogal wyd aanvaar.<sup>2</sup> Dié leer word gesien as 'n kompromis om die onbevredigende aspekte van die wilsleer en die verklaringsleer te oorbrug.<sup>3</sup> Larenz gaan steeds uit van die wilsverklaring as basis van die regshandeling. Aan die wilsverklaring ken hy 'n tweeledige funksie toe.

Eerstens is die verklaring 'n middel van selfbestemming oftewel 'n verwesenliking van die regsgevolge-wil van die verklaarder. Hiermee poog Larenz om wil en verklaring te verenig tot 'n prinsipiële eenheid. Die verklaring dra nie net die beeld van die wil oor nie, maar verwerklik die wil – dit bring dit tot gelding (*Geltung*).

Tweedens het die wilsverklaring die karakter van 'n maatskaplike handeling. Hieruit volg die visie van verantwoordelikheid vir die verklaring: hy wat 'n foutiewe verklaring aflê, moet verantwoordelikheid daarvoor neem; die verklaring moet gehandhaaf word volgens die redelike vertrouwe van die geadresseerde.

---

<sup>1</sup> *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts* Berlyn 1930 op 34-70 en in *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* agste uitgawe Beck München 1997 op 300-303.

<sup>2</sup> Sien bv. L Enneccerus *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Ein lehrbuch*. Vyftiende uitgawe bewerk deur H.C. Nipperdey (Enneccerus-Nipperdey) Tübingen 1950 op vol. 2 § 164; TH Soergel *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* bewerk deur W. Siebert Band 1 *Allgemeiner Teil* tiende druk bewerk deur W Hefermehl Stuttgart 1967 op § 116, 6-7.

<sup>3</sup> *Hijma Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 28.

Ten spyte van die aansien wat die *Geltungstheorie* geniet, vra Hijma<sup>1</sup> tereg die vraag of daarmee iets gewen is. Hy wys daarop dat ook volgens W. Flume<sup>2</sup> ten opsigte van 'n nie-foutiewe wilsverklaring (m.a.w. waar wil en verklaring ooreenstem) daar geen wesenlike verskil tussen die *Geltungstheorie* en die wilsleer bestaan nie. Waar wil en verklaring wel nie ooreenstem nie, sê die *Geltungstheorie* maar slegs wat die vertrouensteorie (in Duitsland meermale die verklaringsleer genoem) leer. Hijma<sup>3</sup> sê dan ook tereg:

*“Op de keper beschouwd staat de Duitse Geltungstheorie niet ver af van de ten onzent gangbare wils-vertrouwensleer: normaliter wordt de bindende kracht der rechtshandeling gebaseerd op de wil van het handelend individu, in afwijkende gevallen op de verklaring zelf c.q. het redelijk te noemen vertrouwen van de ander. Aan de door Larenz verdedigde tweeledige functie der wilsverklaring wordt aldus veel glans ontnomen. In feite gaat het nie om één nieuwe “Doppelfunktion”, doch veeleer om twee min of meer naast elkaar staande functies, waarvan – gelijk in Nederland – nu eens de ene, dan weer de andere doorslaggevend blijkt te zijn. Die verklarende potentie van de Geltungstheorie is daarmee gering.”*

Nogtans meen Hijma<sup>4</sup> dat die Duitse beklemtoning van die eie, selfstandige waarde van die verklaring 'n nuttige bydrae is wat in berekening gebring moet word.

---

<sup>1</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 29.

<sup>2</sup> *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* band 2 *Das Rechtsgeschäft* 3e druk Berlyn 1979 op 59.

<sup>3</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 29.

<sup>4</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 29.

Nog 'n kritiese blik op Larenz se *Geltungstheorie* is dié van Malte Diesselhorst.<sup>1</sup> Hy som die kern van Larenz se siening soos volg op: 'n Belofte plaas nie alleen 'n toekomstige plig op die belower om te presteer nie, maar is 'n verklaring (*Äusserung*) waardeur die belower hom (onmiddellik) bind:

*“Das Versprechen bedeute also nicht, dass der Versprechende bloss wolle, sondern dass er sich binde, es besage nicht das Dasein eines seiner Natur nach vergänglichen Wollens, vielmehr ziele das Versprechen gerade auf etwas Endgültiges, auf Geltung ab. Das Versprechen besage nicht, dass der Versprechende etwas tun werde noch, dass er es tun wolle, noch, dass er sich binden wolle, sondern, dass er sich zu einer Handlung verbinde, dass diese Verbindlichkeit gelten solle. So wie es gesprochen ist, sei es, nunmehr seinem Wollen entzogen, endgültig; so gelte es. Das heisse nicht ‘So will ich es’ sondern ‘So sei es rechtens’.”<sup>2</sup>*

Die kern van Larenz se siening is dus een van kousaliteit tussen verklaring en gelding. Die gewone siening dat regsgevolge deur die wilsverklaring geskep word, is volgens hom verkeerd. Die regsgevolge tree onmiddellik met die wilsverklaring in werking, omdat die regsorde reeds gelding daaraan verleen het. Die regsgevolge kan dus nie veroorsaak word nie, maar gewil word.

Die vraag is dan: wat is die geldingsinhoud of – betekenis van die wilsverklaring? Vir Larenz lê dit in die *toerekenbaarheidsgedagte*. Vir hom is daardie betekenis wat die verklaarder kon en moes verwag het deur die geadresseerde aan die verklaring geheg sou word, aan die verklaarder toerekenbaar. Dit is 'n objektiewe of normatiewe benaderingswyse. Larenz se benadering tot die uitlegvraag is dus welke betekenis uit hoofde van die konkrete situasie en die redelike begrip van die geadresseerde, die verklarende toegereken moet word.

---

<sup>1</sup> Zum Irrtum bei Vertragsschluss op 201 ev.

<sup>2</sup> Diesselhorst Zum Irrtum op 201.

Met sy *Geltungstheorie* het Larenz geglo, aldus Dieselhorst,<sup>1</sup> dat hy die dualisme tussen wil en verklaring oorbrug het. Dieselhorst meen dat daar veel meriete in Larenz se siening is, maar dat die kern daarvan nie steekhou nie. Dit blyk, volgens Dieselhorst, juis uit daardie gevalle waar die reg ander gevolge aan die verklaring knoop as wat die verklaarder gewil het – hetsy deur uitlegreëls, hetsy deur die wetlike *dissensus*-reëlings. Die verklaring kry dus gelding nie vanweë die verklaarder se wil nie, maar van regsweë. Die tweespalt tussen wil en verklaring bly dus voortbestaan.

W Flume<sup>2</sup> sê Larenz ook die stryd aan oor sy *Geltungstheorie*. Volgens hom is die *Geltungstheorie* niks nuuts nie en lewer dit ook geen nuwe insigte of oplossings nie. Reeds Von Savigny<sup>3</sup> het gesê dat die inhoud van die wilsverklaring op die totstandbrenging, verandering of opheffing van 'n regsverhouding gerig is. Dit is 'n begrip so oud soos die reg en word veral deur die formele regshandeling van die Romeinse reg geïllustreer. Dus: elke *Rechtsgeschäft* is inhoudelik 'n *Geltungserklärung*. Ook Hölder het oortuigend die grondslag van die verhouding tussen wil en verklaring in terme soortgelyk aan dié van Von Savigny ontleed.<sup>4</sup> Vir hom is die wil die normerende faktor – soos 'n wet 'n abstrakte norm *statuiert* (verwetlik), so word deur 'n wilsverklaring 'n konkrete norm *statuiert* – en net soos by wetgewing, vind dit plaas deur die bekendmaking na buite. Vóór die verklaring plaasvind, bestaan die wil nie as 'n norm nie, sy gelding (*Geltung*) kry hy alleen deur bekendmaking.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Dieselhorst *Zum Irrtum* op 203.

<sup>2</sup> *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* band 2 *Das Rechtsgeschäft* Springer-Verlag Berlin 1965 op 57.

<sup>3</sup> *System* III bl. 238.

<sup>4</sup> Sien 20 *Juristentag* Band IV bl. 87.

<sup>5</sup> Sien hieroor Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 57.

Die moderne *Geltungstheorie*<sup>1</sup> ontken dus dat die wilsverklaring as regshandeling uit twee elemente, 'n wil (psigologies) en 'n verklaring ('n fisieke handeling) bestaan. Hulle sien die wil en verklaring as 'n wesenseenheid.

Flume<sup>2</sup> betwis nie gemelde siening nie, maar verwerp die *Geltungstheorie* as dit teenoor die wilsleer opgestel word. Dat die wilsverklaring volgens die inhoud daarvan ook 'n geldingsverklaring is, is nooit deur die voorstanders van die wilsleer betwis nie. Die verskil tussen die wilsteorie en die *Geltungstheorie* kom na vore wanneer daar 'n verklaring voorhande is wat nie met die wil van die verklaarder ooreenstem nie. Die *Geltungstheorie* aanvaar nie in daardie gevalle die nietigheidsleer van die wilsteorie nie. Die voorstanders van die *Geltungstheorie* leer dat daar wel 'n wilsverklaring as geldingsverklaring was en dat bepaalde regsgevolge daardeur in die lewe geroep is. Daardie gevolge kan egter deur 'n verdere regshandeling, te wete *aanvegting*, ongedaan gemaak word, 'n siening wat aan die van Hijma in Nederland herinner.

Flume<sup>3</sup> meen myns insiens tereg dat die *Geltungstheorie* niks anders as die vertrouensleer of, soos dit gewoonlik in Duits aangedui word, die *Erklärungstheorie*, is nie. Die *Geltungstheorie* los nie die dualisme tussen wil en verklaring op nie, maar skuif die problematiek slegs een stappie verder, te wete, onder welke omstandighede kan die verwekte vertroue aangeveg word? Dit is maar dieselfde vraag waarvoor die moderne wils-vertrouensleer te staan kom.

---

<sup>1</sup> Soos verkondig deur Larenz en nagevolg deur Enneccerus-Nipperdey *Lehrbuch* § par. 164 II 3 en Dulckeit *Festschrift Fritz Schulz* I bl. 148 ev.

<sup>2</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 58.

<sup>3</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 59.

### 13. **Die Duitse funksionele (regssosiologiese) skool en die sosiaal-tipesiese verbintenisse**

Die jongste opvatting in die Duitse regswetenskap t.a.v. die onderwerp onder bespreking is dié van die regssosiologiese of funksionele skool.<sup>1</sup>

Die kenmerk van hierdie skool is dat die wilsleer en die siening dat *consensus* die grondslag van kontraktuele gebondenheid is, vanuit 'n breë perspektief bevraagteken word. Nie die individuele wil nie, maar die maatskaplike funksie van die sluiting van ooreenkomste – en die rol van die wetgewer daarin – is vir die voorstanders van die skool dié deurslaggewende element.

Die moderne grondlegger van hierdie denkrigting in Duitsland is W Schmidt-Rimpler.<sup>2</sup> Vir hom is die sentrale feit dat die wetgewer (in 'n gekodifiseerde stelsel) die kontraksmeganisme georden het met die oog op die breë maatskaplike belang: die partye reël slegs binne die neergelegde grense hul verhouding. Die feit dat twee partye met uiteenlopende belange mekaar deur kontraksluiting móét vind, is vir hom 'n waarborg vir geregtigheid *inter partes*.

Die volgelinge van Schmidt-Rimpler, soos R Reinhardt,<sup>3</sup> W Siebert<sup>4</sup> en L Raiser,<sup>5</sup> verwerp weliswaar nie die beginsel van privaatoutonomie nie, maar laat die klem val op die objektiewe, geldende reg en die vereistes van maatskaplike geregtigheid, eerder as op die individuele wil, om te bepaal of daar 'n kontrak tot stand gekom het en wat die inhoud daarvan is. Veral

---

<sup>1</sup> So genoem deur Van Dunné *Normatiewe uitleg* 1971 op 404.

<sup>2</sup> In *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts* in (1941) 147 *Archiv. f. civ. Praxis* op 130 ev. en *Zum Problem der Geschäftsgrundlage* in 1955 *Festschrift Nipperdey* 1955 op 1 ev.

<sup>3</sup> *Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Verträge*, in *Festschrift zum 70e Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler* 1957 op 115 ev.

<sup>4</sup> *Faktische Vertragsverhältnisse, Abwandlungen des Vertragsrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrecht* (1957) 41 *Jur. Std. Gesellschaft Karlsruhe* op 38 ev.

<sup>5</sup> *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit* in 1960 *Festschrift Deutscher Juristentag*.

Reinhardt stel dit duidelik dat aangesien die ganse privaatreë slegs 'n middel tot verwesenliking van sosiale geregtigheid is, behoort 'n regshandeling slegs erken te word in die geval van 'n geregverdigde belange-uitwisseling. In 'n kontrak tref mens dus verskillende *Ordnungskräfte* aan – die individuele wil asook die bo-individuele gemeenskapsbelange.

As staving vir sy stelling dat 'n kontraktuele verhouding nie slegs weens *consensus* tot stand kom nie, verwys Reinhardt na die sogenaamde *faktische Vertragsverhältnisse*.

Laat ons by die bespreking van hierdie figuur die voorbeeld neem wat in die Duitse BGH op 14 Julie 1956<sup>1</sup> gediens het en wat beroemd geword het as die *Parkplatz-fall*. 'n Motoreienaar parkeer sy motor op 'n bewaakte parkeerterrein in Hamburg, waar gelde vir die parkering en bewaking gehef word. Hy weier uitdruklik om die neergelegde gelde te betaal. Die BGH hou die motoreienaar gebonde om die neergelegde gelde te betaal; weliswaar, sê die hof, nie weens 'n kontrak nie, want daar was immers geen *rechtsgeschäftliche Erklärungen* nie.

Daar het in die Duitse regsletteratuur 'n diepsinnige debat oor hierdie en soortgelyke gevalle ontstaan. Byvoorbeeld 'n sweeftuigvlieënier word weens weerstoestande gedwing om op 'n internasionale lughawe waar hoë landingsgelde gehef word, te land. Op welke basis – en tot welke omvang – word die gebruiker van die voordele aanspreeklik gehou? Hierdie regsfiguur word gewoonlik as *faktische Vertragsverhältnisse* aangedui, omdat daar (kontraktuele) gebondenheid in weerwil van 'n gebrek aan *consensus* voorhande is; die gebondenheid vloei slegs voort uit die feit van gebruikmaking. Larenz noem hierdie verskynsels *Schuldverhältnisse aus sozialtypischen Verhalten* en Reinhardt meen dat *Sonderbeziehungen* 'n beter term sou wees. Reinhardt redeneer dan ook dat uit die *faktische Vertragsverhältnisse* kontraktuele gebondenheid ontstaan – en, dus, *consensus* is geen vereiste uit kontraktuele gebondenheid nie.

---

<sup>1</sup> 1956 BGHZ 21 op 319.

Siebert sien die grondslag van gebondenheid in genoemde gevalle ook nie in die individuele wil nie, maar in die beginsels van *Treu und Glauben* en *Vertrauensschutz*. Vir hom illustreer die *faktische Vertragsverhältnisse* die krag van die maatskaplike sedes, dit wil sê regsosiologiese oorwegings van 'n sosiaal-kollektiewe aard.

Onder invloed van hierdie skool het die opvatting veral in Duitsland posgevat dat daar sekere *sozial-typische* verhoudinge is waar kontraktuele gebondenheid ontstaan in die afwesigheid van *consensus*. Ek behandel die gevalle kortliks.

### **Die *sozial typische* verbintenis**

#### **(a) Die leerstuk van die sg *faktische Vertragsverhältnisse***

Ek het reeds kortliks na dié leerstuk verwys. Die teksboekgeval is die een van die motoris wat sy motor op 'n beheerde parkeerterrein parkeer met die uitgesproke bedoeling om nie die voorgeskrewe gelde te betaal nie.

Mens kan dus nie van *consensus* en 'n kontrak in die geykte sin van die woord praat nie. In die *Parkplatzfall* is die motoris aanspreeklik gehou om die neergelegde gelde te betaal – ten spyte van die feit dat die BGH verklaar het dat daar geen kontrak voor hande is nie.

Dit kan beswaarlik betoog word dat die motoris skotvry kan uitgaan. Maar op welke basis is hy aanspreeklik? Is dit weens delik, of verryking of weens 'n "nie-konsensuele kontrak"? En hoe kom mens uit by 'n verpligting om juis die parkeerterrein-eienaar se neergelegde gelde te betaal?



Soos Flume<sup>1</sup> aantoon, het Günter Haupt in 1941 vir die eerste keer die aandag op die verskynsel gevestig.<sup>2</sup> Sedertdien is weinig nuwe insigte ontwikkel, ten spyte van die omvangryke werke van Siebert en Nikisch<sup>3</sup> oor dié vraagstuk.

Flume<sup>4</sup> meen dat die benaming *faktische Vertragsverhältnisse* 'n wanbeskrywing is, insoverre elke kontrak 'n verhouding, nie-alleen feitlik nie, maar ook regtens, daarstel. Ook verwerp hy Larenz se siening dat gemelde soort verhoudings bloot as *sozial typische Verhalten* gesien moet word. Dit sê nog niks, want elke kontrak is 'n *sozial typische Verhalten*. Flume meen dat mens verskillende soorte kontrakverhoudings wat as *sozial typische Verhalten* probleme gee, moet onderskei.

Met hierdie benaderingswyse stem ek saam. Ek behandel dus onder die hofie van *faktische Vertragsverhältnisse* slegs gevalle soos wat in die *Parkplatz*-beslissing ter sprake gekom het.

Volgens Flume<sup>5</sup> is hier geen sprake van die wil om gebonde te wees aan die kant van die motoris nie. Om dus van 'n kontrak te praat is bloot 'n fiksie.

Flume<sup>6</sup> meen dat daar nie 'n teenspraak tussen 'n aannemingshandeling (die parkeer van die motor wetende dat 'n

---

<sup>1</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 95.

<sup>2</sup> *Festschrift Heinrich Siber* 1943, II op 5 ev.

<sup>3</sup> *Festschrift Dölle* 1963 op 79 ev.

<sup>4</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 97.

<sup>5</sup> *Allgemeiner Teil* 1989 op 247.

<sup>6</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 99.

teenprestasie daarvoor verskuldig is) en 'n gelyktydige verklaring kan wees nie.<sup>1</sup>

Eugen Dietrich Graue<sup>2</sup> meen dat die probleem rondom die *faktische Vertragsverhältnis* ons voor die vraag stel of *consensus* huidig, 2 000 jaar na die ontdekking daarvan (*sic*), as middel tot kontraksluiting uitgedien is. Saam met die ander probleemgevalle wat hieronder nog aangevoer sal word, moet ons, volgens Graue die vraag vra of *consensus* as middel tot kontraksluiting nog onbeperk kan geld of glad nie meer erken moet word nie?

Wat die onderhawige gevalle betref, meen Graue dat die korrekte oplossing in die leerstuk van *protestatio facto contrario* geleë is, en nie in die siening dat gebondenheid op 'n soort sosiale verantwoordelikheid berus nie.

Die beginsel *protestatio facto contrario* is aanverwant aan die *estoppel*-beginsel en beteken dat niemand deur 'n mondelinge verontskuldiging die gevolge van 'n bedoelde handeling kan ontsnap nie. Dit het sy oorsprong in die Romeinse reg en is gebruik in 'n verskeidenheid van gevalle, byvoorbeeld beledigende opmerkings wat gepaard gaan met 'n verklaring dat die spreker nie bedoel het om aanstoot te gee nie; iemand word 'n dief of rower genoem, maar, word bygevoeg, *salvo honore*, dit wil sê sonder die bedoeling om sy karakter aan te tas, of, word bygevoeg, *absit dicto contumelia*. Sodanige *protestationes* het die verklaarder nie gehelp nie en was nie genoeg om die vermoede van *animus iniuriandi* te weerlê nie.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> "Das Rechtsgeschäft, welches durch die Inanspruchnahme einer als entgeltlich bereitgestellten Leistung vollzogen wird, kann selbstverständlich nicht durch eine entgegenstehende Erklärung aufgehoben werden."

<sup>2</sup> *Vertragsschluss durch Konsens?* in (1975) 49 *Schriften zur Rechtstheorie* op 105 en 113.

<sup>3</sup> Die literatuur is by Zimmermann *Obligations* 1990 op 1069-1070.

**(b) Die sogenaamde *daseinsversorge***

Dit gaan hier om die gevalle waar 'n plaaslike owerheid aan die burgers binne sy gebied water, gas of elektriese krag in hul wonings aanbied. In hierdie gevalle word die verbruiker *ex contractu* aanspreeklik gehou, sonder dat daar noodwendig 'n voorgaande kontrak aangegaan is.

Dit is wel voor die hand liggend dat daar stilswyend 'n kontrak tot stand kom. Die plaaslike owerheid maak 'n aanbod deur die beskikbaarstelling, op neergelegde voorwaardes, van die water, ens. Die verbruiker wat die water, ens. gebruik, aanvaar dié aanbod.<sup>1</sup>

Hierdie konstruksie is nie noodwendig 'n fiksie nie. Immers, as die vraag aan die verbruiker gevra sou word of hy bedoel het om aan die neergelegde kontraksterme en –tariewe gebonde te wees, sal die antwoord sekerlik in 99 % van die gevalle bevestigend wees en is 'n werklike kontrak voor hande. In die oorblywende gevalle sal 'n ontkennende antwoord op 'n irrelevante *protestatio facto contraria* neerkom, aldus Graue.<sup>2</sup>

**(c) Die beperking op 'n nietigheidberoep in gevalle van handeldrywende vennootskappe en regspersone**

Volgens Graue<sup>3</sup> bestaan die reël reeds geruime tyd in die Duitse reg dat waar 'n handeldrywende vennootskap of ander regspersoon met derdes kontrakte aangegaan het, die vennote of direkteur hulle nie *teenoor die derdes* op nietigheid van die vennootskapskontrak of

---

<sup>1</sup> Graue *Vertragsschluss* 1975 op 115 ev.

<sup>2</sup> *Vertragsschluss* 1975 op 115-116.

<sup>3</sup> *Vertragsschluss* 1975 op 111 ev.

stigingskontrak (in geval van 'n regs persoon) weens een of ander wilsgebrek kan beroep nie.

Die beginsel is egter geen ontkenning van die *consensus*-uitgangspunt nie, maar slegs 'n beperking daarop. Die grondslag van dié beperking is daarin geleë dat die belange van derdes (veral: skuldeisers) as van meer belang beskou word as dié van die kontrakterende partye. Soos Graue dit stel:<sup>1</sup>

*“Damit wird zugleich anerkannt, dass Kapital – und Personengesellschaften durch ihren Eintritt in den Geschäftsverkehr wirtschaftliche, soziale und rechtserhebliche Tatsachen schaffen, die nicht mehr nachträglich durch Beseitigung der rechtsgeschäftlichen Grundlagen dieser Unternehmern zum Nachteil der Gläubiger rückgängig gemacht werden können.”*<sup>2</sup>

#### **(d) Die arbeidsreg**

Op gebied van die arbeidsreg bestaan in die Duitse reg die reël dat die geldigheid en gevolge van die dienskontrak nie uitsluitlik deur die norme van die kontraktereg beheers word nie, maar veral deur breëre, sosiale norme. Die gevolg is dat kontraksbeproe nie konsekwent gehandhaaf sal word nie en dat 'n beroep op wilsgebreke nie konsekwent volgens die algemene reëls beheers word nie.<sup>3</sup> Graue<sup>4</sup> sien ook in hierdie reëls nie 'n aanval op die die *consensus*-dogmatiek nie. Dit is eerder dat die *gevolge* van konsensuele kontraksluiting

---

<sup>1</sup> *Vertragsschluss* 1975 op 111.

<sup>2</sup> Sien ook Graue *Vertragsschluss* 1975 op 114-115.

<sup>3</sup> Graue *Vertragsschluss* 1975 op 112.

<sup>4</sup> *Vertragsschluss* 1975 op 115.

weens oorwegings van openbare belang anders as gewoonlik behandel word.

Die leerstuk van die *sozialtypischen Verhalten* in die vier vorme hierbo behandel, vervang klaarblyklik nie die tradisionele grondslag van kontraktuele gebondenheid nie. Hoogstens beklemtoon dit die toenemende omvang en betekenis van die maatskaplike belang, op sekere gebiede, onder andere op gebied van beperking van geldigheidsaanvegtingsgronde en die bestek van afdwingingsmeganismes.<sup>1</sup>

#### **14. Kontrak as uitoefening van die privaatoutonomie**

Daar is 'n diepgaande oorsig van die rol van die wil en die wilsverklaring by Werner Flume.<sup>2</sup>

Flume lê veral klem op die privaatoutonomie van die mens as 'n grondbeginsel ('*Prinzip*') van die regsordening. Die privaatoutonomie vloei weer voort uit die algemene beginsel van die selfbeskikking van die mens. Daar is geen regsordening sonder privaatoutonomie nie. Maar die privaatoutonomie verg op sy beurt weer die bestaan van 'n regsordening.<sup>3</sup> Die enkeling kan slegs regsverhoudinge daarstel, welke regsverhoudinge gestalte kry deur handeling, indien dit so deur die regsordening erken word. Die privaatoutonome gestaltegewing van regsverhoudinge word dus na vorm en moontlik ook inhoud deur die regsordening bepaal en begrens. Daar is

---

<sup>1</sup> Sien ook Graue *Vertragsschluss* 1975 op 129 ev.; Ludwig Häsemeyer, *Geschäftsgrundlage und Vertragsgerechtigkeit* in Ehmann Hefermehl & Laufs *Privatautonomie Eigentum und Verantwortung festgabe* für Hermann Weitnauer Duncker & Humblot Berlyn 1980 op 67 ev.

<sup>2</sup> *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts* Band 2 *Das Rechtsgeschäft* Springer-Verlag Berlyn 1965.

<sup>3</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 1.

slegs 'n *numerus clausus* van 'Aktstypen'. Deur daardie handelingstipes te verrig, kan slegs 'n geslote getal regsverhoudings geskep word.<sup>1</sup>

Die privaautonomie word in vele opsigte ook begrens en beperk deur reëls van die positiewe reg en, in die algemeen, deur die norme van die goeie sedes (*guten sitten*).<sup>2</sup>

Derhalwe kan mens nie die vraag vra of die grondslag vir die gelding van 'n privaautonome handeling, die handeling dan wel die regsorde is nie:

*“Beides, die privaautonome Gestaltung des Rechtsverhältnisses (z.B. des Käuferhältnisses durch Bestimmung von Ware und Preis) und die Rechtsordnung (par. 433 BGB) gehören als Rechtsgrund der Geltung des privatautonomem Akts (des Kaufvertrags) untrennbar zusammen.”*<sup>3</sup>

Maar regsvolge tree ook in op gebied van kontrakte selfs waar die partye nie privaautonome handeling, gerig op daardie gevolge, verrig het nie. As voorbeeld noem Flume<sup>4</sup> die geval waar die koopsaak voor lewering daarvan tot niet gaan of wanneer lewering defektief is. Die regsgevolge van daardie gebeure vloei voort uit die koopkontrak: al is nie daaroor ooreengekom nie, tree bepaalde gevolge van regsweë in uit hoofde van dit waaroor wel ooreengekom is. Aansprake voortvloeiend uit gemelde gebeure bly dus steeds *kontraktuele* aansprake.

---

<sup>1</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 2: “Der einzelne hat zwar in Bereich der bestimmen, ob and welche Rechtsverhältnisse er betrifft welcher Gegenstände oder Personen gestalten will. Er kann aber nur in den Akten rechtsgestaltend handeln, welche ihm als Aktstypen nach der Rechtsordnung dafür zur Verfügung stehen, und er kann nur solche Rechtsverhältnisse und diese nur in der Weise gestalten wie es durch die Rechtsordnung anerkannt ist. Die Rechtsordnung enthält für die privatautonome Gestaltung, einen numerus clausus der Aktstypen under durch sie gestaltbaren Rechtsverhältnisse.”

<sup>2</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 2.

<sup>3</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 2.

<sup>4</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 3.

Dit bly egter, volgens Flume, steeds nodig om skerp te onderskei tussen regsgevolge wat intree as gevolg van 'n privaautonome handeling en blote wetlike regsgevolge. In die eerste geval gaan dit om die verwesenliking van die selfbeskikking van die enkeling. Daarom vra die regspreker nie of die gevolge van 'n koopkontrak regverdig is nie. Die kontraksgevolge kry hul regverdiging in die ooreenkoms tussen die partye om 'n koopkontrak te sluit op bepaalde terme, dit wil sê in die selfbeskikking van die partye. Die selfbeskikking geld voor die regterlike waardebeplating.<sup>1</sup>

Flume betwis ook die opvatting (wat mens in die Franse en Nederlandse kodes teenkom) dat die kontrak vir die partye "tot wet" strek. Die enkeling kan immers nie wetgewer wees nie. Weliswaar is dit so dat regtens daardie regsgevolge intree wat die enkeling deur selfbestemming tot regsverhouding geskep het. Maar die geldingsgrond van daardie regsgevolge is "nur die selbstbestimmung und ihre Anerkennung durch die Rechtsordnung".<sup>2</sup> Nietemin het die regsgevolge van die handeling wat uit hoofde van selfbeskikking verrig is, nie die materiële kwalifikasies van "die reg" nie. Die wetgewer moet die regsidees (van die gemeenskap) verwesenlik; die kontrakterende party handel slegs met die oog op eie voordeel.<sup>3</sup>

Die regverdiging van die gelding van die privaautonome handeling is slegs daarin geleë dat die enkeling dit gewil het, aldus Flume.<sup>4</sup>

Die privaautonome gestaltegewing aan regshandelinge benodig in die reël die samewerking van al diegene wat deur die regshandeling geraak word.

---

<sup>1</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 5.

<sup>2</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 5.

<sup>3</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 5.

<sup>4</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 6: "Die privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen bedarf, soweit sie vom Recht anerkannt wird, keiner anderen Rechtfertigung, als dass der einzelne sie will. Nur wenn man beachtet, dass die Privatautonomie die Anerkennung der "Selbstherrlichkeit" des Einzelnen in der Gestaltung von Rechtsverhältnissen bedeutet, gelangt man zu einem Verständnis, wie weit und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsordnung der privatautonomen Gestaltung von Rechtsverhältnissen Raum geben darf."

omdat dit steeds vir iedereen gaan oor die uitoefening van outonomie en selfheerskappy. Die *kontrak* is daarom die hoofvorm van die verskynsel van regshandelinge. Die hele idee van 'n kontrak is dat dit waarop ooreengekom is, geld, omdat die kontrakspartye, elkeen in die uitoefening van sy of haar selfbeskikkingsreg, *gewou* het dat regtens so moet geld. Daarom gaan die regsorde van die standpunt uit dat selfs die kontrak waardeur een van die partye benadeel word, sal geld, omdat die kontrakspartye *self* die kontraksevolge bepaal het.<sup>1</sup> Daarom is dit onjuis om te sê dat 'n kontrak, in regsbetekenis, "*reg*" of "*verkeerd*" is – behalwe in gevalle waar die norme van die goeie sedes nietigheid voorskryf – want die selfbeskikking bou self 'n regsoordeel in, naamlik dit wat deur beide partye gewil is.<sup>2</sup>

Flume<sup>3</sup> wys voorts daarop dat, anders as wat dikwels aangevoer word, die beginsel van privaatoutonomie van die mens niks te doen het met die Individualisme of die Liberalisme van die agtiende en negentiende eeue nie. Dit is slegs so dat ons sedert die sewentiende eeu steeds sterker bewus geword het van die privaatoutonomie as 'n waarde. Maar veral in die negentiende eeu is die geldingsgebied van die privaatoutonomie uitgebrei. Vir die huidige tyd geld die siening dat die privaatoutonomie 'n individualistiese beginsel is; dit is die erkenning van die selfbeskikking van die enkeling in die gestaltegewing van sy regsverhoudinge. Hoewel die privaatoutonomie in die twintigste eeu sterk begrens is, bly dit nog die wesenlikste strukturelement van die regsorde. Want selfs in daardie gevalle waar owerheidsinmenging baie sterk is, byvoorbeeld in die arbeids- en huurreg, of waar standaardbedinge aan die orde van die dag is, bly die keuse steeds by die enkeling of hy of sy 'n regshandeling op daardie gebied wil onderneem.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 7.

<sup>2</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 7-8.

<sup>3</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 15.

<sup>4</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 14-17.



Die selfbeskikkingsreg van die individu word ook in die grondwet as 'n beginsel van die gemeenskapsordening erken en gewaarborg. Die waarborg geld vir *alle* individue as lede van die gemeenskap; daarsonder sou 'n gemeenskap, soos dit deur die grondwet beoog is, nie moontlik gewees het nie. Maar kontraksvryheid is nie as besondere grondreg erken nie; immers, die wetgewer is bevoeg om die vorm, inhoud en gevolge van regshandelinge te orden.<sup>1</sup>

Die begrip “*regshandeling*” (*Rechtsgeschäft*) word nie in die BGB omskryf nie. Voorafgaande aan die eerste ontwerp het die opsteller daarvan egter geskryf:

*“Rechtsgeschäft in sinne des Entwurfs ist eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist. Das Wesen des Rechtsgeschäftes wird darin gefunden, dass ein auf die Hervorbringung rechtlichen Wirkungen gerichteter Wille sich betätigt und dass der Spruch der Rechtsordnung in Anerkennung dieses Willens die gewollte rechtliche Gestaltung in der Rechtswelt verwirklicht.”*<sup>2</sup>

Die begrip “*regshandeling*” het nie 'n selfstandige betekenis nie, maar kom in konkrete vorm in die regsorde voor in spesifieke vorms, soos 'n koopkontrak, die maak van 'n testament, ens. “*Regshandeling*” is dus 'n abstraksie van al die handelinge wat in die regsorde erken word en wat die skepping, verandering of opheffing van 'n regsverhouding van 'n individu en wel deur die uitoefening deur hom of haar van die selfbeskikkingsmag tot gevolg het. Die bepaalde en erkende regshandelinge is nie bewuste skeppinge van die reg nie, maar het in die regsverkeer van en deur mense ontwikkel.

---

<sup>1</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 19.

<sup>2</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 23.

Flume vervolg dan:<sup>1</sup>

*“Die ‘Rechtsgeschäften’ sind die Geschäfte aber erst geworden als sie als Aktstypen der Gestaltung von Rechtsverhältnissen von der Rechtsordnung anerkannt würden. Mit Recht hat Lotmar gesagt, es müsse, “wie ‘nullum crimen sine lege’ so auch ‘nullum negotium sine lege’ gelten” wobei negotium in Sinne von Rechtsgeschäft zu verstehen ist.”*

Nog 'n wesenkenmerk van die regshandeling is dat dit daarop gerig is om, tussen die handelende persone, 'n finale toestand te skep, byvoorbeeld by eiendomsoordrag: die oordragshandeling is daarop gerig om finaal die regsgevolg van eiendomsoorgang in die lewe te roep.<sup>2</sup>

Flume<sup>3</sup> meen dat daar 'n noue verband bestaan tussen regshandeling en wilsverklaring. Soms word dié terme as sinonieme aangewend. Die regshandeling as vergestaltung van die selfbeskikking van die individu vereis die manifestasie van die wil waardeur die gevolge van die wil in werking gestel kan word. Dit is die wilsverklaring. In die geval van 'n eensydige regshandeling, byvoorbeeld die testament, kan mens dus regshandeling en wilsverklaring vereenselwig.<sup>4</sup> Maar by tweesydigse regshandelinge, byvoorbeeld die kontrak, is daar 'n verskil tussen regshandeling en wilsverklaring.

Vir Flume<sup>5</sup> is 'n korrekte historiese perspektief op die ontstaan van die begrip van die regshandeling belangrik. Volgens hom het dié begrip nie in die Romeinse reg ontstaan of ontwikkel nie, maar in die Duitse regswetenskap

---

<sup>1</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 23.

<sup>2</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 25.

<sup>3</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 25.

<sup>4</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 25-26.

<sup>5</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 28-34.

van die agtiende eeu. Die Romeinse reg het slegs die afsonderlike regshandelingstipes geken en nooit 'n oorkoepelende regshandelingsteorie ontwikkel nie. Die regshandelingsbegrip was een van die groot skeppinge van die groot Duitse juriste, en veral van die sogenoemde *Pandektenwissenschaft*, wat teruggaan na die agtiende eeu. Die Pandektewetenskap breek weg van die kasuïstiese benadering van die Romeinse reg en soek algemene regsbeginne en –begrippe, onder andere regshandeling en wilsverklaring. Volgens Flume<sup>1</sup> was dit veral die Göttingse professor, Georg Arnold Heise<sup>2</sup> wat vir die eerste keer gemelde begrippe as algemeengeldende terme gebruik het.<sup>3</sup> Dit was egter veral CF von Savigny<sup>4</sup> wat die wilsmoment by die regshandeling ontleed het en die wilsteorie begrond het.

In die Pruisiese *Allgemeinen Landrecht* van 1794 (die ALR) word die woord “*Rechtsgeschäft*” nog nie gebruik nie, maar wel “*Willenserklärung*”. Ook die Franse Code civil van 1804 en die Oostenrykse Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch van 1811 (die ABGB) het nie die leer van die “*Rechtsgeschäft*” oorgeneem nie. In die Saksiese wetboek van 1863 kry ons in paragraaf 88 vir die eerste keer 'n redelike presiese definisie van die regshandeling:

“*Geht bei einer Handlung der Wille darauf, in Übereinstimmung mit den Gesetzen ein Rechtsverhältnis zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, so ist die Handlung ein Rechtsgeschäft.*”

Die BGB vermy wel 'n definisie van 'n regshandeling, maar, aldus Flume<sup>5</sup> was die leerstuk van die *Rechtsgeschäft* die hooftema van die Duitse

---

<sup>1</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 28.

<sup>2</sup> *Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen* 1807.

<sup>3</sup> Sien verdere bespreking van die pandektistiek by Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 29 ev.; Van Zyl *Geskiedenis* 1979 op 257 ev.

<sup>4</sup> *System des heutigen Römischen Rechts* Band III.

<sup>5</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 30.

regswetenskap van die negentiende eeu. Die wêreldwye aansien wat daardie regswetenskap verwerf het, kan volgens Flume, teruggevoer op die leerstuk van die *Rechtsgeschäft*. Sowel in die sivilregtelike lande as in die Anglo-Amerikaanse reg het hierdie leerstuk groot invloed uitgeoefen, soos onder andere blyk uit die groei van die Engelse “*law of contracts*” tot ‘n “*law of contract*” en die oorname van die klassieke Duitse leer van die *Rechtsgeschäft* in onder andere die nuwe Nederlandse Burgerlijk Wetboek.<sup>1</sup>

Flume<sup>2</sup> meen dan ook dat die ontwikkeling van die leerstuk van die *Rechtsgeschäft* een van die groot skeppinge van die regswetenskap is. Nie verniet het daardie leerstuk dan ook so wyd buite die grense van die Duitse reg sy invloed laat geld nie. Deur die begrip van die *Rechtsgeschäft* word telkens beklemtoon dat in die regterlike beoordeling dit steeds gaan om ‘n handeling wat regsverhoudinge skep en wat deur selfbeskikking ‘n regsreëling in werking stel. Die leerstuk van die *Rechtsgeschäft* plaas ons voor die uitdaging om in algemeengeldende terme te dink oor probleme wat by al die besondere vorme van die regshandeling voorkom.<sup>3</sup>

Flume<sup>4</sup> sien die wese van die wilsverklaring dat dit regsgestalte gee aan die wil van die mens vanweë die selfbeskikking van die individu. Die nietigheidsleer in gevalle van *dissensus* is nie maar net ‘n logiese afleiding nie, maar berus op ‘n korrekte begrip van die wilsverklaring as ‘n selfbeskikkingshandeling. Die stelling is waar, selfs al word die nietigheidsleer afgewater tot ‘n aanvegtingsleer. Die wese van aanvegting of nietigheidsverklaring in gevalle van *dissensus* is nie maar net dat die wetgewer (in geval van die BGB) die “*interesse*” van die verklaarder hoër aangeslaan het as die “*interesse*” van die teenparty nie, maar, volgens Flume, die oorwinning van die selfbeskikkingsreg van die individu. Daar is slegs

---

<sup>1</sup> III; 2 art. 2.

<sup>2</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 32.

<sup>3</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 33-341.

<sup>4</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 60.

maar een wyse waarop die nietigheids- of aanvegingsleer in geval van *dissensus* verklaar kan word, en dit is dat die verklaarde regsgevolge nie deur die selfbeskikking van die verklaarder gesteun en geregverdig word nie.<sup>1</sup>

Maar dan moet, volgens Flume<sup>2</sup> ook dadelik toegegee word dat die wilsverklaring nie net die verklaarder betrek nie, maar dat dit 'n maatskaplike handeling (*ein Sozialakt*) is, wat ook ander individue betrek. Die kern van die probleem rondom die foutiewe wilsverklaring is dus wie die *risiko* daarvoor moet dra: die verklaarder of diegene wat die betrokke regshandeling met hom of haar aangegaan het?<sup>3</sup> En dit lei tot die vraag: **hoe is die vertrouensbeskerming van die teenparty met die selfbeskikking van die verklaarder te versoen?**

Flume<sup>4</sup> antwoord: selfverantwoording is deel van die selfbeskikking. Dit laat vrae ontstaan soos: Is die verklaarder aanspreeklik vir alle nalatige verklarings of slegs vir gevalle van verklarings gemaak weens *culpa lata*?<sup>5</sup> En: hou die selfverantwoording vergoeding van die teenparty se positiewe of negatiewe interesse in?

Die filosofiese vraag is dus: In hoeverre moet die selfverantwoordelikeheidsbeginsel as deel van die selfbeskikkingsreg ruimte gegee word?

Om die gelding van 'n foutiewe wilsverklaring te verklaar is dit, volgens Flume<sup>6</sup> dus nie nodig om die verklaring te verabsoluteer nie (soos die vertrouensleer wil doen) en ook nie om die wil as afsonderlike element weg te dink nie, soos wat die *Geltungstheorie* wil doen nie. Al wat nodig is, is om in

---

<sup>1</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 60.

<sup>2</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 61.

<sup>3</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 1965 op 61.

<sup>4</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 61.

<sup>5</sup> Lg. was Windscheid se siening.

<sup>6</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 61.

te sien dat in geval van foutiewe wilsverklarings die verklaring gebrekkig is omdat dit nie die regverdiging van die selfbeskikkingsreg het nie. Maar daaruit volg nie *per se* nietigheid, soos wat die wilsleer dit wil hê, nie. Weens die met die selfbeskikking verbondene selfverantwoordelikheid is dit veelmeer denkbaar dat die selfverantwoordelikheid voorrang geniet bo die gebrekkigheid van die verklaring.<sup>1</sup> Op die vraag wanneer die een dan wel die ander beginsel – nietigheid/aanvegbaarheid weens gebrek aan selfbeskikking, of gebondenheid weens selfverantwoording – geld, is daar vir Flume geen aprioristiese antwoorde nie: die positiewe reg moet alleen maar die elemente van selfbeskikking en selfverantwoording as gevolge en wesenskenmerke van die wilsverklaring verstaan.

Vir Flume<sup>2</sup> het die verrigting van 'n regshandeling tot inhoud die “*statuierung*” van 'n bepaalde reëling. By 'n kontrak word oor 'n bepaalde reëling verenig. Vanuit daardie siening is die middeleeuse indeling van kontraksgolge as *essentialia*, *naturalia* en *accidentalia* vir Flume<sup>3</sup> sinvol. Die *essentialia* en *accidentalia* word bepaal deur die selfbeskikkingsreg; die *naturalia* van regsweë.

### **C. Die magies-religieuse as grondslag van kontraktuele gebondenheid**

Dit was 'n basiese beginsel van die ouere en selfs van die klassieke Romeinse reg dat nie elke afspraak (*pactum* of *conventio*) as 'n verbintenisskeppende feit erken is nie, hoeseer die partye ook bedoel het om gebonde te wees.<sup>4</sup> Die beginsel *nuda pactio obligationem non parit*<sup>5</sup> of *ex*

---

<sup>1</sup> Flume *Allgemeiner Teil* 965 op 62.

<sup>2</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 79.

<sup>3</sup> *Allgemeiner Teil* 1965 op 80.

<sup>4</sup> FC von Savigny (1779-1861) *System des heutigen Römischen Rechts* (1840-1849) Band II 76: “Die Klaglosigkeit der *nuda pacta* kann als der charakteristische Grundzug des Römischen System der Verträge angesehen werden.” Sien veral Zimmermann *Obligations* 1990 op 508 e.v. en die moderne literatuur daar genoem.

<sup>5</sup> D. 2.14.7.4.

*pacto actionem non oriri*<sup>1</sup> het gegeld. Voordat 'n *pactum* as 'n kontrak en dus as 'n verbintenisskeppende feit erken sou word, moes daardie *pactum* in een van die kontraktipes, wat toe deur die reg erken was, geval het. Die erkende kontraktipes waaruit 'n *obligatio ex contractu* kon ontstaan het, was destyds die *stipulatio*, die *contractus litteris*, die *contractus re*, die sogenaamde konsensuele kontrakte en sekere bepaalde *pacta*. Die objektiewe regsgrond wat dus aan elke afspraak sy afdwingbare karakter gegee het, was die feit dat dit in die gebied van 'n deur-die-reg-erkende kontraktipe geval het. Hieruit volg dat nie kategorieë verklaar kan word dat 'n afspraak of *consensus* die enigste grondslag van kontraktuele gebondenheid in die *klassieke Romeinse reg* was nie. 'n Afspraak as sodanig het nie deurgaans en sonder meer kontraktuele gebondenheid geskep nie.

Die rede vir die Romeinse geslote kontrakteregsisteem kan nie net aan bewysprobleme toegeskryf word nie. Feit is dat tot selfs in die klassieke Romeinse reg, 'n skriftelike kontrak op sigself geen regsrag gehad het nie, tensy dit deur 'n geldige *stipulatio* voorafgegaan is.<sup>2</sup>

Die pas gemelde regsreël illustreer 'n waarskynlike ander rede vir die geslote sisteem, te wete die gebrek aan 'n behoefte aan volledige, oop, sisteem weens die praktiese bruikbaarheid van die *stipulatio*. Die *stipulatio*, ten spyte daarvan, of miskien juis omdat dit 'n formele vraag-en-antwoord handeling was, het vele praktiese voordele gehad. Dit kon gebruik word vir enige soort kontrak, selfs buite die geslote sisteem. Burgers kon enige transaksie, hoe

---

<sup>1</sup> D. 19.5.15; D. 2.14.7.5 en Gaius Inst. 3-89.

<sup>2</sup> Sien D. 44.7.61 pr.; Salvatore Riccobono *Stipulation and the Theory of Contract* vertaal deur J Kerr Wylie en verwerk deur B. Beinart AA Balkema Kaapstad 1957 op 1-6 vir bespreking en bewysplekke.

eiesoortig of ingewikkeld, deur 'n *stipulatio* regsrag gee.<sup>1</sup> Maar miskien die grootste aantrekkingsrag wat die *stipulatio* tot in die laat-Republikeinse tyd gehad het, was die sakrale oorsprong daarvan. Aanvanklik was die *stipulatio* 'n godsdienstige handeling, met ernstige gevolge in geval van *stipulatio*-verbreking – byvoorbeeld die wraakreg van die gode tree in.<sup>2</sup> Selfs toe die Romeinse gemeenskap meer en meer sekulêr geword het, het die respek vir 'n kontraksvorm wat oorspronklik eed- en godsdienstgebonde was, nog bly voortleef en gedien as aansporing tot nakoming deur skuldenaars.<sup>3</sup> Dit het dus 'n gerespekteerde kontraksvorm in die praktyk gebly, wat 'n behoefte aan 'n ope kontraktstelsel sou verminder het.

Die *stipulatio*, 'n formele mondelinge reghandeling, was die oudste en mees algemene Romeinse kontraksvorm. Die oorsprong van die *stipulatio* lê êrens in die mistieke vergetelheid. Nóg die naam, nóg beskrywings van die *stipulatio* werp lig op sy herkoms.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Paulus Sententiae 2.22.2 "... *Omnibus pactis stipulatio subjici debet ut ex stipulatu actio nasci possit.*" Riccobono 1957:26 voetnota 6(a) bespreek talle voorbeelde en sê onder andere: "*In sum, any interest of everyday life could by means of stipulation be vested with legal efficacy and rendered enforceable. ... In this way, the simple and many-sided stipulation served to overcome all gaps, in the law of contract. ... Thus, with a few formal acts [Riccobono verwys na stipulatio en mancipatio] Rome catered for all the legal requirements of life, not only in primitive times, but also during the most vigorous periods of civilisation and trade when Rome's dominion extended over many and vast territories. This was a characteristic trait of Roman conservatism and tradition.*"

<sup>2</sup> Kaser *Altrömisches ius* 1949 op 256 ev.

<sup>3</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 71.

<sup>4</sup> Schulz *Classical Roman Law* op 474: "*It was a very old Roman institution and mentioned in the Twelve Tables ... It is therefore idle to speculate on its origin and its original form. The etymology of stipulari and stipulatio is obscure and what the ancient authors say in this respect is merely guess-work. If in truth the stipulatio was originally effected by a symbolic act, e.g. by a symbolic binding of the promisor with a haulm (stipula), this was all long forgotten by the time of the later Republic and the ancient etymologists could have had no knowledge of it.*" Sien ook Klaus-Peter Nanz *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. Bis. 18. Jahrhundert* 1983 op 19 ev.



Die meeste teorieë oor die ontstaan van die *stipulatio* aanvaar egter die hegte verband tussen die *stipulatio*-regshandeling en die *sponsio*-eed.<sup>1</sup> Die *sponsio* was skynbaar 'n sakrale handeling, 'n godsdienstige eed of belofte wat die skuldenaar teenoor die gode afgelê het.<sup>2</sup> Deur op 'n sekere wyse op te tree en sekere rituele woorde te uiter, word die handeling met 'n magiese towerkrag beklee en word die prestasie-belofte deur die skuldenaar met goddelike sanksie beklee.<sup>3</sup>

Die vorm van die *sponsio* was uiters formeel: die skuldeiser vra op formele wyse aan die skuldenaar of hy beloop om te presteer, waarop die skuldenaar formeel moet antwoord.<sup>4</sup> Gepaste vorme van die werkwoord *spondere* moes deur albei partye gebruik word.<sup>5</sup> Om met magies-rituele krag beklee te word, moes vraag en antwoord woordeliks ooreenstem.<sup>6</sup>

Ons weet dat die *sponsio*-eed reeds baie vroeg in die Romeinse samelewing bestaan het. Dit was die-voor-die-hand-liggende manier waarop 'n belower kon word teenoor die gode gebind en tegelyk ook gebind word as borg of gyselaar teenoor die afnemer van die belofte, dit wil sê sy skuldeiser.<sup>7</sup>

Dit is baie waarskynlik dat die *stipulatio* van die latere tyd óf uit die *sponsio* ontwikkel het,<sup>8</sup> óf met die *sponsio* saamgesmelt het.<sup>9</sup> In die vroeë Romeinse

---

<sup>1</sup> Literatuur by M. Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 268 ev.; Zimmermann *Obligations* 1990 op 1 tot 6 met literatuurverwysings; Nanz *Die Entstehung* 1983 op 20.

<sup>2</sup> Sien Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 256 e.v.

<sup>3</sup> Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 258.

<sup>4</sup> Paul Jörs, Wolfgang Kunkel en Leopold Wenger *Römisches Privatrecht* 3e uitgawe 1949 op par. 132; Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 258.

<sup>5</sup> Sien Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 268 nota 18, 259 notas 19 en 20, en 263.

<sup>6</sup> Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 259.

<sup>7</sup> Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 264 e.v.

<sup>8</sup> Sien Zimmermann *Obligations* 1990 op 71 en die literatuur daar aangehaal.

<sup>9</sup> Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 267.

beskawing was *jus* en *fas* nie skerp afgebakende begrippe nie.<sup>1</sup> Daarom is dit aanvaarbaar dat 'n belofte wat met priesterlike medewerking afgelê is, sowel regs- as religieuse gevolge sou hê. Daarby kon die sakrale aard van die *sponsio* 'n addisionele sanksie aan enige prestasiebelofte verleen. Die *sponsio* kon dus aangewend word as addisionele middel om die skuldenaar aan die *stipulatio* gebonde te hou.<sup>2</sup>

Die *stipulatio*, gerugsteun deur 'n *sponsio*-eed, het tot die tyd van die Twaalf Tafels bly voortbestaan. Vanaf hierdie tydvak begin 'n belangrike verandering ten aansien van die grondslae van die *stipulatio* intree: Die *stipulatio-sponsio* instelling word *verwêreldlik*.<sup>3</sup> Die Romeinse volk, in later tye al hoe meer sekulêr van inslag, het mettertyd die godsdienstige (of magies-rituele) aspek van die *stipulatio* op die agtergrond geskuif.<sup>4</sup> Die benaming *sponsio* word nie meer aangetref nie en voortaan meld die bronne slegs die *stipulatio* as regshandeling.<sup>5</sup>

Die gevolg van hierdie *verwêreldliking* is dat die *stipulatio* oorbly as 'n regshandeling waaraan slegs die uiterlik-formele, magies-religieuse vormelemente van die *sponsio* nog bly vaskleef het.<sup>6</sup> Die wraakreg van die gode het verval en priesterlike medewerking word nie meer vereis nie.<sup>7</sup> Die *stipulatio* word by uitnemendheid die kontraktipe waarin die Romeine hul afspraak gegiet het.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 267 e.v.

<sup>2</sup> Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 275.

<sup>3</sup> Kaser *Das altrömische ius* 1959 op 283 ev.; Nanz *Die Entstehung* 1983 op 9 ev.

<sup>4</sup> Sien Zimmermann *Obligations* 1990 op 71 ev.

<sup>5</sup> Vgl. Gai. Inst. 3-92 ev.

<sup>6</sup> Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 283: "Zweitens verschwindet die zu vermutende sakrale Form, so dass nur noch die Bindung an den Gebrauch bestimmter Worte übrigbleibt."

<sup>7</sup> Kaser *Das altrömische ius* 1949 op 283.

<sup>8</sup> Jörs-Kunkel-Wenger *Römisches Privatrecht* 1949 op 171.

Die *stipulatio* het tot aan die einde van die klassieke tyd uiters formalisties gebly, waarin die gebruik van sekere woorde 'n deurslaggewende rol gespeel het.<sup>1</sup> Die skuldeiser (*reus promittendi*) formuleer die belofte as 'n vraag waarop die skuldenaar bevestigend moes antwoord. Vraag en antwoord moes formeel ooreenstem en die woorde van die vraagsin moes weer in die antwoordsin verskyn.<sup>2</sup> Die partye moes in mekaar se teenwoordigheid optree<sup>3</sup> en gepaste vorme van die werkwoord *spondere* moes sowel in vraag as antwoord voorkom.<sup>4</sup>

Die *stipulatio* het vanaf die tyd van die klassieke reg tot die tyd van die Justiniaanse reg 'n algehele metamorfose ondergaan.<sup>5</sup> In die Justiniaanse reg word die *stipulatio* beswaarlik meer as 'n vormvrye ooreenkoms. Die degenerasie van die *stipulatio* het natuurlik nie oornag plaasgevind nie en moes seker reeds teen ongeveer 212 n.C. begin het toe Caracalla alle inwoners van die Romeinse Ryk tot *cives* verklaar het en daardeur die *stipulatio* op persone wat voorheen vormvry kon kontrakkeer, afgedwing het.<sup>6</sup> As teenreaksie sou 'n neiging tot liberalisering van die *stipulatio* wel verwag kon word.

In 472 het Leo sy beroemde *constitutio* uitgevaardig, waardeur die vereiste van 'n formele vraag en antwoord afgeskaf is.<sup>7</sup> Die Justiniaanse reg word ook weerspieël deur Inst. 3.15.1, waar onder andere verklaar word dat die partye enige taal en enige woorde mag gebruik om 'n *stipulatio* aan te gaan. Na 472

---

<sup>1</sup> Riccobono, Wylie en Beinart *Stipulation* 1957 op 30 ev. D. 45-1-1 pr.; D. 45.1.1.1 e.v.; D. 44.7.52.2; D. 44.7.1.7; D. 44.7.8; Gai. Inst. 3-92; Paul. Sent. 2.3.1.

<sup>2</sup> D. 44.7.52.2; D. 45.1.5.1; Gai. Inst. 3-92, 102; Inst. Just. 3-5 pr.

<sup>3</sup> Riccobono, Wylie en Beinart *Stipulation* 1957 op 33 e.v., 35 nota 30; D. 45.1.1 pr. D. 44.7.2.2; Gai. Inst. 3-136; Paul Sent. 5.7.2; Inst. Just 3.22.2 en 3.9.12.

<sup>4</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 72 ev.

<sup>5</sup> Zimmermann *Obligations* 1990 op 71 ev.

<sup>6</sup> Van Oven *Leerboek* 1948 op 217.

<sup>7</sup> C. 8.37.10.

n.C. was dit nog 'n vereiste dat die partye wat wou stipuleer, in mekaar se teenwoordigheid moes verskyn en mondeling ooreenkom. In die Justiniaanse *constitutio* van 1 November 531 is hierdie vereiste vir alle praktiese doeleindes afgeskaf.<sup>1</sup> Hierdie *constitutio* skaf twee basiese vereistes van die klassieke *stipulatio* af: die vereiste dat die partye in mekaar se *aanwesigheid* moes ooreenkom en die vereiste dat hulle *mondeling* moes ooreenkom.<sup>2</sup>

Watter rol speel *consensus* in die Justiniaanse *stipulatio*? Reeds in die *Constitutio* van Leo van 472<sup>3</sup> word erken dat die *stipulatio* sy krag *pro consensu contrahentium* ontleen. Justinianus onderskryf twee maal die beginsel dat *consensus* die grondslag van *stipulatio* – gebondenheid is. In Inst. 3.15.1 word verklaar *sollemnitae verborum sublate sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat*; terwyl in Inst. 3.19.13 kernagtig verklaar word *sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valent ...* Die kompilatore van die *Digesta* het die beginsel, dat *consensus* die grondslag van *stipulatio* – gebondenheid is, waarskynlik deur teksverwerkings en interpolasies in die oorspronklike tekste ingewerk. Dit word waarskynlik ingevoeg in D. 2.14.1.3: *nullum esse contractum, nullum obligatio, quae non habeat in se conventionem, sive re verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* In D. 45.1.137.1 verskyn die waarskynlik geïnterpoleerde woorde *nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*.

Die feit dat *consensus* onomwonde as die grondslag van *stipulatio* gebondenheid erken word, bring mee dat die sakrale magies-rituele grondslag van die *stipulatio* alle belang verloor het.

---

<sup>1</sup> Sien C. 8.37.14.

<sup>2</sup> Riccobono, Wylie and Beinhart *Stipulation* 1957 op 57 en literatuur daar vermeld. Riccobono bewys ook voorts (op 93 ev.) dat die *stipulatio* in Justinianus se tyd deur blote gedrag ('n knik van die kop, ens.) gesluit kon word. Oor die hervorming van die *stipulatio* sien ook Zimmermann *Obligations* 1990 op 71 ev.

<sup>3</sup> C. 8.37.10.

Dit was egter nie die einde van die siening dat beloftes en kontrakte hul bindingskrag uit religieuse oorwegings put nie. Want dié siening kom weer sterk na vore in die kanonieke reg. John Gilissen<sup>1</sup> en Klaus-Peter Nanz<sup>2</sup> het dit oortuigend verduidelik.

Kanoniste soos Chromatius (4e eeu) en Gregorius die Grote (6e eeu) stel 'n leuen gelyk aan meened en 'n eenvoudige (vormlose) belofte (*loquela*) het dieselfde gevolge as 'n eed.<sup>3</sup> Dié siening word gebaseer op Matteus 5 verse 34 en 37, waar Jesus tydens die bergpredikasje sou gesê het:

34. *Maar Ek sê vir julle: Sweer hoegenaamd nie – nie by die hemel nie, omdat dit die troon van God is ...*
37. *Maar laat julle woord wees: Ja ja, nee nee. Wat meer as dit is, is uit die Bose.*

Gilissen<sup>4</sup> vervolg:

*“In de 12e eeuw nam Gratianus de gedachte uit oudere teksten over dat elke belofte moest worden nageleefd, zoniet beging men een zonde. Huguccio (t 1210), een van de eerste decretisten, heeft elk formalisme krachtig verworpen. De decretist Johannes Teutonicus heeft rond 1212 in zijn glosse op het decreet van Gratianus de oude romeinsrechtelijke regel totaal omgekeerd: ex nudo pacto, actio oritur (in plaats van: actio non oritur). In latere teksten werd dit beginsel nogmaals hernomen; pacta quantumcumque nuda servanda sunt (alle overeenkomsten, zelfs vormloos aangegaan, dienen nageleefd te worden) luidt het in de Decretalen van Gregorius IX (1234).”*

---

<sup>1</sup> *Historische Inleiding tot het Recht* 2e druk Kluwer Antwerp 1984:684 ev.

<sup>2</sup> *Die Entstehung* 1983 op 100 ev.

<sup>3</sup> Sien Gilissen *Historische Inleiding* 1984 op 684.

<sup>4</sup> *Historische Inleiding* 1884 op 684.

Waarskynlik, hoofsaaklik as gevolg van romanistiese en kanonieke invloede, begin die inheemse germaanse regstelsels in Wes-Europa konsensualiteit, in die sin dat blote *consensus* voldoende is om kontraktuele gebondenheid te skep, veld te wen. Dit is veral waarneembaar in Frankryk in die twaalfde- en dertiende eeue, toe ooreenkomste *convenienta* (afgelei van die Latyn *convenire*) genoem is. Die term word in die middeleeue in Frankryk *convenance*, waar gebondenheid slegs op *consensus* berus. Dit word die aanvaarde opvatting in die Franse *contumiers*.<sup>1</sup>

Die posisie is dus dat teen die einde van die middeleeue die leer van *consensus* begin seëvier. Die verdere ontwikkelingsproses is uiters interessant. Dit gaan om die toenemende rol van voor-juridiese maatstawwe.

Individualisme verdring geleidelik die middeleeuse kommunale perspektief. Soos Gilissen<sup>2</sup> aantoon, het die gemeenskappe van die stam, die dorp en die familie uit mekaar begin val, veral in die stede. “Voortaan wordt elke individu vrij en zelfstandig geacht, los van alle gemeenschapsbanden; elke meerderjarige man, elke meerderjarige ongehuwde vrouw kan goederen bezitten en kan erover beschikken.”

Die Humanisme gee groot stukrag aan die individualisme en die bepalende rol van die mens as individu, sy intellektuele vryheid en sy vrye wil.<sup>3</sup> Dié opvatting blyk alreeds uit die geskrifte van Duns Scott († 1308) en Willem van Occam († circa 1350), naamlik die wil beheers die verstand en is dus die oorsaak van elke daad of handeling. Die religieuse regverdiging vir kontraktuele gebondenheid begin meer veld verloor.

---

<sup>1</sup> Gilissen *Historische Inleiding* 1984 op 684-685 verwys na voorbeelde, o.a. die regsoptekening van Ukkels, uit die vroeë veertiende eeu, waar die reël gestel word: *Al geloeft es schout* (elke belofte maak skuld).

<sup>2</sup> *Historische Inleiding* 1984 op 686.

<sup>3</sup> Gilissen *Historische Inleiding* 1984 op 686.

Hierna volg die skool van die sestiende- tot agtiende eeuse natuurreg. Dié skool maak 'n verskil tussen kanonieke en sekulêre reg. Op laasgenoemde gebied word die wilsoutonomie nou ten volle erken. Die reg is rasioneel, logies en universeel. Reeds in die sestiende eeu leer die Spaanse natuurregsgeleerdes, onder ander *Suarez*, dat die individu vrye wilsbeskikking het en dat dit ten grondslag lê van die reël: *pacta sunt servanda*.<sup>1</sup>

In hierdie ontwikkelingsaga speel Hugo de Groot 'n reuse rol. In sy *De iure belli ac pacis*<sup>2</sup> sê hy uitdruklik die volgende:<sup>3</sup>

15. “Voort is, aangezien het een regel van het natuurrecht is om zich aan afspraken te houden (want het was noodzakelijk dat er tussen mensen een of andere manier bestond om zich jegens elkaar te binden en er kan geen andere natuurlijke manier worden bedacht), juist uit deze bron het gehele positieve recht voortgekomen ...”
16. “... want de moeder van het natuurrecht is de menselijke natuur zelf, welke zelfs als wij aan niets gebrek zouden hebben ons ertoe zou brengen om wederzijdse maatschappelijke relaties aan te knopen. De moeder van het positieve recht echter is juist de verbintenis welke op grond van wilsovereenstemming ontstaat; en aangezien deze verbintenis haar verbindende kracht aan het natuurrecht ontleent kan de natuur als het ware de overgrootmoeder van de recht genoemd worden ...”<sup>4</sup>

De Groot sien in die nakoming van beloftes die grondslag van aanspreeklikheid. Maar hy gee nie aan die blote eensydige belofte *per se* kontraktuele krag nie: die belofte moet eers aangeneem word – dan ontstaan

---

<sup>1</sup> Gilissen *Historische Inleiding* 1984 op 687.

<sup>2</sup> 1625; Prolegomena.

<sup>3</sup> Ek gebruik die vertaling van R Feenstra en M Ahsmann *Contract* op 44.

<sup>4</sup> Sien ook Malte Diesselhorst *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* Köln-Graz 1959.

die beginsel *pacta sunt servanda*. Van 'n religieuse regverdiging kom niks tereg nie.

Dit kan nie met reg aangevoer word dat die grondslag van kontraktuele gebondenheid *tans* hoegenaamd in die nakoming van 'n religieuse gebod gevind kan word nie. Religieuse waardes het hul rol gespeel in die vorming van die reël *pacta sunt servanda*, maar eenmaal toe die reël algemeen aanvaar, het die direkte religieuse regverdiging verval. Vir baie individue speel religieuse opvattinge sekerlik steeds 'n belangrike rol om nie kontrakbreuk te pleeg nie.

Parry<sup>1</sup> stel die aangeleentheid myns insiens in die korrekte lig:

*“The point I want to make is that ‘sin’, on the one hand, and ‘crime’ and ‘breach of contract’ on the other are to us today quite distinct conceptions. This was not always so; for the obligations of religion and law in the field of promises were in medieval times almost indistinguishable. Throughout the medieval period, a pre-eminently formative period in English law, there was an insistence by canon lawyers that it was a religious duty to keep faith, and notwithstanding the discouragements of the Constitutions of Clarendon the influence of the ecclesiastical conception of breaches of contract must have been considerable at a time when the foundations of contract law were being discussed.”*

En ook op 8:

*“There is no doubt but that the association of a breach of contract with the sin of breach of faith in the ecclesiastical courts and the readiness of the Court of Chancery to regard failure to perform one’s promises as tantamount to bad faith and dishonest dealing, combined to give*

---

<sup>1</sup> 1956 op 6.



*contracts a measure of religious blessedness and to breaches of contract a mark of sinful or unethical aberration."*

Dat die religieuse element nie meer so sterk op die voorgrond staan nie, beteken egter nie dat dieselfde lot ander morele waardes getref het nie. Die goeie trou is klaarblyklik aanverwant aan Aristoteles se deugde-leer en die Romeinse *bona fide*-beginsel.

#### **D. Die Engelse howe en teoretici**

Soos blyk uit ons bespreking volg die Engelse reg by *dissensus*, aanvulling en uitleg 'n sg. objektiewe benadering. Die positief-regtelike toepassing daarvan is volledig beskryf. Die vraag wat tans oorweging verdien, is wat, volgens Engelse geleerdes, die teoretiese verduideliking vir dié benaderingswyse is.

##### **1. Teoretiese verklarings van die objektiewe benadering**

CJ Slade meen dat die basis van die objektiewe benadering by dwalingsgevalle *estoppel* is: die vraag is altyd hoe 'n redelike persoon in die geadresseerde se skoene die wilsverklaring van die teenparty sou verstaan het? Die teenparty is aan daardie uitleg op opvatting gebonde – hy word gestop om te sê dat hy gedwaal of fouteer het.<sup>1</sup>

*"Everyone says that the common law theory of agreement is 'objective', which means that the parties have to be judged by what they outwardly appeared to decide rather than by what they inwardly meant to decide."*

JR Spencer<sup>2</sup> vra wat presies beteken dié teorie. Spencer se ontleding is diepgaande en verdien nadere ontleding. Sy vertrekpunt is die beslissing in

---

<sup>1</sup> *The Myth of Mistake in the English Law of Contract* (1954) 70 LQR 385 op 387, 388, 389.

<sup>2</sup> *Signature, consent and the Rule in L'Estrange v Graucob* (1973) 32 Cambridge Law Journal 104 op 105.

*Smith v Hughes*.<sup>1</sup> Hier het A hawersaad aan B verkoop. Toe A 'n sekere soort saad lewer, weier B ontvangs en betaling daarvan omdat, so sê hy, hy nie daardie soort saad gekoop het nie. 'n Jurie het in B, die koper, se guns beslis. Op appèl na die Queen's Bench beveel Blackburn R dat 'n nuwe verhoor moet plaasvind en sê hy:

*"I apprehend that if one of the parties intends to make a contract on one set of terms, and the other intends to make a contract on another set of terms, or, as it is sometimes expressed, if the parties are not idem, there is no contract, unless the circumstances are such as to preclude one of the parties from denying that he has agreed to the terms of the other. The rule of law is that stated in Freeman v Cook. If, whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms."*<sup>2</sup>

Dat *Smith v Hughes* derhalwe op gebied van dwaling (*dissensus*) die objektiewe toets en wel in die gedaante van *estoppel* toegepas het, is vir *Spencer*<sup>3</sup> gemeensaak. Hy meen dat dié benadering daarop neerkom dat die woorde (wilsverklaring) uitgelê of toegepas moet word soos dit redelikerwys verstaan is deur die persoon aan wie dit gerig was, en is soos dit bedoel of verstaan is deur die spreker of verklaarder. Die spreker kan aan die gevolge van dié beginsel slegs ontsnap as die geadresseerde geweet het of moes geweet het dat die spreker of verklaarder hom misgis het, of as die spreker of

---

<sup>1</sup> *Supra*.

<sup>2</sup> Die verwysing van *Freeman v Cooke* is (1848) 2 Ex 654; 154 E R 652. Feit is dat *Freeman v Cooke* nie 'n kontraksaak was nie, maar die hof het daarin uitdruklik met *estoppel by misrepresentation* gehandel.

<sup>3</sup> *Signature* 1973 op 106.

verklaarder se misgissing die gevolg van 'n wanvoorstelling of fout aan die kant van die geadresseerde te wyte was.<sup>1</sup>

Slade meen dat dié benadering só gevestig is in die Engelse reg dat dit geen herhaling regverdig nie, as dit nie vir een probleem was nie, te wete die *verskyning van 'n nuwe objektiewe teorie*, die sogenaamde *fly on the wall test*. Hierdie mededingende teorie was, volgens Spencer besig om die ortodokse objektiewe teorie te verdring.<sup>2</sup>

In sommige gevalle, sê Spencer<sup>3</sup> sal die twee teorieë dieselfde resultaat lewer: Die onoplettende bier A, wat 'n bul op 'n veiling koop, denkende dat dit 'n koei is, is altyd gebonde: (a) volgens die *Smith v Hughes*-benadering, omdat A deur sy onoplettendheid vir B, die verkoper mislei het om te glo dat hy die bul wil koop; (b) volgens die '*fly on the wall*'-teorie, omdat 'n redelike omstander sou gedink het dat A die bul koop. Die teorieë lei egter tot verskillende gevolge waar B bewus is van A se misgissing of dit veroorsaak het: (a) Volgens *Smith v Hughes*, is daar geen kontrak nie; (b) volgens die '*fly on the wall*'-teorie is daar 'n kontrak – die redelike omstander sal onder die indruk wees dat daar 'n kontrak is volgens A se verklaring. Insoverre laasgemelde oplossing onbillik is, moet dit volgens '*equity*' tersyde gestel word.<sup>4</sup>

Volgens Spencer was *Williston* die vader van die '*fly on the wall*'-teorie in die USA; in Engeland was Lord Denning die grondlegger en pleitbesorger daarvan. In *Solle v Butcher*<sup>5</sup> het hy verklaar:

---

<sup>1</sup> *Signature* 1973 op 106.

<sup>2</sup> *Signature* 1973 op 108.

<sup>3</sup> *Signature* 1973 op 108.

<sup>4</sup> *Signature* 1973 op 108.

<sup>5</sup> [1950] 1 KB 571 op 691.

“Once a contract has been made, that is to say, once the parties, whatever their inmost states of mind, have to all outward appearances agreed with sufficient certainty in the same terms on the same subject-matter, then the contract is good unless and until it is set aside for failure of some condition on which the existence of the contract depends, or for fraud, or on some equitable ground. Neither party can rely on his own mistake to say it was a nullity from the beginning, no matter that it was a mistake which to his mind was fundamental, and no matter that the other party knew that he was under a mistake.”

Spencer meen dat daar weinig, indien enige ondersteunende gesag in die Engelse reg is vir die ‘fly on the wall’-teorie, behalwe Lord Denning se uitsprake in ‘n aantal sake<sup>1</sup> en ‘n ongemotiveerde uitspraak in *Upton-on-Levern RDC v Powell*.<sup>2</sup>

Spencer<sup>3</sup> verwerp die ‘fly on the wall’-teorie om die volgende redes:

- (a) Dit verteenwoordig beslis nie die Engelse reg nie.
- (b) Dit is moeilik om dit toe te pas: Waar die partye *inter praesentes* onderhandel en mens met die fiksie werk dat die omstander na alles luister en van alle omstandighede weet, kan die teorie dalk goed werk, maar wat van die geval waar hulle *inter absentes* is? Die ‘fly on the wall’ word ‘n fiktiewe figuur.
- (c) Aan die ‘fly on the wall’ moet alle kennis wat die partye gehad het, alle vermoëns en taalkennis toegedig word, sodat hy dan ‘n behoorlike oordeel kan vel – anders is sy oordeel niks werd nie.

---

<sup>1</sup> Besonderhede by Spencer *Signature* 1973 op 110-111.

<sup>2</sup> [1942] 1 All ER 220.

<sup>3</sup> *Signature* 1973 op 112 ev.

- (d) Dit lei tot absurde resultate: wat van die geval waar die party dit innerlik eens is, maar dit nie vir die buitestaander waarneembaar is nie; of waar dit vir die buitestaander voorkom asof hulle op iets anders ooreengekom het? In so 'n geval word volgens hierdie teorie die innerlike wil geheel-en-al geïgnoreer en kan aan die partye 'n kontrak opgedwing word wat geeneen wou gehad het nie. Dit was volgens Spencer die resultaat van Lord Denning se uitspraak in *Rose v Pim*.<sup>1</sup> Daar het die partye 'horsebeans' gekoop en verkoop, maar was dit eens dat hulle 'feveroles' in gedagte gehad het. Lord Denning het bevind dat ten spyte van hul innerlike wilsooreenkoms, die onderwerp van die kontrak 'horsebeans' was, want dit is die uiterlike manifestasie van hul wille! Spencer sê tereg:<sup>2</sup>

*"It may be acceptable for the law occasionally to force upon one of the parties an agreement he did not want; but surely there is something wrong with a theory which forces upon both of the parties an agreement which neither of them wants. If the 'fly on the wall'-theory does this, that is an excellent reason for rejecting it."*<sup>3</sup>

Spencer<sup>4</sup> meen dan dat die enigste houdbare objektiewe teorie dié van *Smith v Hughes* is, wat dan die volgende resultate lewer:

---

<sup>1</sup> [1953] 2 QB 450.

<sup>2</sup> *Signature* 1973 op 113.

<sup>3</sup> Atiyah *Essays on Contract* 1986 op 110 vind niks vreemd in 'n teorie wat 'n ooreenkoms aan die partye opdring wat geeneen wou gehad het nie. *"Indeed, if the parties are in a dispute as to what their obligations are, it seems to me a priori much more likely that the reasonable and just view is somewhere between the two parties' contentions, than that one or other party is wholly in the right. Thus it is perfectly natural, indeed common place, for the court to hold that the contract imposes obligations on the parties which are not exactly what either of them intended."* My simpatie lê by Spencer se siening.

<sup>4</sup> *Signature* 1973 op 113.

“(a) *Where A leads B to believe that he agrees to B’s terms, A is bound by his apparent consent, although he did not in fact agree to the terms as B understood them.*

*BUT*

(b) *A is not bound by his apparent consent where B knew that A’s mind did not go with his apparent consent,*

(c) *nor is A bound by his apparent consent where B originally misled A, so that it is partly B’s fault that A’s mind did not go with A’s apparent consent.”*

Die volgende belangrike bydrae op gebied van die formulering van die objektiewe teorie is dié van R.A. Samek.<sup>1</sup> Hy verwys na die ‘*fly on the wall*’-teorie as primitief, maar hy verwerp ook Spencer se siening: vir hom is Spencer ‘n subjektivis wat, waar nodig, terugval op *estoppel*. Dit wil voorkom of Samek Williston se objektiewe siening onderskryf: as die partye mondelings ooreengekom het, geld die *reasonable expectation*-oplossing; waar daar ‘n skriftelike dokument bestaan, is die interpretasie heeltemal objektief.<sup>2</sup>

Samek doen sy eie objektiewe teorie aan die hand.<sup>3</sup> In navolging van Austin sien hy wilsverklarings (of beloftes) nie as eksterne manifestasies van die innerlike wil nie, maar as ‘n *performative utterance*. Dit is self die skeppingsdaad en *per se* bindend. Dit kan slegs van krag ontnem word weens sekere ‘*infelicities*’ – dit wil sê foute soos dwaling, ens. Dus:

---

<sup>1</sup> *The Objective Theory of Contract and the Rule in L’Estrange v Graucob*, in (1974) 52 *Canadian Bar Review* 351 ev.

<sup>2</sup> Samek *The Objective Theory* 1974 op 355-357.

<sup>3</sup> *The Objective Theory* 1974 op 364 ev.

*"If we accept Austin's account of performative utterances, there is nothing absurd in allowing the outward agreement of the parties to prevail over what they are inwardly agreed to, provided that this does not result in any inequities."*<sup>1</sup>

In wese verskil Samek, *ex confesso*, nie veel van Lord Denning nie:

*"If parties can logically enter into an agreement, and be morally committed by it, without their minds being in agreement, the legal edifice of contract can be built on the terra firma of their outward acts, instead of on the shifting sands of subjective intentions."*<sup>2</sup>

Samek se objektiewe teorie is inderdaad 'n ekstreme verklaringsteorie. Dit beweeg heeltemal weg van die verklaring as 'n uiting van die wil en maak dit *per se* regskeppend. Dit verskil geensins van Lord Denning se leer nie en het geen antwoord op Spencer se besware daarteen nie.

Wat nou verder in die ontwikkeling van die objektiewe leer begin uitkristalliseer, is 'n verwarring tussen die objektiewe leer soos toegepas by uitleg en soos aangewend by dissensus. Williston het dit oor interpretasie; *Smith v Hughes* or *dissensus*; Lord Denning en Samek wil 'n benaderingswyse wat by uitleg ontwikkel is, toepas op *dissensus*.

Verwarring begin nou hoogty vier – sommige skrywers begin nou 'n vraag vra wat op die oog af op 'n *contradictio* neerkom, naamlik wie se objektiewe siening moet geld?

William Howarth<sup>3</sup> stel die volgende feitestel:

---

<sup>1</sup> Samek *The Objective Theory* 1974 op 368.

<sup>2</sup> Samek *The Objective Theory* 1974 op 369.

<sup>3</sup> *The meaning of Objectivity in Contract*, 1984 (100) *Law Quarterly Review* 265 ev.

"P (the promisee) enters into an apparent agreement with D (the promisor). P believes (subjectively) that the agreement has been concluded on terms A. D believes (subjectively) that the terms of the contract are B (where A and B are materially different in some contentious respect). The reasonable man taking an objective view of the situation from the position of P would conclude that the terms of the contract were C but placed in the position of D he would conclude that they were E (where, once again, C and E are different in point of substance and different to either A or B). Finally, if the objective observer were to be placed above the parties in a position where he could take an overview of the proceedings which was independent of either a reasonable P or a reasonable D, he might conclude that the terms of the contract were actually F (again different to other conclusions)."

Uit hierdie moontlikhede, so voer hy aan, ontstaan drie realistiese keuses: *Promisor objectivity*, *promisee objectivity* en *detached objectivity*. Elke keuse van hierdie drie is *objektief* binne sy eie raamwerk.

Howarth<sup>1</sup> gebruik *promisor* en *promisee* in spesifieke betekenis: die *promisee* is hy wat die kontrak wil afdwing, die *promisor* hy wat dit wil vermy. In die gegewe voorbeeld was P die *promisee* (en sal hy dus normaalweg die eiser wees) en D die *promisor* (en normaalweg die verweerder).

Eerstens dan *promisor objectivity*. Howarth<sup>2</sup> meen dat hierdie benaderingswyse sy ontstaan het by Paley<sup>3</sup> wat verklaar het:

---

<sup>1</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 265.

<sup>2</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 266.

<sup>3</sup> *Principles of Moral and Political Philosophy*, (1824) Book III, Part I, Chap 5 op 73.



*“Where the terms of a promise admit of more senses than one, the promise is to be performed in that sense in which the promisor apprehended, at the time, that the promisee received it.”*

Die vraag is dus nie: hoe het die geadresseerde die belofte verstaan nie? Die vraag is ook nie: wat het die belower bedoel nie? Die vraag is: wat was die belower se persepsie van die geadresseerde se persepsie van die betekenis van die belofte? Die punt is dus dat *“in Paley’s account of the morality of promising, the obligations to which promises give rise, depend on the expectations which the promisor knowingly and voluntarily excites in the promisee”*.<sup>1</sup>

Volgens Howarth het hierdie uitgangspunt erkenning gekry in die regspraak in *Smith v Hughes*.<sup>2</sup> Die vraag is dan: is die toets die werklike persepsies van die werklike *promisor*, of is dit die persepsies wat ons sal toeskryf aan 'n redelike persoon in die *promisor* se posisie?

Howarth<sup>3</sup> meen dat die toets geobjektiveer is: naamlik wat die persepsie van die redelike persoon in die posisie van die *promisor* sou gewees het. Howarth<sup>4</sup> beroep hom op *Denny v Hancock*,<sup>5</sup> *Tamplin v James*,<sup>6</sup> en *Scriven v Handly*.<sup>7</sup>

Vervolgens dan *promisee objectivity*:

---

<sup>1</sup> Howarth *The meaning of Objectivity* 1984 op 267.

<sup>2</sup> (1871) LR 6 QB 597.

<sup>3</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 268.

<sup>4</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 268.

<sup>5</sup> (1870) LR 6 Ch. App. 1.

<sup>6</sup> (1880) 15 Ch. D. 215.

<sup>7</sup> (1913) 3 KB 564.

Volgens hierdie benaderingswyse, aldus Howarth, word die situasie beoordeel aan die hand van die persepsies van die redelike persoon in die promisee se posisie. 'n Sterk formulering van hierdie benaderingswyse vind ons by regter Blackburn in *Smith v Hughes*, hierbo bespreek.<sup>1</sup>

Die beginsel is aanverwant aan *estoppel* en kom neer op *promisee objectivity*: die persepsie van die geadresseerde word gehandhaaf, mits dit 'n redelike persepsie was.<sup>2</sup> Hierdie siening van regter Blackburn het in latere uitsprake dan ook veel meer ondersteuning ontvang as die uitsprake van regter Hannen in dieselfde saak, wat op *promisor objectivity* staan.<sup>3</sup> So is dit byvoorbeeld in *Hartog v Colin and Shields*<sup>4</sup> en in verskeie handboeke nagevolg.

Howarth<sup>5</sup> meen dan dat mens 'n keuse tussen *promisor objectivity* en *promisee objectivity* het. Oënskynlik sal daar in elke omstrede geval 'n verskil tussen dié twee persepsies wees - vandaar die konflik. Hoe kan dié teenstrydige juridiese uitgangspunte versoen word?

Spencer<sup>6</sup> kies *promisee objectivity* soos deur Blackburn R geformuleer, met twee kwalifikasies: waar die *promisee* bewus is of bewus moet wees van die *promisor* se dwaling of dit veroorsaak het, geld die beginsel nie. Maar, vra Howarth,<sup>7</sup> waarom moet *promisee objectivity* geld? Kan mens nie maar ewe goed *promisor objectivity* kies met die nodige aanpassings en kwalifikasies nie?

---

<sup>1</sup> (1871) LR 6 QB 597 607.

<sup>2</sup> Howarth *The meaning of Objectivity* 1984 op 272.

<sup>3</sup> Howarth *The meaning of Objectivity* 1984 op 272 en 267 waar Hannen R. se uitspraak behandel word.

<sup>4</sup> (1939) 3 All ER 566.

<sup>5</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 273.

<sup>6</sup> *Signature* 1973 op 104, 106-107.

<sup>7</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 273.

'n Ander moontlike oplossing is om te kyk na wat die howe inderdaad *gedoen* het in soortgelyke gevalle, eerder as om interpretasies te plaas bloot op die woorde van die regters. As mens hierdie benadering kies, sê Howarth,<sup>1</sup> vind jy:

*“... that the court in every instance decided against the party who acted unreasonably in causing or contributing to the mistake of the other party. Thus where the promisor behaved unreasonably the court viewed the circumstances from the perspective of the reasonable promisee. Conversely where the promisee behaved unreasonably the circumstances were viewed from the perspective of the reasonable promisor.”*

Howarth<sup>2</sup> is nie ten gunste van hierdie siening nie. Hy meen eerstens dat dit 'n *“conceptual sleight of hand generated by the shift in terminology from ‘objectivity’ to ‘reasonableness’”* is. Albei toetse is alreeds objektief en hierdie oplossing verberg eerder die probleem *of what objective stance must be assumed from the outset.*<sup>3</sup> Tweedens meen Howarth<sup>4</sup> dat die toets ook geen oplossing bied waar beide partye redelik of onredelik gehandel het nie.

Dit bring my by *detached objectivity*.

Volgens Howarth<sup>5</sup> behels die toets 'n *fly on the wall*-benadering, naamlik dit verg van *“the reasonable man to adopt a stance apart from that of either*

---

<sup>1</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 274.

<sup>2</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 274-6.

<sup>3</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 275.

<sup>4</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 275..

<sup>5</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 275 ev.

*promisor or promisee, a viewpoint which is independent of the perspectives of either of the parties or even of reasonable people in their positions.*"<sup>1</sup>

Howarth<sup>2</sup> meen dat dié benadering veral blyk uit die uitsprake van Lord Denning in *Solle v Butcher*,<sup>3</sup> *Frederick E Rose Ltd v William H Pim & Co. Ltd*<sup>4</sup> en *Hornal v Neuberger Products Ltd*.<sup>5</sup> Die effek van hierdie benaderingswyse kan egter wees dat die hof 'n kontrak vir die partye maak, terwyl dit geensins die partye se bedoeling was nie. So 'n geval was *Upton-on-Severn v Powell*<sup>6</sup> waar die verweerder se skuur aan die brand geslaan het en hy die brandweer laat kom het om die brand te blus. Die vraag ontstaan of daar 'n kontrak tussen verweerder en die brandweer tot stand gekom het dat vergoeding betaal sal word vir laasgemelde se dienste. So 'n bedoeling was afwesig by beide partye aangesien beide geglo het dat verweerder binne die Upton distrik woon en dus op gratis brandweerdienste geregtig is. Albei partye se geloof was redelik. Nogtans bevind die hof van appèl dat 'n kontrak wel tot stand gekom het.

Howarth meen dat dieselfde benadering ook blyk uit *Gibson v Manchester City Council*<sup>7</sup> en, in die VSA, uit Williston se benadering:<sup>8</sup>

*"It is useless to talk of the 'meaning' of a contract or agreement unless it is known whose meaning is sought; and this inquiry cannot be disposed of by the answer - the meaning of the parties. The inadequacy of such an answer is obvious. The parties may not have*

---

<sup>1</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 276.

<sup>2</sup> *The meaning of Objectivity* 1984 op 276.

<sup>3</sup> (1950) 1 KB 671.

<sup>4</sup> (1953) 2 QB 450.

<sup>5</sup> (1975) 1 QB 247, 257.

<sup>6</sup> (1942) 1 All ER 220.

<sup>7</sup> (1979) 1 WLR 294.

<sup>8</sup> *On Contracts* 1938 in par. 603.

*had the same intention. Furthermore, courts, after asserting that what they are seeking is the intention of the parties, generally add that this intention can be proved only by what they say and do. In other words, it is not the intention of the parties that is material but the meaning the court gives to their manifestations."*

Howarth vra dan ten slotte: hoe moet 'n keuse tussen die gemelde drie moontlikhede gemaak word. Hy meen dat die antwoord nie in die kontraktereg self gevind kan word nie, maar in die hoër doelstellings agter die teorie van die kontraktereg. Ons moet dus kyk na die sosiale, ekonomiese en politieke stelsel waaruit regswaardes ontstaan. Twee duidelike skole word dan deur Howarth geïdentifiseer: die *liberal-abstentionist* en die *corporate-interventionist*.

Die eerste skool van denke trag om gevolg te gee aan die bedoeling van die partye en bied weerstand teen inmenging in die vorm van kontrakskopping deur 'n hof vir die partye. Volgens hierdie denkskool moet óf *promisor objectivity* óf *promisee objectivity* geld. Die probleem is dat dié denkskool geen beginsel om tussen dié twee oplossings te kies, kan identifiseer nie.

Die *corporate-interventionist* denkskool staan judisiële inmenging voor. In die toekoms mag meer van hierdie benaderingswyse in die howe gesien word en dan sal die gemelde skool van denke moontlik 'n teoretiese verklaring vir die uitsprake van die howe bied, aldus Howarth.

JP Vorster, toentertyd 'n Suid-Afrikaanse student te Cambridge Universiteit, publiseer in 1987 'n waardevolle artikel, *A Comment on the Meaning of Objectivity*.<sup>1</sup> In hierdie artikel handel Vorster met die verskillende persepsies van die sogenaamde objektiewe benadering by kontraksluiting teen die agtergrond van die pasbespreekte uiteensetting en gevolgtrekkinge van Howarth. Vorster<sup>2</sup> toon aan dat Howarth se gebruik van *promisor* en

---

<sup>1</sup> A comment in 1987 (104) *The Law Quarterly Review* 274-287.

<sup>2</sup> A comment 1987 op 276.

*promisee* onaanvaarbaar is. In gebruiklike regstaal is die *promisor* die skuldenaar ten aansien van sy verpligtinge en die *promisee* die skuldeiser. In 'n *synallagmatiese* kontrak is elke party dus beide *promisor* en *promisee*. Howarth se benaderingswyse kom neer op 'n vereenselwiging van *promisee* met eiser en *promisor* met verweerder, wat egter nie altyd so is nie, want dit kan ook die *promisor* wees wat eerste dagvaar en dus eiser is.

Vorster<sup>1</sup> betwis ook dat daar in die regspraak steun is vir *promisor objectivity*. Die gewysdes waarop Howarth hom beroep<sup>2</sup> is volgens Vorster aldrie gevalle waar die *verkoper* in 'n koopkontrak se verpligtinge in dispuut was: die verkoper was dus die *promisor* in gewone regsterminologie - maar volgens Howarth was dit die *promisee*. In aldrie gevalle, aldus Vorster, het die hof probeer bepaal wat die redelike man in die posisie van die *koper* sou gedink het; met ander woorde, in gewone taal, die *promisee* se persepsie. Hierdie beslissings hou dus geen nuwe regsbeginnele in nie en is in ooreenstemming met die hoofstroom van Engelse gesag: *promisee objectivity* in die konvensionele sin van die woord, of, soos Spencer<sup>3</sup> dit meer akkuraat gestel het: woorde word geïnterpreteer soos wat hulle redelikerwys verstaan moes word deur die persoon aan wie hulle gerig was. Vorster<sup>4</sup> merk tereg op dat dit misleidend is om dié beginnele as óf *promisor* óf *promisee objectivity* aan te merk, hetsy in die sin van eiser/verweerder of as verpligte/bevoordeelde, want die betrokke woorde kon deur enigeen van die partye of selfs albei, gebruik gewees het.

Wat die *detached objectivity* betref meen Vorster<sup>5</sup> dat *Gibson v Manchester City Council*, waarop Howarth steun, geen gesag vir gemelde soort *objectivity* is nie omdat daar juis bevind is dat daar nie 'n kontrak tot stand gekom het

---

<sup>1</sup> *A comment* 1987 op 277.

<sup>2</sup> *Denny v Hancock, Tamplin v James, Scriven v Handley*.

<sup>3</sup> *Signature* 1973 op 104.

<sup>4</sup> *A comment* 1987 op 278.

<sup>5</sup> *A comment* 1987 op 278.

nie. *Upton-on-Severn RDC v Powell*, waarop Howarth steun, is volgens Vorster,<sup>1</sup> verwysende na Atiyah, 'n lae-graadse uitspraak, met geen verklaarde *ratio decidendi* nie en word verwerp as sou dit teen die grein van die vorige uitsprake en die gees van die kontrakreg gaan. Spencer verwerp ook die benaderingswyse deur te sê daar fout moet wees met 'n uitgangspunt wat oor die boeg van kontrak iets op beide partye afdwing wat geeneen van hulle wou gehad het nie.

Vorster<sup>2</sup> toon voorts aan dat die uitsprake waarin die *detached objectivity*-toets toegepas is, veral deur Lord Denning, allerweë gekritiseer word en ook strydig is met die ortodokse benaderingswyse soos deur Spencer geformuleer.<sup>3</sup> Ook toon Vorster<sup>4</sup> aan dat die *detached objectivity*-benaderingswyse deur vooraanstaande moderne skrywers - byvoorbeeld Glanville Williams, Stoljar, Smith en Treitel – erg gekritiseer is.

Vorster<sup>5</sup> wys daarop dat Howarth se hele tema van 'n keuse tussen *promisor/promisee objectivity* vals is, want daar is nie in die Engelse uitsprake so 'n teenstelling nie: die ortodokse en algemene reël is dat gekyk word na die persepsie van 'n redelike persoon in die posisie van dié party aan wie die woorde gerig was.

Vorster<sup>6</sup> verwerp ook op teoretiese gronde die sogenaamde *detached objectivity* of *fly on the wall*-teorie: die hele rede vir 'n objektiewe benadering was om 'n party se redelike verwagtinge (vertroue) te beskerm. *Detached*

---

<sup>1</sup> A comment 1987 op 275.

<sup>2</sup> A comment 1987 op 280.

<sup>3</sup> Vorster verwys na *Centrovincial Estates v Merchant Investors Assurance* (1983) Com LR 158 CA; *The Hannah Blumenthal* (1983) 1AC 854; *The Leonidas D* (1985) 2 All ER 796, 805 b; *Harvela Investments v Royal Trust Co. of Canada* (1986) AC 207, 225 D.

<sup>4</sup> A comment 1987 op 281.

<sup>5</sup> A comment 1987 op 281.

<sup>6</sup> A comment 1987 op 282.

*objectivity* negeer hierdie uitgangspunt en kan juis dien om 'n kontrak op te dring wat strydig is met *beide* se redelike verwagtinge.

Maar Vorster<sup>1</sup> meen dat ook die ortodokse siening van die objektiewe benaderingswyse - soos byvoorbeeld deur Spencer geformuleer - nie bevredig nie. Die ortodokse benaderingswyse is, soos gesê, om die redelike verwagtinge van die geadresseerde te beskerm. Vorster wys daarop dat dit dikwels onmoontlik is om te sê wie bepaalde woorde gebesig het en wie die geadresseerde was. Die howe stel eenvoudig vas welke een van die twee partye se persepsie redelik was (as daar verskillende persepsies was). Implisiet beteken dit dat die persepsie van die ander party onredelik was. Met ander woorde: eksplisiet of implisiet word die persepsies van beide partye ge-evalueer. Hierdie benadering, aldus Vorster,<sup>2</sup> blyk uit 'n aantal latere beslissings.<sup>3</sup>

Ongelukkig het Lord Diplock verwarring geskep toe hy in sy uitspraak in *The Hannah Blumenthal* na gemelde benaderingswyse - wat maar die ortodokse Engelse een is - verwys het as 'n voorbeeld van die leerstuk van *injurious reliance*. Vorster<sup>4</sup> sê hieroor:

*"This cannot be right. I have been unable to find a single English case in which injurious reliance by the plaintiff on the apparent assent of the defendant has been required for the establishment of a contractual relationship. In all cases expectation, in contradistinction with injurious reliance, has been deemed sufficient. It would make little sense to require injurious reliance on the part of a party who is claiming expectation damages. It is preferable, therefore, to classify the rule*

---

<sup>1</sup> A comment 1987 op 283.

<sup>2</sup> A comment 1987 op 284.

<sup>3</sup> *The Hannah Blumenthal* (1983) 1 AC 854, 914; *Hardwich Game Farm v Suffolk Agricultural Poultry Producers Ass.* (1969) 2 AC 31, 113 D-F; *Ashington Piggeries v Christopher Hill* (1922) AC 441, 503 B; *Mc Cutcheon v David Macbrayne* (1964) 1 WLR 125, 128; *British Crane Hire Ltd v Ipswich Plant Hire Ltd* (1975) QB 303, 311 (A).

<sup>4</sup> A comment 1987 op 285.



*formulated by Lord Diplock as an example of the general principle that a reasonable expectation that another person is assuming contractual obligations, is a source of contractual rights against the latter."*

Vorster<sup>1</sup> se eie ontleding noop hom om te sê dat vier perspektiewe verwant is:

1. As die partye se subjektiewe persepsies van hul transaksie dieselfde is, is daar 'n kontrak volgens daardie persepsie - hoe 'n redelike buitestaander dit sou verstaan het, is irrelevant.
2. As die twee partye se subjektiewe persepsie van hul transaksie verskil, hang die ontstaan en inhoud van 'n kontrak daarvan af of die subjektiewe persepsies gedeel sou gewees het deur die redelike buitestaander in dieselfde posisie:
  - (a) As beide partye se subjektiewe persepsies redelik was (met ander woorde gedeel sou gewees het deur redelike buitestaanders in hul onderskeie posisies) is daar geen kontrak nie.
  - (b) As 'n redelike man in A se posisie dieselfde persepsie as A sou gehad het, maar 'n redelike man in B se posisie sou nie B se persepsie gedeel het nie, (met ander woorde A was redelik en B nie) is daar 'n kontrak soos A hom voorgestel het.

JC Smith, professor in *common law* aan die Universiteit van Nottingham, lewer in 1979 'n voordrag wat in dieselfde jaar gepubliseer is.<sup>2</sup> Aan die hand van Engelse beslissings toon hy aan dat die reg wel kennis neem van die wil van die partye:

---

<sup>1</sup> *A comment* 1987 op 286.

<sup>2</sup> *The Law of Contract - Alive or Dead*, (1979) 13 *The Law Teacher* 73.

*"It may be just as necessary in the law of contract as in the criminal law to look into the minds of the parties: the only difference is in the standard of proof required."*<sup>1</sup>

Trouens, in *Ingram v Little*<sup>2</sup> sê regter Pearce:

*"When an offeror seeks to avoid an apparent contract on the ground of mistaken identity the investigation must start with his actual state of mind. For it would be absurd if he could avoid the contract when he was not really mistaken in his own mind as to the offeree's identity or when the apparent contract was not induced by mistake, when he was equally prepared to make the contract had he not been mistaken."*

Wat is dan die sogenaamde objektiewe benadering en waar figureer dit?

*"The objectivist principle is that, when the circumstances are wholly unambiguous, where the offer which X has made, or the offer which has been made to him, can reasonably bear only one meaning, he cannot escape liability by saying however truthfully, that he thought it meant something else. This is indeed a general, if not universal, principle of our law of contract; and rightly so, because otherwise no one could ever safely act on a contract which he had made. There is always the possibility that the other party might be under some undisclosed, undiscoverable and perhaps fundamental misapprehension as to the nature or effect of the contract."*<sup>3</sup>

Ek meen dat dit gebillikte kommentaar is om te sê dat op daardie tydstip, dit wil sê teen 1987 daar ten minste onder Engelse teoretici verwarring bestaan

---

<sup>1</sup> *The Law of Contract* 1979 op 75.

<sup>2</sup> [1961] 1 QB 31 op 55.

<sup>3</sup> Smith *The Law of Contract* 1979 op 75 ev.

het oor wat die objektiewe benadering is en hoe dit toegepas kan of moet word, en wat die korrekte basis daarvan is.

Gelukkig word daarna groter helderheid gebring en wel in 'n artikel deur Anne de Moor, 'n dosent aan Somerville College, Oxford getiteld *Intention in the Law of Contract: Elusive or Illusory*.<sup>1</sup> Die groot meriete van De Moor se bydrae is dat sy konsekwent onderskei tussen 'n *objektiewe benadering by die uitleg van 'n kontrak* en die *benadering wat by die vraag, of daar 'n kontrak is, gevolg moet word*. Haar tema is dat:

*“... while the courts are prepared to discount the parties' intentions as to what the meaning is of the terms of their contract, they require that the parties intend to assume contractual obligations before ascribing such obligations to them.”*<sup>2</sup>

Haar siening is dat hierdie onderskeid ons in staat stel om in die bedoeling van die partye om te kontrakteer 'n regverdiging vir kontraktuele gebondenheid te vind, terwyl daar ook plek en regverdiging vir die objektiewe benadering is, en wel by die uitlegfase.<sup>3</sup>

De Moor noem die beginsel van objektiewe interpretasie van kontrakte die *substantive intention*. 'n Meer onlangse formulering is dié in *Thake v Mourice*:<sup>4</sup>

*“That there was a contract, there can be no doubt. It is the content of the contract that is in issue ... But the test as to what the contract in fact was, does not depend on what the plaintiff or the defendant*

---

<sup>1</sup> (1990) 106 LQR 632-655.

<sup>2</sup> *Intention* 1990 op 633.

<sup>3</sup> *Intention* 1990 op 634.

<sup>4</sup> [1986] 1 QB 644 OP 657.

*thought it meant, but on what the court objectively determines what the words used meant.”*

De Moor gee toe dat dié benadering *by uitleg* kan meebring dat die hof 'n betekenis aan die kontrak gee wat van 'n party se bedoeling afwyk. In *Equity* kan dié resultaat soms deur rektifikasie reggestel word – maar dan moet die hof 'n gemeenskaplike bedoeling vind. In die meerderheid gevalle geld die objektiewe interpretasie by uitleg – “*which precludes the meaning which the parties intended their words to have from dominating the interpretation of them.*”<sup>1</sup>

Daarenteen, sê De Moor<sup>2</sup> dat waar die geskil nie die uitleg van 'n kontrak betref nie, maar die vraag of daar 'n kontrak is, ... *the intention of the parties re-emerges as being of vital importance.*<sup>3</sup>

De Moor noem hierdie bedoeling die *formal intention*, dit wil sê 'n subjektiewe benadering en noem as voorbeelde die volgende gevalle waaruit dit blyk:

- (a) Die bedoeling om 'n verbintenis te skep. In *Beesly v Hallwood Estates*<sup>4</sup> het regter Buckley onomwonde verklaar:

*“any transaction between two or more parties can ... only result in a contract between them if they enter into that transaction with an intention to create binding contractual obligations.”*

Die pasgenoemde aanhaling en beginsel is daarna deur die House of Lords met goedkeuring aangehaal in *Harvela Investments Ltd v Royal Trust Co of Canada (CI) Ltd.*<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Intention* 990 op 635.

<sup>2</sup> *Intention* 1990 op 635.

<sup>3</sup> *Intention* 1990 op 635.

<sup>4</sup> [1960] 1 WLR 549 op 558.

- (b) Is 'n wilsverklaring 'n aanbod of 'n blote uitnodiging om besigheid te doen?

Volgens die House of Lords in *Gibson v Manchester City Council*<sup>2</sup> en *Esso Petroleum Co Ltd v Commissioners of Customs and Excise*<sup>3</sup> gee die subjektiewe bedoeling van die aanbieder die deurslag.

- (c) Onvolledige kontrakte:

Die howe sal ooreenkomste aanvul, maar dan slegs as daar 'n *core agreement* bestaan waaruit afgelei kan word dat die partye bedoel het om gebonde te wees en nie slegs om in die toekoms verder te onderhandel nie.<sup>4</sup>

- (d) Waarborg of wanvoorstelling:

Of 'n verklaring 'n waarborg dan wel 'n wanvoorstelling, is, word bepaal deur die bedoeling van die verklarende party – vergelyk onder andere Lord Denning in *Oscar Chess Ltd v Williams*.<sup>5</sup>

- (e) Inkorporasie van bedinge:

Of die bepalinge van kontrak A bedoel was om ingelyf te word en deel te wees van kontrak B, word deur die bedoeling van die partye bepaal.

---

<sup>1</sup> [1986] AC 207 (HL) deur Lord Diplock op 226 en Lord Templeman op 234-235; sien ook *Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corp Bhd* [1989] 1 WLR 379 (CA).

<sup>2</sup> [1979] 1 WLR 294.

<sup>3</sup> [1976] 1 WLR 1.

<sup>4</sup> Sien *Sudbrook Trading Estate Ltd v Eggleton* [1983] 1 AC 444; *Att.-Gen. of Hong Kong v Humphreys Estate (Queen's Gardens) Ltd* [1987] AC 114 (Privy Council).

<sup>5</sup> [1957] 1 WLR 370 op 375.

De Moor<sup>1</sup> toon, myns insiens tereg, aan dat dit verbasend maklik (*simple*) voorkom om te verklaar waarom kontrakte objektief uitgelê word: kontrakte word in taal gesluit, en mens kan geredelik aanvaar dat die kontraksbedoeling ooreenkomstig die gewone taal-konvensies gevind moet word, sonder om terug te gaan na die bedoeling van die partye of van een party. Geen *dieperliggende* regverdiging vir die objektiewe uitlegmetode is, volgens De Moor<sup>2</sup> nodig nie, as “... *simply because this is the ordinary way in which we interpret what people say.*” Maar sy verwerp terselfdertyd die opvatting dat die objektiewe interpretasiemetode die dood van die bedoeling van die partye aankondig. Haar verduideliking kom dan daarop neer<sup>3</sup> dat interpretasie slegs die *omvang* van 'n verbintenis bepaal. Daar moet onderskei word tussen die totstandkoming van 'n kontrak waar, volgens De Moor, die bedoeling regeer, en die omvang, waar dit nie sodanige rol speel nie.

Die bedoeling om gebonde te wees (en dus wedersydse konsensus) moet, aldus De Moor<sup>4</sup> behou word,

*“... Simply because it is not possible to undertake an obligation without intending to do so. A commitment being that to which a person binds himself or herself, the intention to commit oneself cannot be irrelevant to the issue whether there was a contractual commitment.”*

Maar, voer sy aan<sup>5</sup> dit beteken nie dat 'n persoon se gebondenheid die betekenis of omvang het wat deur hom of haar bedoel is nie. Eenmaal as tussen *existence* en *content* van die kontraktuele onderneming onderskei word, dan kan, volgens De Moor<sup>6</sup> ook verklaar word waarom en op welke

---

<sup>1</sup> *Intention* 1990 op 638-9.

<sup>2</sup> *Intention* 1990 op 644.

<sup>3</sup> *Intention* 1990 op 644 *in fine* ev.

<sup>4</sup> *Intention* 1990 op 645.

<sup>5</sup> *Intention* 1990 op 645.

<sup>6</sup> *Intention* 1990 op 646.

teoretiese basis inkorporasie en implikasie van kontrakbedinge plaasvind: dit gaan hier maar net om die definiëring van die omvang van 'n verbintenis wat onderneem is. In die konteks van die totstandkoming van 'n kontrak

*“... ‘objectivity’ requires the court simply to ensure that claims referring to contractual intention are firmly established by the evidence.”<sup>1</sup>*

De Moor sluit haar betoog af met die volgende sterk reeks stelling:<sup>2</sup>

*“The significance of the Hannah Blumenthal saga lies in the clarity of its message that intention in the law of contract, elusive as it may be, is not illusory. The following passage of Bingham LJ in The Antclizo says it in a nutshell:*

*‘Agreements are not to be imputed to parties who have made none ... If the court is to find an agreement ... it must on the balance of probabilities be satisfied that there really was such an agreement.’*

*If properly understood, i.e. as the (formal) intention to assume an obligation, intention is the backbone of agreement and the central, most distinctive aspect of our notion of contract. If the intention to enter into a contractual relationship is disregarded as a condition for the bond to come into existence, contract ‘becomes little more than a legal fiction’. Contract itself would become illusory. The objective test of intention ensures that parties are not held contractually liable unless there are sufficient indications that they intended to be. This, according to Bingham L.J., is in accordance with ‘the realities of the market place’, and so promotes certainty in the law. Here lies the genuine strength of the argument based on certainty and commercial convenience. It is not, as Treitel suggests, an argument for the principle of objective interpretation, it is an argument for the objective*

---

<sup>1</sup> *Intention* 1990 op 649.

<sup>2</sup> *Intention* 1990 op 655.

*test of intention; it is, paradoxically, an argument for the rehabilitation of intention in the law of contract.*"<sup>1</sup>

## 2. Die leerstuk van consideration: synallagma?

Die geskiedenis van die ontwikkeling van *consideration* is duister en het tot 'n ryke regs literatuur in die praktyk aanleiding gegee.<sup>2</sup> Fifoot<sup>3</sup> verduidelik hoe die leerstuk van *consideration* teen die middel van die sestiende eeu ontstaan het: *Kontraktuele* gebondenheid kan gesien word as sou dit ontstaan óf uit 'n wederkerige kontrak (*bargain*) óf uit 'n *promise*. Die ingesteldheid van die regters van die sestiende eeu, geïnspireer en gegeneer deur die agtergrond waarteen die *common law* ontwikkel het en veral die kommersiële aard daarvan, was om slegs *bargains* as bindend te beskou. *Promises*, dus informele ooreenkomste, is tuisgebring onder die *writ of Covenant* en uitgesluit van *Debt sur contract*. Die idee van wederkerigheid is beklemtoon met die ontwikkeling van *assumpsit*. Die regters begin dus die vereiste stel dat daar 'n wesenlike ontstaansrede vir die *promise* moet wees. Twee wyses waarop die eiser daaraan kon voldoen, is ontwikkel. Hy kon bewys dat hy 'n voordeel (*benefit*) aan die verweerder laat toekom het, in ruil waarvoor die verweerder sy prestasie-onderneming gegee het, of hy kon bewys dat hy die

---

<sup>1</sup> Die verwysing na die *Hannah Blumenthal*-saak is *Paal Wilson and Co A/S v Partenreederei Hannah Blumenthal (The Hanna Blumenthal)* [1983] 1 AC 854. Die verwysing na *The Antclizo* is *Food Corporation of India v Antclizo Shipping Corp (The Antclizo)* [1988] 1 WLR 603 (HL). 'n Belangrike bespreking is ook die van Lord Goff in *Allied Marine Transport Ltd v Vale do Rio Doce Navegacao SA (The Leonidas D)* [1985] 1 WLR 925 (CA); [1984] 1 WLR 1 (QB). Ook *Centorovincia Estates Plc v Merchant Investors Assurance Co. Ltd* [1983] Com. LR 158 (CA); *Harvela Investments Ltd v Royal Trust Co of Canada (CI) Ltd* [1986] AC 207 HL. Oor 'n implied term, sien *Liverpool CC v Irwin* [1979] QB 319 op 330 B.

<sup>2</sup> Van die jongste en beste literatuur word vermeld deur Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 1 voetnoot 1 en 7 voetnoot 3; Treitel *The Law of Contract* Sweet & Maxwell London 8e uitg. 1991 op 63 ev.; *Anson's Law of Contract* 28<sup>th</sup> ed. 2002 deur J Beatson 73 ev.; 88 ev. Ek het verder geraadpleeg Simpson *A History* 1975 op 316 ev.; Milsom *Historical Foundation* 1981 op 356 ev. Fifoot, *History and Sources* 1949 op 395 ev. bespreek die verskillende hoofteorieë volledig. Sien ook Manchester 1980 op 271 ev.; Lord Wright *Ought the Doctrine of Consideration to be abolished from the Common Law?* in (1936) 49 *Harvard Law Review* 1225 ev.; Hugh Collins *The Law of Contract* 3<sup>rd</sup> ed. Butterworth London 1997 op 56 ev.

<sup>3</sup> *History and Sources* 1949 op 398 ev.



verweerder se prestasie-belofte gekoop het deur 'n teenbelofte te maak. *Act or promise was the price to be paid for success in the new consensual action on assumpsit.*<sup>1</sup>

Teen 1586 was dit duidelik dat daar geen aanspreeklikheid weens 'n *promise* (soos hierbo omskryf) kon wees nie, tensy drie dinge bewys is: *promise*, *consideration* en *breach of promise*.<sup>2</sup> Die netto effek van die leerstuk was dat 'n informele belofte *om niet* onafdwingbaar is.<sup>3</sup> 'n Voorvereiste vir afdwingbaarheid is dat die eiser iets van waarde vir die belofte moes gegee het.

Die idee agter die leerstuk was en is dat nie elke belofte afdwingbaar is nie, slegs daardie wat weens 'n aanvaarbare *consideration* aangegaan is. Die *consideration* vir 'n belofte beteken "... *the factors which the promisor considered when he promised, and which moved or motivated his promising. Although not a precise equivalent, motive is perhaps about as near as one can get by way of synonym.*"<sup>4</sup> 'n *Promise* op sigself skep dus nie gebondenheid nie. Die idee was skynbaar dat 'n belofte sonder 'n voldoende rede nie ernstig bedoel kon wees nie en dus onafdwingbaar is.<sup>5</sup> Die Romeinse idee van *ex nudo pacto non oritur actio* is 'n analoë gedagte.

Van meet af aan is daar nooit vereis dat die *consideration*, in waarde, die ekwivalent van die verweerder se prestasie moes wees nie. Dit hoef nie *adequate* te gewees het nie, wel *sufficient*.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Fifoot *History and Sources* 1949 op 399; Simpson *A History* 1975 op 421-426 oor *benefit*; 426-434 oor *reliance*.

<sup>2</sup> Simpson *A History* 1975 op 319.

<sup>3</sup> Treitel *The Law of Contract* 1991 op 63.

<sup>4</sup> Simpson *A History* 1975 op 321.

<sup>5</sup> Simpson *A History* 1975 op 322.

<sup>6</sup> Fifoot *History and Sources* 1949 op 403; Simpson *A History* 1975 op 445-452; Treitel *The Law of Contract* 1991 op 64 ev. 70 ev. 79 ev.

Die reëls met betrekking tot *consideration* is oor eeue tot by die aanvang van die negentiende eeu in fyn, ingewikkelde en soms duister detail uitgewerk.<sup>1</sup> Veral die reël dat *past consideration* nie geldige *consideration* is nie, het talle probleme veroorsaak.<sup>2</sup>

In 1756 het die geniale Lord Mansfield hoofregter van Engeland geword. Teen daardie tyd was daar bedenkinge oor die leerstuk van *consideration* en is dit in die praktyk aansienlik afgewater.<sup>3</sup> Lord Mansfield was nie 'n ondersteuner van dié leerstuk nie. Hy het eers 'n frontale en later 'n meer subtiele aanval daarteen geloods.

Dié frontale aanval het hy in sy uitspraak in *Pillans v Van Mierop* in 1765 van stapel gestuur.<sup>4</sup> Die verweerders verweer hul teen 'n eis gebaseer op 'n skriftelike onderneming om 'n wissel te aksepteer op grond daarvan dat daar slegs *past consideration* was, wat volgens die toentertydse regsreëls onvoldoende was. Lord Mansfield vind vir die eisers op twee gronde. Eerstens, dit was 'n kommersiële transaksie en volgens die *jus mercatoria*, wat deel van die Engelse reg was, word geen *consideration* vereis nie. Tweedens, selfs buite die terrein van kommersiële transaksies is die funksie van die leerstuk net om bestaansbewys van 'n kontrak te verskaf. As daar skriftelike bewys is van die kontrak, is die *consideration*-vereiste onnodig, aldus Lord Mansfield,<sup>5</sup> wat onder andere verklaar het:

*"I take it, that the ancient notion about the want of consideration was for the sake of evidence only; for when it is reduced into writing, as in covenants, specialties, bonds, etc. there was no objection to the want*

---

<sup>1</sup> Fifoot *History and Sources* 1949 op 400 ev.

<sup>2</sup> Milsom *Historical Foundations* 1981 op 369.

<sup>3</sup> Fifoot *History and Sources* 1949 op 406 ev.

<sup>4</sup> 3 Burrow 1663.

<sup>5</sup> Bespreking by Fifoot *History and Sources* 1949 op 408; Treitel *The Law of Contract* 1991 op 75 ev.; Manchester 1980 op 271 ev. vir 'n volledige uiteensetting van die feite en argumente in dié saak.

*of consideration. And the Statute of Frauds proceeded upon the same principle. In commercial cases amongst merchants, the want of consideration is not an objection."*

Hierdie aanval van Lord Mansfield in *Pillans v Van Mierop* het nie die goedkeuring van die House of Lords weggedra nie. In 1778 word in *Rann v Hughes*<sup>1</sup> bevestig dat *consideration* 'n vereiste bly vir alle kontrakte wat nie *under seal* is nie. Lord Skynner verklaar:

*"It is undoubtedly true that every man is by the law of nature bound to fulfil his engagements. It is equally true that the law of this country supplies no means, nor affords any remedy, to compel the performance of an agreement made without sufficient consideration."*

Die tweede aanval van Lord Mansfield word in *Trueman v Fenton* in 1777 van wal gestuur.<sup>2</sup> Na sy sekwestrasie gee die verweerder 'n promesse aan die eiser vir 'n ooreengekome bedrag wat minder as die oorspronklike skuld was. Die eiser onderneem om nie 'n eis teen die insolvente boedel in te stel nie. Na sy rehabilitasie weier die verweerder om die promesse te honoreer, onder andere op grond van 'n gebrek aan *consideration* daarvoor. Lord Mansfield verwerp hierdie verweer. Die skuld van 'n insolvent is *due in conscience* en 'n eerlike man sal dit betaal as dit in sy vermoë is. Die beginsel dat 'n morele verpligting voldoende *consideration* is, is daarna vir 'n tyd lank in die regspraak aanvaar en uitgebou.<sup>3</sup>

Maar ook hierdie nuwe ontwikkeling word uiteindelik in 1840 gestuit deur Lord Denman in *Eastwood v Kenyon*<sup>4</sup> en daar word teruggekeer na die ou, gestrengere vereiste van *consideration*. Lord Denman verklaar onder andere:

---

<sup>1</sup> [1778] 4 Bro. PC 27.

<sup>2</sup> 2 Cow 544.

<sup>3</sup> Fifoot *History and Sources* 1949 op 409-411.

<sup>4</sup> 1840 11 Ad and E 438.

*“The enforcement of such promises by law, however plausibly reconciled by the desire to effect all conscientious engagements, might be attended by mischievous consequences to society; one of which would be the pregnant preference of voluntary undertakings to claims for just debts. Suits would thereby be multiplied, and voluntary undertakings would also be multiplied, to the prejudice of real creditors. The temptations of executors would be much increased by the prevalence of such a doctrine, and the faithful discharge of their duty rendered more difficult.”*

Hierdie verduidelikings is ooglopend onoortuigend, te meer waar dit na vore kom juis in die tyd wanneer die mark-ekonomie, vryemarkstelsel en die *laissez-faire* beleid begin het om die bedoeling van die partye as die grondslag van gebondenheid te erken en voorop te stel. Daar was geen basis om *voluntary undertakings* teenoor *just debts* op te stel nie. Met hierdie beslissing raak die Engelse reg, wat suiwerheid van beginsel en praktiese doelmatigheid betref, ver agter die Vastelandse reg en is mens terug by die uitgediende opvatting van *ex nudo pacto non oritur actio*. Wat verder as onoortuigend voordoet, is die reël dat die *consideration* werklik gegee moes word, maar geen verband met die waarde van die teenprestasie hoef te gehad het nie.<sup>1</sup>

‘n Waardevolle insig in die werkinge van die leerstuk van *consideration* word verskaf deur Simpson,<sup>2</sup> wat dit makliker maak om die regsfiguur in die lig van moderne opvattinge te evalueer. Die vraag is: wat het die erkenning van die reël dat ‘n belofte gegee as teenprestasie vir ‘n teen-belofte, goeie *consideration* is, ten doel? Volgens hedendaagse opvattinge sou ons sê dat die bestaan van belofte en teen-belofte bewys dat ‘n kontrak gesluit is. Maar dit is nie soos die kwessie in die sestiende eeu ingesien is nie. Daar was toe

---

<sup>1</sup> Sien ook vir ‘n indringende bespreking Manchester *A modern legal history of England and Wales 1750-1950* Butterworths London 1980 op 273-275.

<sup>2</sup> *A History* 1975 op 466.

geen vereiste dat die eiser moes bewys dat 'n *kontrak* gesluit is nie. Hy moes slegs 'n belofte (onderneming) van die verweerder, *consideration* en verbreking van die belofte bewys. Die meganisme van aanbod-en-aanname as bewys van 'n kontrak was onbekend. Dit is dus verkeerd om vir *daardie* tyd te praat van kontrak as konsensuele verskynsel, aldus Simpson. Ook Treitel<sup>1</sup> voer aan dat die *consideration*-vereiste op die verkoper en koper se afsonderlike ondernemings slaan - dit gaan om *consideration* vir 'n belofte, nie vir 'n kontrak nie.

Soos reeds aangetoon, was die idee van kontrak as konsensuele verskynsel nie onbekend nie. Al wat die regsposisie, soos ontwikkel onder die kled van *consideration*, beteken het, is dat die skuldoorsaak in 'n aksie op grond van kontrak nie die kontrak was nie, maar die verweerder se onderneming plus *consideration* (of *seal*).<sup>2</sup>

Dit is ook duidelik dat die vereistes van *benefit of detrimental reliance* wat geleidelik as die toetse vir *consideration* ontwikkel is, in elk geval van verwarde denke getuig. Die nadeel gely as gevolg van die vertrouwe op 'n belofte is die *gevolg* van die belofte, en nie die motief of oorsaak daarvan nie. Simpson<sup>3</sup> verduidelik tereg dat dit slegs deur 'n verwringing van die idee van en ontstaansrede vir die leerstuk is dat nadeel vir die belofte-begunstigde ooit as *consideration* gesien kan word. Ook *benefit* sou gesien kan word as 'n afsonderlike en selfstandige motief vir kontraksluiting. Maar die Engelse reg moes opsluit *detriment* en *benefit* in die dwangbuis van één leerstuk, dié van

---

<sup>1</sup> *The Law of Contract* 1991 op 64.

<sup>2</sup> Manchester *A modern legal history* 1980 op 274 sê tereg: "The result was that the vaguely defined and flexible procedural concept of consideration, as it had been in 1750, became the focal point of a freshly – formulated general theory of contract during the nineteenth century. That this legalistic, albeit fluid, concept of bargain, rather than intention, was to be the touchstone of a new doctrine was a tribute both to the lawyer's influence and conservatism as well, perhaps, as to a certain insensitivity to the overriding public interest in ensuring rather that parties kept their plighted word than that they simply observed technical formalities – and on occasion used those technicalities to avoid keeping their word."

<sup>3</sup> *A History* 1975 op 325.

*consideration*, indwing. Terwyl goeie oordeel (*common sense*) volgens Simpson aandui dat daar baie redes is waarom iemand aan sy ondernemings gebonde moet wees, het die Engelse reg alles probeer vernou tot *consideration* met die gevolg dat dit 'n verweefde leerstuk is, wat groot probleme van afbakening en regverdiging skep.<sup>1</sup>

Tot aan die einde van die negentiende eeu is daar in die Engelse reg weinig bespreking van die grondslag van kontraktuele gebondenheid. Die reg ontwikkel in isolasie van die ander geesteswetenskappe. Nes die klassieke Romeinse juriste is die Engelse juriste van hierdie tyd nie teoreties ingestel nie. Wat ons wel van die leerstuk van *consideration* en die moeisame proses van ontwikkeling van die kontraksiedee en –aksies kan aflei, is 'n uiters konserwatiewe en eng benadering tot kontraktuele aanspreeklikheid – 'n siening wat minstens reeds sedert die na-klassieke Romeinse reg nie meer in Europa gegeld het nie.

Volgens vooraanstaande Engelse juriste het die vereiste van *valuable consideration* 'n onnodige fiksie geword. Cheshire, Fifoot en Furmston<sup>2</sup> stel dit soos volg:

*“The typical modern contract is the bargain struck by the exchange of promises. If A orders goods on credit from B, both A and B are bound from the moment of agreement, and, if the one subsequently refuses to execute his part of it, the other may sue at once. The consideration for each party's promise is the other party's promise. It is difficult to see that at this stage either party has suffered benefit or detriment unless each party is said to have received the benefit of the other's promise and suffered the detriment of making his own. But such benefit and detriment assumes that the promises are binding, which is precisely what it is sought to prove.”*

---

<sup>1</sup> Simpson *A History* 1975 op 325.

<sup>2</sup> *The Law of Contract* 2001 op 82.

Behalwe in die Engelse reg, is daar geen universele vereiste dat 'n *quid pro quo* deel van die grondslag van kontraktuele gebondenheid is nie. Selfs in die Engelse reg is daar in meer moderne tye pogings om aan die dwangbuis van *consideration* te ontsnap en in die proses na *consensus* en veral die kwessie van vertrouensbeskerming terug te keer. Dit vind plaas deur middel van die ontwikkeling van *promissory estoppel*.

Die tradisionele opvatting was, en is nog in die gewone gevalle, dat *consideration* kan bestaan uit 'n *detriment* vir die persoon aan wie die belofte gemaak is of 'n *benefit* vir die belower. Die *detriment* bestaan daarin dat die beloofde persoon, weens die belofte, iets van waarde afgestaan het terwyl *benefit* weer daarin geleë is dat die belower iets van waarde kry weens die gee van die belofte.

Gewoonlik sal *detriment* en *benefit* dieselfde regsfeit wees, gesien van die twee verskillende kante: Betaling deur 'n koper is die *consideration* vir die verkoper se belofte om te lewer en kan beskryf word óf as 'n *detriment* vir die koper óf as 'n *benefit* vir die verkoper. Andersom kan lewering deur die verkoper gesien word as die *consideration* vir die koper se belofte om te betaal en kan beskryf word óf as 'n *detriment* vir die verkoper óf as 'n *benefit* vir die koper.<sup>1</sup> Die sleutel is dat mens afsonderlik moet kyk na die *consideration* vir elkeen van die partye se belofte (of onderneming):

*"For example, the seller suffers a detriment when he delivers the goods and this enables him to enforce the buyer's promise to pay the price. It is quite irrelevant that the seller has made a good bargain and so gets a benefit from the performance of the contract. What the law is concerned with, is the consideration for a promise – not the consideration for a contract."*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Voorbeeld ontleem aan *Chitty on Contracts* 1999 op 169 par. 3-004.

<sup>2</sup> *Chitty on Contracts* 1999 op 169 par. 3-004.

Daar is egter nie noodwendig 'n vereiste van gelyktydige *detriment* en *benefit* nie. Een van die twee sal voldoen.<sup>1</sup>

Hieruit volg dat in die volgende gevalle geen afdwingbare kontrak tot stand kom nie: B skuld aan A 'n geldbedrag *ex contractu*. Sonder vergoeding onderneem A om vir 'n bepaalde tyd nie aksie teen B in te stel nie; of: A onderneem sonder vergoeding om 'n mindere bedrag in volle vereffening te aanvaar; of: A onderneem om B toe te laat om die verskuldigde bedrae paaiementsgewyse af te betaal; of: A, 'n verhuurder, onderneem om nie sy regte onder die huurkontrak teen die huurder B af te dwing nie.

In al hierdie gevalle kan B nie A se onderneming afdwing nie. A kan op die oorspronklike skuldverhouding terugval.<sup>2</sup>

Een wyse om aan hierdie klaarblyklik onbillike resultaat te ontsnap (afgesien van die afskaffing van die leerstuk van *consideration*), sou wees om in die bogenoemde en soortgelyke gevalle vir B, die persoon teenoor wie die onafdwingbare onderneming gegee is, *toe te laat om hom op estoppel te beroep*. Maar hierdie uitweg is so vroeg as 1854 reeds versper. In daardie jaar word uitspraak gegee in *Jorden v Money*.<sup>3</sup> Die verbandhoudster het herhaaldelik belowe dat sy nie haar eis onder die verband sou afdwing nie en dat sy van gemelde eise afstand doen. Toe sy nietemin op die verband dagvaar het die skuldenaar hom op *estoppel* beroep, welke beroep deur Lord Cranworth afgewys is:

*"I think that the doctrine (estoppel) does not apply to a case where the representation is not a representation of a fact, but a statement of something which the party 'intends or does not intend to do'."*

---

<sup>1</sup> *Chitty on Contracts* 1999 op 169 par. 3-004.

<sup>2</sup> Sien veral *Foakes v Beer* (1884) 9 App Cas 605; *Hookham v Mayle* (1906) 22 TLR 241.

<sup>3</sup> (1854) 5HL Cas 185; 10 ER 868.



Die konkatenasie van twee ingeburgerde leerstukke van die Engelse reg - *consideration* en dat *estoppel* slegs geld by 'n feite-voorstelling - het dus gesorg vir 'n aansienlike beperking op die gebondenheid aan 'n afspraak.

### 3. **Promissory estoppel**

Dit was die posisie in Engeland tot 1946. In daardie jaar, gee Denning R, toe 'n regter van die King's Bench, uitspraak in *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd*.<sup>1</sup> Die eiser was die verhuurder in 1937 van 'n woonstelblok aan die verweerder-maatskappy, *High Trees House Ltd*, teen 'n huurgeld van £2500 per jaar. Weens oorlogsomstandighede onderneem eiser in 1940 in skrif om die huurgelde na £1250 per jaar te verminder. Geen *consideration* vir dié toeweging is gegee nie en die duur van die tydperk van verminderde huurgelde is nie gespesifiseer nie. In 1945 stel eiser aksie in vir betaling van huurgelde teen £2500 per jaar in die toekoms, asook agterstallige huurgelde ten bedrae van £625, synde die verskil tussen huurgelde bereken teen £2500 per jaar en £1250 per jaar vir die kwartale eindigende 29 September en 25 Desember 1945. Die eise word betwis.

Regter Denning verklaar dat as hy uitspraak moes lewer volgens die bestaande reg en sonder om van onlangse ontwikkeling kennis te neem, die eis moes misluk, weens die twee reëls hierbo genoem, maar, vervolg hy:

*“But what is the position in view of developments in the law in recent years? The law has not been standing still since Jordan v Money. There has been a series of decisions over the last fifty years which, although they are said to be cases of estoppel, are not really such. They are cases in which a promise was made which was intended to create legal relations and which, to the knowledge of the person making the promise, was going to be acted on by the person to whom it was made, and which was in fact so acted on. In such cases the courts have said that the promise must be honoured. The cases to*

---

<sup>1</sup> (1947) KB 130; [1956] 1 All E R 256.

*which I particularly desire to refer are: Fenner v Blake, In re Wickham, Re William Porter & Co Ltd and Buttery v Pickard. As I have said, they are not cases of estoppel in the strict sense. They are really promises - promises intended to be binding, intended to be acted on, and in fact acted on. Jorden v Money can be distinguished, because there the promisor made it clear that she did not intend to be legally bound, whereas in the cases to which I refer to the proper inference was that the promisor did intend to be bound. In each case the court held the promise to be binding on the party making it, even though under the old common law it might be difficult to find any consideration for it. The courts have not gone so far as to give a cause of action in damages for the breach of such a promise, but they have refused to allow the party making it to act inconsistently with it. It is in that sense, and that sense only, that such a promise gives rise to an estoppel. The decisions are a natural result of the fusion of law and equity: for the cases of Hughes v Metropolitan Ry Co, Birmingham & District Land Co v London & North Western Ry Co and Salisbury (Marquess) v Gilmore afford a sufficient basis for saying that a party would not be allowed in equity to go back on such a promise."*

Denning R. beroep hom, ter onderskraging van sy standpunt, ook op logika en billikheid:<sup>1</sup>

*"In my opinion, the time has now come for the validity of such a promise to be recognized. The logical consequence, no doubt, is that a promise to accept a smaller sum in discharge of a large sum, if acted on, is binding notwithstanding the absence of consideration: and if the fusion of law and equity leads to that result, so much the better. ... At this time of day ... when law and equity have been joined together now for over seventy years, principles must be reconsidered in the light of their combined effect."*

Uitspraak word vir die eiser gegee en daarmee word die leerstuk van *promissory estoppel* in die Engelse reg ingevoer.

Die *High Trees*-beslissing het uiteraard groot opspraak verwek en die nuwe verweersgrond is in talle sake, waarin voorheen geen verweer was nie, geopper. In 'n aantal beslissings, soos *Robertson v Minister of Pensions*,<sup>2</sup> *Foster v Robinson*<sup>3</sup> en *JF Perrott & Co. Ltd. v Cohen*<sup>4</sup> is die *High Trees*-beginsel, naamlik dié van *promissory estoppel*, toegepas.

In *Combe v Combe*<sup>5</sup> kry die *Court of Appeal* geleentheid om weer na die leerstuk te kyk. In die loop van 'n egskeidingsverhoor het die eggenoot onderneem om onderhoud aan sy eggenote te betaal teen £100 per jaar. Toe die eggenote later op dié onderneming dagvaar, ontken die verweerder (die voormalige eggenoot) aanspreeklikheid. In die hof *a quo* staan Byrne R. die eiseres se eis toe met 'n beroep op die *High Trees*-beginsel. Op appél neem Lord Denning (soos hy toe was) die geleentheid te baat om die gemelde beginsel te onderskryf, maar ook om dit in die parameters van 'n blote verweer, en nie 'n skuldoorsaak nie, te plaas.

*“Much as I am inclined to favour the principle of the High Trees case, it is important that it should not be stretched too far, lest it should be endangered. The principle does not create new causes of action where none existed before. It only prevents a party from insisting on his strict legal rights, when it would be unjust to allow him to enforce them, having regard to the dealings which have taken place between the parties ... In none of these cases was the defendant sued on the promise, assurance, or assertion as a cause of action in itself: he was*

---

<sup>1</sup> 1947 KB 135.

<sup>2</sup> (1949) 1 KB 227, [1948] 2 All ER 767.

<sup>3</sup> (1951) 1 KB 149 CA; [1950] 2 All ER 42.

<sup>4</sup> (1951) 1 KB 705 CA; [1950] 2 All ER 939.

<sup>5</sup> (1951) 2 KB 215 CA; [1951] 1 All ER 767.

*sued for some other cause, for example, a pension or a breach of contract, and the promise, assurance or assertion only played a supplementary role - an important role, no doubt, but still a supplementary role. That is, I think, its true function. It may be part of a cause of action, but not a cause of action in itself. ...*

*Seeing that the principle never stands alone as giving a cause of action in itself, it can never do away with the necessity of consideration when that is an essential part of the cause of action. The doctrine of consideration is too firmly fixed to be overthrown by a sidewind. Its ill effects have been largely mitigated of late, but it still remains a cardinal necessity of the formation of a contract, although not of its modification or discharge. I fear that it was my failure to make this clear (in *Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd*) which misled Byrne J. in the present case. He held that the wife could sue on the husband's promise as a separate and independent cause of action by itself, although, as he held, there was no consideration for it. That is not correct. The wife can only enforce it if there was consideration for it. That is, therefore, the real question in the case: was there sufficient consideration to support the promise?"*

Hierdie benaderingswyse is sedertdien redelik algemeen nagevolg - byvoorbeeld deur die House of Lords in *Tool Metal Manufacturing Co. Ltd. v Tungsten Electric Co. Ltd.*;<sup>1</sup> in *Lyle-Meller v A. Lewis & Co. (Westminster) Ltd.*;<sup>2</sup> in *Beesly v Hallwood Estates Ltd.*;<sup>3</sup> en deur die Privy Council in *Emmanuel Ayodeji Ajayi v RT Briscoe (Nigeria) Ltd.*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> (1955) 2 All ER 657 HL; (1955) WLR 761.

<sup>2</sup> (1956) 1 All ER 247 CA.

<sup>3</sup> (1960) 2 All ER 314.

<sup>4</sup> (1964) 3 All ER 556. Sien ook die lang lys uitsprake behandel in Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 107-116 ev.

Dit word nou algemeen aanvaar dat promissory estoppel nie 'n skuldoorsaak is nie, maar slegs 'n verweer.<sup>1</sup> Nogtans skep dit gebondenheid aan 'n belofte, waar daar voorheen geen gebondenheid sou gewees het nie. Hieruit volg noodwendig dat daar as gevolg van die belofte of onderneming wel 'n verbintenis tot stand gekom het, wat weliswaar slegs deur middel van 'n verweer afdwingbaar is, maar nogtans afdwingbaar is.

Dit is in die Engelse reg ook nog nie duidelik welke aard en graad van gedrag aan die kant van die teenparty vereis word vir 'n suksesvolle beroep op die leerstuk nie. Moes die teenparty gehandel het op die onderneming; tot sy *nadeel* gehandel het; slegs sy posisie verander het, of is daar geen sodanige vereiste nie? Die beslissings hieroor is wyd-uiteenlopend. Die *Privy Council* het in *Emmanuel Ayodeji Akjayi v RT Briscoe (Nigeria) Ltd, supra* 'n verandering van posisie - en daarmee blykbaar 'n detrimentele verandering vereis.<sup>2</sup> Daar is egter ook ander menings hieroor: Lord Denning het laasgemelde siening verwerp.<sup>3</sup> Die meer resente standpunt is dat die toets eenvoudig dié is van billikheid. Vereis die billikheid in dié besondere geval 'n nadelige handeling vóór die vertrouwe geskend word? So is in Nieu-Seeland beslis in *P v P*<sup>4</sup> en in Engeland, waar Goff R in *The Post Chaser*<sup>5</sup> gesê het:

*“The fundamental principle is that stated by Lord Cairns LC, viz that the representor will not be allowed to enforce his rights where it would be inequitable having regard to the dealings which have thus taken place between the parties. To establish such inequity, it is not necessary to show detriment; indeed, the representee may have benefited from the representation, and yet it may be inequitable, at least without*

---

<sup>1</sup> Sien ook Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 107-116 ev.

<sup>2</sup> Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 110.

<sup>3</sup> Sien *WJ Alan & Co Ltd v El Nasr Export and Import Co* [1972] 2QB 189; [1972] 2 All ER 127 en *Brikom Investments Ltd v Carr* [1976] QB 467 op 482; [1979] 2 All ER 753 op 758, 759.

<sup>4</sup> [1957] NZLR 854.

<sup>5</sup> [1982] 1 All ER 19.

*reasonable notice, for the representor to enforce his legal rights ... But it does not follow that in every case in which the representee had acted, or failed to act, in reliance on the representation, it will be inequitable for the representor to enforce his rights for the nature of the action or inaction may be insufficient to give rise to the equity."*

Dit is ten slotte nodig om standpunt in te neem teenoor die *injurious reliance*-teorie of te wel die leerstuk van *promissory estoppel*. Die eerste en voor-die-hand-liggende reaksie wat 'n bestudering van hierdie leerstuk by iemand wat ook kennis dra van nie-*consideration*-regstelsels, is die negatiewe invloed van die *consideration*-leer. Opvallend is hoe daardie leerstuk onreg in die hand gewerk het, deur die afdwingbaarheid van gewone, informele ondernemings te inhibeer. Dit het ook die onnatuurlike resultaat gehad dat een van die mees basiese en natuurlike menslike handeling, naamlik om aan die handels- en ruilverkeer deel te neem, met allerlei gekunsteldhede aan bande gelê is. In vergelyking met nie-*consideration*-stelsels, soos byvoorbeeld die Vastelandse, Skotse en Suid-Afrikaanse, lyk *consideration* totaal onnodig en lomp. Dit moes uiteindelik die knie buig voor die realiteite. Insoverre die leerstuk van *promissory estoppel* die afdwingbaarheid van ondernemings (beloftes) uitbrei, is dit 'n gesonde ontwikkeling.

Dat daar 'n behoefte aan verdere sistematisering op hierdie gebied bestaan, is duidelik. In 1972 het Lord Hailsham LC in *Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd. SA. v Nigerian Produce Marketing Co. Ltd*<sup>1</sup> verklaar:

*"The time may soon come when the whole sequence of cases based on promissory estoppel since the war, beginning with Central London Property Trust Ltd. v High Trees House Ltd, may need to be reviewed and reduced to a coherent body of doctrine by the courts. I do not mean to say that any are to be regarded with suspicion. But as is common with an expanding doctrine they do raise problems of coherent exposition which have never been systematically explored."*

---

<sup>1</sup> [1972] AC 741 op 758, [1972] 2 All ER 271 op 282.

Ek doen aan die hand dat *promissory estoppel*, net soos gewone gevalle van *estoppel*, op die vertrouensbeginsel gebaseer is. Beide is gebaseer op 'n *voorstelling* gevolg deur 'n *vertroue (reliance)*.<sup>1</sup> Tog verseg die howe om *promissory estoppel* en *estoppel* gelyk te stel<sup>2</sup> en probeer dit eerder verklaar as 'n vorm van afstanddoening (*waiver*).<sup>3</sup>

#### 4. Die belofte-leer

In die Anglo-Amerikaanse reg bestaan 'n tweespalt nie alleen tussen die subjektiewe en objektiewe benaderingswyses nie, maar ook en veel dieper oor die vraag: ontstaan kontraktuele gebondenheid uit 'n ooreenkoms (of kontrak) dan wel uit 'n belofte? Wat is die verskil en welke implikasie hou die verskillende standpunte in?

Volgens die ortodokse opvatting is 'n kontrak 'n tweesydigte regshandeling wat op *consensus* berus.

*"The common law has long stressed the commercial flavour of its contract. An Englishman is liable, not because he has made a promise, but because he has made a bargain. Behind all forms of contract, no doubt, lies the basic idea of assent."*<sup>4</sup>

Daarenteen word met net soveel stelligheid deur ander verklaar dat kontrakgebondenheid alleen uit 'n belofte ontstaan:

---

<sup>1</sup> *Chitty on Contracts* 1999 op 218, par. 3-095.

<sup>2</sup> Millett L.J. in *First National Bank Plc v Thompson* [1996] Ch. 231 op 236.

<sup>3</sup> *Chitty on Contracts* 1999 op 219 par. 3-097; Lord Pearson in *Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd v Nigerian Produce Marketing Co Ltd* [1972] AC 741 op 762 en sien die bespreking van verskillende uitsprake in *Chitty on Contracts* 1999 op 219-220, par. 3-097.

<sup>4</sup> Cheshire, Fifoot en Furmstone *Law of Contract* 2001 op 32.

*“Yet a strict legal analysis of English contract law will reveal ... that it is not the notion of convention but the notion of pollicitatio or promissum that forms the focal point of liability; the English contractor is liable in damages at common law for breach of promise rather than non-performance of an agreement.”<sup>1</sup>*

Klaarblyklik is die vraag waarom dit hier gaan van fundamentele belang, nie alleen wat die grondslagkwessie betref nie, maar ook vir ander vraagstukke: *dissensus*, die toelaatbaarheid van getuienis oor die bedoeling van die belower, die basis waarop terme in 'n kontrak ingelees kan word, en so meer. Die kern is steeds die vraag *waarom* is hetsy *kontrak*, hetsy *belofte* bindend? Van die bekendste Anglo-Amerikaanse kontraktereg-kenners het veel aandag aan die belofte – kontrak tweespalt spandeer. Hul sienings verdien noukeurige ontleding.

Ek begin met 'n bespreking van normatiewe standpunte van Engelse en Amerikaanse skrywers. Eerstens, 'n analise van die werk van die Amerikaanse regsgeleerde, Charles Fried, van die Harvard Law School wat in 1981 sy beroemde *Contract as Promise : A Theory of Contractual Obligation* die lig laat sien het,<sup>2</sup> hoewel die debat rondom belofte-aanspreeklikheid nie nuut is nie.

Sy tesis is dat *belofte* die morele grondslag van kontraktuele gebondenheid is. Dit is die meganisme waarvolgens iemand verpligtinge op homself kan neem waar voorheen geen verpligtinge bestaan het nie. Die persepsie van kontraktuele gebondenheid as (weselik) self-opgelegd is so oud as die kontrak-idee self. Dit het stukrag gekry uit die opvatting dat individue regte het waaroor hulle kan beskik. Die wilsleer, wat kontraktuele gebondenheid sien as weselik self-opgelegd, is 'n weerspieëling van die liberale

---

<sup>1</sup> J Rinkes en G Samuel *Contractual and Non-Contractual Obligations in English Law* Ars Aequi Libri Nijmegen 1992 op 103-4.

<sup>2</sup> Harvard University Press Cambridge Massachusetts 1981.



individualisme. Maar hierdie siening het die laaste vyftig jaar onder toenemende druk gekom, aldus Fried.

Eerstens was daar aanvalle vanuit die historiese hoek. Enersyds is aangevoer dat daar voor die negentiende eeu weinig sprake van vrye diskresie en individuele liberalisme was. Daar was té veel beheer deur òf die staat òf gemeenskapsinstellings soos families, gildes of plaaslike gemeenskappe. Andersyds is aangevoer dat daar sedert die einde van die negentiende eeu groot areas van onderhandeling was wat buite die bevoegdheid van die individu lê en deur die staat, vakbonde of korporasies beheer word.

Maar, voer Fried aan, selfs toegegee dat daar 'n eb en vloeï van kollektiewe beheer oor kontraktering is, *non constat* dat die beginsel van kontraktuele gebondenheid of die korrektheid van die belofte-beginsel betwyfel kan word: *The validity of a moral, like that of a mathematical truth, does not depend on fashion or favor.*<sup>1</sup>

Tweedens is daar die moderne teoretiese aanvalle op die samehang of die onafhanklike lewensvatbaarheid van die belofte-beginsel. Daar word gesê dat regsverpligtinge alleen deur die gemeenskap opgelê kan word. As die gemeenskap 'n regsplig erken, dan doen hy dit ten einde sy eie doeleindes te bereik en sy eie standarde af te dwing en nie omdat hy die doeleindes of standarde van individue *per se* wil handhaaf nie. Die aanvallers op die *tradisionele* belofte-beginsel is, volgens Fried<sup>2</sup> onder andere: Patrick Atiyah;<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Contract as Promise* 1981 op 1-2.

<sup>2</sup> *Contract as Promise* 1981 op 3

<sup>3</sup> *The Rise and Fall of Freedom of Contract* Oxford 1979.

Grant Gilmore;<sup>1</sup> Morton Horwitz;<sup>2</sup> Duncan Kennedy;<sup>3</sup> Anthony Kronman;<sup>4</sup> Ian Macneil<sup>5</sup> en Lawrence Friedman.<sup>6</sup>

Die hoofemas van die aanval op die belofte-beginsel<sup>7</sup> kan volgens Fried<sup>8</sup> soos volg opgesom word:

- (i) nie alle beloftes is regtens afdwingbaar nie;
- (ii) selfs ten aansien van dié wat regtens afdwingbaar is, is daar onderlinge verskille en kategorieë vir afdwingbaarheid: soms word opskrifstelling vereis; soms word bepaalde partye vereis; soms word vereis dat daar eers bewys moet word dat die eiser tot sy nadeel op die belofte vertrou en gehandel het;
- (iii) sommige reëlings wat nie op beloftes neerkom nie, byvoorbeeld voorlopige onderhandelinge, woorde wat verkeerdelik as beloftes verstaan is en samewerkingskemas, word in die kontraktuele regime opgeneem;

---

<sup>1</sup> *The Death of Contract* Columbus 1974.

<sup>2</sup> *The Transformation of American Law* Cambridge 1977 (Hoofstuk 6).

<sup>3</sup> *The Structure of Blackstone's Commentaries* (1979) 28 *Buffalo Law Review* op 205 ev.; *Form and Substance in Private Law Adjudication* (1976) 89 *Harvard Law Review* op 1686.

<sup>4</sup> *Contract Law and Distributive Justice* (1980) 89 *Yale Law Journal* op 472.

<sup>5</sup> *The Many Futures of Contracts* (1974) 47 *Southern California Law Review* op 472.

<sup>6</sup> *Contract Law in America* Madison 1965.

<sup>7</sup> Sien ook Friedrich Kessler and Grant Gilmore *Contracts* 2<sup>nd</sup> ed. Boston 1970; Lon Fuller & William Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, (1936) 46 *Yale Law Journal* 1937 op 52, 373; Karl Llewellyn *What Price Contract? An Essay in Perspective* (1931) 40 *Yale LJ* op 70; Morris Cohen *The Basis of Contract Law* (1933) 46 *Harv. L Rev.* op 553.

<sup>8</sup> *Contract as Promise* 1981 op 3 ev.

- (iv) selfs waar beloftes oorgaan in ooreenkoms, het die ooreenkoms dikwels veel meer om die lyf as die belofte – byvoorbeeld die huwelik, dienskontrakte, versekering en vervoerkontrakte.<sup>1</sup>

Wanneer die voorstanders van gemelde aanvalle die basis van kontraktuele gebondenheid ondersoek, sien hulle soveel grondslae as wat daar veranderinge in die regterlike en wetgewende proses is. Maar twee algemene uitgangspunte van geregtigheid figureer in hul aanvalle op die konsep van kontrak as belofte: voordeel (*benefit*) en vertrouwe (*reliance*).

Die voordeel-benadering hou in dat waar iemand bevoordeel is ten koste van 'n ander, terwyl laasgenoemde redelik en sonder 'n skenkingsbedoeling opgetree het, billikheid verg dat die voordeel teruggegee word of dat daarvoor vergoed word.

Die vertrouwe-beginsel wat in die VSA geloods is deur 'n invloedryke artikel in 1936 deur Lon Fuller en William Perdue: *The Reliance Interest in Contract Damages*,<sup>2</sup> leer dat wat gesien word as die afdwing van 'n belofte *in werklikheid* die vergoeding is wat gegee word aan 'n benadeelde omdat hy op die ander se belofte vertrou het.

Op die eerste aangesig, sê Fried<sup>3</sup> is die verskil tussen 'n *verbintenis weens belofte* en 'n *verbintenis weens vertrouwe* so klein dat dit skaars opval – maar inderdaad is dit van groot praktiese en teoretiese belang. Om 'n belofte as

---

<sup>1</sup> Fried *Contract as Promise* 1981 op 3: "Thus, the conception of the will binding itself – the conception at the heart of the promise principle – is neither necessary nor sufficient to contractual obligation. Indeed it is a point of some of these critics (for example, Friedman, Gilmore, Macneil) that the search for a central or unifying principle of contract is a will-o'-the-wisp, an illusion typical of the ill-defined but much excoriated vice of conceptualism. These critics hold that the law fashions contractual obligations as a way to do justice between, and impose social policy through parties who have come into a variety of relations with each other. Only some of these relations start in an explicit agreement, and even if they do, the governing considerations of justice and policy are not bound by the terms or implications of that agreement."

<sup>2</sup> (1937) 46 Yale LJ 1936 op 52, 373.

<sup>3</sup> *Contract as Promise* 1981 op 4.

sodanig af te dwing, is om die verweerder te dwing om te presteer omdat hy belowe het. Om op die vertroue-beginsel te werk, is om te fokus op die nadeel (*injury*) wat die eiser gely het en om te vra of die verweerder sodanig aanspreeklik daarvoor is dat hy gedwing moet word om te vergoed.

Dit is duidelik, aldus Fried,<sup>1</sup> dat die vertroue-beginsel 'n *species* van deliktuele aanspreeklikheid is, en dit word dan ook deur Gilmore, Horwitz en Atiyah as 'n saamvloei van kontrak en delik gesien. Een konsekwensie hiervan is dat die vergoeding wat aan die eiser gegee word, nie afhang van die wil van die partye nie. Byvoorbeeld as daar nie benadeling was nie omdat die eiser nog nie in die vertroue gehandel het nie, skyn daar niks te wees om te vergoed nie. In ander gevalle mag billike vergoeding meer verg as waarop ooreengekom is.

'n Ander lyn van aanval op kontrak-as-belofte, is gerig teen die idee van 'n self-opgelegde verbintenis. Twee benaderings is hier te bespeur:<sup>2</sup>

- (a) Enersyds word gesê dat 'n regtens-afdwingbare verbintenis altyd van *buite* opgelê moet word.<sup>3</sup>
  
- (b) Andersyds word daar van binne gewerk: vir 'n verbintenis uit belofte om self-opgelê te wees, moet dit werklik vrywillig gegee wees. As dit slegs beteken dat dit doelbewus gegee moes word, sou 'n gedwonge belofte immers afdwingbaar gewees het. Ons moet dus 'n *billike* keuse vereis – en die oomblik wat ons dit doen, het ons reeds eksterne

---

<sup>1</sup> *Contract as Promise* 1981 op 4.

<sup>2</sup> Fried *Contract as Promise* 1981 op 5.

<sup>3</sup> Bv. Emile Durkheim *The Division of Labor in Society* (Simpson Translation) New York 1933 in Hoofstuk 7; Karl Llewellyn *What Price Contract: An Essay in Perspective* (1931) 40 Yale LJ op 704.

standaarde in die hart van die beweerde self-opgelegde verbintenisse ingevoer.<sup>1</sup>

Fried<sup>2</sup> gaan dan voort om hierdie aanvalle die hoof te bied en merk op dat die kontraktereg kompleks is. Die teenstanders van die konsep van kontrak-as-belofte – wat volgens Fried self, sy siening van die klassieke wilsleer is – is in die verlede toegelaat om hierdie kompleksiteit uit te buite. Daarenteen was ook die voorstanders van die wilsleer te rigied en het eise gestel wat nie met die wilsleer te rym was nie.

Fried<sup>3</sup> begin sy eksposisie deur te verwys na die liberale ideaal van moraliteit:

*“... that we be secure in what is ours – so that our persons and property not be open to exploitation by others, and that from a sure foundation we may express our will and expand our powers in the world. By these powers we may create good things or bad ... But whatever we accomplish and however that accomplishment is judged, morality requires that we respect the person and property of others, leaving them free to make their lives as we are left free to make ours.”*

Hiervoor is samewerking en ooreenkoms tussen mense nodig. Sonder vertroue kan daar geen samewerking wees nie. Hierdie vertroue bestaan uit die oortuiging dat jy, my medemens, sal doen wat reg is. Belofte is die meganisme wat aan vertroue sy duidelikste vorm en verwesenliking gee. Belofte-breuk en leuens is twee verskyningsvorme van immorele optrede.

---

<sup>1</sup> Fried *Contract as Promise* 1981 op 5: “Having said, for instance, that a promise to pay an exorbitant price for a vital medicine is not freely undertaken, while a promise to pay a reasonable price is, why not dispense with the element of promise altogether and just hold that there is an obligation to supply the medicine at an externally fixed price to all who need it?”

<sup>2</sup> *Contract as Promise* 1981 op 6.

<sup>3</sup> *Contract as Promise* 1981 op 7.

Waarom is 'n belofte moreel-verbindend? Dit is nie omdat daar *benadeling* sal wees as 'n belofte verbreek word nie, want in die algemeen mag een mens homself bevoordeel of verryk ten koste van andere. En alle verbrekings van belofte bring nie noodwendig vir die verbreker voordeel en vir die ander nadeel nie – en tog word die belofte as bindend beskou.<sup>1</sup> Die voordeel wat ek bekom deur 'n belofte te maak, kan dus nie die grondslag vir gebondenheid wees nie.

'n Ander aangebode grondslag is die skade wat jy ly deurdat jy op die belofte vertrou het. Verbreek ek die belofte, is jy benadeel en moet ek dit vergoed. Dit bring die belofte op die gebied van die deliktereg en die probleme van kousaliteit, voorsienbaarheid en van skade. 'n Belofte is egter bindend al ly die ander geen skade deur verbreking nie.

Wat is dus die verbindende element agter elke belofte? Fried<sup>2</sup> meen dat dit lê in die *konvensie* dat alle beloftes nagekom moet word – vergelyk die rol van konvensies in spele en sport, religieuse rituele en taalgebruik. Maar dan is die vraag: waarom moet die konvensie nagekom word? Gewoonlik word twee redes aangevoer: *eksterne sanksies* of *morele verbintenisse*.<sup>3</sup> Fried<sup>4</sup> verwerp utiliteit as 'n verbindingsgrond. Die werklike gronde lê in respek vir individuele outonomie en in vertroue:

*“The obligation to keep a promise is grounded not in arguments of utility but in respect for individual autonomy and in trust. Autonomy and trust are grounds for the institution of promising as well, but the argument for individual obligation is not the same. Individual obligation is only a step away, but that step must be because he has intentionally*

---

<sup>1</sup> Fried *Contract as Promise* 1981 op 10: “It is the promise that makes my enrichment at your expense unjust, and not the enrichment that makes the promise binding. And thus neither the statement of intention nor the benefit explains why, if at all, a promise does any moral work.”

<sup>2</sup> *Contract as Promise* 1981 op 12.

<sup>3</sup> *Contract as Promise* 1981 op 15.

<sup>4</sup> *Contract as Promise* 1981 op 16.

*invoked a convention whose function it is to give grounds – moral grounds – for another to expect the promised performance. To renege is to abuse a confidence he was free to invite or not, and which he intentionally did invite. To abuse that confidence is like (but only like) lying: the abuse of a shared social institution that is intended to invoke the bounds of trust.”<sup>1</sup>*

Samevattend, verklaar Fried,<sup>2</sup> is daar dus 'n konvensie dat beloftes nagekom moet word. Dit berus op beginsels van vertroue en respek en verwagtinge en hou in dat dit verkeerd is om daardie konvensie te gebruik om 'n belofte te maak en dit dan te verbreek.

Maar wat is die verband tussen *belofte* en *kontrak*?

*“The utilitarian counting the advantages affirms the general importance of enforcing contracts. The moralist of duty, however, sees promising as a device that free, moral individuals have fashioned on the promise of mutual trust, and which gathers its moral force from that promise. The moralist of duty thus posits a general obligation to keep promises, of which the obligation of contract will be only a special case – the special case in which certain promises have attained legal as well as moral force. But since a contract is first of all a promise, the contract must be kept because a promise must be kept.”<sup>3</sup>*

Fried toets ook die premisse van kontrak – as – belofte aan die vergoeding wat betaal moet word as die kontrak verbreek word. Hy meen dat die vergoeding die ekwivalent van die beloofde prestasie moet wees: *he gets the benefit of his bargain.*<sup>4</sup> Hy wys daarop dat twee ander moontlike

---

<sup>1</sup> *Contract as Promise* 1981 op 16.

<sup>2</sup> *Contract as Promise* 1981 op 17.

<sup>3</sup> *Fried Contract as Promise* 1981 op 17.

<sup>4</sup> *Fried Contract as Promise* 1981 op 17; *expectation damages*.

berekeningswyses – vertroue en restitusie – nie voldoende is nie. Dit illustreer weer die bindende krag van belofte – of daar nou handeling in vertroue was of nie en as grondslag vir meer as net vergoeding van verspilde onkoste en uitgawes. Fried meen ook dat die leerstuk van *consideration* nie op 'n ander grondslag van gebondenheid as belofte dui nie. Die leerstuk van *consideration* is te inkonsekwent en weersprekend om enigsins as grondslag te dien.<sup>1</sup> Ook is die poging om kontraktuele gebondenheid te vind in kommersiële noodsaak, vrugtelos. Talle kontrakte word daagliks deur private individue gesluit.<sup>2</sup>

Ten slotte meen Fried<sup>3</sup> dat ook onderskei moet word tussen belofte en gelofte (vow). Die belofte is iets wat aan 'n ander gekommunikeer word; daarbenewens moet, om bindend te word, die geadresseerde die voordeel aanvaar. Daaruit volg 'n verdere kwalifikasie van belofte-as-verbintenis: dit moet aanvaar word.<sup>4</sup>

PS Atiyah,<sup>5</sup> ook 'n voorstander van belofte-gebondenheid, voer aan dat belofte gereduseer kan word tot 'n *species* van toestemming, want toestemming is 'n breër en miskien meer basiese bron van verbintenis. So, byvoorbeeld kan afstanddoening gesien word as 'n uitdrukking van toestemming om nie 'n skuld te ontvang nie. Dit kan dalk gesê word dat die persoon wat afstand doen ook stilswyend 'n belofte aflê – byvoorbeeld om nie aksie vir die verhaal van die skuld in te stel nie, maar dit is nie duidelik dat so 'n stilswyende belofte bydra tot die toestemmings-konstruksie nie. Ook in

---

<sup>1</sup> *Contract as Promise* 1981 op 35.

<sup>2</sup> *Fried Contract as Promise* 1981 op 36.

<sup>3</sup> *Contract as Promise* 1981 op 41 ev.

<sup>4</sup> *Fried Contract as Promise* 1981 op 43: “*The need for acceptance shows the moral relation of promising to be voluntary on both sides. It is part of the intuitive force behind the idea of exchange. And acceptance offers a further point of correspondence between the moral institution of promise and the legal institution of contract.*”

<sup>5</sup> *Promises, Morals and Law* Clarendon Press Oxford 1981 op 176 ev.



geval van toestemming tot 'n fisiek-intieme daad tussen twee meerderjariges is dit nie behulpsaam om te sê dat hulle eintlik stilswyend toestem om nie klagtes te gaan lê of om nie vir aanranding te dagvaar nie.

Atiyah<sup>1</sup> toon tereg aan dat waar verbintenisse geskep word, dit nie so ooglopend is dat belofte in *species* van toestemming is nie. Die formule: *Ek belowe om X te doen ...* kan nie maklik (minstens taalkundig) gereduseer word tot: *Ek stem toe tot X ...* nie. Dit is selfs moeiliker om dié verband te sien waar die belofte slaan op 'n feit (bv. 'n waarborg) of 'n derde se optrede of 'n feitetoestand. Nogtans meen Atiyah dat daar telkens 'n onderliggende toestemming is –

*“But the fact surely is that an explicit promise is an expressed willingness or consent to the state of affairs which the promise posits, or which will be required by its performance. So, for instance, if I promise to deliver my car to you under a contract of sale, I am expressing my willingness to part with my car.”<sup>2</sup>*

Atiyah<sup>3</sup> gaan selfs so ver om die belofte-element weg te redeneer, byvoorbeeld in geval van 'n ooreenkoms vir onmiddellike gelyktydige ruil, want elkeen stem toe, hier en nou, tot die ruil. Daar is dus geen beloftes nie.

In geval van 'n kontrak vir toekomstige prestasie sê Atiyah kan mens die onderliggende transaksie ontleed in (1) 'n toestemming tot die ruil – soos in die geval van 'n onmiddellike ruil, en (2) die element van verbintenis tussen die oomblik van die afspraak en dié van prestasie.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *Promises* 1981 op 178.

<sup>2</sup> *Promises* 1981 op 178.

<sup>3</sup> *Promises* 1981 op 178.

<sup>4</sup> *Promises* 1981 op 179: “*This latter may look more like a promise which is not reducible to any form of consent, but it too can be seen as consent to the arrangements: indeed, the second element is simply a way of saying that the first element (consent to the exchange) is irrevocable.*”

Atiyah<sup>1</sup> meen dat die opvatting, dat belofte herleibaar is tot *consent*, teruggevoer kan word na *The Leviathan* van Hobbes<sup>2</sup> waar hy argumenteer dat 'n belofte 'n uitdrukking van toestemming is om nie met die natuurlike regte van andere in te meng nie. 'n Koopkontrak is 'n vorm van toestemming dat 'n ander oor my eiendom mag beskik. Atiyah<sup>3</sup> meen ook dat prof. HLA Hart<sup>4</sup> die morele verbintenis geskep deur 'n belofte, gesien het in die idee dat die belofte 'n prysgawe van die belower se vryheid in 'n bepaalde opsig is.

Atiyah<sup>5</sup> hou hom veral besig met die vraag: waarom is toestemming, selfs in die vorm van 'n belofte, onherroeplik?

Waar daar onmiddellike prestasie is, is dit volgens Atiyah<sup>6</sup> onnodig om te vra waarom die toestemming *bindend* is. Die vraag is slegs of daar geldige toestemming was.

*"The general presumption that a person is the best judge of his own interests is normally a sufficient starting point for dealing with a present consent."*

In geval van 'n belofte om iets in die toekoms te doen, is daar nie die genoemde *prima facie*-vermoede wat die toestemmende party betref nie. As hy nou belowe en later van mening verander, dan is die belang wat beskerm moet word seker sy *laaste* wilsbesluit, byvoorbeeld toestemming tot 'n

---

<sup>1</sup> *Promises* 1981 op 179 ev.

<sup>2</sup> Hoofstuk 14.

<sup>3</sup> *Promises* 1981 op 179: "... by thus surrendering his freedom he legitimates the conduct of the promisee in now having the right to demand something from the promisor. It is this emphasis on the special rights of the promisee which, Hart stresses, explains the puzzling idea that one can, by a promise, change one's moral obligations."

<sup>4</sup> *Are there any Natural Rights?* in (1955) 64 *Philadelphia Review* op 175.

<sup>5</sup> *Promises* 1981 op 179 ev.

<sup>6</sup> *Promises* 1981 op 180.

toekomstige chirurgiese operasie. In sulke gevalle is die toestemming en ook die belofte herroepbaar. En afgesien van die gevalle waar die toestemming uitdruklik handel met die kwessie van herroepbaarheid, ontstaan die vraag: is dit herroepbaar of nie? Die antwoord is dan dat daar 'n opweging van belange moet wees, en wel op 'n objektiewe basis.<sup>1</sup>

Ten einde dus te verstaan wanneer en waarom 'n toestemming onherroeplik word, moet ons kyk na eksterne faktore – soos die gestanddoening van voordele en die beskerming van vertrouwe (*reliance*) as bronne van verbintenisse.<sup>2</sup>

Atiyah meen dat 'n belofte of toestemming in baie gevalle neerkom op 'n erkenning (*admission*) van die bestaan van 'n ander, voorafgaande verbintenis.<sup>3</sup>

Die voorafgaande verbintenis wat hier ter sprake is, is dié wat ontstaan òf omdat een persoon iets goed aan 'n ander gedoen het, òf omdat die een persoon nadeel gely het omdat hy gehandel het weens die optrede van die ander (*detrimental reliance*). Die belofte is dan 'n meganisme van bewys van die bestaan van dié soort verbintenis. So, byvoorbeeld, as die verweerder in 'n motorongeval-saak belowe om die benadeelde eiser te vergoed, dien die belofte as bewys van die bestaan van die voorafgaande verbintenis en ook

---

<sup>1</sup> *Promises* 1981 op 183: "It seems clear that the revocability of a consent must involve a balancing exercise which can only be conducted from the external point of view. On the one hand are the interest of the (formerly) consenting party who now wishes to change his mind, and consent to something quite different, perhaps the reverse of what he previously consented to. On the other hand are the interests of those who are, or may be, in various ways affected by the revocability of the consent. For example, there are those who may have paid for the consent, there are those who may have acted upon it, or strictly, acted in the belief that it would be maintained. And there are those who have merely had expectations that the consent would be maintained."

<sup>2</sup> Atiyah *Promises* 1981 op 183.

<sup>3</sup> *Promises* 1981 op 184: "By making an explicit promise, the promisor concedes or admits the existence and extent of the pre-existing obligation. Indeed, I shall argue that this is in truth the paradigm of an explicit promise. On this view, an implied promise is either an implied admission of the existence of a prior obligation, or it is merely a way of describing a situation in which such a prior obligation arises even though there is no admission."

om onsekerheid uit die weg te ruim. Maar gestel 'n hof sou, indien die motorongeval-dispuut op verhoor gegaan het, bevind het dat daar geen aanspreeklikheid vir die verweerder was nie – het die belofte dan nie 'n nuwe verbintenis geskep nie? Atiyah<sup>1</sup> moet hierdie resultaat toegee, maar sê hy, die belofte is nie gemaak om 'n verbintenis te skep nie, maar om 'n dispuut te besleg, en wel deurdat dit die verweerder-belower verhinder om die meriete van die motorongeval-saak te heropen.

Ander voorbeelde van gevalle waar beloftes of toestemming blote bewys is van bestaande verbintenis, is waar die skuldenaar belowe om 'n bestaande skuld te betaal. Volgens Atiyah<sup>2</sup> is die bedoeling nie om 'n verbintenis te skep nie, want dit bestaan reeds, “... *but to make it clear that the debtor admits it, and (perhaps) to place some time-limit on the indulgence requested.*” Veral by rituele beloftes – vergelyk die *stipulatio* van die Romeinse reg – het die ritueel wat aan die belofte gekoppel is, die bewysrol van die belofte beklemtoon.

Dog Atiyah<sup>3</sup> moet ook toegee dat daar gevalle is waar die belofte of toestemming nie op 'n reedsbestaande verbintenis volg nie. Nogtans, meen hy, het dit ook in hierdie gevalle hoofsaaklik bewyswaarde. Neem byvoorbeeld die geval waar A sy huis aan B vir 'n bedrag geld verkoop. Die tradisionele regsbeskouing is dat daar oor en weer beloftes gegee word – om te betaal en om te transporteer. Die geykte siening is dat elke belofte hier 'n nuwe verbintenis, wat nie voorheen bestaan het nie, skep. Maar, meen Atiyah,<sup>4</sup> die wedersydse beloftes is steeds onderhewig aan die voorwaarde dat ook die ander kontraktant presteer.

---

<sup>1</sup> *Promises* 1981 op 187.

<sup>2</sup> *Promises* 1981 op 188.

<sup>3</sup> *Promises* 1981 op 189.

<sup>4</sup> *Promises* 1981 op 191: “*In a case of this kind, therefore, there is no difficulty in treating the promises as still having an evidentiary character. Insofar as the agreement is constituted by an exchange of promises, the parties are merely saying, in effect: If the proposed exchange takes place, I promise to (pay the agreed price) (tender a conveyance of the house). The promises are not commitments to*

Waar die belofte gegee word sodat daarop in die toekoms deur die geadresseerde vertrou kan word, is die saak meer ingewikkeld. Sodanige beloftes weerspieël iets van die wil van die belower – en die doel van die belofte is geleë bloot in die bewysreg om duidelikheid te skep.<sup>1</sup>

Atiyah<sup>2</sup> som sy eie standpunt soos volg op:

*“To sum up my argument so far: I have been suggesting that a promise is an admission concerning the existence and extent of other obligations which either pre-exist the making of the promise, or which anyhow would arise before, or at the same time as, the promise becomes obligatory. These other obligations can arise from many sources but most of them arise from benefits rendered to the promisor, or from acts of detrimental reliance performed by the promisee. In the former case, the promise is usually evidence that the transaction is an exchange and not a gift, and it is evidence of the fair value of the exchange; in the latter case, the promise is evidence that the promisor himself thought that the promisee would be justified in acting in reliance on the assertions expressed or implicit in the promise.”*

---

*consummate the exchange, but admissions of the fairness of the terms proposed, and therefore of the obligation that each will come under, if and when the other's performance is accepted.”*

<sup>1</sup> Atiyah *Promises* 1981 op 192: “... evidentiary or clarificatory. If I merely declare my intention to act in a particular way, it will often be unclear whether you are justified in acting on that declaration, so that, if you do act on it, and suffer loss, that loss is fairly attributable to me. To make a promise, by explicitly promising, is admitting that (insofar as it is for him to decide) he thinks the promisee will be justified in acting in reliance on him. All this surely helps to explain why one of the commonest ways of making an explicit promise in practice is by telling the promisee that he can count upon the promise, that he can depend upon it, or rely upon it or act upon it. The confusing thing is that the promisee appears to be invited to rely upon the proposition inherent in the promise.”

<sup>2</sup> *Promises* 1981 op 193.

Die basiese vraag is dan, aldus Atiyah,<sup>1</sup> waarom talle beloftes regtens (en moreel) konklusief en bindend is – waarom, as mens beloftes sien as erkennings (*admissions*), hulle konklusiewe erkennings is. Dit kan nie geleë wees in die aanvaarding dat erkennings gewoonlik waar is nie, want in baie gevalle sal dit nie die geval wees nie, maar die beloftes nogtans bindend. Oók kan dit, volgens Atiyah<sup>2</sup> nie geleë wees in die *estoppel*-gedagte nie, want dan reduceer ons erkennings tot beloftes – juis die teendeel van wat Atiyah probeer doen.

Tog is dit so dat in die oorgrote meerderheid gevalle, beloftes bindend is, omdat hul gesien word as 'n konklusiewe erkenning van 'n verbintenis wat ontstaan uit voordeel (*benefit*) op vertrouwe (*reliance*).<sup>3</sup> Die kernvraag is: is aanspreeklikheid waarlik gebaseer op die *belofte*, of op die *voordeel of vertrouwe wat deur die belofte bewys word*?

Maar daar is ook 'n interne gesigspunt om die bindende aard van die belofte-as-erkenning te verklaar, aldus Atiyah. Dit is dat die belofte bindend is op almal wat die stelsel gebruik.<sup>4</sup>

Dus: vanuit die eksterne gesigspunt is die bron van die gebondenheid die belofte; van die interne gesigspunt is dit die redes wat tot die belofte aanleiding gegee het.<sup>5</sup>

Die volgende vraag is dan: hoe word hierdie gevolgtrekkinge toegepas op daardie gevalle waar wedersydse beloftes gemaak word? Die probleem vir Atiyah<sup>6</sup> is dat die belofte gemaak word voordat daar enige voordeel gelewer

---

<sup>1</sup> *Promises* 1981 op 195.

<sup>2</sup> *Promises* 1981 op 197.

<sup>3</sup> *Promises* 1981 op 199.

<sup>4</sup> *Promises* 1981 op 201.

<sup>5</sup> *Promises* 1981 op 202.

<sup>6</sup> *Promises* 1981 op 202.

word of voordat handeling in vertroue op die belofte geskied het. In die eerste plek meen Atiyah<sup>1</sup> dat sodanige beloftes nie juis bindend van aard is nie: die nie-nakoming daarvan (voordat voordele gegee of vertrouenshandeling verrig is) lei nie tot *very disastrous results* nie!<sup>2</sup> Tweedens: Atiyah<sup>3</sup> is nie tevrede met die gebruiklike verduideliking dat beloftes bindend is omdat die partye oor en weer dit so bedoel het nie. Hy meen dat mens moet kyk na die *redes* waarom die partye die beloftes gemaak het. Kontrakte om in die toekoms te presteer word dikwels juis gemaak om risiko's van verskillende soorte te vermy of te verplaas, byvoorbeeld ek koop nou kommoditeite teen 'n vasgestelde prys vir lewering oor 'n paar maande. Wat nie-kommersiële kontrakte betref, is in die verlede té veel klem gelê op die skending van die vertroue van die teenparty as grondslag vir gebondenheid.<sup>4</sup>

Andere val weer terug op die belofte as meganisme waarop vertrou kan word, en die *beginself* dat beloftes nagekom moet word, al moet dit eers in die toekoms uitgevoer word.

'n Derde argument is dat wedersydse beloftes, al moet dit in die toekoms uitgevoer word, in elk geval wedersydse bevoordelend van aard is, en daarom nagekom moet word.<sup>5</sup>

Atiyah<sup>6</sup> eindig die bespreking af met die opmerking:

*“... the right conclusion is not to continue the somewhat desperate search for more satisfactory reasons for upholding the binding nature*

---

<sup>1</sup> *Promises* 1981 op 202 ev.

<sup>2</sup> *Atiyah Promises* 1981 op 203.

<sup>3</sup> *Promises* 1981 op 208.

<sup>4</sup> *Promises* 1981 op 208.

<sup>5</sup> *Atiyah Promises* 1981 op 211.

<sup>6</sup> *Promises* 1981 op 212.

*of mutual executory promises. The right conclusion is to recognize that we are prone to think of mutual executory promises as having a more binding character than is in truth warranted by the reasons.”*

Atiyah<sup>1</sup> vra vervolgens die vraag: waarom is 'n eensydige *gratuitous* belofte wat gegee word nie in ruil vir 'n ander belofte of teenprestasie nie, en wat nie gegee word weens 'n bestaande verpligting of 'n voordeel wat ontvang is nie, en waarop nog nie gehandel is nie, bindend?

Eerstens meen hy dat dit moeilik is om ons werklik in so 'n belofte in te dink, want beloftes word gewoonlik gegee weens, minstens, morele of etiese persepsies van verpligting jeens die ontvanger – byvoorbeeld 'n vader teenoor sy kinders, man teenoor vrou, burger teenoor liefdadigheidsverenigings.

Maar, meen hy, die blote verwagting wat 'n belofte skep, dra tog gewig, asook die feit dat die gemeenskap sulke beloftes ook as bindend beskou. Hy meen egter hierdie redes vir die bindende krag van die gemelde soort beloftes is ook nie juis oortuigend nie. As 'n belofte vir geen rede gemaak word nie, is dit onafdwingbaar. Die belofte *per se* is dus nie altyd bindend nie.<sup>2</sup>

En ten slotte:<sup>3</sup>

*“I have pointed out, too, that the bare expectations created by executory mutual promises, although creating legal obligations, are often not well protected by law. It has generally been thought by lawyers, at least since the late eighteenth century, that the law was out of step with morality in not recognizing the binding force of a gratuitous promise. But it will now be appreciated that there are good reasons for*

---

<sup>1</sup> *Promises* 1981 op 212.

<sup>2</sup> *Promises* 1981 op 214.

<sup>3</sup> *Atiyah Promises* 1981 op 215.



*rejecting this view. No doubt the law may have made mistakes in some marginal areas; and no doubt too, lawyers have not paid sufficient attention to the importance of reliance, at least in their articulated versions of contract law. But the general picture I have tried to draw suggests that the grounds for regarding unilateral promises as a source of binding obligations are very weak."*

Met bogemelde menings van Atiyah in 1981 moet vergelyk word sy siening van 1978 in 'n artikel *Contracts, Promises and the Law of Obligations*.<sup>1</sup>

Hierin onderskei hy duidelik tussen *uitgevoerde* of *deels-uitgevoerde* beloftes en dié wat nog geheel in die toekoms uitgevoer moet word. In eersgenoemde is die belofte nie die feitelike grondslag van aanspreeklikheid nie, maar *bewys* of presiseer bloot die aanspreeklikheid.<sup>2</sup> By die belofte wat nog uitgevoer moet word, is die saak anders: daar kan gebondenheid alleen maar op belofte gefundeer word.<sup>3</sup>

## **5. Die "expectation theory of promise"**

Burrows<sup>4</sup> se teorie is dat die grondslag van kontraktuele gebondenheid in die basiese reël, dat verwagtinge wat deur 'n bindende belofte verwek is, vervul moet word, lê. Soos die wilsleer, berus dit op *belofte* maar dit fokus op die persepsies van die *promisee*, eerder as op die persepsies van die *promisor*, sodat die *promisor* gebonde is om aan die *promisee* se verwagtinge te voldoen, of hy dit nou vrywillig wil doen of nie. Mens kan volgens Burrows hierdie leerstuk in teenstelling met die tradisionele wilsleer *die expectation theory of promise* noem. Die hoofvoordeel van die leerstuk is volgens

---

<sup>1</sup> (1978) 94 Law Quarterly Review 1978 op 193 ev.

<sup>2</sup> *Contracts* 1978 op 208.

<sup>3</sup> Atiyah *Contracts* 1978 op 210.

<sup>4</sup> AA Burrows - *The Will Theory of Contract Revived – Fried's 'Contract as Promise'* in Current Legal Problems (1985) Stevens and Sons London

Burrows dat dit die objektiewe benaderingswyse asook die implisering van stilswyende terme verduidelik.

Met betrekking tot die agterliggende beleid, berus dié uitgangspunt, volgens Burrows, op die opvatting dat alle beloftes *prima facie* moreel bindend is omdat dit verkeerd is om die verwagtinge van die bevoordeelde, geskep deur die belofte, te frustreer of teleur te stel. Wat die reg betref, is die *ratio* dat dit tot die grootste voordeel van almal in die gemeenskap is dat daar wedersydse samewerking en *trust* bestaan en dat dit ten beste bereik kan word as mense hul beloftes nakom.

Maar die reg kan ook, om oorhoofse beleidsredes, sommige beloftes nie afdwing nie, weens sogenaamde vernietigende faktore. Die addisionele regsreël is dan dat 'n belofte nie bindend is nie as afdwinging daarvan onbillik voorkom.<sup>1</sup> As mens die vertrouensbeginsel aanvul met die billikheidsbeginsel, kan jy die steeds veranderende positiewe reg met gemak verduidelik en hoef jy nie, soos Gilmore en Atiyah, te sê dat die ou beginsels deur nuwe beginsels vervang is nie.

## **6. Die morele basis van kontraktuele gebondenheid**

Roscoe Pound<sup>2</sup> vra die vraag: waarom is Anglo-Amerikaanse juriste so teensinnig om *nuda pacta* af te dwing? Hy meen dat dit deels toe te skryf is aan die siening van die reg as 'n stelsel van streng reëls waarin die Anglo-Amerikaanse regsinstellings hul beslag gekry het. Maar daar is ook 'n addisionele weerstand teen afdwing van alle beloftes: Dit is maklik om te praat; daar moet nie te veel gewig geheg word bloot aan wat mense sê nie; beloftes word dikwels vanweë grootdoenerigheid afgelê word. Maar, sê Pound<sup>3</sup> hierdie houding mag te ver gegaan het. Dit is nie 'n reël dat beloftes

---

<sup>1</sup> *The Will Theory* 1985 op 150.

<sup>2</sup> *An Introduction to the Philosophy of Law* Yale University Press 1954 op 157.

<sup>3</sup> *An Introduction* 1954 op 157.

gemaak deur sakelui in die doen van besigheid, uit grootdoenerigheid ontstaan nie of dat ons moet huiwer om hul net so regtens bindend te maak as wat hulle volgens besigheidsmoraliteit is nie. Vir hom lê die bindingskrag van 'n afspraak in die geregverdigde vertroue dat dit nagekom sal word.

Hy meen dat Lord Mansfield se stelling, dat *no promise made as a business transaction can be a nudum pactum*, nader aan verwesenliking is as wat algemeen aanvaar word.<sup>1</sup> Hy bepleit die daarstel van 'n aanvaarbare filosofie vir die afdwingbaarheid van ondernemings, want dit sal aan regters die geleentheid gee om die reg daarvolgens te vorm. 'n Groot diens sal bewys word deur 'n teorie:

*"... whatever it is, which puts the jural postulate of civilized society in our day and place with respect to good faith, and its corollary as to promises, in acceptable form, and furnishes jurist and judge and lawmaker with a logical critique, a workable measure of decision, and an ideal of what the law seeks to do, whereby to carry forward the process of enlarging the domain of legally enforceable promises and thus enlarging on this side the domain of legal satisfaction of human claims."*<sup>2</sup>

Sir David Parry<sup>3</sup> wy ook aandag aan die vraag: wat is die morele basis van kontraktuele gebondenheid? Volgens hom sien vooraanstaande Anglo-Amerikaanse juriste van die twintigste eeu die morele grondslag vir gebondenheid in die feit dat *hy wat 'n belofte maak, 'n redelike verwagting wek dat dit nagekom sal word.*<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *An Introduction* 1954 op 153.

<sup>2</sup> *An Introduction* 1954 op 159.

<sup>3</sup> *The Sanctity of contracts in English Law* Sweet & Maxwell London 1959.

<sup>4</sup> Sir Thomas Erskine Holland in 1916; AL Goodhart in die Hamlyn lesings van 1953 *English Law and the Moral Law* London 1953 op 10.

Parry<sup>1</sup> meen dat die uitgangspunt geïllustreer word deur die ontwikkeling van die Engelse kontraktereg. Aanvanklik was daar geen kontraktuele remedies nie en *kontraktuele aansprake* is met eiendoms-*writs* beskerm. Met die ontwikkeling in die veertiende, vyftiende en sestiende eeue van kontraktuele aanspreeklikheid, is die aksie wat verleen is, gebaseer op onregmatige daad, naamlik die *bedrieglike* versuim om 'n belofte na te kom. Daar was ook 'n belangrike kommersiële en ekonomiese rede vir gemelde siening van die morele basis van kontraktuele gebondenheid. Met die toenemende belang vir Engeland van handel en nywerheid in die vyftiende en sestiende eeue en die toenemende noodsaaklikheid van kredietverlening om die handel te laat vlot en nywerheid te stimuleer, word gebondenheid aan beloftes om te presteer – om te betaal – absoluut essensieel. Daar is ook 'n maatskaplik-geregtigheidsgrondslag vir gemelde siening. Die feit dat almal wat betrokke is by 'n transaksie vrylik en met volle kennis toegestem het, is, in die algemeen, afdoende bewys van die *regverdigheid* van die transaksie. Die reg kan dan met vrymoedigheid intree en toesien dat almal se redelike verwagtinge verwesenlik word.<sup>2</sup>

Parry<sup>3</sup> meen dat daar ook al ander dieperliggende morele grondslae vir beloftegebondenheid aangevoer is. Daar is, onder andere die opvatting van die kerk *dat die verbreking van 'n belofte 'n sonde is*.<sup>4</sup> Parry<sup>5</sup> wys ook daarop dat in die sewentiende en agtiende eeue die opvatting dat beloftes nagekom moet word weens morele redes so sterk was dat dit die hele leerstuk van *consideration* beïnvloed het. Nie slegs *valuable consideration* nie, maar ook 'n morele plig was erken as voldoende *consideration*. Lord Mansfield se

---

<sup>1</sup> *The Sanctity of Contracts* 1959 op 3.

<sup>2</sup> Parry *The Sanctity of Contracts* 1959 op 4.

<sup>3</sup> *The Sanctity of Contracts* 1959 op 5.

<sup>4</sup> *The Sanctity of Contracts* 1959 op 6.

<sup>5</sup> *The Sanctity of Contracts* 1959 op 8 ev.

naam word gewoonlik aan dié ontwikkeling gekoppel,<sup>1</sup> maar 'n duidelike uiteensetting kry ons by regter Buller in *Hawkes v Saunders*.<sup>2</sup> Mettertyd word twyfel gewerp op hierdie siening en in 1840, in *Eastwood v Kenyon*<sup>3</sup> word dit in die ban gedoen, toe Lord Denman verklaar:

*“The doctrine would annihilate the necessity for any consideration at all, in as much as the mere act of giving a promise creates a moral obligation to perform it.”*

Parry<sup>4</sup> meen dat ook in die wilsleer 'n morele basis te vinde is. 'n Ooreenkoms verdien inherent respek, want dit dien ter uitbreiding van die persoonlikheid van die individu, en dus ook sy vryheid en waarde in die gemeenskap. Sy eie samevatting<sup>5</sup> is dat die gebondenheid aan 'n belofte of a afspraak ontstaan het uit die kanonieke opvatting dat die verbreking van 'n belofte of afspraak 'n sonde is en uit die opvatting van regsgeleerdes dat dit 'n immorele of onetiese daad is.

## **7. Aristoteliaanse moraliteit as grondslag van kontraktuele gebondenheid**

James Gordley<sup>6</sup> lewer ook 'n waardevolle filosofiese bydrae tot die grondslagdebat. Sy vertrekpunt is dat die objektiewe teorie die basiese vraagstukke in verband met die grondslag van kontraktuele gebondenheid nie kan

---

<sup>1</sup> Parry *The Sanctity of Contracts* 1959 op 9 verwys na Lord Mansfield se uitsprake in *Atkins v Hill* (1775) 1 Cowp. 184, 188 en *Hawkes v Saunders* (1782) 1 Cowp. 289, 290.

<sup>2</sup> *Supra* 294: “I agree with my Lord, that the rule laid down at the Bar, as to what is or is not a good consideration, is much too narrow. The true rule is, that whenever a defendant is under a moral obligation, or is liable in conscience and equity to pay, that is a sufficient consideration.”

<sup>3</sup> (1840) 11 Ad & E 438, 450.

<sup>4</sup> *The Sanctity of Contracts* 1959 op 15-16.

<sup>5</sup> *The Sanctity of Contracts* 1959 op 18.

<sup>6</sup> *The Philosophical Origins of Modern Contract Law* Clarendon Press Oxford 1991 op 230.

beantwoord nie. Wat die objektiewe teorieë betref, is dit nie behulpsaam om net te sê dat 'n kontrak bestaan uit regsgevolge wat die reg aan die uiterlike optrede van 'n individu koppel nie, veral nie as mens nie kan verklaar waarom die reg sommige gevolge aan sodanige optrede koppel en nie aan ander gevolge nie.<sup>1</sup>

Die wilsleer het volgens Gordley<sup>2</sup> net soveel gebreke. Dit het nooit verder ontwikkel as om te sê ooreenkomste bind omdat daar ooreenkoms is nie, maar kon nie verklaar waarom sommige ooreenkomste (of beloftes) bindend is en ander nie. Dit kon nie die implikasie van terme verklaar nie, behalwe deur fiksies te gebruik.<sup>3</sup>

Gordley verwerp veral die Kantiaanse benadering dat beloftes bindend is omdat 'n mens sou wens dat belofte-nakoming 'n universele reël en dus 'n kategoriese imperatief sou wees.<sup>4</sup> Maar, sê Gordley,<sup>5</sup> dit bring ons weer terug na die bekende sirkelgang: beloftes is bindend omdat hulle as sodanig gedefinieer word. Waarom is alle beloftes dan nie bindend nie? Ook het Kant in 'n later werk,<sup>6</sup> vir die afdwingbaarheid van 'n belofte aanvaarding daarvan bepleit. Gordley<sup>7</sup> sê dat mens hiermee maar weer terug is by die wilsleer. Waarom, vra hy, sou mens nie kon sê dat alle beloftes bindend is totdat dit deur die begunstigde verwerp is nie? Ook blyk dat Kant self van die standpunt uitgegaan het dat 'n belofte om niet<sup>8</sup> nie bindend is nie.<sup>9</sup> 'n Ander

---

<sup>1</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 230.

<sup>2</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 231.

<sup>3</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 233.

<sup>4</sup> Hy verwys na Kant *Grundlegung* Leipzig ed. 1947 op 44.

<sup>5</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 233.

<sup>6</sup> *Metaphysik der Sitten* (ed Hamburg) 1986 op 27-81.

<sup>7</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 234.

<sup>8</sup> *Gratuitous promise*.

<sup>9</sup> Gordley *The Philosophical Origins* 1991 op 237.

ernstige probleem is om volgens Kantiaanse beginsels die implikasie van terme in 'n kontrak te verklaar. Die kategoriese imperatief dat beloftes nagekom moet word, sê nie hoe die inhoud daarvan bepaal moet word nie.<sup>1</sup>

Gordley verwerp ook John Rawls<sup>2</sup> se benaderingswyse. Rawls sê dat mens gebonde is aan ondernemings deur benutting van die konvensies en gebruike daargestel deur die gemeenskap net soos spelreëls die speel van 'n spel bepaal. Die *principle of fairness* vereis dat 'n mens gebonde is aan die billike reëls en konvensies van die gemeenskap as jy gekies het om dit in werking te stel.

Gordley<sup>3</sup> maak dié benaderingswyse met 'n paar woorde af:

*“The principle of fairness is thus like a clothes hanger on which one can hang a system of contract law after someone else makes it. It does not explain what the rules should be.”*

Gordley<sup>4</sup> het ook veel te sê oor Fried se sienings. Hy meen dat Fried dieselfde foute maak as Kant en Rawls. Hy bou sy gevolgtrekking reeds in by sy definisie en siening van kontrak. Ook trek hy te velde<sup>5</sup> teen Fried se siening dat die reg alle handeling wat op individuele selfbeskikking gebaseer is, afdwing, maar paradoksaal wil Fried nie elke geskenk of nadelige transaksie handhaaf nie. Nog 'n groter probleem in Fried se benadering is sy onvermoë<sup>6</sup> om te verklaar op welke basis die hof leemtes aanvul en terme impliseer. Fried sê dis nie uit hoofde van die *promise*-konstruksie nie, maar volgens die vermoedelike bedoeling van die partye of ekstrinsieke standaarde

---

<sup>1</sup> Gordley *The Philosophical Origins* 1991 op 241-242.

<sup>2</sup> *A Theory of Justice* Cambridge Mass 1971; Oxford ed. 1973 op 324.

<sup>3</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 234.

<sup>4</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 234.

<sup>5</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 237.

<sup>6</sup> Volgens Gordley *The Philosophical Origins* 1991 op 242.

van regverdigheid. Gordley sê<sup>1</sup> as Fried reg is, dan kan die *promise*-konstruksie meeste van die leerstukke van die kontraktereg nie verduidelik nie. Die doel van die meeste van daardie leerstukke was juis om te bepaal, in twyfelagtige gevalle, of die partye ooreenkoms bereik het en wat die gevolge van die ooreenkoms is.

*“Indeed, if Fried is right, one wonders if there can be any cases that the ‘promise principle’ could resolve.”*<sup>2</sup>

Gordley<sup>3</sup> is ook nie tevrede met die ekonomie en regte-beweging (die EAL-bewegings) van Posner en andere nie. Die uitgangspunt van daardie skool is dat die mens die beste beoordelaar is van wat vir hom goed is; dat die beginsel van effektiwiteit ten beste bereik kan word as elkeen toegelaat word om sy eie posisie te verbeter solank hy nie daardeur 'n ander benadeel nie. Maar hierdie skool kan *ex confesso* nie verklaar waarom sommige beloftes en ondernemings afdwingbaar is en ander nie.<sup>4</sup> Wat vir Gordley wel waardevol in dié beweging is, is dat die implikasie van terme moet geskied, nie volgens wat die partye vermoedelik in gedagte gehad het nie, maar wat hulle *moes, behoort te gedoen het*.<sup>5</sup>

Gordley<sup>6</sup> meen dat die laat-skolastici hierdie benaderingswyse met vrug sou kon gevolg het. Hulle het ook gesoek vir 'n maatstaf om te bepaal welke terme die doel van 'n betrokke kontrak die beste kon dien. Dikwels kon hulle nie 'n oplossing vind nie en het dan maar op die Romeinse reg teruggeval.

---

<sup>1</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 242.

<sup>2</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 243.

<sup>3</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 235.

<sup>4</sup> Gordley *The Philosophical Origins* 1991 op 235-239 vir kritiek op Posner se pogings om 'n antwoord op dié probleem te vind.

<sup>5</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 243: “They should have allocated the costs and the risks of a transaction to the party that could bear them most cheaply. They could then have adjusted the price to compensate each party for the risks and costs he was bearing so that they both would be happier with that allocation than with any other.”

<sup>6</sup> *Ibid.*



Gordley meen dat die moderne ekonomiese benaderingswyse hulle sou kon help om terme te vind wat die kontraksoel teen die laagste koste kan bereik en teen 'n prys wat albei partye as billik sou beskou.

Gordley<sup>1</sup> verwerp ten slotte die idee dat 'n kontraksteorie rondom één idee soos keuse of verbintenis (*commitment*) gebou kan word.

*“One has to explain why the law does not place the same value on all commitments or treat them all in the same way. This was the task once performed by the Aristotelian virtues of fidelity, liberality, and commutative justice. Moreover, one has to explain what it is to which the parties are committed and what that commitment entails. One cannot do so by simply looking to the thoughts or expectations of the parties themselves, which are ambiguous and usually different. This was the task once performed by the idea that the essence of an action can be defined in terms of its end.”*

#### **8. “Injurious reliance” as grondslag van kontraktuele gebondenheid**

Kontraktuele aanspreeklikheid ontstaan, so word dikwels gesê in die Anglo-Amerikaanse reg, ingevolge die objektiewe benadering. Een van die gesigspunte binne hierdie uitgangspunt is dat voordat daar aanspreeklikheid kan ontstaan, daar eers *injurious reliance* op die woorde of handeling van die ander party moes gewees het. Daarmee word maar net gesê daar moes deur die teenparty, in die redelike vertrouwe op die gemelde objektiewe betekenis van die handeling, 'n optrede gewees het of sal wees wat tot sy nadeel sal strek as die handelende nie daaraan gebonde gehou word nie. Dit is maar weer die bekende onderliggende vereistes, wat ons by die leerstuk *van estoppel by representation* aantref wat, nie onverwags nie, hul kop hier uitsteek. Ons het immers met verskyningsvorme van dieselfde regsbeginsel, naamlik dat vertrouwe, binne sekere perke, beskerm moet word, te doen.

---

<sup>1</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 244.

Hierdie waarheid word in 'n neutedop saamgevat deur Randy E. Barnett<sup>1</sup> waar hy sê: *beloftes* hoef nie uitsluitlik op die wilsleer gebaseer te word nie, hulle kan ook geag word te ontstaan omdat ander mense *have or are likely to rely upon them to their detriment*. Dit bring my terug na 'n aspek van *detrimental reliance* waarop ek hierbo reeds aandag gevestig het, te wete die indruk dat, waar die objektiewe benaderingswyse gebondenheid vereis, mens nie meer met kontraktuele gebondenheid in die tradisionele (*consensus*) sin te doen het nie, maar met deliktuele aanspreeklikheid. Barnett<sup>2</sup> het ook hierdie konsekwensie ingesien waar hy opmerk:

*"... once the injury suffered by the promisee is made the principal rationale for enforcing promises, we end up with the following very tort-like theory of contract: Just as tort actions compensate persons injured by physical conduct, contract actions compensate persons injured by verbal promissory conduct. In such an approach, either dimension of freedom of contract plays little, if any, role. In sum, this way of justifying the promise theory ultimately transforms it into the detrimental reliance theory, which undermines rather than supports contract as a distinct type of consensual obligation within the liberal conception of justice."*

Maar daar is ook 'n ander benaderingswyse tot die vertrouensbeginsel in die Engelse reg. Dit is aan die orde gestel deur J.H. Baker in 'n belangwekkende artikel *From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation*.<sup>3</sup> Dit is een ding, sê Baker, om die verbindende krag van ondernemings (*promises*) aan die hand van redelike verwagtinge wat daardeur geskep is te verklaar, maar heeltemal 'n ander om die verbindende krag van redelike verwagtinge *in die afwesigheid van ondernemings (promises)* te verklaar.

---

<sup>1</sup> *Some Problems with Contract as Promise* 77 Cornell Law Review 1992 op 1023 voetnoot 6.

<sup>2</sup> *Some Problems* 1992 op 1025.

<sup>3</sup> In (1979) 32 *Current Legal Problems* Stevens & Sons London 17 op 23.

Een verklaring waarom die vertrouwe as sodanig, in die afwesigheid van 'n onderneming deur die teenparty, bindend kan wees, meen Baker, is die realiteit dat sakelui en selfs gewone mense hul eerder verlaat op redelike en billike behandeling deur diegene met wie hul in regsverhoudinge te staan kom. Dié beginsel is nie eie aan die kontraktereg nie, maar geld op die ganse regsgebied, soos blyk uit die beginsels van *estoppel*, *uitleg* en die aanspreeklikheid vir *wanvoorstelling*. Baker<sup>1</sup> meen dat dié teorie nie opgaan nie – die redelike verwagtinge van mense word daagliks gefrustreer. Dus:

*“The disappointment of an expectation cannot by itself be a cause of action. Neither can it become a cause of action merely by the addition of the limiting adjective reasonable. Reasonableness may be a measure of conduct, but it is not a source of obligation ... The courts could not conceivably undertake to insure against life becoming unreasonable from time to time. Indeed it would not be too paradoxical to say that the reasonable man ought to foresee the occasional disappointment of his expectations. If the law is to make one man answerable for another's disappointments, there must be some nexus between them which creates an obligation.”<sup>2</sup>*

Baker<sup>3</sup> sien dié *nexus* daarin dat as die *non-promissory conduct* daarop gerig was om vertrouwe te verwek, in dié sin dat dit redelik moes gewees het vir die geadresseerde om te aanvaar dat die verklaarder bedoel het of verwag het dat op sy woorde of dade vertrou sal word en dat hy vir die gevolge aanspreeklik sal wees, kontraktuele gebondenheid uitree. Dit is presies wat

---

<sup>1</sup> From *Sanctity* 1979 op 23-24.

<sup>2</sup> Baker From *Sanctity* 1979 op 24.

<sup>3</sup> From *Sanctity* 1979 op 24 ev.

in geval van *estoppel* en wanvoorstelling as aksiegrond gebeur het. In 1967 is aanspreeklikheid selfs uitgebrei na onskuldige wanvoorstelling.<sup>1</sup>

Die *High Trees*-uitspraak was ook 'n bevestiging en, vir die Engelse reg, 'n uitbreiding van die beginsel, ten spyte van die kritiek daarteen.<sup>2</sup> Baker<sup>3</sup> meen dan ook dat die genoemde strome in een rivier saamvloei, en

*“Without being extremely inconsistent, the courts cannot much longer deny the existence of a general principle that a person who has relied on an otherwise unenforceable promise, which was calculated to induce reliance, is entitled to redress if the non-performance of the promise would leave him worse off than if he had not relied on it.”*

'n Ander vorm van beskerming van redelike verwagtinge is, volgens Baker,<sup>4</sup> daardie gevalle waar die uitdruklike kontraksterme strydig is met die redelike verwagting van een van die partye dat die terme van die kontrak of die wyse waarop die kontrak deur die teenparty uitgevoer sal word, redelik sal wees. So byvoorbeeld bepaal artikel 3 (2) (b) (ii) van die *Unfair Contract Terms Act* 1977 dat 'n sakeman hom nie op die bepalings van 'n standaardkontrak teenoor 'n verbruiker kan beroep om geregtig te wees om 'n kontraktuele prestasie te lewer *“substantially different from that which was **reasonably expected** of him”*. (My beklemtoning). Hier is dus 'n geval waar redelike vertrou die uitdruklike terme van 'n geskrewe kontrak oorwoeker. Baker

---

<sup>1</sup> Art. 2 (1) van die *Misrepresentation Act* 1967. Baker *From Sanctity* 1979 op 25: *“The law concerning both the tort of misrepresentation and the doctrine of estoppel has long embodied the principle of reliance. Whether he is claiming compensation in damages or seeking to stop the mouth of the other party from going back on a falsehood, the party whose expectations have been disappointed must show that in reliance on the statement he altered his position in such a way that he would suffer loss if the other were allowed to resile from it.”*

<sup>2</sup> Baker *From Sanctity* 1979 op 25, 29.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *From Sanctity* 1979 op 30 ev.

meen dat daar in die Engelse regspraak aanknopingspunte is vir dieselfde opvatting, veral in uitsprake van Lord Denning.<sup>1</sup>

Baker<sup>2</sup> meen voorts dat die *reasonable expectation*-beginsel ook die objektiewe benadering van die Engelse reg ten aansien van kontraksluiting en uitleg van kontrakte onderlê. Die *reasonable expectation*-benadering is, volgens Baker,<sup>3</sup> die *parent doctrine* van die redelikheidstoets.

## 9. **Ekonomiese teorieë**

As 'n reaksie teen die skool van Realisme in die VSA, ontstaan daar in die 1960's 'n denkskool wat bekend staan as die *economic analysis of law* (hierna afgekort as EAL). Hierdie denkskool probeer om die reg, regsreëls en regsbeginsels te sien vanuit die perspektief van die dissipline van die ekonomiese wetenskappe. Die argument is dat die reg, as wetenskap, te veel op homself aangewese is, té veel rondspeel met sy eie strukture en uitgangspunte en nie genoeg na buite kyk en die beginsels van die ekonomie toepas nie. Dit word aangevoer dat die ekonomiese wetenskappe wel denkpatrone ontwikkel het wat 'n analitiese raamwerk vir die regswetenskap kan verskaf. Die voorstanders van EAL meen dat die regswetenskap analiseer, verduidelik en verbeter kan word deur die denkpatrone van die ekonomiese wetenskap daarop toe te pas.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Sien Baker *From Sanctity* 1979 op 30 vir gesag.

<sup>2</sup> *From Sanctity* 1979 op 31 ev.

<sup>3</sup> *From Sanctity* 1979 op 33.

<sup>4</sup> Sien die nuttige bespreking van BJ van Heerden, *An Exploratory Introduction to the Economic Analysis of Law* in vol. 4 no. 3 *Responsa Meridiana* 1981 op 147-149; Daniel A Farber: *Contract Law and Modern Economic Theory* 78 *Northwestern University Law Review* 1983 op 303; Paul Burrows & Cento B Veljanovski *Introduction to the economic approach to Law* in *The Economic Approach to Law* Burrows & Veljanovski (red.) Butterworth London 1981 op 1 ev.; Donald R Harris & Cento G Veljanovski *The Use of Economics to Elucidate Legal Concepts* in Terence Daintith en Gunther Teubner *The Law of Contract in Contract and Organisation in Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory* (red) Walter de Gruyter Berlyn 1986 op 109 ev.

Die bekendste grondlegger van EAL is Richard Posner van Chicago wat in 1977 sy *Economic Analysis of Law* en in 1979, saam met Anthony Kronman, *The Economics of Contract Law*, gepubliseer het.

Die werksaamhede van die EAL-denkskool het aanleiding gegee tot 'n vloed van publikasies oor hierdie onderwerp. Vir soveel voorstanders is daar net soveel teenstanders.<sup>1</sup>

Binne die EAL-denkskool bestaan weer vele nuanses. Ek behandel die belangrikste gesigspunte kortliks. Hierby moet in gedagte gehou word dat hoewel EAL-denkers bedoel om die kontrakreg te verklaar en te vereenvoudig *they often engage in very complex and interesting gyrations to do so.*<sup>2</sup>

Die EAL-denkskool ontstaan as 'n reaksie teen die morele teorie bekend as utilisme (*utilitarianism*) en teen die standaard mikro-ekonomiese kontrakmodel.<sup>3</sup> EAL gaan uit van die standpunt dat die beginsel van bruikbaarheid die kriterium vir korrekte gedrag en korrekte regsreëls is. Dit vereis egter 'n opweging van interpersoonlike verhoudings of handeling van relatiewe doelmatigheid. Die probleem is dan: hoe kan mens beleid (of regsreëls), met betrekking tot hul effek op individuele welvaart of utiliteit, evalueer as mens nie een mens se behoefte aan doelmatigheid teen die van 'n ander kan opweeg nie? Om 'n opwegingskriterium te vind – en dus te bepaal of 'n gemeenskap se allokering van hulpbronne deur middel van regsreëls doeltreffend is of nie – word van sogenaamde Pareto-kriteria gebruik gemaak.

---

<sup>1</sup> Vir 'n oorsig en literatuurverwysings sien Van Heerden *An Exploratory Introduction* 1981 op 147; Daniel A Farber *Contract Law* 1983 op 303 ev.

<sup>2</sup> Robert A Hillman *The Crisis in Modern Contract Theory* vol. 67 *Texas Law Review* 1988 op 120.

<sup>3</sup> Bv. Daniel A Farber *Contract Law* 1983 op 304-322.

Die EAL-teorie begin dan met die eenvoudige stelling dat een toestand in die wêreld,  $S_1$  beter is as 'n ander toestand,  $S$ , as en slegs as geen persoon slegter daaraan toe is in  $S_1$  as in  $S$  nie en minstens een persoon beter daaraan toe is in  $S_1$  as in  $S$ .

Of 'n persoon beter daaraan toe is in  $S_1$  as in  $S$  hang natuurlik af van sy relatiewe welvaart in elk van die toestande, iets waarvoor hy self moet oordeel.

'n Pareto-optimale toestand word dus bereik as daar geen ander Pareto-superieur toestand bestaan nie. Dit kan alleen die geval wees as geen ander skuif gemaak kan word wat nie enige persoon in 'n slegter posisie as voorheen plaas nie. Daar is wel 'n hele aantal Pareto-optimale toestande wat bereik kan word vanaf 'n gegewe verdeling van welvaart. Die uiteindelijke Pareto-optimaal (of Pareto-grens) word dus bereik wanneer niemand 'n wins kan maak behalwe tot 'n ander se nadeel nie. Vir die ekonoom is die beleid, reëls of instellings wat meegewerk het om daardie toestand te bewerkstellig dan doeltreffend.<sup>1</sup>

Wat is nou die waarde van hierdie uitgangspunt? Murphy en Coleman<sup>2</sup> stel dat die ekonoom hom bemoei met die ontwerp van 'n beleid of reëls wat verseker dat 'n gemeenskap die Pareto-optimale grens bereik. Die sisteem is dan doeltreffend. Maar daar is verskillende punte op daardie grens, verskillende posisies, wat van mekaar *distributief* verskil, dit wil sê hoe die welvaart verdeel word. Eenmaal as die Pareto-grens egter bereik is, is dit die taak van die sosiale teoretikus of filosoof (of regsgeleerde) om te besluit welke verdeling op die Pareto-grens die beste is. Vir die ekonoom is 'n doeltreffende stelsel dus voorafgaande aan 'n regverdige een. Vir die juris is dit andersom: hy mag meen dat daar 'n punt bestaan, voor die Pareto-optimum bereik is, wat meer regverdig is as een wat later, as die grens bereik

---

<sup>1</sup> Hierdie uiteensetting volg die patroon van Jeffrie G Murphy en Jules L Coleman: *Philosophy of Law – An Introduction to Jurisprudence* Westview Press Boulder Colorado 1990 op 182-184.

<sup>2</sup> *Philosophy of Law* 1990 op 184.

is, sal ontstaan. Murphy en Coleman<sup>1</sup> betwis so 'n siening. Hulle meen dat daar altyd 'n manier sal wees om die posisie van albei partye te verbeter tot die Pareto-grens sonder om regverdigheid in te boet.

Maar, gee dié skrywers toe<sup>2</sup> daar is 'n ernstige beperking in hierdie model: dit beoog 'n toestand waar daar geen verloorders is nie. Dit is egter vër verwyderd van die werklikheid:

*“Most social policies and legal rules produce losers as well as winners. The Pareto test is therefore nearly useless in regard to the evaluation of most activity of concern to the social, political or legal theorist.”<sup>3</sup>*

Hierdie swakheid in die Pareto-teorie verg dan aanpassing; byvoorbeeld in die vorm van formules (bv. die sogenaamde Kaldor-Hicks-toets) waardeur aan die verloorder vergoeding betaal moet word vir sy verlies.<sup>4</sup>

Dit lei weer tot 'n volgende stap in die EAL-argument, naamlik die sogenaamde Coase-stelling.<sup>5</sup>

Die Coase-stelling lui dat as 'n transaksie kosteloos is (met ander woorde die transaksie kan plaasvind sonder maatskaplike of ander koste vir die onderhandelaars) en as die onderhandelaars samewerkend optree, sal enige herverdeling of toewysing van regte, daaruit voortpsuitend, effektief wees (in die Pareto-sin). Hieruit kan mens twee verdere stellings aflei:

“1. *If individuals are cooperative and free to negotiate, there exist a private market solution to all externality problems;*

---

<sup>1</sup> *Philosophy of Law* 1990 op 185.

<sup>2</sup> *Philosophy of Law* 1990 op 186.

<sup>3</sup> *Philosophy of Law* 1990 op 186.

<sup>4</sup> Murphy en Coleman *Philosophy of Law* 1990 op 186-187.

<sup>5</sup> Vernoem na Ronald Coase *The Problem of the Social Cost* (1960) 3 *Journal of Law and Economics* op 1 ev.



2. *Under the conditions set out in (1) market exchange can always circumvent an inefficient legal rule.*<sup>1</sup>

Uit die Coase-stelling vloei dan vervolgens die basiese visie van Posner voort: waar die voorwaardes vir die Coase-stelling aanwesig is – geen transaksiekoste nie en koöperatiewe gedrag van die partye – hoef die reg nie middele (in die wye sin van die woord) op enige wyse toe te ken nie. Die markgerigte ruilhandel sal altyd doeltreffendheid (in die Pareto-sin) verseker. Maar as daardie voorwaardes nie aanwesig is nie, moet die reg ingryp en regte toeken op die basis van dit wat, indien die voorwaardes aanwesig was, in die mark sou gebeur het: die reg moet die mark na-aap of nadoen.<sup>2</sup>

Uit die voorgaande volg dat middele, eenmaal toegeken of verwerf, beskerm en afgedwing moet word. Dit gebeur deur reëls wat eiendomsreg beskerm (wat toestemming vereis vir eiendomsoordrag deur middel van 'n kontrak); reëls wat aanspreeklikheid skep (bv. wat bepaal welke vergoeding betaal moet word indien eiendom sonder die toestemming van die eienaar geneem word) en reëls wat regte met betrekking tot onvervreembaarheid van goedere daarstel.<sup>3</sup>

Daar is verskeie – en hoogs-gesofistikeerde – besware teen die fundamentele vertrekpunte van die EAL-denkskool. Murphy en Coleman<sup>4</sup> wy heelwat aandag hieraan.

Uit my perspektief, noteer ek die volgende besware daarteen:

---

<sup>1</sup> Murphy en Coleman *Philosophy of Law* 1990 op 230 voetnoot 11.

<sup>2</sup> Murphy en Coleman *Philosophy of Law* 1990 op 195.

<sup>3</sup> Sien Murphy en Coleman *Philosophy of Law* 1990 op 196-197 vir volledige bespreking.

<sup>4</sup> *Philosophy of Law* 1990 op 213 ev.

*Die ekonomiese analise van die reg (EAL) illustreer of illumineer geen juridiese grondslag van kontraktuele gebondenheid nie. Dit aanvaar die kontrak en consensus as ekonomiese instrumente en gee 'n ekonomiese insig in die teoretiese-optimale gebruik (en verbreking) van 'n kontrak. Dit vertel egter niks van die toepaslike juridiese beginsels of kriteria nie. Dit help dus ook nie om enige regsprobleem by die totstandkoming van 'n kontrak op te los nie. Ek stem dus volkome saam met Van Heerden<sup>1</sup> waar sy sê:*

*“Dworkin [Taking Rights Seriously] defines a ‘principle’ as a ‘standard’ that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality. The theoretical ‘principles’ used by the lawyer-economist in the economic analysis of law are not principles in the Dworkian sense: they are the ‘tools’ of micro-economic theory as discussed above ...”*

Hierdie swakheid word ten beste aan die kaak gestel deur Posner self. In die derde uitgawe van sy *Economic Analysis of Law*<sup>2</sup> behandel hy juis die kwessie van *consensus*. Tereg sê hy dat die vermoede dat 'n beoogde uitruiling die maksimum waarde van 'n saak na vore bring, slegs geldig is as die partye ooreenkoms bereik. Hy gaan voort en stel die voorbeeld: Jy wil aan my 'n aanbod maak vir my horlosie teen 10; die telegrafis sein dit oor as 'n aanbod vir 20. As ek dié telegrafiese aanbod aanvaar (d.w.s. vir 20) dan het die beoogde koop nie die waarde van die horlosie verhoog (of geïllustreer) nie – dit mag enigiets werd wees. Posner gaan voort en sê dat die subjektiewe kontraksteorie, wat *consensus* vereis, ekonomiese sin maak. Maar, volgens hom, het die objektiewe teorie ook waarde; insoverre skadevergoeding beveel mag word, is dit volgens die ekonomiese analise analoog aan deliktuele aanspreeklikheid: dit is misleidend om te sê dat die defektiewe kommunikasie 'n kontrak geskep het, want *the defect makes it impossible to say whether an exchange was intended*.

---

<sup>1</sup> *An Exploratory Introduction* 1984 op 161.

<sup>2</sup> Little, Brown & Co. Boston 1986 op 88 ev.

Daniel A Farber<sup>1</sup> het miskien die stand van sake korrek opgesom in sy einstelling:

*“Economic theory cannot provide the final answers to legal problems, if only because economic theory itself has no final answers. Nor, except to a limited extent, can it resolve the ultimate normative issues underlying many disputes about law. Nevertheless, economic theory can provide an illuminating perspective on how legal rules relate to the functioning of the economic system. Understanding the functions served by legal rules is the first step toward evaluating them.”*

Na my mening is daar verskeie wêreldvreemde en onrealistiese uitgangspunte in die EAL-denkrigting. Byvoorbeeld, die hele teorie berus op doeltreffendheid as einddoel. Maar, uit 'n breëre perspektief as die bloot wiskundig-ekonomiese, bestaan daar talle ander waardes in enige gemeenskap: onder andere billikheid, geregtigheid, sosiale orde, regstellende aksie, wat noodwendig hul uiting vind op ekonomiese terrein. 'n Ekonomiese analise van die reg wat hierdie waardes nie in berekening bring nie en die toepassing daarvan aan die juris, die politikus of die sosiale filosoof oorlaat, is myns insiens arm aan morele betekenis, en nutteloos. Dit is nie normatief nie en help nie om die dieperliggende sosiale of juridiese probleme aan te spreek nie.

Net so is die uitgangspunt van *kostelose* transaksies uiters beperkend, want daar is geen betekenisvolle kostelose handelstransaksies (dink maar aan die kommissie betaalbaar aan tussengangers; die koste van tyd bestee aan die transaksies, ens.). En transaksiekoste word nêrens gedefinieer nie.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> *Contract Law* 1983 op 339.

<sup>2</sup> Sien Murphy en Coleman *The Philosophy of Law* 1990 op 217.

Beide die Pareto-optimaal en die Coase-stelling berus op 'n verdere vereiste, naamlik dat perfekte inligting aan beide onderhandelaars kosteloos beskikbaar is. Nie alleen is dit 'n fiksie nie, maar sodra voorsiening gemaak word vir 'n kostefaktor om ontoereikende inligting oor pryse uit te skakel, is die logiese eindresultaat dat 'n monopolie deur 'n verkoper (bv. 'n groot maatskappy) 'n Pareto-verbetering oor vrye kompetisie blyk te wees. Dit is bewys deur Diamond.<sup>1</sup> Net so kan swak inligting oor die kwaliteit van die produk die basiese EAL-model deurmekaarkrap. Sonder inligting is daar geen mark (kopers) nie. Om inligting te bekom, bring 'n kostefaktor mee.<sup>2</sup>

Ook is die uitgangspunt dat die mens rasioneel is en slegs daarop ingestel is om sy eie belang te maksimaliseer, eenvoudig onwaar. Die redelike man is een wat ook die algemene belang, die belange van derdepartye en selfs die belange van die teenparty in ag neem.<sup>3</sup>

Ek het ook ernstige bedenkinge oor die basiese premisse van die EAL-paradigma naamlik dat in die mark slegs rasionele besluite geneem word wat tot beide partye se voordeel is. Talle ooreenkomste blyk, by objektiewe evaluasie, nóg volkome rasioneel, nóg tot voordeel van *beide* partye te wees. In talle gevalle kry die een 'n goeie winskopie en die ander 'n kat in die sak. Wat sê die EAL hiervan?

In hierdie opsig betuig ek instemming met Murphy en Coleman<sup>4</sup> dat die EAL-model gevestig is in die tradisionele mikro-ekonomiese teorie, terwyl die markplek-toets (ook dus wat die howe moet toepas) nie in daardie teorie gevestig is nie, maar in die *bargaining game* as deel van die *game theory*.

---

<sup>1</sup> *A Model of Price Adjustment* 2 *Journal of Economic Theory* 1971 op 156 ev. en soos bespreek deur Daniel A Farber *Contract Law* 1983 op 326-327.

<sup>2</sup> Daniel A Farber *Contract Law* 1983 op 328 verwys na 'n bydrae van Akerlof, *The Market for 'Lemons', Quality, Uncertainty and the Market Mechanism* 84 *QJ Econ.* 1970 op 488 in dié verband. Sien ook die kritiese bydrae van Ian R MacNeil *Economic analysis and contractual relations* Burrows & Veljanowski (eds) in Butterworth London *The Economic Approach to Law*.

<sup>3</sup> Vgl. ook Van Heerden *An Exploratory Introduction* 1981 op 150-151.

<sup>4</sup> *The Philosophy of Law* 1990 op 216 ev.

*Game theory* maak voorsiening vir strategieë, onderhandeling, interaksie van derdes en die moontlikheid van mislukking van die onderhandelinge; ook van toenemende koste hoe langer die onderhandelinge duur.<sup>1</sup>

*"This feature of strategic behaviour, of threats and bluffs, of proposals and counterproposals, is simply glossed over in the usual reading of Coase."*<sup>2</sup>

In elk geval het James Buchanan<sup>3</sup> reeds bewys dat die geïdealiseerde marktoestande wat as basis van die EAL-paradigma dien, nie, of baie selde, bestaan.<sup>4</sup>

Om hierdie probleem te oorkom, veral met betrekking tot transaksie-koste, sê Posner dat die reg juis regsreëls wat die transaksiekoste beperk of geheel uitskakel, daar moet stel. Die kontraktereg, byvoorbeeld, moet die ingewikkeldheid van transaksies en dus die koste daarvan verminder deur duidelike reëls daar te stel waaroor die partye nie hoef te onderhandel nie en duidelik uitspel wat die gevolge van kontrakbreuk is.

Die punt is egter dat hoewel sodanige reëls skynbaar die aanvanklike transaksiekoste mag verminder, regsgedinge gewoonlik handel oor ingewikkelde feitegeskille en dat gedingskoste juis daardeur verhoog word. Is dit nie ook transaksiekoste nie?

---

<sup>1</sup> *The Philosophy of Law* 1990 op 217.

<sup>2</sup> Murphy en Coleman *The Philosophy of Law* 1990 op 217. Sien ook die raak kritiek van Robert A Hillman *The Crisis in Modern Contract Theory* 67 *Texas Law Review* 1988 op 121 ev. op hierdie punt: "*But legal economics does not address noneconomic consequences that flow from breach of contract.*"

<sup>3</sup> *Positive Economics, Welfare Economics and Political Economy* in Richard McKenzie (red) *Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government* Health en Co. Lexington 1984.

<sup>4</sup> Sien ook Murphy & Coleman *The Philosophy of Law* 1990 op 228-229.

Die EAL-paradigma vertoon voorts die fundamentele probleem dat dit as vertrekpunt 'n gelyke distribusie van welvaart tussen die deelnemende partye neem. As dit nie die uitgangspunt is nie, skyn die hele oefening futiel te wees, want dan bepaal die relatiewe welvaart van die partye en nie die markplek nie, die prys. Die resultaat sal dan wees dat goedere bekom word deur die wat dit kan bekostig (die rykes). Die gevolg is noodwendig dat die rykes ryker word en die armes armer.<sup>1</sup>

Hierdie swakheid forseer die EAL-voorstanders om 'n baie belangrike verstelling in die hele masjien aan te bring: die staat moet welvaart so verdeel dat almal op gelyke basis *toegang* tot die Pareto-model het,<sup>2</sup> of die staat moet sorg dat na elke transaksie 'n *ex post facto* regstellende vergoedingsbedrag deur die meer vermoënde aan die minder goeie betaal word.<sup>3</sup>

Staatsinmenging om 'n gelyke verdeling van welvaart te bewerkstellig is al op baie politieke en ekonomiese gronde verwerp. Dit is vir my doeleindes onnodig om daarop in te gaan, behalwe om te vermeld dat sodanige pogings gewoonlik kontrakproduktief is, dit wil sê dit bereik juis die resultaat om rykes ryker te maak en armes armer.<sup>4</sup> Die vraag kan ook myns insiens met reg gevra word hoe lank 'n gelyke welvaart-verdeling na die aanvanklike distribusie gelyk sal bly, gesien die onuitwisbare besigheidstalent van

---

<sup>1</sup> Murphy en Coleman *The Philosophy of Law* 1990 op 214 stel dit so: "One's willingness to pay surely depends on what one can pay, thus the connection is extended from efficiency to actual wealth. This connection makes economic analysis unsavoury enough, but it gets worse. If rights are assigned this way, the richer not only get richer, but because their newly acquired entitlements increase their wealth further, they are in an even better position to increase their wealth again by securing more rights on the grounds that their doing so is required by efficiency. Thus, efficiency not only depends on prior wealth inequities; pursuing efficiency leads inevitably to further inequities."

<sup>2</sup> Sien uiteensetting by Daniel A Faber *Contract Law* 1983 op 313.

<sup>3</sup> Murphy en Coleman *The Philosophy of Law* 1990 op 215 noem laasgenoemde teoretiese moontlikheid en wil daarmee die EAL-model red.

<sup>4</sup> Sien A Polinsky *An Introduction to Law and Economics* 1983 op 103-113 en argumente daar ontwikkel; M Friedman en R Friedman *Free to Choose* 1980 op 237-238; R Posner *Economic Analysis of Law* 1977 op 356-359; Daniel A Faber *Critical Approaches* 1983 op 321 ev.

sommige mense bó die van ander. Om die Pareto-model te laat funksioneer, moet daar ewigdurend oor-en-oor 'n gelykmaking wees?

#### **10. Die dood van 'n "Grand Theory": die CLS-benadering**

Die skool van die *Critical Legal Studies* het sy ontstaan gehad in ongeveer 1977 in die VSA. Hoewel dié denkskool veral gekoppel is aan die name van Roberto Unger en Duncan Kennedy, het dit vele aanhangers getrek. Die gevolg was dat 'n verskeidenheid van denkrigtings in die skool ontstaan het.<sup>1</sup>

'n Billike opsomming van die algemene filosofie van dié skool van denke word waarskynlik ten beste gegee deur Sally Wheeler en Jo Shaw in hul werk *Contract Law – Cases, Materials and Commentary*.<sup>2</sup>

Hulle meen dat dié skool van denke die reg nie beskou as 'n neutrale instrument van sosiale ordening nie, maar as een met 'n ideologiese mag wat 'n dominante hiërargie van waardes en belange in 'n gemeenskap (bv. gebaseer op klas, ras of geslag) versterk. CLS verskaf dus 'n kritiese perspektief op die noue verband tussen die moderne kapitalistiese ekonomie, die ruilhandel tussen individue en die kontrak as regsinstelling. Dit verskaf ook argumente vir 'n substantiewe en prosedurele billike kontraktereg. Maar bowenal bevraagteken dié denkskool die bestaanbaarheid van 'n *kontrakteorie* en verkondig dit die dood van 'n *Grand Theory* wat voorgee om gerieflik alle teenstrydighede, anomalieë en paradokse in die kontraktereg uit

---

<sup>1</sup> Vir 'n skitterende oorsig van die geskiedenis en belang van dié denkrigting sien Adrienne van Blerk *Critical Legal Studies in South Africa* (1996) SA Law Journal op 86-108. Vir literatuur oor dié skool en die kontraktereg sien Roberto Unger *The Critical Legal Studies Movement* Harvard Univ. Press Cambridge Mass 1986 en in 96 Harvard Law Review 1983 op 563 ev.; Kennedy *Form and Substance in Private Law Adjudication* (1976) 89 Harvard Law Review op 1685 ev.; Jay M Feinman *Critical Approaches to Contract Law* (1983) 30 Univ. Cal. Los Angeles Law Review op 829 ev. T Wilhelmson *Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer* in Wilhelmson (red) *Perspectives of Critical Contract Law* Aldershot, Dartmouth 1993 op 13 ev.; C Dalton *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* (1985) 94 Yale Law Journal op 997 ev.

<sup>2</sup> Clarendon Press Oxford 1994 op 113.

te kan stryk. CLS wil hierdie teenstrydighede uitlig en beklemtoon, want hul glo dat juis daarin die moontlikhede lê om beter verklarings en nuwe grondslae te vind. Maar CLS poog nie self om sodanige nuwe grondslae – nóg nuwe *Grand Theories* – aan te bied nie. Hulle kerndoel is om aan te toon dat die idee dat die reg 'n waardevrye sisteem is om orde in 'n gemeenskap te handhaaf, ongegrond is.

Unger<sup>1</sup> illustreer die CLS-benaderingswyse aan die hand van die beginsel van kontraktevryheid en die teenbeginsel dat kontraktevryheid nie toegelaat kan word om die kommunale aspekte van maatskaplike lewe te ondergrawe nie. Aan die hand van 'n opeenstapeling van reëls en teenreëls met betrekking tot die vasstelling van die bedoeling van kontrakspartye, kom hy tot die gevolgtrekking dat die bestaande kontrakmodel twee wêrelde van mekaar probeer skei: enersyds die *demi-monde* van openbare handel waar eie belang en staatsgesag oorheers; en dié van 'n utopiese familiële gemeenskapsbestaan waar kontrak nie 'n rol speel nie. Hy meen dat die effek van dié model juis is om die mees waardevolle ideale en waardesisteme weg te hou van die mees-algemene en alledaagse menslike aktiwiteite.

Wilhelmsson<sup>2</sup> kontrasteer ook 'n aantal anomalieë in die kontraktereg en kontrasteer die beginsels van die tradisionele kontraktereg en moderne tendense.<sup>3</sup>

Hy meen dat as 'n mens die uitsondering of anomalie verhef tot 'n beginpunt van kontraktuele beredenering, nuwe insigte verkry kan word. Afhangende van welke aspek van die nuwe denke mens beklemtoon, kan verskillende modelle bereik word, wisselende van inhouds-georiënteerde kontraktsreëls gerig op 'n regverdigde sosiale praktyk tot modelle wat samewerking en kollektiwisme bevorder. 'n Inhouds-georiënteerde benaderingswyse is

---

<sup>1</sup> (1983) *Harvard Law Review* op 61 ev.

<sup>2</sup> *Questions* 1993 op 38 ev.

<sup>3</sup> Bv. *content-neutrality/content-orientation; static/dynamic approach; antagonism/cooperation; atomism; abstract/person approach.*



dinamies, neem die behoeftes van die partye in ag en is gerig teen dominasie. 'n Kollektivistiese benadering impliseer die gedagte van kontrak as werktuig vir rasionele distribusie van goedere, dienste en kapitaal in die werkplaas.

Feinman<sup>1</sup> skets die klassieke kontrakbeeld en toon aan welke probleme daarmee ondervind is. Hy meen dat die moderne kontrakreg nie 'n teenpool – weg van individuele outonomie na sosiale belange – ontwikkel het nie. Ook is daar nie gevorder tot 'n stelsel waar die howe beleid in beregting van kontrakreggedinge kan toepas nie. Die moderne reg het eerder gepoog om die ou kontradiksies te versoen en het dus die sleutelemente van die klassieke model behou.<sup>2</sup>

Maar hoe sien die CLS die nuwe kontrakbeeld? Karl Klare<sup>3</sup> beskryf kontrak as 'n aspek van maatskaplike konseptualisering, wat poog om botsende gemeenskapswaardes, byvoorbeeld staatsbeheer en private eiendomsreg, te harmonieer en om regsformalisme en regterlike instrumentalisme te assimileer. Friedrich Kessler<sup>4</sup> meen dat die moderne reg gerig is op gemeenskapsbeheer. Feinman<sup>5</sup> sien die CLS-kontrakbeeld weer as gemengde of koöperatiewe instrument, die sentrale beginsel waarvan kommersiële gerief is. Eerstens aanvaar dit nog steeds dat die vrywillige ooreenkoms tussen partye 'n belangrike funksie vervul in die oplos van kontrakprobleme, maar dit aanvaar openlik die rol van die howe om in bepaalde areas gemeenskapswaardes toe te pas.

Tweedens breek dit weg van die klassieke idee dat op die moment van kontraksluiting beide partye geregtig word op volle vervulling van hul kontraktuele verwagtinge. Die moderne siening hou rekening met die rol van

---

<sup>1</sup> *Critical Approaches* 1983 op 829 ev.

<sup>2</sup> *Critical Approaches* 1983 op 833.

<sup>3</sup> *Contracts, Jurisprudence and the First-Year Casebook* (1979) 54 NYULR op 876 op 880-1.

<sup>4</sup> F Kessler en B Gilmore *Contracts: Cases and Materials* 2e uitg. 1970 op 1-14.

<sup>5</sup> *Critical Approaches* 1983 op 834.

die hof, wat terme kan inlees of wat minder as *expectation*-vergoeding dog eerder *reliance*-vergoeding toestaan, gebaseer op 'n maatskaplik-georiënteerde verwagting.

Derdens word toegegee dat reëls nie alles-omvattend en presies kan wees nie; en dat die hof doelgerig te werk moet gaan ten einde onderliggende beginsels en beleid te verwesenlik.

Vierdens neem die moderne reg kennis van die sosiale werklikhede, soos ongelyke verdeling van ekonomiese voordele en die argelose wyse waarop private individue die kontraktereg bejeën.

Feinman meen<sup>1</sup> dat dit onvermydelik is dat hofe in die beregting van kontrakteskille sal moet kies tussen normatiewe standaarde en wel vanuit 'n beleidsoogpunt. Die kontraktereg is derhalwe "*simply an area of policy dispute*".

Maar hoe moet dit dan gedoen word?

Een manier waarop dit gedoen kan word, is om die kontraktereg te sien as 'n konglomeraat van beginsels en beleidsaanwysings wat min of meer willekeurig toegepas word afhangende van argumente soos regsekerheid, billikheid en beskerming van vertroue.

Feinman<sup>2</sup> ontleed en kritiseer beide die individualistiese en die kollektivistiese perspektiewe, asook die teenstelling tussen formele, reëlgebaseerde teenoor maatskaplik-gerigte beregting van geskille. Hy verwerp die aansprake van 'n pluralistiese gemeenskap as sou dit die belang van klasse- en ekonomiese verbande in die konteks van politieke geskiedenis onderskat.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> *Critical Approaches* 1983 op 837.

<sup>2</sup> *Critical Approaches* 1983 op 838.

<sup>3</sup> *Critical Approaches* 1983 op 849.

Een kritiese benadering tot die gemeenskapsfunksie gaan uit van die standpunt dat die reg en veral kontrakreg 'n meganisme is waardeur 'n dominante klas sy wil afdwing en 'n hiërargiese kapitalistiese ekonomie op die gemeenskap afdwing.<sup>1</sup> Feinman verwerp dit: eerstens, die teenstrydige uitgangspunte van die kontrakreg bewys dat dit nie effektief bepaalde ekonomiese doelwitte kan verwesenlik nie.

*“Therefore, it is impossible to say that a particular body of contract law is generated by the demands of capitalism.”<sup>2</sup>*

Tweedens suggereer navorsing dat die kontrakreg weinig invloed het op die inisiatiewe, beplanning of kontraktuele prestasies van sakelui. Hulle presteer oor en weer in afwesigheid van 'n kontrak; verkies dikwels om nie regte af te dwing nie. Feinman verwerp dus<sup>3</sup> dat die kontrakreg 'n bepaalde ideologie van maatskaplike verhoudings probeer legitimeer.

Nogtans meen Feinman<sup>4</sup> dat die kontrakreg, soos dit gevorm en hervorm word deur regters, 'n stelsel van abstrakte reëls voorhou wat voorgee om die bestaande sosiale orde te legitimeer, terwyl dit in werklikheid die onderliggende, illegitieme sosio-ekonomiese orde verberg. Die taak van die CLS is dan om hierdie skanse te verwyder, sy dit dan deur 'n utopiese beeld van wat die kontrakreg kan doen, te ontwerp.

---

<sup>1</sup> Feinman *Critical Approaches* 1983 op 849-851 hieroor.

<sup>2</sup> *Critical Approaches* 1983 op 851.

<sup>3</sup> *Critical Approaches* 1983 op 853.

<sup>4</sup> *Critical Approaches* 1983 op 854.

Die tema dat die kontraktereg onbepaalbaar is – in die sin dat dit soveel teenstrydige beginsels bevat dat howe enige uitspraak kan gee en dit nog steeds *reg* is – kom ook voor by Clare Dalton<sup>1</sup> en word ontleed deur Solum.<sup>2</sup>

Hierdie teorie van CLS het onder erge kritiek deurgeloopt. Dit is al beskryf as *old hat* en 'n opvatting wat die Realiste al vyftig jaar gelede verkondig het.<sup>3</sup> Die wesenlike punt van kritiek is egter dat dié visie net nie korrek is nie. In talle kontraksgeskille is die resultaat redelikerwys duidelik en voorspelbaar; die feit dat daar moeilike beslissings is, maak die kontraktereg as geheel nie onbepaalbaar nie.<sup>4</sup>

Origens word die CLS-benadering ook skerp gekritiseer vir die standpunt dat die moderne kontraktereg ongeregthede en onbillikhede in die gemeenskap en in die regstelsel verdoesel eerder as om dit op te los. Hillman<sup>5</sup> maak die punt dat sodanige stelling geheel en al onbewese en hoogs-omstrede is. Volgens hom kan bevestig word dat leerstukke soos *promissory estoppel* en die norme ten opsigte van ongeoorlooftheid, wat howe in staat stel om onbillike kontrakbedinge ter syde te stel, dit juis onnodig maak om 'n nuwe siening van kontrak te ontwikkel ten einde onbillikhede uit te skakel. Hy verwys ook na die ekstreme stellings wat sommige CLS-aanhangers inneem, te wete dat selfs daardie leerstukke, wat inderdaad hul kollektiewe siening verteenwoordig, verwerp moet word omdat dit die *status quo* handhaaf en die totale hervorming van die reg frustreer. Dieselfde word gesê ten opsigte van hofbeslissings ten gunste van die swakkere party: dit legitimeer die *status quo* en daag kontrakopstellers uit om skuiwergate toe te stop.

---

<sup>1</sup> *An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine* 1985 (94) Yale Law Journal op 997 op 1007.

<sup>2</sup> *On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma* 1987 (54) Univ. Chicago Law Review op 462.

<sup>3</sup> Schwartz *With Gun and Camera Through Darkest CLS-Land* 1984 (36) Stan. L. Rev. op 413 en 414-5.

<sup>4</sup> Sien veral die raak kritiek van Robert A Hillman *The Crisis in Modern Contract Theory* 1988 (67) Texas Law Review op 105 ev.

<sup>5</sup> *The Crisis* 1988 op 111.

My kernbeswaar teen die CLS-benadering is dat dit kritiseer, maar self geen kontrakteteorie, as *juridiese* of regs wetenskaplike sisteem, voorstel nie. Die pleidooi van 'n meer billike sisteem is so oud soos die mensdom self en is geen nuwe of behulp same bydrae nie. En insoverre daar voorgestel word dat die kontraktereg hervorm moet word om 'n distribusie van welvaart te dien, is dit 'n politieke en nie juridiese agenda nie.<sup>1</sup>

### **11. Die deliktuering van die kontraktereg**

Volgens hierdie teorie absorbeer die deliktereg die kontraktereg geleidelik: kontak is dood, lank lewe delik. Dit is die skool van *Death of Contract* of *tortification* van die kontraktereg.

Die erkende vader van dié skool is Grant Gilmore wat in 1974 sy blitsverkoper, *The Death of Contract*, publiseer. Sy tema en die van talle navolgers, is die volgende:

Teen die einde van die negentiende eeu en aan die begin van die twintigste eeu het Langdell, Holmes en Williston in die VSA die *bargain-teorie van consideration* gekonsipieer en die wêreld ingestuur. Maar hierdie teorie, hoewel dit gemik was op die vryemark-stelsel en individualisme (die partye kan self ooreenkom oor 'n belofde vir 'n belofte as *consideration*), het nie geslaag nie. Ek het reeds vroeër daarop gewys dat dié teorie inderdaad beperkend op vrye kontraksluiting ingewerk het. Gilmore se tema is dan dat dié teorie geabsorber is deur die *reliance*-beginsel, die reëls met betrekking tot restitusie en ander billikheidsbesinsels. Hy meen dat dit ook in die regspraak afgewater is. Volgens Gilmore oorheers artikel 90 van die *Second Restatement (promissory estoppel)* tans die kontraktereg en *consideration* is erg afgewater. Die grondslag vir gebondenheid is nie meer *consideration* nie, maar *reliance*. *Reliance* is egter 'n belang wat deur die deliktereg beskerm

---

<sup>1</sup> Sien ook die opmerkings van Farnsworth *Contracts* 1991 op 28.

word en is nie 'n kontraktuele beginsel nie. Ergo: die dood, of die dreigende dood van kontrak.

Gilmore is al op verskeie vlakke aangeval. Daar word gesê dat sy weergawe van die regsgeskiedenis verdag is<sup>1</sup> en dat daar geen empiriese bewys bestaan dat die *reliance*-beginsel meer as die *bargain*-beginsel aangewend word nie.

Hillman meen dat beide *bargain* en *reliance* inderdaad ewe belangrik is en alternatiewe en aanvullende grondslae is, wat allermins meebring dat kontrak dood is.<sup>2</sup>

*"In light of the substantial roles of both bargain and other principles, one can safely say only that neither the emergence of alternative theories of obligation, such as promissory estoppel, nor the recognition of the courts' important gap-filling role subsumed contract. Nor do these alternative theories and roles portend contract's death. Instead, they combine to form a set of criteria for determining the rights and obligations of interacting parties in our complex society."*

My eie kritiek teen Gilmore se temas is dat hy kontrak en *consideration* verkeerdelik vereenselwig. Selfs volgens die Amerikaanse reg is *consensus* of minstens *promise* die basiese grondslag van aanspreeklikheid. *Consideration* is 'n addisionele konstitutiewe vereiste. Die *reliance*-teorie het weliswaar die *bargain*-siening van *consideration* en dus in wese die effek van die *consideration* aansienlik afgewater - en mag die afsterwe daarvan meebring - maar dit beteken net dat *consideration* dood of siek is, nie dat kontrak in die sin van *agreement* of *promise* ook dood of selfs siek is nie. Trouens, die *reliance*-teorie (eenvoudig: die vertrouensteorie) vul die wil van

---

<sup>1</sup> Speidel *An Essay on the Reported Death and Continued Vitality of Contract* 1975 (27) *Stan. L. Rev.* op 1161 op 1162.

<sup>2</sup> *The Crisis* 1988 op 117-8.

die partye aan en bestendig kontrak as reginstelling; dit gee dit nuwe lewe en lewenskrag.

Op 'n heel ander vlak is dit wel so dat die afgrensing tussen deliktuele en kontraktuele aanspreeklikheid nie duidelik is nie en dat, veral in die VSA, dit skyn asof die howe somtyds hul toevlug tot deliktuele remedies ter uitsluiting of vervanging van kontraktuele remedies of selfs kontraktuele bedinge neem. Ek stip hierdie gevalle net aan:<sup>1</sup>

- (1) Daar is 'n tendens om bestraffende skadevergoeding, wat slegs by deliktuele aanspreeklikheid van pas is, in gevalle van kontrakbreuk toe te pas, op grond van die argument dat nie slegs 'n daad van kontrakbreuk nie, maar ook 'n delik voorhande is.<sup>2</sup>
- (2) Daar is 'n toenemende neiging van eisers wat skade gely het as gevolg van kontrakbreuk om nie alleen die teenparty *ex contractu* aan te spreek nie, maar ook 'n derde party wat betrokke was by die kontrakbreuk op grond van die delik *inbreukmaking op vorderingsregte uit die kontrak*.<sup>3</sup>
- (3) Daar is pogings om waar derde partye skade ly weens die kontrakbreuk van twee ander kontrakterende partye, laasgenoemde deliktueel aanspreeklik te hou. Die geval wat reeds voor die howe ter sprake was, is die vraag of die inwoners van 'n dorp of stad wat skade ly weens 'n langdurige kragonderbreking, 'n deliktuele aksie het teen

---

<sup>1</sup> Vir meer volledige bespreking sien Farnsworth *Contracts* 1991 op 23 ev; Speidel, *The Borderland of Contract* (1983) 10 N. Ky. L. Rev. op 163; *Symposium, The Death of Contract and the Rise of Tort* (1992) 77 Cornell Law Review op 1021 en daarin veral *Contracts is not Dead* deur E Allan Farnsworth op 1034-1039; *Contract, Tort, and Individual Responsibility in An Analytic Framework* deur Joseph R Grodin op 1040-1042 en Walter Olsen in *Tortification of Contract Law: Displacing Consent and Agreement* op 1043-1048.

<sup>2</sup> Vir 'n volledige bespreking met opgaaf van die belangrikste Amerikaans beslissings, raadpleeg Farnsworth *Contracts* 1991 op 875 ev. Voorbeelde hiervan lê veral op gebied van gebruikersbeskerming en *bad faith breach* deur versekeraars.

<sup>3</sup> Raadpleeg Farnsworth *Contracts* 1991 op 848 voetnoot 5 vir literatuurverwysings.

die munisipaliteit se kragverskaffer, wat teenoor die munisipaliteit kontrakbreuk gepleeg het.<sup>1</sup>

- (4) Daar is 'n toenemende tendens om deliktuele aksies toe te staan in weerwil van uitsluitings- en beperkingsklousules.<sup>2</sup>

Bogenoemde gevalle beteken egter geensins dat die grondslag van kontraktuele gebondenheid in die slag gebly het en deur deliktuele beginsels vervang is nie. Geval (4) wat met die eerste oogopslag so 'n indruk mag wek, is myns insiens 'n toepassing van die ongeoorloofdeheidsdoets.

Ek meen dus dat die *tortification of Death of Contract* - beskouing geen lewensvatbare grondslag vir kontraktuele gebondenheid daarstel of die bestaande grondslae ondergrawe nie.

## **12. Die "consent theory of contract"**

Die eksponent van hierdie teorie is Randy E Barnett, 'n professor aan die Illinois Institute of Technology. In verskeie geskrifte het hy sy visie uiteengesit.<sup>3</sup> Vir hom vorm die kontrakte-teorie 'n onderdeel van die sogenaamde *entitlements theory*, dit wil sê 'n teorie of stel beginsels wat aantoon hoe regte verkry word en van persoon tot persoon oorgedra word, en wat die wese en grense van regte is en hoe inbreukmaking op regte reggestel moet word. Die visie van die kontraktereg as deel van so 'n geheelsisteem is nie nuut nie. Die kontraktereg is hiervolgens

---

<sup>1</sup> Sien *Country of Suffolk v Long Island Lighting Co* 728 F 2d 52 (2d Cir 1984) - sien ook Farnsworth *Contracts* 1991 op 743 voetnoot 12.

<sup>2</sup> Olsen 1992 (77) *Cornell Law Review* op 1043 ev.

<sup>3</sup> Ek verwys na *Rights and remedies in a consent theory of contract* in *Liability and responsibility. Essays in Law and Morals* ed RG Frey en Christopher W Morris Cambridge University Press 1991 op 135 ev en *Some Problems with Contract as Promise* in (1992) 77 *Cornell Law Review* op 1022 ev.



“...a body of general principles and more specific rules the function of which is to identify the rights of individuals engaged in transferring entitlements. These rights are then used to justify physical or legal force to rectify any unjust interference with the transfer process.”<sup>1</sup>

Die kontraktereg gaan volgens Barnett altyd om die oordrag van of handeling met regte wat alreeds in 'n ander (die teenparty) vestig en dit is hierdie feit wat *consensus*, (toestemming, *consent*) 'n morele voorvereiste vir die ontstaan van kontraksgewondenheid maak.<sup>2</sup> Die vereiste van *consensus* waarborg beide kontaksvryheid (*freedom of contract*) asook vryheid teen gedwonge afstand van regte (*freedom from contract*). Die *consent*, in sy siening, vereis “a manifested intention to create legal relations or, to use another common formulation, a manifested intention to be legally bound.”<sup>3</sup> Hierdie *intention* moet egter objektief vasgestel word, omdat dit die grootste potensiaal het om strydige eise te verminder.<sup>4</sup>

Barnett<sup>5</sup> gee enersyds toe dat sy teorie, in die wyse waarop dit *consent* benader, ooreenstem met die tradisionele objektiewe teorie, maar andersyds<sup>6</sup> verklaar hy dat daar weinig verskil is tussen sy visie en die *promise*-teorie soos geformuleer in artikel 20 van die *First Restatement* en artikel 21 van die *Second Restatement*.

Ek meen dat die bydrae van Barnett weinig waarde het. Dit dra niks nuut tot die debat by nie en is maar 'n herkonstatering van die objektiewe (wils)leer.

---

<sup>1</sup> *Rights and remedies* 1991 op 140

<sup>2</sup> *Rights and remedies* 1991 op 140-141.

<sup>3</sup> *Some Problems* 1992 op 1027; *Rights and remedies* 1991 op 144, 145.

<sup>4</sup> *Rights and remedies* 1991 op 144-5: “In this regard, objectively manifested conduct, which usually reflects intent, provides a sounder basis for contractual obligation than do subjectively held intentions. Evidence of subjective intent that is extrinsic to the transaction and was unavailable to the other party is relevant, if at all, only insofar as it helps a court to ascertain the objective meaning of certain terms.”

<sup>5</sup> *Rights and remedies* 1991 op 146.

<sup>6</sup> *Some Problems* 1992 op 1028 en veral 1029.

### 13. Die “relational contract” - teorie

Die vader van hierdie teorie is Ian MacNeil, wat die grondtrekke daarvan in 'n hele reeks geskrifte gelê het.<sup>1</sup>

MacNeil se styl is al beskryf as *somewhat opaque and elusive*<sup>2</sup> en afwykend van die tradisionele regs kundige styl en *widely misunderstood*.<sup>3</sup>

Vir my doeleindes is dit nodig om slegs die kern van sy teorie te weergee. Dit neem as vertrekpunt dat kontrak uit die gemeenskap ontstaan en dat dit alleen verstaanbaar binne 'n bepaalde gemeenskap is. 'n Tweede beginsel is dat die samelewing bestaan uit spesialisasie van arbeid en van ruilverkeer. Een vorm van ruilverkeer is die wedersydse ruil van goedere met vasgestelde waardes - soos wanneer ek na 'n supermark gaan en iets daar gaan koop teen 'n duidelik vasgestelde prys. Die transaksie geskied in volle omvang daar en dan. MacNeil noem dit 'n *discrete exchange*. Maar dié vorm van ruil is nie die primêre vorm van kontraktering nie. Die wortels van ruilhandel lê daarin dat spesialisasie vereis dat daar 'n wedersydse distribusie van produkte plaasvind. Daar is talle maniere waarop sodanige ruilhandel kan plaasvind, maar die supermark-model is nie die primêre vorm van kontrak nie. Derdens impliseer kontrak wilsvryheid, die bewussyn van keuse. Ten slotte moet daar 'n bewussyn van die toekoms wees by die mens om te kan kontrakteer - alleen dit stel die mens in staat om van homself, as 'n wese wat

---

<sup>1</sup> Die belangrikste waarvan die volgende is *The Many Futures of Contracts* 1974 (47) S Cal Law Review op 691 ev; *A Primer of Contract Planning* 1975 (48) S Cal Law Review op 627 ev; *The New Social Contract* Yale Univ Press New Haven Conn 1980; *Contract: Exchange Transactions and Relations* Foundations Press Mineola NY 2ne ed 1978; *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law* (1958/72) 72 Nw Law Review op 854 ev. Vir 'n samevatting van sy werke asook 'n kritiese beskouing daarvan sien D Campbell *The Social Theory of Relational Contract: MacNeil as the Modern Proudhon* 1990 (18) Int J Soc Law op 75.

<sup>2</sup> Wheeler and Shaw *Contract Law* 1994 op 68.

<sup>3</sup> J Feinman *The Significance of Contract Theory* 1990 (58) U Cin Law Review 1990 op 1299 ev.

keuses kan uitoefen, bewus te wees. Teen hierdie agtergrond moet kontrak gesien word as 'n dinamiese en groeiende regsverhouding, waarin die primêre doel samewerking is en nie slegs die najaag van eie belang nie. Die kontrakspartye is interafhanklik van mekaar om die transaksie te laat slaag.<sup>1</sup>

Die kenmerke van die kontrak as regsbetrekking wat langer duur as die supermark-model is dat dit van betekenisvolle duur is (byvoorbeeld die *franchise-ooreenkoms*); dat daar noue persoonlike betrekkinge bestaan (byvoorbeeld die dienskontrak); dat prestasie of teenprestasie nie noodwendig maklik meetbaar is nie (byvoorbeeld die persoonlikheidsbeeld wat 'n lugwaardin moet uitstraal); dat die partye soms uiteenlopende belange het van persoonlike of kollektiewe aard (byvoorbeeld industriële ooreenkomste); dat toekomstige samewerkende gedrag verwag word (byvoorbeeld die bestuur en spelers van 'n professionele sportspan); dat die voordele en laste van die verhouding gedeel word eerder as dat dit verdeel en aan een party geallokeer word ('n regsvennootskap); dat die ...*entangling strings of friendship, reputation, interdependence, morality, and altruistic desires* ... integrale dele van die betrekking is ('n teater-agent en sy kliënte; 'n maatskappy-bestuurspan); dat probleme in die verhouding verwag word ('n kollektiewe arbeidsooreenkoms) en dat die kontrak nie op enige stadium as voltooid, op een oomblik, gesien word nie, maar dat die partye "...*view the relations as an ongoing integration of behaviour to grow and vary with events in a largely unforeseeable future*" (bv. 'n huwelik; 'n familie-sake-onderneming).<sup>2</sup>

Maar hoe moet kontraktuele probleme en dispute wat in die loop van die lewe van die kontrak ontstaan, opgelos word? Die voorstanders van *die relational contract theory* antwoord: soms behou die kontrak die reg vir een party voor om eensydig besluite te neem; soms moet daar gesamentlike beplanning

---

<sup>1</sup> Sien veral sy *The New Social Contract* 1980 op 1-4 ev en die bespreking by Wheeler en Shaw *Contract Law* 1994 op 50-51.

<sup>2</sup> Bogemelde kom veral uit *Contract: Exchange Transactions and Relations* 1978 op 12-13.

wees; soms moet oor dele of die geheel van die kontrak weer onderhandel word; daar moet konsultasie wees. In kort, die partye moet saamwerk om 'n wedersyds aanvaarbare oplossing te vind as hulle konfrontasie wil vermy.<sup>1</sup>

Volgens MacNeil word die norme wat op elke geval van toepassing is, grootliks bepaal deur die aard en konteks van die kontrak. Dit skep die konseptuele raamwerk waarin die kontrak uitgebou kan word en waarin elke besondere situasie ontleed kan word. Van besondere belang vir hierdie ondersoek is ook sy visie dat daar nie op 'n bepaalde oomblik ooit gesê kan word dat die partye dit *ad idem* is oor al die belangrike terme nie. *Consensus-bereiking is 'n inkrementele proses wat eers na kontraksluiting voltooi word.*<sup>2</sup>

Hoewel daar waardering is vir MacNeil se insigte van die sosiologiese onderbou van die kontak as regsverskynsel<sup>3</sup> is daar ook kritiek teen sy leerstellings. Campbell en Harris<sup>4</sup> waarsku dat in 'n kapitalistiese siening van ruilverkeer daar grense is aan die samewerking wat kontrakte kan bewerkstellig. Campbell<sup>5</sup> oordeel dat MacNeil nie in voldoende besonderhede aangedui het hoe hy samewerking en konflik versoen nie.

Hillman<sup>6</sup> meen weer dat die moderne kontraktereg bewus is van die behoeftes van 'n wêreld van verhoudings wat steeds nuwe eise stel. Howe is tans in staat om selfs agter 'n skriftelike kontrak die verhouding te ontleed en die bedoeling van die partye vas te stel. Kontekstuele werklikhede moet beide in

---

<sup>1</sup> D Brown *Contract Remedies in a Planned Economy: Labour Arbitration Leads the Way* in B Reiter en J Swan (eds) *Studies in Contract Law* Butterworths Toronto 1980 op 96-99.

<sup>2</sup> (1981) 87 NW U L Rev op 1018, 1041.

<sup>3</sup> Byvoorbeeld deur J Feinman *The Significance of Contract Theory* (1990) 58 U Cin Law Review op 1299 ev.

<sup>4</sup> *Flexibility in Long-Term Contractual Relationships, The Role of Co-operation* (1993) 20 JL & S op 166 op 182.

<sup>5</sup> *The Society Theory of Relational Contract, MacNeil as the Modern Proudhon* (1990) 18 Jul J Soc op 75.

<sup>6</sup> *The Crisis* 1988 op 125

terme van die *Second Restatement*<sup>1</sup> en die UCC<sup>2</sup> in ag geneem word. Volgens Hillman<sup>3</sup> is die kritiese vraag of die partye samewerkingbedoelings gehad het. Moderne kontraktereg is in staat om dit te bepaal. Daarbenewens meen hy dat die kontraktereg ook meer akkuraatheid in die proses van vorming en aanpassings vereis as die vae norme van samewerking.

My eie siening is dat MacNeil tereg 'n groot deel van die werking van kontrakte op alle vlakke beskryf en dat die ideaal sekerlik is dat daar samewerking of ooreengekome meganismes sal wees om konfliktsituasies te vermy of, indien hulle ontstaan, *vreedsaam* op te los. Maar die kontraktereg handel nie met gevalle waar konflik nie ontstaan nie of waar die partye dit self oplos nie. Die kontraktereg is, in die harde werklikheid, ingestel om konflik geregteelik te hanteer. Waar MacNeil se model ophou om te funksioneer, daar begin die *raison d'être* van die kontraktereg. Sy visie bied dus geen lewensvatbare juridiese alternatief vir kontraktuele gebondenheid nie.

Laasgenoemde is dan ook my kritiek teen die opvatting van prof Stewart Macaulay wat bekend geword het vir sy empiriese werk oor die aard van kontraktuele verhoudings tussen sakelui. In 1963 publiseer hy 'n artikel *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study*<sup>4</sup> en, na 'n simposium oor die kontraktereg in 1984 by die Wisconsin Law School, 'n opvolg daarvan as *An Empirical View of Contract*.<sup>5</sup> Nog 'n belangrike publikasie van hom is *Contract Law and Contract Research*.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Par 4

<sup>2</sup> Par 1-201(3)

<sup>3</sup> *The Crisis* 1988 op 127

<sup>4</sup> (1963) 28 Am Soc Rev op 55

<sup>5</sup> 1985 Wisconsin Law Review 465

<sup>6</sup> Sien (1968) 20 J Legal Educ 1968 op 460 ev

Die tema van Macaulay en andere wat soos hy dink<sup>1</sup> is dat, op grond van empiriese beskouings, kontrak en die kontraktereg in sakeverhouding nie juis relevant is nie. Sakelui sal dikwels versuim om hul verhouding in terme van die kontraktereg te beplan of om 'n kontrak volgens hul behoeftes op te stel; hulle sal dikwels nie eers regsgeleerdes se raad inwin nie; hulle sal, wanneer probleme ontstaan, dikwels nie regsadvies inwin of litigeer nie. Nie regsnorme nie, maar sakekulture is vir hulle deurslaggewende. Aanpasbaarheid en kompromieë is vir hul belangriker as die letter van die wet.<sup>2</sup>

Daar is in die VSA 'n lewendige debat oor die vraag of Macaulay se stellings empiries is of nie en of empiriese navorsing konklusiewe bewys van een of ander standpunt hieroor kan bewys<sup>3</sup>. Macaulay self gee self toe dat in vele saketransaksies daar wel regsbeplanning bestaan.

Vir enigeen wat al met die praktyk van sakelui te doen gehad het, is dit ooglopend dat sakelui soms nie hul vertrouwe in die reg plaas nie, maar in mekaar se goedgesindheid. Dog in die oorgrote meerderheid van gevalle bewapen die partye hulself met regsadvies en volledige kontrakte - dink maar bv. aan standaardkontrakte, die borgkontrakte van banke, groot boukontrakte, kontrakte deur die regering uitgegee, *franchise*-ooreenkomste. In al hierdie gevalle is goedgesindheid en aanpasbaarheid nie die vertrekpunt nie en die minimale belang daarvan vir die partye en die howe blyk uit die talle hofverslae in alle stelsels.

---

<sup>1</sup> Sien veral *R Gordon Macaulay, MacNeil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law* (1985) *Wisconsin Law Review* op 565 ev.

<sup>2</sup> Sien veral *Macaulay Contract Law and Contract Research 1968* op 461-463 en *Non-Contractual Relations* 1963 op 55 ev.

<sup>3</sup> Literatuur by Hillman *The Crisis* 1988 op 128 ev

Ek stem dus saam met Hillman<sup>1</sup> se eïndkritiek op die *relational contract theory*.

*“Modern contract law serves three primary roles, even within bargaining cultures that exhibit a good deal of informality. First, contract law is a safety valve held in reserve. Parties can turn to contract planning should informality fail to serve their purposes. Second, contract law defines the outer boundaries of permissible conduct even within existing informal arrangements; parties may look to their contract when business norms fail. Contract law thus reinforces parties' expectations of performance. Finally, contract law defines whether any legal obligation actually exists. Freedom of contract generally includes the right not to contract, and parties may choose flexibility over contracting.*

*Modern contract law is not only relevant but also reasonably well suited for today's highly relational world. Modern contract law's broad view of **agreement** reinforces relational norms; in many instances, these norms also constitute enforceable contract terms.”*

## E. DIE GRONDSLAG VAN KONTRAKTUELE GEBONDENHEID VOLGENS SUID-AFRIKAANSE SKRYWERS

In hierdie verband is daar drie denkskole te onderskei.

- (1) Diegene wat die wilsleer as uitgangspunt neem, maar aanvaar dat dit in geval van *dissensus* aangevul moet word met ander beginsels, onder andere en veral variante van die vertrouensleer.
- (2) Diegene wat ook die wilsleer as uitgangspunt neem, maar nie die vertrouensleer as meganisme om kontraktuele aanspreeklikheid daar

---

<sup>1</sup> *The Crisis* 1988 op 135

te stel, aanvaar nie, dog eerder 'n remedie vir skadevergoeding *ex delicto* teen die skuldige voorstaan.

- (3) Diegene wat geen heil in enige teorie van kontraktuele gebondenheid sien nie.

**1. Die eerste Suid-Afrikaanse denkskool: wilsleer as uitgangspunt, aangevul deur variante van die vertrouensleer**

Daar is 'n duidelik-identifiseerbare skool van denke onder akademiese skrywers wat die klassieke wilsleer aanhang. Hul uitgangspunt is dat in normale omstandighede kontraktuele gebondenheid op *consensus* berus. In geval van *dissensus* is daar dus in beginsel geen kontraktuele gebondenheid nie, tensy die vertroue van die een party beskerming verg. Wilsteorie is uitgangspunt; verouwensteorie is subsidiêre grondslag.

Die eerste omvattende handboek oor die SA kontrakreg is die van Sir JW Wessels.<sup>1</sup>

Na 'n ontleding van die ontwikkeling van die Romeinse en Romeins-Hollandse reg<sup>2</sup> konstateer hy<sup>3</sup> dat die kontrakbegrip van die Suid-Afrikaanse reg veel verder ontwikkel het; dat dit 'n moderne begrip weerspieël. Aangesien dit nie veel waarde heg aan vorm en vormlikheid nie en omdat ons reg as algemene beginsel vrywillige en ernstig-bedoelde *consensus* vereis, stem dit ooreen met die moderne Engelse, Franse en Duitse kontraksiee. Hy erken ook die belangrike bydrae op hierdie gebied deur Von Savigny.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> *The Law of Contract in South Africa* geredigeer deur AA Roberts Hortors Johannesburg 1937.

<sup>2</sup> Paragrafe 1-24.

<sup>3</sup> Par. 33.

<sup>4</sup> *System des heutigen römischen Rechts* vol. 3 par. 140 ev.



Wessels<sup>1</sup> beklemtoon die vereiste van bewuste *consensus*.<sup>2</sup> Hy wys egter daarop<sup>3</sup> dat howe slegs aan die uiterlike optrede kan oordeel of daar *consensus* is – weerspieël in die welbekende *dictum* van die Appèlhof in *SA Railways and Harbours v National Bank of SA*.<sup>4</sup> Vandaar ook die beginsel dat 'n persoon wat 'n skriftelike kontrak teken, gebonde gehou word aan die gewone betekenis en gevolg van die woorde daarin.<sup>5</sup>

Maar waar Wessels *reality of consent* bespreek<sup>6</sup> verklaar hy onomwonde dat wat vereis word is werklike *consensus*:

*“The law is not satisfied to know that in form there has been an offer and acceptance; it also wants to know what the offeror and the acceptor really intended. In other words, the law does not regard a contract as valid merely because it has the necessary form or because on the face of it the parties appear to have consented, it also requires each party to have a true consenting mind at the moment the agreement is concluded.”*

Die opvatting wat die beroemde JC de Wet konsekwent gedurende sy lewe ten aansien van die grondslag van kontraktuele gebondenheid en *dissensus* sou handhaaf, blyk reeds in 1943 met die publikasie van sy monografie *Dwaling en Bedrog by die Kontraksluiting*.<sup>7</sup>

---

<sup>1</sup> Par. 35.

<sup>2</sup> Vgl. ook par. 58 ev.

<sup>3</sup> Par. 62.

<sup>4</sup> 1924 AD 704 op 715.

<sup>5</sup> *Burger v SA Railways* 1903 TS 57.

<sup>6</sup> Par. 885 ev.

<sup>7</sup> *Annale van die Universiteit van Stellenbosch Nasionale Pers Kaapstad* 1943.

Nadat hy eers duidelik die verskil getrek het tussen *dwaling* wat *consensus* uitsluit (dit wil sê *dissensus* veroorsaak) en *dwaling* wat nie daardie gevolg het nie<sup>1</sup> stel hy sy eie standpunt soos volg:<sup>2</sup>

- (i) Die wil om gebonde te wees en dus *consensus* is die grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid:
- (ii) In gevalle van *dissensus* werk die wilsleer onbevredigend en word met die vertrouensteorie aangevul. Dit berus op handhawing van die opgewekte vertroue, en wel deur die skyn van die kontrak as kontrak te handhaaf.
- (iii) Voorvereistes vir sodanige handhawing is:
  - (a) dat skade gely sal word indien die skyn nie as kontrak gehandhaaf word nie, anders bestaan daar geen rede waarom die ander party gebonde sal wees aan 'n kontrak wat hy nie gewil het nie;
  - (b) dat die skyn te wyte is aan die skuld van die persoon teen wie mens die kontrak wil handhaaf; en
  - (c) dat die persoon wat die ander gebonde wil hou self geen skuld het nie, want anders het hy sy waan aan sy eie skuld te wyte. Hierdie laaste vereiste verklaar waarom daar 'n redelike vertroue moet wees.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Op 1-2.

<sup>2</sup> Op 3-5.

<sup>3</sup> Op 4.

De Wet toon<sup>1</sup> tereg aan dat mens ook 'n verklaring moet vind vir die beginsel dat die opwekker van die vertroude gebonde is. Hy verklaar dat *risikobeginsel*, die gevaardragingsprinsiep, soms gebruik word as grondslag van die vertrouensbeskerming. Die opwekker van die vertroude skep 'n gevaar en hy moet maar die gevaar dra.<sup>2</sup> De Wet toon aan dat die risikobeginsel 'n betreklik nuwe verskynsel in die regs wetenskap is. Dit staan êrens tussen gevolgsaanspreeklikheid en die skuldprinsiep.

De Wet<sup>3</sup> meen egter dat die grondslag vir gebondenheid weens vertrouenskepping nie die risikobeginsel is nie, maar die *skuldbeginsel*: die vertroueskepper is slegs gebonde as daar skuld aan sy kant is. Hy meen dat die risikobeginsel in ieder geval maar die skuldbeginsel onder 'n ander naam is.

Hy meen<sup>4</sup> dat die oplossing, om die wilsleer as uitgangspunt te aanvaar en die vertrouensleer, gebaseer op skuld, as aanvullende maatstaf in geval van *dissensus* toe te pas, nie alleen *billik* is nie, maar ook *juridies* te regverdig is deur *skuld* as grondslag van aanspreeklikheid aan te wys. Dit is dieselfde beginsel waarop aanspreeklikheid *ex delicto* berus en word in die vorm van vertrouensbeskerming ook op ander gebiede van die reg toegepas – byvoorbeeld in geval van die *rei vindicatio* teen die eienaar wat op skuldige wyse die skyn verwek dat iemand anders eienaar is; by lasgewing teen die lasgewer wat op skuldige wyse die skyn van volmag verwek, ens. “*Per slot van rekening*” sê hy,<sup>5</sup> “*het mens hier te doen met 'n uiting van die beginsel van estoppel deur wanvoorstelling, wat op sy beurt gegrond is op die skuldbeginsel.*”

---

<sup>1</sup> Op 3.

<sup>2</sup> De Wet *Dwaling en Bedrog* op 3 verwys in hierdie verband na die verduideliking deur prof. EM Meijers *De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen* in Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ambt en Registrasie 2675-2679.

<sup>3</sup> Op 3 en 4.

<sup>4</sup> Op 4.

<sup>5</sup> Op 5.

De Wet gee ook aandag aan die vraag of dit nie korrek en meer konsekwent sou wees om in die onderhawige gevalle van *dissensus* te sê dat daar geen kontrak tot stand kom nie, maar, waar die een party verwyf kan word omdat hy hom verspreek het of die misverstand veroorsaak het, hom *ex delicto* vir skadevergoeding aanspreeklik te hou. Dit is wat sommige aanhangers van die wilsleer wil hê, onder invloed van Jhering se leer van *culpa in contrahendo*.<sup>1</sup> De Wet verklaar<sup>2</sup> dat hierdie oplossing nie heeltemal bevredigend is nie, "... want die teleurgestelde kry dan slegs 'n eis vir skadevergoeding waar hy 'n kontrak verwag het."

Die bogemelde uitgangspunte is deur De Wet in die handboek waarvan hy mede-outeur was<sup>3</sup> deurgaans konsekwent gehandhaaf.

AJ Kerr<sup>4</sup> gaan klaarblyklik in die jongste uitgawe van sy werk van die standpunt uit dat *consensus* die grondslag van kontraktuele gebondenheid is.<sup>5</sup> Hy wys daarop dat dit nie alleen reeds uit die Romeinse reg blyk nie, maar ook uit Suid-Afrikaanse beslissings.<sup>6</sup>

Kerr<sup>7</sup> wys tereg daarop dat die vereiste van *consensus* nie beteken dat daar in die geval van standaard-kontrakte nie *consensus* is nie. Dit is duidelik<sup>1</sup> dat

---

<sup>1</sup> *Jahrbücher für die Dogmatik* band IV p. 1 ev.

<sup>2</sup> Op 2.

<sup>3</sup> De Wet en Yeats *Die Suid-Afrikaanse Kontrakereg en Handelsreg* Butterworth Durban 1e uitgawe 1947; die jongste uitgawe bewerk deur AH van Wyk is die vyfde 1992. Die bespreking is op 9 ev.

<sup>4</sup> Professor in die Regte Rhodes Universiteit.

<sup>5</sup> *The Principles of the Law of Contract* Butterworths Durban 6e uitgawe 2002 op 3 ev.

<sup>6</sup> Hy verwys op 4 na *Collen v Rietfontein Engineering Works* 1948 (1) SA 413 (A) op 435; *Jonnes v Anglo African Shipping Co (1936) Ltd* 1972 (2) SA 827 (A) op 834 (D); *Russell NO and Loveday NO v Collins Submarine Pipelines Africa (Pty) Ltd* 1975 (1) SA 110 (A) op 139 G-H; *Putco Ltd v TV and Radio Guarantee Co (Pty) Ltd and other related cases*, 1985 (4) SA 809 (A) op 828 A-B; *FW Knowles (Pty) Ltd v Cash-In (Pty) Ltd* 1986 (4) SA 641 (K) op 649 J – 650 A. Op 5 verwys hy in dieselfde trant na *Swart v Vosloo* 1965 (1) SA 100 (A) op 104 H.

<sup>7</sup> *The Principles* op 6 ev.

die terme van 'n ooreenkoms nie slegs deur uitdruklike *consensus* bepaal word nie – daar is ook residuele verpligtinge wat die reg definieer en wat deel van 'n kontrak word, soos by koop of huur, as die partye dit nie uitsluit of wysig nie.

Hy wys ook<sup>2</sup> daarop dat in geval van *dissensus* die leerstuk van *quasi-mutual assent* geld. Hy meen dat die toepassing van gemelde beginsel nie op *estoppel* neerkom nie en verwerp<sup>3</sup> die starre verklaringsteorie. Met verwysing na die reeds genoemde Wessels-*dictum* in *South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa Ltd* asook soortgelyke *dicta* in *Worman v Hughes and Others*<sup>4</sup> en in *Nelson v Hodgetts Timbers (East London) (Pty) Ltd*,<sup>5</sup> verklaar hy dat dit aan ernstige kritiek deur skrywers onderhewig is; dat dit nie versoenbaar is met ander uitsprake en die hoofgesagsbronne oor werklike *consensus* nie; dat dit nie rekening hou met die feit dat die betekenis van die eenvoudigste woorde afhangende van die konteks daarvan kan wissel nie en dat dit die gevolg kan hê dat die hof 'n kontrak konstrueer wat nie een van die partye begeer nie.

Op Kerr se behandeling van *justus error* en die toepassing van die vertrouensteorie<sup>6</sup> kom ek hieronder terug.

---

<sup>1</sup> *The Principles* op 8 ev.

<sup>2</sup> *The Principles* 2002 op 9 ev.

<sup>3</sup> *The Principles* 2002 op 18.

<sup>4</sup> 1948 (3) SA 495 (A) op 505.

<sup>5</sup> 1973 (3) SA 37 (A) op 45.

<sup>6</sup> *The Principles* 2002 op 20 ev.

Vyf vooraanstaande moderne kenners van kontraktereg, te wete Schalk van der Merwe,<sup>1</sup> LF van Huyssteen,<sup>2</sup> MFB Reynecke,<sup>3</sup> GF Lubbe<sup>4</sup> en JG Lotz<sup>5</sup> publiseer in 1993 die jongste handboek oor die Suid-Afrikaanse kontraktereg, *Kontraktereg: Algemene beginsels*.<sup>6</sup>

Aan die hand van die Romeinse reg, die Wes-Europese ontwikkeling, die regsfilosofie en ons uitsprake kom hulle tot die gevolgtrekking dat *consensus* die basis van kontrak is. Maar hulle meen ook dat dit nie die enigste grondslag hoef te wees nie.

Oorwegings soos regsekerheid, goeie trou, beskerming van redelike verwagtings en risikoskepping kan ook as bindende elemente, selfs tot uitsluiting van die wil, aanvaar word. Die alternatiewe vir die wilsleer is veral die verklarings- en die vertrouensteorie.<sup>7</sup> Die verklaringsleer het nie by ons inslag gevind nie en die *Wessels-dictum* in *SAR&H v National Bank* is nie gesag vir sodanige aanvaarding nie, maar bloot die erkenning van die feit dat die wil alleen kenbaar is deur uiterlike gedrag.

Daarenteen is die vertrouensteorie as aanvullend tot die wilsleer aanvaar, en wel in gevalle van *estoppel* en onder die *iustus error*-leerstuk.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> Professor in Privaatreg, Universiteit van Stellenbosch.

<sup>2</sup> Professor in Privaatreg, Universiteit van Wes-Kaapland.

<sup>3</sup> Professor in Privaatreg, Randse Afrikaanse Universiteit.

<sup>4</sup> Professor in Privaatreg, Universiteit van Stellenbosch.

<sup>5</sup> Emeritus Professor in Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika.

<sup>6</sup> Juta en Kie Kaapstad 1994 (1999 Herdruk).

<sup>7</sup> Op 11-23.

<sup>8</sup> Op 23-41.

In die eerste doktorale proefskrif tot dusver oor hierdie onderwerp, verklaar Pauline F Fèvrier-Breed<sup>1</sup> dat:

“... *the present research has produced the view that consensus is the basis of liability in contract, without any need of any correctives such as the Reliance Theory.*”

Die behandeling van die gesagsbronne deur Fèvrier-Breed<sup>2</sup> om gemelde gevolgtrekking te staaf, is om die minste te sê, eienaardig. Sy bespreek die uitsprake van die hof sedert 1890<sup>3</sup> tot 1987<sup>4</sup> eenvoudig kronologies en nie volgens 'n wetenskaplike metode nie. Daarbenewens is die besprekings soms fragmentaries en word irrelevante punte gemaak. Maar bowenal bewys Fèvrier-Breed se eie bespreking hoegenaamd nie haar gevolgtrekking nie, te wete: dat die verouwensteorie nie aanwending vind nie. Byvoorbeeld, sy gee toe dat in *Logan v Beit* die vertrekpunt is dat daar geen *consensus* was nie.<sup>5</sup> Hoe anders kan die gebondenheid aan die kontrak, wat die hof bevind het die geval te wees, verklaar word as aan die hand van die verouwensteorie? Om al die beslissings wat sy aanhaal, te ontleed net om aan te toon hoe ver sy die bal mislaan, sou vervelig wees. Die leser wat reeds my bespreking van die Suid-Afrikaanse regspraak gelees het, sal wel beseft dat haar standpunt eenvoudig onhoudbaar is: hoe sal mens die leerstukke van *justus error* en konstruktiewe *consensus* anders verklaar as met 'n beroep op die verouwensteorie?

---

<sup>1</sup> A *Critical Analysis of Mistake in South African Law of Contract* Universiteit van Pretoria 1991 op 174. Daar is nou 'n tweede proefskrif op die terrain in Suid-Afrika, te wete die van C-J Pretorius: *The Basis of Contractual Liability: A Comparative Study*, Unisa, October 2002. Die werk het my ongelukkig te laat bereik om behoorlik te verwerk en hierin op te neem.

<sup>2</sup> Op 175 ev.

<sup>3</sup> *Logan v Beit supra*.

<sup>4</sup> *Standard Credit Corporation Ltd v Naicker supra*.

<sup>5</sup> Op 178 verklaar sy: “*The cause of the fact that the parties were allegedly at cross-purposes / mutually mistaken (lack of consensus), was examined.*”

Février-Breed se samevatting van haar tesis<sup>1</sup> maak dit dan ook duidelik waar die oorsprong van haar wanopvatting lê. Dit spruit daaruit dat sy lippediens doen aan die wilsleer maar inderdaad 'n ekstreme vorm van die verklaringsleer aanhang. Sy omskryf *consensus* nie in terme van die partye se werklike bedoeling nie, maar in terme van die geïnterpreteerde bedoeling. Sy verklaar:

*"The legal notion of consensus is a result of interpretation: the law does not necessarily accept a party's allegation of dissensus, or lack of consensus (or of consensus, for that matter): the Reliance Theory, estoppel, 'apparent agreement', 'quasi-mutual assent', 'skyn van 'n kontrak', all amount to an acceptance of the mere allegation of lack of consensus (notwithstanding a contradictory finding on the facts, viz. that there is consensus and consequently a binding agreement).*

*Legal reality regards these as instances of mutual assent, not a 'skyn van 'n kontrak', or an 'apparent agreement', or an instance of 'quasi-mutual assent', but very real and binding: an intention is conveyed and accepted, resulting in consensus. At times it seems that the communication/awareness element of contractual consensus is overlooked, viz. that consensus consists of a conscious common intention: an intention which was not conveyed and which was not known to the other party, does not form part of their common intention. If it was communicated but unreasonably misunderstood, and yet accepted (or, if it was known to the other party), it forms part of their common intention.*

*Consensus in contract consists of a dual (two-sided) relationship entailing a dual awareness/communication of mutual intentions, and if a mistaken intention is such that it is entirely one-sided in the sense that it, or the possibility thereof, does not appear from the communications (within the prevailing circumstances) between the*

---

<sup>1</sup> Op 285.



*parties, and the second party is not aware of it, actually or by inference, such a covert (not communicated and not known) singular intention cannot influence the common intention, i.e. the dual relationship of the parties ...*

*The present view is therefore that it is neither the singular intention per se ('mental intention') nor the 'external manifestation' of it, but it is the conscious common intention/consensus which is the basis of contractual liability in all instances. There has consequently been contractual liability in many instances of a proven essential mistake, simply because the mistaken (mental) intention did not form part of the common intention/common awareness of the parties and the mistake was not a result of the common circumstances (such as an ambiguous term) in, or other circumstances surrounding, the transaction."*

Sy betwis<sup>1</sup> dat ons regspraak die vertrouensteorie toepas:

*"... unless it is to be accepted that the Reliance Theory forms the basis of our rules of interpretation whereby facts are interpreted in order to determine the presence or absence of consensus, and the contents thereof."*

Die reël in *Smith v Hughes* is dan ook, volgens haar<sup>2</sup> 'n reël van interpretasie!

Die regspraak waarin dwaling as regsfeit aanvaar is en die akademiese werk daaroor kan egter nog 'n nuttige doel dien volgens haar:<sup>3</sup>

*"... even if only to indicate particular factual situations in which the Courts make use of certain directives in order to effectively apply the*

---

<sup>1</sup> Op 295.

<sup>2</sup> Op 295.

<sup>3</sup> Op 296.

*rules of interpretation, e.g. it is determined whether or not, the second party was aware of the first party's mistake, actually or by inference, or whether or not, the mistaken intention was due to this other party, or whether or not, the first (mistaken) party created the reasonable impression with the second party of a specific intention (i.e. did he make a declaration of specific intent?)."*

Fèvrier-Breed slaag nie daarin om te verklaar waarom, voordat ons howe die *interpretasiereëls* toepas, die hele problematiek van *consensus* en *dissensus* en gebondenheid aan 'n geskepte vertroue eers ter sprake kom nie- tensy 'n mens, soos sy skynbaar poog, alle regsreëls op hierdie gebied, ook die reëls met betrekking tot die beskerming van vertroue, tot blote interpretasiereëls afskaal. Dat hierdie standpunt nie reg kan wees nie, is voor die hand liggend.

RH Christie, die skrywer van een van ons handboeke oor die kontrakreg<sup>1</sup> wys daarop dat die Appèlhof in *Conradie v Rossouw*<sup>2</sup> die Engelse leerstuk van *consideration* verwerp het ten gunste van die standpunt dat die grondslag van kontraktuele gebondenheid die wedersydse ernstige wil is om gebonde te wees. Die wilsleer, deurgevoer tot sy logiese konsekwensie sou wees dat in geval van *dissensus* daar geen kontrak is nie. Dié standpunt is aanvanklik in ons regspraak gehuldig.<sup>3</sup> Die leerstuk van *quasi-mutual assent* is egter sedert 1911<sup>4</sup> erken. Hy noem hierdie uitgangspunt ook<sup>5</sup> die *objective approach* en meen<sup>6</sup> dat daar in die Romeins-Hollandse reg geen gesag daarvoor bestaan

---

<sup>1</sup> *The Law of Contract in South Africa* Butterworths Durban 4e uitgawe 2001.

<sup>2</sup> 1919 AD 279.

<sup>3</sup> Christie verwys in *The Law of Contract* op 12 na *Rose-Innes Diamond Mining Co Ltd v Central Diamond Mining Co Ltd* (1883) 2 HCG 272 op 308; *Potgieter v New York Mutual Life Insurance Society* (1900) 17 SC 67 op 70; *Joubert v Enslin* 1910 AD 6 op 23; *Greenberg v Waschke* 1911 WLD 1 op 7.

<sup>4</sup> In die uitspraak van *Pieters & Co v Salomon* 1991 AD 121.

<sup>5</sup> Op 13.

<sup>6</sup> Op 13.

nie, maar wel in die Engelse reg soos blyk uit *Freeman v Cooke*<sup>1</sup> en *Smith v Hughes*.<sup>2</sup>

Christie beskou hierdie leerstuk as *entirely beneficial*.<sup>3</sup>

Hy meen voorts<sup>4</sup> dat die *dictum* van Wessels AR in *SAR&H v National Bank of SA Ltd* nie letterlik opgeneem moet word nie. Daar was geen bedoeling om 'n verregaande verklaringsleer toe te pas nie; dit reflekteer slegs 'n praktiese benadering ten einde 'n konflik oor die terme van 'n bestaande kontrak op te los.

PJ Rabie, die voormalige Hoofregter van Suid-Afrika, het in 1992 'n boek oor *estoppel* die lig laat sien.<sup>5</sup> Hy meen dat kontrakte gewoonlik op *consensus* berus, maar dat iemand, wat nie werklik die bedoeling het om aan 'n bepaalde kontrak gebonde te wees nie, nogtans gebonde gehou kan word.<sup>6</sup> Die gemelde gebondenheid word om die beurt *quasi-mutual assent*, *estoppel*, die vertrouensteorie, of die objektiewe teorie van kontrak genoem. Rabie meen<sup>7</sup> dat daar 'n verskil is tussen die *vertrouensteorie* en *estoppel* – 'n aangeleentheid waarop ek hieronder terugkeer.

---

<sup>1</sup> (1849) 2 Ex 654 op 663.

<sup>2</sup> (1871) LR 6 QB 597 op 607.

<sup>3</sup> Op 12.

<sup>4</sup> Op 25.

<sup>5</sup> *The Law of Estoppel in South Africa* Butterworths Durban 1992.

<sup>6</sup> Op 10.

<sup>7</sup> Op 11-12.

Farlam en Hathaway se *Contract: Cases, Materials and Commentary* is vir die derde uitgawe<sup>1</sup> verwerk deur GF Lubbe<sup>2</sup> en CM Murray.<sup>3</sup> Hul standpunt<sup>4</sup> is dat die wilsleer as vertrekpunt geld; die vertrouensleer vul die gebreke daarin aan. Kontrak berus dus op 'n tweeledige basis: die wilsleer word aangevul, nie vervang nie, deur 'n variant van die objektiewe leer, naamlik die vertrouensleer.<sup>5</sup> Hulle toon tereg aan dat om uit stellings van regters dat mens slegs van eksterne feite kan bepaal of daar *consensus* is, af te lei dat 'n objektiewe benadering gevolg word, is om die bewysmetode te verwar met dit wat bewys moet word.

Hulle toon ook<sup>6</sup> tereg aan dat die kritiek teen die wilsleer, dat dit onmoontlik is om met absolute sekerheid die bestaan van 'n subjektiewe, dit wil sê psigologiese ooreenkoms tussen partye te bewys, onregverdige kritiek is. Die reg vereis immers nie absolute bewys nie, dog slegs bewys op 'n oorwig van waarskynlikhede. Die beklemtoning van eksterne manifestasie as 'n manier om (subjektiewe) ooreenstemming te bewys, op die veronderstelling dat dit as *prima facie* bewys van die bedoeling van die partye dien, is nie in stryd met die wilsleer nie.<sup>7</sup>

In 1986 het DT Zeffert<sup>8</sup> en A Paizes<sup>9</sup> die eerste diepgaande verhandeling in ons reg oor die reël teen die toelaatbaarheid van ekstrinsieke getuienis – die sogenaamde *parol evidence*- of integrasie-reël – die lig laat sien.<sup>10</sup>

---

<sup>1</sup> Juta & Kie Kaapstad 1988.

<sup>2</sup> Professor in Privaatreg Universiteit van Stellenbosch.

<sup>3</sup> Tans professor in Publieke Reg Universiteit van Kaapstad.

<sup>4</sup> Op 96.

<sup>5</sup> Sien ook 1988 op 114.

<sup>6</sup> Op 108.

<sup>7</sup> Op 109.

<sup>8</sup> Professor in die Regte Universiteit van die Witwatersrand.

<sup>9</sup> Toentertyd Senior Lektor in die Regte Universiteit van die Witwatersrand.

<sup>10</sup> *Parol Evidence with particular reference to Contract* Johannesburg 1986.

Vir hulle is die basiese vrae wat uit 'n kontraktheorie voortspruit die volgende:<sup>1</sup>

*“Do we (or should we) look only at the outward manifestations of the parties’ intention? Do we (or should we) attempt to determine subjectively whether there was consensus ad idem – taking into account all the circumstances including the document and what the parties say, or have said, about it – and, if there be dissensus, do we (or should we) then apply the so-called reliance theory in one, or more, of its formulations.”*

Hulle volg,<sup>2</sup> ook wat die betrokke reël betref, die tradisionele uitgangspunt: die *consensus* van die partye gee die deurslag; waar daar *dissensus* is, is die een wat die vertroue van *consensus* verwek het, daaraan gebonde. Hulle meen<sup>3</sup> dat wat beide ondersoeke betref – naamlik of daar *consensus* is en of 'n vertroue gewek is – alle relevante inligting toelaatbaar moet wees, insluitende enigiets wat deur die partye gesê en gedoen is wat relevant is tot gemelde ondersoeke. Hulle meen dus dat die integrasiereël nie benodig word nie. Dit moet beklemtoon word dat die outeurs konsekwent die wilsleer, aangevul deur die vertrouensleer, voorstaan.<sup>4</sup>

Die eerste tydskrifartikel en trouens die eerste diepgaande behandeling van die onderwerp van dwaling by kontraksluiting is die van LC Hofmann, toentertyds Professor in die Regte aan die Universiteit van die Witwatersrand, in 1935.<sup>5</sup> Hierdie bydrae word gekenmerk deur 'n aantal belangrike stellings en gevolgtrekkings wat gebaseer is op 'n ontleding van die Romeinse reg, die

---

<sup>1</sup> Op 19.

<sup>2</sup> Op 24-25.

<sup>3</sup> Op 25.

<sup>4</sup> Sien byvoorbeeld 98, 101.

<sup>5</sup> Sien *South African Law Journal* 1935 op 432-449 onder die titel: *The Basis of the Effect of Mistake on Contractual Obligations*.

Romeins-Hollandse skrywers en die Engelse en Vastelandse regstelsels. Alhoewel die bydrae hoofsaaklik gewy is aan 'n bespreking van daardie gevalle van dwaling wat nie *consensus* raak nie, is dit tog ook vir die huidige ondersoek van groot belang.

Hofmann se vertrekpunt,<sup>1</sup> gefundeer op die Engelse en Vastelandse reg, is dat vir geldige kontraksluiting *consensus* noodsaaklik is.

Hy onderskei duidelik tussen daardie gevalle van dwaling wat nie *consensus* uitsluit nie – byvoorbeeld motiefdwaling – wat hy *proper mistake* noem, en gevalle waar die dwaling of vergissing wel *consensus* uitsluit, met ander woorde *dissensus* veroorsaak, wat hy *improper mistake* noem.<sup>2</sup> Uit die bronne wat hy aanhaal is dit duidelik dat Hofmann in hierdie verband die fundamentele klassifikasie van *Von Savigny* aanvaar.<sup>3</sup> Hy toon tereg aan dat dit noodsaaklik is om gemelde twee gevalle uitmekaar te hou.

Ten aansien van *dissensus* verklaar hy<sup>4</sup> dat niemand 'n eeu gelede daaraan getwyfel het dat *consensus* die grondslag van kontraktuele gebondenheid is nie. Sedertdien het daar twyfel ontstaan oor die korrektheid van hierdie uitgangspunt, onder andere weens die *cause célèbre* wat hom in 1856 in die Keulse Hof afgespeel het, naamlik die reedsgenoemde saak van *Weiller & Seuns v Oppenheim & Kie*. Die hof het bevind daar het geen kontrak tot stand gekom nie weens die gebrek aan *consensus* maar dat Oppenheim & Kie aanspreeklik is om Weiller & Seuns se skade te vergoed omdat hulle so 'n onbetroubare kommunikasie-middel as die telegraaf gebruik het en dus die skade moet dra. Oënskynlik is hierdie beslissing gebaseer op die skuldgedagte wat Von Jhering se leerstuk van *culpa in contrahendo* onderlê.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Op 432.

<sup>2</sup> Op 433.

<sup>3</sup> Hy verwys dan ook na Von Savigny se *System des heutigen römischen Rechts* III par. 140 en sy *Obligationenrecht* II par. 52.

<sup>4</sup> Op 435.

<sup>5</sup> Op 435-436.

Hierdie soort gevalle het baie skrywers oortuig dat die grondslag van 'n kontrak nie in die wil van die partye of *consensus* gevind moet word nie, maar in die redelike vertroue (*reasonable expectations*) wat by die ander gewek is. Hy meen dat laasgemelde siening die *communis opinio* in Nederland geword het en in talle sake deur die houe toegepas is. Hy meen dat in Duitsland, Frankryk en Brittanje daar ook skrywers is wat dié standpunt huldig.<sup>1</sup>

Hofmann<sup>2</sup> verwerp hierdie siening om drie redes:

- (i) Dit berus op 'n verkeerde beginsel, naamlik om die abnormale gevalle as uitgangspunt van 'n algemene teorie te aanvaar. Die wêreld bestaan nie hoofsaaklik uit mense wat die gewoonte het om foute te maak in die uitdrukking van hul bedoelings nie. In die normale gevalle is 'n mens gebonde aan 'n kontrak volgens en vanweë sy *wil*. *Consensus* moet dus as die basis van 'n kontrak aanvaar word, en slegs in die abnormale gevalle moet aanvullende beginsels gevind word waarop die aanspreeklikheid van die persoon wat die vergissing veroorsaak, gebaseer kan word.
- (ii) Hierdie aanvullende beginsel kan nie skuld (*culpa in contrahendo*) wees nie, maar wel *risiko*: dit kan immers nie gesê word dat iemand wat die telegraaf gebruik om 'n opdrag te stuur, nalatig optree nie, maar mens kan wel sê dat hy die *risiko* dat foute mag ontstaan, skep. Alles gelyksynde moet hy die risiko dra.<sup>3</sup>
- (iii) As mens die *wil* as grondslag van kontraktuele gebondenheid verwerp, is daar geen basis waarop die vernietigbaarheid van kontrakte gesluit weens egte (*proper*) dwaling, wanvoorstelling of vreesaanjaging

---

<sup>1</sup> Op 436.

<sup>2</sup> Op 436-437.

<sup>3</sup> Op 436.

gebaseer kan word nie. Hierdie *wilsgebreke* moet dan op 'n ander basis, soos byvoorbeeld die goeie trou, verduidelik word; ook dit is ondoenlik. Die beginsel van *bona fides* kan bepaal wat die inhoud van 'n ooreenkoms is, nie of daar 'n ooreenkoms is nie.<sup>1</sup>

Tot sover die bydrae van LC Hofmann.

Wat sy uitgangspunt – dat *consensus* normaalweg die grondslag van kontraktuele gebondenheid is – betref, het JC de Wet talle aanhangers onder latere akademiese skrywers, die meeste waarvan oudstudeer van hom was.

Die meeste van hierdie bydraes het reeds in die voorgaande besprekings aandag geniet, en ek noem hulle bloot gerieflikheidsshalwe kortliks: MFB Reinecke *Toepassing van die vertrouensleer by kontraksluiting*;<sup>2</sup> MFB Reinecke en SWJ van der Merwe;<sup>3</sup> MFB Reinecke en Schalk van der Merwe;<sup>4</sup> SWJ van der Merwe;<sup>5</sup> Schalk van der Merwe en Louis van

---

<sup>1</sup> Op 437 en 439.

<sup>2</sup> (1994) 2 TSAR 372

<sup>3</sup> Vonnisbespreking (1979) THRRH 32.

<sup>4</sup> *Dwaling by Kontraksluiting* (1984) TSAR 290.

<sup>5</sup> *Die Duiwel, die Hof en die Wil van 'n Kontraktant* in JC Noster 'n Feesbundel ter ere van Prof. JC de Wet Butterworth 1979 op 13.



Huyssteen;<sup>1</sup> ADJ van Rensburg;<sup>2</sup> MFB Reinecke;<sup>3</sup> W de Vos;<sup>4</sup> Carole Lewis;<sup>5</sup> TB Floyd en CJ Pretorius;<sup>6</sup> K. Kritzinger;<sup>7</sup> NJ Grové.<sup>8</sup>

Ten slotte moet aandag gegee word aan 'n belangrike voorstander van die wils-vertrouensleerstuk, naamlik prof. GF Lubbe wat in 1991 die volledigste teoreties-gefundeerde regverdiging vir hierdie siening publiseer.<sup>9</sup> Die belang van hierdie bydrae is dat dit nie histories of positiefregtelik gebonde is wanneer dit kom by die grondslagvraag nie, maar deurdring tot die onderliggende beginsels en waardes. Soos reeds in die inleidende opmerkings van hierdie verhandeling genoem, is vir Lubbe van deurslaggewende belang die *beginsels van die reg*, wat hy sien<sup>10</sup> “*as die beliggaming van etiese waardes en prinsiepe gemik op die verwesenliking van geregtigheid en billikheid.*”

Uit hierdie oogpunt beskou, vertoon ons kontraktereg vir hom in die breë die eienskappe van konsensualisme, kontrakteervryheid en handelsvryheid en neem dit die strenge handhawing van ernstig bedoelde ooreenkomste (*pacta sunt servanda*) as vertrekpunt. Die reëls en begrippe wat gesamentlik hierdie eienskappe daarstel, gee uiting aan 'n fundamentele ideaal of waarde in ons

---

<sup>1</sup> *Kontraksluiting en Toerekenbare Skyn* in (1993) TSAR 493-497.

<sup>2</sup> *Die grondslag van kontraktuele gebondenheid* (1986) 49 THRHR 448-459.

<sup>3</sup> *Regstreekse of onregstreekse toepassing van die vertrouensleer* in (1989) TSAR 509-514 en in *Toepassing van die Vertrouensleer by kontraksluiting* (1994) TSAR 372-378.

<sup>4</sup> *Mistake in Contract* 1976 Acta Juridica 177-191.

<sup>5</sup> *Caveat Subscriptor and the Doctrine of Justus Error* (1987) 104 SALJ 371-377.

<sup>6</sup> *A Reconciliation of the Different Approaches to Contractual Liability in the absence of actual consensus* (1992) 55 THRHR 668-673.

<sup>7</sup> *Approach to contract: a reconciliation* (1983) 100 SALJ 47.

<sup>8</sup> Vonnisbespreking (1993) 26 *De Jure* 180-185.

<sup>9</sup> *Estoppel, vertrouensbeskerming en die struktuur van die Suid-Afrikaanse privaatreë* in (1991) TSAR op 1 - 21.

<sup>10</sup> *Estoppel* op 13 noot 98.

privaatreg, naamlik die beginsel van individuele outonomie.<sup>1</sup> “Die beginsels van individuele outonomie, as etiese postulaat, erken dat individue in gelyke mate geregtig is op die geleentheid tot selfontplooiing en -beskikking in die maatskaplike en ekonomiese verkeer.” Die outonomiebeginsel verset sigself dus teen die aanname van kontraktuele gebondenheid waar die gebondenheid nie op die vrye wil van die partye berus nie.<sup>2</sup> In die kontraktereg vind hierdie beginsel dus tegniese uitdrukking in die erkenning van die wilsleer, wat as die uitgangspunt geld vir sover dit die grondslag van kontraktuele gebondenheid aangaan. Ander reëls van die kontraktereg, soos dié ten opsigte van handelingsbevoegdheid, die wilsgebreke en die relevansie van die bedoeling van 'n party by die bepaling van die gevolge van 'n kontrak, bou hierop voort.

Maar die outonomiebeginsel impliseer ook verantwoordelikheid vir individuele besluite. Daarbenewens is die outonomiebeginsel nie die enigste tersake beginsel nie. Hy meen dat ons reg meerdere, kompeterende beginsels en beleidsfaktore, benewens die outonomiebeginsel, as determinante van regsreëls en -instellings erken.<sup>3</sup> Hy wys<sup>4</sup> daarop dat Nieuwenhuis pleit vir *die erkenning van die vertrouensbeginsel* as kardinale teenvoeter vir die outonomiegedagte. Vir Nieuwenhuis word reëls gemik op vertrouensbeskerming vanuit 'n dubbele bron gevoed: enersyds op regsekerheid, andersyds op *vergeldende rechtvaardigheid* of *billikheid*. Hieronder word verstaan dat die vertrouer beskerm moet word teen nadeel wat mag voortvloei uit die gedrag van die vertrouensverwekker. Lubbe<sup>5</sup> sien vertrouensbeskerming egter nie soseer as teenvoeter vir die wilsleer nie, maar as 'n logiese keersy van die outonomiebeginsel omdat dit, sover dit die

---

<sup>1</sup> Hy verwys op 13 o.a. na beslissings soos *Tjollo Ateljees (Eiens) Bpk v Small* 1948 (1) SA 856 (A); *Theron NO v Joynt* 1951 (1) SA 498 (A) en *Frumer v Maitland* 1954 (3) SA 840 (A).

<sup>2</sup> Op 13 met 'n beroep op Nieuwenhuis.

<sup>3</sup> Op 14.

<sup>4</sup> Op 15.

<sup>5</sup> Op 15.

belange van die vertrouer aangaan, juis ten dele 'n uiting van die outonomiebeginsel is naamlik die beskerming daarvan.<sup>1</sup>

Lubbe toon aan<sup>2</sup> dat die *estoppel*-beginsel juis in die privaatreë 'n korrektiewe rol speel by instellings wat herleibaar is tot die ideaal van individuele outonomie, en wel deurdat dit 'n ongebonde beroep op die outonomiebeginsel beperk - byvoorbeeld by vindikasie-*estoppel* en *estoppel* by verteenwoordiging.

Die eis van die outonomiebeginsel dat aanspreeklikheid by wyse van kontrak in beginsel afhanklik is van die willekeurige besluit van 'n kontraksparty, word eweneens in gevalle van kontraktuele *dissensus* gekwalifiseer deur die korrektiewe werking van *estoppel* of een of ander vorm van die vertrouensleer. Soos hierbo aangetoon, geskied hierdie korrektiewe werking van *estoppel* deur die knoop van regsgevolge aan die vertroude wat die *estoppel*-ontkenner deur sy gedrag by die *estoppel*-opwerper geskep het.

*Estoppel* is dus 'n meganisme van vertrouensbeskerming. Die tegniese vereistes vir 'n geslaagde beroep op *estoppel* verteenwoordig die uitgekristalliseerde oordeel van die reg aangaande die behoorlike balans tussen die kompeterende waardes van outonomie en vertroude.<sup>3</sup>

**(2) Die tweede denkskool: die wilsleer as uitgangspunt; by *dissensus* kan daar geen kontraktuele gebondenheid via die vertrouensleer tot stand kom nie, dog slegs 'n eis om skadevergoeding *ex delicto***

Die enigste werklike voorstander van hierdie skool van denke is NJ van der Merwe wat argumenteer dat ons reg ten onregte die beginsels van deliktuele

---

<sup>1</sup> Op 16.

<sup>2</sup> Op 14 e.v.

<sup>3</sup> Op 16.

aanspreeklikheid misken en dit nie toepas nie sodra 'n kontrak êrens op die toneel verskyn.<sup>1</sup> Van der Merwe meen dat die wilsleer algemeen as uitgangspunt aanvaar word.<sup>2</sup> Hieruit volg dat in geval van *dissensus* geen kontraktuele regte en verpligtinge kan ontstaan nie. Hy voer aan dat dit ook inderdaad die posisie in ons reg is, tensy daar aan die kant van een van die partye 'n skuldige wanvoorstelling (van sy wil) was. Indien dit die geval is, vind 'n “*astonishing and very spectacular legal metamorphosis*” plaas: die skuldige party mag hom nie op die afwesigheid van *consensus* beroep om aanspreeklikheid vry te spring nie. Beide die leerstukke van *estoppel* en *iustus error* het dié effek.<sup>3</sup> Wat *estoppel* betref, meen hy dat die gevolge van die toepassing op die oog af gerieflik voorkom, maar dit berus op 'n onderliggende miskonsepsie, naamlik dat dit, weens 'n skuldige wanvoorstelling, die teenparty nie sy deliktuele negatiewe interesse gee nie, maar wel sy kontraktuele positiewe interesse. Sy gevolgtrekking is<sup>4</sup> dat ons reg nie hierdie remedie nodig het nie en dat die *actio legis Aquiliae* voldoende is om geregtigheid te laat geskied in alle gevalle van vermoënskade voortvloeiende uit skuldige wanvoorstelling.

Die kern van die *iustus error*-leerstuk is ook dat 'n party gebonde is as hy op skuldige wyse opgetree het. Hieruit volg weereens dat nie *consensus* nie, maar skuldige wanvoorstelling tot kontraktuele gebondenheid lei: Ons het weer te doen met die “*weird spectacle of a contract arising ex delicto*”.<sup>5</sup>

NJ van der Merwe se hooftema is dat 'n kontrak nie gekonstrueer moet word waar daar geen *consensus* is nie, maar dat die spel volgens deliktuele

---

<sup>1</sup> *Aspects of the Law of Contractual Torts* in (1989) 95 SA Law Journal op 317 - 328.

<sup>2</sup> Op 321.

<sup>3</sup> Op 321.

<sup>4</sup> Op 322.

<sup>5</sup> Op 322. Hy voeg by: “*Perhaps it would be even more precise to speak of a contractual tort begetting a tortious contract.*”

beginsels - met ander woorde die toekenning van skadevergoeding bereken volgens negatiewe interesse - gespeel moet word.<sup>1</sup>

### (3) Die derde denkskool: die teorieëstryd is futiel en irrelevant

Konrad M Kritzinger<sup>2</sup> werp twyfel op die waarde van enige teoretiese uitgangspunt waar dit *dissensus* betref.

Hy vereenselwig die wilsleer (*intention theory* oftewel *will theory*) met daardie gevalle waar vereis word dat die ware *mentally held* bedoelings van die partye ooreenstem. Die verklaringsteorie (*declaration theory*) vereis dat die uitgedrukte bedoeling van die partye ooreenstem. Maar die wilsleer vereis ook 'n verklaring van die wil - 'n verklaring, hetsy uitdruklik, hetsy stilswyend, word nie alleen as vereiste gestel nie, maar geld as *prima facie* getuienis van die wil van 'n party.

Gevolgtrek is die ware posisie volgens Kritzinger<sup>3</sup> dat die feit dat howe in die algemeen in verskillende stelsels die bestaan al dan nie van 'n ooreenkoms aflei uit die woorde en gedrag van die partye, nie beteken dat dit iets te doen het met 'n bepaalde kontraksteorie nie: beide teorieë vereis immers 'n verklaring. Onder die verklaringsteorie vorm die verklaring self die ooreenkoms waarop kontraktuele gebondenheid berus; onder die wilsleer is die verklaring bewys van die werklike wil waarop kontraktuele gebondenheid berus.<sup>4</sup>

Die verskil tussen die twee uitgangspunte is bloot dat, onderhewig aan sekere kwalifikasies, 'n party volgens die wilsleer altyd mag aanvoer dat hy nie

---

<sup>1</sup> Op 323.

<sup>2</sup> *Approach to Contract: A Reconciliation* in (1978) 100 SA Law Journal op 47 - 70.

<sup>3</sup> Op 48.

<sup>4</sup> Op 48.

bedoel het om toe te stem nie en dus nie aan die verklaring gebonde is nie; volgens die verklaringsteorie mag hy dit nooit doen nie.<sup>1</sup>

Albei hierdie teorieë is op die onderliggende gedagte van werklike wilsooreenstemming gebaseer. Maar daar bestaan ook 'n alternatiewe konseptuele basis vir kontraktuele gebondenheid, te wete die vertrouwe van die een party op die bestaan van ooreenkoms, veroorsaak deur die gedrag van die ander party. Dit is die vertrouwensteorie (*reliance theory*; *theory of belief*).

Hierdie teorie kan geld hetsy daar 'n verklaarde ooreenkoms is of nie.

So byvoorbeeld in 'n geval waar daar nie werklik *consensus* is nie, kan 'n kontrakparty gebonde gehou word omdat sy optrede die ander mislei om te glo dat daar wel 'n ooreenkoms is. In hierdie gevalle opereer die vertrouwensteorie dan om die *consensus*-teorie te kwalifiseer. Maar dit kan ook geld waar geeneen van die eersgemelde twee teorieë nie geld nie omdat daar geen verklaarde ooreenkoms is nie. Weer eens word hy gebonde gehou omdat sy optrede die ander een laat glo dat daar wel 'n ooreenkoms is. Die verskil van die verklaringsteorie is dit: Die verklaringsteorie geld afgesien van die geloof van die teenparty; die vertrouwensteorie is gebaseer op die verwekking van 'n vertrouwe of geloof by die teenparty.

Volgens Kritzinger<sup>2</sup> geld die subjektiewe postulaat (sonder *consensus* geen kontrak nie) in ons reg nie sonder kwalifikasies nie; al die voorstanders van die wilsleer aanvaar een of ander beperking daarop; al hierdie beperkings kan teruggevoer word tot die vertrouwensteorie. En wat die objektiewe postulaat (die verklaringsteorie) betref, geld dit ook nie sonder meer nie: daar moet ten minste voldoen word aan die vereistes van *justus error* om aan 'n verklaarde ooreenkoms te ontsnap.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Op 48.

<sup>2</sup> Op 49.

<sup>3</sup> Op 49.

Die *Saambou-Nasionale*-saak is die eerste gerapporteerde saak waarin die Appèlhof aandag gee aan die kwessie van kontrakteorie. Jansen AR konstateer die wilsleer is die vertrekpunt, slegs in gevalle van werklike *dissensus* geld een of ander vorm van die vertrouensleer, onder andere *estoppel*. Die verklaringsleer word verwerp. Dieselfde regter herhaal die genoemde standpunt met groter krag in *Mondorp Eiendomsagentskap (Edms) Bpk v Kemp en De Beer*. Gemelde lyn van denke word gevolg in *Van Deventer v Louw*<sup>1</sup> en *Spes Bona Bank v Portals Water Treatment*.<sup>2</sup>

Volgens Kritzinger<sup>3</sup> is Jansen AR se bespreking van gemelde teorieë in die *Saambou-Nasionale*-saak *obiter*; in *Mondorp* is sy uitspraak 'n minderheidsmening; in die laasgemelde twee beslissings het die eindresultaat nie van die werking van enige bepaalde teorie afgehang nie. Deur hierdie kritiek skep Kritzinger die indruk dat die wilsleer inderdaad nog nie tot positiewe reg verhef is nie; alternatiewelik dat gemelde teorie van kontraksluiting in die praktyk irrelevant is.

Laasgemelde indruk blyk duidelik uit sy verwysing na akademiese skrywers wat die wilsleer aanhang, onder andere JC de Wet,<sup>4</sup> Wouter de Vos<sup>5</sup> en AJ Kerr.<sup>6</sup>

Kritzinger meen dat die bogemelde akademiese skrywers, waarna Jansen AR sy beskouings<sup>7</sup> geformuleer het, nie met verwysing na *modern authority*

---

<sup>1</sup> 1980 (4) SA 105 (O) op 110 A - E

<sup>2</sup> 1981 (1) SA 618 (W) op 631 C - D

<sup>3</sup> Op 50.

<sup>4</sup> In *Dwaling en Bedrog by die Kontraksluiting* en in *De Wet en Yeats*

<sup>5</sup> *Mistake in Contract* 1976 Acta Juridica op 177.

<sup>6</sup> *The Principles of the Law of Contract* hoewel Kritzinger 51 ook meen dat Kerr nie werklik die wilsleer bewustelik of korrek toepas nie.

<sup>7</sup> In die *Saambou-Nasionale*-saak.

bewys dat die wilsleer in ons reg geld nie; dié teorie is nog nooit as deel van die *ratio decidendi* van ons howe se uitsprake toegepas nie. Wat is dan die waarde van 'n gepoogde toepassing van 'n bepaalde teoretiese proposisie op kontraktuele gebondenheid?

Kritzinger<sup>1</sup> meen eerstens dat 'n dogmatiese benadering heeltemal onvanpas (*inappropriate*) is. Die enigste behoorlike basis vir die bepaling van 'n bevredigende teoretiese proposisie (wat ook al die praktiese nut daarvan) is empiries van aard:

*“... an a posteriori process of testing various possible theoretical propositions for consistency with the relevant established principles of our law.”<sup>2</sup>*

Tweedens meen hy dit onhoudbaar is om te dink dat dit moontlik is om regsgevolge uit die aanplak van 'n teoretiese etiket op die kwessie van kontraktuele gebondenheid in ons moderne reg af te lei. Daar is geen rede om te aanvaar dat al ons hofbeslissings aan die hand van 'n bepaalde teoretiese proposisie uitgemaak is nie. Ons kontraktereg is nie op die basis van die toepassing van 'n teorie of selfs 'n kombinasie van teorieë ontwikkel nie, maar op die noodsaak om geregtigheid te laat geskied in bepaalde geval wat voor die howe gedien het. En selfs indien mens 'n bepaalde teoretiese proposisie empiries aan die beginsels van ons reg kon koppel, volg dit nie dat verdere beginsels uit daardie teorie afgelei kan word nie.<sup>3</sup>

Kritzinger voer voorts aan<sup>4</sup> dat, in ons reg, kontraktuele gebondenheid nie voldoende deur 'n enkele teorie verklaar kan word nie. Daar moet dus 'n kombinasie van teorieë wees. Maar sodanige kombinasie sal uit die aard van

---

<sup>1</sup> Op 52.

<sup>2</sup> Op 52.

<sup>3</sup> Op 52.

<sup>4</sup> Op 52 - 53.



die saak te vaag wees om betekenisvol te wees - want die teorieë kan in sigself nie die omstandighede waarin hulle geld, bepaal nie. Die teorieë kan ook nie vir ons sê wat die *abnormale gevalle* is waarin die een of ander teorie sal geld nie.

Ten slotte voer hy aan<sup>1</sup> dat daar geen enkele kombinasie van teorieë is wat alle ander kombinasies en permutasies van probleme uitskakel nie.

Kritzinger voer aan<sup>2</sup> dat daar, op die terrein wat deur die teorieë gedek word, slegs twee praktiese vrae is:

- (1) om vas te stel onder welke omstandighede 'n party aanspreeklikheid kan vryspring vir sy verklaarde toestemming op grond daarvan dat hy nie bedoel het om toe te stem nie, en
- (2) om vas te stel onder welke omstandighede, indien enige, 'n party aanspreeklik gehou kan word uit hoofde van sy optrede by gebreke aan verklaarde toestemming.

Kritzinger meen dat dit voor die hand liggend is dat die omstandighede wat 'n rol in beide die bogemelde vrae sal speel, verband hou met redelike verwagtinge. Hy doen egter aan die hand dat dit futiel en misleidend is om te probeer besluit of die omstandighede van toepassing by die eerste vraag beskryf sal word as die toepassing van die wilsleer, aangevul deur die vertrouensleer of as die verklaringsteorie, gewysig deur die wilsleer insoverre dit in ooreenstemming is met die vertrouensleer. Hy doen verder aan die hand dat, om die tweede geval te karakteriseer as die werking van die vertrouensleer, die saak niks verder voer nie en inderdaad verwarrend is omdat dit onsekerheid kan skep by die toepassing van die vertrouensleer in die eerste vraag.

---

<sup>1</sup> Op 53.

<sup>2</sup> Op 53.

Kritzinger<sup>1</sup> verwerp die praktiese nut van die teorieë alhoewel hy toegee dat dit 'n mate van bruikbaarheid het om ons te help om probleme te verstaan. Selfs op hierdie vlak het die wilsleer meer waarde as die vertrouensleer. Niemand het nog die vertrouensleer volledig geformuleer nie, behalwe as 'n mens die Blackburn-uitlating as 'n volledige definisie aanvaar.

Kritzinger bespreek dan vervolgens<sup>2</sup> die objektiewe benadering. Hy meen dat Jansen AR se uitlatings in *Saambou-Nasionale Bouverweniging obiter* is. Dit mag wees dat dit 'n reaksie is teen die uitlating van die hof *a quo* dat ons howe gewoonlik 'n objektiewe benaderingswyse volg, met 'n beroep op Wessels AR se uitspraak in *South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa Ltd*. Jansen AR beskou die Wessels-uitlating as 'n vorm van die verklaringsleer, wys daarop dat dit onderhewig is aan akademiese kritiek; beskou dit as fundamenteel strydig met die beginsels van *consensus* en as 'n navolging van die Engelse reg. Jansen AR identifiseer daarom die objektiewe benadering met die verklaringsteorie. Ook De Vos<sup>3</sup> sien gemelde *dictum* as 'n formulering van die verklaringsteorie. In ander uitsprake is die objektiewe benadering egter weer vereenselwig met die vertrouensteorie, soos in *Allen v Sixteen Stirling Investments (Pty) Ltd*. Ook in die Engelse Reg word die objektiewe benadering vereenselwig met die vertrouensteorie, waar dit nie gaan om 'n teenstelling tussen die wils- en verklaringsleer nie.

Kritzinger meen<sup>4</sup> dat in ons reg die objektiewe benadering eenvoudig behels dat waar daar 'n ondubbelsinnig-verklaarde ooreenkoms is, dit nie vir enigeen van die partye oopstaan om aan aanspreeklikheid te ontsnap *blot* deur aan te voer dat hy nie bedoel het om in te stem nie.

---

<sup>1</sup> Op 53.

<sup>2</sup> Op 54.

<sup>3</sup> 1976 Acta Juridica 177 op 179.

<sup>4</sup> Op 53.

Kritzinger bespreek<sup>1</sup> die Wessels-uitlating in fyn besonderhede en sê dat dit nooit bedoel is om in die streng letterlike sin opgeneem te word nie. Kritzinger meen<sup>2</sup> dat daar in elk geval talle uitsprake, ook van ons Appèlhof, is wat aantoon dat die objektiewe benaderingswyse, soos hierbo deur hom geformuleer wel in ons reg geld. Behalwe *South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa Ltd*, verwys hy na *Pieters & Co v Salomon*, *Collen v Rietfontein Engineering Works* en *National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board*. Hy meen derhalwe dat Jansen AR se stelling in *Saambou-Nasionale*, dat die wilsleer algemeen aanvaar word, nie korrek is nie.

Na 'n ontleding van die regspraak kom Kritzinger<sup>3</sup> tot die gevolgtrekking dat dit daarop dui dat 'n party wat deur sy gedrag 'n ander onder die redelike indruk laat dat hy bedoel om homself te verbind, nie kan aanvoer dat die werklike afwesigheid van gemelde bedoeling aan sy kant *justus error* is nie. Dit is irrelevant of mens dit toeskryf aan die objektiewe postulaat of aan die werking van die *Blackburn-dictum* om die afwesigheid van *consensus* te neutraliseer.

Maar waar die gedrag van die een party, wat nie bedoel om hom te verbind nie, nie die ander party redelikerwys onder die geloof laat dat hy hom wel wil verbind nie, is daar geen gebondenheid nie. In sodanige gevalle is dit ook irrelevant of die nietigheid van die *ooreenkoms* aan gebrek aan *consensus* (die subjektiewe postulaat) of aan wesenlike dwaling onder die objektiewe postulaat toegeskryf word.

Per slot van rekening, stel Kritzinger<sup>4</sup> dat daar in wese geen verskil tussen die resultate van die subjektiewe en objektiewe postulate in gevalle van

---

<sup>1</sup> Op 56 - 57.

<sup>2</sup> Op 57.

<sup>3</sup> Op 70.

<sup>4</sup> Op 70.

ondubbelsinnige verklaring is nie. Soos reeds hierbo verduidelik, is die regsposisie (soos Kritzinger dit insien) te verduidelik, aan die hand van beide postulate. Die gevolg is dus:<sup>1</sup>

*“... That the solution to any particular problem in the field of unilateral mistake will not depend on the approach adopted.”*

Kritzinger keer in 1983 weer terug na dieselfde tema in 'n bespreking van die uitspraak van die Appèlhof in *Spes Bona Bank Ltd v Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd*.<sup>2</sup> Die vonnisbespreking staan onder die titel *Contractual formation and the Blackburn Dictum: Adding to the Confusion*.<sup>3</sup>

In die uitspraak onder bespreking wend die Appèlhof, by monde van Botha AR, die *Blackburn-dictum* aan asof dit 'n vasstaande voor die hand liggende beginsel is. Kritzinger meen die beroep op dié beginsel is onnodig en verwarrend en dat op gebied van *dissensus* drie duidelike beginsels in ons reg uitgekristalliseer het, naamlik:<sup>4</sup>

“(1) *Conduct by a party which a reasonable man would regard as an offer or an acceptance is sufficient to constitute the external manifestation of such offer or acceptance for the purpose of establishing the formation of a declared agreement.*

(2) *A party to a declared agreement cannot escape contractual liability on that agreement merely on the ground that he did not intend to agree, when his conduct has induced in the mind of the other party a reasonable belief that he did intend to agree.*

---

<sup>1</sup> Op 70.

<sup>2</sup> 1983 (1) SA 978 (A).

<sup>3</sup> In (1983) 100 SA Law Journal op 569 - 572.

<sup>4</sup> Op 570 - 571.

- (3) *Where the conduct of the party, viewed as a whole, is such that it does not constitute the external manifestation of an offer or acceptance, and cannot therefore give rise to a declared agreement, part of such conduct (to the extent known to another) may constitute a representation to that other that it does constitute such an offer or acceptance. Such a representation is capable of founding an estoppel preventing that first party's denying the formation of a declared agreement on it, provided the other requirements for an estoppel are met."*

Volgens Kritzinger is die Blackburn-dictum in die regspraak al aangewend om elkeen van hierdie drie beginsels te regverdig. Dit is nie alleen onnodig nie, maar ook verwarrend.

Tot sover dit kwessie van die grondslag van kontraktuele gebondenheid aan die hand van moderne Suid-Afrikaanse skrywers.

### **Voortsetting**

In elkeen van die teorieë hierbo bespreek is daar 'n element of elemente van waarheid, maar sekerlik ook defekte en gebreke. Die waarde van die oorsig van die teorieë is daarin geleë dat dit insig gee aan die problematiek ten aansien van die grondslag van kontraktuele gebondenheid en ons eie visie kan verbreed. Die vraag wat nou ontstaan is: hoe kan die positiewe reg van die hierinbespreekte regstelsels ten aansien van die probleemgebiede wat behandel is en die grondslag-teorieë versoen word? En, meer fundamenteel, welke waardes is aan die grondslag van kontraktuele gebondenheid onderliggend?

Hierdie en aanverwante vrae is die onderwerp van die volgende, laaste, hoofstuk van hierdie ondersoek.

~~~ oOo ~~~

## HOOFSTUK 8

### SINTESE

#### 1. Samevatting van die positiewe reg

In die aangesig van die komplekse aard van die grondslagvraag (soos uit die voorgaande besprekings blyk) is dit aangewese om by die enigste vaste grond onder ons voete, die positiewe reg van die hierin vergeleke regstelsels, te begin. Opsommenderwys en vir die gerief van die leser herhaal ek die samevattings en gevolgtrekking hierbo bereik in die hoofstukke oor *consensus* en *dissensus*, uitleg, aanvulling en derogering.

#### 1.1 *Consensus* en *dissensus*

In die klassieke en na-klassieke Romeinse reg was nie alle *pacta* regtens afdwingbaar nie, hoewel die kategorie van bindende *pacta* geleidelik uitgebrei is. Hoe dit ook al sy, ten minste in die laat- en na-klassieke tyd word erken dat alle ooreenkomste hul krag uit *consensus* put. Konsekwent hiermee leer die tekste dat *dissensus* nietigheid meebring juis omdat daar nie *consensus* bestaan nie. Dit is die posisie *by error in corpore, in negotio, in pretio* en *in persona*. *Error in materia* was as irrelevant ge-ag; *error in substantia* is aan *error in corpore* gelykgestel.

Vanaf die tyd van die Romeinse reg tot ongeveer die agtiende eeu verbreed die terrein van die regtens afdwingbare *pacta* sodat uiteindelik gesê kan word dat elke *pactum* afdwingbaar is. Die siening dat *consensus* die *ratio* vir kontraktuele gebondenheid is, word gemeengoed. Die kanonieke reg, die *jus mercatoria* en die invloed van die inheemse Germaanse stelsels is van die belangrikste onderliggende faktore; so ook die invloed van die moraalteoloë. Gemelde opvatting tref mens aan by die Romeins-Hollandse juriste van die sestiende tot die agtiende eeu, die Franse, Nederlanders en die Duitsers van vóór die kodifikasies.

Konsekwent hiermee word geleer dat *dissensus* nietigheid meebring. Die eerste afwykings van hierdie beginsel tref ons aan in die Nederlande by Hugo de Groot, Cos, Brouwer en die Hollandse howe, en in Duitsland by Nikolaus Gundling, wat dit wat later die vertrouensleer genoem sou word, toepas. Hy wat die *error* op skuldige (d.w.s. nalatige) wyse veroorsaak het, is gebonde. Vir Hugo de Groot gee dit aanleiding tot 'n *obligatio ex delicto* (om die onskuldige se skade te vergoed) vir Cos, Brouwer, die Hollandse howe en Gundling gee dit aanleiding tot kontraktuele gebondenheid: die onskuldige se vertrouwe in die bestaan van die kontrak volgens sy of haar siening, word gehandhaaf.

In die Franse reg geld die *consensus* uitgangspunt baie sterk en wel kragtens arts. 1101, 1108 en 1134 Cc. Hieruit volg dat *dissensus* tot nietigheid lei (*erreur obstacle*) en, in geval van *erreur sur la substance* tot vernietigbaarheid op aandrang van dié party wie se *erreur justus* was. In geval van *erreur sur la substance* gaan dit egter nie om *dissensus* nie.

In die Nederlandse reg geld die *consensus*-beginsel kragtens art. 1356 BW en boek 3, art. 33 NBW. Maar in gevalle van *dissensus* geld die vertrouensleer. Dit was reeds so geskep deur die Nederlandse skrywers en howe voor die aanvaarding van die NBW, maar word nou bevestig in boek 3, art. 35 NBW. Die *kontrak* word gehandhaaf soos verstaan deur die geadresseerde. Skuld aan die kant van die ander party word nie vereis nie; nóg word 'n handeling of nadeel aan die kant van die kontrakopwerper vereis.

In die Duitse reg geld die *consensus*-uitgangspunt. Die *dissensus*-probleem word fragmentaries en onbevredigend in die BGB behandel. Die volgende gevalle word gereël. (i) *Erklärungsirrtum* (par. 119 (1) BGB) waar die persoon wat 'n verklaring aflê, oor die inhoud daarvan gedwaal het, of 'n verklaring met daardie inhoud nie wou aflê nie. Hy kan die verklaring aanveg (d.w.s. aan kontraktuele gebondenheid ontsnap) maar is dan uit hoofde van paragraaf 122 BGB verplig om die "onskuldige" se skade volgens laasgenoemde se negatiewe intresse te vergoed. Skuld aan die kant van die

aanvegtende party word nie vereis nie. (ii) By *Inhaltsirrtum* stem die uiterlike beeld van die wilsverklaring met die bedoeling van die verklaarder ooreen, maar die interpretasie wat aan die verklaring deur die partye gegee word, verskil. Die verklaring kan vernietig kan word, onderhewig aan die skadevergoedingsplig volgens paragraaf 122 BGB. (iii) *Versteckter Dissens* dek die gevalle waar die partye 'n onvolledige ooreenkoms gesluit het, denkende dat dit wel volledig was of waar die partye aan verskillende sake of pryse gedink het en onder daardie waan gekontrakteer het, hoewel hulle dit nie eens is nie. Die gevolg is dat die kontrak gladnie tot stand kom nie, maar slegs as dit vasstaan dat die partye nie die ooreenkoms, soos dit sonder die nodige *consensus* daar uitsien, sou aangegaan het nie (Par. 155 BGB).

Volgens die Engelse reg is *consensus* tesame met *consideration* (waar dit vereis word) die peilers waarop 'n kontrak berus. In geval van *dissensus* geld die objektiewe benadering, dit wil sê die hof bepaal (as redelike beoordelaar) wat die objektiewe betekenis van die wilsverklaringe is. Dit word gedoen aan die hand van die reël in *Smith v Hughes* (oftewel die *Blackburn*-beginsel) dat "*If whatever a man's real intention may be, he so conducts himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus conducting himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party's terms*". Die beginsel is dié van *estoppel*. Skuld word nie aan die kant van die kontrakontkenner vereis nie, maar as die kontrakopwerper bewus was van die *dissensus*, kan hy nie die ontkenner gebonde hou nie.

Die wils-vertrouensbeginsel geld dus. Indien volgens hierdie meganisme van vertrouensbeskerming, geen kontrak gekonstrueer kan word nie, is die kontrak nietig weens 'n gebrek aan *consensus*.

In die Suid-Afrikaanse reg geld 'n samegestelde uitgangspunt, net soos in die Engelse en Nederlandse reg, te wete die wils-vertrouensleer. As uitgangspunt gee *consensus* die deurslag maar waar *dissensus* bestaan kan, onder bepaalde omstandighede, die vertroue van die een party beskerm word



deur (a) die *justus error*-leerstuk of (b) die leerstuk van konstruktiewe *consensus* toe te pas. Die *justus error*-benadering gaan uit van die standpunt dat daar, in weerwil van wesenlike *dissensus*, 'n geldige kontrak tussen die partye tot stand kom, maar weens die een party se *error* wat die *dissensus* veroorsaak het, aangeveg kan word. As dié persoon kan bewys dat sy *error* redelik of *justus* was, word hy toegelaat om *uit die kontrak* te tree en moet wedersydse *restitutio in integrum* plaasvind. Was sy *error* nie *justus* nie, bly hy aan die 'kontrak', soos dit deur die teenparty verstaan is, gebonde. In die geval van konstruktiewe *consensus* kom 'n kontrak, in weerwil van *dissensus*, volgens die redelike vertroue van die kontrakopwerper tot stand. Die onderliggende beginsel volgens die howe is die van *estoppel* of die *dictum* van Blackburn R in *Smith v Hughes*.

## 1.2 Die uitleg van kontrakte

Die subjektiewe uitlegmetode geld, van die hierin ondersoekte stelsels, slegs in Frankryk. Dit berus op die wilsleer. Soos Hesselink aantoon, het dit nie veel praktiese nut nie: as die partye oor hul bedoelings mag getuig, sal elkeen dié getuienis lewer wat sy of haar saak bevoordeel. Uitleg word dan 'n geloofwaardigheidskwessie, met die gevolglik regsonsekerheid, tydsverlies en koste wat dit meebring.

Die objektiewe uitlegmetode skakel laasgamelde probleme uit en is 'n spoediger, eenvoudiger en minder duur manier om uitsluitel in 'n konfliktsituasie te kry. Dit word in die Engelse en Suid-Afrikaanse reg en, indirek, in Nederland en Duitsland gevolg.

Die grondslag van die objektiewe benadering is klaarblyklik *vertrouensbeskerming*: die woorde en uitdrukkings waarop die partye ooreengekom het, skep oor en weer die vertroue dat dit sosiaal-adekwaat is om die ware wil van elkeen van hulle te weerspieël. Welke party 'n ander betekenis as die gewone, normale een daaraan gee, skend die vertroue van die teenparty. Dit is die uitdruklike basis van die *Haviltex*-uitspraak in Nederland en van *normatiewe Auslegung* in Duitsland. Dit is die grondslag

van die Engelse objektiewe uitlegmetode. Wat van die Engelse reg waar is op hierdie gebied, behoort ook vir die Suid-Afrikaanse reg waar te wees, want ons volg dieselfde metodiek en denkpatoon. Die normale betekenis (*meaning*) geld omdat dit die onweerlegbare vermoede skep dat dit die ware wil van elkeen weergee. Die ander party kan daarop vertrou.

Die meeste Suid-Afrikaanse uitsprake oor interpretasie, so moet toegegee word, berus nie op en ondersteun nie die vertrouensbeginsel nie. Dit gaan nog uit van 'n soektog na *consensus* wat *ex confesso* nie bestaan nie. Die hele poging en die talle reëls wat op dié fiksie opgebou is, is arbitrêr, futiel en gegrond op 'n ongesonde uitgangspunt. Miskien sal dit eendag ingesien word, soos in die Nederlandse, Duitse en Engelse reg, dat die onderliggende beginsel dié van vertrouensbeskerming is. Dit is daarom jammer dat ons handboekskrywers<sup>1</sup> en die enigste outeur van 'n proefskrif oor hierdie gebied<sup>2</sup> nie hierdie beginsel raakgesien en verwerk het nie.

### 1.3 Aanvulling

#### Die Franse reg:

Kragtens art. 1135 van die Cc word kontrakte aangevul deur gewoonte, die reg en *billikheid*.

#### Die Nederlandse reg:

Kragtens arts. 6.248 lid 1 en arti. 6.2 van die NBW word kontrakte aangevul deur die aard van die ooreenkoms, die reg, gewoonte en *redelikheid en billikheid*.

---

<sup>1</sup> Soos Christie, *The Law of Contract*, 4e uitgawe, 2001, Butterworths, Durban, 233-257.

<sup>2</sup> SJ Cornelius, *The Interpretation of Contracts in South African Law*, Pretoria 1999.

### Die Duitse reg:

Kragtens par. 242 van die BGB word kontrakte aangevul deur die *redelikheid en billikheid* met inagneming van die moreel-etiese opvattinge van die gemeenskap (*Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*).

### Die Engelse reg:

Geen wetteregtelike aanvullingsnorm soos in die drie bogenoemde stelsels bestaan nie, dus moet daar bepaal word wat die norme van aanvulling en die *ratio* daarvoor is.

- (a) By gewoonte en gebruike word bewys van die betrokke gewoonte en gebruik vereis en is die *ratio* volgens Lord Diplock *Hardwick Game Farm v Suffolk Agricultural and Poultry Producers Association*<sup>1</sup> die vertrouensbeginsel: “*In offering to enter into a contract of a particular kind a party leads the other party reasonably to believe that he undertakes a legal obligation to perform all those acts which a person entering into a contract of that kind usually performs ...*”
- (b) Die inkorporasie van wetgewing, so doen ek aan die hand, geskied op dieselfde basis, naamlik vertrouensbeskerming, en dit is dan ook ingesluit by die voorbeelde wat Lord Diplock in *Hardwick Game Farm*<sup>2</sup> noem.
- (c) Bedinge ingelees deur die hof buite die hierbo genoemde twee gevalle. Die Engelse hof werk met die *presumed intention of the parties* met die oog op *business efficacy* en aan die hand van die *officious bystander* toets.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> [1966] 1 WLR 287 (CA) op 339 C-F.

<sup>2</sup> *Supra*.

<sup>3</sup> *The Moorcock* [1889] 14 PD 64, CA op 68; *Reigate v Union Manufacturing Co (Ramsbottom)*, [1918] 1 KB 592 op 605.

Lord Denning in *Greaves and Co (Contractors) Ltd v Baynham Meikle and Partners*<sup>1</sup> het die fiktiewe aard van dié benaderingswyse aan die kaak gestel en die *ratio* in hierdie gevalle in die objektiewe *redelikheid en billikheid* gevind.

### **Die Suid-Afrikaanse reg:**

Ook in die Suid-Afrikaanse reg is daar geen wettereregtelike bepaling wat die aanvul van kontrakte beheers nie. Uit die uitsprake van die hof moet die reëls en die agterliggende beginsels bepaal word en kan die volgende gevalle onderskei word:

- (a) Aanvulling van regsweë deur die inlees van *naturalia (residual provisions; legal incidents)*

Volgens Corbett AR in *Alfred McAlpine and Son (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration*<sup>2</sup> berus aanvulling in hierdie gevalle nie op die vermoedelike bedoeling van die partye nie. Ek doen aan die hand dat die onderliggende *ratio* die vertrouensleer is op die basis soos deur Lord Diplock in *Hardwick Game Farm, supra*, beskryf.

- (b) Aanvulling van handelsgebruike

Ek meen dat, hetsy die partye bewus was van die handelsgebruik en hetsy hulle onbewus was, die *ratio* vir die inlees daarvan die vertrouensbeginsel is.

- (c) Die inlees van stilswyende bedinge (*tacit terms*)

---

<sup>1</sup> [1975] 3 All ER 99 op 103.

<sup>2</sup> 1974 (3) SA 506 (A) op 531.

Dit is die mees voorkomende geval. Waar die inlees plaasvind deur uitleg, berus dit, soos by ons bespreking van die *ratio* agter die uitlegreëls, op die basis van vertrouensbeskerming. Buite hierdie gevalle en in gevalle waar die *Moorcock*-benadering toegepas word (d.w.s. die vermoedelike bedoeling van die partye en die *officious bystander*-toets), word die fiktiewe aard van die positiefregtelike verduideliking vir die inlees van bedinge in hierdie geval algemeen erken. Die ware grondslag is, soos Lord Denning in *Greaves and Co (Contractors)*, *supra*, aangetoon het, die *redelikheid en billikheid*.

#### 1.4 Derogering

Die beginsel dat 'n *judex* of die hof aan die bepalings van 'n geldige kontrak kan derogeer, is so oud soos die Romeinse reg. In die Romeinse reg was die basis hiervan die *bona fides*. Dit is deur die eeue in die Europese reg uitgebou en geskaaf deur die Christelike etiek en die ideale van die natuurreg. Derogering word tans in die Europese reg op die goeie trou oftewel die redelikheid en billikheid gebaseer.

- (a) *In die Franse reg*, deur artikels 1134.3 en 1135 van die *Code civil* wat vereis dat kontrakte in goeie trou uitgevoer moet word en dat benewens die uitdruklike bedinge in 'n kontrak die ooreenkoms ook al die gevolge het wat *billikheid*, die gebruik of die reg meebring.
- (b) *In die Nederlandse reg*, bepaal artikel 6.248.2 NBW uitdruklik dat 'n skuldeiser en skuldenaar verplig is om hul teenoor mekaar te gedra ooreenkomstig die eise van redelikheid en billikheid, en dat 'n reël wat kragtens die reg, gewoonte of 'n regshandeling geld, nie van toepassing is nie vir sover dit in die gegewe omstandighede na maatstawwe van redelikheid en billikheid onaanvaarbaar is.
- (c) *Die Duitse reg* erken in sowel die *Grundgesetz* as in paragraawe 157 en 242 BGB die rol van die goeie trou, ook, veral in paragraaf 242, die derogerende en korrigerende werking daarvan. Paragraaf 242 bepaal

dat die skuldenaar verplig is om sy verpligting na te kom soos wat *Treu und Glauben*, met inagneming van die *Verkehrssitte*, dit wil sê die gemeenskapsopvattinge wat die verwagtinge van die gemeenskap met betrekking tot menslike verhoudings reflekteer.

- (d) *Die Engelse reg* is ver agter die Europese reg op hierdie gebied weens historiese redes en die positivistiese inslag van die Engelse regsgeleerdes. Die hoofstroom van beslissings is dat derogering nie op grond van redelikheid en billikheid kan plaasvind nie. Andersyds is daar in die nuwere regspraak<sup>1</sup> 'n beweging om die goeie trou as basis van derogering te erken. In Kanada, Australië, Nieu-Seeland en die VSA is alreeds baie verder op dié pad gevorder. Dit kan met redelike sekerheid voorspel word dat die Engelse reg in die toekoms veel sterker op dié gebied sal ontwikkel, weens die invloed van die unifikasie van die Europese reg, die invloed van die ander regstelsels hierbo genoem en die deurwerking van die bepalinge van die *Unfair Contract Terms Act*, 1977 en die 1993 EC *Directives* en die 1999 Regulasies daarvolgens.
- (e) *Die Suid-Afrikaanse reg* is van al die regstelsels hier bespreek, die mees onontwikkelde. Ten spyte van ons Romanistiese regsagtergrond, is 'n afwysende standpunt in onlangse regspraak ingeneem in *Brisley v Drotzky*;<sup>2</sup> *BOE Bank v Van Zyl*<sup>3</sup> en *Afrox Healthcare Beperk v Strydom*<sup>4</sup> waarin die slotsom is dat die tyd nie ryp is vir die erkenning van die goeie trou (oftewel redelikheid en billikheid) as basis van derogering nie, asook dat dit nie 'n onafhanklike, oftewel 'n *'free floating'* grondslag vir die tersydestelling of die nie-afdwinging

---

<sup>1</sup> Steyn LJ in *First Energy (UK) Ltd v Hungarian International Bank Ltd* [1993] 2 Lloyd's Rep. 194 op 196; Browne-Wilkinson LJ in *Barclays Bank Plc v O'Brien and Another* [1993] 4 All ER 417 (HL).

<sup>2</sup> 2002 (4) SA 1 (SCA).

<sup>3</sup> 2002 (5) SA 165 (K).

<sup>4</sup> 2002 (6) SA 21 (SCA).

van kontraktuele bepalings daarstel nie. Van die SA Regskommissie se voorstelle om die beginsel statutêr in te voer, het so ver ook nog niks tereg gekom nie. Dit word aan die hand gedoen dat hierdie stand van ons reg 'n negentiende eeuse siening van die kontrak weerspieël en in skille kontras staan met die reg van die ontwikkelde wêreld, wat die onderliggende waarde van die goeie trou as die etiese norm van ons tyd, die *Zeitgeist*, geskep deur dieperliggende gemeenskapsnorme en politieke waardes, erken.

## 2. **Consensus as grondslag van kontraktuele gebondenheid**

Die eerste en belangrikste *algemene* verskynsel wat ons *in al* die vergeleke regstelsels waarneem, is dat *consensus* die eerste vereiste vir en uitgangspunt by kontraktuele gebondenheid is.

Dit skyn my dat die volgende twee vrae fundamenteel uit hierdie vertrekpunt voortvloei:

1. Waarom is daar kontraktuele gebondenheid in beginsel, as daar *consensus* tussen die partye is?
2. Kan daar kontraktuele gebondenheid wees in die afwesigheid van *consensus*?

### 2.1 **Waarom is daar kontraktuele gebondenheid, in beginsel, as daar *consensus* tussen die partye is?**

Dit gaan hier om juridiese gebondenheid, in teenstelling met morele of sosiale gebondenheid. Die vraag veronderstel dat aan alle ander gestelde konstitutiewe vereistes voldoen is, byvoorbeeld dat die voorgeskrewe formaliteite nagekom is, dat die ooreenkoms geoorloof is, en dies meer.

Die gemeenskapsverskynsel, dat mense op vreedsame wyse ooreenkomste met mekaar kan aangaan om goedere en dienste uit te ruil, is byna so oud

soos die mensdom self. A sal nie 'n ooreenkoms met B aangaan en daaronder presteer as hy nie weet dat B gedwing kan word, deur iets of iemand behalwe hyself, om sy, B, se ooreenkoms na te kom nie. In elke gemeenskap ontstaan daar dus 'n meganisme waardeur sekere ooreenkomste erken word deur 'n instansie wat ook kan toesien dat dit nagekom word. In die oud-Romeinse reg was daardie instansie die priesterdom, in ons inheemse regstelsel was dit die kaptein of familiehoof. Met die ontwikkeling van die stad of staat as regs-gemeenskap, word die sanksiefunksie aan howe van een of ander aard oorgedra. Talle reëls ontstaan in elke besondere gemeenskap en weerspieël daardie gemeenskap se eie kultuur, wat insluit sy historiese aard, sy godsdiens, sy morele en etiese norme en sy ideale. Daardie reëls word as regsreëls geïnterpreteer. Wanneer A en B nou 'n kontrak aangaan, doen hulle dit binne die kader van daardie regsreëls. Voldoen hul ooreenkoms aan sekere vereistes, sal die reg dit as 'n geldige en bindende een erken en afdwing. Ontstaan daar 'n dispuut tussen A en B, sal toepaslike regsreëls intree, soos in die geval van uitleg, aanvulling of derogering, *dissensus*, en so meer.

Die werklike grondslag van kontraktuele gebondenheid is derhalwe die erkenning en sanksionering deur die betrokke gemeenskap van bepaalde handeling as kontrakskeppend – net soos bepaalde handeling as skeppend van deliktuele aanspreeklikheid of van verrykingsaanspreeklikheid erken en gesanksioneer word. In die Romeinse reg tref dit mens dadelik dat slegs bepaalde vorme van wilsooreenstemming as afdwingbare kontrakte erken word. Vandaar die bekende geslote Romeinse kontrakte-sisteem. Mens kan die hele degenerasie van die stelreël *ex nudo pacto non oritur actio* – die ontwikkeling van 'n geslote na 'n oop kontraktesisteem – as 'n treffende illustrasie van die werking van dié proses van sanksionering van beloftes deur die gemeenskap, van tyd tot tyd, sien.

Hierdie proses van gemeenskapsanksionering is 'n inwerking buite om en op die handeling van die partye. Dit verteenwoordig die regsagtergrond waarbinne die partye geldig met mekaar kan kontrakteer op so 'n wyse dat die regsorde die kontrak sal afdwing. In later eeue is 'n analogie getrek met die



reëls van 'n spel, soos byvoorbeeld brug. Die spelreëls van brug is oor 'n lang tyd opgestel en ontwikkel en deur die brugspelende gemeenskap aanvaar en ontwikkel. Persone wat nou brug wil speel op 'n wyse dat die spel erken sal word, moet hul talente binne die spelreëls gebruik en ten beste benut.

Eenmaal as hierdie insig aanvaar word, val baie aspekte van kontraktuele gebondenheid in plek. Daar kan nou 'n verklaring gevind word vir die bestaan van die reëls van die kontraktereg – dit berus uiteindelik op die wil van die betrokke gemeenskap. Ek het reeds die erkenning van kontraksvorme genoem, maar dit sny veel dieper. Die wyse waarop dwalingsprobleme opgelos word, word bepaal deur die opvatting van die gemeenskap. So ook die reëls in verband met uitleg, aanvulling en derogering van kontraksterme, ook die siening ten aansien van die ander wilsgebreke soos wanvoorstelling, vreesaanjaging en onbehoorlike beïnvloeding. So ook die ontstaan en bestaan van bepaalde beginsels, soos aedilisiese aanspreeklikheid vir verborge gebreke in die koopsaak, die *justum pretium*-reël, ongeoorlooftheid, trouens, van die geheel van die kontraktereg.

Die opvattinge van die gemeenskap gee beslag aan regsreëls, ook dié ten opsigte van kontraktuele gebondenheid. Ook is dit onbetwisbaar dat hierdie opvatting gepostiveer word deur die organe van die gemeenskap wat met regsvorming en regshandhawing te doen het – die keisers, die senaat en volksvergadering, die *praetors*, die juriste, die parlement en dies meer. Twee opmerkings hieroor skyn aangewese te wees.

Die eerste is dat die omskakeling van gemeenskapsopvatting tot reg nie, of gewoonlik nie, bewustelik en uitgesproke geskied nie. Nog minder word die bestaansrede en faktore wat die betrokke gemeenskapsopvatting gevorm of onderlê het, geartikuleer. Die proses gebeur amper intuïtief en bepaalde fasette van die gemeenskapsopvatting word soms as die enigstes aangevoer as regverdiging vir die ontstaan of verandering van die regsreël – byvoorbeeld billikheid, doelmatigheid en noodsaak. Dis maar wanneer later na die bepaalde regsreël in die konteks van die hele regstelsel en die sosiale orde

gekyk word, dat die onderliggende gemeenskapsopvatting en sy konstituerende fasette geïdentifiseer of vermoedelik geïdentifiseer kan word. Die kontraktereg, soos enige ander spel, raak eers interessant en betekenisvol wanneer daardie identifikasieproses met erns aangepak word.

Tweedens is dit natuurlik ook so dat die bestaande regsreëls en die samehang daarvan in 'n sisteem of stelsel, self tot 'n groot mate bepalend is van die opvatting van die gemeenskap. Dit is veral duidelik waar mens te doen het met 'n stelsel van oorgelewerde en steeds ontwikkelende reëls: elke lid van die gemeenskap word binne 'n bepaalde regsorde gebore, wat weer sy of haar opvatting oor wat reg en verkeerd, billik en onbillik, bindend en nie-bindend is, beïnvloed en vorm. Gemeenskapsopvatting vorm die reg, maar die reg vorm ook die gemeenskapsopvatting.

Vir eers egter terug na die vertrekpunt: die samehang en jukstaposisie van norm en handeling in kontraktuele verband. Die moderne argument is in sy kern heel eenvoudig: 'n Ooreenkoms of afspraak of die uitruil van beloftes kan nie *per se* tot juridiese gebondenheid aanleiding gee nie. Wat moet bykom, is 'n *regsnorm* wat bepaal dat 'n ooreenkoms tot juridiese gebondenheid aanleiding gee. Nie die ooreenkoms nie, maar die genoemde regsnorm is dus die grondslag van kontraktuele gebondenheid. Op sy beurt ontstaan die regsnorm uit positivering deur die gemeenskap volgens laasgemelde se kultuur en behoeftes.

Die moderne siening word goed weerspieël in die moderne Nederlandse reg. Die algemene opvatting aldaar is dat kontraktuele gebondenheid ontstaan, *na aanleiding* van 'n afspraak (of handeling) maar *deur* die objektiewe reg.<sup>1</sup>

Die argument is die volgende: die afspraak of ooreenkoms is die bron van die betrekking tussen die handelende partye. Dit is egter die reg wat daardie betrekking erken en bekragtig en dit tot *regsbetrekking* verhef, wat dan verder deur die reg beskerm en gehandhaaf word. Die objektiewe reg is dus die

---

<sup>1</sup> Hijma *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 8 en skrywers daar vermeld.

*grond* van die verbintenis, uit welke *bron* dit ook al ontstaan het. Sonder sodanige grond sou die bron geen verbintenis opgelewer het nie.<sup>1</sup>

Steun vir gemelde standpunt blyk uit die hervormingsgeskiedenis van die Nederlandse *Burgerlike Wetboek*. Die ou *BW* van 1838 het in artikel 1269 bepaal: *Alle verbintenissen ontstaan of uit overeenkomst, of uit de wet*. Dit lyk dus of ooreenkoms as selfstandige grond van verbintenisregtelike gebondenheid langs wetlike gebondenheid gestel word. Soos gemeld, het die meeste Nederlandse juriste dit egter anders geïnterpreteer: dit is die *wet* (in die ongekodifiseerde lande: die objektiewe reg) wat die grondslag van gebondenheid is. Met die formulering van die nuwe *Burgerlike Wetboek* is die wetboek derhalwe met die algemene opvatting in ooreenstemming gebring, naamlik dat die grondslag van verbintenisregtelike gebondenheid altyd die objektiewe reg is. Die nuwe bepaling in Boek 6, artikel 1<sup>2</sup> lees dus so: *Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit die wet voortvloeit*.<sup>3</sup>

Dit is ook die standpunt van vooraanstaande Duitse geleerdes, soos W Flume<sup>4</sup> en K Larenz,<sup>5</sup> dat dit nie moontlik is om die grondslag van gebondenheid van 'n regshandeling te vind in óf die handeling óf die objektiewe reg nie, want beide, handeling en reg, is onsekeibaar en essensieel vir gebondenheid. Die privaatoutonome handeling het enersyds slegs

---

<sup>1</sup> Die argument is ontleen aan G Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Recht, Tiende Deel, Verbintenissenrecht* Groningen 1886 op 16, soos aangehaal deur Hijma *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 9.

<sup>2</sup> 6.1.1.1 volgens Ontwerp Meijers.

<sup>3</sup> In die verbygaan: selfs in die *NBW* is daar 'n tweeslagtigheid. Boek 6 art. 2 lid 1 lui dat skuldeiser en skuldenaar verplig is om hulle teenoor mekaar te gedra ooreenkomstig die eise van redelikheid en billikheid. Lid 2 lui dat ook dat 'n reël wat geld tussen die partye kragtens wet, gewoonte of regshandeling nie van toepassing is nie, vir sover dit in die gegewe omstandighede na maatstawwe van redelikheid en billikheid onaanvaarbaar is. Volgens Art. 1 ontstaan verbintenisse uit die wet; volgens Art. 2.2 kan *geldende regels* ontstaan kragtens wet, gewoonte of regshandeling.

<sup>4</sup> *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, Das Rechtsgeschäft*, 3de druk, Berlyn, 1979 op 2.

<sup>5</sup> *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5de druk, München 1980 op 282.

regswerksaamheid, indien en sover die regsorde dit bekragtig. Die regsorde andersyds bekragtig die regsgevolge van die handeling omdat daar 'n regshandeling was, en wel omdat die erkenning van 'n privaatoutonomie (as deel van die selfbeskikkingsreg van die mens) 'n grondbeginsel van die regsordening is.

Die oorgrote meerderheid van moderne Europese skrywers verdedig die standpunt dat die *juridiese verbindende krag van 'n afspraak (ooreenkoms) nie uitsluitlik op die handeling van een of beide van die partye (bv. bereiking van consensus, verklaring, verwekking van 'n vertroue) gefundeer kan word nie; dit moet berus op 'n voorafbestaande, gemeenskap-erkende stel regsreëls wat erken dat individue met mekaar bindende kontrakte kan sluit deur wilsverklarings wat op consensus dui, onderhewig aan vasgestelde geldigheidsvoorwaardes en beperkinge.*

'n Eenvoudige maar insiggewende manier waarop hierdie siening verduidelik is, is dié van die brugspel of skaak. Daar bestaan aprioristiese reëls ten opsigte van dié spele. As spelers kies om dié spel te speel, tree die reëls in werking om konflikte uit te skakel en die spel glad te laat verloop. Die presiese gevolge wat intree is nie deur die wil van die partye daargestel nie, maar deur hul *wil* en *handeling* om die spel te speel, maak hulle die *reëls* van toepassing. Daardie reëls is geformuleer deur die brug- of skaakspelende gemeenskap oor baie jare van ondervinding net soos wat die reëls van die kontraktereg deur elke betrokke gemeenskap geskep en gepositiveer word op grond van behoeftes, ervaring en eie standaarde.

Die bekendste denkers wat hierdie siening handhaaf is, in Nederland, Nieuwenhuis, Nieskens-Isphording, Zwitser, Van Dunné, Hijma, Van Erp, Smits en in Duitsland, A Reinach, die Duitse funksionele of regsosologiese juriste soos W Schmidt-Rimpler, R Reinhardt, W Siebert en L Raiser; K Larenz met die *Geltungstheorie*; Hölder en W Flume.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sien bespreking hierbo hoofstuk 3.

Alhoewel die Anglo-Amerikaanse juriste nie tot dieselfde abstrakte analises as hul Europese kollegas geneig is nie, is daar tog in hul geledere ook diegene wat 'n fyn insig het in die verband tussen die menslike handeling wat tot kontraksluiting voer, en die-deur-die-gemeenskap-geskepe regsreëls wat regsrag aan daardie handeling gee. Die belangrikstes is Gabel en Feinman, Collins, Charles Fried, Atiyah, Parry, John Rawls en veral die skool van *Critical Legal Studies*, soos onder andere verteenwoordig deur Unger, Wilhelmsson, Feinman, Karl Klare en Friedrich Kessler; en die voorstanders van die *consent theory of contract*, soos verteenwoordig deur Randy E Barnett en van die *relational contract*-teorie, soos bespreek aan die hand van Ian MacNeil, en ten slotte Stewart Macauley.<sup>1</sup>

Sterk aanknopingspunte vir die siening hierbo verdedig, vind ek besonderlik by Nieuwenhuis. Ook Zwitser omskryf myns insiens korrek die verskil tussen sy siening en die tradisionele wilsleer. In laasgenoemde staan die wil los van objektief geldende faktore. Dit geld absoluut en die woorde van partye word slegs grammatikaal geïnterpreteer. In Zwitser se visie het woorde die doel om die patroon, waarby die partye aansluiting wil vind, aan te dui. Dit beteken: die partye dui die aard van regsbetrekking aan waarvoor regsnorme reeds beginsels neergelê het.

Ook Hijma ondersteun die tema van gebondenheid deur 'n *handeling* binne die kader van 'n bestaande regsorde. Ek meen 'n kernelement van sy visie is dat erkenning van keuse-vryheid en ook die aanvaarding van die mens as struktureel-volgenswaardige individu daarstel. Vryheid om te kies, is ook die *vryheid* om ondeurdag, onoplettend, onnoukeurig, foutiewelik te kies. Die mens moet egter die laste van sy keusevryheid dra: die verantwoordelikheid vir sy dade aanvaar.<sup>2</sup> Daardie verantwoordelikheid word deur die objektiewe reg (lees: die gepositiveerde gemeenskapsopvatting) neergelê.

---

<sup>1</sup> Sien bespreking hierbo hoofstuk 3.

<sup>2</sup> *Nietigheid en Vernietigbaarheid* 1988 op 31.

Hijma se siening is, dus dat juridiese kontraktuele gebondenheid weens beoordeling deur en werking van die objektiewe reg ontstaan. Die menslike handeling, sê hy, kan op sigself geen regsgevolge (nóg in positiewe, nóg in negatiewe sin) skep nie. Regsgevolge word uitsluitend verkry deur die werking van die objektiewe reg.

Nieuwenhuis val in sy proefskrif ook die uitgangspunt aan dat dit die belofte (die wilsleer) of die verwekking van 'n vertrouwe (die vertrouensleer) is wat *per se* aanleiding tot gebondenheid gee. Hulle speel volgens hom geen solo-rol nie. Daar moet nog 'n regsnorm bestaan wat gelding aan die belofte of die opwekking van vertrouwe gee bv. *belofte maak schuld* of *pacta servanda sunt*.

Van Dunné beklemtoon ook die dualistiese aard van kontraktuele gebondenheid: die handeling en die norme van die objektiewe reg. Daarom volg dat *uitleg* van die *handeling* 'n sentrale rol speel. Dit is 'n normatiewe proses, wat bepaal of 'n handeling wel 'n regshandeling is en wat dus ook bepaal of daar 'n op-regsnorme-gebaseerde toerekening van verbintenisse moet wees. Van besondere nut is dat hy wys op die groot aantal oorwegings wat in dié proses 'n rol speel – die norme van die geldende reg, gewoonte, jurisprudence en die gangbare opvattinge soos wat dit in die regsleer en die praktyklewe geld. Elke regsnorm is 'n oop norm, 'n juridiese raam wat deur bepaalde handeling ingevul word. Die verklaring word aan iemand toegereken weens die fundamentele beginsel: *belofte maak skuld*.<sup>1</sup>

Ek ondersteun van Dunné se siening van die samehang tussen die objektiewe, regs- en maatskaplike norme en die aktiverende handeling. Ek meen dat sy siening van *uitleg* van 'n handeling in die lig van al die genoemde faktore, korrek is. Die analoë voorbeeld van *uitleg* van 'n handeling om te bepaal of dit 'n onregmatige of regmatige handeling is, is oortuigend. Ek sou dit egter eerder *karakterisering* noem. As dit dan 'n soort *juridiese common*

---

<sup>1</sup> Hierbo hoofstuk 3.

*sense*-benadering is, soos Hijma aanvoer, dan vereenselwig ek my graag met Van Dunné se siening.<sup>1</sup>

Ek steun Smits se oordeel dat selfs wanneer gesê word dat die *wil* bestaan, dit 'n normatiewe oordeel is. Of iemand party-outonomie uitgeoefen het, kan immers slegs bepaal word aan die hand van die vraag wat die gemeenskap as party-outonomie beskou.<sup>2</sup>

In die Duitse reg was dit veral A Reinach wat die leer verkondig dat sekere *Grundbegriffe* aprioristies, vóórpositiefregtelik geld. Die positiewe reg moet poog om aan dié grondbeginsels gestalte te gee. Een van hierdie grondbeginsels is die gebondenheid aan 'n belofte. 'n Belofte is nie bloot 'n wilsuiting nie, maar wel 'n maatskaplike handeling. Aanspreeklikheid volg uit die belofte as maatskaplike handeling en nie omdat daar sogenaamde wilsooreenstemming was nie.<sup>3</sup> Die Duitse funksionele (regssosiologiese) skool erken ook die deurslaggewende rol van die maatskaplike onderbou van die kontrak en sy gevolge. W Siebert en L Raiser behoort tot hierdie skool. Hulle verwerp nie die beginsel van privaatoutonomie nie, maar laat die klem val op die objektiewe, geldende reg en die vereistes van maatskaplike geregtigheid, eerder as op die individuele wil, om te bepaal of daar 'n kontrak tot stand gekom het en wat die inhoud daarvan is.<sup>4</sup> Hulle steun onder andere op die Duitse reg se erkenning van *faktische Vertragsverhältnisse* as feitelike grondslag van kontraktuele gebondenheid.<sup>5</sup>

Ook W Flume vind 'n onlosmaaklike verband tussen die regsorde en die privaatoutonomie. Die privaatoutonomie verg die bestaan van 'n regsordening. Die enkeling kan slegs deur handelinge regsverhoudinge

---

<sup>1</sup> Hierbo hoofstuk 3.

<sup>2</sup> Hierbo hoofstuk 3.

<sup>3</sup> Hierbo hoofstuk 3.

<sup>4</sup> Sien bespreking hierbo by hoofstuk 3.

<sup>5</sup> Hierbo hoofstuk 3.

daarstel en gestalte gee, indien dit so deur die regsordening erken word. Regsgevolge kan egter ook intree op gebied van die kontraktereg waar die partye nie privaatoutonome handeling, gerig op daardie gevolge, verrig het nie. Bepaalde gevolge tree van regsweë in, byvoorbeeld in die geval van onmoontlikwording van prestasie.

Flume onderskei egter skerp tussen regsgevolge wat intree weens 'n privaatoutonome handeling en blote wetlike regsgevolge. In die eerste geval gaan dit om die verwesenliking van die selfbeskikkingsreg van die enkeling. Daarom vra die regspreker (volgens Flume) nie of die gevolge van 'n koopkontrak regverdig is nie. Die kontraksgevolge vind hul regverdiging in die ooreenkoms tussen die partye om die kontrak op bepaalde terme te sluit, met ander woorde, in die selfbeskikkingsreg van die partye wat deur die regsorde verbreek word. Volgens Flume geld hierdie reg *vóór* die regterlike waardebeplating.

Wat die Anglo-Amerikaanse reg betref, geld dieselfde siening. Reeds in die negentiende eeu was daar op gebied van die kontraktereg *rules of the game* waarbinne privaatoutonomie verwerklik kon word. Die regter moes toesien dat volgens die spelreëls opgetree word.<sup>1</sup> Nogtans is by die uitleg, aanvul van leemtes, ens. op die werklike of fiktiewe wil van die partye teruggeval.<sup>2</sup>

Inderdaad is die geskiedenis van die Anglo-Amerikaanse kontraktereg die storie van die terughoudendheid van die gemeenskap (soos verteenwoordig deur die howe) om konsensuele ooreenkomste vrylik te erken – vandaar die stadige en pynlike proses van die ontwikkeling van kontrakaksies en die vereiste van *consideration*.

Die wilsleer het in die Engelse reg tot ongeveer 1875 die botoon gevoer en die sogenaamde klassieke kontrakte-regteorie ontstaan, waardeur vrye teuels

---

<sup>1</sup> Hierbo hoofstuk 3.

<sup>2</sup> Hierbo hoofstuk 3.



aan die privaatoutonomie gegee is, met die reg beslis in die rol van 'n agterbanker.

Dit is slegs in meer onlangse tye dat daar in die Anglo-Amerikaanse reg op die regs Komponent as onlosmaaklike deel van die grondslag van kontraktuele gebondenheid gelet word. Die transformasie in die twintigste eeu vanaf die individualisme tot 'n meer kollektivistiese, maatskaplike siening, lê ten grondslag van hierdie nuwe kontrakte-teorie. Volgens Collins<sup>1</sup> kom dit tot uiting in die moderne kontraktereg deurdat dit op *fair dealing*, binne 'n normatiewe raamwerk rondom die partye daargestel, gebaseer word. Maatskaplike waardes, uitgedruk in 'n toenemende rol van groot ondernemings, die toenemende gebruik van standaardkontrakte, ens. kry al hoe meer aandag. Hierby speel politieke opvattinge ook 'n deurslaggewende rol. Die idees van sosialisme laat sy invloed geld. Talle gewone, evolusionêre faktore het bygedra tot veranderinge in die waardesisteme van gemeenskappe wat in die kontraktereg weerspieël word. Dié klemverskuiwing blyk onder andere uit die verskille tussen die twee Amerikaanse *Restatements*.<sup>2</sup>

Ook Amerikaanse en Engelse skrywers beweeg na 'n holistiese siening van die grondslag van kontraktuele gebondenheid. Fried<sup>3</sup> wys op nuwe denkers soos P Atiyah, Grant Gilmore, Morton Horwitz, Duncan Kennedy, Anthony Kronman, Ian Macneil en Lawrence Friedman wat die maatskaplike onderbou bo blote *consensus* verhef:

*“These critics hold that the law fashions contractual obligations as a way to do justice between, and impose social policy through, parties who have come into a variety of relations with each other. Only some of these relations start in an explicit agreement, and even if they do,*

---

<sup>1</sup> Hierbo hoofstuk 3.

<sup>2</sup> Hierbo hoofstuk 3.

<sup>3</sup> Hierbo hoofstuk 3.

*the governing considerations of justice and policy are not bound by the terms or implications of that agreement."*

Die belangrike punt is dat die moderne denkers die vraag, wat die verbindende element agter elke belofte is, uit 'n breë maatskaplike hoek bekyk. Vir Fried lê dit in die *konvensie* dat alle beloftes nagekom moet word. Ook hy gryp na die analogie, soos die Hollandse juriste, van konvensies of reëls in spele en sport, religieuse rituele en taalgebruik. Waarom moet die konvensie nagekom word? Is dit weens eksterne sanksies of weens morele verbintenis? Fried meen dat die konvensie dat beloftes nagekom moet word, op beginsels van vertroue en respek berus, en dat gebruikmaking van die konvensie verantwoordelikheid meebring. Ek meen dat Fried dus in wese die holistiese siening wat ek bepleit, propageer het.

Die *Death of Contract* of die *Post*-klassieke skool leer dat die wilsleer dood is, beide in beeld en as verduideliking van die moderne reg. Hul basiese uitgangspunt is dat die wilsleer berus op liberale *laissez-faire* waardes wat nie in die moderne welvaartstaat plek het nie. Hulle ondersoek dus die maatskaplike (regs-) komponent van die grondslag van kontraktuele gebondenheid om vas te stel wat die huidige gemeenskapswaardes op hierdie gebied is. Sommige sien dit in altruïsme (Kennedy); ander in die herverdeling van rykdom as 'n doelstelling (Kronman) en andere weer in die beginsel van verpligte vergoeding vir *detrimental reliance* en *reversing unjust enrichment* (Gilmore en Aityah); nog andere in die oortuiging dat dit tot die grootste voordeel van almal in die gemeenskap is dat daar wedersydse samewerking en vertroue bestaan en dat dit ten beste bereik kan word as mense hul beloftes nakom (Burrows); nog andere in die nakoming van *reasonable expectations* (Parry, Corbin, AL Goodhart) en andere weer op ekonomiese wetmatighede (Posner, Kronman, Murphy en Coleman, Farber en andere).

Ek meen ook dat die siening hierbo verdedig nie uit pas is met die vertrekpunt van die skool van die *Critical Legal Studies* nie.<sup>1</sup> Hulle kyk verby die blote fisiese kontrakskeppende meganisme (die handeling) en sien juis die maatskaplike en regscomponent raak. Dit is laasgenoemde component wat hulle indringend ontleed en oopvlek. Hulle wil aantoon dat gemelde component nie neutraal of waardeevry is nie; dat dit vol teenstrydighede, anomalieë en paradokse is; en dat dit, volgens meeste aanhangers van dié skool, die euwels van die moderne kapitalisme probeer verdoesel. Dit is veral Unger wat beklemtoon dat die beginsel van kontrakteervryheid nie toegelaat kan word om die kommunale aspekte van maatskaplike lewe te ondergrawe nie. Karl Klare sien die kontrak as 'n aspek van maatskaplike konseptualisering, wat poog om botsende gemeenskapswaardes, byvoorbeeld staatsbeheer en private eiendomsreg te harmonieer en om regsformalisme en regterlike instrumentalisme te assimileer. Vir Feinman wil die kontraktereg, soos dit gevorm en hervorm word deur die howe, 'n abstrakte stel reëls voorhou wat voorgee om die bestaande sosiale orde te legitimeer, terwyl dit in werklikheid die onderliggende illegitieme sosio-ekonomiese orde verberg. Hy sien dit as die taak van die CLS is om hierdie skanse te verwyder, sy dit dan deur 'n utopiese beeld van wat die kontraktereg kan doen, te ontwerp.

Ook MacNeil, met sy *Relational Contract*-teorie neem as vertrekpunt dat kontraktuele gebondenheid vanweë die gemeenskap se positivering ontstaan en dat dit alleen verstaanbaar is binne 'n bepaalde gemeenskap.<sup>2</sup> Insgelyks HLA Hart<sup>3</sup> wat meen dat om 'n belofte te maak, is om deel te neem aan 'n maatskaplike praktyk en om die voordele van dié praktyk te aanvaar, maar

---

<sup>1</sup> Hierbo bespreek in hoofstuk 3.

<sup>2</sup> Hierbo xxx ev.

<sup>3</sup> *Legal and Moral Obligation in Essays in Moral Philosophy* ed. Melden London 1958 en "Are there any Natural Rights?" in (1955) 64 *Philosophical Rev.* 175 ev.

ook om outomaties en vanselfsprekend die verpligting daaruitvoortspruitend te aanvaar.

Om dus 'n geldige kontrak daar te stel, het mens twee dinge nodig: die versameling van geldende regsreëls en die handeling van die partye wat dié reëls in werking stel. Die analogie met deliktuele aanspreeklikheid is voor die hand liggend.

Dit mag miskien sofisties of bloot semanties voorkom om nou die vraag te vra: ontstaan kontraktuele gebondenheid uit die versameling van geldende regsreëls dan wel uit die handeling van die partye? En miskien kan mens jou tevrede stel met verfynde woordspel deur te sê: kontraktuele gebondenheid ontstaan *uit* die reg wat *deur* die handeling in werking gestel word. Die teendeel is egter dan ook verwoordbaar. Gebondenheid ontstaan uit die handeling waardeur die reg in werking gestel word.

In daardie sin sluit ek my dus aan by diegene, soos Zwitser, wat 'n dialektiese visie as grondslag van kontraktuele gebondenheid bepleit. *Reg en handeling is beide nodig om gebondenheid in die lewe te roep.* Die grondslag van kontraktuele gebondenheid is te vinde in regsnorme en handelinge. Vir baie eeue lank was die handelingselement beperk tot *consensus*-bereiking.

### **Die konvensie van kontraktuele gebondenheid**

In die ondersoekte regstelsels – wat, so meen ek, die regskultuur van die vrye Weste verteenwoordig – bestaan 'n universele regsopvatting, dat daar 'n voor-positiewe en positiefregtelike konvensie is dat *consensus* in beginsel tot kontraktuele gebondenheid lei. Wat ook uit die ondersoek geblyk het, is dat die inhoud van daardie konvensie van tyd tot tyd en van land tot land wissel.

Tog is daar in die ondersoekte regstelsels 'n groot gemeenskaplikheid van denke en dié van onderliggende skeppende morele en etiese waardes. Die Suid-Afrikaanse, Vastelandse en Anglo-Amerikaanse juris verstaan mekaar goed wanneer van “kontrak” gepraat word. Selfs 'n wêreldwye oorsigtelike studie van al die belangrike regstelsels wys dat bogemelde stelling universeel waar is. Die hele mensdom sluit elke dag kontrakte en verwag dat hul kontrakte nagekom sal word, omdat daar so 'n universele konvensie bestaan. Dit is die “*rules of the game*” en word eweseer benodig deur die Japanese huurmotorbestuurder, die Australiese wolverkoper, die Griekse skeepseienaar en die Xhosa beesverkoper. Dat die detail van hierdie konvensie van land tot land verskil, is toe te skrywe aan die waardes, die *mentalité* en geskiedenis van elke stelsel. Hierin moet mens byvoorbeeld die verklaring vir die *consideration* leer van die Anglo-Amerikaanse reg vind. Die siening verklaar ook hoekom die reëls ten aansien van kontraktuele gebondenheid van tyd tot tyd groei, ontwikkel of kwyn – byvoorbeeld die wegval van die reël *ex nudo pactio non oritur actio*.

Wat universeel waar is, is dat die handelingselement vir eeue lank in alle beskaafde regstelsels as *consensus*-bereiking gesien is. In daardie sin is *consensus* dan die een deel van kontraktuele gebondenheid; regsnorme die ander deel.

Ek doen dus aan die hand dat die idee van kontrak en die aktiwiteit van kontraktering – net soos die idee van die huwelik – 'n sterk voor-juridiese oorsprong het. Dit het as 'n *maatskaplike instelling* ontstaan en ontwikkel lank voor dit juridiese erkenning gekry het. Wat vandag uit juridiese oogpunt as *kontrak* beskryf, is maar 'n weerkaatsing van 'n voorafbestaande maatskaplike instelling en het ontstaan uit elke gemeenskap se behoeftes en waardes.

Roscoe Pound<sup>1</sup> is bekend vir sy benadering – waarby ek my in hoofsaak aansluit – dat die reg ontstaan uit maatskaplike belange en waardes en in daardie lig verklaar moet word:<sup>2</sup>

*“The social interest in the security of transactions, as one might call it, requires that we secure the individual interest of the promisee, that is, his claim or demand to be assured in the expectation created, which has become part of his substance.”*

Pound<sup>3</sup> toon aan dat in die vyfde eeu v.C. die Griekse gemeenskap nog geen regssanksie aan kontrakbreuk geheg het nie. As kontrakbreuk gelei het tot belediging, besering of moord het 'n sanksie ingetree, nie weens die kontrakbreuk nie, maar weens laasgemelde optredes. In primitiewe gemeenskappe (bv. die oud-Romeinse reg) was die plig om 'n onderneming na te kom, 'n blote godsdienstige een. In die Hindoesistiem is die religieuse sanksie nog die volle en enigste grondslag van kontraksafdwinging.<sup>4</sup> Oorspronklik, sê Pound,<sup>5</sup> was dit ook die posisie in die Romeinse reg:

*“Agreements of themselves were not cognizable by the tribunals. It was no ground for summoning a defendant before the magistrate that he had made a promise and had broken it. Agreements were matters for religion or for kin or guild discipline. If one had called on the gods to witness his promise or sworn to fulfil it, he was liable to pontifical discipline. The presence of an impious oath breaker was a social danger and he might be devoted to the infernal gods. As law replaced religion as the controlling regulative agency, the old religiously sanctioned promise becomes a formal legal contract.”*

---

<sup>1</sup> *An Introduction to the Philosophy of Law* Yale University Press New Haven 16e uitgawe 1978 op 133 ev.

<sup>2</sup> *An Introduction* 1978 op 134.

<sup>3</sup> *An Introduction* 1978 op 136.

<sup>4</sup> *An Introduction* 1978 op 137-138.

<sup>5</sup> *An Introduction* 1978 op 138.

Ek het reeds hierbo daarop gewys dat Fried die verbindende element agter elke belofte (en dus, in kontrak, agter elke kontrak) sien in die konvensie dat kontrakte nagekom moet word. Hy vergelyk dit met die rol van konvensies in spele en sport, religieuse rituele en taalgebruik.

Maar Fried se siening van die konvensie van kontraktering is te beperk. Die konvensie is nie slegs dat beloftes nagekom moet word, want dan sal ons kan volstaan met die spreuk *pacta sunt servanda*, - wat, soos aangetoon sal word, op 'n ander vlak lê. Die konvensie wat die Europeërs in die oog het is veel wyer: dit behels die legitimering van die hele instelling van kontraktering deur die betrokke gemeenskap, wat inhou dat sekere waardes ook gelegitimeer word. *Pacta sunt servanda* is een van daardie waardes, maar is nie op sigself die konvensie nie.

Ook John Rawls sien die grondslag van gebondenheid aan beloftes en ondernemings in die benutting van die konvensies en gebruike daargestel deur die gemeenskap, net soos spelreëls die reëls van die spel bepaal vir diegene wat aan die spel wil deel neem.

Daar is slegs twee skrywers wat die perspektief van die konvensie van kontraktering as die uiteindelijke grondslag van kontraktuele gebondenheid aanval, naamlik Gordley en Smits.

Gordley<sup>1</sup> het dit veral teen Rawls se verduideliking waarom 'n mens gebonde is aan die genoemde konvensie, naamlik dat dit geleë is in die *principle of fairness*. Hierdie beginsel vereis dat 'n mens gebonde is aan die billike reëls en konvensies van die gemeenskap as jy gekies het om dit in werking te stel. Gordley sê dit bring mee dat die resultaat is soos 'n klerehanger: die stelsel van die kontraktereg kan benut word *nadat* iemand anders dit daargestel het. Tweedens, dit verduidelik nie wat die kontraktereg-reëls moet wees nie.

---

<sup>1</sup> *The Philosophical Origins* 1991 op 234.

Gordley raak belangrike aspekte aan. Die weerlegging van sy besware help ons 'n beter insig te kry in ons eie siening.

Eerstens Gordley se beswaar dat die kontraktereg gebruik word nadat iemand anders dit daargestel het. Die beswaar is dus teen die voorafbestaan van die konvensie self en van die juridiese waardes, beginsels en reëls wat daaruit afgelei is. Die antwoord hierop is dat alle regsreëls herleibaar is tot norme van 'n hoër orde, te wete regsbeginnels, juridiese waardes en voor-positiewe waardes. Neem nou maar die erfreg. Die reëls van intestate erfopvolging val nie uit die lug nie maar gaan terug na diepgewortelde gemeenskapssisteme. Die gemeenskap laat egter ook mense toe om testamente op te stel en volgens hul eie goeddunke hul goed te laat vererf. Maar ook hier geld sekere reëls wat ons moet terugvoer na die gemeenskapsopvattinge (dus: voor-positiewe waardes) soos byvoorbeeld met betrekking tot formaliteite, ongeldige bemakings, ens. Die persoon wat wil testeer, is aan die reëls gebonde al is dit deur iemand anders (die wetgewer, die howe as spreekbuis van die gemeenskap) daargestel. Dieselfde met die konvensie van kontraktering. Gordley se beswaar gaan nie op nie: as die reëls van die kontraktereg nie hul legitimasië kry uit die gemeenskap en sy instellings (konvensies) nie, waarop is dit dan gefundeer?

Gordley se tweede beswaar is dat die konvensie van kontraktering nie verduidelik wat die kontrakte-reëls moet wees nie.

Hierdie is 'n belangrike punt en raak een van die kernelemente van my eie siening. Ek sien dit naamlik so dat die konvensie self nie 'n leë meganisme en waarde-vry is nie. Dit laat nie net mense toe om te kontrakteer nie. Die gemeenskap gee vorm en inhoud aan die konvensie deur sekere waardes daar in te bou. Dit beperk die partye om te kontrakteer net soos hulle wil, maar stel, op die basis van bepaalde kosbare waardes, sekere parameters aan die privaat-outonomie.

As 'n mens na die ontstaan van die instelling van die kontraktereg in sy historiese verband kyk, is daar baie voorbeelde wat die korrektheid van die



pasvermelde stelling bevestig. Bv.: in die oud-Griekse gemeenskap, nog voor daar 'n staatlike regstelsel was, is individue toegelaat om te kontrakteer (m.a.w. die instelling is erken) maar terselfdertyd is dit bepaal dat die kredietkoop nie erken word nie.<sup>1</sup>

In die oud-Romeinse reg is die instelling van kontraktering erken, maar van meet af aan was daar beperkings op die outonomie van die partye: slegs sekere soorte ooreenkomste is erken; bepaalde vormvereistes moes nagekom word, ens. In die Engelse reg is 'n *simple contract* nie afdwingbaar nie tensy *consideration* gegee is. In ons eie reg word die instelling van kontraktering erken, maar daar word paal en perk daaraan gestel: in sommige gevalle moet formaliteite nagekom word; sekere ooreenkomste is ongeoorloofd, en dies meer.

Dit help nie om hierdie beperkings wat in enige regstelsel bestaan, as reëls wat die wetgewer of regters gemaak het, en nie voortspruit uit die konvensie van kontraktering nie, af te maak nie. Daardie reëls, deur wie ook al geformuleer, vind hul oorsprong en legitimasie in die gemeenskapsoortuiging en dié se siening van sy behoeftes, belange en beskouinge van wat reg en verkeerd is. Dit gee lewe en inhoud aan die konvensie van kontraktering. Daarom verskil die kontraktereg van land tot land en tyd tot tyd.

Smits het dit veral teen Niewenhuis se spel- en spelreëls-gedagte.<sup>2</sup> Smits ondervind twee probleme: Hoe weet ons of partye aan die spel deelgeneem het? En: as gebondenheid volg omdat elke speler aansluit by die kontrakteringspel, volg dat die aansluitingshandeling en onderwerping aan die spelreëls bewustelik (willens en wetens) moet plaasvind. *Die wil is weer bepalend.*

---

<sup>1</sup> Fritz Pringsheim *The Greek Law of Sale* Hermann Böhlau Weimar 1950 op 1 ev.; Paul Vinogradoff *The Jurisprudence of the Greek City* 1922.

<sup>2</sup> *Het Vertrouensbeginsel* 1995 op 203 ev.

Dit is wel waar dat as twee kontraktante met mekaar wil kontrakteer en onderhandel, hulle van die konvensie van kontraktering gebruik maak. Dit is dus verleidelik om alles terug te voer na die wil.

Maar daar is twee redes waarom hierdie beswaar nie kan opgaan nie: Eerstens, mense gaan nie in die onderhandelingsproses, sit en sê dat hulle nou die kontrakteringskonvensie gaan gebruik nie, net so min as wat hulle gaan sê dat hulle die *naturalia* van die besondere soort kontrak van toepassing gaan maak, of dat hulle die gemenerereg as bindend beskou. Dit alles geld *proprio vigore* – die konvensie is daar en deur te kontrakteer, maak jy daarvan gebruik, of jy wil of nie. Die *wil* wat Smits hier sien, is fiksie.

Tweedens, die werklikheid bewys dat selfs as een van die partye nie van die instelling van kontraktering gebruik *wil* maak nie, maar die terrein van kontraktering betree, tree die konvensie en alles wat daarin opgesluit lê, outomaties in werking. Dit word ten duidelikste bewys deur die sogenoemde *faktsiche Vertragsverhältnisse* (dink maar aan die *Parkplatz*-geval).

Uit voorgaande volg ook die weerlegging van Smits se eerste vraag: hoe weet ons of die partye aan die spel deelgeneem het? Die antwoord is: in 'n objektiewe beoordeling van hul handeling. Hoe weet ons dat iemand aan die konvensie van testamentêre beskikking deelgeneem het? Deur te kyk of hy of sy 'n handeling verrig het of probeer verrig het wat tipies (objektief) op daardie terrein lê. Net so met kontraktering – soos weer eens deur die *faktsiche Vertragsverhältnisse* bewys word.

Ek beskou die teorie van die maatskaplike konvensie van kontraktering as geldig en universeel waar. Daarsonder sou kontraktering soos ons dit ken nie bestaan het of kon bestaan nie. Dit is derhalwe die uiteindelijke grondslag van kontraktuele gebondenheid – die fondament, dit waarop al die ander waardes, reëls en addisionele grondslae berus, soos ek sal poog om hieronder te verduidelik. Vir eeue lank en tot vandag toe, verg die genoemde maatskaplike konvensie 'n bepaalde handeling, te wete, *consensus*-bereiking, as onvervangbare voorwaarde vir kontraktuele gebondenheid. Daarom: in

alle regstelsels is daar kontraktuele gebondenheid as daar *consensus* tussen die partye is, indien ook aan al die ander konstitutiewe voorwaardes voldoen is.

Maar die kern van my siening kan nog met een vlak verdiep word. Dit is dat, soos Rawls en Hart tereg aantoon, dat die gebruikmaking van die voor-positiewe en positiefregtelike konvensie van kontraktering vir beide partye die voordele van dié stelsel inhou, maar *per se* ook die verpligtinge wat dit inhou, meebring. *Die hoofverpligting is om die ooreenkoms na te kom. Op die keper beskou, is dit weer eens nie blote consensus-bereiking wat die uiteindelijke grondslag van kontraktuele gebondenheid is nie, maar die wedersydse, konsensuele, gebruikmaking van die voor-positiewe en die gevolglike positiefregtelike konvensie van kontraktering.*

Dit bring my noodwendig by die siening van Nieskens-Isphording<sup>1</sup> dat die vertrekpunt by enige vermoënsverskuiwing is dat daar 'n geldige *causa*, 'n legitimasie, daarvoor moet bestaan, en:

*“Uit ditzelfde beginsel vloeit voort, dat de wil de eerste legitimatie moet zijn. Wanneer is het gerechtvaardigd dat het schilderij van A in het vermogen van B overgaat? Toch zonder twijfel allereerst wanneer A dit (met B) heeft gewild ... Als A heeft gewild, is zijn wil perfekt in staat de rechtshandeling zelfstandig te schragen. De jurist, teven mens, kan dit voorwetenschappelijke weten, dat aan het fundament van het menselijke bestaan raakt, in zijn wetenschapsbeoefening niet uitschakelen.” (My beklemtoning.)*

Hierdie siening, wat eintlik die basis van die wilsleer is, is slegs halfpad korrek. Soos reeds verduidelik kan *consensus* geen eie regskeppende bestaan voer sonder dat dit die konvensie aan kontraktering in werking stel nie. *Die konvensie van kontraktering is die legitimerende norm, consensus-bereiking die inwerkingtredende tweesydigde handeling.*

<sup>1</sup> *Het fait accompli* 1991 op 26.

Mens kan nou verder gaan en vra: waarom ontstaan die konvensie van kontraktering, meer bepaald die erkenning van *consensus* as kontraktskeppende feit, in 'n bepaalde gemeenskap? Die vraag is: wat is die voor-positiewe waardes wat geboorte en inhoud van dié vereiste gee – en wat, soos genoem – deurwerk na die positiefregtelike waardes, regsbeginsels en regsreëls?

Mens kan hieroor spekulere en daarop wys dat verskeie sodanige voor-positiewe waardes geredelik identifiseerbaar is. So, byvoorbeeld het religie in die oud-Romeinse reg 'n baie belangrike rol gespeel; ook die *fides Romana*. In die kanonieke reg was die verbreking van 'n belofte of ooreenkoms as 'n doodsonde gesien. In die oud-Germaanse reg was die *Treu und Glauben* die belangrikste etiese norm. In die Engelse reg was dit die idee van *bargain*. In die laaste eeue is konsepte soos die privaatoutonomie en kontrakteervryheid as regverdiging aangevoer.

Al hierdie faktore het 'n element van waarheid en mens hoef nie een daarvan bo 'n ander uit te verkies as dié voor-positiewe waarde, ter uitsluiting van andere, wat tot die konvensie van kontraktering en die reël *pacta sunt servanda* (die korrelaat van *consensus* bind) aanleiding gegee het nie. In meer moderne tye speel politieke en ekonomiese ideologieë – soos kapitalisme en sosialisme – 'n belangrike rol om vorm en inhoud aan die konvensie te gee.

Dit bring my by 'n belangrike insig ten aansien van die vraag nou onder bespreking. Dit is dat wat ookal die *idealía* is wat tot die konvensie van kontraktering aanleiding gee en gegee het en dus tot die erkenning van *consensus*-bereiking en die waardes onderliggend en ten uitbouing daarvan, kan niemand wegkom van die *realiteit* van die konvensie as die enigste middel waardeur mense met mekaar kan onderhandel en op vreedsame wyse goedere en dienste uitruil. Kontrak en *consensus* is uit die aard van die saak, uit die oogpunt, sinoniem en sal altyd so bly.

Tereg dus Hugo de Groot<sup>1</sup> wat, volgens die vertaling van Feenstra en Ahsmann *Contract* op 44, soos volg lees:

**[15]** *Voort is, aangezien het een regel van het natuurrecht is om zich aan afspraken te houden (want het was noodzakelijk dat er tussen mensen een of andere manier bestond om zich jegens elkaar te binden en er kan geen andere natuurlijke manier worden bedacht), juist uit deze bron het gehele positieve recht voortgekomen ...*

**[16]** *... want de moeder van het natuurrecht is de menselijke natuur zelf, welke zelfs als wij aan niets gebrek zouden hebben ons ertoe zou brengen om wederzijdse maatschappelijke relaties aan te knopen. De moeder van het positieve recht is juist de verbintenis welke op grond van wilsovereenstemming ontstaan; en aangezien deze verbintenis haar verbindende krag aan het natuurrecht ontleent kan de natuur als het ware de overgrootmoeder van dit recht genoemd worden ...”*

*Maar:* Die voor-positiewe konvensie van kontraktering is nie maar net 'n leë dop nie. Dieselfde voor-positiewe waardes wat tot die ontstaan van dié meganisme aanleiding gegee het, tesame met aanvullende waardes, gee *inhoud* en *gestalte* daaraan. Die konvensie van kontraktering was nog nooit en is nêrens inhoudsloos, 'n leë dop of waardestry, of onveranderlik nie. 'n Terugblik op wat ons hierbo in die Romeinse reg gevind het, toon aan dat sakrale en religieuse waardes, die *Fides Romana* en die *bona fides* van meet af aan die parameters van die konvensie van kontraktering afgebaken het. En soos ook uit ons ondersoek blyk, is daar groot verskille in verskillende regstelsels in die waardes wat in die konvensie van kontraktering weerspieël word – die mate van erkenning van die alleenheerskappy van die *consensus*-vereiste; die subjektiewe dan wel die objektiewe benadering daartoe; die rol van die goeie trou en, les bes, die rol van die regter wat 'n kontrakgeskil moet oplos.

---

<sup>1</sup> *De iure belli ac pacis*, Prolegomena, 1625, paragrawe 15 en 16.

Vir my is 'n kontrakteregstelsel wat nie die voor-positiewe waardes van die konstituerende gemeenskap erken en daaraan uiting gee nie, die sg-waardevrye of neutrale stelsel, anathema. So 'n stelsel verloën sy eie oorsprong en bestaansrede en is 'n uiterste vorm van positivisme.

Soos uit die voorgaande studie duidelik behoort te wees meen ek dat die voor-positiewe en die positiefregtelike waardes wat uitroep om erken te word, die van *vertrouensbeskerming* en die *redelikheid* en *billikheid* oftewel die *goeie trou*, is. Daarsonder sal geen kontrakteregsisteem ooit kontraktuele geregtigheid, wat maar 'n aspek van sosiale geregtigheid is, bereik nie. Van al die vergeleke regstelsels staan die Suid-Afrikaanse reg ver agter.

Dit is egter gerade om, wat die onderliggende waardes aan die kontraksinstelling betref, 'n breër visie van die huidige debat oor die kontraktheorie en die oorheersende waardestelsel wat dit dien, te vorm.

Ek het reeds aangetoon dat die wilsleer die ontstaan en omvang van kontraktuele gebondenheid slegs in die ooreenstemmende wil van die kontrakterende partye om bepaalde regsgevolge in die lewe te roep, vind. Op sy beurt onderlê die idees van individualisme en privaat- outonomie die wilsleer. En op sy beurt gee die wilsleer aanleiding tot 'n *laissez-faire*-benadering, wat sy logiese uiteinde bereik het in die negentiende eeuse klassieke kontrakmodel. Die klassieke kontrakmodel weerspieël die ekonomiese vryemarkstelsel.<sup>1</sup>

Ek moet hier verpoos om iets te sê oor die markstelsel. Alhoewel daar sedert die eerste regstelsels markte bestaan het, word met die uitdrukking *markstelsel* bedoel daardie stelsel wat ontstaan het toe markte in die loop van die agtiende eeu 'n wyer betekenis gekry het, naamlik as 'n stelsel waardeur nie slegs individuele belange bevorder kon word nie, maar ook as 'n

---

<sup>1</sup> Cheshire, Fifoot en Furmston *Law of Contract* 2001 op 11 ev.; Atiyah *Essays on Contract* Clarendon Oxford 1986 op 10 ev.

meganisme waardeur die hele gemeenskap behou en bevorder kon word. Die insig dat die markmeganisme ook 'n gemeenskapsfunksie vervul is vir die eerste keer deur Adam Smith verwoord. Hierna het die ekonome van die negentiende eeu – die klassieke tyd – veral aandag begin skenk aan die vraag hoe die markstelsel die gemeenskap en dié se belange beïnvloed. Vir die eerste keer word die staat as rolspeler geïdentifiseer en ontstaan onder andere die vraag welke rol die staat moet speel om die uitbuiting deur sterkeres van swakkeres op die markplek in 'n vrye stelsel te voorkom. Dit is hier waar die radikale kritiek van Karl Marx *cum suis* ontstaan. Andersyds ontstaan die neo-klassieke ekonomiese skool, wat op meer analitiese wyse probeer het om aan te toon dat die markmeganisme wel sosiale welvaart kan bevorder. Die wette van vraag en aanbod sorg vir 'n ewewig in die mark (*equilibrium*) en, indirek, vir optimale sosiale welvaart.<sup>1</sup>

Die werklikheid is dat die markmeganisme, aan homself oorgelaat, dikwels nie daarin slaag om sosiale welvaart te waarborg nie. Die belangrikste oorsake van sodanige mislukking is onder andere die bestaan van monopolieë; die toetrede van of deelname deur die staat deur verskaffing of subsidiëring van goedere en dienste teen pryse wat nie markverwant is nie of slegs aan besondere persone; 'n gebrek aan inligting of kennis of vaardigheid aan die kant van markdeelnemers; eksterne faktore, soos byvoorbeeld die koste om omgewingsbesoedeling te bekamp wat in die produksieproses veroorsaak is, en, *les bes*, dat die markmeganisme eenvoudig op sigself nie noodwendige distributiewe geregtigheid waarborg nie. Dit beteken dat dit *nie noodwendig 'n regverdige of billike distribusie of verdeling van welvaart verseker nie*.<sup>2</sup> Een van die basiese redes vir die onvermoë om distributiewe geregtigheid te waarborg, is dat, in die werklike lewe, 'n markdeelnemer met minder kapitaal

---

<sup>1</sup> Vir 'n nuttige oorsig sien Hilbroner *The Wordly Philosophers* II op 21 ev.; Hugh Collins *The Law of Contract* Butterworths London 1997 op 10 ev.; J.E. du Plessis *Onbillike kontrakbedinge uit Ekonomiese Perspektief* LLM-verhandeling Stellenbosch 1990 op 24-36.

<sup>2</sup> Du Plessis *Onbillike kontrakbedinge* 1990 op 39.

of verdienstevermoë of markaanleg, steeds na 'n transaksie nie gelyke welvaart met die meer vermoënde of begaafde deelnemer gaan hê nie.<sup>1</sup>

Soos Du Plessis<sup>2</sup> aantoon, word sedert die afgelope dekade erken dat onbillike kontrakbedinge gesien moet word as verskyningsvorme van markmislukking, ekonomies gesproke. Nog meer: dit word erken dat onbillike kontrakbedinge (bv. woekerrete, onbillike salaris- of loonvasstellings) distributiewe geregtigheid in die wiede ry.<sup>3</sup>

En so ontstaan die groot debat onder ekonome: *is dit wel die taak van die kontraktereg om mee te werk om 'n regverdige verdeling van welvaart in die samelewing te bewerkstellig?* Moet die taak nie aan ander distributiewe maatreëls, byvoorbeeld 'n belastingstelsel, oorgelaat word nie:

Enersyds is daar 'n belangrike en invloedryke skool wat meen dat dit wel die taak van die kontraktereg is om 'n regverdige verdeling van welvaart na te strew. Voorstanders van dié skool is Professor Anthony Kronman;<sup>4</sup> Professor Duncan Kennedy<sup>5</sup> en Hugh Collins.<sup>6</sup>

Kronman meen dat *indien die kontraktereg enigsins morele aanvaarbaarheid in die gemeenskap wil geniet, dit die regverdige verdeling van welvaart moet nastreef wanneer alternatiewe maniere om dit te bereik waarskynlik duurder of meer indringend sal wees.*<sup>7</sup> Kronman meen dat die kontraktereg dit wel kan bewerkstellig deur bevoordeling (*advantage-taking*) deur A toe te laat as dit gesê kan word dat B, die benadeelde, op die lange duur beter daaraan toe

---

<sup>1</sup> Du Plessis *Onbillike kontrakbedinge* 1999 op 39-40.

<sup>2</sup> *Onbillike kontrakbedinge* 1999 op 62.

<sup>3</sup> Du Plessis *Onbillike kontrakbedinge* 1999 op 80; Collins 1997 op 26 ev.

<sup>4</sup> (1980) *Yale Law Journal* op 472 ev; (1983) *Yale Law Journal* op 763 ev.

<sup>5</sup> (1976) *Harvard Law Review* op 1685.

<sup>6</sup> *Law of Contract* 1997 op 28 ev.

<sup>7</sup> Du Plessis *Onbillike kontrakbedinge* 1999 op 81.



sal wees as dit toegelaat sal word eerder as om dit te verbied. Hierdie siening berus op die sogenaamde Pareto-model van ekonomiese doeltreffendheid, wat leer dat een persoon slegs toegelaat moet word om homself ten koste van 'n ander te bevoordeel as dit en vir sover dit tot die voordeel van beide is. Volgens Kronman is dié idee gefundeer op die oortuiging dat elke persoon 'n gelyke reg met andere het “*not to have his own welfare reduced for the sole purpose of increasing someone else's*”.<sup>1</sup> Die gevolg kan dié benadering is dat kontraktant A, wat die *bevoordeling* van benut, dit gewoonlik nie sal doen nie.

Kennedy meen dat altruïsme noodsaaklik is om die ongebreidelde uitbuiting van individualisme hok te slaan. Die reg moet dus kontrakte so reguleer dat distributiewe geregtigheid verseker word.

Teenstanders van die benadering dat die kontraktereg distributiewe geregtigheid moet dien, is onder andere Professor Jean Braucher.<sup>2</sup> Du Plessis<sup>3</sup> vat die besware van Braucher soos volg saam:

- (1) Die kontraktereg is 'n besondere kru manier om dié doel te probeer bereik. Reëls wat welvaart verdeel vanaf verhuurders na huurders, of van skuldeisers na skuldenaars, sal geensins noodwendig 'n meer regverdige verdeling van welvaart in die samelewing bewerkstellig nie.
- (2) Persone wat nadelig deur 'n *verdelende* reël geraak word, sal so vermoontlik probeer om die koste daarvan op iemand anders oor te dra – selfs op die ander party. Enige oplossing, sê Du Plessis, is dus bloot tydelik.
- (3) Die mate van herverdeling wat tydelike ingryping in die kontraktereg kan vermag om distributiewe geregtigheid te bewerkstellig, is minimaal

---

<sup>1</sup> (1980) Yale Law Journal op 488.

<sup>2</sup> (1988) Boston University Law Review op 349 ev.

<sup>3</sup> *Onbillike kontrakbedinge* 1999 op 83.

– “*peanuts*”, sê Braucher, in vergelyking met die effek van belastings en ander regstellings.

Dit bring my by die vraag: moet distributiewe geregtigheid hoegenaamd 'n doelstelling van die kontraktereg wees? Moet die kontraktereg gebruik word om maatskaplike welvaart en billikheid te probeer bereik?

Selfs die bogemelde vraagstelling blyk alreeds *passé* te wees. In sowel die Europese reg as die Anglo-Amerikaanse reg bestaan uitgebreide reëls met betrekking tot *onbillike kontrakbedinge* en bestaan, minstens in die Europese en die Amerikaanse reg, die beginsel van *goeie trou* oftewel *redelikheid en billikheid* as 'n fundamentele vereiste of regime wat die ontstaan, afdwingbaarheid en omvang van kontraktuele gebondenheid beheers. Gemelde reëls en beginsels hang in 'n mate saam met die ideale van die welvaartstaat oftewel, in Engelse terminologie, *welfarism*. Die idee van beperking van ongebreidelde individualisme en kompetisie, van die verwerping van die fondamente van die klassieke kontrakmodel, en dus die idee van beskerming van die swakkeres, geld vandag in alle ontwikkelde lande.

Hierdie gedagtegang vind mens in die wetgewing van al die bespreekte regstelsels maar ook in die Voorskrif van die Europese Gemeenskap (EC Directive) met betrekking tot *Unfair Terms in Consumer Contracts*<sup>1</sup> wat deur die *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulasies* van 1994<sup>2</sup> geïmplementeer is. In die aanhef (*Recitals*) word verklaar dat:

*“Acquirers of goods and services should be protected against the abuse of power by the seller or supplier, in particular against one-sided standard contracts and the unfair exclusion of essential rights in contracts.”*

---

<sup>1</sup> 93/13/EEC.

<sup>2</sup> SI 1994/3159.

So word die regsbegrippe van onbillike kontrakbedinge (*unfair contract terms*) en gewetenlose bedinge (*unconscionable clauses*) deel van die kontrakereg: begrippe wat in die wilsleer en die klassieke kontrakereg geen plek gehad het nie.

In die twintigste eeu kan die belangrikheid van hierdie wending in die kontrakereg nooit onderskat word nie, en dit word weerspieël deur die ontwikkeling van die begrip van *goeie trou* oftewel *redelikheid* en *billikheid* in die Europese reg en die geleidelike resepsie daarvan in ander regstelsels. Soos hierbo aangetoon is, is die *bona fide*-begrip as 'n allesoorheersende norm op die terrein van kontraktuele gebondenheid reeds deur die Franse Code civil ingevoer en nagevolg deur die Nederlandse BW van 1838. In die negentiende eeu het dié norm egter nie tot sy reg gekom nie, hoofsaaklik weens die sterk invloed van die wilsleer. Maar met die invoering van die Duitse BGB in 1900 en die sterk rol wat die *Treu und Glauben* sedertdien in die Duitse kontrakereg gespeel het, ontwaak die *bona fides* in alle Europese regstelsels as 'n fundamentele maatstaf. Dit kring ook in onlangse tye uit na die Amerikaanse reg, en ook nou na die Engelse reg.

Samevattend: die laaste honderd-en-vyftigjaar sien 'n nuwe kontrakereg ontwikkel. Die wilsleer, die klassieke kontrakmodel, ongebreidelde individualisme en kapitalisme begin plek maak vir 'n nuwe regime, wat gekenmerk word deur gemeenskapsopvattinge dat beheer oor onbillike kontrakbedinge uitgeoefen moet word en dat kontraktuele gebondenheid weliswaar berus op die wil van die partye maar soos bepaal, beperk en aangevul deur die norme van die *goeie trou*, *redelikheid* en *billikheid*.

In daardie sin het die kontrakereg van die twintigste eeu 'n nuwe gedaante aangeneem: dit strew na kontraktuele geregtigheid.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Benewens die bronne hierbo aangehaal, sien ook Roger Brownsword, Geraint Howells and Thomas Wilhelmsson *Between Market and Welfare: Some Reflections on Article 4 of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts* in Chris Willett (ed) *Aspects of Fairness in Contract* Blackstone Press Ltd 1996 op 25 ev.

Gilmore<sup>1</sup> skyn my die essensie van die verandering in die twintigste eeu korrek as volg saam te vat:

*"It seems apparent to the 20<sup>th</sup> century mind, as perhaps it did not to the 19<sup>th</sup> century mind, that a system in which everybody is invited to do his own thing, at whatever cost to his neighbour, must word ultimately to benefit of the rich and powerful, who are in a position to look after themselves and to act, so to say, as their own self-insurers. As we look back on the 19<sup>th</sup> century theories, we are struck most of all, I think, by the narrow scope of social duty which they implicitly assumed. No man is his brother's keeper; the race is to the swift; let the devil take the hindmost. For good or ill, we have changed all that. We are now all cogs in a machine, each dependent on the other. The decline and fall of the general theory of contract and, in most quarters, of **laissez-faire** economics may be taken as remote reflections of the transition from 19<sup>th</sup> century individualism to the welfare state and beyond."*<sup>2</sup>

In die regsliteratuur is verskeie besware al teen die nuwe tendens opgewerp. Die hoofbeswaar is dat die billikheidsnorm onsekerheid sal skep. Is die kontrak, of besondere aspekte daarvan, geldig en afdwingbaar? Hoe kan die regsposisie vasgestel word in so 'n regime? Dié vrae geld veral ten aansien van kommersiële kontrakte.

Oor hierdie kwessie verskil nie slegs teoretici nie, maar ook die howe, veral in die Engelse reg. Die twee standpunte kom skerp na vore in die beslissing in die Kanadese hof in *Hospital Products Ltd v United States Surgical Corp.*<sup>3</sup> Dit het daar gegaan oor 'n kommersiële kontrak. Mason R. verklaar homself

---

<sup>1</sup> *The Death of Contract* 1974 op 95-96.

<sup>2</sup> Ghestin *Traite de Droit Civil* 1980 op 32 ev het dit ook indringend oor *le declin de l'autonomie de la volonte*, met besondere klem op die ongelykheid tussen kontrakterende partye, die opkoms van standaardkontrakte (bl. 40 ev.), die invloed van die openbare belang en goeie trou (bl. 65 ev.) en 'n evolusie in die rol van die staat (bl. 81 ev.).

<sup>3</sup> (1984) 156 CLR 41.

onomwonde ten gunste van die erkenning van billikheidsoorwegings in die kontraktereg, selfs ten aansien van kommersiële kontrakte. Daarenteen het regter Dawson, in sy uitspraak, 'n teenoorgestelde standpunt ingeneem:

“... [to] invoke the equitable remedies in this case would, in my view, be to distort the doctrine and weaken the principle upon which those remedies are based. It would be to introduce confusion and uncertainty into the commercial dealings of those who occupy an equal bargaining position in place of the clear obligations which the law now imposes upon them.”

In die verbygaan kan opgemerk word dat regter Dawson steun op 'n *dictum* van Bramwell LJ in die Engelse saak *New Zealand and Australian Land Co v Watson* wat in 1881 beslis is.<sup>1</sup> Gemelde *dictum* reflekteer 'n opvatting wat eenvoudig net nie meer geld nie, soos Gilmore aangetoon het.<sup>2</sup>

Die oënskynlike teenstelling is dus tussen regsekerheid en billikheid as kontraktuele waardes. Dit is juis hierdie teenstelling wat so duidelik uitgelig word deur Atiyah in sy *From Principles to Pragmatism: Changes in the Function of the Judicial Process and the Law*.<sup>3</sup> Atiyah verwerp die nuwe rigting wat hy as pragmatisme of blote diskresie afmaak, en wat hy sien as 'n verwerping van beginsels. Hy is van oordeel dat dit ook afwyk van die ideaal van gelykberegting (*equality*).

Atiyah se sienswyse is op verskeie gronde weêrlê. Stone<sup>4</sup> meen dat die verskuiwing wat plaasgevind het, nie een is van beginsels na pragmatisme nie, maar van een stel beginsels na 'n ander. Die verskuiwing weerspieël 'n waardeverandering in die gemeenskap. Laasgemelde waardes sal ook mettertyd deur regsbeslissings tot vasstelbare sekerheid uitkristaliseer.

<sup>1</sup> (1881) 7 QBD 374 op 382.

<sup>2</sup> Sien die aanhaling hierbo.

<sup>3</sup> 1978 op 5 ev.

<sup>4</sup> *From Principles to Principles* (1981) 97 LQR 223 ev.

Prof. Kahn-Freund<sup>1</sup> verwelkom die nuwe paradigmatische verskuiwing as 'n weerspieëling van die gemeenskap se aanvaarding van *social welfare* as 'n noodsaaklike doelstelling van regskepping, hetsy deur die wetgewer of die howe.<sup>2</sup>

'n Tweede beswaar teen die nuwe siening is dat dit die wilsleer en sy verskillende fasette bv. kontraktevryheid, die beginsel van *pacta sunt servanda* ondergrawe. Dit skep juridiese en praktiese probleme – meer onsekerheid – oor welke rol die wilsooreenstemming tussen die partye nog speel of kan speel.<sup>3</sup> Die antwoord hierop is dat *consensus* en kontraktevryheid steeds die vertrekpunt is. Gevolg sal gegee word aan die regte en verpligtinge wat kontraktueel geskep is. In 1980 het Lord Diplock in *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd*<sup>4</sup> dié uitgangspunt beklemtoon.

*“[a] basic principle of the common law of contract ... is that parties to a contract are free to determine for themselves what primary obligations they will accept. They may state these in express words in the contract itself, and where they do, the statement is determinative.”*

Die laaste frase in dié *dictum* is ietwat te robuust, want die posisie is dat die *pacta sunt servanda*-uitgangspunt tans slegs gekwalifiseerd geld: dit geld slegs insoverre dit nie deur wetgewing of billikheidsbeginsels getroef word nie.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> (1980) 15 *Journal of the Society of Public Teachers of Law* op 81 ev.

<sup>2</sup> Sien ook die bespreking in DW Greig and JLR Davis *The Law of Contract* The Law Book Co Ltd. Australia Sydney 1987 op 65 ev.

<sup>3</sup> Argument verwoord, maar nie gesteun, deur Greig and Davis *The Law of Contract* 1987 op 66-67.

<sup>4</sup> [1980] AC 827 op 848.

<sup>5</sup> Greig and Davis *The Law of Contract* 1987 op 67.

'n Derde beswaar teen die nuwe rigting is dat dit bots met die ekonomiese teorie van kontraktering, naamlik die *bargain*-teorie “*based upon the maximum freedom of exchange, a freedom which allows supply and demand to place the only limit upon the desire to conduct exchanges of goods and services.*”<sup>1</sup> Die klassieke kontraktereg het aan hierdie ekonomiese siening gevolg gegee, wat die nuwe wending in die kontraktereg nie meer doen nie. Dit is die beswaar.

Die antwoord hierop is dat die klassieke kontraktereg weliswaar die klassieke ekonomiese opvatting gevolg het, maar dat laasgenoemde opvatting eenvoudig net nie meer vandag die werklike waardes of sieninge van die gemeenskap weerspieël nie. Gevolglik het die ekonomiese verklarings van wat in die markplek plaasvind – en dus die ekonomiese teorieë – ingrypend verander. Dit is logies dat die kontraktereg ook moes verander om die verwyf van ontoepaslikheid te vermy.

Die algemene siening is voorts dat die eise wat kontraktante aan mekaar stel, in die twintigste eeu verander het. Veral in langtermyn sakeverhoudings heers 'n gees van meer toeskietlikheid en onderhandelinge, eerder as 'n strenge aandrang op prestasie volgens die letter van die kontrak.<sup>2</sup> Die kontraktereg behoort aan die veranderde ekonomiese realiteite gevolg te gee, en nie vas te klou aan 'n uitgediende ekonomiese model of teorie nie.<sup>3</sup> In die Australiese saak van *Renard Constructions (Me) Pty Ltd v Minister of Public Works*<sup>4</sup> verklaar regter Priestley tereg:

---

<sup>1</sup> Greig and Davis *The Law of Contract* 1987 op 69.

<sup>2</sup> Sien, vir die VSA, Macaulay *Non-contractual Relations in Business* 28 *Am. Soc. Rev.* 1963 op 55; vir Engeland, Beale and Dugdale, *Contracts between Businessmen: Planning and the use of Contractual Remedies* 2 *British Journal of Law and Society* 1975 op 45; Greig and Davis *The Law of Contract* 1987 op 69; Hugh Collins *The Law of Contract* Butterworths London 1997 op 16 ev.

<sup>3</sup> Collins *The Law of Contract* 1997 op 19-20; 28-29.

<sup>4</sup> (1992) 33 *Con LR* 72 op 112-113.

*“People generally, including judges and other lawyers, from all strands of the community, have grown used to the courts applying standards of fairness to contracts which are wholly consistent with the existence in all contracts of a duty upon the parties of good faith and fair dealing in its performance. In my view this is in these days the expected standard, and anything less is contrary to prevailing community expectations.”*

‘n Vierde beswaar teen die nuwe siening is dat dit neerkom op ‘n sosialistiese of *communitarian* politieke filosofie en ‘n verwerping van die markstelsel. Collins<sup>1</sup> meen dat dié beswaar nie opgaan nie:

*“The constitution of the market by reference to these values, as well as the traditional concerns for liberty and competitive markets, merely represents a new understanding of the market order and its justificatory principles, not a wholesale rejection of markets as the most efficient system for the satisfaction of wants.”*

Wie nog aan hierdie nuwe voor-positiewe en positiefregtelike siening van die kontrakinstelling, die onderliggende waardes daarvan en die maatskaplike doel wat dit doen, hoef maar net op die volgende te let: Daar is voorbeelde in die arbeidsreg, die vervanging van die individuele onderhandelingsproses met kollektiewe bedinging en die verplasing van die gemeenregtelike ontslaggronde met die toets van onbillike arbeidspraktyke; in die huurreg, wetgewing wat die inhoud en beëindiging van residensiële huurkontrakte voorgeskryf; op gebied van verbruikerskontrakte, wetgewende ingrepe wat verbruikers beskerm, o.a. in verband met krediettransaksies en standaardkontrakte, die statutêre reëling van versekeringskontrakte e.d.m.

---

<sup>1</sup> *The Law of Contract* 1997 op 29.



## Samevattend

Die voor-positiewe instelling (konvensie, meganisme) van die aangaan van ooreenkomste, dit wil sê *consensus*-bereiking, van alle soorte, soos koop, ruil, huweliksluiting, pandgewing, e.d.m., het ontstaan en bestaan steeds vanweë die *realiteit* aan die groot en uitdeinende behoefte aan so 'n meganisme. Dit volg uit die aard van die saak dat *consensus* die eerste en basiese kenmerk van dié instelling is en altyd sal wees. Die inhoud en omvang van dié instelling word bepaal deur voor-positiewe waardes wat berus op gemeenskapswaardes soos dit voorkom op talle lewensterreine: politiek, maatskaplike behoeftes, ideologieë, die handelsverkeer, religie en les bes die bestaande reg self. Die waardes en dus die inhoud en beeld van 'n kontraktereg-stelsel verander van tyd tot tyd soos wat die betrokke gemeenskapswaardes verander. Die reg, soos verwoord deur die wetgewer en die howe, behoort daaraan gevolg te gee indien dit hoop om legitimiteit in die oë van die gemeenskap te behou. In Suid-Afrika verg dit 'n nuwe benadering deur ons howe, weg van die negentiende eeuse wilsleer na 'n maatskaplike-sensitiewe geregtigheidsmodel.

Die tweede vraag hierbo gestel kom nou onder die loep.

### **2.2 Kan daar kontraktuele gebondenheid wees in die afwesigheid van *consensus*? Skynverwekking, *alias* die vertrouensbeginsel, as grondslag van kontraktuele gebondenheid**

Soos blyk uit die ondersoek van die positiewe reg van regstelsels hierbo bespreek, moet die vraag onomwonde positief beantwoord word. *Estoppel*, vertrouensbeskerming en die *justus error-benadering*, die gevolge van die oplossing van die *dissensus*-probleem, die reëls van uitleg en aanvulling bewys dat daar in die kontraktereg, meer bepaald oor die vraag na die ontstaan en omvang van kontraktuele gebondenheid ander kragte aan die werk is as bloot die wil of *consensus*-bereiking.

Daarmee dan ook die einde van die wilsteorie, insoverre dié teorie alle ander grondslae van kontraktuele gebondenheid ontken.

Die ondersoek van die positiefregtelike reëls bewys dat kontraktuele gebondenheid ook kan ontstaan, in die afwesigheid van *consensus*, daar waar een van die partye deur sy optrede (woorde, gedrag) die valse skyn van *consensus* laat ontstaan het. Onder bepaalde omstandighede word hy of sy aan daardie skyn gebonde gehou, sodat 'n kontrak tot stand kom soos die “onskuldige” dit ingesien het.

Dit sien mens veral by die oplossing van die *dissensus*-probleem. Of 'n mens dié verskynsel *estoppel* of vertrouensbeskerming noem, die beginsel is universeel. Dit moet van meet af aan beklemtoon word dat gebondenheid wat weens die werking van die vertrouensleer ontstaan, nie uit 'n tweesydige regshandeling (soos *consensus*-bereiking) voortvloei nie, maar weens die eensydige verklaring van een van die partye. Dit is veral Van Dunné<sup>1</sup> wat tereg dié punt beklemtoon.

Die vertrouensleer – gebondenheid weens valse skynverwekking – is verbinteniskeppend. Maar is dit ook *kontrakskeppend*? Met ander woorde: is valse skynverwekking 'n grondslag van *kontraktuele gebondenheid* in teenstelling byvoorbeeld met deliktuele aanspreeklikheid?

In sommige regstelsels werk skynverwekking in die konteks van kontraksluiting (as aan al die ander vereistes, bv. skuld en nadeel voldoen is) as *grondslag van kontraktuele gebondenheid*. 'n Kontrak kom tot stand soos die vertrouende die handeling van die skynverwekker ervaar het. Dit is die posisie in Nederland, in die Anglo-Amerikaanse reg weens die sg. objektiewe benadering en *estoppel*, en die Suid-Afrikaanse reg weens die werking van konstruktiewe konsensus. In Duitsland daarenteen, dien sodanige skynverwekking slegs as *grondslag van deliktuele aanspreeklikheid*, met ander woorde daar is slegs 'n aksie om vergoeding van skade.

---

<sup>1</sup> *Verbintenissenrecht in ontwikkeling* 1985 op 5 en weer op 75 ev.

Indien mens heeltemal dogmaties en sisteem-gebonde na dié kwessie kyk, kan die standpunt van *kontraksgebondenheid* gekritiseer word. Uit gemelde oogpunt is daar meriete in die standpunt dat dit hier gaan om 'n vorm van deliktuele gebondenheid weens valse skynverwekking; dat skadevergoeding die teleurgestelde kan en moet vergoed; en dat dit 'n blote fiksie en ontoelaatbare sprong is om 'n kontrak te konstrueer, waar laasgenoemde regsinstelling juis op die idee van werklike konsensus gebou is. Dit is dan ook die argument van die Duitse reg, van NJ van der Merwe<sup>1</sup> en Zwitter<sup>2</sup> en, les bes, van Hugo de Groot.<sup>3</sup>

Maar die voorstanders van die *kontrakskonstruksie* verlaat hul op die *praktiese doelmatigheid* van dié resultaat. Nikolaus Gundling het in 1724<sup>4</sup> al duidelik die argument ten gunste van deliktuele aanspreeklikheid ingesien, maar kragtig gepleit vir kontraktuele gebondenheid: Hy, wat aan 'n ander verlies berokken, is verplig om die ander skadeloos te hou. Die skade kan beter of makliker of vinniger en sonder omhaal vergoed of gedelg word indien die kontrak in stand gehou word en nie vernietig word nie. Op hierdie wyse is daar weliswaar geen *consensus direct* te vinde nie, maar wel 'n *obligatio ad contractum servandum*. Dat die kontrak in stand gehou moet word, is te vinde in die *obligatione damni avertendi*. Die natuurlike *wette* vereis dat alle ooreenkomste of handeling met die grootste versigtigheid uitgevoer moet word. Dit is die rede waarom die ou juriste bevind het dat alle nalatigheid aan 'n delik gelykstaan. Hy wat egter, wanneer hy handel en ooreenkom met 'n ander, van daardie pligte afwyk, kan geensins vereis dat die reg hom bystaan nie of dat die handeling nie geldig moet wees nie, met dien verstande dat hy nalatig was en aldus die dwaling nie verhoed het soos hy moes nie. Die gebod om nie skade te veroorsaak nie, sou kragteloos wees, indien hy wat

---

<sup>1</sup> Hierbo.

<sup>2</sup> Hierbo.

<sup>3</sup> Hierbo.

<sup>4</sup> *Gundlingiana*, deel. 33.

my skade berokken het, nie verbind sou wees om in te staan vir die verpligtinge wat voortspruit uit die instandhouding van die kontrak nie.<sup>1</sup>

Praktiese oorwegings, die vereistes van regsekerheid en betekenisvolle erkenning van die waarde van vertrouensbeskerming is, eweseer as dogmatiese suiwerheid, belangrike beleidsoorwegings in die reg.<sup>2</sup> Juis om hierdie rede kan mens nie hier dogmaties kant kies vir die een of die ander standpunt nie. Die insig dat skynverwekking as bron van kontraktuele gebondenheid kan dien, verg verdere ontleding.

### **Skynverwekking as wanvoorstelling**

Die term skynverwekking hou reeds in dat mens hier met voorstelling te doen het, die waarheid waarvan later deur die verklarende party ontken word. Die toepassing van die vertrouensleer – byvoorbeeld *estoppel by misrepresentation* – is dan ook 'n remedie weens die wanvoorstelling van die ander party.

Op die terrein van ondersoek, word die vertrouensleer by *dissensus*, by *uitleg* en by sommige gevalle van aanvulling *aanvulling* toegepas. Ek het gepoog om aan te toon dat daar in elkeen van hierdie drie probleemgevalle *voorstellings* of *wanvoorstellings* van die wil was. Regstegnies kan die vertrouensleer dus tereg hier toegepas word.

Die vertroude, ten einde beskerm te word, moet volgens alle regstelsels 'n *geregverdigde vertroude* wees. Dit is voor die hand liggend. Uit die reëls, dat gelet word op die verantwoordelikheid van die verklarende vir die skep van 'n

---

<sup>1</sup> Van Dunné, *Verbintenissen recht* 1985 op 76, wat gebondenheid aan die afgelegde verklaring koppel, voer nogtans aan dat die term ooreenkoms nogtans aan die resulterende verhouding gekoppel kan word "... zij het dat daarmee geen rechtshandeling, maar uitsluitend een rechtsverhouding aangegeven wordt".

<sup>2</sup> Sien Smits *Het Vertrouwensbeginsel* 1995 op 64, 85, 97 JM van Dunné, *Rechtzekerheid en Billijkheid: een jachtlustige tweeling*, in *Nederlandse Juristen Blad* 1993 op 960 en die proefskrif van JM Barendrecht *Recht als model van rechtvaardigheid* diss. Tilburg 1992 Deventer 1992 in geheel.

vertroue, welke vertroue geregverdig moet wees, lei Hesselink<sup>1</sup> die volgende stelling af:

*“De rechtvaardiging voor de bescherming van het vertrouwen van de geadresseerde is gelegen in de verantwoordelijkheid van de verklarende voor zijn verklaring.”*

*Hierdie stelling is fundamenteel tot die begrip van die grondslag van die vertrouensleer in welke regstelsel ookal. Die rede waarom die verklaarder gebonde gehou word aan die objektiewe betekenis van die verklaring is omdat daar op enige verklaarder 'n sorgvuldigheidsplig rus – hy of sy moet hul verklarings maak in ooreenstemming met die korrekte, objektiewe betekenis wat die reg aan hul woorde sal heg. Die verklaarder is verantwoordelik – en word gebonde gehou – as hy 'n verkeerde wilsverklaring maak, dit wil sê een wat óf nie sy ware wil weerspieël nie (by dissensus) óf wat afwyk van die korrekte, objektiewe betekenis van dié verklaring.*

'n Goeie illustrasie van die toepassing – of nie-toepassing by uitleg van die vertrouensleer word deur Hesselink<sup>2</sup> ontleen aan 'n voorbeeld wat Rudolf von Jhering geskets het. 'n Regsstudent het gedurende sy studiejare 'n mooi menukaart in 'n restaurant gesteel. Tien jaar later pla sy gewete hom en hy laat die menukaart ongemerk op 'n tafel in die restaurant. Die volgende gas aan dié tafel bestel op grond van dié menukaart, verheug oor die lae pryse, 'n uitgebreide maaltyd. Hy kry later die rekening en sien met 'n skok dat dit dubbel so hoog is as wat hy verwag het. Volgens die Vastelandse insigte is dit die klant wat die aanbod gemaak het en wel teen die pryse aangedui op die spyskaart. Die restauranteienaar het dié aanbod aanvaar, onbewus van dié spyskaart, volgens die heersende pryse. Hoe word dié probleem opgelos? Hieroor verskil die regsgeleerdes, maar die vraag is uiteindelik,

<sup>1</sup> *Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 148.

<sup>2</sup> *Redelijkheid en Billijkheid* 1999:148.

volgens Hesselink<sup>1</sup> waar die verantwoordelikheid vir die valse indruk by die restaurant-eienaar lê. Is dit omdat hy die valse spyskaart nie raakgesien en verwyder het nie – of is dit omdat die klant 'n bestelling gegee het terwyl hy moes vermoed het, weens die lae pryse, dat daar waarskynlik fout is? In beide gevalle word daar dus gevra: wie het die wilswanvoorstelling wat die *causa causans* van die *dissensus* is, gemaak?

### **Samevattend ten aansien van die vertrouensbeginsel:**

Die vertrouensbeginsel is daardie beginsel waarvolgens een van die betrokke partye 'n handeling verrig het (hetsy dit 'n positiewe dadigheid, 'n stilswye of 'n *omissio* is) waardeur 'n vertrouwe by die ander party verwek is dat eersgenoemde toestem tot die terme van 'n kontrak soos deur die ander party, as 'n redelike kontrakparty verstaan is, inagnemende die konteks waarin die handeling plaasgevind het en die bestaande raamwerk van regsbeginsels, dit wil sê die konvensie van kontraktering. Die vertrouewekker word aan die skyn gebonde gehou, sodat 'n kontrak tot stand kom soos die ander party dit verstaan het en redelikerwys kon verstaan het.

Hierdie beginsel is die grondslag en regverdiging van die reëls ten aansien van *dissensus*, uitleg en aanvulling in die Anglo-Amerikaanse reg, die Suid-Afrikaanse reg en die Nederlandse reg, en van uitleg en aanvulling in die Duitse reg. In laasgemelde stelsel gee die vertrouensbeginsel by *dissensus* nie tot die ontstaan van 'n kontrak aanleiding nie, maar tot 'n deliktuele eis om skadevergoeding.

Samevattend kan dus gesê word: In ons reg, soos in die ander hierin-ondersoekte regstelsels (behalwe die Duitse reg waar vertrouensbeskerming die vorm van deliktuele aanspreeklikheid aanneem) is beskerming van die redelike vertrouwe wel 'n aanvullende *ratio* van kontraktuele gebondenheid. Die *ratio* daarvoor is dat een van die partye, deur 'n verbreking van sy of haar *sorgvuldigheidspilig*, 'n valse skyn van sy of haar toestemming tot die ontstaan

---

<sup>1</sup> *Redelijkheid en Billijkheid* 1999 op 149.

of betekenis of omvang en inhoud van die ooreenkoms by die ander party verwek het. Dit kan dus met reg gesê word dat die konvensie van kontraktering – dit wil sê die onderliggende waardes wat die positiewe reg insake kontraktuele gebondenheid onderlê, *consensus* as die fondament van kontraktering erken en beskerm omdat dit so natuurlik, so uit die aard van die saak, *ex necessitate* voortvloei, dat dit nooit ontken kan word nie. Daarbenewens word die *vertroue* van die ander party ook beskerm, en wel omdat dit as beskermingswaardige waarde geag word. Die voorwaardes waaronder die *vertroue* beskerm word, mag wel van land tot land verskil, asook die omvang en vorm van beskerming, maar niemand kan meer vandag twyfel dat dit in al die ondersoekte stelsels 'n regtens-erkende waarde is nie.

Dit beteken, volgens my siening van die struktuur van die privaatreë, dat die reëls van die positiewe reg in die ondersoekte stelsels die *vertroue* as regsbeskermdede-belang en -waarde erken. Dié reël is gegrondves, uiteindelik, op voor-positiewe waardes van die betrokke gemeenskappe wat op hierdie terrein 'n algemene Westerse waarde geword het.

Dit sal onthou word dat beskerming van die *vertroue* oorspronklik nie deel van die oud-Griekse of oud-Romeinse reg was nie. Vir die Grieke was misleiding deel van die spel – vgl. die Trojaanse-perd episode en die sluwe optredes van Odusseus, wat as heldade beskou is. In die oud-Romeinse tyd het *dolus*, buite die gebied van die *bonae fidei indicia*, geen invloed op die transaksie gehad nie. Slegs later is 'n aksie en eksepsie verleen.<sup>1</sup> Die begrip *dolus* het self 'n uitbreiding en verbreking ondergaan. Die basis van aanspreeklikheid was geleë in die voor-positiewe waardes van die Romeinse gemeenskap:

*“Dolus, in classical Roman law, always retained an element of moral disapproval. A person charged with dolus had not necessarily employed deceit and trickery, but had infringed one of the standard principles by which to conduct an honest life: fidelity. He had behaved in a manner in which a good Roman ought not to have*

---

<sup>1</sup> Zimmermann *Obligations* 1991 op 663-664.

*behaved, and had thus departed from the premises and ethical precepts of the mores maiorum.*"<sup>1</sup>

Dit is vandag nog die siening dat dit reg en billik is dat vertrouensskending deur wanvoorstelling gestraf moet word.

Oor die leerstuk van *estoppel by representation*, wat juis hier ter sprake kom in eie gedaante of in aanverwante vorm, is daar in die Engelse reg talle uitsprake wat die billikheidsgrondslag van die remedie beklemtoon. Die leerstuk is al deur Lord Blackburn as *the very essence of justice* beskryf<sup>2</sup> en deur Lord Wright as 'n *beneficial branch of law* in 'n uitspraak waarin hy met goedkeuring verwys na 'n stelling van Sir Frederick Pollock wat *estoppel* beskryf as *a simple and wholly untechnical conception, perhaps the most powerful and flexible instrument to be found in any system of court jurisprudence*.<sup>3</sup> Spencer, Bower en Turner<sup>4</sup> verwys na talle uitsprake wat die deugde van *estoppel by representation* aanprys, in terme wat verwys na die *justice* daarvan en dat die leerstuk gebaseer is op *natural equity, good sense, good faith, common sense, common justice, morality, fairness, wholesomeness*, ens.

Terwyl die positiewe reg in baie regstelsels, byvoorbeeld Nederland (die wilsvertrouensleer), die Engelse reg (*estoppel* en die objektiewe benadering) en die Suid-Afrikaanse reg (soos die Engelse reg) *vertrouensbeskerming* wel as grondslag van kontraktuele gebondenheid erken en alledaags toepas, is daar teoretici wat dit betwis.

---

<sup>1</sup> Zimmermann *Obligations* 1991 op 668-669.

<sup>2</sup> *Burkinshaw v Nicholls* (1878) 3 App Cas 1004 HL op 1026.

<sup>3</sup> *Canada and Dominion Sugar Co Ltd v Canadian National (West Indies) Steam Ships Ltd* (1947) AC 46 op 55.

<sup>4</sup> *The Law Relating to Estoppel by Representation* 2e uit. Butterworths Londen 1966 op 19.



Diegene wat ontken dat die vertrouensbeginsel die potensiaal het om verbintenisskeppend te wees, is myns insiens verkeerd.

Die fout wat hulle maak, is om die *handelingselement* in die konstruksie van die vertrouensleer mis te kyk. Die sleutel tot die ontrafeling is juis om by dié element te begin, soos wat in die Anglo-Amerikaanse en die Suid-Afrikaanse reg gedoen word. Soos meermale uitgewys, het regter Blackburn in *Smith v Hughes*<sup>1</sup> verklaar:

*“If whatever a man’s real intention may be, he so **conducts** himself that a reasonable man would believe that he was assenting to the terms proposed by the other party, and that other party upon that belief enters into the contract with him, the man thus **conducting** himself would be equally bound as if he had intended to agree to the other party’s terms.”* (My beklemtoning).

En in *Ireland v Livingston*<sup>2</sup> verklaar Lord Chelmsford:

*“Now it appears to me that if a principal **gives an order** to an agent in such uncertain terms as to susceptible to two different meanings, and the agent bona fide adopts one of them and acts upon it, it is not competent to the principal to repudiate the act as unauthorised because he meant the order to be read in the other sense of which it is equally capable. It is a fair answer to such an attempt to disown the agent’s authority to tell the principal that the departure from his intention was **occasioned** by his own fault, and that he **should have given** his order in clear and unambiguous terms.”* (My beklemtoning.)

Hierdie beslissings reflekteer die *ratio* van die vertrouensbeginsel in die Anglo-Amerikaanse en Suid-Afrikaanse reg en sekerlik ook die gedagte agter die Vastelandse vertrouensleer. Dit begin by die regte plek: die *handeling*

---

<sup>1</sup> (1871) LR QB 597.

<sup>2</sup> (1871) LR 5 App Cas 295.

waarvoor die een party verantwoordelik gehou word. In hierdie verband is Van Dunné<sup>1</sup> ongetwyfeld ook korrek, waar hy toerekening telkens terugvoer na toerekening van gevolge volgens regsnorme aan die *handeling* van 'n persoon. Want selfs in die Vastelandse reg kan nie ontken word nie dat 'n handeling wat as sosiaal-inadekwaat, of onbehoorlik of onregmatig aangemerkt word, verbintenisskeppend is. Die Vastelandse reg, net soos die Engelse en Suid Afrikaanse reg, erken ook immers die sosiaal-inadekwasië of onbehoorlikheid of onregmatigheid van 'n wanvoorstelling, en gevolglik as verbintenisskeppend.

So gesien, is die vertrouensleer 'n leerstuk wat gevolge koppel aan 'n *handeling* van een party waardeur 'n bepaalde skyn geskep is en as gevolg waarvan 'n vertrouwe by 'n ander party verwek is. Die regsgevolge wat die leerstuk beoog, is om dié vertrouwe te beskerm, met ander woorde die skynverwekker aan sy daad gebonde te hou. Tereg dus EM Meijers:<sup>2</sup> *“Hij, die een verklaring van een ander ontvangen heeft, mag zich houden aan datgene, wat een normaal mensch onder de gegeven omstandigheden in goed vertrouwen en op redelijke gronden als den zin van die verklaring moest aannemen; de verklarende partij kan zich er daarentegen niet op beroepen, dat hij met zijn verklaring een andere bedoeling heeft gehad.”*

En om, soos Smits poog om te doen, aan te voer dat die verwekte maar gefrustreerde vertrouwe nie verbintenisskeppend is nie, omdat dit nie skerp *criteria* daarstel nie, is nie alleen 'n ontkenning van die positiewe reg (soos so pas uitgewys) nie, maar is 'n verwyte wat dan teen die hele verbintenisreg ingebring kan word. Wanneer is daar *consensus*? Wanneer is handeling onregmatig? Wanneer is verryking ongeregverdig?

---

<sup>1</sup> *Verbintenissenrecht* 1985 op 75-89 en weer op 200-210.

<sup>2</sup> *De Grondslag der Aansprakelijkheid bij Contractueele Verplichtingen* in sy *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* derde deel *Verbintenissenrecht* Universitaire Pers Leiden Leiden 1955 op 81.

### 3. Gevolgtrekkinge

1. Die instelling van die kontrak as middel waarmee goedere en dienste vreedsaam bekom kan word en die erkenning deur die reg, onder bepaalde voorwaardes, van die wedersydse gebondenheid van die party aan die kontrak, word tans as vanselfsprekend aanvaar. Daar is egter 'n hele aantal tegniese probleme rondom die totstandkoming van 'n kontrak wat dieper ontleding verg, onder andere *dissensus*, uitleg, aanvulling en derogering.
2. So 'n ontleding lei uiteindelik tot die kernvraag: wat is die grondslag of fondament van kontraktuele gebondenheid – en, waarom is dit die grondslag. Dit lei tot 'n soektog na die waardes wat gemelde grondslag laat ontstaan het en dit in stand hou.
3. Dit blyk dat reeds vir 'n paar eeue lank twee grondslae van kontraktuele gebondenheid aangewys kan word. Die eerste is die oerbegrip van kontrak as die produk van wilsooreenstemming; die tweede is die siening van kontrak as meganisme om die vertrouwe van een van die partye te beskerm, alhoewel daar in die bepaalde geval nie wilsooreenstemming was nie. Teoretici het die eersgenoemde grondslag as die wilsleer aangemerkt en laasgemelde as die vertrouensleer.
4. Die *consensus*-grondslag het in sy oorsprong ontstaan uit voorpositiewe, maatskaplike behoeftes en waardes wat geboorte gegee het aan 'n konvensie dat individue met mekaar kan en mag kontrakteer en dat die gemeenskap die verbreking van so 'n ooreenkoms sal bestraf. Mettertyd is dié maatskaplike konvensie gepositiewer in die positiewe reg van talle stelsels, en word dit 'n juridies-afdwingbare instelling. Dit vorm tot die huidige nog die basiese grondslag van kontraktuele gebondenheid. Elke gemeenskap het op sy eie tyd en manier talle regsreëls en norme rondom die kontrakinstelling ontwikkel, wat almal

ontstaan het uit en gebou is op die waardes van die betrokke gemeenskap.

5. Maar wat agter die kontrakinstelling en kontraktuele gebondenheid lê, is 'n ingewikkelde patroon van maatskaplike waardes, wat in afwisselende mate juridiese erkenning geniet. Die mees basiese waarde wat juis tot die kontrakinstelling gelei het en die kontraktereg tot vandag toe rig, is die erkenning van die outonomie oftewel die selfbeskikkingsreg van die individu. Hieruit volg waardes soos wedersydse vertroue, getrouheid van die gegewe woord, eerlikheid, billikheid en regverdigheid – waardes wat vir die volkome mens geld en van hom of haar geverg kan word. Dit is hierdie waardes wat vandag nog die kleur en karakter van enige kontrakteregstelsel bepaal.
6. Die erkenning van die selfbeskikkingsreg van die individue plaas hom of haar natuurlik in 'n baie sterk posisie, onder andere om vryelik doenig te wees op ekonomiese en handelsterrein deur alle soorte onderhandelinge te voer en kontrakte te sluit. Die teenkant van die selfbeskikkingsreg moet noodwendig wees dat die handelende persoon moet instaan en verantwoordelikheid neem vir die nadeel wat uit sy handeling voortvloei. Dit word reeds vir baie eeue op die gebied van die strafreg en deliktereg erken. Spore van hierdie verantwoordelikheid op gebied van die kontraktereg tref ons reeds in die Romeinse tyd aan, onder die reël *contra stipulatorem interpretande est* – 'n kontrak moet uitgelê word teen die persoon wat dit opgestel het. Teen die sestiende eeu tref ons dieselfde gedagte aan in die Romeinse Hollandse reg, onder andere by De Groot, Cos en Brouwer, wat diegene wat 'n valse skyn van *consensus* geskep het, daaraan gebonde hou. Teen die sewentiende en agtiende eeu word hierdie opvatting gemeengoed in Wes-Europa en vind dit neerslag in sommige van die kodifikasies.
7. Kontraktuele gebondenheid aan 'n valse skyn van instemming is deel van ons reg en het stukrag gekry uit die Engelsregtelike beginsels van

*estoppel by misrepresentation*. Die moderne teorie verwys na hierdie grondslag as die verouwensteorie, omdat dit gemik is op die beskerming van die verouwen van die teenparty. In hierdie gevalle val die klem dus op die waarde wat die gemeenskap op die verouwen van die teenparty plaas – die teenprestasie wat die outonomie-beginsel van die handelende party eis.

8. Die twee grondslae van kontraktuele gebondenheid – *consensus* en verouwen – staan nie in botsing teenoor mekaar nie, maar geld *in tandem*: in daardie gevalle waar *consensus* nie die antwoord op die probleem bied nie, tree verouwenbeskerming na vore.
9. Dit kan gesê word dat ons 'n harmonieuse grondslagstelsel ontwikkel het wat betref die grondslag van kontraktuele gebondenheid. Die hoop word uitgespreek dat die siening en die beklemtoning van die belangrikheid om deurgaans op die onderliggende waardes te let wat hierin verdedig is, ook sal lei tot 'n maatskaplik-sensitiewe kontrakmodel in ons land en ons sal stuur na 'n posisie waar kontraktuele geregtigheid tot sy volle reg kom.
10. Kontraktuele geregtigheid word nie alleen bevorder deur gesonde insigte in die grondslag van kontraktuele gebondenheid nie, maar ook om erkenning te gee aan die dinamiese rol wat die openbare beleid, openbare belang, die goeie sedes en die goeie trou speel in die gedurige aanpassing en uitbreidings van reëls en norme op gebied van die kontraktereg.

~~~ o0o ~~~

## BRONNELYS

AAFTINK HAM Afstand van vermogensrechten dissertasie Kluwer Deventer 1974 ... 500, 502

ABAS P Beperkende werking van de goede trouw proefschrift Kluwer Deventer 1972 ... 505

AMOS MS en WALTON FP Introduction to French Law Clarendon Press Oxford 3e uitgawe 1967 ... 126, 127, 130, 396, 397

ANSON WR Anson's Law of Contract. 28ste uitg (Red) Beatson J Oxford University Press Oxford 2002 ... 166, 171, 193, 319, 320, 321, 322, 423, 596

ASSER C Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Verbintennissenrecht, deel II Algemene Leer der Overeenkomsten 11e druk Tjeenk Willink Deventer bewerk deur AS Hartkamp 2001 ... 8, 9, 10, 137, 138, 139, 140, 142, 313, 315, 316, 346, 347, 400, 401, 402, 403, 502, 505

ATIYAH PS An Introduction to the Law of Contract 4e uitg Clarendon Press Oxford 1989 herdruk 1995 ... 174, 179, 180

ATIYAH PS Essays on Contract Clarendon Press Oxford 1986 herdruk 1990 ... 1, 2, 3, 4, 5, 174, 474, 730, 577

ATIYAH PS Promises, Morals and Law Clarendon Press Oxford 1981 ... 620-629

ATIYAH PS The Rise and Fall of Freedom of Contract Clarendon Press Oxford 1979... 166, 173, 174, 175, 176, 177

BAKER JH Introduction to English Legal History 4e uitg Butterworths London 2002 ... 166

BARENDRECHT JM Recht als model van rechtvaardigheid dissertasie Kluwer Deventer 1992

BEALE Hartkamp Kötz en Tallon Cases Materials and Text on Contract Law Hart Publishing Oxford 524 ... 411, 423

BEATSON J en FRIEDMANN D Good Faith and Fault in Contract Law Clarendon Press, Oxford 1995 ... 403, 416, 429, 432

BIX BH Natural Law The Modern Tradition in Coleman J en Shapiro S The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law Oxford University Press Oxford 2002 ("The Oxford Handbook")

BLACKSTONE W Commentaries on the laws of England Strahan London 1791 ... 179

BOTHA AD Die exceptio doli generalis in die Suid-Afrikaanse reg proefskrif UOVS 1981 ... 389, 390, 452-454

BROUWER H De Jure Connubiorum Casparum Commelinum Amsterdam 1665 ... 119, 120

BROWNSWORD R Contract Law Cooperation and Good Faith the Movement from Static to Dynamic Market Individualism in Deakin SF en Michie J (reds) Contracts Co-operation and Competition 1997 ... 416

BROWNSWORD R HIRD NJ en HOWELLS G Good Faith in Contract: Concept and Context (1999) ... 213, 467

BRUNNEMAN J Commentarius in pandectas 4e uitg Frankfurt 1692

BUCHANAN J Positive Economics Welfare Economics and Political Economy Richard McKenzie (red) Health & Co Lexington 1984 ... 649, 670

BURROWS P en VELJANOVSKI CB The Economic Approach to Law Butterworth London 1981 ... 641

CALAMARI JD en PERILLO JM The Law of Contracts 2de uitg West Publishing Co St. Paul Minn 1977 ... 430, 431

CARBONNIER Droit Civil IV Les Obligations 17e uitg Parys 1993 ... 312

CHESHIRE GC FIFOOT CHS en FURMSTON MP Law of Contract Butterworths Londen 14e uitg 2001 ... 14, 166, 167, 171, 174, 177, 178, 180, 193, 194, 195, 196, 198, 199

CHITTY on Contracts 28e uitg Sweet en Maxwell Butterworths Londen 1999 bewerk deur HF Beale ... 193, 596, 602, 608, 609, 611, 678

CHRISTIE RH The Law of Contract in South Africa Butterworths Durban 2001 ... 215, 217, 246, 360, 361, 362, 367, 368, 370, 422, 423, 424, 459, 602, 603, 604, 611, 702, 730

COLEMAN J Second Thoughts and Other First Impressions Clarendon Press Oxford 1998 ... 42

COLLINS H The Law of Contract 3e uitg Butterworths Londen 1997 ... 175, 325, 337, 416, 417, 596, 717

COREN J Observationes Arnoldum Meuris Hagae Comitibus 1633 ... 112, 114

CORNELIUS SJ The Principles of the Interpretation of Contracts in South Africa Butterworths Durban 2002 ... 326, 702

CORNELIUS SJ The Principles of the Interpretation of Contracts in South Africa proefskrif Universiteit van Pretoria 1999 ... 326, 340, 462

CROSS AND TAPPER on Evidence 8e uitg 1995 ... 319

DAVID R en BIERLY JEC Major Legal Systems in the World Today Stevens and Sons Londen 1978 ... 19

DEATH OF CONTRACT skool en aanhangers ... 718-720

DE GROOT H De iure belli ac pacis Schoonhoven Traiecti ad Rhenum 1773 ... 107, 112, 117

DE GROOT H Inleidinge tot de Romeinsch-Hollandse Recht ... 112, 113, 116, 117, 571

DEVLIN PB The Enforcement of Morals Oxford University Press London 1965 ... 323



DE VOS W Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse reg. 3e uitg Juta Kaapstad 1987 ... 115

DE WET JC en VAN WYK AH Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg 5de uitg Butterworths Durban 1992 ... 13, 72, 73, 217, 220, 265

DE WET JC Dwaling en Bedrog by die Kontraksluiting Annale van die Universiteit van Stellenbosch 1943 ... 11, 12, 13, 241, 261, 284, 669, 770, 671, 672

DE WET JC Estoppel by Representation in die Suid-Afrikaanse reg Proefskrif Sijthoff Leiden 1939 ... 121

DIEPHUIS G Het Nederlandsch Burgerlijk Recht Tiende Deel Verbintenissenrecht Wolter Groningen 1886 ... 711

DIESELHORST M Die Geschäftsgrundlage in der neuen Rechtsentwicklung U Imkmenga O Schwartz & Co. Göttingen 1980 ... 511

DIESELHORST M Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen Böhlau Verlag Köln 1959 ... 102, 104, 105, 108, 511

DIOSDI G Contract in Roman Law from the Twelve Tables to the Glossators Akadémiai Kiado Budapest 1981 ... 75, 88

DU PLESSIS JE Onbillike kontraktsbedinge uit Ekonomiese Perspektief LLM-verhandeling Stellenbosch 1990 ... 483, 731, 732, 733

DU PLESSIS LM Regsteorie in praktyk, regspraktyk in teorie en regsopleiding Potchefstroom 1981 ... 392

DU PLESSIS LM Regswetenskaplike variasies op filosofiese temas Pro Rege Pers Potchefstroom 3e uitg 1986 ... 18

DU PLESSIS SJ Die Begrippe Openbare Beleid en Openbare Belang as Kriterium vir Kontraktuele Geregtheid Doktorale Proefskrif Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys 1999 ... 404, 405, 442, 445, 446, 447, 449, 462, 472, 480, 482

DWORKIN R Life's Dominion - an argument about abortion and euthanasia Harper Collins Publishers London 1995

DWORKIN R Law's Empire Fontana London 1986 ... 41, 45

EBKE WF en STEINHAEUER BM The Doctrine of Good Faith in German Contract Law in Beatson en Friedmann (reds) Good Faith and Fault in Contract Law Clarendon Press London 1975 ... 409

EICHLER H Die Rechtslehre vom Vertrauen Mohr Tübingen 1950 ... 499

ENNECCERUS L Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Ein lehrbuch. HC Nipperdey (Enneccerus-Nipperdey) Tübingen 1950

EPSTEIN DG en MARTIN JA Basic Uniform Commercial Code – Teaching Materials West Publishing Co St. Paul Minn 1977 ... 431

ERMAN W Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 1e band 8e uitg Aschendorff Münster 1989 ... 153, 154, 156, 159, 160, 161, 163, 164, 165

FABER DANIEL A Contract Law 1983 ... 650

FARLAM IG en HATHAWAY EW Contract cases materials and commentary 3de uitg Lubbe GF en Murray CM Juta Kaapstad 1988 ... 216, 217, 266, 334, 335, 362, 367, 437, 443, 459, 680

FARNSWORTH EA Contracts Little Brown & Co Boston 2e uitg 1990 ... 166, 167, 178, 659

FEENSTRA R en AHSMANN M Contract: Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief Kluwer Deventer 1988 ... 90, 99, 100, 102, 107, 571

FEENSTRA R en ZIMMERMANN R Das römisch-holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17 und 18 Jahrhundert Duncker und Humblot Berlin 1992 ... 90

FEINMAN JM Perspectives of Critical Contract Law Wilhelmson Aldershot Dartmouth 1993 ... 654-655

FERID M Das Französische Privatrecht Metzner Frankfurt 1971 ... 129, 131, 309, 311

FÈVRIER-BREED PF A Critical Analysis of Mistake in South African Law of Contract Universiteit van Pretoria 1991 ... 81, 82, 86, 675-677

FIFOOT CHS History and Sources of the Common Law Stevens London 1949 ... 166, 167, 168, 169, 170, 171, 183, 597,598, 599

FIKENTSCHER W Schuldrecht De Gruyter Berlyn 1997 ... 347, 405, 406

FINNIS J Natural Law New York University Press New York 1991 ... 42

FINNIS J Natural Law and Natural Rights Clarendon Press Oxford 1980 ... 42

FINNIS J Natural Law: The Classical Tradition in Coleman J en Shapiro S The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law Oxford University Press Oxford 2002 ... 42

FLUME W Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Springer-verlag Berlin 1965 (herdrukke 1979 en 1992) ... 711, 715, 558, 560, 561, 562

FREY AD en MORRIS CW Rights and remedies in a consent theory of contract in liability and responsibility Cambridge University Press 1991 ... 666

FRIED C Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation Harvard University Press Cambridge Massachusetts 1981 ... 26, 612, 620

FULLER LL en EISENBERG MA Basic Contract Law 4e uitg West Publishing Co St Paul Minn 1981 ... 430

FULLER LL The Morality of Law Yale University Press New Haven 1969 ... (herdruk 1977)

GAILL A Observatien van die Keyserlijke Kamer Niaeranus Rotterdam 1656 ... 112

GHESTIN J Traite de Droit Civil: Les obligations: le contract LGDJ Parys 1980 ... 96, 123, 129, 398

GHESTIN J The Pre-Contractual Obligation to disclose information in Harris en Tallon Contract law ... 151, 398, 399

GIERKE O Deutsche Privatrecht Band 2 Duncker und Humblot München 1905 ... 501

GILISSEN J Historische Inleiding tot het Recht Kluwer Rechtswetenschappen Antwerpen 2e druk 1984 . (herdruk 1991) ... 3, 7, 8, 19, 90, 95, 569, 571

GILMORE G The Death of Contract Ohio State University Press Columbus 1974 ... 717, 657, 658

GORDLEY J The Enforceability of Promises in European Contract Law Cambridge University Press Cambridge 2001 ... 19, 633, 634-636, 637

GORDLEY J Good Faith Clarendon Press Oxford 1991 ... 394

GORDLEY J The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine Clarendon Press Oxford 1991 (herdruk 1992) ... 19, 21, 22-27, 86, 87, 93, 94, 104, 174, 178, 723

GREIG DW en DAVIS JLR The Law of Contract The Law Book Co Ltd Australia Sydney 1987 ... 166, 167, 174

GUNDLING N Gundlingiana 1724 ... 143, 144, 145

HARRIS DR en VELJANOVSKI CG Legal Analysis in the Light of Economic and Social Theory Terence Daintith and Gunther Teubner Walter de Gruyter Berlyn 1986

HARRIS DR en TALLON D (reds) Contract law today: Anglo-French comparisons Clarendon Press Oxford 1989 ... 398

HART HLA The Concept of Law Clarendon Press London 1994 ... 42

HESSELINK MW De Redelijkheid en Billijkheid in het Europese Privaatrecht. Doctorale proefskrif Utrecht Kluwer Deventer 1999 ... 14, 308, 312, 313, 315, 316, 317, 318, 327, 341, 342, 469, 470, 476, 485

HIJMA J Nietigheid en Vernietigbaarheid van Rechtshandelingen Kluwer Deventer 1988 ... 136, 710, 713, 491-492, 497, 499, 500-501, 503, 504

HOFMANN LC Het Nederlandse Verbintenissenrecht Tjeenk Willink Groningen 1971 ... 503

HOLDSWORTH WS A History of English Law Methuen London 1952-1972 ... 166, 185, 186, 413

HOSTEN WJ EDWARDS AB NATHAN CARMEN en BOSMAN FRANCIS  
Introduction to South African Law and Legal Theory Butterworth Durban 1977 ... 41

HUBER U Hedendaegse Rechts-Geleertheit soos elders als in Frieslandt gebruikelik  
5e dr De Groot en Schoten Amsterdam 1768 ... 112, 114

HUBER U Praelectiones juris civilis Amama & Taedama Franequerae 1687 (herdruk  
Gleditsch Francofurti 1749)

HUTCHISON D Contract Formation in Zimmermann en Visser (reds) Southern  
Cross: Civil Law and Common Law in South Africa 1996 ... 121, 122

HUTCHISON DB VAN HEERDEN B VISSER DP en VAN DER MERWE CG  
(reds) Wille's Principles of South African Law 8e uitg Juta & Co Kaapstad 1991 ...  
217

JAUERING O Bürgerliches Gesetzbuch 6e uitg CH Beck 1991 ... 153, 154, 156, 157,  
158, 159, 162, 164, 165

JOLOWICZ HF Historical Introduction to the Study of Roman Law University Press  
Cambridge 1967 ... 392

JÖRS PW Kunkel W en Wenger L Römisches Privatrecht Springer-Verlag Berlin  
1949 ... 566

JOUBERT DD Die Konsep 'Waardes' in Sosiologiese Teorie Proefskrif Stellenbosch  
1961 ... 28

JOUBERT DD Die Waardekonsep in die Sosiologiese Teorie Tafelberg Kaapstad  
1964 ... 28, 29, 30, 38

JOUBERT DJ General Principles of the Law of Contract Juta Kaapstad 1987

KAHN E Contract and Mercantile Law through the Cases 2e uitg vol 1 ... 262

KASER M Das altrömische Jus Vandenhoeck & Ruprecht Göttingen 1949 ... 564,  
565, 560

KERR AJ The Principles of the Law of Contract. 6e uitg Butterworths Durban 2002  
... 215, 216, 217, 222, 266, 326, 360, 362, 369, 370, 459, 672, 673

KERSTEMAN FL Aanhangel tot Hollandsch rechtsgeleerd woordenboek Steven van Esveldt Amsterdam 1773

KESSLER F en GILMORE G Contracts: Cases and Materials Boston 5e uitg 1970 ... 653

KRANENBURG De Grondslagen der rechtswetenschap: juridische kennisleer en methodologie Tjeenk Willink Haarlem 1955 ...

LARENZ K Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts Metzner Frankfurt-am-Main 1963 ... 711

LARENZ K Allgemeiner Teil des Deutschen Rechts 2e druk München 1980 ... 711

LARENZ K Lehrbuch des Schuldrechts Beck München 1994 ... 154, 155, 156, 158, 160, 161, 165

LAWSA First Reissue Butterworths Durban 1994 ... 217, 222

LEMERT EM Values, Valuation and Choice in Sociology – The Basic Concepts Holt Rhinehart and Winston New York 1978 ...

LESSIUS De Justitia et de jure 2e uitg Antwerpen MDCIX ...

LEWISON K The Interpretation of Contracts 1989 ... 319, 321

LUCY W Adjudication Oxford Handbook Oxford 2002 ... 45, 46

MACAULY S Contract Law and Contract Research 1968 1963 ... 666

MACCORMICK N The Authority of Law Clarendon Press Oxford 1979 ... 45

MACNEIL I The new Social Contract Yale University Press 1980 ... 602

MACNEIL I Contracts: Adjustments of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law (1958-72) ... 662

MACNEIL I Vir kritiese samevatting sien D Campbell The Social Theory of Relational Contracts: MacNeil as the Modern Proudhon (1990) 18 Jnr J Soc Law 75 ... 62

MAINE HS Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and its Relation to Modern Ideas Murray London 1885 ... 392

MANCHESTER AH A modern legal history of England and Wales 1750-1950 Butterworths London 1980 ... 166, 178, 180, 600

MASON Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing 2000 op 70 ... 432, 433, 435

MATTHAEUS A Disputationes de Obligationibus à Waesberge Ultrajecti 1660 ... 112

MEDICUS D Allgemeiner Teil des BGB CF Müller Heidelberg 6e uitg 1994 ... 161, 164

MEIJERS EM De algemene begrippen van het burgerlijk recht Universitaire Pers Leiden 1948 ... 265

MEIJERS EM De Grondslag der Aansprakelijkheid bij contractueele verplichtingen in Versamelde privaatrechtelijke opstellen deel 3 1955 ... 265, 505

MEIJERS EM Goede trouw en Stilzwijende Wilsverklaring Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen Universitaire Pers Leiden 1926 ... 375, 376, 377, 499

MEIJERS EM Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen derde deel Universitaire Pers Leiden 1955 ... 392, 501

MICHIE J Contracts, Co-operation and Competition 1997 ... 416

MILSOM SFC Historical Foundations of the Common Law 2e uitg Butterworths, Londen 1982 ... 166, 171, 596, 598

MOULTON J Towards a Human Sociology – Selected papers by Dian Joubert Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing Pretoria 1994 ... 33

MOULTON J en MARAIS HC Metodologie van die geesteswetenskappe: Basiese begrippe Pretoria 1985 ... 18

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4e uitg red Wolfgang Krüger  
band 2 CH Beck München 2001 ... 156, 157, 158, 159., 160, 161, 162, 164, 348, 349,  
350, 406, 407, 408

MURPHY JG en COLEMAN JL Philosophy of Law – An Introduction to  
Jurisprudence Westview Press Boulder Colorado 1990 ... 643, 645, 648, 649, 650

NANZ K-P Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriff im 16 bis 18 Jahrhundert  
Schweitzer München 1983 ... 91, 92, 93, 95, 97, 98, 101, 108, 109, 123, 565, 569

NICHOLAS B The French Law of Contract Butterworths London 1992 ... 127, 128,  
129, 130, 131, 132, 133, 310, 311, 343, 344, 345, 395, 396, 397, 502

NIESKENS-ISPORDING BMW Het fait accompli in het vermogensrecht  
Proefskrif Tilburg 1991 Deventer ... 506-512

NIEUWENHUIS JH Drie Beginselen van Contractenrecht Leiden Kluwer Deventer  
1979. ... 714, 477, 500, 504, 512-522

OLIVIER PJJ Legal Fictions: An Analysis and Evaluation Leiden 1973 ... 340, 375

OLTHOF MM en DU POU JW Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe  
Burgerlijk Wetboek Boeke 3, 5 en 6 Kluwer Deventer 1982 ... 142

OPZOOMER C Het burgerlijk wetboek verklaard Gebhard Amsterdam 1891 ... 6

PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch Band 7 CH Beck 51e uitg Munchen 2001 ...  
153, 160, 348, 349, 350, 351, 406, 407, 408

PARRY DH The Sanctity of Contract in English Law Stevens Londen 1959 ... 170,  
572, 631-633

PARSONS T Structure and Process in Modern Societies The Free Press Glencoe  
Illinois 1960 ...

POSNER RA Economic Analysis of Law Boston 179 ... 26, 642-650

POSNER RA en ANTHONY KRAMER The Economics of Contract Law 1979 ...  
642



POUND R An Introduction to the Philosophy of Law Yale University Press New Haven 16e uitg 1978 ... 55, 67, 722, 630-631

POUND R My Philosophy of Law Boston Book Co Boston 1941 ... 55, 649

PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW 1998/1999 ... 410

PRINGSHEIM F The Greek Law of Sale Hermann Böhlau Weimar 1950 ... 725

PRINGSHEIM F Gesammelte Abhandlungen (1) 1961 ... 313

RABIE PJ en SONNEKUS The Law of Estoppel in South Africa Butterworths Durban 1992 ... 679

RAWLS J A Theory of Justice Clarendon Press Oxford 1971 ... 26, 723

RAZ J The Authority of Law: essays on law and morality Clarendon Press Oxford 1979 ... 42, 45, 46, 65

RAZ J The Concept of a Legal System Clarendon Press Oxford 2e uitg 1980 ... 42

REEHUIS WHM en SLOB EE Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek Invoering Boeke 3, 5 en 6 Kluwer Deventer 1990 ... 141

REITER B en SWAN J Studies in Contract Law Butterworths Toronto 1980

RICCOBONO S Stipulation and the Theory of Contract with Kerr Wylie and Ben Beinart Balkema Amsterdam Cape Town 1957 ... 563, 567, 568

RINKES J. en SAMUEL G Contractual and Non-Contractual Obligations in English Law Ars Aequi Libri Nijmegen 1992 ... 612

RYAN KW An Introduction to the civil law Law Book Co of Australasia Brisbane 1962 ... 125, 129, 130, 132, 133, 345

SAMUEL G en RINKES J The English Law of Obligations in comparative context Ars Aequi Nijmegen 1991 ... 398

SAVIGNY FK Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter 2e uitg. Heidelberg 1834-1851 Scientia Aalen 1986 ...

SCHERMAIER MJ Bona fides in Roman Contract Law in Reinhard Zimmermann en Simon Whittaker (reds) Good Faith in European Contract Law Cambridge University Press 2000 ... 384

SCHOMAKER J Selecta Consilia et responsa juris. dat is uitgelezene consultatien en advijsen Heymans Nymegen 1738-1782 ... 111

SCHORER W Aanteekeningen over de inleydinghe tot de Hollandsche rechtsgeleerdheid Gillissen Middelburg 1797 ... 114, 115

SCHRASSERT J Consultation, advyzen, ende advertissemante Brinkink Harderwyck 1740-1754 ... 114

SCHULZ F Principles of Roman Law Clarendon Press Oxford 1936 her uitg 1967 ... 385

SCHULZ F Classical Roman Law ... 564

SFC Milsom Historical Foundations of the Common Law Butterworths London 1981

SHCLAG Normative and nowhere to go in Laying down the law – mysticism, fetishism, and the American legal mind New York University Press New York 1996

SIMPSON AWB A History of the Common Law of Contract – The Rise of the Action of Assumpsit Clarendon Press Oxford 1975 ... 166, 169, 170, 171, 176, 177, 596, 597, 600

SMITS JM Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid Leiden Gouda Quint BV Arnhem 1995 ... 58, 59, 60, 61, 62, 68, 136, 477, 534-540

STATHOPOULOS MJ Contract Law in Hellas Den Haag 1995 ... 470

STAUDINGER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schweitzer Verlag Berlyn 1988 ... 155, 162

STEIN P The Character and Influence of the Roman Civil Law – Historical Essays Hambledon Press Londen 1988 ... 76

- STEIN P en SHAND J *Legal Values in Western Society* University Press Cambridge 1974 ... 63, 64, 65
- STOKER HG *Beginsels en metodes in die wetenskap Pro Rege Potchefstroom* 1961 ... 18
- STONE J *Social Dimensions of Law and Justice* Maitland Publications Sydney 1966 ... 40, 41
- STONE J *Legal System and Lawyers' Reasoning* Maitland Publications Sydney 1968 ... 65
- THEGER *Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* 1890 ... 320
- THOMAS JAC *Textbook of Roman Law* North-Holland Publishers Amsterdam 1976 ... 76
- THOMAS VAN AQUINAS *Summa Theologica* literally translated by the Fathers of the English Dominican province Burns Oates en Washbourne Londen ... 102
- TILLOTSON J *Contract Law in Perspective* Butterworths Londen 1985 ... 174
- TREITEL GH *The Law of Contract* Sweet & Maxwell Londen 1991 ... 121, 597, 598
- UDTTA R *Values in Models of Modernization* Vikas Publications Delhi 1971
- UNGER R *The Critical Legal Studies Movement* Harvard University Press Cambridge Mass 1986
- VAN ALLER A *Notarius Publicus ofte inleydinghe tot een openbaren beamptschrijver* 1671 ... 111
- VAN ALLER K *Generaale Regulen en Definitien van Beschreeve Romeynsche Rechten* 1761 ... 114
- VAN DEN BERG I *Nederlands Advysboek* Henrik Wetstein Amsterdam 1693-1707 ... 111, 114
- VAN DER KEESSEL DG *Praelectiones ad Grotius* ... 113, 114, 116

VAN DER LINDEN J Regtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek 1806 ... 114, 328

VAN DER MERWE VAN HUYSTEEN REINECKE LUBBE en LOTZ Kontraktereg Algemene Beginsels Juta Kaapstad 1994 3e herdruk 1999 ... 217, 336, 447, 450, 674

VAN DER VYVER JD en VAN ZYL FJ Inleiding tot die Regswetenskap Butterworths Durban 1972 ... 53

VAN DUNNÉ JM Normatiewe Uitleg van Rechtshandelingen 1971 ... 181, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 502, 714

VAN DUNNÉ JM Verbintenisrecht in ontwikkeling: Op de grenze van geldend en wordend recht Kluwer Deventer 1985 ... 497

VAN ERP JAM Contract als rechtsbetrekking – Een rechtsregtelijke studie Tjeenk Willink Zwolle 1990 ... 530-533

VAN GROENEWEGEN S Tractatus de legibus Abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionibus 1949 ... 112

VAN LEEUWEN S Censura Forensis uitgawe SA Regskommissie 1991 ... 112, 114, 115

VAN LEEUWEN S Het Roomsche-Hollandsche Recht Leffen Leyden 1656 ... 113

VAN OVEN JC Leerboek van Romeinsche Privaatrecht 3e druk Brill Leiden 1984 ... 88, 387, 389, 567

VAN REENEN TP Methodology of Comparative Law: A Historical and Theoretical Perspective LL D. proefskrif UNISA 1992 ... 18, 19

VAN WARMELO P Regsleer, Regswetenskap en Regsfilosofie Juta Kaapstad 1973 ... 41, 53, 65, 110

VAN ZYL DH Justice and Equity in Greek and Roman Legal Thought Academica Pretoria 1991 ... 387, 391, 392

VAN ZYL DH Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg 1979 ... 90, 91, 101, 107

VENTER F VAN DER WALT CFC VAN DER WALT AJ PIENAAR GJ OLIVIER NJJ en DU PLESSIS LM In Regnavorsing: Metode en Publikasie Metode en Publikasie Juta Kaapstad 1990 ... 17, 18, 66, 67, 68

VINNIUS A Tractatus quinque academica – forenses de pactis de jurisdictione de collationibus de transactionibus de quaestionibus juris selectis. 1664 ... 112

VINOGRADOFF P The Jurisprudence of the Greek City 1922 ... 725

VOET J De Beginselen des Rechts Johannes Kitto 's-Gravenhage 1729

VOET J Commentarius ad Pandectas ... 113, 114, 115

VOET P Commentarius in quatuor libros Institutionum imperialium 1668 ... 112, 113

VON MEHREN A The Code and Contract – A Comparative Analysis of Formation and Form in Bernard Schwarz The Code Napoleon and the Common-Law World New York 1956 ... 125, 126, 128, 129

VON SAVIGNY FC System des heutigen römischen Rechts Berlin band 3 en Beilage VIII 1840-1849 heruitgawe 1961 ... 90, 562

VON TUHR Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Duncker Humblot 1957 ...

VORSTER JP Implied Terms in the law of contract in England and South Africa Cambridge 1987 ... 358, 360, 364, 365, 369, 370, 372, 379

UNFAIR TERMS in Consumer Contracts en die Unfair Terms in Consumer Contracts en Directives en Regulasies ... 734

WATSON A Law Making in the later Roman Republic Oxford 1974 ... 393

WESSELS JW The Law of Contract in South Africa 1937 Geredigee deur AA Roberts Hortors Johannesburg Butterworths Durban 1951 ... 281, 668, 669

WHARTON F A Commentary on the Law of Evidence in Civil Issues Philadelphia 1888 ... 185

WHEWELL W Grotius on the Rights of War and Peace Cambridge University Press  
Cambridge 1853 ... 108

WHINCUP MH Contract Law and Practice Kluwer Deventer 1992 ... 125, 133

WIEACKER F Zur Rechtstheoretischen Präzisierung des Par 242 Recht und Staat in  
Geschichte und Gegenwart: Eine Sammlung von Vorträgen und Schriften aus dem  
Gebiet der gesamten Staatswissenschaft Tübingen 1956 ... 475

WIGMORE JH Evidence in Trials at Common law Little Brown Boston 1940 ... 185

WILHELMSON T Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory  
answer in Wilhelmson (red) Aldershot, Dartmouth 1999 ... 451

WILLISTON S Contracts Rochester NY 1979 ... 323, 324

WOLF JG Error im Römischen Vertragsrecht Bohlau Köln 1961

WUNNER SE Contractus, sein Wortgebrauch und Wesensgehalt klassischen  
Römischen Recht B Böhlau Köln 1954 ... 75

ZEFFERTT DT en PAIZES A Parole Evidence with Particular Reference to Contract  
Randse Afrikaanse Universiteit Johannesburg 1986 ... 329, 330, 338, 680

ZILETTI U La Dottrina dell' errore nella storia del Diritto Romano 1961 ... 80

ZIMMERMANN R Good Faith and Equity in Zimmermann en Visser (reds)  
Southern Cross 1996 ... 384, 473

ZIMMERMANN R The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian  
Tradition Juta Kaapstad 1990 ... 19, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 88, 89, 90, 95,  
115, 116, 182, 384, 385, 386, 388, 390, 391, 564, 565, 567

ZIMMERMANN R en VISSER DA Southern Cross: Civil Law and Common Law  
in South Africa Juta Kenwyn 1996 ... 201, 222, 267, 460

ZIMMERMANN R en WHITTAKER S Good Faith in European Contract Law:  
Surveying the legal landscape in Zimmermann en Whittaker Good Faith in European  
Contract Law Cambridge University Press 2000 ... 412

ZIMMERMANN R en WHITTAKER S Good Faith in European Contract Law  
Cambridge Law Cambridge University Press Cambridge 2000 ... 384, 393, 412

ZWITSER R Rond artikel 1376 BW Overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen  
partijen Leiden 1984 ... 523-530

ZYPAEUS F Notitia Juris Belgici 1635 ... 112

~~~ o0o ~~~

## ENGELSE HOFBESLISSINGS

- A Roberts & Co Ltd v Leicestershire County Council* [1961] 2 All ER 545 ... 199
- Adams v British Airways Plc* [1995] IRLIR 577 ... 319
- Alan WJ Co Ltd v El Nasar Export and Import* [1972] 2 QB 189 [1972] 2 All ERER 127 ... 609
- Alcatel Australia Ltd Scarcella* (1998) 44 NSWLR 349 ... 429
- Allied Marine Transport Ltd v Vale do Rio Doce Navegacao SA (The Leonidas D)* [1985] 1 WLR 925 (CA) ... 596
- Ashington Piggeries Ltd v Christopher Hill Ltd* (1972) AC 441 ... 353, 588
- Ashville Investments Ltd v Elmer Contractors Ltd* (1988) 2 All ER 577 (CA) ... 188
- Att.-Gen. of Hong Kong v Humphreys Estate (Queen's Gardens) Ltd* [1987] AC 114 ... 593
- Banque Keyser Ullman SA v Skandia (UK) Insurance Co Ltd and Others* [1989] 3 WLR 25 ... 414
- Barclays Bank plc v O'Brien and Another* [1992] 4 All ER 983 (CA) ... 425
- Barclays Bank plc v O'Brien and Another* [1993] 4 All ER 417 (HL) ... 425, 426, 427
- Beesly v Hallwood Estates Ltd* (1960) 2 All ER 314 ... 608
- Brikom Investments Ltd v Carr* [1979] QB 467 ... 109
- Burkinshaw v Nicholls* (1878) 3 App Cas 1004 HL 1026 ... 748
- Canada and Dominion Sugar Co Ltd v Canadian National (West Indies) Steam Ships Ltd* AC 55 ... 748
- Carlisle and Cumberland Banking Co v Bragg* (1911) 1 KB 489 ... 201
- CTN Cash & Carry Ltd v Gallaher Ltd* [1994] 4 All ER 714 ... 417
- Carter v Boehm* (1766) 3 Burr 1905 ... 416



*Central London Property Trust Ltd v High Trees House Ltd* (1947) KB 130 ... 300, 605-607

*Centrovincial Estates v Merchant Investors Assurance* (1983) Com LR 158 CA ... 587, 596

*Chapman v Honing* [1963] 3 WLR 19 ... 414

*Codelfa Construction Pty Ltd v State Rail Authority of New South Wales* (1982) 149 CLR 337 ... 188, 321, 323

*Cornish v Abington* [1859] 4 Hand N 549 ... 189, 197, 322

*Cundy v Lindsay* [1878] 3 App Cas 459 ... 200

*Cunliffe-Owen v Teather and Greenwood* [1967] 3 All ER 561 ... 352

*Damlyn and Co v Wood and Co* [1881] 2 QB 494 ... 372

*Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* [1956] AC 696 ... 357

*Denny v Hancock* (1870) LR 6 Ch App 1 ... 581, 586

*Eastwood v Kenyon* 1840 11 Ad and E 438 ... 599

*Egerton v Brownlow* [1853] 4 HLC1 ... 412

*Emmanuel Ayodeji Ajayi v RT Briscoe (Nigeria) Ltd* (1964) 3 All ER 556 ... 300, 608, 609

*Esso Petroleum Co Ltd v Commissioners of Customs and Excise* [1976] 1 WLR 1 ... 593

*First Energy (UK) Ltd v Hungarian International Bank Ltd* [1993] 2 Lloyd's Rep 194 ... 416, 417

*First National Bank Plc v Thompson* [1996] Ch 231 ... 611

*Food Corporation of India v Antclizo Shipping Corp (The Antclizo)* [1988] 1 WLR 603 (HL) ... 596

*Foster v Robinson* (1951) 1 KB 149 CA [1950] 2 All ER 42 ... 607

*Fowkes v Manchester and London Assurance Ass* (1863) 129 RR 607 ... 189, 322

*Frederick E Rose (London) Ltd v William H Pim & Co Ltd* [1953] 2 QB 450 ... 189, 322, 584

*Freeman v Cooke* (1848) 2 Ex 654 ... 278, 574

*Gateway Realty Ltd v Arton Holdings Ltd* (No 3) (1991) 106 Nova Scotia Rep (2 d) 180 ... 428

*Gibson v Manchester City Council* (1979) 1 WLR 294 ... 584, 586, 593

*Great Western Railway and Midland Railway v Bristol Corporation* [1918] 87 LJ Ch 414 ... 186, 703

*Greaves and Co (Contractors) Ltd v Baynham Meikle and Partners* [1975] 3 All ER 99 ... 356, 380, 382, 383

*Grey v Pearson* [1857] VI HL Cas 61 ... 322

*Hardwick Game Farm v Suffolk Agricultural Poultry Producers Association* [1966] 1 WLR 287 (CA) ... 352, 353, 363, 381, 382, 588, 701-703

*Hartog v Colin and Shields* [1939] 3 All ER 566 ... 198, 199, 582

*Harvela Investments Ltd v Royal Trust Co of Canada (CI) Ltd* [1986] AC 207 (HL) ... 587, 592, 596

*Heilbut, Symons & Co. v Buckleton* [1913] AC 30 ... 181

*Hornal v Neuberger Products Ltd* (1957) 1 QB 247 ... 584

*Hughes Aircraft Systems International v Air Services Australia* (1997) 146 ALR 1 ... 429

*Hughes Bros Pty Ltd v Trustees of the Roman Catholic Church for the Archdiocese of Sydney* (1993) 31 NSWLR 91 ... 428

*Ingram v Little* [1961] 1 QB 31 [1960] 3 All ER 332 (CA) ... 200, 590

*IRC v Raphael* [1935] AC 96 ... 321, 323

*Jacobs v Batavia and General Plantations Trust Ltd* [1924] 1 Ch 287 ... 319

*James Spencer and Co Ltd v Tame Valley Padding Co Ltd* Court of Appeal 8 April 1998 ... 415

*Jorden v Money* (1854) 5 HL Cas 185 ... 604

*Kleinwort Benson Ltd v Malaysia Mining Corp Bhd* [1989] 1 WLR 379 (CA) ... 593

- Leader v Duffey* (1888) 13 App Cas 294 ... 187
- Livingstone v Roskilly* [1992] 3 NZLR 230 ... 429
- Lyle-Meller v A Lewis & Co (Westminster) Ltd* [1956] 1 All ER 247 CA ... 608
- Market Street Associates Ltd Partnership v Frey* 941 F 2<sup>nd</sup> 588, 1991 ... 429
- Mc Cutcheon v David Macbrayne* (1964) 1 WLR 125 ... 588
- Mellish and Another v Motteux and Others* (1792) Peake 156 ... 416
- Moorhouse v Woolfe* 46 LT 374 ... 228
- Muirhead and Turnbull v Dickson* (1905) 7 Sess Cas 686 (Skotland) ... 189, 322
- Mutual Finance Ltd v Wetton Ltd* [1937] 2 All ER 657 (KBD) ... 64
- National Westminster Bank Plc v Morgan* [1985] AC 686 ... 417
- New Zealand and Australian Land Co v Watson* (188) QBD 374 ... 737
- Norwich Union Fire Ins. Soc. Ltd v Price Ltd* [1934] AC 455 ... 189, 322
- Oscar Chess Ltd v Williams* [1957] 1 WLR 370 ... 593
- P v P* [1957] NZLR 854 ... 301, 609
- Paal Wilson and Co A/S v Partenreederei Hannah Blumenthal* [1983] 1 AC 854 beter bekend as The Hannah Blumenthal - sien verwysings daar
- Pao On and Others v Lau Yiu Long and Others* [1980] AC 614 ... 417
- Parker v Clark* [1960] 1 All ER 93 ... 189, 322
- Perrott JK and Co Ltd v Cohen* (1951) 1 KB 705 CA [1950] 2 All ER 939 ... 607
- Philpots (Woking) Ltd v Survey Conveyancers Ltd* [1985] 277 EG 61 ... 189, 321
- Photo Production v Securicor Transport Ltd* [1980] AC 827 ... 353, 738

- Pillans v Van Mierop* 3 Burrow 1663 ... 598
- Powell v Smith* [1872] LR 14 Eq 85 ... 199, 322
- Printing and Numerical Registering Co v Sampson* (1875) 19 LR Eq 462 ... 177
- Produce Brokers Co Ltd v Olympia Oil and Cake Co Ltd* [1916] 1 AC 314 ... 352
- Rann v Hughes* [1778] 4 Bro. P.C. 27 ... 599
- Reardon Smith Line Ltd v Hansen – Tangen* [1976] 1 WLR 989 ... 321
- Reigate v Union Manufacturing Co (Ramsbottom)* [1918] 1 KB 592 ... 355
- Renard Constructions (ME) Pty Ltd v Minister of Public Works* (1992) 26 NSWLR 234 ... 428, 732, 738
- Richardson v Mellish* 2 Bing 229 ... 412
- Robertson v Minister of Pensions* (1949) 1 KB 227 [1948] 2 All ER 767 ... 607
- Rose v Pim* [153] 2 QB 450 ... 577
- Scammell v Ouston* 1941 AC 251 ... 189, 322
- Scott v Littledale* [1858] 8 Eh & Bh 815 ... 189, 197, 322
- Scriven Bros & Co v Hindley & Co* [1913] 3 KB 564 ... 197, 581, 586
- Shirlaw v Southern Foundries (1926) Ltd and Federal Foundries Ltd* [1939] 2 All ER 113 ... 355
- Shuler AG v Wickman Machine Tool Sales Ltd* [1974] AC 235 ... 187, 321
- Smith v Hughes* (1871) LR 6 QB 597 ... 189, 195, 196, 197, 278, 280, 281, 282, 283, 284, 288, 306, 307, 322, 577, 581, 582, 698, 749
- Smith v Lucas* (1881) 18 Ch D 531 ... 189
- Solle v Butcher* (1950) 1 KB 671 ... 525, 526, 594
- Spring v National Amalgamated Stevedores and Dockers Society* [1956] 2 All ER 221 ... 355

- Sudbrook Trading Estate v Eggleton* [1983] 1 AC 444 ... 593
- Summit Investment Inc. v British Steel Corporation* 1987 1 Lloyd's Rep. 230 ... 189
- Tamplin v James* (1880) 15 Ch D 215 ... 189, 199, 322, 581, 586
- Thake v Mourice* [1986] 1 QB 657 ... 591
- The Countess of Rutland's case* 5 Co Rep 25 (b); 75 ER 90 ... 319
- The Hannah Blumenthal* [1983] 1 AC 854 ... 321, 587, 588, 596
- The Leonidas D* (1985) 2 All ER 796 ... 587
- The Moorcock* (1889) 14 PD 64 (CA) ... 180, 354
- The Post Chaser* [1982] 1 All ER 19 ... 301, 609
- Toker v Westerman New Jersey* 1970 113 NJ Super 452 ... 433
- Tool Metal Manufacturing Co Ltd v Tungsten Electric Co Ltd* [1955] 2 All ER 657  
HL: (1955) WLR 761 ... 608
- Tophams Ltd v Earl of Sefton* [1967] 1 AC 50 ... 322
- Trollope and Colls Ltd v North West Metropolitan Regional Hospital Board* [1973] 2 All ER 260 ... 355
- Trueman v Fenton* 2 Cow 544 ... 599
- Upton-on-Severn RDC v Powell* (1942) 1 All ER 220 ... 576, 587
- Van Praagh v Everidge* [1902] 2 Ch 266 ... 199
- Vitol BV v Compagnie Europeens des Petroles* [1988] 1 Lloyd's Rep. 574 ... 321
- Walford v Miles* [1992] 2 AC 128 ... 415
- Weaker v American Oil Co* 49 ALR 3 d 306 (1971) ... 433
- Webster v Cecil* (1861) 30 Beav. 62 ... 199, 200

*Wheler's Case* 14 Hen VIII ... 169

*WJ Alan & Co Ltd v El Nasr Export and Import Co* [1972] 2 QB 189 ... 300

*Wood v Scarth* [1858] 1 F. & F. 293 ... 189, 197, 322

*Woodhouse AC Israel Cocoa Ltd SA v Nigerian Produce Marketing Co Ltd* [1972] AC 741 [1972] All ER 271 ... 610, 611

~~~ o0o ~~~

## SUID-AFRIKAANSE HOFBESLISSINGS

- Absa Bank Ltd v Blumberg and Wilkinson* 1995 (4) SA 403 (W) ... 368
- Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 (3) SA 824 (A) ... 50
- Administrator (Tvl) v Industrial and Commercial Timber and Supply Co Ltd* 1932 AD 25 ... 373, 374
- Africa Solar (Pty) Ltd v Divwatt (Pty) Ltd* 2002 (4) SA 681 (A) ... 272
- Afrox Healthcare Bpk v Strydom* 2002 (6) SA 21 (SCA) ... 48, 468, 482, 706
- Alfred McAlpine & Sons (Pty) Ltd v Transvaal Provincial Administration* 1974 (3) SA 506 (A) ... 208, 359, 360, 361, 362, 364, 368, 372, 382, 704
- Allen v Sixteen Stirling Investments (Pty) Ltd* 1974 (4) SA 164 (D) ... 215, 237, 694
- Ally v Dinath* 1984 (2) SA 451 (T) ... 209
- Avis Enterprises (Finance) (Pty) Ltd v Waterberg Koelkamers (Pty) Ltd* 1977 (2) SA 436 (T) ... 455
- Atteridgeville Town Council and Another v Livanos t/a Livanos Brothers Electrical* 1992 (1) SA 296 (A) ... 328
- Baker v Crowie* 1962 (2) SA 48 (N) ... 207
- Bala v Van der Westhuizen and De Klerk* 1941 TPD 5 ... 207
- Bank of Lisbon and South Africa Ltd v De Ornelas and Another* 1988 (3) SA 580 (A) ... 454, 456-458, 481, 482
- Barnabas Plein & Co v Sol Jacobson & Son* 1928 AD 25 ... 208, 371
- Barnett and Another v Abe Swersky and Associates* 1986 (4) SA 407 (C) ... 207
- Becker & Others, Bekker & Co (Pty) Ltd v Becker* 1981 (3) 406 (A)
- Bird v Sumerville and Another* 1961 (3) SA 194 (A) ... 206
- Blew v Snoxell* 1931 TPD 226 ... 207
- BOE Bank Bpk v Van Zyl* 2002 (5) SA 165 (C) ... 468, 706

- Bon Accord Irrigation Board v Braine* 1923 AD 480 ... 332
- Boots Co (Pty) Ltd v Somerset West Municipality* 1990 (3) SA 216 (C) ... 208
- Botes v Afrikaanse Lewensversekeringsmaatskappy Bpk en 'n Ander* 1967 (3) SA 19 (W) ... 207
- Brisley v Drotsky* 2002 (4) SA 1 (SCA) ... 48, 465, 466, 467, 481, 706
- Burger v Central South African Railways* 1903 TS 571 ... 225, 226, 230, 263, 296, 669
- Cairns (Pty) Ltd v Playdon and Co (Pty) Ltd* 1948 (3) SA 99 (A) ... 334
- Cape Fabrix (Pty) Ltd v Swart* 1979 (1) SA 195 (A) ... 369
- Cape Provincial Administration v Clifford Harris (Pty) Ltd* 1997 (1) SA 439 (A) ... 332
- Cape Town Municipality v Silber* 1971 (2) SA 537 (C) ... 208
- Carmichele v Minister of Safety and Security and Another* 2001 (4) SA 938 (CC) ... 50, 51
- Cecil Jacobs (Pty) Ltd v MacLeod & Sons* 1966 (4) SA 41 (N) ... 210
- CGEE Alsthom Equipments and Enterprises Electriques, South African Division v GKN Sankey (Pty) Ltd* 1987 (1) SA 81 (A) ... 206, 209
- Cinema City (Pty) Ltd v Morgenstern Family Estates (Pty) Ltd and Others* 1980 (1) SA 796 (A) ... 328, 335
- Collen v Rietfontein Engineering Works* 1948 (1) SA 413 (A) ... 672, 695
- Commercial & Industrial Holdings (Pty) Ltd v Braamfontein Industrial Sites (Pty) Ltd* 1969 (1) SA 479 (T) ... 207
- Commissioner for Inland Revenue v Saner* 1927 TPD 162 ... 208
- Commissioner of Customs and Excise v Randles Brothers and Hudson Ltd* 1941 AD 369 ... 208
- Connocks' Motors Co v Sentraal Westelike Koöp* 1964 (2) SA 47 (T) ... 455
- Conradie v Rossouw* 1919 AD 279 ... 3, 202, 214
- Constantia Glaswerke BK v Snyman* 1996 (4) SA 117 (W) ... 271, 272



- Coopers and Lybrand and Others v Bryant* 1995 (3) SA 761 (A) ... 332, 333
- Crispette and Candy Co Ltd v Michaelis NO and Michaelis NO* 1947 (4) SA 521 (A)
- Crookes NO and Another v Watson and Others* 1956 (1) SA 277 (A) ... 207
- CTP Ltd and Others v Argus Holdings Ltd and Another* 1995 (4) SA 774 (A) ... 334
- Da Mata v Otto NO* 1972 (3) SA 858 (A)
- Da Silva v Janowski* 1982 (3) SA 205 (A) ... 208
- Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman and Another (2)* 1954 (4) SA 649 (W) ... 208
- De Beer v Keyser* 2002 (1) SA 822 (SCA) ... 479
- De Kock v Du Toit* (1909) 19 CTR 409
- De Lange v Smuts NO* 1998 (3) SA 785 (CC) ... 37
- De Villiers v Parys Town Council* 1910 ORC 55 ... 226
- Delfs v Kuehne and Nagel (Pty) Ltd* 1990 (1) SA 822 (A) ... 208
- Delmas Milling Co Ltd v Du Plessis* 1955 (3) SA 447 (A) ... 333
- Dickinson Motors (Pty) Ltd v Oberholzer* 1952 (1) SA 443 (A) ... 219
- Diedericks v Minister of Lands* 1964 (1) SA 49 (N) ... 235, 236, 255, 263, 297
- Dietrichsen v Dietrichsen* 1911 TPD ... 486 210
- Dilokong Chrome Mines (Edms) Bpk v Direkteur-Generaal, Departement van Handel en Nywerheid* 1992 (4) SA 1 (A) ... 206
- Diners Club SA (Pty) Ltd v Thorburn* 1990 (2) SA 870 (C) ... 239, 253, 254, 271, 272, 298
- Dlovo v Brian Porter Motors Ltd t/a Port Motors Newlands* 1994 (2) SA 518 (C) ... 271, 272, 297
- Du Plessis and Others v De Klerk* 1996 (3) SA 850 (CC) ... 37

*Du Toit v Atkinson's Motors Bpk* 1985 (2) SA 893 (A) ... 219, 237, 238, 239, 248, 254, 256, 262

*Durban City Council v Liquidators of Durban Icedromes Ltd and Another* 1965 (1) SA 600 (A) ... 208

*Durban's Water Wonderland (Pty) Ltd v Botha and Another* 1999 (1) SA 982 (SCA) ... 269, 270

*Eastwood v Shepstone* 1902 TS 294 ... 438

*Eerste Nasionale Bank van Suidelike Afrika Bpk v Saayman No* 1997 (4) SA 302 (SCA) ... 460-462

*Efroiken v Simon* 1921 CPD 367 ... 205

*Electronic Building Elements v Huang* 1992 (2) SA 384 (W) ... 202

*Ex parte Isted* 1948 (2) SA 71 (C) ... 207

*Ex parte Rosenstein* 1952 (2) SA 324 (T) ... 229, 240

*Ferguson v Merensky* 1903 TS 657 ... 204, 205

*Fiat SA v Kolbe Motors* 1975 (2) SA 129 (O) ... 209

*Fourie NO v Hansen and Another* 2001 (2) SA 823 (W) ... 271, 272

*Fram v Rimer* 1935 WLD 5 ... 207

*Frame v Palmer* 1950 (3) SA 340 (C) ... 209

*Frumer v Maitland* 1954 (3) SA 840 (A) ... 686

*George v Fairmead (Pty) Ltd* 1958 (2) SA 465 (A) ... 222, 230, 232, 244, 246, 248, 250, 256, 261, 263, 270, 272, 275, 297, 298

*Glofinco v Absa Bank (t/a United Bank) and Others* 2001 (2) SA 1048 (W) ... 271, 272

*Glyphis v Tuckers Land Holdings Ltd* 1978 (1) SA 530 (A) ... 332

*Godfrey v Paruk* 1965 (2) SA 738 (D) ... 207

*Goldberg and Another v Carstens* 1997 (2) SA 854 (C) ... 272

*Goldblatt v Fremantle* 1920 AD 123 ... 209

*Goldfoot v Myerson* 1926 TPD 242 ... 207

*Gollach and Gomperts (1967) (Pty) Ltd v Universal Mills and Produce Co (Pty) Ltd and Others* 1978 (1) SA 914 (A) ... 219, 236, 263

*Gravenor v Dunswart Iron Works* 1929 AD 299 ... 328, 332

*Greenberg v Wascke* 1911 WLD 1 ... 678

*Hansen, Schrader & Co v De Gasperi* 1903 TH 100 ... 332

*Harksen v Lane NO and Others* 1998 (1) SA 300 (CC) ... 37

*Hartzenberg v Secretary for Inland Revenue* 1965 (4) SA 282 (W) ... 208

*Heatlie v Colonial Government* (1887) 5 SC 353 ... 223

*Hersch v Nel* 1948 (3) SA 686 (A) ... 206

*Hill v Faiga* 1964 (4) SA 594 (W) ... 207

*Histor Boerdery (Edms) Bpk v Barnard* 1983 (1) SA 1091 (A) ... 364

*Hodgson Bros v South African Railways* 1928 CPD 257 ... 279, 280, 281

*Horty Investments (Pty) Ltd v Interior Acoustics (Pty) Ltd* 1984 (3) SA 537 (W) ... 239, 242, 246, 250, 256, 296, 297

*HSM (Pty) Ltd v Volkswagen Motor Port* 1986 (4) SA 22 (C) ... 208

*Investec Bank Ltd and Another v Lefkowitz* 1997 (3) SA 1 (A) ... 273

*Jacobson v Norton* (1841) 2 Menz 218 ... 201

*Jajbhay v Cassim* 1939 AD 539 ... 438

*Janowski v Fourie* 1978 (3) SA 16 (O) ... 219, 221

*Janse van Rensburg v Grieve Trust* CC 2000 (1) SA 315 (C) ... 464, 481

- Joel Melamed and Hurwitz v Cleveland Estates (Pty) Ltd* 1984 (3) SA 155 (A) ... 209
- Johaadien v Stanley Porter (Paarl) Pty Ltd* 1970 (1) SA 394 (A) ... 455
- Johnston v Leal* 1980 (3) SA 927 (A) ... 221, 328
- Jonnes v Anglo African Shipping Co (1936) Ltd* 1972 (2) SA 827 (A) ... 332, 333, 672
- Joubert v Enslin* 1910 AD 6 ... 328, 678
- Keens Group Co (Pty) Ltd v Lötter* 1989 (1) SA 585 (C) ... 239, 251, 254
- Kempston Hire (Pty) Ltd v Snyman* 1988 (4) SA 465 (T) ... 239, 249, 250
- Kenilworth Palace Investments (Pty) Ltd and Another v Ingala and Another* 1984 (2) SA 1 (C) ... 209, 219
- Kentz (Pty) Ltd v Power* 2002 (1) All SA 597 (T) ... 271, 272
- Kerkraad van Van der Bijlpark-Wes Gemeente van die NG Kerk, Transvaal v Van der Wath* 1964 (3) SA 64 (A) ... 205
- Khan v Naidoo* 1989 (3) SA 724 (N) ... 252
- Knop v Johannesburg City Council* 1995 (2) SA 1 (A) ... 50
- Knowles FW Knowles (Pty) Ltd v Cash-in (Pty) Ltd* 1986 (4) 641 (K) ... 672
- Kock & Schmidt v Alma Modehuis (Edms) Bpk* 1959 (3) SA 308 (A) ... 206, 208
- Kok v Osborne and Another* 1993 (4) SA 788 (SE) ... 221, 236, 271, 272
- Lake and Others NNO v Caithness* 1997 (1) SA 667 (E) ... 236, 271, 272
- Lanfear v Du Toit* 1943 AD 59 ... 332
- Lategan and Another NNO v Boyes and Another* 1980 (4) SA 191 (T) ... 209
- Lewis v Elske* 1921 AD 36 ... 212
- Lewis v Oneanate (Pty) Ltd and Another* 1992 (4) SA 811 (A) ... 334

- Logan v Beit* (1890) 7 SC 197 ... 14, 73, 74, 223, 224, 263, 296, 675
- Louisa and Protector of Slaves v Van den Berg* (1830) 1 Menz 471 ... 201
- Machina Bpk v Kriel en Andere* 1960 (1) SA 572 (C) ... 207
- Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* 1984 (4) 874 (A) ... 439, 440, 441, 442, 480
- Malcolm v Cooper and Others* 1974 (4) SA 52 (C) ... 209
- Malelane Suikerkorporasie (Edms) Bpk v Streak* 1970 (4) SA 478 (T) ... 207
- Mans v Union Meat Co* 1919 AD 268 ... 231
- Maresky v Morkel* 1994 (1) SA 249 (C) ... 221, 222, 273
- Maritz v Pratley* (1894) 11 SC 345 ... 224, 225, 327
- McAdams v Fiander's Trustee and Bell NO* 1919 AD 207 ... 208
- McCullough v Fernwood Estate Ltd* 1920 AD 204 ... 207
- McKenzie v Farmers' Co-operative Meat Industries Ltd* 1922 AD 16 ... 210
- Merrington v Davidson and Others* (1905) 22 SC 148 ... 226
- Miller and Another NNO v Dannecker* 2001 (1) SA 928 (C) ... 463, 464, 481
- Mineworkers' Union v Cooks* 1959 (1) SA 709 (W) ... 207
- Minister of Home Affairs and Another v American Ninja IV Partnership and Another* 1993 (1) SA 257 (A) ... 206
- Minister of Law and Order and Another v Kadir* 1995 (1) SA 303 (A) ... 50
- Minister van Landbou-Tegniese Dienste v Scholtz* 1971 (3) SA 188 (A) ... 208, 369, 372
- Minister van Polisie v Ewels* 1975 (3) SA 590 (A) ... 50
- Mondorp Eiendomsagentskap (Edms) Bpk v Kemp en de Beer* ... 691

- Monto and Another v Campbell and Others* 1951 (4) SA 372 (T) ... 207
- Morrison v Angelo Deep Gold Mines Ltd* 1905 TS 755 ... 437, 438
- Mort NO v Henry Shields-Chiat* 2001 (1) SA 464 (C) ... 463
- Mullin (Pty) Ltd v Benade Ltd* 1952 (1) SA 211 (A) ... 208, 372
- Namibian Minerals Corporation Ltd v Benguela Concessions Ltd* 1997 (2) SA 548 (A) ... 334
- Nasionale Behuisingskommissie v Greyling* 1986 (4) SA 917 (T) ... 236, 245, 261, 263, 296, 297
- National and Overseas Distributors Corporation (Pty) Ltd v Potato Board* 1958 (2) SA 473 (A) ... 215, 232, 234, 248, 256, 263, 297, 298
- Nelson v Hodgetts Timbers (East London) (Pty) Ltd* 1973 (3) SA 37 (A) ... 673
- NKP Kunsmisverspreiders (Edms) Bpk v Sentrale Kunsmis Korporasie (Edms) Bpk* 1969 (3) SA 82 (T) ... 207
- North Vaal Mineral Co v Lovasz* 1961 (3) SA 604 (T) ... 455
- Nzimande v Smuts and Others* 1960 (3) SA 264 (O) ... 455
- Ocean Cargo Line Ltd v FR Waring (Pty) Ltd* 1963 (4) SA 641 (A) ... 283-285
- Orion Investments (Pty) Ltd v Ujamaa Investments (Pty) Ltd and Others* 1988 (1) SA 583 (ZS) ... 210
- Ornelas v Andrew's Cafe* 1980 (1) SA 378 (W) ... 219
- Osman v Standard Bank National Credit Ltd* 1985 (2) SA 378 (C) ... 219, 236, 242, 255, 263, 296
- Otto en 'n ander v Heymans* 1971 (4) SA 148 (T) ... 455
- Papadopoulos v Trans-State Properties and Investments Ltd* 1979 (1) SA 682 (W)
- Papadopoulos v Trans-State Properties and Investments Ltd and Another* 1985 (2) SA 378 (W) ... 219
- Patel v Le Clus (Pty) Ltd* 1946 TPD 30 ... 240, 286

- Peri-Urban Areas Health Board v Breet NO and Another* 1958 (3) SA 783 (T) ... 281-283
- Phillips v Aida Real Estate (Pty) Ltd* 1975 (3) SA 198 (A) ... 208
- Phillips and Another v Miller and Another* 1976 (4) SA 88 (W) ... 455
- Pieters I and Co v Salomon* 1911 AD 121 ... 211, 212, 678, 695
- Plum v Mazista Ltd* 1981 (3) SA 152 (A) ... 209
- Potchefstroom Municipal Council v Bouwer NO* 1958 (4) SA 382 (T) ... 209
- Potgieter v New York Mutual Life Insurance Society* (1900) 17 SC 67 ... 678
- Preller and Others v Jordaan* 1956 (1) SA 483 (A) ... 47
- Premier Hangers CC v Polyoak (Pty) Ltd* 1997 (1) SA 416 (SCA) ... 50
- Prins v Absa Bank* 1998 (3) SA 904 (C) ... 273-276
- Putco Ltd v TV and Radio Guarantee Co (Pty) Ltd* 1985 (4) SA 809 (A) ... 672
- R v Dembovsky* 1918 CPD 230 ... 210
- R v Kramer* 1948 (3) SA 48 (N) ... 209
- R v Nel* 1921 AD 339 ... 210
- Rand Bank Ltd v Rubinstein* 1981 (2) SA 207 (W) ... 354, 438, 439, 472
- Rand Rietfontein Estate Ltd v Cohn* 1937 AD 317 ... 328, 331
- Rapp and Maister v Aronovsky* 1943 WLD 68 ... 371
- Regal v African Superslate (Pty) Ltd* 1963 (1) SA 102 (A) ... 50
- Richard Ellis South Africa (Pty) Ltd v Miller* 1990 (1) SA 453 (T) ... 372
- Ridon v Van der Spuy and Partners (Wes-Kaap) Inc* 2002 (2) SA 121 (C) ... 204, 221, 273, 274

*Roomer v Wedge Steel (Pty) Ltd* 1998 (1) SA 538 (N) ... 273

*Rose-Innes Diamond Mining Co Ltd v Central Diamond Mining Co Ltd* (1883) 2 HCG 272 ... 678

*Ruskin NO v Thiergen* 1962 (3) SA 737 (A) ... 208

*Russell NO and Loveday NO v Collins Submarine Pipelines Africa (Pty) Ltd* 1975 (1) SA 110 (A) ... 672

*S v Coetzee* 1997 (3) SA 527 (CC) ... 36

*S v Makwanyane and Another* 1995 (3) SA 391 (CC) ... 36, 37

*S v Mello and Another* 1998 (3) SA 712 (CC) ... 37

*S v Williams and Others* 1995 (3) SA 632 (CC) ... 36

*S v Zuma* 1995 (2) SA 642 (CC) ... 36

*SA Mutual Aid Society v Cape Town Chamber of Commerce* 1962 (1) SA 598 (A) ... 208

*SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren* 1964 (4) SA 760 (A)

*Saambou-Nasionale Bouvereniging v Friedman* 1979 (3) SA 978 (A) ... 203, 215, 285-288, 694, 695

*Saambou-National Building Society v Friedman* 1977 (3) SA 268 (W) ... 285-286

*Salisbury Bottling Co (Pty) Ltd v Lomagundi Distributors (Pty) Ltd* 1965 (3) SA 503 (SR) ... 207, 209

*Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 (1) SA 1 (A) ... 439, 443, 445, 480

*Schickerling v Schickerling* 1936 CPD 269 ... 453, 454

*Schultz v Butt* 1986 (3) SA 667 (A) ... 50

*Schwarzer v John Roderick's Motors (Pty) Ltd* 1990 OPD 170 ... 455

*Scottish Union and National Insurance Co Ltd v Native Recruiting Corporation Ltd* 1934 AD 458 ... 332

*Shepherd v Farrell's Estate Agency* 1921 TPD 62 ... 228, 229, 231, 237, 244, 263, 297



- Silva's Fishing Corporation (Pty) Ltd v Maweza* 1957 (2) SA 256 (A) ... 50
- Skjelbreds Rederi A/S and Others v Hartless (Pty) Ltd* 1982 (2) SA 710 (A) ... 208
- Slavin's Packaging Ltd v Anglo African Shipping Co Ltd* 1989 (1) SA 337 (W) ... 250
- Smeiman v Volkersz* 1954 (4) SA 170 (C) ... 210
- Smith NO and Another v Van Reenen Steel (Pty) Ltd and Another* 2002 (2) SA 613 (D) ... 219
- Société Commerciale de Moteurs v Ackermann* 1981 (3) SA 422 (A) ... 332, 335, 370
- Sonap Petroleum (formerly known as Sonarep) (SA) (Pty) Ltd v Pappadogianis* 1992 (3) SA 234 (A) ... 255-268
- South African Railways and Harbours v National Bank of South Africa Ltd* 1924 AD 704 ... 212-217, 264, 281, 669, 673, 689, 694, 695
- Spes Bona Bank Ltd v Portals Water Treatment South Africa (Pty) Ltd* 1983 (1) SA 978 (A) ... 209, 247, 287, 288, 691, 696
- Spindrifter (Pty) Ltd v Lester Donovan (Pty) Ltd* 1986 (1) SA 303 (A) ... 219, 239, 243-245, 248, 256, 262, 274, 297, 298
- Standard Bank of SA Ltd and Another v Ocean Commodities Inc and Others* 1983 (1) SA 276 (A) ... 209
- Standard Bank van SA en 'n Ander NNO v Van der Merwe NO* 1960 (4) SA 282 (C) ... 208
- Standard Building Society v Cartoulis* 1939 AD 510 ... 328
- Standard Credit Corporation Ltd v Naicker* 1987 (2) SA 49 (N) ... 236, 247, 248, 266, 296, 297, 675
- Stewart v Zagreb Properties (Pty) Ltd* 1971 (2) SA 346 (RA) ... 209
- Steyn NO v Lomlin (Edms) Bpk* 1980 (1) SA 167 (0) ... 209
- Steyn v LSA Motors Ltd* 1994 (1) SA 49 (A) ... 203, 204, 221, 273, 274, 288
- Sun Couriers (Pty) Ltd v Kimberley Diamond Wholesalers* 2001 (3) SA 110 (NC) ... 268-270
- Swart v Vosloo* 1965 (1) SA 100 (A) ... 672

- Swart en 'n Ander v Cape Fabrix (Pty) Ltd* 1979 (1) SA 195 (A) ... 333
- Techni-Pak Sales (Pty) Ltd v Hall* 1968 (3) SA (W) ... 372
- Theron NO v Joynt* 1951 (1) SA 498 (A) ... 686
- Tjollo Ateljees (Eins) Bpk v Small* 1949 (1) SA 856 (A) ... 686
- Total South Africa (Pty) Ltd v Bekker NO* 1992 (1) SA 617 (A) ... 206
- Triomf Kunsmis (Edms) Bpk v AE & CI Bpk en Anders* 1984 (3) SA 102 (A) ... 209
- Trollip v Jordaan* 1961 (1) SA 238 (A) ... 215, 219
- Trust Bank of Africa Ltd v Frysch* 1977 (3) SA 562 (A) ... 219
- Tuckers Land and Development Corporation (Pty) Ltd v Hovis* 1980 (1) SA 645 (A) ... 364
- Union Government (Minister of Railways and Harbours) v Faux Ltd* 1916 AD 105 ... 208, 372
- Van Aswegen v Fourie* 1964 (3) SA 94 (O) ... 455
- Van Deventer v Louw* 1980 (4) SA 105 (O) ... 691
- Van den Berg v Tenner* 1975 (2) SA 268 (A) ... 208, 372
- Van der Merwe v Meades* 1991 (2) SA 1 (A)
- Van der Merwe v Viljoen* 1953 (1) SA 60 (A) ... 208, 332
- Van der Plank NO v Otto* 1912 AD 353 ... 207
- Van der Walt v Minnaar* 1954 (3) SA 932 (O) ... 455
- Van Reenen (Pty) Ltd v Smith NO and Another* 2002 (4) SA 264 (SCA) ... 220
- Van Rensburg v Rice* 1914 EDL 217 ... 226, 227, 263, 296
- Van Rensburg v Taute* 1975 (1) SA 279 (A) ... 328

- Van Ryn Wine and Spirit Co v Chandos Bar* 1928 TPD 417 ... 277-279
- Van Wyk v Otten* 1963 (1) SA 415 (O) ... 296
- Van Zyl v Burger en Andere* 1965 (3) SA 221 (O) ... 208
- Volkskas v Van Aswegen* 1961 (1) SA 493 (A) ... 370
- Von Ziegler and Another v Superior Furniture Manufacturers* 1962 (3) SA 399 (T) ... 455
- Wastie v Security Motors (Pty) Ltd* 1972 (2) SA 129 (C) ... 464
- Weinerlein v Goch Buildings Ltd* 1925 AD 282 ... 47, 210, 455
- Wells v South African Alumenite Co* 1927 AD 69 ... 438
- West Rand Estates Ltd v New Zealand Insurance Co Ltd* 1925 AD 245 ... 328
- Wilkins NO v Voges* 1994 (3) SA 130 (A) ... 208, 373
- Woods v Walters* 1921 AD 303 ... 209
- Worman v Hughes* 1948 (3) SA 495 (A) ... 328, 331, 673
- Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 ... 208
- Zuurbekom Ltd v Union Corporation Ltd* 1947 (1) SA 514 (A) ... 455

~~~ o0o ~~~

## TYDSKRIFTE

- AQUILIUS Immorality and Illegality in Contract 1941 SALJ 322-346 ... 446
- ATIYAH Contracts, Promises and the Law of Obligations (1978) 94 Law Quarterly Review 1978 op 193 ev ... 629
- BARNETT E RANDY Some Problems with Contract as Promise 77 Cornell Law Review 1992 op 1023 Voetnoot 6 ... 638
- BRAUCHER J (1988) Boston University Law Review op 349 ev ... 733
- CAMPBELL The Society Theory of Relational Contract: Macneil as the Modern Proudhon (1990) 18 Jul J Soc op 75 ... 664
- CAMPBELL EN HARRIS Flexibility in Long-term Contractual Relationships: The Role of Co-operation (1993) 20 JL and S op 166 op 182 ... 664
- COHEN M The Basis of Contract Law (1933) 46 Harvard Law Review op 553 ... 614
- CORBETT M M Aspects of the Role of Policy in the Evolution of our Law (1987) 104 SALJ 52
- CORBIN AL Recent Developments in Law of Contracts (1937) 50 Harvard Law Review op 449 ... 357
- DALTON C An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine (1985) 94 Yale Law Journal op 997 ev ... 651
- DU PLESSIS W *Aequitas* equity *billigheid* en die *usus pandectarum* (1989) 14 Tydskrif vir Regswetenskap op 16-28
- DWORKIN R 'Natural' Law Revisited (1982) 34 University of Florida Law Review 165 ... 41
- ERASMUS HJ Roman Law in South Africa Today (1989) 106 SALJ op 636 ev ... 459
- FARBER A D Contract Law and Modern Economic Theory 78 Northwestern University Law Review 1983 op 303 ... 641

FEINMAN M J Critical Approaches to Contract Law (1983) 30 University of California Law Review op 829 op 838 ... 473

FEINMAN M J Critical Approaches to Contract Law (1983) 30 University Cal Los Angeles Law Review op 929 ev ... 651

FINDLAY G en KIRK-COHEN FC On fictitious Interpretation (1953) 70 South African Law Journal op 145 ev ... 378

FLOYD TB EN PRETORIUS CJ A reconciliation of the different approaches to contractual liability in the absence of actual consensus 1999 (55 THRHR) 668 ... 222, 223

FULLER L en PERDUE W Reliance Interest in Contract Damages (1936) 46 Yale Law Journal 1937 op 52 ... 614.

GORDON R Macaulay, MacNeil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law (1985) Wisconsin Law Review op 565 ev ... 666

HAHLO HR Unfair Contract Terms in Civil Law Systems (1981) 98 SA LJ op 70 ... 488

HART H LA Are there any Natural Rights? (1955) 64 Philadelphia Review op 175 ... 622

HIJMA J 'Boekbespreking' in Kwartaalbericht Nieuw BW 1990 U op 118-121 ... 533

HILLMAN AR The Crisis in Modern Contract Theory 1988 (67) Texas Law Review op 105 ev ... 656

HOFMANN LC The Basis of the Effect of Mistake on Contractual Obligations (1935) SALJ 432 ... 681

HUNT PMA Mistake in the formation of contract: the case of the careless clerk 1964 SALJ 153 ... 220

HUNT PMA The man with X-ray eyes 1962 SALJ 120 ... 266

HUTCHISON D en VAN HEERDEN B Mistake in contract: a comedy of (*justus*) errors 1987 SALJ 523 ... 255

KAHN E Mistakes in a telegram 1971 SALJ 419 – 1971 SALJ 417 ... 266

KAHN E Some mysteries of offer and acceptance 1955 SALJ 246 ... 266

- KENNEDY D Form and Substance in Private Law Adjudication (1976) 89 Harvard Law Review op 1686 ... 614
- KENNEDY D The Structure of Blackstone's Commentaries (1979) 28 Buffalo Law Review op 205 ev ... 614
- KENNEDY D Form and Substance in Private Law Adjudication (1976) 89 Harvard Law Review 1685 ev ... 651
- KENNEDY D (1976) Harvard Law Review op 1685 ... 732
- KRITZINGER K Approach to contract: a reconciliation 1983 SALJ 47 ... 255
- KRITZINGER KM Contractual formation and the Blackburn Dictum: Adding to the Confusion (1983) 100 SA Law Journal op 569-572 ... 696
- KRONMAN A Contract Law and Distributive Justice (1980) 89 Yale Law Journal op 472 ... 614
- KÜHLEWEIN ROBERT R The Interpretation of Contracts in Modern European Law (1939) 13 Tulane Law Review op 592 op 593 ... 311
- LEFF Unconscionability and the Code – The Emperor's New Clause 1967 (115) University of Pennsylvania Law Review 485 op 486 ev ... 431
- LEWIS C *Caveat Subscriptor* and the Doctrine of *Justus Error* 1987 SALJ 371 op 376 ... 262
- LEWIS C Interpretation of Contracts in R Zimmermann en D Visser Southern Cross (1996) op 196-216 ... 334
- LLEWELLYN K What Price Contract? An Essay in Perspective (1931) 40 Yale Law Journal op 70 ... 614
- LUBBE G F *Bona fides*, billikheid en die openbare belang in die Suid-Afrikaanse kontraktereg 1990 Stellenbosch LR 21 ... 47
- LUBBE GF Estoppel, vertrouensbeskerming en die struktuur van die Suid-Afrikaanse privaatreë 1991 TSAR 16 1991 TSAR 1 ... 293
- LUBBE GF *Ex Africa semper aliquid novi?* The Mixed character of Contract Law in new South Afrika in Jan Smits (red) The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law (2001) 51 ... 465
- MACAULAY S An Empirical View of Contract 1985 Wisconsin Law Review 465 ... 665

MACAULAY S Contractual Relations in Business: A Preliminary Study (1963) 28 AM Soc Rev op 55 ... 665

MACAULAY S Contract Law and Contract Research (1968) 20 J Legal Educ 1968 op 460 ev ... 665

MACKAAY Verhuivingen in de rechtseconomie NJB 1991 op 1505 ... 535

MACNEIL I Many Futures of Contracts 1974 (47) S Cal Law Review op 691 ... 662

MACNEIL I A Primer of Contract Planning 1975 (48) S Cal Law Review op 622 ... 662

MACNEIL I Adjustment of Long-term Economic Relations under Classical Neoclassical Relational Contract Law (1958) NW Law Review op 854 ev ... 662

MACNEIL I The Many Futures of Contracts (1974) 47 South California Law Review op 472 ... 614

MASON A (SIR) Contract Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing (2002) 116 Law Quarterly Review 66-94 ... 416

MASON AF Contract Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing (2000) 116 LQR 66-94 ... 417

MEIJER EM De Grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen in Versamelde privaatrechtelyke opstellen (1955) deel 3 1955

NEELS J Die aanvullende en beperkende werking van redelikheid en billikheid in die kontraktereg 1999 TSAR 684 ... 462

NEELS J Regsekerheid en die korrigerende werking van redelikheid en billikheid (deel 1) 1998 TSAR 702

...

NIENABER PM *Sydney Clow & Co Ltd v Munnik and Another* 1965 (1) SA 626 (A) vonnisbespreking 1965 THRHR 149 ... 223

REINHARD R *Die vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte zum 70e Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler* 1957 op 115 ev ... 546

SCHMIDT-RIMPLER W *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts* in Archiv f civ Praxis op 130 ev zum problem der Geschäftsgrundlage in 1955 Festschrift Nipperdey 1955 op 1 ev ... 546

SCHWARTS Gun and Camera Through Darkest CLS-Land 1984 (36) Stanford Law Review op 413 on 414–415 ... 656

SIEBERT W *Faktische Vertragsverhältnisse Abwandlung en des Vertragsrechts in den Bereichers der Daseinvorsorge des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrecht* (1957) 41 Jur Std Gesellschaft Karlsruhe op 48 ev ... 546

SLADE CJ The Myth of Mistake in the English Law of Contract (1954) 70 LQR 385 op 387, 388 ... 573

SMITH JC The Law of Contract – Alive or Dead (1979) 13 The Law Teacher 73 ... 589

SOLUM On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma 1987 (54) Chicago Law Review op 462 ... 656

SPENCER JR Signature, consent and the Rule in *L'Estrange v Graucob* (1973) 32 Cambridge Law Journal 104 op 105 ... 573

STONE From Principles to Principles (1981) 97 LQR 223 ev

TEUBNER G Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences (1998) 61 Modern Law Review 11 ev ... 416

TLADI DD Breathing constitutional values into the Law of Contract and the Constitution (2002) 35 De Jure 306 ... 479

TRAKMAN LE Frustrated Contracts and Legal Fictions (1983) 46 Modern Law Review op 39 ev ... 357

UNGER ROBERTO The Critical Legal Studies Movement Harvard University Press Cambridge Mass 1986... 651

VAN BLERK A Critical Legal Studies in South Africa 1996 SA Law Journal op 86-108 ... 651

VAN DER MERWE LUBBE en VAN HUYSSSTEEN (1989) The *Exceptio doli generalis: Requiescat in pace viviat Aequitas* 106 SALJ op 235 ev ... 459

VAN DER MERWE SCHALK Die Duiwel, die Hof en die Wil van 'n kontraktant Feesbundel JC Noster Butterworths Durban 1978 ... 222

VAN DER MERWE S en VAN HUYSSSTEEN L F The force of agreement: valid, void, voidable, unenforceable 1995 THRHR 550, 560 ... 450

VAN DER WALT C F C Aangepaste voorstelle 1993 THRHR 76 ... 445

VAN DER WALT J The (im)possibility of two together when it matters 2002 TSAR 33 ev ... 462



VAN HEERDEN B J An Exploratory Introduction to the Economic Analysis of Law in vol 4 no 3 Responda Meridiana 1981 op 147-149 ... 641

VAN RENSBURG ADJ Die Grondslag van kontraktuele aanspreeklikheid in (1986) THRHR 448 ... 261

VORSTER JP A Comment on the Meaning of Objectivity A Comment Objectivity in 1987 (104) The Law Quarterly Review 274-287

VORSTER J P The Influence of English Law on the Implication of terms in the South African Law (1987) 104 SALJ 274

WIGMORE JH A Brief History of the Parol Evidence Rule (1904) Columbia Law Review 338 ... 183, 184

WINFIELD PH Public Policy in the English Common Law 89 Harvard Law Review ... 412

WRIGHT (LORD) Ought the Doctrine of Consideration to be abolished from the Common Law? in (1936) 49 Harvard Law Review 1225 ev ... 59