

DEEL 2

HOOFSTUK 2

ROMEINSE REG

SAMEVATTING

2 1 Inleiding

2 2 Tenuitvoerleggingsprosedures van die Romeinse Siviele Prosesreg

2 3 Skuldverligtingsmaatreëls in die Romeinse Reg

2 4 Gevolgtrekking

2 1 Inleiding

In hierdie hoofstuk word die tenuitvoerleggingsprosedures van die Romeinse siviele prosesreg ondersoek met die spesifieke oogmerk om vas te stel wat die houding jeens die skuldenaar was en tot watter mate sy belange, met die verloop van tyd, in ag geneem is. Tweedens word die vraag ook ondersoek of 'n skuldenaar in die Romeinse reg, self stappe kon inisier om sy posisie te verlig indien hy in 'n finansiële verknorsing verkeer het en nie in staat was om sy skulde te betaal nie. Laastens word 'n samevatting en gevolgtrekking met betrekking tot die ondersoek in hierdie hoofstuk verskaf.

2 2 Tenuitvoerleggingsprosedures van die Romeinse Siviele Prosesreg

2 2 1 Algemeen

Daar word gewoonlik tussen drie stadia van ontwikkeling van die Romeinse prosesreg onderskei, naamlik die tydperk van die *legis actio*-prosedure, die tydperk van die *formula*-prosedure en die tydperk van die *cognitio*-prosedure.¹

In die landelike gemeenskap van die vroeë Rome was die aangaan van skuld nie 'n alledaagse verskynsel nie. Vermoedelik kon slegs die hoof van 'n familie 'n lening verkry en dan slegs indien hy 'n vriend, of meer waarskynlik, 'n lid van sy familie as

¹ Van Zyl *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* (1977) 366; Bauer *The Bankrupt's Estate: A Study of Individual and Collective Rights of Creditors under Roman and Early English Bankruptcy Laws* (Meesters-verhandeling 1980 Southern Methodist University School of Law) 3.

pand aan die skuldeiser gegee het. Laasgenoemde persoon sou dan die skuldeiser se privaateiendom geword het indien die skuldenaar nie sy skuld betaal het nie. Hierdie verpanding is waarskynlik later van tyd as onprakties beskou, met die gevolg dat die skuldenaar uiteindelik met sy eie lewe en liggaam aanspreeklik geword het, met 'n prosedure waarna in die Twaalf Tafels as die *legis actio per manus iniunctionem* verwys is.²

In die klassieke tydperk het daar ook 'n ander *legis actio* vir tenuitvoerlegging bestaan, te wete die sognaamde *legis actio per pignoris capionem*.³ Dit was 'n eksekusiemiddel en teen die vermoë van die skuldenaar gemik.⁴ Hierdie prosedure het in essensie behels dat op eiendom van die skuldenaar beslag gelê is ten einde druk op hom uit te oefen om sy skuld te betaal.⁵ Dit is egter nooit as 'n algemene metode van eksekusie aangewend nie en ook nie ten opsigte van vonnisskulde nie.⁶ Die pandhouer het ook nie die bevoegdheid gehad om die inbeslaggenome bates te verkoop nie.⁷ Verder is die prosedure ook net in uitsonderingsgevalle aangewend.⁸

² Dalhuisen *Dalhuisen on International Insolvency and Bankruptcy* Vol 1 (1986) 1-4 (hierna Dalhuisen *International Insolvency*).

³ *G 4 26-29*.

⁴ Wenger *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure* (1955) 228; Van Warmelo *Die Oorsprong en Betekenis van die Romeinse Reg* (1978) 253 (hierna Van Warmelo *Oorsprong*); Van Zyl 372.

⁵ Buckland *A Text-Book of Roman Law* (1966) 623 (hierna Buckland *Text-Book*); Buckland *A Manual of Roman Private Law* (1947) 378 (hierna Buckland *Manual*); Van Warmelo *Oorsprong* 253; Bauer 11.

⁶ Jolowicz en Nicholas *Historical Introduction to the Study of Roman Law* (1972) 190; Bauer 11.

⁷ Sien Buckland *Manual* 379; De Zulueta *The Institutes of Gaius* (deel 2) (1953) 248; Bauer 11. Indien die skuldenaar halsstarrig was, is die objek van die pand waarskynlik vernietig – sien Jolowicz en Nicholas 190.

⁸ Gaius noem 'n aantal gevalle waar *pignoris capio* toelaatbaar was. Dit blyk dat openbare of religieuse belange in hierdie gevalle 'n rol speel. Sommige gevalle is uit die gewoontereg (*mos*) afkomstig (*G 4 26*). So bv kon 'n soldaat *pignoris capio* toepas as hy nie sy soldy (*aes militare*) ontvang het nie, of waar hy nie die geld wat hy uitgegee het om sy perd aan te koop (*aes equestre*) of om voer vir sy perd te koop (*aes horidarium*) ontvang het nie (*G 4 27*). Verder is daar ook gevalle wat uit wette afkomstig is (*G 4 26*). So kan die verkoper van 'n offerdier wat nie die koopprys ontvang het nie op hierdie manier teen die koper optree. Gaius noem ook die geval van die belastinggaarder wat op hierdie wyse 'n pand van die belastingbetaler vir die belasting kan neem (*G 4 27*). Vgl Van Warmelo *Oorsprong* 253; Buckland *Manual* 378; Jolowicz en Nicholas 190; Buckland *Text-Book* 623.

Die belangrikste kenmerk van die *legis actio*-prosedure was die plegtige uitspraak van sekere voorgeskrewe formele woorde, gepaard met ewe formele rituele handeling.⁹ As gevolg van die streng formalisme daarvan het dit geleidelik in onguns verval,¹⁰ totdat dit uiteindelik deur die *Lex Aebutia* (van die tweede eeu v.C) en twee *Leges Iuliae* (van 17 v.C) herroep is.¹¹ Teen die einde van die Republiek¹² het die sogenaamde *formula*-prosedure in die plek daarvan gekom.¹³ Die *formula*-prosedure ontleen sy naam aan die *formula*, 'n geskrewe daarstelling van die geskil tussen litigante, in teenstelling met die bykans rituele formele woorde wat die *legis actiones* gekenmerk het.¹⁴

Die *formula*-prosedure het nie veel belangrike veranderings in die verrigtinge *apud iudicem* meegebring nie.¹⁵ Belangrike veranderinge word egter ten aansien van die tenuitvoerlegging van vonnisse aangetref.¹⁶ Die belangrikste innovasie van die *formula*-prosedure is die invoering van eksekusie teen die bates van die

⁹ G 4 21; Van Zyl 369.

¹⁰ G 4 30. Sien ook Jolowicz en Nicholas 179; Buckland *Text-Book* 625; Buckland *Manual* 379; Van Warmelo *Oorsprong* 255; Van Zyl 373.

¹¹ G 4 30. Welke rol elkeen van hierdie wette in die herroeping gespeel het, is nie heeltemal duidelik nie. Daar bestaan verskillende standpunte oor die datum en wyse waarop die *formula*-prosedure ingevoer is (sien Buckland *Manual* 381 ev; Jolowicz en Nicholas 192). De Zulueta 251 is van mening dat die gelyktydige bestaan van al die *legis actiones* en die *formula*-prosedure gedurende die tyd van Cicero, die gevolgtrekking regverdig dat die *Lex Aebutia* die *formula*-prosedure as alternatief vir die *legis actio*-prosedure daargestel het en dat die *legis actiones* eers ten volle deur die twee *Leges Iuliae* afgeskaf is. Daar was uitsonderingsgevalle waar die toepassing van die *legis actio*-prosedure wel toegelaat is (sien hieroor De Zulueta 254).

¹² Die tydperk van die Republiek strek van 509-27 vC – sien Van Zyl 3.

¹³ Van Zyl 373.

¹⁴ Van Zyl 373. Sien in die algemeen oor die *formula*-prosedure De Zulueta 250 ev; Jolowicz en Nicholas 199 ev; Buckland *Text-Book* 630 ev; Buckland *Manual* 382 ev; Van Warmelo *Oorsprong* 255; Van Zyl 373 ev.

¹⁵ Jolowicz en Nicholas 215; Bauer 12 n 19. De Zulueta 251 wys daarop dat die enigste verskil wat deur Gaius vermeld word, die wyse is waarop die geskil *in iure* geformuleer is. In 'n *legis actio* is dit in *certa verba* (dws in onveranderbare en vasstaande woorde) geformuleer, terwyl dit in die *formula*-prosedure in *concepta verba* (dws in woorde wat by die spesifieke geval in geskil tussen die partye aangepas is) geformuleer is. De Zulueta wys daarop dat Gaius niks sê oor die verskil wat sekere moderne skrywers uitwys, nl dat die *certa verba* van die *legis actiones* mondeling moes wees en dat die *formulae* geskrewe moes wees.

¹⁶ Jolowicz en Nicholas 216.

vonnisskuldenaar.¹⁷ Laasgenoemde is deur middel van 'n praetoriese bevel, die sogenaamde *missio in possessionem*, bewerkstellig.¹⁸ Later is 'n prosedure daargestel waarvolgens die skuldenaar eksekusie teen sy persoon kon vryspring indien hy 'n vrywillige oorgawe van sy bates aan sy skuldeisers gedoen het. Dit het bekend gestaan as *cessio in bonorum*.¹⁹

Onder die *formula*-prosedure is eksekusie teen die persoon van die skuldenaar nie afgeskaf nie. In die laaste eeu van die republiek was dit egter nie meer die enigste metode van eksekusie nie.²⁰

Teen die middel van die vierde eeu n.C is die *formula*-prosedure amptelik afgeskaf.²¹ Die nuwe prosedure is *cognitio extraordinaria* genoem omdat dit van die *formula*-prosedure afgewyk het.²² Ook onder die *cognitio*-prosedure kon tenuitvoerlegging teen beide die persoon van die skuldenaar en sy vermoë gehef word.

Vervolgens word die tenuitvoerleggingsprosedures van bogenoemde drie tydperke in meer besonderhede bespreek.

2 2 2 Tenuitvoerlegging onder die *Legis Actio*-prosedure

2 2 2 1 Algemeen

Gedurende die tyd van die Twaalf Tafels kon 'n skuldeiser, indien sy skuldenaar nie aan 'n vonnis voldoen nie, die vonnis afdwing met 'n prosedure wat bekend gestaan het as *legis actio per manus iniunctionem*.²³ Kenmerkend van hierdie vorm van

¹⁷ Bauer 13 n 19.

¹⁸ Sien hieroor die bespreking in par 2 2 3 2 hieronder.

¹⁹ Sien hieroor die bespreking in par 2 2 3 3 hieronder.

²⁰ Jolowicz en Nicholas 216.

²¹ Van Zyl 385.

²² Buckland *Manual* 389; Van Zyl 385.

²³ Sien in die algemeen Buckland *Text-Book* 618 ev; Jolowicz en Nicholas 188 ev; Wenger 223 ev; De Zulueta 242 ev; Buckland *Manual* 376 ev; Thomas *Text-Book of Roman Law* (1976) 78; Visser

tenuitvoerlegging was dat dit teen die skuldenaar se persoon en nie sy vermoë nie, gemik was.²⁴

In die moderne reg is die doelwit van eksekusie om vereffening van 'n skuld aan 'n skuldeiser te bewerkstellig. Wenger²⁵ wys daarop dat die Romeinse reg, in teenstelling hiermee, in die beginstadium van ontwikkeling, en selfs later, eksekusie as 'n “bending of the will of a stubborn debtor” beskou het en ook as 'n metode om die skuldenaar, wat nie sy verpligtinge nagekom het nie te straf. Dit is die rede waarom eksekusie aanvanklik uitsluitlik teen die persoon van die skuldenaar gerig was.²⁶

Daar word tussen drie vorms van *manus iniectio* onderskei, naamlik, *manus iniectio iudicati*, *manus iniectio pro iudicati* en *manus iniectio pura*.²⁷

2 2 2 2 *Manus Iniectio Iudicati*

Die prosedure bekend as *manus iniectio iudicati* kan soos volg beskryf word. Indien die skuldenaar wat reeds veroordeel was²⁸ nie binne 30 dae aan die vonnis voldoen het nie, kon die skuldeiser die skuldenaar in persoon voor die *praetor* bring.

Die proses het begin deurdat die skuldeiser sy hand op die skuldenaar gelê het (*manus iniectio*). Laasgenoemde handeling was dan ook simbolies van die begin van die persoonseksekusie teen die skuldenaar.²⁹ Die skuldenaar kon hom nie self

“Romeinsregtelike Aanknopingspunte van die Sekwestrasieproses in die Suid-Afrikaanse Insolvensiereg” 1980 *De Jure* 41 42 ev; Van Warmelo *Oorsprong* 249 ev; Van Zyl 371 ev; Bauer 3 ev; Levinthal “The Early History of Bankruptcy Law” 1918 66 *University of Pennsylvania Law Review* 223 231.

²⁴ Bonfante *Grondbeginselen van het Romeinsche Recht* (1919) 142; Van Zyl 371.

²⁵ 222.

²⁶ Sien Jolowicz en Nicholas 187.

²⁷ Sien *G* 4 21-25.

²⁸ Waar 'n persoon nie veroordeel was nie, maar sy skuld voor 'n amptenaar beken het, of waar die persoon se skuld voor-die-hand-liggend was, is hy aan die veroordeelde gelykgestel (sien Van Zyl 371; Visser 42).

²⁹ Wenger 223.

verdedig nie maar 'n *vindex* kon tussenbeide tree en sodoende die gevangene van die skuldenaar verhoed.³⁰ Indien die *vindex* nie daarin geslaag het om die saak suksesvol te bestry nie, is hy aanspreeklik gehou vir dubbel die bedrag waarvoor die skuldenaar aanspreeklik gehou is. Die *vindex* kon nie die meriete van die voorafgaande vonnis bestry nie maar slegs die geldigheid van die vonnis self.³¹ Die *vindex* kon wel die voldoendeheid van die vonnis as grondslag vir die *manus iniectio* betwis, byvoorbeeld omdat die skuld reeds betaal is, of omdat die skuldenaar reeds 'n ander reëling met die skuldeiser getref het.³²

Indien die skuldenaar steeds nie sy skuld betaal het nie, of niemand na vore getree het om namens hom sy onskuld te bewys nie, is hy deur 'n *addictio* van die praetor aan die skuldeiser toegesê. Die skuldeiser kon die skuldenaar nou vir 60 dae gevange hou. Gedurende hierdie tydperk kon die skuldenaar egter steeds tot 'n vergelyk met sy skuldeiser kom en het hy steeds 'n vry persoon en eienaar van sy goed gebly.³³

Op drie agtereenvolgende markdae moes die skuldeiser die skuldenaar voor die *praetor* bring om in die openbaar die bedrag uit te roep wat die skuldenaar verskuldig was. Die doel van hierdie vereiste was om betaling van die skuld deur iemand wat die skuldenaar moontlik jammer sou kry, te bewerkstellig en blykbaar ook om ander skuldeisers in staat te stel om hulle vorderings te stel.³⁴

Indien die skuldenaar nie sy skuld betaal het nie, of nie tot 'n vergelyk met die skuldeiser kon kom nie, kon die skuldeiser die skuldenaar op die derde markdag

³⁰ Van Warmelo *Oorsprong* 250 sê in hierdie verband die volgende: "Dit lyk nogal 'n ernstige toestand dat die *reus* hom nou nie mag verdedig nie (te meer as ons in ag neem wat die ernstige gevolge is wanneer die *manus iniectio* normaal verloop) en dat hy geduldig moet wag tot 'n *vindex* hom sal verdedig. In die praktyk sal die saak nie so ernstig gewees het nie. In sy vroegste tyd was Rome maar 'n klein maatskappy en ons kan gerus aanneem dat, soos in elke klein plekkie, weet iedereen te veel van 'n ander se sake af. Dus as die *actor* 'n skelmstreek wil uithaal of 'n vergissing begaan, sal daar meer as genoeg mense wees wat die ware toedrag van sake ken en wat die *reus* sal verdedig as *vindex*."

³¹ Bv ogv 'n formele gebrek, soos dat een van die partye afwesig was toe die vonnis toegestaan is – sien Visser 42-43.

³² Visser 43 en n 16; Bauer 6 n 3.

³³ Buckland *Text-Book* 619; De Zulueta 244; Visser 43; Bauer 6.

³⁴ Jolowicz en Nicholas 189; De Zulueta 244.

dood of in slawerny verkoop. Indien daar meerdere skuldeisers was, kon hulle die skuldenaar se liggaam opсны en geeneen sou aanspreeklikheid opdoen indien hy 'n groter deel sou afsny as wat hom toekom nie.³⁵ Wenger³⁶ wys daarop dat aanvaar kan word dat 'n skuldenaar sy uiterste bes sou doen om gedurende bogenoemde 60 dae periode tot 'n vergelyk met sy skuldeiser te kom, ten einde die streng gevolge van persoonseksekusie te vermy. Gevolglik het persoonseksekusie slegs diegene wat oor geen bates beskik het nie getref.

Die uitermate strenge gevolge van bogenoemde proses is in 'n sekere sin deur die *lex Poetelia* van ongeveer 326 v.C versag. Hierdie wet het blykbaar die doding en verkoping as 'n slaaf afgeskaf. Vermoedelik het dit aanhouding vir 'n langer periode as die 60 dae wat deur die Twaalf Tafels toegelaat is, gemagtig ten einde die skuldenaar in staat te stel om sy skuld af te werk.³⁷

2 2 2 3 *Manus Iniectio Pro Iudicato*

In die afwesigheid van 'n skulderkenning deur die skuldenaar, was die remedie van *manus iniectio* slegs tot beskikking van vonnisskuldeisers. Mettertyd is hierdie remedie met behulp van 'n regsfiksie ook na ander gevalle uitgebrei. Ingevolge die sogenaamde *manus iniectio pro iudicato* kon 'n skuldeiser die remedie van *manus iniectio* implementeer asof daar 'n vonnis was.³⁸ Gaius³⁹ noem as voorbeelde die geval van die *lex Publilia* ingevolge waarvan 'n borg wat die hoofskuld gedelg het,

³⁵ Die bewoording van Tafel 3 6 lees soos volg: “tertiis nundinis partis secanto: si plus minusve secuerunt se fraude esto.” Hierdie bepaling is nie altyd dieselfde deur skrywers geïnterpreteer nie (sien Zulueta 244-245; Buckland *Text-Book* 620; Jolowicz en Nicholas 189 n 7; Wenger 224-225 en gesag daar aangehaal). Sommige skrywers is van mening dat die bepaling nie letterlik geïnterpreteer moet word nie, maar dat dit beteken dat die skuldenaar se bates verkoop en verdeel moet word. Ander is weer van mening dat 'n letterlike interpretasie in ooreenstemming met die gees van die primitiewe reg van daardie tyd is (sien Wenger 225). De Zulueta 245 sê in hierdie verband: “A tenable view is that originally the debtor was entirely at the creditor’s mercy and that the *Twelve Tables* left things as they were, though perhaps already public opinion and the creditor’s own interest had rendered the exaction of the extreme penalty obsolete in practice.”

³⁶ 230.

³⁷ Vgl Jolowicz en Nicholas 189-190; Wenger 231; Buckland *Text-Book* 620; Thomas 79.

³⁸ sien in die algemeen: Buckland *Text-book* 621; Buckland *Manual* 377; De Zulueta 246; Thomas 79-80; Van Warmelo 252; Bauer 8.

³⁹ 4 22.

die remedie van *manus iniectio* teen die hoofskuldenaar kon implementeer indien laasgenoemde hom nie binne ses maande terugbetaal het nie, nieteenstaande die feit dat daar geen vonnis was nie. Onder die *lex Furia de sponsu*⁴⁰ kon 'n borg wat meer as die deel waarvoor hy teenoor die skuldeiser aanspreeklik is, betaal het, eweneens met hierdie remedie teen die skuldeiser optree.⁴¹ Welke ander *leges* tot *manus iniectio* aanleiding gegee het, is onbekend.⁴² Bauer⁴³ wys daarop dat *manus iniectio pro iudicato* met dieselfde drastiese gevolge as dié van *manus iniectio iudicati* hierbo toegepas is.

2 2 2 4 *Manus Iniectio Pura*

Die prosedure van *manus iniectio pura* is op 'n later stadium deur wetgewing ingevoer, nadat die streng gevolge van *manus iniectio* deur die *Lex Poetelia* afgeskaf is. Hierdie prosedure het daarvoor voorsiening gemaak dat die skuldenaar homself kon verdedig. Hy het dus nie 'n *vindex* nodig gehad nie. Indien die skuldenaar egter nie in sy verweer geslaag het nie is hy aanspreeklik gehou vir dubbel die verskuldigde bedrag.⁴⁴

Ingevolge 'n *lex Vallia* van 'n onbekende datum⁴⁵ is alle vorms van *manus iniectio*, behalwe dié op grond van 'n vonnis en dié ingevolge die *lex Publilia* en *lex Furia de sponsu*, vervang met dié van *manus iniectio pura*.⁴⁶

⁴⁰ Die presiese datum van hierdie wetgewing asook die *lex Publilia* is onbekend – sien Bauer 9.

⁴¹ Buckland *Text-Book* 621; Buckland *Manual* 377; De Zulueta 246; Thomas 79.

⁴² Van Warmelo 252.

⁴³ 10.

⁴⁴ Sien in die algemeen Buckland *Text-Book* 622; Buckland *Manual* 378; De Zulueta 246-247; Van Warmelo 253; Thomas 80; Bauer 10.

⁴⁵ Volgens Thomas 80 het dit moontlik ongeveer 170 vC in werking getree.

⁴⁶ Thomas 80 sê hieroor: “Hence, cases which had previously been redressed by personal seizure were now replaced by actions in which the defendant who made an unsuccessful defence would be cast in double damages – a somewhat infelicitous method of discouraging baseless defences. But, in the instances unaffected by the *lex Vallia*, personal seizure was retained and personal execution remained a possibility in Roman Law long after the passing of the *legis actiones*.”

2 2 3 Tenuitvoerlegging onder die *Formula*-prosedure

2 2 3 1 Algemeen

Tenuitvoerlegging onder die *formula*-prosedure het kortliks die volgende behels:⁴⁷ Indien die skuldenaar na verloop van 30 dae na *condemnatio*⁴⁸ geweier het om daaraan te voldoen,⁴⁹ kon die skuldeiser die *actio iudicati*⁵⁰ teen die *iudicatus* (skuldenaar) instel. Indien die skuldenaar die aksie wou verdedig, moes 'n nuwe *formula* opgestel word om die geldigheid van sy verweer te ondersoek. Onnodige verdediging van die aksie is ontmoedig, eerstens deur die reël dat die verweerder sekuriteit⁵¹ moes stel en tweedens dat hy tot dubbel die bedrag van die oorspronklike vonnis veroordeel sou word indien hy die saak verloor. Die prosedure het dus in 'n groot mate ooreengestem met dié van *manus iniectio*, waar die verweerder 'n *vindex* moes vind. Laasgenoemde is ook aanspreeklik gehou vir dubbel die bedrag waarvoor die skuldenaar aanspreeklik gehou is, indien hy nie daarin geslaag het om die saak suksesvol te bestry nie.⁵² Die *iudicatus* kon ook nie die vonnis op die meriete

⁴⁷ Sien in die algemeen Buckland *Text-Book* 642 ev; Buckland *Manual* 386 ev; Jolowicz en Nicholas 215 ev; Wenger 228 ev; Van Warmelo *Oorsprong* 306 ev; Van Zyl 380 ev; Bauer 13 ev.

⁴⁸ Dit was die opdrag aan die regter om die verweerder te veroordeel of vry te spreek – *G* 4 43; De Zulueta 263; Jolowicz en Nicholas 204; Van Zyl 375.

⁴⁹ Bv omdat hy reeds betaal het.

⁵⁰ Volgens Jolowicz en Nicholas 216 was die stel van hierdie vereiste een van die belangrikste hervormings. Hiervolgens was dit nie meer langer toelaatbaar om dadelik tot eksekusie oor te gaan, nadat die typerk van grasia verstryk het nie. Die vonnisskuldeiser moes eers 'n ander aksie, nl die *actio iudicati* instel. Lg was die nuwe geding waardeur die skuldenaar gedwing kon word om aan die *condemnatio* te voldoen (sien Van Zyl 380). Buckland *Elementary Principles of the Roman Private Law* (1912) 389 (hierna Buckland *Elementary Principles*) wys daarop dat daar nie sekerheid bestaan oor die feit dat 'n *actio iudicati* in alle gevalle 'n vereiste was nie. Hy wys egter daarop dat daar baie tekste is waaruit dit blyk dat so 'n afleiding wel geregverdig is. Verder is daar ook nie enige tekste wat twyfel daaroor skep nie. Een van die redes wat aangevoer word as regverdiging vir die stel van die *actio iudicati* as vereiste, is om te verhoed dat 'n skuldeiser wat nooit enige vonnis verkry het nie, 'n kans kon waag en onmiddellik tot eksekusie oorgaan. Hierdie ontwikkeling is mi belangrik omdat dit aanduidend is van 'n meer toegeeflike houding jeens die skuldenaar.

⁵¹ *G* 4 102. Dit het beteken dat die skuldenaar 'n borg moes vind wat sy moontlike aanspreeklikheid vir dubbel die bedrag van die oorspronklike vonnis sal betaal, indien die skuldenaar die saak sou verloor – sien Buckland *Elementary Principles* 389. Jolowicz en Nicholas 216 n 5 wys daarop dat dit “must no doubt sometimes have been a hardship to poor and friendless persons who really had an honest defence”.

⁵² Sien die bespreking in par 2 2 2 hierbo.

daarvan aanveg nie. Hy kon wel aanvoer dat dit ongeldig was of dat hy wel daaraan voldoen het.

Normaalweg sou die *iudicatus* nie die *actio iudicati* verdedig nie en dan moes daar tot tenuitvoerlegging van die vonnis oorgegaan word. Hierbo⁵³ is reeds vermeld dat tenuitvoerlegging steeds teen die persoon van die *iudicatus* gerig kon wees. Dit het blykbaar daarop neergekom dat die skuldenaar gevange geneem is en dat hy sy skuld by die skuldeiser moes gaan afwerk. Die reg om die skuldenaar te dood of in slawerny te verkoop, het egter nie meer bestaan nie. Blykbaar is die skuldenaar gevange geneem om druk op hom te plaas.⁵⁴ Buckland⁵⁵ wys op die moontlikheid dat hierdie vorm van persoonsekskusie hoofsaaklik gebruik is om betaling teenoor solvente skuldenaars af te dwing.

Tenuitvoerlegging teen die vermoë van die skuldenaar is vir die eerste keer in die prosedure van *bonorum venditio* aangetref.⁵⁶ Laasgenoemde is bewerkstellig deur middel van 'n praetoriese bevel, verleen op aansoek van die skuldeiser en wat as *missio in possessionem* bekend gestaan het.⁵⁷ Hierdie prosedure word vervolgens in meer besonderhede bespreek word.

2 2 3 2 *Missio in possessionem*

Die effek van *missio in possessionem* was dat die vonniskskuldeiser besit verkry het van die hele boedel van die skuldenaar.⁵⁸ Die skuldeiser moes dan die beslaglegging

⁵³ Par 2 2 1.

⁵⁴ Buckland *Text-Book* 643.

⁵⁵ Buckland *Manual* 387.

⁵⁶ Dit blyk dat hierdie prosedure reeds in 118 vC bestaan het (sien Dalhuisen *International Insolvency* 1-6). Gaius 4 35 vermeld dat dit vir die eerste keer deur Praetor Rutilius Rufus geformuleer is.

⁵⁷ sien in die algemeen Jolowicz en Nicholas 217; De Zulueta 133; Visser 44 ev; Van Warmelo *Oorsprong* 308 ev; Van Zyl 380; Bonfante 142 ev; Dalhuisen *International Insolvency* 1-5 ev; Bauer 17 ev; Levinthal 235-236.

⁵⁸ Op hierdie stadium was die inbesitstelling slegs vir doeleindes van sekuriteit en is die skuldenaar nie van sy eiendomsreg ontnem nie – sien Buckland *Elementary Principles* 391.

adverteer ten einde ander skuldeisers die geleentheid te bied om tot die proses toe te tree. Na verloop van 30 dae het skuldeisers byeengekom ten einde 'n *magister bonorum* uit hulle geledere aan te wys, wat met die verkoping (*bonorum venditio*) moes voortgaan. By aanstelling van die *magister* het die skuldenaar *infamis* geword, wat tot gevolg gehad het dat hy alle regte ten opsigte van sy eiendom en skulde verskuldig aan hom verloor het. Die *magister* moes 'n lys van bates en laste opstel. Na verloop van 'n verdere tydperk moes die goed *en bloc* aan die hoogste bieder verkoop word, dit wil sê, aan die bieder (*bonorum emptor*) wat die skuldeisers die hoogste dividend op hul skuld kon bied.

Sekere skuldeisers het voorkeur bo ander skuldeisers geniet en moes eerste en ten volle uitbetaal word.⁵⁹ Indien die skuldenaar verdere bates bekom, kon skuldeisers ook hierteen vorder.⁶⁰ Die skuldenaar het dus nie 'n kwytskelding ontvang nie.⁶¹ Die skuldenaar het egter die sogenaamde *beneficium competentiae* tot sy beskikking gehad, dit wil sê, die reg om vir 'n tydperk van een jaar nie bo sy finansiële vermoëns veroordeel te word nie.⁶² Vir 'n tydperk van 'n jaar kon die skuldenaar ook nie aan eksekusie teen sy persoon onderwerp word nie.⁶³

Skuldeisers wat nie eise ingestel het nie, kon nie teen die bates wat te gelde gemaak is, eis nie. Hulle kon egter wel teen latere verkrygings vorder, maar weer eens onderhewig aan die *beneficium competentiae*.⁶⁴

Ten einde betaling van een enkele skuld af te dwing, moes die skuldeiser egter op die hele boedel van die skuldenaar beslag lê. Hy kon nie net op 'n genoegsame deel beslag lê ten einde sy skuld te bevredig nie. Die skuldenaar het gevolglik meer

⁵⁹ Vir voorbeelde van voorkeureise sien Wenger 237.

⁶⁰ *D 42 3 7*.

⁶¹ Dalhuisen *International Insolvency* 1-8.

⁶² Buckland *Manual* 386; Buckland *Elementary Principles* 392; Wenger 238.

⁶³ Wenger 238.

⁶⁴ Buckland *Manual* 386; Buckland *Elementary Principles* 392.

ongerief verduur as wat nodig was om die skuldeiser se regte te verseker.⁶⁵ Dit blyk egter dat die hoofdoelwit van *missio in possessionem* was om druk op 'n wanbetalende skuldenaar uit te oefen en om hom te straf indien hy nie betaal nie. Die feit dat die skuldeiser ook deur die *missio* in staat gestel is om betaling te verkry, deur die bates te verkoop, was slegs 'n sekondêre doelwit.⁶⁶ Ten einde die ernstige gevolge van *missio in possessionem*, naamlik die verlies van alle bates, te vermy, kan egter aangeneem word dat 'n solvente skuldenaar eerder sou kies om aan die vonnis te voldoen. Gevolglik sou *missio* slegs diegene tref wat waarlik insolvent was en nie in staat was om hulle skulde te betaal nie.⁶⁷

Die presiese verhouding tussen eksekusie gerig teen die persoon van die skuldenaar en eksekusie gerig teen die vermoë van die skuldenaar is onseker. Dit is nie duidelik of *missio* altyd die magtiging om die skuldenaar gevange te neem, vergesel het nie en of persoonseksekusie sonder eksekusie teen die bates van die skuldenaar moontlik was nie.⁶⁸ Buckland⁶⁹ wys daarop dat eksekusie teen die persoon van die skuldenaar waarskynlik aangewend is in gevalle waar die skuldenaar bloot weerspanning was en *missio* indien die skuldenaar insolvent was. Waar die skuldenaar solvent en wel in staat was om sy skuld te betaal, kan aangeneem word dat *missio* slegs aangewend sou word in gevalle waar die skuldenaar nie gevind kon word en persoonseksekusie dus nie moontlik was nie.⁷⁰

Indien die skuldenaar 'n sogenaamde *clara persona* was, het 'n *senatusconsultum* van onbekende datum voorsiening gemaak vir 'n alternatiewe wyse van eksekusie. Na die bevel van *missio in possessionem* kon die skuldeisers, in plaas daarvan om 'n

⁶⁵ In hierdie verband sê Bauer 16: "The harshness of the *venditio bonorum* indicates the seriousness with which the Roman law of this period regarded the non-payment of debt. Coupled with liability to imprisonment, it is difficult to imagine consequences more catastrophic to debtors." De Zulueta 134 wys daarop dat skuldeisers waarskynlik ook dikwels benadeel is, deurdat die bates as 'n geheel teen 'n spekulatiewe prys verkoop is.

⁶⁶ Jolowicz en Nicholas 217 en 228; Wenger 234.

⁶⁷ Vgl Wenger 234; Buckland *Manual* 387.

⁶⁸ Jolowicz en Nicholas 217.

⁶⁹ *Manual* 387. Sien ook Levinthal 226.

⁷⁰ Vgl Wenger 233.

magister aan te stel, 'n kurator aanstel om genoegsame bates te verkoop ten einde die skuldeisers se vorderings te bevredig. Laasgenoemde het bekend gestaan as *distractio bonorum*.⁷¹ In so 'n geval het die skuldenaar nie *infamis* geword nie. Aangesien die keuse by die skuldeisers berus het, het die beperking ten opsigte van *clarae personae* verdwyn.⁷² Wenger⁷³ wys daarop dat hierdie prosedure 'n positiewe ontwikkeling was, aangesien dit die skuldenaar in staat gestel het om oorblywende bates na bevrediging van skuldeisers se vorderings te behou. Indien skuldeisers se vorderings egter nie ten volle bevredig was nie kon hulle weer teen die skuldenaar optree indien hy later weer bates bekom. Die skuldenaar het dus nie 'n kwytskelding van sy skuld ontvang nie maar het ook die *beneficium competentiae* tot sy beskikking gehad.⁷⁴

In die tyd van Augustus⁷⁵ het die *lex Iulia de bonis cedendis*⁷⁶ 'n prosedure daargestel waarvolgens die skuldenaar eksekusie teen sy persoon kon vryspring. Dit was moontlik waar die skuldenaar 'n vrywillige oorgawe van sy bates aan sy skuldeiser of skuldeisers gedoen het. Hierdie prosedure het bekend gestaan as *cessio bonorum* en word vervolgens bespreek.⁷⁷

2 2 3 3 Cessio Bonorum

Cessio bonorum het tot 'n verkoping van al die skuldenaar se bates aanleiding gegee.⁷⁸ Dit het die skuldenaar egter in verskeie opsigte tegemoet gekom. Hy het die

⁷¹ D 27 10 5.

⁷² Buckland *Manual* 388.

⁷³ 239.

⁷⁴ Dws die reg om vir 'n tydperk van 'n jaar nie bo sy finansiële vermoëns veroordeel te word of aan eksekusie teen sy persoon onderwerp te word nie. Vgl Wenger 238; Van Warmelo *Oorsprong* 311.

⁷⁵ Dws met die aanvang van die Prinsipaas in 27 vC – sien Van Zyl 4.

⁷⁶ Van vermoedelik 17 vC – sien Van Warmelo *Oorsprong* 311.

⁷⁷ Sien in die algemeen oor hierdie prosedure Wenger 234 ev; Buckland 645; Jolowicz en Nicholas 217 ev; Visser 46; Van Warmelo *Oorsprong* 311; Dalhuisen *International Insolvency* 1-13; Bauer 20 ev.

⁷⁸ C 7 71 4.

infamia van 'n geforseerde verkoping ontkom⁷⁹ en vir die res van sy lewe die moontlikheid van gevangening vrygespring.⁸⁰ Alhoewel die skuldenaar nie 'n kwytskelding van sy skuld ontvang het nie,⁸¹ is 'n grasietydperk van een jaar aan hom verleen waarbinne hy nie aangespreek kon word nie.⁸² Wenger⁸³ wys daarop dat hierdie prosedure aan die skuldenaar die geleentheid gebied het om finansiële te herstel alvorens hy weer deur skuldeisers aangespreek kon word.⁸⁴

Indien die skuldeisers nie ten volle betaal is nie en die skuldenaar na die een jaar tydperk genoeg bates kon versamel, kon die skuldeisers 'n ander aksie teen hom instel en met 'n verdere verkoping voortgaan. In so 'n aksie het die skuldenaar egter die sogenaamde *beneficium competentiae* tot sy beskikking gehad. Dit het beteken dat die *condemnatio* van die *formula* 'n klousule gehad het ingevolge waarvan die veroordeling tot *id quod facere potest* beperk was, dit wil sê tot dit wat die verweerder gehad het.⁸⁵ In Justinianus se tyd het die *beneficium* die skuldenaar toegelaat om noodsaaklike lewensmiddele te behou.⁸⁶ Die skuldenaar kon dus altyd die bedrag van die vonnis betaal en is dus nie aan eksekusie teen sy persoon onderwerp nie. Hierbo⁸⁷ is reeds vermeld dat 'n skuldenaar wie se bates op 'n gewelddadige wyse in besit geneem is ook die *beneficium competentiae* tot sy beskikking gehad het. Hy het dit egter slegs vir 'n tydperk van 'n jaar gehad.

⁷⁹ C 2 12 11.

⁸⁰ C 7 71 1.

⁸¹ C 7 71 1.

⁸² De Zulueta 136.

⁸³ 235.

⁸⁴ In hierdie prosedure kan die eerste spore van 'n moratorium as skuldverligtingsmaatreël gevind word - sien ook die bespreking in par 2 3 5 hieronder.

⁸⁵ *Inst* 4 6 40; *D* 42 3 4.

⁸⁶ *D* 42 3 6; *D* 50 17 173 *pr.* Hierin kan die eerste spore van die beginsel dat sekere bates van die insolvente boedel uitgesluit is, gevind word - sien die bespreking m.b.t. die huidige posisie in die Suid-Afrikaanse insolvensiereg in hoofstuk 8 (par 8 3) hieronder.

⁸⁷ Par 2 2 3 2.

Daarenteen het 'n persoon wat op *cessio bonorum* aanspraak gemaak het, dit vir sy volle leeftyd gehad.⁸⁸

Die vraag ontstaan waarom skuldenaars wat in 'n finansiële dilemma verkeer het, nie dikwels van *cessio bonorum* gebruik gemaak het nie. Dat hulle dit nie gedoen het nie blyk uit die feit dat eksekusie steeds teen die persoon van die skuldenaar gehef is. Volgens De Zulueta⁸⁹ is die antwoord op hierdie vraag te vinde in die feit dat *cessio* aan sekere uitsonderings onderworpe was. Eerstens moes die *cessio* deur 'n magistraat met die nodige *imperium* bekragtig word. Verder was die prosedure nie tot beskikking van alle skuldenaars nie. Indien 'n persoon se insolvensie aan sy eie skuld te wyte was, of as hy nie noemenswaardige bates gehad het wat hy aan sy skuldeisers kon oorgee nie, kon hy nie van hierdie prosedure gebruik maak nie.⁹⁰ Wenger⁹¹ wys ook daarop dat 'n skuldenaar nie van *cessio bonorum* gebruik kon maak waar *missio in possessionem* reeds op aandrang van 'n skuldeiser geïnisieer is nie. Deur middel van *cessio bonorum* kon die skuldenaar egter 'n dreigende eksekusie teen sy persoon verhoed. Indien hy reeds gevange geneem is, kon hy homself van gevangening bevry deur van *cessio* gebruik te maak.

Teen die middel van die vierde eeu n.C is die *formula*-prosedure amptelik afgeskaf.⁹² In die plek daarvan het die *cognitio*-prosedure gekom. Tenuitvoerlegging onder hierdie prosedure word vervolgens bespreek.⁹³

⁸⁸ Jolowicz en Nicholas 218 n 4; Wenger 238.

⁸⁹ 136.

⁹⁰ Wenger 235; Jolowicz en Nicholas 218 en n 5; De Zulueta 136. Volgens De Zulueta is hierdie voorwaardes egter mettertyd verslap.

⁹¹ 235.

⁹² Van Zyl 385.

⁹³ Sien in die algemeen Wenger 311 ev; Buckland *Text-Book* 671 ev; Buckland *Manual* 392 ev; Jolowicz en Nicholas 401; Van Warmelo *Oorsprong* 333 ev; Dalhuisen *International Insolvency* 1-9 ev; Bauer 28 ev.

2 2 4 Die *Cognitio*-prosedure

Net soos by die *formula*-prosedure is eksekusie ook deur die *actio iudicati* geïnisieer. Dit verskil egter van die *actio iudicati* van die *formula*-prosedure, deurdat die *actio* in die geval van die *cognitio*-prosedure slegs neergekom het op 'n versoek deur die suksesvolle eiser aan die owerheid dat tot eksekusie oorgegaan moes word.⁹⁴ Die eiser kon dan eksekusie teen die persoon⁹⁵ of die vermoë van die *iudicatus* verkry. Dit blyk egter dat persoonseksekusie mettertyd in onbruik geraak het.⁹⁶

Die prosedure van *bonorum venditio* met die gepaardgaande *infamia* en verlies van alle bates het saam met die *formula*-prosedure verdwyn. Die nuwe praktyk was dat amptenare van die hof, op versoek van 'n skuldeiser, op 'n genoegsame hoeveelheid bates beslag moes lê ten einde die vonnis en die koste te dek. Indien die eise nie binne twee maande betaal is nie is die inbeslaggenome bates deur die amptenare op 'n veiling verkoop. Skuldeisers kon ook op sodanige veiling bly. Enige balans wat na voldoening aan skuldeisers se vorderings oorgebly het, is aan die skuldenaar oorbetal. Die skuldenaar se belange is dus nie meer as nodig aangetas nie.⁹⁷ Indien die opbrengs van die verkoping nie voldoende was nie, kon 'n verdere beslaglegging plaasvind. Indien daar geen koper was nie kon die skuldeiser die goed in die plek van betaling neem. Hierdie prosedure het bekend gestaan as *pignus in causa iudicati captum* en dateer waarskynlik vanaf die begin van die tweede eeu n.C aangesien dit deur Keiser Antonius Pius⁹⁸ erken is.⁹⁹ In die na-klassieke tydperk was dit in algemene gebruik.¹⁰⁰ Hierdie prosedure was egter slegs van toepassing waar die

⁹⁴ Buckland *Manual* 392; Wenger 311-312.

⁹⁵ Aanhouding het in 'n openbare gevangenis plaasgevind (sien Buckland *Text-Book* 672 n 1; Bonfante 144; Van Warmelo *Oorsprong* 334). Private gevangeneneming van die skuldenaar deur die skuldeiser is gestaak (sien Dalhuisen *International Insolvency* 1-17).

⁹⁶ Buckland *Manual* 392. Bauer 28 verklaar: "Under the system of *cognitio extraordinaria*, debtors theoretically remained liable to imprisonment for debt, although execution against property was the norm."

⁹⁷ Wenger 314.

⁹⁸ 138-161 nC.

⁹⁹ D 42 1 31. Sien ook Dalhuisen *International Insolvency* 1-9.

¹⁰⁰ D 42 1 31; D 42 1 15; C 7 53; C 8 23; C 4 15 1 en 2; Dalhuisen *International Insolvency* 1-9.

skuldenaar solvent was met een of meer schuldeisers of insolvent was met slegs een schuldeiser.¹⁰¹

Die prosedure van *distractio bonorum* is aangewend in gevalle waar die *iudicatus* insolvent was, met minstens twee schuldeisers.¹⁰² Na die bevel van *missio in possessionem*¹⁰³ is 'n *curator bonorum* aangewys om die verkoping te hanteer. Alhoewel op die hele boedel beslag gelê is, is dit nie as 'n geheel verkoop nie, maar stuksgewys vir 'n prys en nie vir 'n dividend nie.¹⁰⁴ Die skuldenaar kon ook op *cessio bonorum* aanspraak maak. In so 'n geval het die skuldenaar ook *infamia* vrygespring en was die *beneficium competentiae* ook tot sy beskikking.¹⁰⁵

2 3 Skuldverligtingsmaatreëls in die Romeinse Reg

2 3 1 Algemeen

Hierbo¹⁰⁶ is reeds op die prosedure van *cessio bonorum* gewys, ingevolge waarvan die skuldenaar 'n vrywillige oorgawe van sy bates aan sy schuldeisers kon doen en sodoende eksekusie teen sy persoon kon vryspring. Alhoewel die skuldenaar nie 'n kwytskelding van sy skuld ontvang het nie, is 'n grasietydperk van een jaar waarbinne hy nie aangespreek kon word nie, aan hom verleen. Hierdie prosedure het gevolglik aan die skuldenaar die geleentheid gebied om finansiëel te herstel alvorens

¹⁰¹ Dalhuisen *International Insolvency* 1-10.

¹⁰² Dalhuisen *International Insolvency* 1-2 en 1-10. Swart *Die Rol van 'n Concursum Creditorum in die Suid-Afrikaanse Insolvensiereg* (LLD-proefskrif 1990 UP) 55 wys daarop dat die Twaalf Tafels tradisioneel as die oorsprong van die Suid-Afrikaanse insolvensiereg aangestip word (vgl bv Smith *The Law of Insolvency* (1988) 5; De la Rey Mars *The Law of Insolvency in South Africa* (1988) 1 en Visser 41). Swart 62 ev doen mi tereg aan die hand dat daar ten tye van die reg van die Twaalf Tafels geen sprake van 'n kollektiewe skuldinvorderingsprosedure was nie en dat *distractio bonorum* die oorsprong van die Suid-Afrikaanse insolvensieregstelsel is, aangesien daar in dié prosedure vir die eerste keer tekens van 'n kollektiewe skuldinvorderingsproses gevind word. Levinthal 236 kom tot die volgende gevolgtrekking: "The *venditio* and the *distractio*, and not the *cessio bonorum*, constituted the Roman system of bankruptcy process, a system that is in fact the origin and fountain-head of all bankruptcy systems."

¹⁰³ C 7 72 5, 10.

¹⁰⁴ Besonderhede oor die prosedure word in D 42 5 en D 42 7 gevind.

¹⁰⁵ D 42 3 4 en 42 3 6.

¹⁰⁶ Par 2 2 3 3.

hy weer deur skuldeisers aangespreek kon word¹⁰⁷ Indien die skuldenaar wel na die een jaar tydperk deur skuldeisers aangespreek is, het die skuldenaar die *beneficium competentiae* tot sy beskikking gehad.

Die Romeinse reg het aanvanklik nie bevrydende verjaring geken nie.¹⁰⁸ Die eerste wetsbepaling wat hiervoor voorsiening gemaak het, is in 424 n.C uitgevaardig ingevolge waarvan 'n verjaringstermyn van 30 jaar vir alle aksies *in rem* of *in personam* neergelê is.¹⁰⁹ Wetgewing wat in 491 n.C uitgevaardig is, het 'n verjaringstermyn van 40 jaar vir alle ander gevalle wat nie deur eersgenoemde bepaling gedek is nie, neergelê.¹¹⁰ In Justinianus se tyd het verbintnisse ook eers na 'n tydperk van 30 of 40 jaar verjaar.¹¹¹ Weens hierdie lang verjaringstydperke kon 'n skuldenaar in die Romeinse reg myns insiens nie op bevrydende verjaring as moontlike uitweg vir sy finansiële verknorsing steun nie.

Die vraag is of die Romeinse reg vir enige spesifieke maatreëls voorsiening gemaak het wat 'n skuldenaar kon aanwend, indien hy nie in staat was om sy verpligtinge teenoor sy skuldeiser na te kom nie. Verskeie aspekte van die Romeinse verbintenisreg kon skuldverligting vir die skuldenaar meebring. Dit het 'n skuldeiser vrygestaan om sy skuldenaar van sy skuld kwyt te skeld.¹¹² In die vroeë reg word tussen *solutio per aes et libram* en *acceptilatio* onderskei. Hiervolgens het kwytskelding op 'n uiters formele wyse plaasgevind. In die latere reg kon die partye 'n informele kwytskeldingsooreenkoms aangaan. Hier tref ons die sogenaamde *pactum de non petendo* aan en die opheffing van verpligtinge voortspruitende uit *contractus consensu* gebaseer op *contrarius consensu*. Verder was dit ook moontlik

¹⁰⁷ Wenger 235.

¹⁰⁸ Sien Zimmermann *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (1990) 770.

¹⁰⁹ Vgl C 7 39 3.

¹¹⁰ C 7 39 4.

¹¹¹ C 7 39 8 4. Hunter *A Systematic and Historical Exposition of Roman Law in the Order of a Code* (1897) 644.

¹¹² Sien in die algemeen Thomas 346 ev; Buckland *Manual* 347 ev; Buckland *Text-Book* 571 ev; Buckland *Elementary Principles* 296 ev; De Zulueta 188 ev; Van Warmelo 'n *Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* (1965) 355 ev (hierna Van Warmelo *Inleiding*); Van Zyl 356-357.

dat die partye 'n skikking (*transactio*) kon bereik met die gevolg dat die verbintenisse tussen die partye deur die skikking uitgewis word.¹¹³ In Justinianus se tyd was dit ook moontlik dat die skuldenaar, in stede van om sy skuld te betaal, met 'n *datio in solutionem* kon volstaan.¹¹⁴

Hierbenewens het die Romeinse reg gedurende die klassieke tydperk in spesifieke gevalle vir verskyningsvorme van akkoord voorsiening gemaak. Sodanige akkoorde het die effek gehad dat 'n gedeeltelike kwytstelling (*remissio*) of 'n moratorium (*dilatio*) aan die skuldenaar toegestaan is indien die meerderheid skuldeisers ten gunste daarvan was. Die keiser kon ook 'n moratorium op versoek van die skuldenaar toestaan.¹¹⁵

Bogenoemde aspekte word vervolgens in meer besonderhede bespreek.

2 3 2 Kwytstelling in die Romeinse Reg

In die vroeë reg het kwytstelling op 'n uiters formele wyse plaasgevind.¹¹⁶ Die algemene beginsel was dat verbintenisse in die vorm waarin dit daargestel is, beëindig moes word.¹¹⁷ Derhalwe moes 'n kontrak wat *per aes et libram* tot stand gekom het, deur 'n omgekeerde handeling (*contrarius actus*), te wete die *solutio per aes et libram*, beëindig word.¹¹⁸ *Solutio per aes et libram* is aangewend in gevalle waar die verbintenisse op 'n kontrak *per aes et libram*, of 'n vonnis, of 'n *legatum per*

¹¹³ Sien in die algemeen *D* 2 15 en *C* 2 4. Sien ook Thomas 314 ev; Wenger 95 en n 6 en 105 n 22; Van Zyl 357 n 425.

¹¹⁴ Tekste wat hiermee handel, is *Nov* 4 3 en 120 6 2.

¹¹⁵ Die volgende tekste handel met *remissio*: *D* 2 14 7 17, 18, 19; *D* 2 14 8; *D* 2 14 10; *D* 17 1 58 1 en *D* 42 9 23. *Dilatio* word op die volgende plekke behandel: *C* 7 71 8; *C* 1 19 2 en 4. Sien in die algemeen Dalhuisen *Compositions in Bankruptcy* (1968) 9 (hierna Dalhuisen *Compositions*); Dalhuisen *International Insolvency* 1-14; Wenger 316; Bauer 29; Riesenfeld "The Evolution of Modern Bankruptcy Law" 1947 31 *Minnesota Law Review* 401 439.

¹¹⁶ Van Zyl 356.

¹¹⁷ *G* 3 170.

¹¹⁸ *G* 3 174.

*damnationem*¹¹⁹ gebaseer was.¹²⁰ In Justinianus se tyd is hierdie vorm van kwytskelding nie meer toegepas nie.¹²¹

Benewens die *solutio per aes et libram* kon kwytskelding ook by wyse van *acceptilatio* plaasvind. Dit is aangewend in gevalle waar die verbintenis uit 'n *contractus verbis*¹²² voortgevloei het.¹²³ In hierdie geval het die kwytskelding plaasgevind deurdat die skuldenaar die skuldeiser gevra het of hy die prestasie ontvang het (“*Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?*”) en die skuldeiser dan geantwoord het, dat hy het (“*habeo*”).¹²⁴ In hierdie geval het *acceptilatio* tot gevolg gehad dat die verbintenis geheel en al beëindig en ontbind word.¹²⁵ Gaius het hierdie vorm van kwytskelding as 'n fiktiewe betaling (*imaginaria solutio*) beskou.¹²⁶ In Justinianus se tyd was hierdie vorm van kwytskelding ook bekend, en wel in so 'n mate dat ander tale as Latyn ook gebruik kon word.¹²⁷

Verbintenisse wat nie uit *contractus verbis* voortgevloei het nie, moes deur *novatio* in *contractus verbis* verander word ten einde vir *acceptilatio* vatbaar te wees. Dit het deur 'n *stipulatio*, die sogenaamde *stipulatio Aquiliana*, geskied. Hiervolgens is alle vorderings wat die skuldeiser teen die skuldenaar gehad het in 'n enkele *stipulatio* saamgevat, met die bedoeling om die skuldenaar onmiddellik deur *acceptilatio* van

¹¹⁹ Die *legatum per damnationem* was een van die vier vorms van legate in die vroeë Romeinse reg. Dit het nie onmiddellik eiendomsreg van die gelegateerde saak aan die legataris besorg nie. Hy het egter 'n sterk persoonlike aksie, die *actio ex testamento*, teen die erfgenaam vir uitbetaling van die legaat gehad – sien Van Zyl 231-232 n 116.

¹²⁰ *G* 3 173-175; Zimmermann 756. Buckland *Manual* 347 en *Elementary Principles* 297 wys daarop dat *solutio per aes et libram* waarskynlik ook in alle gevalle waar daar aanspreeklikheid vir *manus iniectio* bestaan het, aangewend kon word.

¹²¹ Van Warmelo *Inleiding* 355; Thomas 346; Van Zyl 357 n 424.

¹²² Dws kontrakte wat gekenmerk is deur die gebruikmaking van formele woorde - Van Zyl 281.

¹²³ Van Zyl 357 n 424; Zimmermann 756; Van Warmelo *Inleiding* 355.

¹²⁴ *G* 3 169-170.

¹²⁵ Buckland *Manual* 348.

¹²⁶ *G* 3 169; Van Warmelo *Inleiding* 355; Van Zyl 357 n 424.

¹²⁷ *I* 3 29 1; Van Warmelo *Inleiding* 355.

die nuwe skuld kwyt te skeld.¹²⁸ Zimmermann¹²⁹ doen aan die hand dat die partye met hierdie dubbele transaksie in wese 'n algemene tipe skikking¹³⁰ bereik het. Die partye moes alle vorderings wat die *stipulator* teen die *promisor* gehad het, asook enige moontlike teeneise wat die *promisor* teen die *stipulator* vir doeleindes van skuldvergelyking kon gebruik, deurgaans, bespreek en evalueer. Indien daar 'n balans in die guns van die *stipulator* was, moes dit dadelik terugbetaal word, in welke geval die *acceptilatio* 'n formele, algemene en allesomvattende voldoening daargestel het. Dit was egter ook moontlik dat sodanige balans na die *acceptilatio* by wyse van 'n verdere *stipulatio* aan die *promisor* toegesê kon word. Laasgenoemde moes na die *acceptilatio* plaasvind, want andersins sou die *promisor* ook van die uitstaande vordering kwytgeskeld word. In beide gevalle was die effek van die *acceptilatio* dat die *promisor* beskerm word teen enige verdere eise deur die *stipulator*, wat uit 'n verbintenis wat voor die *stipulatio Aquiliana* tot stand gekom het, voortgevloei het. Met ander woorde, die *promisor* het óf niks aan die *stipulator* geskuld nie óf slegs 'n enkele en spesifieke bedrag wat in 'n daaropvolgende ooreenkoms vervat moes word.

Volgens Gaius was dit onseker of *acceptilatio* vir 'n deel van 'n prestasie kon geskied.¹³¹ In Justinianus se tyd was gedeeltelike *acceptilatio* wel moontlik.¹³²

In die latere reg kon die partye 'n informele kwytskeldingsooreenkoms aangaan, ingevolge waarvan die skuldeiser onderneem het om nie sy vordering verder te voer nie. Dit het bekend gestaan as 'n *pactum de non petendo*. Daar word onderskei tussen 'n *pactum in personam* en 'n *pactum in rem*. In eersgenoemde geval onderneem die skuldeiser in die algemeen om nie sy vordering verder te voer nie. In laasgenoemde geval onderneem die skuldeiser om nie teen spesifieke persone aksie in te stel nie.¹³³

¹²⁸ *I* 3 29 2; *G* 3 170; *D* 46 4 18. Sien ook Van Zyl 357 n 424 en 360 n 438 en Van Warmelo *Inleiding* 355-356.

¹²⁹ 757. Sien ook Buckland 573.

¹³⁰ Thomas 347 vergelyk dit met *transactio*, wat hieronder in par 2 3 3 bespreek word.

¹³¹ *G* 3 172.

¹³² *D* 46 4 9; *I* 3 29 1.

¹³³ *D* 2 14 7 8.

Waar die verbintenis op *die ius honorarium* berus het, is die skuldenaar sonder meer deur sodanige informele *pactum* bevry. Indien die verbintenis egter op die *ius civile* gebaseer was, was die skuldenaar op 'n *exceptio doli* of *exceptio pacti conventi* aangewese om die eis van die skuldeiser af te weer.¹³⁴ Die *pactum de non petendo* het egter slegs op die individuele vordering betrekking gehad en nie op die kontrak in sy geheel nie.¹³⁵ In die klassieke Romeinse reg was dit moontlik dat ook laasgenoemde op 'n informele wyse opgehef kon word. Verpligtinge voortspruitend uit *contractus consensu*¹³⁶ kon deur 'n blote ooreenkoms opgehef word, mits geen van die partye presteer het nie (*re integra*). Die opheffing van die skuldenaar se verpligtinge het in so 'n geval op “omgekeerde wilsooreenstemming” (*contrarius consensus*) berus.¹³⁷

2 3 3 Skikkings in die Romeinse Reg

In die Romeinse reg was dit ook moontlik dat die partye informeel 'n skikking kon bereik. Dit het in die Romeinse reg bekend gestaan as *transactio*,¹³⁸ 'n besondere vorm van *pactum de non petendo*.¹³⁹ *Transactio* was die skikking van 'n beoogde regsgeeding of 'n regsgeeding wat reeds aanhangig gemaak is, in ruil vir 'n geldprestasie of enige ander wedersydse teenprestasie.¹⁴⁰ Dit was selfs moontlik dat die partye na vonnis 'n skikking kon bereik indien geappelleer is of kon word.¹⁴¹ So byvoorbeeld kon die partye ooreenkom dat die een van 'n eis afstand sal doen op

¹³⁴ Vgl *G* 4 119. Sien ook Van Zyl 357 n 425 en Zimmermann 758.

¹³⁵ Zimmermann 758.

¹³⁶ Dit was 'n kontrak ingevolge waarvan die blote ooreenstemming (*consensus*) van die partye voldoende was om die kontrak tot stand te bring. Geen bykomstige formaliteite, soos lewering, formele woorde of geskrif was, soos in die ander kategorieë van kontrakte, nodig nie – *G* 3 136. Sien ook Van Zyl 285.

¹³⁷ *I* 3 29 4; *D* 18 5 3; *D* 18 5 5 1; *D* 18 1 72 *pr*; *D* 46 3 80; *D* 50 17 35; *C* 4 45 1. Sien ook Van Zyl 357 en n 425 en Zimmermann 758.

¹³⁸ Sien in die algemeen *D* 2 15 en *C* 2 4. Sien ook Thomas 314; Wenger 95 en n 6 en 105 n 22; Van Zyl 357 n 425; Zimmermann 536.

¹³⁹ Van Zyl 357 n 425.

¹⁴⁰ *C* 2 4 38.

¹⁴¹ *D* 2 15 7 *pr* 11.

voorwaarde dat die ander iets sal gee, of belowe om dit te doen. Die partye kon ook ooreenkom dat die een van 'n verweer afstand sal doen, in ruil vir die retensie van iets. In die klassieke reg was dit gebruik om sodanige ooreenkoms met 'n strafbeding te implementeer, wat in werking sou tree indien die eis of verweer nie teruggetrek word nie.¹⁴² Nakoming en verhaal ingevolge daarvan sou dan deur middel van 'n *condictio* of *actio ex stipulati* geskied.¹⁴³ Indien slegs 'n informele ooreenkoms gesluit is, het die benadeelde party slegs die *exceptio doli* tot sy beskikking gehad.¹⁴⁴ Justinianus het *transactio* as 'n soort *contractus innominatus* beskou, met die gevolg dat die informele ooreenkoms op sigself die verpligting tot voldoening op die ander party geplaas het en hom blootgestel het aan die *actio praescriptis verbis* indien hy nie die ooreenkoms nagekom het nie.¹⁴⁵

2 3 4 *Datio in Solutionem*

Die reg in Justinianus se tyd het 'n skuldenaar wat in 'n finansiële verleentheid verkeer het en nie sy skuld kon betaal nie, tegemoet gekom deur hom toe te laat om met 'n sogenaamde *datio in solutionem*¹⁴⁶ te volstaan. In die *Novellae*¹⁴⁷ word

¹⁴² C 2 4 37; D 2 15 15.

¹⁴³ D 2 15 15, 16.

¹⁴⁴ C 2 4 4, 28.

¹⁴⁵ C 2 4 6.

¹⁴⁶ Dit is wanneer iets anders as die verskuldigde prestasie aan die skuldeiser gelewer is – sien Van Zyl 356.

¹⁴⁷ 4 3. Die relevante gedeelte van die teks is: “Quod autem de cetero humanis auxiliatur curis, licet quibusdam creditoribus non forte sit gratum, a nobis tamen propter clementiam sancitur. Si quis enim mutuaverit aurum debitoris substantiae credens, at ille ad restitutionem auri non sit idoneus, substantiam autem immobilem habeat, verum creditor ardeat aurum omnimodo quaerens, illi vero non sit facile, neque ulla mobiles substantia (damus enim creditori volenti immobiles res accipere pro auro), sed si nec quispiam emptor immobilium eius rerum adsit, creditore frequenter etiam divulgante quoniam subiacent debitoris res, et ob hoc terrente adire volentes emptionem: tunc in hac quidem felicissima civitate gloriosissimi nostrae reipublicae iudices secundum unicuique concessam a lege et a nobis iurisdictionem, in provinciis autem gentium praesides praeparent, subtili aestimatione facta rerum debitoris, dari secundum quantitatem debiti possessionem immobilem creditoribus cum tali cautela cum qua debitor dare possit. Rerum vero datio sithuiusmodi: quaecumque quidem meliora sunt, dentur creditori, quae vero deteriora, apud debitorem post debiti solutionem manere sinantur. Etenim non erit iustum, dantem quidem aurum, recipere autem aurum non valentem, sed coactum suscipere possessionem immobilem, non vel meliora rerum debitoris percipere, et per hoc habere consolationem quia, si aurum non recepit aut aliud rerum quae portari possunt, tamen licet ei possessionem non inutilem habere. Sed hoc quidem sit clementia quaedam clara legis: agnoscant autem creditores quia, etsi non hanc conscripsissimus legem, necessitatis ratio ad hoc causam

wetgewing aangetref waarvolgens 'n skuldenaar wat nie 'n skuld kon betaal nie, maar wel oor onroerende eiendom beskik het, sodanige onroerende eiendom aan die skuldeiser kon toesê, in plaas daarvan om die skuld te betaal. Hierdie toesegging het plaasgevind indien geen koper vir die onroerende eiendom gevind kon word nie of indien die skuldeiser sodanige verkoping verhinder het. Ten einde die skuldenaar tegemoet te kom, kon sodanige toesegging selfs teen die wil van die skuldeiser geskied. Die skuldenaar het 'n kwytskelding van sy skuld ontvang selfs waar die waarde van die eiendom minder as die bedrag van die skuld was. Uit die bewoording van hierdie teks blyk dit duidelik dat die beweegrede agter hierdie wetgewing was om 'n skuldenaar wat in 'n finansiële verknorsing verkeer het, tegemoet te kom. Die vertaling¹⁴⁸ van die relevante gedeelte van die teks lees soos volg:

“Even though what follows may, perhaps, not be agreeable to some creditors, still, for the sake of clemency, We decree that *relief shall be granted to persons in financial distress*. If anyone should lend money believing that the borrower is solvent, and the latter has not the means to pay the debt in money, but has real estate, and his creditor insists upon payment in cash, it will not be easy for the debtor to discharge the obligation where he has no personal property, for We grant the creditor permission to accept land instead of money if he is willing to do so; but if no purchaser of the land can be found and the creditor prevents the purchase of the property and keeps buyers from being present by spreading abroad that the property of the debtor is encumbered to him, then the judges in this Most Fortunate City of our Glorious Empire, according to the extent of the jurisdiction which has been granted to them by the law and by Us, and in the provinces, the Governors, shall see that a correct appraisalment of the property of the debtor is made, and afterwards possession of the land shall be given to the creditors in accordance with the amount of their claims, with security as the

perduceret. Si enim non sit idoneus pecuniarum debitor nec ullus emptor, nihil aliud facturus erat quam propriis cedere, et rursus res ad creditorem merito venirent aurum percipere non valentem. Quamobrem quod cum iniuria et affectu acerbo perduceret creditorem et debitorem, hoc nos clementer simul et legaliter decedentes et infelicibus debitoribus auxiliamur et acerbis creditoribus non apparebimus duri, causam eis deputantes ad quam, si permanerent inobedientes, tamen modis omnibus advenirent. Si itaque creditor paratus est praeparare quendam emptorem, necessitatem habere debitorem hoc agere, praebentem huiusmodi cautionem arbitrio iudicantis, qualem omnimodo est dare possibilis. Undique enim ita creditoribus providendum est, ut non debitores graventur.”

¹⁴⁸ Scott *The Civil Law* Vol 16 (1932) 23-24.

debtor can furnish. When a transfer of the property is made in this way, the best part of it, whatever that may be, shall be given to the creditor, and what is of inferior value shall remain in the hands of the debtor, after the indebtedness has been discharged; for it would not be just for anyone to lend money and afterwards receive property that is not worth the amount of the loan; and where a creditor who is compelled to take possession of real property does not obtain the best of what belongs to the debtor, he is still indemnified, because while he does not receive money or other personal property, he acquires possession of something which is not useless to him, for this is an example of the *indulgence* of the law.

Creditors will recognize the fact that if We did not promulgate this law, necessity would compel the same thing to be done, for if the debtor does not have the money with which to pay the debt, and no purchaser of his real estate can be found, he can do nothing else than surrender it, and it will be transferred to the creditor, who would not otherwise receive what he was entitled to. Thus, having settled a question which might be productive of bitter feeling to both creditor and debtor, and having decided at the same time mercifully and legally, thereby affording *relief to unfortunate debtors*, We shall not appear harsh to exacting creditors by permitting them to have recourse to a measure which, even if they did not consent, they would, nevertheless, finally be compelled to adopt. Hence, if a creditor is ready to provide a purchaser, the debtor will be obliged to sell the property, after furnishing such security as the judge may determine, and which it is possible for him to give; as provision must by all means be made for the indemnification of the creditors in such a way that *debtors may not be oppressed*.”¹⁴⁹

¹⁴⁹ Eie kursivering. Sien ook *Nov 120 6 2*, wat dieselfde remedie aan kerke, kloosters en hospitale bied. Sien ook Wenger 317 en Van Warmelo *Oorsprong* 334 wat na genoemde tekste verwys.

2 3 5 Akkoord in die Romeinse Reg

2 3 5 1 *Remissio*

Die regsbeginsels rondom akkoord het uit die erfreg ontwikkel.¹⁵⁰ In die Romeinse klassieke tydperk is 'n insolvente bestorwe boedel verkoop (*venditio bonorum*) indien geen erfgenaam gevind kon word nie. Sodanige verkoping het die *ignomina* van die oorledene meebring. In die Romeinse samelewing van daardie tyd was dit as ongewens beskou dat die reputasie van 'n oorlede persoon so aangetas word. Om dit te vermy is die erfgenaam in staat gestel om 'n gedeeltelike kwytskelding¹⁵¹ van die skuld, op grond van 'n meerderheidsbesluit deur die skuldeisers, voor aanvaarding van die erfenis, te verkry.¹⁵² Dit was die sogenaamde *remissio* of, soos dit soms ook genoem is, die *pactum ut minimus solvatur* en later *pactum remissorium* of *pactum remissionis*.¹⁵³ Laasgenoemde is die oorsprong van die reg insake akkoord en dateer uit 'n edik van keiser Antonius Pius,¹⁵⁴ waarvan die inhoud onbekend is maar waarna in *Digesta* 2 14 10 verwys word. 'n Edik van keiser Marcus Aurelius¹⁵⁵ het die basis van die herhaling daarvan deur Justinianus gevorm.¹⁵⁶

Die meerderheid is met verwysing na die totale waarde van die vorderings en nie met verwysing na die getal skuldeisers nie, bepaal. Die getal skuldeisers het slegs die

¹⁵⁰ Dalhuisen *Compositions* 9 en *International Insolvency* 1-14.

¹⁵¹ Dit word nie uitdruklik in die *Digesta* vermeld of 'n kwytskelding in die geval van 'n *remissio* verleen is nie. Dit blyk egter die logiese afleiding te wees en kan moontlik uit *D* 17 1 58 1 afgelei word (sien Dalhuisen *Compositions* 12 en *International Insolvency* 1-15).

¹⁵² Volgens *D* 2 14 7 18 kon die skuldeisers self die inisiatief neem, deur 'n *heres extraneus* te nader.

¹⁵³ Dalhuisen *International Insolvency* 1-14.

¹⁵⁴ 138-161 vC.

¹⁵⁵ 161-180 nC.

¹⁵⁶ Dalhuisen *International Insolvency* 1-14.1. 'n Alternatiewe middel ter beskerming van die erfgenaam is deur Justinianus ingevoer, te wete die voorreg van 'n inventaris (*beneficium inventarii*). Hiervolgens is aan die erfgenaam die bevoegdheid verleen om binne 30 dae nadat hy van sy aanspraak op die boedel te wete gekom het, 'n inventaris van die boedelbates op te stel. Hy kon dan nie aanspreeklik gehou word vir skulde bo die waarde van die boedelbates nie, mits die inventaris op die voorgeskrewe wyse en binne 'n vasgestelde tyd voltooi is (sien Van Zyl 228; Dalhuisen *Compositions* 9 en *International Insolvency* 1-14). Hierdie regsmiddel was egter nie 'n verskyningsvorm van akkoord nie (Dalhuisen *Compositions* 10).

deurslag gegee indien die waarde van die onderskeie vorderings vir en teen die *remissio* gelyk in bedrag was. Indien laasgenoemde nie 'n oplossing gebied het nie, het die status van die skuldeisers die deurslag gegee. Indien 'n meerderheid daarna nog steeds nie bepaal kon word nie, is die *remissio* toegestaan.¹⁵⁷ Blykbaar was die afwesigheid van *culpa* nie 'n vereiste vir die verlening van die *remissio* nie.¹⁵⁸

Indien al die skuldeisers toegestem het, was geen geregtelike bevel nodig nie. Slegs indien hulle nie eenstemmig was nie moes die *praetor* 'n bevel ooreenkomstig die wil van die meerderheid toestaan.¹⁵⁹ Ten einde hulle stemme uit te bring moes die skuldeisers byeenkom (*in unum convenire*).¹⁶⁰ Skuldeisers wat nie by die stemming teenwoordig was nie is ook aan die meerderheidsbesluit gebonde gehou.¹⁶¹ Pand- en verbandhouders (*hypotheca*) is nie aan die meerderheidsbesluit gebonde gehou nie.¹⁶² As gevolg van twee teenstrydige *Digesta*-tekste is die posisie ten aansien van voorkeurskuldeisers (*privilegiarii*) nie heeltemal duidelik nie. Volgens *Digesta* 2 14 10 is die voorkeurskuldeisers wel aan die meerderheidsbesluit gebonde, terwyl *Digesta* 17 1 58 1 die teenoorgestelde bepaal. Baie skrywers doen egter aan die hand dat *Digesta* 17 1 58 1 slegs op sogenaamde statutêre voorkeure betrekking het.¹⁶³

2 3 5 2 Dilatio

Die reg in Justinianus se tyd het ook voorsiening gemaak dat aan 'n skuldenaar uitstel van vyf jaar vir die betaling van sy skuld verleen kon word, indien die meerderheid skuldeisers ten gunste daarvan was.¹⁶⁴ Sodanige uitstel kon op versoek

¹⁵⁷ *D* 2 14 8.

¹⁵⁸ Dalhuisen *Compositions* 10.

¹⁵⁹ *D* 2 14 7 19.

¹⁶⁰ *D* 2 14 7 19.

¹⁶¹ *D* 2 14 10.

¹⁶² *D* 2 14 10 en 17 1 58 1.

¹⁶³ Sien Dalhuisen *Compositions* 11 en gesag in n 35 aangehaal.

¹⁶⁴ *C* 7 71 8. Die oorspronklike teks is: "Cum solito more a nostra maiestate petitur, ut ad miserabiles cessionis bonorum homines veniant auxilium et electio detur creditoribus vel quinquennale spatium eis indulgere vel bonorum accipere cessionem, salva eorum videlicet existimatione et omni corporali

van die skuldenaar deur die keiser¹⁶⁵ verleen word, as alternatief tot *cessio bonorum*. Om hierdie rede kan aanvaar word dat die skuldenaar nie op *dilatio* aanspraak sou kon maak, indien hy *mala fide* was nie.¹⁶⁶ Dit was egter nie 'n vereiste dat die skuldenaar insolvent moes wees nie.¹⁶⁷ In teenstelling met die proses van *remissio* was die proses van *dilatio* nie uitsluitlik vir die erfgenaam van 'n insolvente bestorwe boedel gereserveer nie.¹⁶⁸ Die *dilatio* se oorsprong word in 'n *Constitutio Gratiani*¹⁶⁹ gevind en het dus later as die *remissio* ontstaan.¹⁷⁰

Behalwe vir die vereiste ten opsigte van status is 'n meerderheid in die geval van *dilatio* op dieselfde wyse bepaal as in die geval van *remissio*. Verder is geen onderskeid tussen versekerde en ander skuldeisers getref nie.

Bykomend hiertoe was dit egter ook moontlik dat 'n *dilatio* op versoek van die skuldenaar deur die keiser toegestaan kon word. Die moratorium is egter slegs

cruciati semoto: quotide dubitabatur, si quidam ex creditoribus voluerint quinquennales dare indutias, alii autem iam nunc cessionem accipere velint, qui audiendi sunt. In tali itaque dubitatione minime putamus esse ambiguum, quod sentimus et quod humaniorem sententiam pro duriore elegimus, et sancimus, ut vel ex cumulo debiti vel ex numero creditorum causa iudicetur. Et si quidem unus creditor aliis omnibus gravior in summa debiti inveniatur, ut omnibus in unum coadunatis et debitis eorum computatis ipse alios ante cellat, ipsius sententia obtineat, sive indulgere tempus sive cessionem accipere desiderat. Si vero plures quidem sint creditores, ex diversis autem quantitibus, et nunc amplior debiti cumulus minori summae praeferatur, sive par sive discrepans numerus est creditorum, cum non ex frequentissimo ordine feneratorum, sed ex quantitate debiti causa trutinatur. Pari autem quantitate debiti invenienda, dispari vero creditorum numero, tunc amplior pars creditorum obtineat, ut, quod pluribus placeat, hoc statueretur. Sin vero undique aequalitas emergat tam debiti quam numeri creditorum, tunc eos anteponi, qui ad humaniorum declinant sententiam non cessionem exigentes, sed indutias. Nulla quidem differentia inter hypothecarios et alios creditores quantum ad hanc electionem observanda: in rebus autem officio iudicis partiendis suam vim singulis creditoribus habentibus, quam eis legum praestabit regula. Nullo praepiudicio creditorum cuidam ex quinquennii dilatione circa temporalem praescriptionem generando.”

¹⁶⁵ In teenstelling hiermee is *remissio* deur die *praetor* verleen.

¹⁶⁶ Sien Dalhuisen *Compositions* 10; Bauer 31-32. Hierbo (par 2 2 3 3) is daarop gewys dat 'n skuldenaar nie op *cessio bonorum* aanspraak kon maak indien sy insolvensie aan sy eie skuld te wyte was nie.

¹⁶⁷ Dalhuisen *International Insolvency* 1-16.

¹⁶⁸ C 7 71 8 tref geen onderskeid tussen oorlede skuldenaars en ander skuldenaars nie. Sien ook Dalhuisen *Compositions* 10 en n 24.

¹⁶⁹ 367-383 vC.

¹⁷⁰ Dalhuisen *Compositions* 9 en *International Insolvency* 1-15.

toegestaan indien die skuldenaar voldoende sekuriteit kon verskaf.¹⁷¹ Hierdie remedie is egter slegs as 'n guns deur die keiser toegestaan en was nie 'n akkoord nie.¹⁷²

Dalhuisen¹⁷³ wys daarop dat die Romeinse reg insake akkoord hoofsaaklik verorden is ten einde insolvensieverrigtinge te verhoed, en nie vir die beëindiging daarvan nadat dit reeds geïnisieer is nie.¹⁷⁴

2 4 Gevolgtrekking

Die regsontwikkeling sedert die tyd van die Twaalf Tafels dui daarop dat 'n skuldenaar wat nie sy skuld kon betaal nie se posisie aansienlik verbeter het. In hierdie verband verklaar Sherman:¹⁷⁵

“The mild treatment of bankrupts by the Imperial and Justinianian Roman law was in sharply marked contrast to the ancient extremely rigorous and often cruel treatment of bankrupts during the Early Republic.”

Hierbo¹⁷⁶ is daarop gewys dat tenuitvoerlegging teen die persoon van die skuldenaar in die tyd van die Twaalf Tafels ingehou het dat die skuldenaar met sy lewe en liggaam teenoor sy skuldeisers aanspreeklik was.

¹⁷¹ C 1 19 2 en 4. Die oorspronklike teks lees soos volg: “Universa rescripta, quae indebitorum causis super praestandis dilationibus promulgantur, non aliter valeant, nisi tideiussio idonea super solutione debiti praebatur.”

¹⁷² Dalhuisen *Compositions* 12 en 30. Dalhuisen *Compositions* n 40 en 32 doen aan die hand dat in die lig van latere ontwikkelings in Frankryk, België en Nederland, 'n *dilatio* verleen is aan 'n solvente skuldenaar wat tydelik nie in staat was om sy verpligtinge na te kom nie. Die ontwikkelings waarna hy verwys, is die prosedure bekend as *surséance van betaling*, ingevolge waarvan 'n hof op aansoek van 'n skuldenaar 'n moratorium aan sodanige skuldenaar kan toestaan, indien laasgenoemde tydelik nie in staat is om sy skuld te betaal nie (sien Dalhuisen *International Insolvency* 1-48 en die bespreking in par 3 3 2 en 6 2 hieronder).

¹⁷³ *Compositions* 12. Sien ook Wenger 316 n 19.

¹⁷⁴ Sien oor die verdere regsontwikkeling in hierdie verband par 3 2 4 2 en 7 2 -7 5 hieronder.

¹⁷⁵ *Epitome of Roman Law* (1937) 116 n 243.

¹⁷⁶ Par 2 2 2.

Mettertyd het die skuldenaar se posisie ten opsigte van moontlike tenuitvoerlegging teen sy persoon verbeter. Onder die *formula*-prosedure het tenuitvoerlegging teen die persoon van die skuldenaar neergekom op die gevangeneming van die skuldenaar. Dit het ingehou dat die skuldenaar sy skuld by die skuldeiser moes gaan afwerk. Dit blyk egter dat hierdie vorm van persoonseksekusie slegs aangewend is om druk op 'n solvente skuldenaar uit te oefen, wat versuim het om sy verpligtinge teenoor sy skuldeisers na te kom.¹⁷⁷

Onder die *formula*-prosedure is tenuitvoerlegging teen die vermoë van die skuldenaar ingevoer deur middel van 'n prosedure bekend as *missio in possessionem*.¹⁷⁸ Die skuldeiser moes egter op die hele boedel van die skuldenaar beslag lê, ten einde betaling van selfs 'n enkele skuld af te dwing. Verder het dit nie tot gevolg gehad dat die skuldenaar van sy skuld kwytgeskeld is nie. Die skuldenaar is egter tegemoet gekom deurdat hy die *beneficium competentiae* tot sy beskikking gehad het. Dit het ingehou dat hy vir 'n tydperk van een jaar nie bo sy finansiële vermoëns veroordeel kon word nie. Verder kon hy ook nie gedurende hierdie jaar aan eksekusie teen sy persoon onderwerp word nie.

'n Belangrike ontwikkeling uit die oogpunt van die skuldenaar is die daarstelling van die prosedure van *cessio bonorum*.¹⁷⁹ Alhoewel die skuldenaar nie 'n kwytskelding van sy skuld ontvang het nie, is hy in verskeie opsigte tegemoet gekom. Eerstens kon hy deur die oorgawe van sy bates, eksekusie teen sy persoon vryspring. Tweedens het die verlening van 'n grasietydperk van een jaar waarbinne hy nie aangespreek kon word nie, aan hom die geleentheid gebied om finansiëel te herstel alvorens hy weer deur skuldeisers aangespreek kon word. Laastens het die skuldenaar die sogenaamde *beneficium competentiae* tot sy beskikking gehad indien hy wel na die een jaar tydperk deur skuldeisers aangespreek is. Dit is egter belangrik om daarop te let dat die prosedure slegs tot beskikking van *bona fide* skuldenaars was aangesien dit slegs aangewend kon word indien die persoon se insolvensie nie aan sy eie skuld te wyte was nie. Verder kon 'n persoon slegs van die prosedure gebruik maak indien

¹⁷⁷ Sien die bespreking in par 2 2 3 1 hierbo.

¹⁷⁸ Sien die bespreking in par 2 2 3 2 hierbo.

¹⁷⁹ Sien die bespreking in par 2 2 3 3 hierbo.

hy voldoende bates wat hy aan sy skuldeisers kom oorgee, gehad het.¹⁸⁰ Laasgenoemde vereiste asook die vereiste dat die *cessio* deur 'n magistraat met die nodige *imperium* bekragtig moes word, het dus tot gevolg gehad dat *cessio bonorum* nie altyd 'n uitweg aan *bona fide* skuldenaars wat in 'n finansiële verknorsing verkeer het, gebied het nie.

Onder die *cognitio*-prosedure word vir die eerste keer 'n duidelike onderskeid tussen individuele en kollektiewe eksekusieprosedures aangetref.¹⁸¹ Die *pignus in causa iudicati captum* is aangewend in gevalle waar die skuldenaar solvent was met een of meer skuldeisers of insolvent met slegs een skuldeiser. Ingevolge hierdie prosedure is net op 'n genoegsame hoeveelheid bates beslag gelê ten einde die betrokke skuldeiser se vordering te dek. Indien daar enige balans oorgebly het na voldoening aan die skuldeisers se vorderings is dit aan die skuldenaar oorbetaal. Die skuldenaar se belange is dus nie meer as nodig aangetas nie.¹⁸²

In die prosedure van *distractio bonorum*¹⁸³ word vir die eerste keer tekens van 'n kollektiewe eksekusieprosedure gevind.¹⁸⁴ Hierdie prosedure is slegs aangewend in gevalle waar die skuldenaar insolvent was en minstens twee skuldeisers gehad het. Ook in hierdie geval kon die skuldenaar op *cessio bonorum* aanspraak maak, met al die voordelige gevolge wat daarmee gepaard gegaan het. Onder die *cognitio*-prosedure het persoonseksekusie mettertyd vir alle praktiese doeleindes in onbruik geraak.

Wat betref die vraag of die Romeinse reg vir enige spesifieke skuldverligtingsmaatreëls voorsiening gemaak het, kan tot die gevolgtrekking gekom word dat 'n

¹⁸⁰ Hierdie vereiste kan mi met die voordeel vir skuldeisers-vereiste ingevolge die Suid-Afrikaanse Insolvensiewet 24 van 1936 in verband gebring word - sien hoofstuk 7 hieronder mbt die ontwikkeling van hierdie vereiste.

¹⁸¹ Sien die bespreking in par 2 2 4 hierbo.

¹⁸² Wenger 314.

¹⁸³ Sien par 2 2 4 hierbo.

¹⁸⁴ Swart 62.

skuldenaar in die Romeinse reg wel stappe kon inisieer wat sy posisie kon verlig indien hy in 'n finansiële verknorsing verkeer het.

Die prosedure van *cessio bonorum* as skuldverligtingsmaatreël is reeds uitgewys.¹⁸⁵ Die moontlikheid is ook uitgewys dat die skuldenaar 'n kwytskeldingsooreenkoms of skikking met sy skuldeisers kon aangaan.¹⁸⁶ Sodanige ooreenkomste het egter op kontraktuele beginsels berus en sou slegs 'n uitweg aan 'n skuldenaar bied indien sy skuldeisers wel bereid was om sodanige ooreenkomste aan te gaan. Dit spreek vanself dat die skuldenaar nie enige van sy skuldeisers kon dwing om tot sodanige ooreenkomste toe te stem nie.

Daarteenoor het die Romeinse reg die skuldenaar in sekere gevalle spesifiek ontmoet gekom en die belange van die skuldeisers ondergeskik aan dié van die skuldeiser gestel. In hierdie verband is die verskyningsvorme van akkoord wat in die Romeinse reg aangetref is, naamlik *remissio* en *dilatio*, belangrik.¹⁸⁷ Hiervolgens is onderskeidelik 'n gedeeltelike kwytskelding of moratorium aan die skuldenaar toegestaan as die meerderheid skuldeisers ten gunste daarvan was. In hierdie gevalle kon die wil van die meerderheid skuldeisers dus op dié van die minderheid afgedwing word. Ook van belang is die *dilatio* wat op versoek van die skuldenaar deur die keiser toegestaan kon word. Laasgenoemde is die oorsprong van 'n prosedure bekend as *surséance van betaling*¹⁸⁸ wat vandag nog in die Benelux-lande aangewend word as 'n moratorium wat in sekere omstandighede deur die hof toegestaan kan word.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Sien par 2 2 3 3 en 2 3 1 hierbo.

¹⁸⁶ Sien par 2 3 2 en 2 3 3 hierbo.

¹⁸⁷ Sien par 2 3 5 hierbo.

¹⁸⁸ *Surséance van betaling* is die Nederlandse regsterminologie, terwyl *surchéance van betaalinge* die Romeins-Hollandse regsterminologie is – vgl Henning “Aspekte van *Surchéance van Betaalinge* in die Respyt- en Insolvensiereg” 1991 *THRHR* 523 525.

¹⁸⁹ Van Dam *De Surséance van Betaling en het Akkoord Buiten Faillissement* (1935) 8, Dalhuisen *International Insolvency* 1-48; Sien ook die bespreking in par 3 3 2 en 6 2 hieronder.

Die neiging om die skuldenaar tegemoet te kom blyk ook uit die wetgewing ten opsigte van *datio in solutionem*¹⁹⁰ omdat die skuldeiser daarvolgens verplig kon word om onroerende eiendom in plaas van betaling deur die skuldenaar te aanvaar.

¹⁹⁰ Sien par 2 3 4 hierbo.

HOOFSTUK 3

ROMEINS-HOLLANDSE REG

SAMEVATTING

3 1 Inleiding

3 2 Insolvensieprosedures van die Romeins-Hollandse Reg

3 3 Skuldverligtingsmaatreëls in die Romeins-Hollandse Reg

3 4 Gevolgtrekking

3 1 Inleiding

Die oogmerk van hierdie hoofstuk is eerstens om ondersoek in te stel na die oorsprong van skuldverligtingsmaatreëls in die huidige Nederlandse insolvensiereg¹⁹¹ en die Suid-Afrikaanse insolvensiereg, soos vervat in die Insolvensiewet 24 van 1936.¹⁹² Tweedens is die doel van hierdie hoofstuk om vas te stel tot watter mate die Romeins-Hollandse reg skuldverligting aan skuldenaars gebied het.

In paragraaf 2 word die insolvensieprosedures wat in die Romeins-Hollandse reg toepassing gevind het, ondersoek met die spesifieke doelwit om aspekte wat op skuldverligting gerig is, te identifiseer. In paragraaf 3 word die spesifieke skuldverligtingsmaatreëls wat in die Romeins-Hollandse reg toepassing gevind het, bespreek. Bykomend hiertoe word aspekte van die Romeins-Hollandse verbintenisreg wat skuldverligting vir die skuldenaar tot gevolg kan hê, ook kortliks bespreek. Paragraaf 4 bevat 'n gevolgtrekking met betrekking tot die ondersoek in hierdie hoofstuk.

¹⁹¹ Sien hoofstuk 6 en veral par 6 2 1 hieronder.

¹⁹² Sien hoofstuk 7 en 8 hieronder.

3 2 Insolvensieprosedures van die Romeins-Hollandse Reg

3 2 1 Algemeen

Voor kodifikasie van die Nederlandse reg vroeg in die negentiende eeu, was daar geen eenvormige insolvensiewetgewing in Nederland nie.¹⁹³ Die vernaamste beginsels van die Romeins-Hollandse insolvensieprosedures is aan die Romeinse reg¹⁹⁴ ontleen.¹⁹⁵

Die prosedure van *cessio bonorum* is gedurende die vyftiende of sestiende eeu in Holland ingevoer.¹⁹⁶ Dit blyk ook dat die prosedure van *missio in possessionem* later in een of ander vorm in Holland toegepas is.¹⁹⁷ Van groot belang is die Amsterdamse Ordonnansie van 1777.¹⁹⁸ Daar word algemeen aanvaar dat hierdie ordonnansie die grondslag van die Suid-Afrikaanse insolvensiereg gevorm het.¹⁹⁹

Vervolgens word die prosedures van *cessio bonorum*, *missio in possessionem* en die insolvensieprosedure van die Amsterdamse Ordonnansie van 1777 bespreek.

3 2 2 *Cessio Bonorum*²⁰⁰

Voor invoering van die prosedure van *cessio bonorum* of boedelafstand, het die

¹⁹³ Sien De Villiers *Die Ou-Hollandse Insolvensiereg en die Eerste Vaste Insolvensiereg van die Kaap de Goede Hoop* (LLD-proefskrif 1923 Leiden) 7; Dalhuisen *Dalhuisen on International Insolvency and Bankruptcy* Vol 1 (1986) 1-35 (hierna Dalhuisen *International Insolvency*).

¹⁹⁴ Sien hoofstuk 2 hierbo.

¹⁹⁵ Wessels *History of the Roman-Dutch Law* (1908) 661.

¹⁹⁶ Wessels 663; Burton *Observations on the Insolvent Laws of the Colony* (1829) 3.

¹⁹⁷ Vgl De la Rey Mars *The Law of Insolvency in South Africa* (1988) 3 (hierna Mars).

¹⁹⁸ “Nieuwe Ordonnantie voor de Desolate Boedelkamer te Amsteldam” (1777) *Nieuwe Nederlandsche Jaerboeken* 291.

¹⁹⁹ *Fairlie v Raubenheimer* 1935 AD 135 146; Mars 3; Smith *The Law of Insolvency* (1988) 6. Sien ook Wessels 667-668.

²⁰⁰ Sien in die algemeen Voet 42 3; Van Leeuwen *RHR* 4 41 1-3; Burton 3 ev; Wessels 663 ev en De Villiers 54 ev.

Hollandse reg slegs persoonseksekusie as skuldinvorderingsprosedure geken.²⁰¹

Die verkryging van *cessio bonorum* was omslagtig en duur.²⁰² Die insolvent moes 'n petisie aan die Hof van Holland rig waarin die redes vir sy insolvensie vermeld word. Tesame hiermee moes die skuldenaar ook 'n inventaris van sy bates inhandig. Die hof het hierdie petisie dan na die hof van die insolvent se plek van domisilie verwys, vir laasgenoemde se verslag oor die petisie. Na oorweging van die verslag kon die hof 'n voorlopige bevel, 'n sogenaamde *brieven van cessie* verleen, wat alle belanghebbende persone uitgenooi het om redes aan te toon waarom die voorlopige bevel nie bekragtig moes word nie.

Verlening van die *brieven van cessie* het tot gevolg gehad dat die skuldenaar van enige toekomstige persoonseksekusie bevry is. Bekragtiging daarvan het eksekusie teen alle bates van die skuldenaar opgeskort en onder beheer van 'n kurator geplaas.²⁰³

Enige skuldenaar wat nie in staat was om sy verpligtinge na te kom nie kon *cessio bonorum* aanvra.²⁰⁴ Die hof sou egter slegs die *brieven van cessie* toestaan indien dit oortuig was dat die insolvensie aan teenspoed te wyte was. Indien bewys is dat die skuldenaar bedrieglik opgetree het of dat hy nie 'n eerlike verklaring met betrekking tot sy bates gemaak het nie,²⁰⁵ is die aansoek geweier en kon die skuldenaar boonop daar en dan gevange geneem word.²⁰⁶

²⁰¹ Van Leeuwen *RHR* 4 41 1; Wessels 663 en 664; De Villiers 55.

²⁰² Sien De Groot 3 51 3; Voet 42 3 6; Van Leeuwen *RHR* 4 41 2; Van der Linden *Koopmans Handboek* 3 1 7 2; Burton 4 ev; Wessels 664 ev; De Villiers 57 ev.

²⁰³ Van der Keessel *Th Sel* 884; Wessels 664-665.

²⁰⁴ Vgl Voet 42 3 2.

²⁰⁵ Voet 42 3 5. Volgens Voet kon deliksplegers en skuldenaars van die tesourie ook nie *cessio* aanvra nie.

²⁰⁶ Wessels 665.

Dit is belangrik om daarop te let dat die *brieven van cessie* nie die skuldenaar van sy skuld kwytgeskeld het nie.²⁰⁷ Indien die skuldenaar enige nuwe bates na verlening van die *cessio* verkry het, kon skuldeisers op daardie bates aanspraak maak.²⁰⁸ Die enigste voordeel wat die *brieven van cessie* vir die skuldenaar ingehou het, was die feit dat hy van die bekommernis om deur skuldeisers gedagvaar te word en van enige persoonsekskusie, dit wil sê gevangesetting,²⁰⁹ bevry is.²¹⁰

Dit blyk egter dat daar 'n stigma gekleef het aan die feit dat *cessio* aan 'n skuldenaar verleen is. Gedurende die sestiende eeu in Rotterdam en Leiden is van persone wat *brieven van cessie* verkry het, vereis om 'n uur per dag vir drie agtereenvolgende dae voor die stadshuis in hulle onderklere te staan.²¹¹ Van Leeuwen²¹² doen aan die hand dat 'n skuldenaar wat benewens die *cessio* ook sodanige oneer moes deurgaen, geag sou word ten volle van die skuld kwytgeskeld te wees.

Sekere bates was van die boedelafstand uitgesluit, te wete die skuldenaar se klere, beddegoed, gereedskap en ander noodsaaklike lewensmiddele.²¹³ In die *brieven van cessie* is verder 'n klousule gevoeg ingevolge waarvan die skuldenaar verplig was om sy skuldeisers ten volle te betaal indien hy per geluk enige nuwe bates verkry het.²¹⁴

Aanvanklik is privaat persone aangewys om die boedels van persone aan wie *cessio* verleen is, te hanteer. Gedurende die agtiende eeu het dit egter gebruiklik geword dat alle insolvente boedels deur spesiale kamers, bekend as *Desolate Boedelkamers*,

²⁰⁷ Vgl Voet 42 3 8; Van Leeuwen *RHR* 4 41 3; Van der Keessel *Th Sel* 889; Burton 6; Wessels 665; De Villiers 59.

²⁰⁸ De Groot 3 51 6; Van Leeuwen *RHR* 4 41 3; Voet 42 3 8.

²⁰⁹ Van Leeuwen *RHR* 4 41 1.

²¹⁰ Wessels 665; De Villiers 59.

²¹¹ Van Leeuwen *RHR* 4 41 3; Holtius *Het Nederlandsche Faillitenregt Volgens het Derde Boek van het Wetboek van Koophandel* (1850) 19; Wessels 665.

²¹² *RHR* 4 41 3. Vgl ook Voet 42 3 8 en De Villiers 60 en die gesag waarna hy in n 3 verwys.

²¹³ Sien Voet 42 3 7 en Wessels 665-666.

²¹⁴ Wessels 666; De Villiers 60.

geadministreer word.²¹⁵ Solank die insolvent se boedel onder administrasie van die *Desolate Boedelkamer* was en hy nog nie sy rehabilitasie bekom het nie, kon die insolvent nie bindende kontrakte sluit nie en kon hy ook nie as eiser of verweerder in die hof optree nie.²¹⁶

Benewens die *bona fide* skuldenaar, is die boedel van die sogenaamde *bankroetier* of *bankbreeker* ook somtyds deur die *Desolate Boedelkamers* beredder. 'n *Bankroetier* of *bankbreeker* was 'n persoon wat skuld aangegaan het en daarna land uit gevlug het ten einde betaling te ontduik.²¹⁷ *Bankroetiers* kon nie *cessio bonorum* aanvra nie.²¹⁸ Twee ordonnansies wat onderskeidelik in 1531 en 1540 deur Karel V uitgevaardig is, het bepalings bevat wat daarop gerig was om sulke persone te straf.²¹⁹ Wessels²²⁰ wys daarop dat die *bankroetier* nooit gerehabiliteer kon word nie en gevolglik nooit geldige kontrakte kon sluit of as eiser of verweerder in die hof kon optree nie.

3 2 3 *Missio in Possessionem*

De Villiers wys daarop dat die Hollandse reg, buiten vir die prosedure van *cessio bonorum* en die prosedure wat vir *bankroetiers* gegeld het, nie vir 'n kollektiewe invorderingsprosedure in geval van insolvensie van die skuldenaar voorsiening gemaak het nie.²²¹ Indien die skuldenaar nie van *cessio bonorum* gebruik gemaak het

²¹⁵ Wessels 666-667. Die *Desolate Boedelkamers* is aanvanklik opgerig om die administrasie van bestorwe boedels te hanteer - vgl Wessels 666.

²¹⁶ Wessels 667.

²¹⁷ Vgl Kersteman *Hollandsch Rechtsgeleert Woordenboek* (1768) wat *bankroetier* soos volg definieer: "Bankroetier of Bankbreeker is zulk een persoon die na het contracteeren van frauduleuze schulden, en zonder zijn crediteuren ter zake van derzelve wettige pretensien ten zijnen lasten, contentement, en voldoening te doen, fugitief, en voortvluchtig word, en zich heimelijk naar elders retireert." Sien ook Wessels 667.

²¹⁸ Van Leeuwen *RHR* 4 41 2.

²¹⁹ Vgl Van Leeuwen *RHR* 4 41 2; De Villiers 68 ev; Keulen *Bankbreuk, Ons Strafrechtelijk Faillissementsrecht* (1990) 11. Die ordonnansie van 1540, die sg *Eeuwig Edict* het die doodstraf voorgeskryf. Volgens Van der Linden *Koopmans Handboek* 2 6 8 is die doodstaf egter nooit in die praktyk toegepas nie - vgl ook Kersteman 36; Burton 6; De Villiers 71; Keulen 11.

²²⁰ 667.

²²¹ Vgl De Villiers 5-6 en 70.

nie, of indien die *bankroetiers*-prosedure nie van toepassing was nie, is die individuele eksekusieprosedures toegepas ingevolge waarvan elke skuldeiser individueel kon poog om op die bates van die skuldenaar beslag te lê.²²² Persoonsekusie in die vorm van gevangesetting was ook moontlik maar eers indien die bates onvoldoende was om die skuld ten volle te vereffen.²²³

Dit blyk egter dat die prosedure van *missio in possessionem* van die Romeinse reg²²⁴ later in een of ander vorm in Holland toegepas is.²²⁵ De Villiers²²⁶ wys daarop dat voor oprigting van die *Desolate Boedelkamer* in Amsterdam in 1643, naas *cessio bonorum* 'n prosedure deur gewoonte ontstaan het wat daarop gerig was om skuldeisers se belange in geval van insolvensie van 'n skuldenaar te beskerm. Hierdie prosedure het kortliks behels dat skuldeisers die sogenaamde *Schepenen* kon versoek om een of meer kuratore aan te stel indien hul skuldenaar nie in staat was om sy skuld te betaal nie. Die bates van die skuldenaar moes te gelde gemaak word en die opbrengs is *pro rata* onder die skuldeisers verdeel nadat voorkeurskuldeisers uitbetaal is.²²⁷

²²² Vgl De Villiers 3 ev.

²²³ Voet 42 1 45; De Villiers 1 en 3.

²²⁴ Sien par 2 2 3 2 hierbo.

²²⁵ Voet 42 5 1; Mars 3. Ingevolge die prosedure wat Voet beskryf kon 'n vonnis-skuldeiser 'n hofbevel aanvra ingevolge waarvan hy besit van die hele boedel van die skuldenaar verkry het. Sodanige hofbevel is hoofsaaklik toegestaan waar die skuldenaar pogings aangewend het om sy skulde te ontduik (vgl Voet 42 4 4). Indien die skuldeisers na verlening van die sodanige bevel nie betaal is nie, kon hulle 'n tweede bevel aanvra ingevolge waarvan hulle die bevoegdheid verkry het om die bates te gelde te maak (Voet 42 5 1). Die bates is stuksgewys per openbare veiling verkoop (Voet 42 5 2) waarna die opbrengs in 'n bepaalde rangorde onder skuldeisers verdeel is (sien Voet 42 5 6 en 20 4).

²²⁶ 9 ev.

²²⁷ Van der Linden *Koopmans Handboek* 3 10 1-3 (vgl De Villiers 8 en Mars 3) verwys ook na die sekwestrasie van 'n boedel op aansoek van skuldeisers en beskryf ook die prosedure wat gevolg is. Hy wys egter daarop dat hierdie prosedure slegs van toepassing was indien daar nie spesifieke ordonnansies was wat die posisie gereël het nie.

3 2 4 Die Insolvensieprosedure van die Amsterdamse Ordonnansie van 1777

3 2 4 1 Sekwestrasie²²⁸

Enige persoon binne die jurisdiksiegebied van Amsterdam wat weens omstandighede genoodsaak was om betaling van sy skulde te staak, of sodanige persoon se skuldeisers, kon die kommissarisse van die *Desolate Boedelkamer* nader met 'n versoek om beheer van sy boedel oor te neem. Twee kommissarisse is aangewys om die boedel te administreer.²²⁹ Die kommissarisse het dadelik daarna voortgegaan om 'n voorlopige inventaris van die boedel op te stel.²³⁰ Die boedel was nou onder sekwestrasie. Na opstelling van die voorlopige inventaris is 'n vergadering van skuldeisers byeengeroep en is twee of drie van die skuldeisers as sogenaamde sekwestreerders aangewys.²³¹ Die eerste plig van die sekwestreerders was om 'n finale inventaris saam te stel.²³² Die skuldenaar het 'n bedrag geld wat na mening van die twee kommissarisse en die sekwestreerders vir die onderhoud van sy huishouding noodsaaklik was uit die boedel ontvang.²³³ Na opstelling van die finale inventaris en vir die duur van die sekwestrasie is die skuldenaar weer in besit van sy boedel gestel mits hy die vereiste sekuriteit kon stel. Indien hy dit nie kon doen nie is slegs dit wat vir sy daaglikse behoeftes noodsaaklik was in sy besit gelaat. Verder kon hy ook alle werktuie en bates wat vir die uitoefening van sy ambag of vir die werking van sy fabriek nodig was, in sy besit hou. Dit is belangrik om daarop te let dat hierdie bates slegs vir die duur van sy sekwestrasie gehou kon word.²³⁴ Die effek van sekwestrasie

²²⁸ Vgl De Villiers 19-25.

²²⁹ A 3.

²³⁰ A 4.

²³¹ Aa 5 en 6. Die skuldenaar was verplig om by die vergadering teenwoordig te wees. Indien die skuldenaar nie teenwoordig was nie of die stad verlaat het sonder toestemming van die kommissarisse, is sy boedel onmiddellik insolvent verklaar en kon hy met verbanning, gevangesetting of infamie gestraf word - vgl a 5 en De Villiers 21.

²³² A 7.

²³³ A 10.

²³⁴ Vgl De Villiers 24.

was dat alle eksekusies teen die boedel gestaak is. 'n Eksekusie wat egter reeds 'n aanvang geneem het, kon voltooi word.²³⁵

3 2 4 2 Akkoord²³⁶

Nadat die boedel onder sekwestrasie geplaas is, het die skuldenaar 'n maand tyd gehad om 'n akkoord met sy skuldeisers aan te gaan. Die prosedure was kortliks dat die skuldenaar 'n afskrif van die akkoordaanbod aan die kommissarisse moes oorhandig. Die afskrif moes 'n verklaring van die twee kommissarisse en die sekwestreerders bevat dat die skuldenaar hom gedurende die loop van die sekwestrasie nie aan enige bedrieglike handeling skuldig gemaak het nie en dat daar gevolglik geen rede bestaan het waarom die akkoord geweier moes word nie.²³⁷ Skuldeisers moes van die akkoord en van die feit dat hulle op 'n bepaalde dag voor die kommissarisse kon verskyn om beswaar teen die akkoord te maak, kennis kry. Op laasgenoemde vergadering moes die sekwestreerders en die gesekwestreerde teenwoordig wees.²³⁸ Indien enige van die skuldeisers teen die aanname van die akkoord gekant was, moes die kommissarisse en die sekwestreerders alles in hulle vermoë doen om die skuldeisers oor te haal tot aanname van die akkoord.²³⁹

Indien twee van die opponerende skuldeisers se vorderings gesamentlik een-twintigste in waarde van al die skulde bedra het, was die akkoord nie bindend nie en moes die boedel insolvent verkeer word. Die akkoord moes ook afgekeur word indien daar onder die opponerende skuldeisers een skuldeiser was met 'n vordering van een-vyfde of een-sesde²⁴⁰ in waarde van die totale skuld van die gesekwestreerde.²⁴¹ Alhoewel die 1777-Ordonnansie dus vir 'n dwangakkoord

²³⁵ A 12.

²³⁶ Vgl De Villiers 26-31.

²³⁷ A 13.

²³⁸ A 14.

²³⁹ A 15.

²⁴⁰ Dit is nie duidelik waarom die wetgewer nie met 'n vereiste van een-sesde kon volstaan nie.

²⁴¹ A 16. Sien ook Van der Keessel *Th Sel* 829.

voorsiening gemaak het, kon 'n geringe minderheid die bereiking van 'n akkoord dwarsboom.²⁴² Indien daar geen of onvoldoende opposisie was, moes die akkoord skriftelik goedgekeur word.²⁴³ Dit het tot gevolg gehad dat die sekwestrasie beëindig is.²⁴⁴

'n Skuldenaar wat nie die bepalings van die akkoord streng nagekom het nie se boedel kon insolvent verklaar word. Verder het hy die geleentheid verbeur om weer 'n akkoord, selfs met toestemming van al sy skuldeisers, aan te gaan.²⁴⁵

Dit is belangrik om daarop te let dat die akkoord-bepalings van die 1777-Ordonnansie verorden is om insolvensieverrigtinge te verhoed. Dit is so omdat die 1777-Ordonnansie tussen twee stadiums, naamlik sekwestrasie en insolvensie, onderskei het. Solank die bereiking van 'n akkoord nog moontlik was, was daar slegs van sekwestrasie²⁴⁶ sprake. Die skuldenaar is eers insolvent verklaar indien die skuldenaar na een maand nie daarin kon slaag om 'n akkoord met sy skuldeisers te bereik nie.²⁴⁷

3 2 4 3 Insolvensie²⁴⁸

Na insolvent-verklaring kon die skuldenaar slegs 'n akkoord met sy skuldeisers aangaan indien al die skuldeisers na bewys van die vorderings daartoe toegestem

²⁴² Vgl Holtius 328. Dalhuisen *Compositions in Bankruptcy* (1968) 16 n 66 (hierna Dalhuisen *Compositions*) vermeld foutiewelik dat die Ordonnansie 'n gewone meerderheid in getal en 'n vyf-agstes meerderheid in waarde, of andersom, vereis het vir die minderheid om gebonde te wees. In hierdie verband verwys hy na a 42 van die Ordonnansie. A 42 handel egter oor rehabilitasie - sien par 3 2 4 4 hieronder.

²⁴³ A 17.

²⁴⁴ A 18.

²⁴⁵ A 22.

²⁴⁶ Sekwestrasie het slegs tot gevolg gehad dat alle eksekusies teen die boedel gestaak is (sien par 3 2 4 1 hierbo). Goedkeuring van 'n akkoord het tot gevolg gehad dat sekwestrasie beëindig is (sien a 18 en die bespreking hierbo).

²⁴⁷ A 25. Vgl Holtius 328-329. Eers na insolvent-verklaring het die insolvensieverrigtinge (soos die tegeldemakings- en verdelingsproses) 'n aanvang geneem - sien die bespreking in par 3 2 4 3 hieronder.

²⁴⁸ Vgl De Villiers 32-49.

het.²⁴⁹ Indien die sekwestreerders tydens die loop van die sekwestrasie bevind het dat die skuldenaar nie in alle opsigte te goeder trou opgetree het nie, kon die boedel dadelik insolvent verklaar word ten spyte daarvan dat die tydperk van een maand nog nie verstryk het nie. In so 'n geval sou die skuldenaar nie eers met toestemming van al sy skuldeisers 'n akkoord kon bereik nie.²⁵⁰

Die eerste plig van die kommissarisse na die insolvent-verklaring was om die twee sekwestreerders as kuratore aan te stel.²⁵¹ Die kuratore moes in nuusblaaie van hul benoeming en van die insolvent-verklaring kennis gee. Skuldeisers moes ook opgeroep word om hulle eise te bewys.²⁵² So spoedig moontlik na die insolvent-verklaring moes die kuratore met die tegeldemaking van die boedel voortgaan. Die insolvent, sy vrou en sy kinders kon net hulle “dagelikse klere” behou.²⁵³ Die insolvent se vrou wat met hom onder huweliksvoorwaarde getroud was of sy naasbestaandes kon die meubels wat vir die huishouding noodsaaklik was teen 'n getakseerde prys oorneem. Indien die insolvent 'n ambagsman was, kon die kuratore met die toestemming van die kommissarisse alle werktuie of gereedskap wat vir die uitoefening van die ambag noodsaaklik was, aan die insolvent afstaan. Gereedskap wat 'n geringe waarde gehad het, is gratis aan die insolvent afgestaan. Oorname van hierdie bates was egter slegs moontlik indien die insolvent in alle opsigte te goeder trou opgetree het.²⁵⁴ Na tegeldemaking van die boedel is die opbrengs onder die skuldeisers verdeel. Preferente eise is eerste uitbetaal, waarna die balans onder konkurrente skuldeisers verdeel is.²⁵⁵

²⁴⁹ A 25.

²⁵⁰ A 26.

²⁵¹ A 27.

²⁵² A 30.

²⁵³ Vgl De Villiers 43.

²⁵⁴ A 29.

²⁵⁵ A 47.

3 2 4 4 Rehabilitasie²⁵⁶

'n Insolvent wat in alle opsigte aan die bepalings van die ordonnansie voldoen het en hom nie aan enige bedrieglike optrede²⁵⁷ voor of na sy insolvensie skuldig gemaak het nie, kon gerehabiliteer word. Die kommissarisse het is so 'n geval 'n bepaalde persentasie van die bates aan hom uitbetaal en 'n sertifikaat aan hom uitgereik.²⁵⁸ Dit is belangrik om daarop te let dat die insolvent by ontvangs van hierdie sertifikaat 'n kwytskelding van alle skuld wat voor sy insolvensie ontstaan het, verkry het.²⁵⁹ Verder het die insolvent weer ten volle handelingsbevoeg geword.²⁶⁰ Indien dit na verlening van die sertifikaat egter geblyk het dat die gerehabiliteerde enige bates wat meer as 50 gulde werd was, weerhou of versteek het, kon sy skuldeisers steeds volledige betaling van hul vorderings eis.²⁶¹ Verder is die gerehabiliteerde ook met verbanning, gevangesetting of infamie gestraf.²⁶²

Hierdie sertifikaat moes deur vyf-agstes in getal en meer as helfte in waarde, of andersom, van die skuldeisers onderteken word²⁶³ en moes 'n verklaring deur die kuratore en skuldeisers bevat dat daar nie sprake van enige bedrieglike optrede aan

²⁵⁶ Vgl De Villiers 50-53.

²⁵⁷ Hierin word die eerste spore van die beginsel dat rehabilitasie in bepaalde omstandighede geweier kan word, gevind - sien verder die bespreking in hoofstuk 7 hieronder.

²⁵⁸ Indien die konkurrente skuldeisers 20% van hulle eise ontvang het, het die insolvent 3% van die bates ontvang. Waar die konkurrente skuldeisers onderskeidelik 50% en 75% van hul vorderings ontvang het, het die insolvent onderskeidelik 6% en 10% ontvang. In geen geval kon hierdie toelae die bedrag van 10 000 gulde oorskry nie - vgl a 40; De Villiers 47-48; Burton 11.

²⁵⁹ A 41. Die relevante gedeelte van a 41 lees soos volg: "Voorts zal zodaanig een Insolvente, zich in allen opzigten geconformeerd hebbende met het voorschrift deezer Ordonnantie, daar meede van alle zyne schulden ontslagen zyn, en nimmer om eenige schulden, anteur aan zyn faillissement, mogen worden aangesprooken" - vgl ook De Villiers 52.

²⁶⁰ A 41.

²⁶¹ A 41.

²⁶² A 36.

²⁶³ Die kuratore moes ook in die verklaring bevestig dat die sertifikaat deur die voorgeskrewe meerderheid skuldeisers onderteken is - a 42.

die skuldenaar se kant was nie.²⁶⁴ Daarbenewens moes die insolvent onder eed verkaar dat hy die sertifikaat sonder enige bedrog of omkoperij verkry het.²⁶⁵

Ten einde wanpraktyke uit die weg te ruim, het artikel 43 van die Ordonnansie bepaal dat alle ooreenkomste met die oog daarop om skuldeisers oor te haal om die sertifikaat te teken, nietig was. By ontvangs van die sertifikaat moes die kommissarisse in die eerskomende Amsterdamse, Hollandse en Franse koerante kennis gee dat aan hulle so 'n sertifikaat vir goedkeuring oorhandig is. Verder moes die skuldeisers ook in kennis gestel word dat hulle op 'n bepaalde dag by die boedelkamer kon verskyn om hulle besware teen die rehabilitasie bekend te maak. Indien geen beswaar teen die rehabilitasie gemaak is nie, is die sertifikaat van rehabilitasie deur die kommissarisse bekragtig. Indien daar wel beswaar gemaak is, moes die kommissarisse, na verhoor van die partye, uitspraak doen. Teen hierdie uitspraak kon by die *Schepenen* geappelleer word.²⁶⁶

3 3 Skuldverligtingsmaatreëls in die Romeins-Hollandse Reg

3 3 1 Akkoord

Die akkoord-bepalings van die Amsterdamse Ordonnansie van 1777 is reeds hierbo bespreek.²⁶⁷ Hier word dus volstaan met 'n bespreking van die beginsels rondom akkoord, voor inwerkingtreding van genoemde Ordonnansie.

Voor 1544 is die Romeinse reg met betrekking tot akkoord (*remissio en dilatio*)²⁶⁸ in die Nederlande toegepas.²⁶⁹ Ingevolge 'n ordonnansie wat in 1544 uitgevaardig is, is

²⁶⁴ A 42. Volgens Dalhuisen *Compositions* 16 n 66 en *International Insolvency* 1-37 is die kwytskelding wat ingevolge hierdie artikel verleen is, in wese 'n tipe akkoord.

²⁶⁵ A 42.

²⁶⁶ A 44. In so 'n geval sou die boedel weer onder beheer van die kurator gekom het asof die insolvent nooit gerehabiliteer is nie - a 49.

²⁶⁷ Sien par 3 2 4 2 hierbo.

²⁶⁸ Sien par 2 3 5 hierbo.

²⁶⁹ Dalhuisen *International Insolvency* 1-47.

die *pactum remissorium* van die Romeinse reg²⁷⁰ egter as die enigste vorm van dwangakkoord aanvaar.²⁷¹

Gedurende die sewentiende eeu het 'n groot aantal Hollandse stede en provinsies egter wetgewing uitgevaardig wat akkoorde sonder enige beperkings aanvaar het.²⁷² Dit was dus nie net tot erfgename van insolvente bestorwe boedels beperk nie.²⁷³ In 1649 het Zeeland sulke wetgewing aangeneem²⁷⁴ wat kort daarna in 1659 in Amsterdam,²⁷⁵ in 1665 in Leiden en in 1708 in Haarlem aanvaar is. Dalhuisen²⁷⁶ wys daarop dat akkoorde in die algemeen in al hierdie stede sonder oplegging van die Romeinsregtelike beperkings aanvaar is.²⁷⁷ In gebiede waar sodanige wetgewing nie gegeld het nie, was die gemenerereg van toepassing ingevolge waarvan die minderheid nie gedwing kon word om tot 'n akkoord toe te stem wat 'n inkorting van hul vorderings tot gevolg sou hê nie.²⁷⁸

²⁷⁰ Die *pactum remissorium* was tot erfgename van 'n insolvente bestorwe boedel beperk - sien par 2 3 5 1 en 2 3 5 2 hierbo.

²⁷¹ Voet 2 14 23; Van Leeuwen *RHR* 4 41 7; Van der Keessel *Th Sel* 829; Wessels 666; Dalhuisen *Compositions* 22. Agv hierdie afskaffing verwys De Groot 3 51 8 glad nie na akkoord nie, maar slegs na die uitstel van betaling wat deur die publieke owerhede aan skuldenaars verleen is - sien ook Dalhuisen *International Insolvency* 1-47.

²⁷² Vgl Van der Keessel *Th Sel* 829; Van der Linden *Koopmans Handboek* 3 10 4; Wessels 666; Dalhuisen *Compositions* 22 en *International Insolvency* 1-47.

²⁷³ Sien par 2 3 5 hierbo.

²⁷⁴ Vgl Holtius 327.

²⁷⁵ Vgl Holtius 328.

²⁷⁶ *International Insolvency* 1-47.

²⁷⁷ Wat betref die voorwaardes alvorens die minderheid gebonde sou wees, blyk dit dat die Romeinse reg in die algemeen nagevolg is - vgl Dalhuisen *Compositions* 23-32. Die wetgewing wat in 1649 in Zeeland aanvaar is, het egter in teenstelling met die Romeinse reg (vgl Dalhuisen *Compositions* 10 en par 2 3 5 1 hierbo) die afwesigheid van *culpa* as vereiste vir die verlening van die *pactum remissionis* vereis. Die Romeinsregtelike voorskrifte mbt die samestelling van die meerderheid (sien par 2 3 5 hierbo) is ook nie in Nederland nagevolg nie. Die wetgewing wat in Zeeland, Amsterdam, Leiden en Haarlem aanvaar is, het 'n meerderheid van twee-derdes in getal en drie-kwart in waarde of drie-kwart in getal en twee-derdes in waarde, vereis (Voet 2 14 23; Van der Keessel *Th Sel* 829; Dalhuisen *Compositions* 23 n 106). Die 1777 Amsterdamsse Ordonnansie het dus 'n strenger vereiste tov die samestelling van die meerderheid as sy voorganger van 1659 gestel - sien par 3 2 4 2 hierbo.

²⁷⁸ Van der Linden *Koopmans Handboek* 3 10 4.

Dit blyk dat die skuldenaar 'n gedeeltelike kwytskelding van sy skuld verkry het indien 'n *remissio* toegestaan is en dat daar geen verpligting op hom gerus het om die kwytgeskelde gedeelte aan sy skuldeisers terug te betaal indien hy later weer bates verkry het nie.²⁷⁹

3 3 2 Moratoria²⁸⁰

3 3 2 1 Algemeen

Van Dam²⁸¹ wys daarop dat daar verskeie voorbeelde van algemene moratoria²⁸² in hul *oud-vaderlandsch recht* te vinde was. Hierbenewens het die Romeins-Hollandse reg ook vir verskeie ander skuldverligtingsmaatreëls voorsiening gemaak. Van der Keessel²⁸³ vermeld dat benewens *cessio bonorum*, vier voorregte, te wete *brievan van inductie*,²⁸⁴ *brievan van respijt*,²⁸⁵ *seureté du corps* en *surchéance van betaalinge* in die howe van Holland toepassing gevind het.²⁸⁶ Die oorsprong van hierdie voorregte is geleë in die Romeinsregtelike *dilatio*.²⁸⁷

²⁷⁹ Vgl Voet 2 14 28; Dalhuisen *Compositions* 29.

²⁸⁰ Sien in die algemeen Henning "Aspekte van *Surchéance van Betaalinge* in die Respyt- en Insolvensiereg" 1991 *THRHR* 523 (hierna Henning 1991 *THRHR*) en "*Rescripta Inductionis, Rescripta Moratoria* en *Seureté du Corps*: Drie Romeins-Hollandse *Beneficia* in Respytregtelike Verband" 1992 *THRHR* 1 (hierna Henning 1992 *THRHR*).

²⁸¹ *De Surséance van Betaling en het Akkoord Buiten Faillissement* (1935) 10. Sien ook Dalhuisen *Compositions* 31 n 153 en Dalhuisen *International Insolvency* 1-47 en 1-48.

²⁸² Algemene moratoria word aan groot groepe skuldenaars verleen, terwyl individuele moratoria op 'n spesifieke individu van toepassing is - vgl Van Dam 10 en Henning 1992 *THRHR* 3 n 13. Algemene moratoria is agv rampe, oorloë en omwentelings op staatkundige gebied goedgekeur (vgl Henning 1992 *THRHR* 3). Van Dam 10 verwys oa na die *Plakkaat van de Staten van Holland* van 26 Desember 1672 ingevolge waarvan skuldeisers verbied is om *hypotheeken of kustingen* gedurende die jaar 1673 op te eis indien die sekuriteite wat daarvoor gestel is weens die *algemeene calamiteit* hul waarde verloor het. Laasgenoemde is egter daaraan onderworpe gestel dat die *recht van hypoteek* behoue gebly het en dat rente steeds betaal moes word - vgl ook Henning 1992 *THRHR* 3.

²⁸³ *Th Sel* 889-895. Vgl ook Van Leeuwen *RHR* 4 41 1-7.

²⁸⁴ Ook bekend as *rescripta inductionis*.

²⁸⁵ Ook bekend as *rescripta moratoria*.

²⁸⁶ Vgl Henning 1992 *THRHR* 2.

²⁸⁷ Vgl Dalhuisen *Compositions* 30. Sien ook par 2 3 5 2 hierbo.

3 3 2 2 *Brieven van Inductie*

*Brieven van Inductie*²⁸⁸ was volgens wetgewing wat in 1581 uitgevaardig is, 'n regsmiddel wat deur die Hof van Holland verleen is en waardeur die skuldenaar uitstel van betaling kon bekom. Die prosedure was kortliks dat die skuldeisers voor die hof van die gewone verblyfplek van die skuldenaar gedaag is om die skuldenaar se versoek tot uitstel te oorweeg. Die hof het dan 'n poging aangewend om die skuldeisers oor te haal (*inducere*) om die uitstel toe te staan. Die skuldenaar moes egter sekuriteit stel vir die betaling van die skuld na verstryking van die tydperk van uitstel.²⁸⁹ Indien die meerderheid skuldeisers tot die versoek toegestem het, sou die minderheid aan hierdie besluit gebonde gewees het.²⁹⁰

Verlening van *brieven van inductie* het tot gevolg gehad dat die skuldenaar die geleentheid gebied is om finansieel te herstel. Betaling kon nie meer by wyse van gedingvoering, tenuitvoerlegging of persoonseksekusie afgedwing word nie.²⁹¹

3 3 2 3 *Brieven van Respijt en Atterminatie*

Uitstel van betaling kon ook by wyse van 'n regsmiddel, bekend as *brieven van respijt en atterminatie*, verkry word.²⁹² Ingevolge wetgewing wat in 1531 en 1544 uitgevaardig is kon *brieven van respijt* slegs deur die *Hooge Overheid* met bekragtiging deur die betrokke hof verleen word. In 1581 het hierdie bevoegdheid op die *Hooge Raad* oorgegaan.²⁹³

²⁸⁸ Sien in die algemeen De Groot 3 51 8; Van Leeuwen *RHR* 4 41 5; Voet 42 3 20; Van der Keessel *Th Sel* 892; Van der Linden *Koopmans Handboek* 3 1 7 4.

²⁸⁹ Van der Keessel *Th Sel* 890.

²⁹⁰ Vgl Van Dam 11 en Henning 1992 *THRHR* 6.

²⁹¹ Vgl Henning 1992 *THRHR* 9.

²⁹² Sien in die algemeen De Groot 3 51 8; Van Leeuwen *RHR* 4 41 5; Voet 42 3 20; Van der Keessel *Th Sel* 891; Van der Linden *Koopmans Handboek* 3 1 7 3.

²⁹³ Henning 1992 *THRHR* 6; Van Dam 11.

In teenstelling met die posisie ten aansien van *brieven van inductie* is die toestemming van skuldeisers nie vereis nie.²⁹⁴ Die verligting kon egter slegs aan die skuldenaar verleen word indien dit duidelik geblyk het dat hy geen skuld aan die skade of verlies gehad het wat hom verhinder het om sy verpligtinge teenoor sy skuldeisers na te kom nie. Verder moes die skuldenaar *borgtocht* stel.²⁹⁵

Die effek van die verlening van *brieven van respijt* was dat die skuldenaar uitstel vir die betaling van sy skuld verkry het vir 'n tydperk van gewoonlik nie langer as vyf jaar nie. As gevolg hiervan is dikwels daarna verwys as *quinquenellen* of *vijf jaar brieven*.²⁹⁶

Net soos in die geval van *brieven van inductie* het die verlening van *brieven van respijt* ook tot gevolg gehad dat die skuldenaar die geleentheid gebied is om finansiël te herstel. Betaling kon nie meer by wyse van gedingvoering, tenuitvoerlegging of persoonsekskusie afgedwing word nie.²⁹⁷

3 3 2 4 *Seureté du Corps*

Hierdie regsmiddel het die skuldenaar in staat gestel om uit vrees vir aanhouding vrygeleide vir sy persoon (*seureté du corps*) van die State van Holland of *Gecommitteerde Raeden* aan te vra indien hy in die buiteland was en 'n gegronde rede gehad het om te glo dat hy 'n skikking met sy skuldeisers kon aangaan.²⁹⁸ Dit is

²⁹⁴ Voet 42 3 20. Voet doen aan die hand dat *brieven van respijt* aangevra is indien die meerderheid nie oorreed kon word om uitstel toe te staan nie. Vgl ook Van Dam 11. *Contra* De Groot 3 51 8 en Van der Keessel *Th Sel* 891. Sien ook Henning 1992 *THRHR* 7-8.

²⁹⁵ De Groot 3 51 8; Van der Linden *Koopmans Handboek* 3 1 7 3; Van Dam 11; Henning 1992 *THRHR* 7.

²⁹⁶ De Groot 3 51 8; Voet 42 5 14; Van Leeuwen *RHR* 4 41 5; Van der Linden *Koopmans Handboek* 3 1 7 3. *Brieven van inductie* is gewoonlik vir 'n korter tydperk toegestaan - vgl Henning 1992 *THRHR* 7.

²⁹⁷ Voet 42 3 14; Henning 1992 *THRHR*.

²⁹⁸ Voet 42 3 21; Van Leeuwen *RHR* 4 41 4; Van der Keessel *Th Sel* 894; Henning 1992 *THRHR* 13; Holtius 326.

egter net toegestaan indien die meerderheid skuldeisers ten gunste daarvan was.²⁹⁹ *Seureté du corps* is gewoonlik vir drie of meer maande verleen.³⁰⁰

3 3 2 5 *Surchéance van Betaalinge*³⁰¹

Van der Keessel³⁰² omskryf *surchéance van betaalinge* as 'n guns wat deur die owerheid aan die skuldenaar verleen is en wat aan hom uitstel vir betaling vir 'n tydperk van een jaar verleen het. Toestemming van skuldeisers was nie 'n vereiste nie en geen sekuriteit is vereis nie.³⁰³ Verlening van *surchéance* het tot gevolg gehad dat alle aksies, beslagleggings en eksekusies opgeskort is.³⁰⁴

Die proses van *surchéance van betaalinge* het tydens die oorlog met Engeland in 1779 tot 1784 ontstaan en is deur die *Staten van Holland* verleen.³⁰⁵ Weens misbruik van die proses is wetgewing vanaf 1784 tot 1793 uitgevaardig ingevolge waarvan *surchéance* slegs in uitsonderlike gevalle verleen sou word. Hierdie wetgewing het onder andere vereis dat die skuldenaar weens omstandighede buite sy beheer nie in staat moes wees om sy verpligtinge ten volle na te kom nie en dat hy na verlening van die uitstel wel daartoe in staat sal wees.³⁰⁶

Surchéance van betaalinge het aan die skuldenaar 'n skuldverligtingsmaatreël gebied aangesien dit aan hom uitstel vir betaling verleen het en terselfertyd ook tot gevolg gehad het dat alle aksies en eksekusies opgeskort word. Henning³⁰⁷ doen aan die

²⁹⁹ Voet 42 3 21; Van Leeuwen *RHR* 4 41 4; Henning 1992 *THRHR* 13.

³⁰⁰ Van Leeuwen *RHR* 4 41 4.

³⁰¹ *Surchéance van betaalinge* is die Romeins-Hollandse regsterminologie, terwyl *surséance van betaling* die Nederlandse regsterminologie is - vgl Henning 1991 *THRHR* 525.

³⁰² *Th Sel* 895.

³⁰³ Vgl Holtius 475-476 en Henning 1991 *THRHR* 526.

³⁰⁴ Van der Keessel *Th Sel* 895.

³⁰⁵ Van Dam 12; Henning 1991 *THRHR* 527.

³⁰⁶ Van Dam 12-13; Henning 1991 *THRHR* 527-528.

³⁰⁷ 1991 *THRHR* 528.

hand dat dit ook aan die skuldenaar 'n alternatief gebied het waardeur uiteindelijke sekwestrasie en siviele gyseling vermy kon word. Hy vermeld ook dat *surchéance van betaalinge* bo die ander voorregte, soos *brieven van inductie* en *brieven van respijt* verkies is. Dit is waarskynlik die rede waarom slegs *surchéance van betaalinge* in die moderne Nederlandse insolvensiereg bly voortleef het.³⁰⁸

3 3 3 Aspekte van die Romeins-Hollandse Verbintenisreg

3 3 3 1 Kwytskelding, Skuldvernuwing, Skikking en Bevrydende Verjaring

In die Romeins-Hollandse reg kon 'n verbintenis op verskeie wyses tot 'n einde kom.³⁰⁹ Dit het byvoorbeeld die partye van 'n bestaande kontrak vrygestaan om die kontrak deur die sluiting van 'n nuwe kontrak, wat 'n kwytskelding, skuldvernuwing of 'n skikking kon wees, te beëindig.

Kwytskelding (*acceptilatio*) kon by wyse van 'n skenking of in ruil vir 'n ander voordeel geskied.³¹⁰ Net soos in die Romeinse reg³¹¹ was 'n gedeeltelike kwytskelding ook moontlik.³¹² 'n Onderneming om nie 'n vordering verder te voer nie, die sogenaamde *pactum de non petendo*, het ook op 'n kwytskelding

neergekom.³¹³ In teenstelling met die posisie in die Romeinse reg³¹⁴ het kwytskelding in die Romeins-Hollandse reg vormloos geskied. Dit was voldoende indien die skuldeiser mondelings of deur gedrag³¹⁵ te kenne gegee het dat hy van sy

³⁰⁸ Vgl Henning 1991 *THRHR* 14 en sien ook die bespreking in par 6 2 1 hieronder. Sien ook par 7 4 hieronder oor die verdere regsontwikkeling mbt die Romeins-Hollandse moratoria.

³⁰⁹ Vgl Van Leeuwen *RHR* 4 40; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 18; Lee *An Introduction to Roman-Dutch Law* (1953) 270 ev; De Blécourt *Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* (1967) 321 ev.

³¹⁰ De Groot 3 41 5; Voet 46 4 1; Lee 271.

³¹¹ Sien par 2 3 2 hierbo.

³¹² Voet 46 4 2.

³¹³ Van Leeuwen *RHR* 4 40 7; Lee 271.

³¹⁴ Sien par 2 3 2 hierbo.

regte afstand wou doen en die skuldenaar of iemand namens hom hierdie aanbod aanvaar het.³¹⁶

Skuldvernuwing (*novatio*) het plaasgevind wanneer die partye 'n nuwe kontrak aangegaan het, ingevolge waarvan die skuldeiser iets in die plek van die oorspronklike prestasie aanvaar het. *Novatio* het tot gevolg gehad dat alle verpligtinge ingevolge die oorspronklike ooreenkoms verval het en met die nuwe verpligtinge vervang is.³¹⁷ Alvorens daar van *novatio* sprake kon wees, moes dit duidelik blyk dat die partye die bedoeling om te noveer gehad het. Hierdie bedoeling kon van al die omstandighede afgelei word.³¹⁸

'n Skikking (*transactio*) was 'n ooreenkoms tussen twee of meer partye waardeur 'n geskil tussen hulle opgelos is.³¹⁹ *Transactio* het ook tot gevolg gehad dat die oorspronklike vordering van die skuldeiser uitgewis is.³²⁰

Beëindiging van 'n verbintenis deur kwytskelding, skuldvernuwing of skikking het tot gevolg gehad dat die skuldenaar van sy verpligtinge ingevolge die oorspronklike ooreenkoms bevry is. Gevolglik kon dit skuldverligting vir die skuldenaar meebring. Dit spreek egter vanself dat die skuldenaar nie sy skuldeisers kon dwing om sodanige ooreenkomste aan te gaan nie. Dit sou dus slegs 'n uitweg aan die skuldenaar bied indien sy skuldeisers bereid was om sodanige ooreenkomste aan te gaan.³²¹

³¹⁵ De Groot 3 41 7; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 18 3; Lee 271.

³¹⁶ De Groot 3 41 7; Lee 271.

³¹⁷ De Groot 3 43; Voet 46 2 10; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 18 2; Lee 272; De Blécourt 322.

³¹⁸ Voet 46 2 3; Joubert *General Principles of the Law of Contract* (1987) 298 (hierna Joubert *Law of Contract*).

³¹⁹ De Groot 3 4 2; Voet 2 15 1; Joubert *Law of Contract* 300.

³²⁰ Voet 2 15 21; Joubert *Law of Contact* 300.

³²¹ Sien ook die gevolgtrekking in par 2 4 hierbo mbt die Romeinse reg.

In die Romeins-Hollandse reg kon 'n verbintenis ook as gevolg van tydsverloop, dit wil sê bevrydende verjaring, tot 'n einde kom.³²² De Groot het verjaring as 'n kwytstelling van skuld as gevolg van tydsverloop beskou.³²³ In die afwesigheid van 'n bepaling tot die teendeel was die verjaringstermyn 30 jaar.³²⁴ Om hierdie rede kon bevrydende verjaring in die Romeins-Hollandse reg myns insiens nie effektiewe skuldverligting vir 'n skuldenaar meebring nie.

3 3 3 2 *Datio in Solutionem*

Uit die gesag blyk dit dat 'n *datio in solutionem*³²⁵ slegs tot gevolg gehad het dat 'n verbintenis tot niet gegaan het indien die skuldeiser daartoe toegestem het.³²⁶

Hierbo³²⁷ is daarop gewys dat die Romeinse reg in die *Novellae*³²⁸ vir wetgewing voorsiening gemaak het ingevolge waarvan 'n skuldenaar, wat nie 'n skuld kon betaal nie en oor onroerende eiendom beskik het, sodanige eiendom aan die skuldeiser kon toesê in plaas daarvan om die skuld te betaal. Daar is daarop gewys dat sodanige toesegging selfs teen die wil van die skuldeiser kon geskied. Hierdie bepaling het in die Romeins-Hollandse reg in onbruik verval. Gevolglik kon die skuldeiser nie meer verplig word om eiendom as betaling te aanvaar nie.³²⁹

³²² De Groot 3 46 2; Voet 44 3 10; Lee 272; Wessels 644; De Blécourt 325.

³²³ De Groot 3 46 2; Lee 272; De Blécourt 325.

³²⁴ De Groot 3 46 3; Wessels 646; Lee 373. Vir sekere vorderings, bv vorderings van winkeliers, is 'n korter verjaringstermyn gestel (vgl De Groot 3 46 6-8; Wessels 646).

³²⁵ Vervangende betaling - sien ook par 2 3 4 hierbo. De Groot (3 42 4 en 5) gebruik die term *leesting*. Sien in die algemeen Joubert "Datio in Solutum" 1997 *De Jure* 29.

³²⁶ De Groot 3 42 4 en 5; Voet 46 3 10; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 18 1; Lee 253; Joubert 1977 *De Jure* 33. Joubert *Law of Contract* 278 en 299 doen aan die hand dat die aanvaarding van 'n *datio in solutionem* nie tot gevolg het dat skuldvernuwing plaasvind nie. Dit het tot gevolg dat die oorspronklike vordering deur voldoening uitgewis word - vgl Voet 46 2 5.

³²⁷ Sien par 2 3 4.

³²⁸ 4 3.

³²⁹ Vgl Groenewegen *De Leg Abr ad Nov* 4 3 en *C* 8 43 16. In die Romeins-Hollandse reg was die posisie dat 'n skuldeiser verpande eiendom met toestemming van 'n hof per openbare veiling in eksekusie kon verkoop - vgl Groenewegen *ad C* 8 43 16. Dit was verder ook moontlik dat die skuldeiser self koper van die eiendom kon wees - vgl Groenewegen *ad C* 7 53 3.

3 4 Gevolgtrekking

Die invoering van die prosedure van *cessio bonorum*³³⁰ is 'n belangrike ontwikkeling uit die oogpunt van die skuldenaar. Die verlening daarvan het egter nie 'n kwytskelding van skuld aan die skuldenaar verleen nie. Die enigste werklike voordeel wat dit vir die skuldenaar ingehou het, was dat dit hom van die moontlikheid van persoonseksekusie en herhaaldelike teistering deur sy skuldeisers bevry het. Indien die skuldenaar egter na verlening van die *cessio* enige nuwe bates verkry het, kon skuldeisers weer daarop aanspraak maak. Dit is verder belangrik om daarvan kennis te neem dat *cessio bonorum* slegs tot beskikking van *bona fide* skuldenaars was.

Benewens die feit dat 'n kollektiewe invorderingsprosedure die skuldenaar teen herhaalde instelling van individuele invorderingsprosedures beskerm het, het die toepassing van die prosedure van *missio in possessionem*³³¹ in die Romeins-Hollandse reg myns insiens nie enige skuldverligting vir die skuldenaar meegebring nie.

Hierbo³³² is reeds daarop gewys dat die Amsterdamse Ordonnansie van 1777 van groot belang is, aangesien dit die grondslag van die Suid-Afrikaanse insolvensiereg vorm. Die belangrikste ontwikkeling met betrekking tot die 1777-ordonnansie is myns insiens, sonder twyfel, die erkenning van die beginsel van rehabilitasie.³³³ Dit is belangrik om daarop te let dat die kwytskelding wat na die rehabilitasie gevolg het slegs aan *bona fide* skuldenaars verleen is indien 'n bepaalde meerderheid skuldeisers ten gunste daarvan gestem het.

³³⁰ Sien par 3 2 2 hierbo.

³³¹ Sien par 3 2 3 hierbo.

³³² Par 3 2 1.

³³³ Sien par 3 2 4 4 hierbo.

Die uitvaardiging van wetgewing gedurende die sewentiende eeu wat die beginsel van akkoord sonder die Romeinsregtelike beperkings aanvaar het,³³⁴ is ook 'n positiewe ontwikkeling uit die oogpunt van skuldenaars aangesien 'n akkoord skuldverligting vir 'n skuldenaar kan meebring. Hierbo³³⁵ is reeds daarop gewys dat die Amsterdamse Ordonnansie van 1777 vir 'n dwangakkoord, wat insolvensieverrigtinge verhoed het, voorsiening gemaak het. Insolvensieverrigtinge was gevolglik nie 'n vereiste vir skuldverligting nie, welke feit verder in die guns van skuldenaars gewerk het.

Die verskeie vorme van moratoria, te wete *brieven van inductie*, *brieven van respijt* en *surchéance van betaalinge* wat in die Romeins-Hollandse reg toepassing gevind het, is ook van groot belang. Eerstens is dit die oorsprong van die prosedure van *surséance van betaling*³³⁶ wat vandag nog in die moderne Nederlandse reg voortleef.³³⁷ Tweedens het hierdie regsmiddels tot gevolg gehad dat uitstel van betaling aan 'n skuldenaar verleen is, wat hom in staat gestel het om finansiële herstel. In dié gevalle, naamlik waar toestemming van skuldeisers nie 'n vereiste vir die verlening van uitstel was nie,³³⁸ is die effek van die skuldverligtingsmaatreël nog verder verhoog.

*Seureté du corps*³³⁹ is ook vanuit 'n skuldenaarsoogpunt van belang. Alhoewel verlening daarvan nie op 'n uitstel van betaling neergekom het nie en dit dus nie in wese 'n skuldverligtingsmaatreël daargestel het nie, het dit tot gevolg gehad dat die skuldenaar tegemoet gekom is deurdat vrygeleide vir sy persoon toegestaan is. Sodoende is 'n skikking tussen die partye vergemaklik.

³³⁴ Sien par 3 3 1 hierbo.

³³⁵ Par 3 2 4 2.

³³⁶ Sien par 6 2 1 hieronder.

³³⁷ Sien par 6 2 3 hieronder.

³³⁸ Toestemming is nie tov *surchéance van betaalinge* en waarskynlik ook nie mbt *brieven van respijt* vereis nie - sien par 3 3 2 5 en 3 3 2 3 hierbo.

³³⁹ Sien par 3 3 2 4 hierbo.

Wat betref die aspekte van die verbintenisreg met betrekking tot die totnietgaan van verbintenis is hierbo daarop gewys dat beëindiging van 'n verbintenis deur kwytskelding, skuldvernuwing en skikking, skuldverligting vir die skuldenaar kon meebring.³⁴⁰ Dit is egter bekemtoon dat daar slegs van skuldverligting sprake kon wees indien die skuldeiser bereid was om tot sodanige ooreenkomste in te stem. Dieselfde geld ook ten opsigte van 'n *datio in solutionem*.³⁴¹ 'n Skuldeiser kon nie verplig word om iets in die plek van die oorspronklik ooreengekome prestasie te aanvaar nie.

Wat bevrydende verjaring³⁴² in die Romeins-Hollandse reg betref het dit, myns insiens, geen effektiewe skuldverligting vir die skuldenaar ingehou nie aangesien 'n minimum typerk van 30 jaar in die algemeen gegeld het.

³⁴⁰ Vgl par 3 3 3 1 hierbo.

³⁴¹ Vgl par 3 3 3 2 hierbo.

³⁴² Sien par 3 3 3 1 hierbo.

