

# Rafał Mańko

---

## Sądowe stosowanie "Corpus Iuris Civilis" w Afryce Południowej w świetle wybranych orzeczeń

---

Zeszyty Prawnicze 4/1, 149-178

---

2004

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

RAFAŁ MAŃKO

Uniwersytet Warszawski

SĄDOWE STOSOWANIE *CORPUS IURIS CIVILIS*  
W AFRYCE POŁUDNIOWEJ  
W ŚWIETLE WYBRANYCH ORZECZEŃ

1. WPROWADZENIE

Ktoś kupuje działkę pod budowę stacji benzynowej pod warunkiem uzyskania przez drugą stronę stosownych zezwoleń, a następnie – w mylnym przekonaniu, że zezwolenie uzyskano, przystępuje do wykonania umowy. Ktoś inny kupuje samochód, przekazując sprzedawcy swój stary pojazd jako część ceny, po czym wychodzi na jaw, że pojazd ten był o dwa lata starszy, niż sądziły strony. Pewien bank realizuje czek, nie wiedząc, że pochodzi on z kradzieży. Wszystkie te przypadki łączy jedno: do ich rozstrzygnięcia przez sądy południowoafrykańskie niezbędne okazało się odwołanie do tekstów *Corpus Iuris Civilis*.

Nie można bowiem zapominać, że Republika Południowej Afryki i sześć państw ościennych<sup>1</sup>, tradycyjnie określanych łącznie jako kraje prawa rzymsko-holenderskiego<sup>2</sup>, stanowią jedną z ostatnich

---

<sup>1</sup> Są to: Lesoto, Swazi, Botswana (Beczuana), Zimbabwe (Południowa Rodezja) i Namibia (Afryka Południowo-Zachodnia). Historię recepcji prawa rzymsko-holenderskiego w tej części Afryki ukazują syntetycznie P.J. THOMAS, C.G. VAN DER MERWE, B.C. STOOP, *Historical Foundations of South African Private Law*<sup>2</sup>, Durban 2000, s. 95 i n.

<sup>2</sup> Współcześnie do rodziny prawa rzymsko-holenderskiego należy także system prawny Sri Lanki (Cejlonu) – por. np. R.W. LEE, *An Introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford 1946, s. 10-11. Widoczne są tam jednak silne wpływy angielskiego prawa handlo-

enklaw na świecie, gdzie prawo rzymskie oficjalnie uznawane jest za źródło prawa obowiązującego<sup>3</sup>. Statystyki wskazują, iż odwołania do prawa rzymskiego odnaleźć można mniej więcej w co dwudziestym orzeczeniu najwyższych instancji sądowych tego regionu<sup>4</sup>. Same dane statystyczne dotyczące liczby cytowań *Corpus Iuris Civilis* przez sędziów południowoafrykańskich nie pozwalają jednak na precyzyjne określenie roli, jaką odgrywa prawo rzymskie w sądowym stosowaniu prawa w Afryce Południowej. Może bowiem zdarzyć się, iż odwołania takie mają charakter czysto dekoracyjny, służą jako wprowadzenie historyczne do wyroku albo mają jedynie na celu popis erudycyjny sędziego, natomiast prawdziwa *ratio decidendi* tkwi we współczesnym precedensie albo przepisie ustawy<sup>5</sup>.

Z tego względu interesujące wydaje się zbadanie, jaką rolę odgrywają fragmenty z *Corpus Iuris Civilis* w rozstrzyganiu konkretnych spraw przez południowoafrykańskie sądy<sup>6</sup>. Jako przykłady posłuży kilka współcześnie zapadłych orzeczeń.

---

wego – por. M.J.L. RAJANAYAGAM, *The Reception and Restriction of English Commercial Law in Ceylon*, «International and Comparative Law Quarterly» 18.2 (1969), s. 378 i n.

<sup>3</sup> Por. M. KASER, *Das römische Recht in Südafrika*, «ZSS» 81 (1964), s. 1 i n.; R. MAŃKO, *Prawo rzymskie jako źródło prawa w Afryce Południowej*, «Zeszyty Prawnicze [UKSW]» 3.1 (2003), s. 139 i n.

<sup>4</sup> Por. tabelę zamieszczoną w pracy R. MAŃKO, *Prawo rzymskie*, cit., s. 154, wraz z krótką analizą oraz odesłaniem do literatury źródłowej.

<sup>5</sup> Por. R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed Legal System: The South African Experience [w:] The Civil Law Tradition in Scotland*, red. R. EVANS-JONES, Edinburgh 1995, s. 56.

<sup>6</sup> W przeszłości dokonywano już takich analiz – por. np. M. KASER, *Das römische Recht*, cit., s. 22-26 (analiza sprawy, w której sąd stanął przed wyborem między prawem justyniańskim a klasycznym); R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht in Zimbabwe*, «Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht» 55 (1991), s. 521-527 (analiza kilku spraw zimbabweńskich); R. ZIMMERMANN, *Roman Law in a Mixed*, cit., s. 61-62, 68-74 (analiza spraw, w których istniały kontrowersje dotyczące hierarchii źródeł prawa w RPA); B. SITEK, *Stosowanie edyktu «de nautis, cauponibus et stabulariis» w systemie prawa Republiki Południowej Afryki*, «Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego» 274 «Roczniki Prawnicze» 11 (1999), s. 75-80 (R. MAŃKO, *Prawo rzymskie*, cit., s. 140 n. 5 uznał jednak wnioski B. Sitka za nietrafne).

## 2. SPALONA BAWĘLNA

Zimbabweńska Rada Handlu Bawełną nadała na pociąg Zimbabweńskich Kolei Państwowych transport 95 bali bawełny, które uległy zniszczeniu w wyniku pożaru podczas transportu. Koleje uchylały się od odpowiedzialności, twierdząc iż ogólne warunki umów przewozu (*Tariff Book*) zawierają klauzulę „na wyłączne ryzyko właściciela”, wobec czego przewidują odpowiedzialność przewoźnika jedynie w wypadku *dolus* i *culpa lata* po jego stronie.

Sprawa w końcu trafiła przed Sąd Najwyższy Zimbabwe, który rozpatrzył ją w 1988 roku<sup>7</sup>. Rada Handlu Bawełną podnosiła, iż klauzula „na ryzyko właściciela” nie wyłącza odpowiedzialności Kolei za zwykłe niedbalstwo, a jedynie przenosi ciężar dowodu na stronę powodową.

Po przedstawieniu pokrótce faktów sprawy, Prezes Sądu Najwyższego Zimbabwe, sędzia Dumbutshena, stwierdził: „Nie ma wątpliwości, że Edykt Pretorski (*nautis, cauponibus et stabulariis*), zwany dalej «Edyktem», stanowi część prawa Zimbabwe i Południowej Afryki”<sup>8</sup>. Na poparcie tej tezy zacytował szereg precedensów z lat 1897-1962<sup>9</sup>. Pełnomocnik Rady Handlu Bawełną stwierdził, iż klauzula „na ryzyko właściciela” nie zwalnia przewoźnika z odpowiedzialności za winę, ale wyłącza odpowiedzialność absolutną, przewidzianą przez prawo pospolite.

---

<sup>7</sup> *Cotton Marketing Board of Zimbabwe v. Zimbabwe National Railways*, 1990 (1) SA 575 (ZSC). Por. uwagi o tej sprawie w pracy R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht in Zimbabwe*, cit., s. 506, 526-527.

<sup>8</sup> 1990 (1) SA, s. 585C. Tekst Edyktu, nieprzycoczony, niestety, przez sędziego, podaje Ulpian w D. 4,9,1 pr. (Ulp. 14 ad ed.): *Ait praetor: „nautae cauponae stabularii quod cuiusque saluum fore receperint nisi restituent, in eos iudicium dabo”*. O prawie zimbabweńskim i jego stosunku do prawa RPA por. R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht in Zimbabwe*, cit., s. 505 i n., w szczeg. s. 517-519.

<sup>9</sup> *Tregigda & Co. v. Sivewright NO* (1897) 14 SC 76; *Davis v. Lockstone*, 1921 AD 153; *Lewis v. The Rhodesia Railways Ltd*, 1921 SR 50; *Mashonaland Railway Co. Ltd v. Gordon*, 1921 SR 80 oraz *Scandia Industrial Products (Pvt) Ltd v. Thornton's Transportation (Rhodesia) (Pvt) Ltd*, 1962 R&N 364 (SR).

Zgadając się z poglądem, iż Edykt przewiduje odpowiedzialność absolutną, sędzia-sprawozdawca przytoczył fragment z *Commentarius ad Pandectas Voeta*<sup>10</sup>, z którego wynika, iż *nauta, caupo* i *stabularius* odpowiadają za wszelkie szkody wyrządzone przewożonym rzeczom, z wyłączeniem *vis maior*, np. katastrofy morskiej albo ataku piratów<sup>11</sup>. Pogląd Voeta został przyjęty w orzecznictwie południowoafrykańskim, z którego sędzia Dumbutshena przytoczył obszernie fragmenty.

Pełnomocnik Kolei podniósł, iż sporne jest, czy Edykt odnosi się także do transportu lądowego, przytaczając precedens z 1979 r.<sup>12</sup>, w którym sąd nie rozstrzygnął tej kwestii. Sędzia-sprawozdawca zwrócił uwagę na słynne orzeczenie *Essa v. Divaris*<sup>13</sup> z 1947 r., w którym Południowoafrykański Wydział Apelacyjny odmówił rozszerzenia pojęcia *stabularius*<sup>14</sup> także na właścicieli garaży. W orzeczeniu tym sędzia Tindall pisał m.in.: „W moim przekonaniu rozszerzenie zasady dotyczącej prowadzącego stajnię na prowadzącego garaż szłoby znacznie dalej, niż rozszerzenie zasady dotyczącej przewoźnika morskiego na przewoźnika lądowego. Różnica między trzymaniem konia w stajni a garażowaniem samochodu napędzanego przez wewnętrzny silnik spalinowy wydaje mi się tak wielka, że nie ma usprawiedliwienia dla umieszczenia obu klas przechowawców (*bailees*) na równej stopie ... Pojazd mechaniczny zawiera sil-

<sup>10</sup> VOET, *Commentarius ad Pandectas*, 4,9,2.

<sup>11</sup> Sędzia nie przytoczył jednak odpowiedniego fragmentu z Digestów, za którym Voet jedynie powtórzył zasady odpowiedzialności edyktowej – D. 4,9,3,1 (Ulp. 14 ad ed.): *Ait praetor: „nisi restituent, in eos iudicium dabo”... hoc edicto omnimodo qui receperit tenetur, etiam si sine culpa eius res perit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis maior contigerit.*

<sup>12</sup> *Stocks & Stock (Pty) Ltd v. T. J. Daly & Sons (Pty) Ltd*, 1979 (3) SA 754 (A).

<sup>13</sup> *Essa v. Divaris*, 1947 (1) SA 753 (A).

<sup>14</sup> Por. definicję Ulpiana – D. 4,9,1,5 (Ulp. 14 ad ed.): *Caupones autem et stabularios aequae eos accipiemus, qui cauponam vel stabulum exercent, institoresve eorum. ceterum si qui opera mediastini fungitur, non continetur, ut puta atriarum et focarum et his similes.*

nie wybuchowy płyn i jest wyposażony w instalację elektryczną, która, jak wynika z materiału dowodowego, może ulec usterkom, które mogą spowodować zapłon paliwa w pojeździe bez interwencji ani niedbalstwa istot ludzkich”<sup>15</sup>.

Sędzia-sprawozdawca zauważył jednak, że sprawa stosowania Edyktu do prowadzących garaże nie przesądza kwestii jego stosowania do przewoźników lądowych. Sędzia dokonał przeglądu doktryny, która w przeważającej części opowiedziała się za rozszerzeniem zakresu zastosowania Edyktu, wskazując na *obiter dicta* w orzeczeniach południowoafrykańskich. Pomimo iż poglądy doktryny współczesnej nie są źródłem prawa, sędzia Dumbutshena uznał jej powagę: „Przyjmuję, że ich pisma nie stanowią autorytetu ... Jednak nic biegnąca pomiędzy umysłami uczonych autorów nie może zostać zlekceważona. Dodają oni wagi tym sprawom, które pozytywnie stwierdzają, że Edykt stosuje się do publicznych przewoźników lądowych”<sup>16</sup>. Po przytoczeniu obszernych fragmentów z wypowiedzi doktryny, sędzia-sprawozdawca stwierdził, że istnieje spór w doktrynie, którego nie rozwiązały dotąd sądy Południowej Afryki. „Mając to tło na uwadze, mam zamiar zbadać stan prawa i jego implikacje dla warunków przeważających w Zimbabwe”<sup>17</sup> – stwierdził.

Sędzia Dumbutshena zauważył, że w dawnych Niderlandach większość transportu handlowego odbywała się drogą wodną, a nie lądową i dlatego juryści rzymsko-holenderscy w ogóle nie rozważali problemu odpowiedzialności publicznych przewoźników lądowych. Wobec tego: „Jeżeli rzymscy i holenderscy pisarze

---

<sup>15</sup> 1947 (1) SA, s. 765. Rozwój techniki i znaczne zwiększenie bezpieczeństwa pojazdów od 1947 r. powinno wreszcie skłonić sądy południowoafrykańskie do odejścia od precedensu *Essa v. Divaris* i rozszerzenia Edyktu także na właścicieli garaży. Podobnie wypowiedział się *obiter* sędzia Dumbutshena, który po przytoczeniu fragmentu z *Essa v. Divaris* stwierdził: „Wątpię jednak, czy zasada mająca zastosowanie do [prowadzących stajnie i garaży] jest odmienna. W moim przekonaniu nie jest” (1990 [1] SA, s. 587A).

<sup>16</sup> 1990 (1) SA, s. 588H-I.

<sup>17</sup> 1990 (1) SA, s. 589F.

byliby w Zimbabwie, zastosowałyby zasady Edyktu do publicznych przewoźników lądowych, ponieważ Zimbabwie jest krajem śródlądowym, a transport odbywa się głównie lądem”<sup>18</sup>. Odnosząc się do orzecznictwa zimbabwiańskiego, sędzia Dumbutshena stwierdził, że sytuacja jest niejasna, a sędziowie w przeszłości woleli pozostawić sprawę odpowiedzialności przewoźnika lądowego otwartą. Następnie sędzia przeszedł do kluczowych dla omawianej sprawy rozważań: „Zimbabwie jest krajem śródlądowym. Transport odbywa się głównie lądem, to jest koleją oraz drogami. Transport morski nie ma znaczenia dla Zimbabwie ... Nieliczne drogi wodne, które mamy, wykorzystywane są przez niektórych jako środek transportu. Tacy przewoźnicy podlegają Edyktowi. Trudno jest więc ... przyjąć, by umowa o przewóz morski podlegała prawu zimbabwiańskiemu. Moim zdaniem, istota działalności gospodarczej publicznych przewoźników lądowych jest taka sama, jak przewoźników wodnych. Nie uważam, by zasady zawarte w Edyktie miały w obecnych okolicznościach stosować się jedynie do przewozu towarów drogą wodną albo być ograniczone do litery Edyktu, jak miało to miejsce w czasach rzymskich i holenderskich. We współczesnych czasach działalność transportowa stała się złożona i rozległa. Jej ramy są szerokie. Zasady Edyktu muszą, w moim przekonaniu, wzrastać i rozwijać się wraz z upływem czasu, by służyć interesom zarówno przewoźników, jak i właścicieli towarów. Nie widzę żadnego słusznego powodu, dla którego ścisła odpowiedzialność nałożona Edyktem na publicznych przewoźników wodnych nie miałyby zostać rozszerzona na publicznych przewoźników lądowych. Zasada jest taka sama: przewoźnik odpowiada za utratę towarów, za uszkodzenie towarów, ponieważ nie dostarcza ich w stanie nienaruszonym albo w ogóle ich nie dostarcza. Prawo to jest dobre i zgodne ze zdrowym rozsądkiem”<sup>19</sup>. Dalsze rozważania sędziego, w których szczegółowo omawiał problem klauzuli „na ryzyko właściciela”, jej znaczenia i skuteczności,

---

<sup>18</sup> 1990 (1) SA, s. 589H.

<sup>19</sup> 1990 (1) SA, s. 590D-F.

opierały się jedynie na poglądach doktryny i współczesnym orzecznictwie, bez wskazywania źródeł rzymskich lub rzymsko-holenderskich.

W sprawie *Cotton Marketing Board v. Zimbabwe National Railways* sędzia nie powołał się na ani jeden fragment *Corpus Iuris Civilis*. Pomimo to orzeczenie to jest z kilku względów istotne z punktu widzenia badań nad sądowym stosowaniem prawa rzymskiego w Afryce Południowej. Obowiązkiem sędziego było określenie zakresu zastosowania Edyktu *nautis, cauponibus et stabulariis*. Określając ten zakres, sędzia nie odwołał się do treści odpowiedniego tytułu *Digestów* ani pism jurystów rzymsko-holenderskich, a jedynie do orzecznictwa i doktryny południowoafrykańskiej. Faktem jest, że sędzia powinien był sięgnąć do tekstów źródłowych, choćby w celu określenia *ratio legis* Edyktu<sup>20</sup>. Niemniej jednak wynik zastosowanej wykładni ma znaczenie dla zastosowania Edyktu – zawartego przecież w *Corpus Iuris Civilis*.

### 3. STACJA BENZYNOWA W VOSLOORUS

Spółka paliwowa BP Southern Africa zawarła z niejakim Melamedem umowę sprzedaży nieruchomości pod budowę stacji benzynowej w miejscowości Vosloorus. W umowie dodano warunek zawieszający – uzyskanie przez sprzedawcę lub nabywcę zezwolenia na lokalizację stacji benzynowej. Po pewnym czasie od zawarcia umowy spółka BP otrzymała od adwokatów Melameda informacje, że ich klient uzyskał już niezbędne zezwolenia. Wobec tego spółka BP przystąpiła do wykonania umowy – zapłaciła Melamedowi cenę kupna, a ten przeniósł na spółkę BP własność ziemi.

---

<sup>20</sup> Por. w szczeg. D. 4,9,1,1 (Ulp. 14 ad ed.): *Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi et res custodiam eorum committere. ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant, et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.*



Gdy spółka BP otrzymała akt notarialny, okazało się, że adwokaci Melameda wprowadzili ją w błąd – nie tylko Melamed nie uzyskał zezwolenia, ale Rada Miasta Vosloorus oświadczyła wręcz, że nie zamierza zmieniać miejscowego planu zagospodarowania. Ponieważ Melamed nie chciał uznać umowy za nieważną, spółka BP skierowała sprawę do sądu i w pierwszej instancji uzyskała korzystny dla siebie wyrok. Melamed wniósł apelację, którą rozpatrzył Wydział Miejskowy dla Witwatersand (*Witwatersand Local Division*) Sądu Najwyższego RPA w październiku 1999 roku<sup>21</sup>.

Spośród kwestii prawnych i faktycznych, które musiał rozstrzygnąć sędzia Blieden, znajdował się problem kwalifikacji prawnej roszczenia spółki BP przeciwko Melamedowi i współzobowiązanym. Sędzia dokonał w pierw przeglądu orzecznictwa, z którego wynikało, że: „Jeżeli *pendente conditione* (sic!) spełniono świadczenie wynikające z umowy pod warunkiem zawieszającym, strony winny zwrócić sobie wszystko, co otrzymały *pendente conditione* albo *conditione extincta*”<sup>22</sup>. W orzeczeniu z 1918 r.<sup>23</sup>, które dotyczyło sprzedaży warunkowej, sędzia Wessels przyznał *condictio sine causa*. W innej sprawie, pochodzącej z 1967 r.<sup>24</sup>, sąd wskazał na *condictio causa data causa non secuta* oraz na *condictio sine causa*, dodając, że wybór *condictio* nie miał już znaczenia. W innych sprawach – jak zauważył sędzia-sprawozdawca – w ogóle nie określano, jaka *condictio* przysługuje.

Następnie sędzia Blieden dokonał przeglądu doktryny, dochodząc do wniosku, że: „Współcześni autorzy skłaniają się do przyznania *condictio indebiti* w celu dochodzenia tego, co zostało zapłacone *pendente conditione*”<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> *Melamed and Another v. BP Southern Africa (Pty) Ltd*, 2000 (2) SA 614 (WLD).

<sup>22</sup> 2000 (2) SA, s. 625G.

<sup>23</sup> *Schultz v. Morton & Co*, 1918 TPD 343, s. 346, cyt. w: 2000 (2) SA, s. 625J-626A.

<sup>24</sup> *Standard Finance Corporation of South Africa Ltd (in Liquidation) v. Langeberg Ko-operasie Bpk*, 1967 (4) SA 686 (A).

<sup>25</sup> 2000 (2) SA, s. 626B. Tak samo w poglądach doktryny polskiej, por. np. E. ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie*, Warszawa 2000, s. 93.

Na potwierdzenie tej tezy przytoczył po angielsku i łacinie następujący fragment z Digestów:

D. 12,6,16 pr. (Pomp. 15 *ad Sab.*): *Sub condicione debitum per errorem solutum pendente quidem condicione repetitur, condicione autem existente repeti non potest.*

Sędzia zwrócił uwagę, że fragment ten znajduje się w tytule *De condicione indebiti*, wobec czego uznał, że „jest jasne, że płatność dokonana *pendente condicione* może być dochodzona z powrotem za pomocą *condictio indebiti*”<sup>26</sup>. W ten sposób dokonał subsumpcji rozszczenia spółki BP pod konkretną *condictio*, uregulowaną w Digestach.

#### 4. ISUZU – KTÓRY TO ROCZNIK?

Janse van Rensburg kupił od Grieve Trust używanego Opla Kadetta z 1990 r. za kwotę 38,046 randów. Płatność miała mieć miejsce częściowo gotówką, a częściowo na zasadzie *permutatio rerum* – Rensburg miał przenieść na Grieve Trust własność swojego używanego Isuzu (umowa określana jako „*trade-in agreement*”<sup>27</sup>). Rensburg w dobrej wierze sądził, że jego Isuzu wyprodukowano w 1993 r., choć w istocie – jak się później okazało – pochodziło ono z 1989 r. Grieve Trust nie kwestionował dobrej wiary Rensburga. Różnica wartości pomiędzy Isuzu z 1993 r., a Isuzu z 1989 r. wynosiła 9,800 randów i takiej właśnie kwoty Grieve Trust domagał się od Rensburga. Sprawa trafiła przed Przymiarkowy Wydział Prowincjonalny, który rozpatrzył ją w 2000 roku<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> 2000 (2) SA, s. 626G-H.

<sup>27</sup> W prawie polskim traktowana po prostu jako umowa mieszana, zawierająca elementy sprzedaży i zamiany (C. ŻUŁAWSKA [w:] *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia. Zobowiązania*, II, red. G. BIENIEK, s. 127; W. CZACHÓRSKI, A. BRZOZOWSKI, M. SAFJAN, E. SKOWROŃSKA-BOCIAN, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 1999, s. 378).

<sup>28</sup> *Janse van Rensburg v. Grieve Trust* CC 2000 (1) SA 315 (CPD).

Sąd stanął przed problemem, czy *actio quanti minoris* może odnosić się do pojazdu, który stanowił część ceny. Adwokat Rensburga twierdził bowiem, że skarga ta odnosi się jedynie do *merx*, nie zaś do *pretium*, cytując na poparcie swoich tez dwa orzeczenia południowoafrykańskie<sup>29</sup>.

Sędzia-sprawozdawca Van Zyl rozpoczął od przedstawienia historii *actiones edilitiae*, wskazując na okres, kiedy zostały wprowadzone, objaśniając kim byli *aediles curules* i na czym polegała istota *actio redhibitoria* i *actio quanti minoris*. Odesłał też do fragmentów D. 19,1,11 § 3, § 5, § 8<sup>30</sup>; D. 19,1,13, pr.-3<sup>31</sup> oraz C. 4,58,1<sup>32</sup>, nie cytując

<sup>29</sup> *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v. Mahomed*, 1989 (1) SA 172 (D); *Bloemfontein Market Garage (Edms) Bpk v. Pieterse*, 1991 (2) SA 208 (O).

<sup>30</sup> D. 19,1,11 (Ulp. 32 ad ed.):... § 3. *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et labeo et sabinus putant et nos probamus...* § 5. *Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur...* § 8. *Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solum praestare te debere ab omnibus receptum ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio.*

<sup>31</sup> D. 19,1,13 (Ulp. 32 ad ed.): *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.* § 1. *Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debet, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur: differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus.* § 2. *Quod autem diximus «quanti emptoris interfuit non decipi», multa continet, et si alios secum sollicitavit ut fugerent, vel res quasdam abstulit.* § 3. *Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum et caro vendidit? videamus, an ex empto teneatur. et putem teneri. atqui ignoravit: sed non debuit facile quae ignorabat adseverare. inter hunc igitur et qui scit praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.*

jąc jednak ich treści w tekście orzeczenia. Sędzia Van Zyl przybliżył również pojęcia *dicta* i *promissa*, odsyłając do fragmentów D. 21,1,1,1<sup>33</sup>; D. 21,1,38 pr.<sup>34</sup> oraz D. 21,1,19,2<sup>35</sup>. Zacytował także południowoafrykański precedens z 1973 r. (sprawa *Phame*<sup>36</sup>), w którym zdefiniowano *dictum et promissum* jako „istotne oświadczenie złożone przez sprzedawcę kupującemu podczas rokowań, dotyczące jakości *res vendita* i przekraczające zwykłe zachwalanie i polecenie”<sup>37</sup>. Sąd przytoczył pogląd doktryny, zgodnie z którym definicja ta nie wywodzi się ani z prawa rzymskiego, ani rzymsko-holenderskiego, lecz stanowi „twórczość legislacyjną» albo «odkrycie» Wydziału Apelacyjnego”<sup>38</sup>. Odnosząc się do tej krytyki, sędzia Van Zyl stwierdził: „Krytyka ta być może jest dobrze uzasadniona na gruncie ścisłej wykładni źródeł prawa pospolitego, jednak giętkie podejście ... jest zgodne ze słusznosciowymi i racjonalnymi zasadami,

<sup>32</sup> C. 4,58,1 (Imp. Antoninus): *Si non simpliciter, sed consilio fraudis servum tibi nescienti fugitivum vel alio modo vitiosum quis vendidit isque fugitivus abest, non solum in pretium servi venditorem conveniri, sed etiam damnum quod per eum tibi accidit competens iudex, ut iam pridem placuit, praestari iubebit* (a. 214).

<sup>33</sup> D. 21,1,1,1 (Ulp. 1 ad ed. aedil. curul.): *Aiunt aediles: „qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiiue cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntiant. quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur...”*

<sup>34</sup> D. 21,1,38 pr. (Ulp. 2 ad ed. aedil. curul.): *Aediles aiunt: „qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitiiue sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur...”*

<sup>35</sup> D. 21,1,19,2 (Ulp. 1 ad ed. aedil. curul.): *Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum. secundum quod incipiet is, qui de huiusmodi causa stipulanti spondit, et ex stipulatu posse conveniri et redhibitoriis actionibus: non novum, nam et qui ex empto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest.*

<sup>36</sup> *Phame (Pty) Ltd v. Paizes*, 1973 (3) SA 397 (A).

<sup>37</sup> 1973 (3) SA, s. 418.

<sup>38</sup> 2000 (1) SA, s. 318E-F.

które leżą u podstaw tych źródeł”<sup>39</sup>. Sędzia Van Zyl zgodził się z poglądem przyjętym w sprawie *Phame*, że „skargi edylskie przysługują nawet w wypadku, gdy wprowadzenie w błąd, czy to za pomocą *dictum* czy *promissum*, nastąpiło bez winy [sprzedawcy]. Dla potrzeb niniejszej sprawy równie istotna jest obserwacja *obiter* ..., że w pewnych okolicznościach skargi edylskie mogą zostać rozszerzone na sprzedaż rzeczy niematerialnych”<sup>40</sup>.

Przechodząc do meritum, tj. dopuszczalności *actio quanti minoris* w wypadku *trade-in agreements*, sędzia Van Zyl przytoczył precedens z 1972 r. (sprawa *Wastie*)<sup>41</sup>, w którym po raz pierwszy sąd południowoafrykański stanął przed tym problemem. W sprawie tej nabywca samochodu marki Valiant jako część ceny przeniósł własność używanego Peugeota. Później okazało się, że Peugeot miał pęknięty blok silnika, którego naprawa kosztowała 120 randów. Sprzedawca Valianta wytoczył przeciwko kupującemu *actio quanti minoris* i zwyciężył w pierwszej instancji. Sędzia Van Zyl przytoczył fragment z orzeczenia w sprawie *Wastie*, gdzie sędzia Van Zyl pisał: „Nie udało mi się odnaleźć żadnego autorytetu dotyczącego bezpośrednio tej kwestii, lecz analiza prawa dotyczącego sprzedaży i wymiany prowadzi do wniosku, że jeżeli część ceny stanowi coś innego niż pieniądze, wówczas do niepieniężnej części *pretium* należy stosować te same zasady, które odnoszą się do *merx*”<sup>42</sup>. W sprawie *Wastie* podkreślono, że zgodnie z prawem pospolitym *actiones aedilitiae* dostępne były w wypadku *permutatio rerum*, wobec tego byłoby nielogiczne i niesprawiedliwe, by nie stosować ich w wypadku *trade-in agreements*. Sędzia Van Zyl przytoczył obszerny fragment ze sprawy *Wastie*, który potwierdzał tezę, że w odniesieniu do niepieniężnej części *pretium* kupujący udziela *ex lege* takiej samej rękojmi, jak sprzedawca w odniesieniu do *merx*.

---

<sup>39</sup> 2000 (1) SA, s. 318F.

<sup>40</sup> 2000 (1) SA, s. 318H.

<sup>41</sup> *Wastie v. Security Motors (Pty) Ltd*, 1972 (2) SA 129 (C), przytoczone w 2000 (1) SA, s. 318-319.

<sup>42</sup> 1972 (2) SA, s. 131H.

Następnie sędzia-sprawozdawca zwrócił uwagę na precedens z 1989 r. (*Mountbatten Investments*<sup>43</sup>), w którym nabywca samochodu BMW zapłacił za samochód pieniędzmi oraz innym, używanym BMW. Samochód, którego wartość przeniósł w ramach zapłaty, miał pochodzić z 1985 r., jednak w istocie był dwa lata starszy. Sprzedawca pozwał o różnicę wartości. Sędzia orzekający w sprawie uznał, iż *actiones aedilitiae* mają zastosowanie zarówno do sprzedaży, jak i zamiany. Uznał jednak, że nie odnoszą się one do innych kontraktów, np. najmu rzeczy albo najmu pracy i z tego względu nie powinny one przysługiwać w wypadku *trade-in agreements*. Sędzia podkreślił, że sprzedawca zawsze może domagać się wyraźnego udzielenia rękojmi w odniesieniu do niepieniężnej części ceny. Tę samą linię orzecznictwa kontynuowano w sprawie *Bloemfontein Market Garage* z 1991 roku<sup>44</sup>.

Po omówieniu orzecznictwa sędzia Van Zyl przytoczył poglądy doktryny. Spośród nich interesujący jest pogląd autorów, którzy sugerowali, że do *trade-in agreements* odnieść należy reguły dotyczące *datio in solutum*<sup>45</sup>. Inny przedstawiciel doktryny, krytykując sprawę *Mountbatten Investments* stwierdził, że „Sąd, z całym szacunkiem, przyjął antykwaryczne podejście do prawa rzymskiego i odrzucił względy polityki prawa oraz szeroki i ogólny rozwój prawa rzymskiego. Poprzez zastosowanie prawa rzymskiego w ścisłym znaczeniu tego słowa, Sąd zanegował samą istotę rzymskiej jursprudenckji, czyli sprawiedliwość”<sup>46</sup>. Sędzia Van Zyl zacytował obszernie fragmenty z wypowiedzi B. C. Stoopa, w których zwracał on uwagę na konieczność twórczego rozwijania prawa rzymskiego w celu jego dostosowania do wymogów współczesności.

Następnie sędzia Van Zyl stwierdził, iż sąd jest związany precedensem *Wastie*, „chyba że uzna, iż to orzeczenie jest oczywiście

---

<sup>43</sup> *Mountbatten Investments (Pty) Ltd v. Mahomed*, 1989 (1) SA 172 (D).

<sup>44</sup> *Bloemfontein Market Garage (Edms) Bpk v. Pieterse*, 1991 (2) SA 208 (O).

<sup>45</sup> 2000 (1) SA 315, s. 321E-F.

<sup>46</sup> B.C. STOOP, *Hereditas damnosa? Some remarks on the relevance of Roman law*, «Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg» 54 (1991), s. 184.

błędne<sup>47</sup>. Dodał, że w świetle orzecznictwa i doktryny nie uważa, by *Wastie* było orzeczeniem błędnym i podał przyczyny takiej opinii.

Po pierwsze, wskazał na fakt, iż *aequitas* stanowi część prawa południowoafrykańskiego: „Nasze prawo nie uznaje prawa słuszności tak jak prawo angielskie, chociaż ograniczona recepcja słusznościowych zasad prawa rzymskiego w angielskim *common law* miała miejsce począwszy od wczesnego średniowiecza<sup>48</sup>. Na poparcie tej tezy sędzia przywołał monografię P. Steina<sup>49</sup> oraz dwa inne artykuły naukowe<sup>50</sup>, po czym kontynuował: „Te właśnie zasady słuszności stały się częścią prawa rzymsko-holenderskiego i rzymsko-europejskiego prawa pospolitego (*ius commune europaeum*) i zostały wprowadzone do południowoafrykańskiego prawa pospolitego. To właśnie fundamentalna słuszność naszego prawa powodowała naszymi sądami, gdy od czasu do czasu podkreślały giętkość i przystosowalność zasad prawnych, na które składa się nasze prawo<sup>51</sup>. Sędzia Van Zyl przytoczył następnie szereg precedensów południowoafrykańskich, w których podkreślono rolę *aequitas* w systemie prawa<sup>52</sup>.

Odnosząc ogólne wywody o słuszności w prawie południowoafrykańskim do rozpatrywanej sprawy, sędzia-sprawozdawca stwierdził: „Ośmielam się powiedzieć, że *aediles curules*, albo przynajmniej późniejsi komentatorzy prawni, nie mieliby żadnej trudności z rozszerzeniem zakresu zastosowania skarg edylskich na tego typu porozumienia. Jest tak w szczególności z uwagi na logiczne rozszerzenie ich zastosowania na porozumienia zamiany lub barte-

<sup>47</sup> 2000 (1) SA, s. 323H.

<sup>48</sup> 2000 (1) SA, s. 323H-I.

<sup>49</sup> P. STEIN, *Roman Law and English Jurisprudence Yesterday and Today. An Inaugural Lecture*, Cambridge 1969.

<sup>50</sup> J.L. BARTON, *Roman Law in England* [w:] *Ius Romanum Medii Aevi* V 13a miejsce wyd.(1971); R.C. VAN CAENEGEM, *The Birth of English Common Law*. dane

<sup>51</sup> 2000 (1) SA, s. 323J-334A.

<sup>52</sup> *Blower v. Van Noorden*, 1909 T. S. 890, s. 905; *Pearl Assurance Co. v. Union Government*, 1934 A. D. 560, s. 563; *Jajhbay v. Cassim*, 1939 A. D. 537, s. 542; *Phame v. Paizes* (cit.), *Alpha Trust (Edms) Bpk v. Van der Watt*, 1975 (3) S.A. 734 (A), s. 749D-E; *S? v. Graham*, 1975 (3) SA 569 (A), s. 576F.

ru”<sup>53</sup>. Sędzia wypowiedział się aprobowająco o sprawie *Wastie*, wskazując, że: „Chociaż wzmiankowany samochód jest częścią ceny kupna i nie jest sam w sobie rzeczą sprzedaną albo zamienianą, to jednak jego wydanie wraz z pieniężną częścią ceny kupna, jest wielce podobne do barteru, chociaż w sposób ograniczony lub kwalifikowany”<sup>54</sup>.

Następnie sędzia Van Zyl wskazał, że tego typu pogląd jest zgodny z zasadami sprawiedliwości, rozsądku, dobrej wiary oraz *boni mores*. Korzystając z okazji, sędzia wskazał na rolę *bona fides* w południowafrykańskim prawie kontraktów, powołując poglądy orzecznictwa w tej sprawie.

Dodatkowym argumentem na rzecz rozszerzenia zakresu zastosowania *actiones aedilitiae* były dla sędziego Van Zyla przepisy nowej Konstytucji RPA z 1996 r., która pozwala sądom rozwijać prawo pospolite i prawo zwyczajowe w duchu Karty Praw oraz w interesie sprawiedliwości<sup>55</sup>.

W związku z sugestiami części doktryny, iż niepieniężna część ceny stanowi przejaw *datio in solutum*, sędzia Van Zyl uznał za stosowne odnieść się do tej teorii. Wpierw objaśnił istotę *datio in solutum*, wskazując na materiał źródłowy: G. 3,168; I. 3,29, pr.<sup>56</sup>; D. 12,1,21<sup>57</sup>; D. 13,5,15<sup>58</sup>; D. 46,3,46, pr.-1<sup>59</sup> oraz powołując się na je-

<sup>53</sup> 2000 (1) S. A., s. 324E-F.

<sup>54</sup> 2000 (1) S. A., s. 324G.

<sup>55</sup> Sędzia przywołał § 8 ust. 3 lit. a) oraz § 173 Konstytucji, a także § 39 ust. 1 lit. a) Karty Praw (*Bill of Rights*).

<sup>56</sup> I. 3,29 pr.: *Tollitur autem omnis obligatio solutione eius quod debetur, vel si quis, consentiente creditore, aliud pro alio solverit...*

<sup>57</sup> D. 12,1,21 (Iul. 48 dig.): *Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat iudicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videretur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere.*

<sup>58</sup> D. 13,5,1,5 (Ulp. 27 ad ed.): *An potest aliud constitui quam quod debetur, quae situm est. sed cum iam placet rem pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui: denique si quis centum debens frumentum eiusdem pretii constituat, puto valere constitutum.*



den artykuł naukowy<sup>60</sup>. Po tym wstępie sędzia-sprawozdawca zawyrokował, iż: „W wypadku *trade-in agreements* samochód będący przedmiotem *trade-in* nie jest dłużnikiem zastępczym lub alternatywnym należnym sprzedawcy od kupującego. Jest częścią pierwotnego długu, co do którego porozumiały się strony, i stanowi część ceny, którą kupujący zobowiązany jest zapłacić za samochód nabyty od sprzedawcy”<sup>61</sup>.

Subsumpcji faktów pod przeprowadzone rozważania prawne poświęcił sędzia Van Zyl zaledwie pół strony<sup>62</sup>; Dokonując subsumpcji sędzia stwierdził, iż kupujący w formie *dictum et promissum* podał w dobrej wierze niewłaściwy rok produkcji samochodu. Ponieważ skargi edylskie przysługują także w odniesieniu do niepieniężnej części ceny, decyzja sądu *a quo* była słuszna i Grieve Trust przysługuje *actio quanti minoris*.

Orzeczenie *Janse van Rensburg v. Grieve Trust CC* stanowi przykład sądowej wykładni *Corpus Iuris Civilis* w celu ustalenia, czy możliwa jest subsumpcja określonego stanu faktycznego pod przepisy *Corpus*. Dokonując wykładni, sędzia odwołał się zarówno do wcześniejszego orzecznictwa, jak również do doktryny i do ogólnych zasad prawa. *Aequitas* stanowiła dla sędziego uzasadnienie dla

---

<sup>59</sup> D. 46,3,46 (Marc. 3 reg.): *Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio. etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret. § 1. Sed et si duos fundos verbi gratia pro debito dederit, evicto altero fundo remanet integra obligatio. tunc ergo res pro re soluta liberationem praestat, cum pro solido facta est suscipiens.*

<sup>60</sup> Przywołany w orzeczeniu artykuł to D.J. JOUBERT, *Datio in solutum*, «De Jure» 10 (1997), s. 29-36.

<sup>61</sup> 2000 (1) S. A., s. 327C.

<sup>62</sup> Całe orzeczenie liczy sobie jedenaście i pół strony, a opis faktów na wstępie orzeczenia zajął również około pół strony. Łącznie więc *questio facti* zajęła w orzeczeniu mniej niż 10% tekstu. Styl orzecznictwa południowoafrykańskiego wydaje się więc leżeć w połowie drogi między stylem kontynentalnym (zwięzły opis faktów) a anglosaskim (szeroka dyskusja argumentów prawnych, częste przytaczanie orzeczeń) z elementami oryginalnymi (niezwykle szerokie uwzględnianie doktryny, w tym autorów żyjących oraz – co oczywiste – częste dygresje historycznoprawne).

twórczego rozwijania prawa pospolitego, na co pozwala *explicite* konstytucja RPA. *Boni mores i bona fides* w znaczeniu przedmiotowym przemawiały za traktowaniem sprzedawcy przyjmującego za płatę częściowo niepieniężną na takich samych zasadach jak stronę umowy zamiany oraz kupującego w normalnej umowie sprzedaży. Względy te przekonały sędziego do wykładni rozszerzającej przepisów *Corpus Iuris Civilis*, tak by *actiones aedilitiae* były dostępne nie tylko w typowej umowie sprzedaży, ale także w przypadku tzw. *trade-in agreements*. Dokonując takiej wykładni sędzia wyraźnie powołał się na domniemaną intencję ustawodawcy, wskazując, że edylowie podjęliby taką samą decyzję, gdyby w ich czasach zawierano umowy tego rodzaju.

## 5. ODSETKI BEZ ZWŁOKI?

Myliliby się ten, kto sądziłby, że sędziowie południowafrykańscy stosują prawo rzymskie bezdusznie, nie uwzględniając zmienionych okoliczności współczesnego świata. Jeżeli dostrzegają, iż dany przepis *Corpus Iuris Civilis* nie odpowiada już wymogom współczesności, nie wahają się odmówić jego zastosowania, opierając się na jego literalnej wykładni. Jako przykład niech posłuży orzeczenie w sprawie *Sanlam Life Insurance v. South African Breweries*<sup>63</sup>, wydane przez Wydział Miejskowy dla Witwatersand (*Witwatersand Local Division*) w 2000 roku.

Oto fakty sprawy: spółka Sanlam wynajęła nieruchomość firmie OK Bazaars, zobowiązując się jednocześnie do wniesienia określonego wkładu kapitałowego w celu modernizacji tej nieruchomości. Następnie spółka Sanlam zawarła umowę poręczenia ze spółką South African Breweries (SAB), na mocy której SAB poręczył za dług OK Bazaars. Zgodnie z umową poręczenia, w wypadku gdyby OK Bazaars wypowiedział umowę przed upływem 25 lat od jej za-

---

<sup>63</sup> *Sanlam Life Insurance Ltd v. South African Breweries Ltd*, 2000 (2) SA 647 (WLD).

warcia, SAB zobowiązywał się do przejęcia nieruchomości od OK Bazaars oraz do wypłacenia spółce Sanlam wniesionego przez nią wkładu kapitałowego wraz z odsetkami w wysokości 10% *per annum*. Po niecałych 22 latach następca prawny OK Bazaars, spółka Shoprite Checkers, wypowiedziała najem. Zgodnie z umową poręczenia Sanlam zażądał od SAB wypłaty wkładu kapitałowego powiększonego o odsetki. Pierwotna suma wkładu wynosiła 3 mln 811 tys. 369 randów, a z odsetkami zwiększyła się do 28 mln 851 tys. randów. Obie strony były zgodne co do faktów sprawy; kontrowersję budziło jedynie to, czy do długu należnego Sanlam od SAB należy zastosować regułę *in duplum*.

Przechodząc do meritum, sędzia-sprawozdawca Blieden wskazał na orzeczenie z 1992 r., w którym w szczegółowy sposób omówiono genezę i cel reguły *in duplum*. Referując treść orzeczenia, sędzia Blieden zwrócił uwagę, że „w klasycznym okresie prawa rzymskiego (od około 150 przed Chr. do 250 po Chr.) Rzymianie cieszyli się prosperującą gospodarką i dobrze rozwiniętym systemem walutowym ... [W] rzeczywistości odsetki stanowiły *fructus civiles*, pochodzące od pożyczonych pieniędzy”<sup>64</sup>. Na poparcie tej tezy przywołał fragment z Digestów<sup>65</sup> oraz z komentarza Voeta<sup>66</sup> (nie cytując ich jednak w treści orzeczenia). Następnie stwierdził, że osoba, która płaciła odsetki, określana była mianem *usurarius*, przywołując fragment D. 22,1,7<sup>67</sup>,

<sup>64</sup> 2000 (2) SA, s. 651D-E.

<sup>65</sup> D. 6,1,62 (Papinian, 6 *quaest.*): *Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area quae locari solent. quod non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam heres non attingit, usuras praestare non cogitur: nam etsi maxime vectura sicut usura non natura pervenit, sed iure percipitur, tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori praestare non debet, cum pecunia periculo dantis faeneretur. § 1. Generaliter autem cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat animadverti debere, non an malae fidei possessor fructus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. quam sententiam Iulianus quoque probat.*

<sup>66</sup> Voet 22,1,1.

<sup>67</sup> D. 22,1,7 (Papinian, 2 *resp.*): *Debitor usurarius creditori pecuniam optulit et eam, cum accipere noluisset, obsignavit ac deposuit: ex eo die ratio non habebitur usurarum. quod si postea conventus ut solveret moram fecerit, nummi steriles ex eo tempore non erunt.*

gdzie użyto tego określenia. Kontynuując wywody historyczne, sędzia Blieden stwierdził też: „W tym okresie można było domagać się odsetek jedynie w wypadku, gdy były wyraźnie zastrzeżone w *stipulatio*. Od czasu do czasu władze używały różnych metod, by ograniczyć odsetki, których można było się domagać z uwagi na zachłanność pożyczających pieniądze ... Jedną z tych metod było ograniczenie stopy, według której naliczano odsetki. Drugą metodą był zakaz naliczania odsetek od odsetek. Trzecią metodą był zakaz odsetek *in duplum*”<sup>68</sup>.

Następnie sędzia-sprawozdawca przytoczył w języku angielskim tekst konstytucji Justyniana z 529 r., zakazującej odsetek *in duplum*. W wersji oryginalnej fragment ten brzmi następująco:

C. 4,32,27 (*Imperator Iustinianus A. Menae pp.*): § 1. *Cursum insuper usurarum ultra duplum minime procedere concedimus, nec si pignora quaedam pro debito creditori data sint, quorum occasione quaedam veteres leges et ultra duplum usuras exigi permittebant.* § 2. *Quod et in bonae fidei iudiciis ceterisque omnibus in quibus usurae exiguntur servari censemus.*

Sędzia-sprawozdawca wskazał też na Nowele 121<sup>69</sup> i 138<sup>70</sup>, w których Justynian rozszerzył zakaz odsetek *in duplum* także na *solutiones per partes*, tak by całkowita suma odsetek nigdy nie mogła przekroczyć sumy głównej.

Ze względu na zasadę, iż prawo rzymskie obowiązuje w RPA tylko o tyle, o ile było przedmiotem recepcji w dawnej Holandii, sędzia Blieden, z powołaniem się na sprawę *LTA Construction*<sup>71</sup> z 1992 r., przypomniał, że „większość jurystów holenderskich odnotowywała recepcję zakazu odsetek *in duplum*, tak jak obowiązywał on w rzymskim okresie klasycznym, tzn. że przyrost odsetek za

<sup>68</sup> 2000 (2) SA, s. 651F-G.

<sup>69</sup> Nov. 21 *Ut quae per partes fiunt usurarum solutiones in duplum computentur* z 535 r.

<sup>70</sup> Nov. 138 *De usuris super duplum non computandis*.

<sup>71</sup> *LTA Construction Bpk v. Adminstrateur, Transvaal*, 1992 (1) SA 473 (A).

zwłokę ulega wstrzymaniu, gdy zostanie przekroczona suma główna. Przepisy *Novellae* 121 i 138 w odniesieniu do zapłaty częściowej nie zostały jednak recypowane<sup>72</sup>.

W przywołanej wyżej sprawie *LTA Construction* jedna ze stron twierdziła, iż reguła *in duplum* stanowi całkowity anachronizm i nie może być już współcześnie stosowana. Sąd orzekający w tamtej sprawie nie zgodził się jednak z takim podejściem, podkreślając funkcje społeczne reguły *in duplum* i zaznaczając, że zakres zastosowania tej reguły nie ogranicza się tylko do pożyczek pieniężnych<sup>73</sup>.

Po szczegółowej analizie argumentów obu stron sędzia Blieden stwierdził, że dziesięcioprocentowe odsetki przewidziane umową poręczenia między Sanlam a SAB nie są odsetkami w znaczeniu użytym w przepisie Kodeksu justyniańskiego. Sędzia stwierdził, że „czynnik «odsetkowy» został uzgodniony przez strony jako uczciwa cena za dobro, które miało być nabyte, jeżeli najem zostałby wypowiedziany przed upływem 25-letniego okresu. Nie ma więc mowy o tym, że któraś ze stron została niesłusznie upośledzona, co wymagałoby odwołania do zasad interesu publicznego, jak w sprawach, w których reguła *in duplum* ma zastosowanie<sup>74</sup>.”

To rozumowanie pozwoliło sędziemu-sprawozdawcy na sformułowanie wniosku: „Ze wszystkich cytowanych spraw i przywołanych autorytetów wynika, że reguła *in duplum* ograniczona jest do odsetek za zwłokę i tylko do odsetek za zwłokę. W moim przekonaniu powód jest oczywisty: jest nim ochrona dłużników przed obowiązkiem płacenia więcej niż podwójnej wartości kapitału, jaki są winni w dniu, w którym wierzyciel domaga się zapłaty długu. Nie ma ona na celu karania inwestorów, którzy mają prawo do więcej niż podwójnej wartości ich inwestycji, ponieważ dodanie odsetek do ich inwestycji kapitałowej miałyby taki właśnie skutek<sup>75</sup>”. Sędzia pod-

---

<sup>72</sup> 2000 (2) SA, s. 652A-B.

<sup>73</sup> *LTA*, s. 482E-F, 482J-483A.

<sup>74</sup> 2000 (2) SA, s. 655B-C.

<sup>75</sup> 2000 (2) SA, s. 655D-E.

kreślił też, że w rozpatrywanej sprawie nie mogło być mowy o odsetkach za zwłokę, były one bowiem jedynie sposobem obliczenia wartości przyszłego zobowiązania SAB.

Następnie sędzia wypowiedział kilka uwag natury ogólnej: „Mając na uwadze wymogi handlowe i gospodarcze, które stosują się we współczesnym świecie przedsiębiorczości, wydaje mi się, że skutki reguły *in duplum* powinny być raczej zawężane niż rozszerzane. Złe odium, jakie towarzyszyło pożyczaniu pieniędzy w prawie rzymskim i rzymsko-holenderskim w dużym stopniu nie ma już miejsca ... W świecie współczesnej przedsiębiorczości wysokość odsetek przewidzianych dla danej transakcji zależy od podaży i popytu, raczej niż tzw. względów «moralnych», które miały zastosowanie w przeszłości. Nie bez racji można by argumentować, że skutkiem reguły *in duplum* we współczesnym handlu byłoby dostarczenie nieuczciwemu dłużnikowi prawnego sposobu uchylecia się od zobowiązania zapłaty tego, o co się umówił, raczej niż ulżenia niedoli przeciążonych dłużników”<sup>76</sup>.

Z punktu widzenia sądowego stosowania *Corpus Iuris Civilis* rozumowanie sędziego w przytoczonej sprawie można zrekonstruować następująco. Po przedstawieniu faktów sprawy, sędzia rozważył, jakie przepisy *Corpus Iuris* mogą wchodzić w grę. Wskazał na jedną konstytucję Justyniana przytoczoną w C. 4,32,27 oraz na dwie nowe – 121 i 138. Następnie rozważył, czy normy te obowiązują w Afryce Południowej. Jedną z przesłanek obowiązywania w RPA danej normy prawa rzymskiego jest jej recepcja w dawnej Holandii. Opierając się na ustaleniach źródłowych dokonanych we wcześniejszym orzeczeniu, sędzia stwierdził, że przedmiotem recepcji była tylko konstytucja Justyniana z 529 r., natomiast Nowele 121 i 138 nie były stosowane w Holandii.

Po tym ustaleniu sędzia przeszedł do rozważań, czy konstytucja przytoczona w C. 4,32,27 znajduje zastosowanie w rozpatrywanej sprawie. Kluczowa okazała się wykładnia pojęcia *usura*, zawartego w konstytucji. Sędzia stwierdził, że *usura* oznacza „cenę udostęp-

---

<sup>76</sup> 2000 (2) SA, s. 6551-656D.

nienia pieniądza albo karę za niepłacenie tego, co jest należne w dniu, w którym zapłata jest należna”<sup>77</sup>. Dziesięcioprocentowe odsetki przewidziane w umowie poręczenia nie spełniały przyjętej przez sędziego definicji *usura*, wobec czego uznał, że konstytucja Justyniana z 529 r. nie ma zastosowania do umowy, co jednak w żadnym wypadku nie podważa obowiązywania tej konstytucji we współczesnym systemie prawnym RPA.

## 6. CZEK SKRADZIONY Z SIEDZIBY RZĄDU KWAZULU

W 2001 r. Najwyższy Sąd Apelacyjny rozpatrywał sprawę *First National Bank of Southern Africa Ltd v. Perry NO and Others*<sup>78</sup>. Na tle niezwykle skomplikowanych faktów sprawy<sup>79</sup> pojawiło się zagadnienie kwalifikacji prawnej roszczenia banku poszkodowanego realizacją skradzionego czeku (First National Bank) przeciwko bankowi (Nedbank), w którym miał rachunek jeden z podmiotów uczestniczących w fałszerstwie. Problem polegał na tym, że na rachunku podmiotów, na które wpłynęły pieniądze pochodzące z realizacji sfałszowanego czeku, występowało saldo ujemne i Nedbank odmówił zwrotu kwoty, którą wykorzystał do umorzenia debetu. Z faktów sprawy wynikało ponadto, iż oba banki działały całkowicie w dobrej wierze, nie wiedząc i nie mogąc się racjonalnie domyślać, iż mają do czynienia z fałszerstwem. Najwyższy Sąd Apelacyjny rozważał, jakiego typu skarga przysługuje First National Bank przeciwko Nedbank o tę właśnie kwotę.

Sędzia-sprawozdawca Schutz stwierdził, iż powinna to być „czcigodna *condictio ob turpem vel iniustam causam*”, która „przetrwała w naszym prawie”<sup>80</sup> i przytoczył precedens z 1939 r., w którym Wydział Apelacyjny uznał jej istnienie w prawie wspól-

---

<sup>77</sup> 2000 (2) SA, s. 655B.

<sup>78</sup> 2001 (3) SA 960 (SCA).

<sup>79</sup> Wg ówczesnych kursów walut było to ok. 1,6 mln dolarów amerykańskich.

<sup>80</sup> 2001 (3) SA, s. 968, ust. 20.

czesnym<sup>81</sup>. Sędzia zauważył, że istnieje pewien problem z zastosowaniem *condictio*, ponieważ we współczesnej doktrynie południowofarykańskiej wymagana jest *turpitude* po stronie pozwanego<sup>82</sup>. Tymczasem Nedbank uzyskał korzyść majątkową działając w dobrej wierze.

Sędzia odrzucił możliwość przyznana *condictio sine causa* albo *condictio indebiti*, stwierdzając, że płatności dokonane w rezultacie realizacji skradzionego czeku nie miały miejsca ani *sine causa*, ani pod wpływem błędu co do istnienia zobowiązania. Rzeczywistą *causa* stanowiło polecenie pana Dambhy, jednego z głównych sprawców oszustwa. Sędzia Schutz zwrócił uwagę, że o ile w przypadku *condictio sine causa* i *indebiti* brak jest *causa*, o tyle w *condictio ob turpem causam* jest przyczyna, przy czym jest ona bezprawna.

Zagadnienie prawne, przed którym stanął skład orzekający, polegało więc na tym, „czy do zastosowania *condictio ob turpem causam* pozwany musi mieć wiedzę w momencie nabycia brudnej rzeczy, czy też wiedza uzyskana później jest wystarczająca”<sup>83</sup>. Odpowiadając na to pytanie, sędzia Schutz stwierdził: „myślę, że *Digesta* stanowią właściwy punkt wyjścia. Księga 12 tytuł 5 poświęcony jest tej *condictio*”<sup>84</sup>. Następnie sędzia zacytował angielski przekład fragmentu Ulpiana, który w oryginale brzmi:

D. 12,5,6 (Ulp. 28 ad Sab.) *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.*

Sędzia Schutz skomentował: „Ten fragment, moim zdaniem, uzupełnia brakujące ogniwo. Nie tylko osoba, która otrzymuje coś ze świadomością bezprawności, ale także ten, kto dowiaduje się o bezprawności, jeszcze będąc w posiadaniu, [jest zobowiązany

---

<sup>81</sup> *Jajbhay v. Cassim*, 1939 A. D. 537.

<sup>82</sup> Sąd przytoczył *The Law of South Africa*, t. 9: *Enrichment*, ust. 82.

<sup>83</sup> 2001 (3) SA, s. 970, ust. 24.

<sup>84</sup> 2001 (3) SA, s. 970, ust. 24.



z *condictio*]. Nie oznacza to, że jest on traktowany jako odpowiedzialny za delikt, jako że, między innymi, jego odpowiedzialność ograniczona jest do wzbogacenia, to jest, jeśli w ogóle ma miejsce wzbogacenie”. Następnie sędzia Schutz zacytował precedens z 1946 r., w którym sąd powołał się także na D. 12,6,66. Sędzia objaśnił w orzeczeniu, że fragment ten „cytowany jest jako odzwierciedlający opinię Papiniana, którego sam Justynian określił ... jako *spelnidissimi Papiniani* i człowieka *summi ingenii*”<sup>85</sup>. Po takim wprowadzeniu sędzia przytoczył fragment Papiniana w przekładzie Watsona, który w oryginale brzmi:

D. 12,6,66 (Pap. 8 *quaest.*): *Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.*

Nie komentując powyższego fragmentu, sędzia Schutz przeszedł do zacytowania angielskiego przekładu fragmentu Marcianusa, który w oryginale brzmi:

D. 25,2,25 (Marc. 3 *reg.*): *Rerum quidem amotarum iudicium sic habet locum, si divortii consilio res amotae fuerint et secutum divortium fuerit. sed si in matrimonio uxor marito res subtraxerit, licet cessat rerum amotarum actio, tamen ipsas res maritus condicere potest: nam iure gentium condici puto posse res ab his, qui non ex iusta causa possident.*

Komentując fragment sędzia zauważył, iż nie dotyczy on bezpośrednio rozpatrywanej sprawy, zwrócił jednak uwagę na to, iż Marcianus przyznaje *condictio* przeciwko posiadaczowi. Dalej stwierdził: „Nie tracąc z oczu faktu, iż żyjemy w roku 2001, uważam, iż D. 12,5,6 zapewnia nam autorytet, którego potrzebujemy. *Sabinus* miał rację co do słuszności poglądów wczesnych jurystów. Tak samo miał rację *Celsus*, a także *Ulpian*, który polegał na swoich poprzednikach. I jeśli oni sami nie idą odpowiednio daleko, uważam, że to właśnie jest sprawa, w której możemy i powinniśmy rozszerzyć za-

<sup>85</sup> 2001 (3) SA, s. 970, ust. 25.

stosowanie tej *condictio*, aby dostosować się do warunków współczesnych”<sup>86</sup>.

Najwyższy Sąd Apelacyjny, opierając się na fragmentach z Digestów, odrzucił pogląd współczesnej doktryny, jakoby do wniesienia *condictio ob turpem causam* konieczna była świadomość *turpitud*o po stronie pozwanego<sup>87</sup>. Uznał, iż wystarcza obiektywne istnienie *turpitud*o. Podstawę rozstrzygnięcia stanowił fragment D. 12,5,6. We fragmencie tym Ulpian stwierdza, iż „*quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici*”. Sędzia Schutz zwrócił uwagę na fakt, iż jedynym wymogiem sformułowanym przez Ulpiana jest *iniusta causa*, bez dodatkowych wymogów subiektywnych (świadomość pozwanego). Sędzia odniósł fragment ten do *condictio ob turpem causam* na zasadzie *argumentum a rubrica*, tj. w oparciu o jego lokalizację w określonym tytule Digestów.

Na poparcie przyjętej tezy sędzia dodatkowo przytoczył fragmenty z innych tytułów<sup>88</sup>. Celem przytoczenia tych fragmentów było potwierdzenie tezy, że do wniesienia *condictio* nie ma potrzeby udowadniania momentu subiektywnego – świadomości, iż nabycie korzyści majątkowej było nieprawidłowe. Z punktu widzenia sądowego stosowania prawa, sędzia dokonał subsumpcji stanu faktycznego pod przepisy *CIC* o *condictio ob turpem vel iniustam causam*. W tym celu dokonał wykładni przepisu D. 12,5,6; na poparcie wyników wykładni gramatycznej sędzia przywołał dwa inne fragmenty, a więc dokonał wykładni systemowej. Sposób zastosowania przepisów *CIC* nie odbiegał od modelu sądowego stosowania kodeksu cywilnego.

Na marginesie komentowanego orzeczenia oraz wcześniej omawianej sprawy *Melamed v. BP Southern Africa* należy z aprobatą podkreślić praktykowane wciąż w orzecznictwie południowoafry-

---

<sup>86</sup> 2001 (3) SA, s. 971, ust. 28.

<sup>87</sup> Wymóg *turpitud*o przynajmniej po jednej ze stron był niezbędny w prawie rzymskim, por. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., s. 844-847.

<sup>88</sup> D. 12,6,66 z tytułu *De conditione indebiti* oraz D. 25,2,25 z tytułu o *De actione rerum amotarum*.

kańskim oddzielanie od siebie poszczególnych *conditiones*<sup>89</sup>. Jest to tym bardziej godne uwagi, że – jak zauważa E. Łętowska – w polskiej praktyce sądowej „rzadkością jest dokonanie próby indywidualizacji kondycji ... i – co za tym idzie – identyfikacji istnienia ich różnych przesłanek na tle stanu faktycznego. Istniejącą praktykę cechuje zatem dążność do uproszczenia sytuacji i rezygnacji z pracochłonnej subsumpcji ... To zaś ma negatywne skutki co do kultury posługiwania się przepisami o bezpodstawnym wzbogaceniu, tam zwłaszcza, gdzie potencjalnie w grę wchodzi zastosowanie odmiennych przepisów wobec już to kondycji ... i jej określonego typu, już to – bezpodstawnego wzbogacenia w ogólności”<sup>90</sup>. Do uwag tych można dodać, że precyzyjna identyfikacja przyznanej *condictio* stanowi nie tylko przejaw wysokiej kultury prawnej, ale także ułatwia precyzyjną kontrolę instancyjną prawidłowości zapadłego orzeczenia.

## 6. WNIOSKI

Przeprowadzona analiza wybranych współczesnych orzeczeń południowoafrykańskich skłania do kilku wniosków.

Przede wszystkim, wbrew obawom wyrażanym niekiedy przez prawników z kręgu kulturowego prawa skodyfikowanego, sądowe stosowanie *Corpus Iuris Civilis* jest współcześnie możliwe.

Na pierwszy rzut oka stosowanie norm kompilacji justyniańskiej nie odbiega w kraju prawa nieskodyfikowanego od metod stosowania norm kodeksowych w tych krajach, które taki kodeks posiadają.

---

<sup>89</sup> Wynika to m.in. z faktu, iż prawo południowoafrykańskie nie uznaje ogólnej skargi z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia (por. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 886-887). Pojawiają się jednak postulaty wprowadzenia takiej skargi, która mogłaby przysługiwać *in subsidio* albo obok istniejących skarg. Por. na ten temat D. H. VAN ZYL, *The General Enrichment Action Is Alive and Well*, «Acta Juridica» 35 (1992), s. 115 i n.

<sup>90</sup> E. ŁĘTOWSKA, *Bezpodstawne wzbogacenie*, cit., s. 91-92.

Sposób rozumowania sędziego południowoafrykańskiego zbliżony jest do rozumowania sędziów, którym losem jest sądowe stosowanie kodeksu cywilnego. Wpierw sędzia określa przepisy, mogące mieć zastosowanie do sprawy, badając ich moc obowiązującą. Moc obowiązująca zależy może od wielu czynników, w tym np. od recepcji danego przepisu w Holandii przed 1652 r. Następnie sędzia dokonuje szczegółowej wykładni przepisu. Metody wykładni mogą być różne – częsta jest wykładnia teleologiczna. Sędzia zastanawia się, co uczyniłby pretor albo edyl kurulny, gdyby żył w RPA albo Zimbabwe współcześnie. Czy rozszerzyłby zastosowanie danej normy, czy raczej zawęził. W grę wchodzi także wykładnia językowa – czy pojęcie *usura* odnosi się tylko do odsetek za zwłokę, czy również do innych sposobów określania wysokości zobowiązań w zależności od upływu czasu? Sędziowie nie uciekają też przed wykładnią systemową – w celu ustalenia zakresu zastosowania *condictio ob turpem vel iniustam causam* sięgają do fragmentów pochodzących z innych tytułów Digestów.

Kraje Afryki południowej należą do kręgu prawa precedensowego<sup>91</sup>. Dlatego istotne znaczenie dla sądowego stosowania *Corpus Iuris Civilis* ma orzecznictwo południowoafrykańskie. Sędziowie zwracają baczną uwagę na wcześniejsze sprawy, w których dany przepis czy instytucja rzymska była przedmiotem rozważań. Nie zawsze jednak muszą zgodzić się z tą opinią i nieraz przedkładają wykładnię teleologiczną nad wcześniejsze poglądy orzecznictwa. Niemale znaczenie przypisywane jest też poglądom doktryny, którą sędziowie cytują w swych orzeczeniach chętnie i szeroko.

Znamienna jest troska sędziów o ukazanie genezy normy lub instytucji, będącej przedmiotem sądowego stosowania. Znajomość historii ma umożliwić lepsze zrozumienie celu danego uregulowania i wskazać kierunek, w którym powinien pójść jego rozwój. Sędziowie zwracają jednak uwagę nie tylko na historię, ale także na wymogi współczesności. Sędzia zimbabweński rozszerzający edykt

---

<sup>91</sup> R. ZIMMERMANN, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, Darmstadt 1983, s. 54-58.

*nautis* na transport lądowy podkreślał szczególne warunki geograficzne swojego kraju. Sędzia odmawiający *interpretatio extensiva* reguły *in duplum* szeroko uzasadniał swe rozstrzygnięcie odmiennością obrotu pieniężnego pomiędzy RPA a starożytnym Rzymem.

Stosowanie prawa rzymskiego przez sędziów stawia przed nimi nielada wyzwanie. Nie tylko muszą oni opanować umiejętność poruszania się wśród źródeł, ale także wymaga się od nich wiedzy o historii i genezie poszczególnych instytucji prawnych. Ponadto konieczna jest umiejętność odnoszenia ustaleń dokonanych na gruncie kodyfikacji justyniańskiej do społeczno-gospodarczych wymogów współczesności. Sędzia południowoafrykański jest więc jak *bonus paterfamilias, qui profert de thesauro suo nova et vetera*<sup>92</sup>.

Analizowane przykłady sądowego stosowania *Corpus Iuris Civilis* przez sędziów południowoafrykańskich świadczą o ich wysokiej kulturze prawnej i dużym szacunku żywionym wobec historycznych korzeni prawa obowiązującego. Podkreślić trzeba przy tym fakt, że od korzeni tych nie oddziela ich bariera kodeksowych paragrafów. Nie dziwny się przeto okrzykowi wzniesionemu przed laty przez jednego z najwybitniejszych przedstawicieli południowoafrykańskiej doktryny: „*and save us from codification*”<sup>93</sup>.

#### THE JUDICIAL APPLICATION OF THE *CORPUS IURIS CIVILIS* IN SOUTHERN AFRICA IN THE LIGHT OF SELECTED CASE-LAW

##### Summary

The Republic of South Africa and six neighbouring countries, traditionally referred to as “Roman-Dutch law jurisdictions” form one of the last enclaves in the world where Roman law is officially recognised as a source of law. According to the statistical data, citations of the Roman sources can be found in about 5% of the judicial decisions published in the *South African*

<sup>92</sup> Por. Matth. 13,52.

<sup>93</sup> R.H. HAHLO, „... *And Save Us From Codification...*”, «*South African Law Journal*» 77 (1960), s. 423 i n.

*Law Reports*. However, statistical data alone does not allow us to evaluate the role of the Roman sources in the modern South African “law-in-action”. Therefore, it is interesting to analyze the exact function of the fragments of *Corpus Iuris Civilis* (hereinafter *CIC*) in selected judicial decisions.

The subject of the analysis consists of five cases decided between 1988 and 2001 by various courts in Southern Africa. The cases include: *Cotton Marketing Board of Zimbabwe v. Zimbabwe National Railways*, 1990 (1) SA 575 (decided by the Zimbabwe Supreme Court); *Melamed and Another v. BP Southern Africa (Pty) Ltd*, 2000 (2) SA 614 (decided by the Witwatersrand Local Division); *Janse van Rensburg v. Grieve Trust CC* 2000 (1) SA 315 (decided by the Cape Provincial Division); *Sanlam Life Insurance Ltd v. South African Breweries Ltd*, 2000 (2) SA 647 (decided by the Witwatersrand Local Division); *First National Bank of Southern Africa Ltd v. Perry NO and Others*, 2001 (3) SA 960 (decided by the Supreme Court of Appeal). In all those cases the court based its judgment, *inter alia*, on a fragment of the *CIC*. The aim of the paper is to analyse the exact role of the Roman sources in the reasoning of the judge and its impact on the outcome of the case.

The research reveals several features of the judicial application of Roman law in Southern Africa. It shows that the way in which a South African judge deals with a fragment of the *CIC* is not very different from the way a civil code is applied in a European country. First of all, the judge gathers the provisions that may be applicable to the facts of the case, he discusses their applicability and provides an adequate interpretation. The modes of interpretation applied to the *CIC* include not only the textual interpretation but also teleological (functional) interpretation where the judge attempts to determine what the opinion of the Roman legislator (*aediles curules, praetor*) would have been had he lived in modern Southern Africa. The reasoning is completed by a syllogistic application of the law to the facts of the case.

A characteristic feature of the judicial application of Roman law is the attention paid to previous case-law interpreting a given fragment of the *CIC*. However, a functional interpretation of the *CIC* is given precedence over earlier case-law. Considerable importance is given to the opinions of

the contemporary South African legal doctrine whose views are extensively presented and discussed in the reasoning of the judge. Another feature which strikes the European observer is the fact that judges strive at presenting the historical origins of a given institution. This is based on the assumption that good knowledge of legal history will help the judge to choose the direction in which the evolution of a given institution should proceed.

The judicial application of the *CIC* in Southern Africa is a true challenge. It not only requires knowledge of the sources but also knowledge of the history and origins of a given legal institution. Apart from that, a judge is required to confront the results of the interpretation of the *CIC* with the contemporary socio-economic conditions in Southern Africa. This assimilates the judge to a *bonus paterfamilias, qui profert de thesauro suo nova et vetera* (Matth. XIII, 52). The analysed case-law reveals a high level of legal culture of the Southern African judges and their reverence towards the historical roots of modern law. It has to be stressed that the judges are not isolated from those roots by a barrier of codified law.