

# Jhering se knuppel onder die hoenders

sessie van die *rei vindicatio* anderhalf eeu later\*

## 1 Inleiding

In sekere omstandighede mag dit die handelsverkeer vergemaklik indien 'n regs subjek wat nie meer, of nog nie, die reghebbende van die eiendomsreg op 'n saak is nie, tóg oor die bevoegdheid kon beskik om die saak van die huidige onregmatige besitter op te vorder. Aan die hand van twee klein voorbeelde kan die stelling onderskryf word.

Die voormalige skoonmoeder wat deur die blink en gladde voorkoms van die destyds nuwe skoonseun as kavalier verblind was, en hom ryklik beskenk het in die verwagting dat hy die vader van haar kleinkinders sal word, sou moontlik verkies om nie aangewese te wees slegs op 'n vorderingsreg teen die knaap wat intussen as skurk en boef bestempel word ná sy plotselinge egskeiding van haar dogter nét nádat die geskenkte boerdery (of peperduur Ferarri) in sy naam geregistreer was nie. Kan sy nie maar met die *rei vindicatio* "haar" boerdery of Ferarri uit die derde hand opvorder wat dit tans beset nadat die vent dit onmiddellik vervreem het, nie? Was daar nie 'n "wegfall der Geschäftsgrundlage" in die sin van die Duitse paragraaf 313 *BGB* nie?<sup>1</sup>

Netso sou die versekeraar wat na die diefstal van die versekerde voertuig wel die volle versekerde som uitbetaal het, verkies om self te kan steun op die *rei vindicatio* ten einde die voertuig van die dief of die huidige afnemer van die voertuig by die dief op te vorder nie-teenstaande die feit dat die versekeraar nog nie deur *traditio* eiendomsreg kon verwerf het nie. Die voertuig is immers nooit deur die versekerde ná die diefstal aan die versekeraar gelewer nie onder andere omdat die onbekende dief nie as gewillige besitsdienaar bestempel

---

\* Hierdie bydrae is 'n aangepaste weergawe van "Sessie van die *rei vindicatio* anderhalf eeu ná Jhering?" 2011 TSAR 302-325.

1 § 313 Störung der Geschäftsgrundlage "(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.  
(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.  
(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung."

kan word nie. Om aangewese te wees slegs op die skoorvoetende medewerking van die versekeringsnemer wat eintlik nadat hy met die versekeringsgeld 'n nuwe voertuig bekom het, geen belangstelling het om die gesteelde ou motor terug te kry nie, bevredig nie die handelsbehoefte van die versekeraar nie.

In hierdie bydrae word met verwysing na 'n artikel van Jhering meer as anderhalf eeu gelede enkele aspekte van 'n sogenaamde sessie van die *rei vindicatio* bespreek. Hoewel van die beginsels met betrekking tot die setel van die eiendomsreg op herroepe geskenke dieselfde is ongeag of die objek roerend of onroerend is, word verder in die bespreking geriefshalwe konsentreer op die probleme met roerende sake.

### 1.1 Jhering se knuppel onder die hoenders veroorsaak die te wagte opskudding

Jhering se artikel in 1857 oor die sessie van die *rei vindicatio* het destyds in die gevestigde regsdenke met betrekking tot die oordrag van saaklike regte as vermoënsregte, gebaseer op die Romeinsregtelike *traditio*-vereistes, tot 'n opskudding gevoer.<sup>2</sup> Sessie is erken as die meersydige regshandeling waarmee vermoënsregte anders as saaklike regte oorgedra word in opvolging van 'n tersake verbintenisskeppende ooreenkoms.<sup>3</sup> In dié formulering van Scott is dus op die oog af geen ruimte vir sessie van iets wat geen vorderingsreg is en dus geen bate kan wees nie: "Sessie het in hoofsaak dus betrekking op die oordrag van persoonlike regte."<sup>4</sup> Die noem in een asem van sessie én die *rei vindicatio* as remedie doen vir die vak-kundige op eerste blik vreemd aan indien dit nie grens aan heiligskenis nie.

Die *rei vindicatio* is voorheen soos tans allerweë erken as die tipies sakeregtelike remedie waarmee 'n eienaar besit of beheer van sy eiendom uit derde hand terugvorder. Die benaming van die remedie spoor Van Oven met verwysing na Gaius *Institutiones* 4 16 na die begrippe "vim dicere" terug: die eienaar sê die besitter van sy saak geweld aan tensy sy saak onverwyld aan hom terugbesorg word.<sup>5</sup> 'n Suksesvolle beroep op die remedie behoef slegs bewys dat die eiser eiendomsreg op die saak het én bewys dat die saak steeds in beheer van die verweerder *in esse* is (anders kan dit immers nie besit word nie). Bewys deur die eiser van die *ius possidendi* (of dan die *iniustus possidendi* van die verweerder) speel geen rol vir

---

2 "Uebertragung der *Reivindicatio* auf Nichteigenthümer (Cession derselben, *reiv. utilis*, Connossement)" 1857 *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 101-188. Vgl Diederichsen "Jherings Rechtsinstitute im deutschen Privatrecht der Gegenwart" in Behrends (red) *Jherings Rechtsdenken: Theorie und Pragmatik im Dienste evolutionärer Rechtsethik* (1996) 175 180 ev en die gesag daar vermeld. Sien oor die belang van Jhering se regsdenke vir die moderne regs wetenskap Sonnekus en Martinek "Rudolf von Jhering (1818-1892) – Lewe en werk van 'n groot Duitse juris en sy invloed ook op die Suid-Afrikaanse reg" 2010:2 *Fundamina* 147-185 en die uitvoerige gesag daar vermeld.

3 Sien oor die ontwikkeling van die sessie-konstruksie vanaf die Romeinse reg Scott *Sessie in die Suid-Afrikaanse Reg* (1977 proefskrif SA) 1-92; met die klem op die Germaanse regsomgewing sien Luig *Zur Geschichte der Zessionslehre* (1966); Huwiler *Der Begriff der Zession in der Gesetzgebung seit dem Vernunftrecht – zugleich ein Beitrag zur Entwicklung der vermögensrechtlichen Lehren* (1975). Sien egter die kritiese waardering van die sleuteluitspraak in *Grobler v Oosthuizen* (2009 5 SA 500 (HHA)) Sonnekus "Mislukte sekerheidsessie en enkele algemene beginsels" 2016 *TSAR* 528-537.

4 (n 3) 103.

5 *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* (1948) 58.

die suksesvolle beroep op die remedie nie, maar die verweerder kan pleit en bewys dat hy regmatig in beheer van die saak is en dan kan die eienaar nie sy saak uit die beheer van byvoorbeeld die huurder of pandhouer as regmatige besitter opvorder nie.<sup>6</sup> Slegs waar weens nievoldoening aan enige van dié vereistes die *rei vindicatio* nie die remedie van voorkeur kon wees nie, is ander remedies ter herstel van die geskonde regsposisie van die benadeelde eienaar oorweeg, soos die *condictio furtiva*, die *actio ad exhibendum* of die *actio negatoria* en die alompassende *actio legis Aquiliae* waar elke remedie sy eiesoortige vereistes en dus aanwendingsgebied het.<sup>7</sup>

## 1.2 Sakeregtelike vereistes vir vermoënsregtelike wysiging van lotgevalle van 'n saak

Vir eiendomsverkryging word in die Suid-Afrikaanse reg *sakereglik* twee vereistes gestel.<sup>8</sup>

Die eerste vereiste is 'n regtens relevante legitimasie van die tersake regsverandering wat ten aansien van die saak intree.<sup>9</sup> Voldoening aan hierdie publikasie- ofte wel publiseitsvereiste blyk meestal uit die besit van die saak soos die effektiewe beheersverkryging daarvan, maar ten aansien van onroerende sake word by afgeleide regsverkryging ook aan die vereiste voldoen by wyse van publieke registrasie in die akteskantoor.

Tweedens moet binne die abstrakte stelsel wat in die Suid-Afrikaanse reg gevolg word die saaklike ooreenkoms bewysbaar wees.

Die Suid-Afrikaanse reg volg soos die daarmee vergelykbare Duitse reg 'n abstrakte stelsel van eiendomsverkryging en by alle gevalle van afgeleide eiendomsverkryging is een van die deurslaggewende vereistes waaraan voldoen móét word die saaklike ooreenkoms tussen die oordraer en die regsverkryger. Zwolve het aangetoon dat die beklemtoning van die saaklike ooreenkoms, soos dit tans nog in die Duitse en in die Suid-Afrikaanse reg as konstitutiewe vereiste vir 'n afgeleide wyse van regsverkryging van vermoënsregte soos saaklike

6 Sien oor Savigny se deurslaggewende invloed op oa dié aspek van die besitsleer Moriya *Savignys Gedanke im Recht des Besitzes* (2003) 28-31.

7 Sien Van Warmelo *'n Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* (1957) 120 ev; Sonnekus en Neels *Sakereg Vonnisbundel* (1994) 465-476; Scott "Revocation of gifts on the ground of ingratitude – from Justinian to LAWSA" 2011 *TSAR* 361; Van Es *De Actio Negatoria* (2005) en die gesag daar vermeld. Terselfdertyd is die *rei vindicatio* geen remedie waarmee vorderingsregte afgedwing en prestasie gevorder kan word nie – sien Sonnekus "*Rei vindicatio* vir vorderingsregte?" 2005 *TSAR* 410 419-426.

8 Hier word nie ook nog ingegaan op die ander vereistes wat inderdaad eweneens aan voldoen moet word soos die die partye handelingsbevoeg moet wees, die oordraer beskikingsbevoeg moet wees end at waar die onderliggende causa vir die vermoënsverskuiwing 'n koopkontrak is, die koopsom betaal moet wees of bevredigende afspraak oor die kredietverlening bereik moet wees nie.

9 "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur" (C 2 3 20) – nie enkel deur 'n ooreenkoms nie, maar deur lewering en verkrygende verjaring gaan die eiendom op sake oor. Hierdie kern beginsel van die Romeinse reg mbt afdoende publisiteit ter legitimering van enige regsverandering tav 'n saak, het ook vir Meijers tav die Nederlandse reg die standpunt jeens 'n sogenaamde sessie van eiendomsreg absoluut afwysend bepaal – sien "Eigendomsoverdracht van roerende lichamelijke zaken" (1908) 1997, 1998 en 1999 *WPNR* ook in Meijers II *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* (1955) 27 34. Meijers se renons in die knoeimoontlikhede wat selfs *constitutum possessorium* ingehou het, was aanleidend vir sy lewenslange afkeer van die konstruktiewe leweringvorm.

regte toepassing vind, vóór die deurwerking van die Code Civil van Napoleon ook die gemene regsposisie in die vastelandse regstelsels was.<sup>10</sup> Die eerste kodifisering van die Nederlandse reg deur Van der Linden<sup>11</sup> onder die heerskappy van Napoleon Bonaparte se broer Lodewyk, het die beginsel uitdruklik gehandhaaf in weerwil van die vertrekpunt wat met die Franse *Code Civil* benut is en daardie *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland* van 1809 bevat in artikels 588 en 589 die uitermate knap formulering van die toepaslike beginsels wat ook in die moderne Suid-Afrikaanse reg steeds die afgeleide wyses van vermoënsverskuiwing beheers:

"588 – De meest gewone manier, om eigendom te doen overgaan, is traditie of levering.

*Enkele verdragen en overeenkomsten geven wel een personeel regt, om levering te eischen, maar zonder levering gaat de eigendom niet over.*<sup>12</sup>

589 – Om levering<sup>13</sup> bestaanbaar te doen zijn, is het noodig:

1 Dat zij gedaan worde door de eigenaar van het goed, of door een ander met zijn toestemming;

2 Dat de transportant bevoegd zij om zich te verbinden, en den eigendom te vervreemden;

3 Dat zij gedaan worde op grond van eenige titel, geschikt om eigendom over te dragen; en

4 Dat zij gedaan worde *met het blijkbaar oogmerk, om de eigendom te doen overgaan.*"<sup>14</sup>

Zwalve betoog tereg dat die beklemtoning van die saaklike ooreenkoms in 'n abstrakte stelsel ook vereis dat ál die kenmerke van 'n tweesydige regshandeling met inbegrip van handelings- en beskikkingsbevoegdheid nagekom moet word alvorens op 'n afgeleide wyse 'n regsgeldige vermoënsverskuiwing kan intree. Het nieteenstaande 'n ongeldige verbintenis-skeppende ooreenkoms tóg 'n vermoënsverskuiwing ingetree, is die ongegrond verarmde party aangewese op die conditiones van ongegronde verryking om die wanbalans te herstel:

---

10 Zwalve "Het Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland en een kennelijk onuitroeibaar misverstand" 2009 *Vermogensrechtelijke Analyses* (2) 3-11 toon die direkte verband met die bekende *Gloss op iusta causa* by *D* 41 1 31 *pr* en *Inst* 2 1 40.

11 Dié kodifisering het egter nie wetskrag verkry nie en die eerste geldige kodifikasie van die Nederlandse reg van 1838 het nie die beginsel vervat in a 589 *WNH* gevolg nie, maar in a 639 *OBW* veel nouer aan die Franse *CC* se kousale stelsel aangeleun. Die uitgawe hier benut van Van der Linden se ontwerp kodifikasie van die aanvanklike *Ontwerp* wat tot die amptelike kodifisering bekend as die *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland* gelei het, is die van De Smidt en Van de Ven *Joannes van der Linden Ontwerp Burgerlijk Wetboek 1807-1808 – Burgerlijk Wetboek voor het Koninkrijk Holland* (heruitgawe van 1967). In die ontwerp is die artikels nog aangedui as 'n onderdeel van 'n boek, titel en afdeling terwyl dit in die finale redaksie 'n deurlopende nommer het.

12 In Van der Linden se formulering lees dit: "maar zonder levering gaat geen eigendom over" (a 2.2.2.22 op 80) – my kursivering.

13 Van der Linden gebruik: "Om traditie of levering".

14 My kursivering. Die formulering by Van der Linden van artikels 1-4 as *a-d* lui: "*a* Dat zij gedaan worden door den Eigenaar van het Goed, of door een ander met zijne toestemming. *b* Dat de Transportant bevoegd is, om zich te kunnen verbinden, en den eigendom te kunnen vervreemden. *c* Dat zij gedaan worde op grond van verkoop, of van eenigen anderen titel, die geschikt is om eigendom overtedragen. *d* Dat zij gedaan worden met het blijkbaar oogmerk, om den eigendom te doen overgaan" as a 2.2.2.23 op 80-81.

"Zo heeft dus de afzonderlijke vermelding van die *zakelijke (of, zo men wil, goederenrechtelijke) overeenkomst* slechts recht van bestaan in een stelsel als dat van het WNH (of dat van het BGB), waarin de levering *alle kenmerken vertoont van een tweezijdige rechtshandeling*, zodat daaraan óók het vereiste van de handelingsbekwaamheid van de tradent moet worden gesteld."<sup>15</sup>

Die volgende aanhalings uit die resente Suid-Afrikaanse regspraak bevestig die bogemelde vertrekpunt:

"It appears to me that the misconception is founded on a lack of appreciation of the principle laid down by this court in *Legator McKenna Inc and Another v Shea* 2010 1 SA 35 (SCA), namely that the abstract theory of transfer applies to immovable property as well, ie the validity of the transfer of ownership is not dependent on the validity of the underlying transaction such as, in this case, the contracts of sale. The abstract theory postulates two requirements for the passing of ownership of immovable property, namely delivery — which is effected by registration of transfer in the deeds office — coupled with a so-called real agreement or 'saaklike ooreenkoms'. The essential elements of the real agreement are an intention on the part of the transferor to pass ownership and the intention of the transferee to become the owner of the property. The abstract theory does not require a valid underlying contract, eg an agreement of sale, *but ownership will not pass, despite registration of transfer, if there is a defect in the real agreement. As explained by Ponnar JA in Du Plessis v Prophitius* 2010 1 SA 49 (SCA) para 11, it is at the moment of passing of ownership that the transferor must have the intention of transferring ownership (and obviously when the transferee must have the intention of acquiring ownership), which supplies the subjective element for the passing of ownership."<sup>16</sup>

Dié fundamentele beginsel is nou dermate ingebed in die Suid-Afrikaanse reg dat daaraan deurgaans en konsekwent gevolge geheg moet word. Indien om welke rede ook 'n geldige saaklike ooreenkoms gesluit is, dra dit sakeregtelik gevolge en vind 'n vermoënsverskuiwing plaas na die boedel van die regsverkryger ongeag of iets haper met die onderliggende verbintenisskeppende ooreenkoms.

"The learned judge further held, correctly, that the abstract theory applies in our law in respect of the passing of ownership in property. In terms thereof, a valid underlying transaction or *iusta causa traditionis* is not a requirement for the valid transfer of ownership. Provided that the agreement to transfer ownership (the 'real agreement' or 'saaklike ooreenkoms') is valid, ownership will pass in pursuance and on implementation thereof, notwithstanding that the *causa* (the 'verbintenisskeppende ooreenkoms' or 'contractual agreement') may be defective. In other words all that is required is delivery (actual or constructive) *coupled with an intention to pass and receive ownership*."<sup>17</sup>

---

15 8 – my kursivering.

16 *Swart v Starbuck* 2016 5 SA 372 (HHA) 380D-G – my kursivering.

17 *Mathenjwa NO v Magudu Game Co (Pty) Ltd* 2010 2 SA 26 (HHA) 33A-B – my kursivering. Sien ook *Nedbank Ltd v Mendelow NNO* 2013 6 SA 130 (HHA) par 13; *Bester NO v Schmidt Bou Ontwikkelings CC* 2013 1 SA 125 (HHA)129B-D; *Meintjes NO v Coetzer* 2010 5 SA 186 (HHA) par 8; *First National*

Deurslaggewend vir die saaklike ooreenkoms is dat die oordraer en die regsverkryger wils-ooreenstemming het en onderskeidelik die bedoeling het om eiendomsreg op die saak oor te dra en te ontvang – die *animus transferendi et acquirendi dominii*.

"Die Uebereignung durch Tradition erfordert den Willen des Trabenten, die Herrschaft über die Sache zu übertragen, und beim Empfänger den Willen, die Sachherrschaft zu gewinnen – den beiderseitigen Uebereignungswillen."<sup>18</sup>

"Der Eigentumsübergang setzt voraus einen Eigentumsübertragungsvertrag."<sup>19</sup>

'n Saaklike ooreenkoms is soos iedere ander ooreenkoms afhanklik van die kompetensie van die partye. 'n Handelingsonbevoegde of beperk handelingsbevoegde regsobjek kan net so min 'n geldige saaklike ooreenkoms sluit waardeur sy vermoënsregte verminder word, as wat hy 'n verbintenisskeppende ooreenkoms met dieselfde uitwerking kan aangaan. Om dié rede kan byvoorbeeld 'n reghebbende wat reeds die onderwerp van 'n sekwestrasiebevel of deur die hof onder kuratele geplaas is, van die sekonde wat daardie bevel gevel is, géén geldige saaklike ooreenkoms aangaan om enige saaklike reg uit sy boedel aan 'n ander oor te dra sonder die bystand van die tersake kurator of likwidateur nie. Per definisie het 'n saaklike ooreenkoms die vermoënsverskuiwing van bates uit die boedel van die reghebbende-oordraer tot gevolg en die handelingsbevoegdheid van die insolvent word kragtens artikel 23(2) van die Insolvensiewet 24 van 1936 in daardie gevalle beperk. Ook voor die inwerkingtreding van die wet was dit die gemeenregtelike posisie:

"In my opinion the object of sec 21(1) was to impose a disability, a species of *capitis diminutio*, on the insolvent which was complementary to the provision in sec 19(1) depriving him of all his assets. It would follow from this, firstly that *the insolvent is deprived of his contractual capacity, with the result that any contract entered into by him in breach of the section would be of no effect*; secondly, the object of the restriction, viz, *to impose a disability*, would be a matter of public policy, even though there is no penalty for a contravention of sec 21(1). And if this is correct it means firstly that the contract cannot be enforced; secondly, that in an action, even if the point is not taken in answer to a claim on the contract, the Court of its own motion should refuse to enforce the contract. (*Moseley Buildings v Transvaal Rubber Company* 1907 TH 140)."<sup>20</sup>

---

*Bank of SA Ltd v Lynn NO* 1996 2 SA 339 (A) 345I-J; *Bank Windhoek Bpk v Rajie* 1994 1 SA 115 (A) 143C en *Du Plessis v Proffitius* 2010 1 SA 49 (HHA) 52C.

18 Derburg I *Pandekten* (1892) § 213 op 489 – Die oordrag vereis die bedoeling (wil) van die oordraer om die beheer oor die saak oor te dra en by die ontvanger, die wil om die beheer te verkry – die wedersydse wil om oor te dra.

19 Windscheid-Kipp *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1900) § 171 op 779. Sien ook Sonnekus "Met ander-manskalf mag jy nie ploeg nie, en andermansgoed kan jy nie verpand nie" 2014 *TSAR* 45 53 en "Vindi-sering deur ongegrond verrykte eienaar sonder meer?" 2014 *TSAR* 201 205.

20 *Spencer v Standard Building Society* 1931 TPD 481 484-485 – my kursivering en sien die interpretasie van hr Wessels in *Fairlie v Raubenheimer* 1935 AD 135 146: "[E]nige ooreenkoms deur die insolvent sonder die skriftelike toestemming van sy kurator aangegaan, [is] volslae nietig".

Dié materieelregtelike regsgevolg van sekwestrasie word steeds erken: "[S]equestration brings with it the status of diminished legal capacity (*capitis diminutio*). The relief sought in a sequestration application is directed at diminishing the legal status and capacity of a particular individual debtor."<sup>21</sup> Regter Spoelstra het reeds met verwysing na die tussentydse grondwet opgemerk dat dié statusverandering wat die insolvent ondergaan, nie inbreuk maak op die gelykheidsbeginsel verskans in die daardie grondwet nie – en dieselfde geld die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 omdat dit deur die algemene bepalinge van artikel 36 geregverdig word:

"Section 8(1) of the Constitution does not mean that an insolvent no longer undergoes a *capitis diminutio* simply because it states that every person shall be equal before the law and shall be entitled to equal protection of the law. The rules of law apply equally to all persons. This necessarily means that a person's rights are limited by the rules of law, be it common law or statute. This is acknowledged by s 33(1) which states that the entrenched rights may be limited by law of general application."<sup>22</sup>

Omdat 'n saaklike ooreenkoms regsgeldig steeds moet bestaan op die moment wat aan die publisiteitsvereiste voldoen word, is die saaklike ooreenkoms materieelregtelike sonder enige regsveranderende gevolg selfs waar daar eerder so 'n ooreenkoms gesluit is, maar die sekwestrasiebevel verleen is voordat aan die publisiteitsvereiste (lewing by roerende goed en registrasie by onroerende sake) as laaste uitstaande vereiste vir die vermoënsverskuiwing voldoen kon word. Dié konstruksie wat woordeliks bevestig is in die gekursiveerde aanhaling hierbo uit die onlangse uitspraak van die hoogste hof van appèl in *Swart v Starbuck*<sup>23</sup> is 'n logiese toepassing van die uitspraak van die appèlhof van byna 'n eeu gelede reeds in *Weeks v Amalgamated Agencies Ltd*<sup>24</sup> waar die *animus domini acquirendi* nie meer deur die geadresseerde as intussen gesekwestreerde gevorm kon word op die moment wat die bestelde skoene op die stasie in Potchefstroom aangekom het nie. Die vermoënsverskuiwing kon dus nie toe regtens meer plaasvind nie omdat die een party weens die verlening van die sekwestrasiebevel nie langer oor die nodige kompetensie kon beskik om 'n saaklike ooreenkoms te sluit nie:

"Upon a contract of sale the ownership in the property sold does not pass to the purchaser, unless in addition to giving delivery the seller has the intention of transferring the property, and the purchaser has the intention of becoming the owner. 'In omnibus rebus quae dominium transferunt concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive quaelibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit perducere ad affectum (id) quod inchoatur non potest.' (*Digest* 44, 55). So Voet (41 1 35) says: – 'Sequatur insuper acceptatio facienda eum, in quem res

---

21 *Strutfast (Pty) Ltd v Uys* 2017 6 SA 491 (GJ) 493C-D.

22 *Podlas v Cohen and Bryden NNO* 1994 4 SA 662 (T) 664H-I.

23 2016 5 SA 372 (HHA) 380D-G.

24 1920 AD 218.

transitura est, ut ita concurrant affectus ex utraque parte contrahentium, et animus utriusque consentiat in domini translationem.' In the case of *Greenshields v Chisholm* (3 J 220), where 'C' residing at Kimberley bought oathay as per sample to be delivered at De Aar, and the oathay was sent to De Aar, whence it was taken by 'C's' carrier to Kimberley where it was found to be inferior to sample and was rejected by 'C,' it was held that the property in the oathay had not passed to him; and de Villiers, C.J., said. – 'The mere delivery is not enough, there must be an acceptance by the purchaser in order that thus, to use the language of Voet, the minds of both contracting parties may concur and consent to the transfer of the property.' As there was no acceptance by Baulackey and no intention of accepting the goods, the ownership in the goods did not pass to him. So that whichever version of the terms of the contract be accepted, it is clear that at the time of attachment by the Messenger the ownership in the goods was not in Baulackey, but was still in the Plaintiff Company."<sup>25</sup>

Die teenoorgestelde standpunt van Van Drunen<sup>26</sup> ten aansien van die Nederlandse regoor- tuig nie en die heersende standpunt ook vir die Nederlandse reg soos verwoord deur Reehuis en ander verdien die voorkeur.<sup>27</sup>

Aan dié uitkoms word geen bykomstige voorwaarde geheg soos dat die registrateur van aktes of die derde verkryger kennis moes dra van die ingetrede beperking op die reghebbende se handelingsbevoegdheid nie. Artikel 17(1)(b)(ii) van die Insolvensiewet 24 van 1936 skryf bloot die prosedure van onverwylde kennisgewing per posdiens voor, maar wysig nie die gemeenregtelike materieelregtelike beginsels wat van toepassing is op die beknotte handelingsbevoegdheid van 'n insolvent nie en dit sou vreemd wees as die intrede van die materieelregtelike gevolge bepaal word deur die onvoorspelbaar slakkegang van die posdiens. Enige oënskynlike regsverandering weens 'n vermeende oordrag van byvoorbeeld 'n onroerende bate wat volg nadat die reghebbende se handelingsbevoegdheid reeds deur die norme van die objektiewe reg soos verwoord in die insolvensienorme beperk is, is materieelregtelik van nul en gener waarde en die niksseggende registerinskrywing moet daarna reggestel word om die juiste regsposisie weer te gee.<sup>28</sup> Danksy die negatiewe registrasiesistelsel wat in die Suid-Afrikaanse reg gevolg word, bring 'n foutiewe registerinskrywing geen materieel- regtelike gevolge uit sy eie mee nie. Materieelregtelik het die foutiewe inskrywing geen regsverandering tot gevolg gehad nie.<sup>29</sup> Die objektiefregtelike beperking wat materieelregte- like gevolge vir die kompetensie van die insolvent meebring, staan onafhanklik van die subjektiewe kennis van enige ander party vas. Dit word nie beïnvloed deur die kennis al dan

---

25 230-231.

26 "Faillissement bij levering onder opschortende voorwaarde" (2013) 6959 *WPNR* 52.

27 Sien Reehuis *Overdracht* (2010) 59 90-97; Quist *Verkoop en Levering aan een Rechtspersoon in Op- richting* (2012) 313-315.

28 *Venter v Van Graan* 1929 TPD 435 438; *Mackay v Fey NO* 2006 3 SA 182 (HHA).

29 Sien Pienaar "Die Suid-Afrikaanse aktesregistrasiesistelsel – waarheen voorentoe?" 1996 *TSAR* 204 221 en *contra* Bos wat dié aspek buite rekening laat en te veel gewig heg aan die administratiewe registra- siegebeure nieteenstaande die materieelregtelike posisie van die vermeende oordraer wat nie langer oor die nodige handelingsbevoegdheid beskik nie "The effect of the transferor's bankruptcy on the delivery of an immovable" 2018 *TSAR* 000.



nie van daardie objektiewe regsverandering deur derdes nie en ook nie deur die persoonlike bejammerenswaardige omstandighede van die derde-verkryger nie. Daar kan gevolglik nie onder die vaandel van 'n sogenaamde beskerming van die goeie trou van die derde-verkryger in die Suid-Afrikaanse reg beweer word dat die handelingsonbevoegde bankrotverkoper geldig sy eiendomsreg op sy plaas kon oordra aan die niksvermoedende derde net omdat die registrateur van aktes die transport onderteken het terwyl hy onbewus van die beperkte kompetensiebevoegdheid van die oordraer was aangesien hy nog nie kennis geneem het van die sekwestrasiebevel nie en die derde-verkryger 'n bejammerenswaardige persoon is nie. Dieselfde uitkoms onderlê immers 'n oënskynlike regsoordrag deur 'n handelingsonbevoegde minderjarige, kranksinnige of 'n ander geestesgestremde onder kuratele waar die oënskynlike regshandeling sonder die nodige bystand verrig is. Ook 'n beroep op die billikheidsverweer van estoppel is oneffektief want estoppel kan geen regsverandering te weeg bring nie en is, soos in die geval van *ultra vires*-optrede, geen verweer teen 'n kompetensiegebrek nie.<sup>30</sup>

Daaronder word verstaan 'n nawysbare bedoeling van die oordraer om die saaklike reg ten aansien waarvan hy die beskikkingsbevoegdheid het aan die verkryger oor te dra terwyl laasgenoemde die bedoeling het om daardie saaklike reg ten aansien van die bepaalde saak te verwerf.<sup>31</sup> Vereistes soos dat die oordraer beskikkingsbevoeg moet wees en dat niks haper met die partye se handelingsbevoegdheid nie, hou eerder verband met die aard van die regshandeling as dat dit 'n tipies sakeregtelike vereiste is. Die betalingsreël as ander bekende vereiste (die koopprys moet betaal of krediet verskaf word as die *causa* vir die regsverandering 'n koopkontrak is), is eweneens geen sakeregtelike vereiste nie, maar eerder 'n vereiste wat noodwendig volg op die gekose agterliggende verbintenisskeppende ooreenkoms wat as voertuig of aanleiding tot die saaklike ooreenkoms dien.

Ten einde aan die besitsverkrygingsvereiste te voldoen, moet die verkryger ná die verkrygingsgebeure in die beste korporele verhouding tot die saak wees wat inhou dat hy na keuse sy feitlike beheer oor die objek kan intensiveer ter uitsluiting van enige ander, én die nodige *animus (domini of rem sibi habendi...)* ten aansien van die saak hê.<sup>32</sup> Beide elemente van besit kan deur middel van 'n besitsdienaar uitgeoefen word mits die dienaar slegs die *animus tenendi* ten aansien van die beheer van die saak het en die besitsheer bedoel om deur die dienaar daar en dan beheer van die saak te neem en te behou. Voorgaande bevestig dat in 'n

30 *City of Tshwane Metropolitan Municipality v RPM Bricks (Pty) Ltd* 2008 3 SA 1 (HHA) 9H-10B en Sonnekus en Rabie *Die Estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse Reg* (2012) 345 ev.

31 Sien oor die erkenning van die abstrakte stelsel in die Suid-Afrikaanse reg *Legator McKenna Inc v Shea* 2010 1 SA 35 (HHA) 44H-I; sien oor die saaklike ooreenkoms Lokin *Prota – Vermogensrechterlike Leerstukken aan de Hand van Romeinsrechterlike Teksten Uitgelegd* (1995) 152-153 en die soortgelyke formulering vir die Nederlandse reg mbt die "goederenrechterlike ooreenkomst" Asser-Hartkamp en Sieburg *Verbintenissenrecht – Algemene Ooreenkomstenrecht* 6-III (2014) § 25.

32 *Ex parte van der Horst: In re Estate Herold* 1978 1 SA 299 (T) 301G-H.

abstrakte sisteem, anders as moontlik in 'n kousale stelsel, die verbintenisskeppende ooreenkoms nie reeds dié vermoënsreg oordra nie.<sup>33</sup> Juis hier haper dit vir die versekeraar van die gesteelde voertuig in die bogemelde voorbeeld – hy kan nie aan die beheersvereiste as legitimasiëvorm voldoen nie, maar is dit noodwendig daarmee "cadi quaestio" ofte wel die einde van die aangeleentheid?

## 2 Kritiese waardering by Jhering van enkele tekste oor die Romeinse regsposisie

In die klassieke Romeinse reg of die reg soos verwoord in die *Corpus Iuris Civilis* wat 'n gemene bousteen vir sowel die Romeins-Hollandse reg as die moderne Duitse en Nederlandse reg vorm, is byna geen aansluiting vir die gedagte van sessie van die *rei vindicatio* nie en vóór Jhering se bespreking is die onderwerp selfs deur die destyds toonaangewende skrywers oor sessie stiefmoederlik behandel. Jhering verwys na Mühlenbruch *Lehre von der Cession der Forderungsrechte: nach den Grundsätzen des Römischen Rechts*,<sup>34</sup> en Puchta-Rudorff *Pandekten*<sup>35</sup> as die toonaangewende werke van destyds.<sup>36</sup> Daar is hoogstens erken dat na aanleiding van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms die sessionaris geregtig is om van die sedent oordrag van die vermoënsreg te vorder, maar dit veronderstel dat die objek van die prestasie meewerking tot die oordrag van die vermoënsreg moet wees. Hiervolgens kom sessie dus nie ter sprake waar die vordering gerig is op iets anders as oordrag van 'n vermoënsreg nie. Vir Mühlenbruch was die begrip sessie deurgaans beperk tot die oordrag van 'n persoonlike vordering tot 'n vermoënsreg soos 'n vorderingsreg. Sessie was dus oorspronklik niks meer as oordrag van die vordering (*Klage* in die woorde van Jhering) nie.<sup>37</sup> In die Romeinse reg met sy sterk prosesregtelike gedrewendheid was daar wel die moontlikheid om die aksie of *Klagerecht* aan 'n *procurator* oor te dra, maar dit het nooit die vermoënsreg self oorgedra of die *procurator* reghebbende van die vermoënsreg gemaak nie. Die *procurator* word hoogstens aksiegeregtigde en kan dus om die rede van die prestasiepligtige meewerking vorder. Hy had 'n "Klagerecht" wat eerder in moderne terminologie as 'n kompetensie bestempel sal word indien aanvaar word dat die begrip "reg" liefers reserveer word vir die erkende subjektiewe regte ten einde dit van kompetensies en bevoegdhede soos inhoudsbevoegdhede te onderskei. Waar die *Klagerecht* gerig was op die oordrag van 'n

33 Sien Van Bijnkershoek se uitspraak met verwysing na die sessie van 'n obligasie sonder lewering van die obligasiedokumente "dominia rerum acquiri non pactis, sed traditionibus" aangeteken in *Observationes Tumultuariæ* 1, 664 waarna ook Grosskopf saam met die bespreking van die aspek deur Van der Linden en Van der Keessel verwys *Die Geskiedenis van die Sessie van Vorderingsregte* (1960) 122 n 164.

34 waarskynlik die 3e uitgebreide uitgawe van 1836 hoewel Jhering dit nie self só identifiseer nie.

35 7e verbeterde uitgawe van 1853.

36 (n 2) 102 n 1. Sien oor die erkende statuut van Mühlenbruch se bydrae tot die sessieleer Stoll *Die Globalzession* (2009) 37 ev.

37 Sien Stoll (n 36) 40-45 vir die ontwikkeling deur die bydraes van oa Windscheid en Bähr tot die "moderne" siening van sessie in die Duitse reg.

saaklike reg as vermoënsreg, word die *procurator* pas reghebbende van dié vermoënsreg wanneer ter uitvoering van die vordering wel aan hom die besit van die saak (of van 'n substituuat ter verteenwoordiging daarvan soos 'n kluit van die grondstuk) verskaf is. Dán verkry hy danksy voldoening aan die publiseitsvereiste van *traditio* die saaklike reg op die saak as objek. As die objek van die sessie die oordrag van 'n ander vermoënsreg as 'n saaklike reg was, kom dié publiseitsvereiste nie ter sprake nie en kan die vermoënsreg sonder meer oombliklik met die wilsooreenstemming tussen sedent en sessionaris oorgedra word en word steeds aanvaar dat in die reël geen publikasie van die ooreenkoms tussen sedent en sessionaris nodig is om die regshandeling te legitimeer nie. Dat 'n oningewyde derde soos die skuldenaar van die sedent vóór kennisname van die sessie bevrydend jeens die sedent kan presteer nieteenstaande die feit dat die vorderingsreg van sy skuldeiser na die sessie by die sessionaris setel, volg uit dié feit.<sup>38</sup>

## 2.1 Voorbeelde van *rei vindicatio utilis* sonder eiendomsoordrag aan die nie-eienaar

In die Romeinse reg is, soos Jhering beklemtoon, voorbeelde aantoonbaar waar oënskynlik die *rei vindicatio utilis* beskikbaar gestel was aan 'n nie-eienaar.<sup>39</sup> Voorbeelde in die Romeinse reg is onder andere die vordering van die verlate vrou vir die *dos*<sup>40</sup> en die vordering op teruggawe van 'n skenking waar die skenking regmatig herroep is of van regsweë verval het omdat dit byvoorbeeld aan 'n lasbepaling onderworpe was wat nie nagekom is nie.<sup>41</sup> Die voorbeeld hierbo vermeld van die ontgogelde skoonmoeder wat haar geskenkte boerdery of Ferarri wil terugvorder, is dus minder vergesog as wat moontlik op eerste blik vermoed is.

38 Sien Voet 18 4 15 se verduideliking vir dié posisie wat hy na die Romeinse regsbronne herlei en wat algemeen aanvaar is. As die sessionaris nalaat om die skuldenaar in te lig van die sessie, loop hy die risiko dat die skuldenaar bevrydend jeens die sedent kan presteer. Daarmee is die voormalige skuldenaar uit die prentjie, maar die sedent wat wel die prestasie van die skuldenaar ná sessie ontvang, is aanspreeklik tot afgifte van die vermoënsverskuiwing aan die sessionaris. Voet spel weliswaar nie uit of dié aanspreeklikheid op gewone verrykingsregtelike beginsels gebaseer is en of hy 'n eiesoortige vordering vir die sessionaris bedoel nie. Die lastigheid is immers dat die vermoënsverskuiwing nie direk uit die boedel van die sessionaris na die van die sedent vloeï nie, maar wel van die skuldenaar afkomstig is – sien *Keeler v Butcher & Sons* (1907) 28 NLR 43 48. Sien verder die besonder deeglike regshistoriese ontleding deur Grosskopf (n 10) 70 ev.

39 Sien Van Warmelo (n 7) 149 oor die klassieke herkoms van die *utilis rei vindicatio* mbt grond geleë in die provinsies en waarop geen "normale" eiendomsreg verkry kon word nie.

40 Kragtens die reël "val" die eiendomsreg van die dotale geskenke kwansuis na die vrou terug, hoewel Jhering aantoon dat Justinianus in werklikheid slegs melding maak van die *rei vindicatio utilis* waarvan sy haar plotseling kan bedien om die sake terug te vorder, sodat die aanname dat sy dáárom met 'n terugval van die eiendomsreg self beloon is, onbegryplik is ("ist mir nicht recht begreiflich" (n 2) 126). Die kompilatore se toevoeging van "per conditionem aut per utilem actionem in rem" aan die teks van die *Codex Theodosianus* tav die verlate verloofde, sluit hierby aan (124), soos trouens die algemene reël uit 'n vervloë era (vóór a 22 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984) mbt skenkings tussen gades wat nog nie *perfecta* is nie en om die rede eweneens "herroepbaar" was (133).

41 Sien Buckland-Stein *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* (1963) 254; Jhering (n 2) bespreek vanaf 120 'n negetal voorbeelde (*Anwendungsfälle*) van die tipe geval maar ter aanvang tipeer hy dit as "nichts weniger, als die durch Stillschweigende Cession oder s.g. *cessio legis* auf einen Andern übertragene Klage des Eigenthümers" (120-121).

In hierdie gevalle is die eiser die voormalige eienaar aangesien die eiendomsreg sedertdien oorgedra was aan die verweerder en juis by ontstentenis van die herverkryging van beheer kan die eiendomsreg nog nie weer in die eiser setel nie. Streng gesproke kan sy as nie-eienaar dan nog nie oor die "normale" *rei vindicatio* beskik nie en daarom is die tegemoetkoming met die *utilis*-aksie noemenswaardig.<sup>42</sup>

Die beskikking oor die *rei vindicatio utilis* word in die voorbeelde van regsweë aan die voormalige eienaar verleen en nie deur die huidige reghebbende aan hom oorgedra nie.<sup>43</sup> Hierdie voorbeelde waar 'n nie-eienaar met 'n vordering soortgelyk aan die *rei vindicatio* bedien is, kan dus nie as aansluiting dien vir 'n betoog dat die Romeinse reg reeds iets soos 'n oordrag van die *rei vindicatio* geken het en dat analoog daaraan sessie van die *rei vindicatio* regverdig sou kon word nie.

Ten aansien van byvoorbeeld 'n skenking wat binne die idioom van *C 8 55 (56) 8* moet *terugkeer* ("*revertatur in eiusdem donatoris arbitrio ac dicione mansuram*") in die beskikingsmag van die skenker wat onverwags 'n laatlam gekry het, word wel 'n terugvordering-bevoegdheid vermeld, maar dit dui nie op 'n outomatiese herbeskikking oor die *rei vindicatio* as nuwe eienaar van die geskenk nie. Die eiser hier is dus ook nie die eienaar nie en tóg is die *utilis* aksie van regsweë in die Romeinse reg aan die voormalige eienaar in die omskrewe gevalle beskikbaar gestel.<sup>44</sup>

Myns insiens kan, soos die volgende twee voorbeelde aantoon, nie na analogie van daardie buitengewone voorbeelde uit die Romeinse reg beweer word dat in die moderne Suid-Afrikaanse reg die *rei vindicatio* as saaklike remedie eweneens aan 'n nie-eienaar ontkoppel van die eiendomsreg sal toekom nie. Daar kan hoogs gekunsteld 'n versweë ooreenkoms bedink word wat kwansuis aan 'n voorwaarde (die intrede van die regtens erkende omstandighede wat bv die herroeping van die skenking regverdig) onderworpe is waarmee die tekste "verklaar" kan word – maar dit oortuig nie.<sup>45</sup> Dit is veelseggend dat in die ander vergelykbare *Codex*-tekste in die hele *Codex 8 55(56)* wat oor die herroeping van skenkings handel,<sup>46</sup>

42 Jhering bestempel dit as 'n anomalie sonder weerga indien in werklikheid die eiendomsreg magieserwys sou terugval na die ontgogelde vrou. Daarom is sy gevolgtrekking: "die Begünstigung, die Justinian der Frau hat zu Theil werden lassen, besteht nicht in der Verleihung des Eigenthums, sondern in der *reiv utilis*" (129).

43 Sien die bespreking deur Scott van die argumentasie van vervloë juriste om die verkryging van die *actio utilis* as deur regswerking te verduidelik ((n 3) 103 ev).

44 Sien Jhering ((n 2) 123) se betoog na aanleiding van die formulering "vindicationem etiam hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes, id est actionem, qua dominium pristinum restitatur tibi" in *C 8 54 (55) 1pr* waarvolgens die skenker sy skenking aan sy kleindogter kan vindiseer indien sy die lasbepaling waaronder die skenking verleen is, te wete dat sy bepaalde uitkeringe vir die skenker se lewensonderhoud sou maak, nie gehoorsaam was nie. Die aangepaste *rei vindicatio* is verleen nieteenstaande die feit dat van oudsher vasgestaan het dat die skenker in die gevalle wel 'n vorderingsreg teen die beskenkte gehad het (*C 8 54 (55) 1*).

45 Sien Jhering (n 2) se verwysing na die "unächte Resolutivbedingung" (onegte ontbindende voorwaarde –122) en sy kritiese opmerkings op 127.

46 dws naas die gemelde *C 8 55(56) 8*.

deurgaans slegs van "revocare" en nie van "revertatur" nie sprake is. Dit regverdig die afleiding van 'n herroepingsbevoegdheid, maar beslis nie 'n outomatiese terugval van die vermoënsreg op die verskenkte saak aan die voormalige skenker nie.

Die kursoriese vermelding deur De Groot dat die skenking van regsweë "vernietigt" word die oomblik wat die skenker ná die volvoering van die skenking plotseling en onverwags "kinderen teelt",<sup>47</sup> dui as eerste voorbeeld nie daarop dat die eiendomsreg op die geskenkte saak magieserwys terugval in die skenker se boedel en hy om dié rede die sake met die *rei vindicatio* kan terugvorder nie.<sup>48</sup> Daardie buitengewone gevalle wat die ou skrywers vermeld, verleen geen aanknopingspunt om suksesvol te betoog vir 'n analoë algemene toewending van sessie van die *rei vindicatio* nie.

Hoewel 'n sterk betoog opgebou kan word ten gunste van die ontgogelde skoonmoeder in die aanvangsvoorbeeld<sup>49</sup> om wel met 'n verrykingsvordering teen die skobbejak van 'n voormalige skoonseun te kan vorder, is dit juis moontlik omdat sy nie plotseling weer oor die *rei vindicatio* kan beskik om "haar" boerdery of Ferarri terug te vorder nie. Sy is nie maar net weer die eienaar omdat die voormalige skoonseun hom ondankbaar jeens haar as skenker gedra het nie. Juis omdat sy nie outomaties die eiendomsreg op die boerdery of Ferarri herverwerf het nie, is daar ruimte om te argumenteer dat die voormalige skoonseun ongegrond verryk en sy ongegrond verarm is.<sup>50</sup>

As volgende voorbeeld word verwys na die geval waar 'n koopkontrak van grond deur 'n moderne stadsraad as verkoper aan 'n voorwaarde onderworpe gestel was dat die koper die perseel binne drie jaar moet ontwikkel. Hier bestaan geen twyfel dat die koopkontrak as verbintenisskeppende ooreenkoms by nienakoming van die verpligting asof onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde sal verval nie. Indien die eiendomsreg op die grond egter intussen regmatig deur registrasie op die koper oorgegaan het, kan die eertydse verkoper myns insiens nie plotseling weer die eiendomsreg weens sodanige "terugvalbeding" verwerf asof dit outomaties volg op 'n weeropheffing van die ingetrede regsgevolg nie. Selfs indien die koopkontrak as die onderliggende *causa* weens die nienakoming van die voorwaarde as weeropgehef tipeer word, het danksy die abstrakte stelsel die wegval van die onderliggende verbintenisskeppende ooreenkoms géén outomatiese opheffing van die reeds getransporteerde eiendomsreg tot gevolg nie. Nie eens 'n uitbreiding van die tipering van "ontbindend voorwaardelik" na die saaklike ooreenkoms kan binne 'n abstrakte stelsel plotseling die eiendomsreg na die voormalige reghebbende laat terugkeer en aan hom die *rei vindicatio* verleen om beheer oor "sy" saak terug te vorder nie. Hoogstens sal die stadsraad

47 "De schenkinge ... werd vernietigt indien hy daer nae kinderen teelt..." *Inleidinge* 3 2 18.

48 Sien die kritiese bespreking van die ander ou skrywers se standpunte oor die aspek waaruit afgelei word dat hoogstens 'n vorderingsreg gebaseer op ongegronde verryking vir die skenker ter sprake kan kom waar die *causa* vir die vermoënsverskuiwing wegval, maar geen *rei vindicatio* gebaseer op sy eiendomsreg nie – Sonnekus "Revocability of donations and beneficiary clauses in life insurance contracts – some comparative remarks" in Großfeld, Berger en Ebke (reds) *Festschrift für Otto Sandrock* (2000) 923 925-942.

49 Sien § 1 hierbo.

50 Sien ook die resente Duitse gesag bespreek in Sonnekus "Terugvordering van skenkings van voormalige skoonkinders en leerjongens" 2010 *TSAR* 357-372.

'n vorderingsreg op prestasie teen die koper in versuim hê om mee te werk tot sodanige oordrag van die eiendomsreg met herregistrasie, maar die eiendomsreg gaan nie asof deur magiese kragte plotseling weer uit sy boedel in die boedel van die stadsraad beland nie.<sup>51</sup> Anders as in die Romeinsregtelike voorbeelde hierbo vermeld, word nie vir die moderne Suid-Afrikaanse reg aanvaar dat die vervulling van die ontbindende voorwaarde of die terugvalbeding enige sakeregtelike werking het nie. Om dié rede het die stadsraad in die voorbeeld ook geen saaklike remedie soos die *rei vindicatio* om sy aanspraak op terugtransport van die perseel mee af te dwing nie. Dit impliseer natuurlik dat die vorderingsreg van die raad aan uitwissende verjaring onderworpe is wat nie die geval met die *rei vindicatio* sou wees nie.<sup>52</sup> Voorgaande uiteensetting van die regsposisie is in ooreenstemming met die heersende mening ten aansien van sowel die Duitse as moderne Nederlandse reg vir alle gevalle waar nie by wyse van 'n buitengewone statutêre bepaling 'n afwykende voorsiening getref is nie.<sup>53</sup> Asser-Sieburgh stel dit duidelik: "[H]et recht op dit goed [keert] niet ... door het wegvallen van de verbintenis van rechtswege naar de vervreemder terug ...; van 'goederenrechtelijke werking op deze grond ... is mitsdien in het geldende recht geen sprake meer."<sup>54</sup>

In die Suid-Afrikaanse reg is behoudens die ondeurdagte formulering in *Pillay v Nagan*<sup>55</sup> geen gerapporteerde regspraak (of enige akademiese diskoers) bekend waarin oortuigend aangevoer is dat by die nienakoming van 'n lasbepaling die eiendomsreg op die plaas wat die legataris *sub modo* toegeval het, plotseling weer terugvlieg in die boedel van die oorledene nie. Daar word wel aanvaar dat as voorsiening vir 'n substituuat bevoordeelde in so 'n

---

51 Sien Laurens *Die Ontstaan en Tenietgaan van Saaklike Regte in die lig van die Suid-Afrikaanse Stelsel van Aktesregistrasie* (1980 proefskrif SA) 139-140 en Sonnekus "Ontbindende voorwaarde, koop van grond en verjaring" 2005 *TSAR* 145-161 en "Vervalbeding as beperkende voorwaarde by koop van grond, verjaring en regsdwalings oor kenmerke van saaklike regte" 2018 *TSAR* 134-157 na aanleiding van die onlangse uitspraak van die hoogste hof van appèl in *eThekweni Municipality v Mounthaven (Pty) Ltd* ((1068/2016) 2017 ZASCA 129 (29 Sept 2017)). Die standpunt van Cronjé wat meen dat die saaklike ooreenkoms wel aan 'n voorwaarde onderworpe kan wees, bied geen klinkklare antwoord op die kritiek nie – *Eiendomsvoorbehoud by 'n Huurkoopkontrak van Roerende Sake* (1977 proefskrif SA) 177-199.

52 Sien die bespreking met verwysing na volledige gesag van hierdie aspek na aanleiding van die foutiewe uitspraak in *The Full Gospel Church in Southern Africa v Living Waters Community Worship Centre* (saakno 13531/06 (WKK) ongerapporteerde uitspraak van 2 Nov 2009) Sonnekus "Die *rei vindicatio* en verjaring – of nie" 2010 *TSAR* 576-590. In *Absa Bank Ltd v Keet* 2015 4 SA 474 (HHA) par 26 het die hoogste hof van appèl die ernstige mistasting soos uitgewys in 2010 *TSAR* reggestel: "I am aware that we are differing from a view that has been expressed in three judgments of this court, albeit in my view that none of those decisions was dependent upon the correctness of that view for the ultimate result. However, to the extent that this view could be seen as the ratio decidendi of those decisions, I would hold that it was incorrect. I am aware of the restricted basis upon which this court departs from its earlier decisions, but am of the view that this is one of those rare cases in which it is appropriate to do so."

53 Sien Westermann *Münchener Kommentar ad § 158* rn 57; Dilcher *Staudinger Kommentar ad § 158* rn 5b.  
54 6-I *Verbintenissenrecht – De Verbintenis in het Algemeen* (2016) § 184 en, naas Scheltema *De Goederenrechtelijke Werking van de Ontbindende Voorwaarde* (2003) 299-304, die uitvoerige gesag daar vermeld.

55 2001 1 SA 410 (D) 425D.

geval gemaak is, hy met sy vorderingsreg wat aan die vervulling van die opskortende voorwaarde onderworpe was, die saak van die voormalige legataris kan vorder. Outomaties word hy egter nie sakereglik die reghebbende wat hom van die *rei vindicatio* kan bedien nie. Voorgaande voorbeelde van die *utilis*-aksie met betrekking tot die *rei vindicatio* in die Romeinse reg bied dus geen aankopingspunt ter regverdiging van 'n moderne sessie van die *rei vindicatio* as remedie aan 'n regs subjek wat nog nie eens eiendomsreg op die saak gehad het nie. Selfs indien dit werklik in daardie Romeinsregtelike voorbeelde oor die *rei vindicatio* gehandel het wat plotseling weer die voormalige reghebbende toekom omdat kwansuis die eiendomsreg van regsweë magieserwys weer in sy boedel setel, berus die vervlietende vindiserende vordering nie op 'n ooreenkoms te dien effekte tussen die partye nie. Daardie voorbeelde is dus niksseggend vir doeleindes van die beantwoording van die vraag of 'n sessie-soortige oordrag van die *rei vindicatio* 'n oorweegbare moontlikheid kon wees.

## 2.2 Oordrag van die *rei vindicatio* kom wél ter sprake in 'n teks van Ulpianus

In *D 47 2 14* word in Ulpianus se kommentaar op 'n teks van Sabinianus wel gemeld dat die verkoper die *vindicatio* (soos ook die diefstalaksie (*actio furti*) én die *condictio*) aan die koper behoort oor te dra waar die saak voor lewering aan die koper van die verkoper gesteel is:

"natuurlijk zal ... [de verkoper] aan de koper de diefstalactie, de condictie en de eigendomsactie behoren over te dragen, en mocht hij op grond van deze acties iets verkregen hebben, dan zal hij dat aan de koper behoren af te dragen ...".<sup>56</sup>

In hierdie geval was die koper, anders as in die vorige gevalle waarna hierbo verwys is, nog nie eerder die eienaar van die saak nie juis omdat die saak nog nooit aan hom gelewer is nie ("si non tradita est ei res, furti actionem non habere, sed adhuc venditoris esse hanc actionem ..."). Dáárom het die koper nie die *rei vindicatio* nie en is daar ook geen sprake van 'n konstruksie soos die weeropheffing van die reeds ingetrede regsgevolg ter regverdiging van 'n herlewing van 'n reeds eerder verworwe *rei vindicatio* nie.<sup>57</sup> Al wat oorgedra word, is die vordering en daarmee word die verkryger nog nie eienaar nie, maar kan wel die tersake aksie/s teen die dief instel. Sy bateposisie gaan egter pas positief verbeter word indien hy weens die suksesvolle vordering met die beheersverkryging van die saak die eiendomsreg daarop verwerf.

In die omstandighede waarop dié teks van toepassing is, word die vordering wel los van die eiendomsreg aan die eiser wat nog nooit eiendomsreg op die saak gehad het nie, verleen en dít gee vir Jhering aanleiding tot die vraag of daar nie elders dan in die klassieke voorbeeld van die gesteelde koopsaak in die handelsverkeer eweneens 'n behoefte mag bestaan om wel

56 "mandare eum plane oportebit emptori furti actionem et conditionem et vindicationem, et si quid ex his actionibus fuerit consecutus, id praestare eum emptori oportebit..." vert Spruit, Feenstra ea, my kursivering. Sien verder die bespreking hieronder by n 66 ev en 114 ev.

57 By vervulling van 'n ontbindende voorwaarde vind 'n weeropheffing van die reeds ingetrede regsgevolge plaas, sien De Wet en Van Wyk *Kontraktereg en Handelsreg* (1978) 133.

sodanige ontkoppeling van die vordering vir afgifte van die beheer van die saak los van die onderliggende eiendomsreg te erken nie.<sup>58</sup>

### 3 Opvallende beperkings vir sodanige aanwending van sessie

Enkele beperkings op die algemene aanwending van iets soos 'n sessie van die *rei vindicatio* blyk reeds uit die voormelde voorbeeld. Eerstens word daarmee geensins die indruk gewek dat die reghebbende van die "gesedeerde" vordering plotseling daarmee as eienaar erken word nie. Selfs as daar ruimte is vir 'n sessie-soortige oordrag van die opvorderingsbevoegdheid aan die sessionaris, is dit geen gelykshakeling met 'n sessie van die eiendomsreg self nie. Tweedens impliseer 'n beperkte erkenning van sodanige oordrag van die opvorderingsbevoegdheid nie dat die oordraer willekeurig mag besluit om in plaas van te voldoen aan die "normale" leweringsvereiste, bloot die *rei vindicatio* aan die verkryger te verskaf nie. Derdens kan die oordraer waar die onderliggende *causa* vir die gebeurde 'n koopkontrak is hom nie lukraak eensydig só ontdaan van sy verpligting om aan die verkryger *vacua possessio* te verskaf nie.<sup>59</sup>

Die verkryger wat met so 'n sedeerde *rei vindicatio* vir lief neem moet met oop oë rekening hou met die gevolge van die ligging van die risiko, wat vandat die koop *perfecta* was, op hom rus.<sup>60</sup> Die sessionaris van die *rei vindicatio* vat dus die kans en is op risiko (risiko-leer) want die eiendomsreg bly steeds in die boedel van die sedent. Die sedent kan steeds daarvoor beskik, soos om dit te abandonneer of selfs aan 'n ander oor te dra.<sup>61</sup> Uiteraard pleeg hy dan wel kontrakbreuk jeens sy mede-kontraktant as sessionaris en laasgenoemde moet vir lief neem met sy vordering gebaseer op sy geskonde vorderingsreg. Voorgaande is 'n gevolgtrekking wat Jhering in sy gemelde artikel bereik het en dit hou direk verband met die destyds gangbare siening dat die sedent steeds die eiendomsreg behou en daarvoor, soos oor enige ander bate, kan beskik deur dit te abandonneer met 'n eensydige regsontdaningshandeling.<sup>62</sup>

---

58 Sien Jhering se oogmerk (n 2) 103-104 en dan sy gevolgtrekking: "Der von mir vorgeschlagene Gesichtspunkt einer in Connossement liegenden Cession der Vindication überhebt uns der Nothwendigkeit dieser Annahme und bietet uns ein ebenso einfaches wie vollkommen ausreichendes Erklärungsmittel des Verhältnisses dar" (181-182).

59 Sien vir die ontwikkeling van die verpligting en die waarborg teen uitwinning van die verkoper waar die *causa* vir die eiendomsverskaffing 'n koopkontrak was, De Zulueta *The Roman Law of Sale* (1966) 38 ev.

60 Sien oor die waarborg van *vacua possessio* Van der Merwe "Nemo plus iuris" 1964 *THRHR* 300 301; en na aanleiding van *Barclays Western Bank Ltd v Fourie* 1979 4 SA 157 (K) 162, Van der Merwe 1979 *Annual Survey* 226-227; Rabie en Sonnekus *Die Estoppelleerstuk in die Suid-Afrikaanse Reg* (2000) 24 en 211-213.

61 Om die rede verklaar Jhering: "das Recht des Cessionars ist ein höchst unsicheres" (n 2) 115.

62 Sien Scott se bespreking van die destydse standpunt mbt die objek van die sessie in die Duitse regsliteratuur wat pas later ontwikkel het tot die heersende standpunt dat die "voorwerp van die oordrag by sessie 'n persoonlike reg is" en nie bloot 'n aksie as remedie nie ((n 3) 108 en die gesag daar vermeld).



Die *rei vindicatio* kom deurgaans slegs ter sprake waar die eienaar nie meer self in beheer van sy saak is nie. Dié kwalifikasie volg reeds uit die tweede van die voormelde vereistes vir die remedie. Solank as wat die eienaar self nog in besit van sy saak is, kan hy nooit die *rei vindicatio* hê nie en getrou aan die *nemo plus iuris*-beginsel sou dit onmoontlik wees om wat die sedent nie self het nie aan die sessionaris te seeder. As die eienaar deur middel van 'n besitsdienaar steeds in besit is, beskik hy nog nie oor die *rei vindicatio* nie en kan sessie van dié vordering eweneens nie ter sprake kom nie. In die Romeinse reg is die oogmerk met sessie bloot om die vorderingsbevoegdheid te verleen aan die verteenwoordiger – dit is die *procurator* – en nie om laasgenoemde daar en dan reghebbende te maak nie.

Die oordrag van die *rei vindicatio* aan die koper in die teksvoorbeeld van Ulpianus maak hom nog nie die eienaar of reghebbende van 'n vermoënsregtelike bate nie. Die *rei vindicatio* is soos enige van die ander remedies hierbo vermeld, ook geen selfstandige bate los van die eiendomsreg waarvoor dit die voorkeur remedie is nie. Geen een van die remedies vorm 'n selfstandige batebestanddeel van die reghebbende se boedel nie en daarom vind geen negatiewe verandering in die eienaar se boedel plaas bloot omdat hy nie oor enige van die gemelde remedies in 'n gegewe geval kan beskik nie. Omdat die remedie geen bate is nie, kan dit ook nie à la 'n selfstandige bate oorgedra of oor beskik word nie. Terwyl sessie dus wel as voertuig vir die oordrag van die tersake bates dien, word geen bate oorgedra waar bloot die "Klagerecht" aan die *procurator* verskaf word nie.

Uit voorgaande is dit duidelik dat die konstruksie van 'n moontlike sessie-soortige oordrag van die *rei vindicatio* in 'n Romeinsregtelik gebaseerde regstelsel nie verwar kan word die vindingryke moontlikhede wat "assignment" in sy vele verskyningsvorme binne die Engelse reg bied nie. Vanuit 'n beginsel-oriënteerde perspektief soos eie aan 'n vastelandse regstelsel word die Engelsregtelike omgang met die "deed" wat as *eensydige* regshandeling tipeer word en waarmee selfs sonder die medewerking of medewete van die verkryger kwansuis alle vermoënsregte en dus ook saaklike regte oorgedra kan word, as ondeurdag bestempel. Binne die *common law*-familie is dit nie opspraakwekkend om te aanvaar dat 'n opvorderingsaksie soos die *rei vindicatio*, soos trouens die onderliggende eiendomsreg ook somer sonder besitsverskaffing en sonder 'n saaklike ooreenkoms oorgedra kan word nie. "Naar Anglo-Amerikaans recht is een overdracht door middel van een 'deed' een volmaakt geldig alternatief voor een overdracht door middel van bezitsverschaffing. ... Dit laaste nu is voor de continentale jurist een tamelijk curieus gegeven."<sup>63</sup>

#### 4 Jhering se konstruksie van sessie van die *rei vindicatio*

Jhering kom met sy konstruksie tot die gevolgtrekking dat in die lig van die enkele tersake Romeinsregtelike voorbeeld uit die *Corpus Iuris* wél betoog kan word dat niesteenstaande

---

63 Zwolve Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht – Zakenrecht (2003) 357 en 356.

die in beginsel aksessore verkoppeling van die *rei vindicatio* as remedie aan die eiendomsreg, daar wel ruimte mag bestaan om vir bepaald omskrewe doeleindes voorwaardelik die remedie oordraagbaar te ag. Sodoende kan die opvorderingsbevoegdheid (soos die geval is waar deur sessie 'n vermoënsreg oorgedra word), wel aan die (nog) nie-eienaar verleen word. Die sleutel sit egter in die kwalifikasie: slegs waar daar 'n duidelike praktyks- of handelsbehoefte daartoe is én waar die oordraer van die opvorderingsbevoegdheid inderdaad self aan die vereistes van die *rei vindicatio* voldoen. Vir Jhering is deurslaggewend dat dit slegs ter sprake kom waar die saak nie (langer) in die feitelike beheer van die eienaar as oordraer is nie, maar wel in die beheer van 'n derde is wat egter nie as die eienaar se besidsdienaar die saak hou nie.

Vir Jhering kom sessie van die *rei vindicatio* slegs ter sprake waar die eienaar nie in besit van sy saak is nie, want die eienaar wat steeds in besit is, voldoen immers nooit aan die vereistes van die remedie nie: "denn wenn der Eigenthümer selbst besaß, gab es keine *reiv.*, die er hätte cediren können."<sup>64</sup> Konsekwent hiermee kan die eienaar wat steeds die *rei vindicatio* tot sy beskikking het ook nog nie as 'n "ongegronde verarmde" hom van die *conditiones* uit die verrykingsreg bedien nie.<sup>65</sup>

Sessie van die *rei vindicatio* het vir Jhering geen vermoënsregtelike regsverandering tot gevolg nie. "Die Session ist nach römischem Recht bekanntlich keine Uebertragung des Rechts selbst, sondern der Klage, und wenn man sie bei persönlichen Klagen zuliess, so ist nicht abzusehen, warum es bei dinglichen Klagen anders hätte sein sollen."<sup>66</sup> Die sessionaris word pas eienaar wanneer hy op sterkte van die seederde *rei vindicatio* suksesvol die afgifte van die saak van die houer gevorder het en dus werklik in beheer van die saak kom.

Vir Jhering het die sessie van die *rei vindicatio* dus nie die sakeregtelike regsposisie ten aansien van die saak verander nie en is dit om die rede geen volwaardige alternatiewe regsverkrygingsvorm naas lewering vir roerende sake nie. Die bevoegdheid om met die *rei vindicatio* die saak uit derde hand op te vorder, kan syns insiens egter wel los van die eiendomsreg voorwaardelik oorgedra word. "Voorwaardelik", want in bepaalde gevalle, soos by insolvensie van die skeepskaptein as karweier of die bankrot van die verkryger, kan die oordraer steeds as eienaar van die *rei vindicatio* gebruik maak. Die opvorderingsremedie is dus nie met hierdie konstruksie vir Jhering resloos oorgedra nie, want om in daardie gevalle steeds te kan vindiseer, veronderstel "daß seine *reiv.* durch die Cession nicht schlechthin und absolut für ihn verloren gegangen ist".<sup>67</sup> Die eiendomsreg as vermoënsreg bly ook ná die sessie van die *rei vindicatio* onveranderd in die boedel van die oordraer en gaan pas oor

64 "want as die eienaar self in besit van sy saak is, is daar geen *rei vindicatio* wat hy kon seeder nie" – Jhering (n 2) 106.

65 (n 2) 122-123.

66 Jhering (n 2) 104. Sien vir die wesenlike implikasies van hierdie gegewe vir die aanwending van 'n verrykingsvordering Sonnekus *Ongegronde Verryking in die Suid-Afrikaanse Reg* (2017) 120-129 en die gesag daar vermeld. Solank die eienaar steeds as eienaar die *rei vindicatio* het om sy verlore beheer van sy saak terug te vorder van die onregmatige besitter, is hy nie ongegrond verarm weens 'n ongegronde verlies van sy eiendomsreg nie en kan die *conditiones* nie ter sprake kom.

67 (n 2) 184.

wanneer die sessionaris daadwerklik suksesvol die beheer oor die saak van die houer verkry het.

Met die konstruksie kon Jhering verklaar hoekom die sedent steeds oor die *rei vindicatio* beskik indien hetsy die sessionaris of die skipper as besitsdienaar voor feitlike beheersverkryging deur die sessionaris bankrot sou gaan.<sup>68</sup> Hierdie oplossing beskerm dus die belange van die oordraer teenoor dié van derdes in wie se hande sy sake weens so 'n onvoorsiene verandering in die beplande verloop van sake beland het.

Jhering se konstruksie het 43 jaar later in 'n wesenlik aangepaste vorm neerslag in die Duitse reg gevind in § 931 *BGB*. Terwyl Jhering se sessie-konstruksie slegs vir die oordrag van die opvorderingsbevoegdheid voorsiening gemaak het, maar geen sakeregtelike verandering ten aansien van die saak te weeg bring nie, skep die gemelde artikel in die wetboek wél 'n moontlikheid sodat partye in daardie gevalle waar die tersake roerende saak nie in die beheer van hetsy die oordraer of die ontvanger is nie, maar wel in beheer van 'n derde is, tog sakereglik daarvoor kan beskik: "Abtretung des Herausgabeanspruchs – Ist ein Dritter *im Besitz* der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt."<sup>69</sup>

Binne die helder begripsmatige onderskeid eie aan die Duitse regstaal, val die klem op die feit dat die derde die *besitter* en *nie* die *besitsdienaar* van die oordraer nie is. Met dié kwalifikasie, wat direk na Jhering se formulering herlei kan word, word in beginsel ook verseker dat die konstruksie nie as willekeurige alternatief benut kan word deur 'n oordraer wat steeds in besit van die objek van die saaklike ooreenkoms is, maar vir wie dit bloot lastig is om daar en dan die saak fisies te lewer nie. Vir daardie gevalle kan *constitutum possessorium* immers benut word mits aan daardie vereistes voldoen word.<sup>70</sup>

Hierdie konstruksie van die Duitse wetgewer is nie te verwar met 'n konstruksie soos *attornment* waar die derde besitsdienaar bly nie. (Hieronder in § 7 word na daardie leweringsvorm van Engelsregtelike herkoms teruggekeer.)

Die Nederlandse wetgewer het byna 'n eeu later eweneens by die konstruksie van § 931 *BGB* én die deurslaggewende kwalifikasie van die aanwendingsgebied daarvan aangeklamp nadat die *hoge raad* in die vooraf fase waar die moontlike verbeterings aan die ou *Burgerlijk Wetboek* onder die vaandel van die onderskeie *Ontwerpe* indringend bespreek is, telkens gestuit het teen 'n ont koppeling van die *rei vindicatio* van die eiendomsreg waaraan dit ak-sessor verkoppel is en geen erkenning aan 'n blote sessie van die *rei vindicatio* wou verleen nie.<sup>71</sup> Daardie hoogste hof het herhaaldelik bevind dat die *rei vindicatio* as remedie nie by

68 (n 2) 182 by n 57 gelees met 184.

69 § 931 *BGB* – my kursivering.

70 Sien Westermann, Gursky en Eickmann *Westermann Sachenrecht* (1998) 327: "Die Übereignung nach § 931 ist ausgeschlossen, wenn der Veräußerer selbst unmittelbarer Besitzer ist" met verwysing na RGZ 143, 275; Westermann (red) *Erman Bürgerliches Gesetzbuch* (2004) 3334: "Die Abtretung des Herausgabeanspruchs ist der Übergabe gleichgestellt"; Wilhelm *Sachenrecht* (1993) 260-261; Wieling *Sachenrecht* (2001) 99-100.

71 Merkwaardigerwys blyk nie uit die Nederlandse regspraak dat op enige stadium oorweging geskenk is aan die aanklamping by wyse van analogie tot die gemelde Ulpianus-tekste nie. Sien bv die uitvoeringe

ontstentenis van 'n spesiale statutêre nuutreëling soos wat gemelde § 931 *BGB* vir die Duitse reg teweeggebring het, los van die saaklike reg oordraagbaar kan wees nie.<sup>72</sup> Dit is veelseggend dat in beide regstelsels nieteenstaande die gemene Romanistiese onderbou 'n moderne toepassing van die Ulpianus-tekst sonder statutêre omlyning van sy aanwendingsgebied nie aanvaarbaar was nie terwyl in beide regstelsels (soos trouens in die Suid-Afrikaanse reg ook) wél 'n analogie vir die konstruksie van Jhering in die konnossement gevind sou kon word.

## 5 Konnossement as analogie

Jhering het vir sy konstruksie destyds 'n uitgebreide aanloop vanuit die Romeinsregtelike tekste geneem, maar sluit in sy bespreking van die moontlikheid van 'n sessie-soortige oordrag van die opvorderingsbevoegdheid aan by die bekende konnossementsfiguur.<sup>73</sup>

Van 'n konnossement word gebruik gemaak om die sakeregtelike lotgevalle te verklaar van die vermoënsreg ten aansien van die ware wat 'n verkoper per see vervrag, vanaf die moment wat die skeepskaptein die vraag van die vervragter aan boord neem tot die geadresseerde as nuwe eienaar dit in ontvangs neem aan die ander kant van die seeweg. Die oordraer dra nie sy eiendomsreg oor aan die skeepskaptein nie en verleen ook geen beskikkingsbevoegdheid oor sy saak aan laasgenoemde nie. Die oordraer sowel as die verkryger bedoel ook nie noodwendig om die skeepskaptein as besitsdienaar vir doeleindes van eiendomsoordrag en -verkryging te benut nie. Aangesien daar in Jhering se tyd vóór radios en selfone geen betroubare manier was waarop die vervragter op die sekonde na presies kon weet wanneer die vaartuig en ware sy bestemming bereik nie, kan die moment waarop die oordraer sy *animus* moet wysig en bedoel om die saak oor te dra ook nie geloofwaardig versin word nie. Selfs as die rol van die kaptein, soos by 'n *attornment*-figuur, as die van 'n besitsdienaar konstrueer sou word, is daar geen manier waarop die drie partye op die juiste moment die nodige wilsooreenstemming sou kon vorm om eiendomsoordrag te bewerkstellig nie. Daarom dat Jhering so skerp kritiek uitspreek teen die besitswilfiksies waar dit niks meer as 'n fiksie is nie. Sy gevolgtrekking is oortuigend dat behoudens 'n onaanvaarbare beroep op dusdanige fiksies kan die effektiewe werking van die konnossement om wel die sakeregtelike oordrag te bewerkstellig slegs analoog aan 'n sessie van die opvorderingsbevoegdheid verklaar word. Deur die verkryger te voorsien van die konnossementsbrief ten aansien van die vraag kan hy wel die besit van die saak van die kaptein na aankoms opvorder nieteenstaande die feit dat

---

bespreking deur Van der Lely "De (on)overdraagbaarheid van de revindicatie" 1994 *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 54.

72 Sien die sogenaamde *Zeven Provinciën*-saak HR 27 apr 1979, NJ 1981, 139. Hieronder word afsonderlik gelet op daardie wetgewer se oplossing soos vervat in die huidige a 3:95 *BW*.

73 (n 2) 176 ev.

hy tot dan nog nie aan die publisiteitsvereiste van beheersverkryging kon voldoen nie. Trouens, die oorspronklike sessionaris as bestemde ontvanger van die ware kan selfs terwyl die vrag nog ter see is met 'n opvolgende koper ooreenkom om die opvorderingsbevoegdheid beliggaam in die konnossementsbrief aan laasgenoemde oor te dra sodat dié met die aankoms van die vaartuig die ware van die kaptein kan vorder en sal dan na besitsverkryging eiendomsreg daarop verwerf. In die sin het die seehandel volgens Jhering 'n identifiseerde behoefte aan soepelheid met die konnossementsbrief opgelos sonder om formeel die konstruksie 'n sessie van die *rei vindicatio* te bly noem.

Dat verkryging van die konnossementsdokument met verloop van tyd inderdaad as plaasvervangend vir die feitelike beheersverkryging van die daarin beliggaamde sake erken word, was 'n natuurlike ontwikkeling van die figuur ten einde aan die identifiseerde handelsbehoefte en -praktyk te voldoen.<sup>74</sup> In *Numill Marketing CC v Sitra Wood Products Pte Ltd*<sup>75</sup> beslis die hof dat feitelike lewering van sodanige dokumente as plaasvervangend vir die daarin vervatte sake dien, mits die afspraak tussen die voormalige besitter en die huidige beheerder is dat laasgenoemde as eersgenoemde se besitsdienaar optree en feitelike beheer sal uitoefen ten bate van die besitsheer tot tyd en wyl hy 'n ander opdrag van die besitsheer ontvang:

"There is no magic in an original bill of lading. A bill of lading is a symbol of delivery, the handing over of which to the purchaser will, if the necessary mutual intention is also present, transfer ownership. Before such handing over of the symbol, the seller can change its mind and transfer ownership to a new purchaser by effective delivery of the goods purchased. This he can do *by agreeing with the carrier* to endorse the original bill of lading from 'to order of shipper' to the order of the new purchaser and delivering it; or he can, *by agreement with the carrier*, cancel the original and issue a copy suitably endorsed, and deliver that to the new purchaser. In principle he should also be able to give effective possession in any other manner, *with the co-operation, naturally, of the carrier*, who must be released from his obligation to the shipper to act in terms of the original bill of lading."<sup>76</sup>

Vir die regter staan en val 'n suksesvolle beroep op sodanige simboliese leweringsvorm as sodanig by die vraag of die feitelike beheerder ("carrier") instem en bedoel om as besitsdienaar vir die aangeduide nuwe besitsheer op te tree. Die formulering van die regter verskil van Jhering se oerkonstruksie wat met die sessie van die opvorderingsbevoegdheid nog nie 'n sakeregtelike verandering teweegbring nie, maar wel aan die aldus gelegitimeerde opvorderaar 'n middel verskaf om beheer van die saak te verkry en dáárdeur eiendomsreg te bekom.

74 Sien vir die moderne Suid-Afrikaanse reg *Lendlease Finance (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola* 1976 4 SA 464 (A); Du Toit "Silo receipts used in the futures market and bills of lading as documents of title" 2007 *TSAR* 223, 452.

75 1994 3 SA 460 (K) 473C.

76 474H-I – my kursivering.

Die oomblik wat die handelsverkeer egter die vragbrief as enigste titeldokument erken, kan daarsonder geen feitelike beheersverkryging plaasvind waaraan die reg gevolg heg nie. Dan kwasië vervang die dokument die sake waarvoor dit instaan en gaan dit nie meer oor 'n blote oordrag van die *rei vindicatio* as opvorderingsremedie aan die verkryger nie.<sup>77</sup>

"Hier [im Connossement] dient das Cessionsdocument dem Verkehr practisch als juristisches Surrogat der Sache, d.h. er überträgt letzteres statt der Waare; wer das Connossement in Händen hat, ist legitimirt, als Vindicant aufzutreten ... ungeachtet der Besitz und damit das Eigenthum der Waare noch nicht auf ihn übergegangen ist."<sup>78</sup>

In die klassieke Romeinse reg is reeds aanvaar dat oorgawe van die enkele sleutel tot die pakstoor ook die feitelike beheer verskaf oor die graan in daardie pakstoor geberg. Jhering self verwys na die konnossementsbrief as "Schlüssel zur Waare".<sup>79</sup> Die vragbrief is dan eerder vergelykbaar met die sleutel van ouds. Die ontvanger van die vragbrief is beskikkingsbevoeg ten aansien van daardie lading en dit geskied onafhanklik daarvan of die skipper onder wie se beheer die vrag ter see is, hoegenaamd daarvan kennis dra, wat nog te sê sy beheerswil tydig wysig. Jhering breek met sy beklemtoning van die sessie moontlikheid met die kunsmatige speel met die fingeerde besitswil asof 'n besitsdienaar-verhouding ter sprake is in dié seevervoer-gevalle – "ein leeres Spiel mit dem Besitzwillen".<sup>80</sup> Die konnossement bied die moontlikheid om ook met tussenkoms van die gereg wel eksklusief beheer te kan neem oor die sake daarin verwoord.

"[D]as Connossement [setzt] den Destinatär ... in ein unmittelbares rechtliches Verhältniss zu den noch nicht an ihn abgelieferten Waaren, ... und dass der Destinatär diese seine Macht über die Waaren durch

---

77 Sien in hierdie verband a 1 van die Haagse Reëls soos gewysig deur die Brussel-Protokol, 1968 (Internasionale Konvensie vir die Unifikasie van Sekere Regsreëls met betrekking tot Skeepsvragbriewe onderteken te Brussel 25 Aug 1924, soos gewysig deur die Protokol onderteken te Brussel 23 Feb 1968 en wat tans deel uitmaak van die Suid-Afrikaanse reg as 'n bylae by die Wet op Goederevervoer oor See 1 van 1986). Maar vgl a 4 van die Wet op Seevervoerdokumente 65 van 2000 wat die indruk wek of niks meer as vorderingsregte oorgedra word nie en dus nie *prima facie* aandui dat die saaklike regte eweneens oorgedra is nie: "Oordrag van regte en verpligtinge – (1) Die houer van 'n seevervoerdokument – (a) is onderhewig aan dieselfde verpligtinge teenoor en geregtig op dieselfde regte teen die persoon deur wie of namens wie die dokument uitgereik is of wat verantwoordelik is vir die uitvoering van die vervoerkontrak waarvan die dokument getuig of wat in die dokument vervat is asof die houer 'n party by 'n kontrak met daardie persoon is op die voorwaardes van die dokument; en (b) word geag die *sessionaris te wees van alle vorderingsregte* vir die verlies van of skade aan die goedere genoem in die dokument, hetsy voortspruitend uit die kontrak of die eienaarskap van die goedere of andersins. (2) 'n Houer wat 'n seevervoerdokument oorgedra het, *word geag sy of haar regte te sedeer het* en sy of haar verpligtinge aan die nuwe houer te delegeer het, behalwe vir sover daardie regte of verpligtinge voortspruit uit 'n *delectus personae* wat op die houer betrekking het" – my kursivering.

78 Jhering (n 2) 108.

79 (n 2) 178 en 179.

80 179.

Cession oder (wenn es auf Ordre lautet) durch Endossement des Connossements auf einen Andern übertragen kann."<sup>81</sup>

Jhering erken met sy konstruksie dus 'n vóórfase wat logieserwys, hoewel dit nie noodwendig bewustelik so uitgespel word nie, aanleidend kon wees tot die volwaardige konnossementsgedagte. In sodanige gevalle word wel erkenning verleen aan 'n oordrag van net die opvorderingsbevoegdheid van roerende sake waar die oordraer nie meer in beheer van sy saak is nie, maar waar daar (nog) nie sprake van 'n erkende surrogaat vir beheersverkryging vervat in 'n bepaalde dokument is nie. In die Duitse reg word die aanwending van die regsfiguur veral by die sogenaamde oordrag van waardepapiere noemenswaardig.<sup>82</sup> As dit steeds vir die voormalige eienaar moontlik is om regtens relevant te beskik oor die saak sonder die dokument word dié vereiste nie vervul nie.

Vir Jhering kan die sedent as eienaar by die sessie-gevalle steeds as sodanig regte ten aansien van die saak afdwing: "der Cedent behält es [di die eiendomsreg] auch jetzt noch ...".<sup>83</sup> Die regsposisie van die eienaar moet egter in gevalle van 'n botsing van belange met dié van die sessionaris 'n tweede plek inneem soos die geval sal wees as sowel die eienaar as die sessionaris sou probeer om die beheer van die saak van 'n derde as onregmatige besitter te vorder. Hierdie "oplossing" herinner aan die destydse leer ten aansien van die regsposisie van die oningeligte prestasieskuldenaar wat nieteenstaande die voltooide sessie steeds bevrydend aan die sedent kan presteer.

Enige verdieping van die blote sessie van die *Klagerecht* ten einde die houer van 'n erkende legitimeringsdokument à la 'n konnossement wel reeds reghebbende van die tersake saaklike reg te maak vóór feitelike beheersverkryging, behoef sanksionering hetsy vanuit die gemenerereg weens vasstaande gebruik in die bepaalde sfeer óf danksy 'n statutêre reëling te dien effekte. Dan kan dit as 'n bepaalde alternatiewe legitimeringsvorm wel as surrogaat vir besittingsverkryging dien.

In die Suid-Afrikaanse reg kan die eienaar van 'n gesteelde fiets nie eiendomsreg op die fiets aan 'n ander oordra nie. Dit kan nie, selfs nie as die koper snuf in die neus het wie die dief is én meen dat hy die fiets by laasgenoemde sal kan opvorder nie. By ontstentenis van 'n erkenning van sessie van die *rei vindicatio* na analogie van die Ulpianus-tekste kan die eienaar nie die opvorderingsbevoegdheid aan die koper oordra nie.

Selfs die registrasiedokumente van motorvoertuie in die voertuighandel geniet ondanks die daaglikse plaag van voertuigdiefstalle steeds nie dermate erkenning dat dit sakereglik as surrogaat vir die beheer oor die voertuig aanvaar word, soos die geval kon wees as dit

81 (n 2) 178; Jhering se gebruik van die begrip "Destinatär" vir bestemde kan herlei word na die Franse leenwoord wat ivm seevragbriewe gebruiklik is om die ontvanger van die versende ware aan te dui. Sien ook Diederichsen se waardering vir dié formulering – (n 2) 181.

82 Sien Martinek "Sachenrecht" in Herberer, Martinek, Rußmann en Weth *Juris Praxis Kommentar* (2009) 403 *ad* § 931 *BGB*. Die regsposisie na dematerialisering van aandele in die Suid-Afrikaanse reg mag hiermee vergelykbaar wees.

83 (n 2) 115; sien ook Diederichsen (n 2) 181.

analoog aan 'n titeldokument soos by 'n konnossement erken was nie. Die koper verkry nie eiendomsreg op die nuwe voertuig met die oorhandiging van bloot die registrasiedokumente nie. Om dié rede kan 'n versekeraar ook nie eiendomsreg op die gesteelde voertuig verwerf bloot deur ontvangs van die registrasiedokument daarvan na uitkering van die versekeringsbedrag aan die besteele eienaar nie. Sou die Suid-Afrikaanse wetgewer wel die voorstelle wat reeds jare gelede gemaak is in die verband aanvaar het en voorsiening gemaak het vir 'n betroubare rekenaarmatige voertuigregistrasiestelsel, kon die posisie van die versekeraar soos ook die van die kredietverskaffer wat die voertuig as sekerheidsobjek wil benut effektief aangespreek gewees het. Hoewel 'n benutting van die moontlikhede geskep in die Wet op Sekerheidstelling deur middel van Roerende Goed vir die kredietverskaffer 'n oplossing los van die besitsgebonde vuispand bied, is dit skrale troos vir die versekeraar se probleem.<sup>84</sup> Uit Jhering se artikel blyk nie dat hy so ver sou gaan as om van die seederde *rei vindicatio* self 'n afsonderlike vermoënsbate te maak sodat daar plotseling naas die eiendomsreg as vermoënsbate ook 'n afsonderlike bate in die vorm van die *rei vindicatio* erken moes word nie. Die sessie van die *rei vindicatio* is dus nie vir Jhering 'n alternatiewe wyse waarop die saaklike reg as vermoënsreg oorgedra kan word nie. Pas die statutêre nuutskepping met die "Abtretung des Herausgabeanspruchs" sou in die Duitse reg en later in die Nederlandse reg uit die konstruksie van Jhering tot sodanige regsveranderende konstruksie ontwikkel.

## 6 Geen onvoorwaardelike reslose oordrag van die Klagerecht nie

Hierbo is reeds aangedui dat Jhering 'n belangrike kwalifikasie aan die sessie van die *rei vindicatio* koppel. As die saak onregmatig deur die skeepskaptein in die voormelde voorbeeld onderweg aan 'n derde gelewer word, het die vervragter as "sedent" steeds die *rei vindicatio* om sy saak van die derde as onregmatige besitter terug te vorder nieteenstaande die oordrag van die opvorderingsbevoegdheid aan die verkryger. Omdat eiendomsreg nog nie oorgedra is nie, is hy steeds die eienaar en beskik dus, behoudens 'n klaarblyklik stilswyend afgesproke beperking, steeds oor die remedie. Die vermelde beperking hou in dat die vervragter se benutting van die *rei vindicatio* opgeskort is mits die sessionaris al sy prestasieverpligtinge jeens die sedent nakom. Sou hy egter wanpresteer en byvoorbeeld weens sy insolvensie nie die afgesproke koopprys betaal nie, verval die opskorting en kan die vervragter sonder 'n hersedering van die *rei vindicatio* direk sy saak in die derde hand opvolg. Dít is noemenswaardig, want ná die sekwestrasie van die insolvente sessionaris sou hy nie oor die bevoegdheid beskik het om die ooreenkoms te sluit wat tot die hersessie moet lei nie.

Die derde aan wie die ondernemende dog skelm vragmotorbestuurder onderweg van Durban na Johannesburg die vrag aan hom toevertrou lewer, kan behoudens moontlik 'n verweer

---

84 57 van 1993.



soos estoppel hom ook nie effektief teen die *rei vindicatio* weer nie. Die bestuurder wat geen beskikkingsbevoegdheid verkry het nie, kon ooreenkomstig die *nemo plus iuris*-beginsel ook geen méér regte op die saak oordra as wat hy self sou gehad het nie – en hy had geen. Die bestemde kan egter steunend op die sessie van die opvorderingsbevoegdheid wel teenoor alle ander aan wie die bestuurder onregmatig die saak gelever het die opvorderingsbevoegdheid ten aansien van die saak uitoefen. In dié sin is die konstruksie myns insiens direk vergelykbaar met die posisie van die Romeinsregtelike koper in die hierbo vermelde *D 47 2 14*-teks<sup>85</sup> én die voorbeeld (c) by Westermann, Gursky en Eickmann.<sup>86</sup>

Hieruit blyk dat volgens Jhering die sessie-soortige beskikking oor die opvorderingsbevoegdheid nie die vorderingsklag resloos oordra aan die bestemde as sessionaris nie, maar 'n tweede vorderingsklag ten gunste van die sessionaris skep en tegelyk voorwaardelik per afspraak die bevoegdhede van die eienaar beperk om self sy nog resterende *rei vindicatio* te kan benut as die ware nie soos beplan teen die ooreengekome *quid pro quo* aan die geadresseerde gelever is nie. Vir Jhering is dit duidelik dat re-sessie ook nie nodig is eer die vervrager as eienaar kan optree om sy saak uit die bankrotboedel van die skeepskaptein of selfs van die sessionaris waar die hom nog nie betaal het nie, op te vorder nie. Hierdie is 'n geval waar juis die lotgevalle van die opvorderingsbevoegdheid in die lig van 'n eventuele insolvensie-gebeure klinkklaar aantoon dat die opvorderingsbevoegdheid as sodanig vir Jhering geen bate in die boedel van die insolvent vorm nie.

## **7 Attornment 'n noodshulp maar geen reddingsboei vir alle leemtes in die Romeins-Hollandse regsnorme waar normale lewering nie moontlik is nie**

Die konnossement (of *celen* soos bekend aan die moderne Nederlandse reg) word wel in die moderne Romeins-Hollandse reg erken in die gedaante van die ladings- of vragbriewe vir doeleindes van seehandels en die verwante handel in byvoorbeeld groot-maat graan of olie waar weens die aard van die omstandighede met die transaksie en/of die aard van die sake as objek van die eiendomsverkryging 'n werkbare alternatief tot die streng *traditio*-vereistes gevind moes word. In ander meer "alledaagse" gevalle waar die oordraer nie self in beheer van sy saak is en deur beheersverskaffing aan die verkryger die eiendomsreg kan oordra nie het *attornment* as verplanting uit die Engelse reg inslag gevind.

Waar *attornment* in die Suid-Afrikaanse reg inslag gevind en erkenning verkry het, is dit 'n volwaardige alternatief tot die *traditio*-vereiste. In die Romeins-Hollandse reg was geen uitgewerkte vergelykbare regsfiguur bekend nie met die gevolg dat die leemte in die Suid-Afrikaanse reg gevul is met 'n aanpassing van die Engelsregtelike *attornment*-figuur vir

85 Sien § 2.2 hierbo.

86 (n 70) 327. In die gemelde voorbeeld (c) bespreek die outeurs die probleem van die gesteelde fiets waarna hierbo ná n 83 in die teks verwys is.

daardie gevalle waar die saak wat gelewer moet word ten einde aan die *traditio*-vereistes vir eiendomsverkryging te voldoen, nie langer in die feitelike beheer van die oordraer nie, maar wel in die beheer van sy verteenwoordiger is. Die gemene van die verteenwoordigers-figuur by die Romeinsregtelike *procurator* en by die grondbetekenis van "attorn" kan nie ontken word nie hoewel die *procurator* dan nie as besitsdienaar opgetree het nie.

'n Tipiese aanwending van *attornment* in die Suid-Afrikaanse reg is by krediettransaksies met 'n verdiskonteringsklousule soos waar die Wiele-Bank die kredietverkope verdiskonteer, maar slegs mits die voorbehoue eiendomsreg deur die verkoper oorgedra word aan die bank as kredietverskaffer sodat die bank, waar nodig, op sy voorbehoue eiendomsreg kan steun om 'n uitsonderingsreg in geval van insolvensie<sup>87</sup> of bloot by betalingstraagheid van die skuldenaar af te dwing. Sodoende word sy potensieële benadeling beperk. Dié versekerde posisie van die kredietverskaffer is egter direk afhanklik daarvan dat hy as eienaar oor die *rei vindicatio* beskik en daarvoor moes hy eers langs die konstruksie van *attornment* eiendomsreg oor die voertuig verkry het.

Die Suid-Afrikaanse howe is bedag op die uitsonderlike aard van die figuur en dat die wesenlike afwyking wat dit van die normale *traditio*-vereistes meebring die deur mag open vir bedrieglike omseilings van die normale publisiteitsvereiste en het gevolglik strikte vereistes vir die aanwending daarvan ontwikkel.<sup>88</sup>

Die klem val ná die spitsformulering deur die appèlhof by *attornment* telkens op die presiese inkleding van die besitswil van alle betrokkenes. Daar word nougeset gelet op die wilsverandering wat die bedoeling van die *detentor* moet ondergaan wat aanvanklik as besitsdienaar namens die oordraer en daarna as besitsdienaar namens die ontvanger moet hou.<sup>89</sup> Die koper van die voertuig moet aanvanklik bedoel om as besitsdienaar op te tree namens die verkoper wat eiendomsreg voorbehou het, maar moet ook gewillig wees om wanneer hy kennis ontvang van die voorgenome verdiskontering aan die bank, van daardie moment af nie langer as besitsdienaar vir die motorhandelaar nie, maar wel vir die bank beheer oor die voertuig uit te oefen. As die drie-party-wilsooreenstemming daadwerklik aantoonbaar is, kan sonder bedenkinge 'n beroep op *attornment* as leweringsvorm gedoen word. Die probleem is egter om dit aan te toon.<sup>90</sup>

Ook Jhering het beklemtoon dat in 'n konstruksie waar van 'n besitsdienaar as houer gebruik gemaak word, die deurslaggewende moment dié is waarop al drie die tersake partye tegelyk die inhoud van hul besitswil jeens die saak moet wysig: "in dem Momente ... müßte nun

---

87 Soos beheers deur a 84 van die Insolvensiewet 24 van 1936.

88 Sien *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 (A) 924; *Barclays Western Bank Ltd v Ernst* 1988 1 SA 243 (A) 255; *Concor Construction (Cape) (Pty) Ltd v Santambank Ltd* 1993 3 SA 930 (A); *Singh v Santam Insurance Ltd* 1997 1 SA 291 (A) 297B; Sonnekus "Attornment as leweringsvorm by sekerheidstelling en regsekerheid" 1988 *THRHR* 534-543.

89 Sien Van der Merwe *Sakereg* (1989) 326-332; Sonnekus en Neels (n 7) 400-402; Badenhorst, Pienaar en Mostert *Silberberg and Schoeman's The Law of Property* (2006) 194.

90 Sien weer die probleme wat die partye in onderskeidelik die *Air-Kel*- en *Ernst*-sake (n 88) ondervind het. Sien Van der Merwe en Neethling 1973 *THRHR* 86 89.

eine Aenderung in dem Besitzwillen des Schiffers vor sich gehen ...."<sup>91</sup> Juis omdat in 'n era vóór radiokommunikasie daardie moment nie vasstelbaar was nie, is die konstruksie nie 'n geloofwaardige oplossing in die seehandel-voorbeeld nie en is sessie van die opvorderingsbevoegdheid as beter alternatiewe konstruksie ontwikkel tot dit binne die toepaslike handelspraktyk deur konnossement vervang is.

Vir doeleindes van *attornment* word die publisiteitsvereiste nie versag nie en daarom word dit as één van die konstruktiewe leweringsvorme erken hoewel dit geen "Mädchen für Alle" is nie.<sup>92</sup>

## 8 Behoeft in moderne handelsverkeer aan sessie van die opvorderingsbevoegdheid?

Die handelspraktyk behoeft myns insiens by volhardende ontstentenis van 'n erkende registrasiestelsel vir roerende sake wat as alternatiewe legitimeringsvorm kan dien, wel 'n regsfiguur wat voorsien dat 'n belanghebbende as toekomstige eienaar aanspraak op besitsverskaffing teenoor die huidige onregmatige besitter kan maak ten einde daarna eiendomsreg te kan verkry op 'n roerende saak. Dit behoort moontlik te wees nieteenstaande die feit dat die saak nie in die beheer van die oordraer of in laasgenoemde se besitsdienaar se beheer is nie én die handelsgebruik nog nie 'n dokument soos die vragbrief as alternatiewe legitimeringsvorm vir sodanige gevalle erken nie.

Hierbo is aangetoon dat dit tipies die penarie van die versekeraar van 'n gesteelde voertuig is wat graag met die uitbetaling van die versekeringsom vir die gesteelde voertuig 'n aanspraak op die voertuig wil verwerf ten einde dit, sou die voertuig wel opgespoor word, direk uit die onregmatige besitter se hande te kan opvorder. Dieselfde geld die koper van die gesteelde fiets in die voorbeeld hierbo vermeld. Hoewel die Romeinsregtelike voorbeeld waarna Ulpianus en Sabinianus verwys,<sup>93</sup> nie 'n versekeraar betrek nie, kwel dieselfde onderliggende probleem: die aangewese nuwe verkryger het nog nie eiendomsreg verwerf nie omdat die saak nie meer in die beheer van die oordraer is nie.<sup>94</sup> Omdat die dief nie die

91 (n 2) 179.

92 Sien die kritiese bespreking van die vermeende beroepe op twee vreemd-klinkende leweringsvorme in *Southern Tankers (Pty) Ltd t/a UNILOG v Pescana D'oro Ltd (Velmar Ltd intervenieng)* 2003 4 SA 566 (K) 571F-G, 572I-J en 573F; *Ukubona 2000 Electrical CC v City Power Johannesburg (Pty) Ltd* 2004 6 SA 323 (HHA) 326C en Sonnekus "Attornment en *constitutum possessorium* – verleidelik vreemd maar geen towerstaf nie" 2004 TSAR 185-197.

93 § 2.2 hierbo.

94 Sien Brahn "Een standaardarrest van de hoge raad over eigendom en revindicatie van gestolen roerende goederen" 1979 *Nederlands Juristenblad (NJB)* 572 en *Levering, Beschikkingsonbevoegdheid* (1986) 19-26 en die ander gesag vermeld in Sonnekus "Beskikking deur die versekeraar oor versekerde goed wat gesteel is" 1987 TSAR 267-285.

besitsdienaar van óf die versekerde óf die versekeraar is nie, is van normale én konstruktiewe besitsverkryging selfs met *attornment* geen sprake nie.

Vir die Suid-Afrikaanse reg is reeds aangetoon dat die normale versekeringsregtelike figure soos subrogasie geen oplossing vir die versekeraar se probleem bied nie.<sup>95</sup> Saaklike regte kan nie subrogeer word nie en die *rei vindicatio* as blote remedie eweneens nie. "Subrogasie in het recht van revindicatie vindt evenwel niet plaats en cessie van de vordering tot revindicatie is evenmin mogelijk. Een rechtsvordering kan immers niet worden afgescheiden van het recht dat zij beschermt (a 3:304 BW)."<sup>96</sup> Ook abandonnering bied geen oplossing nie want dié eensydige regsontdaningshandeling kan nooit benut word om die tersake reg waarvan die reghebbende hom wil ontdaan, aan 'n ander oor te dra nie. Die saak van die regsontdanner is daarna as 'n *res derelicta* wel 'n *res nullius*, maar dit impliseer dat die eerste okkuperder met die nodige *animus* om vir homself uit sy beheer 'n voordeel te bekom deur *occupatio* eiendomsreg verwerf. Sou die versekeraar dus wel op sodanige abandonneringsgesindheid van die versekerde aandring, bring dit mee dat die voormalige dief die nuwe eienaar van die gesteelde voertuig word. Of dít die oogmerk van die versekeraar was, durf betwyfel word. Voorgaande dui dus op 'n bepaalde leemte in die beskikbare regsfigure om aan die aangeduide handelsbehoefte te voldoen.

Die moderne Nederlandse reg maak in die gemelde "restbepaling" van artikel 3:95 BW wel voorsiening vir soortgelyke omstandighede. "De restbepaling is alleen van toepassing indien de wet niet met zoveel woorden een andere wijze van levering voorschrijft."<sup>97</sup> Die gemelde artikel in die wetboek skep 'n statutêre alternatief vir die oordraer en verkryger in gevalle soos dié van die versekeraar in bogemelde voorbeeld, máár slegs dan wanneer die eienaar om welke rede ook nie besit kán verskaf nie. Hierdie belangrike kwalifikasie eggo steeds Jhering se formulering sodat die eienaar wat weens sy ononderbroke besit nie oor die *rei vindicatio* kan beskik nie, sy saak ook nie onder die vaandel van dié resbepaling via 'n daartoe bestemde akte soos met 'n sessie kan oordra nie. Dit is dus nie 'n wisselvorm vir die "normale" vorms van *traditio* nie en kan ook nie as sodanig aangewend word waar die oordraer wél in besit van sy saak is nie. "Buiten de in de artikelen 89-94 geregelde gevallen [dws waar die roerende sake wél in die mag van die vervreemder is] en behoudens het in de artikelen 96 en 98 bepaalde, worden goederen geleverd door een daartoe bestemde akte."<sup>98</sup> Met die beperkende kwalifikasie word duidelik gestel dat artikel 3:95 BW geen alternatief tot die "normale" leweringsvereistes is in daardie gevalle waar die saak wél in die beheer van die vervreemder of sy besitsdienaar is nie. In al die uitsonderingsgevalle moet die akte dien as alternatiewe legitimeringsvorm sodat die houer van die akte hom teenoor derdes kan legitimeer binne die idioom van die uitspraak van die *hoge raad* met betrekking tot die gesteelde Mercedes en twee Fiats.<sup>99</sup>

95 Sonnekus (n 94) 270-285.

96 Reehuis *Levering* (2004) 61-62.

97 Brahn en Reehuis *Zwaartepunten van het Vermogensrecht* (2010) 101.

98 Sien Brahn en Reehuis (n 97) 101-104.

99 HR 27 apr 1979, NJ 1981, 139; HR 1 feb 1980, NJ 1981, 140 en HR 7 mei 1982, NJ 1983, 241.

Hoewel die raakpunte met Jhering se sessie van die opvorderingsbevoegdheid soos dit in die Duitse *BGB* neerslag gevind het, duidelik aantoonbaar is in veral die beklemtoning van die kwalifikasie wat Jhering se formulering *eggo* naamlik dat artikel 3:95 *BW* slegs in die resgevalle ter sprake kom en dus waar die oordraer nie meer in besit is nie, gaan dit verder as Jhering se konstruksie omdat hier statutêr uitdruklik 'n beperkte alternatief tot die leweringsvereiste gebied word. Dat die Nederlandse wetgewer met hierdie konstruksie swaar gaan leen het by die Duitse voorbeeld staan vas.

Besitsverkryging as leweringsvereiste vervul luidens § 929 *BGB* steeds die "normale" legitimeringsfunksie in die geval van roerende goed in die moderne Duitse reg. In die *BGB* is egter wel in aansluiting by die konstruksie van Jhering van 'n sessie van die *rei vindicatio* as kwasi-alternatief tot die klassieke *traditio*-vereiste in § 931 *BGB* opgeneem. Vir die moderne Duitse reg lê die groot verdienste van Jhering juis in die verkoppeling van die sessie-figuur soos gereël in § 398 *BGB* met die *rei vindicatio*.<sup>100</sup> Jhering het met sy herkenning van die praktyksbehoefte 'n denkmodel daargestel waarlangs 'n oplossing van die identifiseerde probleem moontlik is. Hiermee was sy denke baanbrekend.

'n Alternatief tot die erkenning van 'n sessie-soortige oordrag van die opvorderingsbevoegdheid is 'n statutêre nuutskepping soos die gemelde artikel 3:95 van die Nederlandse *BW* of § 931 *BGB* of die erkenning van 'n effektiewe registrasiedokument vir bepaalde roerende sake waarsonder die regsgemeenskap geen sakeregtelike verandering ten aansien van die saak erken nie.

"So findet sich in den 'Allgemeinen Bedingungen für die Kraftfahrzeugversicherung' die Bestimmung dass das Eigentum eines entwendeten Kraftfahrzeugs, wenn es nicht innen eines Monats herbeigeschafft werden kann, auf den Versicherer übergeht. Dies geschieht durch eine antizipierte Einigung und die Abtretung des Anspruchs gegen den Dieb."<sup>101</sup>

'n Soortgelyke konstruksie ontbreek (nog) in die Suid-Afrikaanse reg en waar wel 'n verkeersbehoefte identifiseer is, soos by die versekeringsgevalle, sal waarskynlik soos in die Nederlandse reg via wetswysiging 'n alternatief tot die leweringsvereiste geskep moet word aangesien die howe traag is om ongestruktureerd en enkel met verwysing na die Ulpianusteks 'n sessie-soortige oordrag van die *rei vindicatio* te erken selfs ondanks die feit dat dit geensins te verwar is met 'n sogenaamde sessie van die eiendomsreg self nie. Ook die formulering in die *BGB* en die Duitse uitsprake laat geen twyfel nie dat ten einde volle sake-regtelike gevolge aan so 'n alternatiewe leweringswyse te kan heg, iets méér as 'n bloot konsensuele sessie ooreenkoms nodig is.<sup>102</sup> Daarvoor is 'n duidelik nuutskepping deur die

<sup>100</sup> Diederichsen (n 2) 181 ev.

<sup>101</sup> Martinek "Sachenrecht" in Herberer, Martinek, Rußmann en Weth *Juris Praxis Kommentar* (2009) 404 ad § 931 *BGB*. Sien ook Oechsler ad § 931 *BGB* in *Münchener Kommentar zum BGB* Band 6 (2009) 1029 ev en Wiegand ad § 931 *BGB* in *Staudingers Kommentar zum BGB* (2004) 232 ev.

<sup>102</sup> Sien Sonnekus (n 94) 267-285; Schlemmer *Verkryging van Eiendomsreg deur 'n Versekeraar in geval van Diefstal van 'n Versekerde Saak* (1991 LLM-verhandeling RAU) 106-114.

wetgewer nodig.

In slegs 'n enkele gerapporteerde uitspraak *Caledon & Suid-Westelike Distrikte Eksekutieskamer Bpk v Wentzel*<sup>103</sup> is wel geluide gemaak asof daar ruimte in die Suid-Afrikaanse reg vir sessie van die eiendomsreg (nie die *rei vindicatio* nie) sou kon wees, maar dit het geen oortuigde byval gevind nie en is sedertdien nog in geen latere uitspraak van die appèlhof gevolg nie.<sup>104</sup> W was in beheer van 'n Volkswagen wat na bewering aan C behoort het. C het as finansier van huurkooptransaksies vir 'n voertuighandelaar opgetree maar slegs onderneem om die huurverkope te verdiskonteer teen oordrag van die voorbehoue eiendomsreg op die koopsaak. Die huurkoopkontrak het 'n klousule bevat wat slegs verwys het na die voorneme om die "eiendomsreg te sedeer" welke ongelukkige formulering duidelik hemelsbreed verskil van 'n sessie van die *rei vindicatio* onder omstandighede soos die van die dief van die Ulpianus-tekse.<sup>105</sup> Die werklike behoefte van C as die kredietverskaffer was na saaklike sekerheid vir sy lening en by ontstentenis aan 'n statutêr erkende mobiliêre sekerheidsvorm soos nou in Wet 57 van 1993 voorsien word, is hierdie konstruksie vir fidusiêre eiendomsoordrag benut. In daardie saak het die koper van die voertuie sommige daarvan, waaronder die Volkswagen, reeds deurverkoop aan 'n ander vóór hy kennis ontvang het van die voorgenome sessie van die eiendomsreg deur die aanvanklike huurverkoper.<sup>106</sup> Die hof van eerste instansie het bevind dat daar geen sprake van 'n drie-party-wilsooreenstemming was vóór die koper die tersake voertuig verder deurverkoop het nie en dat hy dus nie as besitsdienaar namens die finansier beheer uitgeoefen het op die moment wat hy die brief ontvang het wat die sessie aangekondig het nie.<sup>107</sup>

Appèlregter Rumpff se beroep op die artikels van Drion,<sup>108</sup> het nie oortuigend aangetoon dat daar ruimte is vir 'n erkenning van sessie van die eiendomsreg in die gemenerereg nie.<sup>109</sup> Sy beslissing het eweneens nie oortuig nie: "Na my mening het lewering in die onderhawige saak plaasgevind op datum van sessie en moet die appèl slaag met koste."<sup>110</sup> Sessie as sodanig kan nie die fisiese beheersverkryging vervang en *traditio* voltooi nie. Daarteenoor kan 'n sessie-soortige oordrag van die *rei vindicatio* binne die kwalifikasies soos deur Jhering formuleer wél 'n oplossing bied as dit inderdaad oor 'n geval gaan waar die daadwerklike beheerder nie die besitsdienaar van hetsy oordraer of verkryger kan wees nie. Indien appèlregter Rumpff eerder verwys het na Jhering se veel sterker argumente vir 'n "sessie van die *rei vindicatio*" (maar nie die eiendomsreg nie) sou in gepaste omstandighede moontlik wel

---

103 1972 1 SA 270 (A).

104 Sien reeds Van der Merwe en Neethling (n 90) se versigtige skeptisisme oor die algemene aanwendbaarheid van 'n sessie van die eiendomsreg (91).

105 271H.

106 272H.

107 Dit is in wese dieselfde leemte wat later die beroep op dié leweringvorm in die *Ernst*-saak (n 88) sou kelder: die vermeende besitsdienaar was nie meer in beheer van die saak op die moment wat hy kwansuis sy beheerswil moes wysig en bedoel om voortaan namens die kredietverskaffer te hou nie.

108 Drion in (1942) 3771 WPNR.

109 273G-H.

110 275C.

ruimte wees om via regspreking die gemenerereg sinvol daartoe te ontwikkel. Dan kon die appèlhof 'n bydrae gelewer het tot die ontwikkeling van die gemenerereg om wel in die diefstalvoorbeelde aan byvoorbeeld die versekeraar of die koper van die fiets 'n remedie te bied in die sin van 'n sedeerde opvorderingsbevoegdheid. Dit was 'n verpaste geleentheid en nou na 40 jaar kwalik te agterhaal. In die tersake geval van die *Caledon*-saak sou Jhering se konstruksie egter nie die aanspraak van die appellante versterk het nie, want daar was wel aanvanklik sprake van 'n besitsdienaar van die huurkoopverkoper.

Appèlregter Jansen wat daardie uitspraak van appèlregter Rumpff as lid van die appèlhof onderskryf het, het hom trouens in die *Air Kel*-saak duidelik van 'n simplistiese hantering van iets soos 'n sessie van eiendomsreg distansieer toe hy die vereistes vir "attornment" presiseer het in 'n voorbeeldige uitspraak wat steeds as dié toonaangewende uitspraak oor die onderwerp erken word. In die *Ernst*-saak het waarnemende hoofregter Rabie later eweneens nie die gedagte van 'n sessie van die eiendomsreg verder ontgin nie. Daarmee was kans op die vermeende verdere ontwikkeling van 'n sessie van die eiendomsreg in 'n abstrakte stelsel hier te lande doodgebore. Selfs die Franse reg wat 'n besonder soepel hantering van sessie het en in beginsel leer dat alle vordering met behulp van sessie oordraagbaar is, trek 'n duidelik streep by 'n vordering wat beoog om eiendomsreg oor te dra. Laasgenoemde is nie 'n wyse ter omseiling van die oordragsvereistes nie en die *rei vindicatio* is nie in die Franse reg vatbaar vir sessie nie.<sup>111</sup>

Voorgaande gevolgtrekking neem nie weg dat die praktyksbehoefte waarna ter aanvang verwys is, daadwerklik bestaan nie. Einste Jhering het onwrikbaar aanvaar dat ook mooi sluitende regsdogmatiese konstruksies (soos dat die *rei vindicatio* "altyd" aksessor verbind is met die eiendomsreg of dat sessie "slegs" tot oordrag van nie-saaklike vermoënsregte beperk is) moet wyk en vir aanpassing vatbaar wees indien die praktyksbehoefte tot sodanige aanpassing noop.<sup>112</sup>

Dit is opmerklik dat appèlregter Rabie die enigste appèlregter is wat hoegenaamd in 'n gerapporteerde uitspraak van daardie hof gewag gemaak het van die tersake Ulpianus-tekse.<sup>113</sup> In sy minderheidsuitspraak in *Smit v Saipem*<sup>114</sup> het hy met uitdruklike verwysing na die Ulpianus-tekse in *D 47 2 14*<sup>115</sup> gemeld: "Mi sou dit bv nie van 'n eienaar verwag kan word

111 Zwalve (n 63) 414 n 45; *contra* Harms en Harms "Verdiskontering en die oorgang van eiendomsreg" 1966 *THRHR* 234-239.

112 "Was sich nicht realisiert, ist kein Recht, und umgekehrt was diese Function ausübt, ist Recht, auch wenn es noch nicht als solches anerkannt ist (Gewohnheits-Recht)" Jhering I *Geist des römischen Rechts* (4e uitg van 1878) § 4 op 49. Sien vir 'n waardering van Jhering se bydrae Sonnekus en Martinek (n 2) 147-185.

113 n 33 hierbo.

114 1974 4 SA 918 (A).

115 Hy verwys na rp Kotzé se uitspraak in *Grobbelaar v Van Heerden* 1906 EDC 229 232-233 wat bevind: "It seems to me a pure and baseless fiction to regard the purchaser, before delivery of the thing sold, as if he were its owner, for he has neither *dominium* nor possession. He cannot, for instance, if the thing sold is stolen or injured by a third party, bring a vindicatory action, nor a *condictio*, nor an action for damages (Boel, *ad Loen*, cas 34, p 246). *He has first to obtain a cession of all actions* from the vendor"

om sy reg op *vindicatio* te sedeer sonder dat aan hom die een of ander vorm van sekuriteit gegee word dat die koper by lewering van die saak aan hom al sy verpligtinge onder die kontrak sal nakom nie."<sup>116</sup> Hoewel hy geen aanduiding in die uitspraak gee dat hy bewus was van Jhering se artikel van destyds nie, klop die formulering én motivering daarvoor ten volle met nie alleen die van die gemelde *Digesta*-teks wat Jhering inspireer het nie, maar ook met die gedagtegang van Jhering.<sup>117</sup> Dit is jammer dat hierdie raak formulering met verwysing na die tersake teks wat voorsiening vir 'n sessie-soortige oordrag van die *rei vindicatio* maak, nie daarna deur die regbank die nodige aandag geniet het en benut is as aanknopingspunt om die Suid-Afrikaanse reg in die verband verruimend te ontwikkel nie.

## 9 Gevolgtrekking

Jhering se konstruksie van meer as anderhalfeeu gelede bied met verwysing na die oeroue teks van Ulpianus in die *Digesta* wel 'n moontlikheid tot 'n logiese ontwikkeling van die bestaande omgang met die *rei vindicatio* as sakeregtelike remedie in omstandighede waar die eienaar nie in staat is om die eiendomsreg aan die belanghebbende opvolger soos die versekeraar na die diefstal van die versekerde saak oor te dra nie. Of 'n Suid-Afrikaanse hof in die huidige tydsgewrig en met inagneming van die moontlik beperkte vermoë van sommige regters om met die oertekste om te gaan, bereid sal wees om die gemenerereg só te ontwikkel, is twyfelagtig veral aangesien in die jare sedert appèlregter Rabie se tersluitse verwysing na die moontlikheid niks in die verband onderneem is nie. 'n Verruiming van die sakeregtelike vereistes vir oordrag van eiendomsreg op roerende sake wat binne die breë definisie van besit nie in die beheer van die oordraer is nie, sal myns insiens nog slegs met 'n wetswysiging analoog aan 'n statutêre formulering soos die van artikel 3:95 *BW* of § 931 *BGB* kan geskied. Vir 'n tussenfase soos met 'n sessie-soortige oordrag van die *rei vindicatio* is waarskynlik nie meer tyd nie. Of die Suid-Afrikaanse wetgewer tans aptyt vir sodanige

---

– my kursivering. Verder steun ar Rabie op Voet 18 6 9 en op Sande *De Actionum Cessione Commentarius* wat in hfst 6, par 7, die volgende oor die kwessie van sessie van aksie sê (vert Anders): "Every vendor must assign to the purchaser the actions to which he has become entitled after the sale, while the thing is still undelivered; for example, if the subject of the sale has been purloined without the seller's fault, the vendor must tender to the vendee his *vindicatio* and *condictio rei*, for the purchaser cannot in his own right (*ipse*) employ these actions before tradition thereof. But if, moreover, any damage has been done to the article sold, the (appropriate) action must be conferred upon the *emptor*, whether it be the remedy against *damnum infectum* or the *actio aquae pluviae arcendae* or the remedy of the Aquilian law, or the interdict *quod vi aut clam*, or the *vi bonorum raptorum*. And this cession I call a necessary one, because, though *ab initio* the owner is free to dispose of his own property, yet, upon the sale thereof being concluded, he is of necessity *bound to cede* also the actions open to him in respect of such property, and thus such actions which were originally merely optional are transmuted into necessary civil actions" (943C-E – my kursivering).

<sup>116</sup> 946H-947A.

<sup>117</sup> Soms toon die gedagtegang van groot geeste só 'n ooreenkoms.



wetswysiging het, is helaas te betwyfel. Aptytwekkers kom selde in die vorm van 'n versuurde en stagnante dogmatiese gegewe, maar indien 'n ekonomiese krisis sou dreig, soos destyds na *Cooper NO v Die Meester* die geval was, dwing so iets wel 'n trae wetgewer tot beweging.<sup>118</sup>

## SUMMARY

### **CESSION OF THE *REI VINDICATIO* REVISITED 160 YEARS AFTER JHERING**

Under certain circumstances it is impossible for the transferor to comply with the requirement of *traditio* to complete the transfer of a real right to the transferee. This is *eg* the case when an insured vehicle has been stolen and the insurer would prefer to receive the ownership in exchange for the payment of the value of the car under the insurance policy. Unless the insured parts with his ownership, he will technically be enriched by the acceptance of the insurance money. Because ownership cannot be transferred without the acquisition of possession by the transferee and the thief is not likely prepared to act as the holder on behalf of the insurer as new owner, the only alternative would seem to be for the insured to divest himself of his ownership by waiver. This would not benefit the insurer, because there is no mode of abandonment on behalf of somebody else, but it would be to the benefit of the thief. The moment the erstwhile owner consciously waives his ownership, the car becomes a *res derelicta* and the thief would be able to acquire original ownership by *occupatio* if he possesses the car with the *animus rem sibi habendi*. This is clearly not the result the insurer had in mind when insisting on the insured's divesting himself of his ownership.

It is commonly accepted that in accordance with sound dogmatic principles the *rei vindicatio* as typical remedy of the owner cannot be disconnected from the real right, and thus cannot be ceded like a personal right to the insurer as cessionary. This contribution, however, supports the argument put forward more than 150 years ago by Jhering that there is room with reference to some texts in the *Digest* to recognise in some instances that something akin to cession might be possible to enable the insurer to acquire the entitlement to claim with the *rei vindicatio* of the insured as recognised owner whenever the vehicle is repossessed in future. The insurer will still become owner only after the successful repossession of the car, but at least this would allow him to act without being at the whim of the often disinterested erstwhile insured, who happens to be quite happy with his new car and does not really desire to re-acquire the stolen car.

The only alternative to the possible recognition of such a cession-like construction would be for the legislature to enact an alternative mode of acquisition of ownership to movables whenever it is impossible to comply with the normal requirements of transfer of possession. It is suggested that such legislation may be modelled on the recently formulated section 3:95

---

118 1992 3 SA 60 (A) wat aanleidend was tot die aanvaarding van Wet 57 van 1993.

of the Dutch Civil Code, which can be interpreted as a more refined and fine-tuned version of the German Code's paragraph 931, which clearly bears resemblance to Jhering's construction. In both instances this alternative mode of acquisition can only come into play in a situation akin to the stated scenario of the stolen insured car, because both pieces of legislation have as a prerequisite that the current holder of the thing to be acquired is not holding it on behalf of either the transferor or transferee. In this sense it differs strikingly from at-tornment, as it got set as if in cement in South African law.

J.C. Sonnekus<sup>119</sup>

Johannesburg, SA

---

119 J.C. Sonnekus is Professor in Privaatreg, Universiteit van Johannesburg. Die finansiële ondersteuning van die NNS wat die navorsing moontlik gemaak het, word met dank erken.