

96/4183

*volgens*  
" Opvoeding van Roerende Goed in die Derde Hand ".

-----  
P R O E F S K R I F

ter

verkryging van die Graad van

Doktor in die Regte.

aan

die Universiteit van Stellenbosch

deur

Johannes Frederik Janse van Rensburg.

-----  
1 9 3 0 .



## Voorwoord.

Toe ek my die taak oorspronklik gestel het om hierdie regs-kwessie te behandel, was die keuse van die onderwerp grotendeels op aanbeveling van Dr. Bodenstein, destyds (1926) nog dekaan van die Regsfakulteit aan die Universiteit. Die opskrif sou toen gelui het "Roerend goed heeft geen gevolg". Met die bewerking van die stof het ek egter tot die sienswyse gekom, dat laasgenoemde opskrif onbevredigend sou wees. Aan die eenkant is dit, letterlik genome, 'n bepaalde onjuistheid en derhalwe misleidend, en aan die ander kant is dit, in sy historiese betekenis, te eng; vandaar die besluit om die werk sy teenwoordige opskrif te gee.

Die behandeling van die stof is eintlik histories en positiefregtelik geskied, en nie normatief nie; nie souseer wat die reg behoort na te streef nie, maar veelmeer wat was die erkende regsreël en - indien die verklaring kon opgespoor word - hoe het dit erkenning erlang? : dit was die vrae, wat ek getrag het om te antwoord.

Ek hoef nouliks te se, dat ek dit baie moeilik gevind het om die nodige bronnemateriaal te versamel. Die biblioteke in ons Geregshowe (die te Pretoria, Bloemfontein (Appelhof) en Kaapstad) is op hierdie gebied uiters skraal. Afgesien van die gewone bekende skrywers oor Romeins-Hollandse Reg soos de Groot, Voet, van der Keessel e.a. soek mens tevergeefs na inligting oor die Reg in die Nederlande van voor die 16de of 17de eeu. Die Groot Plakaatboek en van Mieris se Groot Charter Boek is omtrent die verste wat hul gaan. Verder kon ek terugval op die Universiteitsbiblioteek en danky die vriendelike tegemoetkoming van die eienaar, die van Professor Pont. By laasgenoemde het ek die geleentheid gevind om enige nuwe uitgawes van die Middeleeuse en latere stad- en landregte in die Nederlande te raadpleeg.

Die wetenskaplike werke wat ek kon kry stam meestal uit die Uniwersiteitsbiblioteek. Enige daarvan, nl. die van Meister (Fahrlisfolgung und Unterschlagung im deutschen Recht) en Mueller-Erzbach (Gefahrdungshaftung und Gefahruebertragung) is my eintlik te laat terhand gekom om in hul besonderhede verwerk te word, alhoewel besprekings oor hul deur Meyer en Stutz wel betyds verkry was in die Zeitschrift der Savignystiftung. Ek voel egter, na hul gelees te he, geen rede om die sienswyse, waartoe ek gekom het in hierdie profskrif, te wysig of te verander nie.

## Inhoudsopgawe.

~~Lys van Werke aangehaal.~~

- Hoofstuk I.      Nommer 1. Die Romeinse Eiendomsreg.  
                    Nommer 2. Die gees van die Germaanse Reg.  
                    Nommer 3. Die Weer of "Gewere".  
                    Nommer 4. Die Grondslag van die reg tot opeising  
  uit die gebroke weer.  
                    Nommer 5. Gelykstelling van gestole en verlore goed.  
                    Nommer 6. Publisiteit van Verkryging.  
                    Nommer 7. Kope op 'n Mark.  
                    Nommer 8. Hand ware Hand.  
                    Nommer 9. Skynbare afwykings van die reel.
- Hoofstuk II.     Nommer 10. Die Joodse Eiendoms- en Helerreg.  
                    Nommer 11. Uitbreiding van die Joodse helerreg op Nie-Jode.  
                    Nommer 12. Verswakking van die Joodse Helerreg.
- Hoofstuk III.    Nommer 13. Nederlandse Regte voor de Groot.
- Hoofstuk IV.    Nommer 14. Rom. Hollandse Reg. Markkoop.  
                    Nommer 15. Romeins-Hollandse Helerreg.  
                    Nommer 16. Vrywillige Besitsverlies of "Hand ware Hand".  
                    Nommer 17. Vrywillige Besitsverlies in Suid-Afrika.  
                    Nommer 18. Reklame deur 'n onbetaalde Verkoper.  
                    Nommer 19. Hand ware Hand in die Europese Wetboek.  
                    Nommer 20. Opsomming.
- Hoofstuk V.     Nommer 21. Romeinse en Germaanse Pandreg.  
                    Nommer 22. Romeins-Hollandse Pandreg.  
                    Nommer 23. Rom. Hollandse Pandreg in Suid-Afrika.  
                    Nommer 24. Die Verhuurder se Pandingsreg.
- Hoofstuk VI.    Nommer 25. Verhandelbare Dokumente.

Lys van Werke aangehaal.

I.

F.Andreas. Oud Nederlandsch Burgerlyk Recht.

Aantekeninge op de Groot se Inleiding.

L.J.v.Appeldoorn. I. Opmerkings tot de Groot se Inleiding.

2. Roerend Goed heeft geen gevolg. Rechtsgeleerd Magazyn  
1930.bl.184 tot 225.

Asser-Scholten. Nederlandsch Burgerlyk Recht. Deel 2.

Auerbach. Juedisches Obligationenrecht.

Bellum Juridicum 6fte Oorlog der Advokaten.

P.v.Bemmelen. Roerend Goed. Praeadvies in Handelingen v.d.Ned.Juristen.  
vereniging 1890.d.I.

Bewes. Romance of the Law Merchant.

I.v.d.Berg. Nederlands Advysboek.

Sir William Blackwood. Commentaries on the laws of England.

Bleecourt. Kort Begrip.

Bewysstukken.

H.D.J.Bodenstein. Huur van Huizen en Landen.

P.Bort. Nagelaten Werken.

G.v.Bynkerhoek. Observationes Tumultuariae.

Over Burgerlyke Rechts-Zaken.

Cape Law Journal.

Chambers Encyclopedia.

II.

P.Christinaeus. Commentaria in leges municipales Mechlinienses.  
Corpus Juris Civilis.

J.Cos. Rechtsgelerde Verhandelingen over de Wetten.

Gosman. Verbintenissen jegens Toonder.

Das Buergerliche Gesetzbuch.

H.Dernburg. System des Roemischen Rechts (Pandekten).

G.Diephuis. Het Nederlandsch Burgerlyk Recht.

The French Civil Code (annotated) E.Blackwood-Wright.

Freundt. Wertpapiere im antiken und fruehmittelalterlichen Recht.

J.A.Fruin. De Anefang en de Slichte Clage umme varende Have en Aanhangsel.

Otto Gierke. 1.Schuld und Haftung im aelteren deutschen Recht.

2.Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes fuer Streitiges Recht  
nach dem B.G.B.

C.F.Glueck. Ausfuehrliche Erlaeuterungen der Pandekten.

Goldschmidt. Der Erwerb dinglicher Rechte an Mobilien (Zeitschrift fuer  
Handelsrecht 8ter Band).

Grassheff. Das Wechselrecht der Araber.

Groenewegen. Tractatus de Legibus Abrogatis.

Aantekenings op de Groot se "Inleidinge".

H.de Groot. Inleiding.

De Jure Belli ac Pacis.

Halsbury. The Laws of England.

III.

J.G.Heineccius. Grondbeginselen van het Wisselregt.

Hermann. Die Grundelemente der altgermanischen Mobilienvindikation.

Hecht. Geschichte der Inhaberpapiere.

A.Hertzog. Juriste Obsessies Saaklike Reg en Eiendom.

Hollandse Consultation.

*Hofman. Hand muss Hand wahren in het oud Germaansche en ons Duitche Recht.*

Eugen Huber. Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht.

U.Huber. Hedendaagse Rechtsgeleerdheid.

Praelectiones Juris Civilis.

R.Huebner. Grundzuege des deutschen Privatrechts. (4te Auflage).

R.v.Jhering. Geist des Roemischen Rechts.

v.Jutphaas. Saksenspiegel in Nederland.

D.G.v.d.Keessel. Theses Selectae.

Dictata ad Jus Hodiernum.

J.Kent. Commentaries on American Law.

R.W.Lee. Introduction to the Roman Dutch Law.

S.v.Leeuwen. Censura Forensis.

Costuymen en Ordinantien v. Rynland.

Het Rooms-Hollands Regt.

Paratitula Juris Novissimi.

J.v.d.Linden. Rechtsgeleerd. Praktikaal en Koopmans Handboek.

Loen en Boel. Decision en Resolution .

IV.

A. Lybregts. Redenerend Verhoog op 't Notaris Ambt.

A. F. S. Maasdorp. The Institutes of Cape Law.

A. Matthæus. Over de Opveilingen (met dæe vertaler se opmerkings).  
Paroemiae.

H. Meyer. 1. Entwörung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht.  
2. Das Publizitaetsprinzip im deutschen buergerlichen Recht.

W. Modderman. De Receptie van het Romeinsch Regt.

E. Meister. Fahrnisverfolgung und Unterschlagung im deutschen Recht.

Nieuwstad en Kooren. Vonnissen.

Nederlandsche Juristenvereniging Handelingen van 1890.

Planitz. Fahrnisverfolgung im deutschen Recht. Zeitschrift der Savigny  
Stiftung 34 bl. 424.

G. F. Puchta. Cursus der Institutionen.

Rechtsgeleerde Observatien.

"Roerend Goed". Handelingen van de Nederlands Juristenvereniging 1890.

W. Schorer. Aantekeningen over de "Inleiding". (vertaald door J. E. Austen).

A. Schultze. Die Bedeutung des Zuges auf den Gewahren im Anefangsver-  
fahren. Festschrift Otto Gierke. 759.

E. J. Schuster. The Principals of German Civil Law.

N. Stutz. Zeitschrift der Savigny Stiftung 34. bl. 726.

J. W. Smith. Compendium of Mercantile Law. (12th Edition).

R. Sohm. Institutionen.

Stephen. New Commentaries on the Laws of England.



V.

G. Mc. Theal. History of South Africa. 1652-1724.

Utrechtsche Consultation.

P. Vinogradoff. Common Sense in Law.

J. Voet. Commentarius ad Pandectas.

P. Voet. De Natura Rerum; Mobilium et Imobilium.

G. Wassenaar. Practyck Judicieel.

J. W. Vessels. History of Roman-Dutch Law.

E. v. Zurck. Codex Batavus. (met Aanmerkings van v. d. Schelling).

B. v. Zutphen. Practycke der Nederlandsche Rechten.

F. Zypaeus. Notitia Juris Belgici.

Suid-Afrikaanse Wetboeke.

Suid-Afrikaanse Gewyses.

---

## Hoofstuk I.

## Nommer I.

## Die Romeinse Eiendomsreg.

In die ou Romeinse of Quiritynse Reg was 'n afgeleide eiendomsreg slegs oor seker sake, die sogenaamde "res mancipi" moontlik. Uitgesonderd oorspronklike eiendomsverkryging byv. deur usucapio was daar net twee maniere waarop mens eienaar van iets kon word, naamlik deur die "mancipatio" en die "injure cessio"(1). Albei regshandelinge had streng voorgeskrewe formaliteite, wat beide deur die oordragende en die ontvangende in aggeneem moes word. As die eienaar dus nie die vereiste formaliteite teenoor die nuwe besitter in aggeneem het nie, kon die besitter onmoontlik self eienaar word. Die eienaar kon deur die "rei vindicatio" sy goed van enige besitter terug eis, selfs van die besitter aan wie hy die goed verkoop en gelewer het, as by die lewering die voorgeskrewe formaliteite nie in aggeneem was nie.

Op al die voorwerpe wat nie tot die "res mancipi" behoort het nie (en die lys van "res mancipi" was baie beperk) (2) kon die Quiritynse eiendomsreg nie verkry word nie. Maar daar hul nou eenmaal in die daadwerklike heerskappy van persone was en van die een persoon op die ander kon oorgaan, moes die verhoudings op een of ander manier gereël word, om 'n toestand van anargie op 'n groot gebied te vermy. Hierdie voorsiening is deur die praetor gemaak.

Eerstens het hy die koper (3) van 'n res mancipi wat besit

.....  
 (1) Schm.bl.381-383; Dernburg.Pandekten.bl.323.

(2) Dernburg.Pandekten.bl.II4-II5.

(3) Schm.t.a.p.Dernburg.t.a.p.Later is die eksepsie ook toegestaan aan besitters wat die saak anders as deur koop gekry het, byv. deur ruil.Hertzog.Juriste Obsessies.titel 92.

daarvan deur blote traditie, sonder inagneming van die formaliteite van die mancipatio, verkry het, beskerm teen die revindikasie van die goed deur die Quiritynse eienaar deur hom 'n eksepsie te verleen, die exceptio rei venditae et traditae. Die saak was wel nie in sy eiendom nie maar dit werd tog beskou as synde 'n deel van sy vermoë, in bonis. Hy is toe na analogie van die Quiritynse eienaar behandel, en is genoem die "bonitariëse" eienaar, in teenstelling met die Quiritynse (4). Die res nec mancipi het van die aanvang af buite die Quiritynse Reg geval, en is ooreenkomsdig die jus gentium behandel, volgens welke eiendoms-oordrag deur blote besitsoordrag animo domini tradendi kon geskied (5). Maar al verskil was, dat die formalisme weggeval het, want die omvang en aard van die eienaar se regte was dieselfde as die van die ou Reg. Die gevolg hiervan was, dat ook in hierdie geval slegs die eienaar die eiendomsreg kon oordra. Die reël was steeds dat "id quod nostrum est sine facto nostro ad alium non transferri potest" of "nemo plus in alium transferrere potest quam ipse habet".

Die regsontwikkeling het gelei tot die uitwissing van die verskil tussen Quiritynse en bonitariëse eiendom en tussen res mancipi en res nec mancipi. In die Justiniaanse reg is daar slegs een eiendom, en dit was die praetoriëse (6).

In die Justiniaanse reg was die bevoegdhede van die eienaar heeltemaal duidelik. As hy die goed nie in eiendom of belas met

.....

(4) Sohm.bl.383.

(5) Sohm.bl.382.Hertzog.titel 107.

(6) Sohm.bl.383.

'n ander saaklike reg aan iemand oorgedra het nie, kon hy dit van enige besitter revindiseer, en dit sonder om enige vergoeding uit te keer, selfs nie aan die bona fide besitter nie (7).

Beskerming is dus nie verleen nie aan die redelike besitter, wat, op die uiterlik sigbare verhoudings, die uiterlike skyn vertrouende, die vorige besitter, van wie hy die saak regmatig verkry het, as die eienaar beskou het. Die ware eienaar, wat die goed uit sy daadwerklike besit laat gaan het en so aanleiding gegee het tot die verskil tussen die regskyn en die werklike regsposisie, is geregtig om sy goed terug te eis. Terwyl daar in die ou Quiritynse Reg nog 'n element van publisiteit by die verkryging was (8) is volgens die latere Romeinse Reg eiendom oor 'n voorwerp verkry deur 'n vormlose lewering of traditio. Derdies het geen kennis gekry van die ontstaan van die reg nie en ook publisiteit van die voortbestaan daarvan, wat deur besit sou aangedui word, werd nie vereis nie. Daar was dus moontlik 'n skeiding tussen regsworklikheid en regskyn; waarby die eienaar in sy eiendomsreg ten volle beskerm werd ten koste van die derde party vir wie dit nie moontlik was om die identiteit van die eienaar van 'n saak, wat hy wou oorneem, met sekerheid vas te stel nie. Die Romeinse eiendomsreg is 'n ware "produkt van juridische dialektiek" wat meer uitmunt deur logiese opbou dan dat dit rekening hou met die sigbare verhoudings tussen die reghebbende en die voorwerp van sy reg.

.....  
 (7) Dig.6.I.9.vgl.ook Dernburg.Pandekten.bl.359.Nur der Eigentuer konnte Eigentum uebertragen.Wem der Nicht-Eigentuer tradierte, der wurde nicht Eigentuer.

(8) Sohm.bl.38I.Die Erwerbarten des jus civile im engeren Sinne. ...hatten saemtlich gemeinsam Oeffentlichkeit und Feierlichkeit".  
 Sie ook Hertzog.bl.I09,onder.

Nommer 2.

Die gees van die Germaanse Reg.

"Germaans" is meer 'n etnologiese as 'n juridiese begrip (1). Die stamme wat vandag algemeen bestempel word as Germane, het hulself nie onder die naam geken nie, maar wel as Franke, Gote, Langobarde, Saksers, Allemanne en wat dies meer sy. Daar was geen sprake van 'n regseenheid nie. Nietemin is die benaming "Germaans" 'n handige uitdrukking om die gelyksoortigheid weer te gee van sedes en regsgewoontes van hierdie verwante volksstamme, wat deur die Middeleeuse land- en stadsregte onmiskenbare spore in ons regstelsel nagelaat het.

Soos te verwagte is by primitiewe stamme, wat die landboubedryf voorop gestel het (2), was hulle regsbeskouings gegrond op sinlik-waarneembare feite en verhoudings, eerder as op abstrakte en bloot logiese begrippe (3). Mens vind hier nie daardie fyngeponne dialektiek van die Romeinse juriste nie, wat deur sommige moderne regsgeleerdes (4) as ongewens en nadelig beskou word. By

.....  
 (1) V. Bemmelen 1890 N.J.d.I. bl. I-13. nog onlangs (1927) gevolg deur L.C. Hofmann in sy dissertasie "Hand muss Hand wahren in het oud-Germaanse en oud-Duitsche recht". ontken prontweg dat die reëls wat ons as Germaansregtelik beskou ooit Germaans was. Hierdie ontkenning is, met die oog op vroeëre en latere werke, en veral van Meyer se "Entwertung" met die ryke brommateriaal, nouliks ernstig te neem. Sie ook v. Appeldoorn Roerend goed heeft geen gevolg, Rechtsgeleerd Magazyn (1930) bl. 184-225; en die daar genoemde skrywers.

(2) Goldschmidt bl. 246.

(3) Huebner bl. II. "Das Ueberwiegen des sinnlichen Elements wirkte auch auf den Inhalt des... Rechts ein". Sie ook Meyer bl. 281. "Das nach Objektivität strebende germanische Rechtssystem".

(4) v. Jhering Geist d. röm. Rechts. d. 3. art. 59. "Jener ganze Kultus des

die Germane vind ons veelmeer 'n "nach Objektivität strebendes Recht" (5), wat getrag het om regs werklikheid en regs kyn soveel moontlik te laat saamval. Die saakreg werd beheers deur die beginsel, dat saaklike regte gebaseer moet wees op verhoudings wat vir die reghebbende se medemensse uiterlik kenbaar was, en was gegrond op die publisiteitsbeginsel (6).

.....  
des Logischen, der die Jurisprudenz zu einer Mathematik des Rechts hinaufzuschrauben gedenkt....beruht auf eine Verkennung des Wesens des Rechts". Sie ook Modderman. "Receptie" bl.95; "Die bestechende Logik des abstrakten roemischen Systems" Goldschmidt bl.265 onder.

(5) Meyer. Entwurfung bl.281.

(6) Meyer "Das Publizitätsprinzip im deutschen bürgerlichen Recht".

Nommer 3.

Die Weer of "Gewere".

Die Germaansregtelike opeisingsreg van die eienaar staan in nou verband met die weer of "gewere". Ons moet dus, voordat ons verder kan gaan, eers die betekenis en omvang van hierdie begrip nagaan. Daar is verskillende definisies van hierdie begrip (1). Die duidelikste en mees oortuigende uiteensetting van die wese van die "weer", wat ons kon vind, is die van Huber (2). Hy toon aan dat dit bestaan uit twee onmisbare elemente, wat in elk geval teenwoordig moet wees om die saaklike reg te vorm; ten eerste, uit die daadwerklike heerskappy oor die saak en ten tweede uit die "be-tuiging" of uitdrukking van 'n saaklike reg wat met hierdie feitlike heerskaplike verhouding ooreenstem. Die neiging om die weer met blote besit of liever met blote detensie te vereenselwig (3) is dus foutief, omdat dit wel met die mees opvallende element re-

.....

(1) Huebner.bl.394. "Die Gewere bedeutete...die tatsaechliche Sachherrschaft; diese Sachherrschaft musste aber bei der fahrenden Habe unter allen Umstaenden mit Innehabung, Gewahrsam zusammen fallen". Meyer.bl.I. "Das faktische Gewaltverhaeltnis ueber die Sache"; Schroeder (volgens Huber bl.5) "Gewere bedeutet Besitz, und derjenige hat die Gewere der unmittelbar die Nutzung aus der Sache zog".

(2) Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht.

(3) Sie b.v.nota (I) die definisies van Huebner en Schroeder.vgl. daarenteen Huber bl.15 "Die Gewere erscheint dabei nicht als das blosser tatsaechliche Innehaben, sondern als der Ausdruck eines Rechts, das der Inhaber objektiv zu haben behauptet".

kening hou, maar die ander minder opvallende, maar nie minder wesenlike element uit die oog verloor. Volgens Huber kan die saaklike reg sonder die daadwerklike besit nooit 'n teenwoordige of "hebbende" weer uitmaak nie, omdat die een element ontbreek. As 'n persoon, wat losgoed in sy weer het, die goed tydelik in 'n ander se hande laat oorgaan, het hy nog wel die saaklike reg, maar die reg het dan geen beliggaming meer nie. As hy nou kan aantoon, dat die saaklike reg, wat deur die besit van die ander betuig word, aan 'n gebrek ly, kan hy die "hebbende" weer van die teenwoordige besitter breek, omdat dit nieteenstaande die aanwesigheid van die eerste element, nie die werklike regsposisie weergee nie (4). Die weer is dus nie die saaklike reg self nie (5), maar 'n uiterlik waarneembare betuiging of uitdrukking van die saaklike reg, waarop die besitter aanspraak maak. Soos Huber dit treffend uitdruk, dit dui onder korreksie die toestand van die saaklike regte aan (6). Dit is dus 'n sterker regsbegrip as die Romeinsregtelike "possessie", en die persoon, wat 'n saak in sy weer het, is ook in 'n baie sterker posisie. Dit is die regtens erkende vorm, waarin alle sakelike regte te voorskyn tree. Elke weer is die uitdrukking van 'n saaklike reg, wat daarin objektief betuig word, en, omgekeerd, elke saaklike reg, ~~maak aanspraak op betuiging of mani-~~

(4) Sie Heusler volgens Huber bl.9.n.8.

(5) Meyer bl.I.Entwerung.

(6) Huber bl.48.Sie ook bl.I5-I6 "Die gewere erscheint nicht als das blosses tatsaechliche Innhaben, sondern als der Ausdruck eines Rechts, das der Inhaber objektiv zu besitzen behauptet. Fehlt es ihm an diesem Recht so wird ihm seine Gewere vom Gegner gebrochen".vgl.ook v.Appeldoorn. R.M.207."Wie recht heeft op het goed heeft ook meestal de feitelyke heerschappy...Wie weer heeft, heeft dus dan schyn voor zich. Zy geeft een vermoeden van recht, legitimeert prima facie als rechthebbende. Daarentegen: wie wel recht heeft op de zaak, maar de weer mist, die mist datgene, wat zyn recht voor derden kenbaar maakt".



festasie in en deur die weer. Saaklike reg en weer kan van mekaar geskeie word dan kom aan die innerlike regsverhouding die voorkeur toe bo die uiterlike klee; die werklike bestaande reg het die mag om die bleot uiterlike vorm van die reg te breek, wanneer laasgenoemde misleidend blyk te wees. Maar tot tyd en wyl die uiterlike vorm of hebbende weer wettiglik gebreek word, het dit die regskyn aan sy kant en die vraag, wat die materiële reg is, bly op die agtergrond. (7).

Die weer vorm 'n vermoede van die bestaan van die reg, wat daarin uitdrukking vind. En hierdeur verbind dit met funksies, wat met die van "possessio" verwant is, ook die funksie van 'n algemene saakregtelike middel van legitimasië (8).

Die weer bly dus bestaan, totdat dit wetlik gebreek word; Hoe en waardeur word dit gebreek? Die persoon, in wie se weer 'n saak is, het daarmee ook die sigbare legitimasië "onder korreksie" van sy mag oor die saak. Die regsvermoede is aan sy kant en hy hoef dus g'n verder stappe te neem om sy reg te laat vasstel nie. Die weer is gewoonlik voldoende om alle teenaanspraak te ~~ontsenu~~ ontsenu (9). Maar hierdie hele regstoestand word maar aangedui onder korreksie, en die korreksie kan daardeur geskied, dat die nie-besittende eiser die nodige bewys lewer, dat aan die hebbende weer 'n gebrek kleef, wat dit van alle regskrag beroof. Met ander woorde:

.....  
 (7) Huber. bl. 8. "Häufig und mit besonderer Deutlichkeit wird der Satz ausgesprochen, dass niemand, der eine Gewere habe, pflichtig sei, dieselbe einem Andern ohne Recht und Urteil zu räumen".

(8) Gierke. Bedeutung. bl. 9.

(9) Huber. bl. 10. Die sogenaamde "Defensivwirkung".

Die bewys moet gelewer word dat die materiële reg, wat die weer betuig, in werklikheid nie bestaan nie. Die hebbende weer blyk dus 'n foutiewe vermoede te skep, en dit moet wyk vir die vroeëre weer wat deur sy sogenaamde "Offensiwirkung" (IO) die hebbende weer breek.

Ons sien dus ten eerste dat die persoon, wat goed in sy weer het, die goed nie hoef af te staan nie tensy die eiser eers bewys, dat die weer materiëel nie geregverdig is nie (II); en ten tweede dat, alhoewel 'n hebbende weer 'n sekere beskerming teenoor die vroeëre weer geniet, hierdie beskerming nie absoluut is nie, maar deur die offensiefwerking van die vroeëre weer vernietig kan word.

.....  
(IO) Huber.bl.19. Die "Defensiwirkung" van die weer, waardeur die besitter of hebbende beskerm word is veral deur Meyer later (Das Publizitätsprinzip bl.65-78) oortuigend opgebou.

(II) Huber bl.48 ook bl.15-16.

Nommer 4.

Die Grondslag van die reg tot opeising uit die gebroke Weer.

Ons het gesien in die vorige nommer dat alhoewel die hebbende weer gedien het tot legitimasie van die besitter se reg om die saak te hou, dit nietemin gebreek kon word deur die sogenaamde offensiefwerking van die vroeëre weer; die vraag verrye nou : hoe kan dit gebreek word ?

Die Germaniste het hieroor veel gestry en uit die stryd het baie beskouings gekom; vandag nog "ist die Fahrnisverfolgung immer noch Gegenstand lebhafter Diskussion" (1). Die vernaamste teorieë en die wat vir my die aanneemlikste lyk sal ek hieronder behandel. Om maar te begin by die een wat vir my die bevredigendste en mees logiese van almal lyk en wat m.i. as uitgangspunt moet dien en as toetsteen vir die verskeie kwessies, wat aan die opeising van roerende goed in die Germaanse Reg verbonde is : die sogenaamde publisiteitsbeginsel. Ek meen dat as ons hierdie beginsel toepas gee dit nie net 'n konsekwente verklaring vir ons moeilikhede nie, maar die weerlegging van die ander teorieë word ook bevorder. As die tans heersende beskouing (2) is dit ook paslik om dit as uitgangspunt te neem.

.....  
(1) Schulze.758.

(2) "Die bisher bei den Germanisten voellig vorherrschende Meinung, dass der Satz "Hand wahre Hand" auf der Publizitätswirkung der Gewere beruhe". Planitz. Savigny Zeitschrift 425. Sien ook v.Appeldoorn.R.M.207.

Die teorie is vireers deur Huber op die voorgrond gebring (2A). Om die publisiteitselement in die Germaanse Reg in die juiste perspektief te besien moet mens die maatskaplike bodem waarop dit ontwikkel het nie uit die oog verloor nie (3). Die maatskaplike kring, waarin die meeste mense in die ou tyd hul beweeg het, was klein en het bestaan uit bekendes en verwante. Enige diefstal of selfs verlies van roerende goed veral van lewende hawe, wat by uitstek die roerende goed van die middeleeuse Germaanse eienaar was net soos by die ou Quiriete (4), het spoedig in die gemeente rugbaar geword (5). Sodan<sup>ig</sup> iemand van sy goed beroof was, het hy hulp byeen geroep, die sogenaamde "geruefte", en elkeen op wie die beroep gedaan werd was regtens verplig om daaraan gehoor te gee (6). Hierdie primitiewe maar doelmatige prosedure het ten gevolge gehad, dat elke onregmatige breking van die weer, elke onwettige "Entwerung", spoedig en genoegsaam bekend geraak het in die kringe, waarin die betrokke goed waarskynlik te vinde was.

Die klomp bure en stamgenote wat byeen geroep was, het onverwyld die

.....  
 (2a) "In sy "Festschrift" "Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht". Verder geniaal uitgebou deur Meyer "Das Publizitaetsprinzip im deutsch.buerg. Recht. Planitz, Savigny Zeitschrift bl.426, meen dat "van allen bestehenden Auffassungen ist nur die Meyersche an sich ausreichend und streng logisch konsequent" - en dit alhoewel hy van Meyer se opvatting 'n teenstander is.

(3) Huber.bl.I3."Um dies zu erkennen,muessen wir uns in die Auffassung der engen genossenschaftlichen Verhaeltnisse des Mittelalters zurueckversetzen".ook bl.6I.

(4) Meyer.bl.8.Entwerung.vgl.ook die herkoms van die woord "peculium".

(5) Huber.bl.I3.ook bl.6I.

(6) Huber.t.a.p; strafregtelik,volgens Meyer Entwerung bl.9.vgl.die ou "hue and cry" van die Engelse reg waardeur 'n misdadiger agtervolg kon word,

eienaar gevolg in die opsporing van die goed en van die dief. Waar hul dit gevind het, was daar 'n kort proses van opeising deur die eienaar (7). Waar die opsporing minder gelukkig was, en die goed eers na langere tyd teruggevind werd, werd 'n ander prosedure gevolg, die sogenaamde "anevang" of "intertiatio", ook die "schlichte Klage" (8). Maar hoewel die prosedures na gelang van omstandighede gewissel het, was hul almal gerig op die terugbring van die goed in die weer van die eienaar. Die persoon, in wie se hande die goed gevind werd had wel die weer, met al die defensiewe krag van die regsvermoedens wat daarmee gepaard gegaan het, maar aan sy weer het daar 'n gebrek gekleef, wat aan elkeen van die agtervolgende skaar deur die "geruefte" bekend was. Sy hebbende weer werd hierdeur gebreë deur die weer van die vorige, opeisende besitter, wat nie aan so 'n gebrek gely het nie (8a).

Die bestaande teorie lyk op sogsself vir my aanneemlik. In elk geval lyk dit in ooreenstemming met die regsgevoel wat mens kon verwag van 'n betreklik primitiewe volk, waar die sigbaarheid van regsverhoudings 'n vername rol sal speel, want sigbaarheid is maar een vorm van publisiteit. Tog word die teorie veral in die laaste jare weer sterk betwis (9).

.....  
 "the old common law process of pursuing with horn and with voice, all felons etc. Blackstone.4.293-4; Stephen 4.314.

(7) Meyer. Entwerung. bl. 9. Verfahren mit Spurfolge und bei hanthafter Tat. Sien ook hieronder, In verband met voetnoot (25).

(3) Meyer. bl. II Entwerung.

(8a) Hierdie resultaat is gebaseer op die sog. offensiefwerking van die vroeëre, weerregtelik gebroke weer. Die publisiteitsteorie lewer egter ook 'n m.i. aanneemlike verklaring vir die sog. defensiefwerking van die hebbende weer (sien nommer 6 hiervan).

(9) v. Appeldoorn. R.M. 209; "neuerdings lebhaft angefochten" Planitz. Savigny Zeitschrift bl. 425.

Dit word beweer dat die reg om die gestole goed uit die weer van die besitter te vat nie op enige publiseitswerking berus nie, maar wel op die feit dat daar in die Reg, en veral in die Germaanse Reg, so 'n sterk reaksie was teen die vredebreuk wat met die ontwering gepaard gegaan het.

~~gagaankhix~~ Alfred Schultze (10) neem Meyer se beskouings, soos die in laasgenoemde se "Publizitaetsprinzip" voorgedra word, en soek as aanvalspunt uit Meyer se mins oortuigende bewering in verband met die aanvangsproses. Meyer sou naamlik gemeen het (11) dat die beklaagde se beroep op sy voorman (der Gewahrszug) slegs kon dien tot afwering van die diefstalverdag, wat die beklaagde aangekleef het, en nie as 'n sivielregtelike verdedigingsmiddel teen die eis tot teruggawe van die saak nie. Schultze bou sy aanval uit met aanhalings uit gesaghebbende bronne en voer dan ook bepaald oortuigende argumente aan om te bewys dat Meyer hier onreg het (12). Maar dit word vir my baie moeiliker om Schultze te volg, wanneer hy (13) se dat : "Der Gewahrszug steht der Annahme der Notorietaet des dieblichen Verlustes und eines Rechts des Klaegers zu un-  
.....

(10) Festschrift Otto Gieseke. 759.

(11) Publizitaetsprinzip. 57.

(12) Schultze kom tot die eindresultat (op cit.785) : "Indessen, was sich wohl als Gemeingermanisch ansprechen laesst, war die Grundlage.....die Behandlung des Zuges auf den Gewahren als eines Verteidigungsmittels nicht bloss den Diebstahlsverdacht sondern auch gegen die Sachverfolgung".

(13) op. cit. 787.

widerleglichen Nachweis der Dieblichkeit entgegen". Hoe die beroep op 'n voorman die publisiteit van verlies deur diefstal kan weerle is vit my onduidelik. Hoogstens kon dit dien as weerlegging van "das diebliche Behalten" sydens die beklagde, of ook as siviëlregtelike verdediging teen die opeising. Verder (I4) beskou Schultze dat, ingeval die aanvangsproses uitloop op 'n afdoende bewys teen die klaer (bv. van oorspronklike verkryging, teling, deur die beklagde of 'n voorman) dan "konnte von der Notorietaet des dieblichen Verlustes keine Rede sien, trotz des ja hier bei der Spurfolge zweifellos und selbstverstaendlich vorangegangenen Gerueftes. Die behauptete Publizitaetswirkung des Gerueftes ist widerlegt".

Dit is voorwaar 'n sonderbare gevolgtrekking. Die publisiteit van verlies dien nie net die identifikasie van die gestole saak nie. Omdat die aanwysing van die opgeëide saak misluk is die publisiteit van die verlies nog lank nie sonder regtelike betekenis nie. Die bestolene kan die saak altyd later opeis (schlichte Klage) as hy dit elders aantref, en dan kan die kwessie, of daar by die verlies publisiteit ontstaan het al dan nie, vir die regterlike beslissing van die grootste belang wees; bv. om vas te stel of die onderhawige geval ooit een van ontwering was, dan wel of dit nie 'n geval van vrywillige besitsverlies was nie. Waar die weeropeisbaarheid van 'n saak in die eerste plek ahang daarvan, of die eiser dit vrywillig al dan nie uit hande gelaat het, daar is die publisiteit van verlies van die allereerste belang (I5). Weliswaar sou 'n voortgesette

.....  
(I4) op. cit. 789.

(I5) vgl. die ietwat analoge bepaling in die Joodse Reg, waar gestole goed teen vergoeding van die koopprys van derdes opgeëis kan word: "si rumor non sit, id (d.w.s. weeropeising) non modo fiet, dicam enim, ipse ista (vassa) alteri

"Gewahrenzug" in die geval van vrywillige besitsverlies deur die opeiser die partye eindelik by die opeiser se vertrouensman bring, as laasgenoemde nog te vinde is, maar ons moet nie uit die oog verloor, dat vele regte nie 'n lang voortgesette reeks van voormanne toegelaat het nie (I6).

Schultze werk egter nie net afbrekend teenoor Meyer nie. Hy het ook self 'n konsekwente verklaring vir die opeisbaarheid van ontweerde goed van die derde besitter. Hy sien die rede naamlik in die sogenaemde "vredebreukteorie". "Es handelt sich um ein Stueck Friedensordnung". (I7) Hierdie beskouing van Schultz lyk op sigself baie aanneemlik en dit is ook byna vanselfsprekend dat die Reg 'n neiging sal he, om enige vredebreuk so ver doenlik te herstel. Maar dit is bepaald 'n eienaardige herstelling, wat een onskuldige besitter, wil se die verweerder, veronreg om 'n ander, die eiser, in sy regte te herstel. Bowedien, argumentshalwe aangeneem dat die grondslag van die opeisbaarheid is nie in die publisiteit nie, maar wel in die reaksie teen die vredebreuk, dan stuit ons nog teen die beskermde kope op die openbare markte, of die voor getuie (I7a).

.....  
 vendidit, atque hic ista ab altero accipit sive emit". Talmud. Baba Kama. IO.3. na die vertaling van Surenusius, teks by Goldschmidt, 267.

(I6) Huebner. Grundzuege. 403"....nach andern Rechten stand der Gewaehrschaftszug im Interesse des Klaegers beim dritten, sonst auch beim zweiten, fuenften, sechsten, siebenten Mann still; auch oertliche Schranken kamen vor".

(I7) op. cit. bl. 792. vgl. ook sy "Geruefte und Marktkauf". bl. 56 (volgens Huebner. Grundzuege (bl. 406): "Die Reaktion der Rechtsordnung gegen den im Diebstahl liegenden Friedensbruch war bei den Germanen von solcher Staerke, dass sie dem Bestohlenen nicht bloss einen privatrechtlichen Deliktsanspruch gegen Dieb und Diebsgenossen ( Hehler, Mitwisser ), sondern einen privatrechtlichen Herausgabeanspruch gegen jeden Dritten, auch den ganz Unschuldigen und von jedem Vorwurf der Fahrlaessigkeit Freien, verschaffte". Sie ook



Ek weet dat die beswaar geopper kan word, dat hierdie laasgenoemde bepalinge nie suiwer Germaansregtelik nie dog veelmeer handelsregtelik is, geskep terwille van die verkeer (18). Maar al wat die verkeer wil he is dat die koper beskerm moet word, die kwessie van publisiteit by die koop is bysaaklik, is selfs 'n stremming. Daardie element is dus meer bepaald Germaansregtelik, wanneer ons die sodanig beskermde kope tēnkom (19).

Ek meen dus dat die vredebreukteorie van Schultze nie die hele veld dek nie, terwyl die publisiteitsbeginsel van Huber en Meyer in byna al die gevalle wat voorkom 'n logiese en konsekwente grondslag gee. Planitz (20), self geen aanhanger van die laasgenoemde teorie nie, erken dan ook m.i. volkome tereg dat "von allen bestehenden Auffassungen ist nur die Meyersche an sich ausreichend und streng logisch konsequent". Nietemān is die reaksie op die vredebreuk wel as bykomende en aanvullende faktor in die terugverkryging van die ontweerde goed te beskou.

Daar is egter ook nog 'n ander beskouing oor die grondslag van die opeisbaarheid van gestole goed in die Germaanse Reg, en wel 'n beskouing

.....  
Fockema Andreas O.N.B.R.d.I.bl.392. "de germaansche aktie legde den nadruk op het onrecht van den gedaagde, niet op het recht van den eischer. De torto possides luidde de beschuldiging". Ook Bruns, volgens Huber.bl.18, aanmerking 36."Die Ansprache ist nicht eine Klage abstrakt aus Verlust der Sache wider Willen, sondern wesentlich aus materiell widerrechtlicher Aneignung der Sache".

(17a) Sien nommer 6 hiervan.

(18) Goldschmidt.260; v.Appeldoorn.R.M.215-216.

(19)vgl.hieroor die teks en voetnoot (5) in nommer 6 hiervan.

(20) Savigny Zeitschrift 426.

wat Germaniste van groot gesag onder sy aanhangers tel. Hierdie jongere (21) beskouing, voorgedra deur Planitz (22) en ondersteun deur Stutz (23) en deur v.Appeldoorn (24), kom hierop neer: dat die opeisingereg in gevalle van diefstal nie op dogmatiese of spekulatiewe beskouings oor publisiteit of reaksies van die regsorde gegrond is nie maar wel op die ontwikkeling van die prosesreg wat gevolg werd waar die dief op heter daad betrap werd.

Die bestolene het 'n kort proses met die dief gemaak, in die gevalle waar hy hom aldus op heter daad betrap het, kort maar doeltreffend: "Die Handlungen des Bestohlenen sind sonach: Geruefte, Totschlag, Wegnahme des Gestohlenen; Verklarung; danach Klage gegen den toten Mann". (25) Die grondslag van die opeisingereg in die aanvang is dus nie in die materiële reg nie, maar in die prosesreg; dit is maar 'n uitbreiding van die procedure "bei hanthafter Tat" (25a). Niet het principe der publiciteit of der verkeerszekerheid verklaart den oorsprong van het beginsel "roerend goed heeft geen gevolg". De verklaring ligt in het feit dat het recht oorspronkelyk geene andere akties kent dan akties uit delict en geene andere vermogensdelicten dan diefstal en roof. Eerst later ontstaan persoonlike akties uit overeenkomst en uit bezitsstoornis, en pas veel later zakelyke akties, ge-

(21) v.Appeldoorn R.M.211.

(22) Fahrnisverfolgung im deutschen Recht. Sav. Zeitschrift 34.424.

(23) Savigny Zeitschrift 34. op bl.731.

(24) R.M. op bl.212.

(25) Planitz. op. cit. 427. Sien ook bl.426 daarvan: "Alle Beweisversuche wollen dem entwertten Besitzer eine Klage (ziviliter oder deliktischer Natur) zusprechen. Die hat er in Wahrheit gar nicht. Er hat vielmehr das Recht, zum Besitzer zu gehen und diesem die Sache eigenmächtig wegzunehmen". Vanwaar was hierdie reg?

(25a) Darenteen wat Spurfolge betref, Rauch "Spurfolge und Anefang" bl.118.

grond op het abstrakte zakelyke recht". (26) Aldus van Appeldoorn.

My beswaar hierteen is dat dit uiters belangrike bewerings is, en derhalwe is die versuim of gebrek, om bronne, wat die bewering sou staaf, aant te haal, des te meer opvallend.

Virreers is dit meelik om 'n teorie te beoordeel wat eintlik nog in sy ontplooiing is, nog betreklik jonk en derhalwe nog nie voldoende deur die wetenskap ondersoek nie. Om die ondersoek self te doen, sonder om die nodige literatuur beskikbaar te he, is 'n gewaagdheid wat aan voorbarigheid grens. Nietemin is 'n paar opmerkings dalk vanpas.

Ten eerste vind ek dit, om van Appeldoorn se woorde te gebruik: op die kop gestel, om aan te neem dat die materiële reg, waaraan die proses-reg die volstreking of voldoening moet gee, die gevolg van die proses kan wees. Afgesien, vir die oomblik, van die historiese posisie - en ek dink dat ons kan aanneem dat die oorspronge waaroor dit hier handel nog voor die "historiese" tyd val (27) - sou mens kan redeneer dat die proses geskep word en die eienaar ~~terug te besorg~~ sy goed terug te besorg; en die goed word aan hom terugbesorg omdat hy op hul geregtig is (28).

(26) R.M:213-214:.....

(27) vgl. Huebner. Grundzuege. "Die Anfangsklage..war wohl schon in aeltester Zeit auch dann gegeben, wenn die Sache nicht gestohlen oder geraubt worden, sondern verloren oder sonstwie dem Besitzer ohne seinen Willen abhangen gekommen war" en Meyer. Entwurf. 48: Zur Zeit der Geltung aller dieser (Germanischer Gesetze wurde dieser urspruengliche Rechtszustand (nl. dat aanvang net by roof of diefstal toegelaat was) nicht wirklich gewahrt".

(28) vgl. Planitz. op. cit. 427. "das Recht kann den Fall (der Spurfolge) so behandeln, als ob es noch hanthaft war. Es muss ihn so behandeln, wenn es dem Bestohlenen zu seiner Sache verhelfen will". Watter reg, en waarom moet die bestolene dan sy saak terug kry, selfs al val die geval buite die begrip van die selfhelp, wat in die proses op heter daad beliggam is? Watter ander reg dan die materiële reg van die eienaar?

'n Tweede beswaar wat ek teen die beskouing het is dat dit 'n sprong maak om by die verhouding tussen die eienaar en die derde besitter te kom. Planitz toon glad nie oortuigend aan nie, waarom die eienaar die saak ook van 'n derde kan terug eis nie. Daar is geen deliktsuele of ander band tussen hul, behalwe die wat dalk deur die materiële reg geskep word om tussen die ontweerde eienaar en die besitter van die opgeëiste saak te bestaan. Teenoor die derde besitter gee die teorie van Schultze m.i. 'n verklaring van die ontweerde se opeisingsreg, nl. dat die vredebreuk gedelg moet word, al is dit dan ook privaatregtelik. Die teorie van Meyer gee m.i. 'n nog beter verklaring, nl. die publisiteit van verlies. Maar die "prozessgeschichtliche" teorie van Planitz cum suis loop m.i. op 'n vraagteken uit.

Meister (29) soek die rede vir die weeropeisbaarheid van onvrywillig uit besit gekome goed en die nie-weeropeisbaarheid van vrywillig uit besit gekome goed in heeltemaal ander gronde. Volgens hom het die publisiteitsteorie, "die bereits ihre Widerlegung von verschiedener Seite erfahren hat" die heeltemaal mis. Die ware grond le in die feit dat die Germaanse Reg geen saaklike aksies geken het nie, dog slegs "Deliktsklagen" uit die verlies van besit. Daar vrywillige besitsverlies nie tot 'n sodanige aksie aanleiding kon gee nie, moes die aksies noodsaaklik beperk wees tot gevalle van onvrywillige besitsverlies, want verduistering was in die Germaanse Reg geen delik nie.

Waar Meister veral minder oortuigend werk is waar hy trag om die weeropeisbaarheid in die derde hand te regverdig; buitendien meen ek dat hy die werking van die publisiteit erg onderskat en van die defensiefwerking van die publisiteit (30) maak hy eenvoudig geen melding nie. Seker is, dat hierdie defensiefwerking, wat selfs in gevalle van onvrywillige besitsverlies van krag bly, nie met sy verklaring te rym is nie.

Stutz bespreek Meister se uiteensetting dan ook taamlik afdoende (31) en

.....  
 (29) *Rahnsieverfolgung und Unterschlagung im deutschen Recht.*

(30) sien nommer 6 hiervan.

(31) *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* 34 bl. 733.

meen dat "auch die juengeren Fachgenossen wenden sich mit Vorliebe immer wieder den alten Stoffen zu, deren geistiger Gehalt im wesentlichen ausgeschopft ist, so dass selbst der groesste Aufwand von Scharfsinn sie nicht erheblich zu foerdern imstande, wohl aber eine unerfreuliche Verkuenstlung der einfachsten Dinge der Folge ist. Ein Opfer dieser Richtung ist Meister mit der vorliegenden Arbeit."

Ek vind my derhalwe geneig om die verklaring van die opeisingsreg van die ontweerde teenoor derdes in die Germaanse Reg te soek in die legitimerende mag van die publisiteit. Die gronde vir hierdie neiging, behalwe die alreeds aangevoerde, sal nog uit verskeie plekke hieronder blyk.

Nommer 5.

Gelykstelling van Gestole en Verlore Goed.

Die spreuk "mobilia non habent sequelam" (1) word deur skrywers oor die Romeins-Hollandse Reg gebruik veral in verband met goed, wat die eienaar vrywillig uit sy besit laat gaan het. Hierdie verskil tussen vrywillig en onvrywillige besitsverlies hang nou saam met die "geruefte" en daarom met die publisiteitsaasement van die weer.

Die gevalle wat ons in verband met "geruefte" aangeroeer het was, uit die aard van die saak, gevalle van onvrywillige besitverlies. Want oorspronklik het hierdie reg tot opëising alleen gegeld in gevalle van roof of diefstal (2). Die rede, waarom die gestole goed weer opgeëis kon

.....

(1) Die oorsprong van hierdie spreuk is duister. Dit skyn asof dit deur Frankryk na Nederland gekom het; Lybrecht. Red. Vert. 2.35.3, en dat dit al omstreeks die 10de of 11de eeu in Frankryk gevind word. Jobbe-Duval en Poincaré, volgens Hermann. bl. 73. n. 2; Hermann (bl. 82. n. 2.) beskou dat "dieser Satz in Italien durch die Juristen-schule von Pavia aufgebracht ist dort auch gegolten hat" en (bl. 83) "ich vermute, dass in Deutschland erst von Bologna aus der Satz mob. n. h. s. eingedrungen ist". Die reël word baie los deur die Nederlandse skrywers gebruik en word meestal in 'n pandregtelike verband aangehaal. de Groot. Inleid. 2.48.29. Paul Voet. De Natura Rerum. 9.8. Groenewegen. Leg. Abrog. Cod. 4. 10. 14. Schorer. 2.3. 10. Zygaëus. bl. 56. In hierdie pandregtelike betekenis is dit egter juister om dit as "mobilia non habent sequelam per hypothecam" aan te haal soos dan ook dikwels gedaan word; Ned. Advysboek. I. c. 223; Holl. Cons. 3. c. 173. n. 3. (de Groot) Dieselfde. 4. c. 178. As blyk van die losse manier waarop die spreuk in die pand- en eiendomsregtelike vorm gebruik werd word verwys na Lybrecht t. a. p. waar die spreuk in 'n eiendomsregtelike betekenis aangehaal word as: "mobilia non habent sequelam" die van de Franschen is tot ons over-

word, is duidelik in die geval, waar dit nog in die hande van die dief aangetref word. Dit sou minder duidelik gewees het in die geval, waar dit aangetref word in die hande van 'n onskuldige, bona fide koper, wat dit direk of indirek van die dief gekry het, as dit nie vir die verklaring was wat deur die publisiteitsteorie gegee word nie. Dieselfde regs-beginsel, wat anders die hebbes van die weer beskerm, ontnem in sulke gevalle aan die reg sy krag. Die beskerming, verleen aan die weer, berus op die sigbaarheid van die regsverhouding tussen hom en die saak d.w.s. op 'n vorm van publisiteit (3). Maar nou kom hierdie beskermende publisiteit ophef word deur die ander publisiteit, wat in die lewe geroep word deur die "geraefte". Oorspronklik het die "geruefte" plaas gevind in 'n beperkte kring, en die gerug het vinnig na alle lede daarvan versprei; sodat 'n onskuldige koop van rugbare goed moeilik aan te neem was. Die gebrek wat gekleef het aan die gestole goed en daardeur ook aan die weer van die dief en al sy opvolgers in regte, was rugbaar vir elkeen. Dit was onnodig om te bewys dat die nuwe besitter van die rugbaarheid verneem het; sy persoonlike bekendheid of onkunde het niks ter sake gedoen nie (4). Deur die bewys van sy onkunde kon hy hoogstens agterdog van medepligtigheid aan die diefstal afweer. Met die aangroei en uitbreiding van die gemeentekring moes

.....  
gekomen, die zich aldus uitdrukken "meubles n'ont pointe de suite par hypothèque"

(2) Meyer. Entwörung. bl. 42-47 en die talle van stad- en ander regte deur hom aangehaal.

(3) Meyer. Entwörung. bl. 2.

(4) Huber. bl. 14. "Die Unkenntnis hatte er zu verantworten, so bald die Umstaende dafür sprachen, dass er die Kenntnis haette besitzen sollen".

die gevalle, waar die verweerder nooit van die "geruefte" gehoor het en ook nie daarvan kon gehoor het nie, steeds toegeneem het; maar dit het die vasgewortelde beginsel nie aangetas nie. En omdat die gebrek wat aan die weer kleef geag word genoegsaam bekend te wees, moes die hebbende weer voor die vroeëre wyk, want uit die rugbaarheid blyk dat die materiële reg, waarop die besitter deur sy weer aanspraak maak, nie bestaan nie (5).

Ofskoon bestaande reëls oorspronklik net vir geroofde of gestole goed gegeld het, is dit al vroeg uitgebrei tot ander gevalle van onvrywillige besitverlies (6). Een rede hiervoor was vermoedelik dat daar by onvrywillige besitverlies, byvoorbeeld by verdwaling van vee, dieselfde mate van publisiteit ontstaan het as in gevalle van diefstal. As 'n herder of eienaar plotseling merk dat een of meer van sy beeste weg is en hy kan dit nie vind nie, is daar gewoonlik hoegenaamd geen sekerheid nie dat iemand die beeste nie gesteel het nie, deur dit in die bos of waar ook al van die ander af weg te jaag. Die meeste gevalle van diefstal sal wel in die aard van die saak plaas vind waar die dief kans sien om ongemerk sy doel te bereik en sodoende by die ontvlugting 'n paar uur voorsprong te kry. Die eienaar wat met die "geruefte" wil wag tot dat hy verseker is, dat hy met 'n geval van diefstal en nie met 'n ander soort besitverlies te doen het nie, sal na die eerste skadelike ondervinding sy nougetheid wel nie herhaal nie. Daar skyn myns insiens geen oortuigende rede te wees om aan te neem dat daar by die ander onvrywillige be-

(5) Huber. bl. 13 en 14.

(6) Meyer. Entwurf bl. 48. "Dennoch wurde zur Zeit der Geltung aller dieser (germanischer) Gesetze dieser ursprüngliche Rechtszustand (d.h. dass Anefang nur in Fällen dieblichen Verlustes zulaessig war) nicht wirklich gewahrt".



sitsverlies nie dieselfde publisiteit ontstaan het as by gevalle van diefstal nie (7). 'n Ander waarskynlike rede wat bygedra het tot die uitwissing van die verskil in behandeling van gestole en bloot verlore goed, was die bestaan van 'n derde klas gevalle, wat lynreg teenoor die twee genoemde soorte gestaan het. Want welke verskil van behandeling daar ook mag bestaan het in die gevalle van onvrywillige besitsverlies deur diefstal of andersins, was daar 'n konsekwente behandeling van alle gevalle, waar die eienaar die goed vrywillig uit sy weer laat gaan het (8). Met die oog op die groot verskil wat tussen vrywillige en onvrywillige besitsverlies gemaak is by die toepassing van die reël "Hand ware Hand", is dit verklaarbaar dat die neiging om alle gevalle van onvrywillige besitsverlies op gelyke wyse te behandel gesegvier het (9). Onder die invloed aan die eenkant van die publisiteit by alle sake wat sonder die wil van die eienaar uit sy weer geraak het en aan die anderkant van die teenstelling van die aanvangbaarheid van goed wat die eienaar nie vrywillig uit sy weer laat gaan het nie en die nie-aanvangbaarheid van goed wat hy vrywillig uit sy weer laat gaan het, het blykbaar die reël ontstaan, dat al die goed, wat die eienaar nie vrywillig uit sy

.....

(7) vgl. Huber. bl. 13. aanmerking 21. "Betreffend verlorene Sachen mag daran erinnert werden, dass der Finder verpflichtet wurde, den Fund öffentlich kundbar zu machen...und dass der Verlierer auch berechtigt war die Genossen zur Kundschaft ueber die verlorene Sache anzuhalten". Sie ook Meyer. Entwurung. bl. 49. anders bl. 48. Darenteen, m. i. te onreg. v. Appeldoorn op. cit. bl. 216. dat "de mogelijkheid van de opvordering van verloren goed uit de derde hand is...met de publiciteitstheorie niet te rymen.

(8) sien volgende nommer.

(9) Meyer. Entwurung. bl. 51. "Ein solches (sc. einheitliches Prinzip fuer alle

weer laat gaan het nie, deur hom van enige derde besitter opgeëis kan word.

Maar ook hierdie reël was soos ons sal sien, onderhewig aan uitsonderings wat op die legitimerende mag van die publisiteit berus het.

.....  
Faelle des unfriewilligen Besitzverlustes) konnte erst gefunden werden, als die Tendenz der Ausdehnung des Anfangs bewusst mit dem Satze "Hand wahre Hand" verglichen wurde". ook bl.55. en op bl.56: "So kam man denn schliesslich zu dem einfachen Endresultat: alle Sachen die wider Willen des Inhabers aus der Were gekommen sind, sind anefangbar, waehrend alle friewillig aus der Were gelassenen dem Satze "Hand wahre Hand" unterliegen". Sie ook Huebner. Grundzuege.bl.406.

Nommer 6.

Publisiteit van Verkryging,

Net soos die offensiefwerking van die publisiteit, wat met die besitsverlies gepaard gegaan het, voldoende was om die opeisende eienaar aan sy reg te help, kon deur 'n voldoende mate van publisiteit by die besitsverkryging die opeisende eienaar gestuit word. Dit is veral Meyer (I) wat hierdie defensiefwerking van "publisiteit" by die verkryging" uitgewerk het. Wanneer die koper van gestole of onvrywillig uit besit gelate goed dit met inagneming van sekere publisiteitsmaatreëls (2) verkry het, kan die opeisende eienaar die goed nie onvoorwaardelik terug neem nie, dog slegs nadat hy die koper die koopprys vergoed het. "Kann er (der Beklagte) beweisen, dass er oeffentlich vor Zeugen, insbesondere auf dem Markte, etwas fuer den Erwerb der Sache aus seinem Vermoegen ehrlicherwise hingegeben habe, dann hat er nach einigen Rechten eine Einrede gegen den Klaeger, die des Zurueckbehaltungsrechtes, das den Charakter eines dinglichen Gegenrechtes an sich traegt. Er kann die Herausgabe verweigern solange, bis ihm seine Auslagen fuer die Sache erstattet sind" (3). Meyer toon aan dat (4) volgens sommige Germaanse regte dit nie net die koper vrygestaan het om sy belange deur te koop voor die voorgeskrewe getuie .....

(1) Das Publizitaetsprinzip im deutschen Buerglichen Recht.

(2) Meyer. Entwurf. I23-I40. Handveste v. Brouwershaven. I390. v. Mieris. III. bl. 560. vgl. ook Keur. v. Duiveland. I493. a. 42. oor goed "dat men koopt by dage binnen der vryheit, dat drie goede mannen kennen". Sie verdere regte aangegee deur Fockema Andreae "Aanteekeningen" bl. I33.

(3) Meyer Das Publizitaetsprinzip. bl. 66.

(4) Publizitaetsprinzip. Titel. 20. en Entwurf. bl. I10-I22.

te beskerm nie, maar dat daar selfs 'n verpligting tot publisiteit op elke koper gerus het, as hy nie die goed wou<sup>8</sup> verbeur en boonop nog gestraf word nie (5).

Publisiteit by die verkryging het dus nie alleen 'n voorreg gegee nie, maar dit was verpligtend, altans volgens sommige regte. Uit daardie publisiteit by die verkryging het, in sommige regte, 'n sekere beskerming teenoor 'n opeisende eienaar gevloei. Die opvallendste, wat ons latere regsontwikkeling betref, is die wat kopers op 'n openbare mark geniet (6).

Maar ons kan saamneem dat behalwe hierdie beskerming wat soms by verkryging voor getuie verleen werd, dit volgens die Germaanse reg reël was dat die eienaar wat sonder sy wil die besit van 'n saak kwytraak en dit daarna by 'n derde aantref, die saak sonder vergoeding kon terugvorder.

.....

(5) "Wer die Fuelle und Mannigfaltigkeit der Publizitaetsmittel sieht, deren Anwendung dem Erweber bei Strafe und unter Drohung des Verlustes des Erworbenen zur Pflicht gemacht wird".bl.75.Das Publizitaetsprinzip.

(6) Sie nommer 7 hiervan .

Nommer 7.

Kope op 'n Mark.

In 'n vorige nommer (I) het ons gesien dat selfs in gevalle van gestole of verlore goed publisiteit by die verkryging 'n defensiefwerking gehad het wat, hoewel nie altyd so sterk as die offensiefwerking van die gekonde weer nie, tog in sommige regte sterk genoeg was om die derde besitter 'n reg op skadeloosstelling te verseker.

Dat die publisiteit op 'n mark besonder sterk, en heling daar dus onwaarskynlik is, spreek van self. Maar oorspronklik was die vereiste publisiteit nie net die van die verkryging op die mark nie. Kopers moes bowendien nog spesiale getuie, soms markbeampies, soms gewone besoekers, inroep om aan 'n koop die nodige publisiteit te verleen (2). Eers later het die vereiste weggeval en wel as 'n besondere privilegie van bepaalde markte, en werd die kopers beskerm selfs as daar nie spesiale getuie bygeroep was nie (3). Toe was die blote koop op die openbare mark voldoende publisiteit, en voldoende bewys van redelikheid en goeie trou (4). As ons wil weet waarom die markverkeer bo ander verkeer bevoordeel was, dan hoef ons slegs op die betekenis daarvan in die ekonomiese en maatskaplike lewe van die Middeleeue te let. Omdat die reg van mark oorspronklik onder die landsheer se

(1) Nommer 6 hiervan.

(2) Meyer. Publizitaet. bl. 76. Entwerung. bl. 104. Hermann. bl. 160-164. Laasgenoemde (bl. 160) spreek selfs van "die Sitte der Franken, den gesammten Gueteraustausch, soweit er auf zweiseitig onerosen Geschaeften beruhte, auf den oeffentlichen Markt zu verweisen", 'n beskouing van die mark se betekenis wat deur Meyer (Entwerung bl. 119-120 en Publizitaet bl. 72) sterk bestry word.

(3) Meyer. Publizitaet. bl. 76.

(4) Huebner. bl. 409. "ein objektives, typisches Zeichen der Unverdaechtigkeit".

"regalia" geval het (5), werd die vergunning van 'n mark deur die ingesetenes van die geprivilegeerde plek baie hoog op prys gestel. Veral was dit die geval met die sogenaamde "Vryemarkte". Die had allerhande privilegies, soms van heel ingrypende aard. Een van die privilegies was byvoorbeeld dat die besoekers van die mark tydelik gevrywaar was teen arres vir siviele skuld. Dit lyk selfs asof die hele siviele jurisdieksie op die mark geskors was (6). Of dit nou was weëns hierdie tydelike skorsing van die gehele siviele regsmag, die moontlikheid waarvan Meyer (7) nie ontken nie, of weëns die beskermende werking van die publisiteit, of weëns die behoefte van die handel dat 'n koper teen eviksie beveilig word - of weëns die gesamentlike werking van al drie faktore -, die bemoeiliking van die eienaar se "anevang" van goed gekoop op 'n openbare mark skyn baie verbreed te gewees het, veral in Frankryk en in mindere mate in Nederland (8). Die koper had naamlik die reg op skadeloosstelling wat ons in die vorige titel vermeld het. Die koopsom kon hy met sy eed vasstel, ('n herinnering aan die Joodsregtelike helerreg (9)). Voorheen, toe getuie by

(5) Huebner Grundzuege. bl. 264.

(6) "de tyt van den marctrecht dair men gheen recht schuldich en is in te doen na den recht van der stede" Leidsche Kenningboek A. 105. (teks by Meyer. Entwerung bl. 129).

(7) Entwerung. bl. 129.

(8) Meyer Entwerung. 131-2. Goldschmidt. 263. Keuren van Altona 1476 (R.O.d. 2. bl. 77) Woudrichem. 1476. en Goeree. 1451. (F. Andreae Aanteekeningen bl. 133) Keur v. Zeeland 1495. III. a. 23. Amersfoort, Keur van 1558. a. 171. Kampen, Ontwerpstadreg. teks by van Apeldoorn R.M. 221-222.

(9) Meyer Entwerung. bl. 134. r. 19. Sie ook, oor markprivilegies, Utr. Cons. 2. 4. 4. II. Huber. Hed. Recht. 3. 3. 38. Groenewegen. Leg. Abrog. Dig. "de mundinis".

elke koop teenwoordig moes wees, sou hul wel as eedhelpers die prys mede betuig het, maar toe hul wegval weëns bevoorregting van markkope, kon die koper dit met sy ongestaafe eed doen.

Afgesien van die publisiteits-element by markkope was die belangrykheid daarvan vir die handel voldoende groot (IO) om aan te dring op partikulierregtelike beskerming veral van kope op die jaar- of vryemarkte. Die vryemark was nie net 'n mark nie (II), dit was veel omvangryker en had meer privilegies. Maar dit is verkeerd om die beskerming van die koper net op die vryemark en nie op die gewone openbare mark te wil soek nie, want die mees bevredigende verklaring van die verskynsel, en 'n verklaring wat ook die meeste met die Germaanse regsbeginnele ooreenstem, is dat dit berus het op die publisiteit, en die was in albei gevalle in voldoende mate aanwesig. 'n Verdere bewys hiervan is dat die beskerming van kope op 'n mark mettertyd uitgebrei is op kope onder soortgelyke toestande wat publisiteit meebring, al was dit nie op 'n mark nie (I2).

.....

(IO) "Very much of the Commerce of the Middel Ages was carried on by means of great fairs. In fact by means of them almost all foreign trade was for centuries conducted. To these gatherings flocked merchants from all parts of Europe". Compendium of Mercantile Law, p.7. Die privilegie word beskou as beraken "om de mercatuur te doen floreren" R.O.2.obs.27. "haud dubie receptum est adjuvandum commerciorum gratia" Matthaeus. Paroemia. 7. 17. Goldschmidt. bl. 259. gesteun deur Asser bl. 85, beskou selfs dat ons hier nie meer met Germaanse reg te doen het nie, maar met 'n wysiging daarvan, verhoë deur handelsbelange. Ook Huebner (Grundzuege bl. 409) wat min of meer die gulde middelweg inslaan en albei elemente as oorsaak aanhaal, is van mening dat "praktische Ruecksichten siegten hier ueber die Strenge des Prinzips". Dit skyn taamlik duidelik te wees dat daar, afgesien van die legitimerende krag van die publisiteit, ook ander belange in die spel was. vgl. v. Appeldoorn. R.M. bl. 216. Vandaar, die teenstrydighede in die verskeie

So is die beskerming soms uitgebrei op kope "In publica taberna", "in publico emporio" (I3).

Daar is dus 'n inbreuk gemaak op die reël dat die eienaar sy gebroke weer deur anevang kan herkry in gevalle van onvrywillige besitsverlies, 'n inbreuk wat deur die publisiteitsbeginsel heel goed te verklaar is (I4). Alhoewel die werking van die publisiteit hier ook gesteun word deur 'n ander baie sterke faktor, die belange van die handel, en wel die handel met vreemdelinge.

.....  
stadregte, sodat die reg van een plek dikwels die onreg van 'n ander was. vgl. b.v. Cost. v. Antwerp. 58.5. met Handvest van Altena, of Keure v. Zeeland met regte v. Mechelen 2.2. sommige waarvan die eienaar beskerm terwyl sommige die koper.

(II) Sie b.v. Stadrecht v. Zwolle. Blecourt. Bewysstukken 2. IIO-III.

(I2) Meyer. Entwörung. bl. I34 ook bl. I37.

(I3) Utr. Cons. 3.36.5. Cens. For. I. 2. II. 4.

(I4) "Diese einzige Ausnahme ist lediglich eine Bestätigung der Regel". Meyer. Publizität. bl. 65.



Nommer 8.

Hand ware Hand.

Ons het gesien dat die weer bestaan uit 'n feitelike element en uit 'n daarmee betuigde aanspraak op 'n materiële reg; en verder dat die publisiteit op die regsgeldigheid van genoemde aanspraak 'n belangrike uitwerking het. Wanneer 'n eienaar dus 'n saak aan iemand anders in huur, leen of wat ook al ggs en hom die besit daarvan toevertrou, ontdoen hy hom van die feitelike verhouding wat deel van die weer vorm. Die goed is nou nie meer in sy weer nie, maar wel in die van sy vertrouensman (1). Maar die regte wat uit die weer van laasgenoemde vloei is nou beperk deur die voorwaardes van die oordrag (2). As die voorwaardes van die oordrag die eienaar reg gee om die goed weer terug te eis, byv. na verstryking van die huurtermyn, dan eis hy dit op kragtens die beding wat die vertrouensman se weer sekere beperkinge ople. Laasgenoemde het weliswaar die feitelike element van die weer in sy guns, maar nie die materiële reg nie, en sy weer kan dus nie teen die reg van die eiser standhou nie, want weëns die offensiefwerking van sy vroeëre weer en die beding tussen die twee partye moet die hebbende weer wyk (3). Maar wat as die vertrouensman intussen die saak vervreem het, en die eienaar dit uit die hande van 'n derde wil opeis? Dan val die eis, wat op die beding gegrond is weg, want die beding het nie tussen die eienaar en daardie derde persoon plaas gevind nie. Selfs as die beding sakeregtelik en nie verbintenisregtelik op-

(1) Huber.bl.40. "Wer die bewegliche Sache innehat, der hat sie in Geweren".

(2) Huber.bl.IV.

(3) Huber.bl.II. "Das obligatio restituendi des durch Geding gebundenen Inhabers beruht auf dem eigentuemlich begrenzten dinglichen Recht, dem das Geding Existenz und die Gewere Ausdruck gegeben hat".

gevat word (4), hoef die derde besitter die saak nie terug te gee nie, want daar kleef g'n gebrek (5) aan sy weer nie, soos dit die geval is by die van 'n besitter van 'n onvrywillig verlore saak. In laasgenoemde geval het die gebrek ontstaan weëns die publisiteit waarmee die besittingsverlies gegaard gegaan het. In hierdie geval het die offensiwe publisiteits-element nie bestaan nie, en gevolglik is daar g'n gebrek nie. Wanneer die oordrag van besit gegaard gegaan het met 'n ooreenkoms waaraan alle publisiteit ontbreek, kan ieder derde persoon die vertrouensman of objektief geregtigde beskou as die regmatige eienaar (6). Trouens, die publisiteit is juis aan sy kant en wel die publisiteit van besit. Dit is hierdie reël wat aanleiding gegee het tot die ontstaan van die spreuk "Hand moet hand wesen" en "Wo du deinen Glauben gelassen hast, da musst du ihn wieder suchen".

.....  
 (4) Huber bl.II.

(5) Vir ons, met ons Romeinsregtelik gekleurde begrippe, lyk dit of daar nie veel verskil in die gebrek is nie tussen die diefstal van die vreemde dief, wat my goed steel, en die dief wat as my vertrouensman die goed steel, nadat ek dit aan hom toevertrou het. Maar die Germaanse Reg het onderskei tussen diefstal en verduistering, anders sou die spreuk "hand moet hand wesen" ook 'n doolie letter gewees het. Huebner.Grundzuege.bl. 406. Meyer.Entwerung.bl.48.bl.279; Goldschmidt.bl.247.v.Appeldoorn.R.M. (1930). bl.216 noot "Het oorspronkelyke Germaansche diefstalbegrip is: heimelyke wegneming van een roerend goed uit eens anders weer".

(6) Huber.bl.II. en selfs die persoonlike kennis, of in ons terminologie "mala fides", van die derde het nie die posiesie verander nie. Huber bl. I2. aanmerking I9.

Nommer 9

Skynbare Uitsonderings op die reël "hand ware hand".

'n Skynbare anomalie in die Germaanse reg is die reg om goed terug te eis wat aan 'n lid van die eienaar se gesin, vrou, kind, diensbode, onvrye, of wie anders in sy "munt" mag wees (1) of aan 'n handwerker toevertrou is om gerepareer of bewerk te word en deur hom of haar vervreem is (2).

As rede hiervan word somstyd aan die hand gegee dat iemand wat goed van dergelyke persone kry beswaarlik te goeder trou kon gewees het, omdat dit mense is wat meestal die goed van ander in hande het, en navraag en versigtigheid dus meer as gewoonlik gebode is (3). Maar hierdie rede kon nie die oorspronklike gewees het nie, want in die Germaanse reg het die persoonlike kennis van die koper geen invloed op die regstoestand gehad nie, wanneer die oordrag van die besit vrywillig plaas gevind het (4).

'n Verklaring, wat m.i. meer ooreenstem met die geskiedkundige grondslae is, dat die hele gesin oorspronklik geag word te wees in die huisheer se weer of magsfeer (5). Wanneer die huisheer se eiendom dus aan lede van die gesin toevertrou word, kry hul die goed nie in hul weer nie, want hul be-

(1) Meyer. Entwerung. bl. 64. v. Appeldoorn. R.M. 201-205, en die daar aangehaalde tekste.

(2) Meyer. Entwerung. bl. 57. "Die.. von den Familienmitgliedern und dem Gesinde voraussetzten Sachen, die das deutsche Recht mit seltener Einstimmigkeit den gestohlenen und verlorenen Sachen gleichstellt"; Ned. Ssp. I. bl. 8. III. 6. II. bl. 139. v. Appeldoorn R.M. 205.

(3) O.N.B.R.d.I. bl. 393. Goldschmidt. bl. 253. aanmerking 20.

(4) Huber bl. 14. "Auf das positive Wissen des Beklagten kommt es nicht an". Meyer. Entwerung. bl. 62. "Das subjektive Moment des guten Glaubens hatte erst in späterer Zeit rechtliche Wirkung".

(5) Meyer. Entwerung. bl. 62. "Alle Leute die er beslossen het mit tuer und mit tor, die heissen sin gewalt". Aanmerking 12.

vind hulself en met hul die goed in die magsfeer van die huisheer, wat deur hul indirek besit (6) uitoefen. 'n Vervreemding deur hul is 'n vervreemding nie uit hul magsfeer nie, maar uit die van die huisheer, en wel teen sy wil. Gevolgelyk word aan hom die reg tot opeising toegestaan. 'n Ander rede, wat meegewerk het om die huisheer die opeisingsreg te verleen, was die onbevoegdheid van die gesin om regshandelinge sonder sy bystand aan te gaan (7). Deur hierdie onbevoegdheid was die handeling, en gevolgelyk ook die eiendomsoordrag, nietig, en die nietigheid het 'n gebrek aan die hebbende weer laat kleef, wat die huisheer instaat gestel het om dit deur die offensiefwerking van sy gebroke weer te oorwin en die goed terug te neem. Die opeisingsreg ingeval van vervreemding deur 'n handwerker moet op dieselfde manier verklaar word, omdat die handwerkers of ambagsliede oorspronklik 'n hofhorige klas was (8). Lank nadat alle swem van hofhorigheid van die ambagsliede verdwyn het, ja selfs toe hul deur hul gildewese 'n belangryke posisie in die maatskappy verwerf het, het enkele regstelsels nog vasgehou aan die opeisbaarheid van goed wat deur ambagsliede vervreem is (9). Die feit dat hierdie regsreël minder algemeen geword het, is juis 'n bewys te meer vir die juistheid van die gesketste opvatting aangaande die oorsprong van die reël wat met die gewysigde toestande sy oorspronklike rede van bestaan verloor het (10).

.....

(6) Meyer. Entwerung. bl. 62.

(7) Meyer. Entwerung. bl. 64.

(8) Goldschmidt. bl. 253. Meyer. bl. 77. Wilderdink. bl. II; anders v. Appeldoorn. R.M. bl. 204, steunende egter op slegs een bron nl. "Das Keyserrecht. II. a. 29"; terwyl hy aanhaal dat "sommige bronnen" die teenoorgestelde bepaling bevat.

(9) Cost. v. Antwerp. tit. 58. par. 6.

(10) Meyer. bl. 77. "Allgemeine Geltung hatte der Satz nicht was durchaus begreiflich ist, da er schon im Mittelalter nur historische Berechtigung hatte.

Uit die voorafgaande blyk dus dat volgens Germaanse reg die eienaar sy goed, met uitsondering van goed wat vervreem is deur lede van sy gesin of 'n handwerker aan wie hy dit toevertrou het, die kon opeis van 'n derde nie, tensy dit deur diefstal of verlies uit sy weer gekom het. Hierdie stadium is heel vroeg bereik, te oordeel na 'n regsbron uit die tiende eeu (II) wat 'n beknopte samevatting van die hele regstof gee (I2).

"Sex modi sunt, quibus quilibet a bonis suis separari potest. In tribus casibus actor bona sua occupare et juramento vindicare potest; in tribus aliis non potest, nempe in casu depositi vel commodati vel locati contra neminem institui potest praeter illum qui bona illa ab actore accepit. In tribus casibus reliquis sub juramento quod suum est repetere potest; primo in casu furti; secundo in casu amissi ob negligentiam; tertio in casu rei domino inscio ablatae. Bona autem his modis ablatae sub juramento repetere potest. Quoniam nemo illa a sua manu accepit; et cum nemo acceperit, quod suum est repetere potest ubicunque illud videre contigerit". (I3). Tot sover het ons kennis gemaak met suiwer germaansregtelike beginsels (I4). Die talryke en soms ingrypende wysigings van hierdie beginsels, wat ons in die Middeleeuse land- en stadregte teenkom, en wat losweg as Germaans bestempel word, vind in baie gevalle hul oorsprong in nuwe handelsbehoefte (I5) of in die reg van 'n ander volk soos uit die volgende sal blyk (I6).

.....  
 (II) Meyer. Entwerung. bl. 33. Anders volgens Herman (Meyer t.a.p.) Sie ook Goldschmidt bl. 248 aanmerking 7.

(I2) Goldschmidt. bl. 248. aanmerking 7. "in reicher kasuistischer Weise"; Meyer Entwerung bl. 31. "Eine ausführliche Darlegung des Prinzips "Hand wahre Hand".

Fockema Andreae O.N.B.R.I. bl. 392.

(I3) Leges Walliae. 3.3.38. teks by Meyer Entwerung bl. 32.

(I4) Goldschmidt bl. 259.

(I5) Goldschmidt bl. 260. v. Appeldoorn R.M. bl. 215-216.

(I6) Goldschmidt bl. 260. Sie ook nommer 12 hiervan.

## Hoofstuk II.

## Nommer IO.

## Die Joodse Eiendomsreg en Helerreg.

Met die reg van 'n ander volk waarna aan die einde van die vorige nommer verwys word, 'n reg wat 'n betreklik belangrike rol gespeel het in ons regsgeskiedenis, word bedoel die reg van die Jode. Wanneer van der Keessel (I) beweer dat die regspleging in Holland nie op Mosaiëse grondslag berus nie, is dit nie heeltemal juis nie, want Mosaiëse of ander Joodse regsbeginsels, het wel degelik in menige partikulierregte in Holland gegeld (Ia). Voor ons hul aanwesigheid in die genoemde regte nagaan, is dit wenslik om korteliks 'n oorsig van die opëising van eiendom volgens die Joodse reg te gee.

Die Joodse reg, ook die Talmudiese, is op die Mosaiëse wette, die Thora gegrond (2). Volgens hierdie reg word sako verdeel in die, wat deur die eienaar van derde besitters opgeëis kan word, en die waarvan die opëising uit derde hand bemoeilik of ontseg word (3). Verlore losgoed kan nie meer van derdes opgeëis word nie, wanneer die eienaar alle hoop opgegee het om hul weer terug te kry. Die vermoede, dat hul as sodanig opgegee is, het onder verskeie en vaakvoorkomende omstandighede ontstaan (4). Gestole goed kan van 'n dief gerëvindiseer word; maar selfs 'n dief word eienaar van goed wat hy gesteel het en verander het, sodat dit nou 'n ander naam dra, b.v. as hy van gestole wol 'n kleed, of van gestole yster 'n hoefyster maak (5).

.....  
 (I) Thesis IV.

(Ia) Byv. Cost. v. Dordrecht 1338 by v. Mieris. 2.6II; Brouwershaven. a. IO. by v. Mieris. 3.560. Duiveland. Keur van 1493. a. 42. Briel. v. Mieris. 2.675.

(2) Meyer Entwerung. bl. 177. Auerbach.

(3) Meyer Entwerung. bl. 181-2. Goldschmidt. bl. 266-7.

(4) Meyer Entwerung. bl. 182-3 oor die "Verzichtleistung", die sog. "Jiusch".

(5) Meyer Entwerung bl. 184-5.

Die dief is dan alleen vir skadevergoeding aanspraaklik (6). Teenoor derdes is die posiesie anders. Waar gestole goed deur 'n derde van 'n dief verkry is, het die eienaar slegs 'n reg om sy goed terug te koop teen die prys (7) wat die besitter daarvoor betaal het. Maar selfs hierdie reg om die goed terug te koop word nie altyd toegestaan nie, maar alleen in gevalle waar die bestole eienaar destyds die diefstal rugbaar gemaak het en die eienaar nie 'n handelaar in sulke waaie is nie, want anders bestaan die vermoede dat hy dit verkoop het en daarna die gerug versprei het dat die goed van hom gesteel is (8). Die Talmudiese reël word op kasuïstiese wyse uitgedruk; weens die belang daarvan gee ek dit

.....

(6) Meyer Entwerung bl.184-5.

(7) Die bedrag van die koopskat of die pandbedrag word vasgestel deur die blote eed van die verweerder. Hierdie afdoende bewys deur die alleenstaande eed van die verweerder skyn oorspronklik ook 'n eienaardige Joodse regsverskynsel te gewees het, wat eers later ook op Kristene toepaslik werd. vgl. Goldschmidt. bl.273; nota 14. ook op bl.274. By die beoordeling van die vraag of die regsbeginnelel omvat in 'n helerregtelike privilegie van Joods oorsprong is, is die aanwesigheid of afwesigheid van hierdie bepaling omtrent die eed dus van belang. Sie Meyer-Entwerung. bl.263.267.270.n.1. en ook bl.134.n.19. 'n Baie interessante voorbeeld uit 'n ander Semitiese reg word gegee deur Bewes (Romance of the Law Merchant bl.41). Art.281 van 'n Babyloniese Code (dit word beweer dat dit die oudste Code in die wereld is, omstreeks uit die jaar 1916. V.C.) bepaal dat in sekere gevalle 'n derde besitter gekogte slave aan die (opeisende) eienaar terug moet gee "and...tell out before God the money he paid...and the owner shall give to the merchant the money he paid".

(8) Meyer Entwerung. bl.186-187. Goldschmidt bl.267. Ons vind hier 'n publisiteit van verlies vereis, wat ons meteens laat dink aan die soortgelyke vereiste in die Germaanse Reg.

hier woordelik weer. "Qui vasa et libros suos in alterius manu agnoscit, si de eo rumor urbem pervadat, ei factum esse furtum, emptor juratus quantum dederit, id recipiet; si rumor non sit, id nullo modo fiet; dicam enim, ipse ista alteri vendidit, atque hic ista ab altero accipit sive emit" (9). Hierdie beginsels is aan allerhande uitsonderings en wysigings onderworpe gewees, totdat, volgens Meyer (10) die loop van die ontwikkeling eindelik, omstreeks die 13de eeu, tot die volgende min of meer algemeen aangenome posisie gekom het: Die koper of pandheer van gestole goed moet dit in elk geval aan die opeisende eienaar teruggee teen vergoeding van die koopprys of pandbedrag, tensy die koper of pandheer geweet het dat die goed gesteel was, in welke geval hy dit sonder vergoeding moet teruggee. Maar hierdie kennis van diefstal moes positief wees en nie net berus op 'n vermoede nie. Al had hy agterdog, was hy nie verplig om navraag te doen nie (11).

.....  
 (9) Talmud. Mischna. Baba Kama. IO.3. (volgens Goldschmidt bl.267 en Meyer Entwerung bl.186, na die vertaling van Surenhusius).

(10) Meyer Entwerung bl.191-2.

(11) Meyer Entwerung bl.192; treffend se Meyer t.a.p. dat "damit ist die Entwicklung des juedischen Rechts zum Hehlerrecht vollendet. Der Dieb findet bei den juedischen Haendlern und Pfandleihern ein sicheres Absatzgebiet. Er weiss, dass er hier nicht mit Fragen nach der Herkunft des Gutes belaestigt wird. Aber auch fuer den Bestohlenen konnte es in Zeiten mangelender Rechtsicherheit nur angenehm sein, mit ziemlicher Bestimmtheit zu wissen, wo er die gestohlene Sache finden und um einen geringen Hehlerpreis ausloesen konnte".



## Nommer II.

## Uitbreiding van die Joodse Helerreg op Nie-Jode.

Die trek van Jode na Germaanse lande of lande bewoon deur Germaanse stamme, het in heel vroeë dae begin. Daar was Joodse kolonies in Wes Europa nog voor die Volksverhuising (1). As vreemdelinge was hul onder die Germaanse stamme regteloos, maar die konings kon vreemdelinge in hul beskerming neem, en langs hierdie weg het die Jode later teen vergoeding beskerming erlang. Omdat hul as vreemdelinge van die Germaanse reg uitgesluit was en hul 'n eeu-oue nasionale reg gehad het, werd dit hul toegestaan om volgens hul eie Joodse reg te lewe, d.w.s. in alle aangeleenthede, wat Jode onderling aangegaan het (2). Maar die erkenning van Joodse regsbeginsele in bloot Joodse aangeleenthede het hier die talryke vreemdelinge, wat sulke uitgebreide handelsbelange had, nie bevredig nie. Die Joodse reg was by uitstek geskik vir die handel, veral vir geldhandel en handel in ou goed, en omdat hul nou eenmaal ook met nie-Jode moes handel dryf, werd hul handel baie gestrem deur die beperking van die gunstige reg uitsluitend tot gevalle tussen Jode. Met die houvas wat die Jode op die handel, en veral op die goldhandel had (3), het hul geweet om die verdere privilegie te kry om in sekere regshandeling (b.v. koop en pandneming) hul op hul nasionale reg te kan beroep,

(1) Meyer Entwering bl. I67.

(2) Meyer Entwering bl. I68 n. I4; ook bl. I69. n. 30 en bl. I73. "Trotz der immer mehr sinkenden sozialen Stellung der Juden behielten sie auch im spaeteren Mittelalter und in der Neuzeit, sowohl in Deutschland wie in andern Laendern die eigene Gerichtbarkeit und das nationale Recht in rein Juedischen Faellen bei".

(3) Meyer Entwering bl. I70. "In Deutschland war um jene Zeit (das IOte Jahrhundert) der Handel grossenteils in den Haenden der Juden, sodass die Begriffe Jude und Kaufmann fast gleichbedeutend waren. So sagt das Capitulare von Raffelstatten 903-906. "Mercatores, id est Judei et ceteri mercatores". ook bl. I72; Sie ook Feckema Andreae. O.N.B.R.I. hoofstuk I. tittel 5.

sels wanneer die ander party by die regshandeling g'n Joodse was nie (4). Die Jood, wat 'n gestole saak gekoop of in pand ontvang het, kon hom dus op sy Joodse helerreg beroep, selfs teenoor 'n nie-Joodse eienaar wat dit wou revindiseer. Daarom was die eienaar verplig om eers die koop- of pandbedrag wat met die eed van die Joodse verweerder vasgestel was, te betaal voordat hy sy goed kon opeis, m.a.w. teenoor die Joodse koper of pandnemer had hy geen reg tot revindikasie nie, maar slegs tot lossing van sy goed (5). Op hierdie wyse het die Jood 'n besonder gunstige posisie verworf, en dit spreek van self dat nie-Joodse konkurent in die loop van die eeue die veld sou moes ruim, as hul nie, of die Jood van sy voorreg kon beroof, of vir hulself dieselfde voorreg kon kry nie. Hoe nadelig die Joodse regsbeginsel ook vir die eienaar was, vir die handelaar was dit voordelig. Dit is dus begryplik dat dit die doel van die nie-Joodse handelaars was, nie om die privilegie uit te roei nie, maar wel om dit ook op hul self toegepas te kry.

Hierdie uitbreiding het dan ook omstreeks die 12de eeu plaasgevind, toe ander pandleners op die toneel verskyn het (6). Oorspronklik bekend as Cahorini en Lombarde (7) het laasgenoemde benaming mettertyd die gebruikelike

(4) Meyer Entwerung bl.198.

(5) Die feit dat die besitter se reg tot vergoeding van die koopprys ook nie aan die Germane vreemd was nie, het die ingang van die Joodse reg op hierdie gebied vergemaklik. Maar die Joodse reg was meer 'n helerreg, omdat dit nie publisiteit by die verkryging vereis het nie. vgl. Meyer Entwerung. 127. "Im Uebrigen ist nach zu weisen, dass der Loesungsanspruch des G.Rechts, wo er gewahrt wird, stets auf Grund der Publizitaet des Erwerbes gewahrt wird".

(6) Meyer Entwerung bl.261-2.

(7) Meyer Entwerung t.a.p. Bewes. Romance of the Law Merchant bl.44. beskou hul as Genosse wat oor Cahors in Frankryk gekom het.

geword. Hierdie Lombarde het spoedig 'n privilegie gekry wat die vorm van die Joodse helerreg aangeneem het en wat hul met hul Joodse mededingers op gelyke voet geplaas het (8), die reg n.l. om selfs gestole goed, wat in pand geneem is, te behou totdat dit gelos werd. Ook kon hul die pandbedrag met hul eed vasstel (9). Deur hierdie bres, wat die Lombarde in die Joodse privilegie gemaak het, het ook ander pandleners mettertyd gegaan. Deur 'n begryplike afkeer van die reg teen geprivilegieerde klasse, bestaan daar 'n neiging om die privilegie of te herroep of soveel moontlik op iedereen uit te brei sodat dit eintlik geen privilegie meer is nie. Daarom vind ons dat die oorspronklike Joodse privilegie in verskeie partikulieregte die privilegie van elke pandlener, Jood, Lombard en Leningsbank geword het.

Tot sover het ons dit meestal oor pandleners gehad, nie omdat die Joodse reg die pandleners besonder begunstig het nie; die koper werd net so beskerm soos die pandlener. Maar die privilegies het uit die vereistes van die handel ontstaan, en van al die bedrywighede was pandlening vir die Jood die .....

(8) Meyer Entwerung bl.262.O.N.B.R.d.I.bl.89.R.O.d.2.obs.28,waar Nederlandse Lombardeprivilegies uit die jare 1289 en 1296 aangegee word. Te Dordrecht is die Lombarde nie net met die Jode op gelyke voet gestel nie, maar die Jode is die stad belet, terwyl die Lombarde die gebruikelike privilegie verkry het. Dieselfde het in Frankryk onder Philippe Auguste gebeur. Bewes t.a.p.

(9) vgl.die Dortse Lombardeprivilegie "Ende waert dat eenige ghestolen panden quamen tot haren huse, die en souden sy niet wedergeven, sy en hadden eerst haar hoofthelt dat daarop ghelœent waer, ende haren kost, ende dat salmen een van haren knapen gheloven op haren eed, sonder arch of list".v.Mieris. d.2.bl.6II.

vernaamste (10). Van daar dat ons die pandleners op die voorgrond stel. Waar die handelsbelange sterk genoeg was om ook vir gekogte goed en nie net vir in pand genome goed beskerming te verkry nie, daar vind ons soortgelyke privilegies vir gekogte goed. Alweer was dit sake wat by uitstek in die helerreg tuishoort: ouklere en goud- en silwerwerk (11). En alweer is dit 'n soort handel wat veral in Joodse hande was (12). Dieselfde uitbreiding van die oorspronklik Joodse privilegie op nie-Joodse konkurrente, wat ons gevind het by die pandleners, het ook by sulke handelaars plaasgevind (13). Uit die rasseprivilegies het klasseprivilegies ontstaan.

.....  
 (10) Meyer. Entwertung. bl. 205, ook 238: "Jude und Pfandleiher war ein Begriff". Goldschmidt bl. 276.

(11) Meyer. Entwertung bl. 273.

(12) Haagse Keur (by R.O.d.2.obs.28) "Aen de Uitdragers, Uitdraagsters, Joden ende andren..."; G.P.B.d.2.2765: "Joden, Oudekleerkopers ofte andere ghelycke soorten".

(13) Meyer. Entwertung. bl. 273-4.

Nommer 12.

Verswakking van die Joodse Helerreg.

Die betreklik eenvoudige en duidelike helerregtelike reël waartoe die Joodse reg gekom het (1) is in die Middelseue onder inwerking van buite af gewysig. Die reël werd beskou as nie meer van toepassing op sekere soorte van sake nie. Heilige kelke en ander kerkelike goedere, en priesterklere werd beskou as opeishaar ook van 'n Jood, en wel sonder vergoeding (2). Die rede hiervan is nie ver te soek nie. Dergelike "res sacrae" word van oudsher op besondere wyse behandel. Ieder, ook die Joodse pandlener, moes dadelik weet, dat hierdie agterdogwekkende goed nie langs wettige weg na hom kon gekom het nie. Op hierdie gebied dus, moes die Joodse regsreël, dat hy homself nie aan sy eie agterdog hoef te steur nie (3), wyk vir die godsdienstige instinkte van sy nie-Joodse bure en vir die regsvormende mag van die kerk. En in hierdie bres het verdere afbrokkeling plaas gevind, omdat die beskouing veld gewin het dat die genoemde sake sonder vergoeding afgegee moes word, nie net om hul sakrale aard nie maar ook weens die agterdog wat noodwendig aan hul verkryging gekleef het (3). En omdat dieselfde agterdog ook aan seker profane artikels kon kleef, het dit daartoe gelei dat ander agterdogwekkende artikels soos bloedige of natte klere of ander hoogs waarskynlike geroofde goed, ook uitgesluit werd. By die uitbreiding van hierdie oorspronklik spesifiek verbode sake is dit begryplik, dat die neiging ontstaan het om die uitsluiting nie in die aard van die betrokke saak te soek nie, maar wel in die rede wat agter die verbod geskuil het, n.l. verdenking van diefstal. Om geprivilegieer te wees moes die Jood nou vry van agterdog of vermoede van

(1) Sie einde van nommer 10

(2) Ned.Ssp.I.bl.82. Goldschmidt.bl.272.III.

(3) Sie einde van nommer 10.

diefstal wees. Maar met die drang tot objektiviteit van die Germaanse Reg, le dit voor die hand dat die bevryding van verdenking deur 'n objektief-waarneembare feit, veral deur publisiteit van verkryging, moes geskied, en nie soseer deur bewys van 'n subjektiewe bona fides nie (4). Op die wyse het die talryke partikulierregtelike reëls ontstaan, wat eis dat die betrokke goed of helder oordag verkry moes word of voor getuie, of beide oordag en voor getuie (5), of dat dit op 'n sekere wyse en vir 'n bepaalde tyd tentoon-gestel moes word (6). Omdat ek dit nie verder afsonderlik gaan behandel nie, maar tog af en toe daarna sal moet verwys, is dit wenslik om die Joodse helerreg en sy kenmerke hier nog eens kort weer te gee: (a) Die besitter kon 'n gestele saak, mits hy nie van die diefstal geweet het nie, selfs teenoor die ware eienaar behou totdat die eienaar hom vergoed het, wat hy vir die saak betaal het. Die eienaar had dus 'n reg tot lossing, maar nie 'n revindikasiereg nie. Hierdie reg tot lossing is tipies Joods (7).

(b) Die bedrag, wat die verweerder gegee het, bewys hy met sy eed.

(c) Oorspronklik slegs in uitsluitend Joodse aangeleenthede geldig, het sommige regte later die Jode die beroep op hul helerreg toegeken selfs teenoor nie-Jode.

(d) Die volgende stap in die uitbreiding van die privilegies was om hul

(4) Meyer. Entwerung. bl. 220.

(5) Ned. Ssp. I. bl. 82. "bi dages lichte unde nicht in beslotene hus, mach he dat getuigen selve dritde". Keuren van Brouwershaven a. 10. v. Mieris. d. 3. 560. Ook te Duiveland, Keur van 1493 a. 42.

(6) Plakaat van 17 Maart 1563 volgens Groenewegen ad. Grot. 2. 3. 6. in notis; Plakaat 9 Desember 1661. art. 51. G. P. B. d. 2. p. 2775; Keuren v. d. Hage. 1719; R. O. d. 2. bl. 83; Keuren van die Vier Ambten 1242; van Waes 1241; van Saffelaere 1264 teks by Meyer Entwerung bl. 272; Keur van Piet 1265; en van Nieupoort 1163, teks by Meyer Entwerung bl. 276. By hierdie stadium kom ons al by die sameloop van Joods- en Germaansregtelike privilegies. Die Joodse helerreg word gewysig deur die Germaanse publisiteits-

bepalings toepaslik te maak op sekere beroepe. Sulke beroepe was die van veroorloofde pandmeesters, oukleekeopers, en goud- en silwersmede.

(e) Die helerregtelike beginsels is verwater en gewysig deur die invoering van die vereiste van objektiewe blyke van goede trou (opelike verkryging, tentoonstelling ens.) wat meer in ooreenstemming met die Germaansregtelike beginsels was.

.....  
 vereiste, d.w.s. publisiteit van verkryging (want publisiteit van verlies was ook 'n Joodse vereiste). Maar die vereiste mate van publisiteit is gladnie meer so sterk as die Germaanse regsgevoel nodig had nie, vgl. b.v. die blote vereiste dat dit "bi lichte dage" moes geskied. En te Briel (v. Mieris. 2. bl. 675.) kon die koop nog bedags of snags, en sonder getuie geskied. Sie ook Meyer. Entwurf bl. 137. n. 21 : "Einige der aus dem Judenrechte entlehnten Stellen naeheren sich diesen (germanischen) Bestimmungen ausserordentlich" Sie ook v. Appeldoorn R. M. 221.

(7) Dit is tewens ook Germaansregtelik, maar in bepaalde omstandighede wat baie sterker werk (vgl. gedwonge publisiteit van verkryging), en ook nie so algemeen nie. "Ausser den erwachten (paar Stellen) finden sich im aelteren Germanischen Rechte keine Bestimmungen die einen Lösungsanspruch des Erwerbers gestohlener Sachen zulassen, wie ihn das Juedische Recht gewahrt". Meyer. Entwurf. bl. 259. v. Appeldoorn. R. M. 221.

## Hoofstuk III.

Nommer 13.

Nederlandse Regte voor de Groot.

Wat van die Germaanse Reg, en veral die latere Germaanse reg, oor die op-eising van losgoed gese is, is ook van toepassing op daardie onderdeel daarvan, wat in die Nederlande gegeld het, en waaruit die Romeins-Hollandse Reg gedeeltelik voortgespruit het. Volgens Fruin kon die eienaar die nie-vrywillig uit sy besit gekome goed in Nederland deur middel van die "anevanc" en "~~.....~~" "slichte clage" terugeis. Of ook goed wat aan ander toevertrou was, op die manier van derdes opgevorder kon word, ag hy (I) hoogs onseker. In elk geval staan vas dat dit teen die grondbeginsels van die Germaanse Reg sou ingedruis het.

Maar mettertyd het in Nederland plaaslike regte voorgekom waardeur aan die koper, wat sekere publisiteitsmaatreëls geneem het, verdere beskerming verleen is (2). Ook dit is heeltemaal in ooreenstemming met die beginsels van die Germaanse Reg. Maar sommige regte het nog verder gegaan (3) en die koper beskerm ook al het die koop plaas gevind sonder besondere publisiteit. Die oorsaak hiervan is waarskynlik om die handel na die betrokke plekke te lok deur dit op die wyse daar meer as elders te bevoorreg (4). In die gevalle van den Haag en Dordrecht is daar ook rede om aan te neem dat daar nog 'n verdere element aan wesig was n.l. die bevoorregting van diens

.....  
(1) t.a.p.bl.70.

(2) Handvest v.Brouwershaven.1390.v.Mieris.3.560.Keur v.Duiveland 1493.a.42.  
"dat men koopt by dage binnen der vryheit, dat drie goede mannen kennen".

(3) Briel 1342. "is 't bi dage, is 't bi nachte" v.Mieris.d.2.675.Cost.v.Dordrecht.a.5.teks by v.Appeldoorn.R.M.220.Cost.v.'s.Gravenhage a.5.

(4) R.O.2.obs.27."om de Haagsche mercatuur te doen floreren".sie hieroor v,Appeldoorn bl.220.Sie ook Meyer Entwerung.bl.136.Meyer meen ook "Vielleicht liegt auch juedischer Rechtseinfluss vor".



stad se poorters of ingesetene teenoor opvorderende eienaars van buite - 'n soort van "jus peregrinum". Want die reg van die twee plekke beskerm die koper teen die eienaar wat, "nae de vercoepinge ende leveringe in deselve stadt quame ende mochte bewysen dat die verkofte goeden hem toequamen"(5)

Fockema Andreae (6) sien in die plaaslike regte, wat die koper beskerm, 'n uiting van die neiging om die verkeer te begunstig, wat egter deur die "romaniserende" juriste soos de Groot, Voet, van der Keessel e.a. teengewerk en verydel is. Regter Kotze (7) is van mening, dat die plaaslike regte wat opvordering ook van gestole goed bemoeilik of selfs ontseg, nie - soos Fockema Andreae dink - die eerste uitings van 'n nuwe neiging was wat toe deur die geresipieerde Romeinse reg doodgedruk is nie, maar veelmeer die oorblyfsels van die ou inheemse gemene reg, wat deur Charters en ander wetgewing gewysig is. Daarom meen hy dat, aangesien Art.44 van die Groot Privilegie (8) reg tot die revindikasie van goed toestaan, hierdie reg tot revindikasie voorheen nie bestaan het nie. Waarom sou daar anders sprake wees van die "grote vergunning"? Fruin (9) toon egter aan, waarom dit, uit 'n ander standpunt besien, 'n vergunning genoem kan word. Dit is slegs die uitbreiding tot die drie lande van 'n voorreg, wat reeds sedert 1245 aan verskeie ander plekke verleen is, die voorreg nl. om die gemeenregtelike aanvang uit te oefen sonder om die gebruikelike fooie of hoogheidsregte te

(5) Costumen van Dordrecht, 1570, art.5.

(6) Aanteekeningen bl.134.

(7) Van Leeuwen's Roman Dutch Law.vol.2.p.627.

(8)14 Maart 1476.G.P.B.2.670."Item,dat alle ingesetenen der voors.landen van Hollant,Seelant ende Vrislant sullen metten Heere van der Plecken mogen aenvaerden hare goederen,henluyden ontstolen,ontdragen of anders ontvreesmt,tot allen Plecken daar sy die betrappen,achterhalen of bevinden sullen mogen,sonder verbeuren".

(9) Aangesel bl.72-74.

betaal aan die "Heere van der Plecken". Die privilegie is dus in die "sonder verbeuren" (10) en dit wel in die sin, dat die revindikant niks verbeur teenoor die Heer of sy beampte, en nie in die sin dat die verbeuring teenoor die besitter sou geskied, soos, byvoorbeeld, die terugkopingsreg op die openbare mark. Die so dikwels aangehaalde Groot Privilegie sterk dus nie soseer die eienaar in sy opvorderingsreg teenoor die besitter nie, maar stel hom vry van sekere hoogheidsregte. Dat die opvatting van Regter Kotze onjuis moet wees, blyk verder uit die feit dat die eienaar van "ontstolen, ontdragen of anders ontvreemde" goed dit ook voor verlening van die Privilegie kon opgeëis het sowel ooreenkomstig die gemene Germaanse Reg as 'n reeks vroeëre Privilegies aan talle van stede verleen (11). Die strekking van sommige regte om die besitter selfs van gestole goed te beskerm was, behalwe waar sekere publisiteitsmaatreëls vereis werd, nie germaansregtelik van oorsprong nie. Of hul nou berus het op vergemakliking van die verkeer hier en op bevoorregting van die poorter teenoor die "peregrinus" daar, hul had te kampe met sowel die inheemse Germaanse Reg as met die indringende Romeinse Reg. Vandaar dat die neiging, soos Fockema Andreae dit noem (12), geen veld gewin het nie, maar veel eerder verdwyn het, sodat de Groot (13) in sy definisie van eiendom revindikasie voerop kon stel. Maar selfs de Groot laat seker uitsonderings geld, waarby die reg tot revindikasie nie onvoorwaardelik geld nie, uitsonderings wat ons hieronder sal behandel.

.....

(10) Sie b.v. Keur v. Zeeland Cap. 3. art. 23. "sonder verbeurnisse tegen den Grave oft Momb our's lands" Aanhangel bl.

(11) o.a. Haarlem, Delft, Alkmaar, Medemblik, Beveryk, Enkhuizen, Edam, Grootebroeck, almal by v. Mieris (Sie Fruin Aanhangel bl. 68) en ook aan Suid-Holland uit die jaar 1303 v. Mieris 2.29.

(12) Aanteekeningen t.a.p.

(13) Inleidinge 2.3.4. "De eygendom bestaet in dat recht om weder te bekomen het verlorene bezit".

## Hoofstuk IV.

Nommer I4,

Romeins-Hollandse Reg.....Markkoop.

De Groot se Inleiding wat ek by hierdie regspraak as uitgangspunt wil neem, gee die opelingsreg van die eienaar, en die perke daaraan gestel as volg weer (I):

4. Daarom zeggen wy, dat den eigendom bestaat in dat recht om weder te bekom het verloren bezit.

5. 't Welck plaets heeft, al waert dat den jegenwoordigen bezitter hetzelve bezet ter goeder trouwe, ende geld daer vooren hadde ghegheven: want den eighenaar mag syn recht ghebruicken oock zonder den bezitter syn geld weder te geven.

6. Uitghenomen wanneer iemand iet ter goeder trouwe heeft ghekocht op een vrye mark; want denzelve moet men syn geld weder gheven, zoo veel hy by eede verklaert, dat het hem ghekost heeft, indien hy 't aen syn verkooper niet en weet te verhalen. Inghelycks is den gheoorloofde tafelhouders ende oude kleekeopers vergunt, dat sy den eighenaar het syne niet en behoeven weder te geven, zonder van hem te bekomen het geld dat sy daervoor hebben gegeven, mits dat het haer niet kennelyck, ofte uit groote reden bedenckelyck zy geweest dat het goed anderen toequam; ende dat zy hetzelve zeeckere daghen openlik hanghen ten toon, anderzints ofte eerzulcks is ghedaen ghebruicken zy gemeen recht.

Die Germaansregtelik beskermde koop op 'n mark vind ons dus in die Romeins Hollandse Reg terug. Maar net soos ons gesien het (2), dat hierdie markbeskerming nie ewe uitgebrei was in alle Germaanse lande nie, maar in Frankryk byv. meer gegeld het as in Duitsland, so vind ons ook onder ons skrywers

(1) Inleidings 2.3.

(2) Meyer Entwörung bl.132.

oor die Romeins-Hollandse Reg verskil van opvatting omtrent die uitgebreidheid van die markbeskerming in Holland. Die Vertaler van Matthaeus se "De Auctionibus" (3) beweer dat, volgens die eenparige mening van die skrywers, die privilegie streng beperk moet word tot die plekke, waar plaaslike keure dit vergun. Van hierdie beweerde eenparigheid blyk by nader ondersoek nie veel nie.

Groenewegen (4) besaam hierdie lokaalregtelike opvatting. De Groot beskou die beskerming as gemeenregtelik (4a) en word deur verskeie vernameskrywers hierin gesteun (5). Ander weer beweer dat sulke kopers beskerm word op baie of "meest alle" plekke (6). Van Zutphen maak daar glad g'n gewag van nie, alhoewel hy verskeie ander vryemarksprivilegies soos vrywaring van arres ens. opnoem (7), en Huber (8) skyn die kopersprivilegie alle regsgeldigheid te wil ontseig, selfs wanneer dit verleen is. So sien die eenparigheid van Matthaeus se Vertaler daar uit. Uit die hopelose meningsverskille in die aangehaalde werke word dit duidelik, dat sonder grondige bronnestudie dit onmoontlik is om te bepaal of die bevoorregting van die koper op die mark in Nederland gemeenregtelik was of nie. Die nodige bronnemateriaal om hierdie twispunt te ondersoek is in ons land nie aanwesig nie. Maar

(3) "Over de Opveilingen" I.6.7.n.II.

(4) Aantekeningen op de Groot t.a.p.

(4a) "als vloeiende uit de woorden zelf"; van Schelling Code.v.Batavus s.v. "Kermis"

(5) Cons.For.2.II.4; Codex Batavus.s.v.Kermis; Utr.Cons.d.I.c.8I.n.II. (Matthaeus); v.d.Keessel.Thes.I84.Dictata.I83.6.

(6) Leg.Abrog.6.2.2; Paroemia.7.I7; Zypaeus.De Reivindic.7;r.h.r.2.7.4.Wassenaar.Pract.9.4.Voet.6.I.7.

(7) Van Zutphen.Pract.s.v. "Vryemark".

(8) Huber.Hed.Recht.3.3.38.ook Utr.Cons.2.44.

sekere punte is tog die oorweging werd.

Vireers vind ons, wanneer ons die bronne deur die skrywers aangehaal nagaan, dat verweg die meeste van hul direk of indirek steun op de Grootse "Inleiding", volgens welke die privilegie gemeenregtelik is. Ook moet ons onthou dat die sienswyse van die skrywers, wat die privilegie beskou as van krag in "vele" of "meest alle" plekke, nie noodsaaklik met die gemeenregtelike opvatting in stryd is nie. Die mark was 'n instelling wat tot sekere plekke beperk was, al was hul dan ook talryk. Die bevoegdheid om 'n mark in te stel het nie ieder plek regtens toegekome nie; die mark was dus nie orals te vind nie, en gevolglik ook nie die privilegie nie - selfs al het elke mark die voorreg gemeenregtelik geniet. Alhoewel daar 'n verskil bestaan tussen die vryemark en die gewone openbare mark (9) praat ons juriste by die behandeling van die privilegie taamlik deurmekaar van "vryemark", "publicae mundicie", "openbare mark", "publieke mark" en selfs "publicum emporium" en publica taberna" (10). En ons moet ook onthou dat die twee elemente wat die grondslag vandie privilegie vorm, n.l. handelsbegunstiging en die publisiteit by alle openbare koopplekke te vind was, al was dit nie orals in dieselfde mate nie.

Ons kan aanneem dat die ontstaan van die openbare markwese saamhang met die opkoms van die stede en dat daarom die plekke waar beskerming aan die koper op die mark verleen werd, steeds toegeneem het. Miskien is hieraan die beskouing van Voet, van der Keessel en andere toe te skryf, dat die beskerming gemeenregtelik was. Hierdie beskouing vind steun in 'n arres van die

(9) Sie bv. Stadreg v. Zwolle. Blecourt. Bewysstukken. 2. IIO-III. Sie ook Bewes. bl. 97

(10) Onderskeidelik in Cens. For. I. 2. II. 4. en Utr. Cons. 3. 36. 5. Die uitbreiding van die markkoop-privilegie tot andere openbare kope was 'n konsekwente voortsetting van die legitimerende mag van die publisiteit, soos ons alreeds (bl. 13) aangetoon het. Maar as selfs die markprivilegie vir die Rom. Hollandse Reg in twyfel getrek word kan ons nouliks die "publica taberna" as gepriviligeer bes

Hof van Holland (II). Die eienaar van 'n bees wou dit revindiseer van ~~inhank~~ 'n besitter wat die bees in Gouda op die openbare mark gekoop het. Die Hof het die eis van die hand gewys, omdat die eienaar eers die besitter die kooppenninge moes uitkeer. Die beslising skyn uit te gaan van die standpunt, dat sulke kope gemeenregtelik bevoorreg is omdat dit moeilik is om aan te neem, dat die beslissing op 'n lokale reg gebaseer sou wees sonder dat daarvan in die vonnis melding gemaak word (I2).

Ons neem daarom aan, dat die beskerming van die koper op die mark teenoor die reg tot opeising van die eienaar onder die drang van die verkeersbelange, tenspyte van die heersende Romeinsregtelike opvatting, geleidelik uitgebrei is, totdat dit in Holland feitlik 'n gemeenregtelike instelling geword het (I3). Die reël is heeltemal in ooreenstemming met die Germaanse element in ons reg, as ook met die handelsregtelike eise van die tydperk, en word as gemeenregtelik beskou deur verskeie van die grootste skrywers van die tyd, en dit nogal deur "Romaniserende" juriste, soos Fockema Andreae hul noem. Die verdere ontwikkeling van die Romeins-Hollandse reg moet ons buite Nederland en veral in Suid-Afrika soek. Hoewel die Nederlandse koloniste hul reg na Suid-Afrika meegeneem het, het hul natuurlik nie daardeur die toestande, wat die reg geskep het an die reg gevorm het, van self ook oorgeplant nie. Die vryemark, met sy vrywaring van arres en sy betekenis in .....

(II) Oorlog der Advokaten.C.I.

(I2) Alhoewel die skrywer van 'n artikel in die Cape law Journal 1888.p.73, wel so redeneer. Dit is m.i. moeilik om met sy gevolgtrekking saam te stem. Sien ook v.Appeldoorn.R.M.bl.222. "In den tyd van de Republiek was dit (openbaremarksprivilegie) in Holland algemeen recht." v.Appeldoorn grond sy mening o.a. op die bostaande arres.

(I3) vgl.v.d.Keessel.Dictata.I83.6."inde (nl.dat dit ook soms lokaalregtelik vergun word) non patet non esse jus commune,nam et plura antiqua privilegia concessa sunt,quae postea jure communi ad alia loca extensa fuerunt".

die internasionale handel, is ondenkbaar onder die militere-mariene garniseen en die handjie vol boere wat vir 'n eeu of meer die Kaapse bevolking uitgemaak het. Die Kaap was meer 'n verversingstasie as 'n kolonie, om nie te praat van 'n handelsentrum met die behoefte om sy markte te bevoorreg nie. Bowendien was aan die Kaap nie net die vryemark, maar selfs die vryehandel vir meer as 'n eeu lank nie erken nie (I4). Die ontwikkeling van die markprivilegie in Nederland was in die eerste plek die gevolg van handelsbehoefte. Aan die Kaap het die gekontroleerde handel destyds sekerlik nie daardie behoefte gevoel nie. Derhalwe cessante ratione legis cessat lex ipsa. Maar selfs as ons aanneem dat die vryemarksprivilegie ten tyde van die volksplanting hier deel van die Romeins-Hollandse Reg uitgemaak het, en dat ons latere munisipale marke die ekwivalent van die Nederlandse openbare marke is, dan is die feit, dat die privilegie vir eeu lank nie gebruik is nie, genoeg om die vermoede te regverdig dat die privilegie verval het. En is dit eenmaal deur onbruik verval, dan kan die hof dit nie sommer weer in die lewe roep nie (I5). Vir meer as twee eeue hoor ons dan ook niks van die privilegie van die koper wat gestole goed op 'n merk gekoop het nie. Maar in 1883 (I6) word dit eindelijk weer aangevoer deur die verweerder in 'n revindikasiesak. Na bespreking van die meeste skrywers, wat in hierdie <sup>nommer</sup> ~~artikel~~ aangehaal is, het die hof die revindiserende eienaar gelyk gegee en die koper gelas om

.....

(I4)"For more than a century and a half the price of every commodity was fixed by the Dutch East India Company, and any institution approaching a Dutch market or fair was unknown". H.R. de Villiers insake Woodhead, Plant & Co. v. Gunn. II.S.C. IO-II; vgl. ook Theal bls. I57. I68. 2I6-2I7. 222-223.

(I5) vgl. H.R. de Villiers insake Green v. Fitzgerald 1914.A.D. IO4. onder... "If the law was obsolete...."

(I6) Sie v. d. Merwe v. Webb 3.E.D.C. Dat die Regter President, Barry in hierdie nie juis 'n breë vergelykende blik had nie blyk uit sy dogmatiese mening dat

die gekogte goed sonder vergoeding terug te gee. Hierdie vonnis het aanleiding gegee tot 'n "bellum juridicum" in ons Suid-Afrikaanse Howe, want die Transvaalse Hof (17) het beslis, dat die koper van gestole goed op 'n mark wel in ons reg beskerm is soos deur de Groot voorgestaan, terwyl die Kaapse Hof die teendeel aangeneem het (18) in aansluiting by die van Oostelike Distrikte. Die punt is nog nie deur ons Appelfhof (19) beslis nie.

Regter Maasdorp (20) spreek die mening uit, dat ons met ons skutvendusias die naaste aan die ou Nederlandse markprivilegie in Suid-Afrika kom. Hierdie vergelyking is egter verkeerd. Die hele grondslag by die skutvendusias

.....  
 (t.a.p.bl.97)"the general principle applicable to the law of personal property throughout civilized Europe...now is....id quod nostrum est sine facto nostro non alienari potest...This doctrine of the Civil Law is adopted in all systems of jurisprudence". Om te sien hoe onjuis hy hierin geoordeel het vgl. verrigtinge van die Duitse "Juristenverein" volgens I890.N.J.2.bl.I7-I8: Es ist einstimmig abgelehnt worden die Frage, ob aufgenommen werden soll in das Buergerliche Gesetzbuch das roemische, das reine uneingeschraenkte Vindikationsprinzip...ohne, dass in der Debatte auch nur mit einem Worte der Gedanke angeregt wurde, es koennte sich empfehlen, das roemische System einzufuehren".

(17) Retief v. Hamerslach I884.I.K.bl.I98; Jantje v. Pretorius 3.S.A.R.65.

(18) Woodhead Plant & Co. v. Gunn. II.S.C.4; Kotze v. Prins. 20.S.C.I56. 'n Onterssante parallel met die vraag, of die markprivilegie van Nederland oorgeplant is na Suid-Afrika, is die ander vraag of die Engelse leer van "market overt" met die Engelse volksplanting oorgeplant is na Amerika. Die feite is taamlik analoog; die Amerikaanse Howe het die oorplanting van hierdie handelsbegunstigende privilegie ontken. Kent.d.2.bl.324. "Tenacious though most of the American courts have been of the rules of the English Law none of them has admitted the limited privilege conferred by the English law on purchasers in the so-called markets overt. Sie ook Benjamin on Sale bl.I5.(c). Die bona fide koper van gestole goed op 'n "market overt" word



is verskillend; op die mark bestaan die vermoede dat die verkoper sy eie goed verkoop, terwyl dit juis die skutverkoper se werk is <sup>om</sup> andermansgoed te verkoop. Die skutvendusie het meer van 'n geregtelike verkoping.

Ook goed gekoop by 'n geregtelike opweiling (in eksekusie) is nie van die koper opeisbaar nie (21). Die rede is vanselfsprekend. Die verkoping geskied na streng voorgeskrewe bekendmakings en dan onder toesig van die Hof se uitvoerende amptenaar (balju of bode). Maar by hierdie verkopings is dit bysaaklik of die goed vas of los is (21a) en die behandeling val dus buite bestek van hierdie werk.

As ons die verdere verloop van die regsontwikkeling in sommige lande van Europa volg, vind ons dat die elemente van handelsbegunstiging en die legitimerende mag van die publisiteit wat by die markkoop gevind word, vry algemeen ingang gevind het. Betreklik kort na die ontstaan van ~~markkassas~~ v.d. Keessel se Dictata is die Romeins-Hollandse Reg in Nederland afgeskaf. Die Burgerlike Wetboek, wat daar vandag geld, bevat die bepaling dat die koper op 'n jaar- of ander mark die goed teenoor die opeisende eienaar kan behou, totdat hy sy geld terugkry (21b). Dieselfde het ook gegeld as die goed gekoop was van 'n handelaar, van wie bekend was dat hy in sulke goed gehandel het (22). Maar hierdie

.....  
volgens Engelse Reg beskerm teen die opeisende eienaar, tensy die dief vervolgt en veroordeel word, in welke geval die eienaar sy goed sonder vergoeding kan terugkry. Blackstone. d. 2. bl. 449. Benjamin t.a.p. Dat ook die Engelse versigtig is om die die leer van market overt oor die histories-geregtigde grense aan nuwe publieke marke toe te pas nie, sien Moyce v. Newington 1878. 4. q. B. 34.

(19) vgl. Roberts and Lett v. Fynn. 1920. A. D. 28.

(20) Institutes of Cape Law d. 2. bl. 62.

(21) de Groot. 2. 3. 6. vgl. art. 59. Wet No. 32/17. Conradie vs. Jones. 1916. O. P. D. Voet. 6. I. 13. Matthaeus. De Auct. I. II. 71.

(21a) Behalwe dat hy vasgoed registrasie ook moet plaasvind, vgl. Art. 59. Wet No. 32 van 1917. Sien ook Lange vs. Liesching 'n geval van vasgoed by dekreet verkoop.

(21b) B. W. B. art. 637.

(22) vgl. die "publica taberna" e.a.m. van die ou reg; n. II.

bepaling is 1919 geskrap teneinde heling van gestole goed teen te gaan.

Die Franse Code Civil, waarop die Nederlandse Wetboek grotendeels gebou is, bevat dieselfde bepalinge as die Burgerlyke Wetboek met die verdere bepaling dat die koper van 'n handelaar in dergelyke artikels ook op teruggawe van sy kooppenninge geregtig is (23).

In die stelsels van die verskeie Duitse lande was oorspronklik algemeen ook die neiging te bespeur om revindikasie te bemoeilik. Die Pruisiese Landrecht het die eienaar die reg tot lossing ontse (selfs) waar die besitter die goed op 'n publieke veiling of van 'n lid van die handelaarsgilde gekoop het (24). Goed op 'n mark gekoop of op 'n Kermis ken egter deur die eienaar gelos word (25).

Die Saksiese reg beskerm, nieteenstaande dit meer Romeinsregtelik gekleur is as die orige Duitse reg, (26) tog die persoon, wat op 'n mark of van 'n bevoegde handelaar gekoop het <sup>teny</sup> mits die eienaar hom die koopprys vergoed. Eindelik vind ons dat die teenwoordige Buergerliches Gesetzbuch van Duitsland aan die koper op die mark die volle eiendom saeken en die vorige eienaar selfs nie die reg tot lossing gee nie (27).

Die belange van die handel, wat eis dat die omset van die verhandelde goed beskerm word, en die legitimerende krag van die markpublisiteit, het dus in Europa die regte van die eienaar, wanneer sy goed deur die mark- of 'n soortgelyke handelsverkeer gegaan het, ingekort. Dat hierdie ontwikkeling tot Europa beperk gebly het en nie tot die oerseese volksplantings van Europa deurgedring het nie, wêreld die vermoede dat die historiese agtergrond en kontinuïteit, en nie net blote handelsbelange nie, 'n groot rol by die ontwikkeling gespeel het (28).

(23) Code Civil Art. 2280.

(24) Goldschmidt bl. 280. Huebner. Grundzuege. bl. 413.

(25) Huebner. Grundzuege. t. a. p.

(26) Goldschmidt bl. 290-291.

(27) B. G. B. art. 929-935. Schuster. par. 333.

(28) v. Appeldoorn. R. M. 215. "Het beginsel "roerend goed heeft geen gevolg" is niet eene in de Middeleeuwen opgekomen nieuwigheid, maar was integendeel toen een overblyfsel van een primitieven rechtstoestand. Niet geërsch door eene werklake verkeersbehoefte, sleepte het in de Middeleeuwen zyn bestaan voort en erfde als eene "ewige Krankheit" van geslacht op geslacht over". Sien ook bl. 225.

Nommer 15.

Romeins-Hollandse helerreg.

Behalwe de Groot se Inleiding, beskou verskeie skrywers die pandleners of Lombarde as gemeenregtelik bevoorreg (1). Ander daarenteen ag die Lombarde slegs plaatselik gepriviligeer, of gaan selfs so ver om aan te neem dat hul privilegie maar persoonlik van aard was. Laasgenoemde opvatting kan altans afgelei word uit die vonnis van die hof teen sekere "godloose (Ia) en onwet-tige Lombardier genaamd Lusch" te Dordrecht in die jaar 1593 (2). Lusch werd naamlik beskuldig dat hy sy beroep sonder lisensie uitgeoefen het en gestele pande nie aan die eienaars wou terug gee nie tensy hul die pande los. Toe hy antwoord dat 'n sodanige privilegie aan hom toegestaan was in sy verstreke lisensie, welke lisensie hy te goeder trou as nog geldig beskou het, het die hof geantwoord dat "voorts soo heeft den Prince vrygestaan met wat voerwaar-den en manieren hy syn oetroot wilde beschryven". Asof die privilegie altyd afhanklik was van die bewoording van die betrokke oetroot, en asof die kon verskil van lombard tot lombard, al was dit dan ook nie so in die praktyk nie.

Die skrywers van die Rechstgeleerde Observatiën (3) beweer, dat die lom-barde g'n privilegie bo ander gewone pandhere had nie, behalwe waar 'n plaas-

(1) Leg. Abrog. Cod. 6.2.2. R.H.R. 2.7.4. "hoedanig recht ook doorgaans hebben de lombarden". ook 4.13.8. Paroemia, 7.17. v.d. Keessel. Thes. 184.

(Ia) betreffende die "goddeloosheid" van die Lombardier Lusch, vind ons 'n inter-ressante kerkordening, en wel te Dordrecht enige jare na die geval van Lusch by Hooyer, "Oude Kerkordeningen" volgens v. Appeldoorn. R.M. bl. 223. n. 5. "De prov. synode te Dordrecht antwoordde in 1574 op de vraag: of men een lomnaart tot den nacht-maal toelaten mag? kortweg met; Neen".

(2) Nieuwstad Vonnis. IIO. Trouens, die Dordrechtse Lombarde was al deur 'n privi-legie van die jaar 1338 beskerm. v. Mieris. 2.6II. waar die teks van die privilegie gegee word.

(3) R.O. 2. obs. 28. v.d. Keessel. Thes. 184. wat 'n gemeenregtelike opvatting huldig, haal nogal hierdie Observatie as steun aan.

like keur dit spesiaal aan hul toegestaan het. Twyfel of hul gemeenregtelik bevoorreg was, word ook deur Voet geopper (4). Hy meen dat, hoewel die meeste lokale wette die privilegie aan die lombarde toeken, dit nie gemeenregtelik is nie.

Van der Keessel (5) skyn ons egter die verste te bring. Hy haal verskeie wette aan wat die privilegie vergun en besluit as volg: "existimo in plerisque privilegiis.....hoc nominatim de rebus furtivis oppignoratis cautum et inde fere jus commune Hollandiae factum esse, quod hic Grotius narrat". En ons kan ook begryp, dat as die meeste plekke die lombarde sodanig geprivilegieer het (en ook Voet is van mening dat dit wel die posisie was) (6) dit die ontwikkeling daarvan tot 'n gemeenregtelike reël vergemaklik het. (7) Bowendien was die privilegie sterk versprei in ander dele van Europa (8) en van al die heilerregtelike privilegies was dit die een wat vir die Jode en soortgelyke handelaars die vernaamste was (9). Hoe sterk die georganiseerde pandleners bedryf was blyk uit die feit dat hul op sommige plekke 'n monopolie tot inneming van pande verwerf het (10). Daaruit kan ons aflei, dat de Groot,

.....  
 (4) Voet.6.I.7.Sie ook Huber.Praelect.3.20.4.32.Ook Huber.Hed.Recht.3.23.15.waar die Friese hof die privilegie nie wou erken nie.

(5) Dictata.183.6.

(6) Sie nota (5). Enige lombardprivilegies word aangedui in nr.II.n.9.

(7) vgl.v.d.Keessel.Dictata.183.6.oor die ontwikkeling van die vryemarkprivilegie "nam et plura antiquis privilegiis concessa sunt, quae postea jure communi ad alia loca extensa fuerunt". Goldschmidt bl.277.n.19(a) skyn foutief van mening te wees dat daar 'n algemene Hollandse wet was, wat pandleners privilegieer.

(8) Meyer Entwörung bl.268.

(9) Goldschmidt bl.276; Meyer Entwörung bl.205, ook 238. "Jude und Pfandleiher war ein Begriff".

(10) Ordin.van Haarlem 1754.Teks by Meyer Entwörung.Vermoedelik weëns hierdie toename aan mag en ook, volgens v.Appeldoorn R.M.224, op aandrang van die kerk weëns hul slegte reputasie is stedelike leningsbanke onder magistraatstoetsig aanbeveel en geautoriseer kragtens 'n Resolusie van die State van 6 Nov.1578.

Groenewegen, van Loeuwen en van der Keessel taamlik na aan die werklike posisie in die praktyk was, toe hul die privilegie gemeenregtelik genoem het.

Die andere helerregtelike klasse, die goud- en silwersmede, was sedert 1661 geprivilegeer (IOa). Daar skyn egter geen grond te wees om aan te neem dat hul voor dit tyd geprivilegeer was nie. Hul word dikwels saam met koopers van ouklere genoem (II) en dit skyn asof vroeëre wetgewing net geëg was op uitroeiing van die oneerlike en bedrieglike praktyke waaraan, volgens die konsiderans van die Plakate (I2), veral hierdie klas hulle skuldig gemaak het. Die Plakate het sekere publisiteitsmaatreëls by die koop, en daarna daelange tentoonstelling van die gekogte klere vereis "op de peyne van gheacht te wesen als complice van der diefte".

Ook wat betref die ouklerekoopers was daar 'n neiging om hul as bevooreg te beskou (I3). Die skrywers gee of glad g'n bron aan nie of verwys ten slotte na die plakaat van 17 Maart 1563 (I4). Ek het tevergeefs na hierdie Plakaat gesoek, maar uit die inhoud soos in ander werke aangedui (I5) blyk van die privilegie niks. Dit lyk asof die ouklerekoopers gelas word om alle

.....  
(IOa) G.P.B.d.2.2765; Plakaat van 9 Desember 1661.

(II) Voet 6.I.7.vgl.ook die Plakaat van 9 Desember 1661 oor die Goud- en Silversmede, wat tegelyk spreek van die "Joden, oudekleerkoopers ofte andere ghelycke soorten".

(I2) G.P.B.d.I.2724.art.24.G.P.B.d.2.2732.art.I5.uit die jare 1502 en 1552 onderskeidelik.

(I3) Inleid.t.a.p.Zypaeus.Notit.de reivindic.7.Inleid.2.3.6.leg.Abrog.Cod.6.2.2.R.H.R.2.7.4.Paratitula.3.I.I.4.ver.Schorer ad Grot.t.a.p.Parcoemia.7.I7.Wassenaar Jud.Pract.9.4.Utr.Cons.d.I.c.8I.n.II.

(I4) V.Loeuwen spreek van 'n plakaat van 17 Maart 1543 en van 17 Maart 1663 in a Paratitula en R.H.R.onderskeidelik, maar doel klaarblyklik op dieselfde bron.

(I5) Dictata 183.6.R.O.d.2.Obs.28.Sie ook 'n keur van den Hage 1719 (teks by Meyer Entwerung bl.274).

gekoegte goed 'n bepaalde tyd opelik ten toon te stel, tensinde gevrywaar te wees teen die verdenking van medepligtigheid aan diefstal, in geval die goe gestole blyk te wees. Die skrywers van die Rechtsgelcerde Observatiën (I6) meen nie alleen, dat die beweerde privilegie van die ouklerekopers nie gemeenregtelik is nie, maar beweer selfs dat hul g'n enkele plaatselike keur waarby die privilegie verleen word, in Holland kon opspoor nie. Dit lyk of hulle tenminste een keur (I7) oor die hoof gesien het.

Dit is eienaardig, dat so baie gesaghebbende skrywers beweer, dat die ouklerekopers geprivilegieer was en hulle dan beroep op 'n bron, wat hul bewering nie staaf nie. Dit skyn egter nie te gewaag te wees nie om aan te neem dat die ouklerekopers, wat grotendeels Jode was (I8), op hierdie gewysigde Joodsregtelike privilegie aanspraak gemaak het en dat dit hul in die praktyk dikwels toegaken is. Maar daarby moet ons onthou, dat die verwante klas, die goud- en silwersmede, later spesiaal by Plakaat die privilegie verkry het, terwyl die kopers van ouklere nie genoem word nie; en ook dat v.d.Keessel (I9), feitelik aan die einde van die ontwikkeling van die Romeins Hollandse reg in Nederland, die ouklerekopers in teenstelling met die goud- en silwersmede as nie-geprivilegieer beskou het nie. By gebrek aan andersluidende bronne is ek geneig om die beskouing van v.d.Keessel te volg.

Wat Suid-Afrika betref, lyk dit baie twyfelagtig of een van die drie helerregtelike voorregte gemeenregtelik nog bestaan. Die vraag of 'n pandlener, wat goed bona fide ontvang het, dit sonder vergoeding aan die opeisende eienaar

(I6) R.O.d.2.obs.28.

(I7) te Dordrecht, volgens Fockema Andreae. Aantekeningen.bl.I33.

(I8) Sie nota (II) hiervan; ook die Haagse keur, nota (I5).

(I9) Dictata I33.6.

moet teruggee as dit gesteel blyk te wees, is deur 'n Transvaalse Hof bevestigend beantwoord(20). Die beslissing was gegrend op ons gemeenreg, want daar was g'n Transvaalse wet, wat die saak gereël het nie(21). Die Hof was van oordeel dat die voorreg nie deel van die gemeen reg van Holland uitgemaak het nie. Hoewel dit nie ho twyfel verheve is nie, is daar in ons regsontwikkeling ongetwyfeld die neiging te bespeur, om die bestaan van verskeie partikuliere regtelike inkortings van die eienaar se revindikasiereg te ontken. Die beste is om aan te neem dat die pandleners hier nie so bevoorreg is nie. Die geskiedkundige ontwikkeling, van die Joodse pandlener tot die stedelike leningsbank, wat in Nederland sy kontinuiteit bewaar het, en juis daardeur in die reg erkenning verkry het, ontbreek heeltemaal in Suid-Afrika. Indien die voorreg beskou moet word as oorgeplant met die res van die reg, kan ons dit deur onbruik as vervalde beskou net soos die voorreg van die goud- en silwersmede(22). Die ouklerekopers was in Holland al in 'n swakker posisie as die goud- en silwersmede en ons kan nie verwag dat hul eue later in Suid-Afrika 'n gunstiger posisie sal beklee nie. In die praktyk is dit sekerlik nie die geval nie.

In die Kaapprovinsie bestaan daar 'n wet op "dealers in second-hand goods" (23). Hierdie "goods" omvat, volgens die definisie van die wet "old or second hand clothes or goods, including defaced gold, silver etc." Die wet geld dus vir ouklerekopers en sover dit hul koopbedrywigheid aangaan, ook vir goud- en silwersmede. Die wet maak voorsiening vir sekere publisiteitsmaatreëls, teneinde heling te belemmer.

.....  
 (20) Muller v. Chadwick 1906 T.S. 30.

(21) Daar is wel 'n wet op pandleners nl. wet No. 13 van 1894, maar dit skryf slegs sekere publisiteitsmaatreëls voor verkoop voor, en dergelike meer.

(22) vgl. die vonnis insake Muller v. Chadwick, op bl. 40... "the terms of this ordinance (G.P.B.d. 2.2765) seem utterly at variance with South Africa, and I know of no case in which gold- or silversmiths seem to have relied upon it as granting them any special privileges". Die ou wette van Holland wat nie deur ons wetgewing herroep is vorm nog deel van ons reg, volgens H.R. de Villiers in Seaville v. Colley. 9 S.C. 44. Sie egter Lee bl. 9.

(23) No. 10 van 1898

Die Kaapse wet op pandleners verleen 'n gewysigde voorreg (24). Dit bepaal in artikel 27, dat wanneer die Hof vind, dat goed wederregtelik in pnd gegee is, dit die eienaar kan toelaat om die goed terug te neem, of hom alleen maar 'n reg op lossing kan gee "according to the conduct of the owner and the other circumstances of the case". Hier bestaan 'n bevoorregting van die pandlener teenoor die opseisende eienaar, hoewel die bevoorregting nie so bepaald is soos die van die outydse lombarde nie.

.....  
(24) Wet.No.36/1889.



64

Nommer 77. I6

Vrywillige Besitverlies of "Hand ware Hand".

Ons het gesien, dat die beantwoording van die vraag of in die Germaanse Reg die reg van anevang al of nie toegestaan word afhang van die wyse, waarop die goed uit die eienaar se besit geraak het. Goed wat gestole of verlore was, kon van derde besitters weer opgeëis word, terwyl die eienaar maar die skade moes ly, as hy die goed vrywillig uit sy besit gelaat het en die vertrouensman (lener, huurder, ens.) dit aan 'n derde vervreem het. Anders dus as in die Romeinse Reg. Ook het ons gesien dat volgens de Groot (1), die eienaar in die Romeins-Hollandse Reg, sy goed weer in besit kon neem, waar hy dit ook tref. Ingeval van onvrywillige besitsverlies, neem ons die reg tot opeising aan, behoudens sekere betwiste uitsonderings, soos die van die Lombarde, vryemarkte ens.

Maar bestaan die reg tot opeising ook in die geval van vrywillige besitsverlies? Of het die Germaanse regsbeginsele hier behoue gebly, sodat gevalle van vrywillige besitverlies nie onder die revindikasieërval val nie? De Groot self skyn nie te twyfel nie; hy laat hier die Romeinse leer geld, sonder om te onderskei tussen vry- of onvrywillige besitsverlies. Tog beweer Prof. Fockema Andreae: "Dat in later tyd in Holland hy, die zyn goed vrywillig uit handen gegee had, het recht miste, het van den derden terug te vorderen, indien de houder het had vervreemd, staat - dunkt me - vast" (2). Wanneer ons sy bewysplekke nagaan, blyk dit minder oortuigend te wees; eerder die teen-deel. Hy verwys na sy "Aantekeningen" (3). Maar daar word geen toepaslike Hollandse bronne aangehaal nie, en hy erken self (4) dat in die

.....

(1) Inleydinge 2.3.5.

(2) O.N.B.R. d.I. bl.404.

(3) Aantekeningen. bl. 93.

(4) O.N.B.R. d.I. bl.405.

ander provinsies later 'n neiging teen die reël "hand moet hand waren" bestaan het. Van Appeldoorn (5) skyn dan ook, volkome tereg aan te neem, dat Fockema Andreae vir hierdie stelling nie genoegsame ondersteuning in die bronne vind nie.

Die eerste aangehaalde bronne, wat volgens Fockema Andreae die leer "hand ware hand" vir Holland sou staaf, is die regte van Dortrecht en 's Gravenhage (6). Maar geen van beide handel in die besonder oor goed wat vrywillig uit hande gegee is nie. Hul bepaal net dat, as goed in die stad gebring en gekoop word, iemand "die daer quame" dit nie later kan opeis nie, onverskillig of die goed deur 'n vertrouensman vervreem is dan wel deur diefstal uit die eienaar se besit gekom het.

Wel is daar sekere skrywers, wat die stelling van Fockema Andreae steun; maar by nadere ondersoek blyk hierdie ondersteuning nie so sterk te wees as wat dit op die eerste gesig lyk nie. Die werk, waarop die meeste later skrywers hulle beroep, is Groenewegen se "de Legibus Abrogatis" (7). Groenewegen grond sy opvatting "hand moet hand waren", op 'n artikel van 'n Antwerpse Costume (8) en op 'n vonnis aangehaal

(5) Aanteekeningen bl. 135.

(6) Sie nommer 13 voetnoot 3.

(7) II. Abrog. Inst. 4. I. 16.

(8) Cost. v. Antwerp. 58.5. Hierdie artikel word so dikwels gesiteer dat dit wenslik is om dit hier woordelik weer te gee:

"Die eenen coopman makelaer ofte ander syn goet bagge juweelen, coopmanschappen, obligatiën oft ander meuble goeden in handen gegeven ende betrouwt heeft gehad, om 't selve andere luyden te thoonen, ten eynde van dit alleenlyck te vercoopen oft oock alleenlyck te versetten ende te beleenen, oft als brénghers briefs uit den obligatiën te ageoren, oft oock eenigen huysraedt verhuert oft leent, om huys te houden, al is dat sulck coopman makelaer oft ander hetselve goet in andere saecken

deur Nieuwstad (9).

Die Antwerpse Costume skyn maar 'n baie swak grondslag vir Groenewegen se belangrike bewering te vorm. Die artikel spreek van gevalle waar iemand sy goed aan 'n ander toevertrou het met die opdrag om dit by derde persone te verhandel, of om as "brenghers briefs uit den obligatiën te ageeren", of gevalle waar die eienaar iemand huisraad verhuur of leen "om huys te houden". In sulke gevalle word dan bepaal, dat die eienaar die goed nie later van derde persone kan opeis nie as die vertrouensman (wat of huurder of agent is) die goed "in andere saecken heeft gemployeerd". As sy agent dus die opdrag te buite gaan, kan die opdraggewer sy eiendomsreg nie teenoor bona fide derde persone laat geld nie. Dit alles lyk meer na 'n vraag van agentskap of verteenwoordiging dan na 'n vraag van eiendom of sakereg. Veral by 'n handelstad soos Antwerp is dit blykbaar 'n handelsregtelike maatregel en nie soseer 'n uitvloeisel van die meer spesifiek Germaanse "hand ware hand" nie. Alhoewel dit tegelyk voldoen aan die Germaansregtelike vereiste van publisiteit, volg daaruit nog niet dat die inhoud van die artikel, van Germaanse oorsprong is nie. Dat die "brenghers briefs" sy opdrag slegs .....

heeft gemployeerd"....en dan gaan dit voort om te se dat waar die goed sodanig "in andere saecken is gemployeerd" kan die eienaar dit van die besitter ter goeder trou nie weer opeis nie "onder deksel dat als sulcke persoon huurder ens. hem soude te buyten hebben gegaan". Waar die goed nie vervreem is nie maar veelmeer net verpand, daar moet die eienaar eers die pand los voordat hy die goed kan terugeis.

(9) Nieuwstad. Vonnis. 85.

tot sy opdraggewer se skade kan oorskry is ook van handelsregtelike strekking. Die bepaling in die artikel, wat, vir sover dit ons onderwerp betref, die verste gaat is die wat handel oor gehuurde of geleende huisraad. Selfs hier is die omvang daarvan beperk deur die woorde "om huys te houden" (IOa). Hierdie bepaling word bespreek deur die vertaler van Mattheus se "De Auctionibus" (IOb). Hy meen dat die huisraad vir langere tyd, of vir onbepaalde tyd, in die inlener of huurder se besit moet gewees het, sodat laasgenoemde feitlik 'n soort "dominium utile" daarvoor verkry het. Hierdie sienswyse word in seker mate gesteun deur artikel 59.7. van die Costume (s.v. "Van Hueringhe"). Dit spreek van die sogenaamde "invecta et illata" van 'n huurder o.a. as goed "die hem syn verhuert ofte geleent tot huyshouden". In hierdie verband skyn dit aanneemlik dat bedoel word goed wat vir onbepaalde tyd in hande van van die huurder gestel word, en dan ook vir sy gebruik en nie slegs ter bewaring nie. Wat ook al die oorspronklike bedoeling mag gewees het, hierdie statutere bepaling is g'n regverdiging vir die toepassing van die algemene reël op ander goed as "huysraedt" nie.

Bowedien moet onthou word dat, afgesien van die al of nie toepaslikheid van sy bewoording, die artikel - hoe belangrik ook (II) - afkomstig is van 'n uitheemse bron en daarom slegs indirek vir Holland van belang kan gewees het.

Groenewegen se tweede bron is Nieuwstad se "Vonnis". Die op-

.....  
 (IOa) Sie ook Van Appeldoorn: Roerend goed heeft geen gevolg. Rechts geleerd Magasyn (1930) bl.220.

(IOb) "Over de Opveilingen". I. 71. n. II.

(II) vgl. Bynkershoek. Burg.Recht.d.2.bl.722. "Ik beken dat het gesag van de Antwerpsche rechten hier eertyds zeer groot geweest is".

skrif hiervan lui:

"Een schipper verkrygt zodanigen eygendom van de goederen, dewelken hem werden toevertrouwt en bevolen van de reeders, dat hy dezelve eygen maakt dengenen, dewelke dezelve aansemen, selfs ook tot schade en nadeel der reeders ens..."

Op die oog lyk dit soos 'n ondersteuning van Groenewegen se opvatting; maar die feite ontnem aan die vonnis alle betekenis vir die doel. Dit blyk naamlik, dat die "schipper" g'n blote vervoeragent was nie (I2) maar 'n agent met volmag om te koop en te verkoop: "volmachtigde over deselve waren met soodanigen besprek dat hy de voorsegde waren verkocht hebbende andere souden koop, en dat hy tot dien eynde geld op intrest sou neemen soo sulk van nooden was". (I3). Daarvoor sou hy 'n vierde deel van die wins kry. Bowedien was die lasgewer (eienaar) se aksie nie vir revindikasie van die ware nie (die was heeltemaal regmatig verkoop en gelewer) maar wel vir opeising van die geld, wat in beslag geneem was deur die agent se skuldeisers. Dit is dus duidelik dat Groenewegen of mislei is deur die opskrif van die vonnis of die inhoud van die vonnis verkeerd gelees het.

Geen wonder dat van der Keessel (I4) die vonnis as nie vanpas in die aangehaalde verband beskou het .

Ons vind dus dat, watter ander gronde Groenewegen vir sy sienswyse ook mag gehad het, hy deur die aangehaalde bronne nie gesteun word nie.

'n Ander voorstander van die reël is van Leeuwen (I5). Hy be-  
 .....

(I2) vgl. Ned. Advkb. d. 2. cons. 47. waar hierdie besondere betekenis van "schipper" en ook die spreuk "Sulchen schipper sult ge kiesen, gy sult waer en goed verliesen" vry breedvoerig uitgele word.

(I3) Nieuwstad t.a.p.

(I4) Thes. Selectae. I83. a. 3.

(I5) R.H.R. 4. I3. 4.

roep hom nie uitdruklik op Groenewegen nie, maar blykbaar volg hy hom: Immers ook haal hy slegs die twee behandelde bronne aan.

Lybrecht (I6) voer as bronne aan 'n konsultatie en twee vonnisse (I7), maar geen wetgewende bepalings nie. Die eersgenoemde behandel 'n geval waarin 'n pandheer, wat die pand in die skuldenaar se besit gelaat het, na vervreemding van die goed deur die skuldenaar, probeer om sy pandreg oor die goed teenoor die derde te laat geld. In die "konsultatie" word geadviseer dat "volgens de generale costume onder de kooplieden verstaan wordt in conformite der costume van Antwerp 58.5. dat in cas iemand enig goed hetwelk hem toevertrouwd is tegen de expresse commissie van syn toevertrouwer aan een ander komt te vervreemden ofte voor syn eigen schulden te verpanden en in hande stellen, dat de eigenaar hetselve moet lyden ende dulden". Alhoewel hierdie advys die reël iets breër stel, steun dit op die Antwerpse artikel, en dit behoort derhalwe nie (sonder baie sterke gronde) buite die omvang van genoemde artikel uitgebrei te word nie. Die advys is egter belangrik in sover dit die "generale costume" onder die koopliede konstateer (I8a).

Ook Lybrecht se tweede bron - Loenius, Vonnis 80 - behandel die geval van 'n agent, wat goed in hande het om namens sy lasgewer te verkoop, en dit dan "in proprios usus" vervreem. Dus alweer 'n bron wat nie soseer eienaardig Germaansregtelik as veel meer handelsregtelik is, 'n uitvloeisel n.l. van koopmansgebruike. Bowendien kan hierteenoor gestel word verskeie partikulierregtelike bedenkinge, wat nog Loenius nog .....

(I6) Red. Vertoog. 2.35.8.

(I7) Holl. Cons. d. 44. c. 178; Loenius. Vonnis 80 en 81 onderskeidelik.

(I8a) Lybrecht gee dit ook aan as synde "conformde costume van Frankryk naamlik dat "les meubles n'ont pas de suite par hypothèque".

Lybrecht aanroer. Die verkoop vind naamlik plaas in <sup>DN</sup> die Haag, waar die koper besondere beskerming kon geniet het (18). Verder word die goed vervreem aan 'n juwelier (goudsmid), en dit is ook 'n faktor van partikulierregtelike belang (19). In sy aanmerkings op bostaande vonnis se Boel (20), dat in 1594 die Koning van Pole aan iemand robyne gestuur het om te slyp. Die lashebber het die robyne verpand en toe insolvent gegaan. Daarop het die Amsterdamse skepene aan die Koning reg tot opeising ontseg en hom slegs 'n reg tot lossing toegeken. Ook hier sou 'n mens eers wil weet of die verpanding nie by die gebruikelike pandnemer, die Leenbank, plaasgevind het nie, en dus kragtens die "lombardsprivilegie" beskerm was. Dit is duidelik dat daar allerlei moontlikhede is wat die saak buite gemeenregtelike verband sou kan plaas.

Schorer (21) volg Groenewegen sonder aarseling en beweer: "na beschrevene rechten kende een uitlener het geleende goed zelfs van den bezitter ter goeder trouwe terugsischen....Hetzelfde wordt by ons omtrent ontillbare goederen gevolgd, schoon dit ten voordele des koophandels ten opzichte der tilbare goederen verboden is, tenzy dezelve in beslag genomen ~~worden~~ waren....want roerende goederen hebben geen gevolg, en deze regul moet ten scherpsten genomen worden, tenware het bleek dat dit by eenige keure of eene langdurige en bestendige gewoonte anders wierdt begrepen". Hy beroep hom op Voet (22). Laasgenoemde aanhaling verswak Schorer se bewering egter, want Voet verklaar net die teendeel, naamlik, dat die reël

.....  
 (18b) Sie nommer 13 nota 3

(19) Weßns hul besondere privilegie.

(20) Boel oor Loenius. Vonnis 80.

(21) Ad.Grot.3.9.5. en 7.n.8.

(22) Voet.6.I.I2.

nie toegepas moet word nie tensy 'n plaatselike wet dit vereis.

Hierdie drie voorvegters van die reël dat "hand moet hand waren" blyk by nadre ondersoek dus minder gesaghebbend te wees dan mens geneig sou wees om te verwag. Ook is dit nie sonder betekenis, dat g'n enkele Hollandse keur of costume aangehaal word nie. Daarom kan beswaarlik, slegs op hulle gesag, met Fockema Andreae aangeneem word, dat die germaansregtelike reël in die Holland van hulle dae erkende regs-krag had. Maar dit is nie nodig om net volgens die skrale gegewens te oordeel nie, want ook ander skrywers behandel die twispunt. En volgens hulle moet ons aanneem dat die Germaansregtelike reël geen regs-krag had nie. Matthaeus (23) byv. is van mening dat die eienaar in die reël kan revindiseer "extra eos casus puta institor vel proxoneta vendiderit res domini...Et generaliter dicendum est, quoties neque culpa aliqua domino imputari potest, neque commercium utilitas ei repugnat, toties vindicationem rei adversus tertium dandam".

Die vertaler van sy "De Auctionibus" (24) eindig, na 'n lange bespreking, met die verklaring dat mens die reël "roerend goed heeft geen gevolg eeniglyk op het pandrecht, niet op den eigendom betrekkellyk (behoort) te maken".

Voet (25) behandel die vraag met so 'n versigtigheid, dat van der Keessel (26) dit as "fluctuare" beskou. Maar ook Voet kom ten slotte tot die oortuiging, dat mens die Romeinsregtelike reël as regs-kragtig moet beskou en dat die "onteiende statute" restriktief of eng geïnterpreteer moet word. Die alreeds aangevoerde Antwerpse costume ag hy toe-

(23) Paroemia Septima. I7. "tertio".

(24) "Over de Opveelingen". I. 70. n. II.

(25) Voet 6. I. I2.

(26) Dict. I83. ~~par.~~ 5. "Voet quodammodo fluctuare videtur".



paslik net op faktors en ander handelsagente.

Jan Cos (27) steun nie alleen op Voet nie, maar hy volg hom byna woordelik sodat ons sy werk slegs as 'n vertaling van Voet kan beskou.

Van Leeuwen tree in sy Censura Forensis (28) op as 'n besliste teenstander van die afwyking van die Romeinse regsreël. Hy bespreek die opvatting van Groenewegen en toon aan dat laasgenoemde se bronne nie net ontoereikend is nie maar helemal ontoepaslik. Van der Keessel (29)koester g'n twyfel nie dat die eienaar die reg om te revindiseer selfs teenoor derdes behou, al het hy die goed vrywillig uit sy besit laat gaan in huur, leen of andersins. Hy toon aan dat Groenewegen, en ook Matthaeus, waar laasgenoemde twyfel, deur die kwansuins stawende bronne in die steek gelant word. Hy (30) bevestig de Groot se beskouing, en behandel verskeie van die beweerde teenoorgestelde bronne, soos die vonnis uit Nieuwstad en ook die uit Loenius (Vonnis No.30), wat hy as ontoepaslik beskou omdat dit 'n faktorensak is, "Quia dominus procuratorem constituerat ad vendendum", <sup>Hy wys daarop dat</sup> Mat-

.....  
(27) Rechtsgeleerde Verhandelingen. Over de Reivindicatio.

(28) Cens.For.L.4.7.5. In sy latere R.H.R.4.I3.4. huldig van Leeuwen 'n lynreg teenoorgestelde opvatting. Dit was hierdie gebrek van van Leeuwen aan steekhoudendheid by twispunte wat Bynkershoek tot die verergerde gesegde oor hom verlei het : "Zo gaat het met luiden, die als weerhanen met alle winden draaien". Burg.Recht.2.695. Vgl.ook Hoofregter Juta insake Morum Bros.v.Napgen.1916.C.P.D.395. "Somewhat characteristically, van Leeuwen expresses two opposed opinions". Ontrent van Leeuwen se oppervlakkigheid, sie ook van Appeldoorn: Roerend goed heeft geen gevolg, Rechtsgeleerd Magazyn (1930) bl.220 bo aan die blady: Maar met zyne gewone oppervlakkigheid heeft hy die costumen (van Antwerpen) blykbaar slecht gelezen.

(29) Theses Selectae.I33.

(30) Dictata.2.3.5.

thaeus wys in sy "Paroemia Septima" ~~daarop dat daardie skrywer~~ self die reël tot sekere plekke beperk, en dat daar g'n rede bestaan om aan te neem dat Holland binne genoemde beperking val nie, "quod autem ad Hollandiam attinet, probare nequit hanc paroemiam obstare domino suam rem vindicanti".

En dit is m.i. die grootste beswaar teen die opvatting dat "in later tyd in Holland hy, die zyn goed vrywillig uit handen gegee had, het recht miste, het van den derden terug te vorderen indien de houder het had vervreemd" (31). G'n enkele Hollandse keur of costume skyn daarvoor te spreek nie. Indien die voorstanders van die opvatting op die praktyk steun, rys vanself die vraag, waaruit hul die gegewens put vir die aanname van so 'n toenmalige praktyk, wat hoewel in stryd met die gemene (Romeinse) Reg, tog nie deur die geregshoue in twyfel getrek word nie. Want in die regspraak is daar dan 'n onverklaarbare leemte. Op so 'n groot gebied van handelstransaksies soos van die oormaking van losgoed is dit, met die oog op die beweerde afwyking in die praktyk, onbegrypelyk, dat die saak nie ook uit verskillende gesigspunte voor die geregshoue gebring is nie. Dat hulle ter staving van hulle opvatting nie anders as ontoepaslike vonnisse kan aanhaal nie, skyn teen hulle opvatting te pleit. Maar meer nog: "de practyk, zoals wy die kennen uit de rechtspraak van den Hoo-gen Raad", so skryf Professor van Appeldoorn (32) "stond in het algemeen afwyzend teenover het Germaansche beginsel" (32a).

Ons kom tot die gevolgtrekking, dat die reël "Hand moet hand

.....  
(29) Theses Selectae. I83.

(30) Dictata. 2.3.5.

(31) Fockema Andreae. O.N.B.R.d.I. bl.404.

(32) van Appeldoorn. "Aantekeningen". bl.135.

(32a) vgl. Vonnis van 20 Jan. 1707. (Obs.Tumult.) obs.242; van 22 Jul. 1707.

(ibid) obs.299; van 7 April. 1713. (ibid) obs.953; weliswaar handel al drie oor Hollandse obligasies wat, anders as Zeelandse, nie verhandelbaar was

waren" in die dae van de Groot en daarna g'n deel van die Romeins Hollandse reg gevorm het nie.

'n Gebied, waarop daar wel 'n ontseggings van die reg tot op-eising ontstaan het, wat by benadering op genoemde reël gelyk en skynbaar Groenewegen, Lybrecht en anders mislei het, was die van agentskap. In die geval van lasgewing, waar die lasgewer sy goed aan 'n faktor oorhandig het om dit te verkoop, het die handelspraktyk die regspraktyk beïnvloed, en die lasgewer moes die skade ly as die agent sy volmag te buite gegaan het (33).

Die ontstaan van hierdie gebruik is iets wat mens kan verwag. Dit is in die belang van die koophandel. Immers dit sou gestrem word as lasgewende eienaars, na voltrokke koop en aflewering, die transaksie kon repudieër en die goed, wat sy lashebbende, optreeende as faktor "suo nomine", verkoop het, kom op eis omdat die lashebber die geheime opdrag oorskry het.

Een van die Nederlandse "Advysen" (34) verklaar dan ook dat dit "een meer dan notoire zaak was dat binnen Amsterdam yemandt enige goederen wezende toevertrouwt, vooral om die in handen van een derden als pand te .....

nie (v.d.Keessel.Thes.I83) en dus as gewone roerende sake beskou kan word. 'n Vonnis van 13 Sep.1708 (ibid) obs.403. huldig skynbaar die teenoorge-stelde beginsel, maar die word hierna behandel.

(33) Matthaeus.Paroemia.Septema.7.Opveilingen I.I8.9. Veet.6.I.I2.Ned.Advbk. 2.c.I8. en c.47. Nieuwstad.Vonnis 36. Loenius.Vonnis.9. Observ. Vonnis van die Hogeraad van 13 Sep.1708. Tumult.obs. 403. (waar die gebruik deur 'n turbe tot bevrediging van die Hoge Raad vasgestel is). Holl. Cons. 4.c. I78. v.d.Keessel.Dictata.2.3.5. vgl. ook Cost.v.Antwerp.t.a.p.

(34) Ned.Advbk.2.c.I8.

mogen stellen. dezelve...zoodanigen meesterschap daarop heeft dat hy die absoluut aan een ander mag verpanden, schoon dat hy secretelyk ordre zoude mogen hebben gehad om alleenlyk ene zekere somme op te nemen". Die vervreemding word dus nie ongeldig deur die feit dat die lashebber die perke van sy volmag in die een of ander opsig oorskry het nie. In teenstelling hiermee noem die advys 'n geval waar die medevoogd van 'n minderjarige 'n obligatie vervreem wat later weer gerevindiseer word, dog "zoo is nochtans partikulierlyk daarin geweest de differentie dat de voorz. medevoogd de voorz. obligatie alleen in handen was gegeven om den interest te ontvangen maar geenzins om daarop beleeningen te doen". In die een geval dus 'n oorskryding van die volmag om te verpand en in die ander 'n verpanding sonder enige volmag hoegenaamd daartoe.

Uit hierdie ontleding blyk egter dat die "ratio dicendi" meer verbintenis - as sakeregterlike van aard was, en dit voer my reeds buite die bestek van my onderwerp.

Nommer 17, .....Vrywillige Besitsverlies in Suid-Afrika.

In Suid-Afrika word nog steeds die reël gevolg, dat slegs 'n eienaar, reg- of onregstreeks, sy goed kan vervreem (1). Besitsverlies, vrywillig of andersins, het met sy reg op revindikasie teenoor derdes niks te maak nie. Die onsekerheid, wat deur Groenewegen en sy navolgers verwek is (2) het weliswaar hier en daar weerklank gevind, maar g'n gesaghebbende hof by ons het die reël "Hand moet hand wesen" toegepas nie, behalwe uitsonderings - gevalle wat elders behandel word.

Genoemde reël "mobilia non habent sequelam" is oerweeg in verskeie vonnisse(3). Die regspraak volg konsekwent die opvatting dat : "In this colony the maxim "mobilia non habent sequelam" has been frequently applied to pledges of movable property and it has been held that the pledgee loses his hypothec after parting with the goods. As applied, however, to the owner's right to follow up his goods into the hands of persons who have not acquired the same from him, the maxim is certainly more honoured in the breach than in the observance. The rule is rather that the owner has the right of vindication, and the cases where he is deprived of this right are really exceptions to the general rule" (4).

.....

(1) Behalwe die gevalle waar revindikasie ontseig word weëns die besondere aard van die losgoed, soos geld of verhandelbare dokumente.

(2) Sie nommer 16

(3) Adams v. Mocke. 23.S.C.782. Thimia v. Kumarasamy. 1902. N.L.R. 414. Martin & McElney v. Savory 1904.T.S.180. Morum Bros. v. Nepgen. 1906.C.P.D. 392. (Laasgenoemde is 'n besonder beredeneerde en leersame vonnis). #

(4) Adams vs. Mocke. 23. S.C.782.

"In regard however, to the case of a person who has lent, or let, or otherwise entrusted his goods to another, I am clearly of opinion that he does not lose his right of vindication if the goods are improperly parted with, unless he had so entrusted his goods under circumstances which might fairly and reasonably induce third persons to believe that the ostensible owner was the true owner, or had authority from the true owner to dispose of the goods. The burden of proving that such circumstances do exist lies upon him who resists the owner's right of vindication".

In *Morum Brothers v. Nepgen* (5) het die Hof beslis dat "the great balance of authority followed in our courts is in favour of the law that the owner can recover his goods except in the case of sale or pledge by agents for sale and factors".

By ons dus: *caedit quaestio*. Die reel "mobilia non habent sequelam", in sy engere betekenis van "hand ware hand", is vreemd aan ons reg, behalwe waar die omstandighede van so 'n aard is dat die perseon, wat die goed van die vertrouensman verkry het, positief mislei is deur die toedoen van die eienaar. Blote publisiteit van besit op sigself word egter nie vir 'n sodanige misleiding gehou nie. Die alreeds aangehaalde saak van *Morum Brothers vs. Nepgen* toon aan, wat 'n groot mate van misleiding nodig is om 'n eienaar van sy regte te beroof. Die goed, wat in die saak opgeëis werd, was perde, en die vertrouensman, van wie die verweerder hul verkry het, was o.a. juis perdehandelaar. Die Hof het bevind dat die eienaar die perde aan hom oorhandig het nie om te verkoop nie ("not to an agent for sale or factor") en, daar die eiendom voorbehou was, kon die eienaar selfs van bona fide derde besitters revindiseer.

.....

Die enigste huldiging van die Germeansregtelike beginsel, wat ek in ons regspraak kon opspoor, kom voor in 'n vonnis van ons teenwoordige Eerste Minister (6). Die saak het gehandel oor die verhuurder se pandingsreg op die "invecta et illata" op die gehuurde grond, maar die regter was, soos uit 'n obiter dictum blyk, ~~was~~ geneig om op regshistoriese gronde (oor die "Romanistiese" beskouings van twee eeue heen;) die reël "hand moet hand waren" in ons Suid-Afrikaanse regsverhoudings toe te pas. Maar hierdie uiting staan ook heeltemaal alleen, en het nêrens elders in ons regspraak navolging gevind nie. Die sterkste bewys, dat ons Suid-Afrikaanse regsgevoel die Romeinsregtelike "nemo plus <sup>in</sup> alterum transferre potest quam ipse habet" billik, lewer die uitgebreidheid van die huurkoopstelsel by ons. In al ons grotere dorpe en stede, en in baie dele van die platteland kom dit veelvuldig voor. Van daar <sup>die</sup> groot huiwering by krediteure om beslag te lê op hul skuldenaar se goed, veral wanneer die skuldenaar - soos dit meestal die geval is in stede en dorpe - loonwerkers of gesalarieerde persone is. Immers beslaglegging op 'n skuldenaar se huismeubels, lei maar al te dikwels tot suksesvolle tussenpleitvoerings. Die kern van die huurkoopstelsel vorm juis die voorbehoud van eiendom met die gevolg dat die verkoper tesnoor iedere besitter 'n reg tot revindikasie het. Die huurkoper self, wat die goed sonder bevoegdheidvervreemhet, het hom skuldig gemaak aan diefstal.

Aan die stelsel is egter onder die nuwe wet tot wysiging van die

.....

(6) Regter Hertzog insake Leech v. Gardiner. 15.C.L.J.206. vgl. op bl.212 sy mening: That (nl. hand moet hand waren) being the case the only course open to us is to respect that judgment (i.e. of history in favour of the Germanic principle) and, with due respect for the authority of Voet, v.d. Keessel and others, to reject the Roman Law Principles regarding the vindication of moveables. Under the circumstances then, I have no hesitation in declaring the law, as laid down by the usus of the time of Voet and v.d.Keessel as still our law.

wet op insolvensie (7) in sekere opsigte beperkinge opgele. Die nuwe wet verleen die huurkoper, van wie die goed teruggeneem is deur die eienaar, 'n "locus poenitentiae" van drie weke, in welke tyd hy die agterstallige paaimente kan inbetaal om sodoende die goed terug te kry en in sy regte onder die kontrak herstel te word. Nadat sestig persent van die hele koopprys betaal is, gaat die eiendom van die goed op die koper oor. Die verkoper moet dan in geval van terugneming die goed verkoop met inagneming van sekere formaliteite; en die oorskot van die verkrege prys moet hy, na aftrek van die onbetaalde kooppenninge aan die huurkoper uitkeer. Feitelik, gaat dus die eiendom van die goed op die koper oor, wanneer sestig persent betaal is, belas met pandingsreg op die goed ten gunste van die verkoper. Hierdie wysiging in verband met die voorbehoue eiendom het allerhande proteste en vertoë uitgelok (8).

Die enigste gebied, waar die reël van "hand ware hand" hom in die Suid-Afrikaanse praktyk enigszins laat geld, is die van sekere min of meer verhandelbare effekte (9). Ofskoon skerpoetend, het ons houe oor tot die opvatting dat die eienaar, wat sulke stukke aan iemand toevertrou het, hul nie van bona fide derdes kan terugeis nie. Ons staan hier aan die begin van 'n nuwe ontwikkeling. Historiese kontinuiteit of van Germaans-regtelike invloed is moeilik aan te neem. Dit is slegs uitvloeiing van handels- of beurspraktyke, soos later sal blyk (9).

.....

(7) No.29.1926.art.7I.

(8) Sien getuigenis in Verslag van Gekose Komitee op die Insolventiewet, 1916, Wyzigings-Wetsontwerp. (S.C.5-'26.) veral bladsye 14,23,30,32, 38,50 Dit blyk (bl.32) dat van 38,418 naaimasjiene verkoop deur die Singer Maatskappy is 89.5 % d.w.s. 34,405 masjiene op die huurkoop-stelsel verkoop.

(9) Sien Nummer 25 hiervan.



8  
Tietel 19.....Reklame deur 'n Onbetaalde Verkoper.

Naas die teenwoordig veel voorkomende huurkooptransaksies het ons die gewone koop teen kontant of teen krediet. In laasgenoemde geval gaan die eiendom van die gekogte goed na lewering op die koper oor. By koop teen kontant egter is eiendomscoordrag bowendien afhanklik van betaling van die kooppenninge.

Volgens die Romeinse Reg kon 'n verkoper teen kontant die goed weer opeis as die koopskat nie betaal word nie (1). Die reg behou hy onverskillig wat die tyd is wat verloop het tussen die gedane lewering en die weeropeising. Daar die eiendom nog by die verkoper berus het dly sy reg tot revindikasie ook teenoor derde besitters gegeld.

Dergelike beginsels is ook in die Romeins-Hollandse reg (2) bekend. Vir Fockema Andreae (3) is dit 'n produk van die Romaniserende gees. Maar al is dit nie direk 'n uitvloeiing van die legitimerende mag van die daadwerklike besit van die weer in die Germaanse reg nie, behoef dit nie noodsaaklik Romeinsregtelik van oorsprong te wees nie, selfs al dra dit trekke wat op die Romeinsregtelike "reivindicatio" lyk. Dit kan ontstaan het onder die drang van handelbehoefte. En inderdaad is in Holland gevalle van reklame uit heel vroeë jare (4), selfs uit die jaar 1389 bekend. Dit is 'n instelling wat vir die handel van belang is. Dit is daarom redelik om aan te neem, dat dit deur handels-

.....  
(1) *Venditae vero traditae non aliter emptori acquiruntur quam si is venditori solverit vel alio modo ei satisfecerit*" Instit.2.I.4I.Dig.I8.I.I9. Dernburg.363.Sohm.386.

(2) de Groot.2.5.I4; Voet.6.I.I4 en I9.I.II; R.H.R.4.I7.3; Bynkershoek. Burg.Recht.2.I5.bl.7I6; Holl.Cons.I.c.286; v.d.Keessel.Thesis.203.

(3) Aantekeninge.bl.274 .

(4) Andreae. Aantekeninge (v.Appeldoorn) bl . 275.

belange" in die praktyk ontstaan het om later, met die Resepsie, tot volle ontwikkeling te kom. Van Appeldoorn ontdek dat dit 'n instelling is, ingevoer met die resepsie van die Romeinse reg. "Wy hebben hier" so verklaar hy "te doen met oud-Hollandsch recht" (5).

Maar, die Hollandse praktyk het, anders as die Romeinse reg, selfs na die Resepsie, in belang van die verkeer allerhande beperkings op die verkoper se reg met betrekking tot die tydperk, waarin die weeropreising kon geskied, laat geld (6). Hierdie tydperk het van plek tot plek gewissel. In Leyden was dit twee weke (7), in Amsterdam ses weke (8).

Dat die tydperk in die loop van tyd soms verleng is, blyk uit die geval van Amsterdam, waar dit in 1658 op ses weke gestel is; In 1682 is dit verleng en toe weer in 1697. En in Zierikzee, waar die koper in 1429 sy goed moes opvolg "zonder m<sup>o</sup>erren" is die termyn in 1466 verleng tot "binnen den derden daghe", en eindelijk in 1485 tot sewe dae.

As ons die ontwikkeling in Suid-Afrika volg, vind ons dieselfde verskeidenheid van termyns. In geval die koper insolvent was, het 'n wettelike termyn van drie dae in die Kaap (9) en van een en twintig dae in Transvaal (10) gegeld, terwyl die insolvensiewet van die Unie van 1916 dit op tien dae bepaal (11).

Indien die koper nie insolvent is nie, dan is die verkoper geregtig om sy reg van reklame uit te oefen, maar hy moet dit, volgens ons gemene reg, binne 'n redelike tyd doen. In die Transvaal was daar 'n tyd-

(5) Andreae Aantekeningen bl.274. t.a.p. v.d.Keessel.Thes.203.

(6) v.d.Keessel.Thes.203.

(7) Andreae.Aantekeningen.bl.274.

(8) Andreae.Aantekeningen. (v.Appeldoorn) bl.277.

(9) Ord.6.van 1843 (Kaap) art.105.

(10) art.42.Wet.no.13.van 1895.Transvaal.

(11) Wet No.32 van 1916.art.35 (1).

perk van veertien dae vasgestel vir terugwasing van goed wat teen kontant verkoop is (12); Maar die uitleg waarvoor die artikel volgens die Transvaalse Hof vatbaar was (13) het dit noodsaaklik gemaak om die artikel te herroep (14). Die kwessie is ook daar teruggebring tot die gemeenregtelike grondslag, en moet die opwasing dus ook binne 'n redelike tyd geskied.

Wat 'n redelike tyd is moet na gelang van omstandighede bepaal word. In die regspraak van die Kaapse hof (15) word die termyn, wat deur die wet in geval van insolvensie vasgestel is, as 'n nuttige leidraad beskou. Daaronteen was die Transvaalse Hof (16), m.i. met reg, van mening dat dit nie altyd wenslik was om alle gevalle en alle soorte van goedere oor een kam te skeer nie. Dit is byv. redelik om die koopsoom van 'n motorkar of 'n kudde skape 'n dag of twintig of selfs langer te laat oorsaan, terwyl dit onredelik sou wees om aandelsertifikate na drie weke of selfs drie dae van derde besitters te laat opois.

In elk geval is dit wenslik, veral teenoor derdes, om die tydperk te verkort, en om die verkoper te dwing om die goed so spoedig doenlik weer in hande te kry of om anders sy saaklike reg te verbeur (17).

.....

(12) Wet No.26 van 1903. (Transvaal) art.14.

(13) Seluka vs.Suskin & Salkov.1912.T.P.D.258.waarin die Hof beslis het dat alle goed, wat teen kontant verkoop was, slegs binne veertien dae na die verkoping gerevindiseer kan word. Daarna vervel die reg tot revindikasie selfs van gestole goed;

(14) Wet No.9 van 1914 art.1.

(15) Quirk's Trustees v.Liddle & Co's Assignees.3.5.c.327. Sadie v.The Standard Bank 7.S.C.67.

(16) Crockett v.Lezard.1903.T.S.590.

(17) Daniels v.Cooper,I.E.D.C.174.

19  
 Titel 20.... "Hand ware Hand" in die Europese Wetboeke.

In Nederland is die Romeinsregtelike reël verdring. Die Burgerlike Wetboek bepaal in art. 2014 feitlik dat "hand moet hand waren". Die eienaar kan sy goed nie van derdes opvorder nie, tensy dit sonder sy wil uit sy besit geraak het, en selfs dan nie, indien die derde dit op 'n mark gekoop het (1).

In Frankryk geld, wat vrywillige besitsverlies betref, dieselfde (2). In die Oostenrykse Bürgerliches Gesetzbuch word die eienaar van vrywillig uit die besit geraakte goed slegs 'n reg tot terugkoping toegestaan, ingeval die goed die hande van derdes geraak (3). Dieselfde geld in die Switserse <sup>10</sup>Zürcherisches Gesetzbuch (4); en ook in die ou Pruisiese Wetboek (5) Eindelik vind ons volkome beskerming van die koper van aan ander toevertroude goed in een van die modernste kontinentele Wetboeke, die Duitse Bürgerliches Gesetzbuch (6);

Die revindikasiereg is in Engeland minder beperk. Tog geld daar, naas die gemeenregtelike bepalinge aangaande "market overt" die

(1) Asser bl.92-96.

(2) art.2279.Volgens van Bemmelen het die reël uit die Code Civil in die wetboeke van die ander Europese oorgegaan. "Het is het eerst verschenen in den Code Civil, doch zonder in het minst Germanisch te willen zyn, alleen terwille van het verkeer. Daarna is het steels in Duitschland opgetreden als germanistische theorie". N.J.1890.I.bl.13.v.Appeldoorn. R.M.1930.Hofman "Hand muss Hand wahren" volg v Bemmelen.

(3) Goldschmidt bl.288.

(4) Dieselfde bl.292.

(5) Dieselfde bl.279.

(6) B.G.B.art.929-935.Vinogradoff meen, dat die invoering van hierdie Germanitiese reël grotendeels aan gegshistoriese ywer toe te skryf is. Common Sense in law bl.167-168.Huebner.Grundzuege.bl.414 daarenteen is van gevoele dat "man hat sich mit guten Gruenden, natuerlich nicht etwa aus historischer Pietät, wieder zu der Regel Hand wahre Hand bekannt". Vgl. egter Van Bemmelen se beskouing, nota 2 hiervan.

wetlike bepaling (7) dat ingeval gekogte maar nog nie gelewerde goed weer aan 'n derde verkoop en dan gelewer word, die eerste koper die goed nie van die derde kan opvorder nie, alhoewel die eienaar van die goed volgens die Engelse Common Law, deur die eerste verkoping, selfs sonder daarop gevolgde lewering, oorgegaan het.

So vind ons dat in seker mate in Engeland, en in veel sterker mate op die Vasteland, die neiging bestaan om die derde besitter teenoor die opeisende eienaar te beskerm. Goldschmidt (8) kom in sy vergelykende beskouing van die heersende Europese stelsels dan ook tot die slotsom : "durch die saemtlichen neueren Gesetzbuecher des buergerlichen Rechts zieht sich die bewusste Grundtendenz, durch Einschraenkung der dinglichen Rechtsverfolgung an Mobilien den Umlauf derselben zu sichern". In die Romeinse Reg en in die regstelsels wat, soos ons S.A. stelsel, op hierdie gebied die Romeinse Reg volg, bestaan so 'n neiging nie.

.....  
(7) Sale of Goods Act 1893 art.22,24,25 (I).

(8) bl.278.

20

N~~o~~mm~~e~~r 1201.....Opsomming.

In die voorafgaande het ons die eienaar se revindikasie van losgoed in drie aparte regstelsels behandel; die Romeinse, Germaanse en Joodse.

Die eerste stelsel gaan uit van die reël dat die eienaar sy goed kan opeis van iedere besitter, al het die goed met of sonder sy toestemming uit sy besit geraak.

Die tweede stelsel gaan uit van die reël, dat die eienaar nie sy goed van 'n derde kan opeis nie, wanneer hy vrywillig die goed uit sy besit of weer laat gaan het en dit deur die vertrouensman vervreem is. In gevalle van onvrywillige besitsverlies kon die eienaar wel van derdes die goed opeis, maar hierdie reël was aan sekere beperkings onderworpe. Hierdie uitsonderings, wat nie vas gestaan het nie, was gegrond op 'n mate van publisiteit waarmee die derde die goed verkry het. In sulke uitsonderingsgevalle had die koper of glad g'n reg tot opeising nie, of slegs nadat hy die koopprys aan die besitter vergoed het.

Die derde stelsel het die eienaar alleen 'n reg tot lossing toegeken, onverskillig of die goed met of sonder sy wil uit sy besit geraak het.

In die algemeen kan ons se, dat die reëls van die eerste stelsel die grondslag van ons reg in Suid-Afrika vorm, terwyl die Vastelandse Wetboeke meestal die tweede stelsel volg. Die derde stelsel het sy invloed in handelsregtelike gebruike laat geld (1) en bygedra tot die ontstaan en ontwikkeling van verhandelbare papiere.

.....  
 (1) Goldschmidt, bl. 300I. "Auch das singuläre Judenrecht hat in seiner späteren Gestalt die Natur einer Handelsrechtssatzung".

## Hoofstuk V.

Titel <sup>2/</sup> 30.....Romeinse en Germaanse Pandreg.

Die inhoud van die pandreg soos ons dit vandag ken, het belangrike wysigings ondergaan. Ons moet derhalwe aan die hoofstukke van die geskiedkundige ontwikkeling enige aandag wy, om die perke van hierdie saaklike reg beter te begryp.

In die Romeinse Reg het die skuldenaar sy skuldeiser aanvanklik die vereiste sekerheid vir die betaling van skuld gegee, deur 'n saak deur "mancipatio" of "in jure cessio" aan hom oor te dra (1). Die oordrag het gepaard gegaan met 'n beding tot teruggawe (pactum fiduciae) volgens welke beding die skuldeiser die saak aan die skuldenaar moet re-mansipeer as die skuld betaal word. Die skuldeiser was intussen eienaar, met al die sakeregtelike beskerming wat 'n eienaar geniet; Een gevolg hiervan was dat die skuldenaar in die besit van die saak gestel kan word sonder gevaar vir die skuldeiser, omdat eiendom en die besit streng van mekaar onderskei word. Hy kon as eienaar die saak altyd van derdes revindiseer, as die skuldenaar die saak vervreem.

'n Ander manier om sekerheid te verleen was om die pand in die skuldeiser se besit te bring sonder om die eiendom aan hom oor te dra. Daardeur kry die skuldeiser bepaalde saaklike regte, solang hy die besit het; en as hy besit verloor, kon hy die goed deur die possessore interdikte opeis (2). In albei gevalle geniet die skuldeiser sakeregtelike beskerming en kon hy die goed opvolg, die skuldenaar daarenteen tref dit minder gelukkig, want of hy kon die goed in sy daadwerklike besit behou, en dan die gebruik en genot daarvan he, maar dan moes hy die eiendom oordra of hy kon die eiendomsreg behou, maar dan moes hy sonder die goed klaar kom.

Hierdie nadele is eindelijk weggeruim deur 'n ander instelling,

.....

(1) Sohm. bl. 457.

(2) Sohm t.a.p.

die hipotek, waardeur skuldeiser sowel as skuldenaar volle regte verkry en behou sonder om mekaar te benadeel. Oorspronklik het hipoteek voorgekom slegs by huur van lande (2b). Die pagters het die sake, wat hulle by hulle bedryf nodig had - beeste, ploeg ens. - op die gehuurde land gebring en; hoewel dit nog in hul besit gebly het, het dit in seker sin tog ook in die mag van die verhuurder gekom. Geleidelik het die verhuurder, die skuldeiser, die reg gekry om, wanneer die huurpenninge nie betaal word nie, beslag op die goed te lê, selfs wanneer dit nie meer op die grond was nie; uiteindelik kon hy dit in so 'n geval selfs van derdes opeis (3). Hierdie sakeregtelike beskerming van hipoteek word later aan skuldeisers (4) toegeken ook in ander gevalle as by huur van lande. Dit het sonder enige oordrag van besit of ander publisiteitsformaliteite, tot stand gekom: 'n blote ooreenkoms of beding tussen skuldenaar en skuldeiser het die saaklike regte, wat hy teenoor derdes kon laat geld, in die lewe geroep.

Dit werd gebruiklik om te onderskei tussen pand wat in die skuldeiser se besit oorgaan an die wat nie so oorgaan nie (5). In werklikheid was dit maar 'n verskil in naam; die skuldeiser had in albei gevalle volle saaklike regte. Aldus in kort die Romeinsregtelike pandreg. Heel anders was die pandregtelike ontwikkeling in die Germaanse Reg. Vir

(2b) Hymans: Romeinse Zakenrecht bl.278.

(3) Schm.459-461. Sie ook Hertzog "Juriste Obsessies" noot 3I.bl.38 en ook t.34.

(4) Juriste obsessies bl.38.n.3I. Schm.t.a.p.

(5) "Proprie pignus decimus, quod ad creditorem transit, hypothecam cum non transit nec possessio ad creditorem". Dig.I3.7.9.2.



'n juiste begrip hiervan is dit nodig te onthou dat tussen die begrippe skuld en aanspreeklikheid - "Schuld und Haftung" - outyds streng onderskei is. Iemand kon iets skuld sonder om vir die betaling daarvan aanspreeklik te wees (6). 'n Skuldenaar, - en ons gebruik die woorde "skuld" en "skuldenaar" hieronder in hul teenswoordige betekenis - kon 'n pand-objek in die skuldeiser se weer stel om as pand vir die skuld aanspreeklik te wees. Die pandheer moes homself vir betaling van die skuld aan die pand hou. Van die skuldenaar kon hy niks meer eis nie, selfs al was die pand nie genoeg om die skuld te delg nie (7). Die skuldenaar kon die pand by die skuldeiser los deur die bedrag van die skuld te betaal. (8) Doen hy dit op die bepaalde tyd nie, dan verval die pand aan die skuldeiser en dit word sy eiendom (9): Dit was dus vervalpand.

Maar met die ontstaan van die beginsel, dat die skuldenaar met sy hele vermoë vir die skuld aanspreeklik was, en hy die skuld uit die orige deel van sy vermoë moes betaal as die pand nie genoeg opbring nie, moes ook die opvatting van die vervalpand verander. Om te sien of die

.....  
 (6) Gierke. "Schuld und Haftung".

(7) Gierke. bl. 23. "Die durch Pfandsetzung begründete Haftung war reine Sachhaftung". Asser. bl. 390. "Doel van de inpandgeving is na oud Germ. beginselen, <sup>mit</sup> met verhoging van de in de persoon gelegen zekerheid, maar enkel het aanwyzen van een voorwerp tot verhaal der schuld. Verhaal anders dan op het verpande voorwerp was dus in den regel uitgesloten". Huebner. Grundzuege. bl. 435. Eers later het hy <sup>met</sup> sy hele vermoë aanspreeklik geword. Gierke. bl. 25. Beskryf dit as die geleidelike ontwikkeling van "Werthhaftung" of "Vermoegenshaftung" uit die oorspronklike "Sachhaftung".

(8) O.N.B.R.d. 2. bl. 98. "Tans bestaat er - kan men zeggen - een plicht, vroeger bestond er een recht tot lossing".

(9) Gierke. bl. 24. "In aelterer Zeit fiel dem Glaebiger wohl das Eigentum immer van Rechtswegen an, (d.h. am Verfalltage)."

pand te kort skiet by die delging van die skuld en of die skuldenaar dus by moet betaal, moes die waarde van die pand vasgestel word. Dit kon die beste geskied deur opveiling daarvan. Sodoende het uit die vervalpand die verkooppand ontstaan (I0). Waar die pandreg ~~van~~ die skuldeiser oorspronklik as 'n beperkte eiendomsreg opgevat werd (II) (d.w.s. 'n eiendomsreg onderworpe aan 'n reg tot lossing van die skuldenaar voor die vervaldag,) was dit nou slegs 'n reg om die pand tot 'n sekere tyd te besit en dit dan te verkoop of te laat verkoop. Uit die koopprys kon hy sy skuldvordering delg en die orige kom die skuldenaar toe. Of as die koopprys minder as die skuld bedra, bly die skuldenaar vir die res aanspreeklik.

Die vraag, of die pandobjek al of nie in die skuldenaar se besit kon bly, word ook <sup>deur</sup> heel ander beginsels beheers, as wat in die Romeinsreg gegeld het.

Soos ons gesien het (I2) tree alle saaklike regte, dus ook pandreg, in die weer te voorskyn, openbaar hulle na buite deur die weer ~~as die skuldenaar~~ "wie die weer heeft, heeft dus den schyn voor zich. Zy geeft een vermoeden van recht, legitimeert prima facie als rechthebbende". (I3)  
 As die skuldeiser / die pand nie in sy daadwerklike besit, sy weer, hou nie, dan mis sy reg die legitimasie en sy regte is nie bestand teenoor 'n derde nie, wat ewentueel die pandobjek verkry en sodoende daardie legitimerende "weer" het. Die pandheer moes dus volgens germaansregtelike beginsels besit van die pand neem. X

.....  
 (I0) Gierke bl.25.

(II) Gierke. bl.22. Das dem Glaebiger an der Sache eingeräumtes Recht wurde urspruenglich allgemein als beschränktes Eigentum aufgefasst.

(I2) Nummer 3

(I3) van Appeldoorn, Rechtsgeleerd Magazyn (1930) bl.207.

Sy regte om die goed in derde hand op te volg was die van die weer-haber. En sy onbevoegdheid, om dit van derdes op te eis, as hy dit aan die skuldenaar, of aan iemand anders, oorhandig het wat dit dan vreem het, was ook die van gewone weerhebber wat so 'n gedragslyn gevolg het. Kortom, ~~wat~~ wat derdes betref, was hy nie pandheer nie, maar weerhebber. Die pandbeding was iets wat net hom en sy skuldenaar aangaan, en nie derdes nie. Hipoteek van roerend goed, in die Romeinsregtelike sin, was volgens die Germaanse Reg uitgeslote - "ohne Faust kein Pfand".

Maar alhoewel daar nie 'n hipoteek, in die Romeinsregtelike sin, bestaan het nie, was daar sekere pandingsregte, wat enigsins gelyk het op die Romeinse hipoteek by die "invecta et illata", altans in 'n vroeëre trap van sy ontwikkeling (I4), toe die verhuurder se reg nog meer beperk was sowel waar dit goed, wat van die verhuurde grond verwyder is, as waar dit derdes geld. Uit sekere regsverhoudings het volgens die Germaanse reg vir reghebbendes voortgevloei 'n voorreg oord die goed van die skuldenaar teenoor derdes sowel as die reg om hul skuldverderings te bevredig, deur die goed eenvoudig in beslag te neem, - oorspronklik eie-magtig, (I5) later onder bystand van die owerheid, en eindelik uitsluitend deur tussenkoms van die owerheid (I6). Dergelyke regsverhoudings was die tussen leenheer en leensman, grondheer en pagter, huisheer en inwoner; Mettertyd het hierdie reg aan ieder verhuurder teenoor sy huurder toegekom, onverskillig die skuldenaar al of nie in die "munt" van die skuldeiser was (I7)

(I4) Hertzog. Juriste Obsessies bl. 38.n. 31.

(I5) byna soos ons latere "parate executie". O.N.B.R.d. 2. bl. 103.

(I6) Gierke. bl. 41-43.

(I7) Gierke bl. 40. "So stammt anscheinend aus der grundherrlichen Gewalt das Pfandungsrecht wegen versessener Zinse... Später aber wurde es von dem Gewaltverhältnisse gelöst, und allgemein dem... Verpächter gegen den Pächter, dem Vermieter gegen den Mieter... gewährt".

Die verhuurder kon beslag le op die huurder se goed. 'n Ander skuldeiser wat op dergelyke manier begunstig was, was die herbergier (18). Die pandingsreg het egter net gegeld solank as die goed nog binne die magsfeer van die ~~kazharyk~~ herbergier, dus in sy huis was. Sodra dit buite daardie magsfeer kom, word die skuldeiser in dieselfde regsposisie geplaas as die ander skuldeisers (19). Alhoewel Gierke hierdie beperking uitdruklik slegs van die herbergier se pandingsreg aanhaal, is dit miskien nie te gewaag om aan te neem dat ook vir die verhuurder se pandingsreg gegeld het nie.

Die belang van hierdie Germaanse pandingsregte vir ons regsontwikkeling le grotendeels in die feit dat hul, met hul analoge trekke, later die invoering van die Romeinse legale en stilswygende hipoteke vergemaklik het (20). Behalwe die pandingsregte van sekere skuldeisers het die Germaanse reg g'n saaklike regte tot versekering van skuld oor die skuldenaar se goed erken nie, tensy die skuldeiser die goed in sy besit het. Terwyl volgens Romeinse reg die partye deur blote ooreenkoms 'n hipoteek op die skuldenaar se goed ten gunste aan die skuldeiser kon vestig, het in die Germaanse reg, met sy vereiste van die openbaarheid of publisiteit, die reël "ohne Faust kein Pfand" gegeld.

Hierdie verskil het aanleiding gegee tot heel wat verwarring, toe die Romeinse Reg in die germaansregtelike gebied binnegedring het, soos ons hieronder hoop aan te toon.

.....

(18) Gierke. bl. 41. Huebner. Grundzuege. bl. 432.

(19) Gierke. t. a. p. n. 72. "Auf hausherrschaflichen Ursprung deutet, dass es regelmaessig nur im Wirtshause selbst ausgeuebt werden darf". Meyer (bl. 270) behandel wel 'n "Wirtspfandrecht" en beskou dit as Joeds van oorsprong, maar dit is nie die pandingsreg waarmee ons hier te doen het nie.

(20) Huebner. Grundzuege. bl. 44I. "Jenes einheimische Pfandungsrecht bahnte den roemischen gesetzlichen Pfandrechten den Weg".

*Námmet 22*,.....Die Romeins-Hollandse Pandreg.

Die skrywers oor die Romeins-Hollandse Reg is dit daar vry wel ooreens dat verpanding van roerend goed aan die pandnemer saaklike regte teenoor derdes verleen slegs in die gevalle, waar die pand in sy besit gestel is (1). 'n Uitsondering was in die Costume van Rynland te vind in die geval van verkogte en gelewerde goed wat aan die verkoper verpand gebly het, wanneer tussen die partye aldus ooreengekom het (2). Bowendien deel Fockema Andreae nog 'n paar ander moontlike uitsonderings mee (3). Owerigens het die reël gegeld, soos dit hierbo geformuleer is.

Minder sekerheid bestaan omtrent notariële verbande oor roerende goed. Die houër van 'n notariële verband oor roerend goed besit nie saaklike reg teenoor 'n derde besitter te goeder trou nie: Wel het hy sekere voorregte teenoor ander skuldeisers "in concursu", wat so 'n verband nie het nie (4). Daar is duidelik te bespeur 'n strewe om aan die een kant die nie-besittende pandheer te beskerm en om aan die ander kant rekening te hou met die vereiste van openbaarheid of publisiteit. Bowendien het notariël opgestelde dokumente 'n besondere bewyskrag gehad.

Hierdie neiging was nie net tot Holland beperk nie, maar is in ander Germaansregtelike lande ook te vind. 'n Interessante paralel vind ons in Duitsland. "Fuer diese Satzung (verband oor roerend goed) war nun aber stets als Ersatz der Gewereubertragung ein öffentlichlicher Formalakt notwendig..... Das Setzen des Pfandes erfolgte vor ausdruecklich hinzugezogenen Solemni-

(1) De Groot. 2. 48. 26-29. Leg. Abrog. C. 4. 10. 4. Paroemia. Septima. II-14. R. H. R. 4.

13. 19. Voet. 20. I. 12-13. v. d. Keessel. Thes. 432.

(2) R. H. R. 4. 13. 20. Voet. 20. I. 13.

(3) Aantekeningen. bl. 242.

(4) de Groot. t. a. p. van Leeuwen. t. a. p. v. d. Keessel. Thes. 830. Schorer. d. I. bl.

398-9. Holl. Cons. d. I. c. 232.

taets zeugen. Erst spaeter fand die Eintragung in das Stadtbuch statt"(5).

By plakaat is sulke notarišsel verleende hipoteke in 1612 en weer in 1665 (6) met die veertigste penning belas. Hierdeur is geen nuwe soort van verband geskep nie, dog slegs die alreeds bestaande aan belasting onderhewig gemaak (7). Maar 'n teenoorgestelde opvatting het meer en meer veld gewen en het later die eersgenoemde opvatting wat die juiste is heeltemaal verdring. Aangeneem werd, dat die plakaat ook registrasie van sulke verbande vereis, om 'n voorreg "in concursu" te verleen. Maar die plakate spreek slegs van betaling van die belasting. Geen preferensie word geniet uit enige verband " 'tzy op roerende 'tzy op onroerende goederen...dan by so verre, ende voor sooveel den veertigsten penningh daervan ten tyde van 't passeren der voorz. verbanden ten behoeve van de gemene sake sal wesen betaalt" (8). Van registrasie is g'n sprake nie. Blote betaling van die belasting was voldoende om die voorreg te verkry (9).

Dit is egter begryplik dat 'n baie sterke neiging bestaan het om die notarišele verband van roerend goed, sonder daarmee gepaarde besitsoordrag, na analogie van vaste goed te behandel en om registrasie "voor den gerechte van der plaetse" te eis (10).

Die plakaat van Zeeland het daarenteen wel registrasie geeis, indien die verband enige preferensie wil geniet; Die registrasie moes

.....

(5) Huebner.Grundzuege.bl.438.vgl.de Groot.2.48.26.volgens wie hipoteke kan geskied of voor 'n notaris, of voor drie getuie.

(6) G.P.B.d.I.1953 en d.3.I005 onderskeidelik.

(7) v.d.Keessel.Thes.43I.

(8) G.P.B.d.3.I006.de Groot was selfs van mening dat 'n verband van vaste goed nie hoof geregistreer te wees nie. Holl.Cons.d.3.c.I73.

(9) Sie ook Holl.Cons.I.c.232.Coren.c.38.

(10) vgl.die beskouing van president v.d.Meulen.Nieuwstad.c.38.op bl. 555 in die midde.

plaas vind binne ag dae na die passering van die verband, en wel in 'n register in die dorp, waar die skuldenaar woon(II). Bepalings met soortgelyke strekking is ook uit die jaar 1644 in Amsterdam, Haarlem, Leyden, Gouda, en elders bekend(I2). Dit alles is ook in ooreenstemming met die ontwikkeling in die Duitse Reg: "erst spaeter fand die Eintragung in das Stadtbuch statt".(I2a).

Maar selfs hierdie vestiging van 'n notariële hipoteek van roerend goed sonder besitsoordrag het die pandkrediteur nie gehelp nie, as die goed in die hande van 'n bona fide derde gekom het. In sulke gevalle was die reël nog steeds "mobilia non habent sequelam per hypothecam". Alhoewel die Germaanse Reg in seker mate gewysig was, het die ontwikkeling nie die Romeinsregtelike trap bereik nie.

Bowestaande, wat vir konvensionele hipoteek geld, geld ook vir die stilswygende of legale hipoteek. Ook dit het uit die Romeinse Reg binne gedring en was in grote mate on-Germaans. Wat ingang daarvan vergemaklik het was die Germaanse pandingsregte, wat sekere analoge trekke gemeen het(I3). Maar vir al die verpandinge sonder besitsoordrag het die reël gegeld "meubelen hebben geen gevolg van hypotheek"(I4). Dat die Germaansregtelike reël beswaarlik ingang gevind het by die Romanistiese regsgeleerdes is te begryp. Ons kry 'n insig in die teenstand, wat dit by Nederland se grootste juriste

.....  
(II) G.P.B.d.9.53I.

(I2) O.N.B.R.d.I.bl.396-7.

(I2a) Huebner.Grundzuege.bl.438 .

(I3) O.N.B.R.d.2.bl.IIO.Huebner.Grundzuege.bl.44I. "Jenes einheimische Pfandungsrecht bahnte den roemischen gesetzlichen Pfandrechten den Weg". Ook Andreae.Aantekeningen bl.29I.

(I4) de Groot.2.48.29.ook in die Holl.Cons.d.3.c.I74.v.d.Keessel.Thes.437.  
Voet.6.I.I4.en 20.I.I4.

mees oorwin, as ons byvoorbeeld de Groot se beskouings lees (15). Hy erken dat "het gemeene spreekwoord hier t e l<sup>o</sup>nde useert, dat meuble geen gevolg van hypotheecq en heeft" deur 'n Amsterdam se turbe vasgestel is, maar nietemin "dunkt onder correctie, dat alsoo deselve costuyme geconsidereert na hare extensie...is buyten de gemeene beschreven (lees: Romeinse) rechten...dat daerom deselve costuyme moet werden genomen in strictis terminis". Maar ten spyte van die Romaniserende bril waardeur alles bekyk is, het dit tog waar gebly, dat pandgewing sonder besitsoordrag g'n sakelike regte teenoor 'n derde besitter verleen het nie.

.....  
(15) Holl.Cons.d.3.c.I74.



Nommer 29.....Romeins-Hollandse Pandreg in Suid-Afrika.

Wat die grondbeginsels van die pandreg betref is daar in Suid-Afrika g'n ingrypende verandering te bespeur nie. Nog steeds geld "Ohne Faust kein Pfand" (1). Slegs die pand ter minne verleen aan die krediteur volle saaklike sekerheid, selfs teenoor 'n ander skuldeiser, wat die pand in beslag laat neem kragtens 'n vonnis van die hof (2). Omgekeerd mis 'n niebesittende pandheer, wat die verpande saak in die skuldenaar se besit laat, alle saaklike regte daaroor teenoor 'n ander krediteur wat dit kragtens vonnis van die hof in beslag laat neem het (3). Selfs besitsoordrag aan die pandheer, gevolg deur heroordrag van besit aan die skuldenaar, is nie voldoende nie (4). Die pandheer word teenoor derdes beskerm slegs solank hy in die besit van die saak is, want nie openbaarheid of publisiteit van verpanding nie, maar publisiteit van besit word vereis (5).

Die beskerming van 'n derde teenoor 'n nie-besittende pandheer val weg, wanneer die derde die verpande goed verkry, met kennis dat dit verpand is (6).

.....

(1) H.R.de Villiers insake Heydenrych v.Fourie.13.S.C.bl.373. "There is no principle more firmly established in our law than that a pledgee only retains his real right in respect of the thing pledged so long as he remains in possession of it".

(2) Brown v.<sup>l</sup>Messinger of the Court.1876.Buch.bl.49.Stadler v.Scharff.24. S.C.bl.355.

(3) Woeke v.McDowell.1911.C.P.D.op bl.352.

(4) Goossens' Trustees v.Goossen.3.E.D.C.368.

(5) "Too much weight was attached in this case to the written (and registered) form in which the pledge was given and too little was attached to the necessity for obtaining actual possession" insake Woeke bl.353.

(6) Coaton v.Alexander 1879.Buch.bl.79.Netherlands Bank v.Yull's Trustee.1914. W.L.D.133.

In die voorgaande gevalle geld die beginsel dat die verkryger te goeder trou van goed, wat deur die eienaar verpand maar nie in die pandheer se besit oorgedra is nie, beskerm word teenoor die opeisende pandheer. Maar daaruit volg nog nie, dat verpanding sonder besitsoordrag van alle waarde ontbleet is nie. Indien dit wel die geval was, sou hipoteek van roerend goed in ons Reg nie so lank stand gehou het nie. Dit was wel waardelees teenoor derde besitters te goeder trou, maar dit verleen beskerming teenoor nie-besittende derdes, b.v. teenoor skuldeisers "in ~~con~~ concursu". Om die beskerming te verleen moes die verband notariëel opgestel wees (7). Maar in ons Suid-Afrikaanse praktyk het nog bygekom die verder vereiste van registrasie. Hoofregter de Villiers (8) het verklaar dat, terwyl die Ceylonse praktyk die vroeëre Romeins-Hollandse Reg volg en notariële verbande van roerende goed beskerm selfs sonder registrasie, ons in Suid-Afrika die latere Romeins-Hollandse Reg, wat bowendien registrasie eis, volg. Vir sover as ons ken nagaan, het daar in die algemeen erkende reg van Holland in vroeër of later tyd geen verskil bestaan op hierdie gebied nie. 'n Notariële verband, selfs sonder registrasie, het altyd 'n voorreg "in concursu" verleen. Hierdie reël is dan ook deur die Privy Council toegepas (9). Wel moet erken word dat in sommige lokaalregte in Holland registrasie vereis is (10).

.....

(7) Sien vorige nommer.

(8) *i/s* Hare vs Heath's Trustee. 3.S.C. 35.

(9) *Tatham vs, Andre*. I.M.P.C.C. ( N.S.). 386.

(10) Sien vorige nommer, voetnoot 12.

Maar wat ook al die posisie in die Nederlande mag gewees het, aan die Kaap het die neiging al betreklik vroeg ontstaan om verbande van roerend goed te laat registreer, en nog voor die tweede verowering van die Kaap deur die Engelse werd die praktyk deur Proklamasie erken en bevorder.

Dit dien egter onthou te word, dat daar van notariële verbande aan die Kaap nie kon sprake wees nie voor die 2de April 1793. Op hierdie datum is die eerste toelating van notariesse geskied (II). Voor die tyd is daar wel sogenaamde "sekretariële" verbande oor roerend goed geregistreer (I2)

Soos bowe aangestip is notariesse aan die Kaap op 2 April 1793 vir die eerste keer toegelaat. Kort daarna is die eerste notariële verbande geregistreer (I3). Die kwessie van die geldigheid en die voorkeur van geregistreeerde verbande oor roerend goed het egter nie net by die praktyk gebly nie. Ook die wetgewing het ingegryp.

.....

(II) Inre Ins. Estate Loudon Sep. 1829. I.M. op bl. 388.

(I2) Deur die advokaat (Gloete) vir die Eiser is aanhalings uit die Register aangevoer om te toon dat die eerste generale verbande in 1718 geskied is, in die eerste sekretariële verband in 1744. (Sien bl. 382). Deur die vriendelike bemiddeling van die Heer Allen, B.A.; L.L.B. amptenaar in die Akte-Kantoor te Kaapstad is vas te stel dat daar gevalle voorkom minstens vier jaar vroeër as wat uit Loudon se saak blyk. So bevoorbeeld drie generale verbande op 8 Aug. 1714 en een op 8 Okt. 1711 Register folios P.I, M.I, R.I, en F.2 onderskeidelik. Die eerste spesiale verband oor roerende goed, wat Allen in die Register kon opspoor was een gedateer 9 Desember 1721 (verband No. 249/1721.). Die volgende was 3 Julie 1725 (No. 28/1725).

(I3) Volgens Loudon se saak (bl. 388) "at least so soon as 18th December 1793". Hier weer het dit Mr Allen geluk om heelwat vroeër een op te spoor, nl. 29 Mei 1793, (Register J.II. folio 628). Die volgende op die 6de Aug. daarna twee in Oktober een in November en twee in Desember, albei voor die 18de. Uit die aangehaalde gegewens blyk m.i. dat die registrasie van sulke verbande nie altyd plaats gevind het nie, of selfs nie eens in die meeste gevalle nie. Want dit sou wel aan te neem wees, dat daar tussen Mei en Desember 1793 heelwat meer as vier verbande (hipoteke) van roerend goed aan die Kaap geskied het.

'n Proklamasie van de Chavonnes (I4) van 19 Julie 1714 handel oor die Register sonder om op enige wyse aan te dui dat ook verbande oor roerende goed daarin kan voorkom. Die proklamasie handel slegs oor hipoteke van vaste goed. Dieselfde geld 'n Proklamasie van Rhenius van 22 April 1793 (I5). Eers 'n proklamasie van Janssens 23 Mei 1805 (I6) spreek van die "public Debt Registers, whereby all mortgages, legal hypothecations, and notarial or secretarial obligations are made public". Dit bepaal dan verder dat 'n kommissie alle sulke verbande moet nagaan en kyk of hul behoorlik geregistreer is "And all existing bonds, not exhibited to the committee, and consequently not registered, are deprived of the right of preference".

Welligwaar is Janssens se proklamasie meer 'n erkenning van die bestaande praktyk as 'n gebiedende bepaling vir die toekoms, en ook raak dit woordeliks slegs die bestaande hipoteke. Nietemin kan 'n bedoeling om ook vir toekomstige hipoteke te reël dalk afgelei word. Verder blyk uit die Instruksies van die Kommissaris-Generaal de Mist in 1805 (I7) dat dit die plig van die Sekretaris was "to enregister all obligations, known under the name of schepenkennis, kustingsbrieven, Orphan Master's bonds, kinderbewyzen, notarial and other obligations". Alweer dus 'n erkenning van die bestaande praktyk, en 'n voorsiening wat daarvoor gemaak word..

'n Ander insage in die heersende beskouing aan die Kaap kort na die oowering deur die Engelse kry ons uit 'n handboekie wat tans in besit is van die Meester van die Hooggeregshof van die Kaap (I8). Hierdie boekie is geskryf deur sekere Burton, destyds - 1829 - Meester van die Hooggeregshof (I9) en as sodanig iemand wie se beskouings die praktyk van sy dae, wat betref boedelberedderi en Insolvensie, noodsaaklik moes beïnvloed het. In Hoofstuk 13 van sy boek,

(I4) Cape Statutes. Deel I. bl.1.

(I5) *ibid.* bl.4.

(I6) *ibid.* bl.7.

(I7) (volgens Loudon se saak.

(I8) "Observations on the Insolvency Law of the Colony of the Cape of Good Hope; Cape Town: Published and printed by George Greig, Keizers-Gracht, 1829".

(I9) In hierdie hoedanigheid tree hy op in die gevalle van Thomson & Co. vs. de Kooi I.N.81 en de Smidt vs. Burton, Master of the Supreme Court, *ibid.* bl.222.

handelende oor "Exklusie" "Privileged and Preferent Debts", Seksie 4, se hy dat: "a general mortgage of moveable property may be affected by a public instrument passed in manner before mentioned or before a notary or secretary, or by an underhand obligation. But in order to give the mortgage a preference to other creditors it must be registered, and none but a public instrument is entitled to registration". Hy haal egter vir hierdie bewering geen outoriteit aan nie.

Ons vind dus dat daar aan die Kaap 'n neiging ontstaan het om hipoteke van roerend goed te laat registreer. Daaruit kon heel begryplik 'n beskouing ontstaan, dat die krediteur wat sy hipoteek aldus laat registreer het 'n voorkeur behoort te kry bo die konkurrent wat sy hipoteek nie sodanig publiek en kennelik gemaak het nie. So 'n beskouing sou ook allesins te ~~grym~~ wees met lokaalregtelike neigings in Holland (20). Ook vind ons dat 'n amptenaar van die Hof, met groot administratiewe so nie judisiële gesag op die gebied van insolvensie, in 'n publikasie, wat tot handleiding gedien het, die beskouing ondersteun het.

In aansien van die bostaande en van die bepaalde voordele van registrasie as 'n vereiste vir preferensie vind ek dit derhalwe nie swaar nie om in te stem met 'n beslissing van die Hof in 1829 dat (21) registrasie 'n vereiste is: "It appears (bl.388) that very soon after the establishment of this Register general hypothecations were registered as also special hypothecations of moveables. It also appears that at least so soon as the 18th December 1793 (22) notarial bonds were registered. This practice is now clearly established and from the fact of their being so registered it may be presumed (for on this point the Court has no information (23) that preference was refused by the Court to those which were

.....  
 (20) Sien vorige nommer, voetnoot 12.

(21) In re Estate Loudon. I. M.380. (28 Sep. 1829).

(22) Sien voetnoot 13 hiervan vir enige vroeëre registrasies

(23) Mr. J. de la Rey du Toit M.A. L.L.B. van Knapstad was vriendelik genoeg om te trag om vroeëre kennis van die Hof, wat lig op hierdie punt kan werp, op te

not registered". Verder was die hof van mening dat die praktyk, al of nie histories juis, in die openbare belang was.

In Natal het 'n ander praktyk ontwikkel. Ten eerste het die Hof (24) beslis, dat 'n geregistreerde notariële verband van losgoed die pandheer beskerm selfs teenoor 'n bona fide derde besitter. Hierdie vonnis berus op 'n foutiewe interpretasie van de Groot, gepaard met 'n foutiewe opvatting aangaande die oorsprong van die reël "mobilia non habent sequelam hypothecae". Dieselfde Regter (Hoofregter Connor) het later sy dwaling ingesien en beslis dat "the ordinary rule was that movable property hypothecated could not be followed into the hands of a purchaser" (25). Tog het die Hof eindelik teruggegaan na die praktyk om die regsgeldigheid van 'n geregistreerde notariële verband teenoor derdes te erken (26), woliswaar nie kragtens Romeins-Hollands regsbeginsels nie, dog op grond van die vasgewortelde praktyk in Natal - feitlik 'n erkenning van die reël "communis error facit jus". 'n Ander rede wat die hof daartoe beweeg het was die feit dat die Natalse Insolvensiewet (Wet No.47/1937.art.122) sulke verbande regsgeldige krag verleen. "It would be an anomalous result" so werd verklaar "if we were to hold that such bonds were of no effect as against a judgment creditor and yet effectual in cases of insolvency". Opvallend is die beweerde anomali egter nie. Die krediteur, wat geregtelik beslag op verpande goed le, is in dieself-  
.....  
spoor. Dit het hom egter nie geluk om enige vonnisse te kry nie. Volgens hom verkeer die stukke in groot wanorde. Alle vonnisse voor 1828 moes hy in die Argiowo soek en nie in die Griffierskantoor nie. Selfs in Loudon se saak is die dossier nie volledig nie, daar sekere dokumente, insluitende die vonnis self, soek is.

(24) Turner Brothers vs. Colville, 1883. N.L.R.6.

(25) Williams v. Gilson. 9.N.L.R.81.

(26) S.A. General Investment Co. Ltd. v. Smith. 1913. N.P.D. 142.

selfde posiesie as 'n besittende pandheer (die "wettelyke aankomste in derde hand" van de Groot) terwyl dit met die krediteure "in concursu" nie die geval is nie. En besit is juis die spil, waarom alles draai. Tog het die Natalse hof vas bly hou aan die mening dat die geregistreerde notariële verband, nie vergeseld van lowering of oordrag van die besit van die roerende goed, feitlik dieselfde voorregte verleen, as 'n verband van vaste goed. So b.v. het die hof aangeneem dat alle notariële verbande goed buite die bepaling van "vry oorskot" val (27). Sekere preferente koste moet eers uit die vry oorskot voldoen word (28). Maar die Natalse Hof het beslis dat, waar al die roerende goed notariël verbande en die verband geregistreer is, daar g'n vry oorskot bestaan nie al het geen lowering of oordrag van die besit van die goed plaas gevind. Gevolgelyk moes die genoemde preferente koste by wyse van omslag oor die skuld-eisers ingevrder word (29).

Die nuwe wysigingswet op insolvensie (30), het hieraan 'n einde gemaak deur 'n nuwe bepaling in te voer van vry oorskot en veral van "spesiale verbande" waaronder nou "niet inbegrepen is een dokument dat...als sekuriteit voor een schuld roerende goederen heeth te verpanden, die niet aan een pandhouder afgeleverd zyn en door hem in bezit gehouden worden"(31).

Daar het bestaan, en bestaan nog, vry algemeen die opvatting dat die nuwe bepaling elke preferensie hoegenaamd, wat 'n geregistreerde notariële verband verleen, ophef. Heel moentlik was dit die bedoeling van die wetgewer.

"One matter we especially deal with" het die Minister van Justisie tydens

.....  
 (27) Artikel 2 van Wet 32.1916.

(28) vgl. artikels 82 en volgende

(29) In re Estate Carter 1923 N.L.R.248.

(30) 29.1926.

(31) Artikel 3 (b).

die behandeling van die ontwerp in die Parlement gese "is the question of special mortgages on movable property - a vexed question in South Africa. We are taking special mortgages not accompanied by delivery and depriving them of the last preference they possess. It is taken away by subsection (3) (b). That preference with a pledge on movable property unaccompanied by delivery is entirely disposed of. No vestige of the right remains" (32).

Die invloed van die reël "meubelen hebben geen gevolg van hypotheek" in ons reg en wetgewing is dus onmiskenbaar. Betwyfel mag egter word of die laaste swaem van preferensiereg wel vernietig is (33). Die besproke wysigings-artikel bepaal naamlik wat "vry oorskot" is, en se dat so 'n verband die verbonde goed nie aan daardie vry oorskot onttrek nie. Maar selfs binne die vry oorskot is daar bepaalde voorkeurregte (sekwestrasië-koste, begrafenis-koste ens.) wat prioriteit geniet.

Die allerlaaste kom die ~~geregistreerde notariële~~ konkurrente skuldeisers. Die vraag bly of die geregistreerde notariële verbande 'n voorreg teenoor die konkurrente skuldeisers verleen. In 'n lange en onafgebroke reeks van vonnisse is beslis dat dit wel so 'n voorkeurreg gee. Intussen geen verdere wysiging word in hierdie materie deur die wysigingswet aangebring dan in genoemde artikel. Maar die artikel wysig alleen die bepaling omtrent vry oorskot, en vry oorskot en prioriteits is, volgens die Howe en ons Reg, nie begrippe wat makkaar wederkerig uitsluit nie.

Onder die omstandighede is dit mynsinsiens nie aan te neem nie, dat geregistreerde notariële verbande alle regs krag mis. Veral omdat die nuwe wysig<sup>ing</sup>-artikel, afgesien hiervan, wel 'n uitwerking het en dus nie, selfs as my opvatting juist is, as nutteloos beskou kan word nie. Dit het mos 'n end gemaak aan die Natalse opvatting dat 'n notariële verband die "vry oorskot" verminder (34)

(32) Hansard d.6. (1926) 429.

(33) Sedert (4 Junie 1930) het die Natalse Hof bepaal dat die preferensie behou gebly het. Insake Insolvente boedel Jawahir Khan teen Ebrahim Ismail & Co. ....

(34) Die Natalse Hof het nou (17 Sep. 1930) ook beslis dat 'n geregistreerde notariële verband van roerend goed 'n saaklike reg aan die verbandhouer teenoor 'n a



'n Dergelyke werking as van die voornoemde konvensionele verband het die legale of stilswygende hipoteke, b.v. die van 'n minderjarige oor die goed van sy voogd ens. Die roerende goed bly slegs verbonde totdat dit "door wettelike aenkomst is gekomen in een derde hand" en wel omdat "mobilier geen gevolg van hypotheecq en heeft". (35)

Die stilswygende hipoteke is in Suid-Afrika grotendeels by wet afgeskaf. (36) Maar in die loop van tyd is verdere wettelike hipoteke weer by wet ingevoer. Sommige word hierna genoem. Een daarvan veral bevat 'n baie ingrypende wysiging van die gemeenregtelike reël dat roerende goed g'n gevolg van hipoteek het nie. Dit vloei b.v. voort uit 'n bepaling van die Landbou-Kredietwet (37), wat bepaal dat die kredietvereniging (38) op sekere staande of ingeooste gesaaides van hul skuldenaar 'n retensiereg het, alhoewel die vereniging g'n daadwerklike besit het of kan he nie. Dit is 'n voorreg wat selfs teenoor 'n beslagleggende krediteur, 'n besittende pandhouer van die gesaaides, of teenoor 'n verhuurder se hipoteek, geld. Die verhuurder kry 'n seker mate van sekuriteit deur artikel 17(3) (a), maar skiet selfs dan nog kort van sy gemeenregtelike sekuriteit, wat deur hierdie wet ingekort word.

Soortgelyk, maar minder duidelik en minder drasties is die bepaling van artikel 37 van die Landnedersettingswet van 1912, waardeur "alle lovende have of roerende goederen op de hoeve worden geacht aan de gegering verpand te zyn ofschoon....in het bezit van de huurder blyvende".

.....  
der beslagleggende krediteur gee solank as die verbandgewer nie insolvent verklaar is nie, m.a.w. dat die Insolvensiewet slegs gevalle van insolvensie raak. vgl. E.D.Paruk vs.Reynhardt & Co.N.P.D. 17 9.30.

(35) Holl.Cons.d.3.c.174.

(36) Wet.No.5/1861.(Kaap).Prok.28/1902.(Transvaal) Wet 32/1916.art.86.

(37) art.16.(5b).Wet 40/1926.

(38)alhoewel dit moeilik is omte begryp hoe 'n retensiereg sonder detensie kan ontstaan. Die wet spreek van "retensiereg" maar bedoel vermoedelik 'n voorreg.

Nommer 24.....Die Verhuur der se Pandingsreg.

'n Eienaardige soort hipoteek, wat besondere bespreking verdien, is die van 'n verhuurder op die "invecta et illata" op die verhuurde grond of in die verhuurde huis. Dit skyn 'n instelling van die Romeinse sowel as van die Germaanse Reg te wees. Maar die inhoud daarvan is in die twee regstelsels nie dieselfde nie.

Die Romeinse huurder of pagter se gereedskap en vee, wat hy op die verhuurde grond gebring het, (die sogenaamde "invecta et illata") het tot sekerheid van die huurpenninge gestrek. Omdat hy sonder die goed nie sou kon boer nie, het die goed in sy besit gebly. Maar omdat die goed op die verhuurder se grond was, was dit in sekermate ook in sy magsfeer (1). 'n Gewone pandreg het egter nie op die goed gerus nie; en as die huurder die goed van die grond verwyder, was sekerheid van die verhuurder op 'n end. Hy had slegs die reg om die verwydering van die goed te verhinder deur middel van 'n interdik, die interdictum salvianum adipscondae possessionis (2). Maar daarby het dit nie gebly nie. Die verhuurder het eindelijk ook die reg gekry, om die van die grond verwyderde goed op te eis, aanvankelik net van die huurder (3), maar later, deur die actio Serviana, van iedereen - selfs van die derde besitter te goeder trou (4). So het die verhuurder op die huurder se "invecta et illata" uiteindelik 'n volkome hipoteek, met die gewoonlik daarmee gepaard

(1) Schm.bl.460.Hertzog.Juriste Obsessies.bl.38.n.31.

(2) Onder die "invecta et illata" werd gereken alle goed wat gebruik word by die uitoefening van huurder se reg en wat nie net tydelik op die grond gebring was nie. Dig.20.I.32.20.2.7. "immer mit dem Zweck der Mlethe natuerlich ver-bunden".Glueck.d.I3.bl.413.en "nicht bloss gelegentlich und voruebergehend eingebracht". Dornburg.d.I.bl.491.

(3) Hertzog t.a.p.

(4)Schm t.a.p.Hertzog t.a.p.Hierdie stelling skyn in die Romeinse Reg egter onseker te wees. Sie Glueck.par.1037.

guande sakeregterlike beskerming, gekry.

In die Germaanse Reg was daar 'n analoge instelling, wat die verhuurder in die verkryging van sy huurpennings begunstig het. Ofskoon die Germaanse Reg net die pand ter minne geken het, het dit daarnaas 'n pandingsreg geken, wat by sekere skuldsoorte en onder sekere omstandighede voorgekom het (5). Een van hierdie soorte van skuld was die skuld van die huurder van grond aan die verhuurder ten opsigte van die huurpennings. Die verhuurder had die reg om deur panding of beslaglegging van die goed op die grond bevrediging te soek in geval die huurder in gebreke bly om te betaal. En omdat alles, wat in die huurder se besit was, deur die verhuurder gepand kon word (6), kon die verhuurder ook op die goed van derdes beslag lê, solank dit in die huurder se besit en op die verhuurde grond was. Van Germaanse regterlike standpunt het dit geen verskil gemaak nie, of die goed bloot tydelik of wel vir 'n onbepaalde tyd op die grond was. Ook skyn daar geen rede te wees om aan te neem nie, dat dit slegs goed gegeld het, wat "met die doeleindes van die huur natuurlik verbind was"

.....

(5) Huebner.Grundzuege.bl.434.O.N.B.R.d.2.bl.103.Gierke.Schuld und Haftung bl. 39 en volgende.Gierke onderskei tussen "Obrigkeittliche genossenschaftliche en herrschaftliche" pandingsregte.Die verhuurder se reg is dien ten gevolge van oorsprong 'n heerskaplike en wol 'n grondheerskaplike pandingsreg. Hierdie punt is van groot belang vir die kwessie van die perke van die huurder se pandingsreg en die reël van "dadelike gevolg" in gevalle van verwydering van die huurder se goed van die grond. Logies beskou, kan die grondheerskaplike reg slegs op die grond uitgeoefen word; buite die grens van die grond is daar vir die verhuurder in waarheid g'n grondheerskappy nie.

(6) op grond van die reël "hand ware hand" tensy, natuurlik, dat die huurder dit sonder die eienaar se wil of medewete in besit het.

soos Glueck die Romeinsregtelike paralel opvat.

Die bestaan van hierdie analoge instelling het vir die Romeinsregtelike hipoteek van die verhuurder die toegang tot die Hollandse Reg geopen (7). Die regeling in die verskeie lokaalregte was nie eenvormig nie. Dit het in sommige lokaalregte meer na die een en in ander meer na die ander kant toe oorgehel (8). Maar uit hierdie dubbele bron het ons Romeins-Hollandse Reg 'n derde instelling ontwikkel, wat trekke van albei Regte vertoon.

As ons ons bekendste skrywers en ons Regspraak nagaan, vind ons dat hul in sommige opsigte nie so ver gaan as die Germaanse Reg nie. Want nie al die goed, wat op die gehuurde grond is nie, maar alleen goed, wat bestem is om vir onbepaalde tyd (9) daarop te bly, ag hulle onderworpe aan

.....  
 (7) "Jenes einheimische Pfaendungsrecht bahnte den roemischen gesetzlichen Pfandrechten den Weg" Huebner, Grundzuege, bl. 441.

(8) O.N.B.R.I. bl. 340. "Naar vele bronnen strekte het pandingsrecht zich niet verder uit dan tot deze goederen (d.w.z. al wat den huurder toebehoorde). Hier en daar ging men by landhuur iets verder en stond panding toe, ook van vee door den huurder in weide genomen. Naar weer andere bepalingen mocht de huurder panden al wat hy op of in het gehuurde vond". Sie ook Bleecourt. Bewysstukken, d. 2. 90. 364. 402. 415. 416.

(9) Die "ut ibi perpetuo essent non quae temporis causa accomodarentur" van die Romeinse Reg Dig. 20. I. 32. "omme aldaer te verblyven" Groenewegen op de Groot. 2. 48. 17. Sie Voet. 22. 2. 5. van Leeuwen. Cens. For. I. 4. 9. 3. Holl. Cons. 5. c. 52. H.R. Kotze insake Longlands v. Franken 1877-1881. K. bl. 257. Russell v. Savory. 1906. E.D.C. bl. 103. H.R. Innes insake Noble v. Heatley 1905. T. S. D. 484. Daarvan is feitlik Mangold Bros. Ltd. vs. Hirschmann<sup>5</sup> ros. 1917. T.P.D. 187. Daarenteen, feitlik alleenstaande onder gemogiveerde vonnisse op hierdie punt; R. Hertzog insake Leech vs. Gardener. C.L.J. d. 15. bl. 206. Die Regter noem die feite, waaruit die pandingsreg ontstaan; laat die kwessie van tydelike of langere verblyf bewus buite rekening. Daarby moet ons egter voeg, dat die Regter hom bewus op rein Germaansregtelike standpunt plaas oor die hoofde van ons skrywers en drie eeue van Romeins-Hollandse praktyk heen.

die verhuurder se pandingsreg. En dan nog nie eens al die goed nie, maar alleen, wat vir die uitoefening van die huur bestem is (10). Maar hulle gaan verder as die Romeinse Reg, want hul erken die pandingsreg ook op goed van derdes, wanneer die goed met die derde se wil en medewete op die verhuurde grond gebring is (11).

Omgekeerd het hul weer nie so ver as die Romeinse Reg gegaan nie, wat betref derdes wat die goed in hulle besit gekry het nadat dit van die grond verwyder was (12). Hierdie beperking is 'n onmiskenbare inwerking van die roël "hand ware hand" of - in hierdie spesifieke geval - van die roël

(10) "non omnia illata...sed ea sola, quae ut ibi sint, illata fuerint, pignori sunt". Dig. 20.2.7. "Mit dem Zweck der Miethen natuerlich verbunden". Glueck. d. 18. bl. 417; Holl. Cons. t. a. p. Sie ook die Suid-Afrikaanse vonnisse in bostaande nota. Ook die Regter in Leech v. Gardner (bove) stel hierdie vereiste (bl. 207); "As positive requisites I maintain the following: (1)... (2)... (3) That the goods be brought or kept there with the object of giving execution to the purpose of the lease". Konsekwent Germaansregtelik beoordeel sou ook hierdie vereiste bysaaklik wees.

(11) Voet. 22.2.5. van Loeuwen. Cons. For. I. §. 9.3. Sie ook aangehaalde Suid-Afrikaanse vonnisse. Maar ons Howe beskerm egter die derde se eiendomsreg soveel doenlik en vereis dat die goed van die huurder self eers geëkskeer moet word; sie Border Allen vs. Cowlett. 1911. O.P.D. bl. 28. In die Rom. Reg het die hipoteek ook op 'n derde (nl. oer 'n onderhuurder) se goed gerus, maar dan net vir die bedrag van die agterstallige onderhuurpenninge. Hierdie geval is nie eintlik die van 'n derde nie, in die sin waarin dit in die Germaanse Reg voorkom.

(12) "Im Gegensatz zum roemischen Recht beschränkte die Zulässigkeit auf solche Fälle, in denen der Gläubiger...eine besitzähnliche Macht ausübete" Huebner. Grundzuege. bl. 441. Sie ook Webster vs. Ellison. 1911. A.D.

"meubelen hebben geen gevolg van hypotheek". Maar anders as dit die geval was by die Romeinse hipoteek het die pandingsreg, na verwydering van die goed van die grond nie alleen teenoor derde besitters te goeder trou nie gegeld nie, maar was dit selfs teenoor die skuldenaar kragteloos (I3). Die verklaring hiervan is, omdat dit in sy oorsprong 'n grondheerskaplike pandingsreg was (I4). Maar in die dae toe die instelling ontstaan het, toe die panding nog eiamagtig geskied het (I5), het die verhuurder, wat 'n huurder probeer verhinder om die goed te verwyder, hom nie laat keer nie net deur grens van sy grond nie. Hy het die frauduleuse huurder nog 'n heel end verder agtervolg.

Inderdaad ken ons Reg nog 'n dergelike agtervolging (I6). Die verhuurder kan beslag laat le op die goed selfs nadat dit van die verhuurde grond verwyder is, mits dat hy dadelik optree en die goed die nuwe plek van

.....

(I3) Weliswaar is dit 'n twispunt in ons Reg (sien nota 5 hiervan) maar dit kom ons voor dat dit die juiste opvatting is, soos hier aangegee,

(I4) Sie nota 5 hieroor

(I5) Huebner.Grundzuege.bl.432.434.

(I6) D.w.s.dat die verhuurder na verwydering van die goed nog sy pandingsreg kan uitoefen, mits hy dadelik agtervolg.de Groot.2.4.8.I7.Voet.20.2.3.v.d. Keessel.Thes.423.Wat onder "dadelik" te verstaan is, is nie maklik om te bepaal nie. Te Leyden was dit een maand na verwydering; v.d.Keessel t.a.p. In die S.A.Regpraak was enige weke daarna te laat, i.s. McLelland & Stokes 9.H.C.G.22; ook 12 dae, Stranack & Co.9.N.L.R.137; en 10 dae, i.s. Walker.9.N.L.R.206; of selfs 7 dae i.s. Houghting.27.N.L.R.94. Maar die juiste opvatting skyn die wat ons Appelfhof gevolg het (i.s. Webster v. Ellison. 1911.A.D.334) n.l. dat op die goed nog beslag gele kan word "in actu translationis" (Voet.20.2.3.) of "eerdat hetselve volkomentlyk verplaatst ofte verbodemt is" (v. Leeuwen. Cost. v. Rymland. a.99.3.)

bestemming nog nie bereik nie. Ons sien dus dat ons verhuurder se pandingsreg twee trekke van groot belang het, albei uit die Germaanse Reg afkomstig. Die een is die onderwerping ook van 'n derde se goed, wat tussen die huurder se goed is, aan die pandingsreg van die verhuurder - 'n handhawing van die in ons reg feitlik verlore Germaanse reël "hand ware hand", terwyl die tweede trek is die beperking van die pandingsreg tot goed wat binne die magsfeer van die skuldeiser (verhuurder) is. Tensy mens die opvatting huldig dat deur dadelike agtervolging die verhuurder, ondanks die reël "meubelen hebben geen gevolg", sy pandingsreg op die goed kan uitoefen selfs na "wettelycke aankomste daarvan in derde hand". Hierdie m.i. onhoubare verklaring word daaraan gegee deur Matthaeus Paroemia Septima.13. Wassenaar. Pract. Judicieel. 22. 62. (albei steun op de Groot.2.48.17, wat die kwessie egter onaangeroer laat). Ook die Natalse hof was van hierdie sienwyse. Baddock & Co.v.Skeens Estate.5.N.L.R.bl.192. ook ons teenwoordige Hoofregter (J.de Villiers) i.s.Webster v.Ellison.1911.A.D.op bl.105.Die meerderheid van die Hof het egter die teeneorgestelde opvatting gehuldig.

.....  
 of "incontinente" volgens Schemaker,d.3.cons.31. As dit "volkomentlyk ~~maximant~~ verplaatst" is, skyn die verhuurder die pandingsreg te verloor, selfs al is die goed nog nie deur die huurder aan 'n derde verwreem nie. Voet en v.d. Keessel, t.a.p. van Leeuwen. R.H.R.4.13.12.O.N.B.R.d.I.bl.340-341. Dit is m.i. ook in ooreenstemming met die grondheerskaplike oorsprong van hierdie pandingsreg.

## Hoofstuk VI.

25  
 26  
 Nummer .....Wissels en Verhandelbare Dokumente.

Met die internasionalisering van die handel het die noodsaaklikheid vir die wissel ontstaan. Dit is geen toeval nie, dat die invoering van die wissel in Europa val in die tyd van die groot opbloeit van die handel wat op die Middeleeue gevolg het (1). Uit welke regsinstutute en uit welke regstelsel die wissel en ander verhandelbare dokumente gespruit het, skyn onseker te wees. Daar bestaan verskeie teorieë oor die ontstaan van die wissel, naar sommige waarvan hieronder verwys word. Taamlik algemeen word aangeneem dat die wissel in die later middeleeue uit die Italiaanse handelstede (Genua, Florence en elders) in die Wes-Europese handel ingevoer is deur koopliede, wat meestal bestempel word as Jode of Lombarde (2).

Daar bestaan egter 'n neiging om die regshistoriese ontwikkeling van die wissel op Germaanse bodem te soek. Huebner (3), wat groten-deels op Brunner steun, bepleit hierdie opvatting met sterke argumente. Hy gaat van die stelling uit, dat die wissel, soos ook ander order- en toonderpapier, in sy wese 'n beding tengunste van 'n al of nie bepaalde derde persoon is, en toon aan dat die beding tengunste van 'n derde, hoewel in stryd met die Romeinse regsbeginsels (4), 'n sterk ontwikkelde Germaansregtelike instelling was (5). Hy neem ook op historiese gronde aan (6)

(1) Sie Bewes Romance of the Law Merchant. bk. 2. hoofstuk. 2.

(2) Hein. Wisselregt. I. 8. a. 7; v. d. Linden. Handbk. 4. 7. I; Blackstone. 2. 466; Stephen. 2. II 8; Chambers Encyclopedia. s. v. "bills of Exchange". Sie egter ook Molengraaff: Leidraad by de beoefening van het Nederlandsche Handelsrecht deel I bl. 277 en bl. 319 volg; en die vermelde literatuur.

(3) Grundzuege bl. 507.

(4) Sohm Institutionen bl. 580-585. Dernburg Pandekten. bl. 552. a. 2.

(5) vgl. ook Blecourt. Kort Begrip bl. 163.

(6) b. v. die ontwikkeling van die germaansregtelike "Urkundenwesen" aangegee in die Grundzuege bl. 554-561.



dat "die wichtigste Anwendung, die das mittelalterliche Recht von den Versprechungen zugunsten Dritter machte, lag in der Ausbildung der Order- und Inhaberpapiere, die sich auf der Grundlage eines germanischen Rechtsgedankens zu einem der wichtigsten Institute des modernen Geschäftslebens entwickelten". Die vernaamste bydrae van die Germaanse Reg tot die wissel geld nie soseer die vorm of ontstaan van die skriftelike verbintenisse, "carta" en "notitia" (7) nie, want in die Germaanse Middeleeue was dit slegs 'n voortsetting van die Romeinse en Griekse praktyk (8). Maar Huebner sien in die Germaansregtelike voortbouing en ombouing van die Griekse en Romeinse oorkondes die oorsprong van die verhandelbare "Wertpapiere" (9). Omdat die Germaanse reg die oordrag van regsvoorings nie geken het nie (10), het die handel 'n ander uitweg moet soek, waardeur sulke voorings ook deur ander as die oorspronklike kontrahent in regte afgedwing kon word. M.a.w. as mens die vordering nie aan 'n derde regtens kon oordra nie, was dit nodig om hom ook sonder 'n deur die reg erkende oordrag die regte daaruit te verskaf. Die middel om dit te bereik het, volgens Huebner (II), gele in .....

(7) Huebner. Grundzuege. bl. 554.

(8) Huebner t.a.p. Freundt. Wertpapiere bl. 154.

(9) Grundzuege t.a.p. "Das germ. Recht aber verhielt sich keineswegs nur empfangend, sondern brachte eigene wortvolle Gedanken hinzu, und erst aus deren Verbindung mit den antiken Elementen entstand das mittelalterliche und moderne Wertpapier".

(10) Grundzuege 521-522. Hierdie verbod van oordrag is veral begryplik as ons onthou dat die skuldonaar hom dikwels persoonlik aanspreeklik ("Personenhaftung") gestel het, en dus 'n baie sterke rede kon he, om oordrag aan 'n ander skuldeiser te vrees. Vgl. Gierke. Schuld und Haftung bl. 50.

die "dem germanischen Recht eigentuemlichen Zulaessigkeit der Vertraege ueber Leistungen an Dritte" (IIa).

Deur die Resepsie van die Romeinse reg het die gebruik of betekenis van toonderpapiere weer afgeneem, nie net omdat die daarin bevatte beding tengunste van 'n derde in stryd was met die <sup>See</sup> daarvan nie, maar ook omdat dit die oordfaagbaarheid van regsvorderings erken het, waardeur die behoefte vir toonder- of orderpapiere, juridies gesproke, nie so sterk gevoel werd nie (I2). Maar hierdie tydelike terugslag is, volgens Brunner (I3) eers in Nederland, en daarna in Frankryk en Duitsland, oorwen en die reg aangaande waardepapiere ("Wertpapierrecht") het sy verdere verloop geneem.

Hierdie sienswyse van Huebner en Brunner word, onder aanhaling van talle ~~aan~~ plaatse uit Romeinse, Griekse en Germaanse stukke, deur Freundt betwis (I4). Ten eerste toon hy aan (I5) dat, volgens Goldschmidt se ontdekkings, order- en toonderklousules ook in antieke Griekse oorkondes voorgekom het (I6). Wat die vorm betref sou die oorsprong van die

.....  
(II) Grundzuege bl.556.Brunner, volgens Freundt.Wertpapiere 2.bl.I0

(IIa) Deur die dokument op order of aan toonder uit te maak "hat man die Schicksale der Urkunde darueber entscheiden lassen, an wen geleistet werden soll oder doch geleistet werden kann, und praegte schliesslich die Urkunde zum Mittel der Uebertragung der Forderung".Gierke.Schuld und Haftung bl.333.n.42.

(I2) Grundzuege bl.558.

(I3) Volgens Huebner.t.a.p.

(I4) Wertpapiere im antiken und fruemittelalterlichen Recht.

(I5) Wertpapiere 2.bl.II.

(I6) Wertpapiere II.bl.I53.Man kann von den Inhaberklausein der germanischen

wissel dus net so goed, of nog eerder by die Grieks-Romeinse stelsels as by die middeleous-germaanse gesoek kan word. Maar Freundt meen dat, ook afgesien van die vorm, Brunner hom met sy teorie van die toelaatbaarheid van bedinge tengunste van 'n derde en die nie-toelaatbaarheid van die oordrag van regte uit 'n verbintenis in die Germaanse Reg op 'n dwaalweg bevind.

Met 'n beroep op Stobbe (I7) beweer hy dat "so fremd aber dem römischen Rechte der Gedanke ist, die Uebertragung des Rechts auf eine Leistung nach Analogie der Rechtsnachfolge in ein Recht an einer körperlichen Sache zu behandeln, so vertraut ist er dem mittelalterlichen Rechte (I8). So ergibt sich also, dass die germanische Rechtsanschauung, weit entfernt den Grundsatz der unmittelbaren Uebertragbarkeit einer Forderung zu verpoenen, gerade im Gegenteil die Quelle ist, aus welcher dieser Grundsatz...sich ableitet" (I9).

Maar per slot van rekening is albei teorieë vir die doel van ons studie bysaak. Want hoewel die ontstaan van toonder- en orderpapiere geskiedkundig van hulp mag wees omdat hulle ontwikkel het tot verhandelbare dokumente, is die erkenning van die oordrag van vorderingsregte of die beding tengunste van 'n derde nog lank geen erkenning van die verhandelbaarheid van die papier nie. Uit Brunner se teorie kan hoogstens afgelei word dat, deur die erkenning van 'n beding tengunste van 'n derde, die derde, wanneer die

.....  
 Urkunden sagen: Je älter sie sind, desto deutlicher tragen sie das spätere römische Gepräge an sich".

(I7) Zeitschrift fuer Handelsrecht XI bl.400.

(I8) Wertpapiere II bl.99.

(I9) Wertpapiere II bl.100.

Huebner (23) is op hierdie punt bepaald minder oortuigend en steun op 'n argument wat 'n blote "petitio principii" skyn te wees. Die Romeinse Reg ken die eienaar van 'n gestole of verlore saak, ook as dit 'n beskrywe stuk papier is, die reg toe om dit van elke derde op te eis; so ook die Germaanse Reg (24). Maar dit is in stryd met die eienskap van verhandelbaarheid (24a). Waar kom o.a. die RomeinseHollandse Reg daaraan?

Ons het reeds gesien (25) dat die Joodse Reg 'n eienaar sy saak baie maklik laat verloor het, selfs waar sy goed gesteel is; dit le mynsiens dus voor die hand om die oorsprong van die eienskap van verhandelbaarheid in die voortwerking van Joodsregtelike beginsels te soek.

.....

(23) Grundzuege bl.56I. "Auch wenn der Inhaber das Papier gestohlen hat, erscheint er dritten Gutglaebigen gegenueber als rechtmassiger Besitzer. Auch in diesen Faellen wirkt der Mittelalterlich-germanistische Legitimationsgedanke aehnlich wie im Recht der Gewere". Dis juis wat dit nie doen nie. Inteendeel: "Das germanische Fahrnisrecht hat seit aeltester Zeit scharf die beiden Faelle der freiwilligen Hingabe der Sache und des unfreiwilligen Besitzverlustes unterscheiden und nur im ersteren die allgemeinen Grundsaeetze des Gewererechts zur Anwendung gebracht"...Grundzuege bl.398.

(24) Afgesien, natuurlik, van die gevalle waar dit op 'n vryemark of voor sekere getuie gekoop is, of deur 'n pandlener in pand geneem is ens.

(24a) Deur verhandelbaarheid bedoel ek daardie eienskap, waardeur 'n saak die eiendom word van ieder wat die besit daarvan te goeder trou verwerf, onverskillig of die persoon van wie hy dit verkry het al dan nie enige bevoegdheid had om die saak te besit of te vervreem; onverskillig dus, wat die reg van sy voorganger op die stuk was.

(25) Talmud.Baba.Batra.f.I72.volgens Cosman.Verbintenissen jegens Toonder bl.15.

Die beding ten gunste van 'n derde, wat volgens Brunner die verbintenisregtelike bydrae van die Germaanse reg tot die wissel vorm, maar die bestaan waarvan in die Germaanse reg deur Freundt ontken word, is ook 'n instelling van die Joodse reg.

As hierdie beding ten gunste van 'n derde dus werkelijk een van die vernaamste hoekstone van die wissel is, soos Huebner meen (26) dan kan hierdie hoeksteen besmoontlik ook van Joodsregtelike oorsprong wees. Dit wat die verbintenisregtelike eienskappe van die wissel betref.

Maar ook wat die sakeregtelike eienskap van die wissel, die verhandelbaarheid betref, vind ons 'n veel nouer verband met die Joodse Reg as met die Germaanse reg. Die eienaar van losgoed kon in die Joodse reg sy goed van d'erd' nie onvoorwaardelik opvorder nie, onverskillig of hy die goed vrywillig uit sy besit laat gaan het, dan wel of dit hom ontstole is (27). Hy had slegs die reg om dit by die besitter te los teen die prys waarvoor laasgenoemde dit verkry het. By die wissel is die reg om terug te koop meestal waardeeloos, want die wissel het slegs 'n geldwaarde en wel prima facie die waarde wat daarop beskrywe staan. As die eienaar dit moet terugkoop kan hy die geld net so wel of selfs nog liever in sy sak hou (27a). Vergeleke met die .....

(26) Grundzuege, bl. 507 onder. "die wichtigste Anwendung u.s.w." Soos hierbo aangetoon het hy ook ongelyk, waar hy beweer dat bedinge tengunste van 'n derde eienaardig germaansregtelik was. "die dem Germanischen Rechte eigentuemliche Zulaessigkeit der Vertraege zugunsten Dritter". Grundzuege bl. 556.

(27) Sie nommer 10

(27a) Ons vind selfs dat die reg om te eis dat die houer moet "by synen eede verclaeren" wat hy vir die wissel gegee het, en om dit teen daardie prys te los, ook in sekere bronne gevind word. vgl. Cost. v. Utrecht 1550. Rubr. 28. art. 10 teks by Hecht (bl. 39) wat dit as 'n uitvloeiing van die recht van naasting beskou. Volgens Joodse reg moes die opsteller van 'n toonderpapier, wat hy betaal het en in hande van die toonder laat bly het, dit weer uitbetaal of terugkoop van 'n eventuele derde aan wie die betaalde skuldeiser dit oorgemaak het. Auerbach. Juedisches Obligationenrecht. bl. 281.

teorie, wat trag om verkryging van die eiendomsreg deur die besitter deur-  
 middel van Germaanse regsbeginnels te verklaar, vind ek die omtrent die Jood-  
 se reg (28) veel bevredigender. Meyer (28a) se "das Rechtserwerb vom Nichtbe-  
 rechtigten, obwohl er sich in die Formen des abgeleiteten Erwerbs kleidet,  
 ist doch urspruenglicher Erwerb. Das Recht erlischt in der Person des bis-  
 herigen Berechtigten und entsteht zugleich originaer in der des redlichen  
 Dritten". Daar skyn g'n rede te wees om die regsverkryging as eorspronklike  
 verkryging te beskou nie (28b). Hoeveel nader aan die deur Meyer gesogte ver-  
 klaring is die Joodsregtelike leer, dat daar ook onpersoonlike regsobjekte kan  
 bestaan, d.w.s. dat ook sake of dinge regte kan he (29). Die reg op vordering  
 uit die skuld kom die beskrewes papier toe; maar omdat die papier die reg nie  
 kan laat geld nie, moet 'n persoon, en wel die besitter van die papier, dit  
 doen. Maar hy het die reg slegs in sy hoedanigheid as besitter van die gereg-  
 tigde papier. As hy ophou besitter te wees, dan is ook sy bevoegdheid, om die  
 eis in te stel, verlore, hoewel hy al die ander hoedanighede van voorheen nog  
 het. Hierdie leer mag fantasties klink, maar dit is in alle geval meer positief-  
 regtelik (29a) as die bespiegelings van Meyer cum suis, waarmee hy probeer om  
 te verklaar hoe "das Recht erlischt in der Person des bisherigen Berechtigten  
 und entsteht zugleich originaer in der des redlichen Dritten" (30).

.....  
 (28) Die toonderpapier is ook 'n Talmudiese instelling "mit allen den Vorzeugen  
 ausgestattet, wie sie notwendig sind, wenn dieses Papier fuer den Verkehr zum  
 wahren Vorteil ausschlagen soll. Auerbach. Juedisches Obligationenrecht. bl. 251.

(28a) Das Publizitaetsprinzip bl. 95-96.

(28b) Zevenbergen: order- en toonderpapier bl. 43. Molengraaff, Leidraad bl. 314.

(29) Auerbach. bl. 512-515; ook bl. 276 n. 27, waaruit blyk dat verskeie ander skrywers  
 getrag het, om die papier tot regsobjek te verhef die verhandelbaarheid binne die  
 omlysting van germaansregtelike beginnels te bring. O.i. is dit al 'n aanduiding  
 van die moelikhede wat verbonde is aan 'n germanistiese verklaring van die ver-  
 handelbaarheid.

(29a) Sie o.a. art. 36 van ons wisselwet.

(30) Das Publizitaetsprinzip bl. 96.

Sowel verbintenisregtelik as sakereglik vind ons dus, dat die Joodse reg sekere trekke het, wat opvallend verwant lyk met eienskappe van die wissel en ander verhandelbare dokumente. In beginsel kon die Joodse reg myns insiens veel meer tot die verhandelbare eienskappe van die wissel bygedra het dan die Germaanse. Bowendien is dit merkwaardig, dat die opvatting dat die wissel deur die Jode in Wes-Europa ingevoer is, so verbreid was (31). Die feit dat die wissel 'n produk van die handel is, is 'n verdere bewys vir die Joodse oorsprong daarvan, want die terme Jood en handelaar was juis teen die end van die Middeleeue feitlik sinoniem (32).

Tenslotte mag daarop gewys word dat daar altans een skrywer is, wat die oorsprong van die wissel by die Arabiere soek, o.a. omdat wisselregtelike terme soos "aval" blykbaar van Arabiese oorsprong is (33). Die redenering van Grasshoff, die voorstander van hierdie leer, vind geen byval by Molengraaff nie (33a). Bowendien behandel hy nie die sakereglike kant van die wissel, die verhandelbaarheid nie.

Dat die verhandelbaarheid, veral by die Romanistiese regsbeskouings, nie dadelik ingang gevind het nie, is begrypelijk. Selfs in die wetgewing vind ons 'n neiging om die volle en onbepaalde verhandelbaarheid int te kort of selfs heeltemaal op te hef (33b). dat hierdie reaksie vry algemeen was, word gemaak .....

(31) Sie die werke aangehaal in noot (2) hiervan.

(32) Meyer. Entwerung. bl. 170. "mercatores, id est Judei et ceteri mercatores".

(33) Das Wechselrecht der Arabier. Grasshoff.

(33a) Rechtsgeleerd Magazyn.

(33b) vgl. Cost. v. Mechelen 1535, Brussel 1657 en Leuven 1622, teks by Hecht bl. 30 en 42, waarvolgens die houder 'n prokuratie van "die inde obligatie principalyck ghenoemt is". Die teendeel in Handvest v. Dordrecht 1570. art. 39 en Cost. v. Zuid-Holland 1571. art. 38. teks by Hecht bl. 44. Sie verder die reg van Holland, waardeur Hollandse

gekonstateer deur Brunner (34) wat dit beskou as van Frankryk uitgaande; "Schliesslich blies ihm (dem Inhaberpapier) der starke romanistische Luftzug der sich in Frankreich im 16ten Jahrhundert geltend machte und auf die uebrigen Laender bestimmend einwirkte, die Seele aus, indem er das Inhaberpapier zum schlichten Namenpapier degradierte". d.w.s. sy verhandelbaarheid bemoeilik het (35). Maar die verhandelbaarheid het geleidelik weer erkenning erlang, vereers in die Nederlande (35a) Op die verwarring, wat eertyds hieroor geheers het, wys ook Bynkershoek (36). Geleidelik is die wisselregtelike beginsels uitgebrei op vorms van skuldbriewe wat oorspronklik nie daaronder geval het nie (37).

.....  
 toonder-obligasies van derdes gerevindiseer kon word (v.d.Keessel Thes.183) alhoewel hul vroeër verhandelbaar was. (Dictata "quod eo magis notabile".) Zeelandse toonderobligasies was verhandelbaar.G.P.B.3.598 en 4.1055. Ander voorbeelde van die inkortende neiging te vind in Heinic. Wisselregt.bl.45-6. bl.48.a.54.a.22. Sie ook Huebner.Grundzuege bl.558. "und zwar dadurch....."  
 (34) volgens Huebner.Grundzuege bl.558.

(35) Te Luebeck het die Romeinsregtelike revindikasiereëls selfs vir wissels nog in 1833 gegeld. Sie Goldschmidt bl.313.

(35a) vgl.die melding van die"bronghers briefs" uit den obligatiën te ageeren" in Cost.v.Antwerp 58.5.(1582);volgens Goldschmidt.bl.302.n.3."die aelteste statutarische Quelle des Inhaberpapiers ueberhaupt".Daar is egter etlike ouer bronne b.v.die Cost.v.Mechelen 1535 (teks by Hecht bl.30)Cost.v.Utrecht 1550.Rubr.28 art.10.teks by Hecht.bl.39.Handv.v.Dortrecht 1570.art.39.Cost.v.Zuid Holland 1571.art.38.als"aelteste die Inhaberklauseel enthaltende Urkunde in den Handfesten"beskou Hecht(bl.8)die in die Handv.v.Dortrecht.1355.

(36)"over deze quaestie(van die selfstandige reg van die besitter)komen de Practizyns also wienig overeen,als drie gasten omtrent de smaak van de spys". Burg.Recht.2.II.Sie ook die Costume hieroor in nota (33a) hiervan aangegee.

(37) v.d.Keessel.Thes.840.842.95I.v.d.Linden.Hdbk.4.7.3.



Nou dat die verhandelbaarheid van wissels en soertgelyke dokumente soos die promesse al 'n paar eeue lank in ons reg en ook deur ons regspraak erken is (38), is daar 'n neiging te bespeur om die verhandelbaarheid uit te brei ook op ander stukke wat heeltemaal buite die wisselreg val.

"There are many other instruments (i.e. other than bills of exchange, banker's cheques and promissory notes) to which the attribute of negotiability has gradually come to be ascribed and which must now be regarded as having been definitely admitted to the same category (e.g. Exchequer and Treasury bills, banknotes, British and foreign bonds, scrip to bearer for debenture bonds, scrip to bearer shares in joint stock companies, warrants to bearer, dividend warrants (39).)

In ons Suid Afrikaanse regspraak is die verhandelbaarheid van enige van die bogemelde dokumente ook alreeds erken. So, byvoorbeeld die van debenture aandele aan toonder (40) en bills of lading (41). Ook het ons wetgewing seker soorte dokumente tot verhandelbaar papier gemaak (42). Onder die dokumente wat, volgens Halsbury in die Engelse Reg verhandelbaar is vind ons egter "scrip to bearer shares". Oor die

.....  
 (38) vgl. Woodhead, Plant & Co. vs. Gunn. II.S.C.4.

(39) Halsbury. d.2. arts. 965.968.973-976.

(40) African Banking Corptn. vs. Liquidator, Grand Junction Railways, Ltd. 24.S.C.312; Walker vs. Syfret. N.O. 1911. A.D. 141.

(41) Lindenberg vs. Swerling and Son. 1913. C.P.D. 345.

(42) Fondssertifikate aan toonder deur die Staat uitgereik, kragtens die herroepe art. 4. Wet No. 17 van 1911, herroep deur Wet No. 22 van 1917; Landboupakhuiskwitansies kragtens art. 18 Wet, No. 42 van 1930, en ook spoorwegvragbriewe uitgereik ingevolge daardie wet.

vraag of die sertifikate ook in Suid Afrika verhandelbaar is verkeer ons Howe in groot onsekerheid en hul trag om die verhandelbaarheid, wat die handelsgebruik ook hier aan daardie dokumente toeken, deur allerhande inkonsekwensies in te kort of te ontken.

Ek sal die gevalle en die vonnisse in hierdie verband in hul kronologiese volgorde behandel. Viereers die saak van Smith & Rance vs. Philippshat Lazarus. (43).

Iemand het aandeelsertifikate in blanco teen kontant verkoop en hul toe gelewer op ontvangs van 'n tjek as betaling. Die tjek is deur die bank onteer en die verkoper het 'n reklame-aksie ingestel om die aandeelsertifikate weer terug te kry. Intussen is hul aan 'n bona fide derde vervreem, teen wie die aksie ingestel is. Verweerder het gepleit, dat die sertifikaat volgens handelsgebruik verhandelbaar is en dat die eiser dit dus nie kon revindiseer nie. H.R. Kotze (44) was van mening dat die sertifikaat volgens die gewone reël, wat ten opsigte van ~~xxx~~ roerende goed gegeld het, behandel moes word en dat hul derhalwe (net soos die volstruise in 'n vroeëre reklamesaak, Daniels vs. Cooper, (45)) gerevindiseer kon word.

Vier jaar later was dieselfde Hoofregter minder seker oor hierdie punt. 'n Maatskappy het in blanco geëndosseerde aandeelsertifikate in bewaring van sy amptenaar gelaat (46). Die bewaarder, sekere Judel, het hul vervreem en die maatskappy het hul van die besitter opgeëis. H.R. Kotze het hierdie keer op gronde van estoppel teen die eiser beslis. Daarenteen het Regter Jorissen korteliks gemeen dat "de aandelen in kwestie zyn naar het gewoonterecht der handelswereld hier te lande

.....

(43) I893 O.R.50.

(44) t.a.p. bl.53.

(45) I.E.D.C.I74.

(46) Afrikanische Bergwerkgesellschaft vs. Oppenheimer. I897. Z.A.R.

Hooggereg.432.

verhandelbaar papier, papier aan toonder".

In dieselfde jaar op soortgelyke feite, in 'n aksie (47) ingestel deur dieselfde eiser en gegrond op die vervreemding deur dieselfde onbevoegde Judel, het H.R.Kotze ingestem dat "er is wel onbetwistbaar getuigenis in die tegenwoordige zaak dat het een algemeen gebruik is op de Witwatersrandse Goudvelden om in den handel de aandelen-certifikaten zoals in den vorm hiervoren uiteengeset als negotiable te beschouwen" (48). Nietemin het hy dit in die onderhawige geval nie nodig geag om die kwessie te beslis nie, daar hy die eiser op gronde van estoppel die revindikasiereg moes ontsegg. Regter Jorissen het sy beslissing in Oppenheimer se saak herhaal. Regter Morice wat in Oppenheimer se saak die kwessie van verhandelbaarheid liever onbeslis gelaat het, was nou van mening dat "het gebruik van makelaars op die Goudvelden door het Hof erkend moet worden, tenminste zover als het gebruik in de Engelse en Amerikaanse Heven erkend is. Het is niet nodig dat die aandeelcertifikaten in blanco geëndosseerd al de karakters van verhandelbare dokumenten bezitten. Het is voldoende te houden dat zulke aandeelcertifikaten zo geëndosseerd een goeden titel geven wanneer aan iemand voor waarde geleverd door iemand aan wien de eigenaar ze toevertrouwd heeft. Er moet nalatigheid of konstruktiewe nalatigheid van wege de eigenaar zyn." (49).

.....

(47) Afrikanische Bergwerkgesellschaft vs. ~~Oppenheimer~~ de Catelin en Muller. *ibid.* bl. 476 .

(48) t.a.p.

(49) Mens bespeur hier die behoefte om te voldoen aan die verlange van die verkeer, soos die uit die handelsgebruike blyk, gepaard met die konserwatiewe begeerte om die deur nie te wyd oop te maak nie. In sulke gevalle is die geliefkoosde uitweg 'n fleksie. Vandaar die konstruktiewe nalatigheid. Die konstruksie berus natuurlik in die diskresie van die regter

Enige jare later het die vraag in die Hof van die Kaap Kolonie ter berde gekom (50). Die eienaar van sodanige sertifikate het dit aan 'n makelaar ter bewaring oorhandig en die het hulle aan 'n derde vervreem. In 'n revindikasie-aksie deur die eienaar ingestel het die hof bevind dat (51): "upon the question whether or not the scrip is negotiable, evidence has been given of a general custom in Cape Town as well as Johannesburg. In spite, however, of this general custom I am not prepared to lay down as a rule of law that share certificates indorsed in blank by the registered owner are negotiable instruments". En verder (52): "The evidence of brokers cannot make negotiable what is not negotiable".

Verwysende na die saak van de Catelin het H.R.de Villiers gemoen dat: "One of the learned judges (Jorissen) expressed a decided opinion that shares thus indorsed are, according ~~with~~ to the custom of trade in that country, negotiable instruments; but the two other judges were more guarded in their opinions. The Chief Justice (Kotze) although inclining in favour of the view that the certificates are negotiable, considered it unnecessary to decide that question and Morice J. pointed out that where the scrip has been taken from the holder by force or robbery he would be entitled to reclaim the shares from an innocent third party. This last admission, if correct, would at once deprive the instrument of the quality of negotiability". (53). Die Hoofregter het egter op gronde van estoppel teen van Blommestein beslis; "If the plaintiff had handed the certificate to any other person than a share broker for safe custody there might have been room for the argument that it was the duty of the purchaser to

(50) Van Blommestein vs. Holliday. 1904. S.C. II.

(51) *ibid.* bl. I6.

(52) *ibid.* bl. I4.

(53) *ibid.* bl. I7.

enquire whether such person had the real as well as the apparent authority to deal with the shares, although I do not say that the argument would be sound" (54).

In dieselfde jaar het die vraag weer voor die Transvaalse Hof gekom (55). Weer is sedanige sertifikate deur 'n derde van 'n onbeveegde verkry; die keer was die sertifikate gesteel deur 'n klerk wat die sleutels had van die brandkas waarin hul bewaar werd. Die sleutel het hy in besit gehad in die uitoefening van sy diens vir sy werkgewer, die eiser-maatskappy. H.R.Innes was van mening (56): "But I do not think that these certificates can be called negotiable in the legal sense of the word. They entitle the holder to claim registration as a shareholder in the syndicate; but until that is effected the prior registered owner is regarded by the syndicate as the absolute owner.....No doubt the general rule of law is that a man cannot be held to have parted with the ownership of property taken from him fraudulently and against his will, and that a thief cannot convey good title to stolen property even to an innocent purchaser for value. But scrip certificates indorsed in blank do not stand in the same position as ordinary property. The evidence shows that by all the rules of the Stock Exchange and by admitted custom such certificates pass freely from hand to hand, are considered as the property of the person to whom they are delivered and are accepted as sufficient in all transactions in which the delivery of shares constitute a necessary element. Any holder of scrip who indorses it in blank must be taken to have indorsed it for the only purpose for which such blank indorsements are executed. So long as, having done this, he retains the scrip in his own custody, the fact that he has indorsed it may entail no consequences; .....

(54) *ibid.* bl.18.

(55) *United South African Association vs. Cohn*. 1904. T.S. 733.

(56) *ibid.* op bl.738.

but so soon as he places it under the control of a third person the position is different". Ek siteer sy vonnis verder (57): "Now if we endeavour to extract the principle which lies at the root of the decision to which I have just referred it will be found to be this: The original owner was estopped because he did two things - first, by indorsing the scrip in blank he represented to all who saw it that it was scrip intended to pass from hand to hand, and to which the holder for the time being could give good title; and second, by entrusting it to the custody and control of a third person he placed that person in a position to hand the scrip over, ostensibly as its owner to innocent purchasers. The governing consideration was not that the person entrusted with the scrip had the possession in the juridical sense, but that he had the actual physical custody and control. And, if that be so, it is impossible to draw any logical distinction between the case where the custodian is a broker and the case where he is a banker or a private clerk". Hoogregter Innes was dus nie bereid om die reël te huldig wat Hoofregter de Villiers in van Blommestein se saak (58) aangedui het in die poging om die element van estoppel, in teenstelling met die van verhandelbaarheid, sterker uit te bring. Maar die Transvaalse Hoofregter wou darem nie volle verhandelbaarheid aan die sertifikate toeskryf nie, alhoewel hy versigtig genoeg was om dit ook nie aan hul te ontseig nie (59). En die slotsinne van sy vonnis het die verwarring

.....  
 (57)ibid.op bl.740.Daar hierdie regsontwikkeling in verband met in blanko gee"ndosseerde sertifikate by uitstek in ons regspraak,en wel in allerhande fyne distinksies in ons regspraak,te vervolg is,isdit nodig om die ipsissime verba van die Regters vry breedvoerig te siteer.

(58)Sien nota 54 hiervan.

(59)Cohn se saak op bl.742:It is not necessary to say what the owner's position would be if the documents were abstracted,say by picking his pocket,or by rifling his safe or if,by similar means they were taken from an agent to whom he had entrusted them.Under such circumstances the innocent purchaser might have difficulty in resisting the claims of the owner.That question need not be decided,because it is not one which the Court is

waarlik nie verminder nie: "The result, so far as the issue of the present case is concerned, is the same as if the certificates had actually been negotiable instruments.....They are documents, to quote the words of an American writer (Daniel on Negotiable Instruments) which, while not negotiable in the sense of the law merchant are so framed, and so dealt with as frequently to convey as good a title to the transferee as if they were negotiable" (60).

Vir my is dit, tenspyte van die menings van die gesaghebbende twee Hoofregters, gladnie so duidelik dat die sertifikate nie verhandelbaar is nie. Inteendeel. Die opname van die beginsel van verhandelbaarheid in ons Reg, waar dit wissels geld, kan slegs uit handelsbehoefte ontstaan het. Dit was vreemd aan die eiendomsregtelike beginsels van albei die bronne van ons Romeins-Hollandse Reg; albei die Romeinse Reg met sy rei vindicatio en die Germaanse Reg met sy anevang, slichte clage en wat dies meer sy, het prinsipiël die eienaar die reg toegestaan om sy gestole of ontdrage goed terug te kry van selfs die bona fide derde. Die uitsonderings wat daar mag gegeld het, het met die verhandelbaarheid as sulks niks te doen gehad nie. Hierdie laasgenoemde element het slegs deur die handelsgebruik in die Reg gekom. Wanneer, dus, die handelsgebruik onmiskenbaar en duidelik die verhandelbare eienskappe aan die betrokke aandeelsertifikate toeken, dan lyk dit vir my gladnie so seker dat die Reg daardie eienskappe, wat (alhoewel ontstaan uit handelsgebruik) tog essensiël regtelike eienskappe is, moet negeer nie.

As die Howe 'n konsekwente en steekhoudende argument had om aan te voer teen die erkende handelsgebruik, dan sou ek dalk minder geneig wees om van hul te verskil. Maar wanneer die regters voel dat hul moet aan die handelsdrang voldoen, dog weier om dit op grond van die handelsopvatting  
 .....  
 called upon to settle.

(60) *ibid.* op bl.744.

self te doen, en liever die toevlug neem na "konstruktiewe nalatigheid" of na 'n estoppel gebasseer nie op die werklike nalatigheid van die eienaar nie, dog op die feit dat 'n handelwyse wat met an der roerende goed nie nalatig sou gewees het nie, hier wel nalatig is, omdat die sertifikate "although not negotiable in the sense of the law merchant" (61) of wel "not negotiable in the legal sense (62) - asof dit verhandelbaar kon wees in enige ander sin: - tog niettemin nie soos gewone losgoed ~~max(62)x~~ behandel kan word nie (63).

In sulke gevalle voel ek, dat mens of die een of die ander konsekwente weg moet inslaan; of mens moet die gewone eiendomsregtelike reël volg, dat die goed in die genoemde gevalle weer opeisbaar is, of wel mens moet erken dat hierdie soort goed 'n eienskap besit wat hul uit die gewone klas van roerende goed neem, en hul weeropeisbaarheid taamlik sterke beperkings ople. Maar dit is duidelik dat hierdie beperkings nie op die eienaar se konstruktiewe nalatigheid moet berus nie, dog in die eerste instansie op die eienaardige eienskap wat die goed self het. Anders bly die gewraakte handeling nalatig slegs omdat dit in verband met hierdie goed plaasgevind het en nie weëns die aard van die handelwyse self nie. Vandaar die beskouing van Regter Krause (64) in 'n saak op soortgelyke feite dat "I must confess that I had some difficulty in appreciating what the particular act of negligence was (in Cohn's case, 1904 T.S. 733) or what legal duty was not observed towards creating an estoppel the innocent purchaser ~~waiting against~~ against the owner.....The

.....  
 (61) Sien vorige voetnoot

(62) Sien voetnoot (56).

(63) Sien voetnoot (56).

(64) Sien Sprinz vs. Rayton Diamonds. 1926 W.L.D. 38.



The additional fact that the scrip, endorsed in blank, usually pass and are intended to pass by mere delivery does not alter the position unless one subscribes to the curious doctrine that the degree of care demanded from owners in entrusting their property to others varies in proportion to the facilities with which different kinds of property, because of their nature and class, might be dishonestly disposed of by servants and others. Regter Krause het dan ook revindikasie toegeestaan.

Ons sien dus uit die bowestaande dat ons Howe in hopelose verwarring verkeer aangaande die opeisingsreg van 'n eienaar van aandeelsertifikate in blanko geëndosseer teenoor 'n bona fide besitter, wat hul verkry het van iemand wat nie bevoeg was om hul te vervreem nie. Hul huiwer om die sertifikate as verhandelbaar te beskou (m.i. die regte beskouing) en wil dit darem ook nie as gewone roerende goed beskou nie. In hul pogings om 'n middelkoers te stuur skyn hul te neig na die opvatting, dat die eienaar dalk wel kan revindiseer as die sertifikate van hom gesteel is deur 'n inbreker maar nie as hul deur sy vertrouensman vervreem is (en die begrip "vertrouensman" word baie wyd geneem). Die Howe neig dus na 'n opvatting dat "hand moet hand wesen" wanneer dit oor aandeelsertifikate handel (65).

.....

(65) As iemand dit ooit nodig ag om 'n voorbeeld te soek van die absolute gebrek aan historiese belangstelling by ons regters, veral op die Germanistiese gebied, dan hoef hy nie verder te gaan as hierdie een nie. Want, alhoewel die gelykheid tussen die neiging van die Howe en die ou Germaansregtelike reël dat "hand moet hand wesen" opvallend sterk is, soek mens tevergeefs na 'n erkenning van die regters dat dit die geval is.

Die vraag is nog nie voor ons Appelfhof gekom nie, maar tensy dat daardie Hof die verhandelbaarheid van sulke sertifikate gaan erken, lyk dit asof die neiging van ons regspraak eerder in die teenoorgestelde rigting gaan. Hul neig daarna om die sertifikate as opeisbaar te beskou, tensy die eiser homself aan "nalatigheid" skuldig gemaak het.

Wat ons van verhandelbare dokumente gese het, is, vir so ver dit die revindikasie betref, ook op geld toepaslik. Die hele bestemming van geld is om onbelemmer te sirkuleer; dit is niks meer as "een bewys voor waarde" nie. (66). In die Romeinse Reg had die eienaar nog die reg om sy geld te revindiseer mits dit nie "mixti essent, ita ut discerni non possent" (67). Wanneer dit met die besitter se geld so vermeng was, dat dit nie geidentifiseer kon word nie, was revindikasie uitgesluit, omdat die vorige eienaar nie kon bewys dat die besondere muntstukke syne was nie. Maar in die Romeins-Hollandse Reg het die reël, dat alleen vermengde geld nie gerevindiseer kon word nie, weggeval. Die eienaar kon sy geld nie van 'n derde besitter te goeder trou revindiseer nie, onverskillig of dit al of nie geidentifiseer kon word (68). Geld is dus 'n besondere saak wat nie aan die normale eiendomsregtelike reëls onderworpe is nie. Hierdie Romeins-Hollandsregtelike bepaling word in ons Suid-Afrikaanse regspraktyk gevolg.

.....  
(66) N.J.1890.I.bl.212. Die beskouing dat vandag die neiging bestaan om selfs gewone fabrieksware, in gestandaardiseerde massaproduksie geproduseer, hul individuele kentrekke te ontseig en hul so te sê "fungibiliseer" word opgewerp deur 'n lid van die N.J. Vereniging (t.a.p.bl.201-205) "In't algemeen kent men vandaag alec hts soorten en hoeveelheden".

(67) Dig.46.3.78.Dernburg.Pandekten.bl.357.ook n.I4 daarvan.

(68) Voet.6.I.8. Sie ook Nieuwstad, Vonnis 5. Hooge Raad; 'n geval waar die Hof van Holland 'n eienaar sy gestole geld van 'n bona fide besitter laat revindiseer het "hetwelk den Hoogen Raad met recht mishagde". Op Appel na die Hooge Raad is die beslissing van die Hof van Holland vernietig.

Uit die voorafgaande blyk dat die opseingsreg van die eienaar in ons Reg byna deurgans die Romeinsregtelike regl. volg, naamlik dat die eienaar sy goed kan opseis, waar ook al hy dit vind. Die ou reg - spreuk dat "Roerend goed heeft geen gevolg" is dus beslis onjuis.

Waar die eienaar se opseingsreg wel veel meer beperk is, is op die gebied van verhandelbare papiere. Oorspronklik slegs op wissels toepaslik, is die element van verhandelbaarheid later ook op ander papiere uitgebrei, papiere wat met die wisselreg glad nie verbonde is nie. Hierdie verhandelbare eienskap, wat nog Romeinsregtelik nog n.l. Germaansregtelik van oorsprong is, is vermoedelik uit die Joods Reg afkomstig. Ook die heilerregtelike bepalinge wat daar in die Romeins - Hollandse Reg gegeld het, en wat vandag in Suid-Afrika meestal vervalde is, was Joodsregtelik van oorsprong.

Al is die spreuk "Roerend goed heeft geen gevolg" misleidend en onjuis in die pandregtelike vorm daarvan, naamlik "Roerend goed heeft geen gevolg van hypotheek" met ons Reg ooreenstemmend. Die neiging in Suid-Afrika in die laaste tyd is om die regl. skerp te pas dan wat die geval vroeër was. As blyk hiervan neem mens die bepaling oor notariële verbande in die Insolvensiewet Wysigingswet, 1926.

Ons het in ons Reg dus 'n dualisme, daar die opseingsreg van eienaar meestal op Romeinsregtelike beginsels gegrond is, terwyl die pandheer volgens Germaansregtelike beginsels behandel word.