

**DIE OMSKRYWING EN FUNKSIES VAN DIE
FISIESE BEHEERELEMENT IN DIE SAKEREG**

deur

HENDRINA VAN OOSTEN

voorgelê luidens die vereistes vir die graad

DOCTOR LEGUM

aan die

UNIVERSITEIT VAN SUID-AFRIKA

PROMOTOR: PROF AJ VAN DER WALT

OKTOBER 1995

UNISA
BIBLIOTHEEK / LIBRARY
Class 1397-81-2
Klas 346.406 8 VANO
Access
Aanwin.



1661908

AAN

FERDINAND EN MY OUIERS

VOORWOORD

Ek wil graag my hartlike dank en waardering teenoor die volgende persone en instansies uitspreek:

Professor AJ van der Walt, my promotor, vir sy bekwame leiding, geesdrif en aanmoediging.

Ferdinand, vir sy oneindige geduld en daadwerklike hulp met die proeflees van die manuskrip.

Christa Cromhout vir die vriendelike en vinnige hulp met die tegniese versorging van die manuskrip.

Die Universiteit van Suid-Afrika vir 'n toekenning wat buitelandse navorsing moontlik gemaak het.

Geldelike bystand gelewer deur die Sentrum vir Wetenskapontwikkeling (RGN, Suid-Afrika) vir hierdie navorsing word ook hiermee erken. Menings uitgespreek en gevolgtrekkings waartoe geraak is, is dié van die outeur, en moet nie noodwendig aan die Sentrum vir Wetenskapontwikkeling toegeskryf word nie.

Ten slotte die Albert Ludwigs Universiteit in Freiburg, die Georg August Universiteit in Göttingen, die Johann Wolfgang Goethe Universiteit in Frankfurt am Main, die Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte in Frankfurt am Main en laastens die Studiecentrum Gravensteen van die Rijksuniversiteit van Leiden vir die beskikbaarstelling van hulle geriewe.

OKTOBER 1995

PRETORIA

OPSOMMING

In hierdie ondersoek is daar navorsing gedoen oor die aard en rol van fisiese beheer in die sakereg met die oog daarop om dit te omskryf en die funksies daarvan te identifiseer.

By die verkryging van eiendomsreg word net vereis dat die fisiese beheer wat ten aansien van die saak uitgeoefen word, effektief moet wees. Of 'n saak effektief beheer word al dan nie, word aan die hand van die heersende verkeersopvattinge getoets. Hierdie verkeersmaatstawwe wat in die praktyk ten aansien van bepaalde soorte sake uitgekristalliseer het, is buigsaam en veranderlik en dit maak dit moontlik dat die reg by maatskaplike en ekonomiese veranderinge aanpas. Die funksie van fisiese beheer in gevalle van verkryging is altyd publisiteit. In die geval van die beskerming van eiendomsreg word fisiese beheer besonder breed omskryf en daar word slegs verwag dat die persoon van wie die saak teruggeëis word, genoegsame beheer daarvoor moet hê om dit te kan teruggee. Die funksie van beheer is hier suiwer funksioneel. By die verlies van eiendomsreg speel fisiese beheer nie juis 'n besondere rol nie aangesien die verlies van beheer nie noodwendig op die verlies of beëindiging van eiendomsreg dui nie. Wanneer dit wel ter sprake kom, is die funksie daarvan publisiteit.

In die geval van die verkryging van besit en houerskap, dien daarop gelet te word dat die enigste vereiste is dat beheer effektief moet wees en dit word weer eens aan die hand van verkeersmaatstawwe bepaal. Fisiese beheer word strenger omskryf vir verkryging as vir behoud. By die beskerming van besit en houerskap is die enigste vereiste wat gestel word dat beheer vreedsaam en ongestoord moes gewees het. Wanneer beheer oor 'n saak verloor word, gaan dit gewoonlik gepaard met die verlies van besit of houerskap. Die funksie van fisiese beheer is deurgaans publisiteit.

Fisiese beheer word redelik streng omskryf vir doeleindes van 'n gewone pand en daar word gewoonlik vereis dat die pandsaak gelewer en gehou moet word vir die vestiging en behoud van 'n pandreg. Die funksies van beheer is hier sekuriteit en publisiteit.

SUMMARY

This study examines the nature and role of physical control in the law of property with a view to defining this concept and identifying its functions.

The only requirement for the acquisition of ownership is the exercise of effective physical control of the thing in question. Whether or not a thing is physically under control, is determined by the application of legal indicators deriving from use and custom. Such indicators as have crystallised in practice in respect of certain classes of things, are flexible and variable and enable the law to adjust to social and economical changes. The function of physical control in cases of acquisition is always publicity. The definition of physical control in cases of protection of ownership is particularly wide, the only requirement being that the person from whom the thing is reclaimed must have sufficient physical control of it to enable him to return it. The function of control is purely functional. Since loss of control does not necessarily indicate the termination or loss of ownership, physical control has no significant part to play in respect of loss of ownership. Where it does come into play, however, its function will be publicity.

In cases of acquisition of possession and holdership it is essential that physical control of the thing is effective and once again this will be determined by application of legal indicators. The definition of physical control is much narrower in respect of acquisition than in respect of retention. The only requisite for the protection of possession and holdership is peaceful and undisturbed physical control. Loss of control of a thing is usually indicative of loss of possession or holdership. Throughout the function of control is publicity.

Physical control is quite narrowly defined in cases of ordinary pledge insofar as delivery and retention of the pledge object are usually required for the establishment and continuation of the pledge. In this instance, physical control serves the functions of both publicity and security.

KEY TERMS: Ownership; possession; pledge; physical control; effective control; joint control; mediate and immediate control; direct and indirect control; legal indicators deriving from use and custom; publicity.

INHOUDSOPGAWE

Bladsy

VOORWOORD	(i)
OPSOMMING	(ii)
SUMMARY	(iii)

AFDELING 1: INLEIDING

Hoofstuk 1: Inleidende opmerkings	2
1 1 Probleemstelling	2
1 2 Werksmetode	3
1 3 Terminologie	6
1 4 Slotopmerkings	6

AFDELING 2: REGSHISTORIESE PERSPEKTIEF

Hoofstuk 2: Die Romeinse reg	8
2 1 Inleiding	8
2 2 Die vestiging van eiendomsreg	8
2 2 1 Inleiding	8
2 2 2 Ius civile metodes	9
2 2 2 1 Mancipatio	9
2 2 2 1 1 Inleiding	9
2 2 2 1 2 Bespreking	10
2 2 2 1 3 Samevatting	11
2 2 2 2 In iure cessio	12
2 2 2 2 1 Inleiding	12
2 2 2 2 2 Bespreking	12
2 2 2 2 3 Samevatting	13

	Bladsy
2 2 2 3	Usucapio 14
	2 2 2 3 1 Inleiding 14
	2 2 2 3 2 Bespreking 14
	2 2 2 3 3 Samevatting 17
2 2 3	Ius gentium methodes 17
2 2 3 1	Occupatio 17
	2 2 3 1 1 Inleiding 17
	2 2 3 1 2 Bespreking 18
	2 2 3 1 3 Samevatting 22
2 2 3 2	Traditio 23
	2 2 3 2 1 Inleiding 23
	2 2 3 2 2 Bespreking 24
	2 2 3 2 2 1 Traditio de manu in manum 25
	2 2 3 2 2 2 Traditio longa manu 25
	2 2 3 2 2 3 Traditio brevi manu 26
	2 2 3 2 2 4 Constitutum possessorium 27
	2 2 3 2 2 5 Traditio symbolica 28
	2 2 3 2 2 6 Samevatting 29
2 3	Die beskerming van eiendomsreg 30
2 3 1	Inleiding 30
2 3 2	Rei vindicatio 30
2 3 3	Actio ad exhibendum 31
2 3 4	Exceptio rei venditae ac traditae 32
2 3 5	Actio Publiciana 32
2 3 6	Samevatting 33
2 4	Die beëindiging of verlies van eiendomsreg 33
2 5	Die verkryging van besit 34
2 5 1	Inleiding 34
2 5 2	Bespreking 36
	2 5 2 1 Oorspronklike verkryging van besit 38
	2 5 2 2 Afgeleide verkryging van besit 39
	2 5 2 3 Direkte en indirekte verkryging van besit 40

2 5 2 4	Samevatting	42
2 6	Die behoud van besit	42
2 7	Die beskerming van besit	44
2 8	Die beëindiging of verlies van besit	46
2 9	Samevatting	48
2 10	Saaklike sekerheid	49
2 10 1	Inleiding	49
2 10 2	Fiducia	50
2 10 2 1	Inleiding	50
2 10 2 2	Bespreking	50
2 10 2 3	Samevatting	52
2 10 3	Pignus	53
2 10 3 1	Inleiding	53
2 10 3 2	Bespreking	54
2 10 3 3	Beskerming van pandreg	55
2 10 3 4	Die verlies en/of beëindiging van pandreg	57
2 10 3 5	Samevatting	57
2 11	Slotopmerkings	58
Hoofstuk 3: Die Glossatore		61
3 1	Eiendomsreg	61
3 2	Besit	63
3 3	Pand	65
3 4	Samevatting	66
Hoofstuk 4: Die Post-Glossatore of Kommentatore		67
4 1	Eiendomsreg	67
4 2	Besit	67
4 3	Pand	70
4 4	Samevatting	71

Hoofstuk 5: Die Humaniste	72
5 1 Eiendomsreg	72
5 2 Besit	73
5 3 Pand	78
5 4 Samevatting	78
Hoofstuk 6: Die Usus Modernus Pandectarum	80
6 1 Eiendomsreg	80
6 2 Besit	81
6 3 Pand	82
6 4 Samevatting	83
Hoofstuk 7: Regsontwikkeling in Nederland - sewentiende en agtiende eeue	84
7 1 Die sewentiende eeu	84
7 1 1 Eiendomsreg	84
7 1 2 Besit	89
7 1 3 Pand	92
7 1 4 Samevatting	93
7 2 Die agtiende eeu	95
7 2 1 Eiendomsreg	95
7 2 2 Besit	96
7 2 3 Pand	97
7 2 4 Samevatting	97
Hoofstuk 8: Regsontwikkeling in Duitsland	99
8 1 Die Historiese Skool	99
8 1 1 Eiendomsreg	99
8 1 2 Besit	99
8 1 3 Pand	105
8 1 4 Samevatting	105
8 2 Die Pandektiste	107

8 2 1	Eiendomsreg	107
8 2 2	Besit	107
8 2 3	Pand	108
8 2 4	Samevatting	109
8 3	<i>Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (1794)</i>	110
8 3 1	Eiendomsreg	110
8 3 2	Besit	111
8 3 3	Pand	112
8 3 4	Samevatting	114
Hoofstuk 9: Regsontwikkeling in Frankryk		115
9 1	Pothier	115
9 1 1	Eiendomsreg	115
9 1 2	Besit	116
9 1 3	Pand	116
9 1 4	Samevatting	117
9 2	Die <i>Code Civil</i> (1804)	117
9 2 1	Eiendomsreg	117
9 2 2	Verjaring en besit	118
9 2 3	Pand	119
9 2 4	Samevatting	119

AFDELING 3: REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF

Hoofstuk 10: Die Duitse reg		122
10 1	Inleiding	122
10 2	Die verkryging van eiendomsreg op oorspronklike wyse	122
10 2 1	Toe-eiening (Aneignung)	122
10 2 1 1	Omskrywing	122
10 2 1 2	Inleiding	123
10 2 1 3	Elemente van besit	124

	10 2 1 3 1	Persoonlike besit	124
	10 2 1 3 2	Daadwerklike besit	124
	10 2 1 3 3	Vestiging en behoud van besit	125
	10 2 1 3 4	Wilde diere, voëls, visse en bye	125
	10 2 1 3 4 1	Inleiding	125
	10 2 1 3 4 2	Wilde diere en voëls	126
	10 2 1 3 4 3	Visse	128
	10 2 1 3 4 4	Bye	128
	10 2 1 4	Samevatting	129
10 2 2	Vonds (Fund)		130
	10 2 2 1	Omskrywing	130
	10 2 2 2	Inleiding	130
	10 2 2 3	Elemente van besit	131
	10 2 2 3 1	Vestiging en behoud van besit	131
	10 2 2 3 2	Persoonlike besit	132
	10 2 2 3 3	Daadwerklike besit	133
	10 2 2 4	Samevatting	133
10 2 3	Skatvinding (thesauri inventio)		133
	10 2 3 1	Omskrywing	133
	10 2 3 2	Inleiding	134
	10 2 3 3	Elemente van besit	135
	10 2 3 3 1	Vestiging en behoud van besit	135
	10 2 3 3 2	Persoonlike besit	136
	10 2 3 3 3	Daadwerklike besit	137
	10 2 3 4	Samevatting	137
10 2 4	Verkrygende verjaring		137
	10 2 4 1	Omskrywing	137
	10 2 4 2	Inleiding	138
	10 2 4 3	Elemente van besit	139
	10 2 4 3 1	Vestiging en behoud van besit	139
	10 2 4 3 2	Persoonlike besit	139

	10 2 4 3 3	Daadwerklike besit	140
	10 2 4 4	Samevatting	140
10 3		Die verkryging van eiendomsreg op afgeleide wyse	141
10 3 1		Lewering	141
	10 3 1 1	Omskrywing	141
	10 3 1 2	Inleiding	141
	10 3 1 3	Elemente van besit	144
	10 3 1 3 1	Vestiging en behoud van besit	144
	10 3 1 3 1 1	Traditio brevi manu	146
	10 3 1 3 1 2	Constitutum possessorium (Besitzkonstitut)	147
	10 3 1 3 1 3	Attornment	148
	10 3 1 3 2	Persoonlike besit	149
	10 3 1 3 3	Daadwerklike besit	149
	10 3 1 3 4	Medebesit	150
	10 3 1 4	Samevatting	151
10 4		Slotopmerkings	153
10 5		Beskerming van eiendomsreg	154
10 5 1		Inleiding	154
10 5 2		Paragraaf 985 BGB	155
10 5 3		Samevatting	156
10 6		Beëindiging van eiendomsreg	158
10 7		Verkryging van besit	157
10 7 1		Omskrywing van besit	157
10 7 2		Inleiding	157
10 7 3		Elemente van besit	159
	10 7 3 1	Persoonlike besit	159
	10 7 3 1 1	Inleiding	159
	10 7 3 1 2	Besitdienaars	160
	10 7 3 1 3	Samevatting	163
	10 7 3 2	Medebesit	163
	10 7 3 2 1	Omskrywing	163

	10 7 3 2 2	Elemente	163
	10 7 3 2 3	Samevatting	165
10 7 3 3		Middellike besit	166
	10 7 3 3 1	Omskrywing	166
	10 7 3 3 2	Elemente	166
	10 7 3 3 3	Samevatting	169
10 7 3 4		Daadwerklike besit	170
	10 7 3 4 1	Inleiding	170
	10 7 3 4 2	Elemente	170
	10 7 3 4 3	Verkeersmaatstawwe	172
	10 7 3 4 4	Samevatting	172
10 7 4		Vestiging en behoud van besit	173
	10 7 4 1	Inleiding	173
	10 7 4 2	Eensydige verkryging	174
	10 7 4 3	Lewering	175
	10 7 4 4	Samevatting	176
10 8		Beskerming van besit	177
10 8 1		Inleiding	177
10 8 2		Beskerming van onmiddellike besit	179
10 8 3		Beskerming van medebesit	181
10 8 4		Beskerming van middellike besit	182
10 8 5		Samevatting	184
10 9		Beëindiging van besit	185
10 9 1		Omskrywing	185
10 9 2		Elemente	185
10 9 3		Samevatting	186
10 10		Slotopmerkings	186
10 11		Pandreg	187
10 11 1		Omskrywing	187
10 11 2		Inleiding	187
10 11 3		Elemente van besit	191

10 11 3 1	Persoonlike besit	191
10 11 3 2	Onmiddellike besit	192
10 11 3 3	Middellike besit	192
10 11 3 4	Medebesit	193
10 11 3 5	Daadwerklike besit	195
10 11 3 6	Samevatting	197
10 11 4	Beskerming van pandreg	198
10 11 4 1	Omskrywing	198
10 11 4 2	Bespreking	198
10 11 4 3	Samevatting	199
10 11 5	Beëindiging van pandreg	199
10 11 6	Slotopmerkings	201
Hoofstuk 11:	Die Nederlandse reg	203
11 1	Inleiding	203
11 2	Die verkryging van eiendomsreg op oorspronklike wyse	203
11 2 1	Toe-eiening (occupatie/inbezitneming)	203
11 2 1 1	Omskrywing	203
11 2 1 2	Inleiding	203
11 2 1 3	Elemente van fisiese beheer	204
11 2 1 4	Wild en visse	204
11 2 1 5	Samevatting	204
11 2 2	Vonds (vinderschap)	205
11 2 2 1	Inleiding	205
11 2 2 2	Elemente van fisiese beheer	205
11 2 2 3	Samevatting	206
11 2 3	Skatvinding	206
11 2 3 1	Omskrywing	206
11 2 3 2	Inleiding	206
11 2 3 3	Elemente van fisiese beheer	207
11 2 3 4	Samevatting	208

11 2 4	Verkrygende verjaring	208
11 2 4 1	Omskrywing	208
11 2 4 2	Inleiding	209
11 2 4 3	Elemente van fisiese beheer	209
11 2 4 4	Samevatting	210
11 3	Die verkryging van eiendomsreg op afgeleide wyse	211
11 3 1	Lewering (overdracht)	211
11 3 1 1	Omskrywing	211
11 3 1 2	Inleiding	211
11 3 1 3	Elemente van fisiese beheer	215
11 3 1 4	Traditio brevi manu	216
11 3 1 5	Constitutum possessorium	216
11 3 1 6	Traditio longa manu (attornment)	217
11 3 1 7	Samevatting	218
11 3 1 8	Slotopmerkings	218
11 4	Die beskerming van eiendomsreg	218
11 4 1	Inleiding	218
11 4 2	Bespreking	219
11 4 3	Samevatting	219
11 5	Die beëindiging van eiendomsreg	220
11 5 1	Inleiding	220
11 5 2	Elemente van fisiese beheer	220
11 5 3	Samevatting	221
11 6	Die verkryging van besit	221
11 6 1	Omskrywing	221
11 6 2	Inleiding	222
11 6 3	Elemente van fisiese beheer	223
11 6 3 1	Persoonlike besit en houerskap	226
11 6 3 2	Onmiddellike besit en houerskap	228
11 6 3 3	Middellike besit en houerskap	228
11 6 3 4	Medebesit en -houerskap	228

11 6 4	Die vestiging van besit en houerskap	230
11 6 4 1	Inleiding	230
11 6 4 2	Inbesitneming (occupatie)	231
11 6 4 2 1	Omskrywing	231
11 6 4 2 2	Elemente van fisiese beheer	231
11 6 4 2 3	Samevatting	233
11 6 4 3	Lewering (overdracht)	234
11 6 4 3 1	Inleiding	234
11 6 4 3 2	Bespreking	234
11 6 4 3 3	Traditio brevi manu	237
11 6 4 3 4	Constitutum possessorium	238
11 6 4 3 5	Traditio longa manu (attornment)	239
11 6 4 3 6	Traditio sine manu	239
11 6 4 3 7	Lewering by wyse van dokumente	240
11 6 4 3 8	Samevatting	240
11 7	Die behoud van besit	241
11 8	Die beskerming van besit	241
11 8 1	Inleiding	241
11 8 2	Bespreking	242
11 8 3	Samevatting	243
11 9	Die verlies van besit	244
11 9 1	Inleiding	244
11 9 2	Bespreking	244
11 9 3	Samevatting	246
11 10	Pandreg	246
11 10 1	Omskrywing	246
11 10 2	Inleiding	247
11 10 3	Elemente van fisiese beheer	247
11 10 4	Samevatting	250
11 11	Die beskerming van pandreg	251
11 11 1	Omskrywing	251

11 11 2	Bespreking en samevatting	251
11 12	Die beëindiging van pandreg	251
11 13	Samevatting	252
11 14	Slotopmerkings	253

AFDELING 4: DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Hoofstuk 12:	Die verkryging, behoud, beskerming en verlies van eiendomsreg, besit en houterskap asook pandreg in die Suid-Afrikaanse reg	259
12 1	Inleiding	259
12 2	Die verkryging van eiendomsreg op oorspronklike wyse	259
12 2 1	Toe-eiening (occupatio)	259
12 2 1 1	Omskrywing	259
12 2 1 2	Elemente van fisiese beheer	259
12 2 1 2 1	Inleiding	259
12 2 1 2 2	Regmatige beheer	260
12 2 1 2 3	Persoonlike beheer	261
12 2 1 2 4	Daadwerklike beheer	262
12 2 1 2 5	Vestiging en behoud van fisiese beheer	263
12 2 1 3	Samevatting	264
12 2 2	Skatvinding	264
12 2 2 1	Omskrywing	264
12 2 2 2	Elemente van fisiese beheer	265
12 2 2 2 1	Inleiding	265
12 2 2 2 2	Daadwerklike inbeheername	265
12 2 2 3	Samevatting	266
12 2 3	Verkrygende verjaring	266
12 2 3 1	Omskrywing	266
12 2 3 2	Elemente van fisiese beheer	267
12 2 3 2 1	Inleiding	267
12 2 3 2 2	Verkeersmaatstawwe	267

	12 2 3 2 3	Regmatige beheer	268
	12 2 3 2 4	Onwettige beheer	271
	12 2 3 2 5	Ononderbroke beheer	271
	12 2 3 2 6	Omvattende beheer	273
	12 2 3 2 7	Persoonlike beheer	274
	12 2 3 3	Samevatting	276
12 2 4		Slotopmerkings	277
12 3		Die verkryging van eiendomsreg op afgeleide wyse	278
12 3 1		Inleiding	278
12 3 2		Daadwerklike lewering	280
	12 3 2 1	Omskrywing	280
	12 3 2 2	Elemente van fisiese beheer	280
	12 3 2 3	Samevatting	281
12 3 3		Konstruktiewe lewering	282
	12 3 3 1	Inleiding	282
	12 3 3 2	Clavium traditio	283
	12 3 3 2 1	Omskrywing	283
	12 3 3 2 2	Elemente van fisiese beheer	283
	12 3 3 2 3	Samevatting	286
	12 3 3 3	Traditio longa manu	287
	12 3 3 3 1	Omskrywing	287
	12 3 3 3 2	Elemente van fisiese beheer	287
	12 3 3 3 3	Samevatting	289
	12 3 3 4	Traditio brevi manu	290
	12 3 3 4 1	Omskrywing	290
	12 3 3 4 2	Elemente van fisiese beheer	290
	12 3 3 4 3	Samevatting	292
	12 3 3 5	Constitutum possessorium	292
	12 3 3 5 1	Omskrywing	292
	12 3 3 5 2	Elemente van fisiese beheer	292
	12 3 3 5 3	Samevatting	295

12 3 3 6	Attornment	295
12 3 3 6 1	Omskrywing	295
12 3 3 6 2	Elemente van fisiese beheer	296
12 3 3 6 3	Samevatting	297
12 3 7	Slotopmerkings	298
12 4	Die beskerming van eiendomsreg	299
12 4 1	Inleiding	299
12 4 2	Rei vindicatio	299
12 4 2 1	Omskrywing	299
12 4 2 2	Elemente van fisiese beheer	300
12 4 2 3	Samevatting	302
12 5	Beëindiging van eiendomsreg	303
12 5 1	Inleiding	303
12 5 2	Oordrag	303
12 5 3	Vernietiging	303
12 5 4	Res nullius en res derelicta	304
12 5 5	Dood van die eienaar	306
12 5 6	Regswerking	306
12 5 7	Samevatting	307
12 6	Die verkryging van besit en houerskap	308
12 6 1	Inleiding	308
12 6 2	Elemente van fisiese beheer	311
12 6 2 1	Inleiding	311
12 6 2 2	Aard van die saak	311
12 6 2 3	Bestemming of gebruik van die saak	312
12 6 2 4	Omvattende beheer	313
12 6 2 5	Deurlopende beheer	314
12 6 2 6	Persoonlike beheer	315
12 6 2 7	Wyses van verkryging	316
12 6 2 8	Vestiging en behoud van fisiese beheer	318

12 6 2 9	Samevatting	319
12 7	Die beskerming van besit en houerskap	321
12 7 1	Inleiding	321
12 7 2	Die mandament van spolie	321
12 7 2 1	Omskrywing	321
12 7 2 2	Elemente van fisiese beheer	325
12 7 2 2 1	Inleiding	325
12 7 2 2 2	Eksklusiewe beheer	327
12 7 2 2 3	Omvattende beheer	327
12 7 2 2 4	Ononderbroke beheer	329
12 7 2 2 5	Persoonlike beheer	330
12 7 2 2 6	Regmatige beheer	330
12 7 2 2 7	Samevatting	331
12 8	Die beëindiging van besit en houerskap	332
12 8 1	Inleiding	332
12 8 2	Verlies van fisiese en wils-elemente	332
12 8 3	Verlies van fisiese element	333
12 8 4	Verlies van wils-element	334
12 8 5	Persoonlike/middellike verlies	334
12 8 6	Totnietgaan van saak	335
12 8 7	Dood van die beheerder	335
12 8 8	Samevatting	336
12 9	Pandreg	336
12 9 1	Inleiding	336
12 9 2	Vestiging van pandreg	338
12 9 2 1	Daadwerklike lewering	339
12 9 2 2	Konstruktiewe lewering	339
12 9 2 2 1	Inleiding	339
12 9 2 2 2	Traditio brevi manu	340
12 9 2 2 3	Clavium traditio	341

12 9 2 2 4	Attornment	341
12 9 2 2 5	Traditio longa manu	342
12 9 2 2 6	Constitutum possessorium	343
12 9 3	Voortbestaan van pandreg	345
12 9 4	Beëindiging van pandreg	347
12 9 5	Samevatting	348
12 10	Besitlose pandregte	348
12 10 1	Inleiding	348
12 10 2	Geregtelike pandregte	349
12 10 3	Statutêre fiktiewe pandregte	349
12 10 4	Notariële verbande: Voor die inwerkingtreding van die Wet op Sekerheidstelling deur middel van Roerende Goed 57 van 1993	350
12 10 5	Wet op Sekerheidstelling deur middel van Roerende Goed 57 van 1993	351
12 10 6	Samevatting	352
12 11	Slotopmerkings	353
Hoofstuk 13: Verkeersmaatstawwe		355
13 1	Inleiding	355
13 2	Wilde diere, voëls en visse	355
13 2 1	Inleiding	355
13 2 2	Vestiging van fisiese beheer	356
13 2 3	Behoud van fisiese beheer	357
13 2 4	Samevatting	358
13 3	Motorvoertuie	359
13 3 1	Inleiding	359
13 3 2	Vestiging van fisiese beheer	360
13 3 3	Behoud van fisiese beheer	360
13 3 4	Samevatting	361

13 4	Skeepswrakke	361
13 4 1	Inleiding	361
13 4 2	Vestiging van fisiese beheer	362
13 4 3	Behoud van fisiese beheer	363
13 4 4	Samevatting	363
13 5	Geboue	363
13 5 1	Inleiding	363
13 5 2	Vestiging van fisiese beheer	364
13 5 3	Behoud van fisiese beheer	364
13 5 4	Samevatting	367
13 6	Plase en grondstukke	367
13 6 1	Inleiding	367
13 6 2	Vestiging van fisiese beheer	367
13 6 3	Behoud van fisiese beheer	369
13 6 4	Samevatting	370
13 7	Slotopmerkings	371
Hoofstuk 14: Plures eandem rem in solidum possidere non possunt		374
14 1	Inleiding	374
14 2	Gemeenskaplike en gelyktydige beheer oor die geheel van 'n saak deur meerdere partye	377
14 3	Individuele en gelyktydige beheer oor die geheel van 'n saak deur meerdere partye	382
14 4	Gemeenskaplike en gelyktydige beheer oor die geheel van 'n saak deur meerdere partye wat die saak op verskillende wyses beheer	383
14 4 1	Direkte en indirekte beheer	383
14 4 2	Middellike en onmiddellike beheer	392
14 5	Samevatting	397

AFDELING 5: SLOT

Hoofstuk 15: Slotopmerkings	401
15 1 Inleiding	401
15 2 Slotsom van die regshistoriese afdeling	401
15 3 Slotsom van die regsvergelykende afdeling	403
15 4 Slotsom van die Suid-Afrikaanse reg	406
15 5 Toepassing in die Suid-Afrikaanse regspraak	409
15 5 1 Eiendomsreg	409
15 5 2 Besit en houerskap	410
15 5 3 Pand	413
15 5 4 Slotsom	414
LYS VAN AFKORTINGS	416
VONNISREGISTER	418
BIBLIOGRAFIE	433

AFDELING 1: INLEIDING

HOOFSTUK 1: INLEIDENDE OPMERKINGS

1 1 Probleemstelling

Hierdie ondersoek na die omskrywing en funksies van die fisiese beheerelement in die Suid-Afrikaanse sakereg is onderneem in die lig daarvan dat alhoewel beheer een van die verskynsels is wat besonder wyd in die sakereg voorkom, 'n omvattende studie daarvan nog nie gemaak is nie. "Fisiese beheer" is 'n vloeibare begrip wat nie altyd dieselfde betekenisinhoud het nie: Die omskrywing en funksies daarvan verskil van onderwerp tot onderwerp. So sal die omskrywing en funksie daarvan in die geval van die verkryging van eiendomsreg heel anders lyk as in die geval van die beskerming van besit deur middel van die mandament van spolie. Aangesien hierdie verskynsel ter sake en van groot belang is vir soveel verskillende onderwerpe in die sakereg, is dit ook 'n besondere interessante onderwerp om te bestudeer. Die doel van hierdie studie is dan ook om te probeer om die aard en inhoud van fisiese beheer in elke individuele geval waar dit voorkom te omskryf en om na aanleiding daarvan die funksie(s) van fisiese beheer te identifiseer. Sodoende word daar 'n poging aangewend om 'n geheelbeeld van hierdie verskynsel te verkry.

Fisiese beheer is ook nie onveranderlik nie: Dit verander na gelang regs- en gemeenskapsopvattinge met betrekking tot bepaalde instellings veranderinge ondergaan. In sekere gevalle word veranderinge ook deur wetgewing ingevoer wat dan óf reeds-veranderde opvattinge weerspieël óf suiwer in staatsbelang werk. Wetteregtelike veranderinge wat voldoen aan behoeftes wat in bepaalde gemeenskappe ontstaan het, stem ooreen met die heersende verkeersopvattinge. Die rol van verkeersopvattinge in die beskrywing van fisiese beheer is gevolglik besonder belangrik en daar word dikwels van die heersende verkeersmaatstawwe gebruik gemaak ten einde te bepaal of beheer in 'n spesifieke geval bestaan al dan nie. Die vergeesteliking van die beheerbegrip, tot die mate dat dit nie meer 'n suiwer fisiese inhoud het nie, het ook tot gevolg dat verkeersmaatstawwe nuttig aangewend word ten einde te bepaal of daar in sekere gevalle in die praktyk 'n persepsie bestaan dat 'n saak wel beheer word of nie.

Die fisiese beheerelement word eers histories, daarna regsvergeelykend en laastens binne die verband van die Suid-Afrikaanse reg bestudeer. Daar word deurentyd gelet op die omskrywing en funksies daarvan en in die slotsom word die resultate van hierdie ondersoek saamgevat ten einde 'n geheelbeeld van die begrip weer te gee.

1 2 Werksmetode

Die Suid-Afrikaanse sakereg se wortels strek tot by die Romeinse reg. Dit is met die eerste oogopslag reeds duidelik wanneer 'n mens na die terminologie en indeling kyk. As 'n mens dieper kyk, word dit steeds duideliker. Dit was gevolglik onvermydelik dat 'n studie wat drie van die belangrikste onderwerpe in die sakereg dek 'n diepgaande ondersoek insluit van die Romeinse reg en die verdere ontwikkelinge van hierdie regstelsel in die regsgeskiedenis.

Met verwysing na 'n regsvergeelykende studie van moderne regstelsels met die oog op moontlike riglyne, ontwikkelinge en oplossings vir probleemgebiede in die Suid-Afrikaanse reg, is daar besluit om op die Duitse en Nederlandse reg te konsentreer. Hierdie twee regstelsels het uit dieselfde Romeinsregtelike agtergrond gegroei en ontwikkel en het skynbaar dikwels met dieselfde probleme te kampe gehad. Die terminologie en begrippe stem grootliks ooreen, selfs ná kodifikasie, en in die lig hiervan was dit 'n logiese keuse vir doeleindes van 'n sinvolle regsvergeelykende studie. Alhoewel 'n kort studie van Pothier en die *Code Civil* ingesluit is in die regshistoriese afdeling, is die Franse reg nie verder ondersoek nie aangesien dit ná kodifikasie in belangrike opsigte wegbeweeg het van die Romeinse tradisie.

Eiendomsreg, besit en pand is die drie onderwerpe wat vir navorsing uitgesonder is juis omdat fisiese beheer daar 'n besondere belangrike rol speel. Fisiese beheer kom ter sprake by feitlik elke aspek van hierdie onderwerpe: Vestiging, behoud, beskerming en verlies. Pand is as saaklike sekerheidsreg uitgesonder aangesien dit eerstens 'n onderwerp is wat sig leen tot historiese en regsvergeelykende navorsing en tweedens 'n aktuele onderwerp in die huidige Suid-Afrikaanse reg is wat diep wortels in die Romeinse reg het - ander saaklike sekerheidsregte wat met beheer te doen het soos

retensieregte is nie so maklik om in historiese verband te plaas nie.

Bogenoemde drie onderwerpe kom ook dikwels in die Suid-Afrikaanse regspraak ter sprake en in talle gevalle is dit die aangeleentheid van fisiese beheer wat bepalend is vir die hof se uiteindelijke beslissing. Daar word vervolgens kortliks na enkele van die jongste gerapporteerde hofsake verwys as voorbeelde:

Die verkryging van eiendomsreg deur middel van lewering is in *Concor Construction (Cape) (Pty) Ltd v Santambank Ltd*¹ weer eens onder die loep geneem. In hierdie saak het die respondent (eiser) die appellant (verweerder) gedagvaar vir skadevergoeding vir skade aan sy padskrapeer wat deur die appellant se nalatigheid veroorsaak is. Die verhoorhof het uitspraak in respondent se guns gegee en appellant het vervolgens appèl aangeteken. Die appèlafdeling bevind dat indien die respondent nie kon bewys dat hy eienaar van die padskrapeer was nie, sy eis nie kon slaag nie. Aangesien hy nie kon bewys dat die saak aan hom gelewer is nie, kan daar nie aanvaar word dat hy eiendomsreg ten aansien van die padskrapeer verkry het nie en die appèl slaag in die lig daarvan.

In *Ross v Ross*² het die applikant by die hof aansoek gedoen om die herstel van beheer van sekere sake wat deur respondent uit sy huis verwyder is. Die partye was in 'n egskeidingsgeding betrokke en die respondent het nie meer in die huis gewoon nie. Daar is beslis dat die applikant net 'n genoegsame beheerverhouding tussen hom en die betrokke sake moet bewys ten einde in sy aansoek te slaag. Die hof stel ondersoek in na elke individuele saak en bevind dat die partye dit gemeenskaplik beheer het aangesien dit gewone huishoudelike artikels was wat tot voordeel van al die inwoners van die huis aangewend is en staan die aansoek toe.

In *Du Randt v Du Randt*³ het die applikante (vrou en seun) 'n aansoek om 'n spoliassiebevel gebring ten opsigte van sekere roerende sake wat deur die respondent

1 1993 3 SA 930 A.

2 1994 1 SA 865 SOK.

3 1995 1 SA 401 O.

uit die familiewoonhuis en aangrensende kantoorafdeling verwyder is. Die partye was ten tye van die aansoek in 'n egskeidingsgeding betrokke. Die hof beslis dat beheer van die goedere wat uit die woonhuis verwyder is asook van die motor wat gesamentlik deur die partye tot hulle voordeel beheer en gebruik is, aan die applikante herstel moet word. Wat betref die sake wat uit die kantoorafdeling verwyder is, word die aansoek van die hand gewys aangesien die applikant (vrou) as blote werknemer nie 'n genoegsame belang by die besigheid kon bewys ten einde voldoende beheer oor die betrokke sake uit te oefen het nie.

In *Engling v Bosielo*⁴ het die applikant 'n spoliassiebevel aangevra om die herstel van beheer van 'n drankwinkel, maar dit is deur die hof afgewys op grond daarvan dat die applikant (die direkteur) nie fisiese beheer oor die drankwinkel gehad het nie in weerwil daarvan dat hy in beheer van die maatskappy se finansies was. Hy was nooit op 'n gereelde grondslag fisies by die drankwinkel teenwoordig nie en het ook nie in die normale verloop van besigheid daar gekom nie. Die hof beslis gevolglik dat hy nie daadwerklike fisiese beheer (detentio) gehad nie.

Ten slotte word daar verwys na *Lesedi Secondary Agricultural Co-operative Ltd v Vaalharts Agricultural Co-operative*⁵ waarin die statutêre pandreg van die appellant ter sprake gekom het. Tweede respondent het geld by appellant geleen en ingevolge die Bophuthatswana Koöperasiewet⁶ is die opbrengs van sy oes aan laasgenoemde verpand. Hy het dit egter aan eerste respondent verkoop en gelewer. Appellant se aansoek om 'n interdik ten einde te verhinder dat die koopprys aan tweede respondent betaal word, word afgewys in die lig van die hof se bevinding dat appellant se pandreg nie oor die geld strek nie.

Daar sal in die laaste afdeling na hierdie hofsake terugverwys word. Die beslissings word dan in die lig van die resultate van die ondersoek bespreek.

4 1994 2 SA 388 B.

5 1993 1 SA 695 NK.

6 20 van 1977 art 51(1)(b)(ii).

1 3 Terminologie

In verband met die gebruik van terminologie kan daar kortliks gewys word na die begrippe "besit", "beheer" en "houerskap" in die Suid-Afrikaanse reg aangesien dit later uitvoerig in die teks bespreek word. In die afdeling oor die Suid-Afrikaanse reg sal die begrip "besit" deurgaans dui op beheer met eienaarsbedoeling, terwyl beheer met enige ander bedoeling as "houerskap" bestempel sal word. Hierdie uitgangspunt skyn verkieslik te wees in die lig daarvan dat dit terminologies die eenvoudigste is: Dit maak die voortdurende omskrywing van "besitters" in terme van die wilselement onnodig. Die begrippe "beheer" en "fisiese beheer" word algemeen gebruik om die corpus-element van eiendomsreg en besit aan te dui. In die historiese en regsvergelende afdelings is daar gebruik gemaak van die terminologie van elke spesifieke regstelsel.

1 4 Slotopmerkings

Hierdie ondersoek behels vier verdere afdelings: Afdeling 2 bestaan uit 'n regshistoriese oorsig van daardie onderwerpe wat onder bespreking is. Dit begin met die Romeinse reg en sluit af met die Pruisiese en Franse kodifikasies in onderskeidelik 1794 en 1804; afdeling 3 bevat 'n regsvergelende studie en in hierdie afdeling word die moderne Duitse en Nederlandse regstelsels behandel; afdeling 4 handel oor die Suid-Afrikaanse reg. Die eerste hoofstuk van afdeling 4 behandel die onderwerpe wat in afdelings 2 en 3 behandel is en volgens dieselfde skema. Dit word gevolg deur 'n hoofstuk oor verkeersmaatstawwe en ten slotte 'n hoofstuk oor die stelreël "Plures eandem rem in solidum possidere non possunt". Die laaste twee hoofstukke is ingesluit weens die besondere belang daarvan vir die onderhawige studie; en afdeling 5 bevat die slotsom en aanbevelings.

AFDELING 2: REGSHISTORIESE PERSPEKTIEF

HOOFSTUK 2: DIE ROMEINSE REG

2 1 Inleiding

In hierdie bespreking van die Romeinse reg sal daar aandag geskenk word aan die vestiging, behoud, beskerming en beëindiging van eiendomsreg; die verkryging, behoud, beskerming en verlies van besit; en die vestiging, behoud, beskerming en verlies of beëindiging van saaklike sekerheidsregte, en by name fiducia en pandreg. Die rede waarom hierdie aspekte in besonder behandel word, is omdat dit die belangrikste onderwerpe is waarby fisiese beheer ter sprake kom.

2 2 Die vestiging van eiendomsreg

2 2 1 Inleiding

Eiendomsreg in die oud-Romeinse reg is aanvanklik gesien as net nog 'n manifestasie van die paterfamilias se omvangryke bevoegdhede,¹ en het 'n baie wye strekking gehad aangesien dit enersyds die voorgangers van beperkte saaklike regte ingesluit het, en daar andersyds nie juis duidelik tussen eiendomsreg en besit onderskei is nie. Kaser² onderskei drie fases in die oud-Romeinse reg: Gedurende die eerste en primitiefste fase is eiendomsreg (of eerder die voorloper daarvan) nog gelyk aan besit, en die oudste vorm van beheer oor die betrokke saak is bloot feitelik.³ Die tweede

1 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 119. Sien Jolowicz *Roman Law* 142: "Ownership, in the developed law, may be defined as the unrestricted right of control over a physical thing, and whosoever has this right can claim the thing he owns wherever it is and no matter who possesses it."

2 1951 ZSS 131.

3 "...juristisch noch undifferenzierte Beherrschung". Sien ook 132: "Das Phänomen der Sachherrschaft wird nur nach dem äusseren Augenschein beurteilt: Die Gewalt über die Sache hat, wer sie tatsächlich beherrscht." Kaser wys vervolgens (132-133) daarop dat die oudste opvatting mbt die beheer van 'n saak groot invloed op verskeie ander aangeleenthede gehad het: Die vindicatio is 'n stryd nie soseer om die reg op 'n saak nie, maar om die saak self; slegs die besitter is passief gelegitimeer; die eis heet die vindicatio rei, en nie die vindicatio dominii nie; die saak word oorgedra, gelewer en vervreem, en nie eiendomsreg nie; in die geval van die vestiging van eiendomsreg dmv veral mancipatio en in iure cessio word die saak aangegryp, en nie die reg nie. Hierdie gelykstelling van eiendomsreg en daadwerklike saakbeheer staan gelyk aan die Griekse opvatting sowel as dié van die Germaanse gewere. Vgl ook Van Warmelo *Romeinse Reg* 120 wat van mening is dat eiendomsreg in die heel vroegste tye net oor res

fase was dié van "relatiewe" eiendomsreg, terwyl eiendomsreg tydens die derde fase ooreenstem met die klassieke en moderne "absolute" eiendomsbegrip. Gedurende die voor-klassieke en klassieke tydperke is daar voorts onderskei tussen quiritiese en praetoriese eiendomsreg.⁴ Eersgenoemde was die eiendomsreg wat deur die ius civile erken is, en gevolglik net vir Romeinse burgers beskikbaar was.⁵ Laasgenoemde was eiendomsreg wat deur die praetor se toedoen erkenning verkry het in gevalle waarin res mancipi deur traditio gelewer is in plaas van deur een van die twee formele en erkende wyses. Eiendomsreg kon ingevolge verskillende metodes gevestig word, en daar word vervolgens onderskei tussen die ius civile en die ius gentium metodes.⁶

2 2 2 *Ius civile metodes*⁷

2 2 2 1 *Mancipatio*

2 2 2 1 1 *Inleiding*

Mancipatio was 'n hoogs formalistiese handeling wat met publisiteit gepaard gegaan het.⁸ Dit is die oudste wyse van eiendomsoordrag en het reeds voor die Twaalf Tafels bestaan. Dit is aanvanklik beskou as die belangrikste wyse waarop res mancipi

mancipi gestrek het en dat dit waarskynlik net op roerende sake van toepassing was: 'n Persoon was die eienaar van dit wat hy kon vashou en verdedig. Sien verder Prichard *Roman Private Law* 158.

4 Vgl G *Inst* 2 40.

5 *Dominium ex iure quiritium*. Hierdie vorm van eiendomsreg was slegs van toepassing op res mancipi.

6 Vgl Gai D 41 1 1 pr. Dit was gewoonlik die verkryger self wat dmv enige leweringswyse besit van die saak verkry het met die oogmerk om eiendomsreg daarvan te bekom. Dit was verder ook moontlik om dmv 'n derde persoon besit van 'n saak te verwerf en dit kon enige van meerdere persone wees: Die verkryger se slaaf, sy seun, sy voog, kurator of saakwaarnemer. Sien G *Inst* 2 86-90; Gai D 41 1 10 pr-1; Ner D 41 1 13 pr-1; Gai D 41 1 32; Jul D 41 1 39; Inst 2 9 pr ev. Vgl hieroor ook Van Warmelo *Romeinse Reg* 143.

7 Sien G *Inst* 2 65.

8 Kaser *Das Römische Privatrecht* I 123. Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* 58-59 wys daarop dat die belang van mancipatio as oordragswyse geleë was in die publisiteit wat daarmee gepaard gegaan het. Sien ook Jolowicz *Roman Law* 147; Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 156; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70-71; Watson *Law of Property* 16-20.

oorgedra is.⁹ As 'n wyse van eiendomsdrag het dit egter reeds vroeg in die klassieke tydperk sy belang verloor.¹⁰

2 2 2 1 2 Bespreking

Gaius *Institutiones* 1 119 lui soos volg:

Now mancipation, as we have already said, is a sort of imaginary sale, and it too is an institution peculiar to Roman citizens. It is performed as follows: in the presence of not less than 5 Roman citizens of full age and also of a sixth person, having the same qualifications, known as the *libripens* (scale-holder), to hold a bronze scale, the party who is taking by the mancipation, holding a bronze ingot, says: 'I declare that this slave is mine by Quiritary right, and be he purchased to me with this bronze ingot and bronze scale.' He then strikes the scale with the ingot and gives it as a symbolic price to him from whom he is receiving by the mancipation.¹¹

Volgens Gaius¹² was dit onder meer 'n vereiste dat die saak wat in eiendomsreg oorgedra moet word, ook by die seremonie teenwoordig moet wees, en dat die nuwe eienaar die saak fisies moet aanraak wanneer hy die voorgeskrewe woorde

9 G *Inst* 2 22: "Res Mancipi, on the other hand, are those things that are conveyed by mancipation; and that is why they are called Mancipi" ("Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam Mancipi res sunt dictae").

10 Vgl egter Prichard *Roman Private Law* 194 en Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 71-72 volgens wie dit eers in die na-klassieke tydperk verdwyn het. Buckland *Roman Law* 241 is van mening dat dit reeds voor 355 nC nie meer in handelstransaksies gebruik is nie. Sien ook Lee *Roman Law* 115.

11 "Est autem Mancipatio, ut supra quoque diximus, Imaginaria quaedam venditio; quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est. eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus, et praeterea alio eiusdem conditionis qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is qui Mancipio accipit, aes tenens, ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMPTUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA. deinde aere percutit libram, idque aes dat ei a quo Mancipio accipit quasi pretii loco." Alhoewel Gaius hier van 'n simboliese prys melding maak, was Mancipatio dikwels, en veral in die vroeë reg, 'n ware koop: vgl Borkowski *Roman Law* 189; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 42.

12 *Inst* 1 121.

uitspreek.¹³ In die geval van roerende sake wil dit voorkom of net soveel met een mancipatio oorgedra kon word as wat vasgehou kon word.¹⁴ Met betrekking tot 'n trop vee of 'n kudde diere is een dier as verteenwoordigend beskou, en wanneer grond verkoop is, is 'n simboliese kluit grond vasgehou wat tot gevolg gehad het dat die transaksie nie noodwendig op die grond self wat verkoop is of in die nabyheid daarvan plaas hoef te gevind het nie.¹⁵

Gedurende die voor-klassieke en klassieke tydperke is mancipatio nog gebruik om eiendomsreg mee oor te dra, maar teen die einde van die klassieke tydperk het dit reeds heeltemal uitgesterf - gedeeltelik as gevolg van die verdwyning van die verskil tussen res Mancipi en res nec Mancipi en deels ook omdat die publisiteitsfunksie van die getuies weens die uitbreiding van die ryk nie meer dieselfde waarde gehad het nie.¹⁶ Justinianus het dit derhalwe heeltemal uit die bronne laat verwyder.¹⁷

2 2 2 1 3 Samevatting

Dit volg uit hierdie bespreking dat fisiese beheer oor die koopsaak of simboliese beheer daarvan baie belangrik was, en dat die saak self (of 'n simbool daarvan) in die teenwoordigheid van die getuies aangeraak moes word ten einde die oordrag van eiendomsreg aan te dui.¹⁸ In hierdie verband is dit interessant om daarop te wys dat

13 Sien Prichard *Roman Private Law* 192-193; Schulz *Classical Roman Law* 345.

14 Borkowski *Roman Law* 189.

15 In die klassieke tydperk kon grondstukke in absentia gemansipeer word. Vgl Gaius *Inst* 1 121: "The mancipation of lands differs from that of other things in this point only, that persons, servile and free, and animals that are Mancipi cannot be mancipated unless they are present - indeed, the taker by the mancipation must grasp the thing which is being mancipated to him, which is why the ceremony is called *mancipatio*, the thing being taken with the hand - whereas lands are regularly mancipated at a distance" ("In eo solo praediorum mancipatio a ceterorum mancipatione differt, quod personae serviles et liberae, item animalia quae Mancipi sunt, nisi in praesentia sint, mancipare non possunt; adeo quidem / ut eum [qui] Mancipio accipit adprehendere id ipsum quod ei Mancipio datur, necesse sit; unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur; praedia vero absentia solent Mancipari").

16 Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* 58.

17 Sien Kaser *Das Römische Privatrecht* I 414. Vgl C 7 31 1 5.

18 Aanvanklik kon slegs roerende sake gemansipeer word aangesien manu capere nie moontlik was in die geval van onroerende sake nie. Toe eiendomsreg op grond egter ontstaan het en mancipatio ook vir die oordrag daarvan aangewend is, is slegs 'n simbool van die grond gebruik en is daar nie meer vereis dat die oordrag in die teenwoordigheid van die saak self hoef plaas te gevind het nie. Sien ook Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* 57-58; Van Oven *Romeinsch*

die woord *mancipatio* volgens ons bronne¹⁹ afgelei is van die rituele aanraking van die koopsaak deur die verkryger.²⁰

2 2 2 2 *In iure cessio*

2 2 2 2 1 *Inleiding*

Hierdie vorm van eiendomsoordrag het eweneens reeds lank voor die Twaalf Tafels bestaan,²¹ en was net so formalisties en omslagtig. *Res Mancipi* sowel as *res nec Mancipi* kon deur hierdie metode oorgedra word,²² en dit het aan die verkryger *quiritiese* eiendomsreg verseker.

2 2 2 2 2 *Bespreking*

Gaius *Institutiones* 2 24 lui soos volg:

In iure cessio is performed as follows: in the presence of a magistrate of the Roman people, such as a praetor, the party to whom the surrender is being made, holding the thing, says: 'I declare that this slave is mine by Quiritary title'; then, after this vindication, the praetor asks the surrenderor whether he makes counter-vindication and, on his replying in the negative or keeping silence, adjudges the thing to the vindicant.²³

Dit volg uit hierdie omskrywing van Gaius dat daar, net soos in die geval van

Privaatrecht 72.

19 Gaius *Inst* 1 121: vgl hfst 2 2 2 1 2. Sien ook Schulz *Classical Roman Law* 348.

20 Sien Kaser *Das Römische Privatrecht* I 44.

21 Borkowski *Roman Law* 190; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 48; Watson *Law of Property* 20-21.

22 G *Inst* 2 22: "But *in iure cessio* (surrender in court) is as effective as *mancipatio*" ("*Idem valet et in iure cessio et Mancipatio*").

23 "In *iure cessio* autem hoc modo fit: is cui res in *iure* ceditur rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO; deinde, postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit."

mancipatio, van die verkryger vereis is om die saak vas te hou,²⁴ of, in die geval van grond, 'n kluit as simbool daarvan. In iure cessio is egter meestal gebruik vir die oordrag van onliggaamlike sake²⁵ waarby daar uiteraard geen sprake van daadwerklike aanraking van die saak was nie. Aangesien die hele transaksie in die vorm van 'n aksie voor 'n magistraat plaasgevind het, het dit 'n groot mate van publisiteit geniet, en dit was een van die voordele van hierdie oordragswyse.²⁶

Alhoewel die ander funksies van in iure cessio in die klassieke tydperk nog dikwels gebruik is, is dit maar selde vir oordrag gebruik²⁷ en teen die einde van die klassieke tydperk het dit heeltmal in onbruik verval.²⁸

2 2 2 2 3 Samevatting

Dit blyk uit Gaius se omskrywing van die handeling dat die fisiese beheeraspek hier ook van belang was vir sover die saak vasgehou moes word tydens die transaksie. Alhoewel die aangryping van die saak ten tye van die transaksie net simbolies was van die beheer daarvoor, was dit nietemin veelseggend en het daarop gedui dat eiendomsreg met beheer gepaard gegaan het.

24 Sien ook Kaser *Das Römische Privatrecht* I 415; Schulz *Classical Roman Law* 348.

25 Vgl Borkowski *Roman Law* 190; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 49.

26 Vgl Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* 59; Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 156.

27 Vgl Gaius *Inst* 2 25.

28 Sien Buckland *Roman Law* 235; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 415 II 197; Prichard *Roman Private Law* 195; Lee *Roman Law* 116; Schulz *Classical Roman Law* 349.

2 2 2 3 *Usucapio*²⁹

2 2 2 3 1 *Inleiding*

Usucapio is ingevoer tot voordeel van die gemeenskap.³⁰ Die wortels van die vroegste vorm van Romeinse verkrygende verjaring was ten nouste verbonde met die beskerming van die eienaar,³¹ en die instelling het ook besonder nou saamgehang met die daadwerklike beheer wat die verkryger oor die saak moes uitoefen.³² Hijmans³³ wys daarop dat die grondslag van usucapio die gebruik van die saak was en dat die feitlike aspek van possessio daarin uitdrukking gevind het.

2 2 2 3 2 *Bespreking*

Die Twaalf Tafels 6 3 lui soos volg:

The 'possession warranty' of land shall last for two years, of all other things for one year.³⁴

Hieruit het dit uiteindelik gevolg dat 'n persoon wat 'n stuk grond vir twee jaar en enige

29 Sien Mod D 41 3 3: "Usucapion is the acquisition of ownership by continued possession for the period prescribed by law" ("Usucapio est adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti"). Vgl ook Buckland *Roman Law* 241: "Usucapio was acquisition of dominium by possession for a long time"; Jolowicz *Roman Law* 152: "By usucapio is meant the acquisition of ownership by continued possession for a certain time"; Schulz *Classical Roman Law* 355: "The etymology of usucapio is perfectly clear: usu capere means to acquire (capere) by possessio (usu, for usus, means possessio in old republican usage). We may therefore define classical usucapio as the acquisition of quiritary ownership over a corporeal thing (res Mancipi or res nec Mancipi) by possessing it for a certain time."

30 Gai D 41 3 1: "Usucapion was introduced for the public weal, to wit, that the ownership of certain things should not be for a long period, possibly permanently, uncertain, granted that the period of time prescribed should suffice for owners to enquire after their property" ("Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium"). Sien ook G *Inst* 2 44. Vgl verder Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* 64-65 vir 'n uiteensetting van die drie funksies wat usucapio opeenvolgend gehad het.

31 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 134.

32 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 135: "Usus ist die tatsächliche Gewalt (des Erwerbers)."

33 *Romeinsch Zakenrecht* 64. Sien ook Prichard *Roman Private Law* 167.

34 "Usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto." Vgl ook G *Inst* 2 54.

ander saak vir een jaar ononderbroke in sy besit gehad het, eiendomsreg daarvan verkry het. Hierdie reël van die Twaalf Tafels het aanvanklik toepassing gevind in die prosesreg.³⁵ Met verloop van tyd, en veral toe eiendomsreg eers ná die voorgeskrewe tydperk gevestig is, het die belang van hierdie reël na die privaatreë verskuif, en is die regulasie beskou as nog 'n wyse waarop eiendomsreg verkry kon word: Indien besit van die saak onafgebroke en voortdurend voortgeduur het, het die persoon na afloop van die voorgeskrewe tydperk eiendomsreg daarvan verkry.³⁶ Dit word duidelik gestel dat besit van deurslaggewende belang was³⁷ en dat dit ononderbroke moes voortduur tydens die voorgeskrewe tydperk - indien die houer se besit onderbreek is, het sy termyn weer van voor af begin loop.³⁸

Gedurende die klassieke tydperk was verkrygende verjaring nog steeds op die *usus auctoritas* van die Twaalf Tafels gebaseer. Dit het aan 'n persoon wat 'n saak van 'n nie-eienaar verkry het, of wat 'n *res mancipi* by wyse van *traditio* van die eienaar ontvang het, *quiritiese eiendomsreg* gegee.³⁹ Die vereistes vir *usucapio* was nou veel

35 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 135-149; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 81-82.

36 Vgl Borkowski *Roman Law* 191; Buckland *Roman Law* 242; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 136; Lee *Roman Law* 118-119; Sohm *Institutes* 318-319; Watson *Law of Property* 21. *Possessio civilis* was die vorm van *possessio* wat vereis is, en dit was die belangrikste vereiste vir verkrygende verjaring - soos ook uit die benaming "*usucapio*" blyk. Sien verder Kaser *Das Römische Privatrecht* I 384-386 oor *possessio civilis*.

37 Sonder besit kon daar geen verjaring wees nie: vgl Lic Ruf D 41 3 25: "Without possession, there can be no usucapion" ("*sine possessione usucapio contingere non potest*"). Die vereiste vorm van besit was *possessio civilis*, maw besit van 'n saak met die bedoeling om eienaar daarvan te wees. Vgl Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 176.

38 Gai D 41 3 5: "Possession is broken in fact when someone is forceably evicted from possession or the thing is seized from him" ("*Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deicitur vel alicui res eripitur*"). Vgl Borkowski *Roman Law* 191-192; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 90.

39 Gaius *Inst* 2 41: "Thus, if I neither mancipate nor surrender in iure, but merely deliver a *res mancipi* to you, it becomes yours by bonitary title, but will remain mine by Quiritary until you have usucaptured it by possession; for once *usucapio* is completed it becomes yours by full title, that is by both bonitary and Quiritary, just as if it had been mancipated or surrendered in iure" en 2 43: "We may also acquire by *usucapio* things which have been delivered to us by one who is not their owner, whether they be *mancipi* or *nec mancipi*, provided we have received them in good faith, believing their deliverer to be their owner" (2 41: "*Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cesserero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias. semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium, tua res esse ac si ea mancipata vel in iure cessa esset,*" en 2 43: "*Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit quae non a domino nobis traditae fuerint, sive mancipi sint eae res sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum cederemus, eum qui traderet dominium esse*").

strenger as tydens die vroeë reg, en *possessio civilis* is onder meer vereis.⁴⁰ *Possessio* was ook die belangrikste vereiste vir *usucapio* - soos onder meer uit die naam van die instelling afgelei kan word.⁴¹ Gedurende die voor-klassieke en klassieke tydperke was *usucapio* dus 'n wyse waarop eiendomsreg verwerf kon word deur middel van gekwalifiseerde besit vir een of twee jaar.⁴²

Vanaf die tyd van die Severi het die keiserlike reg beskerming van voortgesette besit vir 'n lang tydperk verleen in die vorm van 'n *exceptio* of *praescriptio longae possessionis* of *longi temporis*.⁴³ Ongesteurde besit vir die voorgeskrewe tydperk was 'n baie belangrike vereiste.⁴⁴ 'n Persoon wat derhalwe aan die vereistes⁴⁵ voldoen het, kon 'n verweer opwerp teen die eienaar se *rei vindicatio* en gevolglik *possessio* van die betrokke saak behou indien hy vir die voorgeskrewe tydperk in besit daarvan was. Hierdie verweer het uiteindelik in verkrygende verjaring ontwikkel.

Gedurende die vierde eeu het die tradisionele begrippe van verkrygende verjaring (*usucapio* en *longi temporis praescriptio*) in die na-klassieke vulgêre reg heeltemal verlore gegaan, en dit is later vervang deur 'n *praescriptio* na verloop van veertig, en nog later na dertig, jaar sonder enige ander vereiste as besit.⁴⁶ In die vyfde eeu is hierdie *praescriptio* deur Theodosius II in die *Codex Theodosianus* verwoord.⁴⁷

Justinianus het met verwysing na die klassieke reg 'n eenvormige reël met betrekking tot verkrygende verjaring daargestel en dit *usucapio* en *longi temporis praescriptio* met

40 Sien Pap D 41 8 8; Paul D 41 2 5. Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 420; Prichard *Roman Private Law* 201.

41 Vgl Borkowski *Roman Law* 191.

42 Kaser *Das Römische Privatrecht* I 135. Vgl Gaius *Inst* 2 42: "Usucapion of movables is completed in one year, of lands and buildings in two: so the law of the Twelve Tables provide" ("*Usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege xii tabularum cautum est*") en ook Mod D 41 3 3: "Usucapion is the acquisition of ownership by continued possession for the period prescribed by law" ("*Usucapio est adiectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti*").

43 Vgl Borkowski *Roman Law* 195; Buckland *Roman Law* 249-250; Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 178-179; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 424; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 87-89.

44 Diocl C 7 33 1; Diocl C 7 35 7.

45 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 424-425; Lee *Roman Law* 120-121.

46 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* II 205; Borkowski *Roman Law* 195.

47 4 14 1. Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* II 205.

betrekking tot onderskeidelik roerende en onroerende sake genoem.⁴⁸ *Possessio civilis* was een van die vereistes wat gestel is.⁴⁹ Hierbenewens het hy ook 'n buitengewone verkryging, *longissimi temporis praescriptio*, gevestig wat selfs op gesteelde goedere van toepassing was.⁵⁰

2 2 2 3 3 *Samevatting*

Uit hierdie bespreking blyk dit dat besit van deurslaggewende belang was by die verkryging van eiendomsreg deur middel van verjaring. Ongesteurde en ononderbroke besit vir die voorgeskrewe tydperk was dus 'n vereiste wat gestel is vir eiendomsverkryging op hierdie wyse. Die persoon wat hom daarop beroep het, moes die saak derhalwe vir die voorgeskrewe tydperk gebruik het soos wat 'n ware eienaar sou gedoen het, en of hy dit inderdaad gedoen het, is aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe gemeet. Daar is met ander woorde gekyk na die wyse waarop hy opgetree het en die handeling wat hy verrig het ten aansien van die saak waarop hy aanspraak maak soos gesien deur die gemeenskap waarvoor dit relevant is. Of sy gedrag as dié van 'n eienaar beoordeel is deur die betrokke gemeenskap, was dus die vraag wat beantwoord moes word.⁵¹

2 2 3 *Ius gentium metodes*⁵²

2 2 3 1 *Occupatio*

2 2 3 1 1 *Inleiding*

Die toeëiening van sake wat aan niemand behoort nie, is volgens Kaser⁵³ waarskynlik

48 C 7 31 1; Inst 2 6 pr. Vgl ook Buckland *Roman Law* 250-251; Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 179-180; Schulz *Classical Roman Law* 360; Sohm *Institutes* 320.

49 Vgl Thomas *Institutes* 96-97.

50 C 7 39 8 1. Sien ook Kaser *Das Römische Privatrecht* II 206; Prichard *Roman Private Law* 208.

51 Vgl Rose *Property and Persuasion* 18.

52 Sien G Inst 2 66.

53 *Das Römische Privatrecht* I 138. Sien verder Gai D 41 1 3: "What presently belongs to no one becomes by natural reason the property of the first taker" ("Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur"). Sien ook Borkowski *Roman Law* 173: "*Occupatio* is the law of

die oudste vorm van eiendomsverkryging. Dit is 'n oorspronklike wyse van eiendomsverkryging.

2 2 3 1 2 *Bespreking*

Gaius *Institutiones* 2 66-69 lui soos volg:

66. But it is not only those things that become ours by delivery that we acquire under natural law, but also those that we acquire by occupation (by being the first takers), because they were previously no one's property, for example everything captured on land, sea, or in the air. 67. Thus, if we capture a wild animal, a bird, or a fish, what we so capture becomes ours forthwith and is held to remain ours so long as it is kept in our control; but when it escapes from our keeping and recovers its natural liberty, it is once more the property of the first taker, because it ceases to belong to us. It is deemed to recover its natural liberty when it has escaped from our sight or when, although it is still in sight, its pursuit is difficult. 68. But as regards such animals as habitually haunt some place, for instance pigeons and bees, or deer haunting a wood, there is a traditional rule that they cease to be ours and belong to the first taker, if they have ceased to have the disposition to return. They are considered to have ceased to have this disposition when they have abandoned the habit of returning. 69. By natural law also things captured from the enemy become

the jungle: the first taker of ownerless property (*res nullius*) becomes its owner"; Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* 72: "Door eenzijdige inbezitname wordt eiendom verkregen van *res nullius*"; Kaser 1947 ZSS 220: "Die occupatio von Sachen, die bisher noch in niemandes Eigentum gestanden haben, ist die älteste und juristisch einfachste Art des Eigentumserwerbs"; Schulz *Classical Roman Law* 361: "Ownership could be acquired by taking possession of a thing with the intent to acquire ownership"; Sohm *Institutes* 317: "Occupatio is the most primitive of all modes of acquisition. It consists in the taking possession of a thing which belongs to nobody, with the intention of becoming owner of it"; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 91: "Zaken die aan niemand toebehoorden, quae antea nullius erant, verkreeg men in eigendom door ze zich toe te eigenen, occupare, d.i. ze in bezit te nemen." Sien ook Buckland *Roman Law* 205; Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 163; Prichard *Roman Private Law* 176; Lee *Roman Law* 125; Watson *Law of Property* 62.

ours.⁵⁴

Occupatio was van toepassing op 'n hele aantal kategorieë sake:⁵⁵

(a) Volgens Kaser⁵⁶ het 'n persoon wat 'n saak wat aan niemand behoort het nie⁵⁷ toegeëien of in besit geneem het, gewoonlik onmiddellik eienaar daarvan geword indien hy die nodige bedoeling daartoe gehad het.⁵⁸

(b) Met verwysing na geabandonneerde sake⁵⁹ is daar algemeen aanvaar dat die eerste persoon wat so 'n saak vir homself toegeëien het met die bedoeling om eienaar daarvan te word, eiendomsreg daarvan verkry het.⁶⁰ Die eiendom van die vyand wat op Romeinse grondgebied was, kon ook deur privaatindividue toegeëien word.⁶¹

(c) Die inbesitname van wilde diere met die oog daarop om eiendomsreg daarvan

54 "66. Nec tamen ea tantum quae traditione nostra fiunt naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo adquisierimus quia antea nullius essent, qualia sunt omnia quae terra mari caelo capiuntur. 67. Itaque, si feram bestiam aut volucrem aut piscem ceperimus, quidquid ita captum fuerit statim nostrum fit, et eo usque nostrum esse intellegitur / donec nostra custodia coerceatur; cum vero custodiam nostram evaserit et in naturalem se libertatem receperit, rursus occupantis fit, quia nostrum esse desinit. naturalem autem libertatem recipere videtur cum aut oculos nostros evaserit aut, licet in conspectu sit nostro, difficilis tamen eius persecutio sit. 68. In his autem animalibus quae ex consuetudine abire et redire solent, veluti columbis et apibus, item cervis qui in silvas ire et redire solent, talem habemus regulam traditam, ut si revertendi animum habere desierint, etiam nostra esse desinant et fiant occupantium. revertendi autem animum videntur desinere habere cum revertendi consuetudinem deseruerint. 69. Ea quoque quae ex hostibus capiuntur naturali ratione nostra fiunt."

55 Vgl Borkowski *Roman Law* 173-176.

56 *Das Römische Privatrecht* I 425. Sien ook Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 163.

57 Maw 'n res nullius, 'n saak wat nie 'n eienaar gehad het nie.

58 Vgl G *Inst* 2 65-69 hierbo; Gai D 41 1 3; Gai D 41 1 5; Inst 2 1 18; Inst 2 1 22.

59 Maw sake wat die voormalige eienaar prysgegee het met die bedoeling om nie meer eienaar daarvan te wees nie.

60 Gai D 41 1 9 8; Jav D 41 1 58; Paul D 41 7 2 pr; Paul D 41 7 2 1; Pomp D 41 7 5 pr; Ulp D 47 2 43 5; Inst 2 1 47. Vgl ook Borkowski *Roman Law* 174; Buckland *Roman Law* 206-207; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 426; Kaser 1947 ZSS 221 ev; Schulz *Classical Roman Law* 362. Sien egter Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 163-164 hieroor.

61 Cels D 41 1 51 1: "And property of the enemy, which is on our territory, becomes not public property, but that of the first taker" ("Et quae res hostiles, apud nos sunt, non publicae, sed occupantium fiunt"); Gai D 41 1 5 7: "Again, property taken from the enemy is forthwith the property of the taker under the law of nations" ("Item quae ex hostibus capiuntur, iure gentium statim capientium fiunt:"). Vgl Borkowski *Roman Law* 174-175; Buckland *Roman Law* 208; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 425; Watson *Law of Property* 63-64. Sien ook Gaius *Inst* 2 69 (hierbo); Inst 2 1 17.

te verkry, is dikwels deur die juriste bespreek aangesien dit 'n belangrike toepassing van die reëls van occupatio was.⁶² Voëls, visse en bye is onder hierdie kategorie ingesluit.⁶³ Ten einde eiendomsreg van so 'n wilde dier te verkry, was dit noodsaaklik dat effektiewe beheer daarvoor gevestig word,⁶⁴ en eiendomsreg het behoue gebly solank as wat die persoon daadwerklike beheer oor die saak behou het:

Any of these things which we take, however, are regarded as ours for so long as they are governed by our control. But when they escape from our custody and return to their natural state of freedom, they cease to be ours and are again open to the first taker, other than those tame creatures which are in the habit of going and returning.⁶⁵

(d) Nog 'n belangrike voorwerp van occupatio was 'n skat (the(n)saurus). 'n Skat kan omskryf word as 'n waardevolle saak wat so lank in 'n grondstuk verborge was

62 Sien Gai D 41 1 1 1: "So all animals taken on land, sea, or in the air, that is, wild beasts, birds, and fish, become the property of those who take them" ("Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt"). Vgl ook Gai D 41 1 3 1; Gai D 41 1 3 2; Gai D 41 1 5 pr; Gai D 41 1 5 2-4; Gai D 41 1 5 5; Inst 2 1 12 14-16. Vgl Hirsch *Principien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes* 60 ev.

63 Vgl G *Inst* 2 67; Gai D 41 1 1 1; Inst 2 1 12. Sien ook Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 164-165; Schulz *Classical Roman Law* 361-362; Watson *Law of Property* 63.

64 Vgl Buckland *Roman Law* 205: "They were acquired only when effectively seized." Wanneer 'n jagter 'n wilde dier gekwes het, is hy nie geag daadwerklike beheer daarvoor te gevestig het alvorens hy dit effektief gevange geneem het nie: vgl *Inst* 2 1 13; Gai D 41 1 5 1. Sien ook Hirsch *Principien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes* 60: "Ohne faktische Gewalt können aber auch wir uns die Besitzerlangung nicht denken..." Sien ook 61 waar die standpunt aanvaar word dat die dier sy persoonlike vryheid volledig ontnem moes wees alvorens daar beweer kon word dat hy in besit geneem is. Vgl verder Pininsky *Sachbesitzerwerbs* 58 59: "Die Stelle enthält also die Bestimmung, dass das Thier seiner natürlichen Freiheit vollständig beraubt werden müsse, damit es als von uns gefangen angesehen werden könnte. Das Fangen des Wildes, welches zum Besitzerwerbe unerlässlich ist, stellt sich als die Begründung einer gewissen faktischen Gewalt über das Thier dar, weil zu demselben das thatsächliche Bezwingen der Widerstandskraft das Thieres gehört" en 78-79: "Nach allen diesen Quellenbeispielen erfolgt die Okkupation von Moventien dadurch, dass die Sache in Folge unserer Thätigkeit ihre natürliche Freiheit einbüsst und in ein entsprechendes Verhältnis zu uns gebracht wird. Dieses Verhältnis besteht entweder darin, dass wir uns bei der Sache befinden und dieselbe natürlicherweise sofort fortschaffen oder, dass das Thier auch in unserer Abwesenheit in eine von uns besessene und zu diesem Zwecke eingerichtete Anstalt gelangt, welche uns das wirtschaftliche Haben der Sache sichert."

65 Gai D 41 1 3 2 en 4: "(2) Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intellegitur, donec nostra custodia coercetur; cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desint et rursus occupantis fit; (4) nisi si mansuefacta emitti ac reverti solita sunt."

dat dit nie meer moontlik is om vas te stel wie die eienaar daarvan was nie:

Treasure is an ancient deposit of money, memory of which no longer survives, so that it is without an owner...⁶⁶

In die geval van 'n skat wat gevind is, was daar verskeie persone of instansies wat moontlik op eiendomsreg daarvan kon aanspraak maak: die oorspronklike eienaar, die vinder, die eienaar van die grond waarin dit gevind is, en selfs die staat. Die Romeine het 'n stel reëls uitgewerk wat met verloop van tyd heelwat verander het.⁶⁷ Gedurende die republiek het die skat die eienaar van die grond toegekome op grond van die beginsel van *accessio*, naamlik dat alles wat in die grond is geag word daaraan geheg te wees.⁶⁸ Gedurende die vroeë keiserryk het dit die staat toegekome aangesien dit as *bona vacantia* beskou is; daarna het Nerva beslis dat dit in alle gevalle aan die eienaar van die grond waarin dit gevind is, behoort het; Hadrianus het vervolgens neergelê dat dit die vinder en die grondeienaar om die helfte toegekome het indien die skat toevallig op 'n ander persoon se grond gevind is; as dit deur die grondeienaar self ontdek is op sy eie of op heilige of gewyde grond, het dit hom alleen toegekome, en as die skat ontdek is na 'n doelgerigte soektog, het dit aan die grondeienaar behoort en nie aan die persoon wat dit gevind het nie.⁶⁹ Hierdie reël is deur Justinianus aanvaar.⁷⁰

Dit wil voorkom of die skat die grondeienaar op grond van *accessio*⁷¹ toegekome het, terwyl die vinder wat dit toevallig ontdek het dit op grond van *occupatio* verkry het.⁷²

66 Paul D 41 1 31 1: "Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria, ut iam dominum non habeat..." Vgl ook Borkowski *Roman Law* 185; Buckland *Roman Law* 218; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 426; Prichard *Roman Private law* 191-192; Schulz *Classical Roman Law* 362; Sohm *Institutes* 317; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 92.

67 Vgl Buckland *Roman Law* 218-221 vir 'n redelik volledige uiteensetting van die probleem. Sien ook Hirsch *Principien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes* 98 ev; Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 165-166; Olivecrona *Acquisition of Possession* 74-76; Pininsky *Sachbesitzerwerbs* 92 ev; Watson *Law of Property* 55 ev.

68 Paul D 41 2 3 3.

69 Vgl Inst 2 1 39; Tryph D 41 1 63. Sien ook SHA Hadr 18 6.

70 C 10 15 1.

71 Maw 'n roerende by 'n onroerende saak.

72 Vgl Borkowski *Roman Law* 185; Thomas *Institutes* 82.

Laasgenoemde het dan eiendomsreg ten aansien van die skat verkry deurdat hy die saak ontdek en toegeëien het. Die toe-eieningshandeling behels dat hy beheer daarvoor moes gevestig het.

2 2 3 1 3 Samevatting

In sy bespreking van occupatio maak Gaius geen melding van wat voldoende inbesitname sou uitmaak nie, en hy laat hom ook nie uit oor die behoud van beheer wat eenmaal gevestig is nie. Justinianus, wat ook occupatio bespreek, is nie juis meer volledig nie.⁷³ Die algemene reël skyn te gewees het dat die inbesitname daadwerklik of effektief moes wees,⁷⁴ maar daar blyk verskillende maatstawwe te gewees het vir die onderskeie soorte sake wat toegeëien kon word: Met betrekking tot sake wat aan niemand behoort het nie of wat voorheen aan iemand behoort het en geabandonneer is, asook vir sake wat aan die vyand behoort het, is daar net vereis dat die saak toegeëien moes word met die nodige bedoeling; met betrekking tot wilde diere wil dit voorkom of die beheer wat oor so 'n wilde dier uitgeoefen moes word ten einde eiendomsreg oor hom te verkry, effektief moes wees; en dit moes redelik waarskynlik gewees het dat hy weer gevang sou word indien hy ontsnap het. Uiteindelik kom dit neer op plaaslike en handelsgebruike, met ander woorde op die heersende verkeersmaatstawwe wat in elke geval van toepassing sou wees.

Ten einde die vraag te beantwoord of inbesitname in elke geval effektief was, is daar telkens na al die omringende omstandighede gekyk: Die mate van beheer en die bedoeling van die persoon wat op eiendomsreg aanspraak gemaak het; die heersende gebruike ten aansien van daardie spesifieke soort saak in daardie besondere gemeenskap op die juiste tyd waarop dit plaasgevind het; met ander woorde of die gemeenskap die aanspraakmaker se handeling ten aansien van die saak as toeëiening met die oog op vestiging van eiendomsreg herken en as sodanig aanvaar het.

73 Vgl Inst 2 1 12 ev.

74 Vgl Proc D 41 1 55.

2 2 3 2 *Traditio*⁷⁵

2 2 3 2 1 *Inleiding*

Volgens Kaser⁷⁶ het die vormvrye oordrag van sake, met ander woorde verskaffing van besit daarvan, aan die verkryger eiendomsreg van die saak gegee indien dit gepaard gegaan het met die doel om eiendomsreg daarvan oor te dra en te verkry.⁷⁷ *Traditio* was die oordrag van eiendomsreg van 'n saak by wyse van lewering.⁷⁸ Dit was 'n afgeleide wyse van eiendomsverkryging en het bestaan uit 'n informele handeling wat basies daarop neergekom het dat die persoon wat eiendomsreg oordra, die saak aan die verkryger moes lewer wat dan besit van die saak verkry het.⁷⁹ Dit het aanvanklik quiritiese eiendomsreg van *res nec Mancipi*⁸⁰ en bonitêre eiendomsreg van *res Mancipi*⁸¹ asook van sake wat gelewer is ingevolge transaksies

-
- 75 Vgl Ehrhardt *Traditio* 1875: "Traditio bezeichnet den Vorgang der Hingabe eines Gegenstandes von Hand zu Hand, das Überreichen, das Überlieferung von Sachen von demjenigen, der sie bisher hatte, dem Veräußerer, der sich mithin der Sache entäußert, an denjenigen, der sie von nun haben soll, den Erwerber." Sien ook Buckland *Roman Law* 227: "Traditio was transfer of ownership by transfer of the thing itself"; Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 157: "Die römische traditio war ein Akt der tatsächliche Besitzhingabe, dem erst die zugrundeliegende causa die Bedeutung als Übereignung verlieh"; Schulz *Studium der Digesten* 63: "Die Tradition ist nichts anderes als die leibliche Übergabe der Sache."
- 76 *Das Römische Privatrecht* I 416; Lee *Roman Law* 132-134; Sohm *Institutes* 312; Watson *Law of Property* 61-62.
- 77 Vgl Paul D 41 1 31 pr: "Bare delivery of itself never transfers ownership, but only when there is a prior sale or other ground on account of which the delivery follows" ("Numquam nuda traditione transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur"); Paul D 15 1 8: "Property of the master is not ipso facto transferred to the peculium just because the master wishes this to happen; it must be handed over or, if it already in the slave's control, be treated as handed over; for things need an actual transfer" ("Non statim quod dominus voluit ex re sua peculii esse, peculium fecit, sed si tradidit aut, cum apud eum esset, pro tradito habuit: desiderat enim res naturalem dationem").
- 78 Vgl Ehrhardt *Traditio* 1877: "Oben wurde gesagt, dass Traditio in den juristischen Quellen nur im Sinne von 'Eigentumstradition' zu verstehen sei. Diese These ist in der Weise auszulegen, dass, wo immer das Wort Traditio gebraucht wird, es eine körperliche Hingabe bezeichnet, durch die eine Sache dem Veräußerer endgültig zugewendet werden soll. Der Übergabende jedenfalls hat die Absicht, die Sache dem Empfänger zu überlassen." Sien ook 1885 waar hy daarop wys dat dit die doel van traditio is dat die verkryger die saak van die vervreemder moet verkry. Hy wys ook daarop dat slegs liggaamlike sake gelewer kon word: vgl G *Inst* 2 28; Gai D 41 3 43 1.
- 79 Vgl Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 72; Van Warmelo *Romeinse Reg* 139.
- 80 G *Inst* 2 19: "For *res nec Mancipi* become the full property of another by mere delivery, provided that they are corporeal and thus admit of being delivered" ("Nam *res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*").
- 81 Vgl G *Inst* 2 41.

met persone wat nie Romeinse burgers was nie verskaf. Aangesien bonitêre eiendomsreg egter so goed beskerm is en na verloop van 'n voorgeskrewe periode in dominium verander het, het lewering van res mancipi baie algemeen geword en nadat Justinianus die onderskeid tussen res mancipi en res nec mancipi afgeskaf het, is traditio algemeen erken as sou dit dominium oor alle sake verskaf.⁸²

2 2 3 2 2 Bespreking

Die volgende aanhaling uit die *Institutiones* van Justinianus vat die Romeinse opvatting oor die inhoud van en ratio vir lewering bondig saam:

At natural law, we also acquire things by delivery (traditio), for nothing is more consonant with natural equity than that the will of the owner wishing to transfer his thing to another should be ratified. Accordingly, of whatever kind a corporeal thing may be, it can be handed over and, if this be done by its owner, alienated.⁸³

Die twee vereistes wat vir traditio gestel is, was lewering van die saak en die bedoeling om eiendomsreg daarvan oor te dra. Eersgenoemde is vir die huidige bespreking van belang, en het daarop neergekom dat die ontvanger in beheer van die saak geplaas moes word. Alhoewel dit gewoonlik die vorm van daadwerklike fisiese oordrag aangeneem het, was dit geen vereiste nie, en die vervreemder hoef ook nie persoonlik teenwoordig te gewees het nie.⁸⁴ Buckland⁸⁵ wys daarop dat aangesien

82 Vgl Borkowski *Roman Law* 186; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 416; Schulz *Classical Roman Law* 351.

83 Inst 2 1 40: "Per traditionem quoque iure naturali res nobis adquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi." Vgl ook G *Inst* 2 65; Gai D 41 1 9 3: "Those things, again, which are delivered to us become ours under the law of nations; for nothing is so conformable to natural equity as that effect should be given to the wishes of an owner wanting to transfer his thing to someone else" ("Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi").

84 Vgl Gai D 41 1 9 4. Sien ook Borkowski *Roman Law* 186; Buckland *Roman Law* 227; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 72-74. Gai D 41 1 10 pr-1 wys daarop dat die verkryger nie persoonlik die saak in besit hoef te neem nie: dit kan ook namens hom gedoen word. Vgl hieroor ook Buckland *Roman Law* 231; Watson *Law of Property* 78 ev. Lee *Roman Law* 134 wys daarop dat

traditio in wese beteken het dat beheer van 'n saak oorgedra word, dit ook ander vorms as bloot lewering kon aanneem. Verskeie vorms van lewering is gevolglik deur die Romeine erken:

2 2 3 2 2 1 *Traditio de manu in manum*

Die eenvoudigste vorm van traditio was waar die persoon wat die saak moes lewer dit aan die ontvanger oorhandig het.⁸⁵ In die praktyk is daar egter nie altyd vereis dat besit van die saak letterlik aan die verkryger gelewer moes word nie, en dis gevolglik as genoegsaam beskou indien die verkryger daadwerklike beheer van die saak verkry het.⁸⁷

2 2 3 2 2 2 *Traditio longa manu*⁸⁸

Hierdie wyse van lewering het plaasgevind wanneer die saak wat oorgedra moes word net aangewys of aangedui is, met die voorbehoud dat dit binne sig van die partye was en dat die verkryger onmiddellik beheer daaroor kon vestig.⁸⁹ Dit was die logiese metode in gevalle waarin die saak nie maklik hanteerbaar was nie, soos swaar goedere:

die Kommentatore tussen ware en fiktiewe lewering onderskei het: Eg het gedui op daardie gevalle waarin die saak daadwerklik gelewer is, en besit en eiendomsreg tegelykertyd oorgedra is. Fiktiewe lewering, daarenteen, het verskillende ander moontlikhede ingesluit, soos traditio brevi manu, traditio longa manu, constitutum possessorium en simboliese lewering. Vgl Sohm *Institutes* 312: "Ownership can pass without any transfer of what is called detention, i.e. of immediate physical control of the thing; it is not necessary, in other words, that the change of possession should be outwardly visible. The Roman traditio does not require corporeal delivery."

85 *Roman Law* 227. Sien ook Paul D 41 2 1 21.

86 Cic *Ad Fam* 7 5 3: "In short I hand him over to you absolutely, from my hand (as they say) to yours" ("totum denique hominem tibi ita trado de manu, ut aiunt, in manum tuam istam"). Vgl Ehrhardt *Traditio* 1884: "Der Normalfall ist, dass der Gegenstand wirklich übergeben wird, aus der Hand des Veräußerers in die des Erwerbers übergeht"; Schulz *Studium der Digesten* 63: "Die Mobilie wandert aus der Hand des Veräußerers in die Hand (leiblich gedacht) des Erwerbers."

87 Vgl Van Warmelo *Romeinse Reg* 142.

88 Vgl Gordon *Traditio* 46-51.

89 Vgl Prichard *Roman Private Law* 196; Olivecrona *Acquisition of Possession* 82-83. Sien ook Schulz *Studium der Digesten* 68 mvn goedere wat in sig van die verkryger moes wees ten einde oordrag te bewerkstellig. Vgl hieroor Jav D 46 3 79.

For he says there is no need for actual physical contact in order that possession may be taken; but that it can be done by sight and intent is demonstrated in the case of those things which, because of their great weight, cannot be moved, columns, for instance; for they are regarded as delivered, if the parties agree on their transfer in the presence of the thing...⁹⁰

Celsus⁹¹ wys daarop dat dit ook moontlik was om op hierdie wyse besit oor te dra indien daar wilsooreenstemming met betrekking tot die oordrag tussen die partye bestaan het. Dit is met ander woorde as genoegsaam gereken vir die oordrag van eiendomsreg van 'n spesifieke saak indien die verkryger en die koper ooreengekom het dat eiendomsreg deur 'n blote ooreenkoms oorgedra sou word in sodanige omstandighede dat die verkryger ná oordrag wel onmiddellik beheer daaroor kon uitoefen. Die verkeersmaatstawwe en omringende omstandighede sal in aanmerking geneem word ten einde te bepaal of lewering wel plaasgevind het en of die verkryger inderdaad beheer verkry het.

2 2 3 2 2 3 *Traditio brevi manu*

Lewering het hier plaasgevind wanneer die vervreemder verklaar het dat die verkryger 'n saak wat hy reeds onder sy beheer gehad het, as sy eie kon behou.⁹²

Sometimes, indeed, the bare intent of the owner, without actual delivery, is sufficient to transfer a thing, as when I sell you something that I have already lent or let to you or deposited with you; for although I did not place the thing with you for that reason, now the fact that I allow it to remain with you, on the

90 Paul D 41 2 1 21: "Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas, nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint..." Sien ook Jav D 46 3 79.

91 D 41 2 18 2.

92 Vgl Borkowski *Roman Law* 186-187; Gordon *Traditio* 36-43; Schulz *Classical Roman Law* 436; Schulz *Studium der Digesten* 63.

ground of sale makes it yours.⁹³

Gordon⁹⁴ voer as moontlike verklaring vir die algemene aanvaarding van traditio brevi manu aan dat dit die normale toedrag van sake daargestel het, met ander woorde dat dieselfde persoon wat die saak besit het ook eienaar daarvan was. Dit was dan ook die belangrikste aangeleentheid waarin 'n voornemende krediteur of ander persoon wat met die besitter van die eiendom onderhandelinge aangegaan het, geïnteresseer was, en wanneer hy nie op die blote feit van besit as 'n aanduiding van die houer se bates of van sy vermoë om oordrag van die saak te lewer kon staatmaak nie.

Hieruit volg dit dat effektiewe beheer wel deurgaans as publisiteit vir (gewaande) eiendomsreg gedien het, en dat die feit dat traditio brevi manu die skyn met die realiteit laat saamsmelt het, die Romeine besonder toegeneë gemaak het om dit as leweringswyse te aanvaar.

2 2 3 2 2 4 *Constitutum possessorium*

Dit het plaasgevind wanneer die oordraer ooreengekom het om eiendomsreg van die saak aan die verkryger te laat toekom, maar eersgenoemde tydelik beheer daarvan behou het.⁹⁵ Die ooreenkoms om eiendomsreg oor te dra het lewering daargestel

93 Gai D 41 1 9 5: "Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam, veluti si rem, quam commodavi aut locavi tibi aut apud te deposui, vendidero tibi: licet enim ex ea causa tibi eam non tradiderim, eo tamen, quod patior eam ex causa emptionis apud te esse, tuam efficio." Vgl ook Inst 2 1 44.

94 *Traditio* 43.

95 Vgl Cels D 41 2 18 pr: "What I possess in my own name I can possess in that of another; and I do not thereby change the ground of my possession, but rather do I cease to possess and make the other person possessor through my agency. For it is one thing to possess and another to possess on someone else's behalf; he is the possessor in whose name a thing is possessed; the procurator simply provides the agency of another's possession" ("Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. nec idem est possidere et alieno nomine possidere: nam possidet, cuius nomine possidetur, procurator alienae possessione praestat ministerium"). Sien ook Ulp D 6 1 77. Vgl Borkowski *Roman Law* 187; Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* 49-51; Prichard *Roman Private Law* 196; Schulz *Studium der Digesten* 73; Van Warmelo *Romeinse Reg* 143.

aangesien dit die verkryger effektief in beheer van die saak geplaas het. Gordon⁹⁶ kom na 'n grondige ondersoek van die tekste wat oor constitutum possessorium handel tot die gevolgtrekking dat alhoewel die instelling wel bestaan het en gebruik is, daar geen getuienis is dat dit algemeen tydens die klassieke periode gebruik is nie. Tydens die na-klassieke tydperk is dit hoofsaaklik gebruik in gevalle van die behoud van 'n vruggebruik.

Constitutum possessorium kon dus werklik as 'n uitsondering beskou word: die verkryger het geen daadwerklike beheer oor die saak bekom nie; dit het by die vervreemder gebly wat voortgegaan het om die saak ooreenkomstig sy bestemming te gebruik. Die leweringswyse het teen die publisiteitsbeginsel ingedruis en dit is slegs in uitsonderlike gevalle gebruik. Die algemene kenmerk wat by al die ander vorms van lewering teenwoordig was, naamlik dat die verkryger beheer oor die saak verkry het, was hier afwesig.

2 2 3 2 2 5 *Traditio symbolica*

In die laat keiserryk is daar erkenning gegee aan 'n soort lewering wat as simbolies beskryf kon word.⁹⁷ As voorbeelde daarvan kan genoem word die gevalle waarin 'n dokument opgestel is om oordrag van die saak te dokumenteer. Van Warmelo⁹⁸ wys daarop dat opskrifstelling van 'n regshandeling met verloop van tyd al hoe belangriker geword het as bewys van die regshandeling en dat lewering van die dokumente mettertyd lewering van die saak verdring het. Eiendomsoordrag is dus teweeggebring deur lewering van die dokument en die dokument het as bewys van die oordrag gedien. Ook Buckland⁹⁹ bespreek die feit dat daar teen die vierde eeu deur dokumente waarin die ooreenkoms verwoord was, publisiteit aan die oordrag van

96 *Traditio* 34-35. Hy wys daarop (43) dat constitutum possessorium 'n skeiding tussen eiendomsreg en houerskap teweegbring, en die noodsaaklikheid vir ware lewering vermy. Indien dit sonder meer toegelaat sou word sou dit die beginsel van traditio ondermyn.

97 Die begrip is Middeleeus, en nie Romeins nie. Vgl ook Riccobono 1910 ZSS 271 mvn traditio ficta: "(T)hat is, the traditio which is completed without any physical delivery of the thing and with effects precisely the same as those of real traditio..."

98 *Romeinse Reg* 142-143.

99 *Roman Law* 227. Vgl verder Lee *Roman Law* 135.

grond verskaf is. Justinianus het daarop bevestig dat in die lig daarvan dat mancipatio heeltemal van die toneel af verdwyn het, traditio deur middel van 'n dokument bewerkstellig kon word. Die dokument het as bewys van die regshandeling gedien.

Waar die sleutels van 'n gebou aan die nuwe eienaar oorhandig is as teken daarvan dat eiendomsreg van die saak oorgedra is sonder dat die handeling van die partye ten aansig van die gebou geskied het, is daar ook van die begrip traditio symbolica gebruik gemaak. Dit is nie dieselfde geval as wat by traditio longa manu bespreek is waar die oordrag van die sleutels besit van die saak moontlik gemaak het nie;¹⁰⁰ hier word die sleutels bloot as verteenwoordiging of simbool van die hoofsaak in die pakhuis gesien.¹⁰¹

2 2 3 2 2 6 Samevatting

Sohm¹⁰² wys daarop dat in die geval van sowel constitutum possessorium as traditio brevi manu die oordrag van eiendomsreg slegs oënskynlik deur wilsooreenstemming tussen die partye teweeggebring is. Volgens hom het die ooreenkoms nie net verklaar dat die voornemende koper voortaan eienaar van die betrokke saak sou wees nie, maar het dit tegelykertyd 'n verandering in die beheer ten aansien van die saak

100 Vgl Gai D 41 1 9 6; Pap D 18 1 74; Paul D 41 2 1 21; Inst 2 1 45 ivm gevalle waar die eiendomsreg van die inhoud van 'n pakhuis geag word oorgedra te word wanneer die sleutels van die pakhuis aan die verkryger oorhandig word. Buckland *Roman Law* 227 en Lee *Roman Law* 135 wys egter daarop dat die oorhandiging van sleutels nie net 'n simboliese gebaar was nie; dit was inderdaad ook die sekerste wyse waarop die persoon aan wie die sleutels oorhandig is, in beheer van die gebou en die inhoud daarvan geplaas kon word. Dit was egter 'n vereiste dat die sleutels ten aanskoue van die gebou oorhandig moes word. Ook Gordon *Traditio* 59 wys daarop dat die vereiste dat die partye by die plek teenwoordig moes wees daarop dui dat in die klassieke tydperk ten minste die belangrikste funksie van die lewering van sleutels was om toegang tot 'n gebou te verleen. Aangesien toegang onmiddellik dmv sleutels verkry kon word, is lewering daarvan as voldoende gereken om besit en eiendomsreg oor te dra. Sien ook Hirsch *Principien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes* 133 ev; Olivecrona *Acquisition of Possession* 81-2; Pininsky *Sachbesitzerwerbs* 285 ev; Schulz *Classical Roman Law* 436; Schulz *Studium der Digesten* 68 (mvn Pap D 18 1 74).

101 Vgl Inst 2 1 45.

102 *Institutes* 313. So verkry die huurder wat die huursaak koop (en dit dmv traditio brevi manu ontvang) 'n totaal ander soort beheer tav die saak as wat hy voorheen gehad het. Eweneens doen die verkoper wat sy saak verkoop en daarna weer van die koper huur (constitutum possessorium) ten gunste van die koper afstand van die bevoegdhede wat hy voorheen tav die saak gehad het.

bewerkstellig, met ander woorde van die ware beheer van die saak. Volgens Buckland¹⁰³ was die deurslaggewende faktor telkens die kwessie of die verkryger deur middel van die spesifieke vorm van lewering in beheer van die saak geplaas is.¹⁰⁴

2 3 Die beskerming van eiendomsreg

2 3 1 Inleiding

Daar was verskillende middels ter beskikking van sowel die quiritiese as die bonitêre eienaar om hulle eiendomsreg teen inbreukmaking te beskerm.

2 3 2 *Rei vindicatio*

Die *rei vindicatio*¹⁰⁵ was die belangrikste aksie, en is van heel vroeg af gebruik om quiritiese eiendomsreg te beskerm. Dit was 'n *actio in rem*.¹⁰⁶ In die klassieke tydperk kon die quiritiese eienaar hierdie aksie instel teen enigeen wat sonder 'n reg daartoe in besit van sy saak was.¹⁰⁷ Dit was eerstens daarop gerig om vas te stel of die eiser inderdaad eienaar van die saak was, en tweedens om die saak in sy besit te herstel of om hom daarvoor te vergoed.¹⁰⁸ Later is daar nie meer van die verweerder verwag om die saak voor die hof te bring nie aangesien die vereiste dat

103 *Roman Law* 227.

104 Vgl egter Gordon *Traditio* 44 wat na 'n analise van 'n aantal tekste oor die onderwerp tot die gevolgtrekking kom dat die juriste, wanneer hulle moes bepaal of lewering plaasgevind het al dan nie, nie gevra het of die verkryger beheer van die saak gekry het nie, maar of daar kontak met die saak - of iets soortgelyk daaraan - aan die kant van die verkryger was. Die corpus- of fisiese beheerelement by die verkryging van besit moes dus in beginsel letterlik opgeneem word.

105 Ulp D 6 9; C 3 32 28. Sien ook Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* 86-91; Sohm *Institutes* 327; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 95 ev.

106 Vgl G *Inst* 4 16-17. Vgl Kaser 1951 ZSS 132-133 wat daarop wys dat die *rei vindicatio* nie soseer 'n stryd om die reg op 'n saak was nie, maar om die saak self. Die fisiese beheerelement is dus van groot belang in hierdie aksie.

107 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 432; Schulz *Classical Roman Law* 368 371; Van Warmelo *Romeinse Reg* 120.

108 Kaser *Das Römische Privatrecht* I 432.

die saak self in iure moet wees reeds in die voor-klassieke tyd afgeskaf is.¹⁰⁹ Gedurende die tydperk van die vulgêre reg het die inhoud van die rei vindicatio grootliks verander, en die aksies het tot 'n groot mate inmeekaargevloei,¹¹⁰ maar Justinianus het weer, met geringe wysigings, die klassieke rei vindicatio ingevoer.¹¹¹ Die regter kon onder bepaalde omstandighede beveel dat besit van die saak aan die eienaar herstel word.¹¹² Voorts kon 'n regter, indien die verweerder ontken het dat hy die saak besit maar die eiser wel kon bewys dat hy in besit daarvan is, beveel dat die saak aan die eiser gelewer word.¹¹³

Beheer het dus aanvanklik 'n baie belangrike rol by hierdie wyse van eiendomsbeskerming gespeel. Dit blyk daaruit dat die aksie ingestel is teen die persoon wat vermoedelik in beheer van die saak was en dat daar van hom verwag is om die saak voor die hof te bring. Die feit dat hy in beheer van die saak was, sou hom derhalwe in staat stel om dit terug te besorg. Alhoewel die vereiste dat die saak voor die hof gebring moes word reeds vroeg afgeskaf is, is dit later weer ingevoer en sodoende het beheer weer 'n belangriker rol begin vervul.

2 3 3 *Actio ad exhibendum*

Indien die verweerder geweier het om sy saak te verdedig, kon die saak nie verhoor word nie, en die praetor het gevolglik 'n ander aksie beskikbaar gestel, naamlik die *actio ad exhibendum*.¹¹⁴ Met hierdie aksie, 'n *actio in personam*, is die persoon wat vermoedelik in besit van die saak was, gedwing om die saak te wys.¹¹⁵ Dit kon voorts ook deur die eienaar gebruik word om sy saak, wat deel van 'n ander s'n

109 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 433. Die Sabiniani het vereis dat dit *ttv litis contestatio in iure* moes wees (Gai D 6 1 36 pr), maar die Proculiani was ten regte daarmee tevrede dat die beskuldigde *ttv* die veroordeling in besit van die saak was of dat hy op dit bedrieglike wyse verloor het (Gai D 6 1 27 1; Ulp D 15 1 30 pr; Ulp D 44 2 9 pr).

110 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* II 210-211.

111 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* II 212.

112 Ulp D 6 1 68.

113 Fur Ant D 6 1 80.

114 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 434. Sien Inst 4 6 31.

115 Schulz *Classical Roman Law* 373.

geword het, te skei en terug te vorder.¹¹⁶ Die aksie is gebruik teen enige besitter of houer wat die saak voor die gereg kon bring¹¹⁷ en eweneens teen 'n persoon wat op bedrieglike wyse van die daadwerklike beheer van die saak afstand gedoen het.¹¹⁸ Met die veranderinge wat in die na-klassieke tydperk deur Justinianus ingevoer is, het hierdie aksie onnodig geword, en daarna is dit net in uitsonderlike gevalle gebruik.¹¹⁹

2 3 4 *Exceptio rei venditae ac traditae*

Die praetor het ook bonitêre eiendomsreg beskerm: hy het die bonitêre eienaar teen die quiritiese eienaar beskerm deur aan eersgenoemde die *exceptio rei venditae ac traditae* te verleen teen laasgenoemde se *rei vindicatio*.¹²⁰ Hierdie *exceptio* het ook met die verdwyning van die verskil tussen quiritiese en bonitêre eiendomsreg sy oorspronklike doel verloor. Justinianus het dit egter wel behou ter beskerming van persone wat sake bekom het van persone wat nie eienaars daarvan was nie, maar later eienaars geword het.¹²¹

2 3 5 *Actio Publiciana*

Die *actio Publiciana* is vervolgens deur die praetor aan sekere possessores (persone wat die saak in bonis gehad het) gegee en dit het aan hulle dieselfde beskerming verleen as wat die *rei vindicatio* aan die quiritiese eienaar verleen het.¹²² Die saak kon dus teruggeëis word van wie dit ookal in besit gehad het.¹²³ Die *actio Publiciana* het aanvanklik in die Weste verdwyn, maar dis weer deur Justinianus ingevoer¹²⁴ en

116 Vgl Van Warmelo *Romeinse Reg* 121.

117 Ulp D 10 4 3 15.

118 Ulp D 10 4 9 pr-4. Vgl ook Schulz *Classical Roman Law* 374.

119 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* II 213.

120 D 21 3. Sien ook Gaius *Inst* 1 54. Vgl Buckland *Roman Law* 191-192; Van Oven *Romeinse Privaatrecht* 66; Van Warmelo *Romeinse Reg* 122.

121 Sien D 21 3; C 3 32 14. Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* II 215.

122 Vgl G *Inst* 4 36; *Inst* 4 6 4; D 6 2. Vgl veral Ulp D 6 2 7 8. Sien ook Buckland *Roman Law* 192-193; Hijmans *Romeinse Zakenrecht* 99-100; Jolowicz *Roman Law* 277 ev; Kaser 1964 *THRHR* 10; Sohm *Institutes* 328-330; Van Oven *Romeinse Privaatrecht* 67-68.

123 Sien G *Inst* 4 36. Dit volg duidelik uit hierdie teks van Gaius dat eiebesit 'n vereiste vir die aksie was. Vgl ook Kaser *In bonis habere* 144; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 438; Van Warmelo *Romeinse Reg* 122.

124 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* II 214.

toe net gebruik ter beskerming van die verjaringsbesitter.¹²⁵

2 3 6 Samevatting

Die feit dat die rei vindicatio nie soseer daarop gerig was om die reg op die saak nie, maar eerder besit van die saak self te herstel, beklemtoon die element van feitlike beheer. Die aksies was almal gerig teen die persoon wat (vermoedelik) besit van die saak gehad het, en die doel was telkens om besit aan die regmatige (eienaar) besitter te herstel. Fisiese beheer was hier dus relevant in die geval van sowel die eiser as die verweerder: die aksie is ingestel teen die persoon wat (vermoedelik) besit van die saak gehad het met die veronderstelling dat hy in staat sou wees om besit aan die eiser te lewer.

Die actiones exhibendum en Publiciana was, net soos die rei vindicatio, daarop gerig om besit van die saak aan die regmatige besitter te herstel, en dit was gevolglik deurgaans gerig teen die persoon wat waarskynlik beheer daarvan gehad het aangesien so 'n persoon uiteraard gewoonlik die een sou wees wat in staat sou wees om dit te doen.

2 4 Die beëindiging of verlies van eiendomsreg

Eiendomsreg het slegs in uitsonderlike gevalle tot niet gegaan; gewoonlik was daar net sprake van die beëindiging van een persoon se eiendomsreg ten aansien van 'n bepaalde saak wanneer dit aan 'n ander oorgedra is. Eiendomsreg is egter wel beëindig wanneer die saak self tot niet gegaan het, soos wanneer 'n slaaf of 'n dier gesterf het,¹²⁶ of wanneer die saak juridies buite die verkeer geraak het in gevalle waar dit byvoorbeeld res sacra of religiosa geword het.

Eiendomsreg het voorts ook verlore gegaan in die geval van (a) derelictio: Wanneer daar afstand gedoen is van besit van 'n saak met die doel om van die eiendomsreg

125 Ulp D 6 2 1 pr.

126 Sien ook Hijmans *Romeinsch Zakenrecht* 83.

daarvan afstand te doen;¹²⁷ en (b) wanneer besit van wilde of makgemaakte diere verlore gegaan het.¹²⁸

In eersgenoemde geval was die bedoeling van die eienaar deurslaggewend, terwyl dit in laasgenoemde geval die daadwerklike verlies van beheer was wat tot die verlies van eiendomsreg aanleiding gegee het. Met betrekking tot die eerste geval kan daar net weer kortliks na *constitutum possessorium* verwys word: In so 'n geval het die voormalige eienaar afstand gedoen van sy eiendomsreg van die saak, maar beheer daaroor behou terwyl die nuwe eienaar eiendomsreg van die saak verkry het maar geen effektiewe beheer nie. In gevalle van hierdie aard het die voormalige eienaar dus beheer van die saak behou sonder dat hy langer eienaar daarvan was.

2 5 Die verkryging van besit

2 5 1 Inleiding

Die oud-Romeinse reg het twee vorms van daadwerklike beheer oor 'n saak geken waaruit die latere besitsbegrip dan ook ontwikkel het: *usus* en *possessio*.¹²⁹ Alhoewel Ulpianus¹³⁰ sê dat eiendomsreg niks met besit gemeen het nie, was dit

127 Inst 2 1 47.

128 Vgl Gai D 41 1 5 pr; Gai D 41 1 5 4; Gai D 41 1 5 5.

129 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 140 wat daarop wys dat *usus* die daadwerklike beheer was wat *vir usucapio* vereis is, terwyl *possessio* 'n instelling was wat van eiendomsreg verskil het, maar tog daaraan verwant was in die sin dat dit ook die gebruik en voordele van die saak ingesluit het. *Possessio* in hierdie sin van die woord het gedui op besit wat deur die praetoriese interdikte beskerm is. Sien verder Kaser *Das Römische Privatrecht* I 385-386. Sien ook Van Warmelo *Romeinse Reg* 154-155 wat besit omskryf as die fisiese en daadwerklike beheer wat 'n persoon oor 'n liggaamlike saak uitgeoefen het, en wat *usus* die oudste vorm van besit noem (155), en Van Oven *Romeinse Privaatrecht* 117: "Bezitten is dus een zeer ruim, vaag, en soepel begrip en het is niet mogelijk 't door een ander woord te verduidelijken: 'hebben en houden', 'genieten', 'in zijn macht hebben', 'beheerschen', 'tot zijn beschikking hebben', en zoo meer benaderen het, maar dekken het niet." Sien Leifer *Possessio* 839-840.

130 D 41 2 12 1: "Ownership has nothing in common with possession" ("Nihil commune habet proprietatis cum possessione"). Hierdie stelling is waarskynlik eerder daarop gerig om die onderskeid tussen besit as feit en eiendomsreg as volle regsbevoegdheid tav 'n bepaalde saak uit te wys. Sien ook Ulp D 43 17 1 2; Paul D 44 2 14 3. Ig Paul D 41 2 1 3 en Pap D 4 6 19 is besit suiwer en alleen 'n feit, maar Pap D 41 2 49 pr-1 verklaar dat besit nie net 'n feit is nie, maar ook 'n reg.

natuurlik nie altyd die geval nie,¹³¹ en voorts was dit heeltemal moontlik dat eiendomsreg uit die vroeë opvatting van besit gegroei het.¹³² Die besitsbegrip word bemoeilik deur die feit dat daar in die Romeinse bronne uit die voor-klassieke en die klassieke tydperke van drie soorte besit sprake is, naamlik *possessio civilis* (die vorm besit wat vereis vir *usucapio*), *possessio ad interdicta* (besit wat deur interdikte beskerm is) en laastens *possessio naturalis* of *detentio* (nie ware *possessio* nie, maar dit toon tog uiterlike ooreenkomste met *possessio civilis* en het daarop gedui dat 'n persoon 'n saak fisies beheer het, maar net as houër (detentor)).¹³³ Gedurende die na-klassieke tydperk het die streng onderskeid tussen eiendomsreg en *possessio* geleidelik vervaag en die begrippe is dikwels verwar. Justinianus het weer streng onderskei tussen *possessio* en *dominium*. *Possessio* het onder hom slegs gedui op besit met die *animus domini*, terwyl alle ander soorte beheer wat oor 'n saak uitgeoefen is *possessio corporalis* of *possessio naturalis* genoem is.¹³⁴

131 Vgl bv Borkowski *Roman Law* 151; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 115; Van Warmelo *Romeinse Reg* 154-155.

132 Vgl Paul D 41 2 1 1: "The younger Nerva says that the ownership of things originated in natural possession and that a relic thereof survives in the attitude to those things which are taken on land, sea, or in the air; for such things forthwith become the property of those who first take possession of them" ("*Dominiumque rerum ex naturali possessione coepisse Nerva filius ait eiusque rei vestigium remanere in his, quae terra mari caeloque capiuntur: nam haec protinus eorum fiunt, qui primi possessionem eorum adprehenderint*").

133 Vgl Borkowski *Roman Law* 152; Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 133-134; Kaser *Eigentum und Besitz* 313 329-340; Kaser 1964 *THRHR* 11; Kaser *Das Römische Privaatrecht* I 385-386; Leifer *Possessio* 838; Mac Cormack 1967 *ZSS* 47; Riccobono 1910 *ZSS* 325-338; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 118-119; Van Warmelo *Romeinse Reg* 156-158. Vgl Sohm *Institutes* 332-333 ivm "juristic possession". Sien ook Kaser 1988 *ZSS* 148: "Der Begriff *possidere* zeigt in Rom zu allen zeiten eine hybride, zwischen faktischer und rechtlicher Sachbeherrschung schwankende Bedeutung. In der Juristensprache drückt das Wort primär die blosse Tatsache der Sachgewalt aus ..." en ook Kaser *Detention* 5-7. Vgl egter Radin *Detention* 153 ev oor die betekenisinhoud van *detentio* in die verskillende tydperke van die Romeinse reg. Hy kom tot die gevolgtrekking dat die gebruiklike betekenis wat daaraan geheg word nie deur die bronne gestaaf word nie.

134 Vgl Ulp D 41 2 17 1: "There is this difference between ownership and possession: that a man remains owner even when he does not wish to be, but possession departs once one decides not to possess. Hence, if someone should transfer possession with the intention that it should later be restored to him, he ceases to possess" ("*Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilo minus eius manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere. si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restitatur, desinit possidere*").

2 5 2 Bespreking

Alhoewel *possessio* nie in die Romeinse tekste gedefinieer word nie,¹³⁵ is daar wel duidelike aanduidings oor hoe dit verkry kon word.¹³⁶

Kaser¹³⁷ wys daarop dat *possessio* besonder kasuïsties deur die klassieke juriste behandel is, en dat besit as feitlike verhouding in 'n veeltal gevalle bespreek word.

Besit is *corpore*¹³⁸ et *animo* verkry: met ander woorde, deur die vestiging van daadwerklike beheer¹³⁹ ten aansien van die saak met die bedoeling om dit te beheer:

Now we take possession physically and mentally, not mentally alone or physically alone.¹⁴⁰

135 Vgl Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 114 wat sê dat die Romeine onder *possessio* "in technisch-juridischen zin een feitelijke, lichamelijke verhouding van een persoon tot een zaak" verstaan het. Sien ook Schulz *Classical Roman Law* 428; Watson *Law of Property* 81.

136 Vgl Watson *Law of Property* 81: "In classical law, and especially perhaps in later classical law, a person acquired possession when he had sufficient physical control over the thing (*corpus*) and had the requisite intention (*animus*)."

137 *Das Römische Privatrecht* I 390 wys daarop dat die klassieke juriste die verkryging, behoud en verlies van besit feitlik uitsluitlik aan die hand van eiebesit behandel het, maw eerstens *possessio* as vereiste vir *usucapio*, en tweedens *possessio* wat deur interdikte beskerm is. Besit is ook nie deur 'n regshandeling verkry nie, maar deur 'n feitlike toe-eieningshandeling (140).

138 Vgl Olivecrona *Acquisition of Possession* 62 ev oor die vereiste dat besit *corpore* verkry moet word. Hy is van mening dat die Romeinse juriste in die tydperk van die vroeë reg moontlik onder invloed van magiese idees fisiese aanraking van die saak as noodsaaklik beskou het, en dat die latere juriste agv juridiese konserwatisme hierdie vereiste behou het.

139 Aangesien die Romeine nie 'n algemene reël geformuleer het nie, maar elke geval individueel beoordeel het, is dit nie moontlik om 'n algemene omskrywing van fisiese of daadwerklike beheer te gee nie. Die vraag na die inhoud van hierdie begrip moet dus op kasuïstiese wyse beantwoord word met verwysing na verskillende kenmerkende gevalle. As algemene uitgangspunt kan dit gestel word dat die klassieke Romeinse juriste 'n sterker vorm van fisiese beheer vir die verkryging of vestiging van besit as vir die behoud daarvan vereis het. Vgl Schulz *Classical Roman Law* 435. Sien ook Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 139 volgens wie dit as uitgangspunt gestel kan word dat besit oor 'n saak gevestig is wanneer dit onder 'n persoon se beheer gebring is. Alhoewel daadwerklike fisiese inbeheername van 'n saak as 'n reël vereis is, is uitsonderings dikwels gemaak.

140 Paul D 41 2 3 1: "Et apiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore." Vgl verder G *Inst* 4 153: "That we cannot acquire possession by mere intention is beyond doubt" ("Nec ulla dubitatio est quin animo possessionem apisci non possimus"). Sien ook PS 5 2 1. Vgl Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 126; Van Warmelo *Romeinse Reg* 158.

Hierdie stelling van Paulus word algemeen as 'n korrekte en gesaghebbende weergawe van die posisie in die klassieke reg beskou. Wanneer die verkryging van besit bespreek word, is twee aspekte dus van belang, te wete animus (die bedoeling waarmee die saak verkry is) en corpus (die fisiese beheer wat oor die saak uitgeoefen moes word). Die animus het van geval tot geval verskil in die drie vorms van besit wat genoem is, maar die corpus-aspek het ongeveer dieselfde gebly, en hulle word gevolglik saam bespreek. Die twee elemente, corpus en animus, is nie as afsonderlike vereistes gesien nie, maar as 'n eenheid waarin die wil van die persoon in sy vestigingshandeling uitgedruk is.¹⁴¹ Die handeling was dus verteenwoordigend van die persoon se bedoeling, terwyl sy bedoeling weer in sy optrede verwerklik is. Die een sou sonder die ander anders daar uitgesien het, en die feitelike situasie was dus sprekend van die persoon se bedoeling en sy optrede. Dit word algemeen gestel dat die saak fisies bemeester moes word ten einde besit daarvan te verkry, maar ingevolge die verkeersopvatting is daar ook dikwels aanvaar dat beheer ten aansien van die saak wel gevestig is alhoewel die saak self nie fisies aangeraak is nie.¹⁴² Die Romeine was besonder pragmaties, en het ingesien dat dit tot talle probleme aanleiding sou gee indien daar vaste reëls neergelê sou word met betrekking tot die vestiging van besit. In die lig daarvan dat die aard van die betrokke saak, die fisiese omstandighede, die feitelike situasie en die tyd telkens kon verskil, het hulle besluit om eerder verskillende kategorieë sake afsonderlik te beoordeel as om reëls te formuleer waarvan daar dikwels afgewyk sou moes word. Die implikasies daarvan was positief, aangesien daar nie telkens vir uitsonderings voorsiening gemaak hoef te geword het nie, en soos die tyd verloop het en omstandighede verander het, moes die reëls ook nie elke keer gewysig word nie. Hulle het wel vir standaardsituasies voorsiening gemaak, maar daar was genoeg geleentheid vir besondere gevalle om te sorg dat die reg nooit rigied was nie. Die vraag is net telkens gevra wat in daardie besondere

141 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 391. Sien ook Thomas *Institutes* 96: "Corpus and animus were not, strictly, separate elements of possession but rather two aspects of the one factual case..."

142 Vgl Paul D 41 2 1 21: "For he says that there is no need for actual physical contact in order that possession may be taken; but that it can be done by sight and intent is demonstrated in the case of those things which, because of their great weight, cannot be moved, columns, for instance" ("Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas").

situasie, ten aansien van daardie spesifieke saak en in daardie einste tydsgewrig, deur die gemeenskap as 'n optrede beskou sou word wat besit met betrekking tot die betrokke saak sou daargestel het.

2 5 2 1 Oorspronklike verkryging van besit

In gevalle van oorspronklike besitverkryging is gewoonlik duideliker en meer betroubare bewys vereis daarvoor dat fisiese beheer oor die saak inderdaad gevestig is as in die geval van afgeleide verkryging waar dit met die samewerking van die besitvoorganger geskied het.¹⁴³ Die kasuïstiese hantering van die Romeinse juriste blyk onder meer uit die volgende: In die geval van grondstukke is dit as voldoende geag indien die grond betree is met die bedoeling om besit daarvan te verkry.¹⁴⁴ Die vang van wilde diere is van geval tot geval hanteer,¹⁴⁵ en in die geval van 'n skat het Proculus en Neratius net vereis dat dit ontdek moes word, terwyl Labeo en Sabinus van mening was dat dit ook uit die grond verwyder moes word ten einde besit daaroor te vestig.¹⁴⁶

Die rede waarom die bewyslas op die besitverkryger swaarder was in die geval van oorspronklike besitverkryging as by afgeleide verkryging, was naas die samewerking van die besitgewer waarskynlik die gevolg daarvan dat die afgeleide wyses van besitverkryging met óf genoegsame publisiteit gepaard gegaan het, óf dat die verkryger - in die geval van traditio - daadwerklike beheer oor die saak gekry het. In die geval van oorspronklike besitverkryging, waar die verkryger nie op die samewerking van sy voorganger kon staatmaak nie, was hy net op die feitlike omstandighede aangewese om die vestiging van sy besit te bewys.

143 Kaser *Das Römische Privatrecht* I 391.

144 Paul D 41 2 3 1: "But when we say that we must take possession both physically and mentally, that should not be taken to mean that one seeking to possess an estate must go round every part of it; suffice it that he enters some part of the estate, but with the intent and awareness that thereby he seeks to possess the estate to its utmost boundaries" ("Quod autem diximus et corpore et animo acquirere nos debere possessionem, non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet: sed sufficit quamlibet partem eius fundi introire, dum mente et cogitatione hac sit, uti totum fundi usque ad terminum velit possidere").

145 Vgl Proc D 41 1 55; Gai D 41 1 5; Paul D 41 2 3 14-16.

146 Paul D 41 2 3 3.

2 5 2 2 Afgeleide verkryging van besit

In die geval van afgeleide verkryging van besit, is dit by onroerende sake as genoegsaam beskou indien die vorige besitter (of iemand wat deur hom daartoe gemagtig is) *vacua possessio* van die grondstuk verskaf het,¹⁴⁷ en volgens Celsus¹⁴⁸ was dit in die geval van 'n grondstuk voldoende as die grense daarvan vanuit 'n toring aangewys is en daar verklaar is dat oordrag plaasgevind het. Dit was dus nie nodig dat die verkryger die grondstuk hoef te betree het nie. Wanneer besit van roerende sake op 'n afgeleide wyse verkry is, was daadwerklike inbesitname ook nie noodsaaklik indien beheer daarsonder verkry kon word nie: Dit is as voldoende vir die verkryging van besit gereken om 'n saak voor die oë van die verkryger neer te plaas het,¹⁴⁹ as dit by die verkryger se huis afgelewer is;¹⁵⁰ indien die sleutel van 'n pakhuis voor die pakhuis aan die verkryger gelewer is ten einde die inhoud daarvan oor te dra;¹⁵¹ as daar in die teenwoordigheid van sake wat as gevolg van hulle gewig moeilik hanteerbaar is eensgesindheid was oor die oordrag daarvan;¹⁵² en as oordrag aan 'n derde geskied het wat op versoek van 'n verkryger by die saak aanwesig was¹⁵³ of aan 'n wag wat deur die verkryger aangestel is.¹⁵⁴ In menige gevalle is simboliese toeëieningshandelinge as genoegsaam beskou, soos die seël van 'n vaatjie¹⁵⁵ of die seël van die koper wat op houtbalke aangebring is.¹⁵⁶ Die aanbring van die seël het waarskynlik as publisiteit van besitverkryging gedien aangesien dit duidelik sigbaar sou wees vir enige belangstellende wat die moeite sou doen om ondersoek in te stel. Dit wil voorts voorkom of lewering van 'n dokument wat getuig het van die lewering van 'n saak eers in die laat-klassieke tyd of onder

147 Lab D 18 1 78 1; Scaev D 19 1 48; Scaev D 39 5 35 1.

148 Cels D 41 2 18 2. Vgl ook Alf/Paul D 21 2 45; C Scaev D 19 1 48.

149 Iav D 46 3 79.

150 Cels D 41 2 18 2.

151 Gai D 41 1 9 6; Pap D 18 1 74; Paul D 41 2 1 21.

152 Paul D 41 2 1 21.

153 Pap D 39 5 31 1.

154 Lab/Iav D 41 2 51.

155 Treb/Ulp D 18 6 1 2. Sien egter Ulp/Lab D 18 6 1 2 wat van mening is dat dit die doel van die seël van so 'n vaatjie was om substitusie te verhoed en nie om lewering daar te stel nie.

156 Paul D 18 6 15 1.

Justinianus genoegsaam was.¹⁵⁷ Gedurende hierdie tydperk is dit as genoegsaam beskou as daar wilsooreenstemming tussen die partye was daaroor dat besit van die grondstuk oorgedra sou word en die verkryger in staat gestel sou word om beheer daaroor uit te oefen.¹⁵⁸ Die teenwoordigheid van die verkryger (of iemand wat namens hom teenwoordig was) was egter steeds 'n vereiste vir die verkryging van besit, ongeag of dit roerende of onroerende sake was wat ter sprake was.

Van Oven¹⁵⁹ wys daarop dat die Romeinse juriste oënskynlik in die geval van afgeleide besitverkryging van die standpunt uitgegaan het dat besit deur middel van minimale fisiese hantering verkry kon word; maar dat hulle nooit van hierdie minimum afgesien het nie aangesien dit tot gevolg sou hê dat possessio se aard as feitelike verhouding tussen die besitter en die saak verlore sou gaan.

Indien 'n houer of detentor besit verkry het van 'n persoon namens wie hy die saak gehou het, was lewering geen vereiste nie en het hy besit verwerf deur sy wil om die saak namens homself te hou soos dit in die ooreenkoms uitgedruk is.¹⁶⁰ Net so is die teenoorgestelde geval ook aanvaar: Wanneer 'n saak verkoop is en dadelik weer aan die verkoper verhuur is, het die verkryger besit daarvan verkry sonder dat daadwerklike lewering plaasgevind het aangesien die houer (die vervreemder) geag is namens hom daadwerklike beheer oor die saak uit te geoefen het.¹⁶¹

2 5 2 3 Direkte en indirekte verkryging van besit

Dit was kenmerkend van alle soorte besit dat iemand daadwerklike beheer oor 'n saak uitgeoefen het. Hierdie beheer is óf persoonlik óf deur middel van 'n ander persoon

157 Traditio per chartam, 'n geval van simboliese lewering. Sien Buckland *Roman Law* 227; Lee *Roman Law* 135; Van Warmelo *Romeinse Reg* 142-143. Maar sien ook Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 138-139.

158 Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 138.

159 *Romeinsch Privaatrecht* 127-128.

160 Maw traditio brevi manu. Sien Gai D 41 1 9 5; Ulp D 12 1 9 9; Ulp D 23 3 43 1; Ulp D 6 2 9 1; Cels D 21 2 62 pr. Vgl Gordon *Traditio* 36 ev; Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 139-140; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 129-130.

161 Maw constitutum possessorium. Sien Cels D 41 2 18 pr; Ulp D 6 1 77. Vgl Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 140; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 130-131.

namens die besitter uitgeoefen.¹⁶²

Daar kan vervolgens gevra word of iemand ook namens 'n ander 'n saak kon verkry, met ander woorde, besit daarvoor kon vestig. Persone wat aan die verkryger se gesag onderworpe was, kon reeds in die tyd van Gaius namens die verkryger besit van 'n saak verkry, maar slegs as hulle dit met sy medewete en goedkeuring gedoen het of ten gunste van die peculium.¹⁶³ Gedurende die klassieke periode kon besit net in uitsonderlike gevalle verkry word deur middel van persone wat nie aan die verkryger se gesag onderworpe was nie: waarskynlik slegs deur 'n procurator¹⁶⁴ en tutor.¹⁶⁵ Die algemene reël in sulke gevalle was dat die persoon wat namens die verkryger besit verkry het, die saak met die nodige corpus en animus moes neem, terwyl die

162 Kaser *Das Römische Privatrecht* I 384. Vgl ook G *Inst* 4 153: "We are deemed to possess not only if we personally possess, but also if anyone is in possession in our name, even if he be not subject to our power, for example if he is tenant of our land or house" ("Possidere autem videmur non solum si ipsi possideamus, sed etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit, licet is nostro iure subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus") en Just *Inst* 4 15 5: "Now, a person is deemed to possess not only if he be actually in control of the thing himself, but also if another hold it in his name, even if that other be not in his power; for instance, an agricultural or house tenant: he is also held to possess through those with whom he deposits something or to whom he lends it: this is so because a person is said to retain possession through anyone who holds it in his name" ("Possidere autem videtur quisque non solum si ipse possideat, sed et si eius nomine aliquis in possessione sit, licet is eius iuri subiectus non sit, qualis est colonus et inquilinus: per eos quoque apud quos deposuerit quis aut quibus commodaverit ipse possidere videtur: et hoc est quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet qui eius nomine sit in possessione").

163 Vgl hieroor G *Inst* 2 86-87, 89-90, 94. Sien ook Paul D 41 2 1 5; Paul D 41 3 47; Paul D 41 4 2 11. In die klassieke tydperk is hierdie beginsel daarop baseer dat die persoon wat aan die verkryger se gesag onderworpe is, self in sy besit is, en die gesaghebber verkry dan besit dmv die gesagonderdanige as sy lewende werktuig. Vgl verder Proc/Pomp D 41 1 21 pr; Iul D 41 1 37 pr; Cels D 41 2 18 pr; Jav D 41 2 23 2; Paul D 41 2 3 12; Paul D 41 2 1 9 ev; Pap D 41 2 44 1. Verder ook *Inst* 2 9 3: "But you acquire not only ownership but also possession through those in your power: for you are regarded as possessing anything of which they take possession" ("Non solum autem proprietates per eos quos in potestate habetis adquirunt vobis, sed etiam possessio"); en *Inst* 2 9 4 ivm die verkryging van besit van slawe en vry mense wat bona fide besit word. Sien ook Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 140; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 392-393; Prichard *Roman Private Law* 227; Lee *Roman Law* 157-158; Schulz *Classical Roman Law* 438; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 131-135. Vgl egter Watson 1962 *LQR* 207 wat die mening huldig (veral mvn Jav D 41 2 23 2) dat teen die klassieke tyd die verkryging van besit deur slawe nie beperk was tot ex peculiari causa of waar die meester van die slaaf se optrede bewus was nie.

164 Gai *Inst* 2 95; *PS* 5 2 2; *Inst* 2 9 5; Ner D 41 3 41; Ner D 41 1 13 pr; Ulp D 41 2 42 1.

165 Ner D 41 1 13 1; Ulp D 6 2 7 10; Paul 41 2 1 20. Vgl Watson 1961 *TvR* 22 ev wat na 'n deeglike studie van die relevante tekste tot die gevolgtrekking kom dat 'n procurator teen die begin van die keiserryk namens sy meester besit kon verkry, dat dit daarna na tutors en curators uitgebrei is, en dat besit teen die einde van die klassieke tydperk deur enige extranea persona (libera persona) verkry kon word.

verkryger self die nodige animus moes hê. Die bevoegdheid van die procurator en tutor was duidelik afgebaken, en die mate van beheer en die wyse waarop dit deur hom uitgeoefen is, was voorgeskryf en daar kon nie van afgewyk word nie.

2 5 2 4 Samevatting

Die kasuïstiese benadering van die Romeinse juriste tot die hele aangeleentheid van besitverkryging maak dit moeilik om 'n algemene reël neer te lê oor wanneer presies daar gesê kon word dat besit ten aansien van 'n bepaalde saak gevestig is. Uit die besprekings van oorspronklike, afgeleide, direkte en indirekte verkryging van besit wil dit voorkom of die enigste algemene reël wat daaruit afgelei kan word, is dat 'n persoon beskou is 'n spesifieke saak te besit wanneer hy in staat was om daadwerklike beheer met die nodige bedoeling daarvoor uit te oefen. Die Romeine het nooit probeer om die begrip daadwerklike beheer te omskryf nie: hulle benadering was kasuïsties en elke geval is op sy eie meriete beoordeel met inagneming van al die omstandighede. Hulle het net telkens die vraag probeer beantwoord of die persoon wat daarop aanspraak gemaak het dat hy die saak besit, wel in staat was om beheer oor die saak uit te oefen al dan nie. Indien daar uit die feite afgelei kon word dat hy wel sodanige beheer oor die saak uitgeoefen het, is hy geag besit ten aansien van die saak te gevestig het.

2 6 Die behoud van besit

Vir die voortbestaan van besit is daar vereis dat daadwerklike beheer oor die saak uitgeoefen moes word,¹⁶⁶ en aanvanklik is besit geag verlore te gegaan het indien óf die nodige wil daartoe óf die beheer oor die saak verlore gegaan het. Hierdie standpunt was kenmerkend van 'n redelik eenvoudige en primitiewe gemeenskap waarin reëls meer absoluut en rigied van aard was. Hulle het egter mettertyd, soos die reg ontwikkel het en verfyn is toe die gemeenskap meer gesofistikeerd geraak het, besef dat besit in bepaalde gevalle wel voortbestaan het solank as wat die verlies van

¹⁶⁶ Die algemene uitgangspunt kan soos volg gestel word: "Possession was retained so long as one had sufficient physical control over the thing" (vgl Watson *Law of Property* 85).

daadwerklike beheer nie finaal vasgestaan het nie: Volgens Gaius¹⁶⁷ kon besit ook deur die bedoeling alleen behou word in 'n geval waar die besitter die eiendom verlaat het sonder die bedoeling om van die besit daarvan afstand te doen en sonder dat iemand tydens sy afwesigheid namens hom beheer uitgeoefen het bloot omdat hy die bedoeling gehad het om weer daarheen terug te keer. In die geval van somer- en winterplase en in soortgelyke gevalle het fisiese beheer behoue gebly mits die saak nie deur 'n ander oorgeneem is nie.¹⁶⁸ Indien iemand in die afwesigheid van die besitter en sonder sy medewete beheer oor sy grondstuk sou vestig, was Labeo was mening dat besit daarvan onmiddellik op die indringer oorgegaan het, maar volgens die laat-klassieke skrywers het dit eers gebeur wanneer die afwesige besitter van die indringer se optrede kennis geneem het en geen weerstand daarteen gebied het nie.¹⁶⁹ Die neiging van die klassieke juriste om besit ten spyte van die verlies van daadwerklike beheer te laat voortduur, is ook na ander gevalle uitgebrei, soos in die geval van slawe wat weggeloop het,¹⁷⁰ by die besit van krygsgevangenes,¹⁷¹ of wanneer 'n detentor gesterf het of andersins die feitlike beheer oor 'n saak wat hy namens die besitter uitgeoefen het, verloor het of daarvan afstand gedoen het.¹⁷² Die rede vir die voortbestaan van besit nadat daadwerklike beheer ten aansien van die betrokke saak verlore gegaan het, was hoofsaaklik om die verjaringstermyn wat reeds 'n aanvang geneem het, te laat voortduur.¹⁷³ Die uiteindelijke regsreël dat besit eers verlore gegaan het wanneer sowel daadwerklike beheer as die bedoeling om die saak

167 *Inst* 4 153: "Indeed it is generally held that we can retain possession by mere intention, that is that, in spite of neither ourselves, nor anyone else on our behalf, being in possession, we are considered to retain possession if we left the property with no intention of abandoning possession, but meaning to return later" ("Quin etiam plerique putant animo quoque retineri possessionem, id est, ut quamvis neque ipsi simul in possessione neque nostro nomine alius, tamen, si non relinquendae possessionis animo, sed postea reversari inde discesserimus, retinere possessionem videamur"). Dit wil uit hierdie teks van Gaius voorkom of die animus om die saak te behou belangriker was as die daadwerklike beheer wat daarvoor uitgeoefen is, en hieruit volg dit weer dat die vereistes wat vir die behoud van besit gestel is, nie so streng was as dié vir verkryging nie. Dit kan ook afgelei word uit die streng beperking wat daar gestel is op die aantal persone wat namens die besitter kon verkry, terwyl 'n hele aantal persone wel besit namens die besitter kon behou en uitoefen. Sien ook *Inst* 4 15 5.

168 *Gai Inst* 4 153; *Pap D* 41 2 27; *Pap D* 41 2 44 2; *Pap D* 41 2 46; *Paul D* 3 11; *Ulp D* 43 16 1 25; *Pomp D* 41 2 25 2; *Paul D* 3 7 10 ev; *Ulp D* 43 16 1 24 en 26.

169 *Lab/Ulp D* 41 2 6 1; *Pap D* 41 2 44 2; *Pap D* 41 2 45; *Pap D* 41 2 46; *Paul D* 41 2 25 2.

170 *Paul D* 41 2 1 14; *Ulp D* 47 2 17 3 ev; *PS* 2 31 37; *PS* 4 14 3.

171 *Jav D* 41 2 23 1.

172 *Proc D* 4 3 31; *Afr D* 41 2 40 1; *Pap D* 41 2 44 2; *Paul D* 41 2 3 8.

173 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 395.

te beheer verlore gegaan het, sodat besit kon voortduur indien daadwerklike beheer weggeval het en net die wil om die saak te besit bly voortbestaan het, was eers 'n ontwikkeling van die na-klassieke tydperk.¹⁷⁴ As algemene uitgangspunt kan dit gestel word dat die voortbestaan van besit erken is solank die verlies van daadwerklike beheer nog nie vasgestaan het nie¹⁷⁵ of as die moontlikheid nog bestaan het dat besit weer herstel kon word.¹⁷⁶

Besit het ook voortbestaan indien die saak namens die besitter gehou is:

Now, a person is deemed to possess not only if he be actually in control of the thing himself, but also if another hold it in his name, even if that other be not in his power ... this is so because a person is said to retain possession through anyone who holds it in his name.¹⁷⁷

2 7 Die beskerming van besit

Besit is in die Romeinse reg beskerm deur interdikte waarvan die oorspronklike doel was om besit teen ongemagtigde steuring of ontneming te beskerm.¹⁷⁸ Die besitinterdikte was ter beskikking van 'n besitter ongeag daarvan of hy 'n reg op besit gehad het al dan nie, en dit kon aangewend word teen enigeen wat op 'n ander se besit inbreuk gemaak het ongeag daarvan of hy 'n reg daartoe gehad het al dan nie.¹⁷⁹ Van Oven¹⁸⁰ wys daarop dat besitbeskerming slegs aan sekere

174 Pap D 41 2 46.

175 Vgl Hirsch *Principien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes* 296: "Der Besitz geht verloren, wenn der Besitzer schlechthin und dauernd die Möglichkeit verliert, über die Sache physisch zu verfügen."

176 Vgl Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 141.

177 *Inst* 4 15 5: "Possidere autem videtur quisque non solum si ipse possideat, sed et si eius nomine aliquis in possessione sit, licet is eius iuri subiectus non sit ... et hoc est quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet qui eius nomine sit in possessione."

178 *G Inst* 4 139. Vgl Das Kaser *Römisches Privatrecht* I 396; Van Warmelo *Romeinse Reg* 155-156. Volgens Van Oven *Romeinse Privaatrecht* 115-116 was die Romeinse (en ook nog die moderne) besitbeskerming daarop baseer dat 'n persoon wat 'n saak besit, die skyn handhaaf dat hy dit regmatig besit, en dat dit as sodanig beskou moet word tot tyd en wyl die teendeel bewys is. Sien ook Prichard *Roman Private Law* 166. Vgl in verband hiermee Paul D 42 17 2.

179 Vgl Schulz *Classical Roman Law* 445.

possessores verleen is, en dat beskerming byvoorbeeld nooit aan sowel die verhuurder as die huurder verleen is nie. Dit kan daaraan toegeskryf word dat die Romeine die standpunt gehuldig het dat medebesit in die geheel, *compossessio plurium in solidum*, nie moontlik was nie.¹⁸¹

Interdikte van die praetor was die standaardbeskerming wat besit geniet het, en is in drie groepe ingedeel: om besit te verkry, te behou en te herwin.¹⁸² Die laaste twee is vir die bespreking van belang. In die geval van *interdicta retinendae* het 'n besitter 'n interdik aangevra om sy besit te beskerm. Die gepaste interdik in die geval van onroerende sake was die *interdictum uti possidetis* en in die geval van roerende sake die *interdictum utrubi*.¹⁸³ Dit was belangrik dat die besitter in besit van die saak moes wees en dat hy kon bewys dat hy dit *nec vi nec clam nec precario* verkry het. Die blote feit dat hy in besit van die saak was het hom in 'n sterker posisie geplaas as 'n ander wat nie besit oor die saak uitgeoefen het nie:

It makes no difference in this interdict whether the possession against others is just or unjust. For every kind of possessor has by virtue of being a possessor

180 *Romeinsch Privaatrecht* 118. Sien ook Leifer *Possessio* 845 volgens wie die hele "solidum-probleem" uiteindelik *mvn possessio ad interdicta* behandel moet word. Uit die standpunt van *possessio civilis* was dit 'n sinnelose bespreking aangesien onregmatige besit nie tot eiendomsverkryging dmv *traditio* en *usucapio* kon lei nie.

181 Vgl Paul D 41 2 3 5: "By contrast, several persons cannot possess the same thing exclusively; for it is contrary to nature that when I hold a thing, you should be regarded as also possessing it...For it is no more possible that the same possession should be in two persons than that you should be held to stand on the same spot on which I stand or to sit in the place where I sit" ("*Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris...non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris*"). Sien ook Kaser *Eigentum und Besitz* 349-353 wat nav 'n bespreking van die relevante tekste tot die gevolgtrekking kom dat die hele aangeleentheid van medebesit in *solidum* asook die kwessie van *iusta* en *iniusta possessio* net ter sake is in die geval van interdiktebeskerming. Vanuit die oogpunt van die *ius civile* was dit 'n sinnelose bespreking aangesien die *iniustus possessor* nie op die besitgevolge van *usucapio* en *traditio* kon aanspraak maak nie. Sien ook Watson *Law of Property* 83-84.

182 Vgl G *Inst* 4 143: "Next comes a division into interdicts for the purpose of acquiring possession or of retaining it or of recovering it" ("*Sequens in eo est divisio, quod vel adipiscendae possessionis causa comparata sunt vel retinendae vel recipiendae*"). Sien ook *Inst* 4 15 2.

183 Vgl G *Inst* 4 148-150; Ulp D 43 31 1 pr. Sien ook Borkowski *Roman Law* 157; Jolowicz *Roman Law* 273-274; Schulz *Classical Roman Law* 448-452; Sohm *Institutes* 333-334; Van Warmelo *Romeinse Reg* 159; Watson *Law of Property* 86-88.

more right than the nonpossessor.¹⁸⁴

Gedurende die na-klassieke tydperk het Justinianus die twee interdikte unde vi geamalgameer. Die interdictum utrubi is gekanselleer terwyl die interdictum uti possidetis na roerende sake uitgebrei is. Die gevolg daarvan was dat daar toe geen besitreddie was om besit van 'n roerende saak mee te herwin nie - die middeleeuse actio spoli het later, en op 'n ander basis, die leemte gevul.¹⁸⁵

Die actio Publiciana is voorts ook aangewend om besitters te beskerm wat besig was om eiendomsreg deur middel van usucapio te verkry.¹⁸⁶

Die funksie van die besitinterdikte was slegs daarop gerig om 'n vinnige herstel te bewerkstellig van die vredesbreuk wat deur die inmenging met of ontneming van besit veroorsaak is.

In die lig daarvan dat blote besit teen inbreuk beskerm is en dat daar nie gevra is na die reg van die aansoeker nie, was die corpus-element van besondere belang by die gebruik van die besitinterdikte.

2 8 Die beëindiging of verlies van besit

Die tekste oor die verlies van besit is nie eensgesind oor die onderwerp nie, en die posisie is dus nie duidelik nie:

If I deliver a thing to someone else, I lose possession of it. For it is settled that we remain in possession until either we voluntarily abandon it or we are ejected

184 Paul D 43 17 2: "Iusta enim an iniusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert: qualiscumque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus quam ille qui non possidet." Sien ook G *Inst* 4 150; *Inst* 4 15 4.

185 Vgl Schulz *Classical Roman Law* 453.

186 Vgl Borkowski *Roman Law* 158; Van Warmelo *Romeinse Reg* 156.

by force¹⁸⁷

en:

Just as no possession can be acquired except physically and with intent, so none is lost unless both elements are departed from.¹⁸⁸

Ingevolge die eerste teks gaan besit verlore indien enigeen van die twee elemente verlore gaan. Die tweede teks bepaal egter dat besit behoue kan bly selfs as die besitter die nodige animus of corpus verloor het. Dit kan egter nie as 'n algemene beginsel aanvaar word nie aangesien daar talle gevalle was waarin die verlies van óf animus óf corpus tot gevolg gehad het dat besit tot niet gegaan het.¹⁸⁹ Met verwysing na die corpus-element kan daarop gewys word dat besit gewoonlik beëindig is wanneer 'n saak verloor is of met geweld deur 'n ander toegeëien is of gesteel is.¹⁹⁰ Dit is egter duidelik uit die bronne dat die reëls in verband met die verlies van besit eerder op grond van pragmatiese ontwikkeling en ad hoc-beslissings van juriste ontwikkel het as op beginselgronde.¹⁹¹ In die geval van slawe wat ontsnap het, het die heer wel fisiese beheer oor die slaaf verloor, maar dit wil tog voorkom of hy geag is om besit bloot deur middel van sy animus voort te gesit het.¹⁹² Net so het die besit van weiding wat slegs in die winter of somer gebruik is, voortgeduur gedurende

187 Paul D 41 2 3 9: "Et si alii tradiderim, amitto possessionem. nam constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiectionis fuerimus." Vgl ook Pap D 41 2 44 2: "(For) in the case of things that we ourselves physically hold, we lose possession by intent, or even physically, if we leave the thing with the intention not to possess it" ("Nam eius quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuisset, ne possideremus"). Sien verder Paul D 41 2 3 13; Paul D 41 2 30 3; Pomp D 41 2 25 pr.

188 Paul D 41 2 8: "Quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est."

189 Vgl Schulz *Classical Roman Law* 441-442.

190 Pomp D 41 2 25 pr: "If we possess something and lose it in such circumstances that we do not know where it is, we lose possession of it" ("Si id quod possidemus ita perdidimus, ut ignoremus, ubi sit, desinimus possidere"). Vgl ook Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 136.

191 Volgens Schulz *Classical Roman Law* 442-443 kan dit in beginsel gestel word dat besit behoue gebly het indien dit as regverdig en billik beskou is m.v. die regsgevolge van besit. Gevolglik is daar ook minder streng vereistes gestel vir die behoud van besit as vir die vestiging daarvan. Twee belangrike gevolge het hieruit voortgevloei: eerstens kon die possessor besit dmv 'n detentor behou, en tweedens kon besit animo solo behou word.

192 Sien Paul D 41 2 1 14. Vgl ook Borkowski *Roman Law* 156; Schulz *Classical Roman Law* 443.

die maande wat dit nie benut is nie.¹⁹³

Teen die na-klassieke tydperk het besit verlore gegaan óf corpore et animo óf net corpore óf net animo. In die eerste geval het dit gebeur dat die besitter vrywillig van sy daadwerklike beheer afstand gedoen het, hetsy deur lewering aan 'n ander of deur afstanddoening van die saak. In die geval van onvrywillige verlies is besit beëindig as die wil om die saak te beheer nie meer genoegsaam was nie. Verlies van besit van wilde diere as gevolg van die verlies van fisiese beheer oor sodanige diere het ingetree wanneer die diere ontsnap het en nie meer teruggevind kon word nie.¹⁹⁴

Gedurende die na-klassieke tydperk vind ons dus dat 'n persoon as besitter beskou is ten spyte daarvan dat hy nie daadwerklike beheer oor die saak gehad het nie én 'n ander ook nie namens hom die saak beheer het nie. Die besitter het hier dus slegs die animus gehad om die saak te beheer, en dit wil voorkom of sodanige animus inderdaad genoegsaam geag is om besit te laat voortbestaan indien iemand besit wou behou en as besitter van die saak beskou wou word.

Besit het egter onvermydelik verlore gegaan wanneer 'n ander persoon die saak met geweld of in die geheim verkry het, of wanneer dit op enige wyse nie meer deur die besitter beheer kon word nie.¹⁹⁵

2 9 Samevatting

Uit die besprekings hierbo met betrekking tot die behoud asook die verlies van besit kan die afleiding gemaak word dat daadwerklike beheer oor 'n saak gewoonlik noodsaaklik was vir die behoud van besit. Mettertyd is daar egter aanvaar dat dit wel moontlik was dat besit kon voortduur wanneer die besitter nie meer enige feitlike beheer oor die saak uitgeoefen het nie, maar steeds die animus gehad het om dit te doen. Solank as wat die verlies van daadwerklike beheer nog nie vasgestaan het nie

193 Paul D 41 2 3 11; Proc D 41 2 27; Ulp D 42 16 1 25.

194 Paul D 41 2 3 13; Pomp D 41 2 25 pr; Gai D 41 1 3 2-5.

195 Cels D 41 2 18 4; Pap D 41 2 47; Gai D 41 3 5.

of daar nog 'n moontlikheid was dat besit weer herstel kon word, is besit dus nog geag voort te duur. Die hele aangeleentheid oor die voortbestaan van besit is dus, tipies Romeins, baie kasuïsties deur die juriste behandel en hulle was besonder toegeeflik in die sin dat hulle meestal aanvaar het dat (indien die nodige animus daartoe bestaan het) besit voortgeduur het tot tyd en wyl dit vir die besitter onmoontlik geword het om langer (of weer) beheer oor die saak uit te oefen.

Met betrekking tot die beskerming van besit, is dit belangrik om daarop te wys dat die persoon wat die saak besit het en met ander woorde daadwerklike beheer daarvan gehad het, op beskerming geregtig was. Dit was sy besit van die saak as sodanig, en nie soseer sy reg daarop nie, wat beskermenswaardig was.

Dit volg uit hierdie bespreking dat alhoewel die corpus-element deurentyd van besondere belang was, daar nie altyd van die besitter vereis is om feitelike beheer oor die saak uit te oefen nie. Hy is steeds as besitter beskou mits hy die animus daartoe behou het en nog in staat was om beheer uit te oefen. Sy besit het gevolglik voortgeduur totdat dit met sekerheid beëindig is en daar nie meer enige moontlikheid was dat dit weer herstel kon word nie.

2 10 Saaklike sekerheid

2 10 1 Inleiding

In die Romeinse reg was daar twee soorte sekerheid, te wete persoonlike en saaklike sekerheid, en in teenstelling met moderne gebruik het die Romeine altyd persoonlike sekerheid bo saaklike sekerheid verkies.¹⁹⁶ Die gebreke in die Romeinse saaklike sekerheidsreg (soos die gebrek aan publisiteit wat die gevolg was van die feit dat

196 Vgl Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 195; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 457; Schulz *Classical Roman Law* 402-403; Van Warmelo *Romeinse Reg* 278. Die voorkeur wat die Romeine aan borgstelling verleen het, kan verklaar word aan die hand daarvan dat die tenuitvoerleggingsproses in sulke gevalle besonder streng en rigied was. Dit was teen die skuldenaar en sy persoon en later ook teen sy hele vermoë gerig.

pandgewing sonder lewering van die pandsaak toegelaat is¹⁹⁷) kan gevolglik ook daaraan toegeskryf word dat saaklike sekerheid vir die Romeine nie so 'n belangrike instelling was nie en dat dit nie dikwels gebruik is nie.¹⁹⁸

In die voor-klassieke en klassieke tydperke was daar twee vorms van saaklike sekerheid, te wete fiducia, wat die oordrag van eiendomsreg vir doeleindes van sekerheid behels het, en pignus, waardeur die krediteur 'n beperkte saaklike sekerheidsreg in die roerende of onroerende saak van 'n ander gekry het.¹⁹⁹

2 10 2 Fiducia

2 10 2 1 Inleiding

In fiducia cum creditore contracta²⁰⁰ het die pandgewer deur middel van mancipatio of in iure cessio eiendomsreg van 'n res mancipi aan die krediteur oorgedra,²⁰¹ en in die gepaardgaande pactum fiduciae het hulle ooreengekom dat die fiduciarius die saak weer by wyse van remanipatio of in iure cessio aan die pandgewer moes teruggee wanneer die versekerde skuld afgelos is.²⁰²

2 10 2 2 Bespreking

Eiendomsreg van die pandsaak kon uiteraard net aan een persoon oorgedra word

197 Vgl Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 177.

198 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 457-458. Sien veral ook Schulz *Classical Roman Law* 402: "(W)e have to realize the important fact that the principal form of credit was pure personal credit (with or without securities) and not real credit. Roman *fides*, Roman pedantic accuracy, honesty, and reliability in business matters were the strong pillars of that credit. Moreover, we must keep in mind that execution on the person of the debtor was still in force ... and that personal credit implied in consequence much greater security for the creditor than it provides in modern times."

199 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 458.

200 Vgl G *Inst* 2 60: "Now fiducia is contracted either with one's creditor by way of security..." ("Sed cum fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure...").

201 Vgl Borkowski *Roman Law* 288-289; Buckland *Roman Law* 474; Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 200; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 144 458; Prichard *Roman Private Law* 220; Lee *Roman Law* 171; Manigk *Fiducia* 2289-2293; Schulz *Classical Roman Law* 406; Van Warmelo *Romeinse Reg* 174.

202 Vgl Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 200; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 144 460; Prichard *Roman Private Law* 220; Sohm *Institutes* 352; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 170.

deur die debiteur, en opeenvolgende oordragte aan meerdere krediteurs was dus nie moontlik nie. Fiducia het heel dikwels tot stand gekom sonder dat besit van die pandsaak aan die krediteur oorgedra is.²⁰³ Dit beteken dat die oordrag van eiendomsreg aan die krediteur 'n vereiste was vir die totstandkoming van fiducia, maar nie noodwendig die oordrag van besit nie. Besit van die pandsaak was dus nie 'n vereiste vir 'n pandreg in die vorm van fiducia nie, en die krediteur het net in daardie gevalle waarin besit wel oorgedra is, beheer van die pandsaak verkry.

Alhoewel die krediteur ná lewering eienaar van die pandsaak was en 'n saaklike reg gehad het, was sy bevoegdheede ten aansien van die saak uiters beperk:²⁰⁴ Hy was in beginsel hoogstens daarop geregtig om dit te hou totdat die skuld afgelos is. Die partye kon wel ooreenkom dat hy dit kon gebruik of andersins daarmee kon handel. Hy het egter, selfs in daardie gevalle waar besit aan hom oorgedra is, nie die bevoegdheede ten aansien van die saak gehad wat 'n eienaar gewoonlik ten aansien van sy eiendom gehad het nie.²⁰⁵

Fiducia is in die klassieke periode steeds minder gebruik, en het teen die einde van hierdie tydperk heeltemal in onbruik verval toe die formele oordragswyses nie meer gebruik is nie.²⁰⁶

Gedurende die tydperk van die vulgêre reg was pandreg met en sonder die lewering van besit gebruiklik, en die pandhouer het 'n saaklike reg verkry wat teen derdes beskerm is, maar hy het nooit eienaar van die pandsaak geword nie.²⁰⁷ Van fiducia was daar met ander woorde geen sprake gedurende hierdie periode nie.

Justinianus het weer doelbewus na die reg van die klassieke tydperk teruggekeer, en

203 Sien G *Inst* 2 59-60; G *Inst* 3 201; Jul D 44 7 16. Vgl ook Buckland *Roman Law* 474; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 460; Manigk *Fiducia* 2305; Sohm *Institutes* 352.

204 Vgl Manigk *Fiducia* 2295; Van Warmelo *Romeinse Reg* 175.

205 Vgl Van Oven *Romeinse Privaatrecht* 172.

206 Justinianus het alle verwysings na fiducia in die klassieke bronne geëlimineer dmv interpolasies wat fiducia met pignus vervang het. Vgl verder Borkowski *Roman Law* 289; Buckland *Roman Law* 474; Kaser *Das Römische Privatrecht* II 226-227; Prichard *Roman Private Law* 222; Sohm *Institutes* 407; Van Oven *Romeinse Privaatrecht* 173; Van Warmelo *Romeinse Reg* 175.

207 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* II 227.

pand met en sonder besit is steeds gebruik.²⁰⁸

Die fiduciarius, wat deur middel van die formele leweringswyses eiendomsreg van die pandsaak verkry het, was as eienaar geregtig op al die beskermingsremedies wat ter beskikking van enige ander eienaar was al was hy nie in besit van die saak nie.²⁰⁹

Indien die debiteur nie die skuld afgelos het nie, was die krediteur aanvanklik daarop geregtig om die saak te behou ter voldoening van die skuld.²¹⁰ Dit het egter tot gevolg gehad dat die krediteur soms minder en soms meer gekry het as dit waarop hy geregtig was. Teen die laat republiek het die partye dus 'n ooreenkoms bereik om die saak te verkoop.²¹¹ Die krediteur kon toe die saak verkoop en daardie deel van die koopprys hou wat ooreengestem het met die bedrag wat aan hom verskuldig was. Teen die klassieke tydperk is dit as 'n stilswyende ooreenkoms tussen die partye beskou.²¹²

2 10 2 3 Samevatting

Dit volg uit hierdie bespreking van fiducia dat dit aanvanklik die gewildste vorm van saaklike sekerheid was wat die Romeine geken het aangesien die krediteur eiendomsreg van die pandsaak verkry het en gevolglik 'n aansienlike mate van beskerming geniet het. Die feit dat sy eiendomsreg nie noodwendig met besit gepaardgegaan het nie, het hom nie juis benadeel nie: In die geval van onroerende goed was hy in alle geval geregtig op al die beskermingsremedies van die eienaar, en in die geval van roerende sake het hy gewoonlik tog wel besit van die saak gehad aangesien die risiko andersins te groot sou wees.²¹³ Die Romeine het steeds voorkeur aan persoonlike sekerheid verleen en het derhalwe nie veel aandag aan saaklike sekerheid geskenk nie. Die instelling as sodanig is gevolglik nooit in veel

208 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* II 227-228.

209 Vgl Manigk *Fiducia* 2306; Van Warmelo *Romeinse Reg* 175.

210 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 460; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 172.

211 *Pactum de distrahenda re*. Vgl van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 172.

212 Vgl Pomp D 13 7 6 pr en D 13 7 8 4.

213 Vgl Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 170.

besonderhede ontwikkel en verfyn nie. Besit van die pandsaak was nooit vir die Romeine 'n noodsaaklike vereiste vir fiducia nie, en daar is gevolglik nie van die krediteur verwag om die saak daadwerklik te beheer ten einde sy pandreg af te dwing nie.

2 10 3 *Pignus*²¹⁴

2 10 3 1 *Inleiding*

Pignus was 'n regsinstelling wat in die klassieke en na-klassieke tydperke gebruik is as sekerheidstelling ongeag of besit van die pandsaak aan die krediteur oorgedra is by die totstandkoming van die pandreg²¹⁵ al dan nie.²¹⁶

Volgens Kaser²¹⁷ het die vormlose daarstelling van 'n pandreg²¹⁸ moontlik sy oorsprong by *res nec mancipi* gehad. Aanvanklik is daar immers altyd vereis dat die pandsaak aan die krediteur gelewer moes word.²¹⁹ Reeds vanaf die 3de eeu vC kon 'n pandreg egter ontstaan deur blote ooreenkoms tussen die partye, met ander woorde, sonder dat lewering van die pandsaak plaasgevind het.²²⁰

214 Vgl Gai D 50 16 238 2: "Pignus' is derived from pignus (fist) because things which are transferred as a pledge are transferred by hand" ("Pignus' appellatum a pugno, quia res, quae pignori dantur, manu traduntur").

215 Pignus datum.

216 Pignus obligatum. Die begrip hypotheca is ook reeds in die klassieke tydperk gebruik om 'n pand sonder besit aan te dui. Vgl Ulp D 13 7 9 2: "Strictly speaking, we use pignus for the pledge which is handed over to the creditor and hypothec for the case in which he does not get even possession" ("Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem"); Marci D 20 1 5 1: "Pignus and hypotheca differ from each other only by the sound of the name" ("Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt"). Vgl in die algemeen Borkowski *Roman Law* 289; Kaser *Das Römische Privatrecht* I 463; Manigk *Pignus* 1242 wat daarop wys dat die Romeinse reg nie 'n wesenlike verskil tussen pand met en sonder besit geken het nie. Sien ook Ulp 13 7 1 pr: "The contract of pignus is made not only by delivery but also by mere agreement even in the absence of any delivery" ("Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est").

217 *Das Römische Privatrecht* I 144 458.

218 Vgl Gai D 20 1 4.

219 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 464.

220 Kaser *Das Römische Privatrecht* I 144-145 458-459 464; Prichard *Roman Private Law* 222; Schulz *Classical Roman Law* 407. Vgl ook Ulp D 13 7 1 pr.

2 10 3 2 Bespreking

Die partye het 'n informele pandgewingskontrak (*contractus re*) gesluit. Die pandgewer het eiendomsreg van die pandsaak behou maar was ná die sluiting van die pandkontrak nie meer daarop geregtig om vryelik oor die pandsaak te beskik nie.²²¹ In die vroeë reg het pandreg altyd met besit gepaard gegaan: Wanneer die kontrak gesluit is, is die pandsaak aan die krediteur gelewer wat sodoende *possessio ad interdicta* verkry het.²²² Die krediteur het in beginsel slegs 'n reg op besit van die saak verkry en geen outomatiese gebruiksreg nie, maar net soos in die geval van *fiducia* kon die partye spesiale ooreenkomste aangaan oor die moontlike gebruik daarvan.²²³ Tussen die pandgewer en die skuldeiser het daar 'n heel besondere vorm van medebesit bestaan wat eintlik eerder 'n geval van gedeelde besit was.²²⁴ Dit was geen geval van *possessio plurium in solidum* nie, maar bloot 'n funksionele verdeling van die saakbesit: Die verpander het *possessio ad usucapionem* behou, terwyl die pandhouer besitter *ad reliquas causas* geword het.

Vanaf die laat republiek het dit voorts gebruiklik geword dat alle roerende eiendom wat die huurder op 'n plaas gebring het asook die opbrengs van die boerdery aan die

221 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 145.

222 Die krediteur (pandhouer) was besitter sonder *animus domini* en dus 'n blote detentor. Hy was egter op die besittinterdikte geregtig en volgens Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 173 het dit tot gevolg gehad dat die steireël *compossessio plurium in solidum* van dieselfde saak verbreek is aangesien hy op die praetoriese beskermingsmaatreëls geregtig was terwyl die pandgewer vir doeleindes van *usucapio* besitter gebly het. Sien ook Buckland *Roman Law* 475; Prichard *Roman Private Law* 222; Sohm *Institutes Law* 353.

223 Vgl Flor D 13 7 35 1: "Pignus transfers only possession to the lender, while title remains in the debtor. The debtor, however, can have the use of his property either as *precarius* or on hire" ("Pignus manente proprietate debitoris solam possessionem transfert ad creditorem: potest tamen et *precario* et pro *conducto* debitor re sua uti"). Vgl ook G D 47 2 55 pr. Vgl Jörs-Kunkel *Römisches Recht* 202; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 179; Van Warmelo *Romeinse Reg* 176.

224 Vgl Jav D 41 3 16: "An action for production, in respect of a slave given in pledge, may be brought against the pledgee, not the pledgor, because one who gives a pledge possesses only for the purpose of *usucapionem* but, for all other purposes, the pledgee is possessor, so that there may be computed also the period of possession of the pledgor" ("Servi nomine, qui pignori datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore agendum est, quia qui pignori dedit, ad *usucapionem* tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit possidet, adeo ut adici possit et *possessio eius qui pignori dedit*"). Sien hieroor Kaser *Eigentum und Besitz* 353-354.

grondeienaar verpand word as sekuriteit vir die huur wat aan hom verskuldig was.²²⁵ In gevalle van hierdie aard is die feit dat die goedere op die plaas gebring is, beskou as lewering van die besit daarvan aan die krediteur; die huurder het egter daadwerklike beheer daarvan behou en hy was steeds daarop geregtig om dit te gebruik.²²⁶ Besitlose pandreg in die geval van roerende sake het waarskynlik ontstaan toe die pandgewer die krediteur eers besitter van die pandsaak gemaak het, maar dit toe weer van laasgenoemde gehuur of in precario ontvang het en dit self as detentor gehou het.²²⁷

Die pandhouer of krediteur het gewoonlik besit van die pandsaak behou totdat die skuld afgelos is, maar hy het nie eienaar daarvan geword nie en hy kon dit ook nie verkoop of op 'n ander wyse vervreem nie. Met verloop van tyd het die gebruik ontwikkel dat die krediteur die pandsaak kon verkoop indien die skuld nie afgelos is nie, en teen die klassieke periode was dit 'n stilswyende voorwaarde van die kontrak.²²⁸ Aangesien die pandhouer net besit van die saak gehad het, het dit hom nie veel gebaat nie. Die betrokke partye het egter soms ooreengekom dat die pandhouer eienaar van die pandsaak sou word indien die skuld nog nie teen 'n bepaalde datum afgelos sou wees nie, met ander woorde, 'n soort outomatiese verbeuring van eiendomsreg ten gunste van die pandhouer.²²⁹ Dit het natuurlik dikwels baie onregverdige gevolge gehad en hierdie gebruik is gevolglik deur Konstantyn verbied²³⁰ en die verbod is deur Justinianus gehandhaaf.²³¹

2 10 3 3 Beskerming van pandreg

Die pandhouer of krediteur het, soos reeds gesê, slegs besit van die saak gehad, en ook nie eers in alle gevalle nie. Hierdie besit, asook die krediteur se reg om op die

225 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 145; Prichard *Roman Private Law* 224; Schulz *Classical Roman Law* 408; Sohm *Institutes* 354; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 173-174.

226 Vgl Lab D 20 6 14; Afr D 47 2 62 8.

227 Vgl Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 179.

228 Vgl Borkowski *Roman Law* 289-290; Van Warmelo *Romeinse Reg* 177.

229 'n Sg *lex commissoria* of *pactum commissorium*.

230 C Th 3 2 1. Vgl Buckland *Roman Law* 477; Prichard *Roman Private Law* 223; Manigk *Pignus* 1273-1274; Van Warmelo *Romeinse Reg* 177.

231 C 8 34 3. Vgl ook Borkowski *Roman Law* 290; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 176.

pandsaak beslag te lê indien hy nie in besit daarvan was as die debiteur nog nie teen die keerdatum die skuld afgelos het nie, is egter deur die praetor se interdikte beskerm. Daarmee kon die krediteur optree teen enigeen wat sy besit van hom ontnem het of wat hom daarin gesteur het.²³²

Die *actio pigneraticia* was 'n persoonlike aksie wat op die pandgewingskontrak baseer is en dit was ter beskikking van die pandgewer om die pandsaak mee terug te eis nadat die skuld afgelos is.²³³ Indien die pandsaak verkoop is, kon die pandgewer met hierdie aksie dit eis wat oorgebly het nadat die skuld gedelg is.²³⁴ Die *interdictum Salvianum* is deur die praetor aan die krediteur verleen sodat hy met behulp daarvan besit van die pagter se *invecta et illata*, wat as sekuriteit vir die huurgeld gedien het, kon verkry.²³⁵

Deur die toedoen van die praetor het daar twee verdere beskermingsremedies ontstaan, naamlik die *actio Serviana* en die *actio quasi Serviana*.²³⁶ Deur middel van hierdie aksies is die pandhouer in staat gestel om die saak op te eis van wie ookal in besit daarvan was.²³⁷ Die *actio Serviana* het dit vir die krediteur moontlik gemaak om nie alleen vir die eerste keer besit van die pandsaak te verkry nie, maar ook om dit te herwin nadat besit daarvan verlore gegaan het. Met hierdie aksie kon die verpande saak opgeëis word van derdes aan wie die huurder dit moontlik vervreem het. Teen die hoog-klassieke tydperk kon enige krediteur van die *vindicatio pignoris* gebruik maak om besit van die pandsaak van enige possessor te verkry of te herwin.²³⁸

232 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 459; Van Warmelo *Romeinse Reg* 178.

233 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 471.

234 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 459.

235 Vgl *G Inst* 4 147. Sien ook Prichard *Roman Private Law* 224; Schulz *Classical Roman Law* 408; Sohm *Institutes* 354.

236 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 472-473; Schulz *Classical Roman Law* 408-410; Sohm *Institutes* 354; Van Oven *Romeinse Privaatrecht* 174. Sien ook *Iul D* 13 7 28 pr.

237 Vgl Kaser *Das Römische Privatrecht* I 459; Van Warmelo *Romeinse Reg* 178.

238 Hierdie aksie staan ook bekend as die *actio pigneraticia* (in rem), *actio hypothecaria* of die *actio quasi Serviana*. Vgl verder *Gai D* 20 1 15 1; *Marci D* 20 1 16 3; *Ulp D* 20 1 21 3; *Ulp D* 20 6 6.

2 10 3 4 Die verlies en/of beëindiging van pandreg

'n Pandreg is uitgewis onder meer deur vernietiging van die pandsaak, verkoop van die pandsaak, confusio (met ander woorde wanneer die pandhouer en die eienaar van die pandsaak in een persoon verenig is), en as die pandgewer die pandsaak met die toestemming van die pandhouer of krediteur vervreem het.²³⁹

Of besit van die pandsaak aan die krediteur gelewer is of nie, het daarvan afgehang of dit 'n pandreg met of sonder besit was. Wanneer die skuld afgelos moes word, kon die krediteur wat nie in besit van die pandsaak was nie, besit daarvan opeis aangesien hy die saak moes besit ten einde die sekuriteit te realiseer. Indien die skuld nie afgelos of andersins beëindig is nie, was die krediteur daarop geregtig om homself met behulp van die pandsaak te betaal. Wanneer die pandreg daarenteen opgehef is, en veral deur die aflossing van die skuld, moes die krediteur die pandsaak aan die pandgewer teruggee.²⁴⁰

2 10 3 5 Samevatting

Net soos in die geval van fiducia, was besit en die moontlik gepaardgaande daadwerklike beheer van die pandsaak vir die Romeine nie 'n vereiste vir die daarstelling of behoud van 'n pandreg nie. Alhoewel hulle aanvanklik wel vereis het dat besit van die pandsaak aan die krediteur oorgedra moes word, het hulle sterk sin vir die pragmatiese hulle al gou laat beseef dat dit in die praktyk nie altyd moontlik en wenslik was nie. Hulle het gevolglik reeds vroeg afgesien van die vereiste dat besit van die pandsaak oorgedra moet word, en die praetor het toe ingegryp en aan die krediteur beskerming verleen in daardie gevalle waar die pandgewer of skuldenaar die saak nie kon of wou lewer wanneer die sekuriteit opgeroep is nie. Dit kan heel

239 Vgl Marci D 20 6 8 6 ev. Sien ook Kaser *Das Römische Privatrecht* I 468-469; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 180-181.

240 Pap D 13 7 40 2: "Once the money is paid, the creditor ought to restore possession of the pledge if he has physical possession. But that is all he is obliged to do" ("*Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet nec quicquam amplius praestare*").

waarskynlik weer eens aan die Romeine se gebrek aan belangstelling in en hulle seldsame gebruik van die regsinstelling pignus toegeskryf word dat hierdie instelling nie juis veel aandag in hulle regsbronne en praktyk geniet het nie. Dit is egter baie duidelik dat fisiese of daadwerklike beheer van die pandsaak nie 'n besonder belangrike vereiste vir die daarstelling of behoud van pandreg daargestel het nie.

2 11 Slotopmerkings

Met betrekking tot die verkryging van eiendomsreg op die ius civile metodes, is dit insiggewend om daarop te let dat die fisiese beheerelement in die geval van mancipatio sowel as in iure cessio baie belangrik was. Die saak self moes ten tye van die transaksie aangeraak word ten einde oordrag aan te dui. Fisiese beheer was eweneens van groot belang by verjaring waar daar vereis is dat die voornemende eienaar die saak ongesteurd en ononderbroke vir die voorgeskrewe tydperk moes beheer het soos 'n eienaar. Of hy dit inderdaad gedoen het, is bepaal aan die hand van die verkeersmaatstawwe. Die funksie van fisiese beheer in al drie hierdie gevalle was publisiteit. Belangstellendes moes met ander woorde uit die betrokke partye se optredes kon aflei dat hulle eiendomsreg van die saak verkry het of wou bekom. Met verwysing na die eerste van die ius gentium wyses van eiendomsverkryging, te wete occupatio, kan daar opgemerk word dat daar telkens net vereis is dat die beheer van die voornemende eienaar effektief moes wees. Aangesien daar geen algemene reëls was oor wat effektiewe beheer daargestel het nie, is elke geval aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe beoordeel ten einde te bepaal of die beheer inderdaad effektief was. In die geval van traditio, die tweede ius gentium metode waarop eiendomsreg gevestig kon word, kan daar weer eens geen algemene reëls afgelei word nie. Alhoewel die oordrag van eiendomsreg in die geval van sekere leweringswyses, soos traditio brevi manu en constitutum possessorium, oënskynlik net deur wilsooreenstemming tussen die partye teweeggebring is, het dit in werklikheid effektiewe beheer aan die verkryger besorg. Daar kan opsommenderwys gesê word dat die enigste vereiste wat vir traditio gestel is, was dat dit die verkryger in beheer van die saak moes plaas. Ten einde dit vas te stel, moes daar telkens van die verkeersmaatstawwe gebruik gemaak word. Die fisiese beheer van die verkryger het

'n publiseitsfunksie gehad.

Met verwysing na die beskerming van eiendomsreg het die fisiese beheerelement ook 'n belangrike rol gespeel. Daar is in die geval van al die remedies wat aangewend is om eiendomsreg te beskerm verwag dat die persoon van wie die saak teruggeëis is, voldoende beheer ten aansien van die saak moes hê om die saak aan die eienaar te kon teruggee. Die funksie van beheer was hier dus suiwer funksioneel.

In die geval van die verlies van eiendomsreg het fisiese beheer 'n mindere rol vervul. Eiendomsreg van 'n saak het nie noodwendig verlore gegaan wanneer die eienaar se beheer ten aansien daarvan verlore gegaan het nie. Dit was gevolglik moontlik dat eiendomsreg kon voortbestaan suiwer deur die wil van die eienaar, en dat dit behoue gebly het solank as wat hy die eienaarsbedoeling met betrekking tot die saak gehad het ongeag die feit dat hy geen beheer uitgeoefen het nie. Voorts kon dit ook gebeur, byvoorbeeld in die geval van *constitutum possessorium*, dat die eienaar se eiendomsreg van die saak beëindig is ten spyte daarvan dat hy beheer van die saak behou het. Die verlies van fisiese beheer het derhalwe in hierdie geval geen spesifieke funksie gehad nie en geldige afleidings kan nie daaruit gemaak word nie.

Die Romeine het die aangeleentheid van besitverkryging besonder kasuïsties benader en algemene reëls met betrekking tot hierdie onderwerp is dus moeilik om te formuleer. As algemene riglyn kan daar gesê word dat 'n persoon geag is besit van 'n saak te verkry het indien hy in staat was om daadwerklike beheer met die nodige bedoeling oor die saak uit te oefen. Die vraag of hy inderdaad fisiese beheer kon uitoefen is telkens beantwoord aan die hand van die verkeersmaatstawwe. Daar is met ander woorde onder meer gekyk na die wyse waarop hy (na bewering) besit verkry het, die aard van die saak, die betrokke partye, die bedoeling en handeling van die (beweerde) besitter en die gemeenskap waarin dit alles plaasgevind het.

Dit is interessant om daarop te wys dat alhoewel voortdurende daadwerklike fisiese beheer van die saak aanvanklik 'n vereiste was vir die voortbestaan en behoud van besit, daar met verloop van tyd aanvaar is dat besit in bepaalde gevalle wel kon

voortduur sonder dat die besitter enige feitelike beheer oor die saak uitgeoefen het mits hy steeds die animus gehad het om die saak te besit. Die gebrek aan fisiese beheer het dus nie noodwendig op die verlies van besit gedui nie. Besit het egter wel verlore gegaan indien 'n saak vernietig is of dit andersins onmoontlik geword het om langer beheer daarvoor uit te oefen. Beheer het gevolglik in sommige gevalle 'n publisiteitsfunksie gehad, soos wanneer 'n saak vernietig is. In ander gevalle was dit moeiliker om geldige afleidings oor die behoud al dan nie van besit te maak.

Uit bostaande oorsig van die Romeinse saaklike sekerheidsregte volg dit dat dit vir die Romeine nie juis belangrike regsinstellings was nie en dat hulle gevolglik nie veel aandag daaraan gewy het nie. Die Romeine het wel saaklike sekerheidsregte naas persoonlike sekerheid geken maar aan laasgenoemde voorkeur geskenk, en dit het op sy beurt daartoe bygedra dat die hele aangeleentheid van saaklike sekerheid nooit deeglik as regsinstelling uitgewerk is en al die probleme in verband daarmee opgelos is nie - of dan selfs 'n poging in die rigting gemaak is nie. Ons bronne bevat weinig inligting in verband met die onderwerp, en laat ons oor vele aspekte in die duister. Wat egter wel duidelik uit die beskikbare inligting blyk, is die feit dat besit of selfs daadwerklike beheer van die pandsaak, iets wat in die moderne reg so 'n belangrike kwessie is, nie veel aandag geniet het nie, en dat dit reeds heel vroeg nie 'n vereiste vir die daarstelling of behoud van 'n pandreg of fiducia was nie. Die beskermingsremedies wat bestaan het vir eiendomsreg is in die geval van fiducia as genoegsaam beskou, en in die geval van pignus het die praetor sekere beskermingsremedies ingevoer, en daarmee is volstaan.

HOOFSTUK 3: DIE GLOSSATORE

3 1 Eiendomsreg

Dit blyk uit 'n ondersoek van die tekste wat gewoonlik as gesag aangehaal is in die bespreking van eiendomsreg in die Romeinse reg dat die kwessie van fisiese beheer (met verwysing na byvoorbeeld die vestiging, behoud en beëindiging van eiendomsreg) oënskynlik nie vir die Glossatore probleme gebied het nie: daar is, op enkele uitsonderings na, geen glossae oor die sleuteltekste in die *Digesta* nie. In die glossae wat voorkom, word die klassieke reg bloot bevestig.

Daar word byvoorbeeld bevestig¹ dat eiendomsreg wel sonder lewering of besit oorgedra kon word. Dit stem ooreen met die posisie in die Romeinse reg by byvoorbeeld *constitutum possessorium* en *traditio symbolica*.

Daar word ook vermeld² dat dit van belang was dat 'n leweringstransaksie moes geskied ten aanskoue van die pakhuis waarin die koopware was, met ander woorde dat dit met die oë waargeneem kon word, en dat dit van naby af moes wees. Daar word in hierdie verband verwys na Papinianus D 18 1 74, waarin dit uitdruklik gestel word dat dit van deurslaggewende belang was dat die sleutels by die pakhuis oorhandig moes word.

Ten aansien van eiendomsverkryging word daar³ herhaal dat eiendomsreg eers verkry is wanneer die saak inderdaad fisies toegeëien is of andersins as die persoon wat eiendomsreg ten aansien daarvan wou vestig, naby genoeg aan die saak was om dit met die oë waar te geneem het, en in die posisie was om beheer daarvoor te gevestig het terwyl hy die bedoeling gehad het om besit daarvan te verkry.⁴ Indien

1 In die glos *nuda* ad Gai D 41 1 9 5.

2 In die glos *proprietatem* ad Gai D 41 1 9 6.

3 In die glos *meam potestatem* ad Proc D 41 1 55.

4 Vgl glos *meam potestatem* ad Proc D 41 1 55: "Sicut dixi, non est fera tui apponentis laqueum, nisi demum cum apprehenderis, vel apprehendendi potestatem habeas per oculorum inspectionem, & affectionem possidendi..."

'n wilde dier van 'n groter afstand af dopgehou is, is besit nie gevestig nie, want in daardie geval is gereken dat daar nog te veel ander dinge kon plaasvind wat sou kon verhinder dat die persoon inderdaad besit (en eiendomsreg) daarvan kon verkry.⁵ Hieruit kan die afleiding gemaak word dat die vestiging van besit en die gepaardgaande verkryging van eiendomsreg óf 'n voldonge feit moes wees óf dat daar absolute sekerheid moes wees dat besit wel gevestig kon word en dat niks die vestiging daarvan meer kon verhinder nie. Slegs indien dit die geval sou wees, kon daar aanvaar word dat eiendomsreg ten aansien van die saak gevestig is, maar andersins nie.⁶

Dit is interessant dat hier, net soos in die Romeinse reg, in sommige gevalle, ten opsigte van sekere sake en in die geval van spesifieke wyses van eiendomsverkryging, soms vereis is dat daar feitelike inbesitname moes wees en andersins weer geredelik aanvaar is dat sodanige vestiging van beheer slegs simbolies kon wees (vergelyk byvoorbeeld *traditio symbolica* en *constitutum possessorium*). Hieruit kan die afleiding gemaak word dat die Glossatore, net soos die Romeine, aanvaar het dat daar nie onbuigsame reëls neergelê kon word vir die vestiging van beheer en die daaruit volgende eiendomsreg nie, maar dat die hele aangeleentheid kasuïsties benader moes word en dat elke geval, oftewel soort geval, op eie meriete beoordeel moes word. Hulle is dus telkens deur die omstandighede gelei ten einde te bepaal of beheer gevestig is al dan nie.

5 Die opinie van Gai D 41 1 5 1 ("Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus" ("The majority opinion was that the beast is ours only if we have actually captured it because many circumstances can prevent our actually seizing it")) is heeltemal in ooreenstemming met hierdie standpunt.

6 Vergelyk in verband hiermee ook Gai D 41 1 1 ("Omnia igitur animalia, quae terra mari caelo capiuntur, id est ferae bestiae et volucres pisces, capientium fiunt" ("So all animals taken on land, sea, or in the air, that is, wild beasts, birds, and fish, become the property of those who take them")) waar die belangrike woord "capio" (= "take") is. Sien Lewis & Short *A Latin Dictionary* 283 sv capio: "(in gen) to take in hand, to take hold of, lay hold of, take grasp, seize"; en "(of living objects) to take into possession, take captive, seize". Hierdie betekenis aanduidings lê baie klem op die aspek van fisiese aanraking en korporele inbesitname. Die rituele aanraking van die koopsaak by die formele wyses van eiendomsverkryging (*mancipatio* en *in iure cessio*) toon ook raakpunte met die feit dat hier vereis word dat die saak óf daadwerklik in besit geneem moet word óf van naby af aanskou moet kan word.

3 2 Besit

Die Glossatore het skynbaar ewe min probleme in verband met die kwessie van fisiese beheer ten aansien van besit as met eiendomsreg ondervind, want daar is heel weinig oor die aangeleentheid geskryf. Die belangrikste idee wat uitkristalliseer, is dat daar duidelik tussen *possessio civilis* en *possessio naturalis* onderskei moes word. Voorts is daar baie klem gelê op die aspek van korporele beheer wat oor 'n saak uitgeoefen moes word, en dit blyk uit die glossae dat hierdie begrip breed geïnterpreteer moes word en dat enige sintuiglike kontak met die saak voldoende geag is om aan die vereistes van korporele beheer te voldoen.

Possessio corporalis word ook *possessio naturalis* genoem,⁷ en daar word uitdruklik gesê dat die saak feitelik, met die liggaam, beheer moes word. Daar is dus een of ander vorm van liggaamlike beheer deur die besitter ten aansien van die saak verlang. Die stelling word gemaak dat 'n persoon wat opgehou het om op 'n bepaalde plek te wees of om iets vas te hou, opgehou het om dit te besit; en dit geld vir 'n huis, grond en alles wat in die huis was. Hierdie standpunt is egter nie algemeen aanvaar nie, en volgens Azo en Placentinus⁸ kon 'n persoon die saak wel *naturaliter* behou het waarheen hy ookal gegaan het indien hy kon terugkeer wanneer hy wou, met ander woorde in alle normale, gewone gevalle waarin iemand sy saak tydelik verlaat het en weer later daarheen teruggekeer het. Daar word gesê dat 'n persoon wat *possessio civilis* en *possessio naturalis* gehad het, nie *possessio naturalis* verloor het wanneer hy 'n plaas ten aansien waarvan die *possessio* gegeld het verlaat het nie, mits hy dit nog kon sien. Sodra dit egter uit sig uit verdwyn het, het hy *possessio naturalis* verloor, maar ook nie terwyl hy nog so naby was dat hy vinnig weer daarheen kon terugkeer nie.⁹

Daar word ook uitdruklik gesê¹⁰ dat dit genoegsaam was om besit *oculis et affectu*

7 In die glos *quia naturaliter* ad Paul D 41 2 1 pr en 41 2 1 1.

8 Ibid.

9 Ibid.

10 In die glos *et affectu* ad Paul D 41 2 1 21.

te verkry. Dit was met ander woorde nie nodig dat besit corpore et actu gevestig hoef te geword het nie: Indien die persoon die nodige bedoeling daartoe gehad het en die saak in sig was, kon besit ten aansien daarvan verwerf word. Dit is heeltemal in ooreenstemming met die Romeinse regsopvattinge.¹¹ Daar word ook verwys na Paulus D 41 2 3 pr waarin daar gesê word dat liggaamlike sake besit kon word. Dit is duidelik uit hierdie glos en ook die res van die Paulus-tekste dat die bedoeling van deurslaggewende belang was en dat daar net 'n soort gebaar moes wees (soos om die plaas te betree) of dat die saak in sig moes wees om besit daar te gestel het.

Voorts word dit weereens beklemtoon¹² dat 'n fisiese aanraking of hantering van die saak nodig was vir die vestiging van besit en daar word uitdruklik gesê dat vir naturalis possessio korporele inbesitname nodig was. Enige sintuiglike waarneming is as 'n korporele daad beskou. Met verwysing na die vestiging van besit word daar gesê dat, indien die grondstuk aan die koper op 'n afstand vanuit 'n toring uitgewys is, die koper onmiddellik begin het om dit te besit net soseer asof hy dit inderdaad betree het.¹³ Daar word gesê dat dit as 'n korporele handeling beskou moes word. Die blote aansig van die grondstuk is as voldoende beskou. Uit hierdie glos blyk dit ook dat daar fisiese aanraking moes wees, en dit wil voorkom of dit deur middel van enige van die menslike sinne, wat uitdruklik in hierdie glos vermeld word, kon geskied.¹⁴

Met verwysing na die in solidum-argument word gesê¹⁵ dat dit algemeen aanvaar is dat dit net op possessio naturalis betrekking gehad het, en dat dit van toepassing was op gevalle waar die saak gehou is, of daarop gestaan of gesit is. Dit het met ander woorde slegs betrekking gehad op daardie gevalle waar daar van korporele beheer sprake was. Dit blyk uit die bespreking dat dit net onmoontlik was dat twee mense dieselfde saak naturaliter kon besit; dit was wel moontlik dat hulle dieselfde saak civiliter kon besit, in welke geval die een persoon byvoorbeeld regmatig en die ander

11 Vgl hfst 2 5 2.

12 In die glos *naturalis possessio* ad Paul D 41 2 3 3.

13 In die glos *non minus* ad Cels D 41 2 18 2.

14 Vgl glos *non minus* ad Cels D 41 2 18 2: "Vel dic, v. esse sensus corporis, scilicet tactus, gustus, odoratus, visus, auditus."

15 In die glos *ex contrario* ad Paul D 41 2 3 5.

onregmatig besit het.

Ten aansien van *possessio civilis* word dit uitdruklik in die glos¹⁶ gestel dat *possessio naturalis* verlore gegaan het onmiddellik wanneer die besitter nie meer met sy voete (met ander woorde fisies) op die saak gestaan het nie of dit nie meer in sig was nie. Accursius sê voorts dat alhoewel daar ook diegene was wat van mening was dat *naturalis possessio* verlore gegaan het wanneer die persoon nie meer daar gestaan het nie (met ander woorde fisies op die saak teenwoordig was nie), maar dit nog steeds in sig was, daar nie met hierdie standpunt saamgestem kan word nie.

3 3 Pand

Daar word gesê dat 'n pandreg deur sowel ooreenkoms as lewering tot stand kom.¹⁷ Voorts word daar ook met betrekking tot die vestiging van 'n pandreg uitdruklik vermeld dat indien die pandsaak nie aan die krediteur gelewer word nie, maar dit net deur 'n ooreenkoms tussen die partye tot stand gekom het, dit verkeerdelik 'n pand genoem word.¹⁸ Met betrekking tot die benaming word egter opgemerk¹⁹ dat daar in werklikheid nie veel verskil tussen pand en hipoteek is nie, en dat slegs die naam verskil.²⁰ Uit hierdie bondige bespreking van pand kan daar afgelei word dat alhoewel die Glossatore kennis geneem het van die ontwikkeling van die instelling en die herkoms van die begrip "*pignus*", hulle aanvaar het dat lewering van die pandsaak nie noodsaaklik was vir die totstandkoming van 'n pandreg nie. Alhoewel lewering van die pandsaak in beginsel vereis is vir die totstandkoming van die pandreg, is daar in die praktyk dikwels afstand gedoen van die leweringsvereiste.

16 *possideri* ad Paul D 41 2 3 pr.

17 Sien die glos *traditione* ad Ulp D 13 7 1 pr.

18 In die glos *pignus* ad Ulp D 13 7 1 pr.

19 In die glos *non transit* ad Ulp D 13 7 9 2.

20 Vgl hieroor die glos *differt* ad Marc D 20 1 5 1 en die glos *pignus proprie* ad Gai D 50 16 238 2.

3 4 Samevatting

Dit volg uit voorgaande bespreking dat die Glossatore nie afgewyk het van die reëls wat deur die Romeinse regsgeleerdes daargestel is nie. Hulle het klaarblyklik geen probleme ervaar met die standpunte soos in die *Digesta* verkondig nie, en het slegs in uitsonderlike gevalle kommentaar op die aangeleentheid van fisiese beheer gelewer. Waar dit dan wel gedoen is, was dit net ter verduideliking, en weinig nuuts vloei daaruit voort. Wat wel interessant is, is die uitdruklike vermelding daarvan dat enige sintuiglike waarneming as genoegsame korporele aanraking beskou is. Dit strook met die Romeinse se redelik liberale vertolking van wat in bepaalde gevalle as voldoende fisiese beheer gereken kon word. Samevattend kan daar gesê word dat die Glossatore, net soos die Romeine, die mening gehuldig het dat 'n persoon gereken is fisiese beheer oor 'n saak uit te oefen solank as wat dit vir hom moontlik was en hy nie deur derdes of fisiese omstandighede verhinder is om dit te doen nie. Hierdie beheer hoef nie daadwerklik uitgeoefen te gewees het nie, maar die persoon moes wel in staat gewees het om dit uit te oefen.

Ten slotte blyk dit ook uit hierdie bespreking dat die Glossatore se opvatting in verband met pandreg oënskynlik met dié van die Romeine ooreengekom het en dat feitelike lewering en voortdurende behoud van die pandsaak nie 'n vereiste was vir die totstandkoming en behoud van 'n pandreg nie.

HOOFSTUK 4: DIE POST-GLOSSATORE OF KOMMENTATORE

4 1 Eiendomsreg

Bartolus laat hom nie eintlik uit oor die verkryging van eiendomsreg nie. Hy sê wel met verwysing na die toe-eiening van wilde diere dat die dier eers die jagter se eiendom geword het wanneer hy dit "naturaliter" gevange geneem het.¹ Dit dui daarop dat die dier daadwerklik deur hom toegeëien moes wees en dat hy fisiese beheer daarvoor moes kon uitoefen.

Met betrekking tot 'n skat, sê De Mayno² dat besit en eiendomsreg daarvan eers verkry is wanneer dit toegeëien en verwyder is van die plek waar dit verberg was. Blote toe-eiening van die grond, selfs al het dit gepaard gegaan met die wete dat die skat daar verberg is, het nie besit daarvan tot gevolg gehad nie.³

Met verwysing na die verkryging van eiendomsreg en besit deur middel van die oordrag van sleutels, vereis De Mayno⁴ dat lewering daarvan ten aanskoue van die saak moes geskied. Die sleutels moes oorhandig word in die nabyheid van die pakhuis waarin die koopware was sodat die koper maklike toegang daartoe kon verkry. Alhoewel die koopware self nie sigbaar was nie en in die pakhuis opgesluit was, is besit en eiendomsreg daarvan nietemin deur middel van lewering van die sleutels oorgedra.

4 2 Besit

Volgens De Mayno⁵ is die woord *possessio* van "pedes" afgelei, en hy vra vervolgens waarom dit eerder van die voete as van enige ander deel van die liggaam afgelei is.

1 Ad Proc D 41 1 55 (78).

2 Vgl *Commentaria* ad Paul D 41 2 3 3 (64 1).

3 Vgl De Mayno *Commentaria* ad Paul D 41 2 3 3 (64 2). Sien ook Bartolus ad Paul D 41 2 3 3 (81-82 pr) volgens wie besit daarvan toegeëien moet word.

4 Vgl *Commentaria* ad Paul D 41 2 1 21 (50 91).

5 *Commentaria* ad Paul D 41 2 1 pr (45 pr).

Dit is die gevolg daarvan dat die voete die sterkste deel van die liggaam is. Voorts het dit ook van die aard van die saak afgehang, aangesien persone van die begin af eerder besit verkry het deur met die voete op die saak te trap (grond), as om dit met die hand aan te raak. Dit blyk hieruit dat besit aanvanklik deur middel van 'n daadwerklike korporele handeling verkry is.⁶ Besit kon deur middel van twee instrumente verkry word, te wete die hande en die voete.⁷ Deur middel van die voete is besit van onroerende sake verkry en deur middel van die hande kon besit van roerende sake verwerf word.

Bartolus omskryf *detentatio* soos volg:⁸

Dico quod *detentatio* nihil est aliud nisi custodia

en De Mayo⁹ definieer dit in soortgelyke terme:

Sed *detentatio* est quidam simplex custodia.

Dit is 'n baie belangrike omskrywing, want dit behels dat die besitter die saak sodanig moes beheer het dat hy toesig daarvoor gehad het en aanspreeklik was vir die bewaring daarvan. Hy het met ander woorde die saak namens 'n ander beheer.

Vir die verkryging van besit is 'n korporele toe-eieningshandeling steeds vereis. Albericus laat hom soos volg hieroor uit:¹⁰

Per apprehensionem corporeum acquiritur possessio corporalis, & per eam retinetur in his quae in nullius bonis sunt.

6 Ibid.

7 Ibid.

8 Ad Paul D 41 2 1 pr (79 27).

9 *Commentaria* ad Paul D 41 2 1 pr (47 36).

10 *Commentarii* ad Paul D 41 2 1 pr (77 1). Sien ook ad Paul D 41 2 3 3 (79).

De Mayno¹¹ noem ook dat Albericus van mening is dat besit van juwele en edelstene nie deur blote ontdekking of aanskoue daarvan verkry kon word nie, maar dat 'n toe-eieningshandeling noodsaaklik was. Wanneer besit van 'n saak deur een persoon aan 'n ander oorgedra is, kon dit verkry word sonder *possessio corporea*, bloot deur die saak te aanskou en met die nodige bedoeling.¹² Besit kon in so 'n geval ook deur die lewering van sleutels oorgedra word.¹³ Albericus beklemtoon dat liggaamlike sake besit kon word, en dat dit met die liggaam, hetsy deur middel van 'n korporele handeling of deur aanskoue van die saak, verkry kon word.¹⁴ Die rede waarom sig ook as voldoende aanvaar is, is dat daar lewe is in elke deel van die liggaam, en dat besit gevolglik deur middel van enige deel verkry kon word. Simboliese toe-eieningshandelinge, soos die aanstel van 'n wag om na goedere om te sien, was ook genoegsaam vir die verkryging van besit.¹⁵

Met betrekking tot die vestiging van besit van onroerende goed bevestig Bartolus dat deur 'n deel van die saak te betree, 'n persoon besit van die hele saak kon verkry.¹⁶ In dieselfde glos¹⁷ word die vraag gestel of 'n persoon wat 'n fort en die grondgebied daaromheen gekoop en besit van die fort verkry het, ook die omringende gebied moes betree ten einde besit daaroor te gevestig het. Daar word geantwoord dat dit nie nodig was nie.

Bartolus is van mening¹⁸ dat dieselfde vorm van besit nie tegelykertyd by meerdere mense kon berus nie. Dit was egter wel moontlik dat verskillende soorte besit van dieselfde saak tegelykertyd deur meerdere persone uitgeoefen kon word. Die vraag of twee mense dieselfde saak in *solidum corporaliter*, met ander woorde met die liggaam, kon besit, word negatief beantwoord.¹⁹ Twee mense kon nie dieselfde saak tegelykertyd in *solidum* beheer nie, want *detentatio* was gelyk aan *custodia*, en dit kon

11 Vgl *Commentaria* ad Paul D 41 2 1 pr (46 13).

12 Vgl *Albericus Commentarii* ad Paul D 41 2 1 21 (79 1).

13 Vgl *Albericus Commentarii* ad Paul D 41 2 1 21 (79 2).

14 Vgl *Commentarii* ad Paul D 41 2 3 pr (79 1 en 3).

15 Vgl *Albericus Commentarii* ad Cels D 41 2 18 2 (85).

16 Ad Paul D 41 2 3 pr (81 pr). Vgl *Albericus Commentarii* ad Paul D 41 2 3 pr (79 1).

17 Bartolus ad Paul D 41 2 3 pr (81 5).

18 Ad Paul D 41 2 3 5 (82 pr-1). Sien ook *Albericus Commentarii* ad Paul D 41 2 3 5 (80 1).

19 Vgl Bartolus ad Paul D 41 2 3 5 (83 11).

nie tegelykertyd deur twee mense uitgeoefen word nie.²⁰

Volgens Bartolus duur die besit van 'n roerende saak voort solank as wat dit aan die besitter se custodia onderhewig was.²¹ Tydens 'n persoon se afwesigheid het sy beheer dus voortgeduur solank as wat daar gesê kon word dat hy custodia daarvoor behou het. Indien 'n persoon byvoorbeeld die deur toegesluit het wanneer hy sy huis verlaat het, het sy custodia ten aansien daarvan voortgeduur. As 'n persoon roerende goed sou agterlaat op so 'n plek dat daar gereken is dat sy custodia ten aansien daarvan kon voortduur, het sy beheer daarvoor voortbestaan. Albericus²² bevestig dat besit van 'n roerende saak behou kan word "quamdiu per facultatem apprehendendi naturalem eius custodia coercetur", of (in die geval van wilde diere) solank as wat hulle die gewoonte behou het om terug te keer.

Besit van roerende sake het dan ook onmiddellik verlore gegaan wanneer dit nie meer moontlik was om custodia daarvoor uit te oefen nie. Dit is daaraan toegeskryf dat die sake kon wegraak sodra daar nie meer beheer daarvoor uitgeoefen is nie.²³

4 3 Pand

Daar kon nie veel opgespoor word met betrekking tot pand deur die Kommentatore nie. Dit is egter wel besonder insiggewend dat Bartolus²⁴ sê dat 'n pand "nuda consensu contrahitur". Hieruit volg dat lewering nie nodig was vir die totstandkoming van 'n pandreg nie en dat voortdurende fisiese beheer nie vereis is vir die behoud daarvan nie.

20 Vgl Bartolus ad Paul D 41 2 3 5 (83 16).

21 Vgl ad Paul D 41 2 3 13 (84 1). Sien ook ad Paul D 41 2 1 pr (79 27). Vgl verder De Mayno *Commentaria* ad Paul D 41 2 3 13 (73 pr en 3) wat eweneens van mening is dat die behoud van custodia die behoud van besit aandui.

22 *Commentarii* ad Paul D 41 2 3 13 (81 1).

23 Vgl Bartolus ad Paul D 41 2 3 13 (84 1) en De Mayno *Commentaria* ad Paul D 41 2 3 13 (73 3). Sien egter ook Bartolus ad Paul D 41 2 1 pr (79 25) wat daarop wys dat alhoewel besit gewoonlik verlore gegaan het wanneer die besitter weggegaan of opgehou het om die saak vas te hou, dit in sommige gevalle dmv die animus alleen behoue kon bly.

24 Ad D 13 7 in *Corpus Iuris Civilis Iustiniani* vol 1 (1392).

4 4 Samevatting

Dit volg uit bostaande bespreking van die Kommentatore se opvattinge met betrekking tot die verkryging van eiendomsreg dat die toe-eieningshandeling wat gewoonlik vereis is ten einde eiendomsreg ten aansien van die saak te verkry, verskillende vorms kon aanneem. Die enigste vereiste wat gestel is, was dat die persoon wat daarop aanspraak gemaak het dat hy eiendomsreg verkry het, ná hierdie handeling in staat moes wees om die saak ter uitsluiting van derdes te beheer.

Die afleiding wat gemaak kan word uit die Kommentatore se kommentare met verwysing na die verkryging van besit van 'n saak, is dat die belangrikste begrip in dié verband *custodia*²⁵ was. Wanneer en solank as wat die persoon wat beweer dat hy die saak beheer het, *custodia* daaroor kon uitoefen, is hy as die beheerder daarvan beskou. Dit het telkens van al die omringende omstandighede afgehang of hy inderdaad *custodia* oor die saak gehad het. Indien hy in staat was om ná die vestigingshandeling beheer oor die saak uit te oefen en dit op te pas en bewaar, kon daar gesê word dat hy inderdaad beheer daarvan verkry het. Dit het behoue gebly solank as wat sy *custodia* voortgeduur het, en verlore gegaan onmiddellik wanneer hy nie meer in staat was om *custodia* daaroor uit te oefen nie.

Volgens die Kommentatore kon twee mense nie dieselfde saak in *solidum* op dieselfde tydstip beheer nie. Hulle was van mening dat twee mense nie tegelykertyd *custodia* ten aansien van dieselfde saak kon uitoefen nie.

Uit Bartolus se opmerking met verwysing na die totstandkoming van 'n pandreg is dit duidelik dat fisiese beheer geen besondere rol of funksie vervul het met betrekking tot die totstandkoming en gevolglik ook die behoud en verlies van pandreg nie.

25 Vgl Lewis & Short *A Latin Dictionary* 504 sv *custodia*: "a watching, guard, care, protection."

HOOFSTUK 5: DIE HUMANISTE

5 1 Eiendomsreg

Met betrekking tot die verkryging van eiendomsreg van wilde diere, sê Duarenus¹ dat eiendomsreg eers verkry is wanneer die saak deur middel van 'n toe-eieningshandeling onder beheer van die jagter gebring is. Indien 'n wilde dier dus ernstig gekwes is en die jagter nog besig was om dit te agtervolg, het dit nie die eiendom van die jagter geword voordat dit daadwerklik gevang is nie aangesien daar nog 'n moontlikheid bestaan het dat dit deur 'n derde gevang kon word.

Die vonds van juwele en edelstene wat aan niemand behoort het nie op die strand, het ook eiendomsreg daarvan tot gevolg gehad vir die persoon wat dit gevind het.²

Volgens Duarenus³ kon oordrag of lewering ook deur middel van 'n fiktiewe of simboliese handeling geskied. Met betrekking tot lewering deur middel van sleutels, sê hy⁴ dat dit algemeen aanvaar is dat wanneer wyn of koring in 'n pakhuis verkoop is, eiendomsreg daarvan onmiddellik by lewering van die sleutels op die koper oorgegaan het. Ontvangs van die sleutels was volgens Duarenus 'n korporele handeling wat plaasgevind het met die oog op custodia.⁵

Wanneer die debiteur die geld wat hy aan die krediteur verskuldig was, ten aanskoue van die krediteur neergesit het, het dit onmiddellik die eiendom van die krediteur geword in weerwil daarvan dat hy dit nie aangeraak het nie.⁶

1 *Opera Omnia* vol 2 41 1 2 (544). Vgl ook Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 1 1 (175).

2 Duarenus *Opera Omnia* vol 2 41 1 4 (545).

3 *Opera Omnia* vol 2 41 1 13 (548).

4 Vgl *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 1 21 (580). Sien ook Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 pr (215 8).

5 *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 1 21 (580). Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 pr (215 8) is van mening dat daar geen korporele toe-eiening van die koopware was wanneer die sleutels van die pakhuis waarin die koopware was, oorgedra is nie. Die koper het nietemin eiendomsreg daarvan verkry sodra hy die sleutels ontvang het. Volgens Ig ad Paul D 41 2 3 pr (216 13) kon besit en eiendomsreg van 'n saak ook verwerf word deur lewering van die nodige dokumente sonder enige bykomstige toe-eieningshandeling.

6 Vgl Duarenus *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 1 21 (580).

Met betrekking tot die verkryging van 'n skat, sê Zasius⁷ dat besit daarvan nie verkry is deur die blote bewussyn van die skat nie; die skat is nie toegeëien deur toe-eiening van die grond nie, want dit was nie deel van die grond nie. Hy wys daarop dat die Sabiniani van mening was dat die skat eers die besitting van die vinder geword het wanneer hy dit weggeneem het. Deur daadwerklike toe-eiening en verwydering vanaf die wegsteekplek het die vinder eiendomsreg verkry. Hy stem saam met hierdie standpunt ten spyte daarvan dat dit nie werklik gestrook het met die reël dat besit ook met die oog en sig en die nodige bedoeling verkry kon word nie.⁸ Die blote wete dat die skat in die grond was, het nie van die vinder 'n eienaar gemaak nie: Dit moes toegeëien en weggeneem gewees het alvorens die vinder besit daarvan verkry het.⁹ Die rede wat hiervoor aangevoer is, was dat die skat nie onder die vinder se custodia was terwyl dit nog in die grond was nie. Enige latere ontdekker daarvan kon dit dus vir homself toe-eien en wegneem. Na aanleiding hiervan kom hy¹⁰ tot die gevolgtrekking dat dit beteken dat 'n persoon nie outomaties alles besit het wat in sy huis was en custodia daaroor gehad het nie. Slegs indien die saak uitdruklik aan hom toevertrou is of vir hom gegee of geleen is en dit gevolglik met sy wil en medewete in sy huis was, kon daar gesê word dat dit onder sy custodia was.

5 2 Besit

Possessio word soos volg deur Duarenus¹¹ gedefinieer:

possessio est rei corporalis detentio.

Zasius¹² omskryf possessio as die reg om 'n saak vir jouself te hou of om daarop

7 *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 3 (230 6).

8 Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 3 (231 6).

9 Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 3 (233 14). Vgl ook Cujacius *Opera* vol 4 ad Paul 41 2 3 3 (186) wat bevestig dat dit uitgegrawe en toegeëien moes word alvorens besit tav die saak gevestig kon word. Sien verder Duarenus *Opera Omnia* vol 2 41 2 2 (550); Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 3 (1017).

10 Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 3 (234 14).

11 *Opera Omnia* vol 2 41 2 1 (549).

12 *Opera omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 1 (177). Volgens Azo (*ibid*) is besit die fisiese beheer van 'n saak, tegelykertyd ondersteun deur die liggaam, die gees en die reg.

te staan. Dit was egter baie algemeen.

Met verwysing na die verkryging van besit, is die skrywers van hierdie tyd dit eens dat 'n korporele toe-eieningshandeling¹³ en die nodige bedoeling vereis is. Cujacius stel dit soos volg:¹⁴

Ergo nec nisi corpus, sive res corporalis possideri potest, jus autem, quod et incorporale manu prehendi, vel pes in eo poni, oculusve adjici non potest.

Cujacius vereis ook dat die verkryging van besit naturali apprehensione moes geskied.¹⁵ Volgens Duarenus¹⁶ was dit egter nie altyd noodsaaklik om die saak met die liggaam aan te raak en met die hande toe te eien ten einde besit daarvan te verkry nie. Dit was heeltemal voldoende om die saak met die oë te aanskou.¹⁷ Die oog is immers 'n deel van die liggaam, soos die voet en die hand. Deur iets te aanskou, is 'n persoon dus geag dit met sy liggaam aan te geraak het:

Sed tamen acquiritur haec possessio non sine consensu corporeo. Aspectus enim sensus est corporeus.¹⁸

Die korporele handeling wat vereis is, kon twee vorms aanneem.¹⁹ Eerstens kon dit 'n daadwerklike fisiese handeling wees soos wanneer die voornemende besitter die saak letterlik toegeëien het. In die geval van roerende sake is so 'n handeling uitgevoer wanneer die saak met die hand aangeraak is. Dit was egter nie altyd moontlik om so 'n handeling uit te voer nie, soos wanneer die saak nie in die persoon

13 Volgens Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 5 (1019) word die handeling met die oog op die vestiging van besit in die eerste plek verrig met die doel om die saak aan die (voornemende) besitter se gesag of custodia te onderwerp.

14 Vgl Cujacius *Opera* vol 4 ad Paul 41 2 3 pr (185). Sien ook Duarenus *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 3 pr (585); Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 1 (1017).

15 *Opera* vol 4 ad Paul 41 2 3 3 (186).

16 *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 1 21 (580).

17 Vgl ook Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 pr (215 6). Sien ook Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 7 (1019); Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 1 21 (206 1); Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Cels D 41 2 18 2 (339 5).

18 Duarenus *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 3 pr (585).

19 Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 2 (1017).

se onmiddellike nabyheid was nie.²⁰ Daar was ook ander wyses behalwe natuurlike toeëieningshandelinge waarop 'n saak onder 'n persoon se gesag of custodia gebring kon word.²¹

So kon 'n saak aan 'n nuwe besitter se gesag en custodia onderwerp word deurdat die sleutels van die gebou waarin dit toegesluit was aan hom oorhandig is.²² Nadat hy die sleutels ontvang het, kon hy custodia daarvoor uitoefen en was dit nie meer vir derde persone toeganklik nie. Indien die sleutels by die gebou oorhandig is, kon die nuwe besitter onmiddellik begin om custodia ten opsigte daarvan uit te oefen en was daar geen fisiese belemmering wat in sy weg gestaan het nie.

Verder kon besit ook verkry word oor sake wat te groot was om beweeg te word deurdat die persoon wat besit ten aansien daarvan wou verwerf, begin het om as custos daarvan op te tree.²³

Vervolgens het 'n persoon besit van 'n saak verkry as hy opdrag gegee het dat dit by sy huis afgelewer word.²⁴ In so 'n geval het hy dieselfde beheer daarvoor uitgeoefen as oor die ander sake in sy huis wat onder sy beheer was. Besit is dus oorgedra alhoewel daar geen aanraking of daadwerklike toeëiening van die saak was nie.

Indien die verkryger deur sy procurator verteenwoordig is, is daar gesê dat die verkryger besit van die saak verkry het aangesien dit beskou is aan hom persoonlik gelewer te gewees het asof hy dit met sy eie hande ontvang het.²⁵

Duarenus laat hom ook uit oor die verkryging van 'n skat:²⁶ Volgens hom was die

20 Vgl Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 4 (1018).

21 Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 7 (1019-1020).

22 Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 8 (1020-1021). Vgl ook Duarenus *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 1 21 (580); vgl Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 1 21 (209 12); Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 pr (215 8).

23 Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 9 (1021).

24 Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 10 (1021).

25 Vgl Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 1 21 (206 1).

26 Vgl *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 3 3 (590). Sien ook Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 3 (1017); Cujacius *Opera* vol 4 ad Paul 41 2 3 3 (186).

Sabiniani reg, want die skat het nie deur middel van accessio deel van die grond geword nie. Besit daarvan is dus nie verkry deur middel van die beginsel dat 'n persoon alles verkry het wanneer hy 'n deel van die saak betree het nie. Toe-eiening van die grond het gevolglik nie toe-eiening van die skat tot gevolg gehad nie. Besit van die skat is eers verkry wanneer dit uit die wegsteekplek verwyder is.

Indien die man aan wie besit van die saak oorgedra is, 'n wag aangestel het om na die saak om te sien, het hy besit daarvan verkry, en as hy 'n hoop hout sou koop en iemand sou aanstel om dit op te pas, is hy eweneens geag besit daarvan te verkry het aangesien hy deur middel van daardie persoon custodia van die hout gehad het.²⁷ Die korporele handeling van die wag is aan die verkryger toegeskryf.²⁸

Vir die verkryging van besit van 'n onroerende saak was dit nie nodig dat die voornemende besitter oor die hele plaas moes geloop het nie.²⁹ Dit was heeltemal voldoende as hy net 'n deel daarvan betree het.

Cujacius³⁰ wys daarop dat alhoewel die forum, openbare baddens, suilegange en openbare pleine tegelykertyd deur meerdere mense gebruik kon word, dit nie deur hulle in solidum besit kon word nie. Hy bevestig dat meerdere mense nie tegelykertyd dieselfde saak in solidum kon besit nie en baseer sy standpunt daarop dat dit teen die natuur sou wees dat meerdere mense geag kon word op dieselfde plek te kon staan of sit. Hy maak hier dus gebruik van 'n suiwer fisiese argument ten einde te bewys dat besit in solidum nie fisies moontlik was nie.³¹ Alhoewel dit so was dat meerdere mense nie dieselfde saak tegelykertyd in solidum kon besit nie aangesien twee mense nie fisies op dieselfde plek kon staan of sit nie, het dit dikwels gebeur dat twee mense dieselfde saak tegelykertyd besit het: volgens Zasius³² het die een naturaliter en die

27 Vgl Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 pr (215 7).

28 Duarenus *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 1 21 (585).

29 Vgl Duarenus *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 3 (586). Dit word deur Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 4 (1017); en Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 pr (217 21) bevestig.

30 *Opera* vol 4 ad Paul D 41 2 3 pr (174).

31 *Opera* vol 4 ad Paul D 41 2 3 5 (187).

32 *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 5 (251 8).

ander civiliter besit. Hy is van mening³³ dat die debiteur en die krediteur die saak tegelykertyd kon besit, want eersgenoemde het slegs met die oog op usucapio besit terwyl laasgenoemde ten aansien van alle ander aspekte besit van die saak gehad het.

Besit van sake is in al bogenoemde gevalle verkry deurdat dit aan die verkryger se gesag onderwerp is; solank as wat dit aan sy gesag en custodia onderhewig was, het hy besit daarvan behou.³⁴ Met betrekking tot die behoud van besit, sê Zasius dat 'n man wat van sy plaas afwesig was, voortgegaan het om dit te besit deur middel van sy seun of slaaf en deurdat hy steeds die bedoeling gehad het om die plaas te behou.³⁵ Indien 'n ander egter nie namens hom besit het nie, maar hy steeds die plaas in sig gehad het, het hy dit ook civiliter besit. En selfs as hy nie meer die plaas kon sien nie, maar nog steeds naby genoeg was om maklik en vinnig daarheen terug te keer, het hy steeds deur middel van sy animus besit behou. Met betrekking tot die voortbestaan van die besit van winterweivelde, sê Zasius³⁶ dat die eienaar besit van sy plase behou het deur sy animus om daarheen terug te keer. Besit van roerende sake is volgens Zasius behou solank as wat dit onder die besitter se custodia of beheer was:³⁷

Quod rem mobilem tandiu possidemus, quandiu a nobis custoditur.

Duarenus laat hom in gelykluidende woorde oor die behoud en verlies van besit uit:³⁸

33 *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 5 (255 23).

34 Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 9 12 (1022).

35 *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 1 1 (179).

36 *Opera omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 11 (263 3).

37 Vgl *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 13 (264 4). Dit was die geval selfs as die besitter op 'n spesifieke oomblik nie geweet het waar die saak was nie, maar dit maklik gevind kon word wanneer dit gesoek sou word. In daardie geval is die roerende sake geag onder die besitter se custodia te wees en besit daarvan het derhalwe behoue gebly. Sien ook Donellus *Opera Omnia* vol 1 5 12 5 (1038) volgens wie 'n persoon besit van 'n saak behou het solank as wat dit aan sy gesag en custodia onderhewig was. Volgens Menochius *Ad Adipiscenda, Restituenda et Recuperanda Possessione* 147 3 behels die behoud van besit niks anders nie as om besit wat reeds verkry is, en wat by die besitter berus het, op te pas en bewaar (tueri et conservare).

38 *Opera Omnia* vol 2 ad Paul D 41 2 3 13 (605).

Res mobiles in possessione hoc proprium habet, quod tandiu dicatur a nobis possideri, quandiu est sub custodia est.

Wanneer daar dus nie meer gesê kon word dat die (voormalige) besitter custodia van die saak het nie, is hy geag besit daarvan te verloor het. Met betrekking tot die verlies van besit, sê Duarenus dan ook dat 'n saak wat totnietgegaan het, nie meer onder die besitter se custodia was nie en gevolglik nie meer deur hom besit kon word nie.³⁹

5 3 Pand

Duarenus⁴⁰ is van mening dat alhoewel daar wel 'n subtiële verskil was tussen 'n hipoteek en 'n pand in die sin dat eersgenoemde betrekking gehad het op onroerende goed en laasgenoemde op roerende goed, die twee instellings in werklikheid net in naam verskil het. Wat betref doel en uitwerking het hulle dieselfde uitwerking in die praktyk gehad. Met verwysing na die totstandkoming van 'n pandreg, sê hy dat dit "nuda conventio" tot stand gekom het. Lewering was dus nie 'n vereiste vir totstandkoming nie.

5 4 Samevatting

Dit volg uit hierdie bespreking oor die verkryging van eiendomsreg deur die Humaniste dat dit van deurslaggewende belang was dat die voornemende eienaar een of ander toe-eieningshandeling moes uitvoer wat tot gevolg gehad het dat die saak onder sy beheer gebring is sodat hy custodia daarvoor kon uitoefen. Dit blyk die heel duidelikste uit die bespreking van die verkryging van eiendomsreg van 'n skat. Alvorens dit van die wegsteekplek verwyder is, is eiendomsreg ten aansien daarvan nie geag gevestig te wees nie aangesien die moontlikheid in so geval steeds bestaan het dat 'n ander persoon dit vir homself kon toe-eien. Dit was eers wanneer die persoon wat dit ontdek het dit ook verwyder het, dat daar gesê kon word dat hy beheer daarvoor kon uitoefen

39 *Opera Omnia* vol 2 41 2 3 (550). Vgl ook Zasius *Opera Omnia* vol 3 ad Paul D 41 2 3 13 (263-264 2).

40 *Opera Omnia* vol 1 13 7 1 1 (148).

en as custos daarvan kon optree.

Dit blyk uit die bespreking van die Humaniste oor die vestiging, behoud en verlies van besit dat daar telkens 'n korporele toe-eieningshandeling vereis is om besit ten aansien van 'n spesifieke saak te vestig. Dit hoef egter nie altyd 'n korporele handeling te gewees het in die sin dat die saak letterlik deur een van die sintuie van die liggaam aangeraak moes word nie. Fiktiewe toe-eieningsvorms is ook as voldoende aanvaar, mits dit tot gevolg gehad het dat die saak ná sodanige optrede onder die nuwe besitter se gesag en custodia verkeer het. So is 'n persoon deur die ontvangs van 'n pakhuis se sleutels in staat gestel om die inhoud van die pakhuis te beheer en custodia ten aansien daarvan uit te oefen. Solank as wat die saak aan sy gesag en custodia onderhewig was, is sy besit geag voort te duur. Wanneer sy custodia beëindig is, het sy besit dienooreenkomstig onmiddellik tot niet gegaan.

Volgens die Humaniste kon dieselfde saak nie tegelykertyd deur meerdere mense in solidum besit word nie. Dit was die gevolg daarvan dat twee (of meer) mense nie feitelik op dieselfde plek kon sit of staan op dieselfde tydstip nie. 'n Saak kon egter te eniger tyd deur meerdere mense tegelyk besit word mits hulle verskillende vorms van besit ten aansien daarvan uitgeoefen het.

Met verwysing na pandreg kan daar net kortliks opgemerk word dat aangesien lewering nie vereis is vir die totstandkoming van 'n pandreg nie, fisiese beheer geen besondere funksie vervul het nie.

HOOFSTUK 6: DIE USUS MODERNUS PANDECTARUM

6 1 Eiendomsreg

Occupatio word deur Heineccius beskryf as die toe-eiening van 'n saak wat aan niemand behoort nie met die bedoeling om dit te behou:¹

Occupatio ergo est adprehensio rerum corporalium nullius cum animo sibi habendi. Quae adprehendi custodiaeque coerceri nequeunt, ea nec occupari possunt.

Met verwysing na die toe-eiening van wilde diere sê hy dat dit nie voldoende was dat hulle gekwes word nie; hulle moes inderdaad gevang en onder beheer gebring word alvorens daar van eiendomsreg sprake kon wees.²

Leyser³ beklemtoon dat dit nie genoegsaam was vir die verkryging van eiendomsreg dat die voornemende eienaar die saak toegeëien het met die bedoeling om eiendomsreg daarvan te verkry nie. Dit was ook noodsaaklik dat die saak terselfdertyd onder sy beheer gebring moes word, en dit het nie altyd noodwendig gebeur wanneer dit toegeëien is nie. 'n Persoon wat 'n wilde dier gekwes het en nog besig was om dit te agtervolg, het dit nog nie aan sy gesag onderwerp nie aangesien dit nog kon ontsnap of deur 'n ander persoon gevang kon word.⁴ Vir inbesitname was nóg animus nóg woorde nóg tekens voldoende want die saak kon nie deur een van hierdie aspekte alleen aan beheer onderwerp word nie.⁵ Occupatio en die verkryging van eiendomsreg was niks anders as die onderwerping van die saak aan die gesag van die verkryger nie.⁶

-
- 1 *Operum* vol 5 6 41 1 166 (593). Vgl ook Böhmer *Introductio* vol 2 41 1 8 (321) wat dit in soortgelyke terme omskryf: "Occupatio est corporalis rei, quatenus nullius est, apprehensio, cum animo sibi illam appropriandi."
 - 2 Heineccius *Operum* vol 5 6 41 1 170 (594). Sien ook Böhmer *Introductio* vol 2 41 1 13 (322) volgens wie wilde diere aan die jagter behoort het solank hulle aan sy gesag onderhewig was.
 - 3 *Meditationes* vol 7 439 1 (2 ev).
 - 4 *Meditationes* vol 7 439 1 (3-4).
 - 5 *Meditationes* vol 7 439 2 (4).
 - 6 *Meditationes* vol 7 439 3 (9).

6 2 Besit

Brunneman⁷ wys daarop dat die verkryging van besit deur 'n korporele handeling voorafgegaan moes word. Indien 'n persoon dus bewus sou wees van 'n verborge skat in sy eiendom, het hy eers besit daarvan verkry wanneer hy dit fisies toegeëien het.⁸

Volgens Brunneman⁹ en Heineccius¹⁰ is besit van 'n erflating verkry wanneer daar besit van geneem is.

Brunneman¹¹ is van mening dat 'n persoon ook sonder 'n korporele handeling besit van 'n saak kon verkry indien hy tydens sy afwesigheid 'n wag sou aanstel om na die saak om te sien.

Besit kon vervolgens deur middel van lewering verkry word. Traditio word soos volg deur Böhmer¹² omskryf:

Traditio quae est actus, quo res ab aliquo, qui jus illam transferendi habet, in alterum acceptantem legitime, & scienter transfertur.

Daar is vereis dat die voormalige besitter gesag of beheer oor die saak aan die nuwe besitter moes oordra. Liggaamlike sake is gewoonlik deur die een persoon aan die ander gelewer terwyl dit in die geval van onroerende sake voldoende was om die grond te betree.¹³ Leyser¹⁴ is ook van mening dat dit in die geval van die oordrag van grond heeltemal genoegsaam was indien die skenking daarvan in 'n dokument vervat was.

7 *Commentarius ad Jav* 41 2 23 (1131 6). Vgl ook Lauterbach *Thesaurus* 41 2 1327 n 10.

8 Vgl ook Böhmer *Introductio* vol 2 41 2 11 (333).

9 *Commentarius ad Jav D* 41 2 23 pr (1136).

10 *Operum* vol 5 6 41 2 203 (603 1).

11 *Commentarius ad Jav D* 41 2 51 (1139).

12 *Introductio* vol 2 41 1 33 (327).

13 Böhmer *Introductio* vol 2 41 1 38 (328). Vgl ook Lauterbach *Thesaurus* 41 1 1316 n 33; Heineccius *Operum* vol 5 6 41 2 202 (603) ivm die lewering van onroerende sake.

14 *Meditationes* vol 7 445 3 (72-73).

Naas daadwerklike lewering het die reg ook fiktiewe of simboliese lewering erken. So kon die oorhandiging van die sleutels van 'n pakhuis aan 'n nuwe besitter as 'n teken beskou word dat die inhoud van die pakhuis aan hom gelewer is.¹⁵ Volgens Lauterbach¹⁶ bestaan so 'n fiktiewe of simboliese lewering naas die teken of simbool slegs uit die nodige bedoeling van die partye en 'n dienooreenkomstige verklaring. Wagte wat aangestel is om na 'n saak om te sien of kentekens wat op 'n saak (byvoorbeeld bome of balke) aangebring is, was voorbeelde van sulke tekens. Brunneman¹⁷ is van mening dat meerdere mense nie dieselfde saak op dieselfde tydstip in solidum kon besit nie, maar dat hulle wel tegelyk kon besit as die een civiliter en die ander naturaliter besit het.

6 3 Pand

Met verwysing na pandgewing sê Lauterbach¹⁸ dat die *causa causans* daarvan consensus en *traditio rei* was. Hieruit kan die afleiding gemaak word dat hy aan vuispand gedink het, en dat hy lewering van die pandsaak as noodsaaklik beskou het.¹⁹ Leyser²⁰ beskryf *pignus* ook as 'n "handhabend Pfand", en gaan soos volg voort:

Inter pignus et hypotheca hoc interesse, quod possessio pignoris ad creditorem transeat, hypothecae penes debitorem maneat.

Dit volg hieruit dat hy oënskynlik ook van mening was dat die pandsaak aan die krediteur gelewer moes word.

15 Vgl Böhmer *Introductio* vol 2 41 1 41 (329); Lauterbach *Thesaurus* 41 1 1316 n 33; Heineccius *Operum* vol 5 41 2 202 (603).

16 *Thesaurus* 41 1 1316 n 33. Sien ook 41 1 1327 n 10 waar hy daarop wys dat daadwerklike korporele handeling nie altyd vereis word nie aangesien daar met verloop van tyd sekere gebruike gevestig geraak het wat daartoe gelei het dat fiktiewe leweringshandeling ook aanvaarbaar geword het. Die begrip korporele handeling moet gevolglik baie wyd vertolk word.

17 *Commentarius ad Paul* 41 2 3 13 (1131 8).

18 *Thesaurus* 13 7 (553).

19 *Thesaurus* 20 1 877 n 1: *Pignus vero & hypotheca quomodo differant, docet...ut pignus illud, quod in possessionem creditoris translatum fit.* Vgl ook Heineccius *Operum* vol 5 4 20 1 2 (340).

20 *Meditationes* vol 3 en 4 223 1 en 2 (711-712).

6 4 Samevatting

Dit wil voorkom of die outeurs van hierdie tydperk van mening was dat dit van deurslaggewende belang by die vestiging van eiendomsreg was dat 'n saak toegeëien en onder custodia gebring moes word. Die saak moes dus daadwerklik aan die gesag van die eienaar onderwerp word.

Met verwysing na besit kan daar opgemerk word dat 'n korporele handeling vereis is ten einde besit van die saak aan die nuwe besitter te besorg. Die begrip "korporele handeling" moes egter baie wyd vertolk word, en is byvoorbeeld toegeskryf aan die aanstelling van 'n wag om na sake om te sien. Werklike en fiktiewe leweringhandelinge het ook besit aan die nuwe besitter verleen, en die enigste vereiste wat gestel is was dat die saak ná sodanige handeling onder beheer van die nuwe besitter moes wees en dat hy custodia daarvoor moes uitoefen.

Daar is nie veel oor pandgewing gesê nie, maar dit wil voorkom of die gebruikelike vorm van pand wat aan hulle bekend was, vuispand was, en dat lewering van die pandsaak sodat dit aan die gesag van die krediteur onderhewig gestel is, 'n vereiste was.

HOOFSTUK 7: REGSONTWIKKELING IN NEDERLAND - SEWENTIENDE EN AGTIENDE EEUE

7 1 Die sewentiende eeu

7 1 1 Eiendomsreg

De Groot se uitgangspunt by eiendomsreg en besit is die begrip "beheering" wat hy soos volg omskryf:¹

Beheering is't recht van toe-behooren bestaende tusschen den mensch ende de zaecke zonder noodigh opzicht op een ander mensch.

Toe-eiening was waarskynlik die heel eerste wyse waarop eiendomsreg verkry is. Voet² maak met betrekking tot toe-eiening die volgende stelling:

Cum adhuc exiguo admodum numero constabat genus humanum, sibi in suos usus occupante ea, quae ad victum & amictum aliaque vitae commoda pertinebant, cum aliorum exclusione.

Hy gaan dan voort en gee die volgende definisie van occupatio:³

Occupatio est justa apprehensio rerum corporalium, iure gentium communium, animo domini facta; per quam id, quod nullius est, naturali ratione occupanti conceditur.

1 *Inleidinge* 2 2 1 (48). "Beheering" word vervolgens deur hom as possessio civilis of eiendomsreg beskryf.

2 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 1 1. Vgl ook Voet *Commentary* 171: "Even at a time when the human race still consisted of quite a scanty number of persons, every single one of them would seize for himself to the shutting out of others for his own purposes those things which had to do with food, raiment and the other conveniences of life."

3 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 1 2. Vgl ook Voet *Commentary* 172 mvn Gai D 41 1 3 pr en Inst 2 1 12: "Seizure is the just taking hold of corporeal things which are common by the law of nations, when this is done with the intention of becoming owner, and whereby that which belongs to no one is vouchsafed by natural reason to the first taker."

In die Latynse teks word die woord "occupanti" gebruik, en volgens Lewis en Short⁴ is die woord occupare 'n samestelling van ob + capio, en beteken dit dus letterlik om beslag te lê op iets. Verdere betekenisaanduidings is "to take possession of", "to seize" en "to occupy". Die gebruik van hierdie woord impliseer 'n korporele handeling, en dui daarop dat daar een of ander vorm van fisiese optrede aan die kant van die voornemende eienaar moes wees wat laat blyk het dat hy die saak vir homself toegeëien het.

Met betrekking tot die verkryging van eiendomsreg, sê De Groot dat eiendomsreg van sowel "onge-eigent goed" as "ge-eigent goed" deur besit verkry kon word.⁵ As voorbeelde van "onge-eigent goed" noem hy wilde diere, voëls en visse. Dit beteken wilde diere wat nog nooit gevang was nie, of diere wat wel gevang was maar weer hulle vryheid herwin het.⁶ Sodanige diere, asook ander sake wat aan niemand behoort het nie en wat geskik was vir privaateiendom,⁷ het die eiendom geword van 'n persoon wat dit vir homself toegeëien het.⁸ Eiendomsreg van hierdie sake was dus afhanklik van die daadwerklike beheer van die eienaar wat daarvoor uitgeoefen is. Dit is egter belangrik om daarop te let dat die blote aanskoue van sodanige goedere nie eiendomsreg gevestig het nie: Eiendomsreg daarvan is eers verkry wanneer dit daadwerklik toegeëien is.⁹ Met verwysing na Proculus D 41 1 5 sê Voet:¹⁰

4 *A Latin Dictionary* sv occupo 1252.

5 Vgl *Inleidinge* 2 4 1 (55): "Door bezit werd den eighendom verkregen van onge-eigent goed ofte van ge-eigent goed." "Onge-eigent goed" is volgens hom wilde diere of ander goed. Die wilde diere in hierdie kategorie is dié wat nog nooit gevange geneem is nie of wat, nadat hulle gevange geneem is, weer hulle vryheid herwin het. "Ge-eigent goed" is sake waarvan besit verkry word met of sonder die wil van die vorige eienaar.

6 Vgl De Groot *Inleidinge* 2 4 3 (56): Hulle is geag hulle vryheid weer te herwin het wanneer hulle uit die sig van die voormalige eienaar ontsnap het.

7 Bv res derelicta. Sien Huber *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 3 16. Vgl Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands-Regt* 2 3 8.

8 Vgl Huber *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 3 7: "Door aengrypinge wordt yeder mensch eygen alles, gelyk gezegt is, wat niemand anders toebehoort mits het sulke dinge zyn, die van enig mensch in't bysonder kunnen worden bewaerdte ende bezeeten." Sien ook Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands-Regt* 2 3 1. Hy wys egter daarop dat daar met verloop van tyd talle beperkinge op die vang van wilde diere geplaas is en voorskrifte uitgereik is oor watter soorte diere gevang mag word, waar en deur wie.

9 Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 3 15.

10 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 1 4. Vgl ook Voet *Commentary* 175 mvn Ulp D 9 1 5; Inst 4 3 16; Pomp D 21 1 48 3: "No greater token of power can be conceived than for you to hold him fast bound by bonds, snares or chains, just as we keep mischievous slaves and fierce dogs and other animals in our power by bonds, fetters or chains, and thus take care that they shall

Dum nullum majus indicium potestatis concipi potest, quam si vinculis, laqueis, catenis, constrictum teneas; prout servos malignos ac canes feroces aliaque animalia vinculis, compedibus, catenis, in nostra retinemus potestate, ac cavemus, ne vel noceant, vel fugiant.

Die wildevark het die jagter s'n gebly solank dit in die strik vasgevang was, maar het onmiddellik weer vry geword wanneer dit uit die strik bevry is.¹¹

Dit volg uit hierdie bespreking dat daadwerklike fisiese beheer oor 'n wilde dier noodsaaklik was vir die vestiging en behoud van eiendomsreg, en dat dit onmiddellik weer verlore gegaan het wanneer die dier nie meer werklik beheer is nie. Die fisiese aspek is hier baie letterlik vertolk, en het waarskynlik voortgespruit uit die aard van die saak. Wanneer wilde diere wat gevange geneem is en so die eiendom van die jagter geword het, ontsnap het, het eiendomsreg daarvan verlore gegaan. Die diere moes uit die sig van die vorige eienaar wees, of - as hulle nog sigbaar was - nie meer maklik gevang kon word nie. Hulle het dan weer die eiendom van die eerste persoon geword wat dit daarna vir homself toegeëien het.¹²

In sy bespreking van die toe-eiening van 'n res nullius, sê Voet¹³ met betrekking tot sake wat op land, in die lug en op see geneem is dat eiendomsreg diegene toekom wat eerste fisiese beheer gevestig het ten aansien van die saak wat tot op daardie stadium deur niemand besit is nie. Die feit dat die woord "capiuntur" in die Latynse teks gebruik word, dui weer eens daarop dat die outeur 'n korporele handeling in

neither do harm nor run away."

11 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 1 7.

12 Huber *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 3 18.

13 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 1 2. Vgl ook Paul D 41 2 1 1. Sien Huber *Heedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 3 15: "Vorders wordt ons eygen door aengrypinge alles wat men vindt op de Zeestrand, ende niemand toebehoort; wel verstaende dat eerst een ding te zien geen recht en geeft, maar eerst te vatten, gelt alleen." Mbt die vestiging van eiendomsreg oor 'n res nullius wat op die strand gevind is, is hy van mening dat die saak daadwerklik toegeëien moes word alvorens eiendomsreg geag is gevestig te gewees het. Oor die aard van hierdie vestigingsdaad laat hy hom nie verder uit nie, maar daar kan wel afgelei word dat die persoon een of ander fisiese handeling ten aansien van die saak moes verrig het ten einde beheer daarvoor te verkry het.

gedagte gehad het, en dat daar geïmpliseer is dat die voornemende eienaar die saak fisies moes hanteer vir doeleindes van die verkryging van eiendomsreg.

Volgens Voet is skatvinding ook 'n vorm van toe-eiening.¹⁴ Dit was egter nie voldoende dat die persoon die saak gesien het of geweet het waar dit was nie; daar is vereis dat hy dit van die plek waar dit was moes verwyder het of beheer daarvoor moes gevestig het. Hy voer as rede daarvoor aan dat eiendomsreg met die fisiese besit van 'n saak begin.¹⁵ In Paulus D 41 2 3 3 word daar verskillende standpunte oor die verkryging van 'n skat weergegee, maar dit was die opinie van die Sabiniani, naamlik dat beheer eers daarvoor gevestig moes word alvorens eiendomsreg verkry kon word, wat deur Voet verkies word. In die teks word daar gesê dat besit van die skat eers begin het wanneer dit uit die grond verwyder is, aangesien dit voor daardie tydstip nie in sy bewaring was nie. Die Latynse teks gebruik die woord "custodia". Dit is 'n veelseggende woordkeuse, want 'n mens kan immers net na iets omsien en dit beskerm en bewaar indien jy beheer daarvoor het. Die besit wat daar ten aansien van die saak bestaan het, moes dus sodanig van aard gewees het dat die eienaar die saak kon beskerm, en dit impliseer daadwerklike fisiese besit.

"Ge-eigende" goed is volgens De Groot verkry deur middel van besit met of sonder die wil van die vorige eienaar. Die siviele reg het vereis dat die vervreemder die wil moes hê om van eiendomsreg van die saak afstand te doen, en dat den "eersten eigenaar den tweede tot het dadelicke bezit moste doen komen" by wyse van lewering.¹⁶ De Groot maak net in die algemeen melding van lewering, en sê niks van die verskillende vorms van lewering wat bekend was nie. Uit die feit dat hy nie spesifieke

14 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 1 9. Vgl ook Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheyt* 2 3 22; Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands-Regt* 2 3 13.

15 Sien ook Gai D 41 1 1.

16 *Inleidinge* 2 4 38 (61). Vgl ook Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands-Regt* 2 7 1 wat daarop wys dat in die geval van sake wat reeds voorheen aan ander persone behoort het, daar naas 'n geldige causa ook lewering vereis is ten einde eiendomsreg van die betrokke saak oor te dra. Mv'n lewering ter vestiging van eiendomsreg, sê Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheyt* 2 9 10: "Het bezit van roerlyke goederen wordt eygentlyk overgedragen als't van d'eene hand in d'andere wordt overhandigt." In die geval van onroerende sake het dieselfde gebeur wanneer die persoon aan wie dit oorgedra is, die huis of die grond op so 'n wyse betree het dat hy 'n deel daarvan met sy hande kon aanraak of op 'n deel daarvan met sy voete kon trap (vgl 2 9 11).

leweringvorms vermeld nie en net sê dat die verkryger "tot het dadelicke bezit moste kome," kan daar moontlik afgelei word dat hy dit as vanselfsprekend aanvaar het dat sowel ware as fiktiewe en simboliese leweringvorms die oordrag van eiendomsreg tot gevolg gehad het, en dit gevolglik nie bespreek het nie. Met verwysing na lewering laat Voet hom soos volg uit:¹⁷

Traditio, tertiam constituens classem modorum acquirendi dominii ex jure gentium, est de manu in manum datio, seu translatio possessionis.

Uit Voet se omskrywing van lewering kan daar afgelei word dat hy dit as 'n suiwer fisiese handeling beskou het: Die saak is deur die een persoon aan die ander oorhandig en besit het dus van die een na die ander oorgegaan gelyktydig met die oorhandigingsproses.

Nie-feitelike lewering, uitgesonderd die gevalle van onroerende goedere wat reeds vermeld is, kon óf fiktief óf simbolies wees.¹⁸ As voorbeeld van fiktiewe lewering noem Huber *traditio brevi manu*,¹⁹ en as voorbeeld van simboliese lewering noem hy die geval waar 'n persoon goedere verkoop het wat in 'n skuur, kelder of pakhuis was, en dan die sleutels van die gebou aan die koper gelever het en sodoende geag is die goedere self te lewer.²⁰ Volgens hom het dit ook soms voorgekom dat 'n persoon 'n kluit grond as simbool van die hele grondstuk gelever het in die teenwoordigheid van die hof of getuies; andersins kon die verkoper ook 'n stok geneem en dit weggegooi het, en vervolgens verklaar het dat hy afstand gedoen het

17 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 1 34. Vgl ook Voet *Commentary* 41 1 34 (222): "Delivery which forms the third class of the methods of acquiring ownership under the law of nations is a giving from hand to hand, that is to say a transfer of possession." Vgl verder 41 1 34: "Et in veram fictamque dividitur. Vera dicitur, qua res corporalis mobilis vel immobilis naturaliter transfertur datione de manu in manum, vel inductione in possessionem. Ficta est, qua traditio rei fingitur interposita, quae vere non intervenit" ("It is divided into genuine and fictitious. It is called genuine when by it a corporeal movable or immovable thing is physically transferred by giving from hand to hand, or by putting into possession. It is fictitious when by it the delivery of a thing is feigned to have been made, though really it has not taken place"). Lewering *brevi manu*, *longa manu* en *symbolica* is as fiktief beskou.

18 Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 9 12.

19 Vgl ook Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands-Regt* 2 7 2.

20 Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 9 13 en 14. Sien ook Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands-Regt* 2 7 2.

van die besit van die saak ten gunste van die koper. Hierdie metodes is maar heel selde aangewend.²¹

Met verwysing na die verlies van eiendomsreg sê De Groot dat dit onder meer deur die dood van die eienaar; die bedoeling van die eienaar om van sy eiendomsreg afstand te doen; en deur verjaring beëindig is.²² Voorts het dit in die geval van wilde diere verlore gegaan wanneer hulle weer hulle vryheid herwin het; en ten slotte kon dit ook beëindig word wanneer dit wettig deur 'n eienaar aan 'n ander persoon oorgedra is.²³ Eiendomsreg ten aansien van 'n saak het dus verlore gegaan wanneer die daadwerklike beheer wat die eienaar daarvoor uitgeoefen het, verlore gegaan het.

7 1 2 Besit

De Groot²⁴ definieer besit soos volg:

Bezit is de dadelicke behouding van een zaeck met wille om die te behouden voor ons ende niet voor een ander.

Volgens Van Leeuwen²⁵ kan besit omskryf word as

alleen een naakt en blote aanhouding en onderwinding van een saak, om die als sijn eygen te gebruiken.

Besit word deur Huber²⁶ beskryf as

een regt, om een lichamelyk ding te behouden, dier meininge, om het selve voor zich, of voor een ander te hebben.

21 Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 9 15 en 16.

22 *Inleidinge* 2 32 2 3 en 8 (150-151).

23 *Inleidinge* 2 32 4 en 5 (150).

24 *Inleidinge* 2 2 2 (48).

25 Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands-Regt* 2 8 1.

26 *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 10 2.

Laastens definieer Voet²⁷ besit as

Possessio est detentio rei corporalis, animo sibi habendi.

Dit blyk uit al hierdie omskrywings dat om 'n saak te besit inderwaarheid beteken het dat 'n persoon 'n saak met die nodige bedoeling gehou het.²⁸ Uit die terminologie wat gebruik is ("dadelicke behouding", "naakt en blote aanhouding en onderwinding", "behouden" en "detentio") wil dit voorkom of die outeurs almal die korporele behoud en hantering van die saak in gedagte gehad het.

Besit is gevestig deur sowel die bedoeling daartoe as 'n fisiese handeling.²⁹ Dit kon ook deur middel van 'n verteenwoordiger verkry word. Voet bevestig dat besit verkry kon word deur middel van lewering (werklik en fiktief), accessio en toe-eiening.³⁰ Oor die aard van die toe-eieningshandeling laat die outeurs hulle nie in veel besonderhede uit nie. Met verwysing na 'n onroerende saak was dit nie nodig dat elke deel van die saak fisies toegeëien hoef te word nie. In die geval van 'n plaas, byvoorbeeld, was dit voldoende as een deel betree word en die partye die nodige bedoeling gehad het. Fiktiewe lewering en plasing van 'n roerende saak waar dit met die oë waargeneem kon word, is ook as genoegsaam beskou.³¹

Voet onderskei tussen natuurlike en siviele besit, en sê dat natuurlike besit uit 'n handeling bestaan het, soos wanneer 'n persoon met sy liggaam besit en die saak dus

27 41 2 1. Vgl ook Voet *Commentary* 41 2 1 (233): "(T)he keeping of a corporeal thing with the intention of having it for oneself."

28 Hierdie outeurs is almal van mening dat die persoon die bedoeling moes hê om die saak vir homself te behou, behalwe Huber wat sê dat die persoon dit ook vir 'n ander kon hou. Voet kritiseer ook vir Vinnius wat sê dat om 'n ander se saak te hou besit is. Voet is van mening dat 'n persoon wat namens 'n ander gehou het, 'n blote houder was en nie 'n besitter nie. Om te besit is nie dieselfde as om namens 'n ander te hou nie: vgl Inst 4 15 5; Cels D 41 2 18 pr; Ulp D 5 3 13 12.

29 Vgl De Groot *Inleidinge* 2 2 4 (48): "Dit bezit moet sijn beginzel nemen uit het ghemoet ende 't lichaem beide..." Hy wys ook daarop dat die erfgename nie outomaties besit van die erfenis verkry het nie: Daar moes 'n "dadelicke aenvaerdinghe by kome" (2 2 12 (49)). Vgl ook Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 10 7 wat bevestig dat 'n fisiese toe-eieningshandeling gepaard met die bedoeling om die saak te hou en te hê vereis is vir die verkryging van besit. Vgl hieroor Paul D 41 2 3 1 en Paul D 41 2 8.

30 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 2 9.

31 Vgl oa Paul D 41 2 1 21; Cels D 41 2 18 2; Jav D 41 2 51.

met sy liggaam en sy wil besit het.³² Met verwysing na natuurlike besit sê Voet dat twee persone nie terselfdertyd dieselfde saak in solidum kon hou nie.³³ Dit was nie moontlik dat twee persone fisies dieselfde saak ten volle kon besit nie.³⁴ Hierdie besit moes as natuurlike besit vertolk word, en as besit wat met die liggaam gehou is. Dit kan nie alleen afgelei word uit die feit dat Paulus sê dat twee mense nie op dieselfde plek kon staan nie en dat twee mense nie op dieselfde plek kon sit nie, maar ook uit D 41 2 3 7 en D 41 2 25 2 waar Paulus en Pomponius onderskeidelik wel daarvoor voorsiening maak dat twee persone dieselfde saak kon hou, die een met sy animus en die ander met sy liggaam.³⁵

Volgens Voet³⁶ kan besit deur middel van sowel die bedoeling as die liggaam behou word, of deur middel van die bedoeling alleen. Laasgenoemde was byvoorbeeld die geval waar die saak tydens die besitter se afwesigheid deur 'n ander geneem is, maar die aanvanklike besitter dit weer vir homself kon toe-eien, en ook as die besitter die saak deur middel van 'n ander se liggaam gehou het, soos 'n huurder of vruggebruiker. Besit kon dus deur middel van die bedoeling alleen behou word, mits niemand anders die saak fisies vir homself toegeëien het nie.³⁷

Besit het volgens Voet deur die liggaam en die bedoeling verlore gegaan, en nie deur die liggaam alleen nie.³⁸ Besit kon egter deur die bedoeling alleen verlore gaan in gevalle waar die besitter verklaar het dat hy nie meer die saak wou hê nie, al was dit fisies nog by hom. Gewoonlik het besit egter verlore gegaan wanneer dit fisies

32 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 2 3. *Possessio civilis* kom voor wanneer 'n persoon net met sy wil besit en die reg die skyn handhaaf dat hy 'n saak besit wat hy in werklikheid nie beheer nie.

33 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 2 5.

34 Vgl Paul D 41 2 3 5 en 7; Pomp D 41 2 25 2; Ulp D 41 2 6 1.

35 Vgl *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 2 5 waar Voet sy standpunt dat twee persone dieselfde saak tegelykertyd in solidum kon besit, nl die een met die nodige bedoeling en die ander met die liggaam, verkondig. Hy wys hy ook daarop dat twee persone dieselfde saak terselfdertyd met verskillende regsgevolge kon besit: die pandgewer besit slegs vir doeleindes van verjaring, terwyl die pandhouer besit mbt alle ander regsgevolge.

36 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 2 12.

37 Vgl De Groot *Inleidinge* 2 2 4 (49): (M)aer kan bewaert werden door 't ghemoed, zoo lang niemand anders de zaeck lichamelijk heeft aengevangen." Vgl ook Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 10 7.

38 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 2 15.

geabandonneer is tesame met 'n verklaring dat daar van besit afstand gedoen is.³⁹ Met verwysing na die verlies van besit kan daarop gewys word dat dit onder meer verlore gegaan het deur die gebrek aan die wil om te besit, asook wanneer 'n ander persoon dit fisies toegeëien het sodat die voormalige besitter nie meer beheer daaroor kon uitoefen nie.⁴⁰ Die feit dat dit nie meer vir die besitter moontlik was om die saak daadwerklik te beheer nie, het hom van sy besit ten aansien daarvan ontnem.

7 1 3 Pand

Pandgewing word soos volg deur De Groot gedefinieer:⁴¹

Pandgeving ofte verzetting is een overkoming waer door iemand eenig goed een ander tot sijns schulds verseeckering in handen stelt.

Dit is belangrik dat hy hier uitdruklik sê dat 'n saak 'n ander persoon "in handen (ge)stelt" moes word. Huber verklaar eweneens dat pand tot stand gekom het deur middel van lewering.⁴²

Die afleiding kan hieruit gemaak word dat hulle van mening was dat lewering van die pandsaak aan die pandskuldeiser noodsaaklik was ten einde die pandreg daar te stel. Die skuldeiser moes daadwerklike beheer van die pandsaak kry, en laasgenoemde moes dit dan behou totdat daar aan die skuld voldoen is. Dit blyk ook uit die volgende stelling:

Den pand-aenvaerder (werd) verbonden om 't gunt hem ter handen ghestelt is wederom te gheven soo wanneer hy van de schuld is voldaan.⁴³

Nadat die skuld vereffen is, moes die saak aan die pandgewer teruggegee word, en

39 Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 10 8.

40 De Groot *Inleidinge* 2 2 12 (49).

41 *Inleidinge* 3 8 1 (224).

42 *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 48 1.

43 De Groot *Inleidinge* 3 8 4 (225).

dit impliseer ook dat die pandhouer tot op daardie stadium die pand moes beheer het. Uit sowel De Groot se omskrywing en verdere bespreking van pandreg⁴⁴ as dié van Huber⁴⁵ kan die afleiding dus gemaak word dat hulle vuispand in gedagte gehad het, en die feit dat hulle hoegenaamd nie melding maak van enige vorm van pandreg wat nie deur middel van lewering van die pandsaak gevestig is nie, dui daarop dat hulle dit nie geken het nie.

In die meeste gevalle is 'n pandreg ten aansien van 'n roerende saak gevestig, maar dit kon ook oor 'n onroerende saak gevestig word, soos wanneer 'n huis of 'n stuk grond ontruim is vir die krediteur en hy besit daarvan verkry het.⁴⁶ Die krediteur het besit van die pandsaak behou totdat die skuld afgelos is.⁴⁷

7 1 4 Samevatting

Die outeurs van hierdie tydperk raak niks besonders kwyt oor eiendomsreg met verwysing na die kwessie van fisiese beheer nie. Met betrekking tot lewering van sowel roerende as onroerende sake is dit interessant om daarop te let dat die fisiese aspek by Huber groter aandag geniet het as by die ander outeurs: In die geval van roerende sake praat hy van oordrag van een hand na die ander,⁴⁸ en in die geval van onroerende sake word daar melding gemaak van aanraking met die hande of die voete.⁴⁹ Die voorbeelde wat hy noem van die kluit grond wat gelewer is en die stok wat weggegooi is, is ook insiggewend aangesien dit op fisiese gebruike gedui het.

44 Vgl *Inleidinge* 3 8 1-9 (224-226).

45 Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 48 1 se stelling dat pandreg dmv lewering tot stand gekom het, en dat dit ook in bepaalde gevalle tav 'n onroerende saak gevestig kon word, dui daarop dat hy vuispand in gedagte gehad het toe hy geskryf het. In sy verdere bespreking van pandreg (2 48 2 ev) sê hy onder meer dat die pandhouer die saak kon opvolg indien hy besit daarvan sou verloor het, dat hy daarna moes omsien, dat hy dit wel tot sy voordeel kon gebruik indien die partye so ooreengekom het en ten slotte dat hy besit daarvan behou het totdat daar aan die skuld voldoen is. Dit volg duidelik hieruit dat hy skryf oor 'n pandreg ten aansien waarvan die pandsaak aan die krediteur gelewer is. Hy maak geen melding van enige ander soort pand nie, en sê ook niks oor 'n pandreg wat tot stand kon kom sonder dat die pandsaak gelewer is nie. Dit wil dus voorkom of dit 'n vereiste was dat die pandsaak aan die krediteur gelewer moes word ten einde die pandreg te vestig.

46 Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 48 2.

47 Huber *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 48 12.

48 *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 9 10.

49 *Hedendaegse Rechtsgeleertheit* 2 9 11.

Dat dit egter net oorblyfsels uit die verlede was, blyk daaruit dat dit heel selde gebruik is.

Die toe-eieningshandeling wat vereis word vir die verkryging van eiendomsreg, is nie in besonderhede deur hierdie outeurs bespreek nie. Daar is wel vereis dat dit 'n korporele handeling moes wees, maar dit het nie beteken dat die voornemende eienaar (of besitter) die saak letterlik met die hand moes aanraak nie. Fiktiewe en simboliese handeling is ook as voldoende aanvaar; die enigste vereiste wat gestel is, was dat die persoon ná sodanige handeling gesag oor die saak moes hê en custodia daarvoor moes kon uitoefen. Net soos eiendomsreg van 'n saak verkry is wanneer die persoon beheer van die saak verkry het, het dit ook verlore gegaan wanneer die daadwerklike beheer wat hy daarvoor uitgeoefen het, onherroeplik verlore gegaan het.

Besit is in fisiese terme deur die outeurs omskryf, en dit blyk uit die bespreking dat een of ander korporele handeling, wat ook fiktiewe en simboliese handeling ingesluit het en wat tot gevolg gehad het dat die voornemende besitter daadwerklike beheer van die saak verkry het, vereis is vir die vestiging van besit. Hierdie handeling is nie verder omskryf nie, maar dit is duidelik dat die persoon se bedoeling om die saak te besit daaruit moes blyk.

Dit was volgens die outeurs van hierdie tyd nie moontlik dat meerdere mense dieselfde saak op dieselfde tydstip ten volle kon besit nie. Die besit waarvan daar hier sprake is, was natuurlike, met ander woorde feitlike, besit. Twee of meer mense kon dus nie dieselfde saak tegelykertyd vashou of beheer nie.

Ten slotte kan daarop gewys word dat Voet dit uitdruklik⁵⁰ stel dat die gebruike van sy tyd in die meeste opsigte die reëls van die Romeinse reg gevolg het met betrekking tot die verkryging, behoud en verlies van besit, soos wat ook afgelei kan word uit wat De Groot gesê het.

50 *Commentarius ad Pandectas* vol 2 41 2 17 mvn De Groot.

Uit hierdie skrywers se bespreking van die pandreg kan daar afgelei word dat hulle die lewering van 'n pandsaak as noodsaaklik beskou het vir die totstandkoming van 'n pandreg. Die krediteur kon sy reg vestig oor sowel 'n roerende as 'n onroerende saak, mits hy maar net daadwerklike beheer daarvan verkry het.

7 2 Die agtiende eeu

7 2 1 Eiendomsreg

Met verwysing na die verkryging van eiendomsreg sê Van der Keessel dat dit in die gevalle van occupatio en lewering deur middel van inbesitname gevestig is.⁵¹ Eiendomsreg van wilde diere is nie gevestig deur 'n dier te kwees nie, maar wel deur die daadwerklike vangs daarvan.⁵² Res derelictae het die eiendom geword van persone wat dit vir hulleself toegeëien het.⁵³ Aangaande die verkryging van eiendomsreg van 'n skat, word daar net gesê dat dit gevind moes word, maar die outeurs laat hulle nie verder uit oor die aard van hierdie daad nie.⁵⁴

Volgens Van der Linden⁵⁵ is eiendomsreg meestal deur middel van lewering of oordrag verkry. Lewering van roerende sake het geskied by wyse van "overgifte van de ééne hand in de andere", of deur oorhanding van die sleutels van die kamer of stoor waarin die goedere was.⁵⁶ Hieruit kan daar afgelei word dat die verkryger deur die handeling van die voormalige eienaar in staat gestel moes word om beheer oor die saak uit te oefen. Wanneer Van der Keessel lewering bespreek, omskryf hy dit as 'n "species quaedam apprehensionis, qua dominium acquiritur per apprehensam

51 *Praelectiones* 2 3 15: "Aliquando dominium non acquiritur, nisi per apprehensam possessionem veluti occupatione et traditione, quo pertinent" en 2 4 1: "Nempe ad occupationem rei nullius omnino requiritur apprehensio possessionis". Vgl ook Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 7 2 1 volgens wie "(o)ccupatie, of enkele aantasting" een van die wyses is waarop eiendomsreg verkry kon word. Die gebruik van die woord "aantasting" dui op 'n korporele handeling.

52 Van der Keessel *Praelectiones* 2 4 5.

53 Van der Keessel *Praelectiones* 2 4 32; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 7 2 1.

54 Van der Keessel *Praelectiones* 2 4 38; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 7 2 1.

55 *Koopmans Handboek* 1 7 2 3.

56 Ibid.

possessionem".⁵⁷ Sowel traditio brevi manu as traditio longa manu is as leweringswyses aanvaar, en as voorbeelde van laasgenoemde noem hy die gevalle waar die saak ten aanskoue van die ontvanger geplaas is met die bedoeling om dit te lewer, of wanneer daar deur die ontvanger 'n wag by die saak geplaas is met die oog op latere oordrag.⁵⁸

Met betrekking tot die verlies van eiendomsreg van wilde diere sê Van der Keessel dat dit verlore gegaan het wanneer die dier nie meer in sig was nie of indien die dier, al sou dit nog in sig wees, moeilik weer gevang kon word.⁵⁹ Van der Linden⁶⁰ bespreek 'n aantal wyses waarop eiendomsreg verlore gegaan het of beëindig is, soos lewering, abandonnering en beslaglegging, en daaruit blyk dit dat die verlies van fisiese beheer in hierdie gevalle ook op die verlies van eiendomsreg dui. Wanneer 'n saak egter verlore gegaan het, het die blote verlies van besit nie die verlies van eiendomsreg beteken nie.⁶¹ Dit kan waarskynlik daaraan toegeskryf word dat daar nog 'n moontlikheid was dat die saak weer gevind kon word en dat fisiese beheer nog nie finaal beëindig is nie.

7 2 2 Besit

Van der Keessel behandel besit voor eiendomsreg, en sê dat dit deur die bedoeling en die liggaam verkry kon word.⁶² Besit het volgens hom⁶³ gedui op daardie soort beheer van 'n saak wat gepaard gegaan het met die bedoeling om dit vir 'n mens self te hou, en volgens Van der Linden⁶⁴ was dit "de dadelijke detentie van eenige zaak, met oogmerk om dezelve voor zig te behouden". Besit van erfgoed het nie deur middel van regswerking oorgegaan nie, maar die sake moes deur die erfgenaam aanvaar word.⁶⁵ Die aanvaarding van grond kon op verskillende wyses geskied,

57 *Praelectiones* 2 5 1.

58 *Praelectiones* 2 5 11.

59 *Praelectiones* 2 4 4. Vgl ook Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 7 4.

60 *Koopmans Handboek* 1 7 4.

61 Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 7 4.

62 *Praelectiones* 2 2 4. Sien ook Van der Linden *Koopmans Handboek* 1 7 13 1.

63 *Praelectiones* 2 2 2.

64 *Koopmans Handboek* 1 7 13 1.

65 *Praelectiones* 2 2 12.

onder meer deur in die teenwoordigheid van die skout of notaris en getuies 'n sooi uit die grond te gespit het.⁶⁶

7 2 3 *Pand*

Volgens Van der Keessel⁶⁷ was lewering van die pandsaak 'n vereiste vir die totstandkoming van die pandkontrak, en Van der Linden⁶⁸ stel dit ook uitdruklik dat die pandsaak "ter hand gesteld" moes word ten einde die pand ten opsigte van derdes afdwingbaar te maak. Tensy die pandhouer daadwerklike besit ontvang het, kon die pandgewer onder verdenking van bedrog val of is die pand nie as geldig beskou nie.⁶⁹ Alhoewel dit die veronderstelling was dat die saak by die pandhouer moes bly totdat die skuld afgelos is, kon die partye ooreenkom dat dit weer aan die pandgewer terugbesorg word op voorwaarde dat dit aan die pandhouer teruggegee moes word indien omstandighede dit sou vereis.⁷⁰ Met verwysing na die beëindiging van pandreg, sê Van der Linden⁷¹ onder meer dat dit tot niet gegaan het as die pandsaak tot niet sou gaan.

7 2 4 *Samevatting*

Van der Keessel en Van der Linden behandel nie fisiese beheer as sodanig by enige relevante onderwerp nie. Hulle verwysings daarna is vaag en toevallig en daar word nie iets gesê wat besondere lig werp op die aard van fisiese beheer of die vorm wat dit moes aanneem nie.

Dit volg dus uit die bespreking hierbo dat die wyse waarop fisiese beheer ten aansien van 'n saak verkry is vir doeleindes van eiendomsreg en besit nie van besondere belang was nie, en dat die aard en inhoud van hierdie begrip oënskynlik nie enige

66 Ibid.

67 *Praelectiones* vol 4 206.

68 *Koopmans Handboek* 107.

69 Van der Keessel *Praelectiones* vol 4 206.

70 Ibid.

71 *Koopmans Handboek* 112.

probleme opgelewer het nie. Daar word telkens net gesê dat 'n saak op so 'n wyse toegeëien of gelewer moes word dat dit tot gevolg gehad het dat die persoon wat eiendomsreg of besit daarvan wou verkry, beheer moes verkry ten einde gesag daarvoor te kon uitoefen.

Alhoewel hierdie outeurs nie veel oor pandreg sê nie, blyk dit tog dat lewering van die pandsaak as vereiste vir die totstandkoming van die pandreg beskou is. Daar is egter nie van die pandhouer verwag om beheer van die pandsaak te behou nie en hy kon dit gevolglik aan die pandgewer teruggee. Behoud van fisiese beheer ten aansien van die pandsaak was gevolglik geen vereiste vir die voortbestaan van die pandreg nie.

HOOFSTUK 8: REGSONTWIKKELING IN DUITSLAND

8 1 Die Historiese Skool

8 1 1 *Eiendomsreg*

Met verwysing na die verkryging van eiendomsreg van wilde diere, sê Von Savigny dat die persoon wat 'n gekweste dier agterna gesit het, nog glad nie eienaar daarvan geword het nie.¹ Selfs indien die dier dodelik gekwes is, het hy nie eiendomsreg daarvan verkry nie aangesien die moontlikheid nog altyd bestaan het dat die jagter nie die een sou wees wat dit uiteindelik sou vang nie. Wilde diere moes dus daadwerklik gevang of gedood word alvorens 'n persoon besit en eiendomsreg daarvan kon verkry. Toeëiening van 'n saak is gekenmerk deur die vermoë om dit te hanteer en beheer, en nie soseer deur fisiese kontak daarmee nie.² Dit verklaar waarom wilde diere eers gevang of doodgemaak moes word alvorens eiendomsreg ten aansien daarvan gevestig is.

8 1 2 *Besit*

Von Savigny³ omskryf besit soos volg:

Alle denken sich unter dem Besitz einer Sache den Zustand, in welchem nicht nur die eigne Einwirkung auf die Sache physisch möglich, sondern auch jede fremde Einwirkung unmöglich ist,

terwyl dit in die volgende terme deur Puchta⁴ gedefinieer word:

-
- 1 *Das Recht des Besitzes* 162. Vgl ook Puchta *System und Geschichte* 221 wat daarop wys dat wilde diere die eiendom gebly het van die persoon wat hulle hul vryheid daadwerklik ontnem het.
 - 2 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 179.
 - 3 *Das Recht des Besitzes* 2.
 - 4 *System und Geschichte* 142.

Das körperliche Verhältnis zur Sache, welches jene Gewalt, also die Möglichkeit gewährt, über die Sache faktisch vollkommen zu verfügen.

Hierdie fisiese element moes met die nodige bedoeling gepaard gaan.

Besit is gevestig wanneer die vereiste elemente, naamlik animus en corpus, in een persoon verwesenlik is.⁵ Vir die verkryging van besit is daar gewoonlik 'n korporele handeling (dit is die corpus-element) vereis, en alhoewel dit eintlik heel eenvoudig en maklik behoort te gewees het om die fisiese handeling te definieer waardeur besit verkry word, is daar volgens Von Savigny min dinge in die reg wat soveel probleme oplewer het.⁶ Puchta⁷ omskryf hierdie element soos volg:

Die gegenwärtige Möglichkeit ausschliesslicher Einwirkung auf die Sache, denn dies ist das körperliche Verhältnis, das die natürliche Gewalt über die Sache bedingt.

Hierdie moontlikheid kon op verskillende maniere verwesenlik word, en al wat werklik van belang was, was die uiteindelijke resultaat. Die meeste kommentatore veronderstel 'n onmiddellike korporele handeling, en in die geval van roerende sake het dit die vorm van ware lewering aangeneem, terwyl daar in die geval van onroerende sake gewoonlik vereis is dat die saak fisies betree word.⁸ Liggaamlike aanraking van die saak was egter nie 'n vereiste nie, want dit was nie die enigste wyse waarop besit van 'n saak verkry kon word nie.⁹ Talle gevalle het in die Romeinse reg voorgekom waarin besit deur fisiese handeling verkry is sonder dat daar enige werklike kontak tussen die verkryger en die saak was. Hierdie handeling is gevolglik as simbolies of fiktief omskryf, en Von Savigny stel vervolgens die vraag of dit korrek was. Die man met die goudstuk in sy hand is as besitter daarvan beskou en dit was ongetwyfeld korrek. Hierdie voorbeeld het aanleiding gegee tot die vereiste dat daar werklike

5 Puchta *System und Geschichte* 148.

6 *Das Recht des Besitzes* 146.

7 *System und Geschichte* 148.

8 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 146.

9 Puchta *System und Geschichte* 148.

liggaamlik kontak met die saak moes wees en dit is gevolglik as vereiste gestel vir elke besitverkryging. Daar was egter nog 'n ander faktor wat nie noodwendig iets met liggaamlike kontak te doen gehad het nie, naamlik die fisiese bevoegdheid om met die saak te handel en om ander daarvan uit te sluit.¹⁰ Albei hierdie aspekte het in bogenoemde geval bestaan, en die feit dat liggaamlike kontak bloot toevallig was, blyk daaruit dat die bevoegdheid sonder kontak bestaan het en kontak sonder die bevoegdheid.¹¹ Die verkryging van die bevoegdheid om fisies met die saak om te gaan, was dus 'n vereiste vir die vestiging van besit. Liggaamlike kontak ten tye van die verkryging van besit as sodanig is nie sonder meer vereis nie.¹²

Met verwysing na die verkryging van besit van onroerende sake is net die teenwoordigheid van die partye op die grond geverg; geen addisionele handeling is vereis nie.¹³

Met verwysing na twee Digesta-tekste¹⁴ sê hy dat alhoewel die moderne juriste daar met die regsfiksie gewerk het dat daar liggaamlike kontak moes wees vir die verkryging van besit, die glossae uitgegaan het van die standpunt dat die noodsaaklike vereiste by die verkryging van besit nie liggaamlike kontak was nie, maar toeëiening deur middel van enige van die vyf sinuities.¹⁵ Fisiese teenwoordigheid en nie kontak nie was gevolglik die aspek wat dit vir die verkryger moontlik gemaak het om die saak te beheer.

Met betrekking tot die toeëiening van roerende sake sê Von Savigny¹⁶ dat dit gewoonlik *traditio de manu in manum* geskied het. Die partye se persoonlike teenwoordigheid is vereis. Dit was irrelevant of die saak inderdaad fisies hanteer is al dan nie en of dit hoegenaamd so hanteer kon word. Laasgenoemde was van belang

10 Vgl Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 150-151; Puchta *System und Geschichte* 151.

11 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 151. Vgl ook Puchta *System und Geschichte* 148.

12 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 151.

13 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 152. Vgl Ulp D 6 1 77. Sien ook Puchta *System und Geschichte* 148.

14 Vgl Paul D 41 2 3 1 en Cels D 41 2 18 2.

15 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 154. Vgl hieroor hfst 3 2.

16 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 157.

waar die grootte of gewig van die saak tot gevolg gehad het dat dit nie maklik hanteer kon word nie.¹⁷

Wanneer die sake wat gekoop is binne 'n geslote gebou was, is oordrag en die gevolglike verkryging van besit moontlik gemaak deur lewering van die sleutels wat toegang tot die gebou verleen het.¹⁸ Alhoewel dit waar is dat sleutels as simbool dien, het dit ook 'n ander funksie, naamlik om deure of slotte mee oop te sluit. Von Savigny verkies om te aanvaar dat dit na hierdie funksie van die sleutels is waarna daar verwys word. Die teenwoordigheid van die partye en die nodige animus het gewoonlik toeëiening van die saak tot gevolg gehad.¹⁹ Wanneer die partye die ooreenkoms by die pakhuis gesluit het, het die nuwe besitter eers besit van die goedere verkry nadat die sleutels aan hom gelewer is. Voordat hy die sleutels ontvang het, kon hy nog verhinder word om die sake te hanteer. Besit is dus eers verkry wanneer die sleutels oorhandig is.²⁰ 'n Persoon wat deur 'n geslote deur van die goedere geskei is, het ewe min besit daarvan gehad as wat hy ver daarvandaan verwyder sou wees. As hy egter die sleutels gehad het, kon hy te eniger tyd daarop beslag lê, maar of hy dit inderdaad gedoen het al dan nie, en of hy selfs die deur oopgesluit het of nie, was geheel en al irrelevant vir die verkryging van besit.

Von Savigny²¹ is van mening dat daar naas teenwoordigheid nog 'n wyse was waarop besit verkry kon word: Wanneer 'n saak in 'n persoon se huis was, het hy besit daarvan verkry deur die blote feit dat dit daar was, sonder enige bykomstige handeling.²² Die blote lewering van die saak in die huis het dus verkryging van besit tot gevolg gehad.²³ Dit het voortgespruit uit die reël dat 'n persoon beheer en custodia oor sy eie huis gehad het, en gevolglik ook oor alles wat daarin was.²⁴ Dit was natuurlik noodsaaklik dat hy gebruik van die huis moes hê, want die verhuurder

17 Vgl Jav D 46 3 79; Paul D 41 2 1 21; Jav D 41 2 51.

18 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 163. Vgl ook Puchta *System und Geschichte* 148.

19 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 164.

20 Vgl Gai D 41 1 9 6; Paul D 41 2 1 21; Ulp D 18 6 1 2; Paul D 18 6 14 1; Pap D 18 1 74.

21 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 167.

22 Vgl Cels D 41 2 18 2.

23 Vgl Puchta *System und Geschichte* 148.

24 Vgl Ulp D 23 3 9 3.

van 'n huis het nie custodia daarvan gehad nie en kon gevolglik nie op hierdie wyse besit verkry nie.²⁵ Eweneens was 'n persoon wat besit van 'n huis gekry het en nie kennis gedra het van die inhoud nie, nie besitter daarvan nie aangesien hy nie die nodige animus possidendi gehad het nie.²⁶

'n Persoon het nie outomaties besit van 'n skat verkry wat in sy grond begrawe was nie. Die rede waarom 'n persoon besit van alles in die huis gekry het, was dat hy eksklusiewe custodia gehad het van alles waarvan hy bewus was in die huis. Die besitter van die grond moes die skat eers opgrawe of daarop beslag lê alvorens hy besit daarvan kon verkry.²⁷ Terwyl die skat in die grond was, kon dit nog deur 'n ander persoon ontdek en weggedra word. Die besitter het eers eksklusiewe custodia van die skat verkry nadat hy dit daadwerklik toegeëien het.

Wanneer sake egter by 'n persoon se huis afgelewer is of 'n plaas vanuit 'n toring aangedui is, het die persoon ook besit daarvan verkry ongeag die feit dat 'n ander dit nog kon wegneem of kon beset. Wat was dit dan wat bepaal het dat besit in bepaalde gevalle verkry is en in ander nie?²⁸ In die geval van die verborge skat was daar 'n wesenlike moontlikheid dat dit ook deur 'n ander persoon ontdek en toegeëien kon word, terwyl die moontlikheid dat 'n ander persoon die saak uit die persoon se huis kon wegdra of dat hy verhinder kon word om besit oor die plaas uit te oefen in laasgenoemde gevalle so gering was dat dit veronagsaam kon word. Die idee dat iemand sy huis sou binnedring en die saak sou wegdra, was so gering dat die besitter nie daaraan aandag hoef te geskenk het nie, en gevolglik was sy bewussyn van fisiese beheer ten aansien daarvan so sterk dat besit verkry is. Die bevoegdheid om die saak te beheer moes met ander woorde sonder meer deur die persoon wat op besit daarvan aanspraak gemaak het, uitgeoefen kon word.

25 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 168-169. Vgl ook Paul D 41 2 30 pr volgens wie 'n persoon wat 'n huis gekoop en weer verhuur het, nie besitter van die inhoud was nie ten spyte daarvan dat hy juridiese besitter was.

26 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 169-170.

27 Vgl Pomp D 10 4 15; Pap D 41 2 44 pr; Paul D 41 2 3 3. Sien ook Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 178-180 vn 1.

28 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 181.

Met verwysing na die vraag of meerdere mense dieselfde saak in solidum op dieselfde tydstep kon besit, bespreek Von Savigny eers die verskillende standpunte van die Romeinse juriste, en kom daarna tot die gevolgtrekking dat dit onmoontlik was dat een persoon naturaliter en die ander civiliter kon besit, en ook dat slegs naturalis possessio van twee persone tegelyk onmoontlik was. Volgens hom is naturalis possessio óf self juridiese possessio óf blote detentio, in welke geval dit nie ter sprake is nie.²⁹

Besit duur volgens Von Savigny voort indien die omstandighede waaronder dit aanvanklik verkry is, sou voortduur.³⁰ Vir die voortbestaan van besit is dieselfde daadwerklike fisiese beheer wat vir die verkryging daarvan geveer is, egter nie vereis nie. Voortdurende besit was eerder afhanklik van die konstante moontlikheid om die aanvanklike verhouding voort te sit. Daarom het besit nie sonder meer verlore gegaan wanneer 'n persoon byvoorbeeld sy huis verlaat het nie.³¹ Die eerste vereiste vir die voortsetting van besit was dus die fisiese verhouding wat die persoon in staat gestel het om die saak te beheer. Dit hoef egter nie 'n onmiddellike bevoegdheid te gewees het nie; dit is voldoende as die oorspronklike verhouding na wense opgeroep kon word.³² Volgens Von Savigny was custodia nie noodwendig 'n vereiste vir die behoud van besit nie: 'n Persoon wat 'n saak in 'n woud gelaat het maar dit later weer kon vind omdat hy presies geweet het waar dit was, het nie besit daarvan verloor nie.³³ Die behoud van besit was wel van custodia afhanklik, maar dit kon ook voortduur omdat die besitter oor die vermoë beskik het om weer natuurlike detentio te kry wanneer hy wou.³⁴ Dit volg hieruit dat as 'n ander persoon intussen die saak in die woud sou gevind het en dit vir homself sou toegeëien het, eersgenoemde besit daarvan sou verloor het aangesien hy dan nie weer na willekeur besit daarvan sou kon opneem nie.

Wanneer die vermoë om die saak te beheer heeltemal verlore was, is besit geag tot

29 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 107-109.

30 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 182.

31 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 182-183.

32 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 281. Vgl ook Puchta *System und Geschichte* 149.

33 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 282-283.

34 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 283-284. Vgl Paul D 41 2 3 13.

niet te gegaan het.³⁵ So het besit van 'n roerende saak heeltemal verlore gegaan wanneer dit deur 'n derde bemeester is, hetsy in die geheim of deur geweld. Hier was dit duidelik dat die vorige besitter se heerskappy beëindig is. Sy vermoë om die saak fisies te beheer het nie meer bestaan nie.³⁶ Met verwysing na onroerende sake sê Von Savigny dat besit verlore gegaan het wanneer die vermoë om die saak te beheer verval het, en besit het dus net so lank voortgeduur as wat die besitter se vermoë voortbestaan het om na willekeur met die saak om te gaan.³⁷

8 1 3 *Pand*

Volgens Puchta³⁸ het 'n pandreg ontstaan deur lewering van die saak en was daar 'n verpligting op die pandhouer om dit terug te gee wanneer die skuld afgelos is. Uit sy verdere gebruik van die woord "Faustpfand" en die feit dat hy die skuldeiser 'n besitter noem,³⁹ blyk dit baie duidelik dat hy net hierdie vorm van pandgewing geken het en gevolglik lewering as 'n vereiste vir die totstandkoming van 'n pandreg beskou het.

Von Savigny⁴⁰ sê dat dit gebruikelik was om in die geval van pand "die Sache dem Glaubiger blos hinzugeben", en daaruit kan 'n mens gevolglik aflei dat hy ook vuispand in gedagte gehad het. Deur middel van hierdie leweringshandeling het die skuldeiser die sekuriteit bekom wat custodia van die saak behels het ten einde te verseker dat daar aan sy skuldvordering voldoen word. Dit volg hieruit dat indien hy besit van die saak verloor het, hy sy sekerheid kwyt was.⁴¹

8 1 4 *Samevatting*

Met verwysing na die verkryging van eiendomsreg, is daar baie uitdruklik vereis dat

35 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 282.

36 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 282.

37 Von Savigny *Das Recht des Besitzes* 287.

38 *System und Geschichte* 249.

39 *Ibid.*

40 *Das Recht des Besitzes* 228.

41 *Ibid.*

die saak daadwerklik toegeëien moes word sodat die nuwe eienaar in staat gestel kon word om dit te beheer en te hanteer voordat daar van eiendomsreg sprake kon wees. Die wyse waarop dit teweeggebring is, was nie relevant nie; dit moes net onder sy beheer kom.

Uit die omskrywings wat hierdie outeurs van besit gee, blyk dit dat die belangrikste kenmerke van besit was dat die besitter die saak moes kon hanteer en dat hy bevoeg en in staat moes gewees het om derdes daarvan uit te sluit. Sy besit moes dus eksklusief wees. Besit is gewoonlik deur 'n korporele handeling gevestig, maar dit word duidelik gestel dat die toe-eiening van die saak deur middel van enige van die vyf sintuie kon geskied, mits dit tot gevolg gehad het dat die persoon wat daarop aanspraak maak dat hy besit verkry het, die bevoegdheid gehad het om die saak te hanteer. Besit kon ook deur middel van ware en fiktiewe lewering verkry word, en die enigste vereiste was dat die besitter eksklusiewe custodia moes verkry van die sake wat hy ontvang het. Die besitter moes deur die korporele handeling, ongeag watter vorm dit aangeneem het, in staat gestel word om ongesteurd en ter uitsluiting van derdes die saak te hanteer. Vir die behoud van besit is daar ietwat minder streng vereistes gestel en, algemeen gestel, kon daar gesê word dat besit behoue gebly het mits die besitter nog in staat was om die saak te beheer en custodia daarvoor uit te oefen of, indien hy dit nie op daardie presiese oomblik kon doen nie, as hy weer beheer daarvoor kon verkry. Besit het dus heeltemal verlore gegaan wanneer die (voormalige) besitter se beheer en custodia van die saak volkome en finaal beëindig is.

Uit hierdie outeurs se behandeling van pand kan daar afgelei word dat die enigste vorm van pand wat aan hulle bekend was, dié van vuispand was. Daadwerklike lewering en voortdurende behoud van die pandsaak was nodig vir die totstandkoming en behoud van die pandreg.

8 2 Die Pandektiste

8 2 1 Eiendomsreg

Met verwysing na die verkryging van eiendomsreg sê Windscheid⁴² dat wanneer eiendomsreg ten aansien van 'n saak oorgedra is, die wil van die partye om dit te doen in die gee en neem van die saak verwesenlik moes word.

Die saak hoef nie deur middel van traditio de manu in manum gelewer te gewees het nie; indien 'n saak afwesig was, kon dit animo solo oorgedra word.⁴³

Met verwysing na die verkryging van eiendomsreg van sake wat aan niemand behoort het nie, was die algemene reël dat dit die persoon toegekomp het wat dit eerste met die nodige bedoeling in besit geneem het.⁴⁴ Inbesitname van produkte van die see asook van eilande wat in die see ontstaan het, het eiendomsreg tot gevolg gehad. Dit het ook vir die inbesitname van wilde diere gegeld behalwe vir sover dit deur Duitse wetgewing verbied is.⁴⁵

8 2 2 Besit

Besit is verkry deurdat die toeëieningswil van die voornemende besitter in die uitoefening van daadwerklike beheer van die saak verwesenlik is.⁴⁶ Die verkryging van daadwerklike beheer het nie vereis dat die saak korporeel aangeraak moes word nie.⁴⁷ 'n Persoon wat in die teenwoordigheid van die saak was, wanneer daar niks was wat hom verhinder het om na wil met die saak om te gaan nie, het nie minder beheer oor die saak gehad as iemand wat dit met die hande aangeraak of met die voete betree het nie. Dit verklaar dan ook waarom die daadwerklike beheer wat 'n persoon oor 'n gebou of geslote ruimte uitgeoefen is, uitgebrei is na die roerende sake

42 *Lehrbuch des Pandektenrechts* 893.

43 *Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts* 893.

44 *Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts* 942.

45 *Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts* 942.

46 *Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts* 760.

47 *Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts* 760.

in daardie gebou of kamer.⁴⁸ Dis egter volgens Windscheid moeilik om 'n vaste reël neer te lê wat vir alle gevalle gegeld het, en hy verwys vervolgens na Proculus⁴⁹ volgens wie die saak in die besitter se mag moes kom alvorens daar gesê kon word dat besit gevestig is.⁵⁰ Ten einde te bepaal wat daadwerklike beheer ten aansien van 'n saak was, moes daar na die heersende maatstawwe gekyk word.⁵¹

Besit het verlore gegaan deur die verlies van een van die twee elemente wat nodig was vir die ontstaan daarvan.⁵² Met betrekking tot die fisiese beheerelement, was dit interessant om daarop te let dat besit nie onmiddellik verlore gegaan het wanneer die korporele verhouding wat nodig was vir vestiging op enige gegewe moment nie teenwoordig was nie, maar eers wanneer hierdie toestand permanent geword het.⁵³ Dit het gebeur wanneer dit nie meer moontlik was om die vorige posisie te herstel nie, en die omstandighede wat dit onmoontlik gemaak het, blywend van aard was, en ook wanneer die voormalige besitter glad nie daarin belang gestel het om weer besit te verkry nie.⁵⁴

8 2 3 Pand

'n Pand word soos volg deur Windscheid⁵⁵ omskryf:

Pfand im juristischen Sinne ist eine Sache, welche die Bestimmung hat, einem Gläubiger Sicherheit für die Befriedigung seiner Forderung zu gewähren.

Dit is interessant dat hy nie melding maak van die lewering van die pandsaak nie, maar wel sê dat die pandskuldeiser daarop geregtig is om die saak "in Besitz zu nehmen" en deur middel van die vervreemding daarvan aan sy skuldvordering te

48 Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* 761.

49 D 41 1-55: "Summam tamen hanc puto esse, ut si in meam potestatem pervenit."

50 Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* 764: "Prinzipiell ist körperliche Ergreifung erforderlich, sie kann aber in Falle der Tradition ersetzt werden durch Herstellung der Möglichkeit unmittelbarer Ergreifung oder durch Niederlegung im Hause."

51 Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* 783.

52 Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* 801.

53 Vgl Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* 801-802.

54 Sien Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* 802-803.

55 *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1125.

voldoen.⁵⁶ Dit is moontlik dat die pandskuldeiser ten tye van die verpanding reeds besit van die saak verkry, maar indien die saak nie dan aan hom oorgedra is nie, kon hy dit opeis wanneer die skuld betaalbaar geword het.⁵⁷ Daar is derhalwe nie vereis dat die saak aan hom gelewer moes word vir die totstandkoming van die pand nie. Met betrekking tot die beëindiging van 'n pandreg sê Windscheid⁵⁸ dat dit onder meer deur afstanddoening (Erlas) van die skuldeiser (deur byvoorbeeld die dood) en totnietgaan van die pandsaak (indien dit gedeeltelik behoue bly, sal die pandreg dienooreenkomstig voortbestaan) kon geskied. In beide hierdie gevalle sou die pandskuldeiser nie langer beheer oor die pandsaak kon uitoefen indien hy dit wel voorheen beheer het nie.

8 2 4 Samevatting

Die Pandektiste skryf geen spesifieke wyse voor waarop eiendomsreg van 'n saak verkry kon word nie. Dit word net gestel dat die wil van die partye om dit te bewerkstellig deur die gee en neem van die saak verwesenlik moes word. Dit was baie belangrik dat die wil om eiendomsreg te verkry (en oor te dra) teenwoordig moes wees.

Met verwysing na die verkryging van besit, is daar vereis dat die voornemende besitter daadwerklike beheer ten aansien van die saak moes verkry. Die wyse waarop dit geskied het, was nie belangrik nie, en die enigste vraag wat telkens beantwoord moes word, was of die persoon mag oor die saak verkry het. Hierdie vraag is met verwysing na die heersende verkeersmaatstawwe beantwoord. Besit het verlore gegaan wanneer die korporele verhouding tussen die persoon en die saak permanent verlore is. Indien dit weer herstel kon word, het besit van die saak voortgeduur.

Dit blyk uit hierdie bondige bespreking van pand dat lewering van die pandsaak aan die skuldeiser nie 'n vereiste was vir die totstandkoming van 'n pandreg nie. Voortdurende uitoefening van feitlike beheer was ook nie nodig vir die behoud

56 Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1125-1127.

57 Windscheid *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1181.

58 *Lehrbuch des Pandektenrechts* 1245-1246.

daarvan nie.

8 3 *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten (1794)*

8 3 1 *Eiendomsreg*

Vir die verkryging van eiendomsreg is besit van die saak vereis.⁵⁹ 'n Persoon wat 'n saak wat aan niemand behoort het nie onder sy beheer gebring het, het onmiddellik eienaar daarvan geword.⁶⁰ Artikel 1 9 1 10 stel dit duidelik dat die blote bedoeling om eiendomsreg van 'n saak te verkry en 'n poging wat aangewend is nie voldoende was nie: Dit moes onder beheer gebring word. Roerende sake wat deur die eienaar geabandonneer is, kon ook in eiendom verkry word deur 'n persoon wat besit daarvan verkry het.⁶¹ Twee interessante gevalle word vermeld: 'n Persoon wat deur uiterlike omstandighede gedwing is om sy saak teen sy wil uit sy beheer te laat gaan, het daardeur nog nie van sy eiendomsreg ten aansien van die saak afstand gedoen nie.⁶² En 'n siek dier wat deur die voormalige besitter verstoot is en hulpeloos aan homself oorgelaat is, het die eiendom geword van enigeen wat dit onder sy vlerke geneem, verpleeg en versorg het.⁶³

Met betrekking tot die verkryging van eiendomsreg van 'n skat is daar slegs melding gemaak van die vonds van 'n skat, en daar is nie verder oor die aard en vereistes van die toe-eieningshandeling uitgebrei nie.⁶⁴ Met verwysing na die vangs en gevolglike eiendomsverkryging van wilde diere vermeld artikel 128⁶⁵ dat inbesitname eers voltooi is wanneer die dier dood of lewend onder beheer van die jagter gebring is. Dit beteken dat 'n dier wat gekwes is of wat uit 'n strik ontkom het, nog vry was.⁶⁶

59 1 9 3.
60 1 9 1 9.
61 1 9 2 14.
62 1 9 2 17.
63 1 9 2 18.
64 1 9 3 74 ev.
65 1 9 4 128.
66 1 9 4 129.

8 3 2 Besit

Wanneer 'n persoon die fisiese vermoë gehad het om oor 'n saak te beskik ter uitsluiting van andere, was dit onder sy beheer en is hy die houer daarvan genoem.⁶⁷ 'n Persoon is ook 'n houer genoem wanneer hy die saak namens 'n ander gehou het met die doel om namens hom daarvoor te beskik.⁶⁸ 'n Persoon wat egter beheer verkry het van 'n saak met die doel om óf persoonlik óf deur middel van 'n ander daarvoor te beskik, is as besitter beskou.⁶⁹

Ingevolge die kode kon niemand sonder die nodige wil daartoe of teen sy wil besit van 'n saak verkry nie.⁷⁰ Ingevolge artikel 48⁷¹ was 'n toe-eieningshandeling noodsaaklik vir die verkryging van besit:

Ohne Besitzergreifung kann keine Art des Besitzes erlangt werden.

Volgens die kode het die handeling waardeur 'n persoon 'n roerende saak onder beheer van die besitter gebring het, inbesitname geheet.⁷² Besit van 'n saak wat in niemand se besit was nie, kon verkry word deurdat die persoon sodanige onderskeidende tekens daaraan aangebring het dat sy bedoeling om die saak vir homself te gebruik duidelik daaruit geblyk het.⁷³ Besit is deur middel van lewering verkry wanneer die voormalige besitter tot voordeel van 'n ander van die besit van die saak afstand gedoen het en die verkryger besit daarvan aanvaar het.⁷⁴ 'n Blote wilsverklaring van die voormalige besitter was genoegsaam om besit van die saak aan die verkryger oor te dra indien hy daardeur in staat gestel is om oor die saak te beskik.⁷⁵ Lewering kon nie net letterlik plaasvind nie, maar ook deur middel van

67 1 7 1.

68 1 7 2.

69 1 7 3.

70 1 7 43.

71 1 7.

72 1 7 50. Enige handeling wat voldoende is om die nuwe besitter in staat te stel om die saak self of deur middel van 'n derde te gebruik en daarvoor te beskik, is genoegsaam.

73 1 7 55.

74 1 7 58.

75 1 7 59.

tekens, met ander woorde simbolies.⁷⁶ Die partye kon vryelik die tekens kies waarvan hulle gebruik wou maak, mits dit maar net daaruit geblyk het dat die een persoon besit wou oordra en die ander dit wou verkry.⁷⁷ Die simboliese lewering moes ook van so 'n aard wees dat niks verder die fisiese inbesitname van die saak deur die verkryger verhinder het nie.⁷⁸ Besit van goedere wat in 'n geslote ruimte was, kon byvoorbeeld deur middel van lewering van sleutels oorgedra word.⁷⁹

Beheer van 'n saak het verlore gegaan wanneer die fisiese vermoë van die persoon om óf self óf deur middel van 'n ander daarmee te handel, verlore gegaan het.⁸⁰ Dit beteken egter nie noodwendig dat besit van die saak ook verlore gegaan het nie.⁸¹ Besit is gereken voort te duur solank as wat hierdie onvermoë nog nie duidelik vasgestaan het nie.⁸² Die besitter het eweneens besit van die saak behou solank as wat hy nog derdes daarvan kon verhinder om toegang tot die saak te verkry.⁸³

Indien dit vir die besitter onmoontlik geword het om weer verlore beheer te herwin, het besit egter wel verlore gegaan.⁸⁴ Dit het eweneens verlore gegaan wanneer die besitter, by afstanddoening van beheer, deur middel van woorde of handeling dit duidelik gemaak het dat hy die saak nie meer wou besit nie.⁸⁵ Voorts het besit ook verlore gegaan wanneer die besitter besit daarvan aan 'n ander oorgedra het.⁸⁶

8 3 3 Pand

Die saaklike reg wat 'n persoon op die saak van 'n ander gehad het ter versekering van 'n vordering en ingevolge waarvan hy bevrediging kon eis, is 'n Unterpfandsrecht genoem.⁸⁷ Die pandreg kon deur wilsverklaringe van die partye asook deur middel

76	1 7 61.
77	1 7 62-63.
78	1 7 64.
79	1 7 65.
80	1 7 111.
81	1 7 112.
82	1 7 113.
83	1 7 119.
84	1 7 116.
85	1 7 117.
86	1 7 123.
87	1 20-1 1.

van wetgewing tot stand kom.⁸⁸ Hierdie reg het egter nog geen werklike saaklike reg op 'n bepaalde saak aan die krediteur verleen nie; ten einde hierdie saaklike reg te vestig, moes wettige verkryging van die pandsaak eers geskied.⁸⁹ Indien die totstandkoming van hierdie saaklike reg deur middel van lewering geskied het, het 'n pandreg in die eng sin van die woord tot stand gekom.⁹⁰ Pandreg in die eng sin kon deur middel van die verkryging van besit op sowel roerende as onroerende sake gevestig word.⁹¹ In die geval van roerende sake was blote lewering van die saak voldoende vir die totstandkoming van die pandreg.⁹² Beskikbaarstelling van onroerende sake was egter nie genoegsaam nie:⁹³ Judisiële kennisname daarvan is ook vereis en dit moes in die hipoteekboek aangeteken word.⁹⁴ Lewering van die pandsaak moes gewoonlik op so 'n wyse plaasvind dat die saak wesenlik onder beheer van die skuldeiser gekom het en ook daar gebly het.⁹⁵ Indien die saak onder beheer van die skuldenaar gebly het of aan hom teruggegee is sodat hy dit namens die skuldeiser kon besit, het daar geen pandreg tot stand gekom nie.⁹⁶ Sekere simboliese leweringswyses het wel 'n pandreg tot gevolg gehad, maar kon slegs plaasvind by sake wat óf weens hulle aard geen fisiese lewering moontlik gemaak het nie, óf waar dit ingevolge wetgewing daarvan vrygestel is.⁹⁷ Maar selfs in hierdie gevalle kon die verpanding sonder daadwerklike fisiese oordrag net met regswerking plaasgevind het indien besit van die saak deur middel van die simboliese tekens op die skuldeiser oorgedra is, en dit duidelik aan derdes geblyk het dat besit van die pandsaak op die skuldeiser oorgegaan het.⁹⁸ Deur middel van die pandreg het die skuldeiser die bevoegdheid gekry om die pandsaak onder sy beheer en in sy besit te hou totdat die skuld afgelos is ter versekering waarvan die pand gegee is.⁹⁹

88	1 20 1 2.
89	1 20 1 6.
90	1 20 1 7.
91	1 20 1 71.
92	1 20 1 94.
93	1 20 1 99.
94	1 20 1 100.
95	1 20 1 104.
96	1 20 1 105.
97	1 20 1 271.
98	1 20 1 272.
99	1 20 1 116.

8 3 4 Samevatting

Uit die artikels in hierdie kode wat oor die verkryging en behoud van eiendomsreg handel, volg dit dat die persoon wat eiendomsreg ten aansien van 'n saak wou verkry, dit onder sy beheer moes bring. Indien hy nie beheer oor die saak gehad het nie, was daar geen sprake van eiendomsreg nie.

Die Pruisiese kode onderskei tussen houers en besitters, en 'n persoon wat beheer van 'n saak verkry het met die bedoeling om daarvoor te beskik, is 'n besitter genoem. 'n Persoon het besit van 'n saak verkry deur middel van 'n handeling wat hom in staat gestel het om vryelik oor die saak te beskik. Die aard van hierdie handeling was nie van belang nie, mits dit maar net daartoe gelei het dat die persoon beheer oor die saak verkry het. Besit van die saak het verlore gegaan wanneer die besitter se vermoë om met die saak te handel, permanent verlore gegaan het.

Dit is interessant dat daar vir die totstandkoming van die pandreg net 'n ooreenkoms tussen die partye vereis is, maar dat daar vir die saaklike reg van die krediteur lewering van die pandsaak vereis is. Die pandsaak moes dus op een of ander aanvaarbare wyse aan die krediteur gelever word ten einde beheer daarvan aan hom te verskaf en dit aan derdes duidelik te maak dat die debiteur nie meer beheer daarvoor het nie. Die Pruisiese landreg het dus net vuispand geken met betrekking tot roerende sake.

HOOFSTUK 9: REGSONTWIKKELING IN FRANKRYK

9 1 Pothier

9 1 1 *Eiendomsreg*

Pothier is van mening dat wilde diere wat gekwes is en deur die jagter agtervolg is, eers deur middel van toeëiening syne geword het wanneer dit inderdaad gevang is, aangesien daar andersins nog baie kon voorval wat dit kon verhinder en verhoed.¹ Daarenteen het juwele en ander edelstene wat op die strand gevind is, dadelik deur middel van toeëiening die eiendom geword van die persoon wat dit gevind het.² Met betrekking tot die verkryging van eiendomsreg van 'n skat sê hy³ dat die helfte daarvan deur toeëiening die vinder s'n geword het en die ander helfte die eienaar van die grond toegekome deur accessio en deurdat hy beheer daarvoor uitgeoefen het.

Traditio word soos volg deur Pothier omskryf:⁴

Traditio nihil est aliud quam possessionis rei in aliquem facta translatio.

Lewering hoef egter nie altyd de manu in manum te geskied het nie en fiktiewe lewering is ook as genoegsaam beskou. 'n Saak is geag gelewer te wees wanneer dit ten aanskoue van die ontvanger neergesit is.⁵ Die ontvanger het dus onmiddellik wanneer dit in sy sig neergesit is, besitter geword van die saak of van geld wat aan hom verskuldig was. Hierdie fiktiewe leweringswyses het veral betrekking gehad op sake wat swaar en gevolglik moeilik hanteerbaar was. Traditio ficta is ook aanvaar in daardie gevalle waar die sleutels van 'n pakhuis aan die koper oorhandig is en eiendomsreg van die sake in die pakhuis by lewering op hom oorgegaan het. Daar is vereis dat die partye by die pakhuis teenwoordig moes wees. Vir die oordrag van eiendomsreg deur middel van fiktiewe traditio is vereis dat lewering nie denkbeeldig

1 *Pandectae Justinianae* vol 3 41 1: 1 1 1 1 5 (100).

2 Pothier *Pandectae Justinianae* vol 3 41 1: 1 1 1 3 8 (101).

3 *Pandectae Justinianae* vol 3 41 1: 1 1 1 3 9 (101).

4 *Pandectae Justinianae* vol 3 41 1: 1 3 1 2 14 (108).

5 Pothier *Pandectae Justinianae* *ibid.*

moes wees nie, maar dat die partye dit duidelik moes maak dat eiendomsreg inderdaad oorgedra is.

Eiendomsreg van sake het verlore gegaan wanneer dit deur die eienaar geabandonneer is met die bedoeling om nie meer eienaar daarvan te wees nie.⁶

9 1 2 *Besit*

As uitgangspunt kan aanvaar word dat besit van 'n saak corpore et animo verkry moes word. Besit is egter nie noodwendig by wyse van 'n fisiese liggaamlike handeling verkry nie, maar kon ook deur middel van sig en die nodige bedoeling verkry word.⁷ Wanneer besit van 'n plaas geneem is, hoef die voornemende besitter net 'n deel daarvan te betree het, en nie die hele plaas nie.⁸ Sake wat weens hulle groot gewig moeilik beweeg kon word, is as gelewer beskou indien die ooreenkoms in hulle teenwoordigheid gesluit is. So ook is wyn geag gelewer te wees wanneer die sleutels van die kelder waarin dit gestoor was, aan die koper oorgedra is. En as 'n persoon 'n hoop hout gekoop het en 'n wag aangestel het om dit te bewaak, het hy besit daarvan verkry. As gevolg van die vereiste van fisiese toeëiening wat vir die verkryging van besit vereis is, het 'n eienaar wat geweet het dat daar 'n skat in sy grond verborge was, eers besit daarvan verkry wanneer hy dit vanuit die wegsteekplek verwyder het aangesien dit daarvoor nie geag is onder sy custodia te wees nie.⁹

Met betrekking tot die verlies van besit sê Pothier net dat besit verlore gegaan het wanneer die besitter nie meer custodia daarvoor uitgeoefen het nie.¹⁰

9 1 3 *Pand*

Pothier laat hom soos volg uit oor die begrip "pignus":

-
- 6 Pothier *Pandectae Justinianae* vol 3 41 1: 3 1 94 (119).
 - 7 Pothier *Pandectae Justinianae* vol 3 41 2: 2 1 17 (124).
 - 8 Pothier *Pandectae Justinianae* vol 3 41 2: 2 1 15 (123).
 - 9 Pothier *Pandectae Justinianae* vol 3 41 2: 2 1 18 (124).
 - 10 *Pandectae Justinianae* vol 3 41 2: 4 2 44 (129).

Pignus appellatum a pugno; quia res quae pignori dantur, manu traduntur.¹¹

'n Pandreg is volgens hom nie alleen deur traditio gevestig nie, maar ook deur ooreenkoms. Lewering van die pandsaak was dus geen vereiste vir die totstandkoming van die pandreg nie.

9 1 4 Samevatting

Met betrekking tot die verkryging van eiendomsreg word dit deur Pothier gestel dat 'n saak daadwerklik deur die persoon toegeëien moes word op so 'n wyse dat hy beheer ter uitsluiting van derdes daarvoor kon uitoefen. Indien dit gebeur het, is daar aanvaar dat hy eiendomsreg van die saak verkry het. Die wyse waarop dit plaasgevind het, was nie werklik belangrik nie, mits dit maar net tot gevolg gehad het dat die persoon beheer oor die saak ontvang het.

Besit van 'n saak kon op verskillende maniere verkry word. Die enigste vereiste wat daar gestel is, was dat die persoon wat daarop aanspraak gemaak het dat hy besit van die saak verkry het deur die handeling in staat gestel moes word om beheer en custodia ten aansien daarvan uit te oefen.

Die feit dat 'n pandreg nie alleen deur lewering nie, maar ook deur middel van ooreenkoms gevestig kon word, het tot gevolg gehad dat lewering van die pandsaak geen vereiste vir die totstandkoming van die pandreg was nie, en dat vuispand gevolglik nie as die enigste manier van pandgewing beskou is nie.

9 2 Code Civil (1804)

9 2 1 Eiendomsreg

Artikel 581 van die algemene voorskrifte van boek 3 het bepaal dat eiendomsreg verkry en oorgedra word deur middel van erfopvolging, testamentêre bevoordelings

11 *Pandectae Justinianae* vol 1 20 1: 1 (556).

en verbintnisse. Daar is niks gesê oor fisiese beheer wat moontlik ter sprake kon kom in enige van hierdie gevalle nie.¹²

Lewering is met verwysing na die koopkontrak omskryf as die oordrag van die saak wat verkoop is na die gesag of beheer en besit van die koper.¹³ Eiendomsreg van onroerende sake is oorgedra deur lewering van die sleutels van die gebou of deur oorhandiging van die transportakte. Roerende sake is oorgedra deur middel van óf ware lewering óf lewering van die sleutels van die gebou waarin die sake hulle bevind het.¹⁴

Dit volg uit hierdie kort bespreking dat die inhoud van die begrip lewering onveranderd gebly het, en dat die doel daarvan steeds was om die saak onder beheer en in besit van die verkryger te bring. Die wyses waarop dit teweeggebring kon word, het eweneens dieselfde gebly. Daar moes met ander woorde die nodige bedoeling wees en een of ander handeling - werklik of simbolies - ten einde die oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig.

9 2 2 Verjaring en besit

Verjaring en besit is in dieselfde titel in die *Code Civil* behandel. Verjaring is onder meer beskryf as 'n metode waarop iets na verloop van 'n bepaalde tydperk verkry kon word.¹⁵ Besit is in hoofstuk 2 bespreek, en is omskryf as die behoud of genot van 'n saak of 'n reg wat 'n persoon self gehou of uitgeoefen het, of wat hy gehou en uitgeoefen het deur middel van 'n derde.¹⁶ Ten einde 'n saak deur middel van verjaring te verkry, moes die persoon se besit onder meer voortdurend en

12 Vgl bv art 586 wat handel oor die ontdekking van 'n verborge skat. Daar word slegs vermeld dat eiendomsreg die persoon toegekóm het wat dit op sy eie grond gevind het. Indien dit op 'n ander persoon se grond ontdek is, het die ontdekker en die grondeienaar om die helfte eienaar daarvan geword. Oor die vorm wat hierdie handeling moes aanneem, is daar verder niks gesê nie.

13 Art 1379.

14 Vgl art 1381 saamgelees met arts 588 590.

15 Art 1850.

16 Art 1859 mvn 459.

ononderbroke gewees het.¹⁷

Uit hierdie bespreking volg dit dat besit eintlik maar net beteken het om 'n saak te hou, hetsy persoonlik of deur middel van 'n derde. Daar was geen verdere vereistes of omskrywings van besit nie, en dit wil dus voorkom of die inhoud van hierdie begrip nie juis probleme opgelewer het nie.

9 2 3 *Pand*

'n Pand is deur die *Code Civil* omskryf as 'n persoonlike verbintenis ingevolge waarvan die debiteur 'n saak aan sy krediteur oorhandig het ten einde as sekerheid vir sy skuld te dien.¹⁸ Die krediteur se saaklike reg is gevestig deurdat die pandsaak aan hom gelewer is met die bedoeling om 'n pandreg daar te stel.¹⁹

Dit blyk hieruit dat die Franse gekodifiseerde reg net huispand met betrekking tot roerende sake geken het, aangesien daar nie melding gemaak is van enige ander vorm van pandgewing nie. Die saak moes dus aan die krediteur (of 'n derde, soos ooreengekom tussen die partye) gelewer word en hy moes besit daarvan behou ten einde sekerheid te hê totdat die skuld afgelos is.

9 2 4 *Samevatting*

Dit is opvallend daar geen vermelding en gevolglik ook geen omskrywing van die fisiese beheerbegrip is nie. Uit die bespreking van die verkryging van eiendomsreg volg dit dat die aard van die handeling - en of dit werklik of simbolies was - waardeur eiendomsreg verkry is, nie werklik van belang was nie. Die enigste vereiste wat gestel is, was dat die saak as gevolg daarvan onder beheer en in besit van die verkryger moes kom.

17 Art 1859. Daar is ook vereis dat sy besit vreedsaam, in die openbaar en ondubbelsinnig moes wees, en dat hy dit soos 'n eienaar moes hou.

18 Art 1801.

19 Vgl art 1811.

Besit word nie apart bespreek nie en net terloops genoem in verband met die verkryging van eiendomsreg deur middel van besit. Daaruit kan die afleiding gemaak word dat die inhoud en betekenis van hierdie begrip nie probleme opgelewer het nie.

Uit die bespreking van pandgewing blyk dit duidelik dat die pandsaak aan die krediteur gelewer moes word, en dat hy beheer daarvan moes verkry en behou totdat die skuld afgelos is. Dit is 'n interessante ontwikkeling, gesien in die lig daarvan dat Pothier aanvaar het dat pand ook deur ooreenkoms tot stand kon kom. Volgens die *Code Civil* was dit dus belangrik dat die krediteur sy pandreg deur middel van besit van die pandsaak verseker het.

AFDELING 3: REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF

HOOFSTUK 10: DIE DUITSE REG

10 1 Inleiding

Volgens Baur¹ is dit kenmerkend van al die oorspronklike wyses van eiendomsverkryging dat die vestiging van eiendomsreg nie op die wil van die regsvoorganger en regsopvolger berus nie, maar op die wetboek. Die gronde waarop die wetgewer dit veroorloof, is egter menigvuldig en geen algemene beginsels is daaruit af te lei nie. Alhoewel daar ook ander wyses is waarop eiendomsreg verwerf kan word, word slegs dié bespreek waarby fisiese beheer ter sprake kom, naamlik lewering,² toe-eiening, vonds, skatvinding en verkrygende verjaring.³

10 2 Die verkryging van eiendomsreg op oorspronklike wyse

10 2 1 Toe-eiening (*Aneignung*)

10 2 1 1 Omskrywing

Paragraaf 958 van die BGB bepaal:

(1) Wer eine herrenlose bewegliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache.

(2) Das Eigentum wird nicht erworben, wenn die Aneignung gesetzlich verboten ist oder wenn durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines anderen verletzt wird.

1 *Lehrbuch* 485.

2 'n Afgeleide wyse van eiendomsverkryging wat in hfst 10 § 1 bespreek word.

3 Vgl Schwab *Sachenrecht* 139 en Von Gierke *Sachenrecht* 55 wat daarop wys dat die verkryging van besit dikwels 'n deurslaggewende rol speel by die verkryging van eiendomsreg van roerende sake.

10 2 1 2 Inleiding

Vir die verkryging van eiendomsreg deur middel van toe-eiening, word daar eerstens vereis dat 'n persoon 'n roerende saak wat aan niemand behoort nie⁴ vir homself moet toe-eien met die bedoeling om eienaar daarvan te word,⁵ en tweedens dat hierdie toe-eieningshandeling geskied sonder dat 'n derde persoon se toe-eieningsreg geskend word⁶ of dat daar 'n toe-eieningsverbod op die spesifieke saak bestaan.⁷ Naas wilde diere⁸ is dit veral sake wat deur voormalige eienaars geabandonneer is wat vir toe-eiening vatbaar is.⁹ In sodanige gevalle is dit noodsaaklik dat die betrokke eienaars die sake moes geabandonneer het met die bedoeling om van die eiendomsreg ten aansien daarvan afstand te doen.¹⁰

Toe-eiening van mede-eiendomsaandele is aan geen besondere voorwaardes onderhewig nie. 'n Persoon wat tot op 'n sekere tydstip mede-eienaar was, kan vir homself die geabandonneerde aandeel van die mede-eienaar toe-eien deur die blote uitbreiding van sy bedoeling om die saak te besit. 'n Derde kan egter ook deur middel van toe-eiening eiendomsreg vestig op die geabandonneerde aandeel van die mede-eienaar.¹¹

4 Toe-eiening kom selde voor aangesien daar in die Duitse gemeenskap maar weinig sake is wat nie reeds aan iemand behoort nie. 'n Saak wat nie 'n eienaar het nie, behoort aan niemand nie. Sulke sake val in twee klasse uiteen: Eerstens dié wat nog nooit aan iemand behoort het nie, en tweedens dié waarvan die voormalige eienaar afstand gedoen het of waarvan eiendomsreg om enige ander rede verlore gegaan het. Vgl Eichler *Institutionen* 53; Faber 1987 *JR* 313 314-315; Jauernig *BGB* 1122; Luchterhand *BGB* 419; *Münchener Komm* bd 4 845; Palandt *BGB* 1128; Schwab *Sachenrecht* 190; Staudinger *BGB* 2-3; Wieling *Sachenrecht* 465.

5 Wieling *Sachenrecht* 465.

6 Indien daar toe-eieningsregte bestaan, is daar geen moontlikheid van vrye toe-eiening nie: Slegs diegene wat daartoe bevoeg is, mag dan die sake toe-eien. Hierdie regte spruit voort uit jagregte (vgl Eichler *Institutionen* 43-45; Schwab *Sachenrecht* 191-192;), visvangregte (vgl Schwab *Sachenrecht* 192), mynregte (vgl Eichler *Institutionen* 45-47; Schwab *Sachenrecht* 192-194;) insluitende die regte op die herwinning van rustowwe uit die vastelandsplat en goedere op strande (*Münchener Komm* bd 4 846-847; Wieling *Sachenrecht* 468). Sien verder Eichler *Institutionen* 42; Staudinger *BGB* 5-8.

7 Wanneer daar sodanige verbod bestaan, is toe-eiening verbode. Vgl bv die verbod op beskermde plante en diere (*Münchener Komm* bd 4 846; Luchterhand *BGB* 419). Sien verder Jauernig *BGB* 1122; Müller *Sachenrecht* 916; Schwab *Sachenrecht* 191; Staudinger *BGB* 3; Wieling *Sachenrecht* 467; Wolf *Sachenrecht* 233.

8 Vgl hieronder hfst 10 2 1 3 4.

9 Eichler *Institutionen* 42, veral vn 1.

10 Wolf *Sachenrecht* 233.

11 Staudinger *BGB* 2.

10 2 1 3 *Elemente van besit*

10 2 1 3 1 *Persoonlike besit*

Die fisiese beheer wat vereis word ter vestiging van oorspronklike eiendomsreg, kan óf persoonlik uitgeoefen word, óf deur middel van 'n dienaar of werktuig¹² en ten slotte ook deur middel van middellike beheer wat deur 'n derde¹³ uitgeoefen word.¹⁴ Verteenwoordiging is egter nie moontlik nie aangesien toe-eiening nie 'n regshandeling is nie, en dit het uiteraard ook tot gevolg dat 'n handelingsonbevoegde persoon eiebesit kan vestig en daarmee saam eiendomsreg kan verkry.¹⁵ Wanneer 'n persoon se bestuurder dientengevolge sonder 'n opdrag vir hom 'n saak wat aan niemand behoort nie in besit neem, verkry eersgenoemde nie onmiddellik eiendomsreg ten opsigte van die saak nie, maar word eiebesit en eiendomsreg eers deur hom verwerf wanneer hy van die toe-eiening in kennis gestel word en hy hom daarmee vereenselwig. Die toe-eiening van eiebesit lei ook tot die verkryging van eiendomsreg wanneer die persoon wat die toe-eieningshandeling uitvoer 'n ander voorspring of hom daarvan verhinder om dit self toe te eien.¹⁶ Indien meerdere persone tegelyk daadwerklike beheer oor die saak vestig, verkry hulle mede-eiendomsreg.¹⁷

10 2 1 3 2 *Daadwerklike besit*

Daadwerklike beheer van die saak ten aansien waarvan eiendomsreg gevestig word, is van wesenlike belang. Gevolglik verwerf die persoon wat eerste besit van die saak verkry, eiendomsreg daarvan, en nie die persoon wat die saak ontdek het nie. Dit geld selfs in gevalle waar die ontdekker wel die bedoeling het om die saak in besit te neem, maar deur 'n ander voorgespring word, asook waar hy gewelddadig of wederregtelik

12 soos 'n jaghond.

13 soos 'n gas op 'n jagtog.

14 Sien verder Jauernig *BGB* 1122; Staudinger *BGB* 4; Wieling *Sachenrecht* 466.

15 Staudinger *BGB* 4. Vgl egter Schwab *Sachenrecht* 190 wat van mening is dat dit wel as 'n regshandeling beskou moet word.

16 Vgl Staudinger *BGB* 4.

17 Wieling *Sachenrecht* 466.

daarvan verhinder word om die saak in besit te neem.¹⁸

10 2 1 3 3 *Vestiging en behoud van besit*

Vir die vestiging van eiebesit word twee vereistes gestel: Objektief die verkryging van daadwerklike beheer, en subjektief moet die verkryger die bedoeling hê om die saak te besit asof dit aan hom behoort.¹⁹ Die verkryger se eiendomsreg ten aansien van die saak word gevestig vanaf die tydstip waarop die saak toegeëien en daadwerklik met die nodige bedoeling beheer word.²⁰

10 2 1 3 4 *Wilde diere, voëls, visse en bye*

10 2 1 3 4 1 *Inleiding*

Aangesien wilde diere, voëls, visse en bye afsonderlik in die BGB behandel word,²¹ word dit vervolgens kortliks as 'n spesiale kategorie roerende sake bespreek. Die hele aangeleentheid met betrekking tot wilde diere, voëls, visse en bye word beheers deur die algemene reël dat alles wat onder 'n persoon se beheer kom, sy eiendom word, en dat sy eiendomsreg beëindig word wanneer hy daadwerklike beheer oor die saak verloor.²² Die deurslaggewende maatstaf is dus daadwerklike beheer. Die verkryging en verlies van eiendomsreg van wilde diere berus kragtens paragraaf 960(1) en (2) op die gedagte dat sulke diere, solank hulle vry is, aan niemand behoort nie, maar dat enigeen beheer oor hulle kan vestig ten einde die produkte van die natuur vir homself diensbaar te maak.²³

18 Wieling *Sachenrecht* 467.

19 Die saak moet ooreenkomstig par 872 besit word - sien Müller *Sachenrecht* 914. Vgl verder Staudinger *BGB* 3 mbt die vestiging van daadwerklike beheer oor diere, en sien hfst 10 2 1 3 4.

20 Wieling *Sachenrecht* 467.

21 Par 960.

22 Paul D 41 2 1 1. Vgl Wieling *Sachenrecht* 473.

23 Vir spesiale maatreëls ivm eksotiese diere, sien Wieling *Sachenrecht* 480-481.

'n Wilde dier word as vry beskou terwyl dit nie 'n voorwerp van besit is nie en aan niemand behoort nie.²⁴ Ingevolge paragraaf 960²⁵ kan daar geen eiendomsreg bestaan oor 'n wilde dier wat vry is nie. Eiendomsverkryging word gereël deur paragraaf 958²⁶ waarvolgens besit oor die dier verkry word wanneer dit gevang word en sy vryheid ontnem word. Besitverkryging geskied ooreenkomstig die algemene reëls van die besitreg, en daar moet 'n vaste vooruitsig wees om beheer oor die dier uit te oefen. Die verkryging van die dier kan ook deur middel van 'n verteenwoordiger of 'n dienaar plaasvind. 'n Dier wat in 'n lokval gevang is, word nie sonder meer in alle gevalle geag in besit geneem te wees nie: Vir die vestiging van besit oor 'n dier word bykomend vereis dat daar geen moontlikheid moet wees dat dit sy vryheid kan herwin nie. Indien 'n val egter gestel word deur 'n persoon wat daarop geregtig is (byvoorbeeld die grondeienaar of jagter), verwerf hy daadwerklike beheer oor die dier sodra dit in die lokval gevang is. Wanneer die persoon wat die lokval gestel het, daarenteen nie daarop geregtig was om dit te doen nie (byvoorbeeld 'n wilddief), word besit nie verkry as die dier in die lokval gevang word nie, maar eers wanneer dit daadwerklik in beheer geneem word. As 'n dier gewond word, ontstaan beheer nie outomaties nie (selfs waar sy beweeglikheid sterk daardeur beperk word) aangesien besit eers deur daadwerklike inbeheername gevestig word.²⁷ Eiendomsreg van sodanige diere bly behoue solank hulle onder beheer van die eienaar bly.

Alle diere in 'n dieretuin word geag onder die beheer van die eienaar van die dieretuin te wees en hy word as die eienaar van die diere beskou - selfs dié wat sonder sy wete in die dieretuin ingekom het - aangesien die algemene wil om al die diere in die dieretuin te besit en die eienaar daarvan te wees, aan hom toegereken word.²⁸

24 Müller *Sachenrecht* 913. Vgl ook OLG Bay 1987 *JR* 128 129.

25 "(1) Wilde Tiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden."

26 "Wer eine herrenlose bewechliche Sache in Eigenbesitz nimmt, erwirbt das Eigentum an der Sache."

27 Wieling *Sachenrecht* 475.

28 Müller *Sachenrecht* 913; Wieling *Sachenrecht* 476. Vgl ook par 960(1): "...Wilden Tieren in Tiergärten ... sind nicht herrenlos."

Ingevolge paragraaf 960(2)²⁹ gaan eiendomsreg ten opsigte van 'n dier weer verlore sodra die dier sy vryheid herwin. Eiendomsreg en besit gaan egter nie verlore terwyl die dier nog agtervolg word nie.³⁰ Die doel van agtervolging is immers om die dier te verhinder om te ontsnap; met ander woorde om besit en eiendomsreg te behou. Alhoewel agtervolging in die Romeinse en gemene reg slegs moontlik was solank die dier nog in sig was, is dit tans kragtens paragraaf 960(2) ook moontlik waar die eienaar die dier onmiddellik, en sonder om te aarsel, agtervolg wanneer dit ontsnap.³¹ Agtervolging moet dus nie so eng vertolk word as sou dit deurentyd oogkontak vereis nie. Dit kan voorts deur persone geskied wat die eienaar te hulp wil kom, asook deur derdes, maar slegs indien hulle van voorneme is om die dier aan die eienaar terug te besorg; Indien die agtervolger die dier vir homself wil behou, sal hy dit nie namens die eienaar vang nie, maar vir homself bekom.³² Aangesien eiendomsreg deur die agtervolging gehandhaaf word, volg dit dat eiendomsreg verlore gaan wanneer die agtervolging gestaak word.³³ Selfs indien die dier op daardie tydstip nog nie sy vryheid ten volle herwin het nie, gaan eiendomsreg tot niet omdat die voormalige eienaar dan nie meer beheer uitoefen nie. Indien die dier reeds sy vryheid verwerf het, is agtervolging nie meer moontlik nie en behoort dit nie meer aan enigiemand nie. Op hierdie stadium kan dit weer opnuut gevange geneem en toegeëien word soos enige ander wilde dier wat vry is.

'n Wilde dier word nie alleen deur die onderwerping aan fisiese beheer van sy vryheid ontnem nie: Beheer oor so 'n dier word ook gevestig indien dit makgemaak word.³⁴ Alhoewel dit dus volle bewegingsvryheid mag hê, sal dit geag word aan die eienaar te behoort solank dit die bedoeling het om na hom terug te keer.³⁵ Indien dit egter sou afsien van die gewoonte om na 'n bepaalde plek terug te keer, verval die beheer

29 "Erlangt ein gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgibt."

303 Wieling *Sachenrecht* 478. Vgl par 960(2).

31 Vgl Wieling *Sachenrecht* 478-479.

32 sien verder Wieling *Sachenrecht* 479 vir 'n vollediger bespreking van die moontlikhede van agtervolging wat in die praktyk voorkom.

33 Vgl OLG Bay 1987 *JR* 128.

34 Wieling *Sachenrecht* 480.

35 Müller *Sachenrecht* 913-914.

en word dit weer geag aan niemand te behoort nie,³⁶ aangesien die moontlikheid om daadwerklike beheer oor 'n dier uit te oefen slegs voortbestaan terwyl die dier hierdie gewoonte handhaaf.

10 2 1 3 4 3 *Visse*

Visse word ook as wilde diere beskou en eiendomsreg oor hulle duur eweneens voort solank as wat daadwerklike beheer oor hulle uitgeoefen word.³⁷ Besit word geag gevestig te wees wanneer dit moontlik is om die visse na willekeur te bemagtig, en hierdie moontlikheid bestaan slegs indien die waterruimte geheel en al in die besit en eiendom van 'n bepaalde persoon of groep persone (mede-eienaars of vennote) is.³⁸

10 2 1 3 4 4 *Bye*

'n Swerm wilde bye of 'n swerm wat sy eenaar verloor het, kan kragtens paragraaf 958 toegeëien word. Vir hierdie doel moet die swerm gevange geneem word. Simboliese aanduidings van besit is nie voldoende nie aangesien die swerm daadwerklik onder beheer geneem moet word.

Bye word gereken onder die wilde maar makgemaakte diere waarvoor eiendomsreg eers verlore gaan wanneer hulle die bedoeling verloor om terug te keer na hulle woonplek, met ander woorde, wanneer die hele swerm bye die korf permanent verlaat.³⁹ Eiendomsreg gaan egter nie verlore terwyl die eenaar die bye, wat nog sigbaar is, agtervolg en dit nie moeilik gaan wees om hulle weer onder beheer te kry

36 Vgl par 960(3).

37 Wieling *Sachenrecht* 476: Dit gebeur bv wanneer hulle in 'n geslote waterruimte aangehou word. Lg beteken dat dit nie vir die visse moontlik moet wees om te ontsnap nie; die water moet óf nie 'n in- of uitvloeï hê nie óf sodanige in- en uitgange moet afgesper wees. Met "geschlossen" word daar nie bedoel dat geen visse hoegenaamd die water kan verlaat nie, maar slegs dat die visse waarom dit inderdaad gaan, dit nie kan verlaat nie. Indien die eenaar bv groot karp in sy poeletjie het, moet hy dit so versper dat hulle nie kan ontsnap nie. In so 'n geval word hy dan geag die karp daadwerklik te beheer, al kan kleiner visse intussen uit die poeletjie ontkom. Vgl ook par 960(1): "...Fischen in Teichen oder anderen geschlossenen Privatgewässern sind nicht herrenlos."

38 Vgl Wieling *Sachenrecht* 476-477.

39 Vgl par 960(3).

nie.⁴⁰ Of die aanbreek van die nag tydens so 'n agtervolging en die daarmee gepaardgaande verlies van sig van die bye tot gevolg het dat eiendomsreg verlore gaan, sal daarvan afhang of die vooruitsigte om die bye die volgende dag op dieselfde plek aan te tref, goed is al dan nie. Indien die eienaar sou ophou om die bye te agtervolg, gaan sy eiendomsreg onmiddellik tot niet.⁴¹ Gedurende die agtervolging is die eienaar daarop geregtig om derdes se grondstukke te betree mits sy eiendomsreg oor die bye voortduur. Die reg om die bye te agtervolg, gee ook aan hom die reg om nie alleen teen die eienaar van die grondstuk waarop die bye hulle bevind, op te tree nie, maar ook teen elke besitter daarvan.⁴² Aangesien die wetgewer spesiale voorsiening daarvoor maak, is dit om't ewe of die bye in 'n korf aangehou word, heeltemal wild is, wild maar makgemaak is of wild en nie makgemaak nie is. Die voorwerp van die reëling is die hele swerm, en nie die individuele bye nie.

Indien meerdere swerms bye van verskillende eienaars saamkom, ontstaan mede-eiendomsreg ten opsigte van die hele swerm.⁴³ Wanneer 'n swerm bye in 'n besette byekorf indring, word dit onmiddellik die eiendom van die persoon aan wie die byekorf behoort.⁴⁴

10 2 1 4 Samevatting

Uit hierdie bespreking van die toe-eiening van roerende sake wat aan niemand behoort nie met die doel om eiendomsreg ten aansien daarvan te vestig, volg dit duidelik dat die belangrikste vereiste wat telkens gestel word, dié is dat daadwerklike beheer oor sodanige saak gevestig moet word. Hierdie beheer hoef nie persoonlik uitgeoefen te word nie, maar moet van so 'n aard wees dat dit aan die persoon wat die bedoeling het om eiendomsreg ten aansien van die betrokke saak te verkry, die vermoë gee om daarmee te handel asof dit aan hom behoort.

40 Wieling *Sachenrecht* 481, en sien 482 oor die inhoud van die agtervolgingsbegrip.

41 Sien Wieling *Sachenrecht* 482.

42 Wieling *Sachenrecht* 483.

43 Par 963.

44 Par 964.

10 2 2 Vonds (Fund)

10 2 2 1 Omskrywing

Paragraaf 965 van die BGB bepaal:

(1) Wer eine verlorene Sache findet und an sich nimmt, hat dem Verlierer oder dem Eigentümer oder einem sonstigen Empfangsberechtigten unverzüglich Anzeige zu machen.

(2) Kennt der Finder die Empfangsberechtigten nicht oder ist ihm ihr Aufenthalt unbekannt, so hat er den Fund und die Umstände, welche für die Ermittlung der Empfangsberechtigten erheblich sein können, unverzüglich der zuständigen Behörde anzuzeigen. Ist die Sache nicht mehr als zehn Deutsche Mark wert, so bedarf es der Anzeige nicht.

10 2 2 2 Inleiding

Die belangrikste doel van die vindreg is om 'n saak aan die persoon (eienaar) wat dit verloor het, terug te besorg.⁴⁵ Dit word bewerkstellig deurdat die wetgewer 'n wettereregtelike skuldverhouding met 'n aanmeldings- en bewaringsplig aan die kant van die vinder skep.⁴⁶ Voorts dien dit ook om sekerheid oor eiendomsreg te bewerkstellig, en dit word gedoen deur aan die vinder die geleentheid te gee om eiendomsreg op oorspronklike wyse te verwerf in gevalle waar die eienaar onbekend bly.⁴⁷

Enige roerende, verlore saak wat deur niemand besit word nie, maar wat iemand wel in eiendomsreg toekom, kan as die voorwerp van die vindreg dien.⁴⁸ Ten einde te

45 *Münchener Komm* bd 4 858.

46 Vgl Baur *Lehrbuch* 524; Erman *BGB* 210.

47 Vgl Luchterhand *BGB* 421; *Münchener Komm* bd 4 858; Schwab *Sachenrecht* 195-196.

48 *Münchener Komm* bd 4 858-859. Baur *Lehrbuch* 523 wys daarop dat die eienaar van 'n verlore saak homself nog steeds as die eienaar daarvan beskou. Sien ook Eichler *Institutionen* 55-57; Schwab *Sachenrecht* 194; Von Gierke *Sachenrecht* 72; Wieling *Sachenrecht* 485. Vgl Erman *BGB* 211 volgens wie 'n saak vir hierdie doel as verlore beskou kan word indien die eienaar

bepaal of 'n saak besit word al dan nie, word daar na paragraaf 856 gekyk waarvolgens besitverlies op die beëindiging van daadwerklike beheer oor 'n saak dui.⁴⁹ 'n Saak word dus geag besit te word mits die persoon wat daarop aanspraak maak dat hy die besitter daarvan is, ingevolge die algemene verkeersopvatting steeds in staat is om beheer daarvoor uit te oefen.⁵⁰

10 2 2 3 Elemente van besit

10 2 2 3 1 Vestiging en behoud van besit

Die basiese vereistes vir 'n vonds is dat 'n saak gevind en toegeëien moet word.⁵¹ Sintuiglike waarneming van die saak sowel as fisiese inbesitname daarvan word dus vereis, maar die deurslaggewende faktor is die vestiging van besit.⁵² Eichler⁵³ wys daarop dat "an sich nehmen" dui op die verkryging van daadwerklike beheer, en dat dit nie in die wye sin van die woord⁵⁴ uitgelê moet word nie, maar gesien moet word as sou dit fisiese inbeheername beteken. Die blote moontlikheid om fisiese beheer oor die saak uit te oefen, is - net so min soos die suiwer waarneming van die saak - nie genoegsaam nie.⁵⁵ Ook waar die persoon wat uiteindelik besit verkry, se aandag deur 'n derde daarop gevestig is, is dit die persoon wat inderdaad besit vestig wat as die vinder beskou word.⁵⁶ 'n Persoon wat 'n verlore saak optel en weer neersit, word dus nie as 'n vinder beskou nie aangesien hy nie besit ten aansien van die saak

daarvan nie bekend is nie en dit deur niemand besit word nie. Die saak word as verlore beskou onmiddellik wanneer dit nie meer besit word nie, en dit is gevolglik nie ter sake hoe lank daar reeds geen beheer oor uitgeoefen word nie.

49 Müller *Sachenrecht* 1032.

50 Vgl hieroor Müller *Sachenrecht* 1032; Schwab *Sachenrecht* 194; Wieling *Sachenrecht* 486.

51 Eichler *Institutionen* 55; Erman *BGB* 211; Faber 1987 *JR* 313 316; Jauernig *BGB* 1123; Müller *Sachenrecht* 1034; Schwab *Sachenrecht* 194; Von Gierke *Sachenrecht* 72; Wieling *Sachenrecht* 488. Die persoon wat 'n verlore saak vind en besit daarvoor vestig, word as die vinder beskou.

52 Baur *Lehrbuch* 524; Erman *BGB* 211; Müller *Sachenrecht* 1034; *Münchener Komm* bd 4 860; Von Gierke *Sachenrecht* 72; Wieling *Sachenrecht* 488-489. Die outeurs van die *Münchener Komm* bd 4 860 wys daarop dat die vestiging van besit deur algemene beginsels beheers word, en dat dit vir 'n bepaalbare tyd moet voortduur.

53 *Institutionen* 58.

54 Vgl par 854.

55 Eichler *Institutionen* 58; Wieling *Sachenrecht* 489-490.

56 Erman *BGB* 211; Müller *Sachenrecht* 1034; Schwab *Sachenrecht* 194; Wieling *Sachenrecht* 489.

gevestig het nie.⁵⁷ Dit is belangrik, soos Schwab⁵⁸ uitwys, dat die vonds van die verlore saak deur die vinder nie voldoende is om van die verloorder⁵⁹ 'n indirekte besitter te maak nie.

Nadat die vinder besit oor die saak gevestig het, ontstaan daar 'n wetteregtelike skuldverhouding tussen hom en die persoon wat op ontvangs van die saak geregtig is.⁶⁰

10 2 2 3 2 *Persoonlike besit*

Die vestiging van besit kan geskied deur middel van die vinder self, maar ook deur 'n dienaar in opdrag van die vinder of 'n "Besitzmittler" of tussenganger.⁶¹ Indien besit deur meerdere persone oor die verlore saak gevestig word, word al die besitters as vinders beskou.⁶² Handelingsbevoegdheid is nie 'n vereiste vir die vestiging van besit nie, en verteenwoordiging is nie moontlik nie.⁶³

57 Erman *BGB* 211; *Münchener Komm* bd 4 860.

58 *Sachenrecht* 195.

59 Naas die verloorder, word ook die eienaar en almal wat 'n saaklike reg op die saak het, asook die indirekte besitter en elkeen wat op teruggawe van die saak geregtig is, as ontvangsgeregtig beskou.

60 Baur *Lehrbuch* 491; Erman *BGB* 212; *Münchener Komm* bd 4 860; Schwab *Sachenrecht* 195; Von Gierke *Sachenrecht* 72. Vgl ook Baur *Lehrbuch* 492-500; Eichler *Institutionen* 60; Erman *BGB* 214-215; *Münchener Komm* bd 4 866; Schwab *Sachenrecht* 196-197; Staudinger *BGB* 43-45; en Von Gierke *Sachenrecht* 72-73 oor die regte en pligte van die vinder en die verdere prosedure wat gevolg moet word. Ivm die oorspronklike verkryging van eiendomsreg deur die vinder, sien Baur *Lehrbuch* 523 525; Erman *BGB* 214; Luchterhand *BGB* 421 425; *Münchener Komm* bd 4 868; Palandt *BGB* 1132; Schwab *Sachenrecht* 196-197; Staudinger *BGB* 42; Von Gierke *Sachenrecht* 73; Wieling *Sachenrecht* 499. Let daarop dat eiendomsreg van die verlore saak nie deur die vinder verwerf word wanneer hy die saak vind nie, maar eers kragtens par 973 en 977 (sien hieroor Baur *Lehrbuch* 526; Eichler *Institutionen* 59; Erman *BGB* 214; Jauernig *BGB* 1124; Schwab *Sachenrecht* 197-198; Von Gierke *Sachenrecht* 73-74; Wieling *Sachenrecht* 501-506).

61 Eichler *Institutionen* 58; Erman *BGB* 211; Jauernig *BGB* 1123; Müller *Sachenrecht* 1034; *Münchener Komm* bd 4 860; Wieling *Sachenrecht* 490.

62 *Münchener Komm* bd 4 860; Wieling *Sachenrecht* 489.

63 Baur *Lehrbuch* 491; Eichler *Institutionen* 59; Erman *BGB* 211; Müller *Sachenrecht* 1034; *Münchener Komm* bd 4 860; Schwab *Sachenrecht* 195; Von Gierke *Sachenrecht* 72.

10 2 2 3 3 *Daadwerklike besit*

Ingevolge paragraaf 973(1) en (2) word eiendomsreg ten aansien van die saak wat gevind is, gevestig op voorwaarde dat die saak nog in die direkte of indirekte beheer is van die persoon wat die saak gevind het of van die administratiewe amptenaar by wie die saak ingelewer is.⁶⁴ Die uitgangspunt en bestaansrede vir hierdie voorskrif is dat die vinder in staat moet wees om daadwerklike beheer oor die saak uit te oefen. Die moontlikheid om beheer uit te oefen, stel die vinder in staat om die saak weer in 2die regslewe en die ekonomie terug te bring en sodoende tot voordeel van die ekonomie aan te wend.⁶⁵

10 2 2 4 *Samevatting*

Dit volg uit voorgaande dat die vestiging van besit, wat die moontlikheid behels om daadwerklike beheer uit te oefen oor die verlore saak wat gevind is, van deurslaggewende belang is by vonds. Slegs indien die vinder of besitter direkte of indirekte daadwerklike beheer oor die betrokke saak uitoefen, sal hy oorspronklike eiendomsreg ten aansien van die saak kan verkry wanneer daar aan al die ander voorwaardes voldoen is.

10 2 3 *Skatvinding (thesauri inventio)*

10 2 3 1 *Omskrywing*

Paragraaf 984 van die BGB bepaal:

Wird eine Sache, die so lange verborgen gelegen hat, dass der Eigentümer nicht mehr zu ermitteln ist (Schatz), entdeckt und infolge der Entdeckung in Besitz genommen, so wird das Eigentum zur Hälfte von dem Entdecker, zur Hälfte von dem Eigentümer der Sache erworben, in welcher der Schatz

64 Palandt *BGB* 1130; Staudinger *BGB* 40.

65 Staudinger *BGB* 40. Sien ook Luchterhand *BGB* 425.

verborgen war.

10 2 3 2 Inleiding

Die ontdekking van 'n skat⁶⁶ is 'n feitelike handeling met regsgevolge en behoef gevolglik geen handelingsbevoegdheid aan die kant van die ontdekker nie.⁶⁷

Vir die verkryging van eiendomsreg van die nuutontdekte skat, word daar eerstens vereis dat die saak ontdek⁶⁸ en tweedens dat besit daarvoor gevestig moet word,⁶⁹ en laasgenoemde word algemeen as die belangrikste vereiste beskou.⁷⁰ Die skat moes in 'n ander saak (roerend of onroerend) versteek gewees het.⁷¹ Dit maak geen verskil of die ontdekker na die saak gesoek het of dit toevallig ontdek het nie.⁷² Daar word nie vereis dat die saak op die tydstip waarop dit ontdek word, nog steeds verborge hoof te wees nie: Ook 'n saak wat deur 'n natuurverskynsel blootgelê is, kan

66 Baur *Lehrbuch* 526 wys daarop dat par 984 'n definisie van 'n skat bevat, te wete enige saak wat so lank verborge was dat die eienaar daarvan nie meer bepaal kan word nie. Sien ook BGH 1988 NJW 1204 1205. Indien die eienaar om enige ander rede nie meer bepaal kan word nie, is daar nie van skatvinding sprake nie, maar wel van vonds (Jauernig *BGB* 1128; *Münchener Komm* bd 4 876; Palandt *BGB* 1134; Staudinger *BGB* 558; Westermann *Sachenrecht* 444). Vgl verder OLG Hans Hamburg 1982 MDR 409. Enige roerende saak kan as 'n skat beskou word; dit hoef nie noodwendig 'n besondere kosbare artikel te wees nie. Staudinger *BGB* 57 is egter van mening dat die saak wel waardevol moet wees.

67 Schwab *Sachenrecht* 199; Staudinger *BGB* 59; Westermann *Sachenrecht* 445; Wieling *Sachenrecht* 510.

68 Volgens Wieling *Sachenrecht* 509 beteken ontdek hier die waarneem van die saak. Die ontdekker van die saak, wat nie noodwendig dieselfde persoon hoef te wees as die een wat die saak uiteindelik in besit neem nie, verkry 'n aanspraak op die saak wat deur inbesitname eiendomsreg word (vgl Gursky 1988 JZ 665 667; Schwab *Sachenrecht* 198; Staudinger *BGB* 58; Von Gierke *Sachenrecht* 74; Wieling *Sachenrecht* 509). Indien die vestiging van besit verbode is, ontstaan geen sodanige aanspraak nie. In die praktyk kom skatvinding heel weinig voor: Die verskillende Bundesländer het almal voorskrifte mgt monumente en oudhede, en in die meeste gevalle is daar verbiedinge op opgrawings met die oog op skatvinding (vgl Müller *Sachenrecht* 1052; *Münchener Komm* bd 4 876; Von Gierke *Sachenrecht* 74).

69 Vgl Gursky 1988 JZ 665 667; Müller *Sachenrecht* 814; Westermann *Sachenrecht* 444.

70 Jauernig *BGB* 1129; Palandt *BGB* 1134; Schwab *Sachenrecht* 198; Staudinger *BGB* 58; Von Gierke *Sachenrecht* 74. Vgl egter Westermann *Sachenrecht* 445 wat van mening is dat die ontdekking as die deurslaggewende aspek beskou kan word. Volgens hom kan dit daaraan toegeskryf word dat 'n verborge skat agv sy verborgenheid nie aan beheer onderhewig is nie, en die deurslaggewende gebeurtenis is dan die ontdekking daarvan. Sien ook Wieling *Sachenrecht* 509.

71 Müller *Sachenrecht* 1052; Schwab *Sachenrecht* 198; Staudinger *BGB* 557; Von Gierke *Sachenrecht* 74; Wieling *Sachenrecht* 507.

72 Westermann *Sachenrecht* 445; Wieling *Sachenrecht* 509.

toegeëien word.⁷³ Dit is verder nie noodsaaklik dat die saak opsetlik verberg hoef te gewees het nie; ook verlore sake kan as skatte beskou word.⁷⁴ Voorts word vereis dat die saak wel vroeër aan iemand moes behoort het,⁷⁵ maar dat die identiteit van hierdie eienaar nie meer vasgestel kan word nie.⁷⁶ Daar bestaan 'n vermoede dat die verborge saak aan die eienaar van die saak waarin eersgenoemde saak verborge was, behoort, en hierdie vermoede moet deur die omstandighede weerlê word.⁷⁷

10 2 3 3 *Elemente van besit*

10 2 3 3 1 *Vestiging en behoud van besit*

Die vestiging van besit moet die gevolg van die ontdekking wees;⁷⁸ indien 'n persoon die saak sou ontdek⁷⁹ en sou versuim om besit daarvoor te vestig, sal 'n ander persoon wat dieselfde verborge saak later ontdek, eiendomsreg daarvan verkry

73 Wieling *Sachenrecht* 509.

74 Staudinger *BGB* 58; Wieling *Sachenrecht* 507. Vgl egter OLG Hans Hamburg 1982 *MDR* 409.

75 Baur *Lehrbuch* 526 wys daarop dat dit nie 'n vereiste is dat dit geabandonneer hoef te wees nie, en daar word ook nie vereis dat die saak besitloos moet wees nie. Volgens hom word dit nie as vereiste gestel dat die saak aan iemand moes behoort het nie: Fossiele wat opgegrawe word en ander vondse uit die oudheid sal ook as skatte gereken word. In dié verband moet daar egter op gelet word dat lg meestal deur die verskillende lande se wetgewing gereël word. Sien ook Wieling *Sachenrecht* 507-508.

76 Volgens Staudinger *BGB* 58 moet dit objektief onmoontlik wees om vas te stel wie die eienaar was.

77 Staudinger *BGB* 58. Dit is nie soseer 'n vereiste dat die saak vir 'n baie lang tydperk verborge moes gewees het nie; daar word slegs vereis dat verloop van tyd die rede moet wees waarom die eienaar nie meer bepaal kan word nie. Die moontlikheid om vas te stel wie die eienaar van die saak is, sal uiteraard oa bepaal word deur die duur van die tydperk waartydens die saak verborge was (vgl Müller *Sachenrecht* 1052).

78 Schwab *Sachenrecht* 198.

79 Die persoon wat die saak eerste sien, word algemeen as die ontdekker beskou, ongeag daarvan of die ontdekking toevallig was of die gevolg van 'n doelbewuste soektog (vgl Müller *Sachenrecht* 1052; Wolf *Sachenrecht* 213). Die ontdekker hoef nie die saak eiehandig bloot te lê nie, en daar word ook nie vereis dat hy die saak self eerste moes gesien het nie: 'n Dienaar kan dit namens hom doen (Staudinger *BGB* 59). Wanneer 'n arbeider maw namens 'n opdraggewer na 'n skat soek, is dit die opdraggewer en nie die arbeider nie wat as die ontdekker beskou word (sien Gursky 1988 *JZ* 665 670; Jauernig *BGB* 1129; *Münchener Komm* bd 4 876; Palandt *BGB* 1134; Schwab *Sachenrecht* 199; Von Gierke *Sachenrecht* 74; Westermann *Sachenrecht* 445; Wolf *Sachenrecht* 233). Dit is die geval selfs waar die arbeider nie eers daarvan bewus is dat sy arbeid op die ontdekking van 'n saak gerig is nie. As 'n dienaar egter 'n saak toevallig sou ontdek in die normale verloop van die uitvoering van sy pligte, word hy, en nie die diensgewer nie, as die ontdekker beskou (vgl Gursky 1988 *JZ* 665 670; Staudinger *BGB* 59; Westermann *Sachenrecht* 445). Sien ook BGH 1988 *NJW* 1204 1205-1206).

wanneer hy besit daarvan neem.⁸⁰ Wanneer die verborge skat ontdek word, verwerf die ontdekker en die eienaar van die saak waarin dit verberg was 'n saaklike, oordraagbare en erflike aanspraak op die saak.⁸¹ Eiendomsreg word egter eers verkry wanneer die saak na aanleiding van die ontdekking in besit geneem word.⁸² Die skat word die mede-eiendom van die ontdekker en die eienaar van die saak waarin die skat verborge was.⁸³ Laasgenoemde hoef geen besondere toe-eieningshandeling uit te voer nie, en die twee betrokkenes verkry mede-eiendomsreg. Mits die vestiging van besit die gevolg van die ontdekking is, is dit irrelevant wie besit vestig. Vir die verkryging van eiendomsreg is dit nie noodsaaklik dat óf die ontdekker óf die eienaar van die saak waarin die skat versteek was, besit moet vestig nie.⁸⁴

10 2 3 3 2 *Persoonlike besit*

Daar word nie vereis dat die persoon wat eiendomsreg oor die ontdekte saak wil verkry, persoonlik beheer daarvoor moet vestig of uitoefen nie. Middellike besit is ook moontlik in die geval van skatvinding, aangesien 'n bouondernemer in die geval van 'n boukontrak verplig is om alle skatte wat hy ontdek, vir die opdraggewer te ontdek, en wanneer hy daadwerklike beheer oor so 'n ontdekte saak vestig, doen hy dit namens die opdraggewer. Indien daar sprake is van gemeenskaplike ontdekking van 'n skat, is die ontdekkers op gelyke breukdele van die skat geregtig, en word hulle as medebesitters van die ontdekte saak beskou.⁸⁵ Indien meerdere persone een na die ander dieselfde saak ontdek, word slegs die eerste as ontdekker beskou en het die

80 Schwab *Sachenrecht* 198; Staudinger *BGB* 58; Wieling *Sachenrecht* 510. Indien die persoon wat die saak eerste ontdek het, die plek egter verlaat om hulp te gaan soek en dit word tydens sy afwesigheid deur 'n ander ontdek, word die eerste ontdekker nog steeds as die ware ontdekker beskou.

81 Wieling *Sachenrecht* 511.

82 Par 984.

83 Sien Gursky 1988 *JZ* 665 666; Staudinger *BGB* 59; Westermann *Sachenrecht* 445. Vgl ook Staudinger *BGB* 60: Die verdeling om die helfte is geen dwingende voorskrif nie, en ander onderlinge reëlings word ook toegelaat. Volgens Westermann *Sachenrecht* 445 is die rede waarom die eienaar van die saak waarin die verborge skat versteek was, mede-eienaar om die helfte van die ontdekte saak word, daaraan toe te skryf dat hy die beste geleentheid gehad het om die saak te ontdek en dat hy voor die ontdekking die saak "am nächsten stand". Sien Müller *Sachenrecht* 1052; Schwab *Sachenrecht* 199; Von Gierke *Sachenrecht* 74; Wieling *Sachenrecht* 507 511; Wolf *Sachenrecht* 233.

84 Wieling *Sachenrecht* 511.

85 Wieling *Sachenrecht* 509.

ander geen aanspraak op die saak nie. As die persoon wat die saak eerste ontdek het, die plek verlaat om te gaan hulp soek en dit word tydens sy afwesigheid ook deur 'n ander ontdek, geld hierdie beginsel nog steeds.⁸⁶ Indien die eerste ontdekker hom egter nie aan die skat steur nie en nie van voorneme is om beheer daaroor te vestig nie, doen hy daarmee afstand van sy regte en word die volgende ontdekker as die ware ontdekker beskou.⁸⁷

10 2 3 3 3 Daadwerklike besit

Gesien in die lig daarvan dat eiendomsreg eers werklik gevestig word wanneer die ontdekte saak in besit geneem word, volg dit dat daadwerklike beheer ook hier 'n vereiste is. Dit sal met ander woorde nie voldoende wees om simboliese beheer oor die saak uit te oefen of om slegs die wil daartoe te hê nie.

10 2 3 4 Samevatting

Dit volg uit voorgaande bespreking dat dit vir die vestiging van eiendomsreg ten aansien van 'n skat noodsaaklik is dat die saak nie alleen ontdek moet word nie, maar dat besit inderdaad daarvoor gevestig moet word deur of namens die voornemende eienaar. Hierdie besit moet daadwerklik wees, sodat die saak weer in die handelsverkeer ingebring kan word, en dit sal slegs moontlik wees indien die nuwe eienaar volledige beheer daarvoor kan uitoefen.

10 2 4 Verkrygende verjaring

10 2 4 1 Omskrywing

Paragraaf 937 van die BGB bepaal:

86 Vgl egter Wieling *Sachenrecht* 510 vn 33 volgens wie die posisie anders sal wees as die eerste ontdekker die skat weer begrawe en dit word onafhanklik van sy optrede deur 'n ander ontdek en gehou terwyl hy weg is om hulp te verkry met die opgraving daarvan. In die geval sal die tweede ontdekker as die ware ontdekker beskou word.

87 Schwab *Sachenrecht* 198; Wieling *Sachenrecht* 510.

(1) Wer eine bewegliche Sache zehn Jahre im Eigenbesitze hat, erwirbt das Eigentum.

(2) Die Ersitzung ist ausgeschlossen, wenn der Erwerber bei dem Erwerbe des Eigenbesitzes nicht in gutem Glauben ist oder wenn er später erfährt, dass ihm das Eigentum nicht zusteht.

10 2 4 2 Inleiding

Volgens die BGB is daar tans net een soort verjaring in die Duitse reg, en as vereistes daarvoor word gestel dat die betrokke persoon die saak vir 'n tydperk van tien jaar te goeder trou⁸⁸ moet besit met die doel om dit vir homself te besit.⁸⁹ Die wetgewer verleen daarmee erkenning aan die feitelike posisie en gee sodoende beskerming aan die goedgeelowige eiebesitter in sy feitelike besitposisie.⁹⁰ Die praktiese betekenis en toepassingsgebied van verjaring is nie besonder groot in die Duitse reg nie,⁹¹ maar die BGB bied wel moontlikhede waarvolgens eiendomsreg ten opsigte van roerende sake deur persone verkry kan word wat nie daarop geregtig is nie.⁹²

88 Sien hieroor verder Erman *BGB* 177; Gerhardt *Mobiliarsachenrecht* 112; Jauernig *BGB* 1110; *Münchener Komm* bd 4 793; Schwab *Sachenrecht* 173; Staudinger *BGB* 4-5; Wieling *Sachenrecht* 408. Vgl ook Faber 1987 *JR* 313-314.

89 Vgl Baur *Lehrbuch* 526; Erman *BGB* 177; Luchterhand *BGB* 400; Schwab *Sachenrecht* 172; Staudinger *BGB* 1; Von Gierke *Sachenrecht* 62. Eiebesit word ig par 1006 vermoed (vgl Eichler *Institutionen* 62-63). Daar kan algemeen gesê word dat dit die doel van verjaring is om die voortdurende onderskeid tussen besit en eiendomsreg uit die weg te ruim en om regsekerheid te bewerkstellig (vgl Baur *Lehrbuch* 527; Eichler *Institutionen* 61-62; Gerhardt *Mobiliarsachenrecht* 112-113; Luchterhand *BGB* 400; *Münchener Komm* bd 4 791; Westermann *Sachenrecht* 382).

90 *Münchener Komm* bd 4 791; Staudinger *BGB* 1; Westermann *Sachenrecht* 375 382; Wolf *Sachenrecht* 232.

91 Volgens Baur *Lehrbuch* 527 kom dit slegs in uitsonderingsgevalle voor, nl in daardie gevalle waar die besitter homself verkeerdlik nav afgeleide of oorspronklike verkryging van 'n saak as eienaar beskou. Wieling *Sachenrecht* 407 wys daarop dat verjaring in die Duitse reg 'n beperkte toepassingsgebied het aangesien verkryging te goeder trou kragtens par 932 ev moontlik is.

92 *Münchener Komm* bd 4 792. Vgl ook Von Gierke *Sachenrecht* 62.

10 2 4 3 Elemente van besit

10 2 4 3 1 Vestiging en behoud van besit

Die persoon wat hom op verjaring beroep, moet bewys dat hy die saak te goeder trou besit het asof dit aan hom behoort,⁹³ asook dat hy dit vir die voorgeskrewe tydperk besit het.⁹⁴ Dit is dus duidelik dat die besit wat deur die (voornemende) eienaar uitgeoefen word, gelyk moet wees aan die besit wat gewoonlik deur 'n eienaar uitgeoefen word, en dit sal derhalwe aan die verkeersmaatstawwe gemeet word ten einde te bepaal of die vestiging en behoud van besit ten aansien van die saak daaraan voldoen.

10 2 4 3 2 Persoonlike besit

Besit wat oor die saak uitgeoefen word, kan direk of indirek wees.⁹⁵ So sal 'n persoon wat 'n saak besit asof dit aan hom behoort en hierdie saak aan 'n pandnemer of bewaarnemer gee, steeds eiendomsreg ten opsigte van die saak kan verwerf. Eweneens sal hy eiendomsreg kan verkry indien hy selfs van die begin af slegs indirekte besit gehad het.⁹⁶ Medebesit en gemeenskaplike besit kan ook tot die verkryging van eiendomsreg deur middel van verjaring lei.⁹⁷ Voorts is dit moontlik dat besit deur middel van 'n handelingsonbevoegde persoon tot verkryging van eiendomsreg deur verjaring kan lei.⁹⁸

93 Wieling *Sachenrecht* 408; Müller *Sachenrecht* 852. Staudinger *BGB* 3 wys daarop dat die blote bewys van besit nie as voldoende beskou word nie; daar moet bewys word dat die saak verkry is met die doel om dit te besit asof dit aan die betrokke persoon behoort. Die vereiste eiebesit word in terme van par 872 beoordeel, en dit beteken dat die persoon die saak moet besit asof dit aan hom behoort. Baur *Lehrbuch* 528 is van mening dat die eiebesit redelik moet wees, en dit dui daarop dat die persoon wat hom op verjaring beroep, van mening moet wees dat hy inderdaad eienaar van die saak is.

94 *Münchener Komm* bd 4 795; Von Gierke *Sachenrecht* 62; Westermann *Sachenrecht* 376.

95 Baur *Lehrbuch* 528; Erman *BGB* 177; Palandt *BGB* 1117; Müller *Sachenrecht* 852; *Münchener Komm* bd 4 793; Schwab *Sachenrecht* 173; Staudinger *BGB* 3; Von Gierke *Sachenrecht* 62; Westermann *Sachenrecht* 376.

96 Staudinger *BGB* 3. Dit wil voorkom of selfs *constitutum possessorium* as voldoende gereken sal word vir doeleindes van besitverkryging.

97 Staudinger *BGB* 4.

98 Vgl Baur *Lehrbuch* 528; *Münchener Komm* bd 4 793; Staudinger *BGB* 4.

10 2 4 3 3 *Daadwerklike besit*

Ingevolge paragraaf 854(1) word besit van 'n saak verkry deur die vestiging van daadwerklike beheer oor die betrokke saak. Of daadwerklike beheer inderdaad uitgeoefen word, sal aan die hand van die heersende verkeersopvatting vasgestel word. 'n Verdere vereiste wat gestel word, is dat eiebesit (die uitoefening van daadwerklike beheer met die bedoeling om die saak te besit asof dit aan hom behoort), hetsy direk of indirek, sedert die verkryging daarvan vir tien jaar ononderbroke moes voortgeduur het.⁹⁹ Ingevolge paragraaf 938¹⁰⁰ is daar 'n weerlegbare vermoede dat die tienjarige tydperk van eiebesit wat vereis word, ononderbroke was indien die begin en die einde daarvan bewys word. Hierdie vermoede geld ook vir indirekte eiebesit.¹⁰¹ Kragtens paragraaf 940(1) word verjaring deur die verlies van eiebesit onderbreek. Eiebesit gaan verlore wanneer die persoon ophou om beheer oor die saak uit te oefen,¹⁰² of wanneer die betrokke persoon die wil verloor om die saak te besit asof dit aan hom behoort. In gevalle waar direkte besit in indirekte besit verander word, gaan besit nie verlore nie.¹⁰³

10 2 4 4 *Samevatting*

Dit volg uit hierdie bespreking van verjaring dat die vestiging van besit (dit is die vestiging van daadwerklike beheer oor die saak ten aansien waarvan eiendomsreg verwerf word) van deurslaggewende belang is. Hierdie beheer kan óf direk óf indirek uitgeoefen word, en medebesit word ook as voldoende beskou. Na afloop van die tienjarige verjaringstydperk verkry die besitter te goeder trou oorspronklike

99 Schwab *Sachenrecht* 173; Westermann *Sachenrecht* 377; Wieling *Sachenrecht* 409.

100 "Hat jemand eine Sache am Anfang und am Ende eines Zeitraums im Eigenbesitze gehabt, so wird vermutet, dass sein Eigenbesitz auch in der Zwischenzeit bestanden habe."

101 Vgl Staudinger *BGB* 8.

102 Vgl par 856(1): "Der Besitz wird dadurch beendet, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert" ivm die verlies van besit. Sien verder ook par 854, 855 en 868.

103 Vgl Staudinger *BGB* 10 oor die posisie in die geval van die dood van die persoon wat eiebesit uitoefen met die doel om die saak as eienaar te besit. Die uitsonderingsgevalle waarin besit nie geag word verlore te gaan nie, word uitdruklik in par 940(2) vermeld.

eiendomsreg ten opsigte van die saak.¹⁰⁴ In gevalle van medebesit word mede-eiendomsreg ten opsigte van die saak gevestig.¹⁰⁵

10 3 Die verkryging van eiendomsreg op afgeleide wyse

10 3 1 Lewering

10 3 1 1 Omskrywing

Paragraaf 929 van die BGB bepaal:

(1) Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, dass das Eigentum übergehen soll.

(2) Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums.¹⁰⁶

10 3 1 2 Inleiding

Paragraaf 929, wat die oordrag van eiendomsreg deur middel van lewering reël, behels twee elemente, te wete 'n feitelike handeling (die lewering van die saak) en 'n regshandeling, naamlik die ooreenkoms (die vervreemder en die ontvanger moet dit eens wees dat eiendomsreg oorgedra word).¹⁰⁷ Vir doeleindes van die oordrag van

104 Baur *Lehrbuch* 529; Eichler *Institutionen* 64; Erman *BGB* 177; Jauernig *BGB* 1110; *Münchener Komm* bd 4 794; Palandt *BGB* 1117; Schwab *Sachenrecht* 173; Staudinger *BGB* 5-8; Von Gierke *Sachenrecht* 63; Westermann *Sachenrecht* 379; Wieling *Sachenrecht* 415.

105 Westermann *Sachenrecht* 376.

106 *Zwalve Europese Privaatrecht* 105-106 wys daarop dat traditio brevi manu in die moderne Duitse reg oorbodig geword het. Ig die gemeenregtelike opvatting moes besit nog verskaf word - sy dit dan solo animo - ten einde eiendomsreg oor te dra. Die hedendaagse Duitse reg bepaal egter dat 'n persoon wat feitelike beheer oor 'n saak het, reeds 'n besitter is, en hy hoef gevolglik nie meer besit te verkry nie.

107 Baur *Lehrbuch* 443-446. Sien ook Erman *BGB* 153-156; Luchterhand *BGB* 335-337; *Münchener Komm* bd 4 699; Staudinger *BGB* 138-139 148. Vgl OLG Düsseldorf 1984 *JR* 34. Sien egter Jauernig *BGB* 1081-1082 vir voorbeelde van uitsonderings. Sien verder Westermann *Sachenrecht* 253 volgens wie besit van die saak die ingetrede gevolg openbaar en aantoon waar eiendomsreg van die saak geleë is. Hy is van mening (254) dat die belangrikste funksie van lewering nie

eiendomsreg is die ooreenkoms alleen met ander woorde nie genoegsaam nie; besitverskaffing word ook geverg.¹⁰⁸ Daar word egter nie vereis dat lewering en die ooreenkoms tegelyk moet plaasvind nie. Vir lewering word daar volgens die regspraak drie vereistes gestel: (a) Die voormalige eienaar moet afstand doen van onmiddellike besit;¹⁰⁹ (b) Die nuwe eienaar (of iemand namens hom) moet besit verkry;¹¹⁰ en (c) Die verkryging moet volg op aandrang van die voormalige eienaar.¹¹¹ Dit behels dat die vervreemder van alle vorms van besit moet afstand doen: Dit sluit ook medebesit en middellike besit in, want anders kom mede-eiendomsreg ter sprake.¹¹² Daar word egter nie vereis dat die vervreemder ná lewering geen verband meer met die saak mag hê nie, maar slegs dat sy besit moes opgehou het om te bestaan.¹¹³ Die funksie van lewering ten aansien van die oordrag van eiendomsreg van roerende

soseer is om eiendomsoorgang na buite kenbaar te maak nie, maar eerder om aan te dui dat die partye ernstig is oor die wil om eiendomsreg oor te dra. Sien egter Wolf *Sachenrecht* 65: "Mit der Besitzübertragung soll nach aussen für andere die Änderung der Rechtslage erkennbar gemacht werden," en ook Müller *Sachenrecht* 37. Volgens *Münchener Komm* bd 4 699 moet die verkryging van besit by oordrag sigbaar wees, en dit spruit daaruit voort dat lewering 'n feitelike handeling is. Vir die ooreenkoms vgl Wieling *Sachenrecht* 278-283. In die lig daarvan dat die Duitse reg die abstrakte (subjektiewe) teorie van eiendomsoorgang aanhang (vgl bv Zwalve *Europese Pivaatrecht* 203-208), volg dit dat die saaklike ooreenkoms en lewering van die betrokke saak (watter vorm dit ookal mag aanneem) voldoende is om eiendomsoordrag van 'n bepaalde saak te laat geskied. Besitverskaffing speel dus 'n belangrike rol, en sommige leweringswyses mag die bewys daarvan beïnvloed.

108 Baur *Lehrbuch* 443. Sien ook BGH 1979 JR 280 281. Wieling *Sachenrecht* 283 wys daarop dat lewering op die oordrag van besit dui. Par 929(2) bepaal dat lewering onnodig is indien die ontvanger reeds voor die ooreenkoms in besit van die saak is (sien verder hfst 10 3 1 3 1 1 en vgl Jauernig *BGB* 1084).

109 Volgens Staudinger *BGB* 152 is daar eenstemmigheid daaroor dat die vervreemder volkome en finaal van sy besit moet afstand doen. Westermann *Sachenrecht* 283 (vgl ook 290) wys daarop dat die verlies van besit deur die vervreemder die eerste kenmerk van oordrag is. Indien die vervreemder onmiddellike besit behou, kan hy nog daadwerklike beheer oor die saak uitoefen, en daar sal gevolglik 'n vermoede bestaan dat hy steeds die eienaar van die betrokke saak is. Bloot tydelike verlies van daadwerklike beheer beëindig nie besit nie en stel gevolglik nie besit daar nie. Vgl Wieling *Sachenrecht* 288 wat daarop wys dat besitverlies nie noodwendig beteken dat die vervreemder alle inwerkingsmoontlikhede op die saak moet verloor nie. Besit verleen alleen die moontlikheid om verdere daadwerklike beheer oor die saak uit te oefen. Volgens hom is dit nie voldoende vir die oordrag van (alleen)eiendomsreg dat die ontvanger medebesit verkry en die vervreemder eweneens medebesit behou nie aangesien lewering in terme van par 929(1) vereis dat die vervreemder heeltemal van besit van die saak moet afstand doen. Sien verder Westermann *Sachenrecht* 284.

110 Jauernig *BGB* 1082; Westermann *Sachenrecht* 282. Let egter daarop dat die lewering van middellike besit kragtens par 870 en die verskaffing van medebesit deur die eienaar wat wil vervreem nie lewering daarstel nie.

111 Luchterhand *BGB* 337; *Münchener Komm* bd 4 697; Staudinger *BGB* 148.

112 Luchterhand *BGB* 337; *Münchener Komm* bd 4 698.

113 *Münchener Komm* bd 4 698.

sake is om op 'n duidelike en ondubbelsinnige wyse aan 'n bepaalde persoon eiendomsreg te gee sodat daar geen twyfel oor die aangeleentheid kan wees nie. Luchterhand¹¹⁴ wys egter daarop dat die leweringshandeling in die lig van die vergeesteliking van die besitverskaffingshandeling nie noodsaaklik is nie. Volgens Baur¹¹⁵ word daar vereis dat die verkryger in opdrag van die voormalige eienaar besit van die saak moes verkry het. Indien besit nie ontvang word met die oog op die verwerwing van eiendomsreg nie, skiet die ooreenkoms, en nie die lewering nie, tekort.¹¹⁶ Lewering is 'n feitelike daad.¹¹⁷ Die eenvoudigste en mees voorkomende geval van oordrag is waar die eienaar onmiddellike besit aan die ontvanger oordra en daar geen derde by betrokke is nie.¹¹⁸ Die ervaring toon egter dat daar by talle lewerings derde persone betrokke is,¹¹⁹ en dit lei gevolglik daartoe dat die paragraaf nie streng vertolk moet word nie. Daar is met ander woorde verskeie moontlikhede wat hulle voordoen,¹²⁰ en dit kan verwarrend wees. Baur¹²¹ wys derhalwe daarop dat daar uiteindelik slegs gevra moet word of die voormalige eienaar afstand gedoen het van sy besit (die vervreemder durf ook nie medebesitter van die saak bly nie), en of die verkryger (of iemand namens hom) op aandrang van die voormalige eienaar wel besit verwerf het. Staudinger¹²² is van mening dat die funksie van lewering in die lig van hierdie ontwikkeling opnuut omskryf moet word en dat die leweringsbegrip ook geherdefinieer moet word. Die funksie van lewering is nou nie meer die bekendmaking van die wil om die saak oor te dra deur die lewering van direkte besit van die saak deur die vervreemder aan die ontvanger nie. Dit is veel eerder 'n verandering van die besitverhouding as gevolg van die gewenste oordrag van eiendomsreg. Hierdie

114 *BGB* 337.

115 *Lehrbuch* 448.

116 Jauernig *BGB* 1082; Wieling *Sachenrecht* 284.

117 Volgens die wetgewer word die oordrag voltrek deur 'n "Wechsel des unmittelbaren Besitzes, der zwischen Veräußerer und Erwerber durch 'Geben und Nehmen' von Hand zu Hand erfolgt" (vgl Staudinger *BGB* 148).

118 Dit is inderdaad die uitgangspunt van die wetgewer in par 929(1). Vgl ook Baur *Lehrbuch* 448. Volgens Erman *BGB* 153 is lewering 'n publisiteitsdaad wat daadwerklieke beheer vestig.

119 Vgl verder Staudinger *BGB* 148-149. Sien hfst 10 3 1 3 1.

120 Sien Baur *Lehrbuch* 447-448. Vgl ook Westermann *Sachenrecht* 283-284 wat daarop wys dat die veelsydigheid van die moderne lewe nie die oordragshandeling kan beperk tot die oordrag van onmiddellike besit vanaf die vervreemder na die ontvanger nie, en vervolgens enkele voorbeelde noem. Sien verder hieronder hfst 10 3 1 3 1 1, hfst 10 3 1 3 1 2, hfst 10 3 1 3 1 3 en hfst 10 3 1 3 2.

121 *Lehrbuch* 449. Sien ook Erman *BGB* 154.

122 *BGB* 149-150.

verandering van besitverhoudinge kan op enige moontlike wyse plaasvind mits die nuwe besitsituasie die gewenste verandering in die eiendomsverhouding weerspieël.¹²³

Uit hierdie kort uiteensetting volg dit dat die besitbegrip in paragraaf 929 enersyds enger is as in paragrawe 854 tot 858 aangesien slegs eiebesit hier ter sprake is. Dit is immers net 'n persoon wat 'n saak besit asof dit aan hom behoort wat eiendomsreg kan oordra of verwerf.¹²⁴ Andersyds is dit ook wyer. By die verkryging van eiendomsreg is die publisiteitselement belangrik. Alhoewel dit nouliks in paragraaf 930 en glad nie in paragraaf 931 vermeld word nie, verseker die vereiste dat die nuwe eienaar oor konkrete en reële moontlikhede moet beskik om beheer oor die betrokke roerende saak uit te oefen,¹²⁵ dat - in beginsel - elkeen op betroubare wyse van die veranderinge in die regsposisie sal kennis neem. Daar word egter nie vereis dat die besitverandering sigbaar moet plaasvind as uiterlike teken van die oordrag van eiendomsreg nie.¹²⁶ Naas besit kan daar ook op ander wyses daaraan voldoen word.¹²⁷ Die wetgewer het gevolglik besluit om aan die vereiste van besit vas te hou, maar om die besitbegrip aansienlik te verbreed en afstand te doen van die vereiste van (persoonlike) daadwerklike beheer.¹²⁸

10 3 1 3 *Elemente van besit*

10 3 1 3 1 *Vestiging en behoud van besit*

Die verkryging van besit deur die ontvanger moet feitelik wees en geskied met die

123 Staudinger *BGB* 149.

124 Wieling *Sachenrecht* 284.

125 Volgens Erman *BGB* 156 word eiendomsreg eers werklik oorgedra wanneer die moontlikheid van daadwerklike beheer deur die verkryger 'n werklikheid word.

126 Erman *BGB* 62. Sien ook Staudinger *BGB* 148-149 wat daarop wys dat daar afgesien is van die vereiste dat die vervreemder die saak direk en persoonlik aan die verkryger moet lewer, en dat die inskakeling van tussenpersone gevolglik aanvaar is.

127 Vgl hierbo. Sien ook Staudinger *BGB* 149.

128 Wieling *Sachenrecht* 284.

bedoeling om eiendomsreg van die saak te bekom.¹²⁹ 'n Bloot simboliese of oënskynlike oordragshandeling voldoen nie aan die vereistes van paragraaf 929(1) vir doeleindes van lewering nie, en besit sal gevolglik nie deur suiwer simboliese handeling soos die aanbring van tekens of beskrywings gevestig kan word nie.¹³⁰ Dit sal dus nie as genoegsaam gereken word indien medebesit deur die dienaar van die vervreemder uitgeoefen word nie, en ook nie as, by die lewering van 'n huis, die opsigter nog steeds 'n duplikaatsleutel het wat deur die voormalige eienaar aan hom gegee is nie. Wanneer sake oorgedra word wat in die bankkluis van die voormalige eienaar is, moet die sleutel aan die nuwe eienaar oorhandig word. Indien die vervreemder die sleutels tot sy dood sou behou, sal die begunstigde eers eienaar van die inhoud word wanneer hy na die oorledene se dood die sleutels bekom.¹³¹

Andersins is dit nie noodsaaklik dat die ontvanger die saak deur een of ander spesifieke handeling moet verkry nie of dat hy die verwisseling van besit op 'n voorgeskrewe wyse kenbaar moet maak nie.¹³² Dit sal van die verkeersopvattinge ten aansien van die besondere saak afhang of daadwerklike beheer na 'n ander persoon oorgegaan het,¹³³ en elke geval sal individueel beoordeel moet word ten einde te bepaal of oordrag wel plaasgevind het al dan nie. So sal dit as genoegsaam beskou word as die vervreemder aan die ontvanger (of iemand wat namens hom optree) 'n sleutel gee waarmee hy die saak daadwerklik kan beheer. Indien die vervreemder egter in so 'n geval een of ander verhouding met die saak sou behou, word daar aanvaar dat lewering nie deur die oorgawe van die sleutel bewerkstellig is nie.¹³⁴ Ook in die geval van lewering van oordragsdokumente aan die persoon wat op die ontvangs van die goedere geregtig is, sal daar van geval tot geval vasgestel

129 *Münchener Komm* bd 4 700. Volgens Staudinger *BGB* 153 word besitverkryging deur die ontvanger met lewering gelykgestel vir sover die ontvanger besit met toestemming van die vervreemder verkry het.

130 Vgl BGH 1979 *JR* 280 281: "Dabei genügt nicht die blosser Erklärung, man räume einem anderen den Besitz ein; auch reichen irgendwelche symbolischen Übertragungshandlungen nicht aus." Sien ook Erman *BGB* 155; Staudinger *BGB* 152. Vgl BGH 1979 *NJW* 712 vir voorbeelde van lewering van sleutels.

131 Luchterhand *BGB* 337.

132 Erman *BGB* 155; Westermann *Sachenrecht* 285.

133 Westermann *Sachenrecht* 285. Vgl ook Staudinger *BGB* 153.

134 *Münchener Komm* bd 4 700.

moet word of dit wel die oordrag van die goedere tot gevolg het aangesien lewering van dokumente nie noodwendig die oordrag van eiendomsreg tot gevolg het nie.¹³⁵

Vir doeleindes van die behoud van besit, word daar voorts vereis dat besit langdurig moet wees.¹³⁶ In gevalle waarin die ontvanger die saak slegs tydelik beheer, of waar hy dit nog nie finaal ontvang het nie, word besit gevolglik nie geag gevestig te wees nie.¹³⁷ Nadat besit deur lewering oorgegaan het, moet die nuwe eienaar of iemand namens hom met ander woorde vir 'n onbepaalde tydperk daadwerklike beheer oor die saak uitoefen, en dit nie net tydelik beheer totdat dit weer oorgedra word nie. Daar word egter nie vereis dat die ontvanger die saak vir die voorsienbare toekoms moet beheer nie; hy moet slegs in die posisie wees om daardie beheer uit te oefen wat in die bepaalde geval vereis word.¹³⁸ Van deurslaggewende belang vir die vestiging van besit is derhalwe die verandering in die beheer van die betrokke saak; die duur of die bestendigheid van die ontvanger se verkreeë besit is nie wesenlik nie - dit moet slegs vasstaan dat besit wel oorgedra is en dat daadwerklike beheer deur die ontvanger uitgeoefen kan word. Alhoewel daar gevolglik nie soseer vereis word dat beheer vir bepaalde voorgeskrewe tydperke moet voortduur nie, moet die duur (en die aard) van die beheer sodanig wees dat dit duidelik is dat beheer nie slegs tydelik is nie.

10 3 1 3 1 1 *Traditio brevi manu*

'n Besondere geval van lewering word deur paragraaf 929(2) behandel, naamlik gemeenregtelike lewering met die kort hand.¹³⁹ Dit word daardeur gekenmerk dat die ontvanger die saak reeds in besit of bewaring het en daarmee word die partye die onnodige heen-en-weer-geeëry gespaar.¹⁴⁰ Lewering met die kort hand dui gevolglik op daardie gevalle waar die toekomstige eienaar van die saak reeds in besit van die

135 Staudinger *BGB* 161-162.

136 *Münchener Komm* bd 4 698. Hierdie vereiste moet nie te letterlik vertolk word nie.

137 Staudinger *BGB* 152.

138 Luchterhand *BGB* 338.

139 Luchterhand *BGB* 338.

140 Vgl Wieling *Sachenrecht* 289 wat daarop wys dat die feitelike regsposisie dan weer publisiteit geniet. Volgens Westermann *Sachenrecht* 289-290 word die publisiteitsbeginsel bevredig vir sover daar reeds 'n daadwerklike besitverhouding tussen die ontvanger en die saak bestaan.

saak is, en 'n blote ooreenkoms te dien effekte is dan voldoende om eiendomsreg oor te dra.¹⁴¹

10 3 1 3 1 2 *Constitutum possessorium (Besitzkonstitut)*

Nog 'n uitsonderlike vorm van lewering kom voor in die geval van *constitutum possessorium*.¹⁴² Kragtens paragraaf 929(1) word 'n persoon verplig om 'n saak aan die nuwe eienaar te lewer wanneer dit vervreem word. Indien die saak daarna aan die vervreemder verhuur word omdat hy dit verder benodig, moet dit uiteraard weer aan hom teruggelewer word. Ten einde die hele prosedure te vereenvoudig, gaan die vervreemder en die ontvanger 'n ooreenkoms aan ingevolge waarvan eersgenoemde die saak tydelik behou,¹⁴³ en wat tot gevolg het dat die vervreemder onmiddellike vreemdbesitter word, terwyl die ontvanger middellike eiebesitter en eienaar van die saak word.¹⁴⁴ Na buite is hierdie verandering in beheer ewe min sigbaar as in die geval van lewering met die kort hand. Die ooreenkoms tussen die twee vorms van lewering is egter bedrieglik: In die geval van paragraaf 929(2) word die ontvanger wat tot op daardie stadium vreemdbesitter was, eiebesitter, terwyl in die geval van paragraaf 930 die vervreemder wat tot op daardie stadium eiebesitter was, vreemdbesitter word.¹⁴⁵ Dit gaan uiteindelik om die beheer van die saak: In die geval van paragraaf 929(2) wil die persoon wat die saak benut het, eienaar daarvan word,

141 Baur *Lehrbuch* 449; Müller *Sachenrecht* 781; Westermann *Sachenrecht* 289. Maar sien Staudinger *BGB* 164 vn * wat daarop wys dat 'n ander besitsstelsel die gemeenregtelike oordragsleer onderlê, en dat daar tegelykertyd van die gemeenregtelike terminologie afstand gedoen is. Vgl verder Zwawe *Europese Privaatrecht* 105-106 volgens wie *traditio brevi manu* oorbodig geword het in die moderne Duitse reg.

142 Vgl par 930: "Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, dass zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt."

143 Vgl par 930.

144 Baur *Lehrbuch* 450; Müller *Sachenrecht* 782; Staudinger *BGB* 167. Vgl verder ook Zwawe *Europese Privaatrecht* 104 oor die inhoud van hierdie begrippe. Par 872 van die *BGB* bepaal dat 'n persoon wat 'n saak besit asof dit aan hom behoort, 'n eiebesitter is. Dit beteken dus dat 'n persoon wat 'n saak besit asof dit nie aan homself behoort nie, 'n vreemdbesitter is. 'n Onmiddellike vreemdbesitter is maw 'n persoon wat daadwerklike beheer oor 'n saak uitoefen wat nie aan hom behoort nie, terwyl 'n middellike eiebesitter 'n persoon is aan wie die saak eintlik behoort, maar wat nie op daardie stadium fisiese beheer daarvoor uitoefen nie.

145 Baur *Lehrbuch* 450.

terwyl in die geval van paragraaf 930 die voormalige eienaar benutter van die saak bly.¹⁴⁶

Besitzkonstitut is dus die tweede leweringwyse waar beheer by dieselfde persoon bly. Kragtens paragraaf 930 word daar naas die saaklike ooreenkoms 'n regsooreenkoms vereis ingevolge waarvan die ontvanger middellike besit verkry.¹⁴⁷ Aangesien beheer voor en na die oordrag deur dieselfde persoon uitgeoefen word, is daar geen sprake van publisiteit nie. Daar word slegs 'n ooreenkoms te dien effekte vereis dat die ontvanger middellike eiebesitter word, en dat die voormalige eienaar as vreemdbesitter onmiddellike besit behou.¹⁴⁸ 'n Vervreemder wat middellike besitter is, kan ook kragtens paragraaf 930 oordra: Hy bly middellike besitter, maar besit nou as vreemdbesitter en nie meer as eiebesitter nie.

10 3 1 3 1 3 *Attornment*

Ingevolge paragraaf 931 kan die eienaar, waar besit in die hande van 'n derde is, ten gunste van 'n ander afstand doen van sy reg op teruggawe, en dit sal tot gevolg hê dat die derde voortgaan om die saak te besit, maar dat die ander persoon eienaar daarvan geword het.¹⁴⁹ Soos in paragrawe 929(2) en 930, geskied oordrag van eiendomsreg sonder dat dit enigszins na buite sigbaar is, en word hier eweneens van die publisiteitsbeginsel afstand gedoen.¹⁵⁰ Eiendomsreg van die saak gaan onmiddellik oor op die nuwe eienaar wanneer die voormalige eienaar van sy reg op teruggawe afstand doen¹⁵¹ - selfs waar dit sonder die samewerking of kennis van die besitter gebeur. Die vereistes wat vir hierdie wyse van eiendomsoordrag gestel word, is eerstens besit van die saak deur 'n derde, en tweedens afstanddoening deur die voormalige eienaar van sy reg op teruggawe.¹⁵² Staudinger¹⁵³ wys daarop dat die

146 Baur *Lehrbuch* 450; Erman *BGB* 159. Vgl verder Wieling *Sachenrecht* 293.

147 Wieling *Sachenrecht* 295.

148 Jauernig *BGB* 1092.

149 Vgl Müller *Sachenrecht* 783-784; Von Caemmerer 1963 *JZ* 586 587; Wadle 1974 *JZ* 689. Sien verder par 398 en par 870. Vgl ook Zwalve *Europese Privaatrecht* 106 ev.

150 Vgl *Münchener Komm* bd 4 714.

151 Afstanddoening van die reg op teruggawe word dus aan lewering gelykgestel.

152 Baur *Lehrbuch* 458-459; Erman *BGB* 161; Jauernig *BGB* 1100; Luchterhand *BGB* 373; Staudinger *BGB* 181; Westermann *Sachenrecht* 297-299; Wieling *Sachenrecht* 304-307.

derde onmiddellike, middellike, eie- of vreemdbesit kan uitoefen, maar dat dit deurgaans moet vasstaan dat hy wel verplig is om op een of ander stadium (soos deur die partye ooreengekom) die saak aan die eienaar (terug) te gee (afhangende daarvan of eiendomsreg oorgedra word al dan nie gedurende die periode waartydens hy die besitter daarvan is).

10 3 1 3 2 *Persoonlike besit*

By lewering kan sowel die vervreemder as die ontvanger van dienaars gebruik maak.¹⁵⁴ Die vervreemder kan die saak aan 'n dienaar van die ontvanger lewer;¹⁵⁵ die vervreemder kan sy dienaar aansê om die saak aan die ontvanger of aan die dienaar van die ontvanger te lewer. Dit is ook moontlik dat eiendomsreg aan die voormalige besitdienaar oorgedra word; oordrag van die saak aan die voormalige dienaar beëindig die besitvertegenwoordigerooreenkoms aan die kant van die vervreemder en vestig daadwerklike beheer aan die kant van die voormalige dienaar.¹⁵⁶ Lewering van die saak aan die ontvanger moet in opdrag van die vervreemder geskied,¹⁵⁷ en die verkryger hoef nie self onmiddellike besit te verkry nie; dit is heeltemal voldoende as hy middellike besit verkry mits die vervreemder nie die onmiddellike besitter is nie.¹⁵⁸

10 3 1 3 3 *Daadwerklike besit*

Die belangrikste vereiste vir die reëlmatige oordrag van eiendomsreg is dat die

153 *BGB* 181. Vgl verder BGH 1972 *BB* 1531.

154 Wieling *Sachenrecht* 286. Sien ook Erman *BGB* 154; *Münchener Komm* bd 4 701; Staudinger *BGB* 152; Westermann *Sachenrecht* 284. Let egter daarop dat daar nie van verteenwoordiging sprake is nie aangesien besitverskaffing nie 'n regshandeling is nie, maar wel 'n feitelike handeling (vgl Luchterhand *BGB* 339).

155 In welke geval die ontvanger volgens *Münchener Komm* bd 4 699 onmiddellike besit verkry indien die dienaar reeds ttv die verkryging van die saak in hierdie posisie tav die ontvanger staan.

156 Westermann *Sachenrecht* 286.

157 Wieling *Sachenrecht* 287. Erman *BGB* 155 wys daarop dat die blote toelaat van besitverwerwing nie voldoende is nie.

158 *Münchener Komm* bd 4 705; Westermann *Sachenrecht* 290.

ontvanger daadwerklike beheer moet verkry.¹⁵⁹ Dit sluit in daadwerklike beheer soos uitgeoefen deur die ontvanger self, sy dienaar of besitvertegenwoordiger.¹⁶⁰ Daadwerklike beheer impliseer dat die nuwe eienaar die moontlikheid moet hê om oor die saak te beskik asof dit aan hom behoort. Die deurslaggewende faktor by lewering is dus nie dat die saak aan die ontvanger gelewer word nie, maar wel dat hy in die posisie gestel word om daadwerklike beheer oor die saak uit te oefen. Dit beteken nie noodwendig dat die ontvanger self die onmiddellike of middellike besitter van die betrokke saak moet word nie: Besitverkryging deur 'n derde wat deur die ontvanger benoem is of deur iemand wat deur die benoemde derde aangedui is, is voldoende.¹⁶¹ In so 'n geval kan die ontvanger die saak dus indirek deur middel van die aangewese persoon beheer.

10 3 1 3 4 Medebesit

Medebesit (onmiddellik en middellik) word ook as genoegsaam beskou. Die deurslaggewende besitposisie moes op die laaste reeds ten tye van die ooreenkoms bestaan het.¹⁶² Indien die ooreenkoms gesluit word met die oog op toekomstige verwerwing van besit, word eiendomsreg eers verkry wanneer besit inderdaad gevestig word. Dit is belangrik dat die vervreemder nie meer enige besitverhouding met die saak mag handhaaf nie: Hy mag veral nie meer onmiddellike of middellike besitter van die saak wees nie, en voorts ook nie eers medebesitter nie. Dit is deurslaggewend dat daar so 'n besitposisie bestaan as wat met die toekomstige verhouding ten aansien van die saak ooreenstem.¹⁶³ Die vraag sal dus wees of die besitposisie inderdaad met die ooreenkoms versoen kan word.¹⁶⁴

159 *Münchener Komm* bd 4 698; *Westermann Sachenrecht* 285. Vgl par 854 waarvolgens besit van 'n saak verkry word wanneer daadwerklike beheer tav die saak gevestig word. *Staudinger BGB* 152-153 wys daarop dat dit ook impliseer dat enige moontlike daadwerklike beheer deur die vervreemder volkome en finaal uitgesluit word.

160 Volgens *Münchener Komm* bd 4 699 is daar geen duidelikheid oor die aangeleentheid of die ontvanger die vereiste besit verwerf indien die vervreemder as sy dienaar optree nie.

161 *Münchener Komm* bd 4 699.

162 *Münchener Komm* bd 4 705.

163 *Staudinger BGB* 165.

164 *Münchener Komm* bd 4 705.

Medebesit kom onder andere ter sprake in die geval van eggenote.¹⁶⁵ Gedurende die voortbestaan van die huwelik word die eggenote as medebesitters van daardie sake wat vir gemeenskaplike gebruik bestem is, soos die huisraad, beskou, en word fisiese beheer deur albei uitgeoefen.¹⁶⁶ Dit het tot gevolg dat die oordrag van huisraad van die een eggenoot na die ander ná 'n egskeiding eers kan plaasvind deur middel van lewering kragtens paragraaf 929, aangesien die vervreemder vantevore nog nie van sy besit afstand gedoen het nie. In die geval van partye wat saamwoon maar nie getroud is nie, is die posisie egter nie heeltemal duidelik nie. Indien albei die partye finansiëel selfstandig is en die betrokke sake uit gemeenskaplike fondse aangekoop is, asook in gevalle waar die een party van die ander afhanklik is, sal hulle oënskynlik wel mede-eiendomsreg verkry ten aansien van huisraad wat vir albei se gebruik aangeskaf is mits daar nie ooreenkomste bestaan wat daarmee strydig is nie.¹⁶⁷

10 3 1 4 Samevatting

Lewering kragtens paragraaf 929 verg dat die vervreemder van alle besit van die saak, insluitende middellike besit, moet afstand doen en dat die ontvanger minstens middellike besitter daarvan moet word.¹⁶⁸ Van deurslaggewende belang is dat die nuwe eienaar in staat gestel moet word om daadwerklike beheer oor die saak uit te oefen.

Ten einde aan die formele vereistes van die leweringsbeginsel te voldoen, vereis die BGB ingevolge paragraaf 930 in plaas van lewering 'n sogenaamde leweringsurrogaat, wat die besitregtelike verhouding tussen die partye opnuut orden, en aan die ontvanger middellike besit verskaf.¹⁶⁹ Daar word afstand gedoen van die publisiteitswerking van onmiddellike besit ten gunste van die gemeenskapsbelang by

165 Indien die eggenote huisraad aankoop, verkry hulle mede-eiendomsreg ten aansien daarvan, en huweliksgeskenke word ook mede-eiendom van albei partye (vgl Staudinger *BGB* 161).

166 Hulle het egter alleenbesit van daardie sake wat vir persoonlike doeleindes aangewend word. Sien hieroor Baur *Lehrbuch* 452.

167 Staudinger *BGB* 161.

168 Vgl hfst 10 3 1 2.

169 Luchterhand *BGB* 371.

die vermoë van sake om in omloop te bly.¹⁷⁰ 'n Ooreenkoms¹⁷¹ tussen die twee partye word vereis asook dat daar 'n verhouding tussen hulle tot stand kom ingevolge waarvan die vervreemder vanaf een of ander moment in die toekoms, dit is vanaf die oomblik van vervreemding, namens die ontvanger besit sal uitoefen.¹⁷² As vereiste vir die toepassing van hierdie artikel geld dat die eienaar wat oor die saak beskik, besit daarvan moet hê. Besit van die vervreemder kan óf onmiddellik óf middellik wees, en medebesit sal ook voldoende wees.¹⁷³ Indien die vervreemder en die verkryger medebesit oor die saak uitoefen, sal dit genoegsaam wees as die vervreemder onmiddellike besit van die saak behou, en die verkryger deur ooreenkoms middellike besit verkry.

Teoreties word daar dus nie van die oordragbeginsel (ooreenkoms as wilselement en besitverandering as daadwerklike moment) afgesien nie. In die plek van onmiddellike besit tree middellike besit, en daardeur word onmiddellike en middellike besit gelykgestel. As vereiste word slegs gestel dat die vervreemder besit moet uitoefen.¹⁷⁴ Medebesit van die vervreemder, vir sover dit voldoende is vir die verwerwing van eiendomsreg, voldoen ook aan die vereistes vir die begronding van mede-eiendomsreg.¹⁷⁵

Ook wanneer die oordrag van eiendomsreg kragtens paragraaf 931 plaasvind, word die betrokke saak nie fisies oorgedra nie: Die saak word sowel voor as na die oordrag deur dieselfde persoon, 'n derde, beheer, en oordrag geskied bloot deur middel van

170 Erman *BGB* 159; *Münchener Komm* bd 4 707. Volgens Ig bly daar egter 'n geringe publisiteitselement behoue weens die vereistes wat gestel word vir 'n bevredigende besitverteenvoerigerooreenkoms.

171 Volgens *Münchener Komm* bd 4 708 is die besitverteenvoerigerooreenkoms 'n besitregtelike verhouding ig waarvan een besitter vir en namens 'n ander besit. Die ooreenkoms kom tot stand wanneer die partye onder mekaar ooreenkoms dat die vervreemder onmiddellike besit behou en die verkryger middellike besit verkry (Staudinger *BGB* 169). Kragtens die ooreenkoms kan eiendomsreg in die praktyk oorgedra word sonder dat die saak self fisies oorgedra word. Eiendomsreg word dus oorgedra deur die wil van die vervreemder om die saak nie meer as eienaar te besit nie.

172 *Münchener Komm* bd 4 708.

173 Staudinger *BGB* 168-169.

174 Vgl Westermann *Sachenrecht* 292. Die onmiddellike of middellike besit van die vervreemder is die belangrikste kenmerk van hierdie sekerheidsoordrag.

175 Westermann *Sachenrecht* 292. Dit kan ook dien as 'n moontlike oplossing vir besitoordrag tussen eggenote. Vgl BGH 1973 NJW 253.

'n ooreenkoms te dien effekte. Alhoewel die moontlikheid van daadwerklike beheer vanaf die vervreemder na die verkryger oorgedra word, word die saak self nie fisies hanteer nie en bly dit steeds onder beheer van die derde wat dit, nadat oordrag plaasgevind het, namens die nuwe eienaar beheer. Dit is heeltemal in lyn met die abstrakte teorie van eiendomsdrag ingevolge waarvan eiendomsreg oorgedra word na aanleiding van 'n saaklike ooreenkoms en een of ander vorm van lewering.

10 4 Slotopmerkings

Wanneer die oorspronklike wyses van verkryging van eiendomsreg bestudeer word, is dit opvallend dat vestiging van daadwerklike beheer ten aansien van die saak waarvan eiendomsreg verkry word, 'n belangrike vereiste is. By toe-eiening, vonds, skatvinding en verkrygende verjaring word vereis dat die nuwe eienaar (of iemand namens hom) in staat moet wees om die saak daadwerklik te beheer as blyke daarvan dat hy eiendomsreg daarvan verkry het. Die publisiteitsbeginsel speel dus deurgaans in die geval van die oorspronklike wyses van eiendomsverkryging 'n belangrike en deurslaggewende rol. 'n Saak wat (oënskynlik) aan niemand in eiendomsreg toekom nie, moet derhalwe daadwerklik in beheer geneem word en dit moet duidelik na buite blyk dat iemand sodanige handeling met betrekking daartoe uitvoer as wat 'n persoon wat dit besit asof dit aan hom behoort, sou uitvoer. Die vereiste van daadwerklike beheer dien gevolglik die doel om enige moontlike onsekerheid wat daar oor die eiendomsreg ten aansien van die saak kon bestaan het, uit die weg te ruim. Regsekerheid word sodoende bewerkstellig.

In die geval van afgeleide verkryging van eiendomsreg vereis paragraaf 929(1) wel dat die nuwe eienaar in staat gestel moet word om daadwerklike beheer oor die saak uit te oefen, maar dieselfde vereiste geld nie in die geval van paragrawe 929(2), 930 en 931 nie. Indien eiendomsreg kragtens enige van hierdie paragrawe verkry word, word daadwerklike beheer steeds deur dieselfde persoon uitgeoefen as voor die vervreemding, en blyk dit glad nie na buite dat eiendomsreg van die betrokke saak van een persoon na 'n ander oorgegaan het nie. Die ooreenkoms te dien effekte dat eiendomsreg oorgedra word, speel in hierdie gevalle 'n deurslaggewende rol en daar

word van die publiseitsbeginsel afstand gedoen.¹⁷⁶ Die ekonomiese vereiste dat sake deel van die ekonomiese lewe moet bly, word dus belangriker geag as die publiseitsbeginsel. Dit het tot gevolg dat verskeie ander wyses van lewering as die mees eenvoudige, waar 'n saak deur een persoon aan 'n ander gelewer word, as geldige leweringswyses vir die oordrag van eiendomsreg aanvaar word. Die beskerming van derde partye word derhalwe ondergeskik gestel aan ekonomiese vereistes, en die wil van die vervreemder en die nuwe eienaar (soos dit in die ooreenkoms tussen hulle uitdrukking vind) is van die grootste belang, en deurslaggewend wanneer daar vasgestel moet word of eiendomsreg inderdaad oorgedra is al dan nie.

10 5 Beskerming van eiendomsreg

10 5 1 Inleiding

Eiendomsreg word deur paragrawe 985, 986,¹⁷⁷ 1004¹⁷⁸ en 1005¹⁷⁹ beskerm. Paragrawe 985 en 986 reël die eienaar se eis op teruggawe van 'n roerende of onroerende saak wat onregmatig deur 'n besitter gehou word; paragraaf 1004 bevat die eis om tersydestelling van 'n reeds ingetrede of dreigende inbreukmaking op sy eiendomsreg waartoe die eienaar nie verplig is nie; en laastens word die eienaar deur paragraaf 1005 gemagtig om 'n roerende saak wat sy eiendom is weg te haal van 'n vreemde grondstuk.

176 Vgl Zwolve *Europese Privaatrecht* 203-208 ivm die oordrag van eiendomsreg van roerende sake ig die abstrakte teorie in die Duitse reg.

177 Hierdie par word nie bespreek nie aangesien dit oor die eienaar se reg op besit handel, en nie soseer oor besit as objektiewe feit nie.

178 Hierdie par is gerig op die uitskakeling van 'n inbreukmaking of die voorkoming van 'n dreigende inbreukmaking op sy eiendomsreg waartoe die eienaar nie verplig is nie en die doel daarvan is dus om aan die eienaar ongestoorde genot van sy eiendom te waarborg (vgl Staudinger *BGB* 5; Westermann *Sachenrecht* 249). In die lig daarvan dat net inbreuke op eiendomsreg en nie ook besitontneming as sodanig deur die par gedek word nie, word dit nie verder bespreek nie.

179 Ig hierdie par kan 'n eienaar van die besitter van 'n grondstuk verlang dat hy hom toelaat om sy saak op die grondstuk te soek en daarvandaan te verwyder (Staudinger *BGB* 96). Aangesien die eienaar se eis nie uit sy voormalige besit van die saak voortspruit nie, word dit nie verder hier bespreek nie.

10 5 2 Paragraaf 985 BGB

Ingevolge paragraaf 985 kan "der Eigentümer vom Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen" en dit verleen dus aan hom 'n reg op teruggawe teen die onregmatige besitter.¹⁸⁰ Die doel van die aanspraak op teruggawe is om aan die eienaar weer besit van die saak wat hom onregmatig ontnem is, te gee,¹⁸¹ en dit is om't ewe of dit 'n roerende of 'n onroerende saak is.¹⁸²

Die eis om teruggawe is net teen die huidige besitter gerig, en daar word ook vereis dat hy inderdaad die saak moet besit op die tydstop waarop dit van hom geëis word.¹⁸³ In reaksie op hierdie vindikatoriese eis ter beskerming van eiendomsreg word daar van die besitter verwag om besit van die saak aan die eienaar te herstel.

Die eiser (eienaar) is slegs geregtig op die besit wat hy voor ontneming gehad het,¹⁸⁴ en elke besitter word passief gelegitimeer net vir sover as wat hy besit: Die deelbesitter kan byvoorbeeld alleen daardie deel van die saak wat hy besit, teruggee; net so is die medebesitter slegs verplig om medebesit aan die eienaar oor te dra.¹⁸⁵ Wanneer die onregmatige besitter van sy medebesit afstand doen, word die eienaar onmiddellik en outomaties weer alleeneienaar en -besitter van die betrokke saak. Let daarop dat 'n mede-eienaar van elke ander mede-eienaar verskaffing van medebesit kan eis, maar dat hy van 'n derde teruggawe van die hele saak aan alle mede-eienaars kan eis.¹⁸⁶ Die eienaar is ook daarop geregtig om te eis dat die middellike besitter die saak aan hom moet teruggee.¹⁸⁷ Zwälve¹⁸⁸ wys daarop dat ingevolge die kousale teorie van eiendomsoorgang derdes se besit slegs beskerming geniet indien hulle die saak te

180 Vgl Erman *BGB* 224 227-228; *Münchener Komm* bd 4 881-882; Wieling *Sachenrecht* 156.

181 Sien hieroor *Münchener Komm* bd 4 884.

182 Vgl Erman *BGB* 226; Jauernig *BGB* 1143; Staudinger *BGB* 62.

183 Vgl Erman *BGB* 226; Staudinger *BGB* 76. Indien die onregmatige besitter die saak sou deurgee aan 'n derde wat eweneens nie op besit daarvan geregtig is nie, ontstaan daar 'n nuwe eis teen lg (sien Staudinger *BGB* 69). Aangesien 'n dienaar nie 'n besitter in terme van die *BGB* kan wees nie, kan geen eis vir teruggawe teen hom ingestel word nie (vgl Staudinger *BGB* 77).

184 Staudinger *BGB* 70.

185 Vgl Erman *BGB* 225; Staudinger *BGB* 79-80.

186 Vgl Jauernig *BGB* 1145; Wieling *Sachenrecht* 156.

187 Staudinger *BGB* 81.

188 *Europese Privaatrecht* 206-207.

goeder trou ontvang het en sover dit roerende sake betref. In Duitsland, waar die abstrakte teorie gevolg word, bestaan hierdie probleem nie, en alle derde verkrygers wat 'n saak ontvang het ingevolge 'n saaklike ooreenkoms en lewering, word wel beskerm.

10 5 3 Samevatting

Uit voorgaande bespreking volg dit dat paragraaf 985 die enigste is wat beskerming aan suiwer besit bied, en dat dit gevolglik nie op 'n reg op besit gebaseer is nie. Die doel van die aksie is om die onmiddellike besit van die saak wat hom onregmatig ontnem is, aan die eienaar te herstel. Slegs besit word van die onregmatige besitter geëis, en net daardie vorm van besit wat die eienaar voor ontneming gehad het, word herstel. Dit is duidelik dat besit van deurslaggewende belang is ingevolge hierdie aksies aangesien dit hier deurgaans oor die daadwerklike beheer van die betrokke saak handel.

10 6 Beëindiging van eiendomsreg

Die beëindiging van eiendomsreg word nie afsonderlik in die BGB behandel nie, en die algemene beginsels van toepassing op die oordrag, verlies en tenietgaan van sake moet dus toegepas word ten einde te bepaal of eiendomsreg beëindig is al dan nie.

10 7 Verkryging van besit¹⁸⁹

10 7 1 Omskrywing van besit

Paragraaf 854 BGB bepaal:

(1) Der Besitz einer Sache wird durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erworben.

(2) Die Einigung des bisherigen Besitzers und des Erwerbers genügt zum Erwerbe, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben.

10 7 2 Inleiding

Paragraaf 854(1) gee nie 'n omskrywing van besit nie,¹⁹⁰ maar dit bevat wel die

189 Vgl *Münchener Komm* bd 4 23 wat daarop wys dat besit verskeie betekenisse het: (1) Daadwerklike beheer oor 'n saak (par 854(1)); (2) Daadwerklike beheer oor 'n saak wat uitgeoefen word nav 'n gesagsverhouding (par 855); (3) Die moontlikheid van toekomstige uitoefening van daadwerklike beheer oor 'n saak (par 854(2) en par 856(2)); (4) 'n Regsverhouding met die persoon wat daadwerklike beheer uitoefen (par 868); (5) 'n Verminderde regsposisie sonder verdere verband met die saak (par 857). Dis baie moeilik om gemeenskaplike faktore uit bg te sonder ten einde 'n definisie of enkele omskrywing van besit daar te stel.

190 Lopau 1980 *JuS* 501 502 is van mening dat die wetgewer doelbewus nie 'n omskrywing van die begrip gegee het nie, aangesien die besitbegrip nie vasstaan nie, maar van veranderende omstandighede afhanklik is. Volgens Bruns *Besitzerwerb* 46 kan besit soos volg omskryf word: "Besitz und tatsächliche Gewalt sind soziale Begriffe. Man besitzt eine Sache, wenn nach der Auffassung der Rechtsgenossen die Sache in die Herrschaftssphäre der betreffenden Personen gehört, so dass eine an dieser Sache vorgenommene rechtswidrige Handlung als Verletzung dieser Machtsphäre und damit zugleich als Störung des soziales Friedens empfunden wird." Eichler *Institutionen* 8 beskou besit as "nur die tatsächliche Gewalt"; Jauernig *BGB* 1018 omskryf dit as "die tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache"; Kegel *Wilden Tieren* 170 beskryf dit as "die überwiegende Wahrscheinlichkeit, den eigener Willen an einer Sache durchzusetzen"; volgens Schwab *Sachenrecht* 12 is besit die daadwerklike beheer wat oor 'n saak uitgeoefen word ongeag die feit of daar 'n reg daartoe bestaan; Von Gierke *Sachenrecht* 6 definieer besit as "ein Herrschaftsrecht an einer Sache, welches mit der tatsächlichen Sachherrschaft oder einem vom Gesetz gleichgestellten Zustand verknüpft ist"; Westermann *Sachenrecht* 75-76 sê dat die daadwerklike beheer wat oor 'n saak uitgeoefen word, deur die BGB besit genoem word, en gaan dan voort: "Besitz ist danach die rechtliche Anerkennung der tatsächlichen Beziehung zur Sache ohne Rücksicht auf die Rechtsbeziehung zu ihr"; Wieling *Sachenrecht* 132 is van mening dat besit niks anders is as die statistiese waarskynlikheid van beheeruitoefening oor 'n saak nie; en Wolf *Sachenrecht* 62 omskryf besit as "die realisierbare Möglichkeit zur Einwirkung auf die Sache". Vgl verder Joost *Besitzbegriff* 167 ev; Kegel *Wilden*

vereistes vir die verkryging van onmiddellike besit. Daar word uitgegaan van die standpunt dat onmiddellike besit gelyk is aan daadwerklike besit, of dat onmiddellike besit op daadwerklike beheer berus,¹⁹¹ en in die lig daarvan word die volgende vereistes vir onmiddellike besit gestel: Eerstens daadwerklike beheer,¹⁹² wat behels

Tieren 150-151.

- 191 Vgl Abegg *Bedeutung* 4. Baur *Lehrbuch* 49 aanvaar as uitgangspunt dat besit daadwerklike beheer beteken, en onderskei vervolgens tussen verskillende vorms van besit. Sien ook 52. Vgl Bruns *Besitzerwerb* 55: "Der Besitz ist also das Verhältnis tatsächlicher Herrschaft einer Person über eine Sache, sein Vorliegen beurteilt sich nach der Verkehrsanschauung, nach den sozialen Verhältnissen." Erman *BGB* 8 wys daarop dat die verkryging (par 854) en die verlies (par 856) van onmiddellike besit aan die verkryging en verlies van daadwerklike beheer gelykgestel word. Joost *Besitzbegriff* 167 is van mening dat "(f)ür den Besitzbegriff des BGB ist entscheidend die tatsächliche Sachherrschaft oder ... die tatsächliche Gewalt". Volgens Lopau 1980 *JuS* 501 "soll der Besitz das reale haben der Sachen sein, die meist sogenannte tatsächliche Sachherrschaft". Sien verder Müller *Sachenrecht* 29: "Jedoch kann aus §854 zunächst einmal abgeleitet werden, dass unter Besitz die tatsächliche Gewalt über eine Sache verstanden wird", asook "Unter Besitz ist die tatsächliche Herrschaft über eine Sache zu verstehen, die die Möglichkeit gibt, auf die Sache einzuwirken und andere von der Einwirkung auf die Sache auszuschliessen"; Schulz *Ehewohnung und Hausrat* 58: "Besitz sei die tatsächliche Herrschaft einer person über eine Sache, kürzer: unmittelbarer Sachherrschaft," en 60: "'Tatsächliche Gewalt' ist gleichbedeutend mit tatsächlicher Herrschaft"; Schwab *Sachenrecht* 12: "Besitz bedeutet im Rechtssinn die rein tatsächliche Herrschaft über eine Sache"; Von Wendt *Besitz und Besitzwille* 88: "Und wenn der Besitz als tatsächliche Gewalt über eine Sache zu verstehen ist, so ist es ja auch selbstverständlich, dass er durch die Herstellung dieser Gewalt erworben wird," en 89: "Besitzer ist, wer die tatsächliche Gewalt über die Sache hat, und derjenige erwirbt den Besitz, der diese tatsächliche Gewalt erlangt." Vgl laastens Wolf *Sachenrecht* 61: "Unmittelbarer Besitz steht demjenigen zu, der rein tatsächlich die Sache inne hat und die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausüben kann, ohne auf andere Personen angewiesen zu sein."
- 192 Eichler *Institutionen* 6-7 wys daarop dat die BGB hom nie uitlaat oor die inhoud van die begrip daadwerklike beheer nie, en dat daar gevolglik telkens aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe bepaal moet word of beheer inderdaad as daadwerklik beskou kan word. Van deurslaggewende belang is of die persoon wat op besit aanspraak maak, se wil om die saak te beheer, gerespekteer word al dan nie, en of daar kragtens die verkeersmaatstawwe 'n waarskynlikheid is dat hy beheer oor die saak kan uitoefen. Volgens Erman *BGB* 8 kan daadwerklike beheer omskryf word as die verhouding van 'n persoon tot 'n saak ingevolge waarvan hy die moontlikheid het om oor die saak te beskik en andere daarvan uit te sluit op so 'n wyse dat hy volgens die algemene verkeersmaatstawwe beskou word in beheer van die saak te wees. Volgens die *Münchener Komm* bd 4 29 is daadwerklike beheer 'n feitlike magsverhouding tussen 'n persoon en 'n saak wat deur 'n natuurlike besitswil gesteun word, en ig waarvan inwerkinge op die saak veroorloof is. Vgl Nassauer *Besitzerwerb* 23: "Wir verstehen daher unter tatsächliche Gewalt die erkennbare Zugehörigkeit zu einem vom Verkehr anerkannten Machtbereich." Wieling *Sachenrecht* 131-132 wys daarop dat dit baie moeilik is om daadwerklike saakbeheer te omskryf in die lig daarvan dat soveel moontlike verhoudings tussen die persoon wat dit uitoefen en die betrokke saak moontlik is. Die persoon wat die saak daadwerklik wil beheer, moet die wil daartoe hê en daarvan bewus wees dat hy in 'n magsverhouding tav die saak verkeer. Aangesien dit 'n feitlike magsverhouding is wat hier ter sprake is, word daar van 'n natuurlike wil gepraat sodat beperk handelingsbevoegde en handelingsonbevoegde persone ook kan besit. Hiermee word die Romeinse en gemene reg nagevolg ig waarvan besit corpore et animo verwerf word. In die BGB word egter slegs van die objektiewe element melding gemaak; die subjektiewe element word glad nie genoem nie (sien Bruns *Besitzerwerb* 59: "Die tatsächliche Herrschaft zu erlangen, wie es das Gesetz zur

dat die besitter in 'n bepaalde fisiese verhouding met betrekking tot die saak moet staan en dat hierdie beheer vir 'n bepaalde tyd moet voortduur, en tweedens is dit belangrik om daarop te let dat besit slegs moontlik is ten aansien van 'n saak of 'n bepaalbare deel daarvan. Westermann¹⁹³ wys daarop dat nie alleen daadwerklike saakbeheer nie, maar ook die moontlikheid om fisies direk op die saak in te werk, deur die BGB as onmiddellike besit beskou word.

10 7 3 Elemente van besit

10 7 3 1 Persoonlike besit

10 7 3 1 1 Inleiding

Paragraaf 872 van die BGB bepaal dat iemand wat 'n saak besit asof dit aan hom behoort, as eiebesitter beskou word.¹⁹⁴ Eiebesit kom in alle vorms van besit

Besitzbegründung fordert, ist nicht möglich ohne einen auf die Herrschaft gerichteten Willen. Wenn das Gesetz den Willen nicht ausdrücklich erwähnt, so hat es ihn damit noch nicht aus dem Besitz verbannt; das wäre gar nicht möglich. Was gegenüber dem gemeinen Recht geändert ist, ist die Scheidung in die beiden besitzkonstituierenden Elemente des corpus und animus. Der Wille muss sich bei der Besitzbegründung äussern in der Herstellung der tatsächlichen Gewalt über die Sache; geschieht das letztere, so besteht eine Vermutung dafür, dass die Herrschaftsbegründung auf dem Willen beruht." Vgl ook Staudinger *Lehrbuch* 14). Westermann *Sachenrecht* 84-88 wys daarop dat dit nie moontlik is om 'n algemeen-geldende definisie van daadwerklike beheer te gee nie, en sê dat 'n mens gevolglik aangewese is op verkeersmaatstawwe waarvolgens daar telkens vasgestel moet word of daadwerklike beheer inderdaad in 'n bepaalde geval uitgeoefen word al dan nie. Daadwerklike beheer dui op 'n suiwer feitlike verhouding met die saak. Daar word eerstens 'n fisiese verhouding tussen die persoon en die saak vooronderstel, en die aard van die saak is bepalend vir die tipe daadwerklike beheer wat uitgeoefen moet word. Daadwerklike beheer behels eweneens dat die persoon wat daarop aanspraak maak, toegang tot die saak het. Hierdie beheer moet ook vir 'n bepaalbare tydperk voortduur om erkenning te geniet. Vgl verder Jauernig *BGB* 1019; Luchterhand *BGB* 24; Schulz *Ehewohnung und Hausrat* 58 60-61; Wolf *Sachenrecht* 66.

193 *Sachenrecht* 76. Volgens Staudinger *BGB* 14 moet daar by die uitleg van par 854 vir doeleindes van die omskrywing van fisiese beheer telkens op die spesifieke funksie van besit gelet word, aangesien daar bv strenger eise aan die uiterlike tekens van saakbeheersing gestel sal word in geval van die bewysfunksie as in die geval van sekere ander funksies.

194 Vgl Bruns *Besitzerwerb* 63; Eichler *Institutionen* 12; Erman *BGB* 33-34; Jauernig *BGB* 1029; Luchterhand *BGB* 38-39; Müller *Sachenrecht* 91; Schwab *Sachenrecht* 19-20; Von Gierke *Sachenrecht* 8; Westermann *Sachenrecht* 98; Wieling *Sachenrecht* 117. Volgens Baur *Lehrbuch* 63 67 behels alleenbesit dat die besitter alle ander persone uitsluit van die saak, of, anders gestel, dat sy besit nie deur 'n derde ingeperk is nie. Die eiebesitter besit die saak asof dit aan hom behoort, terwyl 'n vreemdbesitter, daarenteen, 'n persoon is wat die saak nie met hierdie wil beheer nie, maar met 'n beperkte saaklike of ander reg. Wieling *Sachenrecht* 98 117 156-158

voor:¹⁹⁵ Onmiddellike besit, waar daadwerklike beheer óf deur die besitter self óf deur 'n besitdienaar namens hom uitgeoefen word;¹⁹⁶ middellike besit, wat uitgeoefen word deur 'n persoon wat nie self daadwerklike beheer oor 'n saak uitoefen nie, maar namens wie daadwerklike beheer deur 'n ander uitgeoefen word;¹⁹⁷ medebesit, waar meerdere persone 'n saak gemeenskaplik besit;¹⁹⁸ regmatige en onregmatige besit.¹⁹⁹ Ingevolge paragraaf 865 kom dit ook in die vorm van gedeelde besit voor.²⁰⁰

10 7 3 1 2 Besitdienaars

Aangesien dit nie altyd vir 'n besitter moontlik is om persoonlik daadwerklike beheer oor al sy sake uit te oefen nie, maak paragraaf 855 van die BGB²⁰¹ vir besitdienaars voorsiening. Naas daardie gevalle waarin die besitter persoonlik daadwerklike beheer oor die betrokke saak uitoefen, kom daar dus ook talle gevalle voor waar iemand namens 'n ander, teenoor wie hy in 'n regsverhouding staan, daadwerklike beheer

is van mening dat vreemdbesit ook voorkom waar die persoon wat daadwerklike beheer uitoefen, die saak nie as sy eie beskou nie, maar 'n ander se aanspraak daarop erken. Par 872, wat oor die beskerming van besit handel, onderskei nie tussen eie- en vreemdbesit nie. Eiebesit word nie deur die fisiese beheeraspek nie, maar slegs deur die wil van die persoon van vreemdbesit onderskei.

195 Müller *Sachenrecht* 91; Von Gierke *Sachenrecht* 9.

196 Sien Erman *BGB* 8.

197 Vgl Erman *BGB* 8 24-25; Hoche 1961 *JuS* 73 78. Westermann 1961 *JuS* 79 81 wys daarop dat dienaars nie onmiddellike besit namens die middellike besitters kan uitoefen nie, aangesien art 855 slegs op die uitoefening van daadwerklike beheer betrekking het, en die dienaar nie 'n verteenwoordiger is nie.

198 Vgl par 866 van die BGB. Sien verder hfst 10 7 3 2.

199 Dit is voldoende dat die besitter daadwerklike beheer oor die saak soos 'n eienaar wil uitoefen, maw, vir homself met uitsluiting van ander persone, selfs indien hy daarvan bewus is dat hy nie daarop geregtig is nie. Vgl verder hieroor *Münchener Komm* bd 4 103.

200 Hierdie par bepaal dat al die voorskrifte vanaf par 858 tot 864 ook geld vir persone wat slegs 'n bepaalde deel van 'n saak besit. Volgens Luchterhand *BGB* 32 kan deelbesit omskryf word as die alleenbesit van 'n bepaalde beheerbare deel van 'n saak. Vgl ook Westermann *Sachenrecht* 94-95 volgens wie dit daadwerklike beheer oor 'n afgrensbare deel van die saak behels. Sien verder Eichler *Institutionen* 25-26; Erman *BGB* 24-25; Schwab *Sachenrecht* 32; Von Gierke *Sachenrecht* 9; Wieling *Sachenrecht* 138-139; Wolf *Sachenrecht* 73.

201 "Übt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnis aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer." Sien ook Erman *BGB* 12-15.

uitoefen.²⁰² Bruns²⁰³ verklaar ten aansien van besitdienaars dat "(s)ie haben die tatsächliche Gewalt, aber sie üben sie aus ohne alles eigene Interesse, rein zu fremden Nutzen und zudem in völliger Abhängigkeit von dem Willen des Herrn". Wanneer daar so 'n eng gesagsverhouding tussen die twee partye bestaan dat die uitoefening van beheer deur die een party van die wil van die ander party afhanklik is, bestaan daar 'n besitdienaarverhouding tussen die partye ingevolge waarvan die dienaar namens die heer beheer oor die saak uitoefen, en sy gesag in verband daarmee aanvaar.²⁰⁴ Volgens die heersende opinie gaan dit hier om 'n sosiale afhanklikheidsverhouding.²⁰⁵

-
- 202 Sien Baur *Lehrbuch* 61-62; Eichler *Institutionen* 29; Jauernig *BGB* 1020; Müller *Sachenrecht* 74; *Münchener Komm* bd 4 39; Nassauer *Besitzerwerb* 24; Oblasser *Abhanden kommen* 45; Schwab *Sachenrecht* 20; Westermann *Sachenrecht* 93; Wolf *Sachenrecht* 71-72. Ig art 855 word persone wat in 'n ondergeskikte posisie verkeer ten spyte van hulle onmiddellike saakbeheersing nie as besitters beskou nie, maar wel as besitdienaars. Westermann *Sachenrecht* 92 sê dat die daadwerklike beheer van die besitdienaar die besittheer toegereken word, en dat die dienaar wat die heer se opdragte uitvoer as't ware as 'n soort werktuig beskou word deur middel waarvan daadwerklike beheer oor die saak uitgeoefen word. Vgl ook BGH 1955 *BB* 429: "Erlangt jemand, der in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis zu einem anderen (Geschäftsherrn) steht (z.B. ein Angestellter), den Besitz (d.h. die tatsächliche Gewalt) über eine Sache für den Geschäftsherrn, so ist unmittelbarer Besitzer nur der Geschäftsherr, während der abhängige Angestellte selbst keinen Besitz erwirbt, sondern nur wie ein 'Werkzeug' für den Geschäftsherrn die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübt (Besitzdiener)." Let daarop dat die besitdienaar nie alleen besit kan uitoefen nie, maar ook namens die besittheer besit kan verkry wanneer hy daadwerklike beheer oor die saak vestig (Wieling *Sachenrecht* 161). Wanneer beheer oor 'n betrokke saak deur 'n ander persoon uitgeoefen word, sal daar aan die hand van die verkeersmaatstawwe vasgestel moet word of die persoon wat inderdaad beheer uitoefen, dit vir homself doen of bloot as besitdienaar, sodat die ander persoon die besitter is (Wieling *Sachenrecht* 156-159). Die daadwerklike beheer wat deur die dienaar uitgeoefen word, is soortgelyk aan die van 'n besitter (Westermann *Sachenrecht* 88-89).
- 203 *Besitzerwerb* 65. Die besitdienaar is geen verteenwoordiger nie (vgl BGH 32 1960 53 56 57).
- 204 Eichler *Institutionen* 29; *Münchener Komm* 40; Wieling *Sachenrecht* 156-157; Wolf *Sachenrecht* 71. Hierdie verhouding hoef nie as sodanig na buite sigbaar te wees nie (Wieling *Sachenrecht* 159). Vgl egter Müller *Sachenrecht* 74-75 en Schwab *Sachenrecht* 21 wat van mening is dat die onderdanigheid van die dienaar aan die besitter wel na buite sigbaar moet wees ig die publisiteitsbeginsel. Die dienaar moet daarmee rekening hou dat die besitter te eniger tyd van sy reg gebruik mag maak om sy wil tav die saak deur te voer. Die dienaar het geen persoonlike belang by die saak of die uitoefening van beheer nie.
- 205 Hoche 1961 *JuS* 73; Jauernig *BGB* 1020; Müller *Sachenrecht* 74; Nassauer *Besitzerwerb* 24 26-27; Von Gierke *Sachenrecht* 7; Westermann *Sachenrecht* 89; Westermann 1961 *JuS* 79 80. Vgl BGH 27 1958 360 363. Sien verder Bruns *Besitzerwerb* 46: "Aus sozialen Gründen ist es auch daher zu erklären, warum bestimmte Personenkategorien, obwohl sie die tatsächliche Herrschaft über eine Sache haben, nach geltendem Recht nicht als Besitzer angesehen werden dürfen," en 65: "Ganz analog wie bei den Besitzmittlern ist as Willensverhältnis hier objektiviert in dem Kausalverhältnis sozialer Abhängigkeit des Besitzdieners vom Herrn." Vgl egter Wieling *Sachenrecht* 158 wat daarop wys dat sosiale afhanklikheid 'n niksseggende uitdrukking is, en dat dit slegs daarop neerkom of die dienaar inderdaad die heer se opdragte nakom al dan nie. Sien BGH 1953 *NJW* 419 420; BGH 1955 *BB* 429. Vgl BGH 8 1953 130 133: "Es ist auch sonst allgemein anerkannt, dass der Besitzdiener im Rahmen des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses zu seinem Besitzherrn, dh soweit er dessen auf die Sache bezüglichen Weisungen zu folgen hat,

Die besiddienaar is ten spyte daarvan dat hy daadwerklike beheer oor die saak uitoefen, nóg besitter nóg medebesitter van die saak; die besidsheer wat opdragte gee, is die enigste besitter.²⁰⁶ Hoche²⁰⁷ wys daarop dat die BGB nie die verkryging en verlies van besit as sodanig deur middel van 'n besiddienaar reël nie, maar net melding maak van die uitoefening van daadwerklike beheer (besit) namens die besitter deur so 'n dienaar. Onmiddellike besit (daadwerklike beheer) kan kragtens paragraaf 854(1) of 854(2) óf op oorspronklike wyse óf op afgeleide wyse verkry word.²⁰⁸ Wanneer die dienaar vir die eerste keer daadwerklike beheer van die saak verwerf ooreenkomstig die opdragte wat hy ontvang het, word die persoon wat die opdrag gegee het, onmiddellik besitter daarvan.²⁰⁹ Die besiddienaarverhouding word beëindig wanneer die besiddienaar ophou om daadwerklike beheer oor die saak uit te oefen of wanneer hy sodanige beheer op enige ander wyse verloor of wanneer die gesagverhouding

für diesen den unmittelbaren Besitz erwirbt."

206 Vgl par 855. Sien ook Eichler *Institutionen* 29-30; *Münchener Komm* bd 4 43; Staudinger *BGB* 24-25; Von Gierke *Sachenrecht* 71-72; Wieling *Sachenrecht* 156-157 160. Vgl Hoche 1961 *JuS* 73 74 m.vn BGH 8 1953 130 waarvolgens die plekaanwyser in die teater wat 'n verlore ring vind, nie besitter daarvan word nie, maar geag word dit vir haar werkgewer te verkry: "Nach ihrer Dienstanweisung hatte sie nach liegengelassenen Gegenständen zu suchen und solchen an ihren Dienstherrn abzuliefern. Sie hat also im Rahmen ihres Besitzdienerverhältnisses gehandelt, als sie mit dem Aufheben und Annehmen des Ringes diesen in ihren unmittelbaren Besitz brachte. Damit hat sie solchen nicht für sich, sondern für ihren Dienstherrn begründet." Die praktiese betekenis van die regsfiguur regsdienaarskap is maw daarin geleë dat dit direkte besitverkryging vir die besidheer beteken wanneer die besiddienaar daadwerklike beheer oor 'n saak vestig. Sien hieroor Luchterhand *BGB* 26-27. Daar kan moontlik geargumenteer word dat die dienaar die direkte beheerder van die saak is, en dat die heer slegs indirek dmv die dienaar beheer oor die saak uitoefen. Lg sal dan tegelykertyd indirekte en middellike besitter wees. Vgl OLG München 1987 *NJW* 1830.

207 1961 *JuS* 73 ev. Sien ook Westermann 1961 *JuS* 79-80.

208 'n Denaar kan egter nie ig par 854(2) besit verkry nie, aangesien hy nie 'n verteenwoordiger is nie. Vgl Süß *Traditionsprinzip* 153 oor die verkryging van besit ig par 854(2) waar publisiteit geen rol speel nie.

209 Vgl Bruns *Besitzerwerb* 86: "So wird denn auch, wenn ein Besitzdiener innerhalb des ihm zugewiesenen Wirkungskreises die tatsächliche Herrschaft über eine Sache erlangt, dem Herrn unmittelbar Besitz erworben. Die tatsächliche Gewalt des Dieners gilt als tatsächliche Gewalt des Herrn," en 143: "Der Besitzdiener des §855 BGB erwirbt also seinem Herrn schon dann Besitz, wenn er die Sache in seine tatsächliche Gewalt gebracht hat und nicht erst, wenn letztere selbst in der Lage ist, sie zu beherrschen." Müller *Sachenrecht* 76 wys daarop dat dit deurslaggewend is of die besitter ig die verkeersmaatstawwe geag word in staat te wees om sy wense tav die saak deur te voer. Dit impliseer meteen dat die saak fisies daadwerklik beheer kan word, en wanneer die besiddienaar die saak uit die ingreepsfeer van die besitter na sy eie privaatsfeer verwyder, word die besitter nie meer geag besit uit te oefen nie. Vgl ook Erman *BGB* 12-15; Luchterhand *BGB* 25; *Münchener Komm* bd 4 43. Sien verder BGH 8 1953 130 132; BGH 1955 *BB* 429.

beëindig word.²¹⁰ In so 'n geval verloor die besitheer ook onmiddellik besit tensy die saak andersins onder sy beheer bly.

10 7 3 1 3 Samevatting

Naas eiebesit ingevolge waarvan 'n persoon 'n saak besit asof dit aan hom behoort, maak paragraaf 855 van die BGB dit moontlik om die handeling van 'n dienaar aan die heer toe te reken. Indien die dienaar daadwerklike beheer oor die saak uitoefen en daar 'n sosiale afhanklikheidsverhouding tussen die partye bestaan, word daar aanvaar dat hy namens en in opdrag van die heer sodanige beheer uitoefen, en die gevolg is dat die heer as die enigste besitter van die saak beskou word.

10 7 3 2 Medebesit

10 7 3 2 1 Omskrywing

Paragraaf 866 BGB bepaal:

Besitzen mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse zueinander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt.

10 7 3 2 2 Elemente

Medebesit word daardeur gekenmerk dat meerdere persone (besitters) die saak as geheel besit.²¹¹ Medebesit kom in alle verskyningsvorme voor: Onmiddellike en

210 Baur *Lehrbuch* 63; Eichler *Institutionen* 33; Erman *BGB* 14; Hoche 1961 *JuS* 73 78; Jauernig *BGB* 1020; Müller *Sachenrecht* 76; *Münchener Komm* bd 4 43; Schwab *Sachenrecht* 25; Westermann *Sachenrecht* 93; Westermann 1961 *JuS* 79 82; Wolf *Sachenrecht* 71.

211 Eichler *Institutionen* 26 28; Erman *BGB* 24; Hummel 1976 *MDR* 967 968; Müller *Sachenrecht* 89; *Münchener Komm* bd 4 77; Von Gierke *Sachenrecht* 9; Wieling *Sachenrecht* 139; Wolf *Sachenrecht* 73. Luchterhand *BGB* 32 omskryf medebesit as die uitoefening van daadwerklike beheer deur meerdere persone op so 'n wyse dat elkeen die hele saak besit, maar dat elkeen se besit terselfdertyd deur die gelyke besit van die ander beperk is. Sien BGH 1957 *JR* 100 101 wat daarop wys dat 'n parkeerplek in 'n parkeerterrein medebesit word deur die bepaalde stad

middellike besit, eie- en vreemdbesit, asook erfbesit.²¹² Blote gebruik van 'n saak deur meerdere persone stel nog nie medebesit daar nie. Daar word nie vereis dat medebesitters die saak saam moet beheer of dat hulle daarvan bewus moet wees dat hulle medebesitters van die saak is nie; hulle mag selfs onder die indruk wees dat hulle alleenbesitters is. Dit is egter deurslaggewend dat meerdere persone daadwerklike beheer oor dieselfde saak moet uitoefen. Voortdurende gemeenskaplike gebruik van die saak is nie 'n vereiste nie.²¹³ Medebesit word op die volgende wyses verwerf: (a) Oorspronklike gemeenskaplike verkryging van daadwerklike beheer;²¹⁴ (b) Die verskaffing van besit aan meerdere persone deur 'n persoon wat tot op daardie stadium 'n alleenbesitter was of deur persone wat reeds medebesitters was;²¹⁵ en (c) Besitsoorgang kragtens artikel 857 op meerdere gemeenskaplike erfgename.²¹⁶

Medebesit kom voor as eenvoudige sowel as kollektiewe of gekwalifiseerde medebesit.²¹⁷ Medebesit is gewoonlik eenvoudige medebesit, en dit behels dat elke medebesitter beheer oor die saak kan uitoefen sonder die samewerking van die ander medebesitters.²¹⁸ In die geval van gekwalifiseerde of kollektiewe medebesit kan

(Hamburg) en die gebruiker van die spesifieke parkeerplek. Dit is belangrik om daarop te let dat 'n bank en kliënt nie medebesitters van 'n bankkluis is nie. Die kliënt word as alleenbesitter van die gehuurde bankkluis beskou. Vgl verder hieroor *Münchener Komm* bd 4 78. Sien egter Von Gierke *Sachenrecht* 9; Werner 1980 *JuS* 175 ev.

212 Vgl Baur *Lehrbuch* 64; Eichler *Institutionen* 26; Jauernig *BGB* 1019; Westermann *Sachenrecht* 96; Wieling *Sachenrecht* 139.

213 Staudinger *BGB* 84. So sal die huurder bv gedurende die hele huurtydperk medebesit (en dus daadwerklike beheer) van die gemeenskaplike kombuis hê, maar slegs by geleentheid daarvan gebruik maak.

214 Par 854.

215 Soos in die geval van huurders wat mekaar opvolg in die gebruik van 'n saak.

216 Vgl *Münchener Komm* bd 4 77.

217 Eichler *Institutionen* 27; Schulz *Ehewohnung und Hausrat* 57; Schwab *Sachenrecht* 32-33; Wolf *Sachenrecht* 73.

218 *Münchener Komm* bd 4 78. Vgl ook Baur *Lehrbuch* 64; Erman *BGB* 25; Jauernig *BGB* 1025; Luchterhand *BGB* 32; Müller *Sachenrecht* 89; Westermann *Sachenrecht* 95; Wieling *Sachenrecht* 139. Eggenote is eenvoudige medebesitters van alle roerende sake en onroerende eiendom wat hulle gemeenskaplik gebruik. Sien verder Baur *Lehrbuch* 65; Beitzke *Familienrecht* 110; Erman *BGB* 10; Gursky 1984 *JZ* 604 606; Kremer 1954 *FamRZ* 186; Luchterhand *BGB* 32; Schulz *Ehewohnung und Hausrat* 56 63 66; Schultz 1952 *MDR* 153 154; Schwab *Sachenrecht* 22; Smid 1984 *JuS* 101 104; Staudinger *BGB* 85; Westermann *Sachenrecht* 91 133. Vgl ook BGH 1954 *FamRZ* 198 199; BGH 1979 *BB* 494 495; BGH 1979 *NJW* 976 977; BGH 12 1954 380 398; BGH 73 1979 253 256; OLG Celle 1971 *FamRZ* 28 29; OLG Düsseldorf 1984 *FamRZ* 1095; LG Düsseldorf 1955 *FamRZ* 362. Eggenote word bv as medebesitters beskou van die gemeenskaplike woonplek ongeag watter party die huurkontrak gesluit het. Sien hieroor Brühl 1954 *FamRZ* 210 215; Eichler *Institutionen* 28; Schulz *Ehewohnung und Hausrat* 67-68. Vgl

daadwerklike beheer slegs deur die medebesitters gesamentlik uitgeoefen word.²¹⁸ Daar is nie duidelikheid of medebesitterskap op verskillende vlakke aanvaar word nie.²²⁰ Volgens Baur²²¹ kan die onmiddellike en die middellike besitter van dieselfde saak wel as medebesitters beskou word. Die outeurs van die *Münchener Kommentar*²²² is egter van mening dat dit nie moontlik is nie. Volgens laasgenoemde kan die verhouding tussen die besitverteenvoordiger en die middellike besitter nie as medebesitterskap beskou word nie, en gevolglik kan dit by meervlakkige besit nie om medebesit handel nie. Hierdie argument hou egter nie stand nie, aangesien die verhouding wat hier ter sprake is, bestaan tussen die middellike en die onmiddellike besitter en nie tussen die onmiddellike besitter en die verteenwoordiger nie. Vervolgens is die outeurs van die *Münchener Kommentar* ook van mening dat middellike besit nie daadwerklike besit is nie, en dat daar gevolglik nie van gelyke soorte besit gepraat word nie. Ook dié argument blyk nie korrek te wees nie: Daar is baie gesag dat medebesit sowel onmiddellik as middellik uitgeoefen kan word, en voorts word daadwerklike beheer ook as vereiste vir medebesit gestel, waaruit dit dan logies volg dat middellike besit ook daadwerklike besit moet wees. Dit wil dus voorkom of besit op verskillende vlakke inderdaad wel moontlik is.

Die verlies van medebesit vind plaas kragtens paragraaf 856 wat bepaal dat besit beëindig word wanneer die besitter afstand doen van daadwerklike beheer oor die saak, of op enige ander wyse beheer oor die saak verloor.²²³

10 7 3 2 3 Samevatting

Medebesit van 'n roerende saak is moontlik kragtens paragraaf 866 van die BGB. Dit

-
- verder BGH 1954 *FamRZ* 198; BGH 1971 *FamRZ* 633 634; LG Münster 1955 *FamRZ* 137. Ivm parkeerplekke sien BGH 1957 *JR* 100 101; OLG Hans Hamburg 1982 *MDR* 409.
- 219 Bv in die geval van 'n deur met twee slotte, waar elke medebesitter slegs een sleutel het. Vgl Baur *Lehrbuch* 64; Erman *BGB* 25; Jauernig *BGB* 1025; Müller *Sachenrecht* 89; Westermann *Sachenrecht* 95. Sien Flume *Gesamthand* 76 ev ivm vennote as medebesitters. Verder ook Gursky 1984 *JZ* 604; Steindorff 1968 *JZ* 69 70. Vgl BGH 86 1983 300 307.
- 220 Vgl BGH 85 1983 263 265.
- 221 *Lehrbuch* 64-65. Vgl ook Baur 1967 *NJW* 22.
- 222 79.
- 223 Vgl BGH 1971 *FamRZ* 633 634.

behels dat meerdere persone 'n saak as geheel besit. Daadwerklike beheer word dus deur meerdere persone uitgeoefen wat óf bewus óf onbewus daarvan is dat hulle nie alleenbesitters van die saak is nie. Dit kom in alle verskyningsvorme van besit voor (onmiddellike en middellike besit, eie- en vreemdbesit asook erfbesit). Medebesit kan sowel as eenvoudige of kollektiewe medebesit voorkom, en besit is op verskillende vlakke moontlik.

10 7 3 3 Middellike besit

10 7 3 3 1 Omskrywing

Paragraaf 868 BGB bepaal:

Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz).

10 7 3 3 2 Elemente

Middellike beheer kom voor waar die besitter nie persoonlik daadwerklike beheer oor die saak uitoefen nie, maar wel deur middel van 'n besitverteenvoordiger.²²⁴

Die erkenning van middellike besit is waarskynlik die gevolg van die feit dat sekere persone, wat nie onmiddellike besitters is nie, ook wel op besitsbeskerming geregtig is.²²⁵ Vir middellike besit word daar vereis dat een persoon (die besitverteenvoordiger)

224 Baur *Lehrbuch* 55; Jauernig *BGB* 1019 wys daarop dat die persoon wat onmiddellike beheer uitoefen, nie van die ander sosiaal afhanklik mag wees nie, want dit sal beteken dat die persoon wat beheer uitoefen, slegs besitdienaar van die besitter is, en nie besitter in eie reg nie. Vgl Nassauer *Besitzerwerb* 24: "Im Falle des § 855 erwirbt der Dritte, der sogenannte Besitzdiener, für seinen Herrn direkt der unmittelbaren Besitz, ohne selbst Besitzer zu sein oder gewesen zu sein." Sien verder Müller *Sachenrecht* 78; Wochner 1981 *BB* 1802 1803.

225 Baur *Lehrbuch* 55; *Münchener Komm* bd 4 83; Wieling *Sachenrecht* 213. Westermann *Sachenrecht* 117 is van mening dat die belangrikheid van middellike besit voortspruit uit die gelykstelling daarvan aan onmiddellike besit, en dat dit veral geld vir die werking daarvan tov

onmiddellike besit uitoefen, terwyl 'n ander persoon (die middellike besitter) ingevolge 'n bepaalde regsoreenkoms daarop geregtig is dat die saak op een of ander tydstip weer aan hom terugbesorg word, en dat die onmiddellike besitter deurentyd besit uitoefen met die wil om as besitverteenvoordiger op te tree.²²⁶ Middellike besit word verkry óf deur middel van lewering óf deur middel van 'n nuwe oorsaak,²²⁷ gepaard met 'n ooreenkoms in terme van paragraaf 868.²²⁸ Die onmiddellike besitter, wat die saak daadwerklik beheer, lei sy bevoegdheid om die saak te hou en beheer van die middellike besitter af, en hy word geag beheer te verkry wanneer hy homself bereid verklaar om die saak weer later aan die middellike besitter terug te gee.

Die middellike besit van die middellike besitter word nie as daadwerklike beheer beskou nie, maar slegs as fiktiewe saakbeheer.²²⁹ Middellike besit is dus nie ware besit nie, maar gefingeerde besit.²³⁰ Daar word van die "vergeesteliking" van daadwerklike beheer gepraat.²³¹ Van daadwerklike saakbeheersing in terme van

-
- derdes. Vgl verder Müller *Sachenrecht* 81; Von Gierke *Sachenrecht* 8; Wolf *Sachenrecht* 69.
- 226 Vgl Baur *Lehrbuch* 56-58; Eichler *Institutionen* 14-15 17; Erman *BGB* 28; Jauernig *BGB* 1027; Lopau 1980 *JuS* 501 502; Luchterhand *BGB* 34; Müller *Sachenrecht* 79-81; *Münchener Komm* bd 4 85; Schwab *Sachenrecht* 28; Von Gierke *Sachenrecht* 8; Westermann *Sachenrecht* 118 126 132; Wolf *Sachenrecht* 68-69. Vgl egter Wieling *Sachenrecht* 217-218 wat van mening is dat hierdie aanspraak op teruggawe nie die deurslaggewende aspek is nie, maar wel die optrede van die onmiddellike besitter. Die onmiddellike besit van die onmiddellike besitter is dus gekoppel aan 'n bepaalde wil. Sien verder Bruns *Besitzerwerb* 154; Wieling 1984 *AcP* 445-451.
- 227 Vgl Baur *Lehrbuch* 59-60; Luchterhand *BGB* 35-36; Müller *Sachenrecht* 84-85; Wieling *Sachenrecht* 224-231.
- 228 Die ontstaan van nuwe middellike besit word nie daardeur verhinder dat die onmiddellike besitter hom deur die aangaan van die regsoreenkoms onregmatig of strydig met 'n bestaande ooreenkoms teenoor 'n voormalige middellike besitter gedra nie (*Münchener Komm* bd 4 89-90). Dit is ook moontlik dat die onmiddellike besitter middellike besitter word, soos wanneer hy aan 'n ander die saak lewer ooreenkomstig 'n besitverteenvoordigeroreenkoms. Vgl die geval waar 'n voormalige onmiddellike besitter die saak verhuur of uitleen. Sien verder Luchterhand *BGB* 36 volgens wie dit eerder 'n geval is van beëindiging van die voormalige en vestiging van nuwe onmiddellike besit. Vgl BGH 1959 *NJW* 1539.
- 229 Wieling *Sachenrecht* 144 216-217; Wieling 1984 *AcP* 439. Joost *Besitzbegriff* 167-168 is van mening dat dit by middellike besit nie meer handel om gevalle van besit sonder daadwerklike beheer nie, maar om gevalle sonder besit waar bepaalde regsgevolge toegeskryf word aan persone wat nie besitters is nie. Volgens Baur *Lehrbuch* 55, Bruns *Besitzerwerb* 155, en Nassauer *Besitzerwerb* 29-30 kan middellike besit egter wel as ware besit beskou word. Vgl Müller *Sachenrecht* 81: "Da nach dem Wortlaut §868 BGB der mittelbare Besitzer 'auch' Besitzer ist, ist grundsätzlich der mittelbare Besitz dem unmittelbare Besitz gleichgestellt."
- 230 Vgl *Münchener Komm* bd 4 84; Wieling *Mittelbare Besitz* 734 741; Wieling *Sachenrecht* 215.
- 231 Eichler *Institutionen* 16; Erman *BGB* 27; Luchterhand *BGB* 34; Westermann *Sachenrecht* 120. Wieling *Mittelbare Besitz* 732 sê egter dat dit slegs 'n beeldryke beskrywing is.

uitoefening van daadwerklike beheer is daar by die middellike besitter derhalwe geen sprake nie.²³² Die onmiddellike besitter oefen alleen daadwerklike beheer uit, soos blyk daaruit dat 'n huurder nie verplig is om die verhuurder toegang tot die huis te verleen nie. Die besitvertegenwoordiger handel in sy eie belang en tree sonder opdragte op.²³³ Middellike besit moet gevolglik in die lig daarvan dat die regte wat kragtens artikel 859 uit beheer voortspruit en wat op daadwerklike saakbeheer berus, nie die middellike besitter toekom nie, asook die feit dat 'n regsverhouding tussen die besitvertegenwoordiger en die middellike besitter vereis word, as 'n regsverhouding beskou word.²³⁴

Paragraaf 871 bepaal dat middellike besit op verskillende vlakke ook erken word.²³⁵ Die outeurs van die *Münchener Kommentar* is van mening dat daadwerklike saakbeheer op verskillende vlakke nie moontlik is nie omdat omvattende onmiddellike besit op die eerste vlak ander ingrepe op die saak uitsluit, maar aanvaar dat middellike besit as 'n regsverhouding op verskillende vlakke wel moontlik is, en dat dit inderdaad

232 Wieling *Mittelbare Besitz* 728-730 733 wys daarop dat 'n lid van die tweede BGB-kommissie wel van mening was dat middellike besit ook daadwerklike beheer beteken. Hierdie standpunt is daarvan afgelei dat die verhuurder of verpagter nie heeltemal van sy saak afstand doen nie, en dat die huurder of pagter gevolglik nie uitsluitlike besit van die betrokke saak verkry nie. Hy verwerp hierdie standpunt egter op grond daarvan dat alhoewel dit so mag wees dat die verhuurder of die verpagter ingrepe op die saak mag afweer, dit niks met hulle middellike besit of daadwerklike beheer te doen het nie, aangesien elke derde, bv 'n buurman, ook daarop geregtig is om bepaalde ingrepe af te weer. Die standpunt is deur die meerderheid van die kommissie verwerp, en daar word tot die gevolgtrekking gekom dat slegs die huurder ens daadwerklike beheer oor die saak het. Die feit dat die verhuurder op beskerming geregtig is en dat die saak eventueel na hom moet terugkeer, behels nie dat hy ook daadwerklike beheer oor die saak het nie. Middellike besit kan derhalwe nie as ware besit beskou word nie, maar slegs as gefingeerde besit. Vgl verder Franck *Rechtstellung* 8 volgens wie "Mittelbarkeit und das allseitig anerkannte Charakteristikum der 'tatsächlichen Gewalt' beim Besitze sind sich gegenseitig ausschliessende Begriffe".

233 Hierin kan hy van die besitdienaar onderskei word van wie daar gesê kan word dat die besitter dmv hom besit uitoefen.

234 *Münchener Komm* bd 4 47. Sien ook Von Wendt *Besitz und Besitzwille* 100-101: "Doch ist die Sachherrschaft, die der mittelbare Besitzer ... ausübt, in Wirklichkeit nicht tatsächliche Gewalt über die Sache; sie ist vielmehr nur Personen- oder Rechtherrschaft..." en "Ich betrachte also den mittelbaren Besitz als eine vom Gesetz angeordnete, im einzelnen Fall ipso iure eintretende Reflexwirkung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Besitzer und dem, von dem er sein Recht zum Besitz ableitet."

235 "Steht der mittelbare Besitzer zu einem Dritten in einem Verhältnisse der in § 868 bezeichneten Art, so ist auch der Dritte mittelbarer Besitzer." Sien verder Eichler *Institutionen* 24-25; Müller *Sachenrecht* 87; Schwab *Sachenrecht* 29; Wolf *Sachenrecht* 68.

sinvol is indien die funksies van middellike besit in aanmerking geneem word.²³⁶ Dit is egter belangrik om daarop te wys dat daadwerklike saakbeheer op verskillende vlakke wel moontlik is soos hierbo onder medebesit aangetoon is. Daar word nie vereis dat daadwerklike beheer omvattend of uitsluitend moet wees nie. Indien dit die geval was, sou medebesit immers nie moontlik gewees het nie.

Middellike besit word beëindig wanneer een of meer van die vereistes wat daarvoor gestel word, wegval.²³⁷ Indien die onmiddellike besit van die besitverteenvoordiger beëindig word, verloor die middellike besitter inmiddels ook sy besit.²³⁸ As die aanspraak op teruggawe van die saak verval, word middellike besit ook daarmee beëindig, aangesien dit van hierdie aanspraak afhanklik is.²³⁹ Middellike besit kom eweneens tot 'n einde wanneer die onmiddellike besitter afsien van sy besitverteenvoordigingswil.²⁴⁰ 'n Eensydige verklaring deur die middellike besitter dat hy nie meer die wil het om die saak te besit nie, word nie as beëindiging van middellike besit beskou nie.²⁴¹

10 7 3 3 3 Samevatting

In die geval van middellike besit word daadwerklike beheer deur die onmiddellike besitter uitgeoefen, en dit wil voorkom of die oorwig van gesag ten gunste daarvan is dat die middellike besitter nie ware besit van die saak het nie, maar net gefingeerde besit. Die onmiddellike besitter, naamlik die besitverteenvoordiger, oefen ingevolge die

236 Vgl 100-102 ivm meervlakkige middellike besit. Luchterhand *BGB* 34 wys daarop dat wanneer die balju die pandsaak in besit neem, hy onmiddellike besit daarvan verkry; die skuldeiser word dan as die middellike vreemdbesitter op die eerste vlak, en die skuldenaar as middellike eiebesitter op die tweede vlak beskou. Sien ook Westermann *Sachenrecht* 117-118; Wieling *Sachenrecht* 232.

237 Baur *Lehrbuch* 60; Erman *BGB* 31; Müller *Sachenrecht* 86; *Münchener Komm* bd 4 90; Schwab *Sachenrecht* 31; Von Gierke *Sachenrecht* 13-14; Westermann *Sachenrecht* 128.

238 Müller *Sachenrecht* 86; Von Gierke *Sachenrecht* 13; Wieling *Sachenrecht* 231.

239 Vgl Müller *Sachenrecht* 86-87.

240 Luchterhand *BGB* 34; *Münchener Komm* bd 4 90; Von Gierke *Sachenrecht* 13; Wieling *Sachenrecht* 231-234; Wieling 1984 *AcP* 439 452 455. Ook Franck *Rechtstellung* 7 ev kom na 'n studie van die aard van die middellike besitter se besit en die beskerming waarop hy geregtig is, tot die gevolgtrekking dat die middellike besitter in beginsel aan die onmiddellike besitter gelykgestel kan word. Vgl verder BGH 1965 *WM* 1254-1255.

241 Dit is die gevolg daarvan dat middellike besit op 'n regsooreenkoms berus en dat die wil om te besit nie 'n vereiste daarvoor is nie. Vgl egter Wieling *Sachenrecht* 232 hieroor.

besitverteenwoordigerooreenkoms daadwerklike beheer oor die saak uit, en hy is kragtens hierdie ooreenkoms verplig om die saak op een of ander tydstep weer aan die middellike besitter terug te besorg. Vir sover dit die gevolge van besit aangaan, word onmiddellike en middellike besit weselik gelykgestel.

10 7 3 4 *Daadwerklike besit*

10 7 3 4 1 *Inleiding*

Ingevolge paragraaf 854(1) van die BGB word onmiddellike besit van 'n saak verkry indien daadwerklike beheer wat na buite sigbaar is, gevestig word met die wil om besit te verkry.

10 7 3 4 2 *Elemente*

Beheer oor 'n saak blyk eerstens uit die moontlikheid om daarop in te werk, en tweedens uit die reg om derdes daarvan uit te sluit.²⁴² Afhangende van die aard van die saak sal 'n mindere of meerdere moontlikheid om op die saak in te werk aan die vereiste van daadwerklike beheer voldoen; feitelike kontrole oor die saak word nie altyd vereis nie. Daar sal telkens aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe vasgestel moet word of 'n persoon se verhouding met betrekking tot 'n saak van so 'n aard is dat hy op besitbeskerming geregtig is en of dit aan die besitter die moontlikheid bied om beheer oor te dra of nie. In die praktyk sal dit daarop neerkom dat daar bepaal moet word wie van meerdere aanspraakmakers op besit inderdaad die sterkste aanspraak op die saak het uit hoofde van sy daadwerklike beheer daarvoor, met ander woorde, watter aanspraakmaker die maklikste sy wil om die saak te beheer, sal kan verwesenlik.²⁴³ Alhoewel dit nie moontlik is om vaste reëls neer te

242 Müller *Sachenrecht* 29; Staudinger *BGB* 14. Sien BGH 1958 *NJW* 1286 1287 waarvolgens daar vereis word dat die voormalige onmiddellike besitter van sy daadwerklike beheer oor die saak moet afstand doen aangesien dit andersins nie moontlik sal wees om besit ig par 854(2) te verwerf nie. Vgl BGH 101 1988 186 189 waar daar as algemene uitgangspunt aanvaar word dat die daadwerklike beheer van die winkelier oor alle sake in sy winkel strek "soweit nicht anderweiter Besitz bestand".

243 Müller *Sachenrecht* 32.

lê nie, is daar tog 'n aantal beginsels waarvolgens dit beoordeel kan word, naamlik:²⁴⁴ (a) Daar moet 'n daadwerklike verhouding met die saak tot stand kom. (b) Die verwerwing van saakbesit moet sigbaar wees.²⁴⁵ In die geval van die afgeleide verwerwing van besit, is dit 'n vereiste dat die vervreemder sigbaar van besit moet afstand doen. (c) Die verkryger moet 'n fisiese verhouding met die saak daarstel. Die aard van hierdie verhouding sal bepaal word deur die aard van die saak. (d) Ingevolge die heersende mening moet die daadwerklike beheer oor die saak ten minste 'n rukkie voortduur alvorens dit as besit erken sal word.²⁴⁶ (e) Die voorafgaande vier riglyne moet ooreenkomstig die verkeersmaatstawwe beoordeel word.²⁴⁷ Daar word lank reeds aanvaar²⁴⁸ dat nie alleen sosiale, morele en ekonomiese oorwegings hierby ter sprake kom nie, maar ook regsoorwegings.

Vir afgeleide verkryging van besit kragtens paragraaf 854(2) word daar slegs vereis dat die verkryger ten tye van die ooreenkoms in staat moet wees om daadwerklike beheer oor die saak uit te oefen.²⁴⁹ Die ooreenkoms word met ander woorde as voldoende beskou vir die verkryging van besit en die moontlikheid om die saak daadwerklik te

244 Staudinger *BGB* 15-16.

245 Besit, as 'n feitlike beheerverhouding, verg gewoonlik sigbaarheid: Daar word soms vereis dat dit deur almal wat daarop let, herken moet kan word. Die outeurs van die *Münchener Komm* bd 4 32 wys egter op talle gevalle van besitbegronding waarin daar geen objektiewe sigbaarheid is nie.

246 Alhoewel daar vereis word dat daadwerklike beheer vir 'n tydperk moet voortduur ten einde die blywendheid van die verhouding aan te toon, word geen spesifieke tydperk voorgeskryf nie. Vgl *Münchener Komm* bd 4 31. Luchterhand *BGB* 24-25 wys daarop dat besit nie deur tydelike onderbrekinge in saakbeheer beëindig word nie. Sien Müller *Sachenrecht* 32: "Die im Tatbestand des Besitzes erfasste Sachherrschaft muss von einer gewissen Beständigkeit sein."

247 Vgl Staudinger *BGB* 19-22 ivm verkeersmaatstawwe.

248 Vgl Pap D 41 2 49 pr: "Plurimum ex iure possessio mutuatur."

249 Vgl Bruns *Besitzerwerb* 65-66 86; Wolf *Sachenrecht* 66. Daar word ook aan subpar (2) voldoen wanneer die vervreemder tvv die ooreenkoms aan die verkryger die moontlikheid verskaf om feitlike heerskappy oor die saak te voer (bv dmv die oorhandiging van sleutels). Sien verder Schwab *Sachenrecht* 17 18: "Daher liegt in §854(2) ein erstes Abweichen von der rein tatsächlichen Grundlage des Besitzes - denn der Besitzübergang vollzieht sich hier bereits ohne sichtbare Veränderung in der tatsächliche Gewalt -, eine Annäherung an einen Besitzbegriff, der nicht mehr auf Tatsachen abstellt, sondern auf soziale Auffassung und rechtliche Verknüpfung." Vgl ook Gursky 1984 *JZ* 604; Joost *Besitzbegriff* 173; Staudinger *BGB* 17-18. Dit spreek vanself dat die vervreemder van sy besit moet afstand doen, aangesien art 854(2) oor die oordrag van besit handel. Vgl BGH 1963 *WM* 125-126.

beheer hoef nie onmiddellik verwesenlik te word nie.²⁵⁰ Dit is vir die voornemende verkryger moontlik om besit te verwerf indien daar nie ten tye van die ooreenkoms enige feitlike hindernis bestaan om daadwerklike beheer oor die saak te verkry nie. Openlike besit (van byvoorbeeld onbeboude, nie-omheinde grondstukke asook van roerende sake soos hout en strooi) dui op potensiële saakbeheersing, sy dit dan nie so sterk soos die daadwerklike beheer wat ingevolge subparagraaf (1) in die geval van vele sake vereis word nie.²⁵¹

Daadwerklike beheer word nie daargestel deur die verskaffing van 'n simbool of deur mondelinge toestemming tot toekomstige verkryging van besit nie.²⁵² Indien die sleutels van 'n woning byvoorbeeld oorhandig word terwyl die voormalige besitter nog 'n stel behou, verkry die persoon wat die sleutels ontvang slegs medebesit van die woning vir die duur van die behoud van die sleutels deur eersgenoemde.²⁵³ Wanneer die verkryger egter die enigste of al die sleutels ontvang wat toegang tot 'n kamer of woning verleen, word hy as die nuwe alleenbesitter beskou.²⁵⁴

10 7 3 4 3 Verkeersmaatstawwe

Die Bundesgerichtshof²⁵⁵ beslis dat dit hoofsaaklik van die verkeersopvatting sal afhang in wie se daadwerklike beheer 'n saak is, met ander woorde "von der zusammenfassenden Wirkung aller Umstände des jeweiligen Falles entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens".

10 7 3 4 4 Samevatting

Die inhoud van die begrip "daadwerklike beheer" word aan die hand van die

-
- 250 Vgl Joost *Besitzbegriff* 174: "Unter Verzicht auf Formalismen und symbolische Handlungen entsteht die tatsächliche Sachherrschaft durch die Einwirkungsmöglichkeit des Erwerbers, wenn der bisherige Besitzer mit dem Übergang der tatsächlichen Sachherrschaft einverstanden ist."
- 251 Vgl Staudinger *BGB* 17.
- 252 BGH 1958 *NJW* 1286-1287.
- 253 Vgl Erman *BGB* 12; Gursky 1984 *JZ* 604. Sien ook BGH 1979 *JR* 280 281.
- 254 Ig BGH 1973 *Der Betrieb* 913-914 sal daar aan die hand van die heersende verkeersopvatting bepaal moet word of alleenbesit oorgedra is al dan nie.
- 255 BGH 101 1988 186 188.

heersende verkeersopvatting vasgestel, en gevolglik is 'n algemene omskrywing daarvan nie moontlik nie. Dit moet egter deurentyd vir die besitter moontlik wees om feitelike beheer oor die saak uit te oefen; die saak moet dus toeganklik wees. Voorts moet hy die reg hê om derdes daarvan uit te sluit. Dit moet duidelik wees dat daar beheer oor die saak uitgeoefen word, maar daar word nie vereis dat die identiteit van die besitter bekend moet wees nie. Daadwerklike beheer word nie deur 'n simboliese handeling of mondelinge toestemming tot toekomstige verkryging gevestig nie.

10 7 4 Vestiging en behoud van besit

10 7 4 1 Inleiding

Onmiddellike besit word gelykgestel aan daadwerklike beheer,²⁵⁶ en die vestiging van besit is dus 'n feitelike gebeurtenis.²⁵⁷ Daar word strenger vereistes gestel vir die verkryging of vestiging van daadwerklike beheer as vir die behoud daarvan aangesien eersgenoemde oor 'n verandering in die besitverhouding handel.²⁵⁸ In die geval van verkryging is fisiese aanraking in sommige gevalle 'n vereiste, terwyl die blote moontlikheid om beheer oor die saak uit te oefen en derdes daarvan uit te sluit in die geval van behoud as voldoende gereken word.²⁵⁹ Die moontlikheid om fisies op die saak in te werk vooronderstel 'n fisiese verhouding wat eng genoeg is om gebruik van

256 Vgl hierbo hfst 10 6 2. Sien ook Schwab *Sachenrecht* 15: "Da Besitz tatsächliche Herrschaft bedeutet, ist es nur die natürliche Folge, was die §854, 856 für seinen Erwerb und Verlust anordnen: Der Besitz wird erworben durch Erlangung der tatsächliche Gewalt über die Sache, Besitzergreifung..." Vgl verder Müller *Sachenrecht* 38.

257 Westermann *Sachenrecht* 100. Sien ook Von Wendt *Besitz und Besitzwille* 88: "Und wenn der Besitz als tatsächliche Gewalt über eine Sache zu verstehen ist, so ist es ja auch selbstverständlich, dass er durch die Herstellung dieser Gewalt erworben wird." Vgl verder BGH 101 1988 186 187.

258 Erman *BGB* 11; Jauernig *BGB* 1018; Wieling *Sachenrecht* 131 147 152. Die verkryging van besit moet na buite sigbaar wees: 'n Oplettende derde behoort te kan sien dat die vorige besitverhouding opgehou het om te bestaan en dat 'n nuwe een tot stand gekom het.

259 Vgl Wieling *Sachenrecht* 152-153. Sien ook Müller *Sachenrecht* 38 volgens wie 'n persoon daadwerklike beheer oor 'n saak verkry wanneer dit in sy heerskappyseer kom. Die nuwe beheerder word dus as besitter beskou sodra hy sy wil mbt die saak kan deurvoer. 'n Boer wat sy ploeg bv oornag op die land laat staan, bly besitter daarvan; indien 'n ander persoon se bees egter op sy weveld kom, word hy eers besitter daarvan wanneer hy vir die dier begin sorg. Daar sal telkens aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe vasgestel word of die persoon wat daarop aanspraak maak dat hy daadwerklike beheer oor die saak gevestig het of dat sodanige beheer voortbestaan, se aanspraak geldig is.

die saak te verseker sonder dat 'n ononderbroke inwerkingsmoontlikheid noodsaaklik is.²⁶⁰ Die handhawing van daadwerklike beheer hoef gevolglik nie ononderbroke na buite sigbaar te wees nie mits die moontlikheid om dit uit te oefen, wel deurentyd bestaan.²⁶¹ Besit bly voortbestaan selfs wanneer die besitter vergeet het waar die saak is en duur voort solank sy beheer deur andere aanvaar word.²⁶² Die moment waarop dit moontlik word om daadwerklike beheer oor die betrokke saak uit te oefen, is deurslaggewend vir die bepaling van die vestiging van besit.

Die vestiging van daadwerklike beheer kan volg op eensydige verkryging asook op lewering,²⁶³ en voorts ook ingevolge die BGB.²⁶⁴

10 7 4 2 Eensydige verkryging

Inbesitname geskied hier deur middel van fisiese inbesitname van die saak na aanleiding waarvan die saak onder die betrokke persoon se daadwerklike beheer kom.²⁶⁵ Dit is 'n suiwer feitelike handeling.²⁶⁶ Wanneer 'n roerende saak wat in vreemdbesit is eensydig toegeëien word, is dit net moontlik deur middel van fisiese inbesitname waardeur die nuwe beheerverhouding ingevolge die publisiteitsbeginsel na buite bekendgemaak word.²⁶⁷ Ook wanneer besit verkry word van roerende sake

260 *Münchener Komm* bd 4 29. Dit is irrelevant of daar inderdaad van die moontlikheid gebruik gemaak word om op die saak in te werk.

261 *Schwab Sachenrecht* 16: "Ist die dauernde Herrschaft in diesem Sinn einmal vorhanden, so endet sie nicht mit einer vorübergehenden Verhinderung an ihrer Ausübung (§ 856 II), vorausgesetzt, dass kein anderer die tatsächliche Gewalt erlangt. So bleibt man Besitzer der abgeschlossenen Wohnung und ihres gesamten Inhalts, auch wenn man sie auf Zeit verlässt, Besitzer der Sachen in der Räumen, die man wegen einer Erkrankung nicht betreten kann. Auch hier hilft die Verkehrsauffassung bei der Bestimmung des Besitzes."

262 *Erman BGB* 9.

263 In welke geval daar naas daadwerklike beheer ook vereis word dat die voormalige besitter die wil moet hê om van die besit afstand te doen, en dat die voornemende besitter die wil moet hê om besit te verkry. Vgl *BGH* 27 1958 360 362; *BGH* 1979 *NJW* 712 713.

264 *Münchener Komm* bd 4 33. Vgl ook 35 waar melding gemaak word daarvan dat besitverkryging in uitsonderlike gevalle ook ig die BGB geskied, soos kragtens onteieningswetgewing van die verskillende Bundesländer. Sien verder *Eichler Institutionen* 35; *Westermann Sachenrecht* 100-101.

265 *Von Gierke Sachenrecht* 10.

266 *Münchener Komm* bd 4 32; *Westermann Sachenrecht* 101.

267 Vgl bv die geval waar 'n dief 'n ploeg wat op 'n boer se land staan, wil steel maar dit nie kan verwyder nie.

wat aan niemand behoort nie, word fisiese inbesitname vereis. Dit is egter belangrik om daarop te let dat fisiese aanraking of inbesitname van die saak nie altyd vereis word nie, maar dat dit telkens van die aard van die saak en die omstandighede sal afhang of daadwerklike beheer inderdaad verwerf is al dan nie.²⁶⁸

10 7 4 3 Lewering

Besitverkryging geskied ingevolge 'n ooreenkoms waarkragtens die voormalige besitter van die saak afstand doen²⁶⁹ en dit aan die nuwe besitter oorhandig wat dit dan met die nodige bedoeling ontvang.²⁷⁰ Volgens Wieling²⁷¹ is dit in die geval van lewering ook voldoende wanneer die vervreemder aan die verkryger die moontlikheid verskaf om die saak te beheer.²⁷² Hy wys daarop²⁷³ dat onmiddellike besit ingevolge paragraaf 854(1) daadwerklike beheer oor die saak beteken terwyl onmiddellike besit kragtens paragraaf 854(2) 'n regsposisie is wat onafhanklik van alle feitlike omstandighede deur ooreenkoms oorgedra word. Hierdie ooreenkoms word as voldoende gereken vir die vestiging van besit indien die verkryger in die posisie is om beheer oor die saak uit te oefen. Hiervoor word vereis dat die vervreemder die saak moes besit het, dat die verkryger in die posisie moet wees om besit oor die saak uit te oefen en dat die partye dit eens moet wees daaroor dat besit van die saak oorgedra word.²⁷⁴ Die vereiste dat die verkryger in staat moet wees om daadwerklike beheer oor die saak uit te oefen, beteken dat daar 'n moontlikheid moet wees dat hy

268 Sien Wieling *Sachenrecht* 146. Vgl verder Paul D 41 2 1 21: "... non est enim corpore et tactu necesse apprehendere possessionem..." Maar sien ook Von Gierke *Sachenrecht* 11 wat daarop wys dat die blote aanraking of die moontlikheid om dit te beheer nie voldoende geag word nie.

269 Die vervreemder moet volledig van sy daadwerklike beheer afstand doen ten einde die verkryger die geleentheid te gee om ongesteurd beheer oor die saak uit te oefen. Vgl Joost *Besitzbegriff* 171: "Das zusätzliche Erfordernis des Besitzerwerbes liegt darin, dass von einer Erlangung der tatsächliche Gewalt durch den Erwerber nur dann gesprochen werden kann, wenn der bisherige Besitzer seine Sachherrschaft zugunsten des Erwerbers aufgibt."

270 *Münchener Komm* bd 4 32; Von Gierke *Sachenrecht* 11; Westermann *Sachenrecht* 104; Wieling *Sachenrecht* 146.

271 *Sachenrecht* 147-149.

272 So sal die verkryger onmiddellike besitter word van 'n saak wat in 'n kamer waaroor hy beheer uitoefen, ingebring word.

273 Wieling *Sachenrecht* 151. Vgl ook Von Gierke *Sachenrecht* 11.

274 Baur *Sachenrecht* 53-54. Vgl BGH 27 1958 360 362 waar bevestig word dat die voormalige besitter van sy daadwerklike beheer oor die saak moes afstand gedoen het aangesien die moontlikheid van besitverkryging uitgesluit is kragtens par 854(2) indien hy dit sou behou.

fisies op die saak kan inwerk. Daar word nie vereis dat daadwerklike beheer oor die saak inderdaad verkry moet word nie, maar slegs dat die verkryger die moontlikheid moet hê om sonder verdere samewerking van die voormalige besitter inderdaad beheer uit te oefen.²⁷⁵ Lewering kan twee vorms aanneem: Kragtens paragraaf 929 is lewering eerstens 'n feitelike handeling wat daadwerklike beheer aan die verkryger verskaf,²⁷⁶ en tweedens word 'n ooreenkoms te dien effekte ook as voldoende gereken indien die verkryger reeds in besit van die saak is. Dieselfde vereistes word gestel vir die verkryging van besit deur middel van lewering as by wyse van eensydige verwerwing. Dit is van besondere belang dat daar 'n daadwerklike magsverhouding ontstaan en gevolglik is simboliese handeling nie voldoende nie.

10 7 4 4 Samevatting

Aangesien onmiddellike besit aan daadwerklike beheer gelykgestel word, word besit as 'n feitelike aangeleentheid beskou. Strenger vereistes word gestel vir die vestiging of verkryging van besit as vir die behoud daarvan. Die moontlikheid om op die saak in te werk, met ander woorde om dit daadwerklik te beheer, moet deurentyd bestaan, al word daar nie gebruik van gemaak nie. Daar word ook voorsiening gemaak vir die verkryging van daadwerklike beheer, of dan besit, ingevolge paragraaf 854(2) waarvolgens besit deur blote ooreenkoms oorgedra word indien dit ten tye van die ooreenkoms vir die ontvanger moontlik is om die saak daadwerklik te beheer.

275 Müller *Sachenrecht* 38-39; Von Gierke *Sachenrecht* 11; Westermann *Sachenrecht* 104-105. Sodanige moontlikheid word bv gebied deur die lewering van sleutels wat toegang tot 'n kamer of 'n motor verleen (vgl *Münchener Komm* bd 4 34).

276 Dit is slegs van eensydige verkryging te onderskei vir sover verwerwing van daadwerklike beheer met die toestemming van die voormalige besitter geskied. Volgens die outeurs van die *Münchener Komm* bd 4 33 is dit nie korrek om van besitoordrag te praat wanneer daar van lewering sprake is nie aangesien besit nie oordraagbaar is nie: Die verkryger verkry nie die besit van die voormalige besitter nie, maar wel 'n nuwe eiebesit. Dit is dan slegs in die geval van middellike besit, waar besit 'n regsverhouding is, moontlik om van die oordrag van besit te praat. Vgl ook Westermann *Sachenrecht* 104.

10 8 Beskerming van besit

10 8 1 Inleiding

Besit word deur meerdere paragrawe in die BGB beskerm,²⁷⁷ waarvan die volgende die belangrikste is:

(1) Paragraaf 859 wat soos volg lui:

(1) Der Besitzer darf sich verbotener Eigenmacht mit Gewalt erwehren. (2) Wird eine bewegliche Sache dem Besitzer mittels verbotener Eigenmacht weggenommen, so darf er sie dem auf frische Tat betroffenen oder verfolgten Täter mit Gewalt wieder abnehmen. (3) Wird dem Besitzer eines Grundstücks der Besitz durch verbotene Eigenmacht entzogen, so darf er sofort nach der Entziehung sich des Besitzes durch Entsetzung des Täters wieder bemächtigen. (4) Die gleichen Rechte stehen dem Besitzer gegen denjenigen zu, welcher nach § 858 Abs. 2 die Fehlerhaftigkeit des Besitzes gegen sich gelten lassen muss. Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist auch derjenige befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt;²⁷⁸

(2) Paragraaf 861(1) wat soos volg lui:

Wird der Besitz durch verbotene Eigenmacht dem Besitzer entzogen, so kann dieser die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welchem ihm gegenüber fehlerhaft besitzt;²⁷⁹

277 Die volgende paragrawe word nie bespreek nie: Par 812 wat van toepassing is in gevalle van ongeregverdigde verrykking; par 823 wat oor skadevergoeding handel; en par 1007 waar die reg op besit ter sake is.

278 wat samevattend daarop neerkom dat die besitter of iemand wat namens hom daadwerklike beheer uitoefen, geregig is om sy saak waarop onregmatig inbreuk gemaak word of hom ontnem is, met geweld terug te neem.

279 Indien 'n besitter sy besit van die saak onregmatig ontnem is, kan hy dit terugeis van die persoon wat in besit daarvan is.

(3) Paragraaf 862(1) wat soos volg lui:

Wird der Besitzer durch verbotene Eigenmacht im Besitze gestört, so kann er von dem Störer die Beseitigung der Störung verlangen. Sind weitere Störungen zu besorgen, so kann der Besitzer auf Unterlassung klagen;²⁸⁰ en

(4) Paragraaf 867 wat soos volg lui:

Ist eine Sache aus der Gewalt des Besitzers auf ein im Besitz eines anderen befindliches Grundstück gelangt, so hat ihm der Besitzer des Grundstücks die Aufsuchung und die Wegschaffung zu gestatten, sofern nicht die Sache inzwischen in Besitz genommen worden ist. Der Besitzer des Grundstücks kann Ersatz des durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen. Er kann, wenn die Entstehung eines Schadens zu besorgen ist, die Gestattung verweigern, bis ihm Sicherheit geleistet wird; die Verweigerung ist unzulässig, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist.²⁸¹

Paragraaf 860²⁸² verleen verder ook aan 'n dienaar wat namens sy heer daadwerklike beheer oor 'n saak uitoefen, al die regte wat uit paragraaf 859 voortvloei. Ingevolge paragraaf 865²⁸³ kom hierdie beskerming ook die deelbesitter toe, ingevolge paragraaf 866²⁸⁴ die medebesitter en ingevolge paragraaf 868²⁸⁵ die middellike besitter.

280 Indien die besitter in sy besit gesteur word, kan hy eis dat die steuring beëindig word.

281 Indien 'n besitter se saak hom onregmatig ontnem is en dit op die grondstuk van 'n derde is, is die besitter van die grondstuk verplig om hom toe te laat om dit te verwyder.

282 "Zur Ausübung der dem Besitzer nach § 859 zustehenden Rechte ist auch derjenigen befugt, welcher die tatsächliche Gewalt nach § 855 für den Besitzer ausübt."

283 "Die Vorschriften der §§ 858 bis 864 gelten auch zugunsten desjenigen, welcher nur einen Teil einer Sache, insbesondere abgesonderte Wohnräume oder andere Räume, besitzt."

284 "Besitzen mehrere eine Sache gemeinschaftlich, so findet in ihrem Verhältnisse zueinander ein Besitzschutz insoweit nicht statt, als es sich um die Grenzen des den einzelnen zustehenden Gebrauchs handelt."

285 "Besitzt jemand eine Sache als Niessbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Wieling²⁸⁶ wys daarop dat die besitbeskerming wat deur paragrawe 854-864 gereël word, besit as vereiste vir beskerming stel. Dit word possessoriese besitbeskerming genoem aangesien dit in hierdie gevalle uitsluitlik besit is, onafhanklik van enige reg op besit, wat beskerm word.²⁸⁷ Die reg op besit is nie ter sake nie. Selfs 'n persoon wat geen reg hoegenaamd op besit het nie, soos 'n dief, is op besitbeskerming geregtig mits hy besit van die betrokke saak gehad het en dit hom teen sy wil ontnem is.²⁸⁸ Daarom word besitverlies ook as vereiste gestel vir die possessoriese eise: Die persoon wat op die aksie aanspraak maak, moes besit van die saak verloor het, en die persoon teen wie dit ingestel word, moet dit onregmatig besit.²⁸⁹

10 8 2 Beskerming van onmiddellike besit

Besitbeskerming²⁹⁰ is die belangrikste deel van die besitreg, en paragrawe 859, 861, 862 en 867 verleen onderskeidelik die reg om besit met geweld te beskerm, 'n eis om teruggawe, voorkoming van steurnisse²⁹¹ en die reg daarop om 'n saak terug te haal. Hieruit volg dit dat die objek van die beskerming onmiddellike saakbesit is.²⁹²

286 *Sachenrecht* 58. Sien ook Jauernig *BGB* 1038; Luchterhand *BGB* 30.

287 Vgl Staudinger *BGB* 66; Wieling *Besitzschutzes* 565 ev. Sien ook Wolf *Sachenrecht* 63: "Obwohl der Besitz als tatsächliche Sachherrschaft selbst kein subjektives Recht ist, ergeben sich aus ihm subjektive Abwehrrechte gegen jedermann zum Schutz des tatsächlich bestehenden Zustands."

288 Vgl Luchterhand *BGB* 19.

289 Vgl Erman *BGB* 20; Jauernig *BGB* 1038.

290 Die funksie van die beskerming van besit is eerstens om die openbare orde te handhaaf, en tweedens om die besitter se belang in die saak te beskerm (vgl Gerhardt *Mobiliarsachenrecht* 24; Müller *Sachenrecht* 34; Von Gierke *Sachenrecht* 14; Westermann *Sachenrecht* 139; Wieling *Besitzschutzes* 572; Wolf *Sachenrecht* 6). Baur *Lehrbuch* 71 wys daarop dat hierdie mening wel die meerderheidstandpunt weergee, maar is van mening dat dit inderdaad besit as sodanig is wat beskerm word, en dat die handhawing van regsrede 'n gevolg daarvan is. Sien verder Luchterhand *BGB* 19: "Eine gewichtige soziale Befriedungswirkung des Besitzrechts dürfte sich gleichwohl schon daraus ergeben, dass das Gesetz jede Besitzentziehung oder -störung zunächst einmal als 'verbotene Eigenmacht' (§ 858) ansieht und so den Besitzprätendenten oder sonstigen Störer ins Unrecht setzt." Sien verder, vir 'n algemene historiese oorsig en uiteensetting van die verskillende standpunte, Wieling *Besitzschutzes* 565 ev.

291 Besitsteuringe is alle ingrepe op die uitoefening van saakbeheer wat nie as besitontneming kwalifiseer nie (vgl Westermann *Sachenrecht* 141). In die praktyk is dit meestal op grondstukke van toepassing. Sien Müller *Sachenrecht* 46.

292 Volgens Westermann *Sachenrecht* 139 kan die beskerming van die middellike besitter as 'n "Reflexwirkung" van ingrepe op onmiddellike besit gesien word.

Paragraaf 859 van die BGB verleen aan die onmiddellike besitter²⁹³ die reg om met geweld teen 'n persoon op te tree wat onregmatig 'n saak van hom ontnem. Hierdie reg op geweld kom die onmiddellike besitter (asook die middellike besitter) toe teenoor elkeen wat op onmiddellike besit van die betrokke saak inbreuk maak;²⁹⁴ die besitdienaar het ingevolge paragraaf 860 geweldregte teen derdes, maar nie teen die besitter nie.²⁹⁵ Die onregmatige ontneming moet teen die onmiddellike besit gerig wees.²⁹⁶ Paragraaf 859 handel oor gevalle waar die onmiddellike besitter in sy besit van die saak en gevolglik in sy moontlikheid om die saak te gebruik, gesteur is.²⁹⁷ Die reg op geweld van die onmiddellike besitter (en die besitdienaar) ingevolge paragraaf 859 is 'n spontane reaksie op verbode eierigting.²⁹⁸ Hierdie begrip, naamlik verbode eierigting, is die belangrikste term in die possessoriese besitbeskerming. Dit kan net teen die onmiddellike besitter, en nie teen 'n middellike besitter nie, aangewend word.

Ingevolge paragraaf 861 het die voormalige onmiddellike besitter, indien hy sy saak deur verbode eierigting verloor het, 'n eis om herstel van besit van die betrokke saak.²⁹⁹ Hierdie eis is uitsluitlik op die teruggawe van die saak gerig, en daar is geen sprake van skadevergoeding nie.³⁰⁰ Vereiste vir die aksie is besitontneming van 'n roerende of 'n onroerende saak. Die aksie kan ook teen 'n middellike besitter gerig wees indien hy onregmatig onmiddellike besit verwerf het, dit aan 'n derde oorgedra

293 Sien Von Gierke *Sachenrecht* 16: "Das Selbsthilferecht ist zunächst auf den unmittelbaren Besitzer abgestellt." Vgl ook *Münchener Komm* bd 4 59.

294 Daar word van "Besitzwehr" gepraat wanneer die inbreukmaking dreig of voortduur, terwyl die begrip "Besitzkehr" gebruik word wanneer onmiddellike besit reeds deur die inbreukmaker gevestig is. Vgl Schwab *Sachenrecht* 36-37.

295 Vgl par 860: Die besitdienaar geniet geen selfstandige besitbeskerming nie, maar kan wel namens die besitter lg se saakbesit teen 'n derde beskerm. Sien ook Erman *BGB* 21; Von Gierke *Sachenrecht* 16.

296 Staudinger *BGB* 58.

297 Baur *Lehrbuch* 71 wys daarop dat dit irrelevant is of die inbreuk skuldig of onskuldig was, en dat daar net vereis word dat dit teen die wil van die besitter moes wees.

298 Die begrip verbode eierigting is 'n baie belangrike term ivm possessoriese besitbeskerming. Vgl hieroor verder Jauernig *BGB* 1036; Müller *Sachenrecht* 51; Schwab *Sachenrecht* 34; Von Gierke *Sachenrecht* 15; Westermann *Sachenrecht* 148.

299 Vgl Müller *Sachenrecht* 56; *Münchener Komm* bd 4 63-64; Schwab *Sachenrecht* 38; Staudinger *BGB* 67; Wieling *Sachenrecht* 59. Die middellike besitter is ig par 869 net daarop geregtig wanneer die onmiddellike besitter sy besit van die saak ontnem is.

300 Die rede hiervoor is dat blote besit, sonder dat dit aan enige reg om besit gekoppel is, geen vermoëns waarde het waarvan die ontneming deur skadevergoeding reggestel kan word nie. Vgl ook Erman *BGB* 20; Schwab *Sachenrecht* 38; Von Gierke *Sachenrecht* 17.

het en as gevolg van 'n besitverteenwoordigeroorenkoms middellike besitter geword het.³⁰¹ Siende dat dit bloot om die teruggawe van besit handel, moet die verweerder die besittoestand herstel wat voor die ontneming gegeld het.³⁰²

Paragraaf 862 handel oor gevalle waar die besitter nie sy besit ontnem word nie, maar wel deur verbode eierigting in sy besit van die saak gesteur word,³⁰³ en verleen aan onmiddellike besitters soos huurders en pagters soortgelyke besitbeskerming as wat die eienaar ingevolge paragraaf 1004 toekom.³⁰⁴ Wat hier beskerm word, is onmiddellike besit, asook die daadwerklike moontlikheid van die besitter om met die saak na wil te handel. Steuring is dus elke inbreukmaking op hierdie moontlikheid en geskied deur fisiese inwerking op die saak. Dit word ook geag plaas te vind indien dit nog nie werklik plaasgevind het nie, maar met sekerheid gaan plaasvind. Daar word van die persoon wat die inbreuk gepleeg het, verwag om die posisie te herstel soos dit voor die steuring was.³⁰⁵

Kragtens paragraaf 867 is 'n besitter wie se roerende saak op 'n vreemde grondstuk is as gevolg van 'n onregmatige ontnemingshandeling, daarop geregtig om die saak te gaan soek en dit daarvandaan te verwyder.³⁰⁶ Dit is belangrik om daarop te let dat dit nie eierigting is nie, maar dat daar slegs van die besitter van die grondstuk verwag word om die besitter van die roerende saak toe te laat om die saak te soek en af te haal.³⁰⁷

10 8 3 *Beskerming van medebesit*

Paragraaf 866 het slegs betrekking op besitbeskerming in gevalle waar die een

301 Vgl Staudinger *BGB* 67-68.

302 Wieling *Sachenrecht* 60.

303 Vgl Schwab *Sachenrecht* 41; Von Gierke *Sachenrecht* 19; Wieling *Sachenrecht* 60. Sien ook Erman *BGB* 21.

304 Vgl Staudinger *BGB* 72.

305 Wieling *Sachenrecht* 62.

306 Volgens Staudinger *BGB* 90 is besitverlies as sodanig nie 'n element van par 867 nie. Eers wanneer die besitter toestemming deur die besitter van die grondstuk geweier word om die saak daarvandaan te verwyder, word besitverlies geag in te getree het. Vgl verder Von Gierke *Sachenrecht* 19-20.

307 Wieling *Sachenrecht* 64.

medebesitter teen die ander wil optree. Beskerming ingevolge hierdie paragraaf word net verleen wanneer die een medebesitter die ander volledig van besit van die saak uitsluit.³⁰⁸ Wanneer dit net om die oorskryding van 'n medebesitter se besitgrense gaan, verleen hierdie paragraaf nie beskerming nie, aangesien dit dan oor die reg om besit handel.³⁰⁹ Onder mekaar is medebesitters ook geregtig om hulle besit kragtens paragraaf 859 met geweld te verdedig asook op die possessoriese aksies.³¹⁰ Teenoor derdes word daar uitgegaan van die standpunt dat elke medebesitter die hele saak besit, en kragtens paragraaf 861 gevolglik ook op gewone besitbeskerming geregtig is.³¹¹ Elke medebesitter geniet dus volle beskerming van sy besit.

10 8 4 Beskerming van middellike besit

Dit kan as uitgangspunt gestel word dat besitbeskerming die beskerming van daadwerklike beheer is. Aangesien middellike besit nie daadwerklike beheer daarstel nie, maar slegs die fiksie daarvan is, kan verbode eierigting nie teen die middellike besit self gerig word nie.³¹² Staudinger³¹³ en Müller³¹⁴ wys daarop dat paragraaf 868 middellike besit wesenlik aan onmiddellike besit gelykstel. Die daadwerklike beheer van die middellike besitter is egter ingeperk; sy verhouding tot die saak berus op die engere feitlike verhouding van die besitvertegenwoordiger tot die saak, en aangesien onmiddellike saakbeheer die objek van besitbeskerming in die eng sin van die woord is, kan middellike besit slegs middellik, dit wil sê deur middel van die beskerming van

308 Sien Westermann *Sachenrecht* 156; Wieling *Sachenrecht* 62. Vgl verder BGH 62 1974 243 248 250; BGH 1974 *JR* 466 468; OLG 1978 Köln *MDR* 405. Vgl verder Jauernig *BGB* 1038; Luchterhand *BGB* 32; Müller *Sachenrecht* 90; *Münchener Komm* bd 4 79; Von Gierke *Sachenrecht* 16.

309 Jauernig *BGB* 1039.

310 Vgl Von Gierke *Sachenrecht* 18; Wieling *Sachenrecht* 62.

311 Vgl Erman *BGB* 24; Luchterhand *BGB* 32; *Münchener Komm* bd 4 80; Von Gierke *Sachenrecht* 16.

312 Sien Wieling *Sachenrecht* 72. Die grondslag vir die spesiale wyse waarop middellike besit behandel word, is die aard van middellike besit as vergeestelike saakbeheer: Middellike beheer oor 'n saak berus op die optrede van die onmiddellike besitter wat aan die middellike besitter inwerkingsmoontlikhede op die saak gee. Vgl hieroor Erman *BGB* 25; *Münchener Komm* bd 4 96; Westermann *Sachenrecht* 157. Volgens Erman *BGB* 30 is "(d)as Recht auf Herausgabe ... eine Folge der Besitznatur des unmittelbaren Besitzes. Das Recht entspringt dem Eingriff in den unmittelbaren Besitz, nicht der Beziehung des mittelbaren Besitzers zum unmittelbaren."

313 *BGB* 109. Sien ook Erman *BGB* 26. Vgl BGH 1960 *BB* 606 607.

314 *Sachenrecht* 81.

onmiddellike besit, beskerm word.³¹⁵ Beskerming van middellike besit beteken dus dat die middellike besitter inbreuke op onmiddellike besit regmatig met geweld kan afweer. Ingevolge paragraaf 869 kan die middellike besitter dan eis dat besit aan die onmiddellike besitter herstel word en dat die posisie soos dit was voor die ontneming weer herstel word.³¹⁶

Jauernig³¹⁷ wys daarop dat aangesien die objek van beskerming onmiddellike besit van die betrokke saak is, die onmiddellike besitter beskerming geniet teen die middellike besitter, maar nie omgekeerd nie. Laasgenoemde het slegs 'n reg op beskerming teen derdes ingevolge die BGB en die vereiste hiervoor is verbode eierigting teen die onmiddellike besitter. Daar moet daarop gelet word dat die besitbeskerming teen derdes wat paragraaf 869 aan die middellike besitter verleen, nie soseer uit die inbreukmaking op sy middellike besit afgelei word nie, maar wel uit die inbreuk deur verbode eierigting wat daar op die onmiddellike besit gemaak word.³¹⁸ Indien daar op die besit van die onmiddellike besitter inbreuk gemaak word, kan enige derde kragtens paragrawe 859(1) en 227 namens die onmiddellike besitter Besitzwehr uitoefen, en dit sluit die middellike besitter in. Besitzkehr kan ingevolge paragrawe 859(1) en (2) eweneens deur derdes namens die onmiddellike besitter uitgeoefen word.

Kragtens paragraaf 869 is die middellike besitter geregtig op die aksies ingevolge paragrawe 861 en 862, en hierdie aksies is daarop gerig om die saak terug te besorg aan die onmiddellike besitter van wie besit ontnem is. Daarmee is die vooruitsig van die middellike besitter om weer daadwerklike beheer oor die saak te verkry, beskerm. Die aksies wat die onmiddellike besitter het, is dus ook vir die middellike besitter beskikbaar. Verbode eierigting teen onmiddellike besit word egter vereis. Slegs indien die onmiddellike besitter die saak nie wil of kan hê nie, kan die middellike besitter eis

315 Vgl Erman *BGB* 30; Müller *Sachenrecht* 82; Staudinger *BGB* 109; Von Gierke *Sachenrecht* 16. Wanneer onmiddellike besit herstel word, word middellike besit outomaties herstel.

316 Vgl Müller *Sachenrecht* 82; Staudinger *BGB* 110; Von Gierke *Sachenrecht* 18.

317 *BGB* 1041. Vgl ook Erman *BGB* 31; Müller *Sachenrecht* 82; *Münchener Komm* bd 4 99. Sien par 859, 861, 862 en 869.

318 Baur *Sachenrecht* 72; Westermann *Sachenrecht* 158.

dat dit aan hom terugbesorg word.³¹⁹

Samevattend kan daar dus gesê word dat alhoewel die middellike besitter geen beskerming teenoor die onmiddellike besitter geniet nie, laasgenoemde wel op besitbeskerming teenoor die middellike besitter geregtig is. Teenoor derdes het die middellike besitter inderdaad besitbeskerming wat afgelei is uit die inbreuk wat daar op die onmiddellike besit gemaak is, en dus gerig is op die regsposisie van die onmiddellike besitter. Die eis om teruggawe is bloot op die herstel van onmiddellike besit gerig.

10 8 5 Samevatting

Die gemeenskaplike kenmerk van die aksies vir besitbeskerming wat hierbo bespreek is, is die possessoriese aard daarvan, met ander woorde die feit dat 'n reg op besit nie ter sake is nie, maar dat die reg op beskerming uit besit as sodanig afgelei word.³²⁰ Die grondslag van hierdie aksies om besitbeskerming is dus die blote feit van objektiewe saakbesit, en nie 'n reg op besit nie. Die doel van die possessoriese besitbeskermingsaksies is telkens net om onmiddellike besit van die betrokke saak te herstel, en daar word gevolglik in hierdie aksies geen voorsiening vir byvoorbeeld skadevergoeding gemaak nie. Dit handel uiteindelik daarvoor dat onmiddellike saakbeheer onregmatig van die besitter ontnem word, en dat hy met behulp van hierdie aksies daadwerklike besit kan herwin. Die fisiese beheerelement van besit speel dus 'n deurslaggewende rol ten aansien van die possessoriese besitaksies. Daar moet telkens vasgestel word of 'n persoon se besit onregmatig ontnem is, en die doel van die aksie is bloot om die besitter se feitelike beheer te herstel. Die funksie van fisiese beheer is suiwer funksioneel, want die aksie word ingestel teen die persoon wat onregmatig in besit van die saak is, met ander woorde dié persoon wat in staat is om besit te herstel.

319 Vgl Luchterhand *BGB* 38; *Münchener Komm* bd 4 97; Von Gierke *Sachenrecht* 18-19; Wieling *Sachenrecht* 73.

320 Vgl Gerhardt *Mobillarsachenrecht* 29; Westermann *Sachenrecht* 150.

10 9 Beëindiging van besit

10 9 1 Omskrywing

Paragraaf 856 BGB bepaal:

(1) Der Besitz wird dadurch beendet, dass der Besitzer die tatsächliche Gewalt über die Sache aufgibt oder in anderer Weise verliert.³²¹

10 9 2 Elemente

Die beëindiging van besit word gereël deur paragraaf 856 wat duidelik onderskei tussen afstanddoening van daadwerklike beheer en verlies van besit op 'n ander wyse. Afstanddoening van daadwerklike beheer is die bewuste en vrywillige beëindiging van daadwerklike beheer³²² en gevolglik van besit by wyse van lewering na aanleiding van 'n wedersydse ooreenkoms of deur middel van eensydige prysgawe van die saak.³²³ Die blote wil om van besit afstand te doen, is nie genoegsaam nie; daar word slegs aan die vereistes van afstanddoening voldoen wanneer daar willekeurig by wyse van 'n uiterlik herkenbare handeling van besit afstand gedoen word,³²⁴ en gevolglik is 'n verklaring te dien effekte of 'n suiwer simboliese handeling nie genoegsaam nie. Besit word onvrywillig beëindig wanneer die saak verlore gaan.³²⁵ Besit gaan eweneens onvrywillig verlore indien die besitter die saak weggesteek het

321 Wieling *Sachenrecht* 154-155 wys daarop dat par 856(2) net van toepassing is wanneer die uitoefening van beheer onmoontlik is, en weliswaar tydelik. Hierdie onmoontlikheid moet uit die fisiese omstandighede voortvloei en word bepaal aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe.

322 Verlies van beheer tree in wanneer daar opgehou word om daadwerklike beheer uit te oefen, en dit word aan die hand van die heersende verkeersopvattinge bepaal. Sien hieroor Müller *Sachenrecht* 44. Let daarop dat niemand ononderbroke op alle sake wat hy besit, kan inwerk nie, en dat daar dus nie van die besitter verwag word om te alle tye feitelike beheer daarvoor uit te oefen nie. Vgl *BGB* Erman 15; Westermann *Sachenrecht* 114. Sien verder Schwab *Sachenrecht* 18-19; Wieling *Sachenrecht* 153-155 in die algemeen oor verlies van besit, en 162-163 oor verlies deur 'n besitdienaar. Vgl BGH 1977 NJW 42 43; BGH 1979 NJW 712 713.

323 Erman *BGB* 15; Jauernig *BGB* 1021; Müller *Sachenrecht* 44; *Münchener Komm* bd 4 45; Von Gierke *Sachenrecht* 13; Westermann *Sachenrecht* 115; Wolf *Sachenrecht* 67. Sien ook Baur *Lehrbuch* 54.

324 BGH 1979 JR 280 281.

325 Von Gierke *Sachenrecht* 13. Vgl OLG Bay 1987 JR 128.

en nie meer kan onthou waar die wegsteekplek is nie.³²⁶ Voorts kan besit ook as gevolg van natuurlike gebeurtenisse verlore gaan, soos wanneer 'n seilbootjie wat sleg vasgemeer was, wegdryf.³²⁷ Ten slotte kan besit deur 'n wetsbepaling beëindig word.³²⁸

10 9 3 Samevatting

Onmiddellike besit word beëindig deur die verlies van daadwerklike beheer, en daar word onderskei tussen die afstanddoening van en verlies op 'n ander wyse van die betrokke saak. Medebesit word beëindig wanneer 'n besitter van die daadwerklike beheer oor die saak afstand doen, of op enige ander wyse beheer oor die saak verloor. Middellike besit word beëindig indien enige van die vereistes wat daarvoor gestel word, wegval. Dit is belangrik om daarop te let dat besit eers beëindig word deur 'n uiterlik herkenbare handeling. 'n Verklaring te dien effekte of 'n simboliese handeling is nie genoegsaam nie. Die verlies van daadwerklike beheer dui daarop dat besit beëindig is.

10 10 Slotopmerkings

Die belangrikste afleiding wat uit bostaande bespreking gemaak kan word, is dat besit in wese op die daadwerklike beheer van 'n saak dui. Besit kan óf persoonlik óf deur middel van 'n dienaar of verteenwoordiger uitgeoefen word, en verskillende soorte besit is moontlik, soos onmiddellike en middellike besit, eie- en vreemdbesit, direkte en indirekte besit. Daadwerklike beheer is 'n feitelike aangeleentheid, en daar sal telkens aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe vasgestel moet word of dit inderdaad uitgeoefen word en of besit gevolglik bestaan al dan nie.

326 *Münchener Komm* bd 4 46; Westermann *Sachenrecht* 115. Sien egter Erman *BGB* 9 wat van mening is dat besit voortbestaan wanneer die besitter vergeet het waar hy sy saak weggesteek het en voortbestaan solank as wat sy beheer deur andere aanvaar word.

327 In die geval van wilde en makgemaakte diere diere gaan besit kragtens par 960 verlore. Vgl *Münchener Komm* bd 4 47.

328 Soos in die geval van onteiening - vgl *Münchener Komm* bd 4 47.

10 11 Pandreg

10 11 1 Omskrywing

Pandreg word soos volg deur paragraaf 1204 van die BGB omskryf:

Eine bewegliche Sache kann zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet werden, dass der Gläubiger berechtigt ist, Befriedigung aus der Sache zu suchen.

10 11 2 Inleiding

Vir die totstandkoming van 'n pandreg³²⁹ vereis paragraaf 1205 eerstens dat die eienaar³³⁰ 'n saak³³¹ aan die skuldeiser lewer en tweedens dat daar eensgesindheid bestaan dat die skuldeiser 'n pandreg ten opsigte van die pandsaak verkry.³³² Lewering dui gewoonlik op die vestiging van alleenbesit deur middel van onmiddellike fisiese oordrag van die pandsaak.³³³ Die inhoud van die pandreg behels die reg op besit, en gevolglik kan dit nie tot stand kom sonder die vestiging van besit nie. Daarbenewens word die verskillende vorms van besit wat veroorloof is, ook

329 Vgl Müller *Sachenrecht* 919: "Das Pfandrecht an einer beweglichen Sache ist - wie sich aus § 1204 BGB ergibt - ein beschränktes dingliches Recht, das seinem Inhaber - dem 'Pfandgläubiger' - die Befugnis zuweist, die Sache zu verwerten, um aus dem Verwertungserlös eine ihm zustehende Forderung zu befriedigen."

330 Müller *Sachenrecht* 928-929 wys daarop dat die vereiste wat deur die wetboek daargestel word, nl dat die pandgewer die eienaar van die pandsaak moet wees, nie korrek is nie. Volgens Baur *Lehrbuch* 590 is die skuldenaar, eienaar en verpander gewoonlik dieselfde persoon, maar dit hoef nie noodwendig die geval te wees nie. Sien ook Schwab *Sachenrecht* 310. Daar sal in die uiteensetting hieronder deurentyd na die verpander verwys word ten einde die persoon aan te dui wat die skuldenaar en/of pandgewer is.

331 Vgl Müller *Sachenrecht* 920: "Objekt des Pfandrechts kann - mit Ausnahme von eingetragenen Schiffen und Flugzeugen - jede bewegliche Sache sein, die verwertbar ist."

332 Westermann *Sachenrecht* 454 455 wys daarop dat dit belangrik is dat daar eensgesindheid tov 'n bepaalde skuld en 'n spesifieke saak as pand bestaan. Sien ook Eichler *Institutionen* 39; Gerhardt *Mobiliarsachenrecht* 164 171; Jauernig *BGB* 1279; Müller *Sachenrecht* 927 931; *Münchener Komm* bd 4 1816; Schanbacher 1993 *JuS* 382; Schwab *Sachenrecht* 311; Süß *Traditionsprinzip* 141 142-143; Von Gierke *Sachenrecht* 153-154; Wieling *Sachenrecht* 685 691; Wolf *Sachenrecht* 313.

333 Vgl Festge & Seibert 1983 *BB* 1819 1821; Müller *Sachenrecht* 38; Pikart 1962 *WM* 98 99; Reinicke & Tiedtke 1984 *JA* 202; Schwab *Sachenrecht* 311; Von Gierke *Sachenrecht* 154.

in die artikel genoem: Onmiddellike, middellike en medebesit.³³⁴

Lewering kragtens paragraaf 1205(1)³³⁵ stem ooreen met lewering ooreenkomstig paragraaf 929(1)³³⁶ en onmiddellike besit word in die geval oorgedra.

Staudinger³³⁷ is van mening dat daar 'n "nach aussen manifestierenden Besitzübertragung" moet wees. Volgens Schanbacher³³⁸ "(werden) Pfandrechten..., im Interesse des Kreditverkehrs, grundsätzlich in äusserlich erkennbarer Weise begründet; ihre äusserliche Erkennbarkeit bezeichnet der Ausdruck *Publizität*". En volgens Süss³³⁹ "kann (es) kein Zweifel sein, dass die Übergabe ... des § 1205

334 Müller *Sachenrecht* 931-932; Westermann *Sachenrecht* 466.

335 "Zur Bestellung des Pfandrechts ist erforderlich, dass der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, dass dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen soll."

336 Vgl Damrau 1978 *JuS* 519 520-523 vir 'n bespreking van die inhoud van die begrip "Übergabe". Sien ook Reinicke & Tiedtke 1984 *JA* 202 203.

337 *BGB* 1050 (vgl ook Erman *BGB* 552 wat 'n "nach aussen erkennbare Besitzübertragung" vereis; Wolf *Sachenrecht* 314: "(D)ie Pfandrechtsbestellung (soll) durch eine Änderung der Besitzverhältnisse für andere Gläubiger äusserlich erkennbar sein."). Sien verder Staudinger se stelling dat die wetgewer insover van die vereistes van toepassing by die oordrag van eiendomsreg en die daarstelling van vruggebruik afgewyk het dat hy "eine Verschärfung des Übergabeerfordernisses bei der Verpfändung beweglicher Sachen" as noodsaaklik beskou het en Besitzkonstitut (constitutio possessorium) gevolglik nie as 'n geldige leweringwyse erken vir doeleindes van die daarstelling van 'n pandreg nie aangesien dit onmiddellike (alleen)besit van die pandsaak aan die verpander sou verleen. Ook volgens Erman *BGB* 554 sou dit in stryd wees met die verskerpte publisiteitsvereiste wat daar vir pandreg gestel is. Sien verder Baur *Lehrbuch* 588; Festge & Seibert 1983 *BB* 1819 1821; Jauernig *BGB* 1277; Müller *Sachenrecht* 931; *Münchener Komm* bd 4 1816; Pikart 1962 *WM* 98 99; Reinicke & Tiedtke 1984 *JA* 202 203; Schanbacher 1993 *JuS* 382; Schwab *Sachenrecht* 312; Von Gierke *Sachenrecht* 154; Wacke *Besitzkonstitut* 60; Wieling *Sachenrecht* 686; Wolf *Sachenrecht* 313-314. Vgl ook Süss *Traditionsprinzip* 157 se aanmerking oor die verbod op constitutio possessorium: "Da unser Recht beharrlich nur das Besitzpfand kennt (§ 1205 BGB) und das Besitzkonstitut als Übergabeersatz beim Pfandrecht an sich konsequent ablehnt, so musste die Praxis den Weg über die Sicherungsübereignung als fiduziarisches Geschäft, Besitzkonstitut und dessen Antizipation annehmen. Welch ein Fülle von juristischen Seiltanzkunststücken und Selbstbetrug, nur um doktrinär an dem Erfordernis der Übergabe beim Pfandrecht und dem Dualismus bei der Übereignung formell festzuhalten!" Sien verder Abegg *Bedeutung* 24 ivm die feit dat constitutum possessorium nie veroorloof is as leweringwyse nie: "Es muss mithin regelmässig das Pfandobjekt der tatsächlichen Gewalt des Eigentümers entzogen werden; mit anderen Worten: der mittelbare Besitz von der Art, das die tatsächlichen Gewalt nicht bei dem Pfandgläubiger, auch nicht bei einem Dritten, sondern bei dem Eigentümer der Sache verbleibt, ist nicht tauglich zur Begründung eines Pfandrechts."

338 1993 *JuS* 382.

339 *Traditionsprinzip* 141 144. Hy is van mening dat alle saaklike regte absolute regte is en gevolglik teenoor almal afdedwing kan word, en daarom moet hulle ook deur almal erken kan word, en moet elke regsverandering urbi er orbi geskied. In die geval van beweeglike sake vind dit plaas deur die sigbare lewering van die saak of deur die inbesitname daarvan of deur die afstanddoening van besit: "Im modernen Sachenrechte hat also die Übergabe der bewegliche

(Pfandbestellung) und jede Besitzveränderung heute die Rolle der Publizierung spielt, um die unsichtbaren Willensvorgänge und abstrakten Rechtsübertragungen wahrnehmbar zu machen".³⁴⁰ Ook Baur³⁴¹ stel dit baie uitdruklik: "*Publizitätsmittel* des Fahrnispfandrechts ist der Besitz." Hieruit kan daar afgelei word dat publisiteit baie belangrik is by die totstandkoming van 'n pandreg. Die verpander moet afstand doen van onmiddellike besit van die saak, terwyl die skuldeiser onmiddellike of middellike vreemdbesit daarvan verwerf,³⁴² sodat dit na buite sigbaar kan wees dat die saak verpand is en dat dit as sekuriteit vir 'n skuldvordering dien.

Ingevolge paragraaf 1205(2)³⁴³ is dit ook moontlik om 'n saak te verpand wat die verpander middellik besit deur sodanige besit aan die pandskuldeiser oor te dra en die (onmiddellike) besitter daarvan in kennis te stel. In so 'n geval doen die verpander (en tegelykertyd middellike besitter) dus afstand van sy reg op teruggawe.³⁴⁴

Paragraaf 1206(1)³⁴⁵ handel oor die geval waar die skuldeiser reeds die verpande saak besit en blote eensgesindheid oor die ontstaan van die pandreg voldoende is vir die totstandkoming daarvan.³⁴⁶ Alhoewel daar geen sigbare verandering in die besitverhouding plaasvind nie, blyk die herkenbaarheid van die gebeurtenis daaruit dat die verpander die moontlikheid ontnem word om verder op die saak in te werk. As algemene uitgangspunt is die publisiteitsbeginsel van groot belang by pandreg en daar

Sache eine publizistische Funktion, die Funktion des Rechtsscheines; sie ist ein 'Rechtszeichen'. Es muss hier dahingestellt bleiben, wie sich historisch die Entwicklung vom Symbol, d.h. dem konkreten Ausdruck abstrakter Vorgänge zur publizistischen Zeichenfunktion des heutigen Rechts vollzug."

340 Vgl Wacke *Besitzkonstitut* 33-34 wat nav nuwere oordragswyses vir Steinwenter aanhaal wat die publisiteitsfunksie van besit 'n "juristische Versteinerung" noem. Sien verder 37.

341 *Lehrbuch* 588. Hy is van mening dat die streng vereistes wat vir publisiteit gestel word, aanleiding gegee het tot ander vorms van sekuriteit.

342 Wieling *Sachenrecht* 685.

343 "Die Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers befindlichen Sache kann dadurch ersetzt werden, dass der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt."

344 Vgl Baur *Lehrbuch* 593-594; Reinicke & Tiedtke 1984 *JA* 202 203-204; Schwab *Sachenrecht* 311; Von Gierke *Sachenrecht* 154; Wolf *Sachenrecht* 313. Sien ook Müller *Sachenrecht* 931.

345 "Ist der Gläubiger im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über die Entstehung des Pfandrechts."

346 Vgl Jauernig *BGB* 1279; Müller *Sachenrecht* 932; Reinicke & Tiedtke 1984 *JA* 202 203; Schwab *Sachenrecht* 311; Von Gierke *Sachenrecht* 154; Wieling *Sachenrecht* 686; Wolf *Sachenrecht* 313.

word gewoonlik vereis dat die pandreg herkenbaar moet wees.³⁴⁷ Besit van die pandsaak dien gewoonlik hierdie doel in die geval van roerende sake, en daar word ook vereis dat die pandskuldeiser in staat moet wees om daadwerklike beheer oor die saak uit te oefen. In gevalle van reeds bestaande onmiddellike sowel as middellike alleenbesit is 'n ooreenkoms te dien effekte egter voldoende vir die daarstelling van 'n pandreg.³⁴⁸

Dit geld voorts ook as lewering indien die pandskuldeiser met toestemming van die verpander eensydig vir homself daadwerklike beheer van die pandsaak toe-eien.³⁴⁹ Indien die skuldeiser reeds óf in besit van die saak is, óf in gekwalifiseerde medebesit ooreenkomstig paragraaf 1206, word bona fide verkryging deur traditio brevi manu in terme van paragraaf 932(2) voltrek.³⁵⁰

Indien die verpander die saak nóg onmiddellik nóg middellik besit, kan verpanding slegs geskied as die persoon wat wel in besit daarvan is, die saak in opdrag van die verpander aan die skuldeiser lewer.³⁵¹ Die pandsaak word in so 'n geval deur 'n agent of verteenwoordiger van die verpander aan die pandskuldeiser gelewer.

Lewering kan ook by wyse van die oordrag van dokumente plaasvind.³⁵²

347 Jauernig *BGB* 1277.

348 *Münchener Komm* bd 4 1820-1821; Westermann *Sachenrecht* 459. Zwalve *Europese Privaatrecht* 390-393 wys daarop dat die RG (26 180) reeds in 1890 fidusiële eiendomsoordrag dmv constitutum possessorium erken het as 'n geldige wyse om 'n sekerheidsreg op roerende sake te vestig. 'n Pandreg kon egter nie dmv constitutum possessorium gevestig word nie (vgl par 1253). Die mees algemene wys waarop saaklike sekerheidsregte op roerende goed in Duitsland gevestig word, is vandag fidusiële eiendomsoordrag tot sekerheid dmv constitutum possessorium. Vgl ook 398: "Het moderne Duitse recht ziet zich echter genoopt dat zekerheidsrecht te dwingen in het dogmatische keurslijf van eigendomsoverdrachten en cessies van *afzonderlijke* vermogensbestanddelen en in het bijzonder van de eigendomsoverdracht en cessie van toekomstige zaken en vorderingsrechten." Sien verder 393 405.

349 Erman *BGB* 553; *Münchener Komm* bd 4 1818; Staudinger *BGB* 1055; Westermann *Sachenrecht* 455; Wieling *Sachenrecht* 686 691.

350 Wieling *Sachenrecht* 691.

351 Wieling *Sachenrecht* 686.

352 Erman *BGB* 553; *Münchener Komm* bd 4 1820; Staudinger *BGB* 1-55; Westermann *Sachenrecht* 456; Wieling *Sachenrecht* 686.

Dit volg uit voorgaande bespreking dat lewering³⁵³ op 'n hele aantal verskillende wyses kan plaasvind. Al wat van belang is, is dat daar in elke geval vasgestel moet word of die lewering aan die pandregtelike publiseitsvereistes voldoen.³⁵⁴ Samevattend kan dit soos volg gestel word: Elke verandering van onmiddellike besit wat deur die verpander gewil word, en aan die skuldeiser ten minste middellike besit³⁵⁵ verskaf, geld as lewering vir doeleindes van artikel 1205.

10 11 3 *Elemente van besit*

10 11 3 1 *Persoonlike besit*

Soos in die geval van paragraaf 929(1) is dit voldoende indien die saak deur 'n besitverteenwoordiger of besitdienaar van die verpander gelewer word, en ontvang word deur 'n besitverteenwoordiger of besitdienaar van die pandskuldeiser.³⁵⁶ Dit skep egter probleme indien besitdienaarskap gelyktydig met lewering gevestig word en die persoon wat as besitdienaar optree deur die verpander aangestel is. In die geval van medebesit kan die medebesitters voorts ook hulle medebesit en gemeenskaplike beheer deur middel van besitdienaars uitoefen, maar nie deur middel van 'n besitdienaar wat deur die partye gesamentlik aangestel is nie.³⁵⁷ In albei bogenoemde gevalle ontstaan daar twyfel oor sowel die herkenbaarheid van die pandreg as die uitsluiting van verdere ingrepe deur die verpander op die pandsaak. Daar word vervolgens vereis dat die nuwe besitverhouding op 'n ander wyse bekendgemaak moet word. 'n Blote opdrag om die pandsaak wat nog in besit van die skuldenaar is namens die skuldeiser op te pas en te beheer is egter nie voldoende

353 Staudinger *BGB* 1054 omskryf lewering as "jeden Wechsel des unmittelbaren Besitzes, der auf Veranlassung des Verfügenden erfolgt und zur Besitzbegründung des Erwerbers führt". Vgl verder Damrau 1978 *JuS* 519 520-521 oor die inhoud van die begrip lewering.

354 Staudinger *BGB* 1054.

355 Lewering van middellike besit word aan lewering van onmiddellike besit gelykgestel mits die verpander aan die besitverteenwoordiger kennis daarvan gee (vgl par 1205(2)).

356 Vgl Erman *BGB* 553; *Münchener Komm* bd 4 1820; Staudinger *BGB* 1054; Westermann *Sachenrecht* 456; Wieling *Sachenrecht* 685. Baur *Sachenrecht* 594 wys egter daarop dat die saak nie aan 'n besitdienaar van die verpander gelewer mag word nie, aangesien die dienaar veronderstel is om die opdragte van die pandskuldeiser en nie van die verpander nie, uit te voer (vgl ook Erman *BGB* 553).

357 *Münchener Komm* bd 4 1825.

nie, want so 'n opdrag is slegs 'n wilsverklaring waardeur daar aan die daadwerklike beheer wat oor die saak uitgeoefen word, niks verander word nie.³⁵⁸ Alhoewel daar vereis word dat die eienaar ten volle afstand moet doen van die onmiddellike besit, is dit moontlik dat hy as besitdienaar aanbly.³⁵⁹

10 11 3 2 Onmiddellike besit

Onmiddellike besit van die pandsaak kom voor by sowel alleenbesit as medebesit van die pandsaak, en dui daarop dat die persoon wat beheer oor die saak uitoefen, dit nie deur middel van 'n verteenwoordiger doen nie. Onmiddellike besit van die skuldeiser is nie 'n vereiste nie; wat wel vereis word, is dat die onmiddellike alleenbesit van die pandgewer beëindig moet word.³⁶⁰

10 11 3 3 Middellike besit

Paragraaf 1205(2) bepaal dat die verpanding van 'n saak wat middellik deur die verpander besit word, wel moontlik is deur middel van lewering van middellike besit van die pandsaak aan die skuldeiser³⁶¹ en kennisgewing daarvan aan die besitter.³⁶² Kennisgewing neem hier die plek van lewering in, en het as funksie die kenbaarmaking na buite van die verpanding van die betrokke saak.³⁶³ Volgens Müller³⁶⁴ kompenseer dit vir die gebrek aan publisiteit wat by hierdie wyse van pandregvestiging voorkom.

358 Staudinger *BGB* 1055.

359 Vgl Erman *BGB* 553.

360 Vgl hfst 10 11 5.

361 Kragtens par 870.

362 Vgl Baur *Lehrbuch* 588; Müller *Sachenrecht* 932; *Münchener Komm* bd 4 1816 1821-1822; Pikart 1962 *WM* 98 99; Staudinger *BGB* 1058; Wieling *Sachenrecht* 687. Sien verder Wieling *Sachenrecht* 691 wat daarop wys dat bona fide verkryging ig par 934 voldoende is wanneer middellike besit kragtens par 1205(2) oorgedra word.

363 *Münchener Komm* bd 4 1822.

364 *Sachenrecht* 932. Sien egter Abegg *Bedeutung* 26: "Wenn also auch, wie gesagt, rechtlich der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren gleichgestellt ist, so hat doch die schwächere Position derjenige, die der tatsächliche Herrschaft über die Sache entbehrt."

Ingevolge paragraaf 1206³⁶⁵ kan lewering ook by wyse van die daarstelling van middellike medebesit geskied. Dit vind plaas deur middel van die totstandkoming van 'n besitverteenwoordigerverhouding tesame met die verpligting van die onmiddellike besitter om die saak net aan beide besitters gesamentlik terug te gee.³⁶⁶

Middellike besit deur die pandskuldeiser word as genoegsaam beskou mits die verpander self nie die skuldeiser se besitverteenwoordiger is nie.³⁶⁷

10 11 3 4 Medebesit

Die totstandkoming van 'n pandreg ingevolge paragraaf 1206 geskied by wyse van die daarstelling van gekwalifiseerde medebesit op een van twee wyses, te wete eerstens die sogenaamde Mitverschluss (medebesit),³⁶⁸ wat dui op die kollektiewe (gesamentlike) onmiddellike medebesit van die verpander en die pandskuldeiser, en tweedens die verskaffing van middellike medebesit op so 'n wyse dat die pandhouer die saak slegs aan die verpander en die pandskuldeiser gesamentlik kan teruggee.³⁶⁹ Dit volg

365 "Anstelle der Übergabe der Sache genügt die Einräumung des Mitbesitzes, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet oder, falls sie im Besitz eines Dritten ist, die Herausgabe nur an den Eigentümer und den Gläubiger gemeinschaftlich erfolgen kann."

366 *Münchener Komm* bd 4 1825.

367 Vgl Baur *Lehrbuch* 594; Müller *Sachenrecht* 931; Westermann *Sachenrecht* 456-457; Wieling *Sachenrecht* 686-687. Sien ook Gursky 1984 JZ 604 611; Rittner 1965 JZ 274.

368 Die woord dui oorspronklik daarop dat by die oopmaak van 'n slot die skuldeiser en die eienaar moet saamwerk. Toegang tot die saak moet geskied óf dmv twee verskillende slotte, wat elkeen net met 'n spesifieke sleutel oopgesluit kan word, óf dmv een slot wat slegs met twee sleutels oopgesluit kan word. Baur *Lehrbuch* 594 wys daarop dat "Mitverschluss" in die wetboek dui op gevalle waarin die verpander en die skuldeiser gesamentlik toegang tot die pandsaak het. Die outeurs van die *Münchener Komm* 1824 praat van "qualifizierten oder gesamthänderischen Mitbesitz". Dit is belangrik om daarop te let dat Mitverschluss of gesamentlike beheer slegs medebesit tot gevolg het wanneer die partye ig daarvan daadwerklike beheer oor die pandsaak kan uitoefen. Gekwalifiseerde medebesit kom alleen voor indien die partye gesamentlik tav die saak moet optree en dit behels onder meer dat regshandelinge waardeur beheer tav die pandsaak uitgeoefen word, normaalweg net deur die pandskuldeiser in samewerking met die verpander uitgevoer kan word. Staudinger *BGB* 1062 wys op die klassieke voorbeeld, nl van 'n saak waartoe toegang net met twee sleutels verkry kan word, waarvan een in besit van die verpander en een in besit van die pandskuldeiser is. Vgl ook Festge & Seibert 1983 *BB* 1819 1921-1822; Reinicke & Tiedtke 1984 *JA* 202 203.

369 Vgl Erman *BGB* 554; Gursky 1984 JZ 604 611; Müller *Sachenrecht* 931; *Münchener Komm* bd 4 1816; Schwab *Sachenrecht* 311. Sien verder BGH 1963 *MDR* 587: "Zur Begründung eines Pfandrechts genügt nach § 1206 BGB Mitbesitz aber nur in der qualifizierten Form, dass sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet. Es genügt also nicht, dass der Schuldner *rechtlich* gehindert ist, über die Sache allein zu verfügen; sie muss auch seiner

hieruit dat dit van deurslaggewende belang is dat die verpander na lewering nie meer in staat mag wees om alleen oor die pandsaak te beskik nie.³⁷⁰ Die Bundesgerichtshof³⁷¹ beslis dan ook dat daar in die geval van pandreg slegs aan die vereistes van medebesit voldoen word wanneer "aus tatsächlichen Gründen" nie een van die medebesitters in staat is om sonder die toestemming van die ander alleenbesit van die saak te verwerf en te behou nie.³⁷² Daar word aan die vereistes van paragraaf 1206 voldoen indien nie een van die medebesitters - nie eers kortstondig nie - alleen daadwerklike beheer oor die pandsaak kan uitoefen nie, en (al) die medebesitters moet saamwerk wanneer hulle feitlike beheer oor die saak wil uitoefen. Hierdie artikel stel dus 'n uitsondering op die basiese reël ten aansien van die vestiging van 'n pandreg daar: Mits die pandskuldeiser onmiddellike of middellike besit van die pandsaak verkry, en alleenbesikking van die verpander oor die pandsaak uitgesluit is sodat dit vir hom nie moontlik is om sonder medewerking van die pandskuldeiser weer alleenbesit van die saak te verkry nie, word medebesit geag voldoende te wees vir die totstandkoming van 'n pandreg.³⁷³

Kragtens paragraaf 1206 is dit ook genoegsaam vir die vestiging van 'n pandreg as die verpander aan die skuldeiser middellike medebesit verleen op so 'n wyse dat hulle middellike medebesitters word.³⁷⁴ Staudinger³⁷⁵ wys daarop dat ingevolge hierdie artikel die besitvertegenwoordiger (die pandhouer) die pandsaak slegs aan die partye gesamentlik mag teruglewer; die verpander word dus verhinder om alleen oor die saak te beskik.³⁷⁶ Dit is ook belangrik om daarop te let dat middellike besit van die pandskuldeiser slegs voldoende is mits die verpander nie ook besitvertegenwoordiger

tatsächlichen Herrschaft so entzogen sein, dass er sie nicht allein an sich nehmen kann," asook BHG 1983 BB 1248 1249. Volgens Baur *Lehrbuch* 594 is dit 'n toegewing aan die wantroue van die partye: Nóg die skuldeiser nóg die verpander kan in so 'n geval eensydig oor die pandsaak beskik of daarop inwerk. Eenvoudige medebesit is nie voldoende vir die totstandkoming van 'n pandreg nie: Vgl Erman *BGB* 554; Staudinger *BGB* 1062; Wieling *Sachenrecht* 688.

370 Wieling *Sachenrecht* 688-689.

371 86 300.

372 Vgl Gursky 1984 JZ 604 611.

373 Erman *BGB* 554. BGH 86 300 wys daarop dat die verpander inderdaad daadwerklik verhinder moet wees om die saak aan die medebesit van die ander persoon te ontnem.

374 Vgl Erman *BGB* 553; Wieling *Sachenrecht* 689.

375 *BGB* 1063.

376 Vgl Staudinger *BGB* 1063; Wieling *Sachenrecht* 689.

is nie.³⁷⁷

10 11 3 5 *Daadwerklike besit*

Maatstawwe wat toegepas word ten einde te bepaal of lewering inderdaad plaasgevind het en of die pandskuldeiser daadwerklike beheer oor die saak verkry het, is die herkenbaarheid van besitverandering en die daadwerklike begroning van 'n fisiese beheerverhouding ten aansien van die pandsaak deur die pandskuldeiser.³⁷⁸

Wanneer alle sleutels wat toegang tot 'n kamer verleen, oorgedra is, en die verpander gevolglik nie meer enige toegang daartoe het nie, word die saak geag gelewer te wees.³⁷⁹ Lewering aan die skuldeiser van alle sleutels wat toegang verleen tot die kamer waarin die pandsaak is, is genoegsaam selfs indien die eienaar of verpander die pandskuldeiser kan verhinder om toegang tot die kamer te verkry deur ander deure te sluit.³⁸⁰ Die oordrag van sleutels aan die skuldeiser is egter nie voldoende vir die vestiging van 'n pandreg indien die verpander met die medewete van die pandskuldeiser 'n sleutel behou waarmee hy alleen toegang tot die kamer kan verkry nie.³⁸¹ In so 'n geval word lewering geag nie plaas te gevind het nie omdat dit dan aan sowel die herkenbaarheid as die fisiese beheersing van die saak deur die pandskuldeiser ontbreek.³⁸² Indien die verpander egter so 'n sleutel sou behou sonder dat die skuldeiser daarvan kennis dra, sal 'n pandreg wel tot stand kom aangesien die skuldeiser andersins aan die booswilligheid van die verpander

377 Wieling *Sachenrecht* 686.

378 Staudinger *BGB* 1054.

379 Vgl Baur *Lehrbuch* 594; *Münchener Komm* bd 4 1819; Schwab *Sachenrecht* 311; Westermann *Sachenrecht* 456.

380 *Münchener Komm* bd 4 1819-1820.

381 *Münchener Komm* bd 4 1819. Volgens Erman *BGB* 553 word 'n pandsaak egter wel geag gelewer te wees en 'n pandreg gevolglik tot stand te gekom het wanneer die sleutels wat toegang tot die kamer verleen, oorgedra is, selfs indien die verpander 'n sleutel daartoe behou, of indien hy of een van sy arbeiders so 'n sleutel nog vir 'n afgesproke tydperk en vir 'n besondere doel sou behou. Die outeurs van die *Münchener Komm* bd 4 1819 is ook van mening dat dit wel as 'n geldige leweringshandeling beskou sal word en dat 'n pandreg gevolglik tot stand sal kom indien die verpander 'n sleutel tot die kamer sou behou maar nie daarvan gebruik sou maak nie.

382 *Münchener Komm* bd 4 1819; Staudinger *BGB* 1054; Schwab *Sachenrecht* 311.

blootgestel sou wees.³⁸³

Nadat besit van die kamer waarin die pandsaak is aan die pandskuldeiser oorgedra is, oefen hy beheer daaroor uit. Dit beteken dat die eienaar nie meer vrye toegang tot die pandsaak in die kamer het nie. Indien hy wel toegang daartoe sou behou, word die saak nie geag aan die skuldeiser oorgedra te wees nie.

Die blote aanbring van tekens te dien effekte dat 'n saak as pand dien, vestig nie 'n pandreg nie, aangesien dit ook hier ontbreek aan die daarstelling van 'n moontlikheid vir die pandskuldeiser om daadwerklik op die pandsaak in te werk en die verpander se beskikkingsmoontlikhede daaroor nie uitgesluit is nie.³⁸⁴

Alhoewel dit van deurslaggewende belang is dat daadwerklike beheer oor die saak van een persoon na 'n ander oorgaan en nie by dieselfde persoon bly nie,³⁸⁵ geld hierdie vereiste uiteraard nie altyd in die geval van middellike besit of medebesit nie.³⁸⁶ Vir die vestiging van besit vir doeleindes van 'n pandreg word vereis dat die pandskuldeiser 'n na buite sigbare daadwerklike beheerverhouding ten aansien van die pandsaak vestig. Die funksie van openbaarmaking van die besitoorgang is dat 'n opmerksame derde die inperking van die verpander se beskikkingsmoontlikhede oor die saak moet herken.³⁸⁷ Die saak moet buite die bereik van die verpander se uitsluitlike beskikkingsmoontlikhede geplaas word. Dit volg uit die sekuriteitsfunksie van die pandreg dat volkome afstanddoening van besit deur die verpander nie vereis word nie, maar dat die verlening van medebesit "welche eine unmittelbare und selbständige tatsächliche Verfügung des Eigenthümers über das Pfand ausschliesst" genoegsaam is.³⁸⁸

383 *Münchener Komm* bd 4 1819.

384 Vgl *Münchener Komm* bd 4 1819; Staudinger *BGB* 1054; Westermann *Sachenrecht* 456.

385 Wieling *Sachenrecht* 685-686.

386 Vgl hierbo hfst 10 11 3 3 en hfst 10 11 3 4. Sien ook die outeurs van die *Münchener Komm* bd 4 1819 wat daarop wys dat die feit dat die pandskuldeiser in staat is om beheer oor die pandsaak uit te oefen, nie noodwendig beteken dat die verpander alle moontlikhede ontnem is om daarop in te werk nie. Die moontlikheid om beheer uit te oefen ig par 854(2) behels minder as daadwerklike saakbeheer kragtens par 854(1).

387 Westermann *Sachenrecht* 463.

388 Staudinger *BGB* 1061.

Volgens Staudinger³⁸⁹ is dit belangrik om te bepaal wat die vereistes vir die herkenbaarheid van die vestiging van 'n pandreg is, aangesien die moderne verkeersmaatstawwe met betrekking tot lewering soveel leweringsvorme ontwikkel het dat daar telkens vasgestel moet word of dit nog voldoen aan die vereistes wat deur die wet daargestel is. Die vraag na die doel van die vereistes wat vir lewering gestel is, hang nou saam met die bespeking oor die leweringsbeginsel en die publiseitsbeginsel. Die verband tussen hierdie twee is reeds vroeg deur die Reichsgericht beklemtoon deurdat daarop gewys is dat die herkenbaarheid van besit nie 'n besondere kenmerk van pandbesit is nie, maar tog by die verpanding van roerende sake vir die regsverkeer van groot belang is. Dit berus op die funksie van die pandreg, te wete sekuriteit. Daarvoor word vereis dat die verpander se beskikkingsmoontlikhede oor die pandsaak op so 'n wyse ingeperk word dat ten minste 'n belangstellende derde, en veral verdere kredietgewers, sal kan sien dat die saak nie verder vir die verpander as sekuriteit kan dien nie. Gevolglik het die wet slegs daardie wyses van lewering erken wat verdere inwerking of beskikking van die verpander uitsluit. Hierdie problematiek speel vandag egter geen rol meer nie.

10 11 3 6 Samevatting

Met verwysing na bostaande oorsig van die elemente van fisiese beheer, is dit interessant om daarop te let dat onmiddellike besit van die pandsaak deur die skuldeiser nie 'n vereiste vir die vestiging of bestaan van 'n pandreg is nie, maar dat daar wel vereis word dat die onmiddellike alleenbesit van die pandgewer beëindig moet word. Hieruit wil dit oënskynlik volg dat die publiseitsaspek vir die sekuriteitsaspek moet terugstaan. Uit die besprekings van sowel middellike as medebesit blyk die belangrikheid van die beveiliging van die pandsaak en die feit dat die skuldeiser en nie die pandgewer nie in staat moet wees om dit te beheer, baie duidelik. Ten slotte is die rol van die heersende verkeersmaatstawwe ten einde die daadwerklike fisiese beheer ten aansien van die pandsaak te bepaal, besonder belangrik.

389 BGB 1053.

10 11 4 Beskerming van pandreg

10 11 4 1 Omskrywing

Paragraaf 1127 van die BGB bepaal soos volg:

Wird das Recht des Pfandgläubigers beeinträchtigt, so finden auf die Ansprüche des Pfandgläubigers die für die Ansprüche aus dem Eigentume geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung.

10 11 4 2 Bespreking

Wieling³⁸⁰ wys daarop dat die pandreg as saaklike reg dieselfde beskerming as eiendomsreg geniet, en dat paragraaf 1227 dieselfde beskerming aan 'n pandreg verleen as wat paragrawe 985 en verder aan eiendomsreg gee.³⁸¹ Die eis om teruggawe van die pand kan teen enige besitter, insluitende die eienaar en verpander, ingestel word mits hy nie 'n reg op besit kragtens paragraaf 986 het nie.³⁸² Voorts geniet die pandskuldeiser (pandhouer), omdat hy ook 'n besitter (onmiddellik of middellik) is, dieselfde besitbeskerming as wat enige ander besitter op grond van sy besit toekom.³⁸³

Staudinger³⁸⁴ wys daarop dat die eis om teruggawe daarop gerig is om die besitvorm wat die pandreg daargestel het en waarop daar inbreuk gemaak is of wat ontnem is, weer te herstel. Die pandskuldeiser kan dus nie, as hy 'n middellike besitter was, onmiddellike besit van die saak opeis nie. Hy kan slegs daarop aanspraak maak dat onmiddellike besit aan die besitvertegenwoordiger herstel word.

390 *Sachenrecht* 204. Sien ook Baur *Lehrbuch* 543; Luchterhand *BGB* 1005; *Münchener Komm* bd 4 1862; Staudinger *BGB* 1130; Westermann *Sachenrecht* 466.

391 Let daarop dat par 1227 net op roerende sake van toepassing is. Vgl hfst 10 5 (beskerming van eiendomsreg) vir 'n volledige bespreking.

392 Vgl Staudinger *BGB* 1131.

393 Vgl *Münchener Komm* bd 4 1961; Staudinger *BGB* 1130; Westermann *Sachenrecht* 466.

394 *BGB* 1131.

10 11 4 3 Samevatting

Dit volg uit voorgaande bespreking dat die pandskuldeiser se besit van die pandsaak behoorlike beskerming geniet: Eerstens omdat 'n pandreg as 'n saaklike reg beskou word en dit dus dieselfde beskerming as eiendomsreg geniet; en tweedens omdat die pandhouer as besitter op dieselfde beskerming as enige besitter geregtig is. Die pandskuldeiser se daadwerklike beheer van die pandsaak word dus goed beskerm; nie net sy reg op besit nie, maar ook sy bloot feitelike beheer van die pandsaak geniet beskerming.

10 11 5 Beëindiging van pandreg

Paragraaf 1253(1)³⁹⁵ bepaal dat 'n pandreg tot niet gaan wanneer die pandskuldeiser die pandsaak aan die eienaar of die verpander teruggee.³⁹⁶ Dit behels dat die eienaar of verpander dan weer die onmiddellike of middellike alleenbesit van die pandsaak verwerf. Fisiese lewering word egter nie sonder meer vereis nie,³⁹⁷ aangesien staking van die pandskuldeiser se onmiddellike of middellike alleenbesit of sy medebesit as voldoende gereken word. Dit is deurslaggewend dat hy nie sodanige besit behou as wat noodsaaklik was vir die totstandkoming van die pandreg nie.³⁹⁸ Teruggawe vind plaas wanneer die verpander of die eienaar besit met die instemming van die voormalige onmiddellike besitter verwerf,³⁹⁹ en hierdie besitverkryging kan die gevolg wees van óf die terugname van die pandsaak deur die eienaar of verpander

395 "Das Pfandrecht erlischt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand dem Verpfänder oder dem Eigentümer zurückgibt."

396 Müller *Sachenrecht* 990 is van mening dat daar van 'n teruggawe sprake is wanneer die pandskuldeiser sy voormalige besit van die pandsaak vrywillig ten gunste van die eienaar of verpander afgestaan het. Vgl ook Von Gierke *Sachenrecht* 162: "Rückgabe' ist jede freiwillige Rückübertragung des Besitzes ohne Zurückbehaltung von einem Besitz, welcher zur Begründung eines Pfandrechts ausreicht." Sien verder Schwab *Sachenrecht* 321. 'n Pandreg gaan ook verlore selfs indien die pandskuldeiser dit nie so gewil het nie. Baur *Lehrbuch* 601 wys daarop dat dit vanselfsprekend is in die lig daarvan dat pandreg 'n besitpandreg is en bly. Die moontlikheid om dmv die lewering en teruggawe van 'n pandsaak 'n besitlose pandreg daar te stel, word sodoende vermy en onmoontlik gemaak.

397 Erman *BGB* 581; *Münchener Komm* bd 4 1900.

398 *Münchener Komm* bd 4 1900.

399 Dit word ook as genoegsaam geag wanneer dit aan 'n besitdienaar of besitvertegenwoordiger van die verpander of eienaar gegee word mits sodanige persoon nie tegelyk ook namens die pandskuldeiser optree nie (vgl *Münchener Komm* bd 4 1901).

óf die teruggawe van die pandsaak deur die pandskuldeiser.⁴⁰⁰ Indien die pand egter in besit van die verpander of die eienaar is, word daar vermoed dat die pand aan hom teruggegee is deur die pandskuldeiser.⁴⁰¹ Hierdie vermoede geld ook as die pandsaak in besit van 'n derde is wat dit na ontstaan van die pandreg van óf die verpander óf die eienaar ontvang het.⁴⁰² Teruggawe kan omskryf word as die vrywillige, bewustelike teruglewering van besit van die pand, op so 'n wyse dat die eienaar of die verpander weer na buite as houer van die onbeperkte daadwerklike beheer ten aansien van die saak beskou word.⁴⁰³

Wanneer die pandreg afgelos is, moet die saak eweneens deur die pandskuldeiser aan die verpander teruggegee word.⁴⁰⁴ Onmiddellike besit deur die eienaar word gelykgestel aan sy daadwerklike beheer oor die saak.⁴⁰⁵ Teruggawe van die pandsaak dui hier op die verskaffing van onmiddellike of middellike alleenbesit van die pandsaak aan die verpander; indien die verpander ten tye van die totstandkoming van die pandreg net middellike besit ten aansien van die pandsaak gehad het, moet slegs sodanige besit weer aan hom verskaf word.⁴⁰⁶

'n Pandreg word ook beëindig wanneer die pandhouer die saak vervreem en 'n derde te goeder trou eiendomsreg daarvan verkry.⁴⁰⁷ Wanneer die bona fide derde eiendomsreg van die saak verkry na aanleiding van 'n saaklike ooreenkoms en die nodige lewering, verval die pandreg onmiddellik, en daarna word die eiendomsreg van die derde, en nie die pandreg van die pandhouer nie, beskerm. In so 'n geval sal die vervreemder nie meer beheer oor die (gewese) pandsaak uitoefen nie, en daarmee

400 Vgl Müller *Sachenrecht* 990-991; *Münchener Komm* bd 4 1900.

401 Par 1253(2): "Ist das Pfand im Besitze des Verpfänders oder des Eigentümers, so wird vermutet, dass das Pfand ihm von dem Pfandgläubiger zurückgegeben ist."

402 Vgl par 1253(2): "Diese Vermutung gilt auch dann, wenn sich das Pfand im Besitz eines Dritten befindet, der den Besitz nach der Entstehung des Pfandrechts von dem Verpfänder oder dem Eigentümer erlangt hat."

403 Westermann *Sachenrecht* 488. Vgl ook Jauernig *BGB* 1297.

404 Vgl par 1223(1). Sien ook Erman *BGB* 565; Jauernig *BGB* 1287; *Münchener Komm* bd 4 1854 ev.

405 Westermann *Sachenrecht* 488.

406 *Münchener Komm* bd 4 1855.

407 Vgl par 932.

saam verval die moontlikheid dat dit as sekuriteit kan dien.⁴⁰⁸

10 11 6 Slotopmerkings

Süss⁴⁰⁹ wys daarop dat solank as wat besit slegs deur daadwerklike beheer van die betrokke saak gekenmerk is, regsveranderinge deur sigbare reële veranderinge bekendgemaak is. Ná die vergeesteliking van die besitsbegrip - 'n onvermydelike stap in regsontwikkeling - het besit egter geleidelik sy publisiteitsfunksie begin verloor. Hy kom dan ook tot die gevolgtrekking dat

für unser kompliziertes modernes Rechtsleben aber mit seinen kaleidoskopartigen Möglichkeiten rechtlicher Gestaltung ist der Besitz als Rechtzeichen, in seiner publizistischen Rechtsscheinfunktion längst zur Farce geworden,

en dat

(i)n Wirklichkeit ... ein besitzloses Pfandrecht geschaffen (wird) ohne jeden Realakt und somit ohne jede Publizität.

Dit is egter belangrik om deurentyd in die geval van pandreg in gedagte te hou dat publisiteit nie die enigste funksie van besit is nie, maar dat die sekuriteitsfunksie minstens so belangrik is, aangesien die pandskuldeiser geen verhaal op die pandsaak sal hê indien 'n kwaadwillige skuldeiser die pandsaak in sy alleenbesit en/of onder sy beheer sou hou nie. Die doel van die besitpand is juis om dit vir die pandskuldeiser moontlik te maak om oor die saak te beskik indien die skuldeiser nie sy verpligtinge sou nakom nie. Dit is uiteraard net moontlik as die pandskuldeiser in staat is om die pandsaak te gelde te maak.⁴¹⁰ Indien die pandgewer steeds alleenbeheer oor die

408 Vgl ook Zwolve *Europese Privaatrecht* 108-110.

409 *Traditionsprinzip* 149-150.

410 Vgl Abegg *Bedeutung* 25: "Denn bis zum Moment der Verkaufsbefugnis kann der Inhaber der tatsächliche Gewalt noch auf alle mögliche Weise physisch auf die Sache einwirken."

saak sou hê, sou dit nie vir hom moontlik wees nie en dit beteken dat die pand in feite waardeloos sou wees. Dit is interessant om daarop te let dat ten spyte van die besondere klem wat deurgaans op die bekendmaking of publisiteit van die pandreg gelê word, dit in feite dikwels so is dat daar hoegenaamd nie uit die feitelike omstandighede afgelei kan word wie inderdaad die eienaar of pandhouer van die betrokke saak is nie. In die geval van middellike besit, wanneer daadwerklike beheer oor die saak deur 'n derde party uitgeoefen word, en ook wanneer meerdere partye die saak besit, is daar uiteraard geen sigbare aanduiding van wie die saak inderdaad beheer nie, en het die publisiteitsvereiste dus 'n blote formaliteit geword. Dit is slegs wanneer die saak in die onmiddellike alleenbesit van die pandskuldeiser of sy dienaar is, dat daar met reg uit die feitelike omstandighede 'n geldige afleiding ten aansien van die beheer oor die saak gemaak kan word. Indien die saak medebesit word deur die verpander en die pandskuldeiser asook waar hierdie twee partye die saak middellik besit, is dit nie moontlik om afleidings oor die beheer ten aansien van die pandsaak te maak nie. 'n Belangstellende derde party sal wel deur middel van 'n ondersoek na die relevante feite kan agterkom wie die saak beheer, maar vir alle praktiese doeleindes sal die publisiteitsvereiste hier nie van toepassing wees nie. Daadwerklike beheer van die pandsaak kan hier dus 'n valse indruk na buite skep, en die publisiteitsvereiste wat gestel word, is in sodanige gevalle waardeloos aangesien dit nie na buite bekendmaak wie inderdaad beheer oor die saak het nie en ook nie tot wie se voordeel dit as sekuriteit aangewend kan word nie.

Die gevolgtrekking waartoe daar geraak kan word, is dat die funksie van fisiese besit in die geval van pandreg nie soseer publisiteit is nie, maar eerder sekuriteit. Onmiddellike alleen- en medebesit sowel as middellike besit verleen aan die pandskuldeiser die geleentheid om oor die saak te beskik en dit as sekuriteit aan te wend indien dit nodig sou wees, maar verleen nie noodwendig publisiteit aan die pandreg nie aangesien geldige afleidings ten aansien van die omstandighede en daadwerklike beheer oor die saak nie daaruit gemaak kan word nie. Fisiese beheer oor die pandsaak het dus ongetwyfeld 'n sekuriteitsfunksie, maar nie altyd 'n publisiteitsfunksie nie. Dit wil gevolglik voorkom of laasgenoemde funksie 'n minder belangrike plek by pandreg inneem, terwyl die sekuriteitsfunksie in feite vooraan staan.

HOOFSTUK 11: DIE NEDERLANDSE REG

11 1 Inleiding

Hierdie bespreking van die Nederlandse reg geskied aan die hand van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, en bevat met ander woorde nie 'n historiese oorsig van die regstelsel nie, maar net 'n uiteensetting en bespreking van die huidige regsposisie.

11 2 Die verkryging van eiendomsreg¹ op oorspronklike wyse

11 2 1 Toe-eiening (occupatie/inbezitneming²)

11 2 1 1 Omskrywing

Artikel 4 boek 5 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal:

Hij die een aan niemand toebehorende roerende zaak in bezit neemt, verkrijgt daarvan de eigendom.

11 2 1 2 Inleiding

Toe-eiening is ingevolge sowel die *Burgerlijk Wetboek* as die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* beperk tot roerende sake. Daar word twee vereistes gestel, naamlik (1) dat die saak wat toegeëien word aan niemand behoort nie,³ en (2) dat besit van die betrokke saak verkry word.

1 Daar word onderskei tussen roerende en onroerende sake, en slegs roerende sake sal in hierdie ondersoek bespreek word. In die Nederlandse reg kan eiendomsreg net verkry word op daardie wyses wat deur die wet voorgeskryf word: Vgl Asser-serie *Zakenrecht* II 67; Pitlo *Zakenrecht* 143.

2 Sien Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 238 wat van mening is dat nie een van hierdie begrippe die verkryging van eiendomsreg impliseer nie (diefstal is bv 'n vorm van toe-eiening, maar nie 'n wyse waarop eiendomsreg verkry word nie).

3 Dit sluit sake in wat nog nooit aan iemand behoort het nie asook sake wat deur voormalige eienaars geabandonneer is. Sien verder Asser-serie *Zakenrecht* II 68; Pitlo *Zakenrecht* 148; T & C (Huijgen) 290.

11 2 1 3 *Elemente van fisiese beheer*

Vir doeleindes van toe-eiening beteken die vereiste dat besit van die betrokke saak verkry moet word, dat die verkryger feitelike beheer (macht) oor die saak moet vestig⁴ en dat hy dit vir homself moet hou.⁵

11 2 1 4 *Wild en visse*

Die reg om wild en visse vir sigself toe te eien kom, behoudens enige wette of verordeninge wat dit verbied, gewoonlik die eienaar van die grond toe waarop die wild voorkom of die water waarin die visse hulle bevind.⁶ 'n Persoon wat nie reeds eienaar is nie kan egter ook deur toe-eiening reghebbende word van 'n "neergesooten of opgeviste" dier.⁷ Dit sou dan beteken dat die verkryger feitelike beheer oor die dier of vis moet vestig en die bedoeling moet hê om dit vir homself te hou.

11 2 1 5 *Samevatting*

Uit voorgaande bespreking volg dit dat ten einde eiendomsreg deur middel van toe-eiening ten aansien van 'n bepaalde saak te vestig, feitelike beheer daarvoor verkry moet word en dat die (voornemende) eienaar die bedoeling moet hê om die saak vir homself te hou.

4 Vgl art 113 bk 3 lid 1: "Men neemt een goed in bezit door zich daarover de feitelijke macht te verschaffen."

5 Vgl art 107 bk 3 lid 1: "Bezit is het houden van een goed voor zichzelf." Sien ook *T & C (Huijgen)* 290. Vgl verder Pitlo *Zakenrecht* 148: "De eigendomsverkrijgen geschiedt hier door de occupatie van bezit."

6 Sien verder Asser-serie *Zakenrecht* II 68-71; Pitlo *Zakenrecht* 148-149; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 239.

7 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 239.

11 2 2 Vonds (vinderschap)

11 2 2 1 Inleiding

Ingevolge artikels 5 tot 12 van boek 5 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* kan 'n persoon wat 'n saak vind wel eiendomsreg daarvan verkry indien hy aan al die verpligtinge wat deur hierdie artikels aan hom opgelê is, sou voldoen.⁸

11 2 2 2 Elemente van fisiese beheer

Die vinder kan een jaar na die vonds van die betrokke artikel eiendomsreg daarvan verkry mits hy aan al die voorwaardes voldoen het en mits die saak nog onder beheer is van die vinder of die gemeente wat dit in bewaring geneem het.⁹ Dit is dus van deurslaggewende belang dat die saak steeds in die mag van die vinder of die "bewarende gemeente" moet wees. Die vinder moet beheer oor die saak kan uitoefen ten einde eiendomsreg daarvoor te kan vestig. Dit word duidelik gestel dat dit nie genoegsaam is om die saak, wat aan niemand behoort nie, iewers te sien lê nie; die vinder moet die saak daadwerklik onder sy beheer neem.¹⁰ Dit blyk uit sowel die aanhef van artikel 5 boek 5 as uit die parlementêre geskiedenis waarvolgens 'n persoon slegs as vinder beskou kan word indien hy 'n verlore saak ontdek en dit "tot zich neemt".¹¹ Die mag van die vinder waarvan daar sprake is in artikel 6 boek 5 lid 1, dui op feitlike of daadwerklike beheer. Volgens Snijders en Rank-Berenschot¹² sal 'n tydelike onderbreking van dié mag gedurende die voorgeskrewe jaar of middellike houerskap deur die vinder of die gemeente geen probleem wees by die

8 Vgl *T & C* (Huijgen) 291 vir 'n bondige samevatting van die verpligtinge wat die vinder deur die wet opgelê is. Sien ook Pitlo *Zakenrecht* 148-149. Die *BW* het geen voorsiening daarvoor gemaak dat 'n vinder eiendomsreg van 'n gevonde saak kon verkry nie. Let daarop dat vonds of vinderschap 'n veel vinniger wyse van verkryging van eiendomsreg as verjaring is: As die vinder aan al die formaliteite voldoen het wat deur die wet aan hom opgelê is, verkry hy reeds na verloop van een jaar eiendomsreg tav die betrokke saak.

9 Sien Clausing *Vermogensrecht NBW* 59-60; *T & C* (Huijgen) 292.

10 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 241.

11 Sien verdere verwysings in Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 241 vn 48.

12 *Goederenrecht* 243.

uiteindelijke verkryging van eiendomsreg ten aansien van die gevonde saak nie.¹³

11 2 2 3 Samevatting

Dit blyk uit hierdie bespreking dat dit baie belangrik is dat die vinder feitelike beheer oor die saak moet kan uitoefen en dit ook moet behou. Hy moet die saak dus daadwerklik beheer.

11 2 3 Skatvinding

11 2 3 1 Omskrywing

Artikel 13 boek 5 lid 1 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal:

Een schat komt voor gelijke dele toe aan degene die hem ontdekt, en aan de eigenaar van de onroerende of roerende zaak, waarin de schat wordt aangetroffen.

11 2 3 2 Inleiding

Eiendomsreg van 'n skat¹⁴ kom in gelyke dele toe aan die persoon wat dit ontdek het en die eienaar van die onroerende of roerende saak waarin dit ontdek is.¹⁵ Dit behels gevolglik dat indien meer as een persoon saam die skat ontdek, of indien dit gevind word in 'n saak wat aan meer as een persoon behoort, die saak vir die helfte daarvan toekom aan die vinder(s) en vir die helfte aan die eienaar(s) van die saak

13 Dit is interessant om te vermeld dat terwyl die vinder nog net bewaarder en nie eienaar van die saak is nie, hy as bewaarnemer beskou word. Vgl arts 198-202 bk 6 lvm bewaarneming. Die saakwaarnemer is ig hiervan verplig tot die nodige sorg asook tot voortsetting van die saakwaarneming nadat hy eers eenmaal daarmee begin het.

14 Ig art 13 bk 5 lid 2 is 'n skat "een zaak van waarde, die zolang verborgen ist geweest dat daardoor de eigenaar niet meer kan worden opgespoord". Vgl verder Asser-serie *Zakenrecht* II 73; De Boer 1973 *RMThemis* 421; Pitlo *Zakenrecht* 149; T & C (Huijgen) 298-299.

15 Die ontdekker van die skat en die eienaar van die saak waarin die skat ontdek is, verkry mede-eiendomsreg van die skat. Sien verder hieroor Pitlo *Zakenrecht* 150; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 248.

waarin dit gevind is.¹⁶

11 2 3 3 *Elemente van fisiese beheer*

Alvorens daar van skatvinding gepraat kan word, moet 'n saak eers ontdek word. Volgens die outeurs van die Asser-serie¹⁷ is die vraag of die blote ontdekking van die saak voldoende is, en of daar nie ook vereis word dat die vinder die saak in besit moes geneem het nie. Hulle is van mening dat ontdekking van die saak voldoende is.¹⁸ De Boer¹⁹ is eweneens van mening dat dit nie noodsaaklik is dat die ontdekker ook besit van die saak moes geneem het ten einde as eienaar daarvan beskou te word nie. Meijers gaan egter van die standpunt uit dat die vinder die persoon is "die de verloren zaak tot zich neemt", met ander woorde wat feitelike beheer daarvoor gevestig het met die bedoeling om dit vir homself te hou en dus besit daarvan verkry het.²⁰ Maar alhoewel die ontdekker gewoonlik die persoon is wat die skat feitlik blootlê en "tot zich neemt", word daar ook al van ontdekking gepraat wanneer iemand die plek aandui waar die skat geleë is.²¹ Dit wil dus voorkom of die oorwig van gesag daarop dui dat die skat slegs ontdek moet word ten einde eiendomsreg ten aansien daarvan te verkry.

Die outeurs van die Asser-serie²² wys verder daarop dat daar onderskei moet word tussen die geval waar 'n verteenwoordiger in opdrag van die prinsipaal na 'n skat soek en dit dan ontdek, en die geval waar 'n verteenwoordiger in die uitvoering van 'n ander opdrag toevallig op 'n skat afkom. In eersgenoemde geval sal die verteenwoordiger die skat vir en namens sy prinsipaal ontdek, terwyl hy dit in laasgenoemde geval vir

16 Asser-serie *Zakenrecht* II 73.

17 *Zakenrecht* II 74.

18 *Ibid.*

19 1973 *RMThemis* 425. Skatvinding is volgens hom nie net nog 'n vorm van toe-eiening nie, maar 'n selfstandige wyse van eiendomsverkryging wat op die vonds van 'n saak berus (424). Sien ook Pitlo *Zakenrecht* 150: "Dit is een vorm van occupatie, want de eigenaar behoeft hem de helft niet over te dragen, neen, de vinder is eigenaar voor de helft op de ogenblik, dat hij de schat vind."

20 Vgl *T & C* (Huijgen) 299 volgens wie die ontdekker van 'n skat nie die persoon is wat weet waar die skat is nie, maar die een wat dit inderdaad blootlê.

21 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 246. Vgl veral ook vn 60.

22 *Zakenrecht* II 74.

homself sal ontdek.²³ Hieruit volg dat daar nie vereis word dat die persoon wat ingevolge skatvinding eienaar van 'n skat word, persoonlik die skat moes ontdek het nie. Dit word as voldoende gereken dat iemand dit namens hom ontdek, en daar kan dus gesê word dat indirekte besit hier as genoegsaam beskou word vir doeleindes van die vestiging van eiendomsreg. Indien 'n verteenwoordiger die skat in die uitvoering van 'n opdrag ontdek het, sal die persoon wat eiendomsreg ten aansien daarvan vestig deur middel van die verteenwoordiger beheer oor die skat uitoefen.

11 2 3 4 Samevatting

Dit wil voorkom of dit as voldoende gereken word dat die skat ontdek moet wees en dat daar 'n moontlikheid moet bestaan dat die ontdekker beheer daarvoor sal kan uitoefen. Voorts word daar nie vereis dat die persoon wat op die skat (of die helfte daarvan) aanspraak maak, dit persoonlik moes ontdek het nie, aangesien dit uit bostaande bespreking volg dat dit as genoegsaam gereken word as dit deur 'n verteenwoordiger ontdek word. Indien die betrokke persoon die skat dus deur middel van 'n verteenwoordiger (wat in die uitvoering van 'n opdrag opgetree het) ontdek het en gevolglik op indirekte wyse fisiese beheer daarvoor uitoefen, geld dit steeds as genoegsaam vir doeleindes van die vestiging van eiendomsreg deur middel van skatvinding.

11 2 4 Verkrygende verjaring

11 2 4 1 Omskrywing

Artikel 99 boek 3 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal:

Rechten op roerende zaken die niet-registergoederen zijn, en rechten aan toonder of order worden door een bezitter te goeder trouw verkregen door een onafgebroken bezit van drie jaren ...

23 Asser-serie *Zakenrecht* II 74-75. Vgl ook Pitlo *Zakenrecht* 150; Sniijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 249; T & C (Huijgen) 299.

11 2 4 2 Inleiding

In teenstelling met die ou Nederlandse reg waarvolgens verkrygende verjaring net ten aansien van onroerende goed kon geskied, bepaal die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* nou dat eiendomsreg van roerende sake wel deur verkrygende verjaring gevestig kan word indien 'n persoon te goeder trou vir 'n onafgebroke tydperk van drie jaar 'n saak besit het.²⁴

11 2 4 3 Elemente van fisiese beheer

Die eerste vereiste wat vir verkrygende verjaring gestel word, is dat die persoon wat daarop aanspraak maak, besitter van die saak moet wees, met ander woorde dat hy beheer oor die saak uitoefen asof dit aan hom behoort.²⁵ Daar word nie vereis dat die besitter persoonlik moet besit nie, en iemand wat 'n saak middellik besit²⁶ kan dit gevolglik ook deur middel van verjaring verkry. Die persoon wat 'n saak namens 'n ander hou, kan egter nie self deur middel van verjaring eiendomsreg daarvan verkry nie aangesien hy nie 'n besitter is nie maar bloot 'n houer.²⁷ Alhoewel die *Burgerlijk Wetboek* vereis het dat besit voortdurend, onafgebroke en ongestoord moes wees, is hierdie vereiste nie in die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* opgeneem nie. Verjaring word wel gestuit indien besit verlore gaan, maar artikel 103 boek 3²⁸ bepaal dat onvrywillige besitverlies nie die verjaringstermyn onderbreek nie mits besit binne 'n jaar herwin word of 'n regsvoordering binne 'n jaar tot die herwinning van besit lei. Die persoon wat

-
- 24 Die hoof funksie van verjaring is regsekerheid: Op 'n bepaalde tydstip moet die regstoestand en die feitelike toestand ooreenstem. Vgl hieroor Asser-serie *Zakenrecht* I 352-353; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 228 (ook vir ander funksies). Sien verder Asser-serie *Zakenrecht* II 83; Gerbrandy 1960 *RMThemis* 231 239; Schut 1972 *WPNR* 5176 254. Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 352-353 355. Sien ook Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 225. Vgl Clausing *Vermogensrecht NBW* 104: "Bij de *verkrijgende verjaring* wordt onder bepaalde voorwaarden aan het bezit van een goed gedurende een bepaalde tijd het gevolg verbonden dat de bezitter rechthebbende wordt ..."
- 25 Vgl art 107 bk 3 lid 1: "Bezit is het houden van een goed voor zichzelf." Sien verder Asser-serie *Zakenrecht* I 98-99.
- 26 Vgl art 107 bk 3 lid 3: "Bezit is middellijk, wanneer iemand bezit door middel van een ander die het goed voor hem houdt."
- 27 Asser-serie *Zakenrecht* I 356.
- 28 "Onvrijwillig bezitsverlies onderbreekt de loopt der verjaring niet, mits het bezit binnen het jaar wordt terugverkregen of een binnen het jaar ingestelde rechtsvoordering tot terugverkrijgen van het bezit leidt."

hom op verjaring beroep en kan bewys dat hy besitter geword het en dat hy ten tye van sy beroep nog besitter van die betrokke saak is, hoef nie te bewys dat hy gedurende die tydperk tussenin ook besitter was nie. Ingevolge artikel 117 boek 3 lid 2 duur besit wat eenmaal 'n aanvang geneem het voort tensy daar afstand van gedoen word of 'n ander persoon besit van die saak verkry. 'n Persoon wat vir die voorgeskrewe termyn besit van die saak gehad het en aan die ander vereistes voldoen het, word na afloop van die voorgeskrewe periode as reghebbende van die betrokke saak beskou.²⁹

Die vraag na die bestaan al dan nie van die nodige besit van die betrokke saak word bepaal aan die hand van die verkeersopvatting met inagneming van die wetlike reëls en op grond van uiterlik waarneembare feite.³⁰ Artikel 99 boek 3 stel geen besondere vereistes vir besit vir doeleindes van verjaring behalwe dat dit onafgebroke moet wees nie.³¹

11 2 4 4 Samevatting

Die enigste vereiste wat gestel word vir die verkryging van eiendomsreg deur middel van verjaring is dat die betrokke persoon die saak ten aansien waarvan die dispuut handel, vir 'n ononderbroke tydperk van drie jaar moes besit het. Gedurende hierdie periode moes die persoon die saak beheer het asof dit aan hom behoort het en daar sal telkens aan die hand van die heersende verkeersopvatting bepaal moet word of hy inderdaad daadwerklike beheer daarvoor uitgeoefen het al dan nie. Elke geval sal dus individueel beoordeel moet word met inagneming van die aard van die saak en die omringende feitelike omstandighede.

29 Asser-serie *Zakenrecht* I 366.

30 Vgl art 108 bk 3: "Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten." Sien verder *T & C* (Huijgen) 113-114. Vgl ook HR 5 mei 1972 *NJ* 1973 8 15.

31 *Constitutum possessorium* as leweringswyse word ook nie uitgeskakel nie. Sien egter Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 230-231 vir kritiek hierop en moontlike onbillike gevolge hiervan.

11 3 Die verkryging van eiendomsreg op afgeleide wyse

11 3 1 Lewering (overdracht³²)

11 3 1 1 Omskrywing

Artikel 90 boek 3 lid 1 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal:

De levering vereist voor de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, geschiedt door aan de verkrijger bezit der zaak te verschaffen.³³

11 3 1 2 Inleiding

Lewering behels twee elemente, te wete die goedereregtelike saaklike ooreenkoms en

32 Volgens Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 265 kan "(o)verdracht...het beste omschreven worden als een door partijen op grond van levering bewerkstelligde rechtsovergang van de een aan de ander". Vgl ook Pitlo *Zakenrecht* 165: "Het NBW verstaat onder de term overdracht in de regel niet een gedraging, doch een rechtsgevolg, dat daarin bestaat, dat een goed - een zaak (stoffelijk voorwerp) of een vermogensrecht - een andere rechthebbende heeft verkregen en wel ten gevolge van een handeling, die in het NBW levering wordt genoemd. ... Overdracht duidt dan dus de door een levering bewerkstelligde rechtsovergang aan, levering is de daad die vervreemder en verkrijger dienen te verrichten teneinde - als overigens ook aan de andere overdrachtsvereisten is voldaan - een geldige overdracht van een goed te kunnen bereiken." Clausing (*Vermogensrecht NBW* 85) wys voorts daarop dat die wetgewer onder "overdracht" in die algemeen "bewerkstelligde rechtsovergang" verstaan, terwyl lewering dui op die "daartoe benodigde handeling(n) van partijen". Die begrip (eiendoms)oordrag is maw 'n dubbelsinnige term, waarmee enersyds 'n gebeurtenis of handeling en andersyds 'n resultaat aangedui word. In die geval van die gebeurtenis word daar gedink aan die leweringshandeling wat tot die oorgang van eiendomsreg lei, en in die geval van die resultaat aan die eiendomsoordrag wat deur die leweringshandeling bewerkstellig is. Wanneer lewering *constituto possessorio*, *brevi manu* of *sine manu* geskied, is daar egter geen aanwysbare leweringshandeling nie en vind oordrag dus tesame met die goedereregtelike ooreenkoms plaas (vgl Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 299). In die geval van *traditio longa manu* moet daar ná die goedereregtelike ooreenkoms ook nog - alvorens oordrag kan geskied - erkenning deur of mededeling aan die derde persoon wat die saak hou, plaasvind. Sien ook Schut 1972 *WPNR* 5176 255.

33 Wanneer ondersoek ingestel word na die vereiste leweringshandeling tav roerende nie-registergoedere, word daar onderskei tussen gevalle waarin die vervreemder wel beheer oor die saak het - waarna hierdie art verwys - en gevolglik middellike of onmiddellike houër of besitter daarvan is, en gevalle waarin die vervreemder geen beheer oor die saak het nie en lewering ig art 95 bk 3 geskied.

die sogenaamde vormvoorskrifte wat verskil na gelang die aard van die voorwerp wat gelewer moet word. Roerende sake word oorgedra deur besitverskaffing³⁴ en onroerende sake deur die inskrywing van 'n opgemaakte notariële akte in die openbare registers.³⁵

Artikel 90 boek 3 lid 1 handel in besonder oor gevalle waarin die saak wat gelewer word onder beheer van die vervreemder is, en waarin laasgenoemde dan óf besitter óf houer van die betrokke saak is.³⁶ Indien die vervreemder 'n besitter is, vind oordrag plaas ingevolge enige van die wyses wat in artikels 114³⁷ en 115³⁸ van boek 3 genoem word. Ingevolge artikel 114 word besit deur die besitter oorgedra deurdat die verkryger in staat gestel word om dieselfde mag as wat eersgenoemde voorheen oor die saak uitgeoefen het, uit te oefen, en kragtens artikel 115 word 'n ooreenkoms tussen die vervreemder en die verkryger sonder 'n daadwerklike handeling in die geval van *constitutum possessorium*, *traditio brevi manu* en *traditio longa manu* (*attornment*³⁹) voldoende geag vir lewering van die saak.⁴⁰ Wanneer die vervreemder daarenteen net 'n houer is, geskied die verskaffing van besit op enige wyse wat gelyk is aan besitoordrag en waardeur die verkryger op enige moment die

34 Vgl art 90 bk 3.

35 Vgl art 89 bk 3.

36 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 102. Vgl ook Dondorp & Schrage *Lewering Krachtens Geldige Titel* 101; Pitlo *Zakenrecht* 208.

37 "Een bezitter draagt zijn bezit over door de verkrijger in staat te stellen die macht uit te oefenen, die hij zelf over het goed kon uitoefenen."

38 "Voor de overdracht van het bezit is een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling voldoende:

- a. wanneer de vervreemder de zaak bezit en hij haar krachtens een bij de levering gemaakt beding voortaan voor de verkrijger houdt;
- b. wanneer de verkrijger houder van de zaak voor de vervreemder was;
- c. wanneer een derde voor de vervreemder de zaak hield, en haar na de overdracht voor de ontvanger houdt. In dit geval gaat het bezit niet over voordat de derde de overdracht heeft erkend, dan wel de vervreemder of de verkrijger de overdracht aan hem heeft medegedeeld."

Hierdie drie wyses van lewering sal hieronder bespreek word.

39 Die Nederlandse opvatting van *traditio longa manu* stem nóg met dié van die Suid-Afrikaanse nóg met dié van die Romeinse reg ooreen, maar wel met die regsinstelling wat in die Suid-Afrikaanse reg as *attornment* bekend staan. In die bespreking wat hierop volg, sal daar gehou word by die Nederlandse gebruik om die leweringswyse waar 'n derde eers namens die vervreemder en daarna namens die verkryger hou, *traditio longa manu* te noem ten einde enige verwarring uit te skakel.

40 Vgl Dondorp & Schrage *Lewering Krachtens Geldige Titel* 102.

daadwerklike beheer van die saak verkry.⁴¹ Die houer kan net as hy daartoe bevoeg is⁴² deur middel van *constitutum possessorium* besit verskaf, maar is wel geregtig daarop om dit by wyse van *traditio longa manu*⁴³ te doen.

Dit volg uit artikel 90 dat die oordrag van besit en die oorgang van eiendomsreg gewoonlik tegelyk sal plaasvind, en dit beteken dat die goedereregtelike ooreenkoms saamval met die handeling waardeur die verkryger besit van die saak ontvang.⁴⁴ Dit blyk die heel duidelikste by die eiendomsoordrag van roerende sake wat nie registergoedere is nie, en in welke geval lewering vir doeleindes van die oordrag van eiendomsreg deur middel van die oordrag van besit geskied.

Die Hoge Raad het bevind dat dit ingevolge die *Burgerlijk Wetboek* in die geval van die oordrag van besit as algemene reël gestel kon word dat roerende sake gelewer word deur 'n handeling wat die verkryger na buite as eienaar legitimeer.⁴⁵ In die meeste gevalle sal besitverskaffing hierdie doel dien, maar by wyse van uitsondering kan dit ook deur middel van 'n leweringsakte of op 'n ander wyse geskied.⁴⁶ Volgens Mijnsen,⁴⁷ in sy bespreking van die funksie van besitverskaffing, moet oordrag op een of ander wyse na buite blyk en die verkryger moet in staat gestel word om homself op een of ander wyse teenoor derdes as reghebbende te legitimeer. Met verwysing na die publikasievereiste wys hy daarop dat daar oor die algemeen vereis word dat die wysiging in regte op goedere gepubliseer moet word. Met betrekking tot roerende sake beteken dit nie noodwendig dat elke buitestaander onmiddellik duidelik hoef te weet wie die reghebbende is nie; daar word eweneens nie vereis dat die verkryger feitelike beheer moet uitoefen nie aangesien dit as voldoende beskou word as hy homself as reghebbende kan legitimeer.⁴⁸ Lewering van 'n roerende saak

41 T & C (Huijgen) 102.

42 Vgl art 115(a) bk 3 en art 111 bk 3.

43 Vgl art 115(c) bk 3.

44 Asser-serie *Zakenrecht* I 201; Clausen *Vermogensrecht NBW* 84 95-96; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 299. Die oordrag van besit en die oordrag van eiendomsreg val egter nie noodwendig altyd saam nie, en sal hieronder verder bespreek word.

45 Vgl ook Pitlo *Zakenrecht* 208; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 299.

46 Vgl Mijnsen 1983 *WPNR* 5654 347.

47 1983 *WPNR* 5654 356.

48 Vgl Mijnsen 1983 *WPNR* 5654 346.

geskied derhalwe deur middel van besitverskaffing ten einde dit na buite te laat blyk dat eiendomsreg op die verkryger oorgegaan het.⁴⁹

Ingevolge artikel 90 boek 3 lid 1 moet die vervreemder, indien die saak⁵⁰ onder sy beheer is, besit van die saak aan die verkryger verskaf en dit doen hy deur die verkryger in staat te stel om die mag wat hy voorheen oor die saak uitgeoefen het, voortaan uit te oefen.⁵¹ 'n Saak word gereken onder die vervreemder se beheer te wees wanneer laasgenoemde direk of deur middel van 'n derde sodanige beheer daarvoor uitoefen dat dit vir hom moontlik is om aan 'n ander besit daarvan te gee. Besitverskaffing vind dus plaas deur middel van die verskaffing van daadwerklike beheer oor die saak. In die gevalle van *constitutum possessorium*, *traditio brevi manu* en *traditio longa manu* is 'n tweesydigde verklaring sonder 'n daadwerklike handeling voldoende. As die saak wat gelewer moet word nie onder die beheer van die vervreemder is nie, is die enigste moontlike wyse van lewering 'n leweringsakte.⁵²

Die hoofbeginsel met betrekking tot besit is in artikel 108 boek 3 neergelê en lui soos volg:

Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijken feiten.

49 Vgl die volgende aanhalings uit Mijnsen 1983 *WPNR* 5654 346: "Door feitelijke overgave van de zaak stelt de vervreemder de verkrijger in staat zich jegens derden te legitimeren als eigenaar" (Nieuwenhuis), en "Bij de vergelijking tussen direct en indirect bezit heeft één ding nog onvoldoende aandacht gekregen: de legitimerende functie van de bezitsverschaffing. Deze is sterker bij direct dan bij indirect bezit. De verwerwer die de zaak onmiddellijk tot zijn beschikking heeft staan, kan zich zelfstandig als eigenaar bewijzen. Bij indirecte bezitsverschaffing is hij aangewezen op de medewerking van degeen, die de zaak voor hem onder zich heeft. Maar ook al is dit een minder sterke positie, dan nog is met bezitsverschaffing een zekere legitimatie verbonden. De regel dat levering geschiedt door bezitsverschaffing heeft mede het oog hierop" (Pitlo-Boskamp-Kader).

50 Roerende sake, nie-registergoedere.

51 Pitlo *Zakenrecht* 208.

52 Vgl art 94 bk 3 lid 1. Voor die inwerkingtreding van die *NBW* was daar ernstige probleme in gevalle waarin die eienaar wat die saak moes vervreem en lewer, nie besitter daarvan was nie. Vgl hieroor HR 27 april 1979 *NJ* 1981 449; HR 1 februari 1980 *NJ* 1981 458; HR 7 mei 1982 *NJ* 1983 730.

Die verkeersopvatting is ingevolge hierdie artikel van deurslaggewende belang, maar Snijders en Rank-Berenschot⁵³ wys daarop dat dit deur die beeld van die verkryger na buite aangevul word. As hy met ander woorde sou voorgee om besitter te wees, sal hy al gou as besitter beskou word. Hulle is vervolgens van mening dat die verkeersopvatting ten aansien van besit as sodanig deurslaggewend mag wees, maar as daar sprake is van verkryging deur die oordrag van besit of deur 'n soortgelyke wyse van besitverskaffing, word daar nie gevra of die verkryger ingevolge die verkeersopvatting besitter is nie.

11 3 1 3 *Elemente van fisiese beheer*

Die leweringshandeling ten uitvoer van die goedereregtelike ooreenkoms is afhanklik van die aard van die saak wat oorgedra moet word en artikels 90 tot 98 van boek 3 skryf in elke geval voor watter leweringshandeling gevolg moet word. Wanneer die aard van die leweringshandeling met betrekking tot roerende nie-registargoedere bepaal moet word, moet daar onderskei word tussen vervreemders wat beheer oor die betrokke saak uitoefen,⁵⁴ en wat met ander woorde middellike of onmiddellike besitters of houer van die saak is,⁵⁵ en dié wat geen beheer oor die saak het nie, soos die eienaar van 'n gesteelde saak.⁵⁶ Eersgenoemde gevalle word gereël deur artikel 90 boek 3⁵⁷ en laasgenoemde deur artikel 95 boek 3.⁵⁸

Die vervreemder (besitter en houer) lewer by wyse van besitverskaffing wat gewoonlik die vorm aanneem van feitlike oorgawe van die saak of die beskikbaarstelling van die

53 *Goederenrecht* 298.

54 Vgl art 90 bk 3 lid 1.

55 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 305 wys daarop dat die vervreemder net geag word beheer oor die saak uit te oefen indien hy óf houer óf besitter daarvan is, en haal die volgende omskrywing (hierdie omskrywing is afkomstig uit die Memorie van Antwoord II) van beheer (macht) aan: "(H)et rechtstreeks of via een derde ter beschikking hebben van de zaak, zodanig dat het mogelijk is een ander het bezit daarvan te verschaffen, doch onverschillig of van de kant van de vervreemder enig recht op de zaak bestaat."

56 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 305.

57 Vgl hfst 11 3 1 1.

58 "Buiten de in de artikelen 89-94 geregelde gevallen en behoudens het in de artikelen 96 en 98 bepaalde, worden goederen geleverd door een daartoe bestemde akte." Vgl verder Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 308. As 'n persoon die saak wat gelewer moet word, nie as besitter of houer onder sy beheer het nie, is besitverskaffing uiteraard nie moontlik nie.

middele daartoe.⁵⁹ Dit is ook moontlik dat die persoon deur middel van 'n derde eiendomsreg van 'n saak kan verkry indien die derde dit in opdrag van die koper gedoen het en dan verkry die nuwe eienaar besit en eiendomsreg van die saak selfs voordat hy van die inbesitneming van die saak kennis gekry het.⁶⁰

11 3 1 4 *Traditio brevi manu*

Lewering met die kort hand is die eerste van die gevalle waarin besitverskaffing deur middel van 'n ooreenkoms geskied. In al hierdie gevalle waarin besitverskaffing by wyse van ooreenkoms plaasvind, het die besitter meer moontlikhede as die houer.⁶¹ Wanneer lewering *traditio brevi manu* geskied, vind daar geen feitelike oordrag van die saak plaas nie aangesien die saak reeds onder beheer van die verkryger is. Dit is duidelik dat daar beheer oor die saak moet wees vir die vestiging van eiendomsreg, maar aangesien die verkryger reeds daadwerklike beheer oor die saak uitoefen, word 'n sinnelose heen-en-weer-geëry nie vereis nie. Na afloop van lewering *traditio brevi manu* beheer die verkryger egter die saak ten behoeve van homself en nie meer namens 'n ander persoon nie, en is hy eienaar daarvan.

11 3 1 5 *Constitutum possessorium*

In die geval van lewering *constitutum possessorium*, waar lewering ook geskied kragtens 'n ooreenkoms tussen die vervreemder en die verkryger, behou die vervreemder die saak, en daarna hou hy dit middellik namens die verkryger wat vir sy legitimasie as eienaar volledig van die vervreemder afhanklik is.⁶² *Constitutum possessorium* is 'n geldige manier van besitverskaffing deur die besitter indien hy daartoe bevoeg is.⁶³ As algemene reël kan dit gestel word dat 'n besitter wel

59 Bv die sleutels van 'n pakhuis. Vgl Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 306.

60 HR 30 april 1936 *NJ* 1936 1531 1533 1535.

61 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 306.

62 Mijnsen 1983 *WPNR* 5654 346.

63 Vgl art 115(a) bk 3. Sien ook HR 22 mei 1953 *NJ* 1954 353-357 360-361. In HR 28 februari 1940 *NJ* 1940 332-333 is ook beslis dat *constitutum possessorium* 'n geldige leweringswyse is indien daar ooreenstemming tussen die betrokke partye was daarvoor dat eiendomsreg oorgedra word. Indien 'n derde egter 'n ouer reg op die saak het en dit nie met die vervreemding eens is nie, geld dit nie as 'n geldige leweringswyse nie. Vgl hieroor art 90 bk 3 lid 2 en art 111 bk 3.

constituto possessorio kan lewer, maar nie 'n houer nie.⁶⁴

11 3 1 6 *Traditio longa manu (attornment)*

Lewering kan ook by wyse van *traditio longa manu* geskied.⁶⁵ In gevalle van hierdie aard word die saak eers namens die voormalige vervreemder deur 'n derde gehou, en nadat die voormalige vervreemder en die verkryger 'n ooreenkoms bereik het dat eiendomsreg van die betrokke saak oorgedra sal word, word die houer (derde) in kennis gestel van die ooreenkoms, en daarna hou hy die saak namens die verkryger (die nuwe eienaar).⁶⁶ Die saak word dus nie feitelik oorgedra nie, maar bly steeds onder beheer van die houer. Die enigste vereiste wat vir die oordrag van besit gestel word, is dat die houer daarvan in kennis gestel moet word dat hy in die toekoms namens die verkryger moet hou, en nie meer namens die vervreemder nie.⁶⁷ By hierdie leweringswyse is die bedoeling van die partye (vervreemder, verkryger en houer) dus van deurslaggewende belang. Nadat die saak op hierdie wyse gelewer is, word dit deur die houer namens die verkryger (die nuwe eienaar) beheer, en laasgenoemde sal dus indirekte beheer oor die saak kan uitoefen. Die verkryger is in dié geval nie meer van die vervreemder afhanklik vir sy legitimasie nie, maar van die derde.

64 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 306. Vgl HR 29 september 1961 *NJ* 1962 65 68-70; HR 8 juni 1973 *NJ* 1974 929 935-936.

65 Vgl art 115(c) bk 3: "Voor de overdracht van het bezit is een tweezijdige verklaring zonder feitelijke handeling voldoende:

(a) ...

(b) ...

(c) wanneer een derde voor de vervreemder de zaak hield, en haar na de overdracht voor de ontvanger houdt. In dit geval gaat het bezit niet over voordat de derde de overdracht heeft erkend, dan wel de vervreemder of de verkrijger de overdracht aan hem heeft medegedeeld."

66 Vgl Mijnsen 1983 *WPNR* 5654 346. Sien HR 1 mei 1987 *NJ* 1988 2894 2898 2900-2902.

67 Die vereiste dat die houer van die oordrag in kennis gestel moet word, is 'n logiese gevolg van die praktiese situasie: Ná lewering hou die houer die saak namens die verkryger, en aangesien die verkryger nou indirekte beheer oor die saak uitoefen, sal die houer in die toekoms ig se opdragte tav die saak moet uitvoer, en nie meer dié van die vervreemder nie.

11 3 1 7 Samevatting

Uit bostaande oorsig kan die gevolgtrekking gemaak word dat in die geval van afgeleide verkryging van eiendomsreg, met ander woorde waar beheer oor 'n saak deur middel van lewering verkry word, dit deurgaans van wesenlike belang is dat die verkryger beheer oor die saak moet verkry. Die beheer kan direk wees (soos in die geval van traditio brevi manu) of indirek (soos in die geval van traditio longa manu), maar dit bly steeds 'n vereiste dat die verkryger beheer oor die saak wat hy verkry moet kan uitoefen. Die vraag of daar inderdaad beheer uitgeoefen (kan) word al dan nie, sal telkens aan die hand van die verkeersopvattinge, die aard van die saak en al die omringende omstandighede vasgestel moet word.

11 3 1 8 Slotopmerkings

Dit volg uit hierdie ondersoek na die verkryging van eiendomsreg op oorspronklike en afgeleide wyses dat die belangrikste vereiste is dat die verkryger beheer oor die saak moet verkry. In sommige gevalle sal hy dit dadelik kry en sal hy in staat wees om direkte beheer daarvoor uit te oefen, terwyl dit in ander gevalle langer sal duur alvorens hy beheer oor die betrokke saak sal verkry, en hy sal ook nie altyd direkte beheer oor die saak kan uitoefen nie. Die vraag of hy wel beheer oor die saak het ten aansien waarvan hy beweer dat hy eiendomsreg verkry het, sal beantwoord word met verwysing na die heersende verkeersopvattinge.

11 4 Die beskerming van eiendomsreg

11 4 1 Inleiding

Die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bevat geen spesifieke samevatting of uiteensetting van remedies ter beskikking van die eienaar van 'n saak indien daar op sy eiendomsreg inbreuk gemaak sou word nie.⁶⁸ Daar word egter wel in artikel 2 van boek 5

68 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* II 130. Sien egter ook art 125 bk 3 ivm die beskerming wat besitters geniet.

voorsiening gemaak dat die eienaar sy saak kan opeis van 'n persoon wat dit onregmatig van hom ontnem het.

11 4 2 *Bespreking*

Die eienaar van die saak het die reg om 'n saak wat aan hom behoort terug te eis in die staat waarin dit is van enige houer wat dit sonder 'n reg daartoe hou.⁶⁹ Nie net die eienaar nie, maar ook elkeen wat 'n beperkte saaklike reg op die saak het, is daarop geregtig.⁷⁰ Die saak kan teruggevorder word van enigeen wat dit feitelik beheer; tewens van enigeen wat dit besit of selfs hou deur middel van 'n ander. Indien die eis ingestel word teen 'n persoon wat nie die saak feitelik beheer nie, sal die eis teen so 'n persoon nietemin slaag indien hy in staat is om die saak deur middel van 'n houer te laat teruggee.⁷¹ 'n Eienaar wat 'n saak nooit self beheer het nie, is ook daarop geregtig om dit op te eis van die persoon wat dit hou. Daar word dus nie vereis dat die eienaar die saak onder sy beheer moes gehad het nie.

11 4 3 *Samevatting*

Uit voorgaande kort oorsig blyk dit dat die saak wat die eienaar terugeis, deurgaans slegs geëis kan word van 'n persoon wat die saak feitelik beheer, hetsy persoonlik of middellik, sonder die nodige reg daartoe. Die persoon wat die saak hou, doen dit met ander woorde sonder dat hy daarop geregtig is, maar hy is wel in staat om dit aan die eienaar terug te besorg omdat hy die nodige daadwerklike beheer daarvoor uitoefen.

69 Vgl art 2 bk 5: "De eigenaar van een zaak is bevoegd haar van een ieder die haar zonder recht houdt, op te eisen."

70 Sien Asser-serie *Zakenrecht* II 132.

71 Sien Asser-serie *Zakenrecht* II 133.

11 5 Die beëindiging van eiendomsreg

11 5 1 Inleiding

Alhoewel die *Burgerlijk Wetboek* wel 'n reëling gehad het met betrekking tot die verlies van besit, is daar geen aandag gewy aan die vraag wanneer en hoe eiendomsreg verlore gaan nie. By die verlies van eiendomsreg moet daar onderskei word tussen absolute en relatiewe verlies van eiendomsreg.⁷²

11 5 2 Elemente van fisiese beheer

Absolute verlies van eiendomsreg kom voor wanneer (a) die saak tot niet gaan;⁷³ (b) die saak sy aard as selfstandige saak verloor;⁷⁴ en (c) die eienaar van sy eiendomsreg ten aansien van die saak afstand doen.⁷⁵ In die geval van roerende sake vind afstanddoening plaas wanneer die eienaar besit van die saak prysgee met die bedoeling om sy eiendomsreg ten aansien daarvan te beëindig. Afstanddoening van eiendomsreg kan nie somer aanvaar word op grond van 'n enkele feitelike omstandigheid nie: As die eienaar 'n saak op 'n bepaalde plek gelaat het - selfs indien besit van die saak in sodanige geval noodwendig verlore sou moet gaan - kan afstanddoening nie noodwendig daaruit afgelei word nie. Dit is eweneens nie genoegsaam dat die eienaar hom met opset van die saak ontdoen met 'n ander doel as om eiendomsreg daarvan te verloor nie. Pitlo⁷⁶ wys in dié verband daarop dat dit nie genoegsaam is om die saak te verloor of te begrawe nie indien die nodige

72 Asser-serie *Zakenrecht* II 128. Absolute verlies van eiendomsreg tree in wanneer die eiendomsreg tav die spesifieke saak heeltemal verdwyn, terwyl daar van relatiewe verlies sprake is in gevalle waar die saak slegs van eienaar verander. Lg geval word nie hier verder bespreek nie. Sien verder Pitlo *Zakenrecht* 264; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 175.

73 Sien Asser-serie *Zakenrecht* II 128; Pitlo *Zakenrecht*; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 175.

74 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* II 128.

75 Vgl art 18 bk 5: "De eigendom van een roerende zaak wordt verloren, wanneer de eigenaar het bezit prijsgeeft met het oogmerk om zich van de eigendom te ontdoen." Sien ook Asser-serie *Zakenrecht* II 128-129. 'n Saak waarvan daar op hierdie wyse afstand gedoen is, word 'n res nullius en enigeen kan dmv toe-eiening daarvan eienaar word.

76 *Zakenrecht* 264. Wanneer 'n saak bv agv nood in die see gewerp word, verloor die eienaar nie eiendomsreg daarvan nie.

bedoeling om van eiendomsreg afstand te doen nie teenwoordig is nie. 'n Saak (skat) wat verberg word, word ook nie weggesteek met die bedoeling om van die eiendomsreg daarvan afstand te doen nie, en dit bly dus in beginsel die eiendom van die eienaar.⁷⁷

Ingevolge artikel 19 boek 5 lid 1⁷⁸ gaan eiendomsreg van mak diere tot niet as die diere weer wild word, en kragtens artikel 19 boek 5 lid 2⁷⁹ verloor 'n eienaar van ander diere sy eiendomsreg ten aansien van sulke diere as hulle hul vryheid herwin en hy nie onmiddellik probeer om hulle weer te vang en onder beheer te bring nie of afsien van sodanige pogings.⁸⁰

11 5 3 Samevatting

Dit volg uit voorgaande bespreking dat eiendomsreg beëindig word wanneer die eienaar se besit van en beheer oor die betrokke saak tot niet gaan. Hierdie verlies van die eienaar se besit gaan in sommige gevalle gepaard met die wil om dit te beëindig, terwyl dit in ander gevalle die gevolg is van omstandighede buite sy beheer of wat hy nie noodwendig so gewil het nie. In laasgenoemde gevalle gaan dit dus verlore suiwer op grond van die beëindiging van fisiese beheer.

11 6 Die verkryging van besit

11 6 1 Omskrywing

Artikel 107 boek 3 lid 1 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal:

-
- 77 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* II 129. As die oorspronklike eienaar van die saak later egter nie opgespoor kan word nie, kan eiendomsreg van die saak opnuut verkry word ig art 13 bk 5.
- 78 "De eigenaar van tamme dieren verliest daarvan de eigendom, wanneer zij, nadat zij uit zijn macht zijn gekomen, zijn verwilderd." Vgl verder *T & C* (Huijgen) 303.
- 79 "De eigenaar van andere dieren verliest daarvan de eigendom, wanneer zij de vrijheid verkrijgen en de eigenaar niet terstond beproeft ze weder te vangen of zijn pogingen daartoe staakt." Sien ook Asser-serie *Zakenrecht* II 130; *T & C* (Huijgen) 303.
- 80 Vgl hieroor Pitlo *Zakenrecht* 265.

Bezit is het houden van een goed voor zichzelf.⁸¹

11 6 2 Inleiding

Ingevolge hierdie omskrywing word besit omskryf as 'n vorm van "houden" en sluit dit sowel onmiddellike as middellike uitoefening van beheer in.⁸² Alhoewel die begrip "houden" nie nader omskryf word nie, dui dit meestal - maar nie noodwendig nie - op die uitoefening van feitelike beheer.⁸³ Daar sal telkens aan die hand van artikel 108 boek 3 vasgestel moet word of iemand die betrokke saak in hierdie ruim en neutrale sin van die woord hou.⁸⁴ Artikel 108 verskaf met ander woorde die maatstawwe aan die hand waarvan daar vasgestel moet word of iemand 'n saak hou, en namens wie. Die verkeersmaatstawwe vorm die hoofriglyne aan die hand waarvan hierdie vasstelling gemaak kan word, en is gerig op uiterlike feite, te wete die uitoefening van daadwerklike beheer. Die wetlike reëls is 'n aanvullende maatstaf tot die verkeersmaatstawwe. Die feit dat die mag "voor zichzelf" uitgeoefen word, dui eerstens daarop dat dit gedoen word deur diegene wat daarop geregtig is om beheer oor die saak uit te oefen.⁸⁵ Voorts dui die feit dat die saak "voor zichzelf" gehou word,

-
- 81 Sien verder lid 2: "Bezit is onmiddellijk, wanneer iemand bezit zonder dat een ander het goed voor hem houdt"; lid 3: "Bezit is middellijk, wanneer iemand bezit door middel van een ander die het goed voor hem houdt"; lid 4: "Houderschap is op overeenkomstige wijze onmiddellijk of middellijk." Vgl ook art 109 bk 3: "Wie een goed houdt, wordt vermoed dit voor zichzelf te houden." Sien verder Pitlo *Zakenrecht* 62: "Macht over een zaak nu, zoals die in beginsel slechts ten eigen bate, voor zichzelf dus, pleegt te worden uitgeoefend, is de omschrijving van het normale begrip bezit in het burgerlijk recht"; en Scholten soos aangehaal in Mijnssen 1972 *WPNR* 5165 126: "(Bezit is) de feitelijke, maatschappelijk erkende, macht om over een zaak met uitsluiting van anderen te beschikken." Sien voorts HR 6 april 1984 *NJ* 1984 1860 1862.
- 82 Sien Asser-serie *Zakenrecht* I 98; Pitlo *Zakenrecht* 65. Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 105 wys daarop dat die werkwoord "houden" nie alleen ivm houerskap gebruik word nie, maar dat ook die besitter, houer en reghebbende 'n saak "houden".
- 83 Vgl Mijnssen 1972 *WPNR* 5165 126 wat "houden" dan ook as die korporele element van besit beskou. Fisiese inwerking op die saak self is egter nie 'n vereiste nie aangesien verskillende vorms van heerskappy moontlik is. Sien ook *T & C* (Huijgen) 121.
- 84 "Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten." Sien ook *T & C* (Huijgen) 121.
- 85 Vgl ook Pitlo *Zakenrecht* 62 ivm diegene wat nie geregtigdes op die saak is nie, maar eweneens mag uitoefen. Sien verder *T & C* (Huijgen) 121 wat daarop wys dat die verskil tussen besit (of hou) vir sigself of namens 'n ander handel oor die vraag in watter verhouding tot of op grond van watter regspretensie teenoor derdes die regs- en of magsuitoefening oor die saak plaasvind.

daarop dat die uitoefening van beheer eksklusief is.⁸⁶ Indien een persoon dus 'n saak beheer, word besit daarvoor deur 'n ander uitgesluit.⁸⁷ Hiervolgens beteken besit dus dat 'n persoon (die besitter) die saak vir homself hou, en nie namens 'n ander nie.⁸⁸

11 6 3 Elemente van fisiese beheer

Om 'n saak te besit beteken met ander woorde om dit daadwerklik te beheer ter uitsluiting van derdes. In hierdie verband is die korporele of fisiese element van besit - wat dui op 'n bepaalde feitelike toestand ingevolge waarvan die besitter geag word beheer oor die saak uit te oefen - gevolglik van wesenlike belang. Alhoewel daar aanvanklik gemeen is dat hierdie beheer fisies van aard moes wees, het dit in die praktyk al gou geblyk dat die erkenning van beheer oor 'n saak in die maatskaplike sin van die woord ook van ander faktore as die suiwer fisiese afhanklik is en dat die reg daarmee moet rekening hou. Die feitelike omstandighede speel gevolglik 'n belangrike rol wanneer daar vasgestel moet word of 'n saak inderdaad beheer word al dan nie. As uitgangspunt kan dit gestel word dat die feitelike omstandighede sodanig moet wees dat dit dui op 'n eiendomsbetrekking tussen die saak en die betrokke persoon, en dit word aan die hand van die verkeersopvatting bepaal.⁸⁹ Dit blyk uit artikel 108 boek 3 dat die verkeersopvatting van die grootste belang is en die feit dat daar op die uiterlike feite gelet moet word, beteken dat daar ondersoek ingestel sal word na wie inderdaad daadwerklike beheer oor die saak uitoefen. Uit voorgaande uiteensetting volg dit dat dit geensins maklik is om feitelike beheer nader te omskryf

86 Vgl ook Pitlo *Zakenrecht* 61-62. Sien HR 1 juli 1977 *NJ* 1978 735 738.

87 Asser-serie *Zakenrecht* I 98.

88 Vgl art 107 bk 3 lid 1 en ook art 109 bk 3. Sien Asser-serie *Zakenrecht* I 101. In die *BW* is dit deur art 586 omskryf as "alsof zij hem toebehoorde" en deur art 594 as "met het oogmerk om dezelve voor zich te behouden".

89 Die deurslaggewendheid van die heersende verkeersmaatstawwe blyk veral duidelik in die geval van onroerende goedere. Besit word nie vanselfsprekend toegeskryf aan die persoon wat die saak fisies beheer nie, maar wel aan die persoon wat die saak gebruik ooreenkomstig die bestemming daarvan; wat maw dade tav die saak verrig waardeur dit ter uitsluiting van derdes vir hom diensbaar gemaak word. Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 99. Sien HR 7 maart 1975 *NJ* 1976 515 517. Uit die beheerhandelinge sal daar gewoonlik afgelei kan word of die wil daartoe bestaan, maar dit sal nooit deurslaggewend wees nie aangesien daar ig die verkeersopvatting tog van besit sprake kan wees al ontbreek die wil daartoe. Vgl hieroor Asser-serie *Zakenrecht* I 101.

nie. Al die omringende omstandighede van elke geval, die aard en bestemming van die saak, asook die wyse waarop die besondere verhouding met die saak ontstaan het, moet telkens in aanmerking geneem word. Juridiese faktore kan ook nie agterweë gelaat word nie, aangesien feitelike beheer oor 'n saak eweneens deur 'n derde uitgeoefen kan word ingevolge 'n bepaalde regsverhouding met die besitter.⁹⁰ Die outeurs van die Asser-serie⁹¹ is van mening dat die korporele element in die geval van middellike besit by sowel die middellike as die onmiddellike besitter teenwoordig is.

Die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* se terminologie is meer konsekwent as dié van die *Burgerlijk Wetboek*, en die begrippe "houden", "houden voor een ander", "houden voor zichzelf" en "bezit" word algemeen gebruik. Pitlo⁹² wys daarop dat die basisbegrip in die nuwe wetboek "houden" is: Om vir jouself te hou, is besit,⁹³ en dit kan middellik of onmiddellik wees.⁹⁴ In die plek van "detentie" word daar nou gepraat van "houden voor een ander"⁹⁵ en dit kan eweneens middellik of onmiddellik geskied.⁹⁶ Dit wil egter voorkom of hierdie begrippe nie voldoende is nie, want daar word ook van 'n nuwe begrip gebruik gemaak, te wete "macht".⁹⁷ Die betekenis hiervan skyn te wees die direkte of indirekte beskikking oor 'n saak op so 'n wyse dat dit moontlik is om aan 'n ander besit daarvan te verskaf ongeag of die vervreemder enige reg op die saak het al dan nie.⁹⁸ Mag dui hier dus op gevalle waarin 'n persoon namens 'n ander hou sowel as gevalle waarin hy die saak besit. In albei gevalle is die persoon wat die mag of beheer oor die saak het, in staat om 'n derde feitelik besitter van die saak te maak al is hy nie bevoeg om besit van die saak oor te dra nie aangesien hy nie besitter daarvan is nie.

90 Asser-serie *Zakenrecht* I 100. So besit die verhuurder dmv die huurder, die eienaar dmv die vruggebruiker, en daar word dan van middellike besit gepraat. Vgl in dié verband art 107 bk 3 lid 3 ig waarvan daar van middellike besit sprake is wanneer 'n ander die saak namens die besitter hou. Let daarop dat art 107 bk 3 lid 4 ook van middellike houerskap melding maak.

91 *Zakenrecht* I 100.

92 *Zakenrecht* 63.

93 Art 107 bk 3 lid 1.

94 Art 107 bk 3 lid 2 en lid 3.

95 Art 107 bk 3 lid 3.

96 Art 107 bk 3 lid 4.

97 Vgl bv art 113 bk 3 lid 1 en 2.

98 Asser-serie *Zakenrecht* I 103-104.

Daar sal vervolgens ondersoek ingestel word na die verskil tussen besit en houerskap in die Nederlandse reg. 'n Besitter hou die saak vir homself, terwyl die houer die saak óf vir homself óf vir 'n ander hou, en sowel besit as houerskap kan onmiddellik en middellik wees.⁹⁹ Volgens die outeurs van die Asser-serie¹⁰⁰ is 'n besitter 'n persoon wat homself as reghebbende beskou, wat met ander woorde geen ander persoon se reg op die saak as sterker as syne beskou nie.¹⁰¹ Dit is egter steeds problematies om vas te stel of 'n persoon vir homself hou of namens 'n ander, en soos hierbo aangedui sal dit telkens met verwysing na die wetboek en die verkeersopvatting vasgestel moet word.¹⁰² Die vraag of iemand 'n saak vir homself hou of namens 'n ander, moet gevolglik beantwoord word aan die hand van die uiterlike feite ooreenkomstig die heersende verkeersopvatting, en met inagneming van die reëls vervat in artikels 107, 108 en 109 van boek 3. Dit is uiteindelik op grond van die uiterlik waarneembare feite dat daar in die praktyk erkenning aan besit verleen word.¹⁰³ Sowel besitterskap as houerskap vereis dat daadwerklike feitelike beheer oor die saak uitgeoefen word en dat dit na buite sigbaar moet wees.¹⁰⁴ Vir besit word meer as dit egter geverg: As daar uit die optrede van 'n persoon met betrekking tot 'n saak waarvoor hy feitelike beheer het, kragtens die verkeersopvatting afgelei kan word dat dit aan hom behoort, word hy geag besit daarvan te hê.¹⁰⁵ Volgens Pitlo¹⁰⁶ beteken besit gewoonlik daardie mag wat 'n persoon in sy eie belang oor 'n

99 Vgl Clausing *Vermogensrecht* NBW 67; Mijnsen 1972 *WPNR* 5165 125. Sien HR 7 maart 1975 *NJ* 1976 515 521. 'n Persoon wat namens 'n ander hou, word ook 'n detentor genoem, maar die begrippe houer en houerskap is te verkies (sien *T & C* (Huijgen) 121). Vgl Pitlo *Zakenrecht* 62: "Macht tenslotte, die krachtens een rechtsverhouding tot iemand anders wordt uitgeoefend over andermans zaak, macht dus niet ten eigen bate, niet voor zichzelf doch ten behoeve van een ander die een erkend beter recht op de zaak heeft, noemen wij houderschap ofwel detentie."

100 *Zakenrecht* I 104.

101 Vgl art 118 bk 3 lid 1: "Een bezitter is te goeder trouw, wanneer hij zich als rechthebbende beschouwt en zich ook redelijkerwijze als zodanig mocht beschouwen."

102 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 104-105. Sien ook Mijnsen 1972 *WPNR* 5165 126 wat daarop wys dat Meijers uitdruklik wou voorkom dat die wil van die betrokke persoon deurslaggewend is by die bepaling daarvan of daar sprake is van besit of houerskap. Die erkenning van besit moet aan die uiterlike feite geknoop wees. Vgl Mijnsen 1972 *WPNR* 5165 127 volgens wie daar 'n belangrike voordeel verbonde is aan die feit dat die verkeersopvatting so belangrik is, nl dat dit die vryheid verleen om by die beoordeling van 'n bepaalde feitelike verhouding rekening te hou met die veranderinge in die regsopvattinge ivm die kenmerke van besit.

103 Asser-serie *Zakenrecht* I 105.

104 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 108.

105 Ibid.

106 *Zakenrecht* 61-62.

saak uitoefen. Houerskap, daarenteen, dui op mag wat kragtens 'n regsverhouding oor 'n ander se saak uitgeoefen word, en wat dus nie ten behoewe van sigself nie, maar wel vir 'n ander persoon wat 'n sterker reg op die saak het, uitgeoefen word.¹⁰⁷ Artikel 109 boek 3¹⁰⁸ bepaal dat daar 'n vermoede is dat 'n persoon wat 'n saak hou, dit vir homself hou en gevolglik die besitter daarvan is. Alhoewel hierdie reël in die verlede probleme opgelewer het toe die eienaarsbedoeling nog as 'n vereiste vir besit beskou is, is daar egter reeds in 1924 deur die Hoge Raad beslis¹⁰⁹ dat daar kragtens artikel 590 van die *Burgerlijk Wetboek* 'n vermoede bestaan dat 'n persoon wat besitsdade verrig, die wil het om dit in sy eie belang te doen. Volgens artikel 110 van boek 3 kan een persoon ook namens 'n ander verkry, en die persoon wat in opdrag optree staan dan as die houer bekend.¹¹⁰

Daar kan samevattend gesê word dat besit die daadwerklike beheer van 'n saak is ter uitsluiting van derdes en dat die bestaan daarvan bepaal word met verwysing na die heersende verkeersopvattinge.¹¹¹

11 6 3 1 *Persoonlike besit en houerskap*

In die geval van onmiddellike en middellike besitterskap besit die besitter die saak namens homself: Wanneer 'n houer die saak onmiddellik beheer en die besitter met ander woorde nie persoonlik beheer daarvoor uitoefen nie, word gesê dat die besitter die saak middellik besit, in welke geval daar van houerskap in die wye sin van die woord sprake is. Indien die houer nie self sy houerskap uitoefen nie, maar deur middel van 'n derde, is middellike houerskap ter sprake, en word daar gepraat van houerskap

-
- 107 Die eienaar wat sy saak verhuur of uitleen, bly dus deurentyd besitter - sy dit dan middellike besitter - terwyl die huurder of bruiklener slegs as houer beskou word. Indien die bruiklener weer op sy beurt die saak aan 'n bewaarnemer sou gee, sou hy middellike houer word, terwyl die bewaarnemer as onmiddellike houer bekend sou staan.
- 108 Sien vn 81. Vgl ook HR 3 april 1924 *NJ* 1924 567 569; HR 2 maart 1934 *NJ* 1934 908 910.
- 109 3 april 1924 *NJ* 1924 567 569.
- 110 *T & C* (Huijgen) 123.
- 111 *Asser-serie Zakenrecht* I 99.

in die eng sin van die woord.¹¹²

Dit is verder moontlik om besit deur middel van 'n tussenpersoon te verkry, dit wil sê sonder om self 'n handeling te verrig. Die verkryging van besit van 'n saak deur middel van 'n verteenwoordiger word nie uitdruklik deur die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* gereël nie, maar dit is ook nie nodig nie aangesien die moontlikheid van besitverkryging deur middel van 'n verteenwoordiger reeds in die algemene reëls met betrekking tot verteenwoordiging bestaan. Dit geld in gevalle van sowel inbesitneming¹¹³ as die verkryging van besit deur middel van oordrag. Daar word nie vereis dat die prinsipaal van die verkryging van besit moet kennis dra nie.¹¹⁴ Ook in die geval van saakwaarneming kan die saakwaarnemer namens die persoon besit verkry.¹¹⁵ Indien die tussenpersoon by die verkryging van besit in sy eie naam handel maar ten behoeve van 'n ander, verkry hy besit vir die persoon ten behoeve van wie hy opgetree het.¹¹⁶ Artikel 110 boek 3¹¹⁷ bepaal dat indien daar 'n regsverhouding tussen twee persone bestaan te dien effekte dat wat ookal die een op 'n bepaalde wyse verkry deur hom gehou sal word ten behoeve van die ander, sal eersgenoemde vir laasgenoemde dit behou wat van hom vereis word ter uitvoering van die regsverhouding. Die middellike verteenwoordiger sal meestal optree in die geval van die verkryging van besit deur middel van lewering. In die geval van inbesitneming kan daar geen sprake wees van middellike verteenwoordiging nie: Dit geskied by wyse van 'n feitelike handeling in welke geval die persoon wat die handeling verrig wel ten behoeve van 'n ander kan optree, maar daar is dan geen sprake van 'n ooreenkoms nie, sodat die vraag of die persoon wat die handeling verrig namens homself of

112 T & C (Huijgen) 121. Dit kom bv voor in die geval waar die huurder van 'n motor dit by 'n garage-eienaar laat wat dit dan namens hom hou. Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 106; Pitlo *Zakenrecht* 62. Sien ook art 107 bk 3 lid 4.

113 Vgl HR 3 maart 1927 *NJ* 1927 687 688-689: In hierdie saak het die huurders 'n stuk grond aangrensend aan die gehuurde grond in besit geneem aangesien hulle onder die wanindruk was dat dit deel van die huurgrond uitgemaak het. Die besitdade van die huurders is deur die HR as besitdade van die verhuurder beskou.

114 Vgl HR 30 april 1936 *NJ* 1936 957.

115 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 134-135.

116 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 135.

117 "Bestaat tussen twee personen een rechtsverhouding die de strekking heeft dat hetgeen de ene op bepaalde wijze zal verkrijgen, door hem voor de ander zal worden gehouden, dan houdt de ene het ter uitvoering van die rechtsverhouding door hem verkregene voor de ander."

namens 'n ander optree, nie relevant is nie.¹¹⁸

11 6 3 2 *Onmiddellike besit en houerskap*

Ingevolge artikel 107 boek 3 lid 2 is besit onmiddellik wanneer 'n persoon besit sonder dat 'n ander dit namens hom hou.¹¹⁹ Die besitter hou die saak namens homself. Artikel 107 boek 3 lid 4¹²⁰ bepaal dat houerskap ook onmiddellik of middellik kan wees. Wanneer 'n persoon namens homself besit of hou, is daar van onmiddellike besit of houerskap sprake.

11 6 3 3 *Middellike besit en houerskap*

Artikel 107 boek 3 lid 3 bepaal dat besit as middellik beskou word wanneer 'n persoon 'n saak besit deur middel van 'n ander wat namens hom hou.¹²¹ Die middellike besitter hou nog steeds die saak vir homself ingevolge lid 1. Sy houerskap in die wye sin van die woord kan dus as middellik gesien word. Indien houerskap eng vertolk word, kan daar gesê word dat die houer namens 'n ander houerskap uitoefen deur middel van 'n derde wat weer namens hom hou, en dan kan daar van middellike houerskap gepraat word. In laasgenoemde geval is sowel die houer as die onderhouer houters ingevolge artikels 124 en 125 lid 3 van boek 3.¹²²

11 6 3 4 *Medebesit en -houerskap*

Meerdere persone kan as besitters van een besondere saak beskou word, in welke geval daar dan van medebesit sprake is.¹²³ Medebesit sowel as medehouerskap is moontlik.¹²⁴ Wanneer besit omskryf word as die verhouding waarin 'n persoon tot

118 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 135.

119 "Besit is onmiddellik, wanneer iemand bezit zonder dat een ander het goed voor hem houdt."

120 "Houderschap is op overeenkomstige wijze onmiddellik of middellik."

121 "Besit is middellik, wanneer iemand bezit door middel van een ander die het goed voor hem houdt." Vgl ook art 107 bk 3 lid 4.

122 Vgl *T & C* (Huijgen) 121. Sien ook Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 107.

123 Asser-serie *Zakenrecht* I 113.

124 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 132.

'n bepaalde saak staan, en ingevolge waarvan die persoon die saak beheer ter uitsluiting van derdes, blyk dit onmoontlik te wees vir ander persone om tegelykertyd volledig en onbeperk besit van dieselfde saak te hê. Dit doen egter nie afbreuk daaraan nie dat meerdere besitsregte op dieselfde saak denkbaar is in die sin dat besit van die een persoon die bevoegdhede van die ander besitters beperk.¹²⁵ Die outeurs van die Asser-serie¹²⁶ wys daarop dat ingevolge die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* besit in 'n sekere sin nie onmiddellik verlore gaan as gevolg van die verlies van feitelike beheer nie. Artikel 125 boek 3 lid 1¹²⁷ bepaal dat 'n persoon wat besitter was, die moontlikheid het om die saak binne 'n jaar na die verlies daarvan terug te vorder, en dit beteken dat besit as reg nog 'n jaar na die verlies daarvan geld. Dit is voorts ook moontlik dat twee of meer persone tegelykertyd besiddade ten aansien van die saak kan uitoefen. Daarbenewens kan een persoon besitter van 'n saak wees, terwyl 'n ander besitter kan wees van 'n rustende reg daarop.¹²⁸ Indien verskillende persone hulle gedra asof hulle geregtig is op 'n onverdeelde aandeel van dieselfde saak, is die posisie sodanig dat elkeen as besitter beskou word en onder die verpligting staan om ook die ander as besitters te erken.¹²⁹ Teenoor derdes geniet elkeen volle beskerming, en daar word slegs van hulle geverg dat hulle teenoor mekaar erken dat hulle medebesitters is.¹³⁰

125 Asser-serie *Zakenrecht* I 113.

126 *Zakenrecht* I 113.

127 "Hij die het bezit van een goed heeft verkregen, kan op grond van een daarna ingetreden bezitsverlies of bezitsstoornis tegen derden dezelfde rechtsoverdracht instellen tot terugverkrijgen van het goed en tot opheffing van de stoornis, die de rechthebbende op het goed toekomen. Nochtans moeten deze rechtsoverdrachten binnen het jaar na het verlies of de stoornis worden ingesteld."

128 Asser-serie *Zakenrecht* I 113.

129 Wanneer A en B bv gesamentlik 'n onroerende saak wat aan D behoort, by C koop, het hulle na lewering medebesit, en nie mede-eiendomsreg nie, van die saak op so 'n wyse dat elkeen besitter is as deelgenoot. Vgl ook HR 10 februari 1978 *NJ* 1979 1030 1040-1041 waar die ontstaan van medebesit moontlik geag word by die lewering van 'n gedeelte van 'n hoeveelheid vloeistof.

130 Asser-serie *Zakenrecht* I 114.

11 6 4 Die vestiging van besit en houerskap

11 6 4 1 Inleiding

Ingevolge artikel 112 boek 3 word besit verkry deur inbesitneming, oordrag of deur opvolging onder algemene titel.¹³¹ Die verkryging van houerskap is nou verwant aan die verkryging van besit, soos gereël deur artikels 112 en 116 van boek 3. Die verskil tussen inbesitneming en oordrag is tot 'n groot mate daarin geleë dat die beheer wat vir besit vereis word, veel makliker erken kan word wanneer die voormalige besitter 'n verklaring te dien effekte maak dat hy die saak oorgedra het as in die geval waar die vroeëre besitter as't ware besit moes verower.¹³² Die uiterlike element, wat noodsaaklik is vir besit, is in die geval van inbesitneming belangriker as in die geval van oordrag waar die wil van die partye weer van groot belang is. Net 'n besitter kan besit aan 'n verkryger oordra wat dan die besit van sy voorganger voortsit.¹³³ Dit wil egter nie sê dat iemand wat nie 'n besitter is nie, nie besit kan verskaf nie: 'n Persoon wat as houer namens 'n ander beheer oor 'n saak uitoefen, kan wel aan die verkryger beheer lewer. Dit word ook duidelik deur artikel 90 boek 3 gestel dat vir die lewering van 'n roerende saak wat in die beheer van die vervreemder is, daar nie vereis word dat die saak oorgedra word nie, maar dat besit verskaf moet word.¹³⁴

131 "Besit wordt verkregen door inbezitneming, door overdracht of door opvolging onder algemene titel." Sien verder *T & C* (Huijgen) 125. In die geval van opvolging onder algemene titel gaan besit van regsweë oor.

132 Asser-serie *Zakenrecht* I 115.

133 Sien Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 123 wat daarop wys dat alhoewel die houer nie besit kan oordra nie, hy dit wel kan verskaf. Die besitverskaffing deur 'n houer word dus gekonstrueer as die beskikbaarstelling van feitelike beheer deur die houer aan die aspirant besitter wat die saak daarna okkupeer. Sien ook *T & C* (Huijgen) 126. Vgl Mijnsen 1972 *WPNR* 5166 138; Mijnsen 1983 *WPNR* 5654 347 wat ook daarop wys dat oordrag alleen deur 'n besitter moontlik is. 'n Houer kan net besit verskaf. Vgl HR 8 juni 1973 *NJ* 1974 928 935.

134 Vgl art 90 bk 3 lid 1: "De levering vereist voor de overdracht van roerende zaken, niet-registergoederen, die in de macht van de vervreemder zijn, geschiedt door aan de verkrijger het bezit der zaak te verschaffen."

11 6 4 2 Inbesitneming (occupatie)

11 6 4 2 1 Omskrywing

Artikel 113 boek 3¹³⁵ bepaal dat besit verwerf word deur die verkryging van daadwerklike beheer oor die saak.¹³⁶ Inbesitneming is 'n eiemagtige daad waardeur 'n persoon 'n saak onder sy beheer bring en dit word as 'n oorspronklike wyse van verkryging beskou. Dit berus op 'n verandering van die feitlike toestand.

11 6 4 2 2 Elemente van fisiese beheer

Deur middel van inbesitneming kan besit verkry word van sake wat aan niemand behoort nie asook van sake wat reeds 'n eienaar het.¹³⁷ Die inbesitneming oftewel verkryging van besit vind plaas op die oomblik waarop die verkryger daadwerklike beheer oor die saak verwerf. Of 'n persoon voldoende beheer oor die saak gevestig het om as besit te kwalifiseer, sal weer eens aan die hand van die verkeersopvatting vasgestel moet word.¹³⁸ Daar word nie vereis dat die beheer wat die verkryger oor die saak uitoefen, fisies van aard hoef te wees nie.¹³⁹

Ten einde die vraag te beantwoord wanneer besit inderdaad verkry is, moet daar

135 "Men neemt een goed in bezit door zich daarover de feitelijke macht te verschaffen." Pitlo *Zakenrecht* 71 kritiseer hierdie omskrywing op verskillende gronde en sê dat besit verkry word deur 'n daad te verrig waardeur die saak onder die persoon se mag gebring word met die bedoeling om dit vir homself te hou.

136 Vgl Pitlo *Zakenrecht* 71: "Bezitsverkrijging is de verwerwing van de door het maatschappelijk verkeer als heerschappij erkende macht met de bedoeling die voor zichzelf uit te oefenen."

137 Pitlo *Zakenrecht* 73.

138 Persone wat agv 'n geestesgebrek of jeugdigheid nie in staat is om 'n regs wil te vorm nie, kan ook besit verkry aangesien nie die wil om te besit nie, maar die verkeersopvatting deurslaggewend is by die bepaling daarvan of iemand besitter is al dan nie. Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 116. Vgl Sniijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 122-123 wat daarop wys dat art 113 bk 3 lid 2 bepaal dat in die geval van goedere wat in besit van 'n ander is, inbesitneming nie so maklik aanvaar sal word as wanneer dit deur niemand besit word nie en 'n enkele magsuitoefening oor so 'n saak wat aan niemand behoort nie as voldoende gereken sal word. Dit is egter belangrik om deurgaans in gedagte te hou dat die verkeersopvatting deurslaggewend is, en dit mag dan tog beteken dat een spesifieke magsuitoefening wel as genoegsaam beskou kan word. Sien ook *T & C* (Huijgen) 126.

139 *T & C* (Huijgen) 126.

onderskei word tussen die verkryging van besit van roerende en onroerende sake. Die verskil is die gevolg daarvan dat die feitelike verhouding tussen die persoon en die saak in die geval van onroerende sake nie so duidelik na buite blyk as in die geval van roerende sake nie.¹⁴⁰ Dit is nie genoegsaam om momenteel beheer oor die saak uit te oefen het nie; die beheer oor die saak moes langer en blywender gewees het.¹⁴¹ Dit is egter nie nodig dat die persoon die saak vir homself moet wil behou nie: 'n Persoon kan wel besit van 'n saak verkry wat hy dadelik weer van die hand wil doen. Die bedoeling van die wetgewer was waarskynlik eerder dat die persoon die saak moet wil "houden".¹⁴² Die vereiste wat daar gestel word dat die saak onder 'n persoon se mag gebring moet word,¹⁴³ moet wyd uitgelê word: Hierdie mag behels nie noodwendig direkte beheer oor die saak nie. Dit is belangrik om te onderskei tussen die inbesitneming van 'n saak (*occupatio*) en toe-eiening van 'n saak (*appropriatio*). Die toe-eiening van 'n roerende saak wat aan niemand behoort nie, vind plaas deur die saak in besit te neem.¹⁴⁴ Inbesitneming is dus die handeling waardeur die toe-eiening plaasvind. Die besondere omstandighede van elke geval sal bepaal wanneer inbesitneming van 'n roerende saak plaasgevind het.¹⁴⁵

Indien die voornemende besitter besit van 'n saak wil verkry waarvan 'n ander reeds besit het, is dit noodsaaklik dat die ander persoon se beheer oor die saak hom ontnem moet word, en dit moet duidelik na buite blyk.¹⁴⁶ Met betrekking tot

140 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 116: Verkryging van onroerende sake dmv inbesitneming kan gevolglik dikwels net afgelei word uit handeling wat nie daagliks plaasvind nie, soos saai en oes, houtkap ens.

141 Asser-serie *Zakenrecht* I 117.

142 Vgl Pitlo *Zakenrecht* 71.

143 Die *NBW* maak melding van mag as die belangrikste maatstaf in die geval van sowel inbesitneming (art 113 bk 3) as die oordrag van besit (art 114 bk 3), maar noem opvolging onder algemene titel (art 112 bk 3) sonder om na mag te verwys.

144 Vgl art 4 bk 5. Die outeurs van Asser-serie *Zakenrecht* I 117 wys daarop dat toe-eiening in *Zakenrecht* II 66 ev ten onregte met "*occupatio*" aangedui word.

145 Die besitter van 'n bepaalde stuk grond sal bv die besitter van die wild daarop word onmiddellik wanneer dit in strikke wat hy gestel het, gevang is. Die wildstroker, daarenteen, sal eers besitter van die wild word nadat hy dit uit die strik gehaal het. Wild kan voorts ook verkry word indien dit gekwes is en agternagesit word en die soektog voortgesit word. Daarbenewens is daar ook al beslis dat die aanbring van 'n heining om 'n wildpark besit van die bokke in die wildpark sal verleen. Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 117.

146 Vgl art 113 bk 3 lid 2: "Wanneer een goed in het bezit van een ander is, zijn enkele op zichzelf staande machtsuitoefeninge voor een inbesitneming onvoldoende."

onbeboude grond, met ander woorde onroerende sake, kan dit algemeen gestel word dat besit daarvan verkry word wanneer bepaalde handeling ten aansien daarvan verrig word waaruit dit blyk dat iemand besit daarvan verwerf het. Handeling van hierdie aard vind nie onafgebroke plaas nie, maar slegs sporadies. Dit beteken dat besit van die bepaalde stuk grond vir 'n aansienlike deel van die tyd nie na buite sigbaar sal wees nie en dit het tot gevolg dat indien daar beoog word om besit deur middel van inbesitneming te verwerf, daar ooreenkomstig die verkeersopvatting 'n sekere stabiliteit van die handeling ten aansien van die saak vereis word.¹⁴⁷ Ingevolge die *Burgerlijk Wetboek* is daar vereis dat besit 'n jaar en 'n dag moes voortgeduur het,¹⁴⁸ maar hierdie vereiste word nie in die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* gestel nie en die reël dat 'n besitter van 'n onroerende saak teen sy wil eers na verloop van 'n jaar sy besit verloor, is dus nie oorgeneem nie. Hierdie reël sou tot gevolg gehad het óf dat twee besitters van een saak tegelyk erken moes word, óf dat die persoon wat die beheer oor die saak verkry se besit eers 'n jaar na die verkryging van beheer 'n aanvang sou neem.¹⁴⁹ Die eerste moontlikheid bots met die uitgangspunt van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, naamlik dat besit feitelike beheer oor 'n saak aandui ter uitsluiting van alle derdes. Die tweede moontlikheid bied weer probleme met betrekking tot die aanvang van die verjaringstermyn van die nuwe besitter en die einde van die voormalige besitter se termyn.¹⁵⁰ Dit alles doen nie daaraan afbreuk nie dat ten einde besit van 'n onroerende saak deur middel van inbesitneming te verkry 'n bepaalde voortdurendheid van besitsdade vereis word. Dit sal egter telkens van die verkeersopvatting afhang hoe lank hierdie termyn moet wees.

11 6 4 2 3 Samevatting

Uit voorgaande bespreking volg dit dat 'n saak eensydig toegeëien word deur 'n voornemende besitter wanneer hy sodanige magshandeling ten aansien daarvan

147 Asser-serie *Zakenrecht* I 118.

148 Vgl art 601 lid 1 sub 1° en 603.

149 Asser-serie *Zakenrecht* I 119.

150 Ibid.

uitvoer dat hy ingevolge die heersende verkeersopvattinge as besitter daarvan beskou kan word. Die vereistes wat daar gestel word vir die daadwerklike beheer wat so 'n persoon oor die saak moet uitoefen, sal verskil na gelang daarvan of die saak roerend of onroerend is. Die beheer wat daar van die persoon wat op besit aanspraak maak, geverg word, hoef nie noodwendig direk of fisies te wees nie; dit moet net as daadwerklike beheer beskou kan word, en die tipe beheer sal van geval tot geval en van tyd tot tyd verskil.

11 6 4 3 Lewering (overdracht)

11 6 4 3 1 Inleiding

Artikel 114 boek 3 bepaal dat 'n besitter sy besit van 'n saak aan die verkryger oordra deur laasgenoemde in staat te stel om dié beheer daarvoor uit te oefen wat hy voorheen daarvoor uitgeoefen het.¹⁵¹ Besitverkryging by wyse van lewering geskied dus met die medewerking van die regsvoorganger en word as die normale (afgeleide) wyse van verkryging beskou.

11 6 4 3 2 Bespreking

Letterlike oordrag en feitlike oorgawe van die saak was aanvanklik 'n vereiste vir lewering as wyse waarop besit verkry kon word. Tans word daar egter nie meer vereis dat die verkryger die saak fisies in ontvangs moet neem nie.¹⁵² Die verskaffing van

151 "Een bezitter draagt zijn bezit over door de verkrijger in staat te stellen die macht uit te oefenen, die hij zelf over het goed kon uitoefenen." Vgl ook art 115 bk 3: "Voor de overdracht van het bezit is een tweezijdige verklaring zonder de feitelijke handeling voldoende: (a) wanneer de vervreemder de zaak bezit en hij haar krachtens een bij de levering gemaakt beding voortaan voor de verkrijger houdt; (b) wanneer de verkrijger houder van de zaak voor de vervreemder was; (c) wanneer een derde voor de vervreemder de zaak hield, en haar na de overdracht voor de ontvanger houdt. In dit geval gaat het bezit niet over voordat de derde de overdracht heeft erkend, dan wel de vervreemder of de verkrijger de overdracht aan hem heeft medegedeeld." Sien verder hieronder. Vgl ook Gerbrandy 1960 *RMThemis* 231 247. Sien HR 1 november 1929 *NJ* 1929 1745 1757 1749; HR 11 januari 1952 *NJ* 1952 216 218; HR 10 februari 1978 *NJ* 1979 1030 1040.

152 So word daar besit van 'n brief verkry op die moment waarop dit in die posbus geplaas word, al sou die verkryger op daardie stadium op 'n lang reis wees. Vgl Pitlo *Zakenrecht* 71. Mijnsen 1972 *WPNR* 5166 137 wys ook daarop dat 'n feitlike handeling nie nodig is vir oordrag nie.

feitelike besit word met ander woorde nie meer vereis nie, en dis bloot die reg op heerskappy wat oorgedra word.¹⁵³ Elke besitter, tereg of ten onregte, gee voor om reghebbende van die saak te wees.¹⁵⁴ Die begrip besitverkryging is aansienlik uitgebrei met dié dat die inhoud van besit uitgebrei het vanaf feitelike beheer tot maatskaplik erkende beheer.¹⁵⁵

Die verskaffing van besit vind plaas op so 'n wyse dat die verkryger daadwerklike beheer oor die saak verkry, maar dit hoef nie met daadwerklike oordrag gepaard te gaan nie.¹⁵⁶ Verkeersopvatting sal telkens bepaal of die verkryger deur die lewering in staat gestel is om daardie beheer oor die saak uit te oefen wat die besitter voorheen uitgeoefen het.¹⁵⁷ Daar moet onderskei word tussen gevalle waarin die oordrag geskied (a) deurdat daadwerklike beheer oor die saak aan 'n ander persoon verskaf word,¹⁵⁸ en (b) deur middel van 'n ooreenkoms sonder enige feitelike handeling.¹⁵⁹

153 Vgl Drion 1967 *WPNR* 4942 121: "Praktisch van meer belang is...dat voor bezitsverkrijging met de wil van de bezitsvoorganger niet, of niet persé, feitelijke bezitsdade van (of namens) de verkrijger nodig zijn, terwijl deze voor bezitsverkrijging buiten de wil van de vorige bezitter wel vereist zijn." Sien ook Mijnsen 1972 *WPNR* 5166 140; Cahen 1967 *WPNR* 4963 374.

154 Pitlo *Zakenrecht* 74.

155 Ibid.

156 Vgl art 90 bk 3.

157 Vgl Pitlo *Zakenrecht* 77-78 volgens wie daar 'n gedraging tussen die vervreemder en die verkryger moes wees wat lg in staat stel om hom teenoor die buitewêreld as eienaar te legitimeer. Besitverskaffing is uiteraard die mees gewone en die mees voor-die-hand-iggende wyse om dit te bewerkstellig, maar nie die enigste manier nie. Volgens die *NBW* is daar net twee moontlikhede, te wete besitverskaffing in die gewone sin van die woord waar die verkryger die beheer oor die saak uitoefen (art 90 bk 3 lid 1), en 'n leweringsakte in alle ander gevalle (art 95 bk 3). Sien ook Asser-serie *Zakenrecht* I 121; Sniijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 126-127. Lg die verkeersopvatting kan die verkryger beheer oor die saak bekom sonder dat dit daadwerklik oorgedra word, soos wanneer 'n persoon besitter word van 'n brief wat in sy posbus gegooi word, of van goedere wat op sy grond afgelaai word. Die *BW* (art 667 lid 1) noem as voorbeeld van 'n geval waarin oordrag nie vereis is nie, die lewering van sake in 'n gebou wat geskied dmv die oordrag van die gebou se sleutels. Besitsoorgang by wyse van die oordrag van 'n sleutel word ook nie verhinder deur die feit dat die vorige besitter nog 'n sleutel het waarmee hy toegang tot die saak kan verkry nie. Die verskaffing van besit dmv oordrag kan ook plaasvind deurdat die besitter die verkryger magtig om die saak op 'n bepaalde plek af te haal.

158 In die geval van verskaffing van feitelike beheer oor roerende sake is die mees algemene wyse die feitelike oordrag van die saak, maw 'n feitelike handeling wat daadwerklike beheer van een persoon na 'n ander oordra. Wanneer die verskaffing van feitelike beheer oor 'n reg ter sprake kom, is die daadwerklike oorgawe van die saak waarop dit betrekking het, die gebruikelike wyse waarop dit plaasvind. Vgl Sniijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 125. Sien ook Gerbrandy 1960 *RMThemis* 231 247. Die feitelike oorgawe van die saak kan ook simbolies geskied in die geval van sowel roerende as onroerende sake: bv deur die verskaffing van die sleutels van 'n huis; die lewering van die sleutels van 'n pakhuis waarin graan gestoor word.

In die eerste geval verkry die nuwe besitter besit deurdat die voormalige besitter die verkryger in staat stel om daardie beheer oor die saak uit te oefen wat hyself voorheen daarvoor uitgeoefen het.¹⁶⁰ Volgens die outeurs van die Asser-serie¹⁶¹ geskied die oordrag van besit deur middel van wilsverklarings te dien effekte deur die partye wat gemanifesteer word in die verskaffing van beheer oor die saak aan die verkryger. Die verskaffing van beheer dui dus op die oordrag van besit. As die verkryger beheer oor die saak verkry het, hou hy dit en doen hy dit ook vir homself. Hy word beskou as die besitter wie se besit 'n aanvang geneem het op die tydstip toe die saak onder sy beheer gekom het. Uit die vereiste dat die persoon wat besit oordra self beheer oor die saak moet hê, volg dit dat die party wat beheer oordra, óf self óf deur middel van 'n verteenwoordiger in staat moet wees om aan die ander party daadwerklike beheer oor die saak te verskaf.¹⁶² Indien hy voor die oordrag nóg self nóg deur middel van 'n ander daadwerklike beheer oor die betrokke saak uitgeoefen het, sal die ander persoon besit net deur middel van inbesitneming kan verkry.¹⁶³

In die geval van onroerende sake lewer oordrag minder probleme op: Indien die voormalige besitter saamwerk, kan oordrag van besit plaasvind deur middel van wilsooreenstemming mits daadwerklike beheer oor die saak inderdaad uitgeoefen kan word. Daar word slegs vereis dat die vorige besitter alles in sy vermoë moet doen om die nuwe besitter in staat te stel om dieselfde beheer oor die saak uit te oefen as wat hy voorheen uitgeoefen het.¹⁶⁴ In die geval van 'n huis sal dit gevolglik byvoorbeeld gewoonlik nodig wees dat die sleutels wat toegang daartoe verleen, aan die nuwe besitter oorhandig moet word. As die vervreemder die alleenbesitter van die saak is,

159 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 120; Cahen 1967 *WPNR* 4963 373; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 124-125. Besit van 'n saak kan oorgedra word deur 'n ooreenkoms sonder dat daar daadwerklike oordrag van die saak plaasvind wanneer (a) die verkryger reeds die saak namens die vervreemder hou; (b) die vervreemder die saak besit en hy ooreenkoms om dit voortaan namens die verkryger te hou; en (c) 'n derde die saak namens die vervreemder hou en hy ooreenkoms om dit na die ooreenkoms ten behoeve van die verkryger te hou. Nav die ooreenkoms word die verkryger dan in staat gestel om die beheer wat die vervreemder voorheen gehad het, uit te oefen.

160 Vgl art 114 bk 3.

161 *Zakenrecht* I 120.

162 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 121.

163 Asser-serie *Zakenrecht* I 121.

164 Asser-serie *Zakenrecht* I 122.

kan net hy besit oordra. Maar 'n derde wat namens 'n ander hou, kan ook besit verskaf. Dit blyk uit artikel 90 boek 3 lid 1¹⁶⁵ dat die lewering van 'n roerende saak wat onder beheer van die vervreemder is, geskied deur aan die verkryger besit daarvan te verskaf. Dit volg dus dat lewering deur sowel 'n besitter as 'n nie-besitter moontlik is. Die oordrag van besit sowel as die verskaffing van daadwerklike beheer deur 'n persoon wat nie besitter daarvan is nie, bestaan uit 'n feitelike element (die in-staat-stel van die verkryger om beheer uit te oefen) en die wilsverklarings van die partye wat die verskaffing van besit aan die verkryger tot inhoud het.¹⁶⁶

11 6 4 3 3 *Traditio brevi manu*

In gevalle waarin die verkryger reeds voor die ooreenkoms die saak namens die vervreemder gehou het, staan die oordragswyse as *traditio brevi manu* bekend.¹⁶⁷ Voordat oordrag plaasvind, word beheer uitgeoefen ooreenkomstig die opdragte van die vervreemder. Wanneer die partye 'n ooreenkoms bereik, word daar ooreengekom dat die verkryger voortaan beheer in sy eie belang sal uitoefen, en dat beheer van die saak uitsluitlik by die verkryger sal berus.¹⁶⁸ Dit is belangrik om daarop te let dat dit vir die verkryging van besit op hierdie wyse nie noodsaaklik is dat die persoon die saak persoonlik moes beheer het voor die sluiting van die ooreenkoms nie.¹⁶⁹ As 'n persoon byvoorbeeld 'n motor gehuur het en die voertuig is iewers in 'n parkeergarage, kan hy besit daarvan by wyse van *traditio brevi manu* bekom sonder dat die eienaar van die garage daarvan in kennis gestel word.¹⁷⁰ Dit is die gevolg daarvan dat 'n houer namens 'n ander mag hou.¹⁷¹ Besit van sowel roerende as

165 Vgl hfst 11 3 1.

166 Asser-serie *Zakenrecht* I 123.

167 Vgl hierbo art 115(b) bk 3 wat bepaal dat besit oorgedra word deurdat die besitter met die verkryger, wat alreeds die saak hou, ooreenkom dat lg voortaan besitter sal wees. Sien ook Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 126; T & C (Huijgen) 128.

168 Vgl art 115(b) bk 3.

169 Sien Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 127-128 wat daarop wys dat 'n saak ook deur 'n houer op hierdie wyse gelewer kan word.

170 Asser-serie *Zakenrecht* I 124.

171 Vgl art 107 bk 3 lid 4: "Houderschap is op overeenkomstige wijze onmiddellijk of middellijk." Sien ook Asser-serie *Zakenrecht* I 106 wat die voorbeeld noem van die garage-eienaar wat die motor hou namens die huurder wat dit daar laat.

onroerende sake kan by wyse van traditio brevi manu verkry word.¹⁷² Wanneer oordrag ingevolge traditio brevi manu geskied, is 'n enkele verklaring sonder enige daadwerklike handeling gevolglik heeltemal voldoende ten einde besit van die saak te laat oorgaan, en kom die korporele element glad nie ter sprake nie.¹⁷³

11 6 4 3 4 *Constitutum possessorium*

Besit kan ook verkry word deurdat die besitter, met ander woorde iemand wat vir homself hou, verklaar dat besit van die betrokke saak oorgedra word en dat hy in die toekoms die saak namens die nuwe besitter, en met laasgenoemde se toestemming, sal hou.¹⁷⁴ Hierdie wyse van lewering is geldig ongeag of die saak onder beheer van die vervreemder self is, of dié van 'n derde wat namens hom beheer oor die saak uitoefen.¹⁷⁵ Oordrag van besit op hierdie wyse kan nie deur 'n houer geskied nie.¹⁷⁶ Indien 'n derde in beheer van die saak is, word die vervreemder middellike houer ten behoeve van die verkryger. Hierdie wyse van besitoordrag is vroeg al deur die Hoge Raad erken¹⁷⁷ en het in die handel onmisbaar geword. Dit was egter nie altyd maklik om hierdie leweringswyse van lewering traditio brevi manu te onderskei nie.¹⁷⁸ In die

172 Sien Asser-serie *Zakenrecht* I 124-125.

173 Vgl Pitlo *Zakenrecht* 78.

174 Vgl art 115(a) bk 3 hierbo. Sien ook Pitlo *Zakenrecht* 79; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 125-126; T & C (Huijgen) 127.

175 Sien Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 127; T & C (Huijgen) 127.

176 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 126; Drion 1967 *WPNR* 4942 121; Gerbrandy 1960 *RMThemis* 231 248; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 128; T & C (Huijgen) 128. Sien ook HR 8 juni 1973 *NJ* 1974 929 935.

177 Vgl HR 26 november 1841 W 249; 22 februari 1889 W 5684; 10 november 1916 *NJ* 1916 1314 W 10065. Alhoewel daar aanvanklik vir die lewering van 'n roerende saak in beginsel vereis is dat besit dmv 'n feitelike handeling verskaf moet word, het die Hoge Raad reeds in die vorige eeu sodanige handeling onder die begrip "overgave" ingereken wat die verskuiwing van mag tot gevolg gehad het sonder dat dit na buite sigbaar was. Sien Mijnsen 1983 *WPNR* 5654 345. Vgl in verband hiermee ook HR 1 november 1929 *NJ* 1929 1745 waar beslis is dat oordrag van besit vir die lewering van 'n roerende saak vereis word. Daarvoor word net vereis dat die besitter sodanige handeling(e) moet verrig as wat nodig is om die persoon aan wie hy die saak wil oordra, in staat te stel om voortaan die mag uit te oefen wat hy tot op daardie stadium uitgeoefen het.

178 Vgl HR 18 februari 1966 *NJ* 1967 385 392. In hierdie saak het dit gehandel oor die oordrag van besit van sake wat aan 'n boedel behoort het en wat gesamentlik deur die vervreemder en verkryger gebruik is. Vir die vervreemder was dit 'n geval van oordrag van besit dmv constitutum possessorium, terwyl dit vir die verkryger 'n geval was van die verkryging van besit by wyse van traditio brevi manu.

Nieuw Burgerlijk Wetboek is dit deur 'n stil pandreg vervang.¹⁷⁹

11 6 4 3 5 *Traditio longa manu (attornment)*¹⁸⁰

Ingevolge artikel 115 boek 3(c) kan oordrag van besit ook geskied deurdat 'n derde wat die saak namens die vervreemder hou, dit ná die oordrag ten behoeve van die verkryger hou. In hierdie geval word besit nie oorgedra alvorens die derde oordrag erken het of daarvan in kennis gestel is deur óf die vervreemder óf die verkryger nie.¹⁸¹ Die wil van die houer moet egter nie oorskat word nie, en soos in alle ander gevalle van besitoordrag, moet hier ook gelet word op die verkeersopvattinge.¹⁸² Indien die besitter sodanige handeling verrig het as wat die verkryger in staat sal stel om in die toekoms dieselfde beheer oor die saak uit te oefen as wat hy tot op daardie stadium gedoen het, sal dit as voldoende gereken word. Hierdie wyse van besitoordrag kan ook deur 'n houer geskied: Die saak word feitelik deur die verkryger beheer uit hoofde van sy regsverhouding met die derde.¹⁸³

11 6 4 3 6 *Traditio sine manu*¹⁸⁴

Hierdie is 'n uitsonderlike geval wat tussen lewering *constituto possessorio* en oordrag *brevi manu* val en is van toepassing waar twee persone bepaalde sake wat aan die een behoort, gemeenskaplik gebruik.¹⁸⁵ Op 'n bepaalde tydstip skenk die eienaar

179 Vgl hfst 11 10 3.

180 Vgl hfst 11 3 1 2.

181 Vgl art 37 bk 3 lid 3: "Een tot een bepaalde persoon gerichte verklaring moet, om haar werking te hebben, die persoon hebben bereikt." Sien ook Asser-serie *Zakenrecht* I 128. Sien verder Pitlo *Zakenrecht* 83; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 126-127; T & C (Huijgen) 128. Hierdie kennisgewing kan op enige wyse gegee word.

182 Vgl HR 1 nov 1929 *NJ* 1929 1745 1747 1749.

183 Vgl Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 127; T & C (Huijgen) 128.

184 Dit staan ook as *compossessio* bekend wat daaruit afgelei word dat die besitters gedeelde mag bly uitoefen.

185 Vgl Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 127. Sien ook Mijnsen 1972 *WPNR* 5166 139 wat van mening is dat hier nie sprake is van 'n vierde vorm van oordrag deur suiwer wilsooreenstemming nie, maar dat dit net 'n mengvorm is van *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium*. Hy verwys ook (140) met goedkeuring na die standpunt van Cahen volgens wie die vorm van die oordrag nie afhanklik is van die feitelike situasie nie, maar van die mate van heerskappy wat die partye by die oordrag aan die verkryger verleen het. Vgl verder HR 18 februari 1966 *NJ* 1967 385 391-392.

die betrokke saak (sake) aan die ander persoon, maar hulle gaan rustig voort om dit op dieselfde wyse as voorheen te gebruik. Na die dood van die eienaar, eis die erfgename van die oorledene die sake op en beweer dat die ontvanger nooit eienaar daarvan geword het nie aangesien dit nie oorgedra is nie. Die vraag is dus nie soseer of daar 'n skenking was nie, maar of die saak inderdaad gelewer is. Die Hoge Raad¹⁸⁶ bevind dat besit en eiendomsreg wel oorgedra is en dat lewering plaasgevind het deur die verklaring van die voormalige eienaar dat hy eiendomsreg van die sake aan die ander persoon oordra en die verklaring van laasgenoemde dat die sake daarna aan haar in eiendom sou toekom. In hierdie geval bekom die verkryger deur middel van die partye se verklarings besit van die sake wat sy reeds gebruik, en word geen verdere handeling vereis ten einde feitelike beheer oor die sake te verwerf nie.¹⁸⁷ Sowel 'n besitter as 'n houer kan 'n saak op hierdie wyse lewer.¹⁸⁸

11 6 4 3 7 *Lewering by wyse van dokumente*

Wanneer ondersoek ingestel word na die verskaffing van besit van 'n saak onder beheer van 'n derde, moet daar ook op gelet word dat lewering voorts kan geskied deur middel van 'n sogenaamde sakeregtelike dokument (byvoorbeeld 'n kognossement of seël), en dat besit van die betrokke saak dan oorgedra word wanneer die dokument oorgedra word.¹⁸⁹ In sodanige gevalle word daar aangeneem dat die houer van die dokument deur die afgifte van die dokument te kenne gee dat hy die saak sal hou vir elke opeenvolgende eienaar van die dokument.¹⁹⁰

11 6 4 3 8 *Samevatting*

Uit die oorsig hierbo volg dit dat die daadwerklike fisiese oorgawe van die betrokke saak waarvan besit oorgedra word, as vereiste vir die oorgawe van besit in die praktyk

186 18 februari 1966 *NJ* 1967 109.

187 *Pitto Zakenrecht* 81.

188 *Snijders & Rank-Berenschot Goederenrecht* 127.

189 *Asser-serie Zakenrecht* I 129. Vgl ook HR 1 november 1929 *NJ* 1929 1745 1747 1749; HR 10 februari 1978 *NJ* 1979 1030 1042.

190 Vgl HR 10 februari 1978 *NJ* 1979 338.

steeds minder belangrik word. Cahen¹⁹¹ kom tot die gevolgtrekking dat besitverskaffing as leweringsvorm plaasvind deur middel van die toekenning van sogenaamde geformaliseerde besit aan die verkryger. Indien hierdie opvatting aanvaar word, is dit nie juis sinvol om besitverkryging by wyse van ooreenkoms te onderskei van besitverskaffing deur middel van die verlening van daadwerklike beheer nie.¹⁹²

11 7 Die behoud van besit

Ingevolge artikel 117 boek 3 lid 1¹⁹³ behou 'n persoon besit van 'n bepaalde saak mits besit nie prysgegee word of 'n ander persoon besit ten aansien daarvan verkry nie. Die *Burgerlijk Wetboek*¹⁹⁴ het bepaal dat besit verlore gegaan het indien 'n saak verloor is, maar kragtens die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* vind besitverlies nie in gevalle van saakverlies plaas nie.¹⁹⁵

11 8 Die beskerming van besit

11 8 1 Inleiding

Die beskerming van besit word gereël deur artikel 125 van boek 3 wat soos volg bepaal:

(1) Hij die het bezit van een goed heeft verkregen, kan op grond van een daarna ingetreden bezitsverlies of bezitsstoornis tegen derden dezelfde rechtsvorderingen instellen tot terugverkrijgen van het goed en tot opheffing van de stoornis, die de rechthebbende op het goed toekomen. Nochtans moeten deze rechtsvorderingen binnen het jaar na het verlies of de stoornis worden ingesteld.

191 1967 *WPNR* 4963-4964 374 388.

192 Asser-serie *Zakenrecht* I 129.

193 "Een bezitter van een goed verliest het bezit, wanneer hij het goed kennelijk prijsgeeft, of wanneer een ander het bezit van het goed verkrijgt."

194 Art 602 sub 2.

195 Vgl hfst 11 9 2.

(2) De vordering wordt afgewezen, indien de gedaagde een beter recht dan de eiser heeft tot het houden van het goed of de storende handelingen krachtens een beter recht heeft verricht, tenzij de gedaagde met geweld of op heimelijke wijze aan de eiser het bezit heeft ontnomen of diens bezit heeft gestoord.

(3) Het in dit bedoelde artikel bepaalde laat voor de bezitter, ook nadat het in het eerste lid bedoelde jaar is verstreken, en voor de houder onverlet de mogelijkheid een vordering op grond van onrechtmatige daad in te stellen, indien daartoe gronden zijn.

11 8 2 Bespreking

Besitbeskerming ingevolge die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* het radikaal met die ou reg gebreek.¹⁹⁶ Die besitter self of 'n persoon wat namens 'n ander hou kan ingevolge artikel 125 boek 3 lid 3 teen feitlike steurnis van die magsuitoefening optree met 'n aksie uit die onregmatige daad.¹⁹⁷ Hierdie besitter of houer kan teen enigeen optree, al sou laasgenoemde ook 'n beter reg op die saak hê.¹⁹⁸ Hierdie aksie is offensief van aard, en die besitter of houer eis die herstel van die vorige toestand.

Kragtens artikel 125 boek 3 lid 1 kan 'n besitter op grond van besitverlies of besitstoornis wat ingetree het nadat hy besit van die saak verkry het, dieselfde regsvoorwendinge ter terugwending van die saak of ter opheffing van die steurnis teen derdes instel as wat die reghebbende op die saak toekom. Die besitter het in die geval van verlies of steurnis van besit van die betrokke saak 'n aanspraak op die teruggawe daarvan of die opheffing van die stoornis. Indien 'n persoon wat 'n saak hou - óf vir homself óf namens 'n ander - in die uitoefening van sy beheer gesteur word, hoef dit nie noodwendig gepaard te gaan met die ontneming van besit of met

196 Vgl Zwalve 1978 *WPNR* 5429 218 wat daarop wys dat dit 'n kombinasie is van die Romeinsregtelike *actio Publiciana* en die besitinterdikte. Die artikel beskerm enersyds die besitter teen enigeen behalwe 'n persoon wat 'n beter reg as hy op die saak het, en andersyds word diegene met 'n beter reg nie beskerm indien die besit met geweld of heimlik van die eiser verkry het nie. Sien ook Drion 1967 *WPNR* 4941 110-112; Gerbrandy 1960 *RMThemis* 231 250 ev.

197 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 146-147; Gerbrandy *RMThemis* 1960 231 254-256; Pitlo *Zakenrecht* 90-91.

198 Vgl art 125 bk 3 lid 3.

die bewering van die een wat die inbreuk pleeg dat hy 'n beter reg het nie. Die sakeregtelike eis is nie gerig op die suiwer feitelike steurnis nie, maar wel op die ontneming van besit of op steurnis waardeur die besitreg geskend word. Artikel 125 van boek 3 maak van besitverlies melding, en dit dui op iets anders as bloot feitelike verlies van beheer. Dit wil dus voorkom of lid 1 daarop gerig is om die besitreg te handhaaf, terwyl lid 3 veral teen feitelike inbreukmaking op besit gerig is. In die geval van die regspolitiese funksie is dit eerder die magsposisie as die regsposisie wat beskerm word, en dit handel dus eerder oor die handhawing van orde as die handhawing van 'n bepaalde regstoestand.¹⁹⁹

In die geval van 'n aksie gebaseer op onregmatige daad kan die regter herstel in die vorige toestand beveel, soos die teruggawe van 'n roerende saak, maar hy hoef dit nie te doen nie; in die geval van 'n vordering gegrond op die sakeregtelike funksie, moet hy die teruggawe van die saak of die opheffing van die steurnis beveel.²⁰⁰

11 8 3 Samevatting

Dit blyk uit hierdie kort bespreking van die beskerming van besit en houerskap dat daar duidelik onderskei moet word tussen die sakeregtelike en regspolitiese funksies van besit wanneer die beskerming van 'n persoon se besit of houerskap van 'n saak ter sprake kom, en dat daar na aanleiding daarvan oorweging geskenk moet word aan die feitelike beheer al dan nie wat oor die saak uitgeoefen is voordat die besit of houerskap van die saak aangetas is. Ingevolge artikel 125 van boek 3 geniet die besitter beskerming mits hy 'n beter reg op die saak het. Die enigste uitsondering hierop is wanneer die persoon wat hom sy besit ontnem het, dit met geweld gedoen het, in welke geval hy ook die saak kan terugeis. Hieruit volg dit dat besit nie sonder meer beskerm word nie, maar dat - tensy daar geweld by die ontnemingshandeling betrokke was - net regmatige besit beskerm word. Die rol van fisiese beheer is hier dus aansienlik kleiner as byvoorbeeld in die Suid-Afrikaanse reg waar besit sonder

199 Vgl ook hfst 12 7 2.

200 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 149.

meer beskerm word.²⁰¹

11 9 Die verlies van besit

11 9 1 Inleiding

Besit van 'n saak gaan ingevolge artikel 117 boek 3 lid 1²⁰² verlore wanneer 'n saak klaarblyklik prysgegee word²⁰³ of wanneer besit op enige wyse²⁰⁴ deur 'n ander verkry word. Voorts kan dit ook verlore gaan indien die saak tot niet gaan.²⁰⁵

11 9 2 Bespreking

Daar word deur die wetboek vereis dat die prysgawe "kennelijk" moet wees, en dit beteken dat dit duidelik uit die voormalige besitter se handeling moet blyk dat hy afstand wil doen van sy besit van die saak.²⁰⁶ Sy wil moet uit sy uiterlike handeling afgelei kan word. Snijders en Rank-Berenschot²⁰⁷ wys daarop dat daar nie ligtelik aangeneem sal word dat 'n saak prysgegee is nie. Alhoewel dit nie 'n vereiste is dat daar doelbewus van die saak afstand gedoen moet word nie, is dit volgens hulle moeilik om kennelike prysgawe sonder opset voor te stel, gesien in die lig daarvan dat geen besitdade nodig is vir die behoud van besit nie. Ingevolge artikel 117 boek 3 lid 2²⁰⁸ duur besit voort tensy een van die gronde van besitverlies soos genoem in lid 1 sig voorgedoen het. Dit is interessant om daarop te let dat verkeersopvatting hier geen rol te speel het nie: Besit duur voort al word daar geen feitelike beheer uitgeoefen nie en al is daar geen wil om te besit nie. Besit bly behoue al sou dit ook

201 Vgl hfst 12 7 2.

202 Vgl hfst 11 7.

203 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 132.

204 Vgl Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 122; *T & C* (Huijgen) 129.

205 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 132.

206 Let daarop dat in die geval van roerende sake die wil om van besit van 'n saak afstand te doen saamhang met die wil om eiendomsreg tav die betrokke saak te verloor, terwyl in die geval van onroerende sake die prysgawe van besit van die saak nie die verlies van eiendomsreg tot gevolg het nie. Vgl verder Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 129; *T & C* (Huijgen) 129.

207 *Goederenrecht* 122.

208 "Zolang niet een der in het vorige lid genoemde gronden van bezitsverlies heeft voorgedaan, duurt een aangevangen bezit voort."

ingevolge die verkeersopvatting voorkom of dit beëindig is.²⁰⁹ Die verlies van 'n saak dui dus nie noodwendig op die verlies van besit ten aansien daarvan nie.²¹⁰ Die verloorder bly besitter van die saak totdat 'n ander dit vind en toeëien.²¹¹ Verlies van 'n saak word gevolglik nie in die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* as 'n wyse van verlies van besit aangedui nie aangesien geen feitelike daad vereis word vir die voortbestaan van besit nie. Besitverlies van 'n saak tree ook in wanneer dit gesteel word aangesien die dief deur toe-eiening besit daarvan verkry.²¹²

Besit gaan uiteraard ook verlore indien 'n ander persoon besit van die saak verkry in ooreenstemming met die wil van die voormalige besitter. In sodanige geval word besit deur lewering oorgedra. Iemand kan ook teen die wil van die voormalige besitter besit. Kragtens die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* gaan besit in hierdie gevalle verlore aangesien dit nie moontlik is dat twee persone dieselfde saak terselfdertyd kan besit nie (behalwe in die geval van medebesit). Die voormalige besitter behou egter vir 'n jaar lank die reg om die saak terug te vorder.²¹³ Hieruit wil dit voorkom of die nuwe besitter weliswaar besit van die saak verkry, maar dit nie as verweer kan opper teen die persoon van wie hy die besit ontnem het nie.²¹⁴

Besit kan ook deur die toedoen van 'n tussenpersoon verloor word deurdat sodanige persoon bepaalde feitelike handeling verrig.²¹⁵ Wanneer 'n tussenpersoon 'n bepaalde saak aan 'n ander oordra, met die opdrag om dit in sy eie naam namens die besitter oor te dra, verkry die derde aan wie die saak oorgedra word, direk besit van

209 Vgl T & C (Huijgen) 129.

210 Sien Sniijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 122. Vgl egter Pitlo *Zakenrecht* 89-90 volgens wie besit ook tot niet gaan wanneer die saak verlore raak.

211 Indien 'n saak op straat uit die besitter se sak sou val, sou besit daarvan nie onmiddellik verlore gaan nie: Die vinder daarvan is bloot houër van die saak tensy hy die saak dadelik vir homself sou toe-eien en hom as besitter sou gedra. Vgl Sniijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 122. 'n Persoon bly dus besitter van oorstroomde grond, 'n troeteldier wat weggeloop het (indien die dier wegloop en nie meer gevind kan word nie, maw daar moes 'n poging aangewend gewees het om dit te vind, word besit geag verlore te gegaan het - sien Asser-serie *Zakenrecht* I 133) of 'n verlore saak mits 'n ander persoon nie besit daarvan verkry het nie.

212 Sniijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 122.

213 Vgl art 125 bk 3 lid 1.

214 Asser-serie *Zakenrecht* I 133.

215 Vgl Asser-serie *Zakenrecht* I 140.

die opdraggewer.²¹⁶ Dit is vanselfsprekend omdat die vervreemder ook die bedoeling gehad het om besit oor te dra, maar dit is moontlik dat 'n ander persoon as wat hy in gedagte gehad het, uiteindelik besit van die saak verkry. Die basiese reël by die verlies van 'n saak is dat die besitter besit van sy saak verloor wanneer 'n ander besit daarvan verkry.²¹⁷ Hierdie reël berus daarop dat die besit van een persoon, wat die eksklusiewe beheer oor die betrokke saak behels, besit van 'n ander oor dieselfde saak uitsluit. Dit lei dan daartoe dat indien 'n tussenpersoon, bevoeg of onbevoeg, besit van 'n saak aan 'n derde verskaf, die oorspronklike besitter besit van die saak verloor.

11 9 3 Samevatting

Uit hierdie uiteensetting volg dit dat besit verlore kan gaan op enige van die wyses wat spesifiek in die wetboek genoem word, en dat dit óf deur die optrede van die besitter self óf deur 'n handeling van 'n tussenganger kan geskied. Voorts is dit moontlik dat besitverlies kan intree as gevolg van 'n ander oorsaak wat die totnietgaan van die betrokke saak tot gevolg het. Opsommenderwys kan daar gesê word dat 'n besitter se besit van 'n saak tot niet gaan wanneer dit as gevolg van een of ander rede nie meer vir hom moontlik is om beheer oor die saak uit te oefen nie.

11 10 Pandreg

11 10 1 Omskrywing

Artikel 227 boek 3 lid 1 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal:

Het recht van pand en het recht van hypotheek zijn beperkte rechte, strekkende om op de daaraan onderworpen goederen een vordering tot voldoening van een geldsom bij voorrang boven andere schuldeisers te verhalen. Is het recht op een registergoed gevestigd, dan is het een recht van hypotheek; is het recht

216 Asser-serie *Zakenrecht* I 140.

217 Vgl art 117 bk 3 lid 1.

op een ander goed gevestigd, dan is het een recht van pand.²¹⁸

11 10 2 Inleiding

Dit kan as uitgangspunt gestel word dat die vestigingshandeling van 'n pandreg in beginsel op dieselfde wyse plaasvind as wat vir lewering van die te verpande saak voorgeskryf is.²¹⁹ Volgens artikel 236 boek 3 lid 1 word 'n pandreg op 'n roerende saak gevestig deur die saak onder beheer te bring van die pandhouer of van 'n derde ten aansien van wie die partye dienooreenkomstig ooreengekom het.

11 10 3 Elemente van fisiese beheer

Die vestigingsvereiste vir 'n pandreg, naamlik dat die saak²²⁰ onder die mag of beheer van die pandhouer of 'n aangewese derde gebring moet word, het tot gevolg dat die pandhouer slegs houer van die pandsaak word en nie besitter daarvan nie.²²¹ Hierdie vorm van pand staan as vuispand bekend.²²²

'n Pandreg kan wel deur middel van traditio brevi manu gevestig word, in welke geval die saak alreeds ten tye van vestiging nie meer onder beheer van die pandgewer is

218 Sien verder Pitlo *Zakenrecht* 443: "Pandrecht is het zakelijk recht op eens anders, hiertoe speciaal verbonden, roerende niet-registerzaak, dienende om een vordering bij voorrang op de executieopbrengst van de zaak te verhalen." Vgl ook Sniijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 473. Hierdie vorm van pand staan as vuispand bekend. Art 237 behandel besitlose pandreg en art 239 stil pandreg.

219 Sien *T & C* (Huijgen) 190. Vgl ook art 236 bk 3: (1) "Pandrecht op een roerende zaak, op een recht aan toonder of order, of op het vruchtgebruik van een zodanige zaak of recht, wordt gevestigd door de zaak of het toonder- of orderpapier te brengen in de macht van de pandhouder of van een derde omtrent wie partijen zijn overeengekomen. (2) Op andere goederen wordt pandrecht gevestigd op overeenkomstige wijze als voor de levering van het te verpanden goed is bepaald." Die vereiste dat die pandsaak na vestiging van die pandreg nie meer onder beheer van die pandgewer mag wees nie, sluit constitutum possessorium as wyse van vestiging heeltemal uit.

220 Hieronder word ingesluit 'n pandreg op 'n roerende saak, 'n toonder- of ordervordering of 'n vruggebruik. Sover dit die vestigingsvereiste by verpanding betref, word regte aan toonder of order aan roerende sake gelykgestel.

221 Vgl Sniijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 475. Sien ook Pitlo *Zakenrecht* 449. Lg wys voorts daarop dat die pandhouer die pandsaak net vir doeleindes van sekuriteit onder sy beheer het, en dat hy nie daarop geregtig is om dit te gebruik nie (454).

222 Clausing *Vermogensrecht NBW* 79.

nie. Die houer, wat die saak voorheen as bruiklener of huurder gehou het, hou dit na vestiging as pandhouer.²²³ Die vestigingshandeling neem in sodanige gevalle die vorm van 'n ooreenkoms aan.²²⁴ Voorts kan 'n saak wat onder beheer van 'n derde is, ook verpand word. Kennisgewing van die verpanding laat die pandreg tot stand kom. Die houer, wat aanvanklik net vir die eienaar gehou het, hou na die totstandkoming van die pandreg namens sowel die eienaar as die pandhouer.²²⁵ In gevalle waar die verpande saak reeds onder beheer van die derde is, kan 'n pandreg ook gevestig word deur die afgifte van die dokumente te dien effekte²²⁶ (byvoorbeeld kognossemente of seëls).²²⁷ Besit van die dokumente moet verskaf word,²²⁸ terwyl dit in die geval van verpanding juis die bedoeling is dat die pandhouer slegs houer van die objek van verpanding word. Ingevolge artikel 236 boek 3 lid 1 word hierdie regte verpand deur die papier onder beheer van die pandhouer of 'n derde te bring, en daarbenewens in die geval van orderpapiere ook die endossement van die pandhouer te vereis.²²⁹ In die geval van 'n pandreg op die vruggebruik van 'n roerende saak of reg aan toonder of order geld dieselfde vestigingsvereiste as vir 'n pandreg op die saak wat aan die vruggebruik onderhewig is, naamlik dat die saak self of die dokument onder die beheer van die pandhouer of van 'n derde gebring word, en in die geval van regte dat dit ook geëndosseer word.²³⁰

Die vestiging van 'n pandreg op 'n versameling goedere, soos 'n kudde vee, 'n biblioteek of 'n besigheid, is ook moontlik en geskied deurdat daar op elke onderdeel 'n afsonderlike pandreg gevestig word ooreenkomstig die voorgeskrewe reëls vir elke

223 Vgl Pitlo *Zakenrecht* 450.

224 Bv in die geval van art 18 van die Algemene Bankvoorwaardes ig waarvan alles wat die bank "onder zich heeft of zal krijgen" die bank tot pand dien.

225 Sien Pitlo *Zakenrecht* 450.

226 Regte aan toonder of order word in dokumente beliggaam, en beskikking daarvoor dui op beskikking oor die reg.

227 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 476.

228 Vgl art 93 bk 3: "De levering, vereist voor de overdracht van een recht aan toonder waarvan het toonderpapier in de macht van de vervreemder is, geschiedt door de levering van dit papier op de wijze en met de gevolgen als aangegeven in de artikelen 90, 91 en 92. Voor overdracht van een recht aan order, waarvan het orderpapier in de macht van de vervreemder is, geldt hetzelfde, met dien verstande dat voor de levering tevens endossement vereist is."

229 Pitlo *Zakenrecht* 452; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 476.

230 Vgl Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 477.

onderdeel.²³¹

Die vereiste dat die pandsaak aan die beheer van die pandhouer of 'n derde onderhewig gemaak moet word, lewer uiteraard probleme op.²³² Onder die *Burgerlijk Wetboek*, waar dieselfde vestigingsvereistes gegeld het, is daar gevolglik gebruik gemaak van die regsfiguur van sekerheidsoordrag sonder feitelike oorgawe van die saak. Ingevolge die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* kan dieselfde resultaat nou bereik word met die vestiging van 'n vuislose of stil pandreg.²³³ Kragtens artikel 237 boek 3 is dit moontlik om 'n pandreg op 'n roerende saak, op 'n reg aan toonder of op die vruggebruik van sodanige saak te vestig by wyse van óf 'n outentieke óf 'n geregistreerde onderhandse akte sonder dat die saak of die toonderpapier onder beheer van die pandhouer of die derde gebring hoef te word.²³⁴ Artikel 239 boek 3 bepaal dat 'n stil pandreg op 'n vordering op naam fidusiêre sessie in die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* vervang.²³⁵ Die vuislose pandgewer behou beheer oor die verpande saak, en dit bied derhalwe die geleentheid tot gebruik van die saak alhoewel daadwerklike beheer nie sonder meer beteken dat die betrokke persoon ook die bevoegdheid het om die saak te gebruik nie.²³⁶ Ingevolge die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* het die vuislose pandgewer wel die reg om van die verpande saak wat onder sy beheer is, gebruik te maak.²³⁷ Daar word egter beperkinge geplaas op die omvang van sodanige gebruik van die verpande saak, en as algemene reël kan dit

231 Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 475.

232 Soos wanneer die voorraad van 'n besigheid daadwerklik aan die pandhouer gelewer moet word, en die pandgewer dus nie met sy werksaamhede sal kan volhou nie.

233 Vgl art 237 bk 3 lid 1: "Pandrecht op een roerende zaak, op een recht aan toonder, of op het vruchtgebruik van een zodanige zaak of recht, kan ook worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder dat de zaak of het toonderpapier wordt gebracht in de macht van de pandhouder of van een derde." Sien verder Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 479. Vir 'n historiese oorsig van stil pandreg, vgl Van Mierlo *Fiduciaire Zekerheid* 175 ev.

234 Vgl *T & C* (Huijgen) 191; Van Mierlo *Fiduciaire Zekerheid* 178-179.

235 "Pandrecht op een tegen een of meer bepaalde personen uit te oefenen recht dat niet aan toonder of order luidt, of op het vruchtgebruik van een zodanig recht kan ook worden gevestigd bij authentieke of geregistreerde onderhandse akte, zonder mededeling daarvan aan de personen, mits dit recht op het tijdstip van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat of rechtstreeks zal worden verkregen uit een dan reeds bestaande rechtsverhouding."

236 Sien Van Mierlo *Fiduciaire Zekerheid* 186.

237 Vgl Van Mierlo *Fiduciaire Zekerheid* 186 wat daarop wys dat dit hom uit hoofde van sy eienaarskap van die verpande saak in beginsel vrystaan om die saak tot uitsluiting van alle derdes te benut.

gestel word dat sy gebruik daarvan nie mag bots met die sekerheidsregte van die vuislose pandhouer nie.²³⁸ Die feit dat die stil pandreg gevestig kan word sonder dat die saak onder beheer van die pandhouer hoef te kom, maak dit selfs moontlik om so 'n stil pandreg te vestig op 'n saak wat nie (meer) onder beheer van die pandgewer is nie, aangesien dit byvoorbeeld alreeds met 'n vuispand beswaar is.²³⁹ Dit is belangrik om op te let dat die pandhouer daarop geregtig is om onder bepaalde omstandighede te eis dat die saak of die toonderpapiere onder sy beheer of dié van 'n derde moet kom, en dat die stil pandreg sodoende in 'n vuispand verander word.²⁴⁰

11 10 4 Samevatting

Uit hierdie bespreking blyk dit dat 'n pandreg aanvanklik gevestig is deur die sekerheidsobjek buite die mag van die pandgewer te stel.²⁴¹ Alhoewel dit gewoonlik beteken het dat die saak in die mag van die pandhouer kom, kon dit ook onder beheer van 'n derde kom indien die pandgewer en die pandhouer dit daarvoor eens was. In sodanige geval was dit belangrik dat die saak nie meer onder die beheer van die pandgewer mag gewees het nie. Dit kon onder meer gedoen word deur 'n ooreenkoms te dien effekte dat die pandgewer nie meer alleen oor die pandsaak kan beskik nie. Die instelling van 'n vuislose of stil pandreg in die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* het dit nou egter wel moontlik gemaak om 'n pandreg op 'n roerende saak te vestig sonder dat die saak of die toonderpapier onder beheer van die pandhouer of 'n derde gebring hoef te word. Die pandgewer behou gevolglik beheer oor die saak en is bevoeg om beperkte gebruik daarvan te maak.

238 Ibid.

239 Vgl Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 480; *T & C* (Huijgen) 191; Van Mierlo *Fiduciaire Zekerheid* 189 204-205.

240 Sien Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 483. Vgl ook art 237 bk 3 lid 3.

241 Vgl Pitlo *Zakenrecht* 449.

11 11 Die beskerming van pandreg

11 11 1 Omskrywing

Artikel 245 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal soos volg:

Tot het instellen van rechtsvorderingen tegen derden ter bescherming van het verpande goed is zowel de pandhouder als de pandgever bevoegd, mits hij zorg draagt dat de ander tijdig in het geding wordt geroepen.

11 11 2 Bespreking en samevatting

Ingevolge hierdie artikel is sowel die pandgewer as die pandhouer op beskerming geregtig. Daar word niks verder gesê oor hierdie aspek nie, en die afleiding moet gevolglik gemaak word dat die pandgewer op dieselfde beskerming as die eienaar geregtig sal wees,²⁴² terwyl die pandhouer dieselfde beskerming as enige ander houer sal geniet.²⁴³

11 12 Die beëindiging van pandreg

Pandreg gaan kragtens artikel 258 boek 3 lid 1 tot niet wanneer die saak weer in die mag van die pandgewer kom.²⁴⁴ Dit gaan vervolgens ook tot niet indien die pandsaak juridies buite die pandhouer se beheer raak, soos wanneer dit gesteel sou word of as die derde wat dit namens hom beheer het, die saak sonder sy toestemming sou vervreem.²⁴⁵ Dit word eweneens beëindig wanneer die pandsaak verlore gaan en gevolglik nie meer beheer kan word nie.²⁴⁶ Samevattend kan gesê word dat pandreg verlore gaan wanneer die direkte of die indirekte mag (beheer) van

242 Vgl hfst 11 4.

243 Vgl hfst 11 8.

244 Sien Pitlo *Zakenrecht* 450; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 508; T & C (Huijgen) 206-207.

245 Pitlo *Zakenrecht* 465.

246 Sien Pitlo *Zakenrecht* 465; Snijders & Rank-Berenschot *Goederenrecht* 507.

die pandhouer ten aansien van die pandsaak verlore gaan.²⁴⁷

Vuislose of stil pandreg gaan van regsweë tot niet wanneer die vordering waaroor dit gevestig is, tot niet gaan.²⁴⁸ Alhoewel vervreemding van die vuisloos-verpande saak gewoonlik nie die beëindiging van die pandreg tot gevolg het nie, kan dit onder bepaalde omstandighede wel tot gevolg hê dat die pandreg beëindig word.²⁴⁹

Vuislose of stil pandreg gaan ook tot niet na algehele voldoening van die skuld aangesien dit 'n aksessoriese reg is,²⁵⁰ asook wanneer die vordering waaroor dit gevestig is, tot niet gaan.

Wanneer 'n pandreg tot niet gegaan het, is die pandhouer ingevolge artikel 256 boek 3 verplig om sodanige handeling te verrig as wat die pandsaak weer onder die mag van die pandgewer sal bring.

11 13 Samevatting

Uit hierdie bondige bespreking van die beëindiging van pandreg volg dit dat pandreg verlore gaan wanneer die pandhouer se beheer (direk of indirek) van die pandsaak verlore gaan. In die geval van vuislose of stil pandreg verkry die pandhouer nie fisiese beheer van die pandsaak nie en beheer speel dus nie 'n rol by die beëindiging van die pandreg nie.

247 Pitlo *Zakenrecht* 465.

248 Vgl Van Mierlo *Fiduciaire Zekerheid* 217-218 vir 'n samevatting van die verskillende wyses waarop die vordering tot niet gaan.

249 Vgl Van Mierlo se onderskeid tussen bevoegde, onbevoegde en onbevoegde abnormale bedryfsvervreemdings (190-193 218).

250 Van Mierlo *Fiduciaire Zekerheid* 186-187.

11 14 Slotopmerkings

Ter afsluiting van hierdie hoofstuk oor die Nederlandse reg kan daar enkele samevattende opmerkings gemaak word:

Wanneer daar gekyk word na die oorspronklike wyses waarop eiendomsreg verkry kan word, is dit interessant om daarop te let dat alhoewel feitlike beheer ten aansien van die betrokke saak deurgaans vereis word, dit nie besonder streng omskryf word nie. In die geval van toe-eiening word feitlike beheer sonder enige verdere omskrywing vereis, terwyl daar in die geval van 'n skat net vereis word dat die saak ontdek moet word en dat daar 'n moontlikheid moet bestaan dat die persoon óf persoonlik óf deur middel van 'n verteenwoordiger beheer daarvoor moet kan uitoefen. By verjaring word daar van die voornemende eienaar (of sy verteenwoordiger) vereis dat hy vir 'n ononderbroke tydperk van drie jaar die saak moes beheer het asof dit aan hom behoort het. Daar sal telkens aan die hand van die heersende verkeersopvattinge bepaal word of sy beheer aan die vereistes voldoen het. Beheer word dus nooit spesifiek omskryf nie, en kan direk of indirek uitgeoefen word. Die funksie van beheer is deurgaans publisiteit.

In die geval van afgeleide verkryging van eiendomsreg geskied die oordrag van besit en eiendomsreg van roerende sake meestal tegelyk. Die funksie van besitverskaffing is publisiteit: Dit moet na buite blyk dat die persoon wat besit van die saak ontvang eienaar is en dit legitimeer hom teenoor derdes as reghebbende. Hy verkry besit indien daadwerklike beheer van die saak aan hom gelever word. Beheer kan weer eens direk of indirek wees en alhoewel daar nie vereis word dat hy inderdaad beheer moet uitoefen nie, moet hy wel in staat wees om dit te doen indien hy sou wou. Elke geval sal individueel beoordeel word ten einde aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe en die omringende omstandighede vas te stel of hy inderdaad beheer verkry het.

Alhoewel die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* geen spesifieke voorsiening maak vir die beskerming van eiendomsreg nie, is die eienaar van 'n saak geregtig om dit terug te

eis van enigeen wat dit sonder 'n reg daartoe hou. Die saak kan teruggeëis word van enigeen wat genoegsame beheer ten aansien daarvan uitoefen ten einde hom in staat te stel om dit terug te gee. In hierdie geval sou 'n mens kon sê dat beheer 'n suiwer funksionele funksie het.

Met verwysing na die verlies van eiendomsreg kan daar opgemerk word dat dit verlore gaan wanneer die eienaar beheer van die betrokke saak verloor. In sommige gevalle sal dit gepaard gaan met die bedoeling om eiendomsreg te beëindig en in ander gevalle nie en dan sal dit geskied bloot op grond van die beëindiging van fisiese beheer. Die verlies van fisiese beheer het in hierdie geval 'n publisiteitsfunksie.

Wanneer daar ondersoek ingestel word na die omskrywing en funksies van die fisiese beheer wat vereis word vir die verkryging van besit en houerskap, is dit opvallend dat dit nie juis streng omskryf word nie en dat verkeersopvattinge 'n besondere groot rol speel.²⁵¹ Die beheer kan direk of indirek uitgeoefen word en mede-besit en houerskap is moontlik. Algemeen gestel kan daar gesê word dat beheer vir doeleindes van afgeleide verkryging veel makliker erken word as in die geval van oorspronklike verkryging. Wanneer 'n saak in besit geneem word vir doeleindes van inbesitname, word daar vereis dat die voornemende besitter daadwerklike beheer ten aansien van die saak moet verkry. Of hy wel daadwerklike beheer verkry het al dan nie, sal van verskeie faktore afhang, waaronder die vraag of die saak roerend of onroerend is. Daar sal telkens vasgestel moet word of die beheer ingevolge die heersende verkeersopvattinge as daadwerklik beskou kan word. Hy sal deur die gemeenskap as besitter beskou word indien hy sodanige magshandelinge ten aansien van die saak uitvoer as wat in die bepaalde omstandighede van hom verwag word. Dit volg hieruit dat die funksie van beheer in hierdie geval publisiteit is.

Besitverkryging by wyse van lewering geskied wanneer die besitter besit van die saak

251 Art 108 bk 3 van die NBW bepaal: "Of iemand een goed houdt en of hij dit voor zichzelf of voor een ander doet, wordt naar verkeersopvatting beoordeeld, met inachtneming van de navolgende regels en overigens op grond van uiterlijke feiten." Vgl ook hfst 11 3 1 2; hfst 11 6 2; hfst 11 6 3.

aan die verkryger oordra op so 'n wyse dat laasgenoemde in staat gestel word om dieselfde beheer daarvoor uit te oefen as wat eersgenoemde voorheen uitgeoefen het. Alhoewel letterlike oordrag en feitelike oorgawe van die saak aanvanklik vereis is, word daar nie meer vereis dat die verkryger die saak fisies in ontvangs hoef te neem nie. Verskaffing van fisiese beheer is dus nie meer 'n vereiste vir lewering nie; daar word net vereis dat die verkryger 'n reg op heerskappy moet verkry. Die begrip besitverkryging is daardeur uitgebrei vanaf feitelike beheer na maatskaplik erkende beheer. Die verkryger moet daadwerklike beheer kry, maar dit gaan nie noodwendig met daadwerklike oordrag gepaard nie en daar sal telkens met verwysing na die verkeersopvatting bepaal moet word of hy inderdaad sodanige beheer van die saak verkry het al dan nie. Die funksie van beheer is in gevalle van hierdie aard weer eens publisiteit.

Artikel 125 boek 3 van die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* bepaal dat 'n besitter op grond van besitverlies of besitstoornis teen die persoon kan optree wat hom sy besit ontnem het of hom in sy besit gesteur het. Lid 1 van hierdie artikel is daarop gerig om die besitter se reg op besit te handhaaf, terwyl lid 2 eerder teen feitelike inbreukmaking op besit gerig is. Daar sal dus telkens onderskei moet word tussen die sakeregtelike en regspolitieke funksies van besit wanneer besitbeskerming ter sprake kom.

Met betrekking tot die verlies van besit kan dit gestel word dat besit van 'n saak gewoonlik verlore gaan wanneer die besitter beheer van die saak verloor, maar dat dit nie noodwendig die geval is nie. In sommige gevalle (waar 'n saak byvoorbeeld verlore gegaan het) sal die besitter besit van die saak behou ten spyte daarvan dat hy nie meer beheer oor die saak uitoefen nie. In sulke gevalle sal verkeersopvatting van geen nut wees nie aangesien geen feitelike beheer uitgeoefen word nie. Die besitter se besit sal eers verlore gaan wanneer dit deur 'n ander toegeëien word of as hy afstand sou doen van sy wil om te besit.

Met verwysing na pandreg kan daar samevattend gesê word dat 'n pandreg gevestig word deurdat die betrokke saak onder die mag of beheer van die pandhouer of 'n

aangewese derde gebring word. Die funksies van die fisiese beheer wat daar in gevalle van hierdie aard oor die pandsaak uitgeoefen word, is eerstens publisiteit en tweedens sekuriteit. Deur lewering van die pandsaak aan die pandhouer word daar voorsiening gemaak dat die pandgewer nie verder oor die saak kan beskik nie en word die pandhouer se saaklike sekerheidsreg verseker.

Die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* het egter 'n nuwe vorm van pandgewing ingevoer, te wete vuislose of stil pandreg. 'n Pandreg kan nou op 'n roerende saak gevestig word sonder dat die saak onder beheer van die pandhouer of 'n derde gebring word. Beheer van die saak bly steeds by die pandgewer wat bevoeg is om beperk daarvan gebruik te maak.

Met betrekking tot die beëindiging van pandreg kan daar samevattend gesê word dat pandreg gewoonlik verlore gaan wanneer die direkte of indirekte mag of beheer van die pandhouer ten aansien van die pandsaak verlore gaan. In die geval van vuislose of stil pandreg speel fisiese beheer van die saak deur die pandhouer uiteraard geen rol nie.

Uit hierdie kort samevatting kan daar enkele afleidings gemaak word. In die eerste plek blyk dit dat daar oor die algemeen nog streng gehou word by die vereiste van fisiese beheer en dat dit steeds aan die hand van die verkeersopvatting bepaal moet word. In die tweede plek kan opgelet word dat die verkryging van daadwerklike beheer nie as voorwaarde vir die verkryging van eiendomsreg in die geval van skatvinding vereis word nie, maar dat die blote ontdekking daarvan as voldoende beskou word. In die derde plek is dit interessant om daarop te let dat die verskaffing van fisiese beheer nie meer 'n vereiste is in die geval van lewering van besit nie, maar dat dit as voldoende gereken word indien die verkryger 'n reg op heerskappy sou verkry. In die vierde plek is die skepping van 'n vuislose of stil pandreg in die Nederlandse reg van besondere belang. Die ingeboude beskermingsmaatreëls maak voorsiening vir besware wat daarteen opgewerp sou kon word en dit los 'n hele aantal ernstige probleme op wat voorheen in die geval van 'n gewone pandreg bestaan het.

Dit wil dus voorkom of daar in die Nederlandse reg in 'n hele paar gevalle wegbeweeg word van die streng vereiste van daadwerklike beheer, en of 'n reg op beheer as genoegsaam beskou word in sodanige gevalle.

Uit bostaande bespreking volg dit ten slotte dat publisiteit die mees algemene funksie van fisiese beheer is. In enkele gevalle het dit ook 'n sekuriteits-, funksionele of bewysregtelike funksie.

AFDELING 4: DIE SUID-AFRIKAANSE REG

HOOFSTUK 12: DIE VERKRYGING, BEHOUD, BESKERMING EN VERLIES VAN EIENDOMSREG, BESIT EN HOUERSKAP ASOOK PANDREG IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

12 1 Inleiding

"Fisiese beheer" is 'n omvattende begrip wat baie algemeen in die Suid-Afrikaanse sakereg gebruik word. Dit word gewoonlik sonder omskrywing aangewend en die inhoud daarvan word telkens bepaal deur die omstandighede waarin dit voorkom. Fisiese beheer word vervolgens ondersoek ten einde te probeer vasstel wat die inhoud en doel daarvan in besondere gevalle is.

12 2 Die verkryging van eiendomsreg op oorspronklike wyse¹

12 2 1 Toe-eiening (*occupatio*)

12 2 1 1 Omskrywing

Occupatio is die eensydige toe-eiening van 'n liggaamlike saak binne die regsverkeer (*res in commercio*) wat aan niemand behoort nie (*res nullius* of *res derelicta*) met die bedoeling om eienaar daarvan te word.²

12 2 1 2 Elemente van fisiese beheer

12 2 1 2 1 Inleiding

'n Toe-eieningshandeling vir doeleindes van die verkryging van 'n liggaamlike saak

1 waaronder *occupatio*, skatvinding en verkrygende verjaring bespreek word.

2 Van der Merwe & Rabie 1974 *THRHR* 38; Van Rensburg & Van der Merwe 1978 *THRHR* 113 122; Carey Miller 1986 1; Van der Merwe 1989 217; Silberberg & Schoeman 1992 195; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 85; Sonnekus & Neels 1994 288. Vgl ook *Underwater Construction and Salvage Co (Pty) Ltd v Bell* 1968 4 SA 190 K 192: "(O)wnership is acquired as soon as there is a seizure with the intention of becoming owner."

deur middel van toe-eiening bestaan uit twee elemente, te wete fisiese beheer³ en die nodige bedoeling.⁴ Of die fisiese beheer vir die verkryging van eiendomsreg voldoende is al dan nie, hang af van die omstandighede van die geval en die aard van die saak, en word objektief bepaal.⁵

12 2 1 2 2 Regmatige beheer

Met betrekking tot die regmatigheid van beheer is daar in *Dunn v Bowyer*⁶ beslis dat iemand wat strydig met die bepalings van Ordonnansie 2 van 1912 (Natal) jag, nie eienaar van die betrokke wilde dier word nie. Die hof verwys na De Groot,⁷ Groenewegen⁸ en Voet⁹ waarvolgens 'n dier wat in stryd met wetsvoorskrifte gedood is, nie die eiendom van die jagter word nie, maar aan die koninklike wildbewaarder of houtvester oorhandig moet word. Hierdie standpunt is obiter gekritiseer in *R v Mafohla*,¹⁰ en Van der Merwe en Rabie¹¹ asook Maasdorp¹² wys daarop dat die Romeins-Hollandse regsreëls ter beskerming van wilde diere nooit in Suid-Afrika 'n rol gespeel het nie. Daar is gevolglik in *S v Frost; S v Noah*¹³ beslis dat

3 Vgl De Groot se definisie van eiendomsreg hfst 7 1 1; Voet *Commentarius ad Pandectas* 41 1 2 volgens wie hierdie element die belangrikste aspek van die omskrywing van toe-eiening is, siende dat beheer as kennisgewing van verkryging aan die buitewêreld dien.

4 Die verkryger moet óf die bedoeling hê om eienaar van die saak te word (*animus domini*) óf die bedoeling om die saak vir homself te hou (*animus rem sibi habendi*). Vgl Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 86, en sien ook Van der Merwe 1989 217.

5 Vgl Carey Miller 1986 1, volgens wie die toets is of 'n redelike man uit die omstandighede sou kon aflei dat die betrokke saak iemand se eiendom is. In bepaalde omstandighede gee besit aanleiding tot die vermoede dat die besitter van die saak ook die eienaar daarvan is: Vgl Van Rensburg & Van der Merwe 1978 *THRHR* 113 114 127; Delport & Olivier 1985 57; Van der Walt 1988 *THRHR* 276 287-288; Van der Merwe 1989 93; Silberberg & Schoeman 1992 118.

6 1926 NPD 516 518: "It must be lawfully acquired, and as it is unquestioned that in this case Sam Dunn had no licence to shoot the animal, it is clear that it was not lawfully acquired, and that his acquirement of possession could not give him such ownership as the law will recognise, because his possession was obtained by a method which the law specifically prohibits."

7 *Inleidinge* 2 4 5.

8 2 1 12.

9 *Commentarius ad Pandectas* 41 1 7.

10 1958 2 SA 373 SR 374.

11 1974 *THRHR* 38 44.

12 1976 32.

13 1974 3 SA 466 K 472.

the question whether the capture of a wild animal or a fish which is *res nullius* can have legally recognisable and enforceable consequences such as ownership, even though its capture may be controlled or prohibited by legislative enactment, must depend upon the construction of the legislation concerned.

Met verwysing na artikel 3(3) van die Wet op Seevisserye 10 van 1940 aanvaar die hof vervolgens dat die wetgewer nie beoog het om die normale gevolge van die gevangening van 'n wilde dier, te wete dat die verkryger by wyse van toe-eiening eienaar van die *res nullius* word, te wysig nie. Hierdie standpunt word algemeen aanvaar¹⁴ en dit beteken dat indien die nodige beheer en gepaardgaande bedoeling teenwoordig is, die regmatigheid al dan nie van sodanige beheer vir doeleindes van die vestiging van eiendomsreg deur middel van toe-eiening irrelevant is.

12 2 1 2 3 *Persoonlike beheer*

Daar word in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar dat fisiese beheer nie persoonlik gevestig en uitgeoefen hoef te word nie: Dit kan deur 'n verteenwoordiger vir en namens die verkryger gedoen word. In *S v Frost; S v Noah*¹⁵ is daar beslis dat vis wat gevang en toegeëien is die eiendom geword het van die persoon wat dit gevang het of die persoon "on whose behalf it was caught".¹⁶ Elders verklaar die hof uitdruklik dat die eienaar van die skip eiendomsreg verkry het "through the acts of its servant". Indien gemelde objektiewe toets hier toegepas sou word, sou 'n mens moes vra of daar uit die optrede van die verteenwoordigers afgelei kan word dat hulle namens 'n ander optree.

14 Maasdorp 1976 32; Carey Miller 1986 3; Van der Merwe 1989 222; Silberberg & Schoeman 1992 196-197; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 86. Vgl ook Van der Merwe & Rabie 1974 *THRHR* 38 46 wat die standpunt dat die jagter nie eienaar van die wilde dier word nie vanuit 'n Romeinsregtelike oogpunt kritiseer op grond daarvan dat dit daarop sal neerkom dat die hof die "laakbaarheid van die onwettige jag projekteer op die vraag of die jagter wat in stryd met regsvoorskrifte jag, eienaar word van die wilde dier wat so gejag is".

15 1974 3 SA 466 K 469.

16 *S v Frost; S v Noah* 1974 3 SA 466 K 473.

12 2 1 2 4 Daadwerklike beheer

Volgens Voet¹⁷ is dit nie voldoende dat 'n persoon 'n saak gesien het of weet waar dit is nie: Hy moes dit beweeg of fisies in beheer geneem het alvorens daar gesê kan word dat hy eiendomsreg daarvan verkry het aangesien eiendomsreg gevestig word deur die fisiese besitname van 'n saak. In die geval van wilde diere word daadwerklike fisiese beheer vereis.¹⁸ Eiendomsreg van sodanige diere kan nie deur blote verwonding verkry word nie. Die hof het egter in *Langley v Miller*¹⁹ beslis dat 'n persoon wat 'n dier dodelik gekwes het, eiendomsreg deur middel van toe-eiening verkry het waar daar sekerheid was oor die gevangeneming van die dier. In *R v Mafohla*²⁰ is beslis dat verwonding en volgehoue agtervolging nie geag word voldoende fisiese beheer oor 'n dier te wees nie: Die dier moet daadwerklik in besit geneem word.²¹ 'n Daadwerklike toe-eieningshandeling is ook in *Underwater Construction and Salvage Co (Pty) Ltd v Bell*²² vereis, waar beslis is dat die eiser eiendomsreg van die skroeflemme verkry het vanaf die oomblik waarop hy dit met die nodige bedoeling van die wrak verwyder het.²³ In *Mills v Reck*,²⁴ waar dit ook oor die berging van 'n deel van 'n geabandonneerde skeepswrak gehandel het, het regter Burger 'n reg van die eiser erken omdat "the rules of fairness and justice so demand". Alhoewel daar geen duidelikheid oor die aard van hierdie reg is nie,²⁵ is dit in elk geval duidelik dat dit nie eiendomsreg is nie: Daar was geen daadwerklike toe-eieningshandeling nie en die eiser het nie fisiese beheer oor die saak uitgeoefen nie. Voorts was die kondensator se pype nie van die hoofsaak (die geabandonneerde

17 *Commentarius ad Pandectas* 41 1 9.

18 Vgl *G Inst* 2 67.

19 1848 3 *Menz* 584 589.

20 1958 2 SA 373 SR 373-374. R Young aanvaar met verwysing na *Inst* 2 1 13-4 en *D* 41 1 5 dat eiendomsreg van 'n verwonde dier dmv toe-eiening eers verkry word wanneer die dier inderdaad gevange geneem is. Dieselfde reël het in die Romeins-Hollandse reg (*Voet Commentarius ad Pandectas* 41 1 7 en *De Groot Inleidinge* 2 4 31) gegeld en is nog steeds van toepassing in die Suid-Afrikaanse reg.

21 Sien ook *Carey Miller* 1986 2.

22 1968 4 SA 190 K 192.

23 *Delport & Olivier* 1985 204 doen egter aan die hand dat fisiese inbeheername nie noodwendig noodsaaklik is nie, maar dat dit voldoende behoort te wees as 'n persoon uitsluitlike beheer of kontrole oor die saak uitoefen.

24 1988 3 SA 92 K 97.

25 Vgl *Badenhorst & Coetser* 1989 *TSAR* 137 141.

skeepswrak) geskei nie en gevolglik kon eiendomsreg ten opsigte van die pype ook nie gevestig word nie.²⁶ In appèl²⁷ het appèlregter Joubert dan ook beslis dat alhoewel die skeepswrak geabandonneer is sodat dit res derelicta en gevolglik res nullius geword het, daar nooit op enige stadium sprake was van fisiese beheer oor die pype nie, en dat daar dus geen gevestigde regte van enige aard was nie.

12 2 1 2 5 Vestiging en behoud van fisiese beheer

Strenger vereistes word gestel vir die verkryging van eiendomsreg by wyse van toe-eiening as vir die behoud daarvan. In *Underwater Construction and Salvage Co (Pty) Ltd v Belf*²⁸ is beslis dat "[o]wnership, once acquired, cannot be lost by a failure to remain in physical possession". Solank dit uit die omstandighede blyk dat die kontrole (en die animus) voortduur, sal eiendomsreg voortbestaan. Die aard van die saak sal ook bepalend wees ten einde vas te stel of eiendomsreg voortbestaan al dan nie.

In die geval van wilde diere is daar voor die inwerkingtreding van die Wet op Wilddiefstal²⁹ daadwerklike voortdurende beheer vereis, en die vraag na watter mate van toekamping vereis is ten einde sodanige diere onder beheer te hou, was 'n feitelike een: Dit het van die omstandighede van elke geval afgehang of doeltreffende beheer uitgeoefen is.³⁰ So is diere wat onder 'n heining kon deurgrawe of daaroor kon spring byvoorbeeld nie geag doeltreffend beheer te word nie.³¹ Daar moet nou dus ook op die bepalings van die Wet op Wilddiefstal gelet word ingevolge waarvan die klem eerder op 'n afgewaterde weergawe van die gemeenregtelike vryheidsberowingsgedagte val en daar nie meer van die eienaar van die omheinde gebied vereis word om die omheinde wild feitelik te beheer nie.³² Voor die inwerkingtreding van hierdie wet is daar van die eienaar verwag om die diere voortdurend daadwerklik te beheer ten einde eiendomsreg te behou, terwyl dit nou

26 Vgl Sonnekus 1989 TSAR 720 726.

27 *Reck v Mills* 1990 1 SA 751 A 757-759.

28 1968 4 SA 190 K 192.

29 105 van 1991.

30 Vgl *Richter v Du Plooy* 1921 OPD 117; *Lamont v Heyns* 1938 TPD 22.

31 Sien Van der Merwe 1989 220 en sake daar aangehaal.

32 Vgl Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 86; Sonnekus & Neels 1994 292.

heeltemal genoegsaam is as hy eiendomsreg ten aansien van die diere verkry het deur middel van voldoende omheining. Sy eiendomsreg duur voort al sou hulle ook ontsnap of sonder sy toestemming verwyder word.

12 2 1 3 Samevatting

Dit volg uit bogaande dat fisiese beheer suiwer feitelik beoordeel moet word ten einde te bepaal of dit voldoende is vir die vestiging en behoud van eiendomsreg deur middel van toe-eiening. Vir hierdie doel word dit baie wyd omskryf: Dit kan regmatig of onregmatig wees, dit kan persoonlik of middellik uitgeoefen word, en wanneer eiendomsreg eers eenmaal gevestig is, hoef dit gewoonlik³³ ook nie meer deurlopend uitgeoefen te word nie. Daar word slegs vereis dat dit objektief moet blyk dat die verkryger deur middel van die toe-eieningshandeling effektiewe beheer ten aansien van die betrokke saak gevestig het. Die gevolgtrekking kan dus gemaak word dat die funksie van fisiese beheer in die geval van toe-eiening op die publisiteitsbeginsel baseer is:³⁴ Die verkryger moet handelinge ten opsigte van die saak verrig wat daarop dui dat andere van die saak uitgesluit is en dat hy beheer daarvan verkry het.

12 2 2 Skatvinding

12 2 2 1 Omskrywing

Enige waardevolle saak wat so lank verborge was dat dit nie meer moontlik is om vas te stel wie die eienaar daarvan is nie, word die eiendom óf van die grondeienaar óf die grondeienaar en die vinder (indien dit deur 'n ander persoon as die grondeienaar gevind word) sodra een of ander vorm van effektiewe fisiese beheer met die nodige

33 Vgl egter die posisie ivm wilde diere hierbo.

34 Sien hieroor Van Rensburg & Van der Merwe 1978 *THRHR* 112 113 127; Van der Walt 1988 *THRHR* 276 287-288.

bedoeling oor die saak uitgeoefen word.³⁵

12 2 2 2 *Elemente van fisiese beheer*

12 2 2 2 1 *Inleiding*

Aangesien daar nog geen geval van skatvinding in die Suid-Afrikaanse reg voorgekom het nie, geld die Romeins-Hollandse posisie nog in Suid-Afrika.³⁶

12 2 2 2 2 *Daadwerklike inbeheername*

Daar word vir skatvinding vereis dat die vinder die skat nie alleen moet ontdek nie, maar ook dat hy daadwerklik beheer daarvan moet neem.³⁷ Oor die inhoud van hierdie "daadwerklike inbeheername" is daar geen sekerheid nie. Volgens De Groot³⁸ het 'n skat die eiendom van die vinder geword sodra hy dit uit die wegsteekplek verwyder en daarvan beheer geneem het. Van Leeuwen³⁹ sê ook dat dit nie genoegsaam is om die skat sien nie, maar dat daar feitlike inbeheername moet wees. Siende dat die ratio vir skatvinding is dat die vinder vir sy vonds beloon word,⁴⁰ sal dit in die praktyk gewoonlik daarop neerkom dat hy die skat behou en dat die beloning dus uit die behoud van die skat bestaan. Die saak sal dan ná inbeheername daarvan

35 Carey Miller 1986 102; Van der Merwe 1989 228-229; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 98. Carey Miller 1986 106, Van der Merwe 1989 229 en Sonnekus & Neels 1994 298-299 wys egter daarop dat skatvinding 'n selfstandige vorm van eiendomsverkryging is en nie bloot 'n vorm van toe-eiening nie. Daar word tussen hierdie twee vorms van eiendomsverkryging onderskei op grond van die ratio wat by elk geld: In die geval van skatvinding word die vinder vir sy vonds ('n saak wat nie *res nullius* is nie, maar waarvan die eienaar onbekend is) beloon, terwyl eiendomsverkryging in die geval van toe-eiening plaasvind wanneer 'n persoon met die nodige *animus fisiese beheer* begin uitoefen oor 'n saak wat aan niemand behoort nie. Toe-eiening van 'n skat is nie (altyd) moontlik nie-aangesien die saak nie noodwendig 'n *res nullius* of 'n *res derelicta* hoef te wees nie.

36 Carey Miller 1989 102-106 en Van der Merwe 1989 228-229 behandel beide die onderwerp deurgaans m.v.n. die gemeenregtelike bronne. Sien ook Sonnekus & Neels 1994 299 volgens wie dit in die praktyk gewoonlik aanvaar word dat as die ware eienaar van die saak wat gevind is nie binne 'n redelike tydperk sy saak opeis nie, die polisie aanvaar dat dit geabandonneer is en dit dan aan die vinder teruggee wat dmv. toe-eiening eiendomsreg daarvan kry.

37 Vgl. Carey Miller 1986 104 en Van der Merwe 1989 229.

38 *De Jure* 2 8 7.

39 *CF* 1 2 3 19.

40 Sien Carey Miller 1986 106; Van der Merwe 1989 229.

deur die vinder beheer word soos enige ander saak wat hom in eiendomsreg toekom, en dit behels dat sy beheer na die aanvanklike inbeheername ingevolge die verkeersmaatstawwe wat vir daardie spesifieke saak geld, effektief moet wees.⁴¹

12 2 2 3 Samevatting

Dit volg uit voorgaande dat vir die verkryging van eiendomsreg deur middel van skatvinding een of ander vorm van effektiewe fisiese inbeheername noodsaaklik is, en dat die vinder op een of ander wyse fisiese beheer oor die skat moet vestig en uitoefen alvorens hy as eienaar beskou sal word. Die doel van fisiese beheer in die geval van skatvinding is gevolglik, net soos in die geval van toe-eiening, publisiteit: Om dit na buite kenbaar te maak dat 'n besondere saak deur 'n spesifieke persoon in beheer geneem is en dat eiendomsreg daarvan verkry is. Die vereistes vir eiendomsverkryging word sodoende bevredig.⁴²

12 2 3 Verkrygende verjaring

12 2 3 1 Omskrywing

Verkrygende verjaring is 'n oorspronklike wyse van eiendomsverkryging ingevolge waarvan eiendomsreg van 'n roerende of onroerende saak verkry word deur die openlike en ongestoorde besit daarvan vir 'n ononderbroke termyn van dertig jaar.⁴³

41 Vgl hfst 11 2 3 3.

42 Let egter daarop dat effektiewe inbeheername, selfs as dit met die nodige bedoeling gepaard gaan, nie afdoende is vir die vestiging van eiendomsreg nie. Dit sal ook afhang van die omstandighede waaronder die persoon die skat gevind het, nl of hy dit met of sonder die grondeienaar se toestemming gesoek het, of hy dit toevallig ontdek het en of hy dit in opdrag ontdek het. Indien hy dit met die grondeienaar se toestemming gesoek het, word hulle gesamentlike eenaars van die skat, maar as hy dit sonder lg se toestemming ontdek het, word die opdraggewer eienaar. Sien hieroor verder Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 98.

43 Carey Miller 1986 66; Van der Merwe 1989 268; Silberberg & Schoeman 1992 223; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 101; Sonnekus & Neels 1994 309. Vgl ook art 2(1) van die Verjaringswet 18 van 1943: "Verkrygende verjaring is die verkryging van eiendomsreg deur die besit van 'n ander se roerende of onroerende goed...voortdurend vir dertig jaar, *nec vi, nec clam, nec precario*"; art 1 van die Verjaringswet 68 van 1969: "Behoudens die bepalings van hierdie Hoofstuk en van Hoofstuk IV, word iemand deur verjaring eienaar van 'n saak wat hy openlik en asof hy eienaar daarvan was, besit het vir 'n ononderbroke termyn van dertig jaar of

Alhoewel die besitsvereiste verskillend bewoord word in die twee verjaringswette,⁴⁴ word besit vir doeleindes van verjaring⁴⁵ as *possessio civilis* omskryf⁴⁶ en behels dit 'n fisiese⁴⁷ sowel as 'n wils-element⁴⁸ wat tegelykertyd aanwesig moet wees.

12 2 3 2 *Elemente van fisiese beheer*

12 2 3 2 1 *Inleiding*

Fisiese beheer verwys na die daadwerklike beheer wat uitgeoefen word oor 'n saak ten aansien waarvan die verkryging van eiendomsreg deur middel van verjaring beoog word.

12 2 3 2 2 *Verkeersmaatstawwe*

Met verwysing na die fisiese element moet daarop gewys word dat

-
- vir 'n termyn wat, tesame met die termyne waarvoor die saak aldus deur sy voorgangers in titel besit is, 'n ononderbroke termyn van dertig jaar uitmaak."
- 44 Ingevolge art 2(1) van die Verjaringswet 18 van 1943 moet daar "nec vi, nec clam, nec precario" besit word, terwyl art 1 van die Verjaringswet 68 van 1969 vereis dat die voornemende eienaar "openlik en asof hy eienaar" is, moet besit.
- 45 wat deur Suid-Afrikaanse outeurs die saaklike funksie van besit genoem word: Vgl Van Rensburg & Van der Merwe 1978 *THRHR* 113 115; Delport & Olivier 1985 57; Van der Merwe 1989 93; Van der Walt 1988 *THRHR* 286; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 155-156.
- 46 Die Suid-Afrikaanse regspraak het besit konsekwent só vertolk: *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 712; *Van Wyk v Louw* 1958 2 SA 164 K 171; *Albert Falls Power Co (Pty) Ltd v Goge* 1960 2 SA 46 N 48; *Campbell v Pietermaritzburg City Council* 1966 2 SA 674 N 680; *Wicks v Place* 1967 1 SA 561 OK 566; *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 467 474; *Glaston House (Pty) Ltd v Cape Town Municipality* 1973 4 SA 276 K 281; *Barker v Chadwick* 1974 1 SA 461 D 465; *Bisschop v Stafford* 1974 3 SA 1 A 8; *Minister van Landbou v Sonnendecker* 1979 2 SA 944 A 947; *Pienaar v Rabie* 1983 3 SA 126 A 134. Sien ook Silberberg & Schoeman 1992 225; Sonnekus & Neels 1994 311.
- 47 Hierdie aspek dui op die fisiese beheer van die saak wat van die feitelike omstandighede afgelei en objektief beoordeel word. Carey Miller 1986 73 voer aan dat die toets wat toegepas word, is of die redelike man van die omstandighede van die eiser se besit sal kan aflei dat hy besit het "asof hy eienaar was". Sien verder Van der Merwe 1989 281; Sonnekus & Neels 1994 311: "Niemand mag in 'n beter korporele betrekking tot die saak staan as die aanspraakmaker op regsverkryging deur verjaring nie..."
- 48 Die verkryger moet die bedoeling hê om eienaar te word, dws die *animus domini*. Dit is in die Suid-Afrikaanse regspraak ook al beskryf as die bedoeling om die saak vir homself te hou (*animus rem sibi habendi*): *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 712; *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 474; *Glaston House (Pty) Ltd v Cape Town Municipality* 1973 4 SA 176 K 281. Sien in dié verband ook Scholtens 1972 *SALJ* 383 385.

verkeersmaatstawwe telkens aangewend sal word ten einde te bepaal of die eiser se beheer inderdaad na buite die indruk skep dat hy die eienaar van die bepaalde saak is. Verkeersmaatstawwe dui op die normale gewoontes en gebruike met betrekking tot die beheer van sekere soorte sake wat in ag geneem moet word wanneer die aan- of afwesigheid van fisiese beheer daaroor ter sprake is.⁴⁹ In *Hayes v Harding Town Council*⁵⁰ het die hof beslis dat

[i]n the case of immovable property one would normally expect detention to be demonstrated by some act of occupation, of control, or of custody of the property itself, and at the outset it seems to me to be a somewhat bold assertion to say that the mere tendering of rates once a year for thirty years constitutes such a *detentio*,⁵¹

en vervolgens dat

although the payment of the rates may well demonstrate an intention to claim ownership of land, or an intention to possess it, it does not in my view amount in itself to a *physical holding or detention* of the land... (my kursivering).⁵²

Daar sal van die eiser verwag word om dieselfde mate en tipe van beheer uit te oefen as wat die ware eienaar in dieselfde omstandighede sou uitgeoefen het.⁵³

12 2 3 2 3 Regmatige beheer

Alhoewel bona fides (goeie trou) in die Romeinse reg 'n vereiste vir die verkryging van

49 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 175.

50 1958 2 SA 297 N 299.

51 Carey Miller 1986 74-75 voer aan dat dit die gevolg is daarvan dat dit vanuit 'n publisiteitsoogpunt nie 'n genoegsame uitoefening van die bevoegdhede van eiendomsreg is nie, aangesien die buitewêreld onbewus is van wie die belasting betaal.

52 Vgl verder oor verkeersmaatstawwe hfst 13.

53 Vgl bv *Du Toit v Furstenberg* 1957 1 SA 501 O 505; *Van Wyk v Louw* 1958 2 SA 164 K 171; *Ex parte Van der Horst: In re estate Herold* 1978 1 SA 299 T 300. Sien verder Van der Walt 1986 *THRHR* 305 308 ev ivm die omskrywing en historiese ontwikkeling van die begrippe dominium directum en dominium utile.

eiendomsreg deur middel van verjaring was, was dit reeds in die Romeins-Hollandse reg nie meer die geval nie:

Uti autem jure civili ad longissime temporis triginta vel quadraginta annorum praescriptionem neque justus titulus concurrere debuit, neque bona fides, sed solius temporis praestituti lapsus suffecit... Ita quoque ad statutariam longissimi temporis aut trientis seculi praescriptionem implendam nec titulum nec bonam fidem requiri verius est.⁵⁴

Ook in die Suid-Afrikaanse reg word bona fides nie meer vereis nie en verkrygende verjaring loop dus ten gunste van sowel 'n bona fide as 'n mala fide possessor.⁵⁵ Hierdie posisie kan verklaar word deur die twee standpunte wat die grondslag vir verjaring vorm, naamlik enersyds dat die nalatige eienaar gestraf word vir sy sorgeloosheid wat tot onsekerheid lei en die staat benadeel⁵⁶ en andersyds dat dit in die openbare belang is dat daar regsekerheid moet wees wat teweeggebring word deur regserkenning te verleen aan 'n de facto posisie wat reeds vir 'n lang tydperk bestaan.⁵⁷ Selfs 'n dief sou dus eiendomsreg by wyse van verjaring kon verkry:

It is also a well-recognised principle of our law that for the prescription of thirty

54 Voet *Commentary* 44 3 9: By the Civil law moreover neither just title nor good faith needed to accompany possession for the prescription of the very long time of thirty or forty years. Nay the passage of the appointed time was alone enough. Thus likewise the truer view is that neither title nor good faith are demanded for the statutory prescription of very long time or of a third of a century.

55 Van der Walt 1987 *THRHR* 139 150 vn 46 noem in dié verband die voorbeeld van die persoon wat daarvan bewus raak dat die grensdraad tussen sy grond en dié van sy buurman verkeerd gespan is, maar nietemin voortgaan om die grond as sy eie te okkuper. Voordat hy dit agtergekom het, was hy 'n bona fide possessor, en daarna 'n mala fide possessor. Indien hy sou aanhou om die grond te okkuper, sou dit tot verkrygende verjaring kon lei. Vgl verder Van der Walt 1988 *THRHR* 276 511-512. Volgens Silberberg & Schoeman 1992 223 werk verkrygende verjaring altyd teen die wil van die eienaar en is die possessor se beheer altyd onregmatig aangesien hy geen iustus titulus het nie. Dit is gevolglik irrelevant of hy daarvan bewus is of nie.

56 Vgl bv *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 711; *Van Wyk v Louw* 1958 2 SA 164 K 170. Sien ook Peiris 1983 *CILSA* 291 316-317.

57 Vgl *Pienaar v Rabie* 1983 3 SA 126 A 137-139. Sien ook Carey Miller 1983 63-64; Van der Merwe 1989 268-270; Silberberg & Schoeman 1992 223-224; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 101; Sonnekus & Neels 1994 309-310.

years neither *bona fides* nor *justus titulus* was required.⁵⁸

Alhoewel fisiese beheer wat op 'n gewelddadige of onregmatige wyse verkry is (byvoorbeeld in die geval van 'n dief) as geldige beheerverwerwing kan dien, dui die feit dat die eiser ingevolge die Verjaringswet 18 van 1943 "nec vi"⁵⁹ en ingevolge die Verjaringswet 68 van 1969 "openlik"⁶⁰ en asof hy eienaar daarvan is" moet besit, aan dat die handhawing en behoud daarvan nie gewelddadig mag wees nie.⁶¹ Silberberg en Schoeman⁶² wys daarop dat die voornemende verkryger van eiendomsreg wat sy besit mala fide uitoefen vanselfsprekend daarvan bewus is dat die saak inderdaad aan 'n ander in eiendomsreg toekom, en dat dit gevolglik slegs sy bedoeling kan wees om die bevoegdheid van 'n eienaar uit te oefen solank die ware eienaar nie sy regte uitoefen en afdwing nie.⁶³ Voorts kan hy natuurlik ook die bedoeling hê om uiteindelik deur middel van verjaring eienaar van die saak te word.⁶⁴ 'n Blote erkenning van die eienaar se reg en 'n bereidheid om van die saak afstand te doen indien die eienaar sy eiendomsreg voor die voltooiing van die verjaringstydperk sou afdwing, sal nie noodwendig in stryd met die animus domini-vereiste wees nie.⁶⁵

58 *Seluka v Suskin & Salkow* 1912 TPD 258 264. Vgl ook *Swanepoel v Crown Mines* 1954 4 SA 596 A 604; *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 468; *Bisschop v Stafford* 1974 3 SA 1 A 7; *Pienaar v Rabie* 1983 3 SA 126 A 136-137. Vgl Silberberg & Schoeman 1992 229-230; maar sien contra Lewis 1990 SALJ 359 360.

59 Sien Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 103.

60 Carey Miller 1986 68 voer twee redes aan waarom die besit openlik moet wees, nl eerstens ter bevrediging van die publisiteitsvereiste en tweedens omdat dit onbillik sou wees om van die eienaar te verwag om besit wat in die geheim deur 'n derde gehou word, te herwin.

61 Sien Van der Merwe 1989 275-276.

62 1992 226.

63 Sien Scholtens 1972 SALJ 383 385.

64 Vgl *Du Toit v Furstenberg* 1957 1 SA 501 O 505: "As I understand the decision in *Malan v. Nabygelegen Estates*...the mere fact that D. S. du Toit knew that the property was registered in the name of another does not mean that he could not acquire same by prescription provided only that he possessed as of right or as owner for the period of prescription." Sien ook Van der Walt 1984 SALJ 257 262; Silberberg & Schoeman 1992 226 waarvolgens 'n besitter 'n saak fisies beheer met die bedoeling óf om eienaar daarvan te wees (*bona fide*) óf te word (*mala fide*) dmv verkrygende verjaring. Oor die eienaarsbedoeling sien verder Van der Walt 1987 *THRHR* 139 149-150 en veral Van der Walt 1988 *THRHR* 276 511-512, waar hy daarop wys dat beheer met die eienaarsbedoeling net op onregmatige beheerders van toepassing is en dat dit gevolglik altyd óf *bona fide* óf *mala fide* uitgeoefen word.

65 Sien Maasdorp 1976 77; Carey Miller 1986 73-74 en veral 76-77; Van der Merwe 1989 281. Vgl ook Sonnekus & Neels 1994 313-314 mvn na *Minister van Landbou v Sonnendecker* 1979 2 SA 944 A en *Du Toit v Furstenberg* 1957 1 SA 501 O.

12 2 3 2 4 Onwettige beheer

Wanneer besit nie slegs onregmatig is nie, maar inderdaad onwettig, kan eiendomsreg nie deur middel van verjaring verkry word nie. In *Swanepoel v Crown Mines Ltd*⁶⁶ word onderskei tussen 'n geval waarin die handeling van die eiser onwettig is suiwer omdat dit uitgevoer is sonder die toestemming van die persoon teen wie die eis ingestel is, en 'n geval waarin dit onwettig was afgesien van sodanige toestemming. Daar is beslis dat die handeling onwettig sou wees selfs indien dit deur die eienaar (verweerder) self verrig sou word, en dat die eiseres dus nie eiendomsreg op grond van verjaring kan verkry as gevolg van haar handeling nie.⁶⁷

12 2 3 2 5 Ononderbroke beheer

Met verwysing na die voortdurendheid van fisiese beheer is daar in *Welgemoed v Coetzer*⁶⁸ beslis dat dit nie as absolute voortdurendheid vertolk moet word nie, maar dat dit voldoende is as die reg van tyd tot tyd asook met redelike deurlopendheid uitgeoefen word wanneer die omstandighede dit noodsaak. Hierdie standpunt is in *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd*⁶⁹ bevestig, waar die hof aanvaar het dat absolute deurlopendheid nie vereis word nie: Daar moet net nie 'n substansiële onderbreking wees nie. Die aard van die saak en die doel waarvoor dit aangewend is, sal telkens bepalend wees ten einde vas te stel of daar aan die beheerelement voldoen is. Die enigste vereiste wat in dié verband gestel word, is dat die verkryger in staat moet wees om te eniger tyd weer beheer oor die saak te hervat.⁷⁰

In aansluiting by die vereiste van ononderbrokenheid kom die stuiting van verjaring ter sprake. Aangesien die Verjaringswet 18 van 1943 geen bepaling oor die

66 1954 4 SA 596 A 605.

67 Sien ook die Verjaringswet 68 van 1969 art 18. Vgl verder Peiris 1983 CILSA 291 310.

68 1946 TPD 701 720 mvn *Mocke v Beaufort West Municipality* 1939 KPA 135 142.

69 1972 2 SA 464 W 468. Vgl ook *Ex parte van der Horst: In re estate Herold* 1978 1 SA 299 T 301.

70 Sien *Ex parte Van der Horst: In re estate Herold* 1978 1 SA 299 T 301. Vgl ook Silberberg & Schoeman 1992 116.

aangeleentheid bevat nie, geld die gemene reg vir die termyn voor die inwerkingtreding van die Verjaringswet 68 van 1969,⁷¹ waarin dit wel statutêr gereël word. Stuiting van verjaring vind plaas wanneer 'n gebeurtenis die verloop van die verjaring beëindig en dit daarna weer van nuuts af aan vir 'n tydperk van dertig jaar moet loop. Daar word tussen natuurlike en burgerlike stuiting onderskei, maar vir doeleindes van fisiese beheer is slegs natuurlike stuiting van belang.⁷² Voor die inwerkingtreding van die Verjaringswet 68 van 1969 het natuurlike stuiting plaasgevind wanneer die verkryger beheer van die saak verloor het. Volgens Van der Merwe⁷³ is daar tradisioneel aanvaar dat stuiting ter sprake is in alle gevalle van beheeronderbreking: Dit was uiteraard relevant in gevalle van vrywillige afstanddoening. Daarbenewens was dit van toepassing in gevalle waar die verkryger se beheer gewelddadig of heimlik teen sy sin en wil versteur is. In *De Klerk v Pienaar*⁷⁴ is beslis dat dit nie saak maak of die ontneming van beheer deur die eienaar of 'n buitestaander geskied het nie, en in *Boshoff v Reinhold*⁷⁵ het die hof aanvaar dat die verkryger ook deur oormag, soos 'n oorlogstoestand, verhinder kan word om 'n saak langer te beheer. Dit is egter noodsaaklik dat daar daadwerklike beheerverlies moet wees;⁷⁶ blote protes is nie voldoende nie.⁷⁷

Artikel 2 van die Verjaringswet 68 van 1969 bepaal:

Die loop van verjaring word nie deur onvrywillige besitsverlies onderbreek nie indien besit te eniger tyd herwin word deur middel van geregtelike stappe wat binne ses maande na sodanige verlies ingestel word om besit te herwin, of indien besit binne een jaar na sodanige verlies op enige ander wyse wettiglik

71 1 Desember 1970.

72 Fisiese beheer is nie relevant in die geval van burgerlike stuiting nie aangesien lg daargestel word deur die betekening van 'n prosesstuk waarin iemand op die eiendomsreg van die betrokke saak aanspraak maak en daar derhalwe geen sprake van fisiese beheer is nie.

73 1989 282.

74 1899 16 SC 370 374-375.

75 1920 AD 29 33.

76 Vgl *De Klerk v Pienaar* 1899 16 SC 370 373: "By dispossession is meant not a personal ejection of the occupier, but an act amounting to an actual occupation by another, and inconsistent with the continued possession of the person claiming the right by prescription."

77 Sien *Van Schalkwyk v Hugo* 1880 Foord 89 91.

herwin word.

Hierdie reëling in verband met natuurlike stuiting is ingevoer op grond van die oorweging dat daar geen rede is waarom die loop van verjaring onderbreek moet word indien die verkryger se beheer tydelik onderbreek sou word deur byvoorbeeld 'n dief of rower of selfs die eienaar wat die reg in eie hande neem nie.⁷⁸ Onvrywillige verlies van beheer lei ingevolge hierdie artikel dus nie noodwendig tot die stuiting van verjaring nie. Slegs waar die verkryger vrywillig in die beheerontneming sou berus, of waar hy sou nalaat om sy beheer betyds te herwin of deur oormag verhinder sou word om dit binne een jaar te herwin, sal die verjaring beëindig word.⁷⁹

12 2 3 2 6 *Omvattende beheer*

Met betrekking tot omvattendheid het die hofe uitdruklik neergelê dat dit nie nodig is dat elke deel van die saak beheer hoof te word nie, mits dit duidelik blyk dat die beheer van gedeeltes eintlik op die beheer van die geheel neerkom:

[The] occupation and user need not be of every individual portion of the area claimed for a possession or occupation of the whole may in certain circumstances be a necessary inference from possession or occupation from a part thereof at various times...⁸⁰

Hierdie standpunt is bevestig in *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd*⁸¹ waar die hof beslis het dat

[i]t is not necessary that every part of the area be occupied or used; in some circumstances use of every square foot of an area would be impracticable, and the test is whether there was use of a part or parts of the ground as amounts,

78 Van der Merwe 1989 283 en sien ook vn 501.

79 Vgl Van der Merwe 1989 284; Silberberg & Schoeman 1992 237; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 105.

80 *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 720.

81 1972 2 SA 464 W 467-468.

for practical purposes, to possession of the whole.⁸²

12 2 3 2 7 Persoonlike beheer

Alhoewel die voornemende eienaar in die meeste gevalle van verjaring persoonlik fisiese beheer oor die saak uitoefen, is dit ook moontlik dat beheer deur 'n verteenwoordiger namens hom uitgeoefen word, of dat die beheer wat deur sy voorganger(s) uitgeoefen is, hom toegereken word. Voorts kan die fisiese vereiste bevredig word deur 'n persoon wat okkupasie van die betrokke eiendom deel: Dit is met ander woorde nie nodig dat die verkryger eksklusief beheer moet uitoefen nie.

Die posisie met betrekking tot middellike beheer is volledig in *Welgemoed v Coetzer*⁸³ bespreek. Die hof wys met verwysing na Voet⁸⁴ daarop dat verjaring slegs loop ten gunste van 'n prinsipaal wat daarvan bewus is dat sy agent vir en namens hom fisiese beheer uitoefen. Alhoewel die prinsipaal dus nie hoef te weet presies wanneer die agent sy opdrag uitvoer nie, moet hy weet dat die agent ten behoeve van hom optree. Daar word vervolgens met verwysing na Savigny⁸⁵ beslis dat besit deur middel van 'n agent verkry kan word behoudens sekere voorwaardes:⁸⁶ Eerstens moet die agent die bedoeling hê om nie vir homself nie, maar vir sy prinsipaal te verkry. Tweedens moet die prinsipaal die bedoeling hê om eiendomsreg te verkry aangesien verkryging ten behoeve van 'n party wat onbewus is daarvan dat daar vir hom verkry word, heeltemal uitgesluit is.⁸⁷ Derdens moet daar 'n regsband tussen prinsipaal en agent wees: Met ander woorde een of ander vorm van opdrag moet die verkryging voorafgaan of dit moet agterna geratifiseer word.

In *Van Wyk v Louw*⁸⁸ is daar, met verwysing na Voet,⁸⁹ beslis dat besit deur 'n

82 *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 467-468. Vgl ook *Ex parte Van der Horst: In re estate Herold* 1978 1 SA 299 T 300-301.

83 1946 TPD 701 714-715.

84 *Commentarius ad Pandectas* 41 2 8.

85 Die hof verwys Perry se vertaling van Von Savigny *Das Recht des Besitzes: Von Savigny's Treatise on Possession* 225 227 233.

86 Vgl *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 714-715.

87 *Ignoranti possessio non adquiretur*.

88 1958 2 SA 164 K 171.

derde uitgeoefen kan word, en hierdie standpunt is in *Glaston House (Pty) Ltd v Cape Town Municipality*⁹⁰ bevestig:

Clearly legal possession may be held through another and thus a landlord may exercise such possession through his tenant.

Die hof het verder⁹¹ beslis dat

[w]here a person erects or acquires a building which wholly or partially encroaches upon the land of another, then, in my opinion, he legally possesses the land taken up by the encroachment irrespective of whether he occupies the building himself or whether he lets it to someone else.

In *Stephenson v Lamsley*⁹² is daar beslis dat besit, vir doeleindes van verjaring, nie noodwendig besit deur een spesifieke persoon hoef te wees nie. Dit was die posisie in die gemene reg,⁹³ en die hof aanvaar dat die Verjaringswet 18 van 1943⁹⁴ geen verandering in dié opsig teweeggebring het nie. Artikel 1 van die Verjaringswet 68 van 1969 maak ook uitdruklik daarvoor voorsiening dat die termyn(e) van sy voorganger(s) in titel⁹⁵ by die eiser se termyn getel word.⁹⁶ Die beheer van 'n erflater kan dus by dié van die erfgenaam,⁹⁷ en die besit van 'n verkoper by dié van die koper getel word vir doeleindes van verjaring.

Daar kan ook aan die fisiese beheerelement voldoen word deur 'n persoon wat die okkupasie van die betrokke eiendom deel, mits die okkupasie voldoende is om die

89 *Commentarius ad Pandectas* 41 2 12.

90 1973 4 SA 276 K 282.

91 *Idem*.

92 1948 4 SA 794 W 796. Sien ook *Van Wyk v Louw* 1958 2 SA 164 K 172; *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 467.

93 *Voet Commentarius ad Pandectas* 44 3 9.

94 Art 2 (2).

95 Maw slegs die termyne van regsvoorgangers word in berekening gebring.

96 *Coniunctio temporum*.

97 In welke geval dit moontlik mag wees om vas te stel dat dieselfde beheeraksies "as eienaar" deur sowel die erflater as die opvolger (erfgenaam) verrig is: Vgl die feite in *Pienaar v Rabie* 1983 3 SA 126 A.

objektiewe gevolgtrekking te regverdig dat die eiser opgetree het asof hy die eienaar is. Dit beteken dat eksklusiewe okkupasie deur die eiser nie noodsaaklik is nie.⁹⁸

12 2 3 3 Samevatting

Ten slotte kan daar na aanleiding van voorgaande bespreking van die beheerelement gesê word dat dit uiteindelik daarop neerkom of die fisiese beheer waarop die eiser staatmaak, effektief was al dan nie. In *Mulder v The Divisional Council of Prince Albert*⁹⁹ is daar met betrekking tot detentio (waaronder fisiese beheer verstaan moet word) beslis dat dit voortbestaan selfs wanneer die persoon sy eiendom sou verlaat, solank hy in staat sou wees om te eniger tyd weer beheer op te neem. Daar word gevolglik van hom verwag om aan te toon dat hy met die saak kan handel soos hy wil en dat hy andere daarvan kan uitsluit. Alhoewel hierdie saak nie oor verjaring gehandel het nie, het die hof daarna in *Ex parte Van der Horst: In re estate Herold*¹⁰⁰ beslis dat dit wel relevant is vir doeleindes van die omskrywing van fisiese beheer. Effektiewe fisiese beheer kom dus daarop neer dat die beheerder in 'n sterker en nouer fisiese beheerverhouding teenoor die saak moet staan as enige ander persoon, en dat hy in staat moet wees om, sonder verwysing na enige ander persoon, ná 'n tydelike onderbreking te eniger tyd weer sy beheer op te neem.¹⁰¹

98 Vgl Carey Miller 1986 67. Sien ook *Barker v Chadwick* 1974 1 SA 461 D 465: "The fact that he shared that possession with two of his brothers until 1918 and with the remaining brother until 1929, appears to me to be irrelevant in the particular circumstances of the case." In hierdie saak is beslis dat elkeen van die broers die bedoeling gehad het om die hele eiendom in onverdeelde aandele te besit en dat hulle dit inderdaad ook gedoen het sonder om ooit 'n poging aan te wend om vir elkeen aandele af te baken. Dit is dus belangrik dat daar in so 'n geval die bedoeling moet wees om die saak in sy geheel te besit: Waar spesifieke gedeeltes van die saak aan persone toegewys is, word daar klaarblyklik nie aan die besitvereiste voldoen nie. Vgl Delpont & Olivier 1985 231.

99 1886 4 SC 139 142 143.

100 1978 1 SA 299 T 301.

101 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 178. Sien ook Van der Merwe 1989 101-102; Silberberg & Schoeman 1992 116. Vgl verder Sonnekus 1989 TSAR 720 722 volgens wie daar slegs van besitverkryging in die sin van effektiewe beheer oor 'n saak sprake kan wees mits in die lig van die omstandighede 'n oorwig van waarskynlikhede bestaan dat die persoon wat aanspraak maak op die beheer van die saak sy eie wil tov die saak kan deurvoer; en 729 waar hy afdoende beheer in die lig van voorgaande voorstel soos volg omskryf: Die persoon wat 'n saak beheer is die een wat op 'n oorwig van waarskynlikhede in staat is om sy beheerswil tov die saak deur te sit met uitsluiting van derdes danksy die feit dat die saak in sy effektiewe beheersfeer is. Vgl ook Sonnekus & Neels 1994 311. Dit is interessant hoe hierdie omskrywing ooreenkom met Bartolus (hfst 4 1) en De Groot (hfst 7 1 1) se definisies van eiendomsreg.

As element van *possessio civilis* by verkrygende verjaring word gevolglik vereis dat die fisiese beheer wat uitgeoefen word sodanig moet wees dat die publiek dit as die beheerdade van 'n eienaar sal beskou. Die wil om eienaar te wees, moet na buite in beheerhandeling gemanifesteer word. In die geval van verjaring, net soos in die vorige twee gevalle wat bespreek is, is die doel van fisiese beheer dus publisiteit. Daar word met ander woorde aan die fisiese element van die beheervereiste wat vir verkrygende verjaring gestel word, voldoen indien die persoon wat op grond van verjaring op eiendomsreg aanspraak maak sodanige handeling ten aansien van die saak uitoefen dat dit na buite die indruk skep dat hy eienaar daarvan is.

12 2 4 Slotopmerkings

Uit voorgaande besprekings van die fisiese beheerelement met verwysing na toe-eiening, skatvinding en verkrygende verjaring blyk dit dat alhoewel die wilselement deurentyd eng omskryf word (*animus domini* of *animus rem sibi habendi*), die fisiese element besonder wyd omskryf word. Die doel van die fisiese beheer wat in al drie dié gevalle deur die verkryger uitgeoefen word, is publisiteit: Om deur middel van fisiese handeling aan die publiek te toon dat die verkryger inderdaad eienaar van die betrokke saak is. Daar kan dus gesê word dat die vestiging (en behoud) van besit, vir doeleindes van eiendomsverkryging, in die lig van die publisiteitsvereiste 'n spesifieke vorm moet aanneem, naamlik dat dit deurentyd na buite sigbaar moet wees en die indruk moet skep dat die persoon wat daarop aanspraak maak inderdaad die eienaar van die betrokke saak is of as eienaar wil geld en dienooreenkomstig optree. Uit die besitter se optrede moet dit dus blyk dat hy nou as eienaar wil geld. Die funksie van fisiese beheer in gevalle van hierdie aard word gevolglik deur die publisiteitsbeginsel bepaal en dit moet derhalwe uit die persoon se fisiese handeling blyk dat hy die saak soos 'n eienaar hanteer.

12 3 Die verkryging van eiendomsreg op afgeleide wyse

12 3 1 Inleiding¹⁰²

Wanneer die afgeleide wyses van eiendomsoordrag ter sprake is, word daar - in teenstelling met die oorspronklike wyses van eiendomsverkryging - 'n tweesydigse regshandeling vereis: Die samewerking van die eiendomsverkryger se regsvoorganger word dus benodig ten einde die oordrag te bewerkstellig. Kragtens die *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*-stelreël verkry die nuwe eienaar al die voordele wat aan die reg verbonde is sowel as al die verpligtinge wat daaraan kleef.¹⁰³

Afgeleide verkryging sluit eiendomsverkryging onder sowel algemene as besondere titel in en hierdie onderskeiding is van belang omdat dit verskillende wyses aandui waarop eiendomsreg verkry kan word.¹⁰⁴ Die verkryging van eiendomsreg onder besondere titel (waar 'n bepaalde saak oorgedra word) geskied by wyse van lewering (roerende sake)¹⁰⁵ of registrasie (onroerende sake) wat gepaard moet gaan met die bedoeling van die eienaar om eiendomsreg oor te dra (*animus transferendi domini*)¹⁰⁶ en die bedoeling van die ontvanger om eiendomsreg te ontvang (*animus accipiendi domini*).¹⁰⁷

102 Vir praktiese redes word net die verkryging van eiendomsreg van roerende sake bespreek.

103 Ulp D 41 1 20 pr.

104 Vgl Maasdorp 1976 30-31; Carey Miller 1986 117; Van der Merwe 1989 298-300.

105 Volgens Maasdorp 1976 66 is lewering absoluut noodsaaklik vir die geldige oordrag van eiendomsreg. Sien ook Carey Miller 1986 141; Van der Merwe 1989 314; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 115. Vgl *Friis v British United Mining Company* 1889 7 SC 17 22 35; *Crockett v Lezard* 1903 TS 590 592; *Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son* 1917 AD 66 73; *Knight Ltd v Lensvelt* 1923 CPD 444 447; *Bold v Cooper* 1949 1 SA 1195 W 1199; *Menzies Motor Co (Pty) Ltd v Turkstra* 1955 3 SA 408 T 413; *Lendlease Finance (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola* 1976 4 SA 464 A 489; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 609; *Mankowitz v Loewenthal* 1982 3 SA 758 A 765.

106 welke bedoeling objektief en *ex post facto* mvn die omringende omstandighede ttv lewering deur die howe vasgestel moet word. Sien *Trust Bank van Afrika Bpk v Van Jaarsveldt*; *Trust Bank van Afrika Bpk v Bitzer* 1978 4 SA 115 O 121: "n Party se bedoeling word nie beoordeel aan wat hy in gedagte gehad het nie, maar uit sy handeling en die kontrakte wat hy aangegaan het."

107 Hierdie twee elemente (nl lewering en die saaklike ooreenkoms) moet gelyktydig bestaan, maar die volgorde waarin hulle plaasvind is nie relevant nie: Vgl Cronjé 1978 *THRHR* 227 244 246. Sien ivm die saaklike ooreenkoms: Maasdorp 1976 64; Cronjé 1976 *THRHR* 245 246-247; Cronjé

Ten einde lewering te bewerkstellig moet daar gewoonlik¹⁰⁸ 'n feitelike handeling plaasvind ingevolge waarvan fisiese beheer aan die verkryger oorgedra word. Daar is twee redes vir hierdie vereiste, te wete dat dit eerstens publisiteit aan die oorgang van eiendomsreg verleen¹⁰⁹ en tweedens die verkryger in staat stel om feitelike eienaarsbevoegdhede ten opsigte van die saak uit te oefen.¹¹⁰ Volgens Cronjé¹¹¹ word die publisiteit nie deur die leweringshandeling self verskaf nie, maar is dit eerder daarin geleë dat die verkryger die bevoegdhede wat hy kry openlik kan uitoefen. Dit word bevestig deur Sonnekus¹¹² volgens wie die reg vereis dat dit vir lede van die gemeenskap kenbaar moet wees dat 'n saaklike reg ten aansien van 'n saak oorgedra is.

Lewering¹¹³ as 'n element van eiendomsoordrag is dus die oordrag van die fisiese beheer oor die saak aan die ontvanger ten einde hom in staat te stel om beheer oor die saak uit te oefen terwyl hy die bedoeling het om eienaar daarvan te wees.¹¹⁴

1978 *THRHR* 227 235 239; Sonnekus 1979 *TSAR* 41 42; Carey Miller 1986 121; Van der Merwe 1989 301 302-304; Silberberg & Schoeman 1992 244; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 111; Sonnekus & Neels 1994 392; en vgl ook: *Greenshields v Chisholm* 1884 3 SC 220 228; *Weeks v Amalgamated Agencies Ltd* 1920 AD 218 230; *Commissioner of Customs & Excise v Randles, Brothers & Hudson Ltd* 1941 AD 369 398; *Prinsloo v Venter* 1964 3 SA 626 O 628; *Forsdick Motors Ltd v Lauritzen* 1967 3 SA 149 N 253; *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 A 922: "Blote ooreenkoms kan dus nie eiendomsreg oordra nie - *traditio* (oorhandiging) moet ook geskied; en omgekeerd, blote oorhandiging is ook nie voldoende nie - dit moet gepaard gaan met 'n ooreenkoms tussen oorhandiger en ontvanger dat daarmee eiendomsreg gegee en geneem word. Hier kan van 'n 'saaklike ooreenkoms' gepraat word." Die verskillende vereistes wat vir eiendomsoorgang gestel word, word uitvoerig deur die volgende skrywers bespreek: Maasdorp 1976 61-68; Van der Merwe 1989 301-305; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 111-112; Sonnekus & Neels 1994 390-396.

108 Vgl hfst 12 3 3 ivm konstruktiewe lewering.

109 Sien Cronjé 1978 *THRHR* 227 239; Carey Miller 1986 123; Sonnekus 1988 *THRHR* 534; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 111; Sonnekus & Neels 1994 390 396-397. Vgl ook *Wiese v Executors of Wiese* 1905 ORC 130 136.

110 Cronjé 1976 *TSAR* 245 252-254; Van der Merwe 1989 300-301.

111 1976 *THRHR* 245 252-253.

112 1979 *TSAR* 41 42. Sien ook Sonnekus & Neels 1994 391-392.

113 Lewering (*traditio*) word tradisioneel gebruik om óf die verkryging van eiendomsreg agv 'n tweesydigde handeling óf die blote oordrag van fisiese beheer aan te dui: Sien Cronjé 1978 *THRHR* 227 236-237; Delpont & Olivier 1985 289; Silberberg & Schoeman 1992 245; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 115.

114 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 115. Sien ook Maasdorp 1976 61 volgens wie lewering voltooi is sodra die bevoegdheid om oor die saak te beskik en dit te vervreem van die vervreemder na die verkryger oorgegaan het - alhoewel dit moontlik is dat lg die saak nie feitelik beheer nie; Van der Merwe 1989 314. Vgl verder Carey Miller 1986 142 volgens wie lewering 'n baie praktiese rol vervul. Hy wys daarop dat daar twee benaderings tot die leweringsvereiste is, te wete (1) dat dit die belangrikste element is en dat die ander vereistes maar bykomende

Daar is aanvanklik gemeen dat lewering net plaasvind in gevalle van feitelike inbeheername,¹¹⁵ maar mettertyd is aanvaar dat lewering ook voltooi is wanneer 'n gebeurtenis plaasgevind het wat die ontvanger in staat stel om fisiese beheer met die eienaarsbedoeling oor die saak uit te oefen.¹¹⁶ Daar word gevolglik onderskei tussen daadwerklike of feitelike lewering (*traditio vera*) en fiktiewe of konstruktiewe lewering (*traditio ficta*).

12 3 2 Daadwerklike lewering

12 3 2 1 Omskrywing

Dit is die mees algemene vorm van lewering¹¹⁷ en geskied wanneer 'n saak fisies aan die ontvanger oorhandig word. Die belangrikste faktor hier is dat die ontvanger fisiese beheer moet verkry, en die wyse waarop dit geskied is irrelevant solank die nodige bedoeling teenwoordig is en daar ook aan die ander vereistes vir die oordrag van eiendomsreg voldoen is.¹¹⁸

12 3 2 2 Elemente van fisiese beheer

Die saak hoef nie noodwendig aan die voornemende eienaar persoonlik oorhandig te word nie, maar kan ook aan sy werknemer of verteenwoordiger gelewer word.¹¹⁹ Dit is selfs moontlik dat dit in sy afwesigheid kan plaasvind, soos waar 'n hoop

voorwaardes is, en (2) dat dit slegs een van 'n aantal noodsaaklike elemente in die oordrag van roerende sake is.

115 Datio de manu in manum.

116 Vgl Harms & Harms 1966 *THRHR* 234 236; Carey Miller 1986 142; Van der Merwe 1989 314; Silberberg & Schoeman 1992 244; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 115; Sonnekus & Neels 1994 396. Sien *Trust Bank van Afrika v Ebrahim (1) & (2)*; *Trust Bank van Afrika v Omar* 1961 4 SA 336 T 338 waar die hof beslis dat fisiese beheer beteken om met die saak as eienaar te handel.

117 Vgl *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 238-239: "In the great majority of cases the physical factor takes the form of handing the movable in question bodily to the transferee, who accepts it with the requisite intention and thereby becomes owner. That is actual delivery."

118 Sien Cronjé 1976 *THRHR* 245 247; Carey Miller 1986 142; Silberberg & Schoeman 1992 244; Sonnekus & Neels 1994 396. Vgl ook *Marcus v Stamper & Zoutendijk* 1910 AD 58 78; *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 239.

119 Vgl *Policansky Brothers v Hanau* 1908 25 SC 670 673; *Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son* 1917 AD 66 73; *R v Binns* 1961 2 SA 104 T 107.

vuurmaakhout in die ontvanger se afwesigheid by sy huis afgelewer word¹²⁰ of deurdat beeste in die ontvanger se kraal ingejaag word terwyl hy nie aldaar teenwoordig is nie. In *Policansky Brothers v Hanau*¹²¹ is daar beslis dat indien lewering bona fide geskied, eiendomsreg onmiddellik oorgedra word en dat fisiese beheer nie noodwendig vir 'n bepaalde tydperk hoof voort te duur nie. Volgens Carey Miller¹²² is die belangrikste aspek die verkryging van fisiese beheer deur die ontvanger en is dit irrelevant hoe dit bewerkstellig word en of albei partye by die oorhandigingsproses teenwoordig is al dan nie. So sal die eienaar van 'n posbus en 'n jagstrik geag word beheer van onderskeidelik 'n posstuk en 'n gevange dier te verkry al sou hulle nie daar teenwoordig wees nie. Daadwerklike lewering vind gevolglik plaas telkens wanneer dit moontlik en geskik is.

12 3 2 3 Samevatting

Hierdie leweringswyse verleen die grootste moontlike mate van publisiteit aan die leweringshandeling en bied dus in die praktyk die minste probleme wanneer daar objektief bepaal moet word of eiendomsreg inderdaad deur middel van lewering oorgegaan het al dan nie.¹²³ Die funksie van fisiese beheer in die geval van daadwerklike lewering kan eerstens as saaklik of eiendomsverkrygend van aard beskryf word, en fisiese beheer moet hier met die nodige eienaarsbedoeling gepaard gaan ten einde die oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig.¹²⁴ Fisiese beheer het tweedens 'n bewysregtelike funksie, aangesien die publisiteit wat deur die leweringshandeling gebied word, die vermoede laat ontstaan dat die verkryger eienaar van die saak is.¹²⁵

120 Vgl die feitestel in *Marcus v Stamper & Zoutendijk* 1910 AD 58 en veral 78 waar dit duidelik blyk dat lewering geskied en eiendomsreg oorgaan op voorwaarde dat dit die bedoeling van die partye is.

121 1908 25 SC 670 673.

122 1986 142.

123 Indien daar natuurlik ook aan al die ander vereistes voldoen is.

124 Van Rensburg & Van der Merwe 1978 *THRHR* 113 115; Delpont & Olivier 1985 7; Van der Merwe 1989 93; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 155-156.

125 Vgl Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 157; Sonnekus & Neels 1994 396.

12 3 3 Konstruktiewe lewering

12 3 3 1 Inleiding

"Konstruktiewe lewering" is 'n begrip wat gebruik word in daardie gevalle waar, hoewel die oordragshandeling steeds belangrik is, daar meer klem gelê word op die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.¹²⁶ Aangesien die leweringshandeling nie veel publisiteit ontvang nie, word lewering geag plaas te gevind het sodra die ontvanger as gevolg van een of ander gebeurtenis in staat gestel word om fisiese beheer met die eienaarsbedoeling oor die saak uit te oefen.¹²⁷ Volgens Delport en Olivier¹²⁸ word die publisiteitsvereiste bevredig deurdat derdes uit die beheeruitoefening 'n afleiding met betrekking tot die oordrag van eiendomsreg kan maak. Daar word gewoonlik van hierdie leweringsvorms gebruik gemaak wanneer die sake wat gelewer moet word onhanteerbaar is¹²⁹ of in omstandighede waar dit vir die partye onprakties of ondoelmatig is om dit feitelik oor te dra.¹³⁰ Verskillende vorms van konstruktiewe lewering word in die Suid-Afrikaanse reg erken, en volgens Carey Miller¹³¹ wil dit voorkom of die erkende wyses asook die variasies daarop bloot gevalle is waarin daar 'n toereikende kombinasie van twee elemente is, te wete eerstens 'n duidelike aanduiding van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en tweedens die verkryging van dit wat in die omstandighede neerkom op 'n genoegsame mate van fisiese beheer deur die verkryger.¹³²

126 Carey Miller 1986 143; Van der Merwe 1989 315; Silberberg & Schoeman 1992 251; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 116. Sien ook *Assignees of O'Callaghan v Cavanagh* 1883 2 SC 122 125-126.

127 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 116. Die partye se bedoeling is baie belangrik en moet deeglik ondersoek word: vgl *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 239.

128 1985 289. Sien ook *Wiese v Executors of Wiese* 1905 ORC 130 136; *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 308; *Woodhouse v Odendaal* 1914 OPD 48 56.

129 *Goosen's Trustees v Goosen* 1884 3 EDC 368 387; *Friis v British United Mining Company* 1889 7 SC 17 32; *Page v Blieden & Kaplan* 1916 TPD 606 609.

130 Van der Merwe 1989 315.

131 1986 144. Vgl in hierdie verband *Trust Bank v Ebrahim (1) & (2)*; *Trust Bank v Omar* 1961 4 SA 336 T 338.

132 Vgl *Erasmus v M Rosenberg Ltd* 1910 TPD 1188 1191: "You cannot deliver goods to a purchaser ... without the purchaser taking them in any way into his control," en *Page v Blieden & Kaplan* 1916 TPD 606 609: "Nor is the intention of the parties enough; it must be clear that the purchaser in fact could exercise that control if and when he pleased."

Alhoewel daar in gevalle van konstruktiewe lewering meer klem op die bedoeling van die partye val, is die howe tradisioneel traag om dit toe te laat indien daar geen element van fisiese beheer deur die ontvanger is nie.¹³³ Die rede hiervoor is die belange van derdes wat staatmaak op die oënskynlike.¹³⁴ Binne die algemene beperkings wat gestel is, het die partye egter die bevoegdheid om self te besluit hoe lewering bewerkstellig moet word.

Die funksie van fisiese beheer, vir sover dit hier ter sprake is, is net soos in die geval van daadwerklike lewering, veral saaklik of eiendomsverkrygend van aard. Aangesien die bedoeling van die partye hier 'n groter rol speel, vervul die beheerelement steeds 'n belangrike funksie. Dit is egter belangrik om daarop te let dat die verkryger steeds genoegsame fisiese beheer ten aansien van die saak moet verkry om dit te kan uitoefen indien en wanneer hy dit sou wou doen.

12 3 3 2 *Clavium traditio*

12 3 3 2 1 *Omskrywing*

Hierdie wyse van lewering word gebruik in daardie gevalle waar 'n saak weens sy aard of omvang nie feitelik oorhandig kan word nie. *Clavium traditio* behels gevolglik dat 'n middel waarmee fisiese beheer oor die saak uitgeoefen kan word, deur die vervreemder aan die ontvanger oorhandig moet word.

12 3 3 2 2 *Elemente van fisiese beheer*

Dit is belangrik om daarop te let dat alhoewel *clavium traditio* ook as simboliese lewering¹³⁵ bekend staan, die oorhandiging van 'n blote simbool nie genoegsaam

133 Vgl bv *Erasmus v M Rosenberg Ltd* 1910 TPD 1188 1191; *Page v Blieden & Kaplan* 1916 TPD 606 609; *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 239; *Botha v Mazeka* 1981 3 SA 191 A 195.

134 Vgl *Wiese v Executors of Wiese* 1905 ORC 130 136 : "As already pointed out, the whole object with our modern law with respect to delivery and registration is the protection of creditors and to prevent their being misled as to the financial position of the debtor, by seeing him in possession of property which he has clandestinely disposed of."

135 Sien Carey Miller 1986 145 ivm hierdie begrip.

is om eiendomsreg te laat oorgaan nie, en dat dit inderdaad noodsaaklik is dat die voornemende verkryger 'n middel moet ontvang waardeur hy fisiese beheer oor die saak sal kan uitoefen.¹³⁶

No doubt a mere symbol is not sufficient to effect delivery; the goods must be subjected to the power of the person to whom delivery is to be made...The key is in one sense symbolical, but it is more than that, for it is the means by which the pledgee is enabled to have access to and retain control of the goods.

In *S v Magxwalisa*¹³⁷ is daar beslis dat waar goedere gestoor word in 'n brandkluis of pakhuis waartoe toegang alleen deur middel van 'n sleutel verkry kan word, 'n persoon in fisiese beheer van die goedere geplaas word wanneer die enigste sleutel aan hom oorhandig word.¹³⁸ Die genoegsaamheid van *clavium traditio* is daarin geleë dat dit eksklusiewe beheer in die sin van kontrole aan die ontvanger van die sleutel verleen. Indien die vervreemder 'n duplikaatsleutel behou, is die lewering (as daar nie bedrog is nie) onvoldoende.¹³⁹ Alhoewel daar in die klassieke Romeinse reg vereis is dat die oorhandiging van die sleutel in die onmiddellike nabyheid van die huis of pakhuis moes geskied, is dit nie vandag meer die geval nie.¹⁴⁰

Lewering van 'n motor word ook geag plaas te vind wanneer die sleutel aan die verkryger oorhandig word aangesien hy daardeur in staat gestel word om die motor fisies te beheer. Volgens die Suid-Afrikaanse regspraak word die oorhandiging van 'n registrasiesertifikaat egter nie as lewering beskou nie: Alhoewel die ontvanger daardeur in staat gestel word om die motor op sy naam te registreer, dui die registrasie nie

136 *Heydenrich v Saber* 1900 17 SC 73 76-77. Vgl ook Delpont & Olivier 1985 314; Carey Miller 1986 144-145; Van der Merwe 1989 315-316; Silberberg & Schoeman 1992 258; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 116.

137 1984 2 SA 314 N 320-321.

138 In *Harrington v Shaskolsky* 1914 CPD 478 480 is beslis dat lewering plaasgevind het waar die sleutel van 'n huis aan die verkryger oorhandig is en hy dit na vier en twintig uur weer aan die vervreemder teruggegee het. Carey Miller 1989 145 is van mening dat die oorhandiging van die sleutel die nodige animus weerspieël het, terwyl daar aan die fisiese element voldoen is deurdat die ontvanger vir 'n (beperkte) tydperk beheer oor die saak uitgeoefen het.

139 Vgl *Heydenrich v Saber* 1900 17 SC 73 77; *S v Magxwalisa* 1984 2 SA 314 N 321.

140 Van der Merwe 1989 316. Sien ook Carey Miller 1986 144; Silberberg & Schoeman 1992 258.

noodwendig op die oorgang van eiendomsreg of die vestiging van beheer nie.¹⁴¹ Die ontvangs van die dokumente beteken nie dat die verkryger fisiese beheer oor die motor verkry nie, en dit is 'n vereiste vir *clavium traditio* dat die ontvanger deur middel van dit wat hy ontvang die saak fisies moet kan beheer. Dit bewys dat *clavium traditio* konstruktiewe en nie simboliese lewering nie is.

'n Verwante geval van simboliese lewering wat taamlik algemeen voorkom, is waar die afgifte van ladings- of vragbriewe beskou word as voldoende om eiendomsreg oor te dra van die goedere wat daarin beskryf word.¹⁴² Die houer van die ladingsbrief is dus daarop geregtig om, ter uitsluiting van alle derdes, die goedere by die plek van bestemming te ontvang en ook om dit aan 'n ander oor te dra.¹⁴³

The person in whose name or to whose order the bill of lading is made out may by endorsement and delivery transfer his rights under the bill to another. The holder of the bill...is entitled, to the exclusion of all others, to receive the goods from the ship at the place of destination. He is thus in the same commercial position as if he were in physical possession of the goods. The bill of lading is, accordingly, recognised as a symbol of the goods and the transfer of the bill is regarded as a form of symbolic delivery.

Olivier, Pienaar en Van der Walt¹⁴⁴ wys egter daarop dat dit in werklikheid nie eintlik 'n vorm van simboliese lewering is nie: Lewering van die vragbriewe word nie as 'n simbool van die oordrag van fisiese beheer oor die vrag beskou nie, maar as 'n erkende wyse van eiendomsoordrag deur middel van 'n beheerinstrument. Eiendomsreg gaan dus oor deur middel van die oorhandiging van die vragbriewe ten

141 *Bold v Cooper* 1949 1 SA 1195 W 1200-1201; *S v Levitt* 1976 3 SA 476 A 482; *Nkosana v Rondalia Assurance Corporation of South Africa Ltd* 1976 4 SA 67 T 69-70; *S v Buitendag* 1980 2 SA 152 T 154.

142 Carey Miller 1986 146; Van der Merwe 1989 316; Silberberg & Schoeman 1992 258; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 116-117; Sonnekus & Neels 1994 398-399. Sien verder *London & South African Bank v Donald Currie & Co* 1875 Buch 29 34; *Knight v Lensvelt* 1923 CPD 444 447; *Standard Bank of South Africa Ltd v Etroiken & Newman* 1924 AD 171 190.

143 *Lendlease Finance (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola* 1976 4 SA 464 A 492. Vgl ook *Garavelli & Figli v Gollach & Gomperts (Pty) Ltd* 1959 1 SA 816 W 821.

144 1992 116-117. Sien verder Carey Miller 1986 146-147; Van der Merwe 1989 317.

spyte daarvan dat die ontvanger daarvan nie onmiddellik daadwerklike fisiese beheer oor die vrag verkry nie. Die enigste vereiste is dat die beheer wat hy oor die vrag verkry, effektief moet wees: Met ander woorde, hy moet deur middel van die ontvangs van die vragbriewe in staat gestel word om sodanige beheer oor die vrag uit te oefen dat hy andere daarvan kan weerhou om na wense daarmee te handel.

Silberberg en Schoeman¹⁴⁵ voer aan dat dit noodsaaklik is dat die ontvanger absolute en effektiewe beheer moet verkry van die saak wat die vervreemder beoog om aan hom te lewer. Dit het tot gevolg dat die ladingsbrief verhandelbaar moet wees aangesien die ontvanger andersins nie die goedere sal kan vervreem alvorens hy fisiese beheer daarvan verkry het nie.¹⁴⁶ Carey Miller¹⁴⁷ wys daarop dat 'n ladingsbrief in die praktyk altyd verhandelbaar is, maar dat dit nie vasstaan dat verhandelbaarheid 'n vereiste vir die verkryging van eiendomsreg is nie. Volgens hom is dit nie noodsaaklik dat die eienaar onmiddellik sy saak moet kan vervreem nie, en is dit voldoende as die houer van die ladingsbrief daarop geregtig is om die goedere by die bestemming op te eis.

12 3 3 2 3 Samevatting

Dit volg uit voorgaande bespreking dat dit selfs by *clavium traditio* nodig is dat die verkryger fisiese beheer oor die saak moet verkry voordat lewering geag word plaas te gevind het. Eiendomsreg gaan gevolglik eers oor wanneer die ontvanger met die nodige bedoeling (eienaarsbedoeling) 'n middel ontvang waarmee hy fisiese beheer oor die saak kan uitoefen. Ter wille van die publisiteitsvereiste moet dit na buite blyk dat hy die saak fisies kan beheer en alle derdes daarvan kan uitsluit.¹⁴⁸

145 1992 258.

146 Vgl egter *Heydenrich v Saber* 1900 17 SC 73 77.

147 1986 147.

148 *Wiese v Executors of Wiese* 1905 ORC 130 136 138; *Woodhouse v Odendaal* 1914 OPD 48 56; *S v Buitendag* 1980 2 SA 152 T 154. Vgl ook Carey Miller 1986 146. Sien verder hfst 7 1 1 (De Groot se definisie van eiendomsreg).

12 3 3 3 *Traditio longa manu*

12 3 3 3 1 *Omskrywing*

Lewering van 'n saak kan deur middel van aanwysing geskied indien die saak as gevolg van sy aard, grootte en gewig nie fisies oorhandig kan word nie.¹⁴⁹ Indien die nodige bedoeling teenwoordig is, sal lewering dus plaasvind sodra daar deur middel van aanwysing aan die fisiese aspek voldoen is.

12 3 3 3 2 *Elemente van fisiese beheer*

Besondere streng vereistes word vir hierdie vorm van lewering gestel aangesien daar geen duidelik waarneembare fisiese beheerverandering plaasvind nie. Volgens die Suid-Afrikaanse regspraak¹⁵⁰ is dit noodsaaklik dat: (a) Die partye die bedoeling het om op hierdie spesifieke wyse te lewer; (b) Die saak deur die vervreemder aan die ontvanger uitgewys word waar die saak teenwoordig is; (c) Die verkryger in staat gestel word om fisiese beheer oor die saak te kan uitoefen; en (d) Die saak duidelik geïdentifiseer word.

Die belangrikste vereiste is egter dat die vervreemder die saak ter beskikking van die verkryger moet stel sodat hy fisiese beheer daarvoor kan uitoefen.¹⁵¹ Dit was in sowel

149 Reinsma & Van der Merwe 1969 *THRHR* 302; Carey Miller 1986 148; Van der Merwe 1989 317 319; Silberberg & Schoeman 1992 255; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 117; Sonnekus & Neels 1994 397. Sien ook *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 239; *S v Buitendag* 1980 2 SA 152 T 154.

150 *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 239; *Xapa v Ntsoko* 1919 EDL 177 183; *Concor Construction (Cape) (Pty) Ltd v Santambank Ltd* 1993 3 SA 930 A 933 937.

151 Reinsma & Van der Merwe 1969 *THRHR* 302 304; Carey Miller 1986 149; Van der Merwe 1989 319; Silberberg & Schoeman 1992 255-256; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 117; Sonnekus & Neels 1994 397. Blote aanwysing is nie voldoende nie: Die verkryger moet in staat gestel word om fisiese beheer uit te oefen. Vgl *Page v Blieden & Kaplan* 1916 TPD 606 609; *Kaplan v Messenger of Court, Port Alfred* 1932 EDL 281 289-290; *Botha v Mazeka* 1981 3 SA 191 A 195. Sien ook *Escom v Rollomatic Engineering (Edms) Bpk* 1992 2 SA 725 A 730: "Hieruit blyk duidelik dat daar geen sprake daarvan was dat die eiser in beheer van die terrein of die struktuur was nie. Ten minste een van die vereistes vir lewering met die lang hand is gevolglik nie nagekom nie, naamlik dat die ontvanger ná uitwysing in staat moet wees om fisiese beheer oor die saak te voer." Vgl egter ook Sonnekus 1992 *TSAR* 487 491 493 volgens wie daar in hierdie saak geen sprake van eiendomsoordrag van die staalstrukture kon gewees het nie

die Romeinse¹⁵² as die Romeins-Hollandse¹⁵³ reg 'n vereiste dat die saak in die teenwoordigheid van die ontvanger aan hom uitgewys word, en die Suid-Afrikaanse howe het dit ook as beginsel aanvaar:¹⁵⁴

But physical prehension is not essential if the subject-matter is placed in presence of the would-be possessor in such circumstances that he and he alone can deal with it at pleasure.

Silberberg en Schoeman¹⁵⁵ wys daarop dat hierdie vereiste dat die saak in die teenwoordigheid van die ontvanger uitgewys moet word of dat die "lewering" ten aanskoue van die saak moet geskied, die gevolg is van 'n ietwat formalistiese benadering om nie geheel en al van die fisiese element van lewering - vir sover dit 'n handeling moet wees wat na buite sigbaar is - afstand te doen nie. Volgens Delport en Olivier¹⁵⁶ kan dit egter vry geïnterpreteer word as sou dit moontlik bloot beteken dat die saak ter beskikking van die nuwe eienaar gestel moet word.

Die fisiese element is deurslaggewend: Indien die ontvanger nie fisiese beheer oor die saak verkry nie, het lewering nie plaasgevind nie. In *Botha v Mazeka*¹⁵⁷ beslis die hof dat die koper nie voldoende fisiese beheer oor die beeste verkry het nie aangesien hy nie vrye toegang tot die diere gehad het nie en hulle ook nie sonder die verkoper se toestemming kon verwyder nie. Die feit dat die diere gebrandmerk en in 'n kamp ingejaag is, word dus in die betrokke omstandighede nie deur die hof as genoegsaam

aangesien dit *ttv* die kooporeenkoms geen selfstandige roerende sake was nie maar 'n integrale deel van die grondstuk gevorm het. Hy wys daarop (494) dat die mate van beheer streng gesproke slegs ter sprake kom indien dit reeds vasstaan dat die strukture selfstandige roerende sake was ten aansien waarvan beheerverkryging enige regsveranderende gevolge teweeg kon bring.

152 Paul D 41 2 1 21.

153 Voet *Commentarius ad Pandectas* 41 1 34.

154 *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 239. Vgl ook *Xapa v Ntsoko* 1919 EDL 177 183.

155 1992 256. Volgens Reinsma & Van der Merwe 1969 *THRHR* 302 303-304 dien dit slegs as identifikasie.

156 1985 292.

157 1981 3 SA 191 A 195. Vgl ook De Groot se definisie van eiendomsreg in hfst 7 1 1.

beskou nie.¹⁵⁸ In *Concor Construction (Cape) (Pty) Ltd v Santambank Ltd*¹⁵⁹ beslis die appèlafdeling dat daar nie afdoende bewys gelewer is dat eiendomsreg van die betrokke saak oorgedra is nie. Geen getuienis is aangevoer dat die verkoper bedoel het om die saak aan die respondent te lewer en eiendomsreg daarvan aan hom oor te dra nie.

Waar dit egter duidelik is dat die ontvanger fisiese beheer van die saak verkry het, bestaan daar geen twyfel dat lewering wel plaasgevind het nie.¹⁶⁰ Delport en Olivier¹⁶¹ stel die vraag of dit noodsaaklik is dat die verkryger ter uitsluiting van die vervreemder fisiese beheer oor die saak moet verkry. Met verwysing na *Xapa v Ntsoko*¹⁶² en *Frank v Van Aarde*,¹⁶³ waarin die vervreemder wel 'n mate van beheer oor die saak behou het, aanvaar hulle dat dit oënskynlik voldoende is as die verkryger in 'n posisie geplaas word waarin hy direkte en uitsluitlike beheer oor die saak kan uitoefen. Die vereiste dat die verkryger fisiese beheer oor die saak moet verkry, behels uiteraard ook dat hy in staat moet wees om die saak na willekeur te verwyder. Dit sluit gevolglik die moontlikheid uit dat onderdele van 'n groter saak op hierdie wyse gelewer word, aangesien fisiese beheer oor die hoofsaak ook fisiese beheer oor die bysake insluit.¹⁶⁴

12 3 3 3 3 Samevatting

Dit volg uit voorgaande bespreking dat die howe nie sonder meer sal aanvaar dat

158 Vgl ook *Erasmus v M Rosenberg Ltd* 1910 TPD 1188 1191: "You cannot deliver goods to a purchaser...without the purchaser taking them in any way into his control"; *Page v Blieden & Kaplan* 1916 TPD 606 609: "It must, however, be clear that...the parties intended that in the future the purchaser should have full control of the things pointed out to him..."; *Kaal Valley Supply Stores v Louw* 1923 OPD 60 63-64.

159 1993 3 SA 930 A 938-939.

160 Vgl *Matshoba v Maka* 1916 EDL 59 63; *Xapa v Ntsoko* 1919 EDL 177 182.

161 1985 292 en sake daar aangehaal.

162 1919 EDL 177 181-182.

163 1921 CPD 391 393-394.

164 Vgl *Scoop Industries (Pty) Ltd v Langlaagte Estate & GM Company Ltd* 1948 1 SA 91 W 100: "The mere pointing out...did not...constitute a delivery *longa manu*. As long as they were attached to the site they remained the property of the respondent." Sien egter *Escorn v Rollomatic Engineering (Edms) Bpk* 1992 SA 725 A.

lewering by wyse van traditio longa manu geskied het nie:¹⁶⁵

Indeed it is obvious that, as in all cases where mental attitude is not clearly evidenced by physical dealing, the principle of *traditio longa manu* must be cautiously applied.

Indien daar egter bevredigend vasgestel is dat die ontvanger fisiese beheer oor die saak verkry het ter uitsluiting van alle derdes, asook dat hy die saak met die nodige bedoeling kan¹⁶⁶ beheer, sal die hof bereid wees om traditio longa manu as leweringswyse te aanvaar.

12 3 3 4 *Traditio brevi manu*

12 3 3 4 1 *Omskrywing*

Traditio brevi manu vind plaas indien die persoon aan wie die saak gelewer moet word dit reeds ingevolge een of ander ooreenkoms beheer. Sodra die beheerder se gesindheid verander en hy met die animus domini beheer begin uitoefen, word lewering geag plaas te gevind het.¹⁶⁷

12 3 3 4 2 *Elemente van fisiese beheer*

Eiendomsreg gaan met ander woorde oor wanneer die partye die bedoeling het om

165 *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 239. Vgl verder *Kaal Valley Supply Stores v Louw* 1923 OPD 60 63.

166 Hy hoef nie noodwendig die saak fisies te beheer nie: Hy moet net in staat wees om sodanige beheer uit te oefen.

167 *Van der Merwe* 1989 319; *Silberberg & Schoeman* 1992 252; *Olivier, Pienaar & Van der Walt* 1992 118; *Sonnekus & Neels* 1994 398. *Carey Miller* 1986 150-151 is egter van mening dat die bestaande beheer (sonder die animus domini) die fisiese element bevredig en dat slegs die wilselement vir eiendomsoordrag vereis word. Vgl ook *Assignees of O'Callaghan v Cavanagh* 1883 2 SC 122 125 126; *Woodhouse v Odendaal* 1914 OPD 48 56; *Meintjes v Wilson* 1927 OPD 183 189; *Kaplan v Messenger of Court, Port Alfred* 1932 EDL 281 290; *Consolidated Factors of South Africa (Pty) Ltd v National Cash Register Co SA (Pty) Ltd* 1973 4 SA 486 T 490; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 610.

dit oor te dra en te verkry¹⁶⁸ en geen verdere fisiese handeling word vereis nie.¹⁶⁹ Aangesien daar geen werklike leweringshandeling plaasvind nie, doen hierdie wyse van lewering afbreuk aan die publisiteitsvereiste. Dit is egter aanvaarbaar in die lig daarvan dat die oordraer se krediteure nie mislei sal word nie aangesien hy in elk geval nie meer die saak wat oorgedra word fisies beheer het nie.¹⁷⁰ Dit is duidelik dat bewys daarvan dat die ontvanger met 'n veranderde gesindheid hou, in bepaalde gevalle vereis kan word en dat absolute bona fides van die betrokke partye verwag sal word.¹⁷¹

Cronjé¹⁷² wys daarop dat die feit dat die wilsooreenstemming nie met die fisiese element saamval nie, maar eers daarna volg, nie beteken dat wilsooreenstemming alleen eiendomsreg laat oorgaan nie: Daar word immers juis vereis dat die verkryger in beheer van die saak moet wees.¹⁷³ Eiendomsreg gaan gevolglik nie oor suiwer as gevolg van die saaklike ooreenkoms nie. Die aard van die bestaande beheer is dus belangrik en dit sal aan al die gewone vereistes moet voldoen alvorens dit as voldoende beskou sal word.

Traditio brevi manu word volgens die howe¹⁷⁴ ook as leweringwyse aanvaar waar eiendomsoorgang ingevolge 'n krediettransaksie plaasvind.¹⁷⁵ Die kredietopnemer

168 Indien daar ook aan al die ander algemene vereistes voldoen is.

169 Daar word dus weggedoen met die vereiste dat die saak teruggegee en wéér gelewer moet word alvorens eiendomsreg op die ontvanger oorgaan: Cronjé 1978 *THRHR* 227 235; Delport & Olivier 1985 294; Carey Miller 1986 150; Van der Merwe 1989 320; Silberberg & Schoeman 1992 252.

170 Sien Carey Miller 1986 151; Van der Merwe 1989 320; Silberberg & Schoeman 1992 252-253.

171 Vgl *Marcus v Stamper & Zoutendijk* 1910 AD 58 73-74; *Meintjes v Wilson* 1927 OPD 183 188-189.

172 1978 *THRHR* 227 236.

173 *Forsdick Motors Ltd v Lauritzen* 1967 3 SA 249 N 253.

174 *Pennefather v Gokul* 1960 4 SA 42 N 43-44; *Forsdick Motors Ltd v Lauritzen* 1967 3 SA 249 N 253; *Consolidated Factors of SA (Pty) Ltd v National Cash Register Co SA (Pty) Ltd* 1973 4 SA 486 T 490.

175 Cronjé 1979 *TSAR* 16 huldig daarenteen die opinie dat lewering reeds plaasvind wanneer die saak aan die huurkoopkoper oorgedra word, maar dat die gewenste gevolg, nl die oorgang van eiendomsreg, opgeskort word totdat die koopsom betaal is. Vgl ook Delport & Olivier 1985 320-321 wat daarop wys dat hierdie standpunt tot gevolg het dat die kredietgewer nie kan verhinder dat die kredietopnemer by vervulling van die voorwaarde eiendomsreg verkry nie asook dat die kredietopnemer nie meer op daardie stadium die saak hoef te beheer nie alhoewel dit 'n vereiste by traditio brevi manu is. Sien ook Silberberg & Schoeman 1992 254-255.

oefen immers reeds fisiese beheer oor die saak uit op die stadium dat die partye bedoel dat eiendomsreg moet oorgaan, te wete wanneer die laaste paaierement betaal word. Feitelike lewering word gevolglik nie weer vereis nie.¹⁷⁶

12 3 3 4 3 Samevatting

Hierdie uiteensetting toon aan dat alhoewel geen feitelike leweringshandeling op die oomblik van eiendomsoorgang vereis word in gevalle waar dit ingevolge *traditio brevi manu* geskied nie, die ontvanger ten tye van eiendomsoordrag die saak fisies moet beheer. Die moontlikheid dat derdes tot hulle nadeel sal handel, is dus tot 'n groot mate uitgesluit aangesien daar immers gewoonlik van die standpunt uitgegaan word dat die persoon wat die saak beheer die eienaar van die saak is.¹⁷⁷

12 3 3 5 *Constitutum possessorium*

12 3 3 5 1 Omskrywing

Hierdie leweringvorm verskil van dié wat tot dusver behandel is in die opsig dat die vervreemder fisiese beheer van die saak behou nadat hy eiendomsreg daarvan aan die ontvanger oorgedra het, terwyl slegs die partye se gesindheidsverandering daarop dui dat die posisie inderdaad verander het.¹⁷⁸

176 Dit geld ook in die meeste gevalle waar eiendomsreg dmv registrasie oorgaan indien die saak reeds voorheen geokkupeer is.

177 Cronjé 1978 *THRHR* 227 239 wys daarop dat daar in die Suid-Afrikaanse reg 'n weerlegbare vermoede bestaan dat die besitter van 'n roerende saak ook die eienaar daarvan is. Vgl ook Silberberg & Schoeman 1992 118 126-128. Sien *Policansky Brothers v Hanau* 1908 25 SC 670 672; *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 308; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 615.

178 Sien Sonnekus 1979 *TSAR* 41 44, asook 119-132 vir 'n oorsig van sake waarin dit toegepas is; Carey Miller 1986 157; Van der Merwe 1989 321; Silberberg & Schoeman 1992 259; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 118; Sonnekus & Neels 1994 399. Vgl *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442 445: "The idea is that a person who up to a certain point has had the possession of property for himself, by entering into some legal arrangement undertakes to hold it in future not for himself, but for somebody else, and that this change of *animus* on his part is sufficient to effect a change in regard to some *jus in re* connected with the property"; en verder *Mills & Sons v Trustees of Benjamin Brothers* 1876 6 Buch 115 123; *Payn v Yates* 1892 9 SC 494 497; *Woodhouse v Odendaal* 1914 OPD 48 57; *Kaplan v Messenger of Court, Port Alfred* 1932 EDL 281 293; *Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son* 1917 AD 66 73; *Vasco Dry Cleaners v Twycross*

12 3 3 5 2 *Elemente van fisiese beheer*

Alhoewel eiendomsreg van die vervreemder na die ontvanger oorgedra word, bly die saak fisies onder die vorige eienaar se beheer. Hy oefen dit egter nie meer met die eienaarsbedoeling uit nie, maar namens of ten behoeve van die nuwe eienaar of andersins omdat daar 'n goeie rede is waarom hy beheer oor die saak bly uitoefen.¹⁷⁹ Sonnekus¹⁸⁰ is van mening dat die gebruik van *constitutum possessorium* waarskynlik uit doelmatigheidsredes ontwikkel het met die oog op handelsgebruike. Dit het uiteraard tot gevolg dat waar die regsgrond op grond waarvan die houer die saak beheer geen voordele vir die verkryger inhou nie (byvoorbeeld in die geval van 'n gratis bruikleenooreenkoms), die gevaar van bedrog baie groot is.¹⁸¹

Daar word verskillende vereistes vir *constitutum possessorium* gestel,¹⁸² waarvan die belangrikste is dat die vervreemder moet ophou om namens homself te beheer en moet begin om ten behoeve van die nuwe eienaar beheer uit te oefen. Hieruit volg dat dit die persoon se bedoeling is wat sal bepaal of lewering dan inderdaad plaasgevind het al dan nie,¹⁸³ en dit is vanselfsprekend geen maklike taak nie. *Constitutum possessorium* as leweringswyse bied gevolglik heelwat geleentheid vir bedrog.¹⁸⁴

1979 1 SA 603 A 610.

179 Bv as huurder. Cronjé 1978 *THRHR* 227 236 wys daarop dat die houer (vervreemder) se wilswysiging fisiese beheer vir die verkryger regtens moontlik maak.

180 1979 *TSAR* 41 44-45. Sien ook *Stratford's Trustees v The London and South African Bank* 1884 EDC 439 453.

181 Van der Merwe 1989 325.

182 *Woodhouse v Odendaal* 1914 OPD 48 59; *Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son* 1917 AD 66 85; *Visagie v Muntz & Co* 1921 CPD 582 586; *Kaplan v Messenger of Court, Port Alfred* 1932 EDL 281 294; *Estate Looock v Graaff-Reinet Board of Executors* 1935 CPD 117 123; *Boland Bank Bpk v Joseph* 1977 2 SA 82 D 88; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 614; *Mankowitz v Loewenthal* 1982 3 SA 758 A 766. Vir 'n bespreking van hierdie vereistes sien Carey Miller 1986 159-160; Van der Merwe 1989 324-326; Silberberg & Schoeman 1992 259-260; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 119; Sonnekus & Neels 1994 399-400.

183 "...because a *constitutum* is not a physical act but an act of the mind..." (*Woodhouse v Odendaal* 1914 OPD 48 57).

184 Dit het tot gevolg dat 'n *constitutum* nooit sonder meer aanvaar word nie, maar dat dit altyd bewys moet word: Sien *Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son* 1917 AD 66 75. *Constitutum possessorium* as leweringswyse bestaan dus in die Suid-Afrikaanse reg, maar bied probleme met die toepassing daarvan: Vgl *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442 445; *Woodhouse v Odendaal* 1914 OPD 48 56; *Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son* 1917 AD 66 91.

Die tipe of mate van beheer wat die vervreemder ná die gesindheidsverandering oor die saak uitoefen, bied probleme. In *Lighter and Co v Edwards*¹⁸⁵ is dit met verwysing na pandgewing bespreek en daar is beslis dat dit nie as 'n geldige leweringvorm beskou kan word indien die pandgewer ná lewering voortgaan om die pandsaak tot sy eie voordeel te gebruik nie. Die pandnemer moet een of ander voordeel uit die transaksie kry. Alhoewel die saak dus nie fisies oorgedra word nie en die vervreemder in beheer daarvan bly, sal daar tog een of ander aanduiding daarvan moet wees dat eiendomsreg van die vervreemder na die ontvanger oorgegaan het.¹⁸⁶

Dit volg hieruit dat die partye se bona fides bo enige twyfel moet staan en dat daar telkens bewys sal moet word dat dit werklik die partye se bedoeling was om eiendomsreg van die vervreemder aan die ontvanger oor te dra. Daar is in *Trust Bank van Afrika Bpk v Van Jaarsveldt; Trust Bank van Afrika Bpk v Bitzer*¹⁸⁷ beslis dat dit nie 'n party se subjektiewe bedoeling is wat die deurslag gee nie, maar wel sy handeling en die kontrakte wat hy aangegaan het. Die indruk wat na buite geskep word, is dus deurslaggewend ten einde te bepaal of eiendomsreg oorgedra is al dan nie, en dit volg hieruit dat die publisiteitselement baie sterk op die voorgrond tree.

Na aanleiding van voorgaande bespreking dien daarop gelet te word dat alhoewel die partye se bedoeling van deurslaggewende belang is by *constitutum possessorium*, eiendomsreg nie deur blote ooreenkoms oorgedra word nie.¹⁸⁸ Van der Merwe¹⁸⁹ wys daarop dat die wese van *constitutum possessorium* juis daarin geleë is dat die vorige eienaar met die toestemming van die nuwe eienaar sy beheer oor die saak opgee en ingevolge een of ander regsgrond waarop hulle ooreengekom het 'n nuwe beheer oor die saak verkry waarkragtens hy dan namens die verkryger fisiese beheer oor die saak uitoefen.

185 1907 TS 442 445-446.

186 Vgl *K & D Motors v Wessels* 1949 1 SA 1 A 14 vir moontlike aanduidings wat daarop kan dui dat die saak verkoop en nie slegs verpand is nie.

187 1978 4 SA 115 O 121.

188 Vgl *Orson v Reynolds* 1885 2 BAC 102 106: "I do not understand the doctrine of *constitutum* as dispensing with the necessity of delivery. The physical transmutation of possession may under certain circumstances be dispensed with, but the necessity for delivery or its legal equivalent remains."

189 1989 326.

12 3 3 5 3 Samevatting

Die probleme wat hierdie vorm van lewering in die praktyk bied, het tot gevolg dat dit nie besonder gewild is nie. Dit kan egter in bepaalde omstandighede meer aanvaarbaar wees, soos waar dit die handelsverkeer dien en die kans op bedrog en benadeling van derdes gering is.

Constitutum possessorium as vorm van lewering is 'n uitsondering op die reël dat die eienaar fisiese beheer oor die saak moet uitoefen met die oog op die publisiteitsvereiste. Daar word heeltemal afstand gedoen van hierdie vereiste en dit is gevolglik potensieel gevaarlik vir derdes.¹⁹⁰ Dit word nietemin as leweringswyse in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar met die voorbehoud dat dit met groot omsigtigheid toegepas moet word en dat die partye se bona fides bo alle twyfel moet staan.¹⁹¹

12 3 3 6 Attornment

12 3 3 6 1 Omskrywing

Attornment is nie 'n gemeenregtelike leweringswyse nie: Dit is vanuit die Engelse reg in die Suid-Afrikaanse reg opgeneem. In die geval van attornment word die saak beheer deur 'n derde wat dit as verteenwoordiger of ingevolge 'n ander regsverhouding namens die eienaar hou. Hierdie vorm van lewering vind plaas wanneer die vervreemder, die verkryger en die houer van die saak 'n drieledige ooreenkoms aangaan waarkragtens die houer instem om die saak voortaan nie meer namens die vervreemder nie, maar wel namens die ontvanger te hou, met ander woorde om nie meer eersgenoemde nie, maar wel laasgenoemde as eienaar te

190 Van der Merwe 1989 323; Silberberg & Schoeman 1992 259.

191 *Stratford's Trustees v The London and South African Bank* 1884 3 EDC 439 453; *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442 445; *Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son* 1917 AD 66 91; *Prinsloo v Venter* 1964 3 SA 626 O 628-629; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 610; *Parton & Colam v G M Pfaff (SA) (Pty) Ltd* 1980 4 SA 485 N 490.

beskou.¹⁸²

12 3 3 6 2 Elemente van fisiese beheer

Die twee vereistes wat vir attornment gestel word, raak onderskeidelik die wils- en fisiese aspekte,¹⁸³ waarvan laasgenoemde vir doeleindes van hierdie bespreking die belangrikste is.

Ten einde 'n saak by wyse van attornment te lewer, word daar vereis dat die houër die saak fisies moet beheer of die reg op beheer moet hê op die tydstip dat die vervreemder en die ontvanger die bedoeling het dat eiendomsreg moet oorgaan:¹⁸⁴

To enable ownership to pass...the law requires that the person who is to hold the article concerned on behalf of the intended new owner must be in control thereof (or at least have the right of control thereover) when the owner of the article cedes his rights in respect thereof to the intended new owner.

Daar word nie van die beheerder verwag om beheer oor die saak uit te oefen wanneer hy inderdaad kennis van die wilswysiging ontvang nie. Dit is genoegsaam as hy maar net in beheer is ten tye van die gesindheidsverandering met betrekking tot

192 Carey Miller 1986 152; Van der Merwe 1989 326-327; Silberberg & Schoeman 1992 263; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 120-12; Sonnekus & Neels 1994 400-401. Vgl verder *Standard Bank v O'Connor* 1888 6 SC 32 44; *Kaplan v Messenger of Court, Port Alfred* 1932 EDL 281 290; *Trust Bank van Afrika v Ebrahim (1) & (2)*; *Trust Bank van Afrika v Omar* 1961 4 SA 336 T 338; *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 A 923.

193 Cronjé 1978 THRHR 227 236; Carey Miller 1986 153-154; Badenhorst 1988 TSAR 298 ev; Sonnekus 1988 THRHR 534 539; Olivier 1989 THRHR 267 269; Van der Merwe 1989 327; Silberberg & Schoeman 1992 263-264; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 120-121. Vgl ook *Hearn & Co (Pty) Ltd v Bleiman* 1950 3 SA 617 K 625-626; *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 A 923-924; *Barclays Western Bank Ltd v Ernst* 1988 1 SA 243 A 253.

194 *Barclays Western Bank Ltd v Ernst* 1988 1 SA 243 A 253. Sien ook *Hearn & Co (Pty) Ltd v Bleiman* 1950 3 SA 617 K 625; *Caledon & Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer v Wentzel* 1972 1 SA 270 A 274; *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 A 924. Dit blyk uit die regspraak (*Barclays Western Bank* 253 en *Hearn* 625-626) dat "reg op beheer" bloot die bevoegdheid aandui om beheer of kontrole uit te oefen; daar word dus nie vereis dat die houër daadwerklike beheer moet uitoefen of fisies daartoe in staat moet wees nie, maar net dat hy daarop geregtig moet wees om dit te doen.

eiendomsoordrag tussen die oordraer en die ontvanger. Daar is gevolglik in *Caledon en Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer Bpk v Wentzel*¹⁹⁵ beslis dat alhoewel die houer nie meer die saak fisies beheer het toe hy in kennis gestel is van die gesindheidsverandering nie, eiendomsreg nogtans deur middel van attorney oorgegaan het aangesien hy voor die tyd reeds toegestem het om ná die sessie namens die ontvanger te hou en die saak nog steeds fisies beheer het op die tydstip waarop sessie plaasgevind het.¹⁹⁶ Die houer se toestemming is dus van wesenlike belang. In *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein*¹⁹⁷ word na aanleiding van die feitestel beslis dat aangesien die houer geen opdrag van die vervreemder ontvang het nie en ook geen onderneming aan die partye gegee het dat hy voortaan namens die ontvanger sal hou nie, eiendomsreg nie deur attorney oorgegaan het nie. Carey Miller¹⁹⁸ is dan ook van mening dat die houer se toestemming om vanaf 'n bepaalde tydstip namens die ontvanger te hou, die fisiese element van lewering verteenwoordig. Hy wys egter daarop dat hierdie identifikasie van 'n fisiese element 'n suiwer dogmatiese analise is in die lig daarvan dat daar geen uiterlike aanduidings van die verandering van eiendomsreg is nie.

12 3 3 6 3 Samevatting

Hierdie buitengewone wyse van lewering word moontlik gemaak deur die erkenning van die bestaan van middellike beheer.¹⁹⁹ Dit beteken dat 'n persoon se beheer oor

195 1972 1 SA 270 A 274.

196 Daar is nav hierdie uitspraak deur sommige regsgeleerdes beweer dat 'n nuwe wyse van fiktiewe lewering geskep is en dat die houer slegs moet toestem om die saak in die toekoms namens 'n ander te hou - dat dit met ander woorde nie meer nodig is dat die houer die saak moet beheer (of die vermoë daartoe moet hê) tydens eiendomsoordrag nie: Sien Van der Merwe & Neethling 1973 *THRHR* 86 87; Cronjé 1976 *THRHR* 245 261-262; Cronjé 1978 *THRHR* 227 236. In *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 A 924 beslis ar Jansen egter dat eiendomsoordrag van 'n saak in die hande van 'n derde slegs deur attorney oorgedra kan word terwyl die derde houer bly: As hy beheer verloor het kan oordrag nie meer op hierdie wyse geskied nie. Vgl verder Ferreira 1981 *Obiter* 165 168 ev; Delport & Olivier 1985 307-308; Van der Merwe 1989 328; Silberberg & Schoeman 1992 265-267; Sonnekus & Neels 1994 402.

197 1980 3 SA 917 A 926-927.

198 1986 156.

199 Vgl ar Jansen se uitspraak in *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 A 922-923. Sien ook *R v Binns* 1961 2 SA 104 T 107 waar daar uitdruklike goedkeuring aan middellike beheer verleen is.

'n saak erken word ten spyte daarvan dat hy geen regstreekse daadwerklike beheer daaroor uitoefen nie, en dat iemand anders as houer optree en die saak namens hom beheer. Attornment as leweringswyse verg die samewerking van drie partye (die verkryger, vervreemder en houer) asook die uitoefening van fisiese beheer (of die moontlikheid daartoe) oor die saak deur die houer op die stadium wanneer eiendomsreg oorgedra word. Fisiese beheer deur die houer dien in hierdie geval geen publisiteitsfunksie nie (aangesien derdes geen afleiding uit die houer se beheer kan maak nie), en die partye se bona fides is van die allergrootste belang. Die funksie van die fisiese beheer wat in die geval van attornment deur die houer uitgeoefen word, kan eerder as 'n sekuriteitsfunksie omskryf word siende dat die houer die saak beheer ten einde derdes daarvan uit te sluit.

12 3 7 Slotopmerkings

By die verkryging van eiendomsreg op afgeleide wyse moet daar duidelik onderskei word tussen daadwerklike en konstruktiewe lewering. Terwyl die klem in albei gevalle op die objektiewe element van lewering val, speel die subjektiewe element in laasgenoemde gevalle ook 'n belangrike rol.

In die geval van feitelike lewering sal die fisiese oordragshandeling gevolglik opvallend wees en aan die publisiteitsvereiste voldoen, terwyl die gesindheid van die partye van groter belang sal wees by die konstruktiewe leweringsvorms - veral in die geval van attornment. Die partye se gesindheid en hulle bona fides sal deeglik ondersoek moet word ten einde te bepaal of lewering inderdaad plaasgevind het of nie.

Alhoewel daar in gevalle van sowel daadwerklike as konstruktiewe lewering telkens van fisiese beheer melding gemaak word, het dit nie altyd dieselfde implikasies nie. In eersgenoemde geval sal die verkryger ná lewering die saak fisies beheer en sal daar dus 'n objektiewe waarneming gemaak kan word, te wete dat die vervreemder afstand gedoen het van die fisiese beheer van die saak. By konstruktiewe lewering, daarenteen, is die posisie anders, en kan daar nie altyd met dieselfde mate van sekerheid afleidings uit die fisiese beheer van die saak gemaak word nie: So beheer

die verkryger byvoorbeeld die saak sowel vóór as ná lewering in die geval van traditio brevi manu terwyl dit in die geval van attornment 'n derde is wat die saak beheer. Die publisiteitsvereiste, wat basies gestel word met die oog op die beskerming van onskuldige derdes, geniet in die geval van attornment minder aandag terwyl die partye se bona fides en hulle gesindheid van groter belang is. Daar dien egter daarop gelet te word dat fisiese beheer as sodanig deurgaans belangrik is: Die verkryger moet in alle gevalle deur die leweringshandeling in staat gestel word om die saak te kan beheer ter uitsluiting van alle derdes al doen hy dit nie werklik nie.

12 4 Die beskerming van eiendomsreg

12 4 1 Inleiding

Eiendomsreg word deur verskillende remedies beskerm. Daar kan tussen sakeregte- like, deliktuele en verrykingsremedies onderskei word.²⁰⁰ Die sakeregte- like remedies is daarop gerig om fisiese beheer ten opsigte van die saak te herstel of om enige inbreukmaking op die eienaar se eiendomsbevoegdheid te werk, terwyl dit die doel van die deliktuele remedies is om die eienaar te vergoed vir enige verlies wat hy gelyk het as gevolg van die onregmatige en skuldige optrede van derdes. Met behulp van die verrykingsaksie kan 'n prestasie gevorder word van 'n persoon wat sonder afdoende regsgrond ten koste van die eiser verryk is.

12 4 2 Rei vindicatio²⁰¹

12 4 2 1 Omskrywing

Die rei vindicatio is die eienaar se belangrikste aksie. Met behulp hiervan kan hy 'n

200 Van der Merwe 1989 346-347; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 133.

201 Dit is die enigste remedie wat onder hierdie afdeling bespreek sal word aangesien fisiese beheer nie werklik relevant is by die ander remedies nie.

bestaande en identifiseerbare saak²⁰² terugvorder²⁰³ van wie dit ookal sonder sy toestemming beheer.²⁰⁴

In *Chetty v Naidoo*²⁰⁵ sê appèlregter Jansen dat

[i]t may be difficult to define *dominium* comprehensively...but there can be little doubt...that one of its incidents is the right of exclusive possession of the *res*, with the necessary corollary that the owner may claim his property wherever found, from whomsoever holding it,

en in *Hefer v Van Greuning*²⁰⁶ verklaar hy dat

die ware posisie is dat 'n eienaar op grond van sy eiendomsreg bevoeg is om met die *rei vindicatio* sy saak van enigeen op te eis wat hom nie op 'n reg, wat teen die eienaar geld, kan beroep om die saak te hou nie.

12 4 2 2 *Elemente van fisiese beheer*

Ten einde met die *rei vindicatio* te kan slaag, moet die eiser bewys dat hy die eienaar van die saak is, dat die saak nog bestaan en duidelik identifiseerbaar is en dat die

202 Die *rei vindicatio* kan tov sowel roerende (vgl bv *Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas* 1956 3 SA 420 A 422) as onroerende (vgl bv *Chetty v Naidoo* 1974 3 SA 13 A 16) sake ingestel word.

203 Dit kan egter ook gebruik word om die waarde van die saak tlv die verhoor of die uitspraak te eis waar die persoon wat die saak beheer het dit op 'n bedrieglike wyse vervreem of verbruik het en dit gevolglik nie meer opeisbaar is nie: Sien Blecher 1978 SALJ 341 356 ev; Van der Merwe 1989 352-353; Silberberg & Schoeman 1992 277; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 134. Vgl ook *Sadie v Standard Bank* 1889 7 SC 87 92-92; *Mlombo v Fourie* 1964 3 SA 350 T 358; *Standard Bank of South Africa Ltd v Stama (Pty) Ltd* 1975 1 SA 730 A 741; *Philip Robinson Motors (Pty) Ltd v N M Dada (Pty) Ltd* 1975 2 SA 420 A 429.

204 Hier word uitgegaan van die Romeinsregtelike stelreël dat die eis altyd ingestel word teen die persoon wat die saak beheer (Ulp D 44 7 25 pr). Sien verder Carey Miller 1986 255; Van der Merwe 1989 347; Silberberg & Schoeman 1992 276; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 133; Sonnekus & Neels 1994 468.

205 1974 3 SA 13 A 20.

206 1979 4 SA 952 A 959.

verweerder die saak beheer het toe die eis ingestel is.²⁰⁷

Die vereiste dat die verweerder die saak fisies moet beheer, is 'n logiese uitvloeisel van die doel van die rei vindicatio, naamlik die herstel van die eienaar se beheer oor die saak: Die beheerder moet oor die facultas restituendi beskik ten einde die saak aan die eienaar te kan teruggee.²⁰⁸ Volgens Voet²⁰⁹ moet die verweerder naturalis possessio of detentio van die saak hê sodat hy die saak aan die eienaar kan teruggee indien nodig. In *Philip Brothers v Wetzlar*²¹⁰ is daar beslis dat

the fact that the goods were in the possession of the defendant...is of the very essence of the *rei vindicatio*.

Alhoewel daar dus in *Vulcan Rubber Works (Pty) Ltd v SAR & H*²¹¹ beslis is dat die eienaar die saak kan opeis van enigeen wat in besit daarvan is, moet dit nie as possessio civilis vertolk word nie. Enige beheer wat die verweerder in staat stel om die saak terug te gee, sal voldoende wees.²¹² Carey Miller wys dan ook daarop dat possessio vir doeleindes van die rei vindicatio 'n baie wye begrip is sonder tegniese vereistes soos 'n opinio domini of 'n animus rem sibi habendi.²¹³ In *Chetty v Naidoo*²¹⁴ gebruik appèlregter Jansen die woorde "hou" en "houerskap" om die verweerder se verhouding met die saak te beskryf. Dit dui op die wye omskrywing van possessio wat by die rei vindicatio ter sprake is.²¹⁵

207 Scholtens 1972 SALJ 383 394; Carey Miller 1986 256 ev; Van der Merwe 1989 347-350; Silberberg & Schoeman 1992 274-275; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 134-135; Sonnekus & Neels 1994 468-469.

208 Sien Carey Miller 1986 278-279; Van der Merwe 1989 349. Van der Walt *Proefskrif* 47-48 vn 134 wys daarop dat daar in die oud-Romeinse reg gesê is dat die verweerder passief gelegitimeer is deur beheer en dat hy daarsonder nie kon verweer nie.

209 *Commentarius ad Pandectas* 6 1 4.

210 1878 Buch 77 78.

211 1958 3 SA 285 A 289.

212 Vgl Voet *Commentarius ad Pandectas* 6 1 22. In *Clifford v Farinha* 1988 4 SA 315 W 319 is beslis dat die rei vindicatio nie beskikbaar is nie aangesien die saak nie in die verweerder se possessio was nie.

213 1986 279 vn 186.

214 1974 3 SA 13 A 20.

215 Volgens Van der Walt *Proefskrif* 57 is passiewe legitimasie tot die eiendomsaksie reeds in die klassieke Romeinse reg uitgebrei na alle persone wat op die besitinterdike geregtig was.

Volgens Voet²¹⁶ kan 'n detentor wat die saak namens 'n ander hou, homself onttrek deur die persoon namens wie hy dit hou, te nomineer.²¹⁷ Laasgenoemde sal dan oor die bevoegdheid beskik om die saak aan die eienaar terug te gee. Dit is vervolgens ook nie noodsaaklik dat die eienaar moet bewys dat die verweerder die saak gehou het ten tye van die instel van die aksie nie: Selfs as die verweerder eers pendente lite beheer van die saak verkry, kan die eienaar steeds met die rei vindicatio teen hom slaag.²¹⁸

12 4 2 3 Samevatting

Fisiese beheer word vir doeleindes van die rei vindicatio besonder wyd omskryf: Al wat uiteindelik vereis word, is dat die verweerder sodanige beheer oor die saak moet uitoefen dat hy in staat is om die saak aan die eienaar terug te besorg. Dit is gevolglik moontlik dat hy die saak kan beheer sonder om enigsins die bedoeling te hê om voordeel daaruit te verkry, maar dat sy beheer nogtans as genoegsaam gereken sal word. Die funksie van die vereiste dat die verweerder die saak moet beheer, is om die hofbevel uitvoerbaar te maak. Waar die verweerder die saak nie fisies beheer nie, sal hy immers nie die saak kan teruggee nie en sal die rei vindicatio nie 'n geskikte aksie wees nie of is die verweerder verkeerd gekies. Die doel van die rei vindicatio is immers om die saak van die beherende nie-eienaar na die nie-beherende eienaar oor te dra, en die aksie sal slegs in sy ware doel slaag indien die verweerder sodanige fisiese beheer oor die saak uitoefen dat hy dit kan teruggee. Fisiese beheer is een van die eienaar se inhoudsbevoegdhede wat ten tye van die instel van die aksie onregmatig deur die beheerder uitgeoefen word. Dit is die eienaar se doel om weer daardie bevoegdheid uit te oefen en dit kan hy net doen as die beheerder wat inderdaad fisiese beheer uitoefen, dit weer aan hom sou oordra. Indien hy die saak van 'n niebeherende persoon sou opeis, sou die aksie sinneloos wees.²¹⁹

216 *Commentarius ad Pandectas* 6 1 22.

217 Dit is ook bevestig in *Street v Regina Manufacturers (Pty) Ltd* 1960 2 SA 646 T 648.

218 *Street v Regina Manufacturers (Pty) Ltd* 1960 2 SA 646 T 647 mvn Voet *Commentarius ad Pandectas* 6 1 4. Vgl ook Peiris 1983 CILSA 312.

219 *Nemo dat qui non habet*.

12 5 Beëindiging van eiendomsreg

12 5 1 Inleiding

Eiendomsreg kan op verskeie wyses beëindig word, en dit kan met²²⁰ of sonder²²¹ die toestemming van die eienaar geskied. Alhoewel daar gewoonlik vereis word dat die eienaar van die bedoeling om eienaar te wees moet afstand doen, is dit nie altyd nodig nie.

12 5 2 Oordrag

Die belangrikste wyse waarop eiendomsreg in die praktyk beëindig word, is waarskynlik deur middel van oordrag.²²² Dit geskied in die geval van roerende goed by wyse van lewering en in die geval van onroerende goed by wyse van registrasie. Eiendomsverlies gaan hier gepaard met die verkryging van eiendomsreg deur die nuwe eienaar en dit vind plaas met die toestemming en samewerking van die voormalige eienaar.

Die oordraer moet gewoonlik by roerende goed van die fisiese beheer van die saak afstand doen, maar dit is nie altyd noodsaaklik nie.²²³ Daar word egter wel vereis dat oordrag met die nodige bedoeling moet geskied, naamlik die wil om eiendomsreg oor te dra.

12 5 3 Vernietiging

Eiendomsreg ten opsigte van 'n saak gaan vanselfsprekend verlore wanneer die saak vernietig word of ophou om 'n res in commercio te wees.²²⁴ In sodanige gevalle word dit vir die eienaar onmoontlik om fisiese beheer oor die (gewese) saak uit te

220 Bv abandonnering of oordrag.

221 Bv vernietiging van die saak of verlies van makgemaakte diere.

222 Van der Merwe 1989 374; Sonnekus & Neels 1994 476.

223 Vgl hfst 12 3 3 5 mbt konstruktiewe lewering (constitutum possessorium) hierbo.

224 Sien in dié verband Van der Merwe 1989 375-376; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 146.

oefen, en die eiendomsverlies gaan hier dus hand aan hand met die verlies van fisiese beheer. Indien daar egter oorblyfsels sou wees van 'n saak wat tot niet gegaan het, sal eiendomsreg ten opsigte daarvan bly voortbestaan en sal die eienaar dit nog steeds beheer.²²⁵

12 5 4 *Res nullius en res derelicta*

Eiendomsreg word beëindig wanneer 'n saak *res nullius* word.²²⁶ Hierdie reël geld gewoonlik in die geval van wilde diere: Indien makgemaakte diere van die gewoonte sou afsien om na die eienaar terug te keer, gaan die eienaar se eiendomsreg ten opsigte van daardie sake tot niet. Van der Merwe²²⁷ wys egter daarop dat dit in die Suid-Afrikaanse reg nie noodwendig genoegsaam is vir die verlies van eiendomsreg nie, en dat indien 'n leeu byvoorbeeld uit 'n dieretuin sou ontsnap of 'n wilde papegaai van sy eienaar sou wegvlieg, dié diere na alle waarskynlikheid eers *res nullius* sal word as hulle totaal verwilderd geraak het. Eiendomsreg sal hier met ander woorde eers beëindig word wanneer daar geen moontlikheid meer bestaan dat die betrokke dier(e) weer onder beheer van die (voormalige) eienaar sal kom nie.

Ingevolge artikel 2(1) van die Wet op Wilddiefstal²²⁸ sal die eienaar van wild wat vir kommersiële of jagdoeleindes aangehou word, se eiendomsreg ten aansien van sodanige diere egter nie verlore gaan indien dit uit die omheinde grondstuk of die hok, kraal of voertuig waarin dit aangehou is, ontsnap of sonder die eienaar se toestemming verwyder word nie.

In die geval van ander soorte sake as wilde diere word eiendomsreg beëindig deur afstanddoening van die saak met die gepaardgaande wil om nie meer eienaar daarvan te wees nie.²²⁹ Suiwer verlies van fisiese beheer is gevolglik nie voldoende vir die

225 Vgl Cels D 6 1 49 1: *Meum est, quod ex re mea superest, cuius vindicandi ius habeo.*

226 Vgl Sonnekus & Neels 1994 477.

227 1989 376.

228 105 van 1991.

229 Wille 1977 174; Van der Merwe 1989 376; Silberberg & Schoeman 1992 315-316; Sonnekus & Neels 1994 477.

beëindiging van eiendomsreg nie: Die bedoeling om daarvan afstand te doen, moet die verlies van fisiese beheer vergesel.²³⁰ 'n Saak wat verlore gaan, word dus nie res nullius nie en die eienaar behou sy eiendomsreg ten opsigte daarvan solank hy nie die bedoeling het om daarvan afstand te doen nie. Eiendomsreg bestaan in hierdie gevalle dus voort ten spyte daarvan dat die eienaar geen fisiese beheer oor die saak uitoefen nie. Dieselfde geld waar 'n eienaar in noodgevalle sake abandonneer, byvoorbeeld 'n skeepswrak.²³¹

In die geval van waardevolle sake sal 'n bedoeling van prysgawe nie sonder meer aangeneem word nie selfs indien die eienaar sy saak verloor het en opgehou het om dit te probeer vind,²³² en alhoewel dit soms mag voorkom of 'n saak geabandonneer is, sal 'n eienaar eweneens nie eiendomsreg verloor waar hy dit duidelik gemaak het dat hy eiendomsreg van die saak wil behou nie.²³³ Dit volg dus uit voorgaande dat dit die bedoeling is - en nie die verlies van fisiese beheer nie - wat die deurslag gee by die bepaling daarvan of eiendomsreg verlore gegaan het al dan nie.²³⁴

230 Vgl *Salvage Association of London v SA Salvage Syndicate Ltd* 1906 23 SC 169 171: "It is clearly laid down by the authorities in our law that a person cannot be held to have abandoned his property unless his intention so to abandon it is clearly proved"; sien ook *Goldstein v Gerber* 1979 4 SA 930 A 936-937.

231 Sien ivm die abandonnering van skeepswrakke in die algemeen *Lighton* 1964 *THRHR* 138 ev; en vgl *Sonnekus* 1989 *TSAR* 720 722. Vgl verder *Salvage Association of London v SA Salvage Syndicate Ltd* 1906 23 SC 169 171; *Osaka Mercantile Steamship Co Ltd v South African Railways & Harbours* 1938 AD 146 163; *Underwater Construction & Salvage Co (Pty) Ltd v Bell* 1968 4 SA 190 K 192. Sien ook *Achterberg v Glinister* 1903 TS 326 332 334 waarvolgens meubels wat deur 'n vertrekkende soldaat agtergelaat is, sy eiendom gebly het.

232 Vgl *Minister van Landbou v Sonnendecker* 1979 2 SA 944 A; *Quarrying Enterprises (Pvt) Ltd v John Viol (Pvt) Ltd* 1985 3 SA 575 ZH. Sien verder *Silberberg & Schoeman* 1992 315-316.

233 Sien *R v Van Wezel* 1937 TPD 3 waarvolgens melkbottels waarop die naam van die firma aangebring is, die eiendom van die firma bly al dring laasgenoemde nie daarop aan dat die bottels teruggebring word nie.

234 Oorwegings wat in aanmerking geneem word by die bepaling daarvan of 'n eienaar sy eiendomsreg tav 'n bepaalde saak laat vaar het al dan nie, is onder meer die volgende: Die aard en waarde van die artikel (*Doyle v Dr Leyds & the Rand Exploring Syndicate* 1895 3 OR 22 26-27; *R v Msongelwa* 1917 EDL 270); die plek waar die saak gevind word (*S v Rantsarre* 1973 4 SA 380 O 382); die algemene toestand van die saak (*R v Coetzee* 1944 CPD 298 299); en die tydperk waartydens die eienaar nie meer die saak beheer het nie (*Salvage Association of London v SA Salvage Syndicate Ltd* 1906 23 SC 169 171; *SM Goldstein & Co (Pty) Ltd v Gerber* 1979 4 SA 930 A 936). Sien ivm die abandonnering van 'n grondstuk *Minister van Landbou v Sonnendecker* 1979 2 SA 944 A 947 en ook *Van der Merwe* 1980 *TSAR* 183 186 ev.

12 5 5 Dood van die eienaar

Die dood van die eienaar van 'n saak beëindig vanselfsprekend sy eiendomsreg op die saak. In die Suid-Afrikaanse reg is daar geen sekerheid oor wie daarna eiendomsreg van die saak verkry nie. Volgens die appèlafdeling²³⁵ verkry die erfgenaam slegs 'n vorderingsreg teen die eksekuteur om oordrag van die bemaking te eis en word hy eers ná lewering of registrasie eienaar van die bates waaruit sy erfenis bestaan.

12 5 6 Regswerking

Eiendomsreg kan op verskeie maniere deur regswerking beëindig word, byvoorbeeld verkrygende verjaring,²³⁶ natrekking (accessio),²³⁷ saakvorming (specificatio),²³⁸ onteiening,²³⁹ sekwestrasie,²⁴⁰ beslaglegging en geregtelike verkoping,²⁴¹ verbeurdverklaring²⁴² en konfiskasie.²⁴³

Sonnekus²⁴⁴ wys voorts daarop dat dit in die geval van motorversekering wil voorkom of daar in die praktyk aanvaar word dat eiendomsreg (of dan minstens die bevoegdheid om die motor op te eis) aan die versekeraar oorgedra word wanneer die versekerde in die geval van motordiefstal by die uitbetaling van die versekeringsbedrag 'n klousule onderteken wat die versekeringsmaatskappy geregtig maak om die

235 *Greenberg v Estate Greenberg* 1955 3 SA 361 A 364.

236 Sien hfst 12 2 3 hierbo, asook Carey Miller 1986 63-93; Van der Merwe 1989 268-290; Silberberg & Schoeman 1992 223-241; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 101-109; Sonnekus & Neels 1994 308-319.

237 Carey Miller 1986 12-39; Van der Merwe 1989 229-258; Silberberg & Schoeman 1992 199-218; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 87-95; Sonnekus & Neels 1994 299-302.

238 Carey Miller 1986 40-45; Van der Merwe 1989 258-263; Silberberg & Schoeman 1992 218-221; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 95-96; Sonnekus & Neels 1994 305-308.

239 Carey Miller 1986 107-114; Van der Merwe 1989 291-296; Silberberg & Schoeman 1992 3316-320; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 98-100; Sonnekus & Neels 1994 476-477.

240 Van der Merwe 1989 374; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 148; Sonnekus & Neels 1994 476.

241 Van der Merwe 1989 374; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 148.

242 Van der Merwe 1989 296-297 375; Silberberg & Schoeman 1992 320-321; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 148.

243 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 148-149.

244 1987 TSAR 267 268.

voertuig, indien dit teruggevind sou word, van die hand te sit of vir sy eie voordeel te behou. Die vraag moet gevolglik gestel word of die versekeraar inderdaad eiendomsreg van die motor verkry (of dan in die alternatief die bevoegdheid om daaroor te beskik indien dit teruggevind sou word). Sonnekus²⁴⁵ kom na 'n ondersoek van al die moontlike wyses waarop eiendomsreg of die reg om oor die saak te beskik oorgedra kan word tot die gevolgtrekking dat die versekeraar nóg eiendomsreg nóg die reg om oor die saak te beskik verkry in die lig van die leweringsvereiste wat in die Suid-Afrikaanse reg vir die verkryging van roerende goedere gestel word, aangesien die versekerde nie ten tye van die beoogde oordrag beheer oor die saak gehad het nie.

12 5 7 Samevatting

Voorgaande uiteensetting wys daarop dat daar gewoonlik²⁴⁶ ná die beëindiging van eiendomsreg nie meer sprake van fisiese beheer deur die voormalige eienaar is nie. Fisiese beheer en eiendomsreg word dus, op enkele uitsonderings na, tegelykertyd beëindig in daardie gevalle waar die eienaar wel beheer uitgeoefen het. Aangesien eiendomsreg egter nie van fisiese beheer afhanklik is nie, is dit wel moontlik dat dit sonder fisiese beheer kan bly voortbestaan.²⁴⁷ By die beëindiging van die fisiese beheerverhouding verloor die eienaar sy *ius possessionis*, maar nie noodwendig sy *ius possidendi* nie. Dit is gevolglik die bedoeling van die eienaar wat die deurslag gee by die beëindiging van eiendomsreg en nie soseer die voortbestaan al dan nie van fisiese beheer nie. Vir sover fisiese beheer ter sprake is in die geval van die beëindiging van eiendomsreg, kan gesê word dat die funksie daarvan op die publisiteitsbeginsel gebaseer is siende dat dit ten doel het om dit na buite kenbaar te maak dat die eienaar afstand gedoen het van sy eiendomsreg ten aansien van die betrokke saak.

245 1987 TSAR 267 269-279.

246 Vgl egter *constitutium possessorium* hierbo hfst 12 3 3 5.

247 Eiendomsreg kan *animo solo* bestaan: Vgl bv hfst 12 5 4.

12 6 Die verkryging van besit en houerskap

12 6 1 Inleiding

Alvorens die elemente van fisiese beheer wat 'n rol speel by die verkryging van besit en houerskap bespreek word, moet daar eers aangedui word wat presies onder hierdie twee begrippe begryp word.

Middelberg²⁴⁸ stel voor dat met die begrip besit slegs verjaringsbesit aangedui word, terwyl houerskap gebruik word vir alle maatskaplike magsverhoudings van persone tot sake. Hy kom egter elders²⁴⁹ tot die gevolgtrekking dat dit in die lig daarvan dat die mandament van spolie sowel besitters as houers toekom oënskynlik nie meer sin het om sover dit beskerming aangaan tussen besit en houerskap te onderskei nie.²⁵⁰ Dit wil vir hom dus voorkom of dit oorbodig is om in sodanige gevalle die onderskeid te handhaaf en hy verwys na 'n aantal sake waarin daar nie eers uitsluitel gegee is oor die vraag of die betrokke geval besit of houerskap behels het nie.²⁵¹ Deur middel van die eienaarsbedoeling onderskei hy slegs nog tussen verjaringsbesit en houerskap, en hy is van mening dat daar alleen van besit gepraat moet word waar daar van verjaringsbesit sprake is. In die alternatief kan daar van besit in die eng sin en besit in die wye sin gepraat word waar eersgenoemde dan slegs na verjaringsbesit verwys terwyl laasgenoemde houerskap insluit.

Delport en Olivier²⁵² gaan uit van die standpunt dat die Suid-Afrikaanse besitreg in 'n rigting beweeg wat dit vir doeleindes van 'n bepaalde besitimplikasie nie meer nodig maak om tussen die verskillende vorme van *possessio*²⁵³ te onderskei nie. Vir

248 1953 184-188 asook 1954 *THRHR* 268 269-270.

249 1954 *THRHR* 268 272.

250 Sien Van der Vyver 1970 *THRHR* 231 237 volgens wie daar geen onderskeid meer tussen "detentio" en "possessio" in die Suid-Afrikaanse reg gemaak hoef te word nie aangesien die "implikasies daarvan in alle opsigte identiek is".

251 *Insolvent Estate of Israelson v Harris & Black* 1905 22 SC 135; *Liquidators of Royal Hotel Co v Rutherford* 1906 16 CTR 179; *Pretoria Racing Club v Van Pietersen* 1907 TS 687; *Theron v Gerber* 1918 EDL 288; *Shaw v Hendry* 1927 CPD 357; *Sachs v Dönges* 1950 2 SA 265 A.

252 1985 69.

253 Vgl *bv Fraenkel v Seewer* 1946 WLD 421 422.

doeleindes van besitbeskerming is dit nou net nodig om van een soort besit te praat. Hulle wys daarop dat daar egter nie gesê kan word dat die Suid-Afrikaanse reg vandag vir alle doeleindes slegs een vorm van besit hoof te ken nie. Dit is dus steeds nodig om vir doeleindes van ander implikasies van besit (as besitbeskerming) tussen verskillende besitvorms te onderskei. Volgens hulle is houerskap dus bloot een van die vorms wat besit kan aanneem. Hulle doen aan die hand dat die probleme rondom die inhoud van besit opgelos kan word deur die indeling te volg wat De Vos²⁵⁴ vir doeleindes van verryking voorstel. Daarvolgens word onderskei tussen drie soorte besit, te wete *possessio civilis* (besit), *possessio naturalis* (houerskap) en statutêre besit. Houerskap word verder onderverdeel in regmatige en onregmatige houerskap.

Van der Merwe is 'n voorstander van die algemene standpunt²⁵⁵ waarvolgens dit bloot 'n terminologiese vraag is wie as besitters en wie as houers beskou moet word. Hy wys daarop²⁵⁶ dat dit in die Romeinse reg van groot belang was om tussen besitters en houers te onderskei aangesien slegs besitters deur besitinterdikte beskerm is terwyl houers nie sodanige beskerming geniet het nie. Hierdie onderskeid is in die Romeins-Hollandse reg voortgesit, maar in die Suid-Afrikaanse reg vervaag dit as gevolg van die neiging om besitbeskerming te verleen aan 'n groot aantal persone wat tradisioneel as houers beskou is.²⁵⁷ Hy is derhalwe van mening dat dit belangriker is om te onderskei tussen diegene wie se fisiese beheer deur besitremedies beskerm word en diegene wie se fisiese beheer nie sodanige beskerming geniet nie. Hy stel dus voor dat die knoop deurgehak word en dat alle persone wat op besitremedies geregtig is besitters genoem word en dat persone wie se beheer nie daardeur beskerm word nie, bloot as houers beskou moet word.²⁵⁸

254 Let egter daarop dat De Vos 1959 AJ 184 dit duidelik stel dat hy hierdie onderskeid slegs vir doeleindes van verryking tref, en dat hy bv vir doeleindes van die mandament van spolie, besitverstoring of besitverlies almal as *possessores* reken wat in daadwerklike besit is met die bedoeling om die saak in sy eie belang te besit, al besit hulle nie met 'n eienaarsbedoeling nie.

255 Vgl Maasdorp 1976 12; Silberberg & Schoeman 1992 111-113; Sonnekus & Neels 1994 121-123.

256 1989 110.

257 Vgl hfst 12 7 2.

258 1989 111. Vgl verder Mathews 1962 SALJ 179 wat ook die begrip *possessor* (besitter) gebruik vir almal wat op die mandament van spolie geregtig is. Volgens hom is dit beter om van 'n uitbreiding van die begrip *possessio* (besit) te praat ten einde persone wat voorheen van die enger omskrywing uitgesluit was in te sluit as van 'n uitbreiding van die besitremedies. Dit is volgens hom nie alleen meer logies nie, maar dui ook op 'n dinamiese opvatting van besit wat

Hierdie standpunt word egter gekritiseer deur Van der Walt op grond daarvan dat die begrippe besit en houerskap nie duidelik omskryf word nie en dat dit onduidelikheid en inkonsekwentheid tot gevolg het.²⁵⁹ Hy stel gevolglik voor dat die begrip besit alleen gebruik word om beheer met eienaarsbedoeling aan te dui, terwyl houerskap dan gebruik word om te verwys na alle beheer sonder eienaarsbedoeling.²⁶⁰ Indien hierdie voorstel nie aanvaar sou word nie, is dit noodsaaklik dat daar deurentyd baie duidelik onderskei word tussen beheer met eienaarsbedoeling en beheer daarsonder. Dit volg dus dat die belangrikste verskil-tussen 'n besitter en 'n houer geleë is in die wilselement waarmee die saak beheer word. Die besitter beheer met die animus domini of eienaarsbedoeling, terwyl die houer die saak beheer met erkenning van die eienaar se eiendomsreg.

In die hieropvolgende bespreking van besit en houerskap sal die begrip besit deurgaans dui op beheer met eienaarsbedoeling, terwyl beheer met enige ander bedoeling as houerskap bestempel sal word. Hierdie uitgangspunt skyn verkieslik te wees in die lig daarvan dat dit terminologies die eenvoudigste is: Dit maak die voortdurende omskrywing van besitters in terme van die wilselement onnodig.

gevolglik sal kan groei of aanpas of verander indien maatskaplike oorwegings dit sou noodsaak; asook Van Rensburg & Van der Merwe 1978 *THRHR* 113 125 waar hulle tot die gevolgtrekking kom dat die onderskeid tussen besit en houerskap steeds besig is om te vervaag as gevolg van die neiging om besitbeskerming na al hoe meer persone uit te brei wat tradisioneel as houters beskou is; en 127 waar hulle sê dat dit 'n terminologiese vraag is of daar gesê moet word dat almal wat in die moderne Suid-Afrikaanse reg op besitbeskerming geregtig is as besitters geld en of dit eerder 'n kwessie is of besitbeskerming na houters uitgebrei is, en dat hulle eg benadering verkies.

259 Vgl *Proefskrif* 626 waar hy tot die gevolgtrekking kom dat besit in die algemeen as 'n omvattende term aangewend word waarmee alle vorms van fisiese beheer aangedui word; en 633 waar hy bevind dat houerskap deur slegs enkele skrywers en hofuitsprake, en vir beperkte doeleindes, van besit in die enger sin onderskei word. Daar bestaan volgens hom egter wel 'n basis op grond waarvan houerskap konsekwent en logies van besit onderskei kan word, maar hierdie onderskeid het nog nie 'n logiese eindpunt bereik nie. Konsekwente gebruik van die begrippe besit en houerskap in hierdie sin is veel eenvoudiger as om telkens die besitsvorm te omskryf. Vgl verder 1988 *THRHR* 276 277 ev en 510 ev. Sien ook Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 153-163.

260 Sien *Proefskrif* 892; 1988 *THRHR* 508 512; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 165-166.

12 6 2 *Elemente van fisiese beheer*

12 6 2 1 *Inleiding*

Besit en houerskap word gevestig deur die gelyktydige teenwoordigheid van die fisiese (corpus) en die wils- (animus) elemente.²⁶¹ Die fisiese element dui op die daadwerklike of feitelike liggaamlike of fisiese beheer wat die beheerder oor die saak moet uitoefen alvorens die sakereg daarvan kennis neem.²⁶² Fisiese beheer, soos hierbo aangetoon, is 'n waarneembare of feitelike toestand wat deur middel van waarneming en aan die hand van feitelike maatstawwe bepaal moet word, en daar is verskeie faktore wat telkens in aanmerking geneem moet word ten einde te bepaal of die saak inderdaad beheer word al dan nie.²⁶³

12 6 2 2 *Aard van die saak*

Die mate van fisiese beheer wat vereis word vir die vestiging van besit of houerskap word tot 'n groot mate deur die aard van die saak bepaal.²⁶⁴ Daar word algemeen aanvaar dat dit makliker is om daadwerklike fisiese beheer oor 'n roerende saak as oor 'n onroerende saak uit te oefen. Dit spreek immers vanself dat dit veel makliker is om 'n pen of 'n boek vas te hou en daadwerklike beheer daarvoor uit te oefen as om dieselfde met 'n huis of 'n plaas te doen.²⁶⁵

Voorts is dit nie net die onderskeid tussen roerende en onroerende sake wat die kwessie van fisiese beheer beïnvloed nie, maar uiteraard ook ander aspekte soos die hanteerbaarheid en grootte van die betrokke saak. In die geval van 'n onhanteerbare saak soos 'n olietenkskip of 'n dorsmasjien is dit nie moontlik om die saak feitelik te hanteer nie en daadwerklike beheer sal gevolglik nie as letterlike vereiste gestel word

261 Maasdorp 1976 16; Sonnekus & Neels 1994 127 244.

262 Van der Merwe 1989 97.

263 Delport & Olivier 1985 60.

264 Vgl Peiris 1983 *CILSA* 291 292-293; Van der Merwe 1989 98 ev; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 172-173.

265 Vgl die oorsprong en betekenis van die woord "possessio" in hfst 4 2.

nie. Dieselfde geld byvoorbeeld vir 'n gebou met meerdere kamers, waar dit vanselfsprekend nie moontlik is om alle kamers gelyktydig te okkupeer nie, en dit as voldoende geag sal word indien die persoon wat beweer dat hy in beheer van die gebou is die enigste sleutel het wat toegang tot die gebou verleen.²⁶⁶ Indien die betrokke saak egter van 'n hanteerbare grootte is, sal daar uiteraard 'n hoër graad van fisiese beheer vereis word aangesien dit as gevolg van die aard van die saak dan doenlik sal wees.²⁶⁷

Ten einde die bepaling daarvan of fisiese beheer inderdaad uitgeoefen word al dan nie te vergemaklik, het daar met verloop van tyd 'n aantal reëls uitgekristalliseer wat as verkeersmaatstawwe bekend staan.²⁶⁸ Hierdie sogenaamde verkeersmaatstawwe dui op die algemene gangbare gewoontes en gebruike met betrekking tot die fisiese beheer van bepaalde soorte sake wat in ag geneem word wanneer die aan- of afwesigheid van beheer daaroor ter sprake is, en wat dan op die betrokke saak toegepas word ten einde te bepaal of die saak fisies beheer word of nie. Op hierdie stadium is daar reeds vir 'n hele aantal soorte sake sodanige maatstawwe: Wilde diere, visse en voëls, boupersele, skeepswrakke, asook plase en grondstukke.²⁶⁹

12 6 2 3 Bestemming of gebruik van die saak

Indien 'n saak 'n spesifieke bestemming of doel dien, sal die vraag of dit fisies beheer word in die lig van die besondere funksie daarvan beoordeel word. 'n Man wat sy bosveldplaas net gedurende die wildseisoen besoek (siende dat dit die rede is waarom hy die plaas aangeskaf het), sal geag word die plaas te beheer al okkupeer hy die plaas nie gedurende die res van die jaar nie. Omdat die normale gebruik van so 'n plaas verg dat dit slegs op bepaalde tye benut word, sal die gebruik en daadwerklike fisiese aanwesigheid tydens daardie tye genoegsaam wees.²⁷⁰ Die bestemming of

266 Van der Merwe 1989 99. Vgl ook *Liquidators of Royal Hotel Co v Rutherford* 1906 CTR 179 181; *Shaw v Hendry* 1927 CPD 357 359.

267 Van der Merwe 1989 98.

268 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 172-173.

269 Vgl hfst 13 hieronder waar verkeersmaatstawwe volledig bespreek word.

270 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 175.

gebruik van die saak sal ook 'n invloed hê op die tipe fisiese beheer wat uitgeoefen word: Wanneer 'n saak beheer word met die doel om as pand te dien, word fisiese beheer baie streng omskryf en sal die reg van die pandhouer gewoonlik²⁷¹ tot niet gaan sodra hy beheer oor die saak verloor.

Ten einde die vraag te beantwoord of die betrokke saak in elke geval genoegsaam beheer word, sal die doel waarvoor die saak aangewend word en die wyse waarop dit gewoonlik gebruik word dus telkens in aanmerking geneem moet word. Sodoende sal daar dan vasgestel kan word watter vorm van beheer oor die spesifieke soort saak voldoende sal wees. Dit volg uit voorgaande dat die sogenaamde verkeersmaatstawwe hier weer eens 'n belangrike rol sal speel.²⁷²

12 6 2 4 *Omvattende beheer*

Dit is reeds duidelik dat beheer nie noodwendig omvattend hoef te wees ten einde as voldoende gereken te word nie.²⁷³ Die beheerder se fisiese teenwoordigheid of kontrole hoef nie oor elke deel van die saak gevestig te word nie. Daar sal in elke geval net gevra word of die saak en die funksie daarvan van so 'n aard is dat die spesifieke beheer wat uitgeoefen word die afleiding regverdig dat die beheerder se fisiese kontrole oor die hele saak strek en nie net oor daardie deel wat wel daadwerklik beheer word nie.²⁷⁴ Maasdorp²⁷⁵ wys dan ook daarop dat indien 'n eiendom uit meerdere dele bestaan of besonder groot is, dit nie altyd noodsaaklik is dat al die dele of die hele omvang geokkupeer hoef te word alvorens beheer gevestig word nie.

Van der Merwe²⁷⁶ vestig egter die aandag daarop dat alhoewel dit nie moontlik is

271 Vgl hfst 12 9 3 en hfst 12 9 4.

272 Sien hfst 12 6 2 2 en hfst 12 6 2 3 hierbo en veral hfst 13 hieronder. Vgl verder Silberberg & Schoeman 1992 117.

273 Vgl bv die beheer van onhanteerbare en onroerende sake, asook die rol wat die doel en funksie van die saak in hierdie opsig vervul. Sien verder hfst 13 hieronder.

274 Vgl *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 720; *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 467-468; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 233; *Ex parte Van der Horst: In re Estate Herold* 1978 1 SA 299 T 301.

275 1976 18.

276 1989 99-100 vn 61.

om eiendomsreg ten opsigte van 'n gedeelte van 'n plaas of gebou te vestig nie, dit wel moontlik is om sodanige gedeelte fisies te beheer vir doeleindes van besit of houerskap. 'n Persoon wat dus die enigste sleutels van 'n bepaalde kamer in 'n gebou het, word nie besitter of houer van die hele gebou nie, maar slegs van die spesifieke kamer en die inhoud daarvan.²⁷⁷

12 6 2 5 Deurlopende beheer

Wanneer beheer eers eenmaal gevestig is, is voortdurende fisiese beheer of okkupasie nie noodwendig²⁷⁸ 'n vereiste vir die behoud van fisiese beheer nie.²⁷⁹ Volgens Silberberg en Schoeman²⁸⁰ sal effektiewe beheer daarop neerkom dat die beheerder in staat is om na 'n beheeronderbreking weer te eniger tyd beheer op te neem sonder verwysing na 'n derde.²⁸¹ Wat in elke besondere geval as voldoende beheer beskou sal word, sal onder andere afhang van die aard asook van die doel en funksie van die saak.²⁸²

[I]t is not necessary that the possession be continuous, either by the claimant or his servants, if the nature of the operations which he conducts on the premises do not require his continuous presence.²⁸³

Dit is gevolglik duidelik dat verkeersmaatstawwe soos die gebruike en gewoontes in verband met die betrokke soort saak, en voorts ook die aard van die saak, weer eens toegepas sal moet word ten einde te bepaal of beheer deur 'n tydelike onderbreking

277 Vgl *Insolvent Estate of Israelson v Harris & Black* 1905 22 SC 135 140.

278 Vgl egter pandregte hieronder hfst 12 9.

279 Vgl *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1057-1058; *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 720; *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 467; *Ex parte Van der Horst: In re Estate Herold* 1978 1 SA 299 T 301.

280 1992 116.

281 Sien *Ex parte Van der Horst: In re Estate Herold* 1978 1 SA 299 T 301.

282 *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 233.

283 Vgl ook *Scholtz v Faifer* 1910 TS 243 247-250; *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1056-1057; *Cape Tex Engineering Works (Pty) Ltd v SAB Lines (Pty) Ltd* 1968 2 SA 528 K 533; *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 468. In al hierdie sake was die aard van die saak en die doel waarvoor dit aangewend is bepalend vir die mate van ononderbrokenheid wat telkens vereis is.

verloor is al dan nie.

12 6 2 6 *Persoonlike beheer*

Beheer met die oog op die verkryging van besit en houerskap hoef nie deur die besitter of houer persoonlik verkry en uitgeoefen te word nie.²⁸⁴ Indien 'n verteenwoordiger wat oor die nodige volmag daartoe beskik fisiese beheer verkry met die bedoeling om dit vir sy prinsipaal te verkry en nie vir homself nie (*animus non sibi sed alteri acquirendi*),²⁸⁵ vind verkryging deur die prinsipaal plaas²⁸⁶ - selfs al is hy onbewus daarvan presies wanneer dit plaasvind. Dit is belangrik om daarop te let dat alhoewel die prinsipaal nie kennis hoef te dra van die tydstip waarop dit geskied nie, dit nietemin gedoen moet word in uitvoering van sy opdrag en dat hy derhalwe wel moet weet dat beheer namens hom verkry word.

Daar word vervolgens terloops²⁸⁷ na medebesit verwys. In die Romeinse en Romeins-Hollandse reg het die stelreël "*plures eandem rem in solidum possidere non possunt*"²⁸⁸ gegeld. Hierdie stelreël het veral op die fisiese element betrekking gehad. Hulle was van mening dat slegs een persoon op 'n gegewe moment 'n saak fisies kon beheer. Dit kan daaraan toegeskryf word dat besit uitsluitlike beheer oor 'n saak veronderstel het: Twee of meer persone kon nie uitsluitlike beheer oor dieselfde saak hê nie. Maasdorp²⁸⁹ is van mening dat hierdie stelreël vandag nog in die Suid-Afrikaanse reg geld. Hy aanvaar egter die moontlikheid dat meerdere persone die bedoeling kan hê om gesamentlik te besit, en dat die fisiese beheer dan óf deur een

284 Vgl Maasdorp 1976 20; Peiris 1983 *CILSA* 291 293; Van der Merwe 1989 103; Silberberg & Schoeman 1992 117; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 177; Sonnekus & Neels 1994 129 244.

285 *Mills & Sons v Trustees of Benjamin Bros* 1876 6 Buch 115; *Davis v Isaacs & Co* 1940 CPD 497; *Trust Bank of Africa Ltd v Western Credit Ltd* 1966 2 SA 577 A 590.

286 In *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 A 922 is daar uitdruklike erkenning aan die verskynsel van middellike beheer verleen. Vgl ook *Jefferson, Executor of Stewart v De Morgan* 1882 2 EDC 205 220; *Maritzburg Sawing & Yoke Co Ltd v Piesold* 1915 36 NLR 69 71-72; *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 714; *Strydom v De Lange* 1970 2 SA 6 T 11; *Mbuku v Mdirwa* 1982 1 SA 219 TK 220.

287 aangesien hierdie onderwerp in hfst 14 volledig behandel word.

288 Paul D 41 2 3 5; Voet *Commentarius ad Pandectas* 41 2 5.

289 1976 13.

van die medebesitters/houers óf deur 'n buitestaander uitgeoefen word vir en namens hulle almal gesamentlik of in ideële onverdeelde aandele.²⁹⁰ Volgens Sonnekus²⁹¹ is dit egter nie realisties in 'n moderne gemeenskap nie: Hy wys daarop dat die posisie tussen eggenote onderling in die huwelik asook dié van vennote onderling binne 'n vennootskap die reg dwing om ook vir die erkenning en beskerming van medebesitvoorsiening te maak.²⁹²

12 6 2 7 Wysies van verkryging--

Daar is twee metodes waarop beheer van 'n saak verkry kan word, te wete óf deur toe-eiening (occupatio) óf deur middel van lewering (traditio).²⁹³ Toe-eiening of inbesitneming is 'n eensydige manier van beheerverkryging, deur middel van fisiese beheer met die bedoeling om die saak te beheer, van 'n res nullius of van 'n saak wat 'n ander persoon toekom sonder die samewerking van daardie persoon. Aangesien die verkryger in hierdie gevalle beheer oor die saak verkry sonder die toestemming en/of teen die wil van die persoon wat die saak voorheen beheer het, word daar gewoonlik strenger vereistes vir die fisiese element gestel as in die geval van traditio.²⁹⁴ Indien 'n persoon byvoorbeeld 'n plaas of 'n grondstuk deur toe-eiening

290 Vgl Delpont & Olivier 1985 74 wat daarop wys dat die stelreël nie die moontlikheid van gesamentlike besitterskap (houerskap) van dieselfde saak uitgesluit het nie. Van der Merwe 1989 102-103 aanvaar nog steeds hierdie standpunt.

291 1978 SALJ 217 220-224. Vgl verder Delpont & Olivier 1985 74-75; Kleyn *Proefskrif* 356-361; Sonnekus & Neels 1994 130.

292 Hy verwys ook na twee Suid-Afrikaanse sake waarin medebesit sonder meer deur die howe erken en daaraan beskerming verleen is, te wete *Rosenbuch v Rosenbuch* (1975 1 SA 181 W) en *Oglodzinsky v Oglodzinsky* (1976 4 SA 273 D). Vgl verder *Meyer v Glendinning* (1939 KPD 84 92-93) waarin daar beslis is dat meerdere persone tegelykertyd dieselfde saak kan besit alhoewel hulle nie noodwendig dieselfde bevoegdheid tov die saak uitoefen nie. In hierdie saak het die eienaar steeds 'n beperkte beheerbevoegdheid in terme van die ooreenkoms behou en dit volg dus dat twee persone in hierdie geval gelyktydig beheer oor die perde uitgeoefen het. In *Nienaber v Stuckey* (1946 AD 1049 1056) is daar terloops na eksklusiewe en nie-eksklusiewe beheer verwys: 'n Erkenning hiervan dui immers daarop dat daar in geval van nie-eksklusiewe beheer van meerdere beheerders sprake kan wees. Sien ook *Painter v Strauss* 1951 3 SA 307 O 314; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 239 OK 232-233. Sien in dié verband ook Middelberg 1954 *THRHR* 268 282. Vgl verder Peiris 1983 *CILSA* 291 293 waar daar met goedkeuring na *Nienaber v Stuckey* (1946 AD 1049 1056) en *Rosenbuch v Rosenbuch* (1975 1 SA 181 W) verwys word en medebesit aanvaar word. Sien ook *Ross v Ross* 1994 1 SA 865 SOK; *Du Randt v Du Randt* 1995 1 SA 401 O.

293 Maasdorp 1976 16; Silberberg & Schoeman 1992 114.

294 Van der Merwe 1989 100; Silberberg & Schoeman 1992 114; Sonnekus & Neels 1994 128.

wil verkry, sal hy dit sigbaar moet bemeester, en verder sal hy slegs daardie gedeelte verkry wat hy daadwerklik beheer.²⁹⁵ Van der Merwe²⁹⁶ wys egter op 'n teenstrydigheid wat in die praktyk uitgekristalliseer het, naamlik dat hierdie beginsel gekwalifiseer word deur die reël dat daadwerklike beheer van elke deel nie vereis word solank as wat die benutting van 'n gedeelte vir alle praktiese doeleindes op die benutting van die geheel neerkom nie.²⁹⁷ Met verwysing na *Ex parte Van der Horst: In re Estate Herold*,²⁹⁸ waarin daar beslis is dat al die erwe van die betrokke dorpsgebied waarop die eiser op grond van verkrygende verjaring aanspraak gemaak het vir praktiese doeleindes 'n eenheid gevorm het en dat dit gevolglik nie noodsaaklik is dat elke erf individueel benut hoef te word nie,²⁹⁹ is hy van mening dat die beginsel op grond waarvan die hof sy beslissing bereik het, moontlik te breed gestel is.³⁰⁰ Volgens hom is dit wel so dat die okkupasie van elke vierkante meter nie vir die behoud van beheer vereis word nie, maar dit is nietemin noodsaaklik vir die aanvanklike verkryging van beheer. In hierdie geval sou dit dus daarop dui dat indien daar bewys kon word dat 'n bepaalde erf of erwe nooit deur die oorledene vir boerderydoeleindes gebruik is nie, hierdie spesifieke erwe nie effektief geokkupeer is vir doeleindes van verjaring nie.

Beheer oor 'n saak kan egter ook by wyse van lewering verkry word, in welke geval dit met die toestemming van die vorige beheerder geskied en daar gevolglik 'n geringer mate van fisiese beheer vereis word as in die geval van toe-eiening.³⁰¹ Volgens Maasdorp³⁰² beteken lewering dat 'n ander persoon as die huidige

295 Sien Maasdorp 1976 18; Van der Merwe 1989 100; Silberberg & Schoeman 1992 114. Vgl ook *Friis v British United Diamond Mining Co* 1889 7 SC 17 33-34; *Underwater Construction & Salvage Co (Pty) Ltd v Bell* 1968 4 SA 190 K 192.

296 1989 100-101.

297 Sien 1978 ASSAL 306 ev; 1989 100-101. Vgl in dié verband ook *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 467.

298 1978 1 SA 299 T.

299 Vgl *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 720; *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1057; *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 467-468; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 233; *Ex parte Van der Horst: In re Estate Herold* 1978 1 SA 299 T 301.

300 1978 ASSAL 308.

301 Van der Merwe 1989 100; Sonnekus & Neels 1994 128.

302 1976 16. Sien ook Sonnekus & Neels 1994 245 volgens wie die oordraer dmv lewering sy fisiese beheer oor die saak onttrek en sy bedoeling daartoe verloor terwyl die verkryger die nodige feitlike heerskappy verkry en die nodige bedoeling tav die saak vestig.

beheerder in wettige beheer van die saak geplaas word. Wanneer beheer oor 'n saak deur middel van daadwerklike lewering verkry word, bestaan die fisiese element daaruit dat die saak deur die bestaande beheerder aan die nuwe beheerder gelewer word, terwyl die fisiese element minder opvallend is in die geval van konstruktiewe lewering.³⁰³ Indien daar van die konstruktiewe leweringsvorms gebruik gemaak word, word daadwerklike oorhandiging van die saak nie vereis nie. Konstruktiewe lewering van beheer van 'n roerende saak kan op verskeie wyses geskied: *Traditio longa manu*, *traditio brevi manu*, simboliese lewering; *constitutum possessorium* en *attornment*.³⁰⁴ In laasgenoemde gevalle van lewering sal die bedoeling van die partye soms (veral in die geval van *attornment*) meer aandag as in die geval van daadwerklike lewering geniet.

12 6 2 8 *Vestiging en behoud van fisiese beheer*

Dit volg reeds uit voorgaande dat daar verskillende vereistes gestel word vir die vestiging en voortbestaan van fisiese beheer. Gewoonlik³⁰⁵ word 'n groter mate van fisiese beheer geverg vir die vestiging as vir die behoud van fisiese beheer.³⁰⁶ Olivier, Pienaar en Van der Walt³⁰⁷ skryf dit daaraan toe dat wanneer fisiese beheer eers eenmaal gevestig is, dit aan die een kant met relatiewe gemak behou kan word, selfs tydens kortstondige onderbrekings van die daadwerklike fisiese band, terwyl dit aan die ander kant bevorderlik is vir regsekerheid dat die aanvanklike vestiging van beheer strenger beoordeel word. Wanneer beheer dus verkry is, word dit behou sonder dat voortdurende fisiese beheer noodwendig vereis word op voorwaarde dat die

303 Silberberg & Schoeman 1992 114.

304 Vir 'n volledige bespreking van hierdie leweringswyses sien hfst 12 3 3. Vgl ook Sonnekus & Neels 1994 245.

305 Hierdie reël geld nie in gevalle van pandgewing en retensieregte nie: Vgl hfst 12 9. In *Cape Tax Engineering Works (Pty) Ltd v SAB Lines (Pty) Ltd* 1968 2 SA 528 K 533 is beslis dat alhoewel daar inderdaad aanvanklik beheerverkryging was, dit nie vir doeleindes van 'n retensiereg behou is nie aangesien die twee werknemers wat op die skip agtergebly het geen beheer, funksie of gesag oor die skip uitgeoefen het nie.

306 Van der Merwe 1989 101; Sonnekus & Neels 1994 128.

307 1992 177.

beheerder deurentyd in staat is om fisiese beheer uit te oefen.³⁰⁸ So sal 'n boer beheer van 'n afgeleë gedeelte van 'n plaas behou indien hy steeds in staat is om dit te beheer.³⁰⁹

[T]here should be the right to occupy and the intention of occupying coupled with the capability of exercising and putting into force that intention.

In die geval van roerende sake sal beheer egter beëindig word indien die betrokke saak wegraak of vernietig word, en as 'n roerende of onroerende saak deur 'n derde in beheer geneem word, dui dit ook op die einde van die beheer van die vorige beheerder.³¹⁰

12 6 2 9 Samevatting

Dit volg uit voorgaande bespreking van die verskillende oorwegings wat ter sprake kom wanneer daar gevra word of fisiese beheer inderdaad gevestig is dat dit uiteindelik daarop neerkom of die beheer wat gevestig is en uitgeoefen word, effektief is al dan nie.³¹¹

Maasdorp³¹² gaan uit van die standpunt dat effektiewe beheer daarop dui dat die persoon wat 'n saak wil verkry homself in so 'n posisie ten opsigte daarvan moet plaas dat hy dit fisies kan beheer wanneer hy ookal wil en dat hy andere daarvan kan uitsluit.³¹³ Volgens Olivier, Pienaar en Van der Walt³¹⁴ beteken effektiewe beheer dat

308 *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1057-1058; *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 720; *Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd* 1972 2 SA 464 W 467-468; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 233; *Ex parte Van der Horst: In re Estate Herold* 1978 1 SA 299 T 301; *S v Singiswa* 1981 4 SA 403 K 405.

309 *Mulder v The Divisional Council of Prince Albert* 1886 4 SC 139 143. Vgl ook *Van Wyk v Louw* 1958 2 SA 164 K 170 ev.

310 Van der Merwe 1989 102.

311 Vgl *Sonnekus & Neels* 1994 130: "Die persoon in beheer van die saak is daardie een wat op 'n oorwig van waarskynlikhede in staat sal wees om sy beheerswil ten aansien van saak deur te sit met uitsluiting van derdes danksy die feit dat die saak in sy effektiewe beheersfeer is."

312 1976 16.

313 Vgl *bv Moosa v Constantia Motors* 1958 2 SA 334 OK 337 waarin rp De Villiers die volgende uitlating gemaak het: "If I get permission from some person to park my car on his premises and do so he does not thereby get physical control or the 'detentio' of my car. To bring that about

die beheerder in 'n sterker en nouer fisiese beheerverhouding teenoor die saak moet staan as enige ander persoon. Indien sy beheer tydelik onderbreek sou word, moet hy dit weer te eniger tyd kan opneem sonder verwysing na 'n derde. Die implikasie hiervan is natuurlik dat niemand anders intussen 'n sterker band met die saak gesluit het nie.³¹⁵

Wanneer 'n persoon 'n saak wel effektief beheer, met ander woorde indien beheer objektief met verwysing na 'n waarneembare feitelike toestand bepaal kan word, sal daar nie bloot uit die beheer self afgelei kan word of hy 'n eienaar, besitter of houer is nie. Veral by roerende sake, waar fisiese beheer 'n publiseitsfunksie vervul, is daar altyd 'n vermoede dat die beheerder die eienaar van die saak is. Indien 'n ander persoon wil beweer dat hy die eienaar van die saak is, sal hy dit moet bewys. Na alle uiterlike tekens sal die eienaar en die bona fide sowel as die mala fide besitter dus die saak op dieselfde wyse hanteer en daarmee omgaan. Die posisie sien egter daar anders uit in die geval van regmatige en onregmatige (bona fide en mala fide) houters. Houerskap impliseer dikwels beperkte saaklike regte, en die houters van sodanige regte (langtermynhuurders, pandhouters, serwituuthouters, retensiereghouters) het nie volle beskikking (wat die eienaar teoreties toekom) oor die saak nie. Hulle fisiese beheer sal telkens net so ver strek as wat nodig is vir die betrokke saaklike reg. So sal 'n pandhouer wel beheer oor die pandsaak mag uitoefen, maar hy sal geen gebruiksreg ten aansien daarvan hê tensy die partye daartoe ooreengekom het nie.

Dit wil voorkom of daar uit voorgaande afgelei kan word dat ongeveer dieselfde vereistes ten aansien van fisiese beheer gestel word vir die vestiging van eiendomsreg, besit en houterskap, maar dat wat die behoud daarvan betref die omskrywing van fisiese beheer sal verskil ahangende daarvan of dit vir besit of houterskap uitgeoefen word. Voorts wil dit ook voorkom of die vereistes vir die behoud van fisiese beheer strenger is in die geval van besit en houterskap as vir eiendomsreg. Wanneer daar

I must make him the depositary or custodian of my car."

314 1992 178.

315 Vgl Van der Merwe 1989 101-102; Silberberg & Schoeman 1992 115-116; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 178.

vrywillig of onvrywillig afstand gedoen word van fisiese beheer in 'n besit- of houerskapverhouding kan dit die verhouding beëindig, terwyl die regsverhouding in die geval van eiendomsreg sal voortbestaan aangesien eiendomsreg sonder fisiese beheer kan bestaan.

12 7 Die beskerming van besit en houerskap

12 7 1 Inleiding

Maasdorp³¹⁶ wys tereg daarop dat dit die gevolg van besit (en derhalwe ook houerskap) is dat die beheerder daarop geregtig is om die saak wat hy beheer te behou en gevolglik om enige poging om hom daarvan te ontnem of om sy beheer te versteur sonder die nodige bevoegdheid daartoe, te weerstaan.

Alhoewel daar meerdere remedies ter beskerming van besit en houerskap is,³¹⁷ word slegs die mandament van spolie onder hierdie hoof bespreek aangesien dit die belangrikste remedie is waarby daadwerklike fisiese beheer werklik relevant is.

12 7 2 Die mandament van spolie

12 7 2 1 Omskrywing

Die mandament van spolie is die belangrikste remedie ter beskerming van feitelike beheer in die Suid-Afrikaanse reg. Dit kan omskryf word as 'n remedie wat gebruik

316 1976 20. Sien ook De Waal 1984 1; Sonnekus & Neels 1994 164-165.

317 Vgl Maasdorp 1976 20-24 wat die interdik, die mandament van spolie en die besitaksie bespreek; Delpont & Olivier 1985 77-134 wat die mandament van spolie, contra-spolliasie, die besitaksie, deliktuele aksies en remedies op grond van verryking bespreek; Van der Merwe 1989 117-168 wat die mandament van spolie, die verbiedende interdik, die besitaksie, deliktuele eise asook verrykingsaanspreeklikheid bespreek; Silberberg & Schoeman 1992 128-156 wat die mandament van spolie, verbiedende interdikte, die besitaksie, selfverdediging, die deliktuele eis om skadevergoeding en verrykingsaanspreeklikheid bespreek; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 185-235 wat die verklarende bevel, die interdik, die mandament van spolie, die besitaksie, deliktuele remedies en remedies gegrond op ongeregverdigde verryking bespreek; Sonnekus & Neels 1994 164-188 wat die interdik, die mandament van spolie, contra-spolie, die exceptio spolie, die rei vindicatio, die eis om skadevergoeding en verrykingsaanspreeklikheid bespreek.

word om onregmatige versteurings van bestaande beheerverhoudinge summier ongedaan te maak deur die versteurde beheer sonder navraag na die meriete daarvan te herstel.³¹⁸ Die toepassing van die mandament van spolie berus op die beginsel dat die persoon wie se beheer onregmatig versteur is, eers in sy beheer herstel moet word alvorens die meriete van die geskil ondersoek word.³¹⁹

Die mandament van spolie is in die eerste plek beskikbaar in gevalle waar 'n persoon sy beheer oor roerende of onroerende sake ontnem word.³²⁰ Dit kan in die tweede plek egter ook ingestel word indien die quasi-beheer van 'n persoon ten opsigte van 'n reg (onliggaamlike saak) versteur word deurdat hy verhinder word om daardie reg uit te oefen.³²¹ In laasgenoemde geval hoef die applikant nie te bewys dat hy 'n reg

318 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 190. Sien verder Maasdorp 1976 22; Kleyn *Proefskrif* 437; Van der Merwe 1989 119; Silberberg & Schoeman 1992 129; Sonnekus & Neels 1994 167. Vgl ook *Curatoren van "Pioneer Lodge No 1" v Champion* 1879 OFS 52 54; *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 125; *Yeko v Qana* 1973 4 SA 735 A 739; *Zulu v Minister of Works, Kwazulu* 1992 1 SA 181 D 187; *Plaattjie v Olivier* 1993 2 SA 156 O 159. Sien *Shoprite Checkers Ltd v Pangbourne Properties Ltd* 1994 1 SA 616 W 619: "It is trite that the purpose of the mandament van spolie is to protect possession without having first to embark upon an enquiry, for example, into the question of the ownership of the person dispossessed."

319 Dit word uitgedruk in die stelreël *spoliatus ante omnia restituendus est*. Vgl *Greyling v Estate Pretorius* 1947 3 SA 514 W 515-516: "The principle of law is: *Spoliatus ante omnia restituendus est*. If this principle means anything it means that before the Court will allow any enquiry into the ultimate rights of the parties the property which is the subject of the act of spoliation must be restored, to the person from whom it was taken, irrespective of the question as to who is in law entitled to be in possession of such property." Sien ook Van der Walt 1985 SALJ 172-173; Sonnekus 1986 TSAR 243 245; Sonnekus 1992 TSAR 325 326. Lg wys egter daarop (326-327 330-331) dat die regmatigheid van die beheeruitoefening wel van deurslaggewende belang kan wees indien dit gaan oor die aanwendbaarheid van die mandament ter beskerming van 'n sg quasi-besit van 'n onliggaamlike saak.

320 Vgl *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 122; *Mans v Loxton Municipality* 1948 1 SA 966 K 977. Sien ook Kleyn *Proefskrif* 376 wat daarop wys dat dit nie nodig is dat die beheerder van die saak in sy geheel ontnem hoef te word nie aangesien beheerontneming van 'n deel van die saak genoegsaam is om spolie daar te stel.

321 Vgl *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 122; *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1055-1056; *Sebastian v Malelane Irrigation Board* 1950 2 SA 690 T 694; *Painter v Strauss* 1951 3 SA 307 O 318; *Rooibokoord Sitrus (Edms) Bpk v Louw's Creek Sitrus Koöperatiewe Maatskappy Bpk* 1964 3 SA 601 T 604; *Jansen v Madden* 1968 1 SA 81 G 84; *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 NK 218; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 233; *Bank van die OVS v Rossouw* 1984 2 SA 644 K 648; *Froman v Herbmores Timber & Hardware* 1984 3 SA 609 W 610; *Ntshwaqela v Chairman, Western Cape Regional Services Council* 1988 3 SA 218 K 221; *Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavil* 1989 1 SA 508 A 514; *Zulu v Minister of Works, Kwazulu* 1992 1 SA 181 D 188: "Accepting then that what is protected by the remedy is the actual performance of acts which if lawfully performed would constitute the exercise of a right..." Vgl Kleyn *Proefskrif* 390 ev volgens wie die mandament toepassing vind in die geval van spolie van enige tipe saak, nl roerend en onroerend, liggaamlik en onliggaamlik. Sonnekus & Neels 1994 168-169 is egter van mening dat die mandament van spolie nie ter beskerming van

gehad het nie, maar slegs dat hy die betrokke reg (en gevolglike beheer van die saak) fisies uitgeoefen het en dat hy onregmatig verhinder word om dit verder uit te oefen.³²²

Volgens onder andere Van der Merwe³²³ is die mandament van spolie 'n besitreddie wat die besitverhouding tussen 'n persoon en 'n saak beskerm. Die outeurs wat hierdie standpunt ondersteun wys op die historiese oorsprong en ontwikkeling van die mandament en kom tot die gevolgtrekking dat dit 'n besitreddie is wat 'n persoon in staat stel om beheer van 'n saak waarvan hy onregmatig ontnem is, te herwin. Die regsproses poog om deur middel van die beskerming van beheer onwettige vredebreuk te voorkom wat die gevolg daarvan sou wees indien persone die reg in eie hande sou neem.³²⁴

'n reg aangewend behoort te word nie (vgl verder Sonnekus 1985 TSAR 331 335; 1989 TSAR 429 437-442).

322 Sien *Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavi* 1989 1 SA 508 A 514: "n Onliggaamlike saak soos 'n serwitut is natuurlik nie vatbaar vir fisiese 'besit' in dieselfde sin as wat daardie uitdrukking gebruik word met betrekking tot liggaamlike sake nie, maar wel vir *quasie-possessio* wat bestaan uit daadwerklike gebruik van die serwitut"; en ook: "In die samehang van die mandament van spolie neem...die daadwerklike gebruik van 'n beweerde serwitut die plek van die besit van 'n liggaamlike saak." Vgl verder *Naidoo v Moodley* 1982 4 SA 82 T 84; *Froman v Herbmores Timber and Hardware (Pty) Ltd* 1984 3 SA 609 W 610; *A M Cassim v The Community Development Board* saak no 10765/84 1984-06-12 (W) (ongerapporteer); *Ntshwaqela v Chairman, Western Cape Regional Council* 1988 3 SA 218 K 222. Sien ook Van der Walt 1983 SALJ 689 690-691; 1984 THRHR 220 229; 1984 THRHR 429-430; 1986 TSAR 223 230-232; 1989 THRHR 444 446-452; Kleyn Proefskrif 390-393; 1989 *De Jure* 154 162-163; Van der Merwe 1989 122-123.

323 1989 119. Sien ook Middelberg 1954 THRHR 268 275; Maasdorp 1976 22; De Waal 1984 THRHR 115 118; Sonnekus 1985 TSAR 331 333; 1986 TSAR 243 246; 1989 TSAR 429; Kleyn Proefskrif 297 ev; 1986 *De Jure* 1 5 8 9-16; Harker 1988 SALJ 186 192 194; Sonnekus & Neels 1994 167. Vgl verder *Mbangi v Dobsonville City Council* 1991 2 SA 330 W 336: "The mandament van spolie finds its immediate and only object in the reversal of the consequences of interference with an existing state of affairs otherwise than under authority of the law, so that the *status quo ante* is restored... It is properly typified as a possessory remedy because it is available with reference to the protection of an existing state of affairs, provided it relates to possession."

324 Silberberg & Schoeman 1992 130. Sien Harker 1991 SALJ 21 30: "As a remedy in the field of the private law, the mandament van spolie is purely a possessory remedy." Vgl ook *Ness v Greef* 1985 4 SA 641 K 647: "The underlying, fundamental principle of the remedy is that no one is allowed to take the law into his own hands and thereby cause a breach of the peace. The remedy is aimed at every unlawful and involuntary loss of possession by any possessor, and its object is no more than the restoration of the *status quo ante* as a preliminary to any enquiry or investigation into the merits of the respective claims of the parties to the thing in question"; en *Shoprite Checkers Ltd v Pangbourne Properties Ltd* 1994 1 SA 616 W 619: "All of this is of course based upon the fundamental principle that no man is allowed to take the law into his own hands and no one is permitted to dispossess another forcibly or wrongfully and against his consent 'of the possession of property, whether movable or immovable'..." Vgl verder *Nino*

Daar is egter ook 'n aantal ander outeurs³²⁵ wat die mandament van spolie eerder as 'n remedie vir die beskerming van die openbare orde beskou in gevalle waar bestaande beheerverhoudings onregmatig ontnem is. Hulle is van mening dat die mandament primêr daarop gerig is om die regsorde te handhaaf (deur die ontnemende beheer sonder navraag na die meriete daarvan ongedaan te maak) in geval van onregmatige ontnemings van fisiese beheerverhoudings deur individue te verhinder om die reg in eie hande te neem.

Dit wil voorkom of die oorwig van gesag daarop dui dat die mandament wel 'n besitreddie is, en dat die doel daarvan is om die ontnome besit te herstel.³²⁶ Die onderliggende ratio vir die herstel van ontnome besit is volgens die voorstanders van hierdie standpunt om persone te verhinder om die reg in eie hande te neem ten einde orde in die gemeenskap te handhaaf.³²⁷ Volgens Olivier, Pienaar en Van der

Bonino v De Lange 1906 TS 120 122; *Administrator, Cape v Ntshwaqela* 1990 1 SA 705 A 717; *Kgosana v Otto* 1991 2 SA 113 W 116.

325 Sien veral Van der Walt 1983 *THRHR* 237 239-240; 1983 *SALJ* 689 693 698-699; 1984 *THRHR* 429 435 437-439; 1985 *SALJ* 172 180; 1986 *TSAR* 223 228-229; 1989 *THRHR* 444 450-453; 1990 *THRHR* 316 319 ev. Vgl verder ook Price 1947: "Indeed, there are many cases which seem to imply that the Court is even more interested in discouraging conduct conducive to a breach of the peace or calculated to bring the law into contempt or to undermine respect for orderly conduct than in assisting the dispossessed person..."; Blecher 1978 *SALJ* 8 11; Klopper 1983 *Obiter* 71 81; Delpont & Olivier 1985 99.

326 Vgl *Mans v Marais* 1932 CPD 352 356: "A *mandament van spolie* is designed as a speedy remedy against a person who has taken the law into his own hands, and who, without recourse to the Courts, has dispossessed another. Its object is merely to restore the *status quo ante* the illegal action"; *Ntshwaqela v Chairman, Western Cape Regional Services Council* 1988 3 SA 218 K 228 waar uitdruklik gesê word dat sowel die interdictum unde vi as die mandament van spolie op die herstel van beheer gerig was; asook *Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavi* 1989 1 SA 508 A 512: "Die mandament van spolie is 'n besitreddie waarvan die beperkte en uitsluitlike funksie is om die herstel van die *status quo ante* te bewerkstellig." Sien Peiris 1983 *CILSA* 291 305-308 vir 'n uiteensetting van die teoretiese basis van besitreddies.

327 Vgl Silberberg & Schoeman 1992 123. Sien verder Harker 1991 *SALJ* 21 30: "Up to the nineteen-seventies, the mandament van spolie, as it had been evolved by the courts, was a private-law possessory remedy. It aims at upholding the legal order by discouraging people from taking the law into their own hands, thereby causing a disturbance of the peace," en 31: "The mandament van spolie as it has evolved in South African law is a possessory remedy the object of which is to require the respondent to restore possession of property of which he unlawfully dispossessed the applicant and to compel the respondent to resort to legal proceedings in order to settle an alleged dispute... By imposing an obligation on the wrongdoer to make reparation to the aggrieved party, the private law seeks to uphold the public peace by preventing people from taking the law into their own hands." Sien ook *Boompriet Investments v Paardekraal Concession Store* 1990 1 SA 347 A 353: "This is so because the philosophy underlying the law of spoliation is that no man should be allowed to take the law into his own hands, and that conduct conducive to a breach of the peace should be discouraged."

Walt,³²⁸ wat die ander standpunt verkondig, moet die openbare regsorde, wat versteur is deur die onregmatige ontneming van 'n bestaande beheerverhouding, beskerm word deur die summiere herstel van die ontnemende beheer. So gestel, wil dit voorkom of daar prakties gesproke nie werklik enige noemenswaardige verskil tussen die twee standpunte is nie. In die praktyk sal dit daarop neerkom dat indien 'n persoon se fisiese beheer ten aansien van 'n saak hom onregmatig ontnem is, dit summier herstel sal word sonder navraag na die partye se onderskeie regte of aansprake op die saak.³²⁹

12 7 2 2 Elemente van fisiese beheer

12 7 2 2 1 Inleiding

Aangesien die meriete van die partye se aansprake op beheer³³⁰ nie ter sprake is nie,³³¹ is die vereistes vir die mandament van spolie redelik maklik bewysbaar. Daar word eerstens vereis dat die applikant vooraf vreedsame en ongestoorde beheer moes

328 190-191.

329 Sien Sonnekus 1990 TSAR 514 vir 'n bondige uiteensetting van hierdie twee standpunte. Vgl ook sy kort bespreking 526-527 van die appèlafdeling se benadering in die *Boompriet*-saak. Sien ook *Ross v Ross* 1994 1 SA 865 SOK 870.

330 Die hof beslis in *Scholtz v Faifer* 1910 TPD 243 246-247 dat daar in hierdie verband van naturalis possessio sprake is. Dit behels 'n fisiese (wat hieronder volledig bespreek word) en 'n wils-element. Mvn die wilsaspek word dit algemeen as voldoende beskou indien die applikant die saak beheer het met die bedoeling om 'n voordeel daaruit te verkry: Price 1947 107; Maasdorp 1976 23; Peiris 1983 CILSA 291 295; Kleyn *Proefskrif* 365-366; Van der Merwe 1989 125; Silberberg & Schoeman 1992 123 131; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 193; Sonnekus & Neels 1994 128. Sien ook *Meyer v Glendinning* 1939 CPD 84 94 96; *Yeko v Qana* 1973 4 SA 735 A 739; *Bennett v Pringle* 1977 1 SA 230 OK 233. Vgl verder ook Middelberg 1954 THRHR 268 279 281 (wat heeltemal met die animus-element wil wegdoen aangesien hy dit as oorbodig beskou en derhalwe beskerming na almal wat feitelik in beheer is wil uitbrei); Mathews 1962 SALJ 179 186-188 (wat van mening is dat alle beheerders teen derdes beskerm behoort te word, maar nie teen die ware eienaar nie - hy omskryf die animus-vereiste dus as die bedoeling om almal behalwe die ware eienaar uit te sluit); Van Rensburg & Van der Merwe 1978 THRHR 113 126 (wat die animus ex re commodum acquirendi wyd uitlê ten einde die verteenwoordiger en die dienaar ook in te sluit); Kleyn *Proefskrif* 344 (wat die animus bloot as die animus possidendi wil omskryf).

331 Vgl *Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 122; *Meyer v Glendinning* 1939 CPD 84 92; *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1053; *Rosenbuch v Rosenbuch* 1975 1 SA 181 W 183; *Oglodzinsky v Oglodzinsky* 1976 4 SA 273 D 274; *Fredericks v Stellenbosch Divisional Council* 1977 3 SA 113 K 116.

gehad het,³³² en tweedens dat die respondent die saak onregmatig uit die applikant se beheer verwyder het.³³³ "Vreedsame en ongestoorde beheer" verwys nie na die meriete van die voorafgaande beheerverhouding nie, maar na die objektiewe feitelike vasstelbaarheid en stabiliteit daarvan.³³⁴ Dit word beoordeel ingevolge die heersende objektiewe verkeersmaatstawwe ten einde vas te stel of daar genoegsame feitelike beheer was, en dit het tot gevolg dat dit van geval tot geval sal verskil en veral nou sal saamhang met die aard van die saak wat ter sprake is.³³⁵

-
- 332 *Yeko v Qana* 1973 4 SA 735 A 739: "The very essence of the remedy against spoliation is that the possession enjoyed by the party who asks for the spoliation order must be established"; *Ness v Greef* 1985 4 SA 641 K 647: "According to the authorities, the applicant for a spoliation order must first of all establish that he was in peaceful and undisturbed possession of the thing in question at the time he was deprived of possession;" *Du Randt v Du Randt* 1995 1 SA 401 O 404: "Alvorens 'n applikant kan slaag moet hy eerstens aantoon, op 'n oorwig van waarskynlikhede, dat hy in ongestoorde besit van die saak was, wat twee elemente impliseer, naamlik 'n fisieke element of *detentio* (wat betrekking het op die *corpus* en slaan op die feitelike beheer wat die besitter daarvoor uitoefen) en 'n geestelike element (wat betrekking het op die *animus* of besitswil van die besitter)." Sien ook Sonnekus 1990 TSAR 514 521: "Alles draai om die feitelike ongestoorde beheer van die saak deur die applikant waarop deur die *spoliator* inbreuk gemaak is deur hom die beheer van die saak te ontnem." Vgl verder Van der Walt 1985 SALJ 172 177; Kleyn *Proefskrif* 344.
- 333 Price 1947 107; Middelberg 1954 THRHR 268 275-276; Maasdorp 1976 23; Taitz 1982 SALJ 351 354; De Waal 1984 2; Delpont & Olivier 1985 85; Kleyn *Proefskrif* 341; 1986 *De Jure* 1 16; 1986 *De Jure* 279; Van der Merwe 1989 129; Sonnekus 1990 TSAR 514 515; Silberberg & Schoeman 1992 134-138; Sonnekus & Neels 1994 170-173. Let egter daarop dat Sonnekus 1978 TSAR 168 169-170, 1982 TSAR 178 asook Sonnekus & Neels 1994 173-174 twee addisionele vereistes stel, te wete (1) bewys dat die beheer die eiser inderdaad ontnem is en (2) bewys dat daadwerklike beheerherstel deur die verweerder moontlik is. Sonnekus & Neels 1994 174 wys daarop dat die objek van litigasie *titulus litis contestatio* nog binne die jurisdiksiegebied van die betrokke hof moet wees. Vgl verder *Scholtz v Faifer* 1910 TPD 243 246; *Shapiro v Roth* 1911 WLD 43 46; *Burnham v Neumeyer* 1917 TPD 630 633; *Shaw v Hendry* 1927 CPD 357 359; *Sillo v Naude* 1929 AD 21 26; *Mandelkoorn v Strauss* 1943 CPD 493 497; *Meyer v Sentraal Westelike Ko-operatiewe Maatskappy* 1943 OPD 93 105; *Mahilall v Singh* 1945 NPD 193 194; *Remley v Lupton* 1946 WLD 353 356; *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1053; *Olivier v Botha* 1948 3 SA 664 K 666-667; *Meyer v La Grange* 1952 2 SA 55 N 56; *Pieter v Muller* 1973 4 SA 126 OK 127; *Beukes v Crous* 1975 4 SA 215 NK 218; *Oglodzinsky v Oglodzinsky* 1976 4 SA 273 D 274; *Potgieter v Du Plessis* 1978 1 SA 751 NK 753; *Plaatjie v Olivier* 1993 2 SA 156 O 159; *Du Randt v Du Randt* 1995 1 SA 401 O 404.
- 334 *Ness v Greef* 1985 4 SA 641 K 647: "By the words 'peaceful and undisturbed' is probably meant sufficiently stable or durable possession for the law to take cognizance of it"; *Mbangi v Dobsonville City Council* 1991 2 SA 330 W 337: "It is my view that the requirement of 'peaceful and undisturbed possession' was recognised to cater for the realities and to prevent the granting of the remedy from working injustice rather than operating in furtherance of a policy designed to discourage self-help."
- 335 Kleyn *Proefskrif* 363. Vgl ook Van der Walt 1985 SALJ 172 176-177.

12 7 2 2 2 Eksklusiewe beheer

Daar word nie vereis dat beheer eksklusief deur die applikant uitgeoefen hoef te word nie.³³⁶ 'n Saak word somtyds deur meerdere persone gelyktydig beheer (byvoorbeeld in die geval van 'n huwelik,³³⁷ vennootskap³³⁸ of gesamentlike retensieregte),³³⁹ en enige optrede deur een van die partye waardeur die ander se onverdeelde aandeel in daardie beheer beëindig word, sal spolie wees.³⁴⁰

[I]t seems to me that in principle a joint possessor who has been deprived of his share of the possession of something should be entitled to the remedy of a spoliation order if the other factors requisite for such relief are present...When one of two joint possessors of a thing illicitly takes exclusive possession of that thing against the will of his co-possessor the *ratio* underlying the remedy of a spoliation order would seem to me to be as fully applicable as in the case where a person has been wrongfully deprived of exclusive possession.

12 7 2 2 3 Omvattende beheer

Dit volg uit voorgaande dat dit ook nie noodsaaklik is dat die beheer wat deur die applikant uitgeoefen is voordat hy na bewering gespolieer is, omvattend hoef te

-
- 336 Maasdorp 1976 23; Peiris 1983 *CILSA* 291 293; Delpont & Olivier 1985 101; Van der Walt 1985 *SALJ* 172 178; Kleyn *Proefskrif* 360-361; Van der Merwe 1989 123; Silberberg & Schoeman 1992 135; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 194. Sien ook *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1055-1056; *Painter v Strauss* 1951 3 SA 307 O 314; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 232-233; *Shoprite Checkers Ltd v Pangbourne Properties Ltd* 1994 1 SA 616 W 620 ("It is also apparent from the various authorities to which I was referred ... that exclusive possession is not a requirement of the mandament. Possession is sufficient, provided that the possessor derives a benefit from such possession").
- 337 *Rosenbuch v Rosenbuch* 1975 1 SA 181 W 183; *Oglodzinsky v Oglodzinsky* 1976 4 SA 273 D 275; *Coetzee v Coetzee* 1982 1 SA 933 K 935; *Ross v Ross* 1994 1 SA 865 SOK; *Du Randt v Du Randt* 1995 1 SA 401 O. Vgl verder Sonnekus 1978 *SALJ* 217-227; Delpont & Olivier 1985 74 101; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 194.
- 338 *Shapiro v Roth* 1911 WLD 43 47; *De Abreu v Silva* 1964 2 SA 416 T 419; *Brighton v Clift* 1970 4 SA 247 R 249. Sien ook Delpont & Olivier 1985 101.
- 339 Vgl *Beetge v Drenka Investments (Isando) (Pty) Ltd* 1964 4 SA 62 W 67; *Hillkloof Builders (Pty) Ltd v Jacomelli* 1972 4 SA 228 D 230.
- 340 *Rosenbuch v Rosenbuch* 1975 1 SA 181 W 183. Vgl ook *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1056: "I can see no reason why the relief should not be available merely because the person who has been despoiled does not hold exclusive possession."

gewees het nie:³⁴¹

Volgens my mening word dit nie vereis dat 'n persoon wat goed besit het, die goed of die besit of die beheer daarvoor, of die gebruik of die genot daarvan geheel-en-al moes verloor het voor hy aanspraak op 'n mandament van spolie kan maak nie. Hy is op dié middel geregtig as 'n deel van die goed of van sy regte van besit daarvan, soos die gebruik of beheer, of genot daarvan onregmatiglik van hom ontnem-is. In kort beskou ek dat enige aansienlike of ernstige inbreuk op die regte van besit van 'n besitter waarskynlik deur 'n mandement van spolie beskerm sal word, omdat dit, in die algemeen, op 'n ontneming van sodanige regte sal neerkom.

Dit is dus duidelik dat reeds 'n wesenlike ontneming van die bevoegdhede wat die beheerder toekom as spolie kwalifiseer en dat die voormalige beheerder hom in so 'n geval op die mandament kan beroep.³⁴² Die applikant moet slegs kan bewys dat hy 'n besondere deel of element van die saak inderdaad fisies beheer het. Kleyn³⁴³ wys egter daarop dat sommige outeurs ten onregte 'n blote versteuring van beheer as genoegsaam beskou om as spolie te kwalifiseer. Gedeeltelike ontneming behels nog steeds 'n ontneming, nie slegs 'n versteuring nie.

Nie-omvattende beheer kom dikwels ter sprake in gevalle van die quasi-beheer van grond deur die uitoefening van 'n gebruik (byvoorbeeld 'n reg van weg), waar die persoon wat die gebruik uitoefen nie die hele grondstuk waarop die gebruik van toepassing is, beheer nie.³⁴⁴ Die ontneming van beheer hoef gevolglik nie op 'n saak in sy geheel betrekking te hê nie: Waar 'n persoon 'n hele gebou beheer en hy word

341 *Van Rooyen v Burger* 1960 4 SA 356 O 363. Sien verder *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1059; *Burger v Van Rooyen* 1961 1 SA 154 O 160-161; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 233. Vgl Van der Walt 1985 SALJ 172 178; Kleyn *Proefskrif* 376 ev.

342 Peiris 1983 CILSA 291 297; Kleyn *Proefskrif* 376; 1986 *De Jure* 279 281; Van der Merwe 1989 122; Silberberg & Schoeman 1992 136-137; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 194; Sonnekus & Neels 1994 172-173.

343 *Proefskrif* 377-378.

344 Sien *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1056; *Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavi* 1989 1 SA 508 A 514.

die beheer van 'n enkele kamer ontnem, is hy ook daarop geregtig om die mandament aan te vra.³⁴⁵ Voorts is 'n persoon wat in beheer van slegs 'n enkele kamer in 'n gebou is, ook daarop geregtig om die mandament in te stel indien die beheer daarvan hom ontnem word.³⁴⁶

12 7 2 2 4 Ononderbroke beheer

Dit is vervolgens ook nie 'n vereiste dat die applikant se beheer deurlopend hoef te wees nie.³⁴⁷ Die aard van die saak wat beheer word en die doel waarvoor dit aangewend word, sal deurslaggewend wees ten einde te bepaal of daar 'n voldoende mate van deurlopendheid was om effektiewe beheer daar te stel.³⁴⁸ Daar sal telkens aan die hand van die geldende verkeersmaatstawwe vasgestel word of die beheer wat inderdaad deur die applikant in die betrokke omstandighede uitgeoefen is, genoegsaam was om rustige en ongestoorde beheer daar te stel.³⁴⁹ Veral met betrekking tot onroerende sake is daar al dikwels beslis dat aanhoudende teenwoordigheid nie vereis word nie en dat tydelike afwesigheid nie die prysgawe van beheer aandui nie.³⁵⁰ 'n Bloot tydelike afwesigheid (soos 'n bouer wat elke aand huis toe gaan en weer die volgende oggend kom werk) sal nie afbreuk doen aan die applikant se fisiese beheer nie.³⁵¹ Solank die applikant weer te eniger tyd fisiese beheer kan opneem of uitoefen, sal hy geag word steeds in beheer te wees.

345 *Van Rooyen v Burger* 1960 4 SA 356 O 363; *Burger v Van Rooyen* 1961 1 SA 154 O 160-161; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 233.

346 *Sien bv Nino Bonino v De Lange* 1906 TS 120 121.

347 *Van der Walt* 1985 SALJ 172 178; *Kleyn Proefskrif* 364.

348 *Vgl Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 233 237; *Mbuku v Mdinwa* 1982 1 SA 219 TK 221; *Kgosana v Otto* 1991 2 SA 113 W 114.

349 *Vgl bv Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1057: "There is nothing in the papers which suggests that, particularly as the land adjoined his own, for the purpose of carrying on his farming operations, there was any need for the appellant, either himself or through his servants, to be on the land between the ploughing and planting, or during that period to have any implements there, and this absence from the land neither detracts from the inference of intention to be drawn from the correspondence and the ploughing, nor is it conduct which in fact amounts to a vacation by him of the land."

350 *Sien bv Pretoria Racing Club v Van Pietersen* 1907 TS 687 692; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 233.

351 *Scholtz v Faifer* 1910 TPD 143 247-248.

12 7 2 2 5 Persoonlike beheer

Dit is nie noodsaaklik dat fisiese beheer vir doeleindes van die mandament van spolie persoonlik deur die applikant uitgeoefen hoef te word nie.³⁵² Daar is reeds herhaaldelik in die Suid-Afrikaanse regspraak beslis dat beheer deur 'n verteenwoordiger vir en namens die beheerder (applikant) uitgeoefen kan word.³⁵³ Die enigste vereiste is dat die verteenwoordiger die bedoeling moet hê om vir en namens die applikant beheer uit te oefen en dat laasgenoemde daarvan moet kennis dra.³⁵⁴

12 7 2 2 6 Regmatige beheer

Die meriete van die partye se aansprake word nie oorweeg wanneer daar om die mandament aansoek gedoen word nie aangesien dit die doel van die remedie sal frustreer.³⁵⁵ Daar word tradisioneel aanvaar dat selfs die beheer van 'n dief deur middel van die mandament van spolie beskerm kan word.³⁵⁶ Hierdie standpunt is soms moeilik om te aanvaar:

Possibly the most controversial aspect of the law relating to spoliation proceedings is the position of an unlawful possessor of property, for example, a thief who is dispossessed by the true owner.³⁵⁷

352 Sien Peiris 1983 *C/LSA* 291 293; Van der Walt 1985 *SALJ* 172 178; Kleyn *Proefskrif* 364; Silberberg & Schoeman 1992 117.

353 Vgl *Scholtz v Faifer* 1910 TPD 243 248; *Maritzburg Sawing & Yoke Co Ltd v Piesold* 1915 NPD 69 71; *McCallum v McCallum's Trustee* 1916 GWL 414 424; *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1057; *Hillkloof Builders (Pty) Ltd v Jacomelli* 1972 4 SA 228 D 229; *Mbuku v Mdinwa* 1982 1 SA 219 TK 221; *Coetzee v Coetzee* 1982 1 SA 933 K 935.

354 Vgl in die algemeen oor beheer deur 'n verteenwoordiger *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 714.

355 Vgl die stelreël *spoliatus ante omnia restituendus est*. Sien Delpont & Olivier 1985 110-111; Kleyn *Proefskrif* 273 346; Silberberg & Schoeman 1992 131 138; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 194; Sonnekus & Neels 1994 166-168. Vgl verder *Mpunga v Malaba* 1959 1 SA 853 W 855: "[I]n proceedings of the present nature it is common cause that the question of whether or not such possession is lawful or unlawful does not enter into consideration."

356 Sien bv Voet *Commentarius ad Pandectas* 41 2 16.

357 Vgl Taitz 1981 *SALJ* 36; Van der Walt 1985 *SALJ* 172 173. Sien ook *Coetzee v Coetzee* 1982 1 SA 933 K 935

In *Yeko v Qana*³⁵⁸ is hierdie beginsel deur die Suid-Afrikaanse appèlafdeling erken. Alhoewel dit ook al in etlike ander sake toegepas is,³⁵⁹ is daar nietemin in verskeie ander sake afkeurend daarna verwys.³⁶⁰ Kleyn³⁶¹ kom, ná 'n ondersoek van die beskerming van mala fide besit, tot die gevolgtrekking dat die hof nie onregmatige besit goedkeur of kondoneer wanneer die mandament toegestaan word nie. Dit is eerder 'n geval waarin die eierigting van die spoliator gekondoneer sou word indien die herstel van beheer geweier sou word bloot op grond van die feit dat die hof bewus is van die onregmatigheid van die applikant se beheer.³⁶²

12 7 2 2 7 Samevatting

Dit volg uit voorgaande uiteensetting van die elemente van fisiese beheer dat die beheer wat vereis word vir die verlening van die mandament van spolie suiwer objektief beoordeel sal word. Die graad van fisiese beheer wat uitgeoefen moet word alvorens dit as genoegsaam beskou sal word vir doeleindes van die mandament van spolie, sal bepaal word deur die aard van die saak en die doel waarvoor dit aangewend word.³⁶³ Deur middel van 'n feitelike bepaling van die omstandighede sal daar vasgestel word of die beheer wat vooraf deur die applikant uitgeoefen is lank genoeg geduur het en stabiel genoeg was dat 'n onregmatige en eiemagtige versteuring daarvan as 'n

358 1973 4 SA 735 A 739.

359 *Sien* *bv Greyling v Estate Pretorius* 1947 3 SA 514 W 517; *Fredericks v Stellenbosch Divisional Council* 1977 3 SA 113 K 116-117; *Magadi v West Rand Administration Board* 1981 2 SA 352 T 354; *Naidoo v Moodley* 1982 4 SA 82 T 83-84.

360 *Sien Parker v Mobil Oil of Southern Africa (Pty) Ltd* 1979 4 SA 250 NK 255: "The reason for the rule is, according to the authorities, certainly not because the fact of possession is elevated to a right stronger than *plenum dominium*, but to discourage breaches of the peace by self-help in the case of disputes. Despite generalizations that even the thief or robber is entitled to be restored to possession, I know of no instance where our Courts, which disapprove of metaphorical grubby hands, have come to the assistance of an applicant who admits that he has no right *vis-a-vis* the respondent to the possession he seeks to have restored to him"; en *Coetzee v Coetzee* 1982 1 SA 933 K 935: "The cases seem to suggest that, despite lip service to the sweeping statement by Voet 41.2.16 that even the despoiled robber will be assisted, possession will not be restored if the applicant has no vestige of a 'reasonable or plausible claim'." Vgl hieroor ook Van der Walt 1985 SALJ 172 173.

361 *Proefskrif* 347-355; 1988 *Bulletin* 6 13. Vgl *De Jager v Farah and Nestadt* 1947 3 SA 28 W 35.

362 Vgl Van der Walt 1985 SALJ 172 173.

363 *Sien Peiris* 1983 CILSA 291 292-293; Kleyn *Proefskrif* 363. Vgl verder *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 237.

verbreking van die regsorde beskou kan word.³⁶⁴

12 8 Die beëindiging van besit en houerskap

12 8 1 Inleiding

Besit en houerskap kan op verskeie wyses beëindig word. Die verlies kan vrywillig of onvrywillig wees, en dit kan voorts ook op 'n regmatige of 'n onregmatige wyse geskied.³⁶⁵ Dit duur voort solank albei die basiese vereistes van beheer, naamlik die wils- en fisiese elemente, teenwoordig is. Indien een van die elemente wegval, word besit of houerskap beëindig.³⁶⁶ Van der Merwe³⁶⁷ wys daarop dat dit belangrik is om te weet wanneer dit beëindig word aangesien die verlies daarvan verjaring stuit en ook omdat 'n persoon nie meer op die mandament van spolie geregtig is nadat hy beheer van 'n saak verloor het nie.

12 8 2 Verlies van fisiese en wils-elemente

Beheer oor 'n saak gaan verlore wanneer die persoon wat dit uitoefen afstand doen van sowel die fisiese beheer van die saak as van die bedoeling om daardie saak te beheer.³⁶⁸ Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar 'n persoon 'n verflenterde ou kledingstuk in 'n asblik gooi. Sy bedoeling om die saak weg te gooi sal baie duidelik uit sy handeling blyk en sy beheer oor die saak sal permanent deur sy optrede beëindig word.

Alhoewel beide die handeling en die bedoeling noodsaaklik is vir die beëindiging van beheer, sal die handeling soms minder opvallend wees, en veral in die geval van *constitutum possessorium* sal daar baie streng op al die omringende omstandighede

364 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 193. Vgl ook *Ness v Greef* 1985 4 SA 641 K 647.

365 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 237.

366 Maasdorp 1976 24; Silberberg & Schoeman 1992 156; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 237 240; Sonnekus & Neels 1994 246.

367 1989 115.

368 Maasdorp 1976 26; Van der Merwe 1989 115; Silberberg & Schoeman 1992 157.

gelet word ten einde te bepaal of daar inderdaad van beheer afstand gedoen is.³⁶⁹

12 8 3 Verlies van fisiese element

Beheer gaan vervolgens ook verlore wanneer fisiese beheer nie meer oor die saak uitgeoefen kan word nie.³⁷⁰ As 'n roerende saak nie slegs vergeet of tydelik verlê is nie, maar permanent uit die beheerder se beheer onttrek is, word beheer daarvoor geag beëindig te wees. Indien die saak nie gevind word na 'n uitvoerige soektog nie of as dit onseker of onwaarskynlik is dat die saak ooit weer opgespoor sal word, word daar aanvaar dat beheer beëindig is. Makgemaakte diere wat nie meer huis toe kom nie en mak diere wat wegraak dien as voorbeelde van derglike gevalle.³⁷¹

As beheer oor roerende sake onregmatig of onwettig³⁷² of deur 'n skelmstreek³⁷³ van die beheerder ontnem word, word daardie beheer ook geag finaal beëindig te wees. Ten opsigte van onroerende sake sien die posisie daar egter anders uit aangesien beheer daarvoor nie so maklik verlore gaan nie. Indien 'n persoon wat 'n onroerende saak beheer het by sy terugkeer na 'n tydperk van afwesigheid sou vind dat 'n ander beheer oor sy saak oorgeneem het, word sy (eersgenoemde) se beheer nie geag beëindig te wees alvorens hy gepoog het om beheer te herwin en deur die derde daarvan verhinder is nie.³⁷⁴ Volgens Van der Merwe³⁷⁵ kan dit as 'n algemene reël beskou word dat beheer oor onroerende sake beëindig word indien die persoon wat beheer daarvoor uitgeoefen het vir 'n aansienlike periode geen verdere beheerdade ten aansien van die saak uitgeoefen het nie. Hierdie reël is egter nie van toepassing op somer- en winterplase nie op voorwaarde dat die beheerder steeds die bedoeling het om weer die volgende seisoen daarheen terug te keer.³⁷⁶ Daar word ooreenkomstig die toepaslike verkeersmaatstawwe nie van die beheerder verwag om

369 Maasdorp 1976 26; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 240.

370 Maasdorp 1976 24; Van der Merwe 1989 115; Silberberg & Schoeman 1992 157; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 239.

371 Maasdorp 1976 25; Van der Merwe 1989 115.

372 Vgl *Wicomb v Rosen* 1936 CPD 502 505-506.

373 Vgl *Dönges v Dadoo* 1950 2 SA 321 A 333-334.

374 Maasdorp 1976 25.

375 1989 116.

376 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 239. Sien ook *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1058.

daadwerklike beheerdade ten opsigte daarvan uit te oefen gedurende die "afwesige" seisoene nie. 'n Boer sal eweneens beheer behou oor 'n verafgeleë gedeelte van sy plaas wat hy selde besoek solank hy die nodige bedoeling ten aansien van daardie gedeelte het.

Dit is belangrik om daarop te let dat beheer eers beëindig word as dit finaal verlore is, en dat bloot tydelike beheerverlies nie genoegsaam is nie.³⁷⁷ Indien die persoon wat beheer uitgeoefen het dit nie weer ná 'n onderbreking na willekeur kan hervat nie, dui dit daarop dat beheer beëindig is. As 'n derde intussen 'n sterker fisiese beheer oor die saak begin uitoefen het, sal dit ook 'n aanduiding daarvan wees dat die beheerverhouding tussen die voormalige beheerder en die saak verlore is.³⁷⁸

12 8 4 Verlies van wilselament

'n Persoon se beheer oor 'n saak gaan vervolgens ook verlore as hy nie meer die bedoeling het om dit te beheer nie. Van der Merwe³⁷⁹ wys daarop dat hierdie bedoeling permanent moet wees en duidelik na buite moet blyk. Dit word vereis op grond van die publisiteitsbeginsel wat ten doel het die beskerming van derdes teen nadelige optrede wat op onkunde van verandering berus.³⁸⁰ Elke geval sal individueel volgens die heersende verkeersmaatstawwe beoordeel word ten einde te bepaal of daar inderdaad van 'n vervreemdingsbedoeling sprake is. Indien wel, gaan beheer verlore al behou die beheerder nog fisiese beheer oor die saak.³⁸¹

12 8 5 Persoonlike/middellike verlies

Maasdorp³⁸² wys daarop dat die verlies van beheer, net soos die verkryging daarvan, deur middel van 'n verteenwoordiger kan plaasvind. Wanneer dit die geval

377 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 239.

378 Vgl *Ex parte Van der Horst: In re Estate Herold* 1978 1 SA 299 T 301.

379 1989 116. Sien ook Maasdorp 1976 26; Silberberg & Schoeman 1992 157; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 239.

380 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 240.

381 Sien verder Van der Merwe 1989 116.

382 1976 26.

is, kan beheer beëindig word op al die gewone wyses waarop die beheerder dit self sou kon beëindig. Indien die verteenwoordiger sonder sy prinsipaal se toestemming van 'n grondstuk sou afstand doen, gaan die prinsipaal se beheer nie verlore alvorens dit deur 'n derde geokkupeer is en die prinsipaal, alhoewel hy daarvan bewus is, geen poging aanwend om beheer te herwin nie.

12 8 6 *Totnietgaan van saak*

Wanneer 'n saak permanent verlore raak of vernietig word, gaan die beheer daarvoor verlore.³⁸³ Blote verandering van die saak bring nie verlies van die saak mee nie. Indien die verlore of vernietigde saak deur 'n soortgelyke saak vervang word, herleef die vorige beheerverhouding nie aangesien 'n nuwe beheerverhouding tot stand kom.³⁸⁴ Omdat onroerende sake nie onherstelbaar vernietig kan word nie, is hierdie oorwegings slegs op roerende sake van toepassing.³⁸⁵

Voorts moet ook daarop gelet word dat besit of houterskap beëindig word indien die saak waarop dit betrekking het nie meer deel van die handelsverkeer uitmaak nie.³⁸⁶ Dit sal byvoorbeeld die geval wees waar die saak openbare eiendom of 'n saak vir algemene gebruik geword het.

12 8 7 *Dood van die beheerder*

Die dood van die beheerder beëindig vanselfsprekend die bestaande beheer oor 'n besondere saak aangesien die fisiese verhouding tussen die beheerder en die saak daarmee beëindig word.³⁸⁷ Nadat daar aan bepaalde voorwaardes voldoen is,³⁸⁸

383 Maasdorp 1976 25; Van der Merwe 1989 116; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 238; Sonnekus & Neels 1994 246.

384 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 238.

385 Sien verder in dié verband Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 238.

386 Maw wanneer 'n res in commercio 'n res extra commercium word. Vgl Van der Merwe 1989 116; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 238; Sonnekus & Neels 1994 246.

387 Vgl Van der Merwe 1989 117; Silberberg & Schoeman 1992 157-158; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 237-238; Sonnekus & Neels 1994 246.

388 Vgl *Van Wyk v Louw* 1958 2 SA 164 K 172. Sien verder Van der Merwe 1989 117; Silberberg & Schoeman 1992 158.

kan beheer op die kurator of erfgenaam oorgaan, maar dan ontstaan daar weer 'n nuwe beheerverhouding tussen die nuwe beheerder en die betrokke erflating - die verhouding tussen die oorledene en die sake wat nagelaat is, is immers by sy dood beëindig.

12 8 8 Samevatting

Uit bostaande oorsig blyk dit dat die beëindiging van beheer gewoonlik met die verlies van fisiese beheer gepaard gaan.³⁸⁹ Beheerverlies dui dus nie noodwendig op die verlies van eiendomsreg of 'n *ius possidendi* ten opsigte van die saak nie. Dit het tot gevolg dat persone wat verlore sake vind nie eienaars daarvan word nie tensy hulle sou kon bewys dat dit *res derelictae* is. Daar word gevolglik nie sonder meer aangeneem dat 'n persoon van sy beheer afstand gedoen het nie.

Sommige beperkte saaklike regte is, in teenstelling tot eiendomsreg, wel afhanklik van die voortbestaan van fisiese beheer. So sal 'n pandhouer of retensiereghouer wat sy fisiese beheer oor die saak verloor die betrokke beperkte saaklike sekerheidsreg daardeur beëindig tensy die beheerverlies onvrywillig was, in welke geval hy nie sy reg op die saak verloor nie en die saak weer kan opvorder.³⁹⁰ Die beheerverhouding in laasgenoemde geval sal gevolglik nie as beëindig beskou word voordat die beheerder die geleentheid gegun is om sy beheer te herstel nie.

12 9 Pandreg³⁹¹

12 9 1 Inleiding

Saaklike sekerheidsregte is beperkte saaklike regte wat die skuldeiser toekom ten

389 Ig art 2(1) van die Wet op Wilddiefstal 105 van 1991 gaan eiendomsreg van wilde diere nie noodwendig verlore wanneer die eienaar fisiese beheer tav die wild verloor nie.

390 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 241.

391 Vir praktiese redes word hierna op roerende sake gekonsentreer en voorts op pand eerder as ander saaklike regte aangesien (a) fisiese beheer 'n besondere belangrike rol speel by pand en (b) pandreg 'n instelling is wat historiese en regsvergelykende moontlikhede bied.

opsigte van 'n bepaalde voorwerp of voorwerpe van 'n ander ter versekering van 'n skuld.³⁹² Wanneer daardie voorwerp of voorwerpe in eksekusie verkoop word, verkry hy voorrang bo die ander skuldeisers met betrekking tot die opbrengs daarvan. Saaklike sekerheidsregte kom ter sprake wanneer die skuldenaar se vermoë nie groot genoeg is om aan al sy skuldeisers se vorderinge te voldoen nie.

Die saaklike sekerheidsregte wat 'n skuldeiser verkry, sluit enige beperkte saaklike reg op die saak van 'n ander in wat bedoel is om die betaling van 'n skuld of die nakoming van 'n verpligting te verseker.³⁹³ Hierdie regte kom tot stand óf deur middel van ooreenkoms (pand en verband) óf van regsweë (verskillende stilswyende hipoteke, retensieregte en geregtelike pand),³⁹⁴ en word onder meer daardeur gekenmerk dat hulle nie genots- en gebruiksbevoegdhede aan die houer daarvan verskaf nie asook deur die feit dat hulle aksessor van aard is.³⁹⁵

Pandreg kan omskryf word as 'n beperkte saaklike reg op die roerende saak van 'n ander wat dien as versekering van 'n skuldvordering van die pandskuldeiser teen die pandskuldenaar.³⁹⁶

Pandgewing was aanvanklik 'n besonder gewilde vorm van sekerheidstelling, maar as gevolg van die behoeftes van die moderne handelsverkeer is dit nie vandag meer die geval nie.³⁹⁷ Enige bepaalde roerende stoflike saak wat vervreem kan word en nie aan die skuldeiser behoort nie, kan verpand word.³⁹⁸ Die betrokke saak kan slegs

392 Maasdorp 1976 212; Lubbe 1983 par 392-393; Van Jaarsveld ea 1988 781; Van der Merwe 1989 605; Silberberg & Schoeman 1992 419; Sonnekus & Neels 1994 746.

393 Maasdorp 1976 214 217-218; Van der Merwe 1989 605.

394 Maasdorp 1976 213; Lubbe 1983 par 393; Van Jaarsveld ea 1988 781; Van der Merwe 1989 605-606 607; Silberberg & Schoeman 1992 419; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 273.

395 Van der Merwe 1989 606. Vgl ook Lubbe 1983 par 474; Van Jaarsveld ea 1988 782; Silberberg & Schoeman 1992 420-421; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 273; Sonnekus & Neels 1994 747-748.

396 Van der Merwe 1989 650-651. Sien verder Scott 1981 *De Jure* 142; Van Warmelo 1981 *TSAR* 65 68; Lubbe 1983 par 474; Sonnekus 1983 *TSAR* 97 108-109; Delpont & Olivier 1985 415; Scott & Scott 1987 57; Van Jaarsveld ea 1988 789; Silberberg & Schoeman 1992 419; Sonnekus & Neels 1994 749. Vgl ook *Smith v Farrelly's Trustee* 1904 TS 949 954-955; *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 W 674-675; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 611.

397 Maasdorp 1976 211; Lubbe 1983 par 475; Van der Merwe 1989 651-652.

398 Maasdorp 1976 214; Lubbe 1983 par 480-481; Van der Merwe 1989 652-654; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 274.

in pand gegee word deur iemand wat ook die reg het om dit te vervreem - gewoonlik die eienaar.³⁹⁹

12 9 2 Vestiging van pandreg

Pandreg kom tot stand deur 'n pandgewingsooreenkoms gevolg deur lewering van die saak aan die pandnemer.⁴⁰⁰ Die ooreenkoms alleen het geen saaklike werking teenoor derdes nie; en die pandnemer self het slegs 'n vorderingsreg tot tyd en wyl die saak inderdaad gelewer word.⁴⁰¹ Ná lewering verkry hy dan 'n saaklike reg.⁴⁰²

Lewering vir doeleindes van die vestiging van 'n pandreg vind plaas wanneer die pandgewer beheer van die pandsaak op enige erkende leweringswyse aan die pandnemer oordra met die bedoeling dat die saak as sekerheidsvoorwerp sal dien en die pandnemer dit met 'n soortgelyke bedoeling ontvang.⁴⁰³ Daar is met ander woorde twee vereistes vir effektiewe lewering (die saaklike ooreenkoms), te wete die wilsvereiste (wat behels dat die partye die nodige bedoeling moet hê) en die fisiese beheervereiste (wat inhou dat die pandnemer die bevoegdheid moet verkry om die pandsaak fisies te beheer). Laasgenoemde vereiste beteken nie dat die pandnemer fisiese beheer in die streng sin van die woord oor die pandsaak moet uitoefen nie: Dit is genoegsaam as hy die bevoegdheid verkry om onmiddellik sodanige beheer oor die

399 Vgl Lubbe 1983 par 483; Van der Merwe 1989 654.

400 Maasdorp 1976 220; Scott 1981 *De Jure* 142; Lubbe 1983 par 485; Scott & Scott 1987 56-57; Van Jaarsveld ea 1988 790; Van der Merwe 1989 655; Silberberg & Schoeman 1992 454; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 275; Sonnekus & Neels 1994 749. Vgl ook *Coaton v Alexander* 1879 Buch 17 20; *Stratford's Trustees v The London and South African Bank* 1884 3 EDC 439 448; *Guest v Le Roex's Trustees* 1887 5 SC 119 121; *Cholwich v Penny* 1887 5 EDC 270 278; *Smith v Farrelly's Trustee* 1904 TS 949 954-955; *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442 444; *Re Greatrex & Son Ltd* 1907 TS 538 548; *Insolvent Estate Vice v Chernotzsky & Levy* 1914 CPD 100 104-105; *Theron v Gerber* 1918 EDL 288 291; *Edwards v Van Zyl* 1951 2 SA 93 K 98; *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 W 674; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 611; *Muller v Trust Bank of Africa Ltd* 1981 2 SA 117 N 126-127.

401 Vgl Maasdorp 1976 220; Scott & Scott 1987 56 58-59. Sien verder *Coaton v Alexander* 1879 Buch 17 20; *Stratford's Trustees v The London and South African Bank* 1884 3 EDC 439 448; *Heydenrych v Fourie* 1896 13 SC 371 374; *Stadler v Scharff* 1907 24 SC 355 356-357.

402 Van Jaarsveld ea 1988 789; Van der Merwe 1989 655; Sonnekus & Neels 1994 749.

403 Van der Merwe 1989 656. Sien verder Van der Walt 1983 *THRHR* 332 334; Scott & Scott 1987 60; Silberberg & Schoeman 1992 455; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 275; Sonnekus & Neels 1994 749. Vgl ook *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 313-314; *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 238; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 611.

saak uit te oefen dat derdes daarvan uitgesluit is en dat daar geen wanindruk kan bestaan oor die pandgewer en die pandnemer se belang in en regte ten opsigte van die pandsaak nie.⁴⁰⁴ Die leweringsvereiste dien gevolglik 'n dubbele doel, naamlik eerstens om publisiteit te gee aan die saaklike reg van die pandnemer en dus van die belasting van die pandgewer se saak, en tweedens om die pandnemer se pandreg te beskerm aangesien sy beheer oor die saak verhinder dat die pandgewer die saak verder verpand.⁴⁰⁵ Daadwerklike lewering asook die meeste wyses van konstruktiewe lewering word deur die Suid-Afrikaanse regspraak as voldoende beskou vir die vestiging van 'n pandreg.

12 9 2 1 Daadwerklike lewering

Daar word van daadwerklike lewering gepraat wanneer die saak daadwerklik of fisies aan die pandnemer oorhandig word⁴⁰⁶ of onder beheer van die pandnemer⁴⁰⁷ of sy verteenwoordiger⁴⁰⁸ geplaas word.⁴⁰⁹

In gevalle van hierdie aard blyk die bedoeling van die pandnemer duidelik uit sy daede, en daar is gevolglik geen probleem om die aard van die ooreenkoms te bepaal nie.

12 9 2 2 Konstruktiewe lewering

12 9 2 2 1 Inleiding

In gevalle van konstruktiewe lewering vind geen daadwerklike oorhandiging van die

404 Lubbe 1983 par 489; Silberberg & Schoeman 1992 456.

405 Vgl Lubbe 1983 par 489; Sonnekus 1989 *TSAR* 523 544-545; Silberberg & Schoeman 1992 456.

406 *Friis v British United Diamond Mining Co* 1889 7 SC 17 32.

407 *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 313; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 611.

408 *Jefferson, Executor of Stewart v De Morgan* 1882 2 EDC 205 208 220; *Payn v Yates* 1892 9 SC 494 497; *Phillips v Soqaka* 1915 EDL 37 39; *Mercantile Bank of India Ltd v Davis* 1947 2 SA 723 K 731.

409 Vgl ook *Brown v The Messenger of the R M Court Queenstown* 1876 6 Buch 49; *Stratford's Trustees v The London and South African Bank* 1884 3 EDC 439 446-448; *Stadler v Scharff* 1907 24 SC 355 356-357; *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 238-239. Sien in dié verband ook Lubbe 1983 par 490; Scott & Scott 1987 60; Van Jaarsveld ea 1988 790.

pandsaak plaas nie, maar daar word wel vereis dat die pandnemer in so 'n posisie geplaas moet word dat hy die pandsaak fisies kan beheer. Drie moontlikhede doen hulself voor: (1) Die pandnemer word in 'n posisie geplaas waarin dit vir hom moontlik gemaak word om fisiese beheer oor die pandsaak uit te oefen. (2) Hy is reeds in beheer van die saak as gevolg van 'n ander regsverhouding. (3) 'n Derde oefen fisiese beheer namens hom uit.⁴¹⁰ Die erkenning daarvan dat konstruktiewe lewering in bepaalde gevalle voldoende is om 'n pandreg te vestig, weerspreek en ondermyn oënskynlik die oorwegings-van-publisiteit-en-sekuriteit, maar word deur die vereistes van handelsooreenkomste genoodsaak.⁴¹¹

12 9 2 2 2 *Traditio brevi manu*

Lewering ingevolge hierdie metode vind plaas waar 'n persoon wat 'n saak in 'n bepaalde bevoegdheid beheer, voortgaan om die saak te beheer, maar nou in 'n ander hoedanigheid.⁴¹² Hierdie metode van konstruktiewe lewering word algemeen deur die Suid-Afrikaanse regspraak as geskik beskou om 'n pandsaak aan die pandnemer te lewer. In *Assignees of O'Callaghan v Cavanagh*⁴¹³ is daar met verwysing na Voet⁴¹⁴ beslis dat indien 'n saak reeds eenmaal gelewer is, die pandgewer nie weer die saak aan die pandnemer hoef te lewer nie aangesien elke handeling wat ten tye van die eerste lewering uitgevoer is, geag word weer verrig te word wanneer die tweede ooreenkoms gesluit word.⁴¹⁵

410 Scott & Scott 1987 60.

411 Sien hfst 12 9 2 2. Vgl *Stratford's Trustees v The London and South African Bank* 1884 3 EDC 439 453: "If it should be said that this doctrine of a constituted possession tends to fritter away the wholesome rule that there must be actual possession in order to protect creditors, I think the answer is, that the exigencies of commercial transactions render it necessary to make certain exceptions, and that such exceptions should only be made as the result of some contract stipulating for the possession of the pledger under circumstances in which such possession is deemed compatible with good faith, and does not hold out false colours to creditors."

412 Maasdorp 1976 220; Lubbe 1983 par 491; Scott & Scott 1987 63-64; Van Jaarsveld ea 1988 790-791; Van der Merwe 1989 656-657; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 275.

413 1882 2 SC 122 126.

414 *Commentarius ad Pandectas* 12 1 5.

415 Sien verder *Insolvent Estate Vice v Chernotzsky & Levy* 1914 CPD 100 106; *Meintjes v Wilson* 1927 OPD 183 187-188; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 611-612.

12 9 2 2 3 *Clavium traditio*

Alhoewel 'n suiwer simboliese leweringshandeling nie as genoegsaam beskou word vir lewering van 'n pandsaak nie, word lewering geag wel plaas te vind indien 'n middel waardeur die pandsaak fisies beheer kan word aan die pandnemer oorhandig word:

The key is in one sense symbolical, but it is more than that, for it is the means by which the pledgee is enabled to have access to and retain control of the goods.⁴¹⁶

Die rede waarom 'n blote simbool nie voldoende is nie, is omdat dit nie noodwendig die pandsaak aan die beheer van die pandnemer onderwerp nie. In *S v Buitendag*⁴¹⁷ is beslis dat die pandnemer 'n simbool moet ontvang wat hom in staat sal stel om fisiese beheer oor die saak te verkry of om daarvoor te beskik. Die oorhandiging van registrasiesertifikate en oordragvorms word dus nie as genoegsaam beskou om lewering van voertuie vir doeleindes van die vestiging van pandreg daar te stel nie. Geen fisiese beheer word verkry deur die ontvangs van hierdie dokumente nie: Die oorhandiging van die motorsleutels sou egter fisiese beheer aan die pandnemer verleen.⁴¹⁸ Hierdie leweringswyse berus op die uitgangspunt dat die pandnemer onmiddellik effektiewe fisiese beheer oor die roerende saak moet kan uitoefen.⁴¹⁹ Konstruktiewe lewering word dus as voldoende beskou, maar nie blote simboliese lewering nie.

12 9 2 2 4 *Attornment*

Van der Merwe wys daarop dat die pandsaak selfs deur middel van attornment gelewer kan word: Die pandgewer, pandnemer en 'n derde kan dus ooreenkom dat

416 *Heydenrich v Saber* 1900 17 SC 73 76-77. Vgl verder Lubbe 1983 par 491; Scott & Scott 1987 65; Van Jaarsveld ea 1988 791; Van der Merwe 1989 656.

417 1980 2 SA 152 T 154. Sien ook *Mercantile Bank of India v Davis* 1947 2 SA 723 K 730 ivm die oorhandiging van vragbriewe wat as voldoende gereken word vir lewering vir doeleindes van die vestiging van 'n pandreg.

418 indien dit natuurlik met die nodige bedoeling gegee is.

419 Vgl in dié verband Silberberg & Schoeman 1992 258-259.

die derde wat op daardie tydstip die saak namens eersgenoemde hou, dit voortaan ten behoeve van laasgenoemde sal hou,⁴²⁰ en in *Sterling v Landau*⁴²¹ beslis regter Gregorowski dat

(w)here the goods are in the hands of a third party and they are ascertained, a valid delivery can be made by a mere change of intention.

In die lig daarvan dat attornment 'n wyse van konstruktiewe lewering is, is dit noodsaaklik dat die persoon wat die saak namens die ander party hou ten minste die reg moet hê om die saak te beheer indien hy dit nie inderdaad beheer nie.⁴²²

12 9 2 2 5 *Traditio longa manu*

Hierdie vorm van lewering, wat gewoonlik gebruik word om sake te lewer wat as gevolg van hulle aard, grootte en gewig nie daadwerklik oorgedra kan word nie, behels die uitwysing van die pandsaak deur die pandgewer aan die pandnemer onder omstandighede wat laasgenoemde in die posisie plaas om die saak fisies te beheer.⁴²³ Alhoewel daar vereis word dat die saak aan die pandnemer se fisiese beheer onderwerp moet word, is daar nie sprake van enige duidelik waarneembare fisiese beheerverandering nie, en streng vereistes word gevolglik aan hierdie leweringswyse gestel ten einde onskuldige derdes te beskerm. *Traditio longa manu* bied geleentheid vir bedrog en die howe sal gevalle waarin lewering na bewering op

420 1989 656. Sien ook Lubbe 1983 par 491; Scott & Scott 1987 64-65; Van Jaarsveld ea 1988 791.

421 1921 WLD 117 119. Sien ook *Payn v Yates* 1892 9 SC 494 497.

422 Vgl *Hearn & Co (Pty) Ltd v Bleiman* 1950 3 SA 617 K 624. Sien ook Van Jaarsveld ea 1988 791 waar Scott die mening uiter dat 'n beginsel wat ivm lewering as wyse van eiendomsverkryging neergelê is analoog op die vestiging van pandreg toegepas kan word: In *Caledon & Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer Bpk v Wentzel* 1972 1 SA 270 A en *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 A is beslis dat die houer van 'n saak vooruit kan verklaar dat hy bereid is om namens 'n moontlike toekomstige verkryger beheer oor die saak uit te oefen. Vgl verder hieroor Van der Merwe & Neethling 1973 *THRHR* 86 ev; Van der Merwe 1980 *ASSAL* 235 ev; Olivier 1981 *THRHR* 210.

423 Sien Lubbe 1983 par 491; Scott & Scott 1987 65; Van Jaarsveld ea 1988 790; Van der Merwe 1989 317-318. Vgl *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 239; *Erasmus v Rosenberg, Ltd* 1910 TPD 1188 1191; *Kaal Valley Supply Stores v Louw* 1923 OPD 60 62-63; *S v Buitendag* 1980 2 SA 152 T 154.

hierdie wyse plaasgevind het baie noukeurig ondersoek.⁴²⁴

12 9 2 2 6 *Constitutum possessorium*

Wanneer die pandnemer sy pandreg vestig deurdat hy by lewering beheer oor die pandsaak verkry, kom sy saaklike reg tot stand.⁴²⁵ Hierdie reg kan hy slegs uitoefen solank en indien hy beheer oor die saak het. Dit strek egter vanselfsprekend tot nadeel van die pandgewer om fisiese beheer oor te dra van 'n saak wat dikwels vir hom 'n belangrike bron van inkomste is en gevolglik word daar allerlei wyses bedink ten einde hierdie vereiste te omseil.⁴²⁶ In die geval van *constitutum possessorium* behou die pandgewer beheer oor die saak terwyl lewering veronderstel is om deur 'n blote verandering in die ingesteldheid van die betrokke partye te geskied.⁴²⁷ Die wilslement speel dus in gevalle van hierdie aard 'n deurslaggewende rol aangesien aanvaar word dat die fisiese beheerelement bevredig word deur die bedoeling van die partye dat die fisiese beheer van die pandgewer vertolk moet word as sou dit ten behoeve van die pandnemer uitgeoefen word.⁴²⁸ Volgens Silberberg en

424 Vgl *Goosen's Trustees v Goosen* 1884 3 EDC 368 386-387. Sien ook *S v Buitendag* 1980 2 SA 152 T 154 waarin beslis is dat die uitwys van die betrokke voertuie nie voldoende lewering vir die vestiging van 'n pandreg daarstel nie; *Concor Construction (Cape) (Pty) Ltd v Santambank Ltd* 1993 SA 930 A waar die toets vir lewering ook streng was.

425 Vgl *Cholwich v Penny* 1887 5 EDC 270 275; *Payn v Yates* 1892 9 SC 494 497.

426 Scott & Scott 1987 57-58 wys daarop dat aangesien die leweringsvereiste in die praktyk probleme skep, in die sin dat dit die skuldenaar beperk in sy bevoegdheid om die verpande saak te hanteer, krediteure en debiteure hulle gevolglik tot verskeie alternatiewe vorms van saaklike sekerheid oor roerende sake sonder beheer wend: (a) Oordrag van eiendomsreg as sekuriteit (vgl Cronjé & Van der Spuy 1981 *THRHR* 168; Scott 1981 *De Jure* 142 147-151; Cronjé 1983 *THRHR* 266; Van der Merwe 1989 688-695). (b) Voorbehoud van eiendomsreg (vgl Cronjé 1979 *De Jure* 228; Cronjé 1979 *THRHR* 142; Cronjé e & Van der Spuy 1981 *THRHR* 168; Cronjé 1983 *THRHR* 266; Sonnekus 1983 *TSAR* 97 109-117 243). (c) Gesimuleerde transaksies. Volgens hulle het die Suid-Afrikaanse howe (vgl vn 128) - ten spyte daarvan dat akademici sekere alternatiewe voorstaan (vgl vn 127) - 'n konserwatiewe rigting gevolg en effektief die meeste van hierdie alternatiewe uitgesluit. Die outeurs is ten gunste van hierdie benadering van die howe siende dat die basiese reëls wat saaklike sekerheid onderlê (nl die beginsels van gelykheid van krediteure en publisiteit) deur die alternatiewe ondermyn word. Vgl ivm besitlose pandreg Cronjé 1979 *De Jure* 228; Scott 1981 *De Jure* 142 146-147; Sonnekus 1983 *TSAR* 230 244; Scott 1989 *De Jure* 119 121-123; Sonnekus 1989 *TSAR* 523 ev.

427 Vgl Lubbe 1983 par 491; Scott & Scott 1987 65-66; Van Jaarsveld ea 1988 792; Van der Merwe 1989 656-657; Silberberg & Schoeman 1992 455-456; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 275; Sonnekus & Neels 1994 749. Sien ook *Jefferson, Executor of Stewart v De Morgan* 1882 2 EDC 205 218-220; *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442 445.

428 Lubbe 1983 par 491.

Schoeman⁴²⁹ is een van die belangrikste redes waarom die pandgewer van die beheer oor die pandsaak moet afstand doen, die feit dat sy ander skuldeisers nie mislei moet word en krediet aan hom verskaf op grond van bates waaroor hy volgens hulle (nog steeds) beskik nie. Daar is gevolglik in *Zandberg v Van Zyl*⁴³⁰ en in *Terblans v Parkes en Birkenshaw*⁴³¹ beslis dat aangesien die skuldenaars beheer oor die pandsake óf behou óf weer verkry het, die skuldeisers geen saaklike regte as pandhouders verkry het nie.

Die hof beslis egter in *Stratford's Trustees v The London and South African Bank*⁴³² dat alhoewel die leerstuk van *constitutum possessorium* afbreuk doen aan die reël dat die pandhouer die saak fisies moet beheer, uitsonderings somtyds gemaak moet word as gevolg van die vereistes wat deur handelsooreenkomste gestel word. Daar kan gesê word dat geen uitsondering gemaak sal word in die geval van 'n pandreg waar die verpande sake onder die pandgewer se beheer bly en steeds deur hom tot sy eie voordeel benut word nie.⁴³³ Die uitsonderingsgevalle volg dus uit voorgaande stelling: Waar die pandgewer die saak onder sy beheer hou maar op 'n ander wyse daarmee omgaan as voorheen, met ander woorde as hy dit tot voordeel van die pandnemer benut, is dit moontlik dat die saak in sy beheer gelaat kan word. Daar sal egter baie versigtig ondersoek ingestel moet word na die omstandighede,⁴³⁴ en in *Stratford's Trustees v The London and South African Bank*⁴³⁵ is beslis dat 'n uitsondering van hierdie aard slegs gemaak kan word indien daar 'n kontrak sou bestaan wat stipuleer dat die pandgewer die pandsaak mag behou onder omstandighede waar sodanige beheer as *bona fide* beskou kan word en die ander krediteure nie mislei sal word ten aansien van die finansiële posisie van die pandgewer nie. In *Vasco Dry Cleaners v Twycross*⁴³⁶ beslis die appèlafdeling dat daar nie van

429 1992 456.

430 1910 AD 302 314 320.

431 1912 CPD 324 329.

432 1884 3 EDC 439 453.

433 *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442 445; *Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son* 1917 AD 66 78-79; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 612.

434 Sien Lubbe 1983 par 491; Van Jaarsveld ea 1988 792.

435 1884 3 EDC 439 453. Vgl verder *Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son* 1917 AD 66 79 89-91; *Edwards v Van Zyl* 1951 2 SA 93 K 98.

436 1979 1 SA 603 A 612.

constitutum possessorium gebruik gemaak kan word om 'n pandsaak te lewer nie "in a situation in which the pledged article is to remain with the pledgor, to be used for his own benefit".⁴³⁷ Hieruit volg dit dus dat indien die pandgewer die saak nie meer tot sy eie voordeel gebruik nie, dit wel moontlik sal wees om die pandsaak by wyse van constitutum possessorium te lewer. Dit word in hierdie saak egter duidelik gestel dat die toets baie streng is.

12 9 3 Voortbestaan van pandreg

Die uitgangspunt by die voortbestaan van pandreg is die stelreël mobilia non habent sequelam wat behels dat die pandnemer sy saaklike reg slegs behou indien hy in voortdurende beheer van die pandsaak bly:

There is no principle more firmly established in our law than that a pledgee retains his real right in respect of the thing pledged so long as he remains in possession of it...⁴³⁸

As algemene reël kan daar dus aanvaar word dat die pandreg van die pandnemer verval indien die saak weer onder die pandgewer se fisiese beheer kom.⁴³⁹ Scott en Scott⁴⁴⁰ wys daarop dat die Suid-Afrikaanse howe, op die enkele uitsondering van constitutum possessorium na,⁴⁴¹ konsekwent in gevalle waar die pandnemer die pandsaak aan die pandgewer teruggegee het en daar 'n uitdruklike ooreenkoms tussen hulle was dat laasgenoemde die saak op 'n ander grond vir eersgenoemde sou hou, beslis het dat die pandnemer hom nie op sodanige ooreenkoms kan beroep nie

437 My kursivering.

438 *Heydenrych v Fourie* 1896 13 SC 371 373. Vgl verder *Van de Venter v Moss & Webb* 1884 4 EDC 222 224; *Guest v Le Roex's Trustees* 1887 5 SC 119 121; *Kearns v Cole* 1893 10 SC 63 64; *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442 444; *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 313-314; *Oertel v Brink* 1972 3 SA 669 W 674; *Vasco Dry Cleaners v Twycross* 1979 1 SA 603 A 611.

439 *Maasdorp* 1976 221; *Scott & Scott* 1987 61; *Silberberg & Schoeman* 1992 456; *Sonnekus & Neels* 1994 749. Die doel van die vereiste dat die pandnemer voortdurende beheer oor die pandsaak moet uitoefen, stem ooreen met die doel van die vereiste dat die pandsaak gelewer moet word, nl publisiteit en sekuriteit. Sien ook *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442 445; *Standard Bank of SA Ltd v Trust Bank of Africa Ltd* 1968 1 SA 102 T 109.

440 1987 61-62.

441 Vgl hfst 12 9 2 2 6.

aangesien die verlies van beheer as die verlies van die pandreg beskou word. So is daar in *Goosen's Trustees v Goosen*,⁴⁴² waar die saak weer aan die pandgewer oorhandig is met die verstandhouding dat hy dit van die pandnemer huur, beslis dat die pandreg deur die teruggawe van die pandsaak vernietig is. Die reël is egter nie absoluut nie, en kan weêrlê word. In *Executor of Howell v Swain, Hope & Co*⁴⁴³ beslis hoofregter Connor dat waar die pandsaak aan die pandgewer teruggegee word sodat hy dit ten gelde kan maak ten einde die skuld te vereffen, die pandnemer nie sy sekuriteit ten opsigte van die ander-krediteure-verloor-het nie. Eweneens word daar in *Stratford's Trustees v The London and South African Bank*⁴⁴⁴ beslis dat die pandnemer sy voorkeur behou in 'n geval waar die pandsake aan die pandgewer teruggegee is onder 'n kontrak van locatio conductio operis wat stipuleer dat die pandgewer die pandsaak mag beheer onder sodanige omstandighede waaruit die partye se bona fides blyk en wat nie daarop gerig is om krediteure te mislei nie.

Pandreg bestaan ook voort indien die saak teen die wil van die pandnemer uit sy beheer onttrek word.⁴⁴⁵ Die pandnemer kan die saak in so 'n geval met die actio quasi Serviana terugeis van wie ookal in beheer daarvan is.⁴⁴⁶ Voorts kan 'n derde party wat van die pand kennis dra, nie die pandnemer sy regte ontnem nie - selfs nie eens waar die saak aan die pandgewer teruggegee is nie.⁴⁴⁷

Indien die pandnemer vrywillig afstand gedoen het van sy beheer oor die saak, kan die pandreg herleef as hy weer fisiese beheer daarvoor verkry.⁴⁴⁸ Dit wil egter voorkom of dit slegs die geval sal wees indien beheer weer verkry word met die

442 1884 3 EDC 368 387.

443 1877 NLR 16 21.

444 1884 3 EDC 439 452-453.

445 Vgl Scott & Scott 1987 62; Van Jaarsveld ea 1988 794; Silberberg & Schoeman 1992 456. Sien verder *Heydenrich v Saber* 1900 17 SC 73 77; *Dalrymple, Frank & Feinstein v Friedman* 1954 4 SA 642 W 646.

446 Sien Delpont & Olivier 1985 429; Van Jaarsveld ea 1988 794; Sonnekus & Neels 1994 749.

447 Silberberg & Schoeman 1992 456-457. Vgl *Coaton v Alexander* 1879 Buch 17 20; *Cato v Alion & Helps* 1922 NPD 469 471.

448 Vgl *Van de Venter v Moss & Webb* 1884 4 EDC 222 224; *Van Zyl v Oosthuyzen* 1898 CLJ 205; *Colonial Government v Holt & Holt* 1902 19 SC 271 273; *Estate Hunt v De Villiers* 1940 CPD 79 107.

uitdruklike doel dat die pand moet herleef.⁴⁴⁹

Pandreg bestaan ook voort waar fisiese beheer deur 'n verteenwoordiger uitgeoefen word.⁴⁵⁰

12 9 4 Beëindiging van pandreg⁴⁵¹

'n Pandnemer wat vrywillig afstand doen van sy beheer oor die pandsaak verloor sy pandreg ingevolge die *mobilia non habent sequelam-stelreël*.⁴⁵²

In gevalle waarin die pandnemer die pandsaak aan 'n verteenwoordiger oorhandig om namens hom te bewaar, en laasgenoemde dit aan 'n bona fide derde verkoop, verloor die pandnemer sy pandreg.⁴⁵³

'n Pandreg gaan uiteraard tot niet wanneer die pandsaak heeltemal vernietig word,⁴⁵⁴ maar indien 'n deel van die saak behoue sou bly, sal die saaklike reg daarvoor bly voortbestaan.⁴⁵⁵ Dit spruit voort uit die vereiste dat fisiese beheer oor die saak moet voortbestaan ten einde die pandreg te laat voortbestaan: Wanneer die saak vernietig word, kan dit vanselfsprekend nie meer beheer word nie.

449 *Marinus v Taljaard* 1952 1 SA 49 K 53. Vgl ook Lubbe 1983 par 499; Scott & Scott 1987 63 189.
450 *Payn v Yates* 1892 9 SC 494 497; *Louw v Andrews* 1897 14 SC 27 28; *Phillips v Soqaka* 1915 EDL 37 40; *De Wet v Bank van die OVS Bpk* 1968 2 SA 73 O 75. Vgl Delpont & Olivier 1985 429; Van Jaarsveld ea 1988 794.

451 Slegs daardie gevalle waar fisiese beheer relevant is, word onder hierdie punt bespreek. Vir meer volledige uiteensettings sien Lubbe 1983 par 500-502; Scott & Scott 1987 165-190; Van Jaarsveld ea 1988 803-804; Van der Merwe 1989 665-667; Silberberg & Schoeman 1992 444-448 458; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 285-286; Sonnekus & Neels 1994 752.

452 Vgl Lubbe 1983 par 502; Scott & Scott 1987 188; Van Jaarsveld ea 1988 803; Van der Merwe 1989 665-666; Sonnekus & Neels 1994 752. Vgl verder *Mc Ewan's Curators v Maritzburg Corporation* 1885 6 NLR 221 222; *Heydenrych v Fourie* 1896 13 SC 371 373-374; *Heydenrich v Saber* 1900 17 SC 73 77; *Lighter & Co v Edwards* 1907 TS 442 444-445; *Zandberg v Van Zyl* 1910 AD 302 313-314; *Swanepoel v Van Heerden* 1928 AD 15 22; *Edwards v Van Zyl* 1951 2 SA 93 K 98; *Dalrymple, Frank & Feinstein v Friedman* 1954 4 SA 642 W 646-647; *De Wet v Bank van die OVS Bpk* 1968 2 SA 73 O 75.

453 Delpont & Olivier 1985 429; Van Jaarsveld ea 1988 794. Vgl *Lange v Abel* 1906 23 SC 765 769.

454 Scott & Scott 1987 186; Van Jaarsveld ea 1988 803; Silberberg & Schoeman 1992 447; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 286; Sonnekus & Neels 1994 752.

455 Sien *Rosenbuch & Co (Pty) Ltd v Dalmonte* 1964 2 SA 195 N 213.

12 9 5 Samevatting

Dit blyk uit voorgaande bespreking dat fisiese beheer oor die pandsaak 'n baie belangrike rol vervul by die vestiging, voortbestaan en beëindiging van pandreg. In die geval van die vestiging van 'n pandreg kom die saaklike reg eers tot stand wanneer die saak, nadat die ooreenkoms gesluit is, aan die pandnemer gelewer word - hetsy op daadwerklike of op konstruktiewe wyse.⁴⁵⁶ Sonder lewering (waarop fisiese beheer deur óf die pandnemer self óf sy verteenwoordiger implisiet-volg) bestaan daar geen saaklike reg nie en kan daar nie van saaklike sekerheid sprake wees nie. Daar word gevolglik deurgaans vereis dat die fisiese beheer oor die pandsaak wat deur lewering daargestel is, moet voortduur ten einde die pandreg te laat voortbestaan. Met ander woorde, wanneer die fisiese beheer oor die pandsaak wegval, word die pandreg gewoonlik⁴⁵⁷ beëindig. Die verlies van fisiese beheer (óf vrywillig óf as gevolg van die vernietiging van die pandsaak) word derhalwe geag die pandreg te beëindig. Voortdurende fisiese beheer en die voortbestaan van pandreg gaan met ander woorde hand aan hand, en die pandnemer sal, ten einde sy saaklike sekerheid te beskerm en te laat voortbestaan, die pandsaak fisies moet bly beheer tot tyd en wyl die skuld of verpligting wat daardeur verseker is, afgelos is of hy om enige ander rede nie meer die sekuriteit wat die pandreg bied verlang nie.

12 10 Besitlose pandregte

12 10 1 Inleiding

In die Suid-Afrikaanse reg is daar enkele pandregte wat tot stand kom sonder dat die pandsaak aan die krediteur gelewer word. Dit bots met die gebruikelike vorm van pandgewing (vuispand) waar die pandsaak aan die pandhouer gelewer word ten einde sy vordering te verseker en om publisiteit aan sy voorrangreg te gee.

456 Vgl hfst 12 9 2.

457 Vgl hfst 12 9 3 en hfst 12 9 4.

12 10 2 Geregtelike pandregte

Wanneer 'n skuldenaar sonder enige saaklike sekuriteit op grond van 'n uitstaande skuld vonnis teen die skuldenaar verkry, kan hy by nie-voldoening 'n beslagleggingsbevel ter uitvoering daarvan kry.⁴⁵⁸ In die geval van roerende sake is die effek daarvan dieselfde as pand, en as die saak in eksekusie verkoop word, het die vonnisskuldeiser 'n voorkeurreg ter voldoening van die vonnisskuld op die opbrengs van die saak. Die skuldeiser verkry dus op geen tydstip persoonlik beheer van die saak nie, maar nadat daar beslag op gelê is, het dit dieselfde gevolge as 'n gewone pand. Dit is belangrik om daarop te let dat die krediteur se geregtelike pandreg eers gevestig word ná beslaglegging. Beheer van die saak, wat ná beslaglegging oorgaan in die hande van die geregsbode of balju, is met ander woorde van deurslaggewende belang vir die verkryging van saaklike sekerheid.

12 10 3 Statutêre fiktiewe pandregte

Kragtens die Koöperasiewet⁴⁵⁹ en die Landbankwet⁴⁶⁰ verkry die betrokke instansies 'n statutêre fiktiewe pandreg ten aansien van bepaalde roerende sake alhoewel dit nie aan hulle gelewer is nie en daar hoegenaamd geen sprake is van fisiese beheer ten aansien van die betrokke sake nie.⁴⁶¹

458 Vgl Delpont & Olivier 1985 481; Scott & Scott 1987 100; Van der Merwe 1989 708-709; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 288. Sien ook *Schoeman NO v Aberdeen Trading Co (Pty) Ltd* 1955 1 SA 100 K; *Nedbank Ltd v Norton* 1987 3 SA 619 N.

459 91 van 1981.

460 13 van 1944.

461 Vgl Scott & Scott 1987 70 108-109; Van der Merwe 1989 697; Silberberg & Schoeman 1992 472-473; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 289. Sien ook *Heenop v Magaliesburgse Koringkoöperasie Bpk* 1962 4 SA 97 T; *Land & Agricultural Bank of South Africa v Sentraal Westelike Koöperatiewe Maatskappy Bpk* 1979 2 SA 346 N; *Lesedi Secondary Agricultural Co-operative Ltd v Vaalharts Agricultural Co-operative* 1993 1 SA 695 NK.

12 10 4 *Notariële verbande: Voor die inwerkingtreding van die Wet op Sekerheidstelling deur middel van Roerende Goed 57 van 1993*

Kragtens artikel 102 van die Registrasie van Aktes Wet⁴⁶² kan notariële verbande oor roerende goed (in die algemeen of in die besonder) geregistreer word.⁴⁶³ Na registrasie dien dit as sekerheidsvoorwerp alhoewel lewering nie plaasgevind het nie. Indien die notariële verband oor roerende goed in die algemeen geregistreer is, verkry die verbandhouer na lewering dieselfde regte by eksekusie en insolvensie as 'n pandhouer.⁴⁶⁴ Indien daar egter nie lewering plaasgevind het nie, het hy maar weinig sekuriteit.⁴⁶⁵ Sover dit 'n notariële verband oor roerende goed in die besonder betref, word die verbandhouer ingevolge artikels 89 en 106 van die Insolvensiewet⁴⁶⁶ vir doeleindes van eksekusie of insolvensie ook as 'n versekerde skuldeiser beskou indien lewering wel plaasgevind het, terwyl hy nie veel sekuriteit het as die goed nie gelewer is nie.⁴⁶⁷

In *Cooper v Die Meester*⁴⁶⁸ is beslis dat die verbandreghebbende ingevolge 'n notariële verband geen voorrang by insolvensie verkry indien die verbandobjekte nie onder beheer⁴⁶⁹ van die verbandhouer gebring is nie. Perfektering is dus noodsaaklik, maar kan slegs geskied indien die reg daartoe in die verbandakte beding is. Lewering van die roerende goed soos vermeld in die notariële verband kan dus net

462 47 van 1937.

463 Vgl Scott & Scott 1987 66-67; Van der Merwe 1989 667; Silberberg & Schoeman 1992 452-453; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 280.

464 Vgl Delpont & Olivier 1985 457; Scott & Scott 1987 67-68; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 281. Sien ook *SAPDC (Trading) Ltd v Immelman* 1989 3 SA 506 W; *Eerste Nasionale Bank van SA Bpk v Schulenburg* 1992 2 SA 827 T.

465 Vgl Delpont & Olivier 1985 457; Scott & Scott 1987 68-69; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 281. Vgl ook *Nedbank Ltd v Norton* 1987 3 SA 619 N.

466 24 van 1936.

467 Behalwe as dit in Natal volgens art 1(1) en 2 van die Wet op Notariële Verbande (Natal) 18 van 1932 geregistreer was in welke geval die notariële verbandhouer selfs sonder lewering as pandhouer beskou is en gevolglik oor saaklike sekerheid beskik het. Vgl Delpont & Olivier 1985 457; Scott & Scott 1987 69-70; Van der Merwe 1989 669-673; Silberberg & Schoeman 1992 453; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 281; Sonnekus & Neels 1994 755-756. Sien ook *Vrede Koöp Landboumaatskappy Bpk v Uys* 1964 2 SA 283 O; *Cooper v Die Meester* 1992 3 SA 60 A; *Sentraalwes (Koöp) BPK v Die Meester* 1992 3 SA 86 A.

468 1992 3 SA 60 A.

469 Vgl Roos 1995 SALJ 169 173-176 oor die aard van die beheer wat die die notariële verbandhouer uitgeoefen kan word.

plaasvind indien die notariële verbandhouer vir homself in die verbandakte die reg beding het ('n sogenaamde perfekteringsklousule) om sy reg in 'n pandreg te omskep deur lewering van die saak aan hom nadat hy 'n bevel in dier voege by die hof aangevra het.⁴⁷⁰ Die hof het egter 'n diskresie⁴⁷¹ en dit het tot gevolg dat hierdie perfekteringsklousule geen waarborg vir die notariële verbandreghebbende bied dat hy sy posisie na wense in dié van 'n pandreghebbende kan omskep nie.⁴⁷²

12 10 5 *Wet op Sekerheidstelling deur middel van Roerende Goed 57 van 1993*

Na die uitspraak in die *Cooper*-saak het die wetgewer bogenoemde wet uitgevaardig wat op 7 Mei 1993 in werking getree het ten einde te probeer om die onsekerheid wat hierdie saak tot gevolg gehad het, uit die weg te ruim.

Artikel 1 1(b) van hierdie wet bepaal dat indien 'n notariële verband waarby liggaamlike roerende goed wat in die verbandakte gespesifiseer en beskryf word op 'n wyse wat dit gereedelik kenbaar maak, verhipotekeer word, na die inwerkingtreding van die wet ooreenkomstig die Registrasie van Aktes Wet geregistreer word, word sodanige goed nieteenstaande die feit dat dit nie aan die verbandhouer gelewer is nie, geag net so daadwerklik aan die verbandhouer verpand te wees asof dit uitdruklik aan die verbandhouer verpand en gelewer is.

Die wet skep dus 'n vorm van sekerheidstelling ten opsigte van roerende goed waarvoor lewering nie nodig is nie, maar wat dieselfde krag as pandgewing het.⁴⁷³ Alhoewel daar klaarblyklik 'n behoefte aan so 'n vorm van sekerheid in die handelsverkeer bestaan, is dit interessant dat die wetgewer dit tog nog goedgevind het om te meld dat die betrokke sake, nieteenstaande die feit dat dit nie gelewer is nie,

470 Van der Merwe 1989 670-671; Sonnekus 1993 *TSAR* 110 114; Sonnekus & Neels 1994 755; Roos 1995 *SALJ* 169 ("Securities held in terms of a general notarial bond are 'perfected' - that is, completed - when the creditor takes possession of the movable assets which serve as security for the repayment of a debt in terms of the notarial bond concerned."). Vgl ook *Barclays National Bank Ltd v Natal Fire Extinguishers Manufacturing Co (Pty) Ltd* 1982 4 SA 650 D; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Affinity (Pty) Ltd* 1983 1 SA 79 K.

471 Sien Sonnekus 1993 *TSAR* 110 115; Roos 1995 *SALJ* 169 178-179.

472 Vgl Sonnekus 1993 *TSAR* 110 114-115; Sonnekus & Neels 1994 755.

473 Van der Walt, Pienaar & Louw 1994 *THRHR* 614 619.

"geag word verpand te wees asof dit uitdruklik ... verpand en gelewer is".

Ander notariële verbande word nie deur die bepalings van die wet geraak nie en is dus nog steeds moontlik. Hulle stel egter geen saaklike sekerheid daar nie.

12 10 6 Samevatting

Dit volg uit voorgaande bespreking dat dit in sommige gevalle moontlik is dat 'n pandreg tot stand kom sonder dat die pandsaak aan die krediteur gelewer word. Die fiktiewe statutêre pandregte wat deur die wetgewer geskep is, is 'n belangrike voorbeeld hiervan. Die publisiteitsbeginsel, wat van groot belang is, word heeltemal genegeer, en kan ernstige gevolge hê:

Myns insiens is die grondslag van geregverdigde voorrangregte in die publisiteitsbeginsel geleë. Enige poging om voorrang te bekom met 'n totale negering van die publisiteitsbeginsel maak inbreuk op die grondbeginsel van sekerheidstelling én ondergraaf die hele insolvensiereg - dit lei tot die bankrotenskap van die insolvensieregnorme wat op sy beurt die hele kredietgemeenskap op 'n erg hellende vlak plaas met aanwysbaar angswekkende gevolge.⁴⁷⁴

Kragtens die Wet op Sekerheidstelling deur middel van Roerende Goed is dit nou ook vir die verbandhouer moontlik om in bepaalde omstandighede 'n pandreg te verkry ten aansien van roerende goed wat nie aan hom gelewer is nie, maar wat geag word verpand en gelewer te wees. Hierdeur word nog 'n besitlose pandreg geskep. Hierbo is reeds daarop gewys dat die wetgewer klaarblyklik nog steeds waarde heg aan die leweringsvereiste vir die daarstelling van 'n pandreg, al is dit dan ook net 'n gewaande lewering. Dit is interessant dat hierdie vereiste skynbaar as so 'n inherente deel van die gewone pandreg beskou word dat dit op so 'n wyse in die wet opgeneem is.

474 Sonnekus 1993 *TSAR* 110 111 en 117-120 waar die publisiteitsvereiste volledig bepreek word.

In gevalle waar hierdie en ander gemelde wette nie uitdruklik 'n besitlose pand skep nie, is daar in die afwesigheid van lewering geen saaklike sekerheid nie.

12 11 Slotopmerkings

Met verwysing na die aard en funksies van fisiese beheer met betrekking tot die verkryging, behoud, beskerming en verlies van eiendomsreg in die Suid-Afrikaanse reg kan daar samevattend enkele opmerkings gemaak word:--

In die geval van die verkryging van eiendomsreg op oorspronklike wyses, word fisiese beheer besonder wyd omskryf. Daar word deurgaans vereis dat die beheer effektief moet wees en dit blyk dat die funksie daarvan publisiteit is. Uit die bespreking van die afgeleide wyses waarop eiendomsreg verkry kan word, volg dit ook dat fisiese beheer te alle tye effektief moet wees en dat die publisiteitsfunksie weer eens voorop staan. Die gevolgtrekking wat gemaak kan word uit die bondige bespreking van die beskerming van eiendomsreg, is dat die vereistes wat in hierdie geval vir fisiese beheer gestel word, nie so streng is nie. Daar word net vereis dat die persoon van wie die betrokke saak teruggeëis word sodanige beheer daarvan moet hê dat hy dit kan teruggee. Die funksie van fisiese beheer is in gevalle van hierdie aard suiwer funksioneel. Met betrekking tot die rol van fisiese beheer by die verlies en beëindiging van eiendomsreg, is dit interessant om daarop te let dat die verlies van fisiese beheer nie altyd noodwendig dui op die verlies of beëindiging van eiendomsreg nie. Die funksie van fisiese beheer (of dan die gebrek daaraan) is hier publisiteit: Die feit dat 'n persoon nie meer fisiese beheer ten aansien van 'n spesifieke saak uitoefen nie, sal gewoonlik daarop dui dat dit beëindig is of verlore gegaan het.

Uit die bespreking van die verkryging, behoud, beskerming en beëindiging van besit en houerkap blyk dit eerstens dat in die geval van verkryging dit deurgaans as vereiste gestel word dat die fisiese beheer effektief moet wees. Daar word streng by die vereiste gehou en die funksie daarvan is vanselfsprekend publisiteit. Tweedens kan daar opgemerk word dat die vereistes wat vir fisiese beheer gestel word strenger is vir doeleindes van die behoud van besit en houerkap as vir die behoud van

eiendomsreg. Die verlies van fisiese beheer dui gewoonlik op die beëindiging van besit en houerskap, maar nie noodwendig van eiendomsreg nie. Die funksie van fisiese beheer in hierdie geval is ook publisiteit. Met betrekking tot die beskerming van besit en houerskap kan daar derdens opgemerk word dat daar net vereis word dat die persoon wat op die spoliatiebevel aanspraak maak vreedsame en ongestoorde beheer van die saak moes gehad het. Hierdie beheer hoef nie eksklusief, omvattend, deurlopend of persoonlik te gewees het nie. Daar word slegs vereis dat dit volgens die heersende verkeersmaatstawwe objektief waarneembaar moes gewees het. Die funksie van beheer kan in gevalle van dié aard ook as publisiteit beskou word.

Fisiese beheer vervul 'n uiters belangrike rol by die vestiging, voortbestaan en beëindiging van pandreg. Die pandhouer se saaklike reg kom eers tot stand wanneer die saak gelewer is (hetsy daadwerklik of konstruktief) en hy óf persoonlik óf deur middel van 'n verteenwoordiger daadwerklike fisiese beheer ten aansien van die pandsaak verkry. Sonder lewering en die daaropvolgende effektiewe fisiese beheer is daar geen sprake van saaklike sekerheid nie. Vir die voortbestaan van die pandreg word daar gevolglik vereis dat fisiese beheer moet voortbestaan. Die pandreg word met ander woorde beëindig wanneer die pandhouer ophou om fisiese beheer oor die saak uit te oefen. In die geval van pandreg het fisiese beheer twee belangrike funksies, naamlik eerstens publisiteit en tweedens sekuriteit.

Met verwysing na besitlose pandregte kan kortliks opgemerk word dat alhoewel dit moontlik is dat 'n skuldeiser 'n pandreg kan kry sonder dat die pandsaak aan hom gelewer is en hy fisiese beheer daarvoor uitoefen, dit oënskynlik nog steeds belangrik geag word, en dat dit waarskynlik die rede is vir die bepaling in die Wet op Sekerheidstelling van Roerende Goed dat die pandsaak ten spyte daarvan dat dit nie gelewer is nie wel geag word verpand en gelewer te wees. Lewering en die effektiewe fisiese beheer wat daaruit voortspruit speel dus nog 'n belangrike rol in die geval van saaklike sekerheid. Soos hierbo gemeld, kom daar in die afwesigheid van uitdruklike wetgewende bepalings of lewering geen saaklike sekerheid tot stand nie.

HOOFSTUK 13: VERKEERSMAATSTAWWE

13 1 Inleiding

Dit blyk uit die vorige hoofstuk dat bepaalde stelle verkeersmaatstawwe ten aansien van sekere klasse sake reeds in die Suid-Afrikaanse reg uitgekristalliseer het en dat dit van groot hulp kan wees ten einde te bepaal of daar in bepaalde gevalle voldoende fisiese beheer al dan nie vir spesifieke doeleindes is. Verkeersmaatstawwe dui op die normale gewoontes of gebruike met betrekking tot die fisiese beheer van sekere soorte sake soos erken en aanvaar deur 'n spesifieke groep persone op 'n bepaalde tyd en in 'n bepaalde omgewing wat in ag geneem moet word wanneer die aan- of afwesigheid van fisiese beheer daarvoor ter sprake is.¹ Wanneer daar dus vasgestel moet word of 'n saak in 'n bepaalde geval fisies beheer word, word die relevante uitgekristalliseerde verkeersmaatstawwe daarop toegepas en kan daar gevolglik redelik maklik tot 'n beslissing geraak word. In gevalle waarvoor daar geen sodanige verkeersmaatstawwe bestaan nie, sal die hof al die omringende omstandighede ab initio in aanmerking moet neem en 'n beslissing sal derhalwe meer tyd en moeite verg.

Verkeersmaatstawwe word duidelik in die volgende gevalle onderskei: Wilde diere, voëls en visse; motorvoertuie; skeepswrakke; geboue; plase en grondstukke.

13 2 Wilde diere, voëls en visse

13 2 1 Inleiding

Die algemene beginsels in verband met die vereistes vir die vestiging en behoud van fisiese beheer oor wilde diere, voëls en visse is met inagneming van die omstandighede en die aard van die dier/e in elke spesifieke geval reeds in verskeie hofsake geformuleer.

1 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 175.

13 2 2 Vestiging van fisiese beheer

Met betrekking tot die vestiging van fisiese beheer oor 'n verwonde dier, hang dit in 'n groot mate van die erns van die wond af of die blote verwonding as genoegsaam beskou sal word om beheer oor die spesifieke dier daar te stel. Indien die dier dodelik gekwes is, sal die jagter fisiese beheer oor die dier verkry - selfs in 'n geval waar 'n derde die eerste is om daadwerklike fisiese beheer oor die dier te vestig.² In *Langley v Miller*³ is beslis dat waar 'n vis so dodelik gekwes is dat hy nie meer sou kon ontsnap van die persoon wat die wond toegedien het nie, hy die visvanger toekom selfs al sou 'n derde dan ook behulpsaam wees by die uiteindelijke daadwerklike vangs van die vis.⁴ Indien die moontlikheid egter bestaan dat die vis sou ontsnap het sonder sodanige hulpverlening, is die persoon wat die hulp verleen het op 'n pro rata-gedeelte van die vis geregtig. Daarenteen het die hof in *R v Mafohla*⁵ beslis dat blote verwonding van so 'n aard dat die dier nog kan ontsnap, nie fisiese beheer oor 'n dier vestig nie al het die jagter ook later die bloedspoor van die verwonde dier gevolg ten einde hom te probeer opspoor. Die dier het uiteindelik die eiendom geword van die persoon wat daarop afgekóm het en daadwerklike fisiese beheer daarvoor gevestig het.⁶ Laasgenoemde het met ander woorde eiendomsreg van die karkas verkry deur middel van toe-eiening van 'n res nullius.⁷

Met betrekking tot die vestiging van fisiese beheer is daar in *Richter v Du Plooy*⁸ beslis dat waar bokke daarin geslaag om buite die omheining wat vir hulle opgerig is, te kom, die eiser nie beheer oor die diere wat ontsnap het, uitgeoefen het nie

2 Sonnekus & Neels 1994 290.

3 1848 3 Menz 584 588.

4 Vgl Maasdorp 1976 32-33; Carey Miller 1986 2.

5 1958 2 SA 373 SR 374.

6 Vgl Carey Miller 1986 2; Van der Merwe 1989 219; Silberberg & Schoeman 1992 115.

7 Vgl *R v Mafohla* 1958 2 SA 373 SR 374; Van der Merwe & Rabie 1974 *THRHR* 38.

8 1921 OPD 117 119: "Well, then, the place of confinement in the present case does not constitute such a circumscribed and recognised home as would translate him into an animal *mansuefactum*," en: "All that is affirmed here is that the confinement of these animals (having regard at once to the nature of the animal, the extent of the enclosure, the object of preserving the animals and the extent of their susceptibility to the control and management of man) is not sufficient to take them out of the category of wild animals." Sien Van der Merwe & Rabie 1974 *THRHR* 38 42.

aangesien die omheining nie voldoende was om die diere deur middel van toe-eiening in eiendomsreg aan die eiser te laat toekom nie. Fisiese beheer is met ander woorde nie effektief gevestig nie.

Die posisie met betrekking tot wild wat vir kommersiële of jagdoeleindes aangehou word, is egter aansienlik gewysig deur die Wet op Wilddiefstal.⁹ Volgens Sonnekus en Neels¹⁰ val die klem nou eerder op 'n afgewaterde weergawe van die gemeenregtelike vryheidsberowingsgedagte: Eiendomsreg van wild word nou verkry deur inperking van die wild se bewegingsvryheid deur middel van behoorlike omheining. Alhoewel dit 'n mate van beperking op die wild se bewegingsvryheid plaas, dui dit nie noodwendig daarop dat die eienaar van die omheinde gebied die wild feitelik beheer nie.¹¹

13 2 3 *Behoud van fisiese beheer*

*Lamont v Heyns*¹² het gehandel oor die behoud van fisiese beheer en nie soseer oor die vestiging daarvan nie. In hierdie saak beslis regter-president Tindall dat die beheer wat oor die blesbokke uitgeoefen is, effektief was: Die kamp waarin hulle aangehou is, is spesiaal vir hulle ingerig en hulle kon nie daaruit ontsnap nie. Die bokke is ook gereeld deur die eiser getel en hulle het hom geken. Die beheer wat in hierdie geval deur die eiser uitgeoefen is, was dus sodanig dat hy as die eienaar van die bokke beskou kon word. Daar kan gevolglik afgelei word dat indien die beheer effektief is, met ander woorde as die diere nie kan ontsnap uit die omheining of hok wat daar vir hulle gemaak is ten einde voortdurende kontrole oor hulle uit te oefen nie, fisiese beheer geag word behoue te bly. Daadwerklike fisiese kontak of kontrole is gevolglik nie noodsaaklik nie aangesien grensdrade as voldoende gereken kan word.¹³ Die

9 105 van 1991.

10 1994 292.

11 Vgl Sonnekus & Neels 1994 292.

12 1938 TPD 23. Vgl Van der Merwe & Rabie 1974 *THRHR* 38 42.

13 Vgl Van der Merwe & Rabie 1974 *THRHR* 38 41 wat daarop wys dat die feit dat diere in kampe of privaatwoude aangehou word, reeds in die Romeins-Hollandse reg as voldoende fisiese beheer beskou is om vir eiendomsreg te kwalifiseer; Silberberg & Schoeman 1992 115; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 174. Sien ook *Richter v Du Plooy* 1921 OPD 117 118-119; *Lamont v Heyns* 1938 TPD 23 24-26.

tipe heining wat om plase of kampe opgerig word, is gevolglik van deurslaggewende belang ten einde te bepaal of 'n spesifieke soort of hoeveelheid diere fisies doeltreffend daardeur beheer word. Elke geval sal derhalwe individueel beoordeel word, en indien voëls byvoorbeeld sou kon wegvlieg uit 'n hok uit of die diere onder 'n draad sou kon deurgrawe, sal die beheer oor hulle nie as genoegsaam gereken word nie.¹⁴

Ingevolge artikel 2(1) van die Wet op Wilddiefstal verloor die eienaar van wild wat op 'n grondstuk wat in ooreenstemming met die voorskrifte van artikel 2(2) omhein is of wat in 'n hok, kraal of voertuig op die grondstuk aangehou is, nie eiendomsreg van die wild indien dit daarvandaan sou ontsnap of sonder die eienaar se toestemming verwyder sou word nie.¹⁵ Vir die behoud van eiendomsreg van sulke wild is die voortdurende uitoefening van daadwerklike fisiese beheer dus nie meer noodsaaklik nie. Mits die plek waar die wild aangehou is voordat dit ontsnap het of sonder toestemming verwyder is voldoende was vir aanvanklike vestiging van eiendomsreg, bly eiendomsreg behoue. Eiendomsreg van die wild bly behoue ongeag daarvan of dit nog in die eienaar se beheersfeer is en of die saak nie moontlik reeds effektief deur 'n ander beheer word nie. Die verlies van daadwerklike beheer het met ander woorde nie die verlies van eiendomsreg tot gevolg nie. In die lig hiervan wil dit voorkom of eiendomsreg van die wild dan byvoorbeeld net tot niet sal gaan indien die eienaar dit sou vervreem of as dit sou vrek.

13 2 4 Samevatting

Met betrekking tot die vestiging en behoud van wilde diere, voëls en visse (uitgesonderd dié wat deur die Wet op Wilddiefstal geraak word) kan daar samevattend gesê word dat die afleiding oënskynlik tereg uit die gewysdes gemaak kan word dat die belangrikste punt wat telkens weer na vore tree, die feit is dat sodanige beheer effektief moet wees. Indien dit enigsins sou blyk dat die wilde diere, voëls of visse nog steeds in staat is om te ontsnap, kan daar nie op aanspraak

14 Sien Van der Merwe & Rabie 1974 *THRHR* 38 42.

15 Vgl Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 86; Sonnekus & Neels 1994 292.

gemaak word dat beheer óf gevestig is óf voortbestaan nie.

Daar kan voorts na aanleiding van voorgaande bespreking gesê word dat die inwerkingtreding van die Wet op Wilddiefstal 'n duidelike verandering in die gemeenregtelike posisie ingevoer het. Eiendomsverkryging van wild wat vir kommersiële of jagdoeleindes aangehou word, is nou eerder afhanklik van die relatiewe bewegingsbeperking van die wild wat deur behoorlike omheining teweeggebring word as van daadwerklike beheerverkryging deur die eienaar van die grond.¹⁶ Vervolgens is die behoud van eiendomsreg ten aansien van sulke diere ook nie meer afhanklik van die voortbestaan van effektiewe beheer nie, maar bly dit behoue selfs indien die wild sou ontsnap of sonder die eienaar se toestemming verwyder sou word.¹⁷ Die inwerkingtreding van hierdie wet het belangrike veranderinge teweeggebring wat deur handelsgebruike genoodsaak is. Die heersende verkeersmaatstawwe met betrekking tot die verkryging, behoud en verlies van eiendomsreg van wild is radikaal verander deur middel van 'n statutêre ingreep. Daar kan egter gesê word dat hierdie verandering aan 'n behoefte van die gemeenskap voldoen het en dat dit inderdaad strook met die algemene gevoel van die gemeenskap wat daardeur gedien word.

13 3 Motorvoertuie

13 3 1 Inleiding

Die vraag oor wat nou eintlik fisiese beheer oor 'n motorvoertuig vestig en wat vereis word om hierdie fisiese beheer te laat voortduur, is een wat reeds dikwels in die Suid-Afrikaanse howe ter sprake gekom het, en aangesien motorvoertuie so 'n belangrike rol in die Suid-Afrikaanse gemeenskap speel, is dit duidelik dat dit van groot belang is om duidelikheid oor die aangeleentheid te kry.

16 Vgl Sonnekus & Neels 1994 292.

17 Art 2(1).

13 3 2 Vestiging van fisiese beheer

Effektiewe fisiese beheer oor motorvoertuie word gewoonlik geag gevestig te word deur die oorhandiging van die voertuig se sleutels aangesien die sleutel die ontvanger in staat stel om fisiese beheer oor die motor uit te oefen.¹⁸

Daar is reeds in verskeie hofsake beslis dat die oorhandiging van 'n motor se registrasiedokumente¹⁹ of selfs die feit dat 'n voertuig in 'n bepaalde persoon se naam geregistreer word,²⁰ nie noodwendig beteken dat eiendomsreg of fisiese beheer daarvan oorgedra word nie. In *S v Buitendag*²¹ beslis regter Nestadt dat die oorhandiging van 'n voertuig se registrasiesertifikaat nie as simboliese lewering beskou kan word nie aangesien registrasie van 'n voertuig in 'n persoon se naam nie met die gemeenregtelike opvatting van eiendomsreg verwar moet word nie. Oordrag van die dokumente dui nie op die oordrag van fisiese beheer nie. Die dokumente gee nie aan die ontvanger daarvan dieselfde fisiese beheer oor die voertuig as wat hy sou verkry het indien die sleutels aan hom oorhandig sou gewees het nie.

13 3 3 Behoud van fisiese beheer

Die persoon wat die sleutels in sy beheer het, se beheer word ook geag voort te duur solank as wat hy dit behou.²² Alhoewel dit in die algemeen voldoende is om effektiewe beheer daar te stel, word die effektiwiteit van die beheer wel deur die bestaan van duplikaatsleutels wat deur 'n ander beheer word, beïnvloed aangesien dit sou beteken dat die persoon wat op beheer aanspraak maak nie die ander persoon

18 Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 116; Sonnekus & Neels 1994 129. Sien ook *Heydenrich v Saber* 1900 17 SC 73 76-77: "The key is in one sense symbolical, but it is more than that, for it is the means by which the pledgee (transferee) is enabled to have access to and retain control of the goods." Sien Schlemmer 1991 TSAR 414 ev ivm die probleem rondom die verkryging van eiendomsreg van gesteelde motors.

19 *Bold v Cooper* 1949 1 SA 1195 W 1200-1201.

20 *S v Levitt* 1976 3 SA 476 A 482; *Nkosana v Rondalia Assurance Corporation of South Africa* 1976 4 SA 67 T 69.

21 1980 2 SA 152 T 154-155.

22 Vgl Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 116.

van die saak sou kon uitsluit nie.²³

13 3 4 Samevatting

Uit voorgaande uiteensetting van die vestiging en behoud van fisiese beheer oor motorvoertuie, volg dit dat die deurslaggewende faktor ten einde te bepaal of fisiese beheer inderdaad gevestig is - of dan, na gelang die geval, voortbestaan - telkens is of die persoon wat daarop aanspraak maak dat hy fisiese beheer oor die voertuig gevestig het of dat die fisiese beheer wat hy oor die voertuig gevestig het, voortbestaan, die motor doeltreffend beheer, met ander woorde, of hy die betrokke voertuig werklik fisies beheer. Indien sy beheer effektief is, dit wil sê sodanig dat hy na wense met die saak kan handel soos en wanneer hy wil, sal sy eiendomsreg ten aansien van die voertuig geag word gevestig te wees en inderdaad voortbestaan.

13 4 Skeepswrakke

13 4 1 Inleiding

Volgens Carey Miller²⁴ is die Romeins-Hollandse gemene reg in Suid-Afrika op skeepswrakke van toepassing tensy dit uitdruklik deur wetgewing vervang is. Hiervolgens word die vraag met verwysing na eiendomsreg dus deur die gemene reg bepaal. Van der Merwe,²⁵ daarenteen, is van mening dat die hele aangeleentheid rakende wrakstukke volledig deur Suid-Afrikaanse wetgewing gereël word. Met verwysing na die beslissing in *Reck v Mills*²⁶ wys Booysen²⁷ egter daarop dat die hele aangeleentheid van die berging van skeepswrakke in werklikheid eerder deur die Wet op die Reëling van Admiraliteitsjurisdiksie²⁸ en die Handelskeepvaartwet²⁹

23 Sien Van der Merwe 1989 99; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 175. Vgl ook *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 239 waarvolgens 'n persoon wat effektiewe beheer tav 'n bepaalde saak het derdes daarvan moet kan uitsluit; *Shaw v Hendry* 1927 CPD 357.
24 1986 7. Sien verder Sonnekus 1989 TSAR 720 722.
25 1989 227.
26 1990 1 SA 751 A.
27 1990 THRHR 595 596 ev.
28 105 van 1983.
29 57 van 1951.

gereël moes gewees het.

13 4 2 Vestiging van fisiese beheer

In *Underwater Construction & Salvage Co v Bell*³⁰ is beslis dat daar minstens 'n manifestasie van die feit van beheername vereis word en dat die blote sien van 'n saak nie genoegsaam is om fisiese beheer te vestig nie: Een of ander daadwerklike inbeheername is nodig om die feit te publiseer dat beheer oor die saak gevestig is.³¹ In hierdie saak is aanvaar dat die feit dat die skroeflemme van die res van die wrak geskei is, dit moontlik gemaak het om eiendomsreg ten aansien daarvan te vestig.³²

In *Mills v Reck*³³ beslis die hof egter met verwysing na Von Savigny se omskrywing van fisiese beheer³⁴ dat die aanbring van 'n tou met 'n boei aan 'n groot kondensator nie die vereiste fisiese beheer oor die betrokke kondensator kon vestig nie. Dit dui dus daarop dat daar hier van daadwerklike fisiese beheer sprake is en nie net van simboliese beheer nie. Die aanspraakmaker moet met ander woorde die saak feitelik beheer ter uitsluiting van enige derde alvorens die hof sal aanvaar dat hy inderdaad in beheer van die saak is. Sonnekus³⁵ wys daarop dat die applikant nie die saak beheer het nie. In die lig daarvan dat daar voor afskeiding van die lemme nog geen selfstandige saak bestaan het nie, was dit nie moontlik om die nodige wil ten opsigte van daardie saak te vestig nie.

30 1968 4 SA 190 K 192.

31 Vgl Van der Merwe 1989 100; Silberberg & Schoeman 1992 115; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 174; Sonnekus & Neels 1994 297.

32 192: "While on the one hand it is not sufficient if there is a mere 'seeing' of the thing claimed, ownership is acquired as soon as there is a seizure with the intention of becoming owner," en "There was a seizure - a taking into possession - as soon as they were forced apart from the wreck, and this having been done with the intention of acquiring ownership rendered plaintiff the owner thereof." Vgl *Mills v Reck* 1988 3 SA 92 K 95. Sien ook Lewis 1988 BL 16; Sonnekus 1989 TSAR 720 724.

33 1990 1 SA 751 A 759.

34 *Possession* 1848 (vert Perry) 142: "The *factum* must be such as to place the person who desires to obtain possession in a position which shall enable him, and him only, to deal with the subject at pleasure; that is, to exercise ownership over it," en 147: "...viz, the physical power of dealing with the subject immediately, and of excluding any foreign agency over it... This physical power, therefore, is the *factum* which must exist in every acquisition of possession..."

35 1989 TSAR 720 726.

13 4 3 *Behoud van fisiese beheer*

Met verwysing na die behoud van fisiese beheer, is daar in *Underwater Construction & Salvage Co Ltd v Bell*³⁶ beslis dat eiendomsreg wat deur middel van toe-eiening van 'n res nullius gevestig is, nie verlore gaan indien die eienaar nalaat om die fisiese beheer daadwerklik vol te hou nie. Dit is derhalwe nie noodsaaklik dat fisiese beheer deurentyd uitgeoefen moet word ten einde eiendomsreg te laat voortbestaan nie. Die fisiese beheervereiste wat gestel word vir die vestiging van eiendomsreg is dus strenger as vir die behoud daarvan.

13 4 4 *Samevatting*

Die vestiging van fisiese beheer ten aansien van wrakke of wrakstukke word in die Suid-Afrikaanse reg deur die beginsels beheer wat van toepassing is op toe-eiening as wyse van oorspronklike eiendomsverkryging.³⁷ Die saak (in hierdie geval die wrak of wrakstuk) moet gevolglik daadwerklik in beheer geneem word ter uitsluiting van derdes en mits dit duidelik blyk dat beheer voortduur en dat die persoon wat beheer gevestig het die bedoeling en die vermoë het om dit te laat voortduur sonder verwysing na derdes, word die fisiese beheer geag voort te bestaan.³⁸

13 5 **Geboue**

13 5 1 *Inleiding*

Ook met betrekking tot geboue - voltooid sowel as onvoltooid - het daar reeds in die praktyk duidelike reëls uitgekristalliseer wat dien om die bepaling van die vestiging en behoud van fisiese beheer ten aansien daarvan te vergemaklik.

36 1968 4 SA 190 K 192: "Ownership, once acquired, cannot be lost by a failure to remain in physical possession."

37 Dit is die uitgangspunt van die howe, maar vgl die standpunt van Booysen in hfst 13 4 1.

38 Vgl Sonnekus 1989 TSAR 720 729: "(D)ie persoon in beheer van 'n saak (sou) daardie een wees wat op 'n oorwig van waarskynlikhede in staat sal wees om sy beheerswil ten aansien van die saak deur te sit met uitsluiting van derdes danksy die feit dat die saak in sy effektiewe beheersfeer is."

13 5 2 Vestiging van fisiese beheer

Dit kan as algemene uitgangspunt gestel word dat effektiewe beheer van die sleutels van 'n voltooide gebou as voldoende geag word om fisiese beheer oor die betrokke gebou te vestig en behou.³⁹ Indien 'n onvoltooide gebou reeds so 'n mate van voltooiing bereik het dat die deure gesluit kan word, sal die verkryging van die sleutels as vestiging van effektiewe fisiese beheer oor die onvoltooide gebou beskou word.⁴⁰

Dit is egter moeiliker om te bepaal wat inderdaad fisiese beheer of okkupasie van 'n onvoltooide of gedeeltelik voltooide gebou daarstel.⁴¹ In *Mulder v The Divisional Council of Port Alfred*⁴² beslis die hof dat fisiese beheer gevestig word wanneer 'n persoon op 'n onbeboude erf begin bou.

13 5 3 Behoud van fisiese beheer

Fisiese beheer oor 'n voltooide gebou word geag uitgeoefen te word deur die persoon wat die sleutels van die gebou beheer. Die bestaan van duplikaatsleutels kompliseer egter die posisie, en sal gewoonlik daarop dui dat die gebou nie effektief uitsluitlik deur 'n spesifieke persoon beheer word nie.⁴³ Indien daar nie eksklusiewe beheer oor die sleutels van die huis bestaan nie, sal daar dus twyfel wees oor die bestaan van effektiewe fisiese beheer: In *Shaw v Hendry*⁴⁴ het die applikant een van die sleutels aan 'n veiligheids wag afgestaan en daar is gevolglik beslis dat hy nie effektiewe beheer

39 Sien Carey Miller 1986 145; Van der Merwe 1989 99; Silberberg & Schoeman 1992 117; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 175. Vgl ook in dié verband *Mulder v The Divisional Council of Prince Albert* 1886 4 SC 139 143 waar die hof beslis dat wanneer 'n persoon sy huis sluit en dit verlaat nadat hy dit bewoon het, hy sowel die bedoeling as die geleentheid en vermoë het om daarheen terug te keer. Vgl in hierdie verband ook *De Beer v Firs Investment Ltd* 1980 3 SA 1087 W 1090 1091; *Ness v Greef* 1985 4 SA 641 K 642 647.

40 Vgl *Scholtz v Faifer* 1910 TPD 243 247: "When the house has advanced so far towards completion that the doors are placed in position it may be locked up, and possession of the key would be equivalent to possession of the building." Sien ook *Beetge v Drenka Investments (Isando) (Pty) Ltd* 1964 4 SA 62 W 69.

41 *Scholtz v Faifer* 1910 TPD 243 247: "It is not easy to define what constitutes physical control or occupation of an unfinished and partly completed building."

42 1886 4 SC 139 142.

43 Vgl Van der Merwe 1989 99; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 175. Sien *Shaw v Hendry* 1927 CPD 357 359.

44 1927 CPD 357 359.

uitgeoefen het nie. Effektiewe beheer behels dat 'n persoon die vermoë en wil moet hê om 'n saak te beheer, en hierdie beheer moet hy sonder enige verwysing na derdes kan uitoefen. Indien 'n derde ook sleutels het wat toegang tot die gebou verleen, sal eersgenoemde nie sy beheer sonder verwysing na 'n derde kan uitoefen nie.

Indien 'n onvoltooide gebou reeds so 'n stadium bereik het dat die gebou gesluit kan word, sal beheer oor die gebou geag word uitgeoefen te word deur die persoon wat die sleutels beheer.

'n Bouer se fisiese beheer oor 'n onvoltooide gebou wat nog nie gesluit kan word nie, duur voort solank as wat hy die perseel gereeld besoek, en sy tydelike afwesigheid sal nie sy fisiese beheer beëindig nie.⁴⁵ So sal sy fisiese beheer geag word voort te duur al verlaat hy elke aand die perseel om huis toe te gaan. Indien die werk aan die gebou egter vir 'n langer periode gestaak word, sal daar normaalweg van die bouer verwag word om spesiale maatreëls te neem ten einde te voorkom dat sy fisiese beheer oor die perseel beëindig word.⁴⁶ In *Scholtz v Faifer*⁴⁷ is beslis dat dit in so 'n geval voldoende sal wees as 'n verteenwoordiger op die perseel gelaat word of as die perseel omhein sou word. In *Beetge v Drenka Investments (Isando) (Pty) Ltd*⁴⁸ is beslis dat 'n bouer wat die sleutels van 'n onvoltooide gebou gehad het, boumateriaal en toerusting op die perseel gebring het en 'n wag aangestel het om daarvoor toesig te hou, asook - met uitsondering van 'n kort onderbreking tydens 'n vakansie - deurentyd 'n fisiese teenwoordigheid op die perseel gehandhaaf het en ook steeds die bedoeling gehad het om beheer te behou, se fisiese beheer voortgeduur het. Handeling van hierdie aard stel klaarblyklik effektiewe fisiese beheer daar aangesien dit hom deurgaans in staat gestel het om die saak te beheer. Dit dien nie

45 Van der Merwe 1989 99; Silberberg & Schoeman 1992 117; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 176.

46 Sien Van der Merwe 1989 99; Silberberg & Schoeman 1992 117; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 176. Vgl ook *De Jager v Harris* 1957 1 SA 171 SWA 179 waar die hof neerlê dat spesiale voorsiening vir die behoud van fisiese beheer gemaak moet word wanneer bouwerk vir 'n aansienlike periode onderbreek word.

47 1910 TPD 243 248. Sien ook Van der Merwe 1989 99; Silberberg & Schoeman 1992 117; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 176.

48 1964 4 SA 62 W 69.

bloot as publisiteit van sy bedoeling nie, maar maak dit inderdaad vir hom moontlik om derdes van die perseel uit te sluit. In *Hillkloof Builders (Pty) Ltd v Jacomelli*⁴⁹ is egter beslis dat die vertoon van 'n bouersbord op die bouperseel slegs simboliese beheer daarstel en gevolglik nie as effektiewe beheer gereken kan word nie.

Met verwysing na die behoud van fisiese beheer is daar vervolgens in *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality*⁵⁰ beslis dat fisiese beheer van 'n gebou nie voortdurend - óf persoonlik óf deur middel van 'n verteenwoordiger - hoef te wees as die aard van die sake wat op die perseel bedryf word nie voortdurende teenwoordigheid verg nie.⁵¹

In *Mulder v The Divisional Council of Port Alfred*⁵² beslis die hof dat 'n persoon wat okkupasie geneem het deurdat hy op 'n perseel begin bou het, en daarna (voordat die huis voltooi is) vir 'n periode van drie en 'n half jaar elders gaan woon het maar gedurende hierdie tydperk telkens gehoor gegee het aan aanmanings om belastings ten aansien van die grondstuk te betaal en ook deurentyd die bedoeling gehad om weer soontoe terug te keer sodra hy dit finansiëel kon bekostig om die huis te voltooi, fisiese beheer van die onvoltooide huis behou het.⁵³ Die hof gaan dus van die standpunt uit dat indien 'n persoon eers beheer verkry het, daar aangeneem moet word dat daardie beheer voortduur tensy daar bewys kan word dat hy dit geabandonneer het.⁵⁴

49 1972 4 SA 228 D 231. Sien verder *Moss v Begg* 1908 TH 1 2 waar r Wessels beslis dat die oprigting van 'n kennisgewing dat oortreders vervolgd sal word, nie as bewys van daadwerklike beheer beskou sal word nie.

50 1977 1 SA 230 OK 233.

51 237: "The applicant exercised that control in the limited manner which was inherent in the arrangements which existed for the operation of the abattoir. It performed acts and derived benefits and had powers, which could not have been done and could not have accrued, were it not in control and occupation of the premises."

52 1886 4 SC 139 142.

53 142: "Occupation does not in every case mean physical occupation or personal residence," en: "He did not reside on the land, but he occupied it, and he asserted the right of an occupier."

54 141: "Having once entered into occupation, he must be presumed to have remained in occupation until it is proved that he abandoned it," en 142: "There is no sufficient proof of abandonment of occupation to justify us in holding that he had ceased to occupy." Vgl ook *Sonnekus* 1989 TSAR 720 721.

13 5 4 Samevatting

Dit volg uit voorgaande dat persone wat daarop aanspraak maak dat 'n spesifieke gebou fisies deur hulle beheer word, sodanig ten opsigte van die gebou moet optree dat dit duidelik na buite sal blyk dat hulle beheer daarvoor uitoefen, en dat die beheer oor die enigste sleutels tot die gebou, gereelde besoeke of redelik ononderbroke werk aan die gebou asook beheer deur middel van 'n verteenwoordiger as voldoende vir die voortbestaan van fisiese beheer sal geld:

13 6 Plase en grondstukke

13 6 1 Inleiding

Die hele aangeleentheid rakende die vestiging en behoud van fisiese beheer ten aansien van plase en grondstukke is van groot belang in die Suid-Afrikaanse reg, en in die lig van die verkeersmaatstawwe wat mettertyd in die regspraak geformuleer is, kan daar met 'n redelike mate van sekerheid bepaal word of die betrokke fisiese beheer in elke bepaalde geval voldoende is al dan nie.

13 6 2 Vestiging van fisiese beheer

Volgens Van der Merwe⁵⁵ bestaan die fisiese beheer van 'n plaas of grondstuk daarin dat die beheerder die grond bewoon en/of dit vir sy eie doeleindes gebruik deur dit te bewerk of dit te omhein. Normale boerderygebruike sal wissel van plaas tot plaas: Sekere plase word vir veeteelt benut, andere vir graangewasse of plantasies ensovoorts.⁵⁶ In *Du Toit v Furstenberg*⁵⁷ is beslis dat bepaalde kenmerkende

55 1989 98.

56 Vgl *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD701 720: "[T]he required continuity of occupation need not be absolute continuity, for it is enough if the right is exercised from time to time as occasion requires and with reasonable continuity", en ook: "[T]he occupation and user need not be of every individual portion of the area claimed for a possession or occupation of the whole may in certain circumstances be a necessary inference from possession or occupation of a part thereof or different parts thereof at various times"; *Morkels Transport v Melrose Foods* 1972 2 SA 464 W 467-468: "It is not necessary that every part of the area be occupied or used; in some circumstances use of every square foot of an area would be impracticable, and the test is

gedrag, soos die verhuring van eiendom en die aanbring van permanente verbeterings, daarop dui dat 'n plaas fisies effektief beheer word. Dit volg dus dat 'n persoon wat enige van hierdie kenmerkende handeling ten aansien van 'n plaas of grondstuk begin uitvoer, gereken sal word fisiese beheer daarvoor te gevestig het.

Met verwysing na grondstukke is daar in *Hayes v Harding Town Council*,⁵⁸ waar die applikant belasting op die grondstuk betaal het met die oog daarop om dit na dertig jaar deur middel van verjaring te verkry; beslis dat dit as effektiewe fisiese beheer beskou sou word indien die eiser byvoorbeeld 'n gebou op die grond sou opgerig het of dit sou omhein of verhuur het. In dié besondere geval is die blote betaling van belasting een keer per jaar egter nie as afdoende bewys daarvan beskou nie.⁵⁹ Die rede wat hiervoor aangevoer word, is dat beheer nie deur die blote betaal van belastings gedemonstreer word nie: Dit blyk nie daaruit duidelik na buite dat die persoon wat daarop aanspraak maak dat hy die grondstuk beheer, dit inderdaad doen nie. Die betaling van belasting is nie 'n oënskynlike beheershandeling nie, en in die geval van onroerende sake word daar verwag dat beheer deur een of ander handeling van okkupasie of bewaring na buite aangedui sal word.⁶⁰ Dit wil derhalwe voorkom of die persoon wat daarop aanspraak maak dat hy die grondstuk beheer, sodanige handeling ten aansien daarvan moet uitvoer dat dit duidelik blyk dat hy inderdaad in beheer van die grond is. Publisiteit is gevolglik een van die aspekte waaraan voldoen moet word alvorens beheer as effektief beskou sal word.

whether there was such use of a part or parts of the ground as amounts, for practical reasons, to possession of a whole"; *Ex Parte Van der Horst: In re Estate Herold* 1978 1 SA 299 T 300 waar getuienis dat die eiser gewasse op die betrokke grond aangeplant het en diere daarop laat wei het, aanvaar is as bewys dat hy effektiewe fisiese beheer daarvoor uitgeoefen het; *Pienaar v Rable* 1983 3 SA 126 A 132-133 waar omheining en benutting as genoegsame fisiese beheer beskou is.

57 1957 1 SA 501 O 505.

58 1958 2 SA 297 N 298-299.

59 *Hayes v Harding Town Board* 1958 2 SA 297 N 299: "But although the payment of the rates may well demonstrate an intention to claim ownership of land, or an intention to possess it, it does not in my view amount in itself to a physical holding or detention of the land..."

60 Vgl *Hayes v Harding Town Council* 1958 2 SA 297 N 299: "In the case of immovable property one would normally expect detention to be demonstrated by some act of occupation, of control, or of custody of the property itself..."

13 6 3 Behoud van fisiese beheer

Met betrekking tot die behoud van fisiese beheer oor plase, is dit belangrik om op te let dat sommige plase net gedurende bepaalde tye van die jaar benut word, soos in die geval van sogenaamde somers- en wintersplase wat slegs tydens sekere seisoene bewerk word.⁶¹ In *Nienaber v Stuckey*⁶² is beslis dat daar geen rede is waarom 'n boer tussen ploeg- en planttyd op 'n bepaalde stuk grond hoef te wees nie of waarom hy enige implemente daar hoef te laat as bewys van sy fisiese beheer nie. Dit is ook nie nodig om gedurende hierdie (afwesige) tydperk 'n simboliese of formele handeling ten aansien van die grond uit te voer nie.⁶³ Die feit dat sy bedoeling om vir die volgende twaalf maande fisiese beheer te behou, duidelik uit sowel sy woorde as sy daade geblyk het, asook dat daar geen bewyse tot die teendeel aangevoer is nie, regverdig die gevolgtrekking dat sy fisiese beheer voortgeduur het. Dit is belangrik om daarop te let dat bewyse daarvoor dat daar van fisiese beheer afgesien is, vereis word.

In *Morkels Transport v Melrose Foods*⁶⁴ beslis die hof dat fisiese beheer oor 'n grondstuk vir doeleindes van verkrygende verjaring nie absoluut ononderbroke hoef te wees nie: Daar moet net nie 'n substansiële onderbreking wees nie. In *Mulder v The Divisional Council of Prince Albert*⁶⁵ word dit uitdruklik gestel dat die persoon wat op fisiese beheer aanspraak maak, nie daadwerklik hoef te okkupeer nie:

In my opinion, there should be the right to occupy and the intention of occupying coupled with the capability of exercising and putting into force that

61 Vgl Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 175. Sien verder in dié verband *Ex parte Van der Horst: In re Estate Herald* 1978 1 SA 299 T 301: "And as to the fact that some, if not all the crops, were seasonal crops which are not grown throughout the year and that some lands were probably left fallow at times, it seems to me that the learned Judge postulated activities in excess of normal farming activities to justify the conclusion that the farmer occupied the land. On application of that criterium very few farmers can be said to occupy their land." Vgl ook *Van Wyk v Louw* 1958 2 SA 164 K 170 ivm die seisoenale benutting van plase.

62 1946 AD 1049 1057-1058.

63 Vgl *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1058: "I know of no reason why the omission of a gesture of this kind should affect the matter."

64 1972 2 SA 464 W 468: "Much depends, in this regard, upon the nature of the property and the type of use to which it is put."

65 1886 4 SC 139 143.

intention.

Hierdie uitspraak is met goedkeuring in *Ex parte Van der Horst: In re Estate Herold*⁶⁶ aangehaal waar regter Eloff beslis dat detentio (fisiese beheer) nie voortdurende daadwerklike fisiese beheer vereis nie, maar dat 'n persoon sy beheer oor 'n perseel sal behou indien hy dit sou verlaat terwyl hy nog steeds in staat is om te eniger tyd weer beheer daarvan te neem.⁶⁷ Wat met ander woorde wel van so 'n persoon verwag word, is dat hy moet kan-bewys dat hy die bevoegdheid het om met die perseel te handel soos hy wil en met uitsluiting van alle derdes.

Aangesien hierdie aangeleentheid later volledig bespreek word⁶⁸ kan hier net terloops opgemerk word dat beheer van 'n perseel nie noodwendig op omvattende, eksklusiewe en voortdurende beheer dui nie, maar dat dit heeltemal voldoende is as die persoon wat op beheer aanspraak maak daardie fisiese handeling waartoe hy bevoeg is, uitvoer. So sal 'n persoon daarop geregtig wees om een verdieping van 'n bepaalde gebou te bewoon, en daaruit volg dit dat die gebruik van water en elektrisiteit 'n inherente deel van die gebruiksregte van die bewoning van die verdieping is.

13 6 4 Samevatting

Dit volg uit bogaande dat solank as wat die persoon wat daarop aanspraak maak dat hy in beheer van die plaas of grondstuk is, sodanige fisiese handeling ten aansien daarvan uitvoer dat dit na buite blyk dat hy dit inderdaad doeltreffend beheer, daar erkenning aan sy aanspraak verleen sal word.

66 1978 1 SA 299 T 301. Vgl verder *Pretoria Racing Club v Van Pietersen* 1907 TS 687 692; *Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality* 1977 1 SA 230 OK 233.

67 Sien Sonnekus 1989 TSAR 720 724: "Soos in die meeste vergelykbare moderne regstelsels word in die moderne Suid-Afrikaanse reg aanvaar dat 'n mindere graad van fisiese kontrole oor 'n saak nodig is om in besit te bly as wat die geval is met die aanvanklike verkryging van beheer oor die saak." Vgl ook *Ex parte Van der Horst: In re Estate Herold* 1978 1 SA 299 T.

68 Vgl hfst 14 4 1.

13 7 Slotopmerkings

Uit die oorsig hierbo oor verkeersmaatstawwe wat in die praktyk ten aansien van sekere klasse sake uitgekristalliseer het, blyk dit duidelik dat die deurslaggewende faktor telkens is of die fisiese beheer wat inderdaad oor 'n spesifieke saak uitgeoefen word, na buite sigbaar is.⁶⁹ Daaruit kan gevolglik die afleiding gemaak word dat die doel van beheer tot 'n groot mate publisiteit is. Alhoewel beheer gewoonlik van publisiteit afhanklik is, het publisiteit as sodanig nie altyd effektiewe beheer tot gevolg nie.⁷⁰ Die handeling wat uitgevoer word, moet aan die buitewêreld te kenne gee dat die betrokke persoon die saak doeltreffend beheer. Dit is van die grootste belang dat die beheer wat na bewering uitgeoefen word, effektief moet wees. Hierdie vereiste spruit voort uit die gevolgtrekking dat simboliese beheer nie genoegsaam is nie:⁷¹ Beheer moet daadwerklik uitgeoefen word of uitgeoefen kan word. Effektiewe beheer word volgens Sonnekus⁷² uitgeoefen deur 'n persoon wat op 'n oorwig van waarskynlikhede in staat sal wees om sy beheerwil ten aansien van die saak deur te sit met uitsluiting van derdes danksy die feit dat die saak in sy effektiewe beheersfeer is, terwyl effektiewe beheer volgens Olivier, Pienaar en Van der Walt⁷³ beteken dat die beheerder in 'n sterker en nouer fisiese beheerverhouding teenoor die saak moet staan as enige ander regsobjek.

Dit kom alles daarop neer dat die persoon wat daarop aanspraak maak dat hy die saak beheer, oor die vermoë en die wil moet beskik om te eniger tyd en ter uitsluiting van derdes met die saak te handel volgens sy bestemming en sonder verwysing na

69 Vgl *Smith v Martin's Executor Dative* 1899 16 SC 148 151: "The occupation must have been not only peaceable and as of right, but open, that is to say, visible to others"; *Gifford v Owen, Hopley, Arnold & Fagaza* 1916 NPD 197 209: "...and there must be proof of such visible occupation, of some act or acts of appropriation so patent, as to constitute reasonable notice..."; en *Welgemoed v Coetzer* 1946 TPD 701 721: "...but there ought to be proof that the adverse possession was so patent that the owner with reasonable care would have observed it."

70 Vgl *bv Hillkloof Builders (Pty) Ltd v Jacomelli* 1972 4 SA 228 D 231 waar beslis is dat die vertoon van 'n bouersbord slegs simboliese beheer daarstel.

71 Vgl die gesag wat hierbo aangehaal is ter staving dat die oordrag van registrasiesertifikate of die registrasie op 'n persoon se naam van 'n bepaalde voertuig nie as oordrag van fisiese beheer beskou word nie, asook die *Hillkloof Builders*-saak waar die oprigting en vertoon van 'n bouersbord nie as voldoende gereken is om fisiese beheer daar te stel nie.

72 1989 TSAR 720 729.

73 1992 178.

'n derde.

Dit is ook belangrik om op te let dat dit uit die bespreking hierbo volg dat daar in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar word dat die vereistes wat vir die vestiging van fisiese beheer gestel word, strenger is as dié wat vir die behoud daarvan gestel word.⁷⁴ Waar daar dus vir die behoud van beheer vereis word dat die persoon moet kan aantoon dat hy oor die bevoegdheid en die wil beskik om na wense met die saak te handel en om derdes daarvan uit te sluit, word daar vir die vestiging van beheer ongetwyfeld meer verwag. 'n Spesifieke daad of handeling of optrede word vereis vir die vestiging van fisiese beheer.

Die beheer hoef nie altyd noodwendig deur die persoon self uitgeoefen te word nie. Daar word algemeen aanvaar dat dit ook namens die persoon deur 'n verteenwoordiger gedoen kan word, soos wanneer 'n bouer 'n wag aanstel om op 'n perseel waarop daar gebou word, toesig te hou. Dit beteken dat daar nie vereis word dat beheer deur die aanspraakmaker persoonlik uitgeoefen hoef te word nie, maar dat middellike beheer ook aanvaarbaar is.

Daar sal gewoonlik nie sonder meer aanvaar word dat fisiese beheer inderdaad geabandonneer is nie en die persoon wat dit beweer sal dit telkens moet bewys.⁷⁵

Dit volg uit hierdie bespreking dat daar in die Suid-Afrikaanse regspraak en regsliteratuur verkeersmaatstawwe ten aansien van 'n hele aantal klasse sake uitgekristalliseer het wat tot gevolg het dat dit in soortgelyke gevalle telkens makliker is om te bepaal of fisiese beheer inderdaad ten aansien van 'n spesifieke saak gevestig is, of dit voortbestaan en of dit beëindig is.

Die verkeersmaatstawwe met verwysing na bepaalde kategorieë sake soos dit tans in die Suid-Afrikaanse regspraak en regsliteratuur voorkom, bied redelik effektiewe riglyne met betrekking tot die vestiging, behoud en verlies van fisiese beheer. Hierdie

74 Sien Sonnekus 1989 TSAR 720 724.

75 Vgl Sonnekus 1991 TSAR 511 514-515.

maatstawwe of riglyne is nie absoluut en onbuigsaam nie. Alhoewel dit 'n nadeel kan wees dat daar nie absolute reëls bestaan nie, is die voordele verbonde aan 'n meer buigsame stel riglyne veel groter. Dit stel die reg in staat om van veranderende sosiale, maatskaplike en ekonomiese gebruike kennis te neem en die verkeersmaatstawwe dienoooreenkomstig aan te pas en te wysig.

HOOFSTUK 14: PLURES EANDEM REM IN SOLIDUM POSSIDERE NON POSSUNT

14 1 Inleiding

Daar word in die Suid-Afrikaanse reg tradisioneel uitgegaan van die standpunt dat meerdere persone nie dieselfde saak gelyktydig in die geheel kan beheer nie.¹ Volgens Paulus D 41 2 3 5 sou dit contra naturam wees indien twee (of meer) persone geag sou word dieselfde saak fisies in die geheel te beheer. Hierdie standpunt spruit voort uit Labeo se opvatting dat dieselfde possessio ewemin in twee persone tegelyk gevestig kan wees as wat twee persone tegelykertyd op dieselfde plek kan staan of sit.² Possessio in hierdie sin van die woord word dus besonder letterlik opgeneem as sou dit 'n suiwer fisiese betekenis hê.³ Maasdorp⁴ sê dan ook uitdruklik dat

[i]t follows from the very nature of possession that, in so far as it consists in physical detention, two or more persons cannot have possession of one and the same thing *singuli in solidum* at one and the same time.

-
- 1 Vgl bv Maasdorp 1976 13 wat hierdie standpunt sonder meer aanvaar. Sien verder Van der Merwe 1989 102.
 - 2 Dit blyk egter uit dieselfde teks dat Sabinus van mening is dat sowel die persoon wat *bonae fidei precarium* iets gee as die ontvanger van die saak, die betrokke saak beheer, en volgens Trebatius kan dieselfde saak tegelykertyd deur 'n *iustus* en 'n *iniustus* possessor beheer word. Hieruit volg dat die Sabiniani reeds die relatiewiteit van possessio ingesien het. Die verbod op medebeheer in die Suid-Afrikaanse reg is (was) ook gegrond op die beskouing dat beheer eksklusief moet wees. Die erkenning van medebeheer strook volgens Kleyn *Proefskrif* 360-361 met die appèlafdeling se benadering dat dit nie eksklusief hoef te wees om te voldoen aan die vereistes wat gestel word vir beskerming dmv die mandament van spolie nie.
 - 3 Sien Paul D 41 2 1 pr waar Labeo daarop wys dat die woord possessio van die woord *sedes* afgelei is as sou dit op die fisiese beheersing van 'n saak dui. Vgl Van der Merwe 1989 97 vn 49 in dié verband. Vgl Delpont & Olivier 1985 74 waar hulle die stelreël teen medebesit daaraan toeskryf dat besit uitsluitlike beheer veronderstel het en dat twee of meer persone nie elkeen uitsluitlike beheer oor 'n saak kon hê nie. Hulle wys egter daarop dat twee of meer persone wel gesamentlike besitters van dieselfde saak kon wees. Uitsluitlike beheer het dan by al die besitters gesamentlik berus en elkeen het bepaalde onverdeelde aandele in die saak besit. Volgens Van der Merwe 1989 102 is besit so uitsluitend dat meerdere partye nie tegelykertyd oor dieselfde saak in sy geheel kan beskik nie. Let egter daarop dat eksklusiewe beheer nie altyd as vereiste gestel word nie. Sien bv Sonnekus & Neels 1994 129-130.
 - 4 1976 13.

Elders⁵ aanvaar hy egter sonder enige bespreking met verwysing na *Rosenbuch v Rosenbuch*⁶ dat indien twee persone medebeheerders van dieselfde saak was, en een van hulle vir homself eksklusiewe beheer toe-eien, die mandament van spolie ter beskikking van die ander party is. Hiermee erken hy dus dat medebeheer van sake wel moontlik is: Indien 'n persoon op die mandament van spolie geregtig is,⁷ beteken dit dat hy die betrokke saak wel fisies beheer het, en die feit dat beide partye hulle op hierdie remedie kan beroep, dui daarop dat albei dieselfde saak in die geheel op dieselfde tydstip beheer het. Delport-en Olivier⁸ verwys na De Groot wat sonder meer aanvaar dat medebeheer van 'n saak wel moontlik is, en vervolgens na Voet wat ook die aangeleentheid bespreek. Volgens laasgenoemde is dit nie moontlik dat twee of meer persone tegelykertyd 'n saak fisies kan beheer nie, maar dit kan wel gebeur dat een persoon die saak fisies beheer, en dat 'n ander die bedoeling het om dit te beheer, of dat almal sodanige bedoeling het. Voet is dus van mening dat daadwerklike fisiese beheer slegs deur een persoon op 'n bepaalde tydstip uitgeoefen kan word. In die moderne reg is daar egter 'n beweging weg van hierdie letterlike vertolking van *possessio* en daar word al hoe meer klem gelê op die omstandighede en verkeersopvattinge⁹ ten aansien van die beheer van die spesifieke saak. Gevolglik word daadwerklike beheer nie altyd vereis nie.

In die lig van hierdie inleidende opmerkings moet dit egter beklemtoon word dat die stelreël klaarblyklik op die fisiese aspek van beheer betrekking het en dat die vraag wat telkens beantwoord moet word, is of meerdere persone inderdaad tegelykertyd fisiese beheer oor die betrokke saak in die geheel uitoefen en, indien wel, wat die aard van die beheer is.¹⁰ Van der Merwe¹¹ wys daarop dat meerdere persone oënskynlik dieselfde saak in ideële onverdeelde aandele in die geheel kan beheer. Die gemeenskaplike beheerders moet die beheer van die ander erken, en teenoor derdes geniet

5 1976 23.

6 1975 1 SA 181 W.

7 Vgl hfst 12 7 2.

8 1985 74.

9 Vgl hfst 13.

10 Daar word in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar dat beheer verskillende funksies kan hê: Vgl bv Kleyn *Proefskrif* 357; Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 155-160.

11 1989 102. Vgl verder Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 196.

elkeen volle beskerming. Hy is van mening dat fisiese beheer óf deur een persoon namens die ander óf deur almal gesamentlik uitgeoefen kan word. Sodanige beheer is gevolglik nie eksklusief of uitsluitend van aard nie. Aangesien die fisiese aspek van deurslaggewende belang is, is die partye se bedoeling of animus nie relevant nie. Daar word met ander woorde ondersoek ingestel na die fisiese beheer wat deur hulle uitgeoefen word al dan nie. Die vraag is gevolglik nie of hulle die saak beheer nie, maar of daar daadwerklike beheer deur hulle uitgeoefen word al dan nie: Met ander woorde of hulle in sodanige fisiese verhouding ten opsigte van die saak staan dat dit erken kan word vir doeleindes van byvoorbeeld beskerming. Indien twee of meer persone se aanspraak op die mandament van spolie met betrekking tot dieselfde saak erken sou word, sou dit beteken dat hulle die saak tegelykertyd fisies beheer aangesien daadwerklike fisiese beheer een van die vereistes vir die verlening van die mandament van spolie is.

Uitsonderings op die plures eandem-reël het al etlike male in die Suid-Afrikaanse regspraak voorgekom.¹² Die Suid-Afrikaanse howe het hulle egter tot dusver nie oor die reël as sodanig en of dit inderdaad nog geld, uitgelaat nie. Dit gee aanleiding tot die vraag of die reël teen medebeheer nie moontlik in die lig van moderne ontwikkelings herformuleer of aangepas moet word ten einde voorsiening te maak vir sulke gevalle nie, aangesien dit uit die Suid-Afrikaanse regspraak blyk dat die praktyk opsigtelik 'n behoefte aan sodanige uitbreiding het.¹³

Met verwysing na die regspraak wil dit voorkom of verskeie moontlikhede onderskei kan word wanneer die aangeleentheid van medebeheer in die geheel oor dieselfde saak ondersoek word.¹⁴ Die eerste moontlikheid wat ondersoek moet word, is die geval waarin daar meerdere partye is wat die saak in die geheel gemeenskaplik beheer. Heerskappy oor die saak in die geheel word dus uitgeoefen deur twee (of meer) partye tussen wie daar 'n regsverhouding bestaan, soos vennote. 'n Tweede

12 Vgl hieronder. Sien ook Kleyn *Proefskrif* 357 wat daarop wys dat die verbod op medebeheer vir alle praktiese doeleindes sy betekenis in die Suid-Afrikaanse reg verloor het.

13 Sien Kleyn *Proefskrif* 358; Sonnekus & Neels 1994 129-130.

14 Vgl Kleyn *Proefskrif* 359-360.

moontlikheid wat hom voordoen, is medebeheer van 'n saak in die geheel tussen twee (of meer) partye wat die betrokke saak elkeen individueel beheer, soos onafhanklike kontrakteurs as partye tot 'n boukontrak. Daar is dus geen regsverhouding tussen die partye nie en elkeen beheer die saak afsonderlik en in sy eie belang. In beide hierdie gevalle beheer die partye die saak direk en is daar geen sprake van verteenwoordiging nie. Ten slotte kan daar op 'n derde moontlikheid gewys word, naamlik waar verskillende persone 'n saak in die geheel gesamentlik, maar op verskillende wyses, beheer,¹⁵ soos in die geval van 'n eienaar van 'n grondstuk en 'n persoon wat 'n serwituuat ten aansien van die grond het. Hier sou dit miskien moontlik wees om enersyds tussen direkte en indirekte beheer en andersyds tussen middellike en onmiddellike beheer te onderskei.

14 2 Gemeenskaplike en gelyktydige beheer oor die geheel van 'n saak deur meerdere partye

In *Rosenbuch v Rosenbuch*,¹⁶ waar dit in 'n aansoek om die mandament van spolie tussen eggenote geblyk het dat die vrou sekere bates teen die wil van die applikant uit die egtelike woning geneem het, is daar beslis dat sake wat gemeenskaplik aan die egpaar se huishouding was, deur hulle gemeenskaplik beheer is totdat dit deur een van die partye verwyder en eksklusief toegeëien is. Daar word voorts beslis dat 'n gemeenskaplike beheerder wat van sy deel van die beheer ontnem word op die mandament van spolie geregtig is as daar aan al die ander vereistes van hierdie remedie voldoen is. Indien een van die twee gemeenskaplike beheerders dus onregmatig

15 Volgens Delpont & Olivier 1985 74 bied gevalle van hierdie aard 'n probleem aangesien dit nie duidelik is of 'n mens in sodanige gevalle met afsonderlike besit of medebesit te doen het nie en of net een van die persone inderdaad besit het nie. Sien verder Maasdorp 1976 13; Van der Merwe 1989 102 vn 80 wat na Voet *Commentarius ad Pandectas* 41 2 5 verwys volgens wie meer as een persoon dieselfde saak op grond van verskillende soorte besit kan besit - waar die een bv regmatig en die ander onregmatig besit. 'n Ander voorbeeld wat gemeld word, is dié van die pandgewer wat *possessio civilis* van 'n saak het, terwyl die pandhouer slegs *possessio ad interdicta* het.

16 1975 1 SA 181 W 183. Let daarop dat die man beweer het dat hy eksklusiewe *possessio* oor die betrokke sake gehad het, maar dat die vrou daarop aanspraak gemaak het dat sy en haar man gemeenskaplike *possessio* daarvan gehad het. R Coleman beslis dat "it will be doing no injustice to anyone if I assume that each of the articles with which I am concerned was jointly possessed by the spouses up to the time when it was removed by the wife".

eksklusiewe beheer van 'n saak oorneem teen die wil van sy medebeheerder, is die mandament van spolie beskikbaar.¹⁷ Volgens die hof is daar geen gesag daarteen dat 'n gemeenskaplike beheerder die mandament van spolie kan instel nie, maar wel gesag wat dit oënskynlik steun.¹⁸ Die goedere met betrekking waartoe die applikant die mandament van spolie aangevra het, was almal huishoudelike artikels wat in die huishouding vir normale doeleindes deur die gemeenskaplike beheerders aangewend is. Die fisiese beheer wat hulle ten aansien daarvan uitgeoefen het, was dus objektief vasstelbaar met verwysing na die verkeersmaatstawwe in verband met sodanige goedere. Dit blyk uit die getuienis, en word ook deur die hof aanvaar, dat beide partye die goedere fisies beheer het, met ander woorde dat hulle handeling ten aansien daarvan uitgevoer het waaruit die afleiding gemaak kan word dat dit deur hulle beheer is.

In *Oglodzinsky v Oglodzinsky*,¹⁹ 'n saak waarin die applikant aansoek gedoen het om die mandament van spolie op grond daarvan dat sy vrou die slotte van hulle woonstel se deure teen sy sin verander het, beslis die hof met verwysing na die vorige saak²⁰ dat daar geen rede bestaan waarom getroude persone wat gemeenskaplike beheerders van 'n saak is, uitgesluit moet word van die toepassing van die mandament van spolie nie en staan gevolglik die versoek toe.²¹ Hieruit volg dat dit onregmatig is indien 'n gemeenskaplike beheerder eksklusiewe beheer neem. Die partye in die *Oglodzinsky*-saak het albei fisiese beheer oor die woonstel uitgeoefen deurdat beide sleutels gehad het wat toegang daartoe verleen het.²² Deur die

17 Die hof beslis dat "[w]hen one of two joint possessors of a thing illicitly takes exclusive possession of that thing against the will of his co-possessor the *ratio* underlying the remedy of a spoliation order would seem to me to be as fully applicable as in the case where a person has been wrongfully deprived of exclusive possession" (183).

18 Die hof verwys (183) na *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1056 waarin beslis is dat die mandament van spolie ter beskikking is van een van twee persone wat die saak gemeenskaplik beheer het indien die ander onregmatig eksklusiewe beheer vir homself toegeëien het.

19 1976 4 SA 273 D.

20 "The Court held that a joint possessor should be entitled to the remedy of a spoliation order if the other factors requisite for such relief are present and that where one of the two joint possessors of a thing illicitly takes exclusive possession of that thing against the will of his co-possessor the *ratio* underlying the remedy of a spoliation order is as fully applicable as in the case where a person has been wrongfully deprived of exclusive possession..." (275).

21 Vgl *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1055-1056 waarin die hof beslis dat eksklusiewe beheer nie noodsaaklik is vir die verlening van die mandament van spolie nie.

22 1976 4 SA 273 D 274.

eensydige verandering van die slotte het die eggenote haar eggenoot toegang tot die woonstel ontnem en dus vir haarself eksklusiewe beheer toegeëien. Die fisiese beheer wat hulle oor die woonstel uitgeoefen het, strook met die verkeersmaatstawwe: Daar word algemeen aanvaar dat sleutels wat toegang tot 'n gebou verleen ook beheer daarvoor verleen.²³ Daar kon derhalwe objektief waargeneem word dat die partye albei fisiese beheer oor die woonstel gehad het voordat die slotte verander is. In hierdie geval het die gemeenskaplike beheerders die saak elkeen in die geheel beheer en die feit dat een van hulle vir haarself eksklusiewe beheer toegeëien het, het beteken dat die ander se beheer beëindig is en dat hy daarop aanspraak kon maak om in sy beheer herstel te word.

Die hof verwys ook na *Badenhorst v Badenhorst*²⁴ waarin beslis is dat 'n eggenote geen reg het om haar eggenoot uit die egtelike woning te sit bloot omdat sy eiendomsreg daarvan het nie. Die feit dat hulle getroud is, het tot gevolg dat hy sekere bevoegdhede verkry wat uit die huwelik voortvloei ten aansien van die eiendom wat hom gevolglik in 'n totaal ander verhouding ten opsigte daarvan plaas as 'n vreemdeling. Dit is dus duidelik dat die eiesoortige verhouding tussen eggenote ook in hierdie geval wys op die behoefte aan die erkenning van medebeheer.

In *Mankowitz v Loewenthal*²⁵ het die partye ooreengekom om te trou sodra die respondent 'n egskeiding gekry het wat in Suid-Afrika erken sou word. Hulle het saam 'n huis betrek. Nadat daar onmin tussen hulle ontstaan het, het die vrou die huis verlaat en twee waardevolle skilderye met haar saamgeneem. Die man het daarop suksesvol om 'n spoliassiebevel aansoek gedoen. Alhoewel die vrou beweer het dat die skilderye deur die man aan haar geskenk is, is hulle nooit aan haar gelewer nie en is beheer oor albei (die een teen die sitkamermuur en die ander in 'n linnekas waarvan albei die partye sleutels gehad het) deur beide partye uitgeoefen. Aangesien die man se beheer oor die skilderye voortgeduur het en steeds bestaan het toe sy dit uit die

23 Vgl Van der Merwe 1989 99.

24 1964 2 SA 676 T 679.

25 1982 3 SA 758 A.

huis verwyder het, slaag haar appèl teen die spoliasiebevel nie.²⁶ In hierdie saak is met ander woorde ook aanvaar dat beheer oor die betrokke sake in die gemeenskaplike woning deur beide partye uitgeoefen is.

Sonnekus²⁷ bespreek die reël teen medebeheer onder andere met verwysing na die *Rosenbuch-* en *Oglodzinsky*-beslissings. Hy is van mening dat dit moontlik bevredigend toegepas is in 'n eenvoudige samelewing, maar wys daarop dat dit in 'n komplekse moderne gemeenskap probleme oplewer-en noem dan hierdie sake as voorbeelde van beslissings waar die hof medebeheer nie alleen moontlik geag het nie, maar ook beskermenswaardig. In sy bespreking van die sake sê hy dat, alhoewel regter Colman in die *Rosenbuch*saak na *Nienaber v Stuckey*²⁸ verwys, die begrip medebeheer nie in daardie uitspraak voorkom nie. Dit volg uit die feite van die saak dat die vraag daar ter sake eerder was of die huurder as nie-eksklusiewe beheerder aan die fisiese element van beheer voldoen het. Hy gee egter toe dat dit moontlik as 'n terloopse verwysing na medebeheer vertolk sou kon word. Indien daar wel erkenning aan eksklusiewe sowel as nie-eksklusiewe beheer verleen word, word implisiete (indirekte) erkenning aan medebeheer verleen.²⁹

Sonnekus wys daarop dat sowel die Romeinse as die Romeins-Hollandse reg al aanvaar het dat dit moontlik is om deur middel van 'n verteenwoordiger aan die fisiese element van beheer te voldoen.³⁰ In so 'n geval het die verteenwoordiger hoogstens die bedoeling gehad om die saak te hou, met ander woorde om namens sy prinsipaal die fisiese verhouding ten aansien van die saak te beklee. Daar was dan slegs een beheerder van die saak, te wete die prinsipaal. Die verteenwoordiger is nie in sy

26 767.

27 1978 SALJ 217. Sien ook Sonnekus & Neels 1994 162.

28 1946 AD 1049.

29 Sonnekus & Neels 1994 164 verwys ook in hierdie verband na *Meyer v Glendinning* 1939 CPD 84. In hulle bespreking van die saak sê hulle dat dit so gelees kan word as sou daar 'n moontlikheid wees dat meerdere persone tegelykertyd in beheer van dieselfde saak kan wees, alhoewel hulle dan nie noodwendig dieselfde bevoegdhede tav die saak uitoefen nie. Dit dui daarop dat die fisiese element van besit vir kwalitatiewe sowel as kwantitatiewe verdeling vatbaar is. In so 'n geval sal die eienaar dan nog 'n mate van beheerbevoegdheid oor die saak behou ten spyte daarvan dat beheer hoofsaaklik deur 'n ander uitgeoefen word.

30 1978 SALJ 217 220.

betrekking tot die saak beskerm nie, en indien versteuring sou plaasvind, was dit die prinsipaal wat sy toevlug tot die remedie kon neem. In so 'n geval van middellike beheer was die onmiddellike beheerder dus nie op die mandament van spolie geregtig nie.

Die Romeinse en die Romeins-Hollandse regsreël dat medebeheer in die geheel nie erken word nie, het veral op die fisiese element van *possessio* betrekking gehad. Hieruit wil dit voorkom of daar as gevolg van die daadwerklike fisiese verhouding wat dit behels, slegs deur een persoon op 'n gegewe moment aan die corpus-element voldoen kon word.

In die *Rosenbuch*-, *Oglodzinsky*- en *Mankowitzsake* het die hof egter beslis dat albei partye die sake gesamentlik beheer het. Dit wil dus voorkom of daar in die moderne Suid-Afrikaanse reg aanvaar word dat dit noodsaaklik is om medebeheer ten minste in sommige gevalle te erken as 'n feit waaraan die reg ook die gevolg van beskerming heg. In 'n moderne regstelsel waar 'n vrou se status in beginsel aan dié van haar man kan gelykstaan en waar beide partye 'n beskermenswaardige belang in die beheer van bepaalde bates in die gemeenskaplike huishouding kan hê, selfs al behoort dit net aan die een eggenoot in terme van eiendomsreg, moet die reg vir die beskerming van die beheer voorsiening maak - desnoods teen die eenaar-eggenoot.³¹ In die *Rosenbuch*- en *Oglodzinsky*-sake het die reg, volgens Sonnekus, die belange van die eggenote in die feitlike medebeheerverhouding binne die huwelik beskerm deur dit as 'n regsfeit te erken.³² Hy wys ten slotte daarop dat dit ook uit die vennootskapsreg blyk dat daar in die praktyk 'n duidelike behoefte aan die erkenning en beskerming van medebeheer as regsfeit is.³³

31 Vgl ook Sonnekus & Neels 1994 130.

32 1978 SALJ 217 222-223.

33 1978 SALJ 217 223-224. Sien verder Sonnekus & Neels 1994 130. Sien ook Kleyn *Proefskrif* 359 volgens wie die medebeheerders in gevalle van hierdie aard almal aan die corpus-vereiste tov die saak voldoen het. Al die betrokke partye pleeg beheerdade tov die saak. Vgl Delpont & Olivier 1985 101 waar daar terloops na *De Abreu v Silva* 1964 2 SA 416 T verwys word. In hierdie saak is daar obiter opgemerk dat 'n vennoot op die mandament van spolie teen 'n medevennoot geregtig is indien dit uit die vennootskapsooreenkoms sou blyk dat hy op uitsluitlike beheer van die saak ('n vennootskapsbate) geregtig was. Delpont & Olivier 1985 74 is egter van mening dat vennote hulle ook in ander gevalle op die mandament sou kon beroep:

14 3 Individuele en gelyktydige beheer oor die geheel van 'n saak deur meerdere partye

In *Beetge v Drenka Investments*,³⁴ 'n saak waarin verskeie onafhanklike kontrakteurs verskillende dele van dieselfde gebou voltooi het, en die applikant (een van hierdie kontrakteurs) geëis het dat sy beheer ten aansien van die erf met die gebou daarop waarop hy beweer hy 'n retensiereg het, herstel word, beslis regter Ludorf dat daar nie in *Israelson's Trustee v Harris & Black*³⁵ beslis is dat meerdere kontrakteurs nooit tegelykertyd 'n gebou kan beheer met die doel om 'n retensiereg uit te oefen nie. Daar is geen sprake van gesamentlike okkupasie deur die verskillende kontrakteurs wat op die perseel gebou of ander dienste gelewer het nie. Elke kontrakteur het onafhanklik gewerk: Elkeen het 'n spesifieke, omlýnde opdrag verrig en daar kan dus eerder gesê word dat elkeen 'n individuele retensiereg op die gebou as geheel uitoefen as gevolg van die taak wat hy ten aansien daarvan verrig het (byvoorbeeld loodgieterswerk, elektriese werk, teëlwerk ens) en waarvoor hy nie vergoed is nie. Hulle oefen met ander woorde elkeen individueel (onafhanklik van mekaar) beheer oor die gebou in sy geheel uit. Die hof wys voorts daarop dat dit telkens van die omstandighede sal afhang of die diensnemer of kontrakteur werklik beheer oor die saak met betrekking waartoe die diens gelewer is, verkry het. Indien die kontrakteur beheer ontvang het vir doeleindes van die uitvoering van sy opdrag, kan hy beheer behou vir doeleindes van

Aangesien eksklusiewe beheer van die saak nie 'n vereiste vir die mandament van spolie is nie (vgl *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1056), behoort 'n vennoot hom op die mandament van spolie te kan beroep in 'n geval waar vennote (maw meerdere persone) 'n saak saam beheer en een party eksklusiewe beheer oor die saak vir homself sou toe-eien. Vgl verder *Brighton v Clift* 1970 4 SA 247 R 249 waar die mandament van spolie aan die applikant wat daarom aansoek gedoen het, verleen is nadat sy vennoot sekere bates van die vennootskap waarvan hulle medebeheerders was, eksklusief vir homself toegeëien het.

34 1964 4 SA 62 W 67: "In my view the learned Judge...did not lay down the proposition that several independent contractors could never possess a building for the purpose of asserting a *ius retentionis*."

35 1905 SC 135. Daar word ook in *Hillkloof Builders (Pty) Ltd v Jacomelli* 1972 4 SA 228 D 230 na die *Israelson*-saak verwys, maar geen beslissing word gegee oor die vraag of meerdere beheerders genoegsame beheer vir doeleindes van 'n retensiereg kan uitoefen nie. Vgl in dié verband ook *Maasdorp* 1970 236 wat van mening is dat waar verskillende kontrakteurs onafhanklik van mekaar met die elenaar kontrakte sluit om bepaalde dienste te lewer in die oprigting van die gebou, daar nie gemeenskaplike okkupasie is van die hele gebou deur al die kontrakteurs of individuele okkupasie van die hele gebou deur elkeen afsonderlik nie.

die retensiereg.³⁶ In geval van meerdere kontrakteurs, kan óf almal óf een of meer beheer behou ten einde die retensiereg af te dwing. Elkeen tree individueel op en indien een betaal sou word en gevolglik van sy retensiereg sou afstand doen, duur die ander se retensieregte voort tot tyd en wyl hulle óf betaal word óf vrywillig hulle onderskeie retensieregte laat vaar. Hulle beheer is vir doeleindes van die retensieregte gevolglik nie eksklusief nie.

Die fisiese beheer wat deur die retensiereghouer uitgeoefen word, sal telkens objektief vasgestel word met verwysing na die verkeersmaatstawwe rakende die betrokke saak. In die *Beetge*-saak, waar 'n gebou ter sprake was, het die kontrakteur wat op die retensiereg aanspraak gemaak het, 'n sleutel gehad wat hy gebruik het om ander persone uit die gebou te hou ten tye van sy afwesigheid. Hy het voorts sy boumateriaal en gereedskap op die perseel gebring en 'n wag aangestel om dit te bewaak. Ten slotte was hy, met uitsondering van 'n vakansie, voortdurend fisies op die perseel teenwoordig en het hy deurentyd die bedoeling gehad om beheer te behou.

14 4 Gemeenskaplike en gelyktydige beheer oor die geheel van 'n saak deur meerdere partye wat die saak op verskillende wyses beheer

14 4 1 Direkte en indirekte beheer

In *Nino Bonino v De Lange*³⁷ is 'n deel van 'n restaurant deur die huurder onderverhuur. Laasgenoemde het dus direkte fisiese beheer oor daardie deel van die gebou verloor terwyl die onderhuurder beheer daarvoor verkry het. Nadat die onderhuurder na bewering bepaalde kontrakbedinge geskend het, het die huurder die kontrak eensydig opgesê, toegang tot die perseel versper en beslag op die

36 Dit sal geen verskil maak indien die kontrakteur beheer verkry oor 'n groter deel van die gebou as dit waarvoor hyself verantwoordelik was nie. R Ludorf noem as voorbeeld 'n motorwerktuigkundige wat beheer van 'n motor verkry ten einde herstelwerk daaraan te verrig en dan 'n retensiereg ten opsigte van die hele motor kan vestig om betaling af te dwing alhoewel die koste van die herstelwerk gering is in vergelyking met die waarde van die motor (69).

37 1906 TS 120.

sleutels gelê. Die onderhuurder het daarop op die mandament van spolie aanspraak gemaak ten einde in sy beheer herstel te word. Dit is opvallend dat die huurder in die Romeinse reg nie op beskerming geregtig was nie - hy moes deur middel van die verhuurder ageer. In die Suid-Afrikaanse reg is die huurder wel op sodanige beskerming geregtig, en dit beteken dus dat sowel die huurder as die verhuurder op beskerming kan aanspraak maak. Vir doeleindes van die mandament van spolie word die verhuurder dus geag nog steeds beheer oor die saak uit te oefen. Een van die vereistes vir die mandament van spolie is immers dat die applikant vreedsame en ongestoorde fisiese beheer oor die saak moes uitgeoefen het voordat hy onregmatig van sy beheer ontnem is of in sy uitoefening daarvan gesteur is.³⁸ Daar sou moontlik in hierdie geval gesê kon word dat die huurder indirekte beheer oor die onderverdeelde deel uitoefen terwyl die onderhuurder direkte beheer daaroor het. Terwyl laasgenoemde die onderverdeelde gedeelte gehuur het en die sleutels beheer het wat toegang daartoe verleen het, het hy direkte fisiese beheer oor die kamer gehad. Die onderhuurder se direkte fisiese beheer ten aansien van die huursaak is objektief waarneembaar: Hy gebruik dit vir 'n spesifieke doel en voorts het hy daadwerklike fisiese beheer oor die sleutels wat toegang tot die kamer verleen. Die huurder (onderverhuurder), wie se fisiese beheer vir doeleindes van beskerming geag word voort te duur terwyl hy die saak onderverhuur, oefen indirek beheer oor die kamer uit. Laasgenoemde se beheer is nie, soos dié van die onderhuurder, fisies waarneembaar nie. Siende dat die onderhuurder ook nie as verteenwoordiger van die huurder optree nie en dus nie die kamer namens hom beheer nie, is daar hier ook nie van middellike beheer sprake nie. Hy oefen gevolglik nie deur middel van die onderhuurder fisiese beheer uit nie. Albei die partye tree in hulle eie belang op. Die fisiese beheer wat veronderstel word deur die huurder uitgeoefen te word vir doeleindes van beskerming by wyse van die mandament van spolie, is met ander woorde glad nie fisies waarneembaar nie, alhoewel dit geag word te bestaan. Indirekte beheer is derhalwe nie objektief waarneembaar nie, maar sal telkens uit die omringende omstandighede van elke geval afgelei moet word. Sowel die huurder as die onderhuurder oefen hulle fisiese beheer - hetsy indirek of direk - tot hulle eie

38 Vgl hfst 12 7 2. Sien ook Kleyn *Proefskrif* 359-361.

voordeel uit en word self daardeur bevoordeel.³⁹

In *Nienaber v Stuckey*⁴⁰ is daar met verwysing na *Nino Bonino v De Lange* beslis dat eksklusiewe beheer nie noodsaaklik is vir die verlening van die mandament van spolie nie. In laasgenoemde saak word spoliëring met verwysing na Leyser omskryf as "any illicit deprivation of another of the right of possession which he has, whether in regard to movable or immovable property or even in regard to a legal right"⁴¹ en dit sluit oënskynlik ook serwitute in:

Die vraag of daar vir doeleindes van die mandament van spolie beheer of quasibeheer oor onliggaamlike sake uitgeoefen kan word, het reeds in verskeie sake ter sprake gekom:⁴²

In *Naidoo v Moodley*⁴³ het die appellant die eerste vloer van 'n dubbelverdiepingwoning aan respondent verhuur. Die woning was toegerus vir die gebruik van elektrisiteit. Nadat respondent geweier het om gehoor te gee aan appellant se kennisgewing dat hy die huurtermyn beëindig, het die appellant sy elektrisiteitstoevoer afgesny. Die respondent het daarop suksesvol aansoek gedoen om 'n spoliëringbevel wat op appèl bekragtig is.

In *Froman v Herbmore Timber and Hardware (Pty) Ltd*⁴⁴ het die appellant 'n meenthuis by die respondent gekoop. Die partye het ooreengekom dat appellant die huis sou betrek en okkupasiehuurgeld sou betaal totdat oordrag van die eenheid geregistreer is. Reëlings vir die betaling van elektrisiteit en water is ook getref. Respondent het daarop die kontrak gekanselleer en appellant versoek om die meenthuis te ontruim. Nadat hy geweier het om aan hierdie versoek gehoor te gee, het appellant die elektrisiteit- en watertoevoer afgesny. Die hof beslis dat 'n

39 Vgl hfst 14 4 2 (middellike en onmiddellike beheer) waar die verteenwoordiger namens die prinsipaal optree.

40 1946 AD 1049 1055-1056.

41 1906 TS 120 122.

42 Vgl ook Kleyn *Proefskrif* 390 392-395.

43 1982 4 SA 82 T. Vgl ook hfst 13 6 3.

44 1984 3 SA 609 W.

spoliasiebevel toegestaan moet word.

In *Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavi*⁴⁵ het die respondent dekades lank water gebruik uit die Otavifontein wat op 'n plaas naby die dorp Otavi geleë was. Die water is in 'n opgaartenk gepomp vanwaar dit na die dorp gelei en onder die inwoners versprei is. Nadat die appellant die watertoevloei afgesny het, het die respondent suksesvol aansoek gedoen om 'n spoliasiebevel. Die appèl teen die bevel word van die hand gewys:

In *Zulu v Minister of Works, Kwazulu*⁴⁶ het die applikant aansoek gedoen vir die tersydestelling van 'n besluit van die respondente om die watertoevoer na sy huis te beëindig. Hy het vroeër 'n waterpyp op eie onkoste aan die pypstelsel van die koninklike huishouding gekonnekteer en hy het jare lank op hierdie wyse gratis water gekry. Nadat die watertoevoer beëindig is, het hy om 'n spoliasiebevel aansoek gedoen. Die aansoek is van die hand gewys op grond daarvan dat die applikant nie kon bewys dat hy fisiese beheer gehad het nie.

In die *Naidoo*-, *Froman*- en *Bon Quelles*sake is telkens beslis dat die persoon wat om die spoliasiebevel aansoek gedoen het, wel fisiese beheer uitgeoefen het waarop daar óf inbreuk gemaak is óf waarvan hy ontnem is deur die optrede van die spoliator.⁴⁷

45 1989 1 SA 508 A.

46 1990 1 SA 181 D.

47 Vgl *Naidoo v Moodley* 1982 4 SA 82 T 84: "In my opinion the use of the electricity was an incident of occupation which respondent had of the first floor of the dwelling. He occupied the top floor of the residence in question, not only by being physically present therein, but by using its appurtenances, including electrical installations and power," en: "(A)ppellant, by cutting off the electricity, substantially interfered with respondent's occupation of the premises in question." In *Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavi* 1989 1 SA 508 A haal ar Hefer soos volg aan uit *Jansen v Madden* (1968 1 SA 81 GW 84): "(A) person claiming such an order must therefore show that he is the holder of such a right and not merely that he claims such a right. An incorporeal such as a servitude cannot of course be possessed in the ordinary sense of the word and the possession is represented by the actual exercise of the right with the result that the refusal to allow a person to exercise the right will amount to a dispossession of such a right" (512). Hy laat hom dan soos volg uit: "'n Onliggaamlike saak soos 'n serwituut is natuurlik nie vatbaar vir fisiese 'besit' in dieselfde sin as wat daardie uitdrukking gebruik word met betrekking tot liggaamlike sake nie, maar wel vir *quasie possessio* wat bestaan uit die daadwerklike gebruik van die serwituut... In die samehang van die mandament van spolie neem, soos later sal blyk, die daadwerklike gebruik van die beweerde serwituut die plek van besit van 'n liggaamlike saak" (514). In *Zulu v Minister of Works, Kwazulu* 1992 1 SA 181 D, waar die aansoek afgewys is, laat

Regter Thirion verwys in die *Zulusaak*⁴⁸ met goedkeuring na Van der Walt⁴⁹ se gevolgtrekking dat die gevalle waar die mandament van spolie na bewering ter beskerming van quasibesit toegepas is, op enkele uitsonderings na sake was waarin dit eintlik toegepas is om fisiese beheer of kontrole oor liggaamlike sake te herstel waar die uitoefening van feitelike beheer of kontrole onderbroke was en nie eksklusief nie. Eweneens stem hy saam met Van der Walt se standpunt dat die houer van 'n serwituut van reg van weg oor 'n eiendom inderdaad fisiese beheer van die pad het.⁵⁰ Sy beheer is nie so omvattend en deurlopend soos dié van die eienaar of die huurder van die grond nie, maar strek net sover as sy gebruik daarvan. In die *Naidoosaak*⁵¹ beslis regter Eloff dat die respondent se beheer van die woning nie net behels het dat hy fisies daar teenwoordig was nie, maar ook dat hy van die elektrisiteit wat voorsien is, gebruik kon maak. Hy het dus direkte beheer oor die verdieping gehad wat hy gehuur het, terwyl die verhuurder deurentyd indirekte beheer daarvan gehad het. In die *Fromansaak* was daar ook twee persone wat beheer oor die meenthuis uitgeoefen het, naamlik die verkoper en die koper wat volgens ooreenkoms vóór registrasie van oordrag huurgeld moes betaal terwyl hy die huis bewoon het. Die respondent in die *Bon Quellesaak* het ook beheer oor die saak uitgeoefen vir sover hy die bevoegdheid uitgeoefen het wat hom ingevolge die serwituut toegekome het. Hierdie beheer van hom

r Thirion hom soos volg uit mvn (om) bg sake: "In all these cases the *spoliatus* had exercised physical control, one way or another, over corporeal property, although the control was not exclusive. The spoliator deprived him wholly or partially of this control and was ordered to restore his control to the extent to which he had deprived him of it" (186). Mbt daardie sake waarin die toevoer van elektrisiteit en/of watertoevoer beëindig is, sê hy die volgende: "Those installations formed part of the premises of which the *spoliatus* had control. The occupation of the premises extended to the use of the installations for the supply of water and electricity to the premises" (187). Hy kom tot die volgende gevolgtrekking: "Accepting then that what is protected by the remedy is the actual performance of acts which if lawfully performed would constitute the exercise of a right..." (188). Vgl ook ivm die *Naidoosaak* Van der Walt 1983 *THRHR* 237 238; 1984 429 430; De Waal 1984 *THRHR* 115. Sien ivm die *Fromansaak* Sonnekus 1985 *TSAR* 331 337. Vir die *Bon Quellesaak* vgl Van der Walt 1989 *THRHR* 444 448 449-450 451 452; contra Sonnekus 1989 *TSAR* 429 436 volgens wie die uitoefening van die diensbaarheid van watertrekking egter nie neerkom op 'n gedeeltelike beheer van die dienende erf nie. Sien ivm die *Zulusaak* Sonnekus 1992 *TSAR* 325 330-331. Sien verder ook Kleyn *Proefskrif* 394 395; 1986 *De Jure* 279 282 284. Vgl Kleyn *Proefskrif* 376-378 wat bevestig dat gedeeltelike ontneming van beheer genoegsaam is om spolie daar te stel.

48

190.

49

1989 *THRHR* 444 450.

50

1989 *THRHR* 444 450. Sien ook Sonnekus 1989 *TSAR* 429 436 volgens wie die uitoefening van 'n reg van weg neerkom op 'n gedeeltelike beheer van die dienende erf.

51

84.

was onderbroke en nie eksklusief nie, maar voldoende vir die verlening van die mandament. Regter Thirion beslis dan ook uitdruklik in die *Zulusaak*⁵² dat

in all these cases (waaronder die hier gemelde sake) the *spoliatus* had exercised physical control, one way or another, over corporeal property, although the control was not exclusive.

Dit bevestig met ander woorde eerstens dat beheer vir doeleindes van die mandament van spolie nie eksklusief hoef te wees nie en tweedens dat daar te alle tye meer as een persoon was wat feitelike beheer ten aansien van die betrokke saak uitgeoefen het. Dit gaan volgens Van der Walt⁵³ hier dus oor die onderbroke en beperkte beheer wat gewoonlik by die gebruik van die dienende saak deur die serwituuthouer aangetref word. 'n Persoon wat serwituutbevoegdheid of serwituutagtige handeling op 'n stuk grond uitoefen, kan dus ook op die mandament van spolie aanspraak maak indien hy onregmatig sy beheer ontsê word. In hierdie geval is daar weer van twee soorte beheer sprake, naamlik dié van die eienaar wat nog steeds bepaalde regte ten aansien van die grond behou, en dié van die serwituuthouer om die bevoegdheid wat hom ingevolge die serwituut toekom, uit te oefen. Die hof⁵⁴ verwys in hierdie verband na De Blécourt volgens wie daar verskillende regte ten aansien van dieselfde grondstuk kan wees wat in verskillende persone gesetel is wat almal op die mandament van spolie geregtig is. Die feit dat hulle nie eksklusiewe beheer oor die grond het nie, doen gevolglik nie daaraan afbreuk dat hulle beheer beskerm word nie. Hulle word geag beheer oor die saak uit te oefen, maar vir verskillende doeleindes en op verskillende wyses. Die eienaar se beheer sou as indirek omskryf kon word, terwyl die serwituuthouer se beheer direk uitgeoefen word. Eersgenoemde se beheer word deur laasgenoemde s'n ingeperk, maar nie heeltemal opgeskort nie en in bepaalde gevalle sou hy dan tog daarop kon aanspraak maak dat hy nog beheer oor die plaas uitoefen.

52 186.

53 1989 *THRHR* 444 450.

54 *Nienaber v Stuckey* 1946 AD 1049 1056: *Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 5de uitg 189.

Die direkte beheer wat deur die serwituuthouer uitgeoefen word, is objektief waarneembaar en die bestaan daarvan word aan die heersende verkeersmaatstawwe gemeet.⁵⁵ Alhoewel die eienaar onder meer vir doeleindes van beskerming nog steeds sekere bevoegdhede ten opsigte van die grond behou, is die indirekte beheer wat hy ten aansien daarvan uitoefen, nie fisies waarneembaar terwyl die serwituuthouer sy bevoegdhede onder die serwituut uitoefen nie, aangesien sy bevoegdhede daaruit bestaan dat hy die grond mag gebruik wanneer die serwituuthouer dit nie gebruik nie. Hulle kan in hierdie geval nie albei tegelyk die grond bewerk nie.⁵⁶

In *Bank van die Oranje Vrystaat v Rossouw*,⁵⁷ 'n saak waarin die applikant 'n vragmotor aan die respondent verhuur het en dit, nadat die paalemente agterstallig geraak het, teruggeneem het van 'n paneelklopper wat 'n retensiereg ten aansien daarvan gevestig het weens herstelwerk wat hy namens die respondent ten opsigte daarvan verrig het, beslis die hof dat daar geen spoliëering teenoor die huurder (respondent) plaasgevind het nie aangesien hy van sy beheer afstand gedoen het toe hy die vragmotor aan die paneelklopper oorhandig het. Van der Walt⁵⁸ is egter van mening dat die applikant, in die lig van die eiesoortige oorwegings wat voortspruit uit die doel en aard van die mandament van spolie, voldoende fisiese beheer oor die saak gehad het aangesien hy "fisies of feitelik" in staat was om weer beheer oor die vragmotor uit te oefen "bloot" deur die herstelkoste aan die paneelklopper te betaal. Hy beroep hom op Van der Merwe⁵⁹ volgens wie die objektiewe maatstaf ten einde te bepaal of die persoon wat beweer dat hy in beheer was, inderdaad voldoende fisiese beheer behou het om die mandament van spolie in te stel, die vraag is of hy in staat was om fisiese beheer oor die saak met uitsluiting van ander persone te herwin nadat hy tydelik daarvan afstand gedoen het. Van der Walt voer dus aan dat die respondent die tydelike verlies van beheer kan beëindig deur die paneelklopper te

55 Vgl *Nienaber v Stuckey* 1046 AD 1049 1056-1057.

56 Dit is egter wel in die geval van sekere serwitute moontlik dat sowel die eienaar as die serwituuthouer hulle bevoegdhede fisies tegelykertyd kan uitoefen, soos in die geval waar die serwituuthouer 'n reg van weg oor sy buurman se plaas het en die betrokke pad gevolglik deur beide benut word.

57 1984 2 SA 644 K.

58 1984 THRHR 220 228-229.

59 1979 70.

vergoed vir sy dienste. Met hierdie argument kan daar egter nie saamgestem word nie. Alhoewel daar toegegee word dat die respondent se fisiese beheer moontlik nie beëindig is toe hy die saak met die oog op die herstelwerk aan die paneelklopper oorhandig het nie (gesien die maatstaf dat fisiese beheer *final* beëindig moet word en nie bloot tydelik nie⁶⁰), het die paneelklopper 'n sterker fisiese beheer oor die vragmotor verkry toe hy sy retensiereg gevestig het en dit is aanduidend daarvan dat die oorspronklike verhouding beëindig is.⁶¹

In *Allan & David (Pty) Ltd v Ingram*⁶² het die eiser die prys van vyf paneelwaens van verweerder (likwidateur van B maatskappy) geëis. Alhoewel die eiser vir B toegelaat het om veranderinge aan die paneelwaens aan te bring ten einde dit in mobiele klinieke vir die Kersfeesfonds te verander, het hy geweier dat B die paneelwaens op krediet koop en gesê dat die voertuie nie geregistreer kan word alvorens hulle betaal is nie. Hy het gevolglik die duplikaatsleutels, petroldoppies, waarborg en diensboek teruggehou as bewys daarvan dat hy eiendomsreg ten aansien van die voertuie behou. Nadat B-maatskappy gelikwideer is, is die voertuie verkoop en die opbrengs daarvan in 'n rekening inbetaal. Die hof beslis dat dit 'n kontantkoop was en dat eiendomsreg gevolglik nie kon oorgaan alvorens betaling geskied het nie. Daar word verder beslis dat die eiser nie in terme van die Insolvensiewet⁶³ die eiendom terug hoef te geëis het nie aangesien hy nooit van eiendomsreg of selfs van "possession in the true legal sense"⁶⁴ afstand gedoen het nie - B het slegs detentio (fisiese beheer) van die paneelwaens gehad vir 'n bepaalde doel.

Regter Foxcroft beslis⁶⁵ met verwysing na *Commissioner of Customs & Excise v Randles Brothers & Hudson Ltd*⁶⁶ dat eiendomsreg van roerende goed nie oorgaan wanneer die kontrak gesluit word nie, maar wel wanneer lewering plaasvind met die bedoeling aan die kant van die vervreemder om eiendomsreg oor te dra gepaard met

60 Sien Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 239.
61 Vgl Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 239.
62 1989 3 SA 333 K.
63 24 van 1936 art 36.
64 341.
65 339.
66 1941 AD 369 398.

die ontvanger se bedoeling om eiendomsreg te ontvang. Dit is duidelik dat dit nie in hierdie saak die geval was nie. Volgens die hof het B 'n "very limited form of possession"⁶⁷ gekry. Eiser het die voertuie nog steeds as sy eiendom beskou. Die hof beslis dat die eiser deurentyd eiendomsreg behou het. B het net fisiese beheer van die paneelwaens gehad vir 'n beperkte en omskrewe doel, en dit kon nooit in eiendomsreg oorgaan nie - selfs nie eens as hy die geld sou betaal het nie - aangesien hy nie die nodige bedoeling daarvoor gehad het nie. Hy het die veranderinge aan die voertuie aangebring in opdrag van die Kersfeesfonds wat ná die omskakelings en betaling van die koopprys as eienaar van die paneelwaens geregistreer sou word. Die hof sluit af deur te sê dat die eiser "never ceased to hold the vehicles"⁶⁸ en te alle tye eiendomsreg daarvan behou het. Uit die feite van hierdie saak blyk dit duidelik dat B direkte beheer oor die voertuie gehad het, maar dat die eiser dit ook deurentyd gehou het in die sin dat hy *indirekte* beheer daarvoor gehad het (deurdat hy die duplikaatsleutels, waarborg, diensboek ensovoorts teruggehou het). Daar was dus die hele tyd direkte beheer deur B en indirekte beheer deur die eiser. Omdat B nie in opdrag van die eiser of as sy verteenwoordiger of agent opgetree het nie, kan daar nie in hierdie geval van middellike beheer gepraat word nie. Hierdie is dus 'n geval waar twee persone heeltemal afsonderlik van mekaar (aangesien daar geen regsverhouding tussen hulle bestaan nie) tegelykertyd beheer oor die betrokke sake in die geheel uitgeoefen het - elkeen vir sy eie doeleindes en op verskillende wyses. Daar sou geargumenteer kon word dat die mandament van spolie in bepaalde omstandighede ter beskikking van albei sou kon wees. Indien, byvoorbeeld, die voertuie onregmatig deur 'n derde uit B se fisiese beheer verwyder sou word, sou hy (of, in die alternatief, die eiser as eersgenoemde sou nalaat om dit te doen) oor die mandament van spolie as remedie beskik. Die eiser het immers deurentyd beheer van die voertuie behou⁶⁹ terwyl B ook beheer daarvoor uitgeoefen het. Albei partye voldoen aan die beheervereiste wat daar vir die mandament gestel word. Dit is gevolglik noodsaaklik dat die indirekte beheerverhouding ook erken moet word.

67 339.

68 342.

69 Vgl die gevolgtrekking waartoe die hof geraak het, nl dat die eiser "never ceased to hold the vehicles".

Medebeheer in die geheel van dieselfde saak verdien met ander woorde erkenning ten einde regverdige en billike resultate in die praktyk teweeg te bring.

14 4 2 Middellike en onmiddellike beheer

Daar bestaan geen sekerheid of sowel die middellike as die onmiddellike beheerder van 'n spesifieke saak albei in hulle beheer daarvan beskerm word nie. Middellike verteenwoordiging kom in *Mbuku-v-Mdinwa*⁷⁰ ter sprake. In hierdie saak het 'n verteenwoordiger namens die eienaar na 'n aantal beeste wat laasgenoemde geërf het, omgesien. Die hof bevestig⁷¹ dat fisiese beheer óf persoonlik óf deur middel van 'n verteenwoordiger uitgeoefen kan word.⁷² Hoofregter Hefer aanvaar⁷³ dat 'n verteenwoordiger wat geen belang het by die saak wat hy namens sy prinsipaal hou of wat geen voordeel daaruit verkry nie,⁷⁴ nie op die mandament van spolie geregtig is nie. Hy wys daarop dat dit 'n remedie is wat die "possessor" toekom, en dat, sover sy kennis strek, dit nog nooit aan 'n blote "detentor" verleen is nie. Hierdie houer (detentor) het geen bedoeling om die saak vir sy eie voordeel te hou nie. Wanneer 'n agent dus 'n saak namens sy prinsipaal hou, is dit nie die agent wat possessio het nie, maar die prinsipaal. Die agent is in hierdie geval net 'n blote houer. Hy kan tegnies as die onmiddellike beheerder en die prinsipaal as die middellike beheerder van die saak beskou word. Volgens die hof sou die agent hom ook op die mandament van spolie kon beroep indien hy 'n belang in die saak sou hê.⁷⁵ Volgens Van der Merwe⁷⁶ is daar wel 'n moontlikheid dat sowel die middellike as die onmiddellike beheerder⁷⁷ van die saak wat die bedoeling het om voordeel uit die saak te trek,

70 1982 1 SA 219 Tk.

71 MvN De Groot *Inleyding* 2 2 4 (Maasdorp se vertaling) (221).

72 Vgl ook die ander gesag aangehaal (221).

73 222.

74 Vgl hfst 12 7 2 vir die vereistes van die mandament van spolie.

75 222. Delpont & Olivier 1985 74-75 stel egter die vraag of 'n verteenwoordiger nie ex contractu altyd 'n bedoeling het om een of ander voordeel uit die saak te trek nie. Vgl in dié verband ook Van der Merwe 1989 114.

76 1989 114.

77 Indien die begrippe middellike en onmiddellike beheer beperk sou word tot gevalle waar 'n verteenwoordiger 'n saak namens 'n opdraggewer sou beheer, terwyl daar van direkte en indirekte beheer gepraat sou word in daardie gevalle waar beide die beheerders die bedoeling het om voordeel te verkry, sou dit veel daartoe bydrae om verwarring uit die weg te ruim. Let daarop dat die verteenwoordiger of dienaar volgens Van der Merwe 1989 113-114 indirekte

toegang tot die mandament van spolie het. Dit wil voorkom of die enigste vereiste wat hier gestel word, is dat albei die bedoeling moet hê om voordeel uit die beheer van die saak te trek.⁷⁸

In *Muller v Muller*⁷⁹ daarenteen, beslis die hof dat 'n agent, net soos die prinsipaal, wel op die mandament van spolie kan aanspraak maak. Sonnekus⁸⁰ is egter van mening dat indien die agent slegs die bedoeling het om namens die prinsipaal te hou, hy nie in sy persoonlike hoedanigheid aan die fisiese element voldoen nie.⁸¹ Slegs die prinsipaal is dan op die mandament geregtig. Delport en Olivier⁸² wys daarop dat die werklike probleem in hierdie geval (van verteenwoordigers en prinsipale) die vraag is wie nou eintlik die saak beheer, die verteenwoordiger of die prinsipaal? Indien daar aanvaar word dat meerdere persone dieselfde saak tegelykertyd in die geheel kan beheer, maar op verskillende wyses, sou dit uiteraard die aangeleentheid oplos.

In *Scholtz v Faifer*⁸³ beslis die hof dat 'n retensiereghouer 'n verteenwoordiger mag aanstel om sy possessio te handhaaf en dat hy gevolglik nie die nodige beheer persoonlik hoef uit te oefen nie. In hierdie geval kan daar dan van middellike beheer gepraat word: Die retensiereghouer is die middellike beheerder en die verteenwoordiger die onmiddellike beheerder (met ander woorde die persoon wat daadwerklike fisiese beheer uitoefen). Laasgenoemde verkry geen voordeel uit die

beheer uitoefen, terwyl die prinsipaal geag word direkte beheer uit te oefen. Hierdie gebruik van terminologie is egter verwarrend in die lig daarvan dat dit die verteenwoordiger is, en nie die prinsipaal nie, wat in 'n direkte fisiese verhouding ten aansien van die saak staan en wat direkte beheer oor die saak uitoefen. Dit is verkieslik om te sê dat lg die saak indirek dmv die verteenwoordiger beheer.

78 Vgl hfst 12 7 2.

79 1915 TPD 28.

80 1978 SALJ 217.

81 Hy hou dus glad nie namens homself nie, maar slegs ten behoeve van die prinsipaal. Vgl in dié verband *Jefferson, Executor of Stewart v De Morgan* 1882 2 EDC 205 220-221 waar daar by monde van r Shippard beslis word dat besit op grond van 'n persoon se bedoeling behoue kan bly deur middel van 'n ander persoon se fisiese beheer. Die betrokke verteenwoordiger in die saak het nie die huurgeld besit nie, hy het geen juridiese besit (ius possessionis) gehad nie, maar net blote detentio of naturalis possessio. Hier word daar dus geen erkenning verleen aan die opdraggewer se volgehoue beheer nie, maar slegs toegegee dat hy dmv sy blote bedoeling beheer kan behou.

82 1985 74.

83 1910 TPD 243 246.

fisiese beheer nie, en die middellike beheerder, wat geen feitlike beheer ten aansien van die saak het nie, is die een wat op die voordeel asook die beskerming geregtig is.

Daar is reeds in *Welgemoed v Coetzer*⁸⁴ beslis dat dit vir doeleindes van verkrygende verjaring heeltemal moontlik is dat 'n agent deur middel van natuurlike beheer die regmatige beheer van die prinsipaal kan vestig op voorwaarde dat die prinsipaal daarvan kennis dra. Voet⁸⁵ word aangehaal ter ondersteuning van hierdie beginsel. Ook in hierdie geval word die agent as 'n onmiddellike beheerder beskou wat nie persoonlik by die beheer van die saak baat nie, maar slegs namens die ware (middellike) beheerder fisiese beheer uitoefen.

Die hof beslis in *De Jager v Harris NO and the Master*⁸⁶ met verwysing na *Scholtz v Faifer*⁸⁷ dat die fisiese beheer wat deur 'n huurder (verteenwoordiger) uitgeoefen word, voldoende is om 'n retensiereg te vestig en te behou. Daar word ook beslis dat die huurder beheer van die eiendom oorgeneem het en dat hy deurentyd as die eienaar se verteenwoordiger opgetree het en dit namens hom beheer het.⁸⁸ Dit is met ander woorde nie noodsaaklik dat die vereiste fisiese beheer vir 'n retensiereg persoonlik uitgeoefen hoef te word nie. Die huurder, wat in opdrag van die eienaar die saak vir 'n spesifieke doel beheer het, was dus die onmiddellike beheerder daarvan, terwyl die eienaar die middellike beheerder was. Fisiese beheer word deur die verteenwoordiger (die huurder) uitgeoefen, maar die prinsipaal behou deurentyd die bedoeling om die saak te beheer. Die hof beslis vervolgens ook dat die verhuurder nie van sy beheer afstand gedoen het toe hy die saak aan die verteenwoordiger se

84 1946 TPD 701 714-715. Hierdie standpunt word in *Strydom v de Lange* 1970 2 SA 6 T 11-12 bevestig deur r Steyn wat aanvaar dat 'n persoon dmv sy agent beheer kan uitoefen.

85 *Commentarius ad Pandectas* 41 2 8.

86 1957 1 SA 171 SWA 179.

87 1910 TPD 243 247.

72 "It is also expressly stated in the above-mentioned judgment that in order to preserve his possession, a lienholder may place a representative in charge. There is therefore no question of his having to exercise the necessary control or possession personally" (179) en: "I have no difficulty in accepting that Visser, the tenant, was at all relevant times acting as applicant's agent to preserve his ius retentionis" (180).

onmiddellike beheer oorgedra het nie,⁸⁹ maar dat hy in beginsel nog steeds geag word sowel in staat te wees om beheer oor die eiendom uit te oefen kragtens die voorwaardes van die huurkontrak as om te verhinder dat beheer van die eiendom aan 'n derde oorgedra word.⁹⁰ Hy behou beheer, en indien die huurder of verteenwoordiger van sy beheer ontnem word, sou óf laasgenoemde self óf die eienaar deur middel van die mandament van spolie kon eis dat beheer herstel word. Dit is 'n vereiste vir die mandament van spolie dat beheer uitgeoefen moes gewees het deur die persoon wat op die remedie aanspraak maak; en indien hy die bevoegdheid sou hê om dit te gebruik, beteken dit dat hy een of ander vorm van beheer oor die saak moes behou het. Delport en Olivier⁹¹ maak die afleiding dat sowel die huurder as die verhuurder in so 'n geval die saak beheer. Hulle stel voor dat daar in gevalle van huurder en verhuurder asook verteenwoordiger en prinsipaal moontlik gesê kan word dat hulle nie onder mekaar die betrokke saak in die geheel beheer nie, maar dat "so iets vir alle praktiese doeleindes wel teenoor buitestaanders moontlik is". Hieruit blyk weer eens dat die praktyk inderdaad 'n behoefte voel aan die erkenning van meerdere beheerders van dieselfde saak in die geheel.

Die fisiese beheer wat deur die onmiddellike beheerder uitgeoefen word, is duidelik waarneembaar, en word soos gebruiklik gemeet aan die verkeersmaatstawwe wanneer fisiese beheer bepaal moet word, terwyl dié van die middellike beheerder nie objektief sigbaar is nie.

Sonnekus en Neels⁹² verwys ook na *S v Masilo*⁹³ waarin medebesit as 'n moontlikheid deur die hof erken is sonder dat daar aan die implikasies van so 'n beslissing uitdrukking gegee is. Die hof se alternatief, naamlik dat daar moontlik 'n verhouding van prinsipaal en agent tussen hulle bestaan het, lewer volgens Sonnekus

89 Hy het immers nie finaal nie, maar slegs tydelik, van die beheer afstand gedoen, en behou deurentyd die bedoeling om dit weer op te neem.

90 Vgl ook Delport & Olivier 1985 75; Van der Merwe 1989 114.

91 1985 75.

92 1994 130 160.

93 1963 4 SA 918 T 920: "Die waarskynlikheid op hierdie feite en afleidings is dat hulle twee gesamentlike beheer oor en dus besit van die dagga gehad het of dat 'n verhouding van prinsipaal en agent tussen hulle twee bestaan het."

en Neels⁹⁴ egter probleme op. Hulle wys daarop dat indien die hof die tradisionele verhouding van prinsipaal en verteenwoordiger in gedagte gehad het toe hy hierdie uitspraak gemaak het, dit sou beteken dat die verteenwoordiger slegs die bedoeling gehad het om die dagga namens die prinsipaal te hou, en dat die prinsipaal gevolglik die enigste besitter van die dagga was: Die agent was met ander woorde bloot 'n houer daarvan. Laasgenoemde oefen dus onmiddellike fisiese beheer oor die betrokke saak uit, terwyl eersgenoemde slegs die bedoeling het om deur middel van sy agent beheer daarvoor uit te oefen. In die lig van die bespreking hierbo, is dit egter duidelik dat albei as beheerders van dieselfde saak op dieselfde tydstip beskou word: Die prinsipaal as middellike beheerder en die agent as onmiddellike beheerder.⁹⁵

In *Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein*⁹⁶ is uitdruklike erkenning verleen aan die bestaan van die moontlikheid van middellike beheer. 'n Persoon kan gevolglik, in 'n geval waar die feitelike beheer namens hom deur 'n derde uitgeoefen word, as beheerder van 'n saak beskou word ten spyte daarvan dat hyself geen daadwerklike beheer oor die saak uitoefen nie. Daar is hier met ander woorde tegelykertyd van twee soorte beheer sprake, naamlik middellike en onmiddellike beheer. Die middellike beheerder oefen geen feitelike beheer uit nie, maar die onmiddellike beheerder wel. Alhoewel eersgenoemde nie daadwerklike beheer uitoefen nie, word daar nietemin vir bepaalde doeleindes gereken dat hy wel beheer oor die betrokke saak het. Die agent of verteenwoordiger, wat bloot as houer optree, oefen onmiddellike beheer oor die saak uit, terwyl die middellike beheerder, wat nie enige daadwerklike beheer oor die saak uitoefen nie, wel geag word beheer oor die saak te hê vir byvoorbeeld die doel van beskerming. Indien die saak onregmatig deur 'n derde

94 1994 160.

95 Beide soorte hoef nie noodwendig sakereglik relevant te wees nie, maar een of albei kan in sekere omstandighede strafreglik relevant wees.

96 1980 3 SA 917 A 922: "Die erkenning van die bestaan van die moontlikheid van middellike besit - nl dat een persoon besitter (*possessor*) kan wees alhoewel hy self geen regstreekse daadwerklike beheer oor die saak voer nie, maar iemand anders (*detentor*) dit namens hom doen - skep egter die moontlikheid van besitsoordrag deur blote ooreenkoms." Vgl ook 923 waar r Jansen praat van die "toepassing van die leerstuk van middellike beheer". Sien verder *R v Binns* (1961 2 SA 104 T 107) waar r Jansen corpus omskryf as die fisiese beheer deur 'n persoon oor 'n saak. Dit bestaan óf uit direkte fisiese beheer deur die betrokke persoon oor 'n saak óf uit middellike beheer deur 'n ander wat namens eersgenoemde beheer uitoefen.

toegeëien sou word, sou die middellike beheerder hom op die mandament van spolie kon beroep en dit impliseer dat hy beheer oor die saak gehad het voordat dit deur die derde van hom ontnem is. Daar is gevolglik twee persone wat die saak in die geheel fisies op dieselfde tydstip beheer.

Dit volg uit hierdie bespreking dat die middellike en die onmiddellike beheerder vir bepaalde doeleindes geag word die saak tegelykertyd fisies te beheer in weerwil daarvan dat dit nie daadwerklik deur die middellike beheerder (die prinsipaal) beheer word nie. Sy beheer kan dus nie (soos in die geval van die onmiddellike beheerder) aan die verkeersmaatstawwe gemeet word nie tensy dit dienooreenkomstig uitgebrei word nie. Fisiese beheer word egter om doelmatigheidsredes aan hom toegeskryf ten spyte daarvan dat dit nie objektief waarneembaar is nie.

14 5 Samevatting

Dit volg uit voorgaande bespreking van Suid-Afrikaanse hofbeslissings waarin daar uitdruklike of stilswyende erkenning aan medebeheer in verskeie vorms verleen is, dat daar wel in die praktyk 'n wesenlike behoefte aan so 'n regsfiguur bestaan.⁹⁷ Medebeheer is hiervolgens reeds erken in gevalle van: (a) Medebeheer deur meerdere partye wat die saak in die geheel tegelykertyd gemeenskaplik beheer; (b) Medebeheer deur partye wat die saak in die geheel tegelykertyd individueel beheer; en (c) Medebeheer deur meerdere partye wat dieselfde saak in die geheel tegelykertyd op verskillende wyses beheer.

Formele erkenning van medebeheer as regsfiguur sal tot gevolg hê dat die regsteorie in lyn met die praktyk en moderne lewensomstandighede gebring word en dat billike en regverdigde beslissings sonder probleme of geforseerde teorieë gemaak kan word. Deur telkens die wyse van medebeheer te omskryf in terme van die verskillende

97 Vgl Kleyn *Proefskrif* 359 volgens wie die erkenning van medebeheer deur die howe beteken dat die medebeheerders in daardie gevalle almal ook aan die fisiese vereiste tov die saak voldoen het. Al die beheerders pleeg beheerdade tav die saak of sake en almal beheer dit gevolglik met sowel die animus as die corpus.

kategorieë soos hierbo uiteengesit, sal dit duidelik blyk wat in elke besondere geval bedoel word en wat die inhoud van die fisiese beheer is.

In eersgenoemde geval, naamlik waar daar meerdere persone is wat tegelykertyd die saak in die geheel gemeenskaplik beheer, sal die betrokke partye almal dieselfde tipe beheer ten aansien van die saak uitoefen. Hulle sal derhalwe almal direkte beheer oor die saak uitoefen wat objektief waargeneem kan word en wat in ooreenstemming sal wees met die heersende verkeersopvattinge oor die beheer van die spesifieke soort saak.⁹⁸ Die beheer wat in hierdie gevalle deur die partye uitgeoefen word ten opsigte van 'n spesifieke saak, sal uiteraard nie eksklusief wees nie. Dit strook met aanvaarde verkeersopvattinge aangesien daar algemeen toegegee word dat byvoorbeeld eggenote of vennote tegelykertyd beheer oor dieselfde saak kan uitoefen. In die geval van gebonde regsverhoudings (byvoorbeeld huwelike binne gemeenskap van goed en vennootskappe) sal die gesamentlike uitoefening van die partye se beheer ten aansien van bepaalde sake deur die onderliggende regsverhouding bepaal word. Die heersende verkeersmaatstawwe ten aansien van die betrokke saak en die aard van die verhouding sal telkens toegepas word ten einde te bepaal of voldoende (of enige) beheer in 'n spesifieke geval uitgeoefen word al dan nie.⁹⁹ Wanneer daar 'n vrye regsverhouding tussen die partye is, is hulle in beginsel daarop geregtig om enige tipe beherdaad ten opsigte van die betrokke saak uit te oefen en elke geval sal gevolglik in die lig hiervan beoordeel moet word.¹⁰⁰

In die tweede geval, te wete waar meerdere persone elkeen individueel tegelykertyd beheer oor 'n saak in die geheel uitoefen, sal die fisiese beheer wat deur die partye uitgeoefen word oënskynlik met dié in die vorige geval ooreenstem. Enige objektiewe waarneming van die fisiese beheer wat oor die saak uitgeoefen word, sal dus met die vorige geval ooreenstem. Die enigste verskil sal daarin geleë wees dat die partye die saak individueel beheer en nie gesamentlik nie: Hulle sal met ander woorde daarvan bewus wees dat daar geen regsverhouding tussen hulle bestaan nie. Beheer in hierdie

98 Vgl hfst 13.

99 Vgl Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 38-39.

100 Sien Olivier, Pienaar & Van der Walt 1992 39.

gevalle sal uit die aard van die saak ook nie eksklusief wees nie want die een retensiereghouer sal byvoorbeeld nie regmatig 'n ander een kan uitsluit nie. Elke beheerder se feitelike beheer sal egter individueel beoordeel word ten einde te bepaal of dit in 'n bepaalde geval afdoende is.

Laasgenoemde geval, met ander woorde waar meerdere persone dieselfde saak in die geheel tegelykertyd op verskillende wyses beheer, bied egter meer probleme aangesien die fisiese beheer wat die indirekte en die middellike beheerders toegereken word gewoonlik nie objektief waarneembaar is nie. Omdat beheer gewoonlik van publisiteit afhanklik is, sal dit veral in die gevalle van indirekte en middellike beheer moeilik wees om vas te stel of daar inderdaad beheer uitgeoefen word. Daar moet egter telkens na die omstandighede van die bepaalde geval gekyk word ten einde te bepaal of beheer inderdaad deur twee persone uitgeoefen word en wat die aard en omvang daarvan is. Die doel waarvoor daar navraag gedoen word, sal bepaal wat die vereiste beheer moet wees. Indien gevind word dat dit wel deur meerdere persone uitgeoefen word, sal dit nie afbreuk doen aan die bestaan van die beheer van die indirekte of middellike beheerder dat die beheer wat deur hulle uitgeoefen word, verskil van dié van die direkte of onmiddellike beheerders nie. Daar word in sodanige gevalle dus erkenning gegee aan fisiese beheer wat as gevolg van die vereistes van die praktyk op verskillende wyses uitgeoefen word.

AFDELING 5: SLOT

HOOFSTUK 15: SLOTOPMERKINGS

15 1 Inleiding

Die doel van hierdie ondersoek was om vas te stel hoe fisiese beheer as begrip in die Suid-Afrikaanse sakereg omskryf word en wat die funksies daarvan is. Ten einde dit te kon doen, is daar navorsing gedoen oor drie spesifieke onderwerpe in die sakereg, naamlik eiendomsreg, besit en pand. Daar is in elke geval gekyk na daardie aspekte van die betrokke regsinstelling waar fisiese beheer ter sake is. Hierdie drie onderwerpe is bespreek in 'n regshistoriese, regsvergelende en Suid-Afrikaanse verband.

15 2 Slotsom van die regshistoriese afdeling

In die regshistoriese afdeling word die tydperk vanaf die Romeinse reg tot die kodifikasie van die Wes-Europese regstelsels behandel. Dit strek dus oor 'n periode van meer as tweeduisend jaar, en dit is interessant om op te let of en hoe die fisiese beheerelement van die verskillende onderwerpe wat ondersoek is, naamlik eiendomsreg, besit en pand, in hierdie tydperk ontwikkel en verander het.

Met betrekking tot die verkryging van eiendomsreg is daar deurgaans vereis dat die verkryger deur middel van een of ander daadwerklike of konstruktiewe korporele handeling die saak onder sy beheer moes bring. Hy moes in staat wees om effektiewe beheer ten aansien van die saak uit te oefen en daar is telkens aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe bepaal of hy inderdaad die saak kon beheer ter uitsluiting van derdes. Met uitsondering van die formele regshandeling van die Romeine (*mancipatio* en *in iure cessio*), wat as gevolg van verskeie redes taamlik gou verval het, was daar nooit enige spesifieke voorskrifte vir die wyses waarop eiendomsreg van roerende goedere verkry kon word nie. Mits die verkryger die bedoeling gehad het om eienaar van 'n saak te word, kon hy deur middel van enige korporele handeling (wat besonder vry uitgelê is) wat tot gevolg gehad het dat hy effektiewe beheer van die saak verkry het, eiendomsreg ten aansien daarvan vestig. Daar was geen spesifieke voorskrifte met betrekking tot die vorm, aard of omvang van

beheer nie en dit het daartoe gelei dat verkeersmaatstawwe 'n groot rol vervul het. Dit was baie belangrik, want eerstens is die gemeenskap se gevoel van geregtigheid en billikheid in die verkeersmaatstawwe weerspieël en tweedens was die verkeersmaatstawwe buigsaam en veranderlik, en kon dit aanpas by veranderde omstandighede en behoeftes.

Die Romeine het die hele aangeleentheid ten opsigte van die verkryging van besit kasuïsties benader en geen algemene reëls geformuleer nie. Dit was ook die uitgangspunt gedurende die res van hierdie tydperk. Enige daadwerklike of konstruktiewe korporele handeling (wat weer eens baie wyd omskryf is) wat tot gevolg gehad het dat die verkryger beheer van die betrokke saak verkry het, is as genoegsaam beskou. Hy moes daardeur in staat gestel wees om die saak daadwerklik te beheer ter uitsluiting van derdes en om gesag daarvoor uit te oefen.

Alhoewel die Romeine aanvanklik uitgegaan het van die standpunt dat voortdurende daadwerklike beheer noodsaaklik was vir die behoud van beheer, het hulle gou van hierdie vereiste afgesien en daarna is besit geag voort te bestaan solank as wat die besitter in staat was om beheer oor die saak uit te oefen. Dit was ook die standpunt wat regdeur die romanistiese tradisie aangehang is. Indien 'n persoon se vermoë om oor die saak te beskik volkome en finaal beëindig is, het hy besit daarvan verloor. Besitverlies het dus gepaard gegaan met 'n permanente verlies van die korporele verhouding tussen die (voormalige) besitter en die saak.

Uit hierdie ondersoek blyk dit ook dat gelyktydige besit van 'n saak in die geheel deur meerdere persone nie moontlik was nie. Gedurende hierdie hele periode is besit in 'n besondere reële lig gesien en dit was vir hulle dus onmoontlik dat twee mense op dieselfde plek kon staan of sit. Daar is gevolglik aanvaar dat twee (of meer) persone nie tegelyk dieselfde saak fisies in die geheel kon beheer nie. Dit was wel moontlik dat meerdere persone op dieselfde tydstip verskillende vorms van besit ten aansien van 'n saak kon uitoefen. Besit is derhalwe baie letterlik vertolk as sou dit 'n suiwer fisiese begrip gewees het.

Die funksie van fisiese beheer in die geval van sowel eiendomsreg as besit was publisiteit. Dit moes uit die handeling van die eienaar of besitter blyk dat die persoon in beheer van die saak was of dat hy beheer daarvan verloor het. Die belangrike rol van verkeersmaatstawwe volg logies hieruit.

Vir die vestiging en behoud van 'n pandreg was lewering en voortdurende beheer van die pandsaak geen vereiste by die Romeine nie en hierdie standpunt is ook deur die Glossatore, Kommentatore en Humaniste gevolg. Die skrywers uit die tydperk van die *Usus Modernus Pandectarum* het lewering egter as noodsaaklik vir die vestiging van 'n pandreg beskou en hulle was ook van mening dat voortdurende beheer van die pandsaak 'n vereiste was vir die behoud van die pandreg. Hulle is hierin nagevolg deur die Nederlandse regsgeleerdes van die sewentiende en agtiende eeue, behalwe dat die skrywers van laasgenoemde tydperk nie voortdurende beheer vir die behoud van 'n pandreg as vereiste gestel het nie. Alhoewel die regs skrywers van die Historiese Skool ook van mening was dat lewering en voortdurende beheer van die pandsaak noodsaaklik was vir die vestiging en behoud van 'n pandreg, het hulle opvolgers, die Pandektiste, dit nie vereis nie. Die *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* van 1794 het egter lewering en behoud van die pandsaak vereis. In Frankryk het Pothier op sy beurt nie vereis dat die saak gelewer moes word vir die vestiging of voortdurend beheer moes word vir die behoud daarvan nie. Die *Code Civil* het egter weer uitdruklik lewering as vereiste gestel vir vestiging van 'n pandreg en voortdurende beheer vir die behoud daarvan. Uit hierdie kort oorsig blyk dit dat lewering en voortdurende beheer gedurende sommige tydperke nodig was vir die vestiging en behoud van 'n pandreg, terwyl dit tydens ander periodes nie 'n vereiste was nie. Daar is geen klaarblyklike redes daarvoor nie. Gedurende daardie tydperke waartydens dit wel as vereiste gestel is, was publisiteit en sekuriteit die funksies van fisiese beheer, terwyl dit andersins geen besondere funksie vervul het nie aangesien die bedoeling van die partye deurslaggewend was.

15 3 Slotsom van die regsvergelende afdeling

Uit die regsvergelende ondersoek blyk dit dat sowel die Duitse as die Nederlandse

reg vir die verkryging van eiendomsreg op oorspronklike wyses 'n toe-eieningshandeling vereis wat die verkryging van daadwerklike beheer ten aansien van die betrokke saak tot gevolg het. Hierdie handeling word nie omskryf nie en word baie wyd uitgelê. In die Duitse reg word vereis dat die verkryger inderdaad feitelike beheer ten aansien van die saak moet uitoefen, maar in die Nederlandse reg is dit heeltemal genoegsaam indien die moontlikheid vir beheeruitoefening bestaan. Die feitelike beheer wat vereis word, word nooit omskryf nie en word besonder wyd vertolk: So is onmiddellike, direkte en indirekte, middellike en ook medebeheer aanvaarbaar. In beide regstelsels word daar aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe bepaal of daadwerklike beheer wel uitgeoefen word of uitgeoefen kan word. Daadwerklike beheer behels altyd eerstens die moontlikheid om op die saak in te werk en tweedens die vermoë om derdes daarvan uit te sluit. Die vereistes wat gestel word vir die verkryging van daadwerklike beheer is strenger as dié vir die behoud daarvan. Nadat daadwerklike beheer eers eenmaal gevestig is, hoef dit nie meer voortdurend uitgeoefen te word nie en daar word slegs vereis dat die moontlikheid moet voortbestaan om dit wel te doen. Die funksie van fisiese beheer is altyd publisiteit, maar as gevolg van die uitbreiding van die beheerbegrip sal die publisiteitswaarde minder wees as gedurende die historiese tydperk en sal die geleentheid vir benadeling van derdes groter wees.

In die geval van die verkryging van eiendomsreg op afgeleide wyse, met ander woorde deur middel van lewering, vereis albei hierdie regstelsels dat die verkryger deur die leweringshandeling in staat gestel moet word om die saak daadwerklik te beheer. In die Nederlandse reg word daar nie meer vereis dat die saak fisies in ontvangs geneem moet word nie. Dit word as voldoende beskou indien die verkryger die reg op heerskappy ten aansien van die saak verkry. Feitelike beheer is sodoende uitgebrei na maatskaplik erkende beheer wat steeds aan die hand van die verkeersopvattinge getoets word. Dieselfde leweringswyses as wat reeds deur die Romeine erken is word nog steeds gebruik, en 'n nuwe metode is toegevoeg, naamlik attornment. Hierdie wyse van lewering is genoodsaak deur moderne ekonomiese behoeftes en dit is moontlik gemaak deur die erkenning van middellike beheer.

Die funksie van fisiese beheer bly deurgaans publisiteit, maar die erkenning van leweringsmetodes soos constitutum possessorium en attornment asook die feit dat die Nederlandse reg net vereis dat die verkryger in staat moet wees tot daadwerklike beheer en dat hy gevolglik nie feitelik beheer moet uitoefen nie, het tot gevolg dat die waarde van publisiteit grootliks afgeneem het. Derdes kan beslis nie meer altyd staatmaak op die oënskynlike nie en daar is gevolglik 'n wesenlike gevaar van benadeling. Die verpligting op buitestaanders om ondersoek in te stel ten einde vas te stel wat die ware posisie is, word steeds groter na gelang die realiteit al hoe minder deur die sigbare weerspieël word.

Besit gaan gewoonlik verlore wanneer daadwerklike beheer of die vermoë om daadwerklike beheer uit te oefen permanent verlore gaan. Fisiese beheer, of dan die gebrek daaraan, het hier weer eens 'n publisiteitsfunksie.

In sowel die Duitse as die Nederlandse reg word steeds vereis dat die pandsaak gelewer moet word ten einde die pandreg te vestig. Die leweringshandeling moet gewoonlik sigbaar wees ten einde publisiteit daaraan te verleen. Dit verskaf ook meer sekuriteit aan die pandhouer. Alhoewel daar vereis word dat die pandhouer die saak daadwerklik moet beheer ná lewering het die vereistes van die ekonomie egter 'n aantal veranderinge ingevoer.

In die Duitse reg kan die pandhouer se beheer die vorm aanneem van onmiddellike, middellike (as die saak aan 'n aangewese derde gelewer is) of medebeheer (wanneer die pandgewer beheer van die pandsaak behou). 'n Daadwerklike fisiese beheerverhouding tussen die pandhouer en die pandsaak word steeds vereis en hy moet werklik oor die saak kan beskik. In die geval van medebeheer word die verpander se beskikkingsmoontlikhede ten aansien van die saak ingeperk ter sekuriteit van die pandskuldeiser. Volkome afstanddoening van die saak deur die verpander is gevolglik nie meer nodig nie (hy kan dit byvoorbeeld steeds gebruik om 'n inkomste te genereer), maar hy moet net nie meer alleen oor die saak kan beskik nie. Terwyl onmiddellike alleenbeheer van die pandsaak deur die pandhouer dus nie meer 'n vereiste is nie, word daar wel vereis dat die pandgewer se alleenbeheer beëindig moet

word. As gevolg van die vergeesteliking en uitbreiding van die beheerbegrip staan die publiseitsfunksie dus terug vir sekuriteit. In gevalle van middellike en medebeheer kan derdes byvoorbeeld nie meer staatmaak op die oënskynlike nie.

In die Nederlandse reg word net vereis dat die saak gelewer moet word en onder die mag of beheer van die pandhouer of 'n aangewese derde moet kom sodat die pandgewer nie meer daarvoor kan beskik nie. Die funksie van fisiese beheer is hier weereens publiseit en sekuriteit. Die Nederlandse regstelsel het voorts 'n interessante vernuwing beleef in die vorm van die instelling van 'n vuislose of stil pandreg wat deur ekonomiese behoeftes genoodsaak is. 'n Pandreg kan nou gevestig word sonder dat die pandsaak onder beheer van die pandhouer of 'n aangewese derde kom. Die pandgewer behou gevolglik alleenbesit van die pandsaak. Hierdie ontwikkeling in die pandreg is nie heeltemal nuut nie: Verskeie regstelsels het op bepaalde stadia in hulle ontwikkeling 'n vuislose pand geken.

Met verwysing na fisiese beheer kan slotte opgemerk word dat 'n pandreg gewoonlik beëindig word wanneer die pandgewer weer alleenbesit van die pandsaak verkry en gevolglik weer in staat gestel word om onbeperkte daadwerklike beheer ten aansien van die saak uit te oefen of as die pandsaak tot niet gaan. In beide hierdie gevalle sal die pandhouer se sekuriteit verval. Hieruit volg dit dat die sekuriteitsfunksie van fisiese beheer van groot belang is by pand.

15 4 Slotsom van die Suid-Afrikaanse reg

In die Suid-Afrikaanse reg word die aard en funksies van fisiese beheer met verwysing na die verkryging van eiendomsreg op oorspronklike wyses besonder wyd omskryf. Daar word deurgaans net vereis dat die beheer wat die persoon uitoefen met betrekking tot die saak effektief moet wees. Dit beteken dat hy in staat moet wees om die saak feitelik te beheer ter uitsluiting van derdes. Daar sal altyd aan die hand van die verkeersopvattinge bepaal word of effektiewe fisiese beheer inderdaad uitgeoefen word al dan nie. Verkeersmaatstawwe met betrekking tot verskeie klasse sake het al in die regspraak en regsliteratuur uitgekristalliseer en dien as riglyne wanneer dit nodig

is. Hierdie maatstawwe is nie absoluut of blywend nie en kan aangepas en verander word indien dit nodig sou blyk te wees. So 'n verandering kan byvoorbeeld genoodsaak word deur 'n verandering in gemeenskapsopvattinge met betrekking tot 'n bepaalde aangeleentheid of deur ekonomiese behoeftes. Die funksie van fisiese beheer is in die geval van die verkryging van eiendomsreg publisiteit. By die verkryging van eiendomsreg op afgeleide wyse word daar algemeen in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar dat die saak op enige van meerdere erkende daadwerklike en konstruktiewe wyses gelewer kan word en dat eiendomsreg gevolglik oorgedra word mits die handeling tot gevolg het dat die verkryger effektiewe beheer van die saak verkry. Die verkryger moet daadwerklike beheer ten aansien van die saak uitoefen of kan uitoefen ná lewering ten einde onder meer publisiteit aan sy eiendomsreg te verleen. Met verwysing na die rol van fisiese beheer by die beskerming van eiendomsreg, kan daar kortliks opgemerk word dat die persoon van wie die saak teruggeëis word voldoende beheer oor die saak moet uitoefen ten einde hom in staat te stel om dit aan die regmatige eienaar terug te gee. Beheer se funksie is hier dus suiwer funksioneel. Fisiese beheer speel nie juis 'n belangrike rol by die beëindiging van eiendomsreg nie aangesien die verlies van fisiese beheer nie noodwendig op die verlies of beëindiging van eiendomsreg dui nie. Dit kan hier dus 'n publisiteitsfunksie hê, maar dit is nie altyd die geval nie.

In die geval van die verkryging van besit en houerskap word dit as vereiste gestel dat effektiewe fisiese beheer ten aansien van die betrokke saak gevestig moet word. Daar word strengere vereistes vir fisiese beheer gestel met verwysing na die verkryging van besit en houerskap as vir die behoud daarvan. Vir die behoud van besit en houerskap word voortdurende beheer vereis en die verlies van effektiewe beheer dui gewoonlik op die verlies van besit en houerskap. Met betrekking tot die beskerming van besit en houerskap deur middel van die mandament van spolie word daar net vereis dat die persoon wat die spoliasiebevel aanvra vreedsame en ongestoorde beheer wat objektief waarneembaar was oor die saak moes gehad het. Die funksie van beheer in die geval van besit en houerskap is deurgaans publisiteit.

Dit blyk ook uit hierdie bespreking dat die regsreël waaraan daar so streng gedurende

die historiese tydperk gehou is, naamlik dat meerdere persone nie tegelyk dieselfde saak in die geheel kan beheer nie, nie meer in die Suid-Afrikaanse reg geld nie. Dit het reeds geblyk dat daar in die Duitse en die Nederlandse regstelsels ook daarvan afstand gedoen is. Moderne lewensomstandighede en die praktiese probleme en behoeftes wat daaruit voortgespruit het, het aanleiding gegee tot die erkenning van die feit dat meerdere persone inderdaad tegelyk dieselfde saak in die geheel kan beheer. Verskillende vorms van beheer is geïdentifiseer en daar is aangetoon dat die regspraak en regsliteratuur aanvaar dat daar 'n behoefte was aan die erkenning dat die regsreël nie vandag meer toepassing vind nie. Dit is dan ook 'n goeie voorbeeld van 'n geval waar die verkeersmaatstawwe gewysig is om by veranderde lewensomstandighede aan te pas.

Fisiese beheer is baie belangrik vir die vestiging, behoud en beëindiging van pandreg. Daar word vereis dat die pandsaak gelewer moet word en dat die pandhouer dit effektief moet beheer ten einde sy saaklike reg te vestig en te behou. As die pandhouer ophou om die pandsaak fisies te beheer, gaan sy pandreg verlore. Die Suid-Afrikaanse reg ken egter ook verskeie besitlose pandregte en dis interessant om daarop te let dat die wetgewer in sommige gevalle fiktiewe beheer skep: Waarskynlik omdat die fisiese beheervereiste so inherent deel van die pandreg is.

Dit volg uit hierdie samevatting dat fisiese beheer 'n besondere belangrike rol vervul ten aansien van die spesifieke onderwerpe wat behandel is. Dit is interessant dat daar nooit spesifieke reëls neergelê is met betrekking tot fisiese beheer nie maar dat die aard en funksies daarvan deur die geskiedenis altyd deur middel van verkeersmaatstawwe bepaal is. Veranderinge op ekonomiese, maatskaplike en sosiale gebied is dus geredelik hanteer by wyse van geleidelike en soms wetteregtelike aanpassings wat gewoonlik genoodsaak is deur veranderinge in bepaalde gemeenskappe, maar soms ook suiwer deur staatsbelange. Behalwe in die gevalle waar veranderinge deur wetgewing in belang van die staat ingevoer is, weerspieël die aanpassings en wysigings die betrokke gemeenskap se gevoelens oor geregtigheid en billikheid en vind dit nie teenkating van die kant van die publiek nie. Die feit dat die omskrywing en funksies van fisiese beheer so min verander het oor 'n tydperk van

twee en 'n half duisend jaar dui daarop dat die toepassing daarvan in die praktyk met goedkeuring aanvaar word en dat enige veranderinge wat wel ingetree het of ingevoer is deur belangrike maatskaplike omwentelinge in bepaalde gemeenskappe genoodsaak is.

15 5 Toepassing in die Suid-Afrikaanse regspraak

Na afhandeling van die regshistoriese, regverglykende en Suid-Afrikaanse ondersoek na die omskrywing en funksies van fisiese beheer in die sakereg, word daar nou teruggekom na die beslissings wat in Afdeling 1 vermeld is:

15 5 1 Eiendomsreg

Die verkryging van eiendomsreg deur middel van lewering het in *Concor Construction (Cape) (Pty) Ltd v Santambank Ltd*¹ ter sprake gekom. In hierdie saak het die respondent (eiser) skadevergoeding van appellant (verweerder) geëis en die appèlafdeling het beslis dat die eis slegs kon slaag indien die respondent inderdaad eienaar van die beskadigde saak was. Die respondent het beweer dat hy deur middel van lewering eiendomsreg van die saak verkry het. Die hof beslis daar aan drie vereistes voldoen moet word ten einde eiendomsreg van roerende sake deur middel van lewering oor te dra, naamlik (1) Die persoon wat eiendomsreg oordra moet bevoeg wees om dit te doen; (2) Die saak moet gelewer word deur 'n persoon met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en ontvang word deur 'n persoon met die bedoeling om eiendomsreg te verkry; en (3) Daar moet betaling wees indien dit 'n kontantkoop is.² In hierdie saak het alles uiteindelik om lewering gedraai en volgens die appèlafdeling moes daar bewys word dat die saak aan die respondent gelewer is met die bedoeling dat eiendomsreg aan hom oorgedra word. Respondent het beweer dat hy die padskraiper gekoop het en ten tye van lewering deur 'n werknemer verteenwoordig is. Die saak is daarna onmiddellik weer deur middel van 'n kredietooreenkoms aan 'n derde verkoop wat ook by die lewering teenwoordig was.

1 1993 3 SA 930 A.

2 933.

Laasgenoemde het die saak daarop aan appellant verhuur. Geen getuienis - nóg mondeling nóg dokumentêr - is egter aangevoer dat die partye geweet het dat die saak aan die verteenwoordiger gelewer moes word nie of dat sodanige bedoeling bestaan het nie.³ Die appèl slaag gevolglik in die lig daarvan dat daar nie bewys is dat die respondent deur middel van lewering eiendomsreg van die stootskrapeer verkry het nie.

Lewering as 'n element van eiendomsoordrag is die oordrag van fisiese beheer oor 'n saak aan die ontvanger ten einde hom in staat te stel om met die eienaarsbedoeling beheer oor die saak uit te oefen. Dit word gedoen ter voldoening van die publisiteitsvereiste sodat dit uit die ontvanger se beheer kan blyk dat hy die nuwe eienaar van die saak is. In hierdie saak het dit oor traditio longa manu gehandel aangesien die betrokke saak weens sy aard, grootte en gewig nie fisies oorhandig kon word nie. Die partye het opgetree volgens wat hulle as gevestigde handelspraktyke beskou het, maar dit was in die omstandighede nie genoegsaam om aan die betrokke regsvoorskrifte te voldoen nie. Daar was dus 'n gaping tussen die gebruike van die handelswêreld en die reg, maar die beslissing van die appèlafdeling was nietemin korrek. Die bevinding van die appèlafdeling was dat daar nie afdoende getuienis was dat die saak deur die verkoper aan die koper gelewer is met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie. Dit volg dus dat daar groot waarde geheg word aan die voldoening van dié vereistes. Slegs indien daar aan hierdie vereistes voldoen word, kan fisiese beheer sy publisiteitsfunksie dien en sodoende die partye en die gemeenskap beskerm. Die feit dat dit uiteindelik ook die partye self is wat baat vind by die korrekte regsprosedures behoort 'n aanmoediging te wees om dit te volg.

15 5 2 *Besit en houterskap*

In sowel *Ross v Ross*⁴ as *Du Randt v Du Randt*,⁵ het die kwessie van gemeenskaplike beheer ter sprake gekom. In albei hierdie beslissings het een van die

3 939.

4 1994 1 SA 865 SOK.

5 1995 1 SA 401 O.

huwelikspartye ten tye van 'n egskeidingsgeding sake uit die voormalig gemeenskaplike woonhuis verwyder en het die ander party geëis dat beheer daarvan deur middel van die mandament van spolie herstel moet word. In *Ross v Ross*⁶ is daar met goedkeuring na *Rosenbuch v Rosenbuch*⁷ verwys waar die hof beslis het dat as een van twee persone wat gemeenskaplike beheer oor 'n saak uitgeoefen het onregmatig eksklusiewe beheer van die betrokke saak vir homself toegeëien het, die onderliggende ratio van 'n spoliatiebevel net so geldig is soos wanneer 'n persoon se eksklusiewe beheer hom ontnem is. Ten einde in sy aansoek te slaag, moes die applikant net kon bewys dat hy rustige en ongestoorde beheer van 'n saak gehad het en dat hy onregmatig daarvan ontnem is. Dit is voldoende as daar 'n korporele verhouding tussen die applikant en die betrokke saak bestaan het wat as genoegsaam beskou is. Die hof stel vervolgens ondersoek in na die moontlike bestaan en aard van die beheer wat die applikant ten aansien van die betrokke sake uitgeoefen het. Volgens die hof stel die feit dat die artikels almal uit die applikant se huis verwyder is, 'n weerlegbare vermoede daar dat hy een of ander vorm van beheer uitgeoefen het oor daardie sake waarvan hy bewus was.⁸ Die hof kyk vervolgens na elke individuele saak wat in die spoliatiebevel vermeld word ten einde te bepaal wat die werklike situasie was; met ander woorde, om vas te stel of die applikant inderdaad beheer daarvan gehad het al dan nie. Daar word ten slotte beslis dat hy wel voldoende beheer ten aansien van 'n hele aantal van die sake (byvoorbeeld 'n hoëtrouplatespeler, kompakskyfspeler en 140 kompakskywe, bandopnemer, rekenaar, kombuismeubels en 'n antieke lessenaar) gehad het in die sin dat dit as huishoudelike artikels beskou word wat deur al die inwoners van die huis tot hulle voordeel gebruik is. Die hof het dus uitspraak gegee in die lig van die algemene vereistes vir die mandament van spolie sowel as die spesifieke aard en gebruik van elke afsonderlike saak. Hierdie beslissing lyk besonder billik en regverdig. Die stelling wat hierbo gemaak is dat fisiese beheer 'n vloeibare begrip is, blyk ook duidelik hieruit.

6 1994 1 SA 865 SOK 868.

7 1975 1 SA 181 W 183.

8 1994 1 SA 865 SOK 870.

*Du Randt v Randt*⁹ het ook oor gemeenskaplike beheer deur huwelikspartye gehandel en in hierdie saak het die hof dieselfde benadering gevolg. Nadat die algemene vereistes vir die mandament van spolie gestel is, is die sake waarop die spoliassiebevel betrekking gehad het individueel bespreek ten einde te bepaal of die appellante inderdaad beheer daarvoor uitgeoefen al dan nie. Volgens die hof¹⁰ word daar onder meer vereis dat die applikant feitelike beheer oor die sake moes uitgeoefen het. Daar word beslis dat die applikante met verwysing na dié goedere wat in die gemeenskaplike woning was (hoëtroustel en telefoon) asook die motor wel voldoende beheer uitgeoefen het. Hulle bedoeling om dit te gebruik is deur hulle handelinge weerspieël. Met betrekking tot die sake wat uit die kantoorafdeling verwyder is (kantoor-toerusting), word beslis dat in die lig daarvan dat die applikant net 'n werknemer was en nie 'n vennoot nie, die aansoek nie kan slaag nie.

Die beslissings in hierdie twee sake bevestig dat meerdere partye dieselfde saak tegelyk in die geheel kan beheer. Alhoewel medebeheer in die geheel nie gedurende die historiese tydperk erken is nie, het moderne lewensomstandighede erkenning daarvan egter nodig gemaak. Die feitelike medebeheerverhouding binne die huwelik (en vennootskap) moes as regsfeit erken word ten einde op beskerming te kon aanspraak maak. Dit blyk gevolglik hieruit dat die verkeersopvattinge ten aansien van hierdie aangeleentheid in die lig van die maatskaplike en ekonomiese veranderinge wat in die gemeenskap ingetree het sowel as die vergeesteliking van die beheerbegrip gewysig is ten einde aan eietydse behoeftes te voldoen.

In nog 'n spoliassieszaak, naamlik *Engling v Bosielo*,¹¹ waarin die applikant 'n spoliassiebevel aangevra het om die herstel van beheer van 'n drankwinkel, is sy aansoek afgewys op grond daarvan dat hy nie fisiese beheer van die drankwinkel gehad het nie. Dit het in hierdie saak dus gegaan oor wat beheer vir doeleindes van 'n spoliassiebevel daarstel. Alhoewel die applikant nie daagliks fisies by die besigheid teenwoordig was nie, was hy wel in beheer van al die finansiële aangeleenthede en die

9 1995 1 SA 401 O.

10 404.

11 1994 2 SA 388 B.

enigste persoon met tekenregte op die besigheid se bankrekening. Die hof beslis met verwysing na Joubert¹² en *Scholtz v Faifer*¹³ dat die applikant in 'n spoliaseaansoek die betrokke saak fisies moes beheer het met die bedoeling om een of ander voordeel daaruit te verkry. Indien hy feitelike beheer ten aansien van die saak gehad het, kon hy die bevel selfs teen die afwesige eienaar (wat nie die saak fisies beheer het nie) afdwing. Die applikant in hierdie saak was nie fisies teenwoordig by die besigheid nie en hy het ook nie op 'n gereelde grondslag daar gekom nie. Ten spyte daarvan dat die hof bevind het dat die applikant wel effektiewe beheer van die besigheid gehad het in die lig daarvan dat hy 'n direkteur en aandeelhouer was en voorts ook in beheer van die maatskappy se finansies was, word daar beslis dat hy nie detentio, dit is fisiese beheer, van die besigheid gehad het nie en derhalwe nie op die spoliasebevel geregtig was nie.

Beheer vir doeleindes van die mandament van spolie dui dus nie soseer op effektiewe beheer nie, maar op suiwer fisiese beheer. Die funksie van fisiese beheer is in gevalle van hierdie aard publisiteit deurdat orde in die gemeenskap gehandhaaf word indien 'n spoliasebevel aan 'n persoon toegestaan word wat oënskynlik beheer oor die betrokke saak uitgeoefen het.

15 5 3 Pand

Statutêre pandreg het in *Lesedi Secondary Agricultural Co-operative Ltd v Vaalharts Agricultural Co-operative*¹⁴ ter sprake gekom. Tweede respondent het geld by applikant geleen en sy oes aan hom verpand ingevolge die Bophuthatswana Koöperasiewet. Hy het dit egter aan eerste respondent verkoop en gelewer waarna applikant om 'n interdik aansoek gedoen het ten einde te verhinder dat die koopprys aan tweede respondent betaal word. Die aansoek is afgewys nadat die hof bevind het dat die applikant se pandreg uitgewis is deur die verkoop en lewering van die oes en

12 Dit is Harms in *LAWSA* vol 11 1981 par 334.

13 1910 TPD 243 246.

14 1993 1 SA 695 NK.

dat dit nie oor die opbrengs daarvan strek nie.¹⁵

Artikel 51(1)(b)(ii) van die Koöperasiewet bepaal soos volg:

(A)ll produce...shall be deemed to be pledged in favour of the co-operative for the amount of the indebtedness as fully and effectively as if that produce had been gathered and pledged by delivery to the co-operative and were retained in its possession.

Die applikant het derhalwe 'n statutêre fiktiewe pand ten aansien van tweede respondent se oes gehad. Hy het egter net fiktiewe beheer ten aansien van die pandsaak gehad en kon nie verhoed dat die oes aan eerste respondent verkoop en gelewer word nie. Eiendomsreg van die oes het daardeur op die eerste respondent oorgegaan en applikant se pandreg het verval. Die hof het die beginsels van pandreg eng uitgelê en die belange van die koper (eerste respondent) bo dié van die Koöperasie gestel. Die uitspraak is korrek en bewys onder andere die sekuriteitsfunksie van fisiese beheer in die geval van 'n pandreg.

15 5 4 *Slotsom*

Dit volg uit die bespreking van hierdie beslissings dat die omskrywing en funksies van fisiese beheer in die sakereg soos dit in die regspraak en die regsliteratuur geformuleer is in die praktyk veelal met billike gevolge toegepas word. Dit kan hoofsaaklik daaraan toegeskryf word dat die vloeibaarheid en veranderlikheid daarvan erken word en dat daar gevolglik nie aan onbuigsame reëls wat telkens uitsonderings noodsaak gehou word nie. Dit blyk uit die ondersoek dat fisiese beheer geen vaste inhoud het nie en dat die omskrywing daarvan van geval tot geval verskil en dat elke situasie individueel beoordeel moet word. Die feit dat daar aan die hand van die heersende verkeersmaatstawwe vasgestel word of fisiese beheer in 'n bepaalde geval bestaan al dan nie, het tot gevolg dat die reg met betrekking tot hierdie verskynsel

geleidelik verander en aanpas by nuwe behoeftes en gebruike. Met verwysing na die funksies van fisiese beheer kan daar ten slotte opgemerk word dat die belangrikste funksie publisiteit is. In die geval van pand dien dit daarnaas ook 'n sekuriteitsfunksie en by beskerming het dit soms 'n suiwer funksionele funksie.

LYS VAN AFKORTINGS

AA	-	Ars Aequi
AcP	-	Archiv für die civilistische Praxis
AJ	-	Acta Juridica
ASSAL	-	Annual Survey of South African Law
BB	-	Der Betriebs-Berater
BGB	-	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	-	Bundesgerichtshof
BGHZ	-	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BL	-	Businessman's Law
BW	-	Burgerlijk Wetboek
C	-	Codex Justinianus
CILSA	-	Comparative and International Law Journal of Southern Africa
CTh	-	Codex Theodosianus
D	-	Digesta
FamRZ	-	Zeitschrift für die gesamte Familienrecht. Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht
HR	-	Hoge Raad
G	-	Gaius
Inst	-	Institutiones
JA	-	Juristische Arbeitsblätter
JR	-	Juristische Rundschau
JZ	-	Juristenzeitung
JuS	-	Juristische Schölung
LAWSA	-	The Law of South Africa
LQR	-	The Law Quarterly Review
MDR	-	Monatsschrift für Deutsches Recht
NBW	-	Nieuw Burgerlijk Wetboek
NJ	-	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	-	Neue Juristische Wochenschrift
PS	-	Sententiae Pauli

- RE - Pauly's Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft
- RM - Responsa Meridiana
- RM Themis - Rechtsgeleerd Magazijn Themis, Tijdschrift voor Publiek- en Privaatrecht
- SALJ - South African Law Journal
- SHA - Scriptorum Historiae Augustae
- THRHR - Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
- TSAR - Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg
- TvR - Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis
- WM - Wertpapier-Mitteilungen
- WPNR - Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
- ZSS - Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte

VONNISREGISTER

SUID-AFRIKAANSE VONNISSE

A M Cassim v The Community Development Board saak no 10765/84 1984-06-12(W)
ongerapporteer

Achterberg v Glinister 1903 TS 326

Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein 1980 3 SA 917 A

Allan & David (Pty) Ltd v Ingram 1989 3 SA 333 K

Assignees of O'Callaghan v Cavanagh 1883 2 SC 122

Badenhorst v Badenhorst 1964 2 SA 676 T

Bank van die OVS v Rossouw 1984 2 SA 644 K

Barclays National Bank Ltd v Natal Fire Extinguishers Manufacturing Co (Pty) Ltd 1982
4 SA 650 D

Barclays Western Bank Ltd v Ernst 1988 1 SA 243 A

Barker v Chadwick 1974 1 SA 461 D

Beetge v Drenka Investments (Isando) (Pty) Ltd 1964 4 SA 62 W

Bennett Pringle (Pty) Ltd v Adelaide Municipality 1977 1 SA 230 OK

Beukes v Crous 1975 4 SA 215 NK

Bisschop v Stafford 1974 3 SA 1 A

Boland Bank Bpk v Joseph 1977 2 SA 82 D

Bold v Cooper 1949 1 SA 1195 W

Bon Quelle (Edms) Bpk v Munisipaliteit van Otavi 1989 1 SA 508 A

Boomporet Investments v Paardekraal Concession Store 1990 1 SA 347 A

Boshoff v Reinhold & Co 1920 A 29

Botha v Mazeka 1981 3 SA 191 A

Brighton v Clift 1970 4 SA 247 R

Brown v Messenger of the RM Court Queenstown 1876 6 Buch 49

Burger v Van Rooyen 1961 1 SA 154 O

Burnham v Neumeyer 1917 TPD 630

Caledon & Suid-Westelike Distrikte Eksekuteurskamer Bpk v Wentzel 1972 1 SA 270 A

Campbell v Pietermaritzburg City Council 1966 2 SA 674 N

Cape Tex Engineering Works (Pty) Ltd v SAB Lines (Pty) Ltd 1968 2 SA 528 K

Cato v Alion & Helps 1922 NPD 469

Chetty v Naidoo 1974 3 SA 13 A

Cholwich v Penny 1887 5 EDC 270

Clifford v Farinha 1988 4 SA 315 W

Coaton v Alexander 1879 Buch 17

Coetzee v Coetzee 1982 1 SA 933 K

Colonial Government v Holt & Holt 1902 19 SC 271

Commissioner of Customs & Excise v Randles Brothers & Hudson Ltd 1941 AD 369

Concor Construction (Cape) (Pty) Ltd v Santambank Ltd 1993 3 SA 930 A

Consolidated Factors of SA (Pty) Ltd v National Cash Register Co SA (Pty) Ltd 1973 4 SA 486 T

Cooper v Die Meester 1992 3 SA 60 A

Crockett v Lezard 1903 TS 590

Curatoren van "Pioneer Lodge No 1" v Champion 1879 OFS 52

Dalrymple, Frank & Feinstein v Friedman 1954 4 SA 642 W

Davis v Isaacs & Co 1940 CPD 497

De Abreu v Silva 1964 2 SA 416 T

De Beer v Firs Investment Ltd 1980 3 SA 1087 W

De Jager v Farah & Nestadt 1947 3 SA 28 W

De Jager v Harris & the Master 1957 1 SA 171 SWA

De Klerk v Pienaar 1899 16 SC 370

De Wet v Bank van die OVS Bpk 1968 2 SA 73 O

Donaldson v Estate Veleris 1938 TPD 269

Dönges v Dadoo 1950 2 SA 321 A

Doyle v Leyds & the Rand Exploring Syndicate 1895 3 OR 22

Dunn v Bowyer 1926 NPD 516

Du Preez v Laird 1927 AD 21

Du Randt v Du Randt 1995 1 SA 401 O

Du Toit v Furstenberg 1957 1 SA 501 O

Edwards v Van Zyl 1951 2 SA 93 K

Eerste Nasionale Bank van SA Bpk v Schulenburg 1992 2 SA 827 T

Elastocrete (Pty) Ltd v Dickens 1953 2 SA 644 SR

Engling v Bosielo 1993 2 SA 388 B

Erasmus v M Rosenberg Ltd 1910 TPD 1188

Eskom v Rollomatic Engineering (Edms) Bpk 1992 2 SA 725 A

Estate Hunt v De Villiers 1940 CPD 79

Estate Loock v Graaff-Reinet Board of Executors 1935 CPD 117

Executor of Howell v Swain, Hope & Co 1877 NLR 16

Ex parte Van der Horst: In re Estate Herold 1978 1 SA 299 T

Fraenkel v Seewer 1946 WLD 421

Frank v Van Aarde 1921 CPD 391

Fredericks v Stellenbosch Divisional Council 1977 3 SA 113 K

Forsdick Motors Ltd v Lauritzen 1967 3 SA 249 N

Friis v British United Diamond Mining Company 1889 7 SC 17

Froman v Herbmere Timber & Hardware (Pty) Ltd 1984 3 SA 609 W

Gifford v Owen, Hopley, Arnold & Fagaza 1916 NPD 197

Glaston House (Pty) Ltd v Cape Town Municipality 1973 4 SA 276 K

Goldinger's Trustee v Whitelaw & Son 1917 AD 66

Goldstein v Gerber 1979 4 SA 930 A

Goosen's Trustees v Goosen 1884 3 EDC 368

Greenberg v Estate Greenberg 1955 3 SA 361 A

Greenshields v Chisholm 1884 3 SC 220

Greyling v Estate Pretorius 1947 3 SA 514 W

Groenewald v Van der Merwe 1917 AD 233

Grosvenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas 1956 3 SA 420 A

Guest v Le Roex's Trustees 1887 5 SC 119

Harrington v Shaskolsky 1914 CPD 478

Hayes v Harding Town Board 1958 2 SA 297 N

Hearn & Co (Pty) Ltd v Bleiman 1950 3 SA 617 K

Heenop v Magaliesburgse Koringkoöperasie Bpk 1962 4 SA 97 T

Hefer v Van Greuning 1979 4 SA 952 A

Heydenrich v Saber 1900 17 SC 73

Heydenrych v Fourie 1896 13 SC 371

Hillkloof Builders (Pty) Ltd v Jacomelli 1972 4 SA 228 D

Insolvent Estate of Israelson v Harris & Black 1905 22 SC 135

Insolvent Estate Vice v Chernotzsky & Levy 1914 CPD 100

International Shipping Co (Pty) Ltd v Affinity (Pty) Ltd 1983 1 SA 79 K

Jansen v Madden 1968 1 SA 81 GW

Jefferson, Executor of Stewart v De Morgan 1882 2 EDC 205

K & D Motors v Wessels 1949 1 SA 1 A

Kaal Valley Supply Stores v Louw 1923 OPD 60

Kaplan v Messenger of Court, Port Alfred 1932 EDL 281

Kearns v Cole 1893 10 SC 63

Kgosana v Otto 1991 2 SA 113 W

Knight v Lensvelt 1923 CPD 444

Lamont v Heyns 1938 TPD 22

Lamontville African Transport Co (Pty) Ltd v Mtshali 1953 1 SA 90

Land & Agricultural Bank of South Africa v Sentraal-Westelike Koöperatiewe Maatskappy Bpk 1979 2 SA 346 N

Lange v Abel 1906 23 SC 765

Langley v Miller 1848 3 Menz 584

Lendlease Finance (Pty) Ltd v Corporacion de Mercadeo Agricola 1976 4 SA 464 A

Lesedi Secondary Agricultural Co-operative v Vaalharts Agricultural Co-operative 1993
1 SA 695 NK

Lighter & Co v Edwards 1907 TS 442

Liquidators of Royal Hotel Co v Rutherford 1906 16 CTR 179

London & SA Bank v Donald Currie & Co 1875 5 Buch 29

Louw v Andrews 1897 14 SC 27

Magadi v West Rand Administration Board 1981 2 SA 352 T

Mahilall v Singh 1945 NPD 193

Mandelkoorn v Strauss 1942 CPD 493

Mankowitz v Loewenthal 1982 3 SA 758 A

Mans v Loxton Municipality 1948 1 SA 966 K

Mans v Marais 1932 CPD 352

Marcus v Stamper & Zoutendijk 1910 AD 58

Marinus v Taljaard 1952 1 SA 49 K

Maritzburg Sawing & Yoke Co Ltd v Piesold 1915 36 NLR 69

Matshoba v Maka 1916 EDL 59

Mbangi v Dobsonville City Council 1991 2 SA 330 W

Mbuku v Mdinwa 1982 1 SA 219 TK

McCallum v McCallum's Trustee 1916 GWL 414

McEwan's Curators v Maritzburg Corporation 1885 6 NLR 221

Meintjes v Wilson 1927 OPD 183

Menzies Motor Co (Pty) Ltd v Turkstra 1955 3 SA 408 T
Mercantile Bank of India Ltd v Davis 1947 2 SA 723 K
Meyer v Glendinning 1939 CPD 84
Meyer v La Grange 1952 2 SA 55 N
Meyer v Sentraal-Westelike Ko-operatiewe Maatskappy 1943 OPD 93
Mills v Reck 1988 3 SA 92 K
Mills & Sons v Trustees of Benjamin Bros 1876 6 Buch 115
Minister van Landbou v Sonnendecker 1979 2 SA 944 A
Mlombo v Fourie 1964 3 SA 350 T
Mocke v Beaufort West Municipality 1939 CPD 135
Moosa v Constantia Motors 1958 2 SA 334 O
Morkels Transport (Pty) Ltd v Melrose Foods (Pty) Ltd 1972 2 SA 464 W
Moss v Begg 1908 TH 1
Mpunga v Malaba 1959 1 SA 853 W
Mulder v The Divisional Council of Prince Albert 1886 4 SC 139
Muller v Bryant & Flanagan (Pty) Ltd 1976 3 SA 210 D
Muller v Muller 1915 TPD 28
Muller v Trust Bank of Africa Ltd 1981 2 SA 117 N

Naidoo v Moodley 1982 4 SA 82 T
Nedbank Ltd v Norton 1987 3 SA 619 N
Ness v Greef 1985 4 SA 641 K
Nienaber v Stuckey 1946 AD 1049
Nino Bonino v De Lange 1906 TS 120

Nkosana v Rondalia Assurance Corporation of SA Ltd 1976 4 SA 67 T
Ntshwaqela v Chairman, Western Cape Regional Services Council 1988 3 SA 218 K

Oertel v Brink 1972 3 SA 669 W
Oglodzinsky v Oglodzinsky 1976 4 SA 273 D
Olivier v Botha 1948 3 SA 664 K
Orson v Reynolds 1885 2 BAC 102
Osaka Mercantile Steamship Co Ltd v SAR & H 1938 AD 146

Page v Blieden & Kaplan 1916 TPD 606
Painter v Strauss 1951 3 SA 307 O
Parker v Mobil Oil of Southern Africa (Pty) Ltd 1979 4 SA 250 NK
Parton & Colam v G M Pfaff (SA) (Pty) Ltd 1980 4 SA 485 N
Payn v Yates 1892 9 SC 494
Pennefather v Gokul 1960 4 SA 42 N
Philip Brothers v Wetzlar 1878 Buch 77
Philip Robinson Motors (Pty) Ltd v N M Dada (Pty) Ltd 1975 2 SA 420 A
Phillips v Soqaka 1915 EDL 37
Pienaar v Rabie 1983 3 SA 126 A
Pieter v Muller 1973 4 SA 126 OK
Plaatjie v Olivier 1993 2 SA 156 O
Ploughall (Edms) Bpk v Rae 1971 1 SA 887 T
Policansky Brothers v Hanau 1908 25 SC 670
Potgieter v Du Plessis 1978 1 SA 751 NK

Pretoria Racing Club v Van Pietersen 1907 TS 687

Prinsloo v Venter 1964 3 SA 626 O

Quarrying Enterprises (Pvt) Ltd v John Viol (Pvt) Ltd 1985 3 SA 575 Z

R v Binns 1961 2 SA 104 T

R v Coetzee 1944 CPD 298

R v Mafohla 1958 2 SA 373 SR

R v Msongelwa 1917 EDL 270

R v Van Wezel 1937 TPD 3

Rand Bank Bpk v Regering van die RSA 1974 4 SA 764 T

Reck v Mills 1990 1 SA 751 A

Re Greatrex & Son Ltd 1907 TS 538

Remley v Lupton 1946 WLD 353

Richter v Du Plooy 1921 OPD 117

Rooibokoord Sitrus (Edms) Bpk v Louw's Creek Sitrus Koöperatiewe Maatskappy Bpk
1964 3 SA 601 T

Rosenbach & Co (Pty) Ltd v Dalmonte 1964 2 SA 195 N

Rosenbuch v Rosenbuch 1975 1 SA 181 W

Ross v Ross 1994 1 SA 865 SOK

S v Buitendag 1980 2 SA 152 T

S v Frost, S v Noah 1974 3 SA 466 K

S v Levitt 1976 3 SA 476 A

S v Magxwalisa 1984 2 SA 314 N

S v Masilo 1963 4 SA 918 T
S v Singiswa 1981 4 SA 403 K
SAPDC (Trading) Ltd v Immelman 1989 3 SA 506 W
S M Goldstein & Co (Pty) Ltd v Gerber 1979 4 SA 930 A
Sachs v Dönges 1950 2 SA 265 A
Sadie v Standard Bank 1889 7 SC 87
Salvage Association of London v SA Salvage Syndicate Ltd 1906 23 SC 169
Savory v Baldochi 1907 TS 523
Schoeman NO v Aberdeen Trading Co (Pty) Ltd 1955 1 SA 100 K
Scholtz v Faifer 1910 TPD 243
Scoop Industries (Pty) Ltd v Langlaagte Estate & G M Co Ltd 1948 1 SA 91 W
Sebastian v Malelane Irrigation Board 1950 2 SA 690 T
Seluka v Suskin & Salkow 1912 TPD 258
Shapiro v Roth 1911 WLD 43
Shaw v Hendry 1927 CPD 357
Shoprite Checkers Ltd v Pangbourne Properties Ltd 1994 1 SA 616 W
Sillo v Naude 1929 AD 21
Smith v Farrelly's Trustee 1904 TS 949
Smith v Martin's Executive Dative 1899 16 SC 148
Stadler v Scharff 1907 24 SC 355
Standard Bank v O'Connor 1888 6 SC 32
Standard Bank of SA Ltd v Efroiken & Newman 1924 AD 171
Standard Bank of SA Ltd v Stama (Pty) Ltd 1975 1 SA 730 A
Standard Bank of SA Ltd v Trust Bank of Africa Ltd 1968 1 SA 102 T

Stephenson v Lamsley 1948 4 SA 794 W

Sterling v Landau 1921 WLD 117

Stratford's Trustees v The London & South African Bank 1884 3 EDL 439

Street v Regina Manufacturers (Pty) Ltd 1960 2 SA 646 T

Strydom v De Lange 1970 2 SA 6 T

Swanepoel v Crown Mines Ltd 1954 4 SA 596 A

Swanepoel v Van Heerden 1928 AD 15

Terblans v Parkes & Birkenshaw 1912 CPD 324

Theron v Gerber 1918 EDL 288

Trust Bank of Africa Ltd v Western Credit Ltd 1966 2 SA 577 A

Trust Bank van Afrika v Ebrahim (1) & (2); Trust Bank van Afrika v Omar 1961 4 SA 336
T

Trust Bank van Afrika Bpk v Van Jaarsveldt; Trust Bank van Afrika Bpk v Bitzer 1978
4 SA 115 O

Underwater Construction & Salvage Co (Pty) Ltd v Bell 1968 4 SA 190 K

Van de Venter v Moss & Webb 1884 4 EDC 222

Van Rooyen v Burger 1960 4 SA 356 O

Van Schalkwyk v Hugo 1880 Foord 89

Van Wyk v Louw 1958 2 SA 164 K

Van Zyl v Oosthuizen 1898 15 CLJ 205

Vasco Dry Cleaners v Twycross 1979 1 SA 603 A

Visagie v Muntz & Co 1921 CPD 582

Vrede Koöp Landboumaatskappy Bpk v Uys 1964 2 SA 283 O

Vulcan Rubber Works (Pty) Ltd v SAR & H 1958 3 SA 285 A

Weeks v Amalgamated Agencies Ltd 1920 AD 218

Welgemoed v Coetzer 1946 TPD 701

Wicks v Place 1967 1 SA 561 OK

Wicomb v Rosen 1936 CPD 502

Wiese v Executors of Wiese 1905 ORC 130

Woodhouse v Odendaal 1914 OPD 48

Xapa v Ntsoko 1919 EDL 177

Yeko v Qana 1973 4 SA 735 A

Zandberg v Van Zyl 1910 AD 302

Zulu v Minister of Works, Kwazulu 1992 1 SA 181 D

DUITSE VONNISSE

BGH 1953 *NJW* 419

BGH 1954 *FamRZ* 198

BGH 1955 *BB* 429

BGH 1957 *JR* 100

BGH 1958 *NJW* 1286

BGH 1959 *NJW* 1539
BGH 1960 *BB* 606
BGH 1963 *MDR* 587
BGH 1963 *WM* 125
BGH 1965 *WM* 1254
BGH 1971 *FamRZ* 633
BGH 1972 *BB* 1531
BGH 1973 *Der Betrieb* 913
BGH 1973 *NJW* 253
BGH 1974 *JR* 466
BGH 1977 *NJW* 42
BGH 1979 *BB* 494
BGH 1979 *JR* 280
BGH 1979 *NJW* 712
BGH 1979 *NJW* 976
BGH 1983 *BB* 1248
BGH 1983 *BB* 1810
BGH 1988 *JZ* 665
BGH 1988 *NJW* 1204

BGH 8 1953 130
BGH 12 1954 380
BGH 27 1958 360
BGH 32 1960 53

BGH 62 1974 243
BGH 73 1979 253
BGH 85 1983 263
BGH 86 1983 300
BGH 86 1983 340
BGH 101 1988 101
BGH 101 1988 186

OLG Celle 1971 *FamRZ* 28
OLG Köln 1978 *MDR* 405
OLG Hans Hamburg 1982 *MDR* 409
OLG Düsseldorf 1984 *FamRZ* 1095
OLG Düsseldorf 1984 *JR* 34
OLG Bay 1987 *JR* 128
OLG München 1987 *NJW* 1830

LG Düsseldorf 1955 *FamRZ* 362
LG Münster 1955 *FamRZ* 137
LG Tübingen 1964 *FamRZ* 633
LG Tübingen 1964 *NJW* 2021

NEDERLANDSE VONNISSE

HR 26 november 1841 W 249

HR 22 februari 1889 W 5684
HR 10 november 1916 *NJ* 1916 1314
HR 3 april 1924 *NJ* 1924 567
HR 3 maart 1927 *NJ* 1927 687
HR 1 november 1929 *NJ* 1929 1745
HR 2 maart 1934 *NJ* 1934 908
HR 30 april 1936 *NJ* 1936 1531
HR 28 februari 1940 *NJ* 1940 332
HR 11 januari 1952 *NJ* 1952 216
HR 22 mei 1953 *NJ* 1954 353
HR 29 september 1961 *NJ* 1962 65
HR 18 februari 1966 *NJ* 1967 385
HR 5 mei 1972 *NJ* 1973 8
HR 8 juni 1973 *NJ* 1974 929
HR 7 maart 1975 *NJ* 1976 515
HR 1 juli 1977 *NJ* 1978 735
HR 10 februari 1978 *NJ* 1979 1030
HR 27 april 1979 *NJ* 1981 449
HR 1 februari 1980 *NJ* 1981 458
HR 7 mei 1982 *NJ* 1983 720
HR 6 april 1984 *NJ* 1984 1860
HR 1 mei 1987 *NJ* 1988 2894

BIBLIOGRAFIE

- Abegg** *Bedeutung*
Abegg F *Über die Bedeutung des tatsächlichen Moments* 1910
Borna-Leipzig
- Accursius** *Corpus Iuris Civilis Iustiniani*
Accursius *Corpus Iuris Civilis cum Commentariis Accursii* Studio et
opera Ioannis Fehi vol 3 1966 Osnabrück
- Albericus de Rosate** *Commentarii*
Commentarii in Primam Digesti Novi Partem 1585 Venetiis
- Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten***
Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von
1794 Textausgabe 1970 Frankfurt am Main
- Asser-serie** *Zakenrecht I*
Mijnssen FHJ & De Haan *Zakenrecht: Algemeen Goederenrecht* 1992 Zwolle
P
- Asser-serie** *Zakenrecht II*
Beekhuis JH, Davids *Zakenrecht: Eigendom en Beperkte Zakelijke Rechten* 1990
WJM, Mijnssen FHJ & Zwolle
Van Velten AA
- Asser-serie** *Zakenrecht III*
Mijnssen FHJ & Van *Zakenrecht: Zekerheidsrechten* 1986 Zwolle
Velten AA

- Badenhorst** 1988 *TSAR* 298
 Badenhorst PJ "The requirements of transfer of ownership by way of
 attornment" 1988 *TSAR* 298
- Badenhorst & Coetser** 1989 *TSAR* 137
 Badenhorst PJ & "Die berging van skeepswrakke - enkele aspekte" 1989
 Coetzer PPJ *TSAR* 137
- Baldus** *Commentaria*
 Baldus de Ubaldus *In Decretalium Volumen Commentaria* 1595 Venetiis
- Bartolus**
 Bartolus a Saxoferrato *Prima super Digesto Novo* 1541 Lugdunum
- Baur** 1967 *NJW* 22
 Baur F "Gestuffer Mitbesitz am Brief bei Teilgrundpfandrechten"
 1967 *NJW* 22
- Baur** *Lehrbuch*
 Baur F & Baur J *Lehrbuch des Sachenrechts* 16 Aufl 1992 München
- Beitzke** *Familienrecht*
 Beitzke G *Familienrecht - Ein Studienbuch* 25 Aufl 1988 München
- Blecher** 1975 *Acta Juridica* 245
 Blecher MD "Spoliation" 1975 *Acta Juridica* 245

- Blecher** **1978 SALJ 8**
- Blecher MD "Spoliation and the demolition of legal rights" 1978 SALJ 8
- Blecher** **1978 SALJ 341**
- Blecher MD "The owner's actions against persons who fraudulently ceased to possess his *res (qui dolo desierunt possidere)*"
1978 SALJ 341
- Böhmer** ***Introductio***
- Böhmer Justus Henning *Introductio in Jus Digestorum* 1791 Luca
- Booyesen** **1990 THRHR 595**
- Booyesen H "Die toepassing van die wisselwet om vaderskap te bepaal en van die Romeins-Hollandse reg op berging: *Reck v Mills*
1990 1 SA 751 (A)" 1990 THRHR 595
- Borkowski** ***Roman Law***
- Borkowski A *Textbook on Roman Law* 1994 London
- Brühl** **1954 FamRZ 210**
- Brühl "Familie und Mitwohnung" 1954 FamRZ 210
- Brunneman** ***Commentarius***
- Brunneman Johannes *Commentarius in Leges Pandectarum* 1701 Berlin

- Bruns** *Besitzerwerb*
- Bruns V *Besitzerwerb durch Interessenvertreter* 1910 Tübingen
-
- Buckland** *Roman Law*
- Buckland WW *A Textbook of Roman Law from Augustus to Justinian* 3rd ed Stein P 1963 Cambridge
-
- Cahen** 1967 *WPNR* 4963 373 4964 385
- Cahen JLP "Geformaliseerde en feitelijke bezitsmacht bij roerend lichamenlijk goed" 1967 *WPNR* 4963 373 4964 385
-
- Carey Miller** 1986
- Carey Miller D *The Acquisition and Protection of Ownership* 1986 Kaapstad
-
- Clausing** *Vermogensrecht NBW*
- Clausing P *Korte Inleiding tot het Vermogensrecht onder het Nieuw BW* 1984 Groningen
-
- Code Civil**
- Goubeaux G & Bihr P *Code Civil* 1993-1994 Paris
- reds

Cronjé & Van der Spuy 1981 THRHR 168

Cronjé DSP & Van der Spuy P de N "Die aanwending van eiendomsreg tot sekerheidstelling by roerende sake" 1981 *THRHR* 168

Cujacius *Opera*

Cujacius Jacobus *Opera* vol 4 1860 Prati

Damrau 1978 JuS 519

Damrau J "Aufgabe des einheitlichen Begriffs Übergabe? BGHZ 67 207" 1978 *JuS* 519

De Boer 1973 RMThemis 421

De Boer J "De schatvinding in het ontwerp B.W. en de Monumentenwet, mede gezien in het licht van haar geschiedenis" 1973 *RMThemis* 421

De Groot *Inleidinge*

De Groot Hugo *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* reeds Doving F, Fischer HFWD & Meijers EM 1965 Leiden

Delport & Olivier 1985

Delport HJ & Olivier *Sakereg Vonnisbundel* 2de uitg 1985 Kaapstad

NJJ

- De Mayno** *Commentaria*
- De Mayno Iason *In Primam Digesti Novi Partem Commentaria* 1589 Venetiis
- De Vos** **1959 AJ 184**
- De Vos W "n Bespreking van sekere aspekte van die regsposisie van besitters" 1959 AJ 184
- De Waal** **1984**
- De Waal MJ *Die Moontlikheid van Besitsherstel as Wesenselement vir die Aanwending van die Mandament van Spolie* Annale Universiteit van Stellenbosch 1984
- De Waal** **1984 THRHR 115**
- De Waal MJ "Mandament van spolie: *Naidoo v Moodley* 1982 4 SA 82 T" 1984 THRHR 115
- Donellus** *Opera Omnia*
- Donellus Hugo *Opera Omnia Commentariorum de Jure Civili* vol 1 1840 Florentia
- Dondorp & Schrage** *Levering Krachtens Geldige Titel*
- Dondorp JH & Schrage *Levering Krachtens Geldige Titel. Enige Grepen uit de Geschiedenis van de Vereisten voor Eigendomsoverdracht* 1991 Amsterdam

Drion	<i>Vermogensrecht</i>
Hijma J & Olthof MM	<i>Compendium van het Nederlands Vermogensrecht</i> 1991 Deventer
Drion	1967 WPNR 4941 109 4942 121 4943 133
Drion H	"De betekenis van het bezit voor ons huidige recht" 1967 WPNR 4941 109 4942 121 4943 133
Duarenus	<i>Opera Omnia</i>
Duarenus Franciscus	<i>Opera Omnia</i> vol 2 1765 Luca
Ehrhardt	<i>Traditio</i>
Ehrhardt A	"Traditio" RE 12 Halbband 1937 Stuttgart
Eichler	<i>Institutionen</i>
Eichler H	<i>Institutionen des Sachenrechts</i> Bd 2 Hbd 1 1957 Berlin
Erman	<i>BGB</i>
Erman-Bearbeiter	<i>Handkommentar zum BGB</i> 8 Aufl Bd 2 1989 Münster
Faber	1987 JR 313
Faber J	"Eigentumserwerb an sog. vergessenen Sachen" 1987 JR 313

- Gerhardt** *Mobiliarsachenrecht*
- Gerhardt W *Mobiliarsachenrecht* Bd 1 1976 München
-
- Gordon** *Traditio*
- Gordon WM *Studies in the Transfer of Property by Traditio* 1970
Aberdeen
-
- Gursky** 1984 JZ 604
- Gursky KH "Die neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum
Mobiliarsachenrecht" 1984 JZ 604
-
- Gursky** 1988 JZ 665
- Gursky KH "Zum Eigentumserwerb an einem bei Abbrucharbeiten
durch einen Arbeiter des Abbruchunternehmens
freigelegten Schatz" 1988 JZ 665
-
- Harker** 1988 SALJ 186
- Harker JR "The mandament van spolie in private and public law" 1988
SALJ 186
-
- Harker** 1991 SALJ 21
- Harker JR "The mandament van spolie" 1991 SALJ 21

Harms & Harms	1966 THRHR 234
Harms I & Harms LTC	"Verdiskontering en die oorgang van eiendomsreg" 1966 THRHR 234
Heineccius	<i>Operum</i>
Heineccius Johann Gottlieb	<i>Operum ad Universam Iuris Prudentiam</i> vol 5 1748 Geneva
Hijmans	<i>Romeinsch Zakenrecht</i>
Hijmans IH	<i>Romeinsch Zakenrecht</i> 1917 Zwolle
Hirsch	<i>Principien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes</i>
Hirsch P	<i>Die Principien des Sachbesitzerwerbes und -verlustes</i> 1892 Leipzig
Hoche	1961 JuS 73
Hoche U	"Besitzerwerb und Besitzverlust durch Besitzdiener" 1961 JuS 73
Huber	<i>Hedendaegse Rechtsgeleertheyt</i>
Huber Ulrich	<i>Hedendaegse Rechtsgeleertheyt</i> 1742 Amsterdam
Hummel	1967 MDR 967
Hummel JD	"Gleichstüfigkeit bei Mitbesitz?" 1967 MDR 967

- Jauernig** *BGB*
 Jauernig-Bearbeiter *Bürgerliches Gesetzbuch* 6 Aufl 1991 München
- Jolowicz** *Roman Law*
 Jolowicz HF *Historical Introduction to the Study of Roman Law* 1967
 Cambridge
- Joost** *Besitzbegriff*
 Joost D "Besitzbegriff und tatsächliche Sachherrschaft - Zur
 dogmatischen Einordnung des §854 Abs. 2 BGB" 167-179
 in *Gedachtnisschrift für Dietrich Schultz* red Jahr G 1987
 Köln
- Jörs-Kunkel** *Römisches Recht*
 Jörs P, Kunkel W ea *Römisches Recht* 1987 Berlin
- Justinianus** *Corpus Iuris Civilis*
 Justinianus *Corpus Iuris Civilis Iustinianei* Studio et Opera Ioannis Fehi
 vol 1-6 1965 Osnabrück
- Justinianus** *Digesta*
 Justinianus *The Digest of Justinian* vol 1-4 reds Mommsen T & Krueger
 P vert Watson A 1985 Philadelphia

Justinianus

Institutes

Justinianus

The Institutes of Justinian vert Thomas JAC 1975 Kaapstad

Kaser

1947 ZSS 219

Kaser M

"Die natürliche Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht" 1947 ZSS 219

Kaser

1951 ZSS 131

Kaser M

"Neue Studien zum altrömischen Eigentum" 1951 ZSS 131

Kaser

Eigentum und Besitz

Kaser M

Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht 1956 Köln

Kaser

1964 THRHR 5

Kaser M

"The concept of Roman ownership" 1964 *THRHR* 5

Kaser

Das Römische Privatrecht I & II

Kaser M

Das Römische Privatrecht vol 1 1971 vol 2 1959 München

Kaser

In bonis habere

Kaser M

"Nochmals zu 'in bonis habere'" 144-163 in *Huldigungsbandel Paul van Warmelo* reds Van der Westhuizen J ea 1984 Pretoria

- Kaser** 1988 ZSS 122
- Kaser M "Altrömisches Eigentum und 'usucapio'" 1988 ZSS 122
- Kegel** *Wilden Tieren*
- Kegel G "Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten, und versunkenen Schiffen" 149-178 in *Festschrift für Ernst von Caemmerer* reds Ficker HC ea 1978 Tübingen
- Kleyn** *Proefskrif*
- Kleyn DG *Die Mandament van Spolie in die Suid-Afrikaanse Reg*
Ongepubliseerde proefskrif 1986 Universiteit van Pretoria
- Kleyn** 1986 *De iure* 1
- Kleyn DG "Die mandament van spolie as besitsremedie" 1986 *De iure*
1
- Kleyn** 1986 *De iure* 159
- Kleyn DG "*Ness and Another v Greef* 1985 4 SA 641 (K)" 1986 *De iure* 159
- Kleyn** 1986 *De iure* 279
- Kleyn DG "Die betekenis van die begrip 'spolie'" 1986 *De iure* 279

Kleyn	1988 <i>Bulletin</i> 6
Kleyn DG	"Die beskerming van mala fide besit: moet selfs die besit van die duiwel beskerm word?" 1988 <i>Bulletin</i> 6
Kleyn	1989 <i>De Iure</i> 154
Kleyn DG	"Ntshwqela v Chairman Western Cape Regional Services Council 1988 3 SA 218 (K): Plakkery en die mandament van spolie" 1989 <i>De Iure</i> 154
Klopper	1983 <i>Obiter</i> 71
Klopper M	"Die aard van die juridiese belang van houers by skadevergoeding" 1983 <i>Obiter</i> 71
Kremer	1954 <i>FamRZ</i> 186
Kremer B	"Der Besitz der Ehegatten an der ehelichen Wohnung und an den gemeinsam benutzten Hausratsgegenständen" 1954 <i>FamRZ</i> 186
Lauterbach	<i>Thesaurus</i>
Lauterbach Wolfgang	<i>Thesaurus Juris Civilis sive Succincta Explanatio Compendii</i>
Adam et al	<i>Digestorum 1717 Lemgovia</i>
Lee	<i>Roman Law</i>
Lee RW	<i>The Elements of Roman Law</i> 1946 London

Leifer	<i>Possessio</i>
Leifer	"Possessio" <i>RE</i> 43 Halbband 1953 Stuttgart
Lewis	1988 <i>BL</i> 16
Lewis C	"How Reck lost the wreck" 1988 <i>BL</i> 16
Lewis	1990 <i>SALJ</i> 359
Lewis C	Book review of Olivier NJJ, Pienaar GJ & Van der Walt AJ <i>Law of Property</i> 1990 <i>SALJ</i> 359
Lewis & Short	<i>A Latin Dictionary</i>
Lewis CT & Short C	<i>A Latin Dictionary</i> 1966 Oxford
Leyser	<i>Meditationes</i>
Leyser Augustinus	<i>Meditationes ad Pandectas</i> vol 7 1744 Lipsiae
Lighton	1964 <i>THRHR</i> 138
Lighton AW	"A question of abandonment" 1964 <i>THRHR</i> 138
Lopau	1980 <i>JuS</i> 501
Lopau	"Der Rechtsschutz des Besitzer" 1980 <i>JuS</i> 501

Lubbe **1983**
Lubbe GF "Mortgage and Pledge" *LAWSA* (red Joubert WA) vol 17 par
392-520 1983 Durban

Luchterhand **BGB**
Luchterhand-Bearbeiter *Kommentar zum BGB* 1983

Maasdorp **1970**
Maasdorp AFS *Law of Contract* 1970 Kaapstad

Maasdorp **1976**
Maasdorp AFS *Institutes of South African Law: The Law of Property* 1976
Kaapstad

Mac Cormack **1967 ZSS 47**
Mac Cormack G "Naturalis possessio" 1967 ZSS 47

Manigk ***Fiducia***
Manigk A "Fiducia" *RE* 6 Band 1909 Stuttgart

Manigk ***Pignus***
Manigk A "Pignus" *RE* 39 Halbband 1941 Stuttgart

- Mathews** 1962 *SALJ* 179
- Mathews AS "The mental element in possession" 1962 *SALJ* 179
- Menochius** *De Adipiscenda, Retinenda et Recuperanda Possessione*
- Menochius J *De Adipiscenda, Retinenda et Recuperanda Possessione*
1606 Venetiis
- Middelberg** 1953
- Middelberg AWF *Bescherming van het Houderschap* 1953 Pretoria
- Middelberg** 1954 *THRHR* 268
- Middelberg AWF "Beskerming van die houerskap in die Suid-Afrikaanse reg"
1954 *THRHR* 268
- Mijnssen** 1972 *WPNR* 5165 125 5166 137
- Mijnssen FHJ "De regeling van het bezit en de bezitsoverdracht in het ontwerp voor een nieuw Burgerlijk Wetboek" 1972 *WPNR* 5165 125 5166 137
- Mijnssen** 1983 *WPNR* 5654 345
- Mijnssen FHJ "De levering van een roerende zaak" 1983 *WPNR* 5654 345

Mijnssen & Schut *Bezit, Levering en Overdracht*
Mijnssen FHJ & Schut *Bezit, Levering en Overdracht* 1991 Zwolle
GHA

Müller *Sachenrecht*
Müller K *Sachenrecht* 1993 Köln

Münchener Komm

Rebmann K & Säcker FJ *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* vol
4 1986 München

Nassauer *Besitzerwerb*
Nassauer H *Besitzerwerb durch Mittelspersonen nach gemeinem Recht
und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs* 1910
Neumünster

Oblasser *Abhanden kommen*
Oblasser EW *Der Begriff 'abhanden kommen' im Sinne des Bürgerlichen
Gesetzbuchs unter Berücksichtigung der geschichtlichen
Entwicklung* 1906 Borna-Leipzig

Olivecrona *Acquisition of Possession*
Olivecrona K "The acquisition of possession" 52-86 *Three Essays in
Roman Law* 1949 Copenhagen

- Olivier** 1981 *THRHR* 210
- Olivier NJJ "Air-Kel h/a Merkel Motors v Bodenstein 1980 3 SA 917 (A):
Eiendomsoorgang van roerende goed - lewering by wyse
van attornment" 1981 *THRHR* 210
- Olivier, Pienaar &
Van der Walt** 1992
- Olivier NJJ, Pienaar *Sakereg Studentehandboek* 2de uitg 1992 Kaapstad
GJ & Van der Walt AJ
- Peiris** 1983 *CILSA* 291
- Peiris GL "Possession and policy in a modern civil law system" 1983
CILSA 291
- Pikart** 1962 *WM* 98
- Pikart H "Die Rechtsprechung des BGH zum Pfandrecht an beweg-
lichen Sachen" 1962 *WM* 98
- Pininsky** *Sachbesitzerwerbs*
- Pininsky LG *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs* 1885 Leipzig
- Pitlo** *Zakenrecht*
- Pitlo A & Brahn OK *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek II: Zakenrecht* 1987
Arnhem

Pothier	<i>Pandectae Justinianeae</i>
Pothier Robert-Josèphe	<i>Pandectae Justinianeae</i> vol 1 & 3 1782 Lugdunum
Price	1947
Price TW	<i>The Possessory Remedies in Roman-Dutch Law</i> Kaapstad 1947
Prichard	<i>Roman Private Law</i>
Prichard AM	<i>Leage's Roman Private Law</i> 1961 London
Puchta	<i>System und Geschichte</i>
Puchta CF	<i>System und Geschichte des römischen Privatrechts</i> Leipzig 1881
Radin	<i>Detention</i>
Radin M	<i>Detention at Roman Law: Studi in onore di Pietro Bonfante</i> 153-162 vol 3 1930 Milano
Reinicke & Tiedtke	1984 JA 202
Reinicke D & Tiedtke K	"Der gutgläubige Erwerb eines Pfandrechts an beweglichen Sachen" 1984 JA 202

Reinsma & Van der 1969 *THRHR* 302

Merwe

Reinsma M & Van der "Die aard van *traditio longa manu*" 1969 *THRHR* 302

Merwe CG

Riccobono 1910 *ZSS* 321

Riccobono S "Zur Terminologie der Besitzverhältnisse" 1910 *ZSS* 321

Rittner 1965 *JZ* 274

Rittner F "Bestellung eines Pfandrechts ohne unmittelbaren Besitz des Pfandgläubigers durch schlichte Einigung?" 1965 *JZ* 274

Roos 1995 *SALJ* 169

Roos J "The perfecting of securities held under a general notarial bond" 1995 *SALJ* 169

Rose *Property and Persuasion*

Rose C *Property and Persuasion. Essays on the History, Theory and Rhetoric of Ownership* 1994 Boulder

Schanbacher 1993 *JuS* 382

Schanbacher D "Grundfalle zum Pfandrecht" 1993 *JuS* 382

- Schlemmer** 1991 *TSAR* 414
- Schlemmer EC "Afstanddoening in die versekeringsreg: 'n wyse van eiendomsoordrag?" 1991 *TSAR* 414
- Scholtens** 1972 *SALJ* 383
- Scholtens JE "Praescriptio - jus possidendi and *rei vindicatio*" 1972 *SALJ* 383
- Schulz** *Ehewohnung und Hausrat*
- Schulz A "Ehewohnung und Hausrat in der ungestörten Ehe" *Schriften zum Bürgerlichen Recht* Bd 71 1982 Berlin
- Schulz** *Studium der Digesten*
- Schulz F *Einführung in das Studium der Digesten* 1916 Tübingen
- Schulz** *Classical Roman Law*
- Schulz F *Classical Roman Law* 1961 Oxford
- Schultz** 1952 *MDR* 153
- Schultz B "Die Besitzverhältnisse am eingebrachten Gut im Güterstand der Verwaltung und Nutsniessung" 1952 *MDR* 153

- Schut** 1972 *WPNR* 5176 253
- Schut GHA "Het nieuwe 2014" 1972 *WPNR* 5176 253
- Schwab** *Sachenrecht*
- Schwab KH *Sachenrecht - Ein Studienbuch* 22 Aufl 1989 München
- Scott** 1981 *De Iure* 142
- Scott TJ "Aspekte van sekerheidstelling deur middel van roerende sake" 1981 *De Iure* 142
- Scott** 1989 *De Iure* 119
- Scott TJ "Sekerheidstelling deur middel van roerende goed: die finale woord?" 1989 *De Iure* 119
- Scott & Scott** 1987
- Scott TJ & Scott SJ *Wille's Law of Mortgage and Pledge in South Africa* 3de uitg Kaapstad 1987
- Silberberg & Schoeman 1992**
- Kleyn DG & Boraine A *Silberberg and Schoeman's The Law of Property* 3de uitg 1992 Durban

Smid 1984 *JuS* 101

Smid S "Schutz der 'räumlich-gegenständlichen Bereichs' der Ehe
oder Eheschutz - OLG Celle, NJW 1980, 711" 1984 *JuS*
101

Snijders & Rank-Beren- Goederenrecht

schot

Snijders HJ & Rank- *Goederenrecht* 1994 Deventer

Berenschot EB

Sohm *Institutes*

Sohm R *The Institutes. A Textbook of the History and System of
Roman Private Law* vert Ledlie JC 1935 Oxford

Sonnekus 1978 *TSAR* 168

Sonnekus JC "*Fredericks and Another v Stellenbosch Divisional Council*
1977 3 SA 113 (K)" 1978 *TSAR* 168

Sonnekus 1978 *SALJ* 217

Sonnekus JC "Eggenote, medebesit en die mandament van spolie" 1978
SALJ 217

- Sonnekus** 1979 *TSAR* 41 119
- Sonnekus JC "Constitutum possessorium en die oordrag van saaklike regte" 1979 *TSAR* 41 119
-
- Sonnekus** 1982 *TSAR* 178
- Sonnekus JC "Mbuku v Mdinwa 1982 1 SA 219 Tk; *Runsins Properties (Pty) Ltd v Ferreira* 1982 1 SA 658 SOK" 1982 *TSAR* 178
-
- Sonnekus** 1983 *TSAR* 97 230
- Sonnekus JC "Sekerheidsregte - 'n nuwe rigting?" 1983 *TSAR* 97 230
-
- Sonnekus** 1985 *TSAR* 331
- Sonnekus JC "Mandament van spolie - kragtige remedie by kragonderbreking?" 1985 *TSAR* 331
-
- Sonnekus** 1986 *TSAR* 243
- Sonnekus JC "Spolie en contra-spolie" 1986 *TSAR* 243
-
- Sonnekus** 1987 *TSAR* 267
- Sonnekus JC "Beskikking deur die versekeraar oor versekerde goed wat gesteel is" 1987 *TSAR* 267

Sonnekus 1992 *TSAR* 487
Sonnekus JC "Traditio longa manu en natrekking by grond - wedersyds uitsluitend" 1992 *TSAR* 487

Sonnekus 1993 *TSAR* 110
Sonnekus JC "Die notariële verband, 'n bekostigbare figuur teen heimlike sekerheidstelling vir 'n nuwe Suid-Afrika?" 1993 *TSAR* 110

Sonnekus & De Waal 1990 *TSAR* 514
Sonnekus JC & De Waal "Plakkery en die mandament van spolie" 1990 *TSAR* 514
MJ

Sonnekus & Neels 1994
Sonnekus JC & Neels JL *Sakereg Vonnisbundel* 2de uitg 1994 Durban

Staudinger *BGB*
Staudinger-Bearbeiter *Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar* 12 Aufl 1987 Berlin

Steindorff 1968 *JZ* 69
Steindorff E "Zur Besitzlage bei Gesellschaften mit Gesamt-handsvermogen" 1968 *JZ* 69

- Süss** *Traditionsprinzip*
- Süss T "Das Traditionsprinzip - Ein Atavismus des Sachenrechts"
141-165 in *Festschrift Martin Wolff* reds Von Caemmerer ea
1952 Tübingen
- Taitz** **1981 SALJ 36**
- Taitz J "Spoliation proceedings and the 'grubby-handed'
possessor" 1981 SALJ 36
- Taitz** **1982 SALJ 351**
- Taitz J "A spoliation order is a robust and unique remedy" 1982
SALJ 351
- T & C (Huijgen)**
- Nieuwenhuis JH, Stolker CJJM & Valk WL *Nieuw Burgerlijk Wetboek Tekst en Commentaar* 1990 De-
venter
reds
- Thomas** *Roman Law*
- Thomas JAC *Textbook of Roman Law* 1976 Amsterdam
- Thomas** *Institutes*
- Thomas JAC *The Institutes of Justinian: Text, Translation and
Commentary* 1975 Cape Town

- Van der Keessel** *Praelectiones*
- Van der Keessel *Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii*
- Dionysius Godefridus *Introductionem ad Iurisprudentiam Hollandicam* vol 2 1963
vol 4 1966 Amsteldam
- Van der Linden** *Koopmans Handboek*
- Van der Linden Joannes *Regtsgeleerd Practicaal en Koopmans Handboek* 1806
Amsteldam
- Van der Merwe** 1967 *THRHR* 330
- Van der Merwe CG "Acquisition of *res derelicta* in Roman law - *Animus occupandi*" 1967 *THRHR* 330
- Van der Merwe** 1976 *TSAR* 87
- Van der Merwe CG "Occupatio: Oorspronklikste wyse van eiendomsver-
kryging?" 1976 *TSAR* 87
- Van der Merwe** 1978 *ASSAL* 306
- Van der Merwe CG "Law of property (including mortgage and pledge)" 1978
ASSAL 306
- Van der Merwe** 1980 *ASSAL* 235
- Van der Merwe CG "Law of property (including mortgage and pledge)" 1980
ASSAL 235

Van der Merwe 1980 *TSAR* 183

Van der Merwe CG "Minister van Landbou v Sonnendecker 1979 2 SA 944 A"
1980 *TSAR* 183

Van der Merwe 1989

Van der Merwe CG *Sakereg* 2de uitg 1989 Durban

Van der Merwe & 1973 *THRHR* 86

Neethling

Van der Merwe CG & "Traditio - 'Attornment' - Nuwe vorm van lewering" 1973

Neethling J *THRHR* 86

Van der Merwe & Rabie 1974 *THRHR* 38

Van der Merwe CG & "Eiendom van wilde diere" 1974 *THRHR* 38

Rabie MA

Van der Vyver 1970 *THRHR* 231

Van der Vyver JD "Die juridiese grondslag van besitsbeskerming" 1970
THRHR 231

Van der Walt 1983 *SALJ* 689

Van der Walt AJ "Three cases on the mandament van spolie" 1983 *SALJ* 689

Van der Walt, Pienaar 1994 *THRHR* 614

& Louw

Van der Walt C, Pienaar "Sekerheidstelling deur middel van roerende goed - nog
G & Louw C steeds onsekerheid!" 1994 *THRHR* 614

Van Jaarsveld 1988

Van Jaarsveld SR ea *Suid-Afrikaanse Handelsreg* vol 1 1988 Johannesburg

Van Leeuwen *Het Rooms-Hollands-Regt*

Van Leeuwen Simon *Het Rooms-Hollands-Regt* 1698 Amsteldam

Van Mierlo *Fiduciaire Zekerheid*

Van Mierlo AIM *Fiduciaire Zekerheid, Vuistloos en Stil Pand* 1988 Deventer

Van Oven *Romeinsch Privaatrecht*

Van Oven JC *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 1948 Leiden

Van Rensburg & Van 1978 *THRHR* 113

der Merwe

Van Rensburg ADJ & "Die aard van besit en die *animus*-element daarvan" 1978

Van der Merwe CG *THRHR* 113

- Van Warmelo** *Romeinse Reg*
- Van Warmelo P *Inleiding tot die Studie van die Romeinse Reg* 1957
Kaapstad
- Van Warmelo** **1981 TSAR 65**
- Van Warmelo P "Saaklike sekerheidsregte oor onliggaamlike en roerende goedere" 1981 TSAR 65
- Voet** *Commentarius ad Pandectas*
- Voet Johannes *Commentarius ad Pandectas* vol 2 1707 Hagae-Comitum
- Voet** *Commentary*
- Voet Johannes *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects*
vol 6 vert Gane P 1957 Durban
- Von Caemmerer** **1963 JZ 586**
- Von Caemmerer E "Übereignung durch Anweisung zur Übergabe" 1963 JZ 586
- Von Gierke** *Sachenrecht*
- Von Gierke J *Bürgerliches Recht: Sachenrecht* 2 Aufl 1928 Berlin
- Von Savigny** *Das Recht des Besitzes*
- Von Savigny FC *Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung* 1803
Giessen

- Von Wendt** *Besitz und Besitzwille*
- Von Wendt O "Besitz und Besitzwille" 79-108 in *Festschrift für die Juristische Fakultät in Giessen zum Universitäts-Jubiläum* red Frank R 1907 Giessen
- Wacke** *Besitzkonstitut*
- Wacke A *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik: Ursprung, Entwicklung und Grenzen des Traditionsprinzips im Mobiliarsachenrecht* 1974 Köln
- Wadle** 1974 JZ 689
- Wadle E "Die Übergabe auf Geheiss und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums" 1974 JZ 689
- Watson** *Law of Property*
- Watson A *The Law of Property in the Later Roman Republic* 1968 Oxford
- Watson** 1961 TvR 22
- Watson A "Acquisition of possession per extraneam personam" 1961 TvR 22

Watson	1962 LQR 205
Watson A	"Acquisition of possession and usucapion per servos et filios" 1962 LQR 205
Westermann	Sachenrecht
Westermann HP ea	<i>Sachenrecht - Ein Lehrbuch</i> Bd 1 6 Aufl 1990 Heidelberg
Wetboek Napoleon	<i>Wetboek Napoleon</i> 1809 Holland
Wieling	Mittelbare Besitz
Wieling H	"Der mittelbare Besitz" 715-741 in <i>Studi in onore di Cesare Sanfilippo</i> vol 1 red Giuffrè A 1982 Milano
Wieling	1984 AcP 439
Wieling H	"Voraussetzungen, Übertragung und Schutz des mittelbaren Besitzes" 1984 AcP 439
Wieling	Sachenrecht
Wieling HJ	<i>Sachenrecht</i> Bd 1 1990 Berlin
Wieling	Besitzschutzes
Wieling H	"Grund und Umfang des Besitzschutzes" 565-584 in <i>Festgabe für Ulrich von Lübtow</i> reds Harder M & Thielmann G 1980 Berlin

Windscheid	<i>Lehrbuch des Pandektenrechts</i>
Windscheid B	<i>Lehrbuch des Pandektenrechts</i> vol 1 1963 Aalen
Wochner	1981 BB 1802
Wochner M	"Eigentumsvorbehalt und Verbrauchsermächtigung" 1981 BB 1802
Wolf	<i>Sachenrecht</i>
Wolf M	<i>Sachenrecht</i> 9 Aufl 1991 München
Zasius	<i>Opera Omnia</i>
Zasius Udalricus	<i>Opera Omnia</i> vol 3 1965 Aalen
Zwalve	1978 WPNR 5429 216
Zwalve WJ	"Enige opmerkingen over 3.5.17. van het Ontwerp Burgerlijk Wetboek" 1978 WPNR 5429 216
Zwalve	<i>Europese Privaatrecht</i>
Zwalve WJ	<i>Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht I Inleiding en Zakenrecht</i> 1993 Groningen