DIE ONTWIKKELING VAN DIE SAAKLIKE OOREENKOMS BY DIE OORDRAG VAN ONROERENDE GOED: 'N REGSHISTORIESE ONDERSOEK

'n Proefskrif aangebied ter gedeeltelike nakoming van die vereistes vir die graad **DOCTOR LEGUM** aan die Noordwes-Universiteit Potchefstroomkampus

deur

Philippus Jacobus Wilhelmus Schutte

Promotor: Prof GJ Pienaar
Hulp-promotor: Prof W du Plessis
Potchefstroom
Mei 2007

BEDANKINGS

Ek spreek graag my dank uit teenoor die volgende persone/instansies sonder wie se hulp en bystand ek nie in staat sou wees om hierdie studie te voltooi nie:

Prof GJ Pienaar	My hoogste dank en waardering aan my promotor vir sy bekwame en professionele leiding, advies, aanmoediging, geduld en spoedige terugvoer. Dit was 'n eer en voorreg om onder sy leiding te kon werk. Dankie dat ek kon put uit jou kennis en wysheid – dit skyn 'n onuitputbare bron te wees.
Prof W du Plessis	My hulp-promotor, eweneens vir haar bereidwilligheid om te help, vir haar opofferings, professionele en bekwame leiding en advies - veral wat betref die regshistoriese bronne en verwysingstyl. Ek het die hoogste agting en waardering vir haar vermoëns, kennis en insig.
Prof Dawie Kriel (emiritus)	Vir sy hulp met die vertaling van Latynse tekste.
Kollegas	My kollegas verbonde aan die Regsfakulteit van die Noordwes-Universiteit Potchefstroomkampus vir hulle begrip, aanmoediging en ondersteuning; 'n besondere woord van dank aan Prof Hannelie Crous vir die waarneem van my doseerverpligtinge.
My vrou Alida	Vir haar liefde, geduld en opofferings. Jou onuitblusbare gees, bruisende persoonlikheid en lewenslus het my staande gehou. Ek sê ook dankie aan my kinders Alisa en Lia vir hulle liefde en ondersteuning. Aan al drie vrouens in my lewe: ek bied my opregte verskoning aan vir die feit dat julle my aandag vir so 'n lang tyd moes ontbeer.

Instansies

Die volgende instansies wie se finansiële bystand dit vir my moontlik gemaak het om hierdie studie te onderneem: Die Noordwes-Universiteit; Die Getrouheidswaarborgfonds vir Prokureurs; Die Max-Planck Instituut Hamburg Duitsland

INHOUDSOPGAWE

HOOFSTUK 1: INLEIDING

1.1 Motivering en probleemstelling 1
1.2 Navorsingsvraag 3
1.3 Omvang van en oogmerke met die studie 3
1.4 Hipoteses en veronderstellings 4
1.5 Navorsingsmetodologie en uitleg van die studie 5
1.6 Die onderskeid tussen abstrakte en kousale stelsels 9
1.6.1 Kenmerke van 'n kousale stelsel 10
1.6.2 Kenmerke van 'n abstrakte stelsel 12
1.6.3 Betekenis van die *causa*-begrip 16
1.6.4 Is 'n *causa* hoegenaamd 'n vereiste in 'n abstrakte stelsel? . 18
1.6.5 Praktiese implikasies van die onderskeid tussen die twee stelsels 23
1.6.6 Nederland as voorbeeld van 'n gemengde stelsel 28
1.6.6.1 Kenmerke van 'n abstrakte stelsel 29
1.6.6.2 Kenmerke van 'n kousale stelsel 31

HOOFSTUK 2: ROMEINSE REG

2.1 Inleiding 35
2.2 *Mancipatio* 38
2.2.1 Inleiding 38
2.2.2 Formaliteite 38
2.2.3 *Mancipatio* 'n allesomvattende regshandeling 39
2.2.4 Koop en *mancipatio* twee afsonderlike regshandelinge 44
2.2.5 *Mancipatio* die wyse waarop *dominium* oorgedra is 47
2.2.5.1 *Usus* en *Auctoritas* 47
2.2.5.2 Die begrip *possessio* 49
2.2.5.3 Die begrip *dominium* 53
2.2.6 *Mancipatio* verval in onbruik 59
2.2.7 Samevatting 61

2.3 *In iure cessio* 63
2.3.1 Formaliteite 63
2.3.2 *In iure cessio*, oordrag van *dominium* en die verskaffing van ... *possessio* 64
2.3.3 Verhouding tot die *causa* 65
2.3.4 *In iure cessio* verval in onbruik 66
2.3.5 Samevatting 67
2.4 *Traditio* 68
2.4.1 Inleiding 68
2.4.2 *Traditio* die algemene wyse waarop *dominium* oorgedra is ..69
2.4.3 Die verkryging van fisiese beheer (*possessio*) 73
2.4.3.1 Inleiding 73
2.4.3.2 Die *animus*-vereiste 73
2.4.3.3 Die *corpus*-vereiste 76
2.4.3.3.1 Die algemene reël 76
2.4.3.3.2 Die uitsonderings – *traditio solo animo* 79
2.4.3.3.3 Verskaffing van *possessio* by wyse van aktes 82
2.4.3.4 Die voortduring en verlies van *possessio* 82
2.4.3.5 Publisiteit 83
2.4.3.6 Samevatting 83
2.4.4 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste 85
2.4.4.1 Inleiding 85
2.4.4.2 Die funksie van die *iusta causa* 86
2.4.4.3 Die betekenis van die begrip *iusta causa* 88
2.4.4.4 Moes die *causa* objektief geldig gewees het? 89
2.4.4.4.1 Inleiding 89
2.4.4.4.2 Die teenstrydigheid tussen Julianus en Ulpianus 91
2.4.4.4.3 *Iusta causa* wel 'n vereiste 106
2.4.4.4.4 *Iusta causa* nie 'n vereiste nie 112
2.4.4.4.5 Invloed van die *condictiones* 117
2.4.4.5 Samevatting 119
2.4.5 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 122
2.4.5.1 Inleiding 122
2.4.5.2 Was wilsooreenstemming 'n vereiste? 123

2.4.5.3 Verhouding tussen fisiese beheer (*corpus*) en die bedoeling om eiendomsreg te verkry (*animus*) 126
2.4.5.4 Verhouding tussen die bedoeling (*animus*) en die *causa*-vereiste 129
2.4.5.5 Die bedoeling in gevalle waar geen regsfeit wat tot lewering verplig, vereis is nie 132
2.4.5.6 Lewering met die *animus* alleen (*traditio solo animo*) 133
2.4.5.7 Samevatting 136
2.4.6 Lewering by wyse van dokumente (*traditio per cartam*) 138
2.4.7 Samevatting 139
2.5 Die na-klassieke tydperke (250-1100) 143
2.5.1 Inleiding 143
2.5.2 Die vulgêre reg in die Wes-Romeinse ryk (350-550) 145
2.5.2.1 Inleiding 145
2.5.2.2 Die begrippe *dominium* en *possessio* 146
2.5.2.3 Die onderskeid tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en oordrag van fisiese beheer 149
2.5.2.4 Betaling van die koopprys 149
2.5.2.5 Vormvereistes – dokumente en registrasie 150
2.5.2.6 Fisiese beheer 156
2.5.2.7 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 159
2.5.2.8 Samevatting 160
2.5.3 Die Oos-Romeinse ryk in die tyd van Justinianus (450-550) 161
2.5.3.1 Inleiding 161
2.5.3.2 Die begrippe *dominium* en *possessio* 163
2.5.3.3 Onderskeid tussen *causa* en *traditio* 166
2.5.3.4 Fisiese beheer 167
2.5.3.5 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa* vereiste 169
2.5.3.6 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 174
2.5.3.7 Vormvereistes – skrif en registrasie 182
2.5.3.8 Samevatting 184
2.6 Samevatting 187

2.6.1 Inhoudelike abstraksie 187
2.6.2 Uitwendige abstraksie 191
2.6.3 Vormvereistes - registrasie 192
2.6.4 Gevolgtrekking 193

HOOFSTUK 3: DIE GLOSSATORE

3.1 Inleiding 196
3.2 Vereistes vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* 196
3.3 Beskikkingsbevoegdheid van die vervreemder 197
3.4 Die onderskeid tussen *dominium* en *possessio* 197
3.4.1 Die begrip *dominium* 197
3.4.2 Die begrip *possessio* 199
3.5 Die verkryging van fisiese beheer (*possessio*) 200
3.5.1 Inleiding 200
3.5.2 Die *corpus*-vereiste (*vacua possessio*) 201
3.5.3 Die standpunt dat verkryging van fisiese beheer nie 'n vereiste is nie 202
3.5.4 Lewering by wyse van *traditio ficta* 204
3.5.5 Oordrag deur blote ooreenkoms 206
3.5.6 Lewering deur oorhandiging van 'n akte (*traditio instrumentorum*) 208
3.5.7 Samevatting 210
3.6 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste 213
3.6.1 Inleiding 213
3.6.2 Algemene reël: *causa* hoef nie geldig te wees nie 214
3.6.3 Uitsonderings: 'n geldige *causa* wel vereis 220
3.6.4 Teenstrydigheid tussen *Digesta* 12.1.18 en 41.1.36 221
3.7 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 226
3.8 Samevatting 230

HOOFSTUK 4: DIE KOMMENTATORE

4.1 Inleiding 236
4.2 Vereistes vir die oordrag van eiendomsreg 237

4.3 Die onderskeid tussen *dominium* en *possessio* 238
4.3.1 Die begrip *dominium* 238
4.3.2 Die begrip *possessio* 240
4.4 Die verkryging van fisiese beheer 241
4.4.1 Die *corpus*-vereiste (*vacua possessio*) 241
4.4.2 Die standpunt dat werklike fisiese beheer nie 'n vereiste is nie 241
4.4.3 Lewering by wyse van *traditio ficta* 243
4.4.4 Lewering by wyse van *constitutum possessorium* 245
4.4.5 Lewering by wyse van aktes (*traditio instrumentorum*) 247
4.4.6 Oordrag deur blote ooreenkoms 250
4.4.7 Samevatting 252
4.5 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste 253
4.5.1 Algemene reël: *causa* hoef nie geldig te wees nie 253
4.5.2 Die uitsonderings – 'n geldige *causa* wel vereis 252
4.5.3 Teenstrydigheid tussen *Digesta* 12.1.18 en 41.1.36 257
4.6 Inhoudelike abstraksie - rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 261
4.7 Samevatting 266

HOOFSTUK 5: DIE HUMANISTE

5.1 Inleiding 271
5.2 Die verkryging van fisiese beheer 272
5.2.1 Die *corpus*-vereiste 272
5.2.2 Lewering by wyse van *traditio ficta* 274
5.2.3 Lewering by wyse van *constitutum possessorium* 276
5.2.4 Lewering by wyse van aktes (*traditio instrumentorum*) 277
5.2.5 Oordrag deur blote ooreenkoms 280
5.2.6 Samevatting 281
5.3 Uitwendige abstraksie - die *causa*-vereiste 282
5.3.1 Inleiding 282
5.3.2 Was 'n objektief geldige *causa* 'n vereiste? 283
5.3.3 Teenstelling tussen *Digesta* 41.1.36 en 12.1.18 284
5.4 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 287

5.5 Samevatting 290

HOOFSTUK 6: DIE GERMAANSE REG

6.1 Inleiding 296
6.2 Saaklike beheer in die Germaanse reg 297
6.2.1 Die *Gewere*-begrip 297
6.2.2 Indeling en rangorde van *Gewere* 299
6.2.3 *Gewere* onderskei van *possessio* 301
6.2.4 *Gewere* onderskei van *dominium* 302
6.3 Oordrag van *Gewere* deur *Sala* en *Investitura* 306
6.3.1 Inleiding 306
6.3.2 Een enkele oordragshandeling 307
6.3.3 *Sala* en *Investitura* onderskei 309
6.3.3.1 Die regsaard van *Sala* 310
6.3.3.1.1 *Sala* was 'n verbintenisskeppende ooreenkoms 311
6.3.3.1.2 *Sala* was 'n saaklike ooreenkoms 313
6.3.3.1.3 *Sala* bevat elemente van verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste 320
6.3.3.2 Die *Investitura*-handeling 323
6.3.4 Simboliese handelinge op 'n ander plek as die grond 325
6.3.5 Samevatting 327
6.4 Oordrag *per cartam* 328
6.5 Oordrag voor die Frankiese koningshof 331
6.6 Geregtelike oordrag 332
6.6.1 Die ontstaan van geregtelike oordrag 333
6.6.2 Prosedure en wyse van oordrag 335
6.6.3 Beskermingsmaatreëls ten gunste van die verkryger 338
6.6.4 Oordrag in Friesland 340
6.6.5 Geregtelike oordrag verpligtend 341
6.6.6 Onderskeid tussen *Sala* en *Investitura* verdwyn 342
6.7 Samevatting 345

HOOFSTUK 7: DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

7.1 Inleiding – resepsie van die Romeinse reg in Nederland 353

7.2 Vereistes vir die oordrag van eiendomsreg 359
7.3 *Traditio* – die verkryging van fisiese beheer 362
7.3.1 Inleiding 362
7.3.2 Verskaffing van daadwerklike fisiese beheer vereis 364
7.3.3 Fisiese beheer nie 'n vereiste nie 366
7.3.4 Lewering by wyse van *traditio ficta* 369
7.3.5 Oordrag deur ooreenkoms 373
7.3.6 Samevatting 377
7.4 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste 378
7.4.1 Inleiding 378
7.4.2 'n Objektief geldige *causa* 'n vereiste 378
7.4.3 'n Putatiewe *causa* voldoende 382
7.5 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 387
7.6 Registrasie van onroerende goed 393
7.6.1 Inleiding 393
7.6.2 Registrasie verpligtend 395
7.6.3 Oordragsprosedure 396
7.6.4 Watter dokument is geregistreer? 398
7.6.5 Registrasie 'n konstitutiewe vereiste? 401
7.6.6 Saaklike ooreenkoms by oordrag van onroerende goed? .. 404
7.6.7 Samevatting 407
7.7 Samevatting 410

HOOFSTUK 8: RESEPSIE VAN DIE ROMEINSE REG EN DIE *USUS MODERNUS PANDECTARUM* IN DUITSLAND

8.1 Inleiding – resepsie van die Romeinse reg in Duitsland 418
8.2 Die *Usus Modernus Pandectarum* 420
8.3 Die leerstuk van *titulus et modus acquirendi* 422
8.3.1 Onderskeid tussen *titulus* en *modus acquirendi* 422
8.3.2 Betekenis en doel van die *titulus*-begrip 425
8.3.3 Die verhouding tussen *titulus* en *modus* 426
8.3.4 Ander vereistes vir die oordrag van eiendomsreg en die toepassingsgebied van die leerstuk 428
8.3.4.1 Beskikkingsbevoegdheid 428

8.3.4.2 Bedoeling om eiendomsreg oor te dra 429
8.3.4.3 Toepassingsgebied van die leerstuk 430
8.4 Die begrippe *dominium en possessio* 430
8.5 Die verkryging van fisiese beheer - *modus acquirendi* 432
8.5.1 Die *corpus*-vereiste 432
8.5.2 Lewering by wyse van *traditio ficta* (*modi ficti*) 433
8.5.3 Lewering by wyse van *constitutum possessorium* 435
8.5.4 Lewering by wyse van *traditio symbolica* 437
8.5.5 Lewering by wyse van aktes (*traditio instrumentorum*) 438
8.5.6 Oordrag deur ooreenkoms 438
8.5.7 Samevatting 441
8.6 Uitwendige abstraksie - die *iustus titulus*–vereiste 441
8.6.1 Inleiding 441
8.6.2 'n Putatiewe *titel/causa* voldoende 442
8.6.3 'n Objektief geldige *titel* vereis 445
8.6.4 *Causa* bloot 'n bewysmiddel 446
8.7 Inhoudelike abstraksie - rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 447
8.8 Verwerping van die leerstuk van *titulus* en *modus acquirendi* 451
8.9 Samevatting 452

HOOFSTUK 9: DIE NATUURREG

9.1 Inleiding 459
9.2 Onderskeid tussen *titulus* (*causa*) en *modus acquirendi* 462
9.3 Onderskeid tussen *dominium* en *possessio* 464
9.4 Die verkryging van fisiese beheer (*modus acquirendi*) 465
9.4.1 Die standpunt dat verkryging van fisiese beheer nie 'n vereiste is nie 465
9.4.2 Die *corpus*-element 468
9.4.3 *Modus acquirendi* (lewering) wel 'n vereiste 471
9.5 Uitwendige abstraksie: die *titulus*-vereiste (*iusta causa*) 473
9.5.1 Inleiding 473
9.5.2 Oordrag deur verbintenisskeppende ooreenkoms (*titulus*) 473
9.5.3 Lewering (*modus*) wel 'n vereiste 476

9.5.4 Was 'n objektief geldige *causa* (*titulus*) 'n vereiste? 478
9.6 Inhoudelike abstraksie - rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 480
9.7 Invloed van die Natuurreg op kodifikasies van die agtiende eeu 483
9.8 Samevatting 487

HOOFSTUK 10: SAVIGNY EN DIE HISTORIESE SKOOL

10.1 Inleiding 493
10.2 Savigny se siening betreffende oordrag van eiendomsreg deur *traditio* 498
10.3 Die saaklike ooreenkoms is inhoudelik abstrak 500
10.3.1 'n *Verbintenisskeppende ooreenkoms* nie 'n vereiste nie ... 500
10.3.2 Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra deurslaggewend 504
10.3.3 *Traditio* 'n selfstandige saaklike ooreenkoms 507
10.3.4 Die betekenis van die *iusta causa* 512
10.3.5 Die grondslae van Savigny se teorie 515
10.3.6 Lewering by wyse van *constitutum possessorium* 519
10.3.7 Samevatting 520
10.4 Die saaklike ooreenkoms is uitwendig abstrak 522
10.4.1 Inleiding 522
10.4.2 Dwaling 523
10.4.3 Die teenstelling tussen Julianus en Ulpianus 527
10.4.4 Invloed van die *condictiones* 528
10.4.5 Grondslae en verdere ontwikkeling van die uitwendige abstraksie 530
10.4.6 Samevatting 536
10.5 Samevatting 537

HOOFSTUK 11: DIE *PANDEKTENWISSENSCHAFT*, REGSPRAAK EN NEGENTIENDE EEUSE KODIFIKASIES

11.1 Inleiding 541
11.2 Die verdere ontwikkeling van Savigny se teorie deur die

Pandektenwissenschaft 545
11.2.1 Exner, Hofmann en andere (verskil van Savigny betreffende die betekenis van die *iusta causa*) 545
11.2.2 Dernburg en Jhering (beklemtoon die beskerming van derdes) 559
11.2.3 Puchta en ander (verskil van Savigny betreffende inhoudelike abstraksie en die *iusta causa* begrip) 568
11.2.4 Sohm (kontraksluiting onder afwesiges) 573
11.2.5 Windscheid (ander siening betreffende skenking en dwaling) 574
11.3 Aanvaarding van Savigny se teorie in die regspraak 581
11.4 Die opname van Savigny se teorie in die kodifikasies van die negentiende eeu 583
11.5 Die *Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch* 585
11.6 Samevatting 590

HOOFSTUK 12: KRITIEK TEEN DIE KONSTRUKSIE VAN DIE SAAKLIKE OOREENKOMS

12.1 Inleiding 598
12.2 Inhoudelike abstraksie 598
12.2.1 Kritiek op Savigny se voorbeelde 598
12.2.2 Kritiek teen die standpunt dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 'n selfstandige bestaan voer 600
12.2.3 Kritiek teen die standpunt dat die saaklike ooreenkoms 'n ooreenkoms is 603
12.3 Uitwendige abstraksie 608
12.3.1 Inleiding 608
12.3.2 Kritiek teen die standpunt dat die begrip *iusta causa* verwys na feite waaruit die bedoeling afgelei kan word 608
12.3.3 Kritiek teen die standpunt dat die *causa* nie objektief geldig hoef te wees nie 609
12.3.4 Dwaling betreffende die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word 611
12.3.5 Kritiek teen die standpunt dat die abstraktheidsbeginsel deur die *condictiones* bevestig word 616

12.4 Samevatting 618
12.5 Verklaring vir die aanvaarding van die teorie van die saaklike ooreenkoms 620

HOOFSTUK 13: AANVAARDING VAN DIE ABSTRAKTE STELSEL EN DIE SAAKLIKE OOREENKOMS IN SUID-AFRIKA

13.1 Inleiding 625
13.2 Aanvanklik 'n kousale stelsel in die regspraak toegepas 627
13.3 Aanvaarding van die saaklike ooreenkoms in die regspraak 629
13.3.1 Appèlafdeling beslis ten gunste van 'n abstrakte stelsel 629
13.3.2 Kenmerke van die inhoudelike abstraksie aangetref 637
13.3.3 Uitwendige abstraksie - 'n geldige verbintenisskep pende ooreenkoms nie vereis nie 644
13.4 Is 'n abstrakte stelsel in geval van bedrog van toepassing? 650
13.5 Is 'n abstrakte stelsel op die oordrag van onroerende goed van toepassing? 657
13.5.1 Inleiding 657
13.5.2 Is 'n *iusta causa* 'n vereiste? 658
13.5.3 Negatiewe en positiewe stelsels 668
13.5.4 Is 'n saaklike ooreenkoms 'n vereiste? 679
13.5.5 Is registrasie die enigste vereiste? 683
13.6 Samevatting 690

HOOFSTUK 14: DIE SAAKLIKE OOREENKOMS BY OORDRAG VAN ONROERENDE GOED

14.1 Inleiding 700
14.2 Die regsaard en kenmerke van die saaklike ooreenkoms .. 703
14.2.1 'n Selfstandige ooreenkoms 703
14.2.2 Een van twee elemente 706
14.2.3 'n Abstrakte regshandeling 707
14.2.4 Inhoud van die saaklike ooreenkoms 707
14.2.5 Vormvereistes op die saaklike ooreenkoms van

toepassing 710
14.2.6 Saaklike ooreenkoms is 'n ooreenkoms 711
14.2.7 Partye aan die saaklike ooreenkoms gebonde 712
14.2.8 Verteenwoordiging en voorwaardes 718
14.2.9 Samevatting 719
14.3 Die juridiese konstruksie van die saaklike ooreenkoms 721
14.3.1 Konsensuele saaklike ooreenkoms met saaklike werking 721
14.3.2 Reële saaklike ooreenkoms 724
14.3.3 Konsensuele saaklike ooreenkoms sonder saaklike werking 727
14.4 Die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms, lewering en registrasie 730
14.4.1 Funksie van die saaklike ooreenkoms 731
14.4.2 Doel van registrasie 732
14.4.3 Die registrasieprosedure 733
14.4.4 Oordrag van eiendomsreg vind plaas met registrasie 737
14.4.5 Registrasie moet met saaklike ooreenkoms ooreenstem 739
14.4.6 Materiële reg teenoor formele reg 741
14.5 Behoefte aan vormvereistes vir die saaklike ooreenkoms in Suid-Afrika 742
14.5.1 Bewys van saaklike ooreenkoms in Suid-Afrika 742
14.5.2 Omringende omstandighede nie voldoende bewys nie 743
14.5.3 Gevolge van onvoldoende getuienis 748
14.5.4 Samevatting 750
14.6 Vormvereistes in Nederland en in Duitsland van toepassing 751
14.6.1 Nederland 751
14.6.2 Duitsland 753
14.7 Voorstelle vir veranderinge in die Suid-Afrikaanse reg 758
14.7.1 Saaklike ooreenkoms op skrif gestel 758
14.7.2 Saaklike ooreenkoms in transportakte vervat 761
14.8 Slotbeskouing en aanbevelings 764

Bibliografie 769
Aangehaalde werke verkry in sekondêre bronne 816

Hofsake 819
Wetgewing 822

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1.1 Motivering en probleemstelling 1

1.2 Navorsingsvraag 3

1.3 Omvang van en oogmerke met die studie 3

1.4 Hipoteses en veronderstellings 4

1.5 Navorsingsmetodologie en uitleg van die studie 5

1.6 Die onderskeid tussen abstrakte en kousale stelsels 9
1.6.1 Kenmerke van 'n kousale stelsel 10
1.6.2 Kenmerke van 'n abstrakte stelsel 12
1.6.3 Betekenis van die *causa*-begrip 16
1.6.4 Is 'n *causa* hoegenaamd 'n vereiste in 'n abstrakte stelsel? .. 18
1.6.5 Praktiese implikasies van die onderskeid tussen die twee stelsels 23
1.6.6 Nederland as voorbeeld van 'n gemengde stelsel 28
1.6.6.1 Kenmerke van 'n abstrakte stelsel 29
1.6.6.2 Kenmerke van 'n kousale stelsel 30

1.1 Motivering en probleemstelling

Die oordrag van eiendomsreg op 'n afgeleide wyse in die Suid-Afrikaanse reg omvat 'n wye verskeidenheid regshandelinge wat gewoonlik begin met die sluiting van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms. Hierdie ooreenkoms het egter nog nie oordrag tot gevolg nie. Roerende goed moet ook nog gelewer word (*traditio*) deurdat die vervreemder die verkryger fisies in beheer van die saak stel (hetsy werklik, hetsy fiktief). In geval van *onroerende* goed moet die oordrag geregistreer word, wat 'n amptelike handeling deur die registrateur van aktes is en wat slegs uitgevoer

sal word indien aan die vereistes vir registrasie voldoen is. Daar moet onder andere 'n transportakte opgestel word wat saam met ander dokumente (soos byvoorbeeld die bestaande titelakte en 'n skriftelike volmag) by die akteskantoor ingedien word. Afgesien van lewering en registrasie, is 'n geldige saaklike ooreenkoms ook 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op 'n afgeleide wyse.

Dit wil egter voorkom of daar nie eenstemmigheid is daaroor dat die saaklike ooreenkoms in alle gevalle 'n vereiste is nie. Die standpunt word dikwels aangetref dat registrasie die enigste vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op *on*roerende goed is, wat impliseer dat die saaklike ooreenkoms nie 'n vereiste is nie. Daarbenewens word die nut van die saaklike ooreenkoms in die Suid-Afrikaanse reg soms in twyfel getrek. Die konstruksie van die saaklike ooreenkoms word in die regsliteratuur ook net oorsigtelik bespreek, terwyl die begrip *saaklike ooreenkoms* baie selde in die regspraak gebruik word. Die indruk bestaan dat die howe en akademici (met enkele uitsonderings) daarvan wegskram om die begrip te gebruik omdat daar nog onsekerheid is oor die regsaard, inhoud, wesenskenmerke, juridiese konstruksie en die regsgevolge van die saaklike ooreenkoms. Dit kan onder andere daaraan toegeskryf word dat daar in Suid-Afrika, anders as in Duitsland en Nederland, nog weinig navorsing oor die saaklike ooreenkoms gedoen is, wat gebrekkige kennis betreffende die konstruksie tot gevolg het.[1]

Dit is veral by die oordrag van onroerende goed dat daar in hierdie verband onduidelikhede is wat aangespreek moet word. Daar heers onder andere nog twyfel oor die volgende aspekte: die juridiese konstruksie van die saaklike ooreenkoms; presies waar die ooreenkoms in die kompleksiteit van regshandelinge wat by die oordrag van onroerende goed ter sprake kom, neerslag vind; wat die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms en registrasie is; wat die rol en funksie van die saaklike ooreenkoms in die registrasieproses is gesien in die lig van die feit dat 'n abstrakte en 'n negatiewe registrasiestelsel in Suid-Afrika toegepas word; of

die partye aan die ooreenkoms gebonde is; of enige geldigheidsvereistes op die ooreenkoms van toepassing is – is die ooreenkoms, soos die verbintenisskeppende ooreenkoms by die vervreemding van grond, byvoorbeeld aan enige formaliteite onderhewig?[2]

Die vraag of die saaklike ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in Suid-Afrika is, gaan hand aan hand met die vraag of 'n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag van toepassing is (die saaklike ooreenkoms is 'n kenmerk van 'n abstrakte stelsel). Alhoewel aanvaar kan word dat 'n abstrakte stelsel van toepassing is, is daar egter regspraak wat die indruk skep dat die stelsel ook kousale kenmerke vertoon. Daarbenewens word die standpunt soms aangetref dat een of ander *causa* (selfs 'n *putatiewe causa*) 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is, wat kousale terminologie is. Die indruk bestaan dus dat die stelsel nie suiwer abstrak is nie, maar dat 'n gemengde stelsel van toepassing mag wees.[3] Wat die oordrag van *on*roerende goed betref, is dit selfs onseker of 'n abstrakte stelsel hoegenaamd van toepassing is.

1.2 Navorsingsvraag

Die vraag wat ondersoek gaan word, is of die saaklike ooreenkoms 'n vereiste by die oordrag van onroerende goed in die Suid-Afrikaanse reg is. Indien dit wel 'n vereiste is, waar vind dit neerslag in die reeks regshandelinge wat met registrasie gepaard gaan, wat is die inhoud, regsaard, kenmerke, juridiese konstruksie en regsgevolge van die ooreenkoms en is enige formaliteite op die ooreenkoms van toepassing?

1.3 *Omvang van en oogmerke met die studie*

(a) Die konstruksie van die saaklike ooreenkoms is afkomstig van Friedrich Carl von Savigny, 'n Duitse juris van die negentiende eeu. 'n Behoorlike begrip van die regsaard en juridiese konstruksie is slegs

---

1 Die belangrikste navorsing in hierdie verband is gedoen deur Laurens *Saaklike Regte* en Cronjé *Eiendomsvoorbehoud*. Sien ook Cronjé 1978 *THRHR* 227 en Cronjé 1984 *THRHR* 200.

2 Savigny het die saaklike ooreenkoms as 'n *dingliche Vertrag* beskryf (sien die bespreking in hfst 10.3.3). Dit impliseer dat die vereistes wat ten opsigte van regshandelinge in die algemeen van toepassing is ook op die saaklike ooreenkoms toegepas moet word, maar dit is onseker of die vereistes vir kontrakte ook toepaslik is.

moontlik indien die grondslae waarop Savigny se teorie berus en die kenmerke wat hy aan die saaklike ooreenkoms toegedig het, behoorlik nagevors word. Die verskille tussen Savigny se konstruksie en die konstruksie wat vandag in Suid-Afrika toegepas word, sal ook uitgelig word.

(b) 'n Ondersoek na die juridiese konstruksie van die saaklike ooreenkoms by die oordrag van onroerende goed kan nie in isolasie gedoen word nie. Die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms en die ander regshandelinge in die oordragsproses sal noodwendig ook ter sprake kom. Dit is daarom ook 'n oogmerk met die studie om vas te stel wat die verhouding tussen die verbintenisskeppende regshandeling (*causa*), lewering (*traditio*) of registrasie en die saaklike ooreenkoms presies behels, ten einde die aard, kenmerke, inhoud, juridiese konstruksie en die regsgevolge van die saaklike ooreenkoms wetenskaplik te kan ontleed.

(c) Die konstruksie van die saaklike ooreenkoms en die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms en die ander regshandelinge in die oordragsproses, is onlosmaaklik verbind aan die aard en kenmerke van die regstelsel wat ondersoek word, byvoorbeeld of dit 'n abstrakte stelsel dan wel 'n kousale stelsel is.[4] 'n Verdere doel met hierdie studie is om vas te stel wat die kenmerke van elkeen van die stelsels is, wat die onderskeid tussen die twee stelsels is, en wat die funksie van die saaklike ooreenkoms in elke stelsel is.

1.4 Hipoteses en veronderstellings

In die ondersoek sal daar van 'n aantal voorlopige werkhipoteses en veronderstellings gebruik gemaak word:

(a) Die saaklike ooreenkoms is 'n selfstandige ooreenkoms wat bestaan uit die wedersydse bedoeling om 'n saaklike reg (byvoorbeeld eiendomsreg) oor te dra en te ontvang. Dit is inhoudelik van die verbin-

3 Variasies word dikwels in die praktyk aangetref. Dit is bv moontlik dat 'n bepaalde regstelsel kousale sowel as abstrakte kenmerke vertoon.

tenisskeppende ooreenkoms losgemaak, wat onder andere bestaan uit die bedoeling om verbintenisse tot stand te bring.[5]

(b) Die saaklike ooreenkoms moet aan sy eie geldigheidsvereistes voldoen en word nie beïnvloed deur gebreke in die verbintenisskeppende ooreenkoms nie. Die saaklike ooreenkoms is met ander woorde in die tweede plek ook van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak deurdat nietigheid van laasgenoemde ooreenkoms nie nietigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg het nie, en ook nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie.[6]

(c) Die saaklike ooreenkoms is 'n inherente kenmerk van 'n suiwer abstrakte stelsel, terwyl dit in 'n suiwer kousale stelsel geen bestaansreg het nie. Die kern van die verskil is in die volgende aspekte geleë:[7] (i) in 'n abstrakte stelsel word die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms gekonstrueer, terwyl dit in 'n kousale stelsel nie 'n afsonderlike bestaan voer nie; dit is in die verbintenisskeppende ooreenkoms opgesluit; (ii) in 'n abstrakte stelsel is 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie, die deurslaggewende vraag is of daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is; in 'n kousale stelsel is 'n geldige verbintenis wel 'n vereiste (indien die ooreenkoms nietig is, sal eiendomsreg nie oorgaan nie).

1.5 Navorsingsmetodologie en uitleg van die studie

(a) Die konstruksie van die saaklike ooreenkoms was nie in die Romeinse reg of in die Romeins-Hollandse reg bekend nie, dit is van Savigny afkomstig. Hy het hom daarop beroem dat sy teorie met die beginsels van die Romeinse reg in ooreenstemming was. Hierdie is in wese 'n regshistoriese ondersoek wat daarop gerig is om vas te stel of enige kenmerke van die saaklike ooreenkoms en die grondslae waarop Sa-

4 Die verhouding tussen *causa*, *traditio* en die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (saaklike ooreenkoms) sien in elkeen van die stelsels anders daar uit.
5 Sien hfst 10.3 vir 'n meer volledige bespreking van hierdie kenmerke.
6 Sien hfst 10.4 vir 'n meer volledige bespreking in hierdie verband.
7 Die onderskeid tussen die twee stelsels sal later in hierdie hoofstuk in meer besonderhede bespreek word. Sien hfst 1.6.

vigny se konstruksie berus, in die Romeinse reg en die stelsels wat daaruit voortgespruit het, aangetref word. Die historiese wortels en ontwikkeling van die saaklike ooreenkoms sal met ander woorde nagevors word.[8]

(b) Die volgende tydvakke en/of denkskole in die Romanistiese tradisie sal elkeen in afsonderlike hoofstukke ondersoek word: die Romeinse reg (met klem op die klassieke en na-klassieke reg - hoofstuk twee), die Glossatore (hoofstuk drie), die Kommentatore (hoofstuk vier), die Humaniste (hoofstuk vyf), die Romeins-Hollandse reg (hoofstuk sewe), die *Usus Modernus Pandectarum* (hoofstuk agt), die Natuurreg (hoofstuk nege), die Historiese skool (hoofstuk tien) en die *Pandektenwissenschaft* (hoofstuk elf). In hoofstuk twaalf sal die kritiek wat Savigny se tydgenote teen sy konstruksie van die saaklike ooreenkoms geopper het, bespreek word.

(c) Die wyse waarop onroerende goed in Suid-Afrika oorgedra word (naamlik registrasie), is nie van die Romeinse reg nie maar wel van die Germaanse reg afkomstig.[9] Daarom sal die wyse waarop onroerende goed in die Germaanse reg oorgedra is in hoofstuk ses nagevors word, ten einde vas te stel of enige elemente van die saaklike ooreenkoms by die oordrag van onroerende goed in daardie regstelsel aangetref is.

(d) In die lig van die navorsingsvraag en die oogmerke wat met die studie beoog word, sal die aspekte wat hier onder genoem word in elke hoofstuk aangespreek word:

- Die wyses waarop eiendomsreg in die betrokke tydperk oorgedra is en die vereistes wat vir die oordrag van eiendomsreg gestel is, sal ondersoek word. In besonder sal die vraag of eiendomsreg

---

8 Prof Dawie Kriel ('n Latinis) was behulpsaam met die vertaling van die Latynse tekste. Afgesien van sy vertalings, is bekende en erkende vertalings (soos bv Gane se vertaling van Voet), maar ook minder bekende vertalings geraadpleeg. Gevolglik word die vrymoedigheid geneem om die vertalings as *eie vertalings* aan te dui.

9 In die Romeinse reg is daar nie tussen die oordrag van roerende en onroerende goed onderskei nie.

reeds deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgegaan het al dan nie, aangespreek word.

- Die onderskeid tussen *dominium* en *possessio* sal, sover dit die Romeinse reg en die Middeleeue betref, ook aan die orde gestel word, aangesien die aard van die reg wat oorgedra is en die wyse van oordrag in daardie stelsels 'n belangrike invloed gehad het op die vraag of daar van konsensuele eiendomsoordrag sprake was.
- Die vraag of enige kenmerke van die saaklike ooreenkoms in 'n bepaalde tydvak en stelsel aangetref is, sal beantwoord moet word. Uiteindelik sal die vraag beantwoord moet word of enige van hierdie kenmerke ook in die Suid-Afrikaanse reg aangetref word.
- Die vraag of enige kenmerke van die abstrakte en kousale stelsels in enige tydvak aangetref word, sal ook aangespreek word. Die vraag of 'n abstrakte dan wel kousale stelsel in Suid-Afrika by die oordrag van onroerende goed toegepas word, sal uiteindelik beantwoord moet word.
- Die verhouding tussen die verskillende regshandelinge, naamlik: die *causa* (verbintenisskeppende of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om te lewer), *traditio* of registrasie (indien toepaslik) en die saaklike ooreenkoms in elke tydvak sal ondersoek word.
- Die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang sal ook vasgestel moet word. Was daar byvoorbeeld enige sprake van konsensuele eiendomsoordrag en is die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n ooreenkoms beskou?
- Alhoewel hierdie studie op die oordrag van onroerende goed afgestem is, sal die wyses waarop *roerende* goed in die verskillende tydperke oorgedra is, ook bespreek word. Hierdie wyses van oordrag is om die volgende redes belangrik vir die ondersoek na die historiese ontwikkeling en kenmerke van die saaklike ooreenkoms: (1) In die Romeinse reg is daar nie tussen die oordrag van

roerende en onroerende goed onderskei nie. Soos roerende goed, was onroerende goed in beginsel oorgedra deur die verskaffing van fisiese beheer *corpus et animus*. (2) 'n Ondersoek na die rol en funksie van die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (saaklike ooreenkoms) by onroerende goed, kan dus nie losgemaak word van die wyses waarop roerende goed oorgedra is nie. Kennis van hierdie wyses van oordrag, is in elk geval van wesenlike belang vir 'n behoorlike begrip van die konstruksie van die saaklike ooreenkoms – dit sal die verhouding tussen fisiese beheer (*traditio*) en die geestesingesteldheid van die partye (*animus*) ophelder. (3) Veral daardie gevalle waar eiendomsreg oorgedra is deur die blote *animus*, sonder dat daar 'n fisiese handeling was (soos *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium*), is vir hierdie ondersoek belangrik omdat kenmerke van die saaklike ooreenkoms daarin waargeneem kan word. Dit kan veral lig werp op die vraag of oordrag deur blote ooreenkoms in die verskillende tydperke moontlik was en of wilsooreenstemming 'n vereiste vir oordrag was, al dan nie. (4) Die grondslae van Savigny se konstruksie berus op die wyses waarop roerende goed oorgedra is; die voorbeelde wat hy gebruik het by die verduideliking van sy teorie, het almal met die oordrag van roerende goed te make. Die saaklike ooreenkoms het dus ontwikkel uit die wyses waarop roerende goed oorgedra is. (5) Savigny was van oordeel dat die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) 'n element van die saaklike ooreenkoms is (dit is die vorm waarin die ooreenkoms gegiet is).

- Die vraag of 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om die saak te lewer ('n *iusta causa*) in die verskillende tydperke in die regsgeskiedenis 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was al dan nie, sal deur-

gaans ter sprake kom. Dit kan aandui of kenmerke van 'n kousale dan wel 'n abstrakte stelsel aangetref is.[10]

- Die betekenis en belang van die begrippe *causa* en *iusta causa* in die verskillende tydperke en denkskole, sal deurgaans ter sprake kom. Die oogmerk is om vas te stel of 'n *causa* hoegenaamd 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in Suid-Afrika is, en wat die nut (funksie) daarvan in 'n abstrakte stelsel (in teenstelling met 'n kousale stelsel) sou wees.

- Daar moet daarop gewys word dat die primêre historiese bronne nie geredelik beskikbaar was nie. Dit was derhalwe soms nodig om op sekondêre bronne te steun. In die bronnelys word die primêre bronne wat nie geraadpleeg is nie, afsonderlik aangegee met vermelding van die sekondêre bron waar die betrokke verwysing aangetref is.

(e) Afgesien van 'n regshistoriese ondersoek sal daar ook regsvergelykend te werk gegaan word. Die posisie in Suid-Afrika by die oordrag van onroerende goed (hoofstuk 13) sal kortliks vergelyk word met die regsposisie in Nederland en Duitsland (hoofstuk 14). Hierdie stelsels word gekies omdat hulle, soos die Suid-Afrikaanse stelsel, van die Romeinse reg afstam en daar gemeenskaplike beginsels is wat 'n vergelyking regverdig.

1.6 Die onderskeid tussen abstrakte en kousale stelsels

Die onderskeid tussen regstelsels waarin 'n kousale wyse van eiendomsoordrag nagevolg word en daardie waarin 'n abstrakte wyse van eiendomsoordrag toegepas word, is vir die onderhawige ondersoek van die allergrootste belang omdat die verhouding tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa*), lewering in geval van roerende goed (*traditio*) of registrasie in geval van onroerende goed, en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (saaklike ooreenkoms) deur die aard van die betrokke stelsel bepaal word. Die onderskeid is voorts van belang vir 'n

10 Hierdie vraag was sedert die herontdekking van die *Corpus Iuris Civilis* in die elfde eeu kontroversieel.

behoorlike begrip van die saaklike ooreenkoms aangesien die konstruksie van die saaklike ooreenkoms in 'n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag geanker is.[11] Omdat die onderskeid tussen die twee stelsels deurlopend ter sprake kom, is dit noodsaaklik om die kenmerke van elkeen aan die begin van die ondersoek uiteen te sit en om die verskille tussen die stelsels kortliks aan te toon.

1.6.1 Kenmerke van 'n kousale stelsel

In 'n suiwer kousale stelsel gaan eiendomsreg reeds deur sluiting van die verbintenisskeppende ooreenkoms op die verkryger oor. Lewering is geen afsonderlike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie en dit is ook geen regshandeling nie. Dit is niks meer nie as bloot 'n fisiese handeling waardeur die verkryger in beheer van die saak gestel word, sodat hy sy eienaarsbevoegdhede kan uitoefen. Die bedoeling ten tyde van lewering (die *animus* of geestesingesteldheid waarmee lewering gepaard gaan) is daarom irrelevant. Wat wel van belang is, is die bedoeling op die tydstip waarop die verbintenisskeppende ooreenkoms tot stand kom.[12] Omdat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang reeds in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat is,[13] word dit nie as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is, gekonstrueer nie.[14] Eiendomsreg gaan dus bloot ten gevolge van die wilsooreenstemming tussen die partye oor (konsensuele eiendomsoordrag of *konsensualisme*).[15]

In 'n kousale stelsel is dit 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg dat die verbintenisskeppende ooreenkoms of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om te lewer, *geldig* en afdwingbaar sal wees. Indien die ooreenkoms nietig is, kom geen verbintenis tot stand nie en die ver-

---

11 Die saaklike ooreenkoms is die skepping van 'n abstrakte stelsel.

12 Soos in 'n abstrakte stelsel, is dit ook in 'n kousale stelsel 'n vereiste dat die partye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.

13 Dit blyk bv uit die feit dat die partye 'n koopkontrak, ruil of skenkingsooreenkoms sluit wat uitdruklik of by implikasie voorsiening maak vir die oordrag van eiendomsreg.

14 Die verbintenis is nie bloot die kenbron van die partye se bedoeling nie (nie bloot bewysmiddel nie), dit is die beliggaming van die wil self. *Iusta causa* en die *animus transferendi dominii* word met ander woorde aan mekaar gelyk gestel. Raadpleeg Cronjé 1984 *THRHR* 202; Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 14.

15 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 3; Hallebeek 2004 *Codicillus* 6 ev.

vreemder is ook nie verplig om die saak te lewer nie. Indien die saak uit hoofde van 'n nietige verbintenisskeppende ooreenkoms gelewer sou word (of indien daar nie 'n ander regsfeit is wat die vervreemder verplig om te lewer nie), is dit derhalwe vanselfsprekend dat eiendomsreg ook nie sal oorgaan nie, want daar is geen *regsgrond* of *rede* vir die oordrag van eiendomsreg nie.[16] Eiendomsreg sal nie oorgaan nie selfs al het die partye die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, want lewering is nie 'n selfstandige vereiste nie en die bedoeling op hierdie tydstip is irrelevant. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra word met ander woorde nie as 'n afsonderlike (saaklike) ooreenkoms gekonstrueer nie, dit is deel van die voorafgaande ooreenkoms. 'n Afsonderlike saaklike ooreenkoms het daarom in 'n kousale stelsel geen bestaansreg nie.

Dit blyk dus dat 'n *iusta causa* in die betekenis van 'n geldige en afdwingbare verbintenisskeppende ooreenkoms of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om te lewer, 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is.[17] Indien die saak uit hoofde van 'n nietige ooreenkoms gelewer word, gaan eiendomsreg nie oor nie. Die oordraggewer kan die saak daarom met die *rei vindicatio* van die verkryger of enigiemand aan wie hy die saak oorgedra het (selfs al is hy *bona fide*), terugvorder omdat die vervreemder steeds eienaar is. Omdat die verkryger nooit eienaar geword het nie, is hy nie beskikkingsbevoeg nie en daarom kan hy ook nie eiendomsreg aan iemand anders oordra nie. Indien die verkryger insolvent verklaar word terwyl die saak nog onder sy beheer is, val die saak ook nie in sy insolvente boedel nie.[18]

---

16 Die *causa* kan bv nietig wees as gevolg van 'n vormgebrek (art 3:39 *NBW*), of omdat dit strydig is met die openbare orde en goeie sedes (art 3:40 (1) *NBW*), of omdat dit strydig is met 'n dwingende wetsbepaling (art 3:40 (2) *NBW*), of omdat vervreemding/verkryging plaasvind deur 'n handelingsonbevoegde persoon (art 3:43 *NBW*), of omdat die partye fidusiêre oordrag in gedagte het (art 3:84(3) *NBW*).

17 Carey Miller *Acquisition* 124: " ... the causal approach requires a linking *causa* or basis - typically, an underlying contract - which can be seen as the raison d'être for delivery".

18 Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 290; Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 178-179; Pitlo *Zakenrecht* 209; Pitlo *Goederenrecht* 72; Konings *Openbare Registers* 141.

Indien die kontrak nie nietig is nie, maar vernietigbaar[19] en dit word vernietig nadat die saak reeds gelewer is, of nadat registrasie plaasgevind het, het vernietiging sakeregtelike werking met terugwerkende krag tot op die datum van kontraksluiting. Dit beteken dat lewering uit hoofde van 'n nietige *causa* plaasgevind het, dat oordrag met terugwerkende krag nietig is, en dat die saak van regsweë terugkeer tot die vermoë van die vervreemder. Die vervreemder word geag nog altyd eienaar te gewees het en hy word daarom nie benadeel deur die insolvensie van die verkryger nie. Vernietiging het verder ook absolute werking. Dit wil sê dat die vervreemder ook ten opsigte van derdes as reghebbende beskou word en dat hy die saak met die *rei vindicatio* van enige persoon in wie se beheer dit is kan opeis.[20]

1.6.2 Kenmerke van 'n abstrakte stelsel

Anders as in 'n kousale stelsel, word daar in 'n abstrakte stelsel onderskei tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en lewering as twee afsonderlike *regshandelinge*. Die verbintenisskeppende ooreenkoms bring slegs 'n verbintenis tot stand wat die partye oor en weer tot prestasie en teenprestasie verplig, maar dit het nog nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg nie.[21] Ten einde eiendomsoordrag te bewerkstellig (en ter uitvoering van die verpligting in die verbintenisskeppende ooreenkoms) moet die verkryger ook nog deur 'n leweringshandeling fisies in beheer van die saak gestel word (*traditio*), of onroerende goed moet geregistreer word. Die beginsel van *traditionalisme* in teenstelling met die beginsel van *konsensualisme* is van toepassing.[22]

Lewering opsigself is egter nie voldoende om eiendomsoordrag te bewerkstellig nie. Die vervreemder moet die saak lewer met die bedoeling

---

19 In Nederland sal die titel in die volgende omstandighede vernietigbaar wees: in geval van dwaling (art 6:228, 6:230 *NBW*), dwang, bedrog (art 3:44 *NBW*), handelingsonbekwaamheid (art 3:32 *NBW*), geestelike versteurdheid (art 3:34 *NBW*), misbruik van omstandighede (art 3:44 *NBW*) en benadeling van skuldeisers (art 3:45 *NBW*).

20 Sien art 3:53(1) *NBW*; Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 289, 293; Dondorp en Schrage *Levering* 7-8.

21 Anders as in die Engelse en Franse regstelsels, het die blote feit van kontraksluiting nog nie *ipso facto* eiendomsoordrag tot gevolg nie. Lewering is ook nie bloot net 'n feitlike handeling nie, dit is 'n afsonderlike regshandeling.

22 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 3; Hallebeek 2004 *Codicillus* 6 ev.

om eiendomsreg oor te dra en die verkryger moet beheer van die saak neem met die bedoeling om eiendomsreg te verkry. Alhoewel die bedoeling deel uitmaak van die leweringshandeling, is dit nietemin 'n afsonderlike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg. In 'n abstrakte stelsel word die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n saaklike ooreenkoms beskou. Die saaklike ooreenkoms is kenmerkend van 'n abstrakte stelsel wat dit van 'n kousale stelsel onderskei.[23] Hierdie ooreenkoms is vir 'n abstrakte stelsel van die allergrootste belang omdat dit, tesame met lewering, bepaal of eiendomsreg op die verkryger oorgaan al dan nie, en nie die verbintenisskeppende ooreenkoms nie.[24] Die begrip *abstrakte stelsel* word juis ontleen aan die feit dat die saaklike ooreenkoms 'n selfstandige ooreenkoms is wat van die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is. As 'n abstrakte regshandeling vertoon die saaklike ooreenkoms veral twee kenmerke:

(1) Inhoudelike abstraksie

Anders as in 'n kousale stelsel waar die bedoeling in die verbintenisskeppende ooreenkoms opgesluit is, word die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang in 'n abstrakte stelsel van die voorafgaande verbintenis losgemaak en aan die leweringshandeling verbind. Wat meer is, die partye se bedoeling word as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms gekonstrueer, waarin die partye uitsluitlik ooreenkom om eiendomsreg oor te dra en wat aan sy eie geldigheidsvereistes moet voldoen.[25] Daar word na hierdie kenmerke van die saaklike ooreenkoms as

23 In 'n abstrakte stelsel word nie net tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en lewering as twee selfstandige regshandelinge onderskei nie, daar word ook tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en saaklike ooreenkoms onderskei, 'n onderskeid wat onbekend is aan 'n kousale stelsel.

24 In 'n kousale stelsel het die saaklike ooreenkoms nie bestaansreg nie. Sien Cronjé 1984 *THRHR* 203-204; Krause 1939 *AcP* 312 op 319.

25 In 'n abstrakte stelsel is die partye se primêre bedoeling op die tydstip waarop die verbintenisskeppende ooreenkoms aangegaan word slegs om 'n verbintenis tot stand te bring, en nie om eiendomsreg oor te dra nie. Die bedoeling om eiendomsreg in die toekoms oor te dra (wat by implikasie in die ooreenkoms ingelees kan word) is ook nie voldoende om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig nie. Sien Carey Miller *Acquisition* 125.

die *inhoudelike abstraksie*[26] verwys. Met ander woorde, die saaklike ooreenkoms is 'n selfstandige ooreenkoms wat inhoudelik bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en waarin die partye ooreenkom om eiendomsreg (of ander saaklike reg) deur lewering oor te dra. Die ooreenkoms opsigself is egter nie voldoende om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig nie, die saak moet ook gelewer word.

(2) Uitwendige abstraksie

Die saaklike ooreenkoms moet ook uitwendig van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei word. Dit behels twee aspekte. In die eerste plek word daarmee te kenne gegee dat die saaklike ooreenkoms 'n selfstandige ooreenkoms is wat aan sy eie geldigheidsvereistes moet voldoen.[27] Die vraag of die ooreenkoms geldig is, moet daarom ook onafhanklik van die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms of ander regsfeit beantwoord word. Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms of ander regsfeit nietig sou wees, wil dit nie sê dat die saaklike ooreenkoms ook nietig is nie.[28] In 'n abstrakte stelsel word dus erkenning verleen aan die feit dat die partye kan bedoel om eiendomsreg oor te dra, selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig en selfs al is hulle daarvan bewus.[29]

Die tweede aspek is 'n natuurlike uitvloeisel uit die eerste. In 'n abstrakte stelsel is 'n objektief geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n

---

26 Die begrip *abstrak* word gebruik in navolging van die Duitse terminologie waar die woord *Abstraktion* in die betekenis van *afsonder* gebruik word.

27 Onder andere moet die partye onderskeidelik die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.

28 Dit is wel moontlik dat dieselfde gebrek wat nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms meebring, ook nietigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg kan hê. Of die verbintenisskeppende ooreenkoms dan wel die saaklike ooreenkoms, of albei, deur die gebrek geraak word, is egter 'n feitevraag wat van die omstandighede afhang. Dit sou egter verkeerd wees om te sê dat nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms ook nietigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg het. Die geldigheid van die saaklike ooreenkoms moet afsonderlik beoordeel word. Raadpleeg Badenhorst ea *Property* 79-80 en *Kriel v Terblanche NO* 2002 6 SA 132 (NK) 147E vir riglyne in hierdie verband.

29 Raadpleeg Baur *Sachenrecht* 47; Cronjé 1978 *THRHR* 242-243; Van der Merwe *Sakereg* 17, 306; Badenhorst ea *Property* 74-76; Carey Miller *Acquisition* 121, 124; Sonnekus *Vonnisbundel* 392; Laurens *Saaklike Regte* 285; Van der Walt en Pienaar *Property* 126; Delport en Olivier *Vonnisbundel* 275; *Kriel v Terblanche* 2002 6 SA 132 (NK).

vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie. Indien lewering uit hoofde van 'n nietige verbintenisskeppende ooreenkoms of ander regsfeit plaasvind, sal eiendomsreg nieteenstaande nietigheid wel op die verkryger oorgaan, mits daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is. Of die partye in geval van 'n nietige verbintenisskeppende ooreenkoms nogtans die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra (of daar 'n saaklike ooreenkoms is), is 'n feitevraag wat in die lig van die omstandighede beantwoord moet word.

Die saaklike ooreenkoms is dus uitwendig van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak aangesien dit nie van die geldigheid van daardie ooreenkoms afhanklik is nie - nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms beïnvloed nie die geldigheid van die saaklike ooreenkoms nie, ook nie die vraag of eiendomsreg oorgaan al dan nie. Indien die vervreemder die saak uit hoofde van 'n nietige kontrak lewer, gaan eiendomsreg nieteenstaande nietigheid van die ooreenkoms op die verkryger oor.[30] Indien hy die saak weer aan 'n derde vervreem, sal eiendomsreg ook op die derde oorgaan. Indien die oordraggewer na lewering uitvind dat die koopkontrak nietig is, kan hy die saak dus nie met die *rei vindicatio* van die verkryger of derde aan wie hy die saak intussen oorgedra het, terugeis nie omdat hy nie meer eienaar is nie. Dit wil nou nie sê dat sy hande afgekap is nie. Omdat die saak *sine causa* oorgedra is, het hy die *condictio indebiti* tot sy beskikking waarmee hy die saak of die waarde daarvan as synde 'n onverskuldigde oordrag van die verkryger kan terugvorder, maar slegs as die verkryger ten koste van die vervreemder verryk is.[31] Indien die verkryger na lewering insolvent verklaar word, beteken die feit dat eiendomsreg oorgegaan het dat die saak in die insolvente boedel val en dat die vervreemder slegs 'n konkurrente skuldeiser is. Aangesien eiendomsreg op die verkryger oorgaan, kan hy op sy beurt

30 Mits daar natuurlik 'n geldige saaklike ooreenkoms was en die partye die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra. Indien dit nie hulle bedoeling was nie, gaan eiendomsreg nie oor nie en sal die vervreemder 'n saaklike aksie hê.

31 Gebreke in die grondliggende ooreenkoms is met ander woorde nie heeltemal irrelevant nie. Die *condictio* word verleen omdat die persoon wat regtens sonder 'n rede oorgedra het in gepaste omstandighede beskerm behoort te word. Oordrag is immers nooit 'n doel opsigself nie. Indien die saak uit hoofde van 'n onwettige kontrak gelewer is, sal die *par delictum-reël* egter verhinder dat hy met die *condictio* kan optree. Sien Badenhorst ea *Property* 77-78; Dondorp en Schrage *Levering* 7-8; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 75; Lokin *Leerstukken* 169.

eiendomsreg aan derdes oordra. Daarom het die vervreemder geen eis teen *bona fide* derdes wat die saak van die verkryger verkry het nie. Hy sal wel 'n verrykingseis hê indien die saak sonder teenwaarde aan die derde oorgedra is.[32]

1.6.3 Betekenis van die causa-begrip

Uit die bespreking hierbo is dit duidelik dat die kenmerk van die uitwendige abstraksie direk verband hou met die vraag of 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is. Hierdie vraag was reeds in die Romeinse reg omstrede[33] en het voortgespruit uit *Digesta* 41.1.31 *pr* wat 'n *iusta causa traditionis* vir die oordrag van eiendomsreg vereis het. Letterlik vertaal, verwys die begrip *causa traditionis* na die *rede vir lewering*.[34] Daar is aanvaar dat die rede vir lewering 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms of ander regsfeit was, wat kon dien as regverdiging daarvoor dat eiendomsreg deur verskaffing van fisiese beheer oorgedra word, soos byvoorbeeld 'n koopkontrak, 'n ruilkontrak, 'n testament of die verpligting tot inbring in 'n nalatenskap.[35] Die rede waarom die vervreemder die saak aan die verkryger gelewer het, was dus gewoonlik omdat een of ander verbintenis hom verplig het om dit te doen.

Die probleem is egter dat daar nie eenstemmigheid bestaan het oor die presiese betekenis wat aan die begrip *iusta* geheg moes word nie. Dit kan vertaal word met *regsgeldige*, maar ook met *gepaste* of *geskikte*. Daar het met ander woorde twyfel bestaan oor die vraag of die begrip *iusta causa* verwys na 'n objektief *geldige* rede vir oordrag, dan wel bloot

---

32 Raadpleeg Badenhorst ea *Property* 79; De Vos 1976 *TSAR* 79; De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid* 23, 30, 66-67, 156 en 187; Van der Merwe *Sakereg* 17, 306; Van der Walt en Pienaar *Property* 126-127, 159; Sonnekus *Vonnisbundel* 466; *Kriel v Terblanche* 2002 6 SA 132 (NK); Asser-Beekhuis *Zakenrecht* I 176; Konings *Openbare Registers* 141; Pitlo *Zakenrecht* 206; Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 286-288.

33 Sien hfst 2.4.4.4.

34 *Causa* kan ook vertaal word met *oorsaak, grondslag* en selfs *regsgrond* vir lewering.

35 Die *causa* moes van so aard gewees het dat dit tot eiendomsoordrag aanleiding kon gee. Raadpleeg Pitlo *Goederenrecht* 71; Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 283; Pitlo *Zakenrecht* 192; Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 177; Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht* 53; Schoordijk *Vermogensrecht* 263; Wiarda *Cessie* 138.

na 'n *geskikte* rede vir oordrag. Die oorsprong van die onsekerheid is twee tekste uit die *Digesta* wat oënskynlik met mekaar teenstrydig was, naamlik *Digesta* 41.1.36 (Julianus) en *Digesta* 12.1.18 *pr* (Ulpianus). Die vraag wat hier ter sprake gekom het, was onder andere of eiendomsreg oorgaan as die oordraggewer geld aan die verkryger as 'n skenking oorhandig, maar hy dit aanvaar op die veronderstelling dat dit aan hom geleen word.[36] Ulpianus was van oordeel dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie omdat daar nie 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms was nie.[37] Dit wil voorkom of hy op 'n *iusta causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg aangedring het. Hierbo is daarop gewys dat 'n *iusta causa* in die betekenis van 'n *geldige* en afdwingbare verbintenisskeppende ooreenkoms of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om die saak te lewer, 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in 'n kousale stelsel is.[38] Indien die ooreenkoms nie geldig is nie, is daar geen *regsgrond* (*causa*) vir oordrag nie; daarom sal eiendomsreg ook nie oorgaan nie. Ulpianus se standpunt dien dus as regverdiging vir 'n kousale stelsel.[39]

Julianus was weer van oordeel dat eiendomsreg oorgegaan het, selfs al was daar nie 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie en al was die oordraggewer daarom nie verplig om die geld oor te dra nie. Dit wil dus voorkom of hy nie op 'n *iusta causa* in die betekenis van 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms aangedring het nie. Vir hom was die deurslaggewende vraag of die partye die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra al dan nie. Dit behoort duidelik te wees dat Julianus se standpunt in hierdie verband die grondslag kon wees waarop 'n abstrakte stelsel (in hedendaagse terme) gebou kon word. Indien die vervreemder 'n saak uit hoofde van 'n nietige ooreenkoms lewer, sal eien-

36 Die feite word hier ietwat vereenvoudig weergegee, maar sien hfst 2.4.4.4.2 vir 'n meer volledige bespreking.

37 Daar was geen verpligting op die oordraggewer om die geld te skenk nie. Die ooreenkoms was nie geldig nie omdat die partye nie eenstemmig was betreffende die aard van die ooreenkoms nie.

38 Die rede (*causa*) waarom die vervreemder die saak lewer, is omdat hy uit hoofde van 'n voorafgaande verbintenis verplig is om te lewer - die *regsgrond* (*causa*) vir die oordrag van eiendomsreg is die geldige verbintenis.

domsreg op die verkryger oorgaan, nieteenstaande die feit dat hy nie verplig was om te lewer nie.[40] In daardie gevalle waar lewering uit hoofde van so 'n nietige ooreenkoms plaasvind, is die rede of *causa* vir lewering nie te vinde in die feit dat hy verplig is om te lewer nie, maar omdat hy verkeerdelik gedink het dat hy verplig was om te lewer. Gewoonlik word daar na so 'n foutiewe veronderstelling (of vermeende regsgrond wat nie werklik bestaan nie) as 'n *putatiewe causa* verwys.[41] Terwyl die begrip *iusta causa* (die rede vir lewering) in 'n kousale stelsel verwys na 'n geldige verbintenis of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om te lewer, verwys dit in 'n abstrakte stelsel na 'n nietige ooreenkoms of ander regsgrond wat nie bestaan nie, maar wat die partye foutiewelik gedink het bestaan ('n *putatiewe causa*).

1.6.4 Is 'n causa hoegenaamd 'n vereiste in 'n abstrakte stelsel?

In die Romeinse reg en selfs lank daarna, is die standpunt aangetref dat alhoewel 'n geldige verbintenis of ander regsgrond (*iusta causa*) nou wel nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie, daar nogtans 'n rede (*causa*) vir oordrag moes wees. Hierdie standpunt word vandag nog aangetref. Dit word geregverdig met die argument dat niemand iets sonder rede oordra nie en dat eiendomsoordrag altyd op een of ander grond, wat regtens as regverdiging vir die oordrag van eiendomsreg kan dien, moet berus - eiendomsreg kan nie oorgaan nie tensy daar 'n regsgrond is wat *geskik* is om oordrag te bewerkstellig.

Daar kan egter nie met hierdie standpunt saamgestem word nie en dit moet verwerp word. Indien die *causa*, in die betekenis van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms of ander regsgrond wat tot lewering verplig, nie

---

39 Alhoewel die Romeine nie die oordragsproses in terme van kousaal en abstrak beoordeel het nie, was elemente van die onderskeie stelsels wel in die Romeinse reg teenwoordig. Sien hfst 2 in hierdie verband.

40 Die vervreemder sal bv nie verplig wees om te lewer nie indien die koopkontrak nietig is, of indien die testament uit hoofde waarvan lewering gedoen is, herroep is.

41 Die partye verkeer bv onder die indruk dat hulle 'n geldige ooreenkoms gesluit het, maar later blyk dit dat geen ooreenkoms tot stand gekom het nie omdat dit nietig is en dat niks verskuldig was nie. Ook in die volgende gevalle sal daar 'n *putatiewe causa* wees: indien die eksekuteur foutiewelik oordra uit hoofde van die reëls van die intestate erfreg terwyl daar 'n geldige testament bestaan; indien hy uit hoofde van 'n testament wat herroep is oordra terwyl hy nie daarvan bewus was nie; indien hy oordra op grond van die gewoonteregtelike reëls van die Swart erfreg wat hy foutiewelik meen op die betrokke geval van toepassing is, terwyl dit is nie.

geldig hoef te wees nie (as eiendomsreg kan oorgaan al is daar geen verpligting om te lewer nie), is dit sinloos om hoegenaamd op 'n *causa* (verpligting) as *vereiste* vir die oordrag van eiendomsreg aan te dring. As die standpunt tot sy logiese konsekwensies deurgevoer word, kom dit daarop neer dat 'n nietige verbintenis of ander regsgrond wat nie bestaan nie, maar wat die partye verkeerdelik dink bestaan ('n *putatiewe causa*), 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is.[42] Daar word aan die hand gedoen dat indien die *causa*, in die betekenis van een of ander verbintenis of ander regsgrond, nie geldig hoef te wees nie, dit onnodig is om in 'n abstrakte stelsel hoegenaamd op 'n *causa* as *vereiste* vir oordrag van eiendomsreg aan te dring. Slegs 'n geldige handeling kan juridies werklik verpligtend wees. Daar moet dus van 'n *causa* as 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg afgesien word, alternatiewelik moet 'n ander betekenis aan die begrip geheg word.[43]

Die betekenis van die *causa*-begrip is belangrik. In die Romeinse reg was 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms 'n materieelregtelike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg; daarom is die omskrywing van die *causa*-begrip met verwysing na sodanige ooreenkoms wel sinvol. In 'n abstrakte stelsel dien dit egter geen doel om die *causa* te omskryf met verwysing na die verbintenisskeppende ooreenkoms nie, want dit is geen materieelregtelike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie.[44] Wat wel vereis word, is dat beide partye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. In 'n abstrakte stelsel verwys die *causa* dus na die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang,

42 Dit sou net so goed wees as om te sê dat eiendomsreg net sal oorgaan indien daar 'n nietige verbintenis is.

43 Sien Badenhorst ea *Property* 76: "However, if this *causa* does not have to be valid, *it can hardly be a legal requirement for the effectiveness of transfer* ... ". Indien *'n putatiewe causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is (of as so *'n causa* voldoende is vir oordrag), is dit nie meer 'n abstrakte stelsel nie. Scholtens 1957 *SALJ* 281-283 meen dat dit *'n intermediate system* is (dit wil sê, iets tussen 'n kousale en 'n abstrakte stelsel), terwyl De Vos 1976 *TSAR* 84 dit 'n afgewaterde kousale stelsel noem. Sien ook Silberberg *Property* 138; Van der Merwe *Sakereg* 309-310.

44 In die oorgrote meerderheid van gevalle sal lewering wel uit hoofde van 'n geldige verbintenis plaasvind wat ook die *rede* of *regsgrond* (*causa*) vir lewering sal wees. Maar as die ooreenkoms nietig is en eiendomsreg gaan nogtans oor, deug dit nie om die *causa* te omskryf met verwysing na 'n geldige *causa* nie. 'n Definisie is juis bedoel om sover as moontlik vir alle moontlikhede voorsiening te maak.

wat niks anders is nie as die saaklike ooreenkoms.[45] Die rede waarom die vervreemder die saak lewer, is buitendien nie belangrik wanneer dit gaan oor die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg nie. Wat wel van belang is (en dit is waarin die reg geïnteresseerd is), is die rede waarom eiendomsreg oorgaan. Indien lewering uit hoofde van 'n nietige verbintenisskeppende ooreenkoms sou plaasvind, is die rede of *causa* waarom die vervreemder die saak lewer in elk geval nie omdat hy deur 'n verbintenis daartoe *verplig* word nie, maar omdat hy die bedoeling het om die verkryger eienaar te maak – hy lewer omdat hy eiendomsreg *wil* oordra (of omdat hy foutiewelik dink dat hy verplig is).[46]

Indien hierdie siening korrek is (en daar word aan die hand gedoen dat dit wel is), sou die *causa*-begrip in 'n abstrakte stelsel dan geen nut of bestaansreg hê nie, want dit het in die saaklike ooreenkoms opgegaan. Dit sou onnodig wees om op 'n *causa* (dit is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra) as 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg aan te dring en, daarbenewens, ook nog 'n saaklike ooreenkoms (dit wil sê, die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang) te vereis.

In die Romeinse reg is daar nie tussen die *causa* vir lewering (voorafgaande verbintenis) en die *causa* vir eiendomsoordrag (die bedoeling om eiendomsreg oor te dra) onderskei nie.[47] Daar is nie een teks in die *Corpus Iuris Civilis* wat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra uitdruklik as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg stel nie (dit het bloot 'n ondergeskikte rol gespeel), en daar is ook geen teks wat die *causa* met verwysing na die vervreemder se bedoeling omskryf nie. Julianus se standpunt wat hierbo bespreek is, bied nou wel aanknopingspunte daarvoor dat die rede of *causa* vir lewering in die bedoeling om eiendomsreg oor te dra gevind kan word, maar daar is nie eenstemmigheid oor die presiese

45 Maar sien Scholtens 1957 *SALJ* 280 wat "the circumstances underlying the intention to transfer ownership by *traditio*" as die *causa* omskryf.

46 Daar moet dus onderskei word tussen die rede (*causa*) vir *lewering* en die rede (*causa*) vir *eiendomsoordrag*, wat in 'n abstrakte stelsel nie noodwendig met mekaar ooreenstem nie. In 'n kousale stelsel sal die rede vir lewering noodwendig ook die rede vir eiendomsoordrag wees, want lewering is nie 'n selfstandige handeling nie.

47 Sien hfst 2 waar die Romeinse reg meer volledig bespreek sal word.

interpretasie wat aan die teks geheg moet word nie.[48] In die Middeleeue is egter wel besef dat twee verskillende *causae* van mekaar onderskei moet word, naamlik: (i) die *causa remota* (voorafgaande verbintenis of vermeende verbintenis) wat nie altyd die werklike rede vir eiendomsoordrag is nie en, (ii) die werklike of onmiddellike rede vir oordrag (*causa immediata* of *efficiens*) wat in die bedoeling van die vervreemder gevind kan word.[49]

Savigny[50] het die standpunt verwerp dat 'n voorafgaande verbintenis (*causa remota*) 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg is. Hy het uitdruklik verklaar dat die werklike rede waarom die vervreemder in geval van 'n nietige ooreenkoms lewer, nie is omdat hy uit hoofde van 'n verbintenis daartoe verplig is nie, maar omdat hy die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Daarom is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (*causa immediata*) as die *causa* omskryf. Hy het later egter van mening verander en die standpunt ingeneem dat die *causa* die omstandighede is waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, afgelei kan word (soos byvoorbeeld die voorafgaande geldige of nietige verbintenis). Savigny het egter nie redes vir die verandering in sy standpunt aangevoer nie, maar die waarskynlikheid is groot dat hy dit gedoen het omdat dit nie regshistories korrek is om die *causa* as die bedoeling te omskryf nie. Die begrip het nog altyd na 'n voorafgaande verbintenis verwys. Sy omskrywing was dus nie met die bronne in ooreenstemming nie, terwyl hy juis daarop bedag was dat sy teorie met die klassieke Romeinse reg moes ooreenstem. Alhoewel hy met sy nuwe omskrywing (*causa* is die omstandighede waaruit die bedoeling vasgestel kan word, soos byvoorbeeld die voorafgaande verbintenis) so na as moontlik aan die historiese betekenis van die begrip probeer bly het, is die ironie egter dat dit ook nie regshistories en taalkundig korrek is nie. Letterlik vertaal, beteken *causa* die grondslag of rede vir lewering en nie die omstandighede waaruit die bedoeling af-

48 Daar bestaan nie duidelikheid oor wat Julianus se standpunt werklik was nie, en daar kan nie daaruit enige definitiewe gevolgtrekkings gemaak word nie.
49 Sien bv hfst 3.7, 4.6 en 5.4.
50 Sien hfst 10.3.1.

gelei kan word nie. In elk geval verwar hierdie taalgebruik *factum probandum* en *factum probans* met mekaar.

Die feit dat 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms of ander regsfeit wat tot lewering verplig in 'n abstrakte stelsel nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie, wil nou nie sê dat dit heeltemal irrelevant is nie. Die belang van die verbintenisskeppende ooreenkoms in 'n abstrakte stelsel is daarin geleë dat dit kan dien as bewys daarvan dat die partye op die oomblik waarop die saak oorgedra is, die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra. Alhoewel 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n materieelregtelike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie (dit is nie 'n *factum probandum* nie), is dit 'n bewysmiddel waaruit die partye se bedoeling om eiendomsreg oor te dra vasgestel kan word (dit is 'n *factum probans*).[51] Uit die ooreenkoms kan afgelei word of die bedoeling op die oordrag van eiendomsreg gerig is (soos by koop en ruil), of nie (soos by huur en pand).[52] Die vorm waarin die ooreenkoms gegiet is, is egter nie noodwendig 'n aanduiding van hulle bedoeling nie. Daar moet telkens in die lig van die feite van elke saak vasgestel word wat die partye se werklike bedoeling was.[53] Selfs 'n nietige verbintenisskeppende ooreenkoms kan dien as bewys van die partye se bedoeling. In *Krapohl v Oranje Koöperasie Bpk*[54] het die hof byvoorbeeld uit die nietige verbintenisskeppende ooreenkoms die afleiding gemaak dat

---

51 In hierdie opsig verskil dit van die Romeinse reg waar dit wel 'n materieelregtelike vereiste was. Raadpleeg *Commissioner of Customs and Exise v Randles Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 398-399 (appèlregter Watermeyer) en 411 (appèlregter Centlivres); *Krapohl v Oranje Koöperasie* 1990 3 SA 848 (A) 864; *Concor Construction v Santambank* 1993 3 SA 930 (A) 933 F-G; *Bank Windhoek v Rajie* 1994 1 SA 115 (A) 141 D-E, 144 I; Carey Miller *Acquisition* 123, 132-134; Badenhorst ea *Property* 76; Van der Merwe *Sakereg* 303; Cronjé 1978 *THRHR* 229-230, 240-241; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 130-131; Savigny *Obligationenrecht* II 258, 259.

52 As die partye in werklikheid pand bedoel het, kon hulle nie die oorgang van eiendomsreg in gedagte gehad het nie, want pand en eiendom kan nie tegelyk in een hand saamgevat word nie. Sien *Bank Windhoek v Rajie* 1994 1 SA 115 (A) 141 D-E, 144 I.

53 Raadpleeg *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369; *Bank Windhoek v Rajie* 1994 1 SA 115 (A) 142 D-G, 144 I - 145 B. *Concor Construction v Santambank* 1993 3 SA 930 (A) 939 B-D; *Quenty's Motors v Standard Credit Corporation* 1994 3 SA 188 (A).

54 *Krapohl v Oranje Koöperasie* 1990 3 SA 848 (A) 864. Sien ook Van der Merwe *Sakereg* 306.

die partye wel die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra.[55] Die bedoeling kan ook uit ander omstandighede, anders as die voorafgaande ooreenkoms, afgelei word en daar kan ook meer direkte getuienis wees van die partye se bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Indien daar wel sulke getuienis beskikbaar is, is dit nie nodig om op die onderliggende regsgrond te steun vir afleidings in hierdie verband nie.[56]

1.6.5 Praktiese implikasies van die onderskeid tussen die twee stelsels

> Theoretical doctrines, however, are never ends in themselves, but important only in so far as they analyse the working of the law in practice and ensure the cohesion and consistency of the different rules of a legal system. Therefore, the crux of the matter is: what difference does it make whether one follows the *causa* or the abstract theory?[57]

Wanneer die voor en nadele van elkeen van die stelsels beoordeel word, moet die regsposisie van die onderskeie partye, naamlik die vervreemder, die verkryger en derdes, soos wat dit in elke stelsel daar uitsien, noodwendig in aanmerking geneem word. Dit behels ook dat die belange van die onderskeie partye teen mekaar opgeweeg moet word.

In 'n *kousale* stelsel verkeer die *vervreemder*-eienaar *vis-à-vis* die verkryger ongetwyfeld in 'n gunstige posisie aangesien hy sy eiendomsreg behou indien die saak uit hoofde van 'n nietige *causa* gelewer word, of indien die *causa* agterna vernietig sou word. Hy kan sy saak met die *rei vindicatio* van die verkryger (of van sy insolvente boedel), en ook van enige derde aan wie die saak oorgedra is opeis (selfs al is die derde *bona fide*). Voorstanders van die kousale stelsel regverdig die stelsel met die volgende argumente: dit beskerm eiendomsreg as regsinstelling; die eienaar behoort sy eiendomsreg slegs te verloor indien daar 'n ooreengekome grondslag daarvoor is (daarom moet oordrag op 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms berus); regsreëls en wetsbepalings wat

---

55 'n Nietige ooreenkoms kan egter ook die afleiding regverdig dat die partye nie bedoel het om eiendomsreg oor te dra nie. *Concor Construction v Santambank* 1993 3 SA 930 (A) 933 F-G: "Equally, the absence of such an agreement may, depending upon the circumstances, be evidence of the absence of any such intention". Die aard van die afleiding hang van die omstandighede af. Sien ook Van der Merwe *Sakereg* 313; Van der Walt en Pienaar *Property* 126.

56 Sien *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 411.

ooreenkomste op grond van beleidsoorwegings verbied, moet eerbiedig word. Indien die reg 'n ooreenkoms op straf van nietigheid verbied, behoort so 'n nietige ooreenkoms ook geen regsgevolge te hê nie. Met hierdie argumente kan daar nie fout gevind word nie, veral nie as beide partye van die gebrek bewus was, of indien slegs die verkryger daarvan bewus was nie. Indien die vervreemder vir die gebrek verantwoordelik was, of indien hy die saak gelewer het terwyl hy van die gebrek bewus was, is dit uit billikheidsoorwegings egter debatteerbaar of hy beskerming verdien.

In 'n *abstrakte* stelsel is die vervreemder nie noodwendig slegter daaraan toe wanneer sy posisie met dié van die verkryger vergelyk word nie. Nieteenstaande nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms gaan eiendomsreg nou wel op die verkryger oor, maar die vervreemder kan die saak met 'n *condictio* van die verkryger terugeis. Die enigste onderskeid tussen die twee stelsels wanneer die vervreemder en verkryger teen mekaar te staan kom, is dus dat die remedies op grond waarvan die vervreemder teen die verkryger kan ageer verskil.[58]

Terwyl die *kousale stelsel* voorkeur gee aan die belange van die eienaar-vervreemder *vis-à-vis* die verkryger, verleen dit weer onvoldoende beskerming aan *derdes* teen die nadelige gevolge van lewering uit hoofde van 'n nietige of vernietigbare verbintenis. Die stelsel kan aan kritiek onderwerp word omdat dit onbillik kan wees teenoor derdes wat aanvaar dat die persoon wat fisiese beheer oor die saak het, of in wie se naam 'n grondstuk geregistreer is, ook eienaar is (veral indien die derde nie daarvan bewus was of bewus kon wees dat iemand anders eienaar van die saak is nie - indien hy *bona fide* is). In Nederland het die regsposisie van *bona fide* derdes aansienlik verbeter aangesien die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* van 1992 nou beter beskerming aan hulle verleen as wat onder die *Burgerlijk Wetboek* van 1838 die geval was. Die derde-verkryger sal

57 Silberberg *Property* 148.

58 Dit moet egter toegegee word dat die vervreemder slegter daaraan toe kan wees wanneer hy 'n *condictio* instel, in teenstelling met die *rei vindicatio*. Die *condictio* is bv 'n persoonlike aksie wat die kenmerke van agtervolging en voorkeur ontbeer. Indien die vervreemder gedwaal het en hy verkeerdelik onder die indruk verkeer het

eienaar word selfs al het hy die saak verkry van 'n persoon wat nie beskikkingsbevoeg was nie, mits aan die vereistes wat in die wet genoem word voldoen is. Die onderskeie bepalings is uitsonderings op die vereiste dat die vervreemder beskikkingsbevoeg moet wees. Dit het ook tot gevolg dat die *nemo plus iuris*-reël ter wille van die beskerming van *bona fide* derdes aansienlik verslap word.[59]

In vergelyking met die kousale stelsel verkeer derdes in 'n abstrakte stelsel weer in 'n gunstige posisie - eiendomsreg gaan op die verkryger oor selfs al word die saak uit hoofde van 'n nietige verbintenisskeppende ooreenkoms gelewer. Indien die verkryger na lewering gesekwestreer sou word, val die saak in sy insolvente boedel. Die vervreemder het dan slegs 'n konkurrente eis wat maar 'n skrale troos is.[60] Die kritiek teen die stelsel is dat die insolvent se skuldeisers deel in die opbrengs van 'n saak wat ingevolge 'n nietige regshandeling in sy hande beland het. Daar bestaan geen rede waarom hulle in sulke omstandighede ten koste van die vervreemder bevoordeel moet word nie, veral nie as die verkryger van die gebrek *bewus was* of daarvoor verantwoordelik was nie. Indien die *vervreemder* bewus was van die gebrek in die regsgrond en die verkryger nie, kan weer geargumenteer word dat dit net billik is dat eiendomsreg wel oorgaan, veral as dit ook nog blyk dat hy nieteenstaande die gebrek tog die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra.

Voorstanders van die abstrakte stelsel is nietemin bereid om te aanvaar dat skuldeisers van die verkryger en selfs derdes *te kwade trou* deur die stelsel bevoordeel word, aangesien dit aansienlike beskerming aan *bona fide* derdes bied, al is dit ten koste van die vervreemder. Die derde aan wie die verkryger die saak intussen oorgedra het, word eienaar nieteenstaande die feit dat sy voorganger die saak uit hoofde van 'n nietige ooreenkoms verkry het. Die vervreemder sal die saak dus nie van die derde met die *rei vindicatio* kan opeis nie. Hierdie gunstige posisie van derdes

---

dat hy verplig is om te presteer, sal hy ook net met die *condictio* slaag as dit 'n verskoonbare dwaling was. Sien De Vos 1976 *TSAR* 79.

59 Sien bv arts 3:86, 3:88, 3:24, 3:26 en 3:36 *NBW*. Die bepalings word nie in meer besonderhede bespreek nie, maar raadpleeg Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 184; Pitlo *Goederenrecht* 93, 97; Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht* 142-143.

word onder andere met 'n beroep op die publisiteitsbeginsel, regsekerheid en billikheidsoorwegings geregverdig. Derdes wat, soos hulle geregtig is om te doen, op die oënskynlike regsgeldigheid van die oordraggewer se titel staatmaak en hom as reghebbende beskou,[61] behoort nie in hul vertroue teleurgestel te word nie. In hierdie opsig bevorder die abstrakte stelsel regsekerheid aangesien dit verhoed dat twyfel oor die geldigheid van die verbintenisskeppende regshandeling ook op die geldigheid van die leweringshandeling inwerk. Buitestaanders kan aanvaar dat die persoon wat oënskynlik beskikkingsbevoeg is, wel eienaar is.[62] Indien 'n derde nie geweet het, of behoort te geweet het, dat oordrag aan sy voorganger ingevolge 'n nietige regsgrond plaasgevind het nie, sou dit onbillik wees om sy regte ten gunste van die vervreemder op te offer. Die argument is dat 'n gebrekkige regsgrond eerder binne die verantwoordelikheidsveld van die vervreemder as dié van die derde val, veral as hy van die gebrek bewus was. Uit billikheidsoorwegings behoort die vervreemder die risiko van 'n gebrekkige regsgrond te dra, derdes behoort nie daardeur benadeel te word nie.[63]

Die abstrakte leer word gekritiseer omdat dit, na die mening van die kritici, verregaande is om enige regsgevolge te heg aan oordrag wat byvoorbeeld voortspruit uit 'n regtens verbode regsgrond.[64] Die argument is dat dit irrasioneel is om die gevolg as geldig te erken indien die oorsaak verbied word. Wat hulle betref, behoort geen regsgevolge uit 'n nietige verbintenisskeppende ooreenkoms voort te vloei nie en behoort die uitvoeringshandeling ook nietig te wees omdat dit aan dieselfde verbods-

60 Indien die vervreemder bv 'n grondstuk uit hoofde van 'n nietige ooreenkoms aan 'n insolvent sou oordra is die benadeling ooglopend.

61 Omdat hy bv in die aktesregister aangetoon word as die ware eienaar, of omdat hy fisies in beheer van die saak is.

62 Alhoewel die stelsel soms onbillik teenoor die vervreemder kan wees, word sy belange ter wille van regsekerheid en die handelsverkeer opgeoffer.

63 Van der Merwe *Sakereg* 17-18, 306-307; Van der Merwe *Lawsa* vol 27 par 299; Carey Miller *Acquisition* 124; Badenhorst ea *Property* 79. In die Duitse reg word die abstraktheidsbeginsel gekritiseer. Die kritiek is daar begryplik, want in die Duitse reg is *bona fide* eiendomsverkryging moontlik en die argument is juis dat derdes op dié wyse voldoende beskerm word. Die skuldeisers van derdes kan egter nie behoorlik deur *bona fide* eiendomsverkryging beskerm word nie. Sien Cronjé 1978 *THRHR* 243.

bepalings onderworpe is. Die kritici van die stelsel wys voorts daarop dat bepaalde beleidsoorwegings gewoonlik ten grondslag lê van 'n regsreël of wetsbepaling waardeur 'n bepaalde regshandeling op sanksie van nietigheid verbied word. In 'n abstrakte stelsel kan die beleidsoorwegings en die gepaardgaande doel wat met so 'n regsreël of wetsbepaling nagestreef word, verydel word. Dit het dan geen nut nie.[65]

Laastens moet daarop gewys word dat derdes ook nog beskerming geniet uit hoofde van die leerstuk van estoppel. In gepaste omstandighede kan die vervreemder ingevolge hierdie leerstuk verhoed word om sy saak met die *rei vindicatio* van die derde te eis. Indien die vervreemder versuim om sy saak onmiddellik van die verkryger aan wie hy oorgedra het terug te eis, wek hy 'n valse skyn by die derde dat die verkryger 'n geldige titel verkry het wat oordraagbaar is. Hy kan aan hierdie skyn gebonde gehou word indien die vereistes vir 'n geslaagde beroep op estoppel teenwoordig is.[66]

Samevattend blyk dit dat die eienaar-vervreemder in 'n kousale stelsel in 'n gunstige posisie verkeer wanneer sy belange teen dié van die verkryger en derdes opgeweeg word. *Bona-fide* derdes trek ongetwyfeld aan die kortste end. Die abstrakte stelsel verleen weer voorkeur aan die belange van die verkryger (alhoewel die verkryger nie noodwendig slegter daaraan toe is nie), maar dit is veral skuldeisers van die verkryger (indien hy insolvent verklaar word) en *bona fide* derdes aan wie hy vervreem het, wat ten koste van die vervreemder deur die stelsel bevoordeel word. Die

64 Soos wat reeds aangetoon is, kan eiendomsreg in 'n abstrakte stelsel oorgedra word selfs al is die verbintenisskeppende regsgrond nietig, bv omdat die wetlik voorgeskrewe vormvereistes nie nagekom is nie.

65 Raadpleeg Asser-Beekhuis *Zakenrecht* I 179-180; Pitlo *Zakenrecht* 204, 209-210. Laasgenoemde gee nietemin toe dat hierdie standpunt ook maar subjektief is en dat daar tog ruimte vir 'n teenoorstaande standpunt is. Hy wys daarop dat 'n huwelik wat slegs met die doel om 'n ander nasionaliteit te verwerf gesluit is, nogtans geldig is.

66 Sien Badenhorst ea *Property* 79; Van der Merwe *Sakereg* 307; Van der Walt en Pienaar *Property* 149. In Nederland (kousale stelsel) word derdes uit hoofde van art 3:36 *NBW* beskerm teen nadeel wat deur opgewekte skyn deur die eienaar-vervreemder veroorsaak word. Raadpleeg Pitlo *Goederenrecht* 93-94; Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 356; Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 175.

abstrakte stelsel werk ook daartoe mee dat die tydstip waarop daar 'n verwisseling van reghebbendes plaasvind makliker bepaalbaar is.[67]

Die noodsaak om 'n keuse tussen die twee stelsels te maak ontstaan slegs in daardie uitsonderlike gevalle waar die verbintenis of ander regsgrond nietig is, daar regtens geen grondslag is uit hoofde waarvan lewering plaasvind nie, en beide partye nogtans die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Indien A byvoorbeeld dink dat hy die betrokke saak aan B verkoop, maar B is van mening dat hy 'n geskenk ontvang, kom geen geldige verbintenisskeppende ooreenkoms tot stand nie vanweë 'n gebrek aan wilsooreenstemming. Beide partye bedoel egter dat eiendomsreg deur lewering op B oorgaan.[68] In so situasie is daar een van twee keuses: (1) eiendomsreg word wel oorgedra (abstrak), of (2) daar vind geen eiendomsoordrag plaas nie (kousaal).

1.6.6 Nederland as voorbeeld van 'n gemengde stelsel

Hierbo is die kenmerke van die abstrakte en kousale stelsels in elkeen se suiwer vorm bespreek. Verskillende variasies tussen 'n suiwer kousale stelsel (wat aandring op 'n geldige voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms as grondslag vir oordrag), en 'n suiwer abstrakte stelsel (waar die bedoeling van die partye altyd deurslaggewend sal wees) kom egter ook voor. 'n Bepaalde regstelsel mag in praktyk elemente van beide stelsels openbaar; die toepassing tussen abstrak en kousaal kan wissel afhangende van die omstandighede en die probleemsituasie wat aangespreek moet word.[69] Vir doeleindes van hierdie ondersoek sal Nederland as 'n voorbeeld van so 'n gemengde stelsel gebruik word en die kenmerke daarvan sal vergelyk word met die Franse stelsel (as voorbeeld van 'n suiwer kousale stelsel) aan die een kant, en die Suid-Afrikaanse en Duitse stelsels aan die ander kant (as voorbeelde van abstrakte stelsels).[70] Hierdie vergelyking toon aan dat die Nederlandse stelsel kenmer-

67 Sien Van der Merwe *Sakereg* 17.

68 Elke party het egter 'n ander rede (of regsgrond) wat die grondslag is vir sy bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Raadpleeg Carey Miller *Acquisition* 124.

69 Stelsels kan nie in waterdigte kompartemente verdeel word nie. Sien Carey Miller *Acquisition* 126; Scholtens 1957 *SALJ* 281; Schoeman *Property* 77.

70 Die vraag of 'n kousale dan wel abstrakte stelsel in Nederland aanwending vind, was vir jare lank kontroversieel. Die *Hoge Raad* het 'n einde aan die kontroversie

ke vertoon van 'n abstrakte stelsel, maar dat dit ook kenmerke van 'n kousale stelsel het.

1.6.6.1 Kenmerke van 'n abstrakte stelsel

Die reël van die Romeinse reg (wat ook in die Romeins-Hollandse reg toegepas is), naamlik dat eiendomsreg nie deur blote ooreenkoms oorgedra kan word nie maar dat die saak ook gelewer moet word, vind vandag nog in Nederland aanwending. Soos in Suid-Afrika en Duitsland, word daar in Nederland dus ook onderskei tussen 'n voorafgaande verbintenis of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om te lewer enersyds (*causa* of *titel*) en lewering (*traditio*) andersyds, as synde twee afsonderlike *regshandelinge*. Die verbintenisskeppende ooreenkoms het nog nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg nie; dit skep slegs regte en verpligtinge. Die leweringshandeling (wat 'n afsonderlike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is) het weer ten doel om die verpligtinge wat uit die ooreenkoms voortspruit na te kom en die verbintenis te beëindig. Die Nederlandse stelsel verskil dus van 'n kousale stelsel soos wat in Frankryk toegepas word in dié opsig dat eiendomsreg nie deur sluiting van die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra word nie, daar moet ook 'n afsonderlike leweringshandeling wees.[71]

In 'n abstrakte stelsel het die erkenning van lewering (*traditio*) as 'n afsonderlike regshandeling in die oordragsproses tot gevolg dat die geestesingesteldheid waarmee die leweringshandeling uitgevoer word (die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang), as 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms gekonstrueer word. Alhoewel die *Nieuw Burgerlijk Wetboek* nie 'n saaklike ooreenkoms vir die oordrag van eiendomsreg in Nederland vereis nie, is dit die algemeen aanvaarde standpunt dat 'n saaklike ooreenkoms wel 'n vereiste is en dat dit 'n

---

gebring deur te beslis dat die kousale leer van toepassing is. Raadpleeg onder *andere HR 5 Mei 1950 NJ 1951 1; HR 10 Desember 1952 NJ 1953 550* (onroerende sake); *HR* 9 Februarie 1939 *NJ* 1939 865 (sessie); *HR* 12 Junie 1970 *NJ* 1970 203. Art 3:84 (1) *NBW* vereis nou 'n *regsgeldige regstitel*, wat dit duidelik maak dat 'n kousale stelsel van toepassing is. Soos sal blyk uit die bespreking hierna, is dit egter nie 'n suiwer kousale stelsel nie.

71 In Frankryk is lewering nie 'n regshandeling met sy eie regsgevolge nie, dit is bloot net 'n feitlike handeling. 'n Suiwer kousale stelsel (soos in Frankryk) is dus strydig met die Romeins-Hollandse Reg. Sien ook Carey Miller *Acquisition* 124-125.

belangrike funksie vervul.[72] Daar is egter ook akademici en praktisyns in Nederland wat die saaklike ooreenkoms aan kritiek onderwerp en meen dat dit oorbodig is.[73] Aangesien die saaklike ooreenkoms een van die uitstaande kenmerke van 'n abstrakte stelsel is, is die Nederlandse stelsel dus ook in hierdie opsig abstrak (*inhoudelike abstraksie*).[74] Dit verskil van 'n suiwer kousale stelsel (soos in Frankryk) waar die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie 'n selfstandige bestaan onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms voer nie, maar 'n inherente deel van daardie ooreenkoms is.

Die stelling word dikwels teëgekom dat 'n kousale stelsel in Nederland toegepas word. Dit behoort egter duidelik te wees dat dit nie korrek is nie. Hierdie stelling is gegrond op die feit dat 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms in Nederland 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is, wat 'n kenmerk van 'n kousale stelsel is. Daar word egter nie besef dat Nederland ook kenmerke van 'n abstrakte stelsel vertoon nie, naamlik: (1) eiendomsreg gaan nie deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oor nie, daar moet ook 'n leweringshandeling wees; (2) 'n saaklike ooreenkoms (wat deel van die leweringshandeling is) is 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg.

1.6.6.2 Kenmerke van 'n kousale stelsel

Die Nederlandse regstelsel vertoon wel ook kenmerke van 'n kousale stelsel soos wat dit in Frankryk toegepas word, aangesien 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is. Nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms verhinder dat eiendomsreg oorgaan. In hierdie opsig verskil dit dus van die Suid-Afrikaanse en die Duitse stelsels. Alhoewel 'n saaklike ooreenkoms in Nederland 'n afsonderlike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is, word die praktiese waarde van die saaklike ooreenkoms egter beperk

72 Dit verloor Cronjé 1984 *THRHR* 200 uit die oog. Hy staar hom blind teen die feit dat 'n kousale stelsel gewoonlik geassosieer word met die reël dat eiendomsreg nie oorgaan nie indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is.

73 'n Saaklike ooreenkoms is volgens hulle slegs 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in 'n abstrakte stelsel. Sien bv Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 18-19; Van Oven 1935 *WPNR* 70. Verder Cronjé 1984 *THRHR* 202-205.

deur die vereiste dat die verbintenisskeppende ooreenkoms geldig moet wees. Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is, sal eiendomsreg nie oorgaan nie, selfs al het die partye die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en al is daar 'n geldige saaklike ooreenkoms. Die vraag of daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is, is dus net relevant indien die verbintenisskeppende ooreenkoms geldig is. Die omstandighede kon byvoorbeeld sedert kontraksluiting sodanig verander het dat een of beide partye ten tye van lewering nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie (byvoorbeeld as gevolg van gebreke met wilsooreenstemming), of daar mag ander faktore aanwesig wees wat kan verhinder dat eiendomsreg oorgaan, soos byvoorbeeld dat die vervreemder nie meer beskikkingsbevoeg is nie. Eiendomsreg sal in hierdie omstandighede nie oorgaan nie, nie omdat die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is nie, maar omdat daar nie 'n geldige saaklike ooreenkoms is nie. Die saaklike ooreenkoms word juis genoodsaak deur die feit dat lewering in Nederland (anders as in Frankryk) 'n afsonderlike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is en dat dit meer behels as bloot net 'n feitlike handeling.

Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms geldig is, is daar dus nie wesenlike verskille tussen die abstrakte stelsel soos wat dit in Suid-Afrika toegepas word, en die stelsel soos wat dit in Nederland toegepas word nie. Die vraag of eiendomsreg oorgaan al dan nie, is in beide stelsels slegs daarvan afhanklik of daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is. Indien nie, sal eiendomsreg in beide stelsels nie oorgaan nie.

Vervolgens sal die wyses van eiendomsoordrag in die Romeinse reg ondersoek word ten einde vas te stel of enige kenmerke van die abstrakte en kousale stelsels aangetref is.

---

74 Soos wat reeds opgemerk is, gaan die konstruksie van die saaklike ooreenkoms hand aan hand met 'n abstrakte stelsel (dit is die skepping van 'n abstrakte stelsel).

HOOFSTUK 2

ROMEINSE REG

2.1 Inleiding 35
2.2 *Mancipatio* 38
2.2.1 Inleiding 38
2.2.2 Formaliteite 38
2.2.3 *Mancipatio* 'n allesomvattende regshandeling 39
2.2.4 Koop en *mancipatio* twee afsonderlike regshandelinge 44
2.2.5 *Mancipatio* die wyse waarop *dominium* oorgedra is 47
2.2.5.1 *Usus* en *Auctoritas* 47
2.2.5.2 Die begrip *possessio* 49
2.2.5.3 Die begrip *dominium* 53
2.2.6 *Mancipatio* verval in onbruik 59
2.2.7 Samevatting 61

2.3 *In iure cessio* 63
2.3.1 Formaliteite 63
2.3.2 *In iure cessio*, oordrag van *dominium* en die verskaffing van *possessio* 64
2.3.3 Verhouding tot die *causa* 65
2.3.4 *In iure cessio* verval in onbruik 66
2.3.5 Samevatting 67

2.4 *Traditio* 68
2.4.1 Inleiding 68
2.4.2 *Traditio* die algemene wyse waarop *dominium* oorgedra is 69
2.4.3 Die verkryging van fisiese beheer (*possessio*) 73
2.4.3.1 Inleiding 73
2.4.3.2 Die *animus*-vereiste 73
2.4.3.3 Die *corpus*-vereiste 76
2.4.3.3.1 Die algemene reël 76
2.4.3.3.2 Die uitsonderings – *traditio solo animo* 79

2.4.3.3.3 Verkryging van *possessio* by wyse van aktes 82
2.4.3.4 Die voortduring en verlies van *possessio* 82
2.4.3.5 Publisiteit 83
2.4.3.6 Samevatting 83
2.4.4 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste 85
2.4.4.1 Inleiding 85
2.4.4.2 Die funksie van die *iusta causa* 86
2.4.4.3 Die betekenis van die begrip *iusta causa* 88
2.4.4.4 Moes die *causa* objektief geldig gewees het? 89
2.4.4.4.1 Inleiding 89
2.4.4.4.2 Die teenstrydigheid tussen Julianus en Ulpianus 91
2.4.4.4.3 *Iusta causa* wel 'n vereiste 106
2.4.4.4.4 *Iusta causa* nie 'n vereiste nie 112
2.4.4.4.5 Invloed van die *condictiones* 117
2.4.4.5 Samevatting 119
2.4.5 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 122
2.4.5.1 Inleiding 122
2.4.5.2 Was wilsooreenstemming 'n vereiste? 123
2.4.5.3 Verhouding tussen fisiese beheer (*corpus*) en die bedoeling om eiendomsreg te verkry (*animus*) 126
2.4.5.4 Verhouding tussen die bedoeling (*animus*) en die *causa*-vereiste 129
2.4.5.5 Die bedoeling in gevalle waar geen regsfeit wat tot lewering verplig, vereis is nie 132
2.4.5.6 Lewering met die *animus* alleen (*traditio solo animo*) 133
2.4.5.7 Samevatting 136
2.4.6 Lewering by wyse van dokumente (*traditio per cartam*) 138
2.4.7 Samevatting 139
2.5 Die na-klassieke tydperke (250-1100) 143
2.5.1 Inleiding 143
2.5.2 Die vulgêre reg in die Wes-Romeinse ryk (350-550) 145
2.5.2.1 Inleiding 145

2.5.2.2 Die begrippe *dominium* en *possessio* 146
2.5.2.3 Die onderskeid tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en oordrag van fisiese beheer 149
2.5.2.4 Betaling van die koopprys 149
2.5.2.5 Vormvereistes – dokumente en registrasie 150
2.5.2.6 Fisiese beheer 156
2.5.2.7 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 159
2.5.2.8 Samevatting 160
2.5.3 Die Oos-Romeinse ryk in die tyd van Justinianus (450-550) 161
2.5.3.1 Inleiding 161
2.5.3.2 Die begrippe *dominium* en *possessio* 163
2.5.3.3 Onderskeid tussen *causa* en *traditio* 166
2.5.3.4 Fisiese beheer 167
2.5.3.5 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa* vereiste 169
2.5.3.6 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 174
2.5.3.7 Vormvereistes – skrif en registrasie 182
2.5.3.8 Samevatting 184
2.6 Samevatting 187
2.6.1 Inhoudelike abstraksie 187
2.6.2 Uitwendige abstraksie 191
2.6.3 Vormvereistes - registrasie 192
2.6.4 Gevolgtrekking 192

2.1 Inleiding

Die Romeinse reg kan in verskillende tydperke ingedeel word, naamlik die oud-Romeinse reg (tot 250 vC), die voor-klassieke Romeinse reg

(250 - 27 vC), die klassieke Romeinse reg (27 vC - 250 nC) en die na-klassieke Romeinse reg (250 - 1100 nC).[1] Die bespreking betreffende die oordrag van saaklike beheer[2] in die Romeinse reg sal egter nie aan die hand van die verskillende tydperke gevoer word nie, maar eerder aan die hand van die verskillende wyses van oordrag. Die klem val op die regsposisie in die klassieke tydperk, maar daar sal ook aandag gegee word aan die posisie in die voorafgaande tydperke waartydens die wyses van eiendomsoordrag ontstaan het. Die belangrikste kenmerke van eiendomsoordrag in die na-klassieke Romeinse reg sal afsonderlik bespreek word.[3] Die ondersoek is afgestem op die verskillende wyses waarop saaklike beheer, met besondere klem op *dominium*, in die Romeinse reg oorgedra is en die verbande tussen die onderskeie elemente in die oordragsproses.

Tot en met die klassieke tydperk is saaklike beheer op drie verskillende wyses oorgedra, naamlik *mancipatio*, *in iure cessio* en *traditio*.[4] *Mancipatio* en *in iure cessio* was formele handelinge waar bepaalde formaliteite nagekom moes word. Vir die primitiewe mens was sintuiglike waarneming van die uiterste belang, gevolglik kon regsgevolge slegs deur formele handelinge en die nakoming van streng vormvereistes bewerkstellig word. Die formaliteite was egter nie bloot sintuiglik waarneembare afbeeldings van die juridiese gebeure nie, dit het die inhoud van die bepaalde regshandeling weergegee.[5] Die vormvereistes het gewoonlik behels dat die uitvoering van regshandelinge met die uitspreek van vasgestelde for-

---

1 Hierdie indeling word ontleen aan Feenstra *Grondslagen* 3; Van der Walt *Houerskap* 17. Sien ook Kop *Vulgaire Recht* 19 ev en Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 1-7 ivm ander indelings van die Romeinse regsgeskiedenis. Hieronder by hfst 2.5 word aangetoon dat die na-klassieke tydperk ook in verskillende fases ingedeel kan word.

2 Die Romeine het nie van regte op 'n saak gepraat nie, maar gesê dat 'n persoon 'n aksie het waarmee sy aanspraak afgedwing of beskerm kan word. Sien ook die bespreking hieronder by hfst 2.2.5 ivm die verskillende vorme van saaklike beheer.

3 Sien die bespreking hieronder by hfst 2.5.

4 Die Romeinse juriste het nie onderskei tussen oorspronklike en afgeleide wyses van eiendomsverkryging nie, maar wel tussen eiendomsverkryging ooreenkomstig die *ius civile* (te wete *mancipatio*, *in iure cessio* en *usucapio*) en eiendomsverkryging ooreenkomstig die *ius naturale* (*traditio*, toe-eiening en natrekking). Sien Feenstra *Grondslagen* 66; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 134-135.

5 Kaser *Privatrecht* I 39; Honsell *Römisches Recht* 155.

mules gepaard gegaan het, wat dikwels deur simboliese gebare bevestig is.[6] 'n Verdere kenmerk was dat al die handelinge onmiddellik opeenvolgend uitgevoer is.[7] Anders as in geval van *mancipatio* en *in iure cessio* wat formele handelinge was, was *traditio* 'n vormlose handeling wat geen formaliteite vereis het nie. Oordrag van saaklike beheer het plaasgevind bloot deur die verskaffing van fisiese beheer. Aanvanklik is hierdie handelinge nie as regshandelinge gesien nie, dit was bloot feitlike gebeure, maar later word dieselfde regsgevolge daaraan geheg as aan formele regshandelinge.[8]

In die klassieke tyd kon eiendomsreg oorgedra word deur enige van bogenoemde wyses, maar die vormlose *traditio* was die algemene wyse van oordrag, terwyl die formele *mancipatio* en *in iure cessio* die uitsonderings was. Al hoe meer regshandelinge is uitgevoer sonder inagneming van vormvereistes omdat daar ingesien is dat dit nie soseer die uiterlike handeling (formaliteite) is wat die regsgevolg meebring nie, maar eerder die bedoeling (innerlike wil) van die partye. Vormvoorskrifte is slegs behou vir sover as wat dit regsekerheid bevorder het.[9] In die naklassieke reg verdwyn *mancipatio* en *in iure cessio* en word eiendomsreg slegs deur *traditio* oorgedra.

Elkeen van die wyses waarop saaklike beheer in die Romeinse reg oorgedra is, sal vervolgens ondersoek word met die doel om vas te stel wat die verband tussen die verskillende handelinge was wat by die oordragsproses ter sprake kom, soos die verbintenisskeppende ooreenkoms, lewering en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die vraag wat uiteindelik beantwoord moet word, is of daar enige kenmerke van die abstraktheidsbeginsel (inhoudelike en uitwendige abstraksie)

---

6 Soos bv aanraking met die hand of staf.
7 Kaser *Privatrecht* I 39-40.
8 Feenstra *Grondslagen* 51; Kaser *Privatrecht* I 41.
9 Dit was nie meer die beliggaming van die regshandeling nie, maar het bloot as bewysmiddel gedien. Hierdie ontwikkeling is genoodsaak deur die toenemende handelsverkeer en het onder invloed van die *ius gentium* plaasgevind. Kaser *Privatrecht* I 230, II 73-74.

aangetref kan word en of die bedoeling om eiendomsreg oor te dra as 'n selfstandige ooreenkoms gekonstrueer is.

2.2 *Mancipatio*

2.2.1 *Inleiding*

Mancipatio het reeds in die oud-Romeinse reg bestaan as 'n wyse waarop saaklike beheer ten aansien van *res mancipi* aan 'n persoon verskaf is.[10] *Res mancipi* was daardie sake wat, in 'n primitiewe en agrariese samelewing, vir die familie van die uiterste belang was en aan die mag van die *pater familias* onderwerp kon word, naamlik grond wat binne Italië geleë was,[11] slawe asook las- en trekdiere.[12] Die ander minder belangrike sake het as *res nec mancipi* bekend gestaan en dit is hoofsaaklik deur *traditio* (die blote verskaffing van fisiese beheer) oorgedra.[13] In die Romeinse reg is daar nie, sover dit die wyses van oordrag aangaan, tussen roerende en onroerende goed (*fundus*) onderskeid getref nie. Die onderskeid tussen die wyses waarop roerende en onroerende goed oorgedra word, is uit die Middeleeue afkomstig.[14]

2.2.2 *Formaliteite*

Omdat *res mancipi* so belangrik geag is, is bepaalde formaliteite gestel sodat dit nie te maklik was om sulke sake te vervreem nie.[15] Die formaliteite wat by *mancipatio* (afgelei van *manus capere*) nagekom moes word, was die volgende: behalwe die partye self, moes vyf getuies (volwasse Romeinse burgers) asook 'n persoon wat 'n weegskaal vashou

---

10 Feenstra *Grondslagen* 51; Kaser *Privatrecht* I 41-43; Hijmans *Zakenrecht* 105 ev. Dit het deel gevorm van die sogenaamde regshandelinge *per aes et libram* (met koper en weegskaal). Die gemeenskaplike kenmerk van al hierdie regshandelinge was dat iemand regtens 'n voordeel van 'n ander verkry het in ruil vir 'n bedrag geld.

11 Grond wat buite Italië geleë was, was die eiendom van die staat; individue kon slegs 'n gebruiks- of genotsreg vestig. Nadat die onderskeid tussen grond wat binne Italië geleë was en provinsiale grond deur Justinianus afgeskaf is, was privaat eiendom op grond buite Italië wel moontlik. Sien Lokin *Overdracht* 10; Feenstra *Grondslagen* 53.

12 Kaser *Privatrecht* I 122-123; Feenstra *Grondslagen* 51; Lokin *Overdracht* 9.

13 Lokin *Overdracht* 9, 10-11; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 22.

14 Lokin *Overdracht* 9; Feenstra *Grondslagen* 51.

(*libripens*) teenwoordig wees.[16] Die verkryger het die saak in sy hande geneem[17] en die volgende voorgeskrewe formule uitgespreek: "Ek verklaar dat hierdie slaaf ooreenkomstig die Romeinse reg myne is, dit is deur my gekoop met hierdie stukkie brons en brons weegskaal."[18] Daarna het hy met 'n stukkie brons teen die weegskaal waarop die brons afgeweeg is getik en die hoeveelheid brons waarop ooreengekom is aan die vervreemder oorhandig. Die vervreemder het bloot geswyg, die brons aanvaar, en sodoende sy instemming met dit wat die verkryger gesê en gedoen het betuig.[19] In geval van onroerende goed het die verkryger nie die saak in sy hande geneem nie, maar die gebeure moes op die grond plaasvind.[20]

2.2.3 Mancipatio *'n allesomvattende regshandeling*

Verskeie uiteenlopende standpunte word in die literatuur aangetref betreffende die presiese aard en funksie van *mancipatio* in die oud-Romeinse reg. Die belangrikste standpunte is die volgende:[21]

(a) *Mancipatio* was oorspronklik 'n wyse van eiendomsverkryging, 'n eensydige handeling waardeur die verkryger met geweld beheer oor die saak geneem het.[22] As sodanig was dit nie 'n koopkontrak nie, maar

---

15 Ook ander redes het 'n rol gespeel, soos bv om publisiteit aan die oordrag te verleen. Feenstra *Grondslagen* 51.

16 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 63, 69 verwys na *mancipatio* as 'n buitegeregtelike skynproses omdat die proses nie voor die *praetor* nie, maar voor getuies voltrek is.

17 *Mancipatio* is waarskynlik afgelei van *manu capere*. Sien Gaius *Institutiones* 1.121.

18 Gaius *Institutiones* 1.119: "Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra". In hierdie geval maak die formule melding van 'n slaaf, maar dit spreek vanself dat dit aangepas is afhangende van die aard van die saak wat oorgedra is. Sien Gaius *Institutiones* 1.120.

19 Kaser *Privatrecht* I 41-45; Feenstra *Grondslagen* 53; Lokin *Overdracht* 11.

20 In die klassieke tyd was dit egter nie meer 'n vereiste nie. Kaser *Privatrecht* I 414.

21 Vgl Diósdi *Ownership* 64 ev.

22 Soortgelyk aan buitmaking of *occupatio*.

'n abstrakte oordragshandeling.[23] Hierdie standpunt word oortuigend deur Diósdi en Hazewinkel-Zuringa weerlê.[24]

(b) *Mancipatio* was 'n denkbeeldige of simboliese koop (*imaginaria venditio*).[25] Die werklike koopkontrak waar die partye op die wedersydse prestasies en voorwaardes ooreengekom het, het *mancipatio* vooraf-gegaan en is vormloos gesluit. Ten einde die regshandeling te bevestig (ter wille van regsekerheid) en regsgevolge daaraan te heg, is die koopkontrak na kontraksluiting voor getuies opgevoer (die *mancipatio*-handeling). Hierdie standpunt is gegrond op die siening dat die brons nie werklik afgeweeg is nie.[26] Dit is egter onaanvaarbaar aangesien Gaius in 'n ander passasie duidelik laat blyk dat die brons werklik op 'n skaal afgeweeg is.[27]

(c) *Mancipatio* was nie 'n abstrakte oordragshandeling nie en ook nie 'n denkbeeldige koop nie, dit was die sluitstuk van 'n werklike koopkontrak.[28] Die koopkontrak het volgens hierdie standpunt uit die volgende elemente bestaan:

(i) Die onderhandelinge waar die partye vormloos oor die koopsaak en koopprys ooreengekom het. Die onderhandelinge is deur die *pater familias* aangeknoop, maar hy kon nie op sy eie die vervreemding van kosbare familie-eiendom behartig nie, die toestemming van manlike familielede was daarvoor nodig. Gevolglik het die ooreenkoms tussen die *pater familias* en die verkryger nog nie 'n voltooide en bindende koopkontrak tot stand gebring nie;

---

23 Dit was die standpunt van Ihering *Römischen Recht* 540 ev; Puchta *Institutionen* 196. Raadpleeg Bechmann *Kauf* I 47 ev; Kaser *Eigentum und Besitz* 107 ev, 136 ev; Kaser *Privatrecht* I 45, 115-116.

24 Diósdi *Ownership* 67-70; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 51-54.

25 Na aanleiding van Gaius *Institutiones* 1.119. Raadpleeg Bechmann *Kauf* I 60 ev. en Diósdi *Ownership* 66-67 vir 'n bespreking van hierdie standpunt wat deur onder andere Leist, Huschke, Brezzo en Gimmerthal ingeneem is.

26 Daarom kon dit nie werklik 'n koopkontrak gewees het nie.

27 Gaius *Institutiones* 1.122. Sien Diósdi *Ownership* 66 en Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 58-59 vir verdere kritiek teen hierdie standpunt.

28 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 59-60, 68-69, 115-116; Schlossmann *Mancipatio* 7. Raadpleeg die bespreking in Diósdi *Ownership* 66.

(ii) Die uitvoering van die formaliteite wat vir die *mancipatio*-handeling vereis is. Die koopkontrak het eers tot stand gekom nadat die *mancipatio*-handeling, waaraan die familielede (die vyf getuies) deelgeneem het, voltooi is. Hulle was partye tot die kontrak wat die vervreemding bekragtig het. Daarom word *mancipatio* die sluitstuk (voltooiing) van die koopkontrak genoem.

Mancipatio was dus nie 'n abstrakte oordragshandeling wat van die koop losgestaan het nie en dit was opsigself ook nie die koopkontrak nie. Dit kon nie 'n koop gewees het nie omdat slegs die verkryger aktief aan die verrigtinge deelgeneem het en die vervreemder passief was,[29] omdat die partye tydens die formaliteite nie oor die koopsaak en koopprys ooreengekom het nie, en omdat die teenwoordigheid van getuies verpligtend was. Dit was dus hoogstens deel van die kontrak.[30]

Hierdie standpunt is vir kritiek vatbaar vir sover as wat te kenne gegee word dat die onderhandelinge waar op die koopsaak en koopprys ooreengekom is en wat die *mancipatio*-handeling voorafgegaan het, die kern van die koopkontrak uitgemaak het.[31] Dit word algemeen aanvaar dat die konsensuele ooreenkoms eers heelwat later ontstaan het. Alhoewel dit moontlik is dat die partye vooraf onderhandel het, het dit nog geen regsgevolge gehad nie.[32]

(d) Die algemeen aanvaarde standpunt is dat *mancipatio* 'n alledaagse kontrak was waar 'n saak oorgedra is in ruil vir 'n prys as teenprestasie en wat daarom as 'n ruilkoop of kontantkoop beskryf kan word.[33] Die koop het tegelykertyd ook oordrag van saaklike beheer

---

29 Dit was dus 'n eensydige handeling, terwyl die koopkontrak meersydig is.
30 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 115-116.
31 Hoe die onderhandelinge, wat geen juridiese betekenis het nie, deur getuiebevestiging volledige regskrag kry, is nie duidelik nie.
32 Diósdi *Ownership* 67.
33 *Mancipatio* was dus nie bloot 'n denkbeeldige koop of suiwer oordragshandeling nie. Raadpleeg Bechmann *Kauf* I 68 ev; Diósdi *Ownership* 67, 70; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 286 vn 145; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 63-64; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 54-57.

bewerkstellig. Hierdie standpunt is gegrond op die formaliteite wat tydens die *mancipatio*-handeling uitgevoer is,[34] naamlik: die feit dat die saak wat oorgedra word deur die verkryger in sy hande geneem is, en die feit dat 'n ooreengekome gewig brons wat op die skaal afgeweeg is (die koopprys)[35] onmiddellik daarna aan die vervreemder oorhandig is. In die primitiewe samelewing[36] was hierdie die algemene wyse waarop kontrakte in die daaglikse verkeer gesluit is: 'n koop het tot stand gekom deurdat 'n saak oorgedra word, en 'n saak is oorgedra by wyse van koop.[37] Die voorafgaande onderhandelinge het nie deel van die kontrak uitgemaak nie en dit het geen juridiese gevolge gehad nie. Die kontrak het deur nakoming van die voorgeskrewe formaliteite tot stand gekom en nie deur blote wilsooreenstemming nie.[38]

Mancipatio was dus aanvanklik tegelyk kontrak en oordrag wat die volgende elemente omvat het, naamlik: die koopafspraak, verkryging van fisiese beheer (deurdat die verkryger die saak in sy hande geneem het)[39] en betaling van die prys (die afweeg en oorhandiging van die brons) as teenprestasie.[40] Die onderskeie handelinge is gelyktydig (of kort na mekaar) uitgevoer, met die gevolg dat sluiting van die koopkontrak, verkryging van fisiese beheer en gebruik van die saak (in die vorm van *usus*)[41] tegelykertyd plaasgevind het.[42]

---

34 Die formele handelinge het immers die inhoud van die betrokke regshandeling weerspieël. Kaser *Privatrecht* I 39; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 59.

35 Voordat geld gebruik is, was koper/brons die betaalmiddel en die afweeg daarvan die wyse van betaling. Die gewig van die koper het die waarde daarvan bepaal. Dit word bevestig deur die feit dat "weeg" en "betaal" in Latyn met dieselfde woord weergegee word. Diósdi *Ownership* 66-67, 71; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 55.

36 Dws voordat skrif gebruik is om regshandelinge te boekstaaf en voordat gemunte geld in gebruik was.

37 Die koopkontrak is die oudste regshandeling. Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 54-57, 115-119; Bechmann *Kauf* I 68, 217, 301.

38 Die gedagte dat oordrag van regte plaasvind deurdat twee partye met mekaar 'n ooreenkoms bereik was vreemd aan die oud-Romeinse reg. Kaser *Privatrecht* I 229.

39 Gaius *Institutiones* 1.121. Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 54-55.

40 Gaius *Institutiones* 1.119. Raadpleeg ook Feenstra *Grondslagen* 53; Kaser *Privatrecht* I 46, 131-132; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 54-55; Lokin *Overdracht* 11.

41 Sien die bespreking hieronder by hfst 2.2.5 in verband met die vorme van saaklike beheer in die oud-Romeinse reg.

42 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 64.

Dit behoort duidelik te wees dat *mancipatio* van die oud-Romeinse reg in die volgende opsigte van die moderne koopkontrak verskil:[43] (1) dit was 'n eensydige regshandeling. Die verkryger het aktief opgetree - hy het uit eie beweging beheer oor die saak geneem en die koopprys betaal. Daarteenoor was die vervreemder passief - hy het stilswyend toegekyk, die feit dat die verkryger beheer oor die saak neem gelate aanvaar en die geld in ontvangs geneem;[44] (2) dit het nie deur wilsooreenstemming tot stand gekom nie, maar deur die nakoming van formaliteite; (3) dit het geen verbintenis in die lewe geroep nie;[45] (4) totstandkoming van en voldoening aan die kontrak het op dieselfde tydstip plaasgevind; die koop (*mancipatio*) het tegelykertyd ook oordrag bewerkstellig.[46] Dit impliseer dat *mancipatio* nie nakoming van die kontrak kon wees nie.

Dit spreek vanself dat die vraag of *mancipatio* abstrak dan wel kousaal was nie ter sprake gekom het nie aangesien daar nie tussen 'n voorafgaande *causa* (soos koop) en oordrag onderskei is nie. *Mancipatio* was tegelyk koop en oordrag. Daar was dus geen sprake van 'n bindende koop of skenkingsooreenkoms waarvan die gebreke 'n invloed op die daaropvolgende oordrag kon uitoefen nie. Die geldigheid of nietigheid van *mancipatio* was afhanklik daarvan of die voorgeskrewe formaliteite nagekom is.[47] Daar was ook geen sprake daarvan dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra as 'n selfstandige ooreenkoms gekonstrueer is wat van die voorafgaande *causa* onderskei is nie. Indien *mancipatio* 'n abstrakte oordragshandeling was (soos wat sommige skrywers beweer), sou die element van betaling probleme opgelewer het: betaling voordat

---

43 Dondorp en Schrage *Levering* 15.

44 Diósdi *Ownership* 68, 71; Kaser *Privatrecht* I 45. Die vervreemder was nie 'n kontraksparty nie, maar wel *auctor* – sy deelname aan die proses het die posisie van die verkryger versterk deurdat hy teen aansprake van derdes beskerm is.

45 Daar was in die oud-Romeinse reg geen sprake van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie. Die enigste regshandeling wat 'n verbintenis in die lewe kon roep, was die *nexum*. Maar sien Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 115.

46 Net soos wat hedendaags in Frankryk die geval is met die koopkontrak (sien art 1583 *Code Civil*). Die enigste verskil is dat die handeling in die oud-Romeinse reg 'n formele handeling was, maar in Frankryk is die koopkontrak vormloos; dit kom slegs deur wilsooreenstemming tot stand. Lokin *Overdracht* 11.

47 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 115-116, 128; Hijmans *Zakenrecht* 108.

mancipatio uitgevoer is, sou vir die koper gevaarlik wees. Betaling nadat *mancipatio* uitgevoer is, sou weer vir die verkoper 'n risiko inhou, veral gesien in die lig van die feit dat daar nog geen sprake van verbintenisse was nie.[48]

2.2.4 Koop en mancipatio *twee afsonderlike regshandelinge*

In sy oorspronklike vorm was *mancipatio* gegrond op die feit dat 'n ooreengekome gewig brons as betaalmiddel aangewend is. Toe geld as betaalmiddel in gebruik geneem is,[49] was dit vanselfsprekend dat veranderinge sou plaasvind. Een van die belangrikste veranderinge wat ingetree het, was die feit dat die afweeg en oorhandiging van die brons vervang is deur 'n simboliese handeling (*mancipatio nummo uno*) waar die verkryger bloot met 'n klein stukkie brons (*rauducsculum* of *nummus unnus*) teen die leë weegskaal getik het en dit aan die vervreemder oorhandig het.[50] Aangesien hierdie handeling niks meer as 'n denkbeeldige betaling was nie (dit het werklike betaling versimboliseer), word daar na *mancipatio* as *imaginaria venditio* verwys. Werklike betaling het nou nie meer deel van die ritueel uitgemaak nie, dit kon voor, tydens of na die *mancipatio*-handeling plaasvind. In laasgenoemde geval is krediet aan die verkoper verleen.[51]

Die feit dat betaling van die koopprys nie meer deel van *mancipatio* uitgemaak het nie en die feit dat *mancipatio* ook aangewend is in geval van kredietkoop, het daartoe gelei dat 'n skeiding tussen die koopkontrak (*emptio venditio*) en die *mancipatio*-handeling plaasgevind het.[52] Die koopkontrak self, dit wil sê, die ooreenkoms tussen die partye betreffende die koopsaak en koopprys, was voor die uitvoering van die *man-*

---

48 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 117-118.

49 Ongeveer die 4e eeu vC. Sien hieroor Kaser *Privatrecht* I 48-49; Honsell *Römisches Recht* 99; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 118-119.

50 Kaser *Privatrecht* I 46-47; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 118-119; Diósdi *Ownership* 73.

51 Sien Honsell *Römisches Recht* 102; Kaser *Privatrecht* I 414. Sien ook die gesag in die vorige voetnoot.

52 Diósdi *Ownership* 84 beweer dat *mancipatio nummo uno* die begin van die moderne oordragshandeling was.

cipatio handeling aangegaan.[53] *Mancipatio* was nou 'n afsonderlike saaklike uitvoeringshandeling waardeur die skuldenaar sy verpligtinge voortspruitend uit die koopkontrak nagekom het en wat die oordrag van *dominium* tot gevolg gehad het.[54] Hierdie ontwikkeling het egter eers in die klassieke tyd volle wasdom bereik nadat die koop as 'n vormlose, meersydige verbintenisskeppende regshandeling beskou is wat deur wilsooreenstemming tot stand gekom het.[55]

Die formele *mancipatio*-handeling kon nou nie meer as 'n kontantkoop of ruilkoop beskryf word nie, dit was 'n abstrakte oordragshandeling waardeur saaklike beheer (*dominium* sedert die voor-klassieke tyd)[56] verskaf is.[57] Ten einde oordrag van *dominium* te bewerkstellig moes *mancipatio* uitgevoer word uit hoofde van 'n *causa* wat eiendomsoordrag regverdig (byvoorbeeld uit hoofde van 'n koopkontrak, ruilkontrak of legaat).[58] Oordrag was egter nie van 'n geldige *causa* (*'n iusta causa*) afhanklik nie.[59] Dit wil sê dat eiendomsreg oorgegaan het selfs al was die voorafgaande *causa* nietig.[60] Die vervreemder was egter slegs tot *auctoritas* verbind indien *mancipatio* ter uitvoering van 'n geldige koopkontrak plaasgevind het en die prys kontant betaal is, of indien die verkryger homself tot betaling

---

53 Kaser *Privatrecht* I 414. Maar sien Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 114 ev, 119-121 wat van oordeel is dat die twee handelinge eers in die tyd van Justinianus onderskei is.

54 Honsell *Römisches Recht* 102; Kaser *Privatrecht* I 414; Zimmermann *Obligations* 237. *Mancipatio* is ook aangewend ter uitvoering van 'n skenking, sekerheidstelling of nakoming van 'n verbintenis voortvloeiend uit 'n *stipulatio*. Sien Kaser *Privatrecht* I 46-47, 414; Feenstra *Grondslagen* 53; Lokin *Overdracht* 11; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 118-119.

55 Dondorp en Schrage *Levering* 15. Die Romeine het egter nie vir hierdie ooreenkomste 'n tegniese term gehad nie. Die woorde *pactum, conventio, contrahere, contractus* was nie tegniese terme wat op 'n ooreenkoms gedui het nie. Kaser *Privatrecht* I 229, 234 ev, 522 ev.

56 Sien die bespreking van *dominium* hieronder by hfst 2.2.5.3.

57 Honsell *Römisches Recht* 102, 156; Kaser *Eigentum und Besitz* 135; Lokin *Overdracht* 12; Diósdi *Ownership* 73-74; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70 (maar sien Van Oven *Cuasa en Levering* 20).

58 Welke *causa* tydens *mancipatio* uitdruklik genoem is.

59 Kaser *Privatrecht* I 414; Lokin *Leerstukken* 141; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 76. Maar sien Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 120-121 wat van oordeel is dat *mancipatio* nóg 'n abstrakte nóg 'n kousale handeling was.

60 Feenstra *Grondslagen* 54; Kaser *Privatrecht* I 414; Lokin *Overdracht* 12; Dondorp en Schrage *Levering* 17. Hierdie toedrag van sake kan waarskynlik toegeskryf word aan die feit dat die koop en oordrag oorspronklik een enkele handeling was.

verbind het.[61] Die enigste vereiste vir oordrag van *dominium* was dat die formaliteite vir die *mancipatio*-handeling nagekom moes word. Indien die formaliteite nie nagekom is nie, soos wanneer die getuies byvoorbeeld nie aanwesig was nie, of indien die verkryger nie die voorgeskrewe formule uitgespreek het nie, het geen oordrag dus plaasgevind nie.[62]

Laastens moet daarop gelet word dat dit in die klassieke tyd heeltemal moontlik was vir die vervreemder om, voordat die verkryger die voorgeskrewe formule uitgespreek het, verklarings (*leges*) te maak betreffende die saak wat oorgedra word, soos byvoorbeeld oor die eienskappe of gebreke daarvan en diensbaarhede wat ten laste van die saak bestaan, ensovoorts. Aangesien die verklarings deel van die *mancipatio* handeling uitgemaak het, was die vervreemder daaraan gebonde.[63] Afgesien van *leges* (wat bestanddele van *mancipatio* was), was dit ook moontlik om verdere ooreenkomste aan te gaan wat, alhoewel dit nie deel van die *mancipatio*-handeling uitgemaak het nie, ten nouste daarmee saamgehang het en selfstandige verbintenisskeppende werking gehad het. So kon 'n *stipulatio* tot die *mancipatio* toegevoeg word. Dit kon byvoorbeeld die doel dien om te verseker dat die vervreemder (by wyse van 'n strafsanksie) gebonde gehou word aan die verklarings (*nuncupationes*) wat hy tydens *mancipatio* gemaak het. Die bekendste *stipulatio* in hierdie verband was die waarborg teen gebreke in die koopsaak.[64]

Die belangrike gevolgtrekking uit die bespreking hierbo is dat *mancipatio* verskillende fases van ontwikkeling deurgemaak het. Oorspronklik was dit 'n eensydige handeling wat die koopkontrak sowel as verskaffing van fisiese beheer omvat het. In die klassieke tyd is die twee handelinge van

---

61 Kaser *Privatrecht* I 46-47, 132, 414.
62 Feenstra *Grondslagen* 54; Kaser *Privatrecht* I 414; Lokin *Overdracht* 12; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 76; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 40, 59-60. Die verkryger het nieteenstaande die gebreke in die formaliteite, tog eienaar geword na verloop van een of twee jaar.
63 Honsell *Römisches Recht* 103; Kaser *Privatrecht* I 47, 133, 415.
64 Honsell *Römisches Recht* 103.

mekaar geskei en was *mancipatio* 'n oordragshandeling waardeur *dominium* oorgedra is.[65]

2.2.5 Mancipatio *die wyse waarop* dominium *oorgedra is*

Die aard van die saaklike beheer wat deur *mancipatio*, *in iure cessio* en *traditio* oorgedra is, is van wesenlike belang vir die verdere bespreking betreffende die wyses van oordrag, asook vir die verband wat tussen die verskillende regshandelinge in die Romeinse reg bestaan het. Gevolglik is dit nodig om duidelikheid te kry oor die vraag wat die aard was van die beheer wat oorgedra is. 'n Aangeleentheid wat deurlopend vir hierdie ondersoek van belang is, is naamlik of *dominium* en *possessio* van mekaar onderskei is en of elkeen deur 'n afsonderlike regshandeling oorgedra is. Hierdie aspekte sal vervolgens ondersoek word.[66]

2.2.5.1 Usus en Auctoritas

Die oud-Romeinse reg het nog nie 'n tegniese eiendomsbegrip geken nie. Die feit dat 'n saak deur 'n persoon beheer en gebruik kon word, is met die begrip *usus* aangedui.[67] *Mancipatio* was die handeling waardeur die onmiddellike fisiese beheer oor en gebruik van 'n saak (dit wil sê *usus*) deur een persoon aan 'n ander verskaf is.[68] Oordrag deur *mancipatio* het aan die verkryger 'n *meum esse*-aanspraak verleen, wat die eksklusiewe gebruik van die saak geïmpliseer het en wat deur die reg by wyse van aksies beskerm is.[69] Die *meum esse*-begrip het waarskynlik

---

65 Kaser *Eigentum und Besitz* 107, 136 ev; Kaser *Privatrecht* I 45, 131-132.

66 Dit val egter buite die bestek van hierdie ondersoek om die aard en inhoud van die verskillende vorme van saaklike beheer noukeurig te ontleed. Vir 'n diepgaande bespreking van hierdie onderwerp kan Van der Walt *Houerskap* 17 ev geraadpleeg word.

67 Letterlik vertaal beteken *usus* "werklike gebruik". Van der Walt *Houerskap* 25; Kaser *Privatrecht* I 135; Feenstra *Grondslagen* 51, 67; Diósdi *Ownership* 89.

68 Van der Walt *Houerskap* 23; Feenstra *Grondslagen* 51, 52; Kaser *Privatrecht* I 41, 44.

69 Die beskerming was egter nie absoluut nie, maar slegs relatief. Dit wil sê dat die aanspraak op gebruik nie teenoor alle derdes afgedwing is nie, dit is slegs teenoor die aanspraak van die ander gedingsparty beoordeel. Sien Van der Walt *Houerskap* 19 ev vir 'n bespreking van die *meum esse* begrip.

dieselfde funksie vervul as die latere eiendomsbegrip, naamlik om die reghebbende aan te dui.[70]

'n Verdere kenmerk van oordrag deur *mancipatio* was dat die oordraggewer tot *auctoritas* verbind was. Die term *auctoritas* is oorspronklik gebruik om (in afwesigheid van 'n abstrakte *dominium*-begrip wat vir bewys vatbaar is) aan te toon dat die vervreemder verplig was om bystand aan die verkryger te verleen, indien 'n derde wat beweer dat hy 'n beter reg op die saak het, die verkryger met die *rei vindicatio* aangespreek het.[71] Die verkryger kon homself nie teen die derde verweer bloot deur te bewys dat hy beheer by wyse van *mancipatio* verkry het nie. Die *mancipatio*-handeling het nie aan hom 'n absolute aanspraak verleen wat teen alle ander persone afgedwing kon word nie.[72] Die vervreemder moes hom te hulp kom deur te verklaar dat hy die saak nie deur diefstal of op 'n ander onregmatige wyse bekom het nie. Indien die verkryger die proses teen die derde verloor omdat die derde kon bewys dat hy 'n beter reg het, moes die vervreemder dubbeld die koopprys terugbetaal.[73] *Auctoritas* kan dus beskryf word as 'n prosedurele reg op beskerming, of 'n plig tot vrywaring teen uitwinning.[74]

Indien die verkryger egter *usus* ten opsigte van grond uitgeoefen het vir 'n tydperk van twee jaar of langer (een jaar by ander sake), was die beroep op sy voorganger se *auctoritas* onnodig aangesien die verkryger hom op sy eie voorafgaande *usus* kon beroep.[75] Die prosedurele reg op beskerming deur *auctoritas* word beëindig terwyl *usus* bly voortbestaan.[76]

---

70 Dit kon egter nie as 'n tegniese eiendomsbegrip gesien word nie omdat die regsgrond vir die aanspraak nie deur die aard van die beheer bepaal is nie, maar deur die wyse waarop dit verwerf is. Van der Walt *Houerskap* 19-20.

71 Feenstra *Grondslagen* 52, 67. Die verkryger kon sy aanspraak op die gebruik van die saak met die voorganger se *auctoritas* rugsteun.

72 Kaser *Eigentum und Besitz* 6. Maar sien Diósdi *Ownership* 80-81, 94 ev.

73 Feenstra *Grondslagen* 52-53; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 64; Kaser *Privatrecht* I 132.

74 Feenstra *Grondslagen* 53, 67; Diósdi *Ownership* 75 ev, 82-84; Kaser *Privatrecht* I 44-45, 132.

75 Kaser *Privatrecht* I 44-45, 132, 135; Feenstra *Grondslagen* 52, 67-68.

76 Dit was die voorganger van *usucapio* (verjaring).

Mancipatio het sodoende aan die verkryger 'n onaantasbare regsposisie verleen.

2.2.5.2 Die begrip possessio

Die begrip *possessio* is reeds in die oud-Romeinse reg as 'n vorm van saaklike beheer aangetref. Vir doeleindes van hierdie ondersoek is dit belangrik om tussen *possessio* en *usus* te onderskei. *Possessio* is aanvanklik slegs aangewend ten opsigte van privaatgebruik van staatsgrond deur die *pater familias*.[77] Mettertyd is die term aangewend om die posisie van alle gebruikers van privaatgrond wat aan iemand anders behoort, aan te dui en sedert die derde eeu vC is dit ook ten opsigte van roerende goed gebruik.[78]

Possessio en *usus* het inhoudelik 'n ooreenkoms vertoon deurdat beide na daadwerklike fisiese beheer en gebruik van 'n saak verwys het.[79] *Possessio* het egter hoofsaaklik betrekking gehad op die gebruik van en beheer oor iemand anders se saak sonder dat die *meum esse*-aanspraak tot die gebruiker se beskikking was. Hy was dus nie reghebbende nie en die begrip was derhalwe op *vreemdbesit* van toepassing.[80] Daarteenoor het *usus* verwys na gebruik deur persone vir wie die aanspraak dat *meum esse* beskikbaar was. Dit het met ander woorde die reghebbende aangedui en was op *eie besit* van toepassing. Die begrippe het dus verskil wat hulle aanwendingsgebiede betref.

Die twee begrippe het ook verskil wat hulle funksies betref. *Possessio* het in die oud-Romeinse reg te make gehad met die regspolitieke funksie wat in die moderne reg aan besit toegeken word - met die beskerming van fisiese beheer en gebruik van iemand anders se saak teen eiemag-

---

77 In teenstelling met daardie deel van die stamgrond wat vir die uitsluitlike gebruik deur die *pater familias* afgesonder is en ten opsigte waarvan hy in die voor-klassieke tyd *dominium* gehad het.
78 Feenstra *Grondslagen* 36.
79 Kaser *Privatrecht* I 140.
80 Die begrip het immers ontstaan met verwysing na die gebruik van staatsgrond deur die *pater familias*. Dit het bloot verwys na die feitlike beheer en gebruik van iemand anders se saak.

tige inbreukmaking. Sodanige gebruik is nie deur *actiones* nie, maar wel deur *interdicta* teen ongemagtigde steuring deur derdes beskerm. Wanneer iemand in die uitoefening van sy gebruik van grond deur iemand anders gesteur is, kon die *praetor* 'n interdik verleen waardeur die gebruik van geweld verbied is.[81] Daarteenoor het *usus* na die saaklike funksie van besit verwys, naamlik na fisiese beheer as een van die vereistes vir eiendomsverkryging deur verjaring (*usucapio*).[82] Hierdie vorm van beheer is deur *actiones* beskerm wat tot beskikking was van gebruikers wat daarop aanspraak kon maak dat *meum esse* (tot beskikking van geregtigde gebruikers of reghebbendes). Terwyl *possessio* na interdik-beskerming verwys het, het *usus* na aksiebeskerming verwys.

Nadat die teenstelling tussen die begrippe *possessio* en *dominium* op die voorgrond getree het, het die gebruik van die term *usus* verdwyn en het dit met die *possessio*-begrip saamgesmelt.[83] In die klassieke Romeinse reg het die begrip *possessio* verskillende funksies vertoon wat met die volgende terme van mekaar onderskei is:[84]

(a) *Possessio* wat met die regspolitieke funksie in verband gebring is. Dit wil sê dat die persoon wat *possessio* gehad het, se fisiese beheer oor die saak ingevolge die *ius honorarium* deur besitsinterdikte beskerm is (dit is daarom ook *possessio ad interdicta* genoem). In hierdie betekenis dui *possessio* slegs die feitlike bestaan van 'n bepaalde fisiese beheer aan, sonder om na die regmatigheid daarvan te verwys.[85] Die besitsinterdikte is in die eerste plek toegeken aan persone wat 'n saak onder hulle daadwerklike fisiese beheer gehad het met die bedoeling om dit vir sigself te hou en aan niemand af te staan nie, naamlik: (1) persone wat te goeder trou van oordeel was dat hulle

---

81 Van der Walt *Houerskap* 25-27, 29; Feenstra *Grondslagen* 36.
82 Feenstra *Grondslagen* 67; Van der Walt *Houerskap* 27, 29.
83 Feenstra *Grondslagen* 37. Die rol wat *usus* by verjaring gespeel het is oorgeneem deur *possessio*.
84 Sien Van der Walt *Houerskap* 46, 49, 57-58; Feenstra *Grondslagen* 37, 57; Van Oven *Besitsbescherming* 13 ev.
85 Die verkrygingsgrond het geen rol gespeel nie en 'n *iusta causa* was nie 'n vereiste nie.

eienaars was[86] en (2) persone wat geweet het dat hulle nie eienaars is nie, maar die saak nogtans wil behou.[87] Dit is in die tweede plek ook toegeken aan persone wat fisiese beheer namens iemand anders uitgeoefen het, maar nie voorgegee het dat hulle eienaars is nie. Hulle het erken dat beheer aan iemand anders afgestaan sal moet word.[88]

(b) *Civilis possessio* wat met die saaklike funksie in verband gebring is. Ten einde vir eiendomsverkryging deur verjaring (*usucapio*) te kwalifiseer, moes die verkryger fisiese beheer op grond van 'n *iusta causa possessionis* uitgeoefen het. Dit wil sê dat hy fisiese beheer moes verkry uit hoofde van 'n regsgrond wat ooreenkomstig die *ius civile* geskik was om eiendomsverkryging op grond van *usucapio* te bewerkstellig, soos byvoorbeeld koop of skenking.[89] Die klassieke juriste was veral geïnteresseerd in die aard van *possessio* as vereiste vir die verkryging van eiendomsreg deur *usucapio*. Hierdie belangstelling spruit voort uit die feit dat *usucapio* die mees algemene wyse was waarop eiendomsreg verkry is.

(c) *Naturalis possessio* (*detentio*); dit is fisiese beheer oor 'n ander se saak wat nie deur interdikte beskerm is nie (onbeskermde *possessio*). Daar was ook nie 'n *iusta causa* of regsgrond aanwesig wat geskik was om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig nie.[90]

---

86 Soos bv die eienaar wat fisies in beheer was, maar ook die *bona fide possessor* wat verkeerdelik onder die indruk verkeer het dat hy eienaar is.

87 Die *mala fide possessor* soos bv 'n dief.

88 Soos bv 'n erfpagter, *precaris, sequester* en pandhouer. Die interdikte is dus nie uitsluitend aan persone wat in die eiendomsaksie as verweerder kon optree toegeken nie. Kaser *Eigentum und Besitz* 332; Kaser *Privatrecht* I 387 ev; Feenstra *Grondslagen* 46; Middelberg *Houderschap* 19-20; Van der Walt *Houerskap* 63-64 ev, 67-72 en 82-83; Van Oven *Besitsbescherming* 15, 37.

89 *Digesta* 41.2.3.21. Sien ook Kaser *Eigentum und Besitz* 329; Kaser *Privatrecht* I 385-386; Middelberg *Houderschap* 20; Van Oven *Besitsbescherming* 13, 25 ev; Feenstra *Grondslagen* 75; Van der Walt *Houerskap* 27. Die *causa possessionis* hoef egter nie objektief geldig te gewees het nie.

90 Dit was dus fisiese beheer oor 'n saak deur iemand wat nóg *possessor ad interdicta* nóg *possessor civilis* was, soos die bewaarnemer, bruiklener, lashebber, saakwaarnemer, huurder en pagter. Kaser *Eigentum und Besitz* 335; Kaser *Privatrecht* I 386;

(d) *Possessio* het ook nog 'n prosedurele funksie gehad wat te make het met die reëling van die bewysregtelike verhouding tussen die eiser en verweerder in die eiendomsaksie. Die *rei vindicatio* kon in beginsel slegs ingestel word teen iemand wat *possessio* gehad het (dit wil sê fisiese beheer wat deur interdikte beskerm is).[91] Hy verskyn as verweerder en word vrygespreek as die eiser nie daarin slaag om sy *dominium* te bewys nie, selfs al sou die verweerder nog veel minder kon bewys dat hy *dominium* het. Die verweerder word met ander woorde deur sy aanspraak op *possessio* passief tot die eiendomsaksie gelegitimeer.[92] Aangesien *possessio* 'n belangrike rol in die voorbereiding van die eiendomsaksie gespeel het (dit het bepaal wie kwalifiseer as verweerder), is die prosedurele funksie daarvan aan *dominium* gekoppel. *Possessio* is gevolglik nie op grond van die inherente kenmerke daarvan omskryf nie, maar op grond van die feit dat dit passiewe legitimasie tot die eiendomsaksie verleen. Dit het meegebring dat die ander funksies van *possessio* onderbeklemtoon is, met die gevolg dat die onderskeid tussen die saaklike en regspolitieke funksies vervaag het en *possessio* sodoende nader aan *dominium* gebring is.[93]

Die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat *mancipatio* in die oud-Romeinse reg die wyse was waarop fisiese beheer en gebruik van 'n saak oorgedra is (dit wil sê, *usus* gerugsteun deur *auctoritas* wat deur aksies beskerm is). Die gevolg van oordrag deur *mancipatio* was dat die verkryger as reghebbende beskou is. In hierdie tydperk is *usus* van *possessio* onderskei wat na fisiese beheer en gebruik van iemand anders se saak verwys het, wat deur interdikte beskerm is. Die persoon wat fisies in beheer was, was dus nie reghebbende nie. Hierdie vorm van fisiese

---

Feenstra *Grondslagen* 37, 46-47, 58-59; Van der Walt *Houerskap* 34-44, 57-58; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 168-169.

91 Die verband tussen die regspolitieke en prossessuele funksies behoort duidelik te wees.

92 En nie, soos wat die geval in die oud-Romeinse reg was, deur sy aanspraak op *meum* esse nie. Feenstra *Grondslagen* 37; Van der Walt *Houerskap* 43-44, 47-49.

beheer is nie deur *mancipatio* nie, maar deur *traditio* oorgedra.[94] Nadat die onderskeid tussen *usus* en *possessio* verdwyn het (onder andere omdat *possessio* en *dominium* al hoe meer met mekaar gekontrasteer is) is die prosedurele, saaklike en regspolitieke funksies van besit almal in een regsfiguur, naamlik *possessio* verenig. Terwyl *possessio* deur *traditio* verkry is, is *dominium* deur *mancipatio* oorgedra.

2.2.5.3 Die begrip dominium

Die begrip *dominium*[95] is vir die eerste keer gedurende die voor-klassieke tydperk[96] gebruik om die reg van die *pater familias* op stamgrond ten opsigte waarvan hy die uitsluitlike gebruik gehad het, aan te dui.[97] Hierdie gebruiksreg van die *pater familias* is deur *actiones* beskerm en moet onderskei word van die gebruiksreg wat die *pater familias* ten aansien van staatsgrond gehad het. Laasgenoemde het as *possessio* bekend gestaan, en is deur *interdicta* beskerm. Vir doeleindes van hierdie ondersoek het dit geen nut om die ontwikkeling van die *dominium*-begrip te skets nie en daar word volstaan met enkele aspekte wat wel vir die ondersoek van belang is.[98] Alhoewel daar geen definisie of eenduidige omskrywing van *dominium* bestaan het nie, word aanvaar dat *dominium* in die klassieke tyd die volgende kenmerke vertoon het:[99]

(a) *dominium* was 'n tegniese begrip met 'n taamlik duidelik omskrewe inhoud;

---

93 Van der Walt *Houerskap* 57, 59-60, 121.
94 Sien die bespreking hieronder by hfst 2.4.3.
95 Letterlik vertaal beteken dit "heerskappy".
96 Teen ongeveer die 2e eeu vC. Feenstra *Grondslagen* 36. Sien ook Kaser *Eigentum und Besitz* 308-309 wat aantoon dat die eerste tegniese gebruik van die term by Labeo (10-22 nC) te vinde is.
97 Alhoewel die grootste gedeelte van die grond aan die stam behoort het en die *pater familias* slegs beperkte bevoegdhede gehad het, was daar 'n gedeelte ten opsigte waarvan hy uitsluitlike gebruik uitgeoefen het. Feenstra *Grondslagen* 36-37.
98 Vgl Van der Walt *Houerskap* 33 ev vir 'n bespreking van die ontwikkeling van die begrip sedert die voor-klassieke tyd.
99 Dit vertoon in verskeie opsigte ooreenkomste met die moderne eiendomsbegrip. Feenstra *Grondslagen* 36-39; Van der Walt *Houerskap* 34-38, 51-52; Kaser *Privatrecht* I 373-375, 400-401.

(b) dit het die mees volledige beheersfunksie ten opsigte van 'n saak aan die eienaar verleen;

(c) die aanspraak van die eienaar het meer behels as bloot fisiese beheer oor die saak; *vindicatio*, *auctoritas*, die feit dat diefstal gesanksioneer is en die erkenning van *constitutum possessorium* toon aan dat die eienaar 'n reg op die saak kon hê selfs al het hy nie fisiese beheer uitgeoefen nie. *Dominium* sonder die uitoefening van fisiese beheer was dus wel moontlik;[100]

(d) dit is teen enige buitestaander beskerm; en

(e) dit is skerp teenoor ander saaklike aansprake, soos *possessio*, afgegrens.[101]

Wat die onderskeid tussen *dominium* en *possessio* betref, moet op die volgende gelet word. Terwyl *possessio* deur middel van interdikte afgedwing is, is *dominium* met die *rei vindicatio* afgedwing;[102] terwyl *possessio* relatief van aard was,[103] het *dominium* 'n absolute karakter vertoon.[104] Twee persone kon op dieselfde saak aanspraak maak - die een kon *possessio* gehad het, terwyl die ander *dominium* kon hê. Alhoewel beide partye beskerming geniet het, was die persoon wat *dominium* gehad het in 'n sterker posisie. Die persoon wat *possessio* in die eiendomsaksie kon aantoon (die verweerder), was egter voorlopig in 'n gunstige posisie – hy kon bloot agteroor sit en wag dat sy teenparty *dominium* bewys.[105] Die duidelike onderskeid tussen *dominium* en *possessio* word egter vertroe-

---

100 *Digesta* 43.17.1.2. Sien ook Kaser *Privatrecht* I 373; Diósdi *Ownership* 124; Van Oven *Besitsbescherming* 101 ev, veral op 105.

101 Alhoewel daar nog nie, selfs nie in die klassieke tyd nie, duidelik omskrewe definisies van *dominium* of *possessio* na vore gekom het nie. Van der Walt *Houerskap* 49; Feenstra *Grondslagen* 34-35.

102 Feenstra *Grondslagen* 36, 49.

103 Die persoon wat op *possessio* aanspraak maak, moes aantoon dat hy 'n sterker reg as sy teenstander in 'n regsgeding het.

104 Die persoon wat op *dominium* aanspraak maak, moes aantoon dat sy reg teenoor alle derdes afgedwing kan word. Van der Walt *Houerskap* 34, 52; Feenstra *Grondslagen* 36, 38, 49.

105 Die bewyslas in die *rei vindicatio* het op die eiser gerus. Lokin *Leerstukken* 161; Feenstra *Grondslagen* 37.

bel deur die tussenposisie van die bonitêre eienaar, wat iets minder as *dominium ex iure Quiritium*, maar iets meer as *possessio* verkry het.[106]

Een van die belangrikste verskille tussen die klassieke *dominium* en die moderne eiendomsbegrip is dat daar in die klassieke reg nie 'n eenvormige *dominium* bestaan het nie.[107] Die volgende verskillende soorte eiendomsreg is onderskei, naamlik:[108]

(i) *dominium ex iure Quiritium* (burgerlike eiendomsreg) wat uit die *ius civile* afkomstig is en deur die *rei vindicatio* beskerm is;[109]

(ii) *dominium* ooreenkomstig die *ius-honorarium*[110] (*praetoriese* eiendom; ook bonitêre eiendom of *in bonis esse*) wat sedert die laaste eeu vC deur die *actio Publiciana* beskerm is.[111] Anders as wat die geval was met *dominium ex iure Quiritium* wat teen alle derdes afgedwing kon word, het *praetoriese* eiendom slegs beskerming verleen indien die reghebbende 'n beter reg teenoor sy teenparty gehad het.[112]

(iii) die *quasi*-eiendomsreg van *peregrini* volgens die *ius gentium* wat met 'n aksie soortgelyk aan die *rei vindicatio* beskerm is;[113]

(iv) regte op provinsiale grond (wat met die term *uti frui habere possidere* aangetoon is) wat met 'n eiendomsaksie soortgelyk aan die *rei vindicatio* beskerm is;[114]

---

106 Van der Walt *Houerskap* 56.

107 'n Ander belangrike verskil is dat die opperheerskappy van 'n unieke en absolute reg op eiendom nog nie in sy moderne gestalte bestaan het nie. Van der Walt *Houerskap* 52-57.

108 Vgl Kaser *Privatrecht* I 400-405; Van der Walt *Houerskap* 38, 43, 49 en 53-55; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 127-128 vn 25.

109 Dit was aanvanklik tot Romeinse burgers en persone met die *ius commercii* beperk.

110 Sien Feenstra *Grondslagen* 7, 66, Van Zyl *Romeinse Privaaatreg* 21-27 en Van der Walt *Houerskap* 32 (c) ivm met die onderskeid tussen *ius honorarium* en *ius civile*.

111 'n Voorbeeld van hierdie vorm van eiendom was waar 'n *res manicipi* op 'n informele wyse aan iemand oorgedra is, in plaas van by wyse van *mancipatio* of *in iure cessio*. Ook die persoon wat *ex iusta causa* en *bona fide* 'n saak van 'n nie-eienaar verkry het en deur verjaring eienaar geword het, het *praetoriese eiendom* verkry. In hierdie gevalle het die *praetor* beskerming verleen aan 'n persoon wat nie "burgerlike eiendom" gehad het nie.

112 Feenstra *Grondslagen* 39, 43-45; Van der Walt *Houerskap* 38, 40-43, 54.

113 Omdat hulle nie Romeinse burgers was nie kon peregrini nie *dominium ex iure Quiritium* verkry nie. Hulle het wel 'n reg soortgelyk aan *dominium* verkry. Van der Walt *Houerskap* 54; Feenstra *Grondslagen* 38.

(v) eiendomsreg op die *dos* of bruidskat.

Anders as wat die geval in die moderne reg is waar daar vir elke saak net een eienaar bestaan, was dit sedert die voor-klassieke reg moontlik dat twee persone ten aansien van dieselfde saak eienaar kon wees (tweevoudige eiendomsreg, of *duplex dominium*) - een persoon kon byvoorbeeld *Quiritiese*-eienaar wees, terwyl 'n ander bonitêre (*praetoriese*) eienaar kon wees.[115]

Die verskillende vorme van *dominium* is op verskillende wyses gevestig en oorgedra. *Praetoriese* eiendom, die eiendomsreg van *peregrini* en regte op provinsiale grond is deur *traditio* oorgedra.[116] *Dominium ex iure Quiritium* ten opsigte van *res mancipi* is in die voor-klassieke tyd hoofsaaklik deur *mancipatio* oorgedra wat nou 'n eiendomsoordragshandeling was.[117] *Dominium* het op die verkryger oorgegaan sodra die *mancipatio*-handeling uitgevoer is.[118]

Die vereistes vir oordrag van eiendomsreg deur *mancipatio* in die klassieke reg was die volgende: (1) die verkryger moes 'n Romeinse burger wees; (2) die oordrag moes op grond van 'n *causa* wat tot eiendomsreg aanleiding kan gee uitgevoer word, maar dit hoef nie 'n *iusta causa* te gewees het nie; (3) die formaliteite vir *mancipatio* moes nagekom word; (4) die vervreemder moes self *dominium* gehad het (hy moes beskikkingsbevoeg gewees het). Dit was nie 'n vereiste dat die koopprys reeds

---

114 Totdat die onderskeid tussen Romeinse en provinsiale grond in die tyd van Justinianus opgehef is, was privaateiendomsreg op provinsiale grond nie moontlik nie en is privaatburgers se regte daarop ooreenkomstig die *ius gentium* gereël. Van der Walt *Houerskap* 54; Feenstra *Grondslagen* 38.

115 Gaius *Institutiones* 2.40. Net so was man en vrou tegelyk eienaar van die bruidskat. Lokin *Overdracht* 15; Van der Walt *Houerskap* 55; Van der Walt en Kleyn *Duplex Dominium* 213 ev.

116 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 65, 67, 72; Honsell *Römisches Recht* 156; Diósdi *Ownership* 82-84.

117 Feenstra *Grondslagen* 53-54; Kaser *Privatrecht* I 414; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 64, 70; Diósdi *Ownership* 73; Lokin *Leerstukken* 141; Honsell *Römisches Recht* 102.

118 En nie soos wat sommige skrywers beweer, eers nadat die tydperk van verjaring geloop het en die verkryger in tussentyd slegs op die *auctoritas* van die verkoper aangewese was nie. Diósdi *Ownership* 82-84.

betaal moes gewees het nie.[119] Wat betref die vereiste dat die vervreemder self beskikkingsbevoeg moes wees, moet daarop gelet word dat die *nemo-plus-iuris-reël* (die beginsel dat niemand 'n beter reg kan oordra as wat hyself het nie) reeds in die klassieke reg bekend was. Indien die vervreemder nie *dominium* gehad het nie (indien hy beskikkingsonbevoeg was), het die verkryger ook nie eienaar geword nie.[120] Hierdie reël was daarvoor verantwoordelik dat 'n persoon nooit daarin sou kon slaag om te bewys dat hy eienaar is, bloot deur aan te toon dat die saak by wyse van *mancipatio* aan hom oorgedra is nie.[121] Aangesien niemand *dominium* kon oordra tensy hyself *dominium* gehad het nie, sou die verkryger moes aantoon dat die oordraggewer *dominium* gehad het en dat dié se voorganger *dominium* gehad het, dat laasgenoemde se voorganger *dominium* gehad het, ensovoorts. Hy sou moes teruggaan tot op die stadium dat die saak vir die eerste keer in die handel in omloop gekom het.[122] Die maklikste manier waarop die verkryger *dominium* sou kon bewys, was om aan te toon dat hyself of sy voorganger eiendomsreg by wyse van verjaring (*usucapio*) verkry het.[123]

Daar bestaan nie eenstemmigheid betreffende die vraag of die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer in die klassieke-Romeinse reg 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van *dominium* deur *mancipatio* was nie. Sommige skrywers beweer dat dit nie 'n vereiste was nie.[124] Alhoewel die feit dat die verkryger 'n roerende saak in sy hande moes neem as die verkryging van fisiese beheer gesien kan word, het die han-

---

119 Kaser *Privatrecht* I 414; Diósdi *Ownership* 73.

120 *Digesta* 50.17.54; Kaser *Privatrecht* I 412-414; Feenstra *Grondslagen* 50, 52-54; Lokin *Overdracht* 13.

121 Feenstra *Grondslagen* 56.

122 Hy sou moes teruggaan op die ketting tot by die persoon wat vir die eerste keer *dominium* op 'n oorspronklike wyse (naamlik *occupatio, accessio,* vrugtrekking of *usucapio*) gevestig het. Sien Feenstra *Grondslagen* 68; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 81 ev. Feenstra verwys hierna as 'n duiwelse bewysvoering (*probatio diabolica*).

123 *Usucapio* het dus die doel gedien om die bewys van *dominium* te vergemaklik. Feenstra *Grondslagen* 68-69.

124 Raadpleeg Feenstra *Grondslagen* 54; Lokin *Overdracht* 12; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 72.

deling volgens hulle waarskynlik slegs die doel gedien om aan die getuies en die buitewêreld duidelik te maak watter saak ter sprake was - dit het dus verband gehou met die publisiteitsvereiste. In die Romeinse reg was daar geen registrasiestelsel nie, maar die publisiteitsbeginsel kom na vore in die vereiste dat daar vyf getuies (volwasse Romeinse burgers) aanwesig moet wees. Aangesien die burgers gesien is as verteenwoordigers van die hele volk, is elke Romeinse burger geag op hoogte te wees van die ware regstoestand betreffende onroerende goed.[125]

Die werklike verskaffing van fisiese beheer is volgens hierdie skrywers 'n verpligting wat uit die koopkontrak voortspruit en wat afsonderlik uitgevoer moes word.[126] Dit het nie met *mancipatio* gepaard gegaan nie, maar het plaasgevind deur uitvoering van die *traditio*-handeling wat voor *mancipatio* kon plaasvind. Alternatiewelik kon die vervreemder die saak na *mancipatio* bloot in fisiese beheer van die verkryger agterlaat. Die verkryger kon fisiese beheer oor die saak neem sonder medewerking van die persoon wat beheer uitgeoefen het, solank hy dit nie met geweld of in die geheim gedoen het nie.[127] Hierdie standpunt word geregverdig met die argument dat daar in geval van die oordrag van onroerende goed nie van die verkryger verwag is om die saak in sy hande te neem nie.[128] In die oud-Romeinse reg is wel vereis dat *mancipatio* op die grond self uitgevoer word, maar in die klassieke tyd was dit nie 'n vereiste nie, dit kon ook op 'n ander plek uitgevoer word.[129] In geval van grond was daar dus geen funksionele verband tussen *mancipatio* en verkryging van fisiese beheer nie.[130] Volgens hierdie skrywers was daar drie handelinge in die oordragsproses wat van mekaar onderskei moes word, naamlik: die

---

125 Kaser *Privatrecht* I 39, 42, 44; Feenstra *Grondslagen* 51-52; Van der Walt *Houerskap* 23-24; Lokin *Overdracht* 11. Kaser en Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 64 sê dat die teenwoordigheid van die getuies ook vereis is vir bewysdoeleindes.

126 Die verkoper was verplig om *vacua possessio* te verskaf.

127 Raadpleeg Feenstra *Grondslagen* 54; Lokin *Overdracht* 13; Bechmann *Kauf* I 549.

128 Omdat dit makliker identifiseerbaar is en omdat die vereiste in geval van onroerende goed nie prakties toegepas kon word nie. Lokin *Overdracht* 12.

129 Gaius *Institutiones* 1.121. Dit is nie seker of 'n sooi aan die verkryger oorhandig moes word nie. Lokin *Overdracht* 12-13; Feenstra *Grondslagen* 54.

130 Feenstra *Grondslagen* 54; Lokin *Overdracht* 12.

koopkontrak, *mancipatio* (wat oordrag van *dominium* bewerkstellig het, maar nie fisiese beheer verskaf het nie) en *traditio* wat fisiese beheer verskaf het. Kritiek teen hierdie standpunt is dat daar algemeen aanvaar is dat *possessio* nie deur *mancipatio* oorgedra is nie. Die probleem is dat hierdie skrywers die begrip *possessio* aan blote fisiese beheer gelykstel en sodoende tot die gevolgtrekking kom dat fisiese beheer nie deur *mancipatio* bewerkstellig is nie.

Kaser[131] meen dat die handeling waardeur die verkryger die saak in sy hande geneem het die simbool vir werklike beheersverkryging was. Die verskaffing van fisiese beheer was die wesenskenmerk van oordrag van *dominium* deur *mancipatio*. Daar was dus net twee handelinge van mekaar onderskei, naamlik die koopkontrak en die verskaffing van fisiese beheer deur *mancipatio* waardeur *dominium* oorgedra is.

2.2.6 Mancipatio *verval in onbruik*

Die formaliteite wat met die *mancipatio*-handeling gepaard gegaan het, het hulle oorspronklike doel en betekenis mettertyd verloor aangesien die koper en weegskaal in die tyd van gemunte geld geen funksie meer gehad het nie. Gesien in die lig van die feit dat Rome 'n groot wêreldstad geword het, het die getuies ook nie meer 'n publisiteitsfunksie vervul nie.[132] Teen hierdie agtergrond was die formaliteite later te ingewikkeld en omslagtig. Sedert die voor-klassieke tyd het dit gevolglik al hoe meer gebruiklik geword dat die formaliteite vir *mancipatio* verontagsaam is en dat die vervreemder die verkryger deur middel van *traditio* fisies in beheer van die saak gestel het. Daarna is 'n skriftelike akte opgestel[133] waarin onder andere vermeld is dat *mancipatio* plaasgevind het, selfs al

---

131 Kaser *Privatrecht* I 39-40, 45; Dit blyk ook uit Gaius *Institutiones* 1.121. Sien verder Bechmann *Kauf* I 68 ev.

132 Kaser *Privatrecht* I 414. Volgens Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 71 het *mancipatio* in onbruik verval omdat dit in die Oos-Romeinse ryk nooit gebruik is nie. Sien ook Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 70-71; Hijmans *Zakenrecht* 109.

133 In die oud-Romeinse reg is alle regshandelinge mondeling voor getuies voltrek, maar mettertyd ontstaan die behoefte aan ander bewysmiddele.

is die formaliteite nie nagekom nie.[134] Die akte was egter nooit 'n konstitutiewe vereiste nie.[135] Die feit dat *mancipatio* in onbruik verval het, kan voorts toegeskryf word daaraan dat *res mancipi* nie meer so 'n belangrike rol gespeel het nie. Enersyds het ander roerende sake, anders as *res mancipi*, van groot ekonomiese belang geword, en andersyds het grondbesit buite Italië al belangriker geword.[136]

Die gevolg van hierdie ontwikkeling was dat die formaliteite wat vir *mancipatio* gestel is, mettertyd nie meer in ag geneem is nie en dat *mancipatio* in die laat-klassieke tyd deur *traditio* vervang is as wyse waarop *dominium* oorgedra is.[137] Daardeur is die wyse van oordrag van onroerende goed ingrypend verander. Hierdie ontwikkeling is aangehelp deur die feit dat die verkryger aan wie onroerende *res mancipi* op 'n ander wyse, anders as deur *mancipatio* oorgedra is (byvoorbeeld deur *traditio*, die blote verskaffing van fisiese beheer), deur verlening van die *actio Publiciana* 'n juridies onaantasbare posisie verwerf het.[138]

In die na-klassieke Romeinse reg was *mancipatio* van geen belang meer nie en verdwyn dit heeltemal. Vir sover as wat dit steeds in wetgewing, geskrifte van juriste en aktes aangetref word, is dit duidelik dat mens nie meer met dieselfde rituele handeling as vroeër te doen het nie. Justinianus het die onderskeid tussen *res mancipi* en *res nec mancipi* uitdruklik afgeskaf en alle verwysings na *mancipatio* uit die tekste van die *Corpus Iuris Civilis* laat skrap.[139]

---

134 Kaser *Privatrecht* II 274; Diósdi *Ownership* 138; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70-71; Feenstra *Grondslagen* 54.

135 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70-71. Maar sien Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 107 ev.

136 Feenstra *Grondslagen* 54-55.

137 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 71. Sien die bespreking hieronder by hfst 2.4 vir 'n volledige bespreking van *traditio*.

138 Lokin *Overdracht* 15-16; Feenstra *Grondslagen* 43, 54-55. Sien die bespreking hieronder by hfst 2.4.1 en 2.4.2 vir 'n volledige skets van die ontwikkeling.

139 Feenstra *Grondslagen* 54-55.

2.2.7 Samevatting

1. In die oud-Romeinse reg is beheer oor 'n saak, dit wil sê *usus* gerugsteun deur *auctoritas*, deur *mancipatio* oorgedra. Gedurende hierdie tydperk was *mancipatio* 'n formele handeling wat die volgende elemente omvat het, naamlik: die koopafspraak, verskaffing van fisiese beheer en betaling van die koopprys[140] as teenprestasie. Die onderskeie handelinge is kort na mekaar uitgevoer, met die gevolg dat kontraksluiting en oordrag van beheer (in die vorm van *usus*) op dieselfde tydstip plaasgevind het en nie van mekaar onderskei is nie.[141] Die vraag of *mancipatio* abstrak dan wel kousaal was, het nie ter sprake gekom nie aangesien daar nog nie tussen koop en oordrag onderskei is nie en oordrag nie op 'n voorafgaande *causa* gegrond was nie.

2. Nadat geld as betaalmiddel aangewend is, het 'n skeiding tussen die koopkontrak (*emptio venditio*) en die *mancipatio*-handeling plaasgevind. In die klassieke Romeinse reg was die koopkontrak 'n vormlose, meersydige verbintenisskeppende regshandeling wat deur wilsooreenstemming tot stand gekom het, maar nog geen sakeregtelike gevolge gehad het nie. *Mancipatio* was 'n afsonderlike uitvoeringshandeling waardeur die skuldenaar sy verpligtinge voortspruitend uit die koopkontrak nagekom het, wat ook oordrag van saaklike beheer bewerkstellig het.

3. Verskillende vorme van saaklike beheer is deur *mancipatio* oorgedra. In die oud-Romeinse reg is *usus* gerugsteun deur *auctoritas* oorgedra. Dit wil sê dat *mancipatio* direkte fisiese beheer oor 'n saak verskaf het. Die verkryger het 'n *meum esse*-aanspraak verkry wat die eksklusiewe gebruik van die saak geïmpliseer het en wat deur die reg by wyse van aksies beskerm is. Mettertyd het die term *usus* verdwyn aangesien dit met die *possessio*-begrip saamgesmelt het.

---

140 Die afweeg en oorhandiging van die brons.

141 *Mancipatio* het geen verbintenis in die lewe geroep nie aangesien totstandkoming van en voldoening aan die kontrak op dieselfde tydstip plaasgevind het.

4. In die klassieke tydperk is saaklike beheer in die vorm van *dominium ex iure Quiritium* ten opsigte van *res mancipi* deur *mancipatio* oorgedra. Aangesien *dominium* geïmpliseer het dat die persoon wat fisies in beheer van die saak is ook reghebbende is, kon *mancipatio* as 'n eiendomsoordragshandeling beskryf word. Hierdie vorm van beheer is deur *actiones* teen aantasting deur derdes beskerm. Daar bestaan nie duidelikheid oor die vraag of *mancipatio* werklike fisiese beheer oorgedra het nie, maar dit word aan die hand gedoen dat dit wel die geval was. Daar was dus hoogstens twee handelinge, naamlik koop en *mancipatio* (wat fisiese beheer en *dominium* oorgedra het).[142]

5. Alhoewel *dominium* werklike fisiese beheer veronderstel, was dit nietemin in die klassieke tyd moontlik dat 'n persoon *dominium* kon hê sonder dat hy fisies in beheer van die saak was (*dominium* is dus van werklike fisiese beheer losgemaak).[143]

6. *Dominium* is reeds sedert die voor-klassieke reg van *possessio* onderskei, wat na fisiese beheer oor en die gebruik van iemand anders se saak verwys het. Dit beteken dat die persoon wat slegs fisiese beheer gehad het, nie reghebbende was nie, alhoewel sy beheer tog deur interdikte beskerm is. Die belang vir die onderhawige onderwerp is daarin geleë dat *mancipatio* die regshandeling was waardeur *dominium ex iure Quiritium*[144] (en nie *possessio* nie) oorgedra is. *Possessio* is deur *traditio* verkry.

7. Ten einde oordrag van eiendomsreg te kon bewerkstellig, moes *mancipatio* uitgevoer word uit hoofde van 'n *causa* wat eiendomsoordrag regverdig, maar die oordrag was nie van die geldigheid van die voorafgaande *causa* (soos 'n koopkontrak) afhanklik nie. 'n *lusta causa*

---

142 Raadpleeg ook Kaser *Privatrecht* I 414.

143 Vir doeleindes van die verkryging of oordrag van *dominium* was dit, behoudens enkele uitsonderings, egter noodsaaklik dat fisiese beheer aan die verkryger verskaf word.

144 *Dominium* ten opsigte van *res nec mancipi*, *praetoriese* eiendom, eiendomsreg van *peregrini* en regte op provinsiale grond is nie deur *mancipatio* nie, maar deur *traditio* oorgedra.

was dus nie 'n voorvereiste nie. Eiendomsreg het oorgegaan indien die formaliteite nagekom is wat vir die handeling gestel is. *Mancipatio* was dus 'n abstrakte regshandeling.

8. *Mancipatio* was geen saaklike ooreenkoms nie omdat die partye se bedoeling nie as 'n selfstandige konsensuele ooreenkoms betreffende die oordrag van eiendomsreg gekonstrueer is nie. Die verkryger het *dominium* verkry ten gevolge van sy eensydige optrede. In elk geval is daar meer klem gelê op die nakoming van formaliteite as die bedoeling van die partye.[145] Vir die primitiewe mens was sintuiglike waarneming van die uiterste belang. Dit het onder andere tot gevolg gehad dat regsgevolge slegs deur die nakoming van formaliteite bewerkstellig kon word en dat wilsooreenstemming nie die grondslag vir die totstandkoming van regshandelinge was nie.
9. Hoewel *mancipatio* in die klassieke reg nog steeds formeel vir die oordrag van eiendomsreg op *res mancipi* vereis is, het die informele *traditio* in 'n groot mate die belangrikste vorm van oordrag geword.

2.3 *In iure cessio*

2.3.1 Formaliteite

Die formele *in iure cessio* was reeds in die oud-Romeinse tydperk 'n algemene wyse waarop Romeinse burgers *res mancipi* en *res nec mancipi* oorgedra het.[146] Dit het die vorm van 'n skyngeding voor die *praetor* aangeneem en was gegrond op die prosedure by die *rei vindicatio* waar twee partye om die beheer oor 'n saak meegeding het.[147] Die verkryger wat die aksie ingestel het en as eiser opgetree het, het die saak wat oorgedra word in sy hande geneem en die proses aan die gang gesit deur daarop aanspraak te maak dat die saak syne is. Hy moes die volgende voorgeskrewe formule uitspreek: "Ek verklaar dat hierdie slaaf ooreenkomstig

---

145 Raadpleeg ook Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 62.
146 Gaius *Institutiones* 2.24; Kaser *Privatrecht* I 48-49; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 7; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70.
147 Feenstra *Grondslagen* 55; Lokin *Overdracht* 10.

die Romeinse reg myne is."[148] In teenstelling met 'n werklike proses, waar die verweerder in antwoord op die aanspraak van die eiser 'n formule uitgespreek het waarin hy beweer dat die saak syne is, het die vervreemder (wat as verweerder opgetree het) in die skynproses geswyg en sodoende die verkryger se aanspraak dat *meum esse aio* erken en van sy regte afstand gedoen.[149] Die *praetor* het dan sy *addictio* uitgespreek waardeur hy die aanspraak van die verkryger erken het en die saak aan hom toegewys het.[150]

2.3.2 In iure cessio, *oordrag van* dominium *en die verskaffing van* possessio

Aangesien daar in die oud-Romeinse reg geen tegniese eiendomsbegrip bestaan het nie, kan *in iure cessio* nie beskryf word as 'n wyse waarop eiendomsreg oorgedra is nie.[151] Wat wel oorgedra is, is werklike fisiese beheer oor en gebruik van *res mancipi* of *res nec mancipi* in die vorm van *usus* gerugsteun deur *auctoritas*, welke gebruik deur die reg beskerm is.[152] Nadat die *dominium*-begrip op die voorgrond getree het, is dit gebruik om die posisie van die verkryger aan te toon wat homself met sukses teen aansprake van derdes kon verweer. *In iure cessio* was toe wel 'n wyse waarop *dominium* verkry kon word, mits die oordraggewer self *dominium* gehad het. Indien nie, het die verkryger nie deur *in iure cessio* eienaar geword nie omdat niemand meer regte kon oordra as wat hyself gehad het nie.[153] Oordrag van *dominium* het plaasgevind deurdat die *praetor* die bewering deur die verkryger, naamlik dat hy eienaar is, bekragtig het en die saak aan hom toegewys het.[154]

---

148 Galus *Institutiones* 2.24: "Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio".
149 Letterlik vertaal beteken *in iure cessio* "afstanddoening voor die gereg".
150 Raadpleeg die volgende skrywers in verband met bogemelde prosedure: Kaser *Privatrecht* I 48-49; Honsell *Römisches Recht* 104-105; Feenstra *Grondslagen* 55-56; Lokin *Overdracht* 10.
151 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.2.5.
152 Feenstra *Grondslagen* 55; Lokin *Overdracht* 10; Van der Walt *Houerskap* 25.
153 Die *nemo-plus iuris*-reël.
154 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70.

Die feit dat die partye in die openbaar voor die *praetor* verskyn het, het 'n mate van publisiteit aan die oordrag verleen.[155] Derdes wat beweer het dat hulle 'n beter reg as die oordraggewer op die saak het, het dus die geleentheid gehad om tussenbeide te tree en te verhoed dat *in iure cessio* plaasvind. Na verloop van een jaar nadat *in iure cessio* uitgevoer is (twee jaar in geval van onroerende goed), het die verkryger 'n onaantasbare posisie deur *usucapio* verkry.[156]

In iure cessio was daarop ingestel om werklike fisiese beheer en gebruik in die vorm van *dominium* (en nie *possessio* nie) oor te dra.[157] In geval van roerende sake moes die saak self by *in iure cessio* teenwoordig wees, maar geen gegewens is in hierdie verband ten opsigte van onroerende goed bekend nie.[158] Alhoewel daar skrywers is wat van oordeel is dat verskaffing van fisiese beheer nie in die klassieke tyd 'n vereiste vir oordrag by wyse van *in iure cessio* was nie,[159] moet hierdie standpunt in twyfel getrek word. Dit wat hierbo in hierdie verband ten opsigte van *possessio* by *mancipatio* gesê is, geld ook ten opsigte van *in iure cessio*.[160]

2.3.3 Verhouding tot die causa

Anders as wat die geval by *mancipatio* was, is daar in die formaliteite wat by *in iure cessio* toegepas is, geen melding gemaak van enige teenprestasie deur die verkryger nie en die *causa* op grond waarvan oorgedra is, is ook nie geopenbaar nie. Daar kon dus nie uit die formaliteite vasgestel word wat die *causa* was op grond waarvan die oordrag plaasgevind het nie. *In iure cessio* was gevolglik nie so beperk in aanwendingsgebied soos *mancipatio* nie[161] en kon ook in geval van skenking, *dos, noxae datio*, vir vestiging van erfdiensbaarhede en vruggebruik aangewend

---

155 Kaser *Privatrecht* I 39-40. Die feit dat die handelinge voor die *praetor* uitgevoer is, het ook gedien as 'n bewysmiddel.
156 Feenstra *Grondslagen* 56.
157 Van der Walt *Houerskap* 25.
158 Feenstra *Grondslagen* 56-57.
159 Sien bv Feenstra *Grondslagen* 56-57.
160 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.2.5.2.
161 In die oud-Romeinse reg is *mancipatio* slegs gebruik vir die oordrag van sake op grond van ruilkoop.

word.[162] Indien *in iure cessio* uitgevoer is op grond van 'n koopkontrak, was die vervreemder nie verplig om die verkryger teen uitwinning te vrywaar nie. Die *auctoritas* plig het met ander woorde nie outomaties uit *in iure cessio* voortgevloei nie.[163]

Reeds sedert die oud-Romeinse reg was daar 'n duidelike onderskeid tussen die *causa* en die *in iure cessio* handeling. Terwyl *mancipatio* in hierdie tydperk 'n soort ruil of koopkontrak was, was *in iure cessio* 'n oordragshandeling in die vorm van 'n skynproses waardeur saaklike beheer (aanvanklik *usus* en later *dominium*) oorgedra is en waarby die *causa* nie ter sprake gekom het nie. Soos wat die geval was met *mancipatio,* was *in iure cessio* ook abstrak. Die regsgevolge wat daaruit voortgevloei het, naamlik oordrag van eiendomsreg, was nie afhanklik van die geldigheid van die koopkontrak of enige ander *causa* nie.[164]

2.3.4 In iure cessio *verval in onbruik*

In iure cessio het reeds in die klassieke tyd as wyse van eiendomsoordrag in onbruik verval.[165] In die na-klassieke tyd, toe die *praetor* ophou funksioneer het, het dit ook vir ander doeleindes verdwyn.[166] Die rede waarom dit in onbruik verval het, was waarskynlik omdat dit 'n omslagtige prosedure was, want die partye moes in die Romeinse forum voor die *praetor* of in die provinsie voor die provinsiale goewerneur verskyn. In elk geval is dit as 'n wyse van oordrag van eiendomsreg min gebruik omdat voorkeur verleen is aan *mancipatio* wat oral kon plaasvind en wat beter beskerming verleen het. In geval waar *res nec mancipi* oorgedra is, is weer voorkeur gegee aan *traditio* wat uitgevoer is sonder

---

162 Kaser *Privatrecht* I 48-49; Honsell *Römisches Recht* 105; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 7, 12. Laasgenoemde skrywer noem ook nog die volgende gevalle waar *in iure cessio* aangewend is: vir die oordrag van *tutela* en *hereditas legitima*, afstand van die *patria potestas* en *manumissio vindicta*.

163 Feenstra *Grondslagen* 56; Kaser *Privatrecht* I 48-49, 134.

164 Hierdie toedrag van sake spruit voort uit die prosedurele oorsprong van hierdie wyse van oordrag. Kaser *Privatrecht* I 48-49, 134, 415; Feenstra *Grondslagen* 56-57; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 6.

165 Die verval het reeds in die voor-klassieke reg begin. Kaser *Privatrecht* I 415.

166 Feenstra *Grondslagen* 57; Kaser *Privatrecht* II 274; Diósdi *Ownership* 138.

nakoming van enige formaliteite.[167] Justinianus het die verwysing na *in iure cessio* uit die tekste laat skrap.[168]

2.3.5 Samevatting

1. *In iure cessio* was 'n suiwer oordragshandeling waardeur saaklike beheer oorgedra is (aanvanklik *usus* en later *dominium*). Ten einde oordrag te bewerkstellig, moes die formaliteite uitgevoer word wat op *in iure cessio* van toepassing was. Die belangrikste kenmerke van hierdie wyse van oordrag was dat dit 'n skynproses was, dat die verkryger die saak in sy hande geneem het en beweer het dat hy eienaar is, welke bewering nie deur die vervreemder betwis is nie. *Dominium* is oorgedra deurdat die *praetor* die bewering deur die verkryger bekragtig het en die saak aan hom toegeken het.

2. Soos in die geval van *mancipatio* is dit onseker of werklike verskaffing van fisiese beheer deur *in iure cessio* plaasgevind het, maar daar word aan die hand gedoen dat dit wel die geval was.[169]

3. *In iure cessio* was 'n abstrakte oordragshandeling wat van die voorafgaande regshandeling (*causa*) soos koop, skenking, ensovoorts onderskei is.[170] Nietigheid van die *causa* het nie verhinder dat *dominium* oorgaan nie. Kenmerke van die uitwendige abstraksie is dus wel by hierdie wyse van oordrag aanwesig.[171]

4. Die vraag of daar by hierdie prosedure enige sprake van 'n saaklike ooreenkoms was, moet egter ontkennend beantwoord word aangesien daar geen sprake van die inhoudelike abstraksie aangetref is nie.[172] Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang is

---

167 Feenstra *Grondslagen* 55; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70; Lokin *Overdracht* 10-11.
168 Feenstra *Grondslagen* 57; Kaser *Privatrecht* I 415.
169 Soos wat die geval by *mancipatio* was, moes die verkryger ook by *in iure cessio* die saak in sy hande geneem het, wat 'n aanduiding is daarvan dat hy fisiese beheer vestig. Wat wel seker is, is dat *in iure cessio* nie *possessio* verskaf het nie.
170 Die skeidslyn tussen die twee handelinge was selfs duideliker as wat in die klassieke reg by *mancipatio* die geval was.
171 Sien hfst 1.6.2 en 10.4 ivm die begrip *uitwendige abstraksie.*
172 Sien hfst 1.6.2 en 10.3 ivm die begrip *inhoudelike abstraksie.*

hoegenaamd nie beklemtoon nie en dit is ook nie as 'n afsonderlike ooreenkoms wat deur wilsooreenstemming tot stand kom, gekonstrueer nie. Die nakoming van die formaliteite het voorop gestaan. Oordrag was van die medewerking van 'n derde, naamlik die *praetor* afhanklik. Dit was sy uitspraak wat oorgang van eiendomsreg op die verkryger bewerkstellig het.[173]

2.4 *Traditio*

2.4.1 Inleiding

Letterlik vertaal, beteken *traditio* (afgelei van *trans-dare*) die daadwerklike oorhandiging van 'n saak *de manu in manum*, sodat die verkryger fisiese beheer oor die saak verkry - *traditio* is dus die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer. In 'n regstegniese betekenis was *traditio* 'n selfstandige wyse van eiendomsoordrag waardeur verskillende vorme van *dominium* oorgedra is (oordrag het geskied deur die blote verskaffing van fisiese beheer):[174]

(a) In die voor-klassieke tydperk was *traditio* 'n alledaagse wyse waarop *dominium ex iure Quiritium* ten opsigte van *res nec mancipi* oorgedra is.[175]

(b) Alhoewel *res mancipi* deur *mancipatio* oorgedra moes word, het dit nietemin gebeur dat Romeinse burgers sulke sake deur die vormlose *traditio* oorgedra het. In so 'n geval het die verkryger nie *Quiritiese*

---

173 Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 63.

174 In teenstelling met *possessio*, het *dominium* 'n absolute aanspraak verleen aangesien dit geïmpliseer het dat die persoon wat fisiese beheer uitoefen, ook reghebbende is.

175 Gaius *Institutiones* 2.18-22. Dit is waarskynlik reeds vroeër gebruik, maar daar was geen regsgevolge aan die handeling gekoppel nie. Oordrag van *dominium* ten opsigte van *res nec mancipi* kon ook deur *in iure cessio* plaasgevind het, maar voorkeur is aan *traditio* gegee wat sonder die nakoming van enige formaliteite afgehandel kon word. Raadpleeg Diósdi *Ownership* 73, 140-141, 143; Kaser *Privatrecht* I 139, 416; Bechmann *Kauf* I 303, 305 ev; De Zulueta *Gaius* 61; Lokin *Overdracht* 9, 10-11; Lokin *Leerstukken* 141; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 22-23, 126; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 64-72; Honsell *Römisches Recht* 156; Feenstra *Grondslagen* 53-55.

eiendomsreg verkry nie, maar *praetoriese* of bonitêre eiendomsreg (*in bonis esse*) ooreenkomstig die *ius-honorarium*.[176]

(c) Dit was die enigste wyse waarop *dominium* ingevolge die *ius gentium* aan *peregrini* oorgedra is.[177]

(d) Dit was die oordragshandeling ten opsigte van grond wat in die provinsies geleë was. In hierdie geval is aanvanklik slegs 'n beheers- en gebruiksreg oorgedra omdat geen *dominium* ten opsigte van staatsgrond moontlik was nie.[178]

In die oorgrote meerderheid van gevalle, naamlik waar *dominium* ten opsigte van *res mancipi* oorgedra is, het oordrag egter nie deur *traditio* plaasgevind nie, maar deur *mancipatio* of *in iure cessio*.[179] As gevolg van verskeie redes wat reeds hierbo genoem is, byvoorbeeld die intensiewe handelsverkeer sedert die voor-klassieke tyd, het *mancipatio* mettertyd in onbruik verval. Dit is deur *traditio* vervang wat in die laat-klassieke reg die enigste wyse was waarop *dominium* ten opsigte van *res nec mancipi* sowel as *res mancipi* oorgedra kon word. Die ontwikkeling van *traditio* as algemene wyse waarop *dominium* oorgedra kon word, sal vervolgens bespreek word. Daarna sal die vereistes wat nagekom moes word ten einde oordrag van eiendomsreg deur *traditio* te bewerkstellig, bespreek word.

2.4.2 Traditio *die algemene wyse waarop* dominium *oorgedra is*[180]

Aangesien die formaliteite by *mancipatio* te omslagtig was, is dit mettertyd verontagsaam.[181] Die gebruik het ontstaan om die verkryger fisies in beheer van die saak te stel (*traditio*) sonder nakoming van die formali-

---

176 Kaser *Privatrecht* I 403, 416. Sien verder die bespreking hieronder by hfst 2.4.2.

177 Kaser *Privatrecht* I 416; De Zulueta *Gaius* 61; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 72. Sien ook die bespreking hierbo by hfst 2.2.5.3.

178 Gaius *Institutiones* 2.21. Kaser *Privatrecht* I 416; De Zulueta *Gaius* 61; Feenstra *Grondslagen* 61-62. Nadat die onderskeid tussen provinsiale en Romeinse grond afgeskaf is, is *dominium* wel oorgedra.

179 Omdat *in iure cessio* 'n omslagtige prosedure was, is voorkeur egter aan *mancipatio* gegee.

180 Raadpleeg die volgende bronne ivm die ontwikkeling van *traditio*. Diósdi *Ownership* 138 ev; Feenstra *Grondslagen* 54; Hijmans *Zakenrecht* 112; Lokin *Overdracht* 13.

teite. Daar is slegs 'n akte opgestel waarin bloot vermeld is dat *mancipatio* reeds plaasgevind het, selfs al was dit nie die geval nie. Die akte het *mancipatio* egter nie vervang nie, dit was slegs 'n bewysstuk.[182] Omdat die formaliteite van *mancipatio* nie nagekom is nie, en 'n *res mancipi* bloot deur *traditio* oorgedra is, het die verkryger nie eienaar geword nie, hy het bloot *possessio* verkry. Die moontlikheid het nietemin bestaan dat die verkryger tog na 'n tydperk van twee jaar[183] eienaar (*dominus ex iure Quiritium*) kon word deur verkrygende verjaring,[184] selfs al was hy bewus daarvan dat die formaliteite vir *mancipatio* nie nagekom is nie.[185] Die begrip *possessio* verwys hier dus na fisiese beheer as element vir die verkryging van eiendomsreg by wyse van *usucapio* (*possessio cvilis*). Dit wil sê, fisiese beheer oor iemand anders se saak uit hoofde van 'n *iusta causa* met die bedoeling om die saak vir sigself te beheer.[186]

Gedurende die tydperk wat verjaring geloop het, het die verkryger wat fisies in beheer van die saak was aansienlike beskerming geniet, ook teen die eienaar. Laasgenoemde kon nou wel die *rei vindicatio* teen die verkryger instel, maar die *praetor* het die *exceptio rei venditae et traditae* (die verweer van die verkoopte en gelewerde saak) aan die verkryger verleen. Die eiendomsaksie van die vervreemder is sodoende afgeweer

---

181 In die tyd van Gaius was die 5 getuies en weegskaaldraer bv selde teenwoordig by die oordrag van onroerende goed.

182 Indien die formaliteite nie nagekom is nie, het eiendomsreg nie oorgegaan nie, selfs al is daar 'n akte opgestel. Indien die formaliteite wel nagekom is, het eiendomsreg oorgegaan, selfs al is geen akte opgestel nie. Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 65, 70-72. Volgens Van Oven is daar ook nie eers altyd van 'n akte gebruik gemaak nie. *Res mancipi* is dikwels deur blote verskaffing van fisiese beheer oorgedra, selfs sonder gebruikmaking van 'n akte.

183 Indien dit 'n onroerende saak was. Was dit 'n roerende saak, was die tydperk een jaar.

184 Mits *traditio* op grond van 'n *iusta causa* plaasgevind het. Sien die bespreking hieronder in hfst 2.4.4 in verband met die *causa*-begrip.

185 *Bona fides* was nie 'n vereiste vir eiendomsverkryging in hierdie geval nie. Gaius *Institutiones* 2.41-42.

186 Alhoewel die begrip *possessio* ook gebruik is met verwysing na fisiese beheer wat deur interdikte beskerm is (*possessio ad interdicta*) en ook met verwysing na houerskap (*possessio naturalis*), het die klassieke juriste hulle veral bemoei met *possessio* as voorvereiste vir *usucapio*. Kaser *Privatrecht* I 390-391, 416-417; Feenstra *Grondslagen* 51, 57; Gordon *Traditio* 62; Dondorp en Schrage *Levering* 17-18; Lokin *Leerstukken* 146-147; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 72, 126. Sien verder die bespreking hierbo by hfst 2.2.5.2.

en die verkryger kon fisiese beheer van die saak behou totdat verjaring voltooi is.[187] *Usucapio* (verjaring) het dus die doel gedien om die verkryging van *dominium* moontlik te maak, nieteenstaande die feit dat die voorgeskrewe formaliteite van *mancipatio* nie nagekom is nie.[188]

Die posisie van die verkryger het heeltemal onaantasbaar geword toe daar 'n aksie (en nie bloot 'n verweermiddel nie) aan hom verleen is. Indien hy fisiese beheer gedurende die tyd wat verjaring geloop het verloor het, kon hy sy beheer met die *actio Publiciana* terugeis.[189] Daar is aanvaar dat die tydperk vir verjaring reeds voltooi is, selfs al was dit nie werklik die geval nie. Die verkryger was derhalwe in dieselfde posisie asof hy reeds eienaar geword het.[190] Dit kon ook teen die eienaar ingestel word wat intussen weer fisiese beheer verkry het.[191] Die gevolg was dat die persoon aan wie onroerende goed op 'n ondeugdelike wyse oorgedra is (dit wil sê, nie deur *mancipatio* nie, maar deur *traditio*), in alle opsigte in 'n sterker posisie verkeer het as die regmatige eienaar – hy was in 'n juridies onaantasbare posisie. Die tegniese uitdrukking vir hierdie vorm van saaklike beheer wat deur die *praetor* beskerm is, is *in bonis habere* (ook *praetoriese* eiendomsreg of bonitêre eiendomsreg), in teenstelling met *quiritiese* eiendomsreg, of eiendomsreg ooreenkomstig die *ius civile*, wat met die *rei vindicatio* beskerm is.[192] Daar bestaan egter nie eenstemmigheid oor die presiese aard van *in bonis esse* nie. Vir die onderhawige ondersoek dien dit geen doel om die verskillende standpunte in hierdie verband te bespreek nie.[193] Daar kan volstaan word met Van der Walt[194]

---

187 Lokin *Overdracht* 14-15; Feenstra *Grondslagen* 55.

188 Feenstra *Grondslagen* 55, 69; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 160.

189 Die *rei vindicatio* was nie tot sy beskikking nie omdat hy nie eienaar volgens die *ius civile* was nie. Daar bestaan nie eenstemmigheid betreffende die ontstaansredes vir die *actio Publiciana* nie. Sien Van der Walt *Houerskap* 39-40; Feenstra *Grondslagen* 43 ev. en Diósdi *Ownership* 154 in hierdie verband.

190 Die aksie berus dus op 'n fiksie. Lokin *Overdracht* 15-16; Feenstra *Grondslagen* 54-55.

191 Lokin *Overdracht* 15; Feenstra *Grondslagen* 55.

192 Gaius *Institutiones* 2.40-41. Sien ook die bespreking hierbo by hfst 2.2.5.3.

193 Raadpleeg die volgende skrywers vir 'n uiteensetting van die verskillende standpunte: Van der Walt *Houerskap* 40-43; Feenstra *Grondslagen* 43-45; Diósdi *Ownership* 166 ev.

194 Van der Walt *Houerskap* 43.

se gevolgtrekking dat daar sterk getuienis bestaan vir die standpunt dat dit 'n afsonderlike vorm van eiendomsreg volgens die *praetoriese* reg was.

Die gevolg van die ontwikkeling wat hierbo geskets is, is dat die oordrag van eiendomsreg ingrypend verander het. Niemand het meer die vereiste formaliteite vir *mancipatio* of *in iure cessio* in ag geneem nie aangesien die verkryger aan wie *res mancipi* deur blote *traditio* oorgedra is, eiendomsreg verkry het selfs al het die verjaringstermyn nog nie afgeloop nie. Alle liggaamlike sake is voortaan deur *traditio* oorgedra, dit wil sê deur die blote verskaffing van fisiese beheer sonder die nakoming van enige formaliteite, maar met inagneming van die vereistes vir eiendomsoordrag. *Traditio* was nou die enigste wyse van eiendomsoordrag - in geval van *res nec mancipi* is *quiritiese* eiendomsreg oorgedra en in geval van *res mancipi* is *praetoriese* eiendomsreg oorgedra.[195]

Oordrag van *dominium* deur *traditio* het uit die volgende elemente bestaan:[196] (1) die verkryger moes fisies in beheer van die saak gestel word (hy moes *possessio* gehad het) en (2) oordrag van fisiese beheer moes op grond van 'n *iusta causa* geskied het. Eiendomsreg sou slegs oorgedra word indien die vervreemder eienaar was (hy moes beskikkingsbevoeg gewees het).[197] Hierdie elemente sal vervolgens bespreek word.

---

195 Kaser *Privatrecht* I 416; Honsell *Römisches Recht* 156; Diósdi *Ownership* 137-143; Dondorp en Schrage *Levering* 17; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 72; Lokin *Leerstukken* 145; Lokin *Overdracht* 15-16; Feenstra *Grondslagen* 61-62; Van der Walt *Houerskap* 37.

196 Lokin *Leerstukken* 144; Feenstra *Grondslagen* 49; Kaser *Privatrecht* I 416-417; Dondorp en Schrage *Levering* 17. Daar is nie duidelikheid daaroor of hierdie elemente onafhanklik van mekaar gefunksioneer het nie. Kaser *Privatrecht* I 417 is bv van oordeel dat die *causa* nie 'n selfstandige regshandeling was nie, maar dat dit 'n konstitutiewe element van *traditio* (die saaklike oordragshandeling) was. Diósdi *Ownership* 141-143 meen weer dat lewering en *causa* onafhanklik gefunksioneer het.

197 Gaius *Institutiones* 2.19-20; *Digesta* 41.1.31 *pr* en *Digesta* 50.17.54.

2.4.3 Die verkryging van fisiese beheer (possessio)

2.4.3.1 Inleiding

Soos pas opgemerk is, was die verskaffing van *possessio* een van die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio*. Die algemene reël in hierdie verband was dat *possessio* met liggaam en gees (*corpore et animo*) verkry is.[198] Dit wil sê dat die verkryger 'n handeling moes verrig waardeur hy die saak fisies aan sy beheer onderwerp het (*corpus*),[199] en dat hy die bedoeling moes gehad het om die saak aan sy beheer te onderwerp (*animus*).[200] Ten einde fisiese beheer te kon vestig, moes beide elemente aanwesig wees. Dié twee elemente was egter nie twee afsonderlike regshandelinge of feitekomplekse ('n objektiewe en 'n subjektiewe) nie, hulle het 'n onderlinge wisselwerking vertoon.[201] Dit was soos die twee kante van dieselfde muntstuk. Die bedoeling om fisiese beheer uit te oefen, was opgesluit in die feit dat die verkryger die saak fisies aan sy beheer onderwerp het - die *animus* is uit die *corpus*-element afgelei.[202] Dit impliseer dat die bedoeling nie 'n selfstandige bestaan onafhanklik van die verskaffing van fisiese beheer gevoer het nie. Aan die ander kant is die aard van die beheer wat die verkryger gevestig het weer deur die bedoeling gekwalifiseer. Daar bestaan egter nie duidelikheid oor die presiese inhoud wat in die klassieke Romeinse reg aan die *animus*-vereiste geheg is nie. Hierdie vereiste sal vervolgens ondersoek word.

2.4.3.2 Die animus-vereiste

By die bespreking van *possessio* het die Romeinse juriste gewoonlik nie interdiktebesit pertinent in gedagte gehad nie. Hulle was in die eerste

---

198 *Digesta* 41.2.3.1.

199 Daar moes 'n sigbare verandering in fisiese beheer plaasgevind het.

200 Dit is die psigiese en onsigbare verandering in die geestesingesteldheid van die partye. Dondorp en Schrage *Levering* 17-18; Feenstra *Grondslagen* 57-58; Honsell *Römisches Recht* 137; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 170.

201 Die twee elemente was 'n eenheid. *Digesta* 41.2.3.1; Kaser *Privatrecht* I 391-392 ((1955) 332); Honsell *Römisches Recht* 137-138; Feenstra *Grondslagen* 57-58; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 126; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 170.

plek geïnteresseerd in die vraag wat die aard van fisiese beheer moes wees ten einde eiendomsverkryging deur verjaring (*usucapio*) te bewerkstellig.[203] Dit kan toegeskryf word aan die feit dat *usucapio* die mees algemene wyse was waarop eiendomsreg verkry is, wat weer die gevolg was van die feit dat *res mancipi* dikwels by wyse van *traditio* oorgedra is (en nie by wyse van *mancipatio* nie). In die lig hiervan is dit verstaanbaar dat die *animus*-element aanvanklik net op *possessio civilis* van toepassing was.[204]

Die klassieke juriste het die wilselement (*animus*) van *possessio* egter nie nader omskryf nie en bloot die neutrale uitdrukking *animus possidendi* gebruik (dit is die bedoeling om die saak fisies te beheer).[205] Hierdie begrip is waarskynlik gebruik omdat *possessio* bloot as 'n feitlike toestand gesien is en die *animus* in elk geval nie as 'n selfstandige subjektiewe element beskou is, wat onafhanklik van die objektiewe *corpus*-vereiste gefunksioneer het nie.[206] Waar dit gaan oor *possessio* as vereiste vir die verkryging van eiendomsreg deur *usucapio*, was dit nietemin vanselfsprekend dat die verkryger die bedoeling moes hê om fisiese beheer as eienaar uit te oefen.[207] Dit is waarskynlik hoekom Kaser[208] die stelling maak dat die *animus*-element by *traditio* verwys het na *Eigenbesitz* (in teenstelling met *Fremdbesitz*) - dit wil sê, die verkryging van fi-

---

202 Die fisiese handeling is immers die uitvoering van 'n wilsbesluit. Bv die dief wat die ring in sy sak steek openbaar sy *animus* deurdat hy die saak fisies aan sy beheer onderwerp. Hierdie beginsel is opgesluit in *Digesta* 41.2.3.1.

203 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 126; Middelberg *Houderschap* 17.

204 Middelberg *Houderschap* 17, 20-21.

205 *Digesta* 41.2.1.20 (*animus possidentis*), *Digesta* 41.2.3.3 (*animus affectus*) en *Digesta* 12.1.41 (*animus possidendi*). Raadpleeg Feenstra *Grondslagen* 58-59; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 126, 128; Van der Walt *Houerskap* 58, 65-66.

206 Dié twee elemente is onlosmaaklik aan mekaar verbind soos twee kante van dieselfde muntstuk. Kaser *Privatrecht* I 237, 391.

207 Middelberg *Houderschap* 20. Dit was egter eers in die tyd van Justinianus dat die bedoeling ten aansien van *possessio civilis* as die *animus dominus* uitgedruk is. Sien Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 170.

208 Kaser *Privatrecht* I 387, 416. Sien ook Van der Walt *Houerskap* 58, 65-66.

siese beheer met die bedoeling om die saak vir sigself (as eienaar) te hou en aan niemand anders af te staan nie.[209]

Hierbo is opgemerk dat die *animus*-element aanvanklik net op *possessio civilis* van toepassing was. Omdat die *possessio*-begrip ook na ander vorme van fisiese beheer verwys het, is die *animus*-element mettertyd ook op *possessio ad interdicta* en *possessio naturalis* (*detentio*) van toepassing gemaak.[210] Die probleem was egter dat die begrip *animus possidendi* vir al hierdie vorme gebruik is, wat uiteraard tot verwarring aanleiding gegee het. Die gevolg hiervan was dat die verskillende vorme van *possessio* nie op grond van die *animus* van mekaar onderskei kon word nie,[211] terwyl dit dikwels juis die partye se bedoeling is wat die verskillende vorme van mekaar onderskei.[212]

In geval van *possessio naturalis*[213] en sommige gevalle van *possessio ad interdicta*[214] het 'n persoon fisiese beheer namens iemand anders uitgeoefen. Dit was nie sy bedoeling om die saak vir homself (as eienaar) te beheer nie, inteendeel, hy het erken dat die saak aan iemand anders afgestaan sal moet word.[215] In ander gevalle van *possessio ad interdicta*, het die persoon wat fisies in beheer van die saak was wel die bedoeling

---

209 Honsell *Römisches Recht* 135 meen dat die ooreenstemmende Latynse begrip die *animus rem sibi habendi* was (fisiese beheer met die bedoeling om die saak vir sigself – as eienaar – te hou).

210 Middelberg *Houderschap* 17, 20-21.

211 Ook in geval van *possessio ad interdicta* en *possessio naturalis* is dit die bedoeling om fisiese beheer oor die saak uit te oefen (*animus possidendi*).

212 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.2.5.2 ivm die verskillende vorme van *possessio*.

213 Soos bv die bewaarnemer, bruiklener, lashebber, saakwaarnemer, werkaannemer, huurder en pagter. Streng gesproke was die houer nie *possessor* nie, maar wel die persoon van wie hy sy houerskap afgelei het – dit is beskou dat hy *possessio* namens daardie persoon uitgeoefen het.

214 Soos bv 'n erfpagter, *precaris*, *sequester* en pandkrediteure.

215 Die Duitse skrywers verwys hierna as *Fremdbesitz*. Hierdie twee gevalle het niks te make met *possessio* as vereiste vir die verkryging van eiendomsreg nie. Die verkrygingsgrond het geen rol gespeel nie en 'n *iusta causa* was nie 'n vereiste nie. Kaser *Eigentum und Besitz* 328; Honsell *Römisches Recht* 135; Van der Walt *Houerskap* 58-59.

gehad (*animus*) om die saak vir sigself as eienaar te hou en aan niemand anders af te staan nie.[216]

Samevattend blyk dit dat *possessio* 'n vereiste vir die verkryging van eiendomsreg deur *traditio* was. Die verkryger het *possessio* gehad indien hy fisiese beheer *corpore et animo* oor die saak gevestig het. Alhoewel die wilselement bloot omskryf is as die *animus possidendi* (die bedoeling om fisiese beheer oor die saak uit te oefen), word dit nogtans aanvaar dat die verkryger die bedoeling moes hê om fisiese beheer as eienaar uit te oefen (die *animus domini*). Die feit dat 'n persoon fisiese beheer oor 'n saak uitgeoefen het met die bedoeling om eienaar te wees, het egter nog nie beteken dat hy inderdaad eienaar was nie omdat die blote bedoeling om eienaar te wees nie voldoende was vir die verkryging van eiendomsreg nie.[217] Die verkryger het slegs eienaar geword indien hy *possessio* uit hoofde van 'n *iusta causa* verkry het.[218]

2.4.3.3 Die Corpus-vereiste

2.4.3.3.1 Die algemene reël

Hierbo is aangetoon dat *possessio* nie deur 'n wilsbesluit alleen (*solo animo*) verkry kon word nie, die verkryger moes die saak fisies in sy hande neem en dit hanteer (die *corpus* element).[219] Dit was geen regshandeling nie, maar bloot 'n feitlike handeling. Gevolglik was die reëls wat ten opsigte van regshandelinge van toepassing was (soos byvoorbeeld handelingsbevoegdheid) nie hier van toepassing nie.[220] Die grondslag

---

216 Hier kon twee groepe onderskei word, naamlik (1) persone wat te goeder trou gedink het dat hulle eienaars was (wat die werklike eienaar en *bona fide possessores* ingesluit het) en (2) persone wat geweet het dat hulle nie eienaars is nie, maar die saak nogtans vir hulleself wou behou (*mala fide possessores* soos die dief). Die wilselement (*animus*) by hierdie gevalle van *possessio ad interdicta* en *possessio civilis* vertoon dus 'n ooreenkoms.

217 Die *mala fide possessor* was bv nie eienaar nie. Aan die ander kant was b*ona fides* opsigself ook nie voldoende nie.

218 Wat die medewerking van die vervreemder veronderstel.

219 Die *animus* het slegs fisiese beheer bewerkstellig indien dit aan 'n uiterlik waarneembare handeling waardeur fisiese beheer verkry word, gekoppel is.

220 Kaser *Privatrecht* I 392; Ehrhardt *Iusta Causa* 21-22.

van die *corpus*-vereiste was dat dit vir buitestaanders duidelik moes wees dat daar 'n verandering in fisiese beheer ingetree het.

Die begrip *traditio* is in hierdie verband gebruik met verwysing na die daadwerklike verskaffing van fisiese beheer oor 'n saak *de manu in manum*. Hierbo is reeds daarop gewys dat die begrip egter ook in 'n wyer betekenis gebruik is, naamlik as wyse waarop eiendomsreg deur verskaffing van fisiese beheer oorgedra is, in teenstelling met *mancipatio* en *in iure cessio*. Ten einde tussen die verskillende betekenisse van die begrip *traditio* te onderskei, is die terme *nuda traditio* en *traditio simplex* gebruik met verwysing na die blote verskaffing van fisiese beheer in die eng sin van die woord.[221]

Fisiese beheer kon op verskeie wyses verskaf word afhangende van die omstandighede van elke geval.[222] In die meeste gevalle, veral waar klein roerende sake ter sprake was, was die reël dat oordrag van hand tot hand moes geskied maklik om toe te pas. In ander gevalle, soos waar onroerende goedere, kuddes vee of swaar goedere soos stapels balke of stene oorgedra is, was die reël dat mens beheer verkry deur die saak fisies te hanteer, nie altyd prakties uitvoerbaar nie.[223] Gevolglik is 'n wye uitleg aan die *corpus*-element geheg en was dit in die klassieke reg moontlik om beheer te verkry sonder dat die verkryger die saak werklik fisies hanteer het.[224]

Fisiese beheer van roerende sake kon byvoorbeeld verskaf word deurdat die oordraggewer die saak voor die oë van die verkryger of binne sy gesigsveld gebring het, soos waar 'n som geld uitbetaal is of 'n stuk grond

---

221 Honsell *Römisches Recht* 156; Feenstra *Grondslagen* 59; Pugsley 1974 *THRHR* 14, 17. Ook in die moderne reg het die woord *traditio* 'n dubbele betekenis. In die Franse regstaal word die woord *délivrance* gebruik vir die verskaffing van fisiese beheer, terwyl *traditio* gebruik word vir die oordrag van elendomsreg. Die Nederlandse juriste gebruik die woord *traditio* in beide betekenisse, maar onderskei tussen juridiese en feitlike lewering. Sien Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 74.

222 Feenstra *Grondslagen* 57-58; Kaser *Privatrecht* I 391.

223 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 126-127.

224 Kaser *Privatrecht* I 391; Feenstra *Grondslagen* 57-58, 59-60; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 126-127; Honsell *Römisches Recht* 139; Delport *Lewering en Registrasie* 95.

uitgewys is.[225] Verkryging van fisiese beheer is ook aangeneem indien die verkryger 'n wag by die saak wat oorgedra word aangestel het, of indien hy 'n kenteken op balke of 'n stempel op 'n vat aangebring het.[226] Oorhandiging van die sleutels van die pakhuis of kelder waarin die saak wat oorgedra word gestoor is, was voldoende om aan die *corpus*-element te voldoen, mits die sleutels in die onmiddellike nabyheid van die pakhuis of kelder oorhandig is.[227] Sedert die Middeleeue word die terme *traditio longa manu* en *traditio symbolica* vir al hierdie gevalle gebruik.

Vir doeleindes van die onderhawige ondersoek is dit van belang om daarop te let dat die fisiese hantering van 'n stuk grond nie moontlik was nie. *Possessio* is verkry deurdat die verkryger (of sy slaaf) die grond betree het (aanraking met die voet) met die bedoeling om die hele stuk grond tot aan die uiterste grens aan sy fisiese beheer te onderwerp.[228] Alhoewel die teenwoordigheid van die verkryger op die grond die reël was, was dit nietemin voldoende indien die grense vanuit 'n toring of hoë gebou aangewys is en die grondstuk sodoende deur die verkryger waargeneem kon word (met sy oë aangeraak is).[229] Oordrag van onroerende goed deur *traditio* verskil dus van oordrag deur *mancipatio* deurdat oordrag in laasgenoemde geval moontlik was, ook al was die partye ver van die grond verwyder gewees.[230]

---

225 *Digesta* 41.2.18.2. Sien ook Kaser *Privatrecht* I 391-392; Feenstra *Grondslagen* 60.

226 *Digesta* 41.2.51. In al hierdie gevalle moes die verkryger self tydens oorhandiging teenwoordig gewees het ten einde die vereiste van fisiese kontak te bevredig. Honsell *Römisches Recht* 139; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 127; Kaser *Privatrecht* I 391-392.

227 *Digesta* 18.1.74. Die sleutels kon nie op 'n ander plek ver weg van die pakhuis oorhandig word nie, want dan sou daar geen fisiese kontak meer gewees het nie. Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 128; Kaser *Privatrecht* I 391-392; Feenstra *Grondslagen* 60; Dondorp en Schrage *Levering* 18. Maar sien Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 140 vn 75.

228 Alhoewel oorspronklik vereis is dat die partye om die grense van die stuk grond moet loop, sodat die grense aan die verkryger uitgewys word, was dit nie meer in die klassieke reg nodig nie. *Digesta* 41.2.3.1; Lokin *Leerstukken* 153; Dondorp en Schrage *Levering* 18.

229 *Digesta* 41.2.18.2. Sien ook Feenstra *Grondslagen* 60; Dondorp en Schrage *Levering* 18; Lokin *Overdracht* 16-17; Honsell *Römisches Recht* 138.

230 Lokin *Overdracht* 17; Kaser *Privatrecht* I 391-392.

Bogenoemde bespreking het te make met die verkryging van *possessio* by wyse van *traditio*, dit wil sê, wanneer die persoon wat in beheer van 'n saak was, dit fisies aan 'n ander persoon oorgedra het. Dit was egter ook moontlik om *possessio* te verkry sonder die medewerking van die persoon wat fisies in beheer was, maar in so geval is daar nie so maklik aanvaar dat beheer wel gevestig het nie. Die vereistes vir voldoening aan die *corpus*-element was veel strenger. Die persoon wat 'n stapel hout wou steel het nie beheer verkry deur sy merkteken daarop te plaas of 'n wag aan te stel nie. Die persoon wat 'n ander van die beheer oor sy grond wou ontneem, kon dit nie regkry deur bloot die grond te betree of daarna vanuit 'n nabygeleë toring te kyk nie. Die enigste wyse waarop hy beheer kon kry was om die persoon wat fisies in beheer was te verhinder om sy beheer uit te oefen (byvoorbeeld deur die hout te verwyder, of die persoon wat in beheer is te verdryf, of toegang tot die terrein te verhinder).

2.4.3.3.2 Die uitsonderings – *traditio solo animo*

Soos pas aangetoon is, was die algemene reël dat *possessio* nie deur 'n wilsbesluit alleen (*solo animo*) verkry kon word nie, die verkryger moes een of ander fisiese handeling met die saak verrig waardeur dit na buite duidelik sigbaar gemaak is dat hy fisiese beheer uitoefen, selfs al was dit net in 'n geringe mate of op 'n simboliese wyse (die *corpus*-vereiste).[231] Dit regverdig die afleiding dat dit as algemene reël ook nie moontlik was om *dominium* sonder die uitoefening van fisiese beheer te verkry nie.[232] Op hierdie reël het daar egter enkele uitsonderings bestaan, gevalle waar *possessio* en *dominium solo animo* verkry is - sonder fisiese oorhandiging van die saak en slegs met die blote bedoeling (*nuda voluntas*) om die saak fisies te beheer.[233]

(a) *Traditio brevi manu*

---

231 *Digesta* 41.2.3.1 en 3.
232 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 126-127.
233 Sien bv *Digesta* 41.1.9.5.

Indien 'n persoon wat reeds fisies in beheer van 'n saak was, soos byvoorbeeld 'n huurder, die saak van die eienaar gekoop of as 'n geskenk ontvang het, sou 'n streng toepassing van die *corpus*-vereiste tot gevolg gehad het dat fisiese beheer oor die saak heen en weer oorgedra word - van die huurder na die eienaar en van laasgenoemde weer terug na die huurder (nuwe eienaar). Daar moes 'n uiterlik waarneembare handeling wees waardeur fisiese beheer oor die saak aan die nuwe eienaar oorgedra word, sodat die buitewêreld kon sien dat 'n regsverandering ingetree het. Aangesien die nuwe eienaar reeds fisies in beheer was en hy voortgegaan het om beheer uit te oefen, was dit in die klassieke Romeinse tydperk in geval van *traditio brevi manu* egter nie nodig dat die saak aan hom oorgedra word nie. Vanweë praktiese oorwegings (die uitskakeling van 'n dubbele oordragshandeling) is daar van die *corpus*-vereiste afgesien.[234] Daar was dus geen sintuiglik waarneembare oordrag van fisiese beheer nie, slegs 'n onopsigtelike verandering in die geestesgesteldheid (*animus*) van die partye tot dien effekte dat die voormalige huurder fisiese beheer voortaan vir sigself en nie meer namens iemand anders nie, sal uitoefen. *Detentio* het dus in *possessio* verander.[235] Indien aan die nodige vereistes voldoen is, het die verkryger ook eienaar geword. *Dominium* het derhalwe deur blote ooreenkoms tussen die partye oorgegaan. Dit moet egter in gedagte gehou word dat daar nie heeltemal met die vereiste van fisiese beheer weggedoen is nie, want die verkryger het wel fisiese beheer uitgeoefen, dit is net nie op 'n opsigtelike wyse aan hom *oorgedra* nie.[236]

(b) *Constitutum possessorium*

---

234 Raadpleeg die volgende *Digesta* tekste: 41.1.9.5; 41.1.21.1; 12.1.9.9; 6.2.9.1; *Digesta* 21.2.62 *pr.*

235 Dit was met ander woorde die regsaard van die beheer wat verander het.

236 Dit is nie soseer die feit dat die verkryger fisiese beheer moes verkry het wat deurslaggewend was nie, maar wel dat hy fisiese beheer moes gehad het. Raadpleeg Feenstra *Grondslagen* 59-60; Kaser *Privatrecht* I 393-394; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 130; Honsell *Römisches Recht* 139-140; Gordon *Traditio* 36 ev, 78; Dondorp en Schrage *Levering* 18-19; Lokin *Leerstukken* 155, 157-158.

Ook in daardie gevalle wat sedert die Middeleeue as *constitutum possessorium* bekend gestaan het,[237] is die *corpus*-element (die sigbare verandering in fisiese beheer) op grond van praktiese en doelmatigheidsoorwegings laat vaar. Indien die eienaar, wat fisies in beheer van 'n saak was, dit aan iemand anders verkoop of geskenk het en met die verkryger ooreengekom het om die saak van hom te huur, was dit nie nodig dat fisiese beheer uit hoofde van die koopkontrak van die verkoper na die koper (nuwe eienaar) oorgedra word, en van laasgenoemde uit hoofde van die huurkontrak weer terug na die verkoper (huurder) nie.[238] 'n Dubbele oordragshandeling is dus uitgeskakel.

Die regsaard van die beheer wat hy oor die saak uitgeoefen het, het bloot deur 'n verandering in die geestesingesteldheid van die partye verander, vanaf beheer as eienaar na beheer as houer. Van die kant van die verkoper (nuwe huurder) gesien, het *dominium* dus in *detentio* verander - hy het fisiese beheer namens iemand anders uitgeoefen. Van die kant van die koper gesien, kan gesê word dat hy *possessio* verkry het sonder dat hy die saak werklik fisies hanteer het en slegs met die blote bedoeling alleen (*nuda voluntas*). Indien aan die vereistes vir die verkryging van eiendomsreg voldoen is, sou hy *dominium* verkry het sonder dat daar 'n sigbare verandering in die fisiese beheerstoestand plaasgevind het. Die verskaffing van fisiese beheer was in hierdie geval dus geen vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie. Eiendomsreg het oorgegaan bloot deur die verandering wat daar in die geestesingesteldheid plaasgevind het.[239]

---

237 Die term is nie suiwer Romeinsregtelik nie maar afkomstig uit die Middeleeue. Die beginsel was egter reeds in die klassieke tydperk bekend. Kaser *Privatrecht* I 393; Feenstra *Grondslagen* 59-60; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 141 vn 78; Gordon *Traditio* 1-12, 101.

238 *Digesta* 41.2.18 *pr*; *Digesta* 6.1.77. Dit is aanvanklik slegs in hoogs uitsonderlike gevalle toegelaat en is waarskynlik beperk tot daardie gevalle waar die oordraggewer die saak kragtens 'n *causa detentionis* behou het.

239 Raadpleeg Kaser *Privatrecht* I 394; Honsell *Römisches Recht* 140; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 129-131; Feenstra *Grondslagen* 60-61; Gordon *Traditio* 13 ev; Delport *Lewering en Registrasie* 110-113.

2.4.3.3.3 Verkryging van *possessio* by wyse van aktes

In die klassieke en Justiniaanse reg is skriftelike aktes dikwels opgestel waarin die bewering gemaak is dat *civilis possessio* oorgedra is (dit wil sê, fisiese beheer van so 'n aard dat dit tot *dominium* aanleiding kon gee). Eiendomsoordrag by wyse van oorhandiging van 'n dokument (*traditio cartae*) was egter nie 'n erkende wyse van oordrag nie.[240] Die deurslaggewende vraag was of fisiese beheer werklik verskaf is, al dan nie. Indien fisiese beheer wel verskaf is, sou eiendomsreg deur *traditio* oorgegaan het selfs al is daar in die akte geen melding daarvan gemaak nie. Indien dit nie verskaf is nie, het eiendomsreg nie oorgegaan nie, selfs al is in die dokument beweer dat dit wel gedoen is.[241]

2.4.3.4 Die voortduring en verlies van possessio

Die algemene reël was dat 'n persoon *possessio* verloor het slegs indien hy *corpore et animo* van die saak afstand gedoen het. Dit wil sê dat hy fisiese beheer moes prysgee met die bedoeling om daarvan afstand te doen (willens en wetens), soos byvoorbeeld wanneer hy fisiese beheer by wyse van *traditio* aan 'n ander oorgedra het.[242] Indien hy sy fisiese beheer tydelik prysgegee het, maar steeds die bedoeling gehad het om die saak vir sigself te beheer, soos wanneer hy sy winterweiding tydelik verlaat het omdat dit met sneeu bedek was of onder water was, het hy nie *possessio* verloor nie (hy het beheer oor die saak met die *animus* alleen uitgeoefen).[243] Aan die ander kant was dit moontlik dat 'n persoon *possessio* teen sy wil kon afstaan, soos byvoorbeeld in geval van diefstal, of as iemand anders hom met geweld verhinder het om sy grond te betree. Hy het beheer verloor selfs al het hy die bedoeling gehad om die saak as

---

240 Oorhandiging van die akte was nie 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie, die dokument was hoogstens 'n bewysmiddel.

241 Feenstra *Grondslagen* 61; Kaser *Privatrecht* I 391; Honsell *Römisches Recht* 138-139; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 139-140; Lokin *Overdracht* 18.

242 In geval van *traditio brevi manu* is fisiese beheer prysgegee slegs met die *animus* alleen. Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 135-136.

243 Sien Honsell *Römisches Recht* 140-141; Van Oven *Besitsbescherming* 101 ev.

eienaar te beheer.[244] Vir doeleindes van die onderhawige onderwerp is dit belangrik om te beklemtoon dat die verlies van fisiese beheer natuurlik nie noodwendig beteken het dat eiendomsreg te niet gegaan het nie.[245]

2.4.3.5 Publisiteit

In geval van *traditio* het een element ontbreek wat wel by *mancipatio* aanwesig was, en wat in geval van oordrag van onroerende eiendom van wesenlike belang is, naamlik publisiteit. Die vyf getuies wat publisiteit aan die oordragshandeling verskaf het, was nie by *traditio* teenwoordig nie. Laasgenoemde het slegs tussen verskaffer en verkryger plaasgevind. Die feit dat fisiese beheer oor die saak gevestig moes word, wat immers vir die buitewêreld sigbaar was (die *corpus*-element), het nietemin 'n voldoende mate van publisiteit verskaf. Publisiteit is inherent aan die aard van fisiese beheer. Die verskil tussen *traditio* en *mancipatio* in hierdie opsig is dat in laasgenoemde geval publisiteit (bewustelik) deel gevorm het van die formaliteite. In geval van *traditio* was dit nie deel van die formaliteite nie, dit het voortgespruit uit die aard van *traditio*.[246]

2.4.3.6 Samevatting

1. Die algemene reël in die klassieke tydperk was dat *possessio corpore et animo* verkry is. Die verkryger moes 'n handeling verrig waardeur hy die saak fisies aan sy beheer onderwerp het (*corpus*) met die bedoeling om die saak aan sy beheer te onderwerp (*animus*). Dié twee elemente was egter nie twee afsonderlike feitekomplekse ('n objektiewe en 'n subjektiewe) nie, daar was 'n baie nou verband tussen hulle. Die bedoeling om fisiese beheer uit te oefen (*animus possidendi*) het tot uiting gekom in die feit dat die verkryger die saak fisies aan sy beheer onderwerp het (*corpus*). Terselfdertyd is die aard van die beheer wat die verkryger gevestig het deur die bedoeling gekwalifiseer.

---

244 Feenstra *Grondslagen* 58; Kaser *Privatrecht* I 395; Honsell *Römisches Recht* 140-141.

2. Die klassieke juriste het die wilselement (*animus*) van *possessio* nie nader omskryf nie en het bloot die neutrale uitdrukking *animus possidendi* gebruik (dit is die bedoeling om die saak fisies te beheer). Wanneer dit gaan oor *possessio* as vereiste vir die verkryging van eiendomsreg, is dit nietemin vanselfsprekend dat die verkryger die bedoeling moes hê om fisiese beheer vir sigself as eienaar uit te oefen (*animus domini* of *Eigenbesitz*).

3. Die *corpus*-vereiste is egter wyd uitgelê deurdat daar byvoorbeeld genoeë geneem is daarmee indien die verkryger die saak bloot aangeraak het of sintuiglik waargeneem het, sonder dat daar werklik sprake was van 'n fisiese *trans-dare*. In bepaalde gevalle was dit selfs voldoende indien die verkryger bloot teenwoordig was wanneer oordrag plaasgevind het. In ander gevalle het die verkryger fisiese beheer verkry deurdat hy kontrole of beheer oor die saak uitgeoefen het, sonder dat hy die saak aangeraak het of fisies hanteer het, soos byvoorbeeld waar 'n wag by die saak geplaas is of die sleutels van 'n gebou oorhandig is.

4. Alhoewel fisiese aanraking al hoe meer op die agtergrond geraak het,[247] is daar nie met die vereiste van fisiese beheer weggedoen nie. Selfs in die uitsonderlike geval van *traditio brevi manu* waar geen fisiese beheer aan die verkryger *oorgedra* is nie, en daar nie 'n uiterlik waarneembare *verandering* in beheer plaasgevind het nie, is daar nie geheel en al met die *corpus*-element weggedoen nie; die verkryger het wel fisiese beheer oor die saak uitgeoefen. Daar kan nietemin 'n saak daarvoor uitgemaak word dat eiendomsreg op die verkryger oorgegaan het deur blote ooreenkoms.[248] Eiendomsreg het oorgegaan slegs deurdat daar 'n verandering in die geestesgesteldheid ingetree

---

245 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 135.
246 Lokin *Overdracht* 17.
247 Honsell *Römisches Recht* 139; Feenstra *Grondslagen* 58; Delport *Lewering en Registrasie* 95, 98.
248 Mits daar natuurlik aan die vereiste vir eiendomsoordrag voldoen is.

het, wat deur die verbintenisskeppende ooreenkoms teweeg gebring is.

5. In geval van *constitutum possessorium* is die argument dat *dominium* deur blote ooreenkoms oorgegaan het veel sterker want die verkryger het eienaar geword, selfs al het hy die saak nie werklik fisies hanteer nie en selfs al het daar geen sigbare verandering in fisiese beheer plaasgevind nie. Hy het eienaar geword op die oomblik toe die verbintenisskeppende ooreenkoms gesluit is, want van daardie tydstip af het die voormalige eienaar opgehou om vir sigself te beheer. Hy het fisiese beheer voortaan namens die nuwe eienaar uitgeoefen.

2.4.4 Uitwendige abstraksie: die iusta causa*-vereiste*

2.4.4.1 Inleiding

Nadat *mancipatio* en *in iure cessio* in onbruik verval het en die onderskeid tussen *res mancipi* en *res nec mancipi* ook verdwyn het, was *traditio* die enigste wyse waarop eiendomsreg in die klassieke reg op alle sake oorgedra is. Daar is reeds hierbo aangetoon dat die vormlose verskaffing van fisiese beheer *corpore et animo* een van die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* was. Daarbenewens moes fisiese beheer uit hoofde van 'n *iusta causa* verskaf gewees het:[249]

> Blote *traditio* is nie voldoende om eiendomsreg oor te dra nie. Dit gebeur slegs indien lewering uit hoofde van 'n voorafgaande koopkontrak of ander soortgelyke *iusta causa* uitgevoer word. Die *traditio* geskied dan juis op grond van sodanige *iusta causa*.[250]

Dit is opvallend dat daar tussen *causa* en *traditio* onderskei word.[251] In hierdie opsig verskil die klassieke reg van die oud-Romeinse reg wat die

---

249 Afgesien van lewering en 'n *causa*, is ook vereis dat die vervreemder beskikkingsbevoeg moes gewees het.

250 *Digesta* 41.1.31 *pr*: "Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur (eie vertaling)". Sien ook Gaius *Institutiones* 2.19-20. Pugsley 1974 *THRHR* 13 ev, 1975 *THRHR* 326-327 meen egter dat 'n *iusta causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg by wyse van *traditio* was nie. *Digesta* 41.1.31 *pr* is volgens hom nie oorspronklik nie, maar gewysig.

onderskeid nie geken het nie. Kontraksluiting en die uitvoering daarvan deur die verskaffing van fisiese beheer was een enkele regshandeling wat gelyktydig plaasgevind het.[252] Die skeiding tussen die twee handelinge het eers plaasgevind toe dit gebruiklik geword het om geld as betaalmiddel aan te wend. Ander faktore wat tot hierdie onderskeid bygedra het, is onder andere die feit dat koop en *mancipatio* (oordrag) as afsonderlike handelinge onderskei is en die feit dat die konsensuele ooreenkoms reeds tydens die voor-klassieke tyd ontwikkel het.[253]

Iusta causa as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* het voortgespruit uit die toepassing van die *actio Publiciana* by *usucapio*.[254] Voordat die *praetor* die *actio* beskikbaar gestel het aan die persoon wat fisies in beheer was en wat om beskerming aangeklop het, wou hy waarskynlik weet op watter wyse die verkryger fisiese beheer verkry het. In hierdie proses het die *praetor* verskillende *causae* geformuleer en van die verkryger verwag om aan te toon of hy die saak gekoop, gehuur, geleen of as 'n geskenk ontvang het.[255]

2.4.4.2 Die funksie van die iusta causa

Dit is reeds gesê dat die blote verskaffing van fisiese beheer nog nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg gehad het nie. Ten einde eiendomsoordrag deur *traditio* te kon bewerkstellig, moes fisiese beheer uit hoofde van 'n *iusta causa* aan die verkryger verskaf word, 'n vereiste wat nie vir

---

251 Nieteenstaande die onderskeid het sommige klassieke juriste in vele tekste bloot van koop gepraat, en daarmee bedoel dat 'n koopkontrak gesluit is en dat lewering reeds plaasgevind het.

252 Raadpleeg ook die bespreking hierbo by hfst 2.2.3.

253 Diósdi *Ownership* 140-141, 143; Feenstra *Grondslagen* 62; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 212; Honsell *Römisches Recht* 158; Kaser *Privatrecht* I 546; Zimmermann *Obligations* 237-238; Lokin *Overdracht* 11-12. Maar sien Kaser *Privatrecht* I 417 en Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 212 wat te kenne gee dat die onderskeid selfs in die klassieke tyd nie altyd so duidelik was nie, veral nie in geval van kontantkoop (*Barkauf*) nie. Die *causa* was nie 'n selfstandige regshandeling nie, maar 'n konstitutiewe element van *traditio* (die saaklike oordragshandeling).

254 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.2. 'n *Iusta causa* was 'n vereiste vir die verkryging van eiendomsreg deur verjaring. Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 144.

255 Die oudste *causa* was die koop. Later is beskerming ook in ander gevalle verleen. Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 164-165, 170-171.

eiendomsoordrag deur *mancipatio* en *in iure cessio* gestel is nie.[256] Die rede waarom 'n *iusta causa* nie by hierdie regshandelinge 'n vereiste was nie maar wel vir oordrag deur *traditio*, is omdat *mancipatio* en *in iure cessio* geen ander doel kon dien as om eiendomsreg oor te dra nie. Daarteenoor was *traditio* (in die eng sin van die woord) 'n feitlike handeling waardeur fisiese beheer verskaf is wat verskillende regsgevolge kon gehad het. Soms het die verkryger *possessio ad interdicta* verkry (byvoorbeeld die pandhouer, pagter en prekaris), soms het hy *possessio naturalis* (*detentio*) verkry (soos in geval van huur, bruikleen en bewaargewing) en in ander gevalle *possessio civilis*, wat van so 'n aard was dat dit tot die verkryging van eiendomsreg aanleiding kon gee.[257]

Dit was daarom nodig om duidelik aan te toon in watter omstandighede die verskaffing van fisiese beheer oordrag van *possessio*, *detentio* of *dominium* tot gevolg gehad het. Die begrip *iusta causa* het hier die doel gedien om die verskillende gevalle van mekaar te onderskei. Indien fisiese beheer oorgedra is uit hoofde van 'n huurkontrak (*locandi causa*), bewaargewing (*deponendi causa*), bruikleen (*commodandi causa*) of werkaanneming, het die verkryger nie eienaar geword nie, maar houer.[258] Hierdie regshandelinge het dus nie as *iustae causae* vir die oordrag van eiendomsreg gekwalifiseer nie. Daarteenoor, indien fisiese beheer oorgedra is uit hoofde van 'n koop (*causa emptionis*), skenking (*causa donandi*), bruidskat (*causa dotis*), geldlening (*causa credendi*), voldoening (*solutionis causa*) of betaling (*causa solvendi*), het eiendomsreg wel op die verkryger oorgegaan.[259] Die funksie van die *iusta causa* was dus

---

256 By hierdie twee wyses van oordrag was die nakoming van formaliteite absoluut noodsaaklik. Feenstra *Grondslagen* 62; Lokin *Overdracht* 16.

257 Kaser *Privatrecht* I 416-417; Feenstra *Grondslagen* 47, 57, 63; Van der Walt *Houerskap* 78-83; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 176-177; Dondorp en Schrage *Levering* 17.

258 Kaser *Privatrecht* I 416-417; Feenstra *Grondslagen* 63; Pugsley 1974 *THRHR* 16-17; Dondorp en Schrage *Levering* 17.

259 Kaser *Eigentum und Besitz* 195 ev; Kaser *Privatrecht* I (1955) 351; De Zulueta *Gaius* 61; Feenstra *Grondslagen* 62, 71; Honsell *Römisches Recht* 158; Hazewinkel - Zuringa *Mancipatio* 170-171, 180. Daar was nie 'n geslote getal *causae* nie. Die *praetor* kon in 'n bepaalde geval na goeddunke en afhangende van die omstandighede enige *causa* erken.

onder andere om te bepaal of die verkryger deur verskaffing van fisiese beheer interdikbesitter, houer dan wel eienaar geword het. Hy sou eienaar geword het indien die *causa* van so aard was dat dit tot eiendomsoordrag aanleiding kon gee.[260]

2.4.4.3 Die betekenis van die begrip iusta causa

Letterlik vertaal beteken *causa* "rede" of "oorsaak", en *iusta* beteken "geskikte", "gepaste" of "regmatige".[261] Die begrip *iusta causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg het met ander woorde beteken dat daar regtens 'n geskikte of gepaste rede vir die oordrag van eiendomsreg moes wees. Soos wat reeds duidelik is uit die voorbeelde hierbo, was die *iusta causa* dus een of ander regsfeit, byvoorbeeld 'n voorafgaande verbintenis soos 'n koop of ruil,[262] wat die vervreemder verplig het om te lewer en wat gedien het as regverdiging daarvoor dat eiendomsreg deur verskaffing van fisiese beheer oorgedra word.[263] Die verskaffing van fisiese beheer, aan die ander kant, was bloot 'n feitelike oordragshandeling waardeur die verpligting nagekom is en waardeur regte oorgedra is, verander het of tot niet gegaan het.[264] Hieruit blyk dat die verkryger voor *traditio* 'n vorderingsreg gehad het wat op die ooreenkoms gegrond was.[265] Nadat *traditio* plaasgevind het, het hy eiendomsreg op die saak verkry (mits aan die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg voldoen is). Die Romeine het egter nie hierdie verskil in die aard van die verkryger se reg voor en na *traditio* regswetenskaplik fundeer nie, hulle het bloot

260 Dit wil dus voorkom of daar 'n oorvleueling was tussen die funksie van die *animus*-element en die funksie van die *causa*.

261 Hieronder sal aangetoon word dat dit ook "regsgeldig" kon beteken.

262 Ook 'n onregmatige daad of *legatum per damnationem* (testament), maar nie 'n huurkontrak of pandooreenkoms nie.

263 Feenstra *Grondslagen* 62; Kaser *Privatrecht* I 416-417; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 63.

264 Kaser *Privatrecht* I 546; Zimmermann *Obligations* 239-240, 271; Diósdi *Ownership* 142-143.

265 Die koopkontrak, bv, het 'n bindende afspraak tussen die betrokke partye tot stand gebring, naamlik dat die ooreengekome saak teen betaling van die koopprys gelewer sal word. Indien enige van die partye versuim het om die afspraak na te kom, kon die ander party hom op grond van die koopkontrak vir prestasie aanspreek.

tussen *actiones in personam* en *actiones in rem* onderskei.[266] Nietemin was die skeiding tussen vorderingsregte en saaklike regte deur middel van die onderskeid in aksies in die Romeinse reg aanwesig. Dié onderskeid is 'n absolute grondbeginsel waarop die sisteem en struktuur van die Romeinse reg gebou was. Mens kan die Romeinse privaatreg nie verstaan nie, tensy jy hierdie feit as gegewe aanvaar.[267]

2.4.4.4 Moes die causa objektief geldig gewees het?

2.4.4.4.1 Inleiding

Hierbo is opgemerk dat die begrip *iusta causa* vertaal kan word met "gepaste oorsaak vir oordrag". Die begrip word egter ook in 'n meer tegniese betekenis gebruik, naamlik in die betekenis van 'n "regsgeldige oorsaak". Die vraag is nou wat die presiese betekenis van die begrip *iusta causa* in die klassieke Romeinse reg was? Het dit bloot verwys na 'n "geskikte oorsaak", of na 'n "geldige oorsaak"? Was 'n objektief geldige *causa* met ander woorde 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in die klassieke Romeinse reg, al dan nie? Soos sal blyk uit die bespreking hieronder, bestaan daar geen eenstemmigheid in hierdie verband nie. Vir baie jare lank is 'n diepgaande debat oor hierdie vraag gevoer sonder dat uitsluitsel daaroor gekry is. Die probleem is dat daar weinig tekste is waarin hierdie aangeleentheid direk aangespreek word omdat dit vir die klassieke Romeinse juriste geen strydvraag was nie.[268]

Hierdie aangeleentheid hou natuurlik direk verband met die vraag of 'n abstrakte dan wel 'n kousale stelsel in die klassieke Romeinse reg van toepassing was. Indien 'n objektief geldige *causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was, was 'n kousale stelsel van toepassing. Dit beteken dat eiendomsreg nie sou oorgaan nie indien oordrag uit hoofde

---

266 Delport *Lewering en Registrasie* 20 ev.
267 Kaser *Privatrecht* I 228; Delport *Lewering en Registrasie* 22; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 54; Feenstra *Grondslagen* 10-11.
268 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 76-77.

van 'n nietige *causa* plaasgevind het.[269] Daarteenoor, indien die *causa* nie objektief geldig hoef te gewees het nie en 'n geskikte *causa* voldoende was vir die oordrag van eiendomsreg, was 'n abstrakte stelsel van toepassing. Dit beteken dat eiendomsreg op die verkryger kon oorgaan selfs al was die *causa* nietig (uitwendige abstraksie). Die twee stelsels verskil dus van mekaar, onder andere wat betref die verhouding wat daar tussen die verbintenisskeppende regshandeling (*causa*) en die oordrag van eiendomsreg deur die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) bestaan. Terwyl die *causa* en *traditio* in 'n abstrakte stelsel van mekaar losgemaak is,[270] is daar in 'n kousale stelsel 'n baie nou band tussen die verskillende elemente. Die beantwoording van die vraag of 'n objektief geldige *causa* 'n vereiste vir die oordrag in die klassieke reg was, al dan nie, sal dus ook meer duidelikheid bring betreffende die vraag of kenmerke van enige van die twee stelsels aangetref is. Ons is veral geïnteresseerd daarin om te weet of enige kenmerke van die uitwendige abstraksie aangetref kan word.[271]

Digesta 41.1.31 *pr* waarna reeds hierbo verwys is, word dikwels aangehaal[272] as sou dit steun bied vir die kousale stelsel omdat die begrip *iusta causa* na bewering vir Paulus 'n tegniese betekenis gehad het, naamlik "geldige rede".[273] Van Oven[274] wys egter daarop dat hierdie teks nie werklik gesag vir 'n kousale stelsel is nie, want dit kom voor in 'n gedeelte wat handel oor *fiduciae causae* wat nie by wyse van *traditio* oorgedra is nie. Twee ander tekste wat dikwels aangehaal word en wat direk op hierdie onderwerp van toepassing is, is dié van Julianus in *Digesta* 41.1.36 en Ulpianus in *Digesta* 12.1.18 *pr.* Die probleem is net, soos wat

---

269 Die regsgevolge van lewering is afhanklik van die geldigheid van die *causa*. Lokin *Leerstukken* 167-168; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 75.
270 Hulle is streng geskei en bestaan onafhanklik van mekaar. Nietigheid van die *causa* beïnvloed nie die geldigheid van die oordrag nie.
271 Sien die bespreking in hfst 1.6.2 in verband met die begrip *uitwendige abstraksie*.
272 Sien bv Lokin *Leerstukken* 167.
273 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 77.
274 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 77.

uit die bespreking hieronder sal blyk, dat hierdie twee tekste oënskynlik teenstrydig is.

2.4.4.4.2 Die teenstrydigheid tussen Julianus en Ulpianus

In *Digesta* 41.1.36 kom die geval ter sprake waar die oordraggewer 'n stuk grond oorgedra het terwyl hy onder die indruk verkeer het dat hy uit hoofde van 'n testament daartoe verplig is, maar die verkryger oordrag aanvaar het op die veronderstelling dat dit uit hoofde van 'n *stipulatio* aan hom verskuldig was. Die vraag wat beantwoord moes word, was of eiendomsreg oorgegaan het indien die partye nie eenstemmig was betreffende die grondslag uit hoofde waarvan (of rede waarom) die saak gelewer is nie. Julianus het die standpunt ingeneem dat eiendomsreg nieteenstaande dwaling in die beweegrede wel oorgegaan het, en het hom soos volg uitgelaat:

> Wanneer ons eens is oor die saak wat gelewer word, maar ons is nie eenstemmig met betrekking tot die rede (*causa*) daartoe nie, byvoorbeeld, as ek meen dat ek uit hoofde van testament verplig is om 'n stuk grond aan jou oor te dra, maar jy onder die indruk verkeer dat die grond uit hoofde van 'n *stipulatio* verskuldig is, sien ek nie waarom lewering geen regsgevolg sou hê nie. Want ook as ek geld aan jou oorhandig by wyse van skenking, en jy dit aanneem op die veronderstelling dat ek die geld aan jou leen, staan dit vas dat eiendomsreg op jou oorgaan. Die feit dat ons verskil betreffende die rede (*causa*) waarom die geld oorhandig en ontvang is, doen nie daaraan afbreuk nie.[275]

Hierdie teks word dikwels aangehaal as gesag vir die standpunt dat 'n abstrakte stelsel in die klassieke Romeinse reg van toepassing was.[276] Die skrywers wat hierdie interpretasie voorstaan, aanvaar blykbaar dat daar nie 'n geldige testament was nie en ook nie 'n geldige *stipulatio* nie.[277] As hierdie interpretasie reg sou wees,[278] is kenmerke van die *uit-*

---

275 *Digesta* 41.1.36 (Julianus): "Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus (eie vertaling)".

276 Sien bv Dondorp en Schrage *Levering* 22.

277 Dit is egter nie duidelik waarom hulle dink dat daar nie 'n geldige testament of *stipulatio* was nie. Indien dit hulle standpunt is dat die dwaling in die beweegrede (of dwaling betreffende die *causa* uit hoofde waarvan oorgedra is) verhinder het dat 'n geldige verbintenis tot stand kom, kan daar nie met hulle saamgestem word nie. Die

wendige abstraksie in die Romeinse reg aangetref, want oordrag van eiendomsreg sou dan nie van 'n geldige voorafgaande verbintenis afhanklik gewees het nie – eiendomsreg het oorgegaan selfs al was daar nie 'n *iusta causa* nie.

Julianus meen dat die geval waar die oordraggewer geld oorhandig met die bedoeling om dit te skenk (*donatio*), maar die oordragnemer die geld aanvaar terwyl hy onder die indruk verkeer dat dit aan hom geleen word (*mutuum*/verbruikleen), steun bied vir sy standpunt dat eiendomsreg tog oorgaan. Op die oog af is dit vreemd dat hy hierdie situasie vergelyk met oordrag uit hoofde van 'n testament/*stipulatio* omdat die twee gevalle in wesenlike opsigte van mekaar verskil:[279]

(a) *Mutuum* (geldlening/verbruikleen) was 'n reële ooreenkoms en nie 'n konsensuele ooreenkoms nie. Dit beteken onder andere, dat wilsooreenstemming nie die enigste grondslag vir totstandkoming van die ooreenkoms was nie.[280] Die blote ooreenkoms om te leen was nie voldoende om 'n kontrak tot stand te bring nie, die saak moes ook gelewer word. Dit kan daarom ook 'n oordragsooreenkoms ('n feitlike handeling) genoem word. *Donatio* (skenking) was nie 'n reële ooreenkoms nie en ook nie 'n konsensuele ooreenkoms nie.[281] Dit het egter met *mutuum* ooreengestem deurdat dit nie deur blote wilsooreenstemming tot stand gekom het nie, maar eers deur lewering van 'n saak.[282]

---

dwaling in die beweegrede beïnvloed nie die totstandkoming of geldigheid van die testament of *stipulatio* nie, dit het slegs op die oordragshandeling betrekking gehad.

278 Omdat die betrokke teks nie in hierdie verband duidelik is nie, is dit ook vatbaar vir die interpretasie dat daar wel 'n geldige testament/*stipulatio* (*causa*) was. Die implikasies van hierdie interpretasie sal later bespreek word.

279 Zimmermann *Obligations* 153-154, 481.

280 Wilsooreenstemming was reeds in die klassieke tyd 'n vereiste vir die totstandkoming van alle kontrakte, ook reële kontrakte. Sien bv *Digesta* 2.14.1.3 en *Digesta* 18.1.1.2. By hierdie kontrakte was dit egter nie die enigste vereiste nie, die saak moes ook gelewer word. Sien ook Pernice *1880 ZHR* 107; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 255, 273; Zimmermann *Obligations* 564-565.

281 Dit het nie mooi ingepas by kategorieë van kontrakte wat in die klassieke reg erken is nie en was nie 'n selfstandige regshandeling nie.

282 *Digesta* 39.5.1 en 10, 39.5.19.2; Zimmermann *Obligations* 480-481.

(b) In geval van *donatio* en *mutuum* het eiendomsreg op die verkryger oorgegaan gelyktydig met oordrag/ontvangs van die saak. By 'n geldlening (*mutuum*) het die verkryger deur vermenging eienaar van die geld geword, selfs al was die bedoeling dat hy verplig sou wees om die bedrag wat betaal is, terug te gee.[283]

(c) In geval van 'n testament/*stipulatio* het die vervreemder die saak gelewer omdat hy uit hoofde van 'n voorafgaande regsfeit (*causa*/ verbintenis) verplig was om die saak te lewer. In geval van *donatio* en *mutuum* was daar geen verpligting op die oordraggewer om te lewer nie, want daar was geen voorafgaande verbintenis nie. So 'n *causa* was ook nie 'n vereiste vir oordrag nie. Eiendomsreg het op die verkryger oorgegaan deur oordrag en ontvangs van die saak, selfs al was daar nie 'n verbintenis wat tot lewering verplig nie.

(d) In geval van 'n skenking het die vervreemder die saak uit goedhartigheid gelewer (bloot omdat hy wil), en in geval van 'n geldlening omdat hy gevra is en daartoe ingewillig het, alhoewel hy nie verplig was nie. Die begrip *causa* het dus nie na 'n voorafgaande verbintenis of regsfeit wat tot lewering verplig verwys nie (want dit was nie die rede waarom die saak gelewer is nie), maar na die feit dat die vervreemder die geld oorhandig het met die bedoeling om dit te skenk (*donandi causa*) of te leen (*credendi causa*).[284]

(e) *Donatio* het geen verbintenisse tot stand gebring nie.[285] Die klassieke Romeinse reg het nie iets soos 'n verbintenisskeppende skenking geken nie. Indien die partye bedoel het dat die skenkingsbelofte afdwingbaar sou wees, moes hulle 'n *stipulatio* aangaan wat 'n verplig-

---

283 Hy hoef natuurlik nie dieselfde munte wat aan hom oorhandig is terug te gee nie, hy moes bloot 'n bedrag geld wat in waarde gelykstaande was aan die bedrag wat hy ontvang het, teruggee.

284 Die bedoeling om te skenk of te leen was dus die *iusta causa traditionis* - die rede waarom gelewer is en die grondslag vir oordrag van eiendomsreg. Zimmermann *Obligations* 480-481.

285 Dit het wel ander regsgevolge gehad, soos bv dat eiendomsreg met oordrag van die saak op die verkryger oorgegaan het en die vervreemder die saak dus nie kon terugeis nie. Zimmermann *Obligations* 480-481.

ting tot stand gebring het. *Mutuum* het in hierdie opsig van *donatio* verskil aangesien 'n eensydige verbintenis deur oorhandiging van die saak tot stand gekom het.[286]

(f) Alhoewel *donatio* en *mutuum* nie konsensuele ooreenkomste was nie en wilsooreenstemming nie die grondslag vir kontraksluiting gevorm het nie,[287] wil dit nie sê dat die subjektiewe geestesingesteldheid (*animus*) van die partye geen rol gespeel het nie. Daar moes tog een of ander verstandhouding wees dat die saak byvoorbeeld as 'n lening oorgedra word en dat die verkryger verplig sou wees om 'n gelykwaardige saak weer terug te gee (en dat dit nie 'n skenking is nie).[288] Indien die partye verskillende tipes ooreenkomste in gedagte gehad het, indien die een dink dat hy 'n skenking maak en die ander dat hy 'n geldlening aangaan, sou geen ooreenkoms tot stand kom nie (daar sou nie 'n skenking wees nie en ook nie 'n lening nie).

(g) Dit is ook belangrik om in te sien dat daar belangrike verskille was betreffende die aard van die dwaling. In geval van oordrag op grond van testament/*stipulatio* het die partye gedwaal oor die aard van die ooreenkoms uit hoofde waarvan gelewer word; in geval van *donatio/ mutuum* het die partye gedwaal oor die aard van die ooreenkoms wat deur lewering tot stand sou kom.

Nieteenstaande die verskille waarop gewys is, is daar ook belangrike ooreenkomste tussen lewering uit hoofde van 'n nie bestaande testament /*stipulatio* aan die een kant en lewering met die bedoeling om te skenk/ in bruikleen te gee aan die ander kant - in nie een van die situasies was daar 'n voorafgaande verbintenis wat die vervreemder verplig het om te lewer nie, nogtans het eiendomsreg oorgegaan. Voorts kan die aandag daarop gevestig word dat daar in geval van skenking/geldlening hoege-

---

286 Ontvangs van die saak het 'n verpligting op die lener geplaas om 'n soortgelyke saak terug te gee. Dit was dus nie 'n wederkerige verbintenis nie. Zimmermann *Obligations* 153-154, 480.

287 In die na-klassieke tydperk was *mutuum* waarskynlik wel 'n konsensuele ooreenkoms wat op wilsooreenstemming gegrond was. Zimmermann *Obligations* 158-161.

naamd geen ooreenkoms tot stand gekom het nie omdat die partye gedwaal het betreffende die aard van die ooreenkoms (hulle het verskillende ooreenkomste met uiteenlopende gevolge in gedagte gehad). Een van die gevolge van elkeen van die ooreenkomste was dat eiendomsreg deur lewering sou oorgaan. Indien dit geld is wat oorgedra is, het die verkryger deur vermenging eienaar geword. Omdat daar geen ooreenkoms tot stand gekom het nie, behoort eiendomsreg ook nie oor te gaan nie. Nogtans is Julianus van oordeel dat eiendomsreg tog oorgaan. Die feit dat hy hierdie twee situasies met mekaar vergelyk dui daarop dat die vraag of daar 'n geldige verbintenis (byvoorbeeld testament of *stipulatio*) of ander ooreenkoms (soos 'n skenking of geldlening) was, nie werklik vir hom belangrik was nie.[289]

Die enigste gevolgtrekking is dat Julianus slegs daarin geïnteresseerd was om te weet of die partye bedoel het om eiendomsreg oor te dra, al dan nie.[290] Indien die vervreemder die saak oorgedra het op die veronderstelling dat hy uit hoofde van 'n testament verplig was om dit te doen, is dit duidelik dat hy wel bedoel om eiendomsreg oor te dra. Indien die verkryger die saak aanvaar op die veronderstelling dat dit uit hoofde van 'n *stipulatio* aan hom verskuldig is, is dit eweneens duidelik dat hy bedoel om eiendomsreg te ontvang. In die geval waaroor hy moes beslis,[291] was dit dus duidelik dat beide partye bedoel het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, nieteenstaande die feit dat hulle gedwaal het betreffende die *causa* uit hoofde waarvan gelewer is. Ook in die geval van skenking en geldlening (*mutuum*) is dit duidelik dat beide partye bedoel om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. In geval van 'n geldlening het die verkryger nou wel deur vermenging eienaar geword, maar dit kan aanvaar word dat hy die bedoeling gehad het om eiendomsreg te verkry, want hy

---

288 Zimmermann *Obligations* 155-157.

289 Daar moet in hierdie verband ook daarop gewys word Julianus die begrip *causa* nie in 'n tegniese betekenis gebruik nie, maar bloot in die betekenis van *die rede waarom gelewer word*. Die betekenis van *causa* stem in beide gevalle dus ooreen.

290 Die partye se bedoeling om eiendomsreg te laat oorgaan word ook in *Digesta* 41. 1.9.3 beklemtoon.

het die geld geleen met die doel om dit te verbruik en later ander muntstukke terug te gee. Dit is hoekom hy die standpunt ingeneem het dat eiendomsreg oorgaan selfs al het daar as gevolg van dwaling betreffende die aard van die ooreenkoms geen reële ooreenkoms tot stand gekom nie, en selfs al was daar nie 'n voorafgaande verbintenis nie. Dit wil dus voorkom of daar ook kenmerke van die *inhoudelike abstraksie* by Julianus aangetref is. Hy het nie veel waarde aan die bestaan of geldigheid van 'n *causa* (voorafgaande regsfeit wat tot lewering verplig) geheg nie, maar gekonsentreer op die oordragshandeling en die vraag of die partye ten tye van lewering die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra, welke bedoeling onafhanklik van die *causa* bestaan.[292]

Ulpianus was weer van oordeel dat indien die vervreemder geld as 'n skenking oorhandig en die verkryger dit as 'n lening aanvaar, eiendomsreg nie oorgaan nie.[293] Die verkryger het dus nie eienaar geword nie:

> As ek aan jou geld as 'n skenking oorhandig en jy ontvang dit as 'n geldlening, skryf Julianus dat dit geen skenking is nie. Of dit 'n geldlening is, is egter nie seker nie. Ek is van mening dat dit nie 'n geldlening is nie en dat die verkryger nie eienaar van die munte geword het nie omdat hy dit op 'n ander veronderstelling aangeneem het. As hy die geld verbruik het sal hy, alhoewel hy aanspreeklik is met die *condictio*, die *exceptio doli* kan opwerp omdat die munte verbruik is in ooreenstemming met die wil van die gewer.[294]

Anders as Julianus, was Ulpianus dus van mening dat eiendomsreg nie op die verkryger oorgegaan het nie omdat daar nie 'n geldige reële ooreenkoms tot stand gekom het nie (een van die gevolge van so 'n ooreenkoms is dat eiendomsreg deur lewering oorgaan). Geen skenking het tot stand gekom nie en ook geen lening nie omdat die partye verskillende

---

291 Dit wil sê, oordrag uit hoofde van testament/*stipulatio*.

292 Raadpleeg ook Honsell *Römisches Recht* 159; Dondorp en Schrage *Levering* 22; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 67; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 135.

293 Ulpianus het hom nie uitgelaat oor die geval waar oordrag uit hoofde van 'n testament/*stipulatio* plaasgevind het nie.

294 *Digesta* 12.1.18 *pr* (Ulpianus): "Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse: Sed an mutau sit, videndum. Et puto nec mutuam esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. Quare si eos consumpserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti (eie vertaling)".

ooreenkomste in gedagte gehad het. Daar was dus nie wilsooreenstemming betreffende die aard van die ooreenkoms en die rede (*causa*) waarom gelewer word nie.[295] Omdat eiendomsreg nie oorgegaan het nie, kon die vervreemder die geld met die *rei vindicatio* opvorder. Die verkryger is egter tog in 'n mate beskerm. Indien hy die geld reeds gebruik het, kon die oordraggewer nie meer die *rei vindicatio* instel nie, maar wel 'n *condictio*.[296] Die verkryger kon homself dan met die *exceptio doli* verweer omdat die oordraggewer immers die geld oorgedra het met die bedoeling dat dit deur die verkryger verbruik word. Die argument is dat die oordraggewer die geld in die hande van die verkryger moet laat omdat hy immers bedoel het om dit te skenk.

Die Ulpianus-teks word dikwels aangehaal as gesag vir die standpunt dat 'n kousale stelsel in die klassieke Romeinse reg van toepassing was omdat daar aangedring word op 'n geldige *causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg.[297] Dit wil sê, daar moes 'n geldige voorafgaande verbintenis wees wat tot lewering verplig; 'n putatiewe of gesimuleerde *causa* was nie voldoende nie.[298]

Talle pogings is aangewend om aan te toon dat die twee tekste nie direk met mekaar in stryd is nie, maar dat dit versoen kan word.[299] Daar is byvoorbeeld aangevoer dat die woord *mancipatio*, en nie *traditio* nie, deur Julianus gebruik is. In die oorspronklike teks van Julianus sou die grond

---

295 Wilsooreenstemming was vir alle kontrakte, ook die reële kontrakte, 'n vereiste. 'n Geldige reële ooreenkoms sou slegs deur lewering tot stand kom indien die partye eenstemmig was met betrekking tot die aard van die ooreenkoms. Die ooreenkomste het immers verskillende regsgevolge gehad. In geval van 'n skenking hoef die verkryger die saak nie terug te gee nie, maar in geval van 'n lening wel. As die partye gedwaal het oor die aard van die ooreenkoms (*error in negotio*), sou geen kontrak tot stand gekom het nie. Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 257, 273.

296 In die Romeinse reg het die verkryger van geld eiendomsreg op 'n oorspronklike wyse verkry deur verbruik of vermenging. Indien die geld nie meer geïdentifiseer kon word nie, was dit immers nie meer moontlik om die *rei vindicatio* in te stel nie.

297 Sien bv Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 78-79; Dondorp en Schrage *Levering* 21-22; Honsell *Römisches Recht* 159; Wolf *Error* 102; Lokin *Overdracht* 168; Lokin *Leerstukken* 168; Wubbe *Privaatrecht* 119-120; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 63-64; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 140, 164-165.

298 'n Putatiewe *causa* is bv waar die partye lewer op die veronderstelling dat daar 'n geldige *causa* was en dat hulle daaraan gebonde is, terwyl dit nie die geval was nie.

299 Sien Lange *Kausale Element* 64.

dus by wyse van *mancipatio* oorgedra gewees het. Dit sal dan verklaar waarom hy van oordeel was dat eiendomsreg tog oorgegaan het, want *mancipatio* was 'n abstrakte handeling waarvoor 'n *iusta causa* geen vereiste was nie. In die tyd van Justinianus is die woord *mancipatio* egter met *traditio* vervang, en dit is die rede waarom Ulpianus (wat 'n eeu later as Julianus geleef het) van oordeel was dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie, want 'n *iusta causa* was 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio*. Dit sou dan die rede vir die verskillende standpunte van Julianus en Ulpianus gewees het.[300]

Ingevolge 'n ander poging is die twee tekste nie met mekaar in stryd nie omdat Julianus, soos Ulpianus, wel 'n geldige voorafgaande verbintenis (*iusta causa*) vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* vereis het. Hulle was dus eenstemmig daaroor dat *traditio* 'n kousale handeling was en nie abstrak nie. Die argument is dat alhoewel Julianus van oordeel was dat daar geen skenking is nie, hy nogtans die standpunt ingeneem het dat daar tog 'n geldige lening (*mutuum*) op die tydstip waarop die geld aan die verkryger oorhandig is, tot stand gekom het.[301] Dit is hoekom hy meen dat eiendomsreg oorgaan. Hy het eenvoudig aanvaar dat 'n persoon wat geld onherroeplik aan 'n ander skenk ook bereid sou wees om die geld te leen.[302] Die enigste verskil tussen die twee skrywers is daarin geleë dat Ulpianus van oordeel was dat daar nie 'n geldige lening was nie en ook nie 'n skenking nie, terwyl Julianus weer van oordeel was dat daar tog 'n geldige geldlening was. Hulle het dus bloot verskil oor die vraag of 'n geldige ooreenkoms tot stand gekom het al dan nie.[303]

---

300 Honsell *Römisches Recht* 159; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 136-137; Hijmans *Zakenrecht* 108; Pflüger *Zwei Digestenstellen* 44. Maar sien Dondorp en Schrage *Levering* 21 wat hierdie verklaring verwerp omdat daar dan geen verband met die res van die teks sou wees nie.

301 Dit wil voorkom asof Ulpianus hom ook so verstaan het.

302 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 138; Van Oven *Causa en Levering* 31; Pflüger *Zwei Digestenstellen* 45; Pflüger *Eigentum* 20; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 67-68; Wolf *Error* 107; Lange *Kausale Element* 67-69.

303 Daar kan selfs 'n sterk argument uitgemaak word daarvoor dat die *causa* in beide gevalle wat Julianus bespreek uit 'n *solutio* bestaan het - dit wil sê, die voldoening van 'n verpligting uit 'n *stipulatio* en testament (die uitkering van 'n damnasielegaat).

Van Oven is egter van oordeel dat hierdie poging om die tekste te versoen nie suksesvol is nie.[304] Sy probleem is dat Julianus die vraag of 'n lening (*mutuum*) tot stand gekom het, nie behandel het nie.[305] Die volgende woorde, naamlik *sed an mutua sit, videndum* wat in die teks van Ulpianus gebruik word, sou dan eintlik aan Julianus toegeskryf moet word, wat nie gedoen kan word nie. Indien dit wel van Julianus afkomstig was, sou Ulpianus ons sekerlik ook gesê het wat Julianus se antwoord op die vraag was en dit sou nie uit die Julianus-teks geskrap gewees het nie. Die feit is dat Julianus hierdie vraag glad nie gestel het nie, of omdat hy die ontkenning daarvan as vanselfsprekend geag het, of omdat dit vir hom nie belangrik was nie.[306] Dit moet ook in gedagte gehou word dat die primêre vraag wat Julianus wou beantwoord het, was of eiendomsreg in die grondstuk op die verkryger oorgegaan het, al dan nie. Hy het slegs na die voorbeeld wat op oordrag van die geld betrekking het verwys as stawing van sy standpunt dat eiendomsreg wel oorgaan.[307] 'n Verdere punt van kritiek teen hierdie versoeningspoging, is dat *donatio* en *mutuum* nie verbintenisskeppende ooreenkomste was nie en dus nie as *causae* vir lewering kon dien nie.

Die siening dat Julianus tog 'n geldige *causa* vir die oordrag van eiendomsreg vereis het, is egter nie heeltemal vergesog nie. *Digesta* 41.1.36 is naamlik vatbaar vir die interpretasie dat daar wel 'n geldige regsfeit/ *causa* was wat die vervreemder verplig het om die grondstuk oor te dra, alhoewel dit onseker was of dit 'n testament dan wel 'n *stipulatio* was.[308]

Indien wel, dan was daar in elke geval 'n geldige *causa*. Dondorp en Schrage *Levering* 21 vn 8; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 120 en 123.

304 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 78 vn 47.

305 Aanvanklik het Van Oven *Causa en Levering* 30-31 die standpunt ingeneem dat Julianus wel van oordeel was dat 'n *mutuum* tot stand gekom het. In *Romeinsch Privaatrecht* 78 vn 47 korrigeer hy homself egter en meen dat dit nie die geval was nie.

306 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 227-228. Sien ook Wolf *Error* 104 ev. Hierbo is reeds daarop gewys dat daar weens dwaling nie 'n geldige lening tot stand kon kom nie. Van Oven is dus waarskynlik reg as hy sê dat Julianus van oordeel was dat daar nie 'n geldige lening tot stand gekom het nie.

307 Honsell *Römisches Recht* 159.

308 Meer as een interpretasie is moontlik omdat Julianus nie vir ons sê of daar wel 'n geldige *causa* was al dan nie. Die ander moontlike interpretasie is dat daar nie 'n

Hierdie siening word, onder andere, geregverdig deur die feit dat dwaling betreffende die *causa* uit hoofde waarvan oorgedra is (testament/*stipulatio*) nie die geldigheid van die voorafgaande regsfeit beïnvloed nie; dit het in werklikheid slegs op die oordragshandeling (*traditio*) betrekking.[309] Eiendomsreg het volgens Julianus dus oorgegaan omdat daar of 'n testament, of 'n *stipulatio* was.[310] Hierdie interpretasie word egter in die wiele gery deur die feit dat Julianus oordrag uit hoofde van 'n testament /*stipulatio* vergelyk met *donatio/mutuum*. Indien aanvaar word dat daar wel 'n geldige testament of *stipulatio* was, sou die vergelyking geen sin maak nie omdat die twee gevalle in wesenlike opsigte van mekaar verskil.[311] In die een geval (testament/*stipulatio*) sou daar 'n verpligting om die saak oor te dra gewees het, maar in die ander geval (*donatio/ mutuum*) sou daar geen verpligting op die vervreemder gewees het om die saak te lewer nie. Eiendomsreg sou op die verkryger oorgegaan het deur oordrag van die saak, selfs al was daar nie 'n voorafgaande verbintenis nie.

Van Oven meen dat dit onmoontlik is om die twee tekste met mekaar te probeer versoen. Al wat mens volgens hom kan doen, is om te aanvaar dat daar inderdaad 'n meningsverskil tussen die twee juriste was betreffende die vraag of eiendomsreg in geval van *dissensus* oor die *causa* oorgegaan het, al dan nie.[312] Indien aanvaar word dat die tekste met me-

---

geldige *causa* was nie (daar was nie 'n geldige testament nie en ook nie 'n *stipulatio* nie). Dit is reeds hierbo by hfst 2.4.4.4.2 bespreek.

309 Hierdie is die sterkste punt van kritiek teen die interpretasie waarvolgens Julianus van oordeel sou wees dat eiendomsreg, nieteenstaande 'n nietige *causa*, tog oorgaan. Omdat die dwaling op die oordragshandeling betrekking gehad het, het dit nie verhinder dat 'n geldige verbintenis tot stand kom nie. Daar was dus 'n geldige *causa*.

310 Dit sou eienaardig gewees het as beide partye (vervreemder en verkryger) foute maak en dit ten opsigte van een en dieselfde saak. Mens sou verwag dat net een fouteer het en dat daar ten minste 'n geldige testament of 'n geldige *stipulatio* sou wees.

311 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.4.4.2 waar die onderskeid in meer besonderhede verduidelik word.

312 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 78. Maar sien Pugsley 1975 *THRHR* 326 ev wat meen dat daar geen teenstrydigheid is nie. Volgens hom was Julianus van oordeel dat eiendomsreg nie oorgaan nie omdat hy die geval in gedagte gehad het waar die vervreemder dink hy skenk en die verkryger dink hy gaan 'n geldlening aan. Ulpia-

kaar strydig is, ontstaan die vraag watter een van die twee die posisie in die Romeinse reg korrek weergee? By die beantwoording van hierdie vraag moet daarop gewys word dat daar ernstige twyfel bestaan betreffende die egtheid van die Julianus-teks. Die inleidende gedeelte van die teks,[313] sowel as daardie gedeelte waar die vraag of eiendomsreg oorgaan bespreek word,[314] is waarskynlik die resultaat van interpolasies. Iemand anders as Julianus het later nie net toevoegings gemaak nie, maar ook sekere gedeeltes weggelaat. Die oorgelewerde teks is dus nie volledig nie.[315]

Afgesien van twyfel betreffende die egtheid van die Julianus-teks, is die opinie ook uitgespreek dat die teks nie werklik sulke sterk steun aan 'n abstrakte stelsel bied soos wat die voorstanders van die stelsel beweer nie. Dondorp en Schrage[316] is byvoorbeeld van oordeel dat 'n meer genuanseerde benadering ten opsigte van die teks moontlik is, naamlik dat dit nie soseer dui op 'n abstrakte stelsel nie, maar eerder 'n "verswakte kousale stelsel". Daar kan volgens hulle geargumenteer word dat Julianus (gegewe die besondere omstandighede van die betrokke geval) van mening was dat *traditio* wel regsgevolge gehad het omdat die partye minstens onder die indruk was dat daar 'n *causa* was.[317] Dit moet volgens die skrywers ook nie uit die oog verloor word nie dat, alhoewel die partye nie eens was betreffende die *causa* nie, daar heelwat ander aspekte was waaroor hulle wel eenstemmig was. In die geval waar grond oorgedra is,

---

nus was weer van oordeel dat eiendomsreg nie oorgaan nie, maar hy het die geval in gedagte gehad waar die oordraggewer dink hy oorhandig die geld as 'n lening en die verkryger dink dit word aan hom geskenk.

313 Naamlik: "Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in causis vero dessentiamus non animadverto, cur inefficax sit traditio".

314 Naamlik: "Constat proprietatem ad te transire nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus".

315 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 78 noot 47; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 135, 137, 139-140; Ehrhardt *Iusta Causa* 137; Wolf *Error* 104 ev; Fuchs *Iusta Causa* 135; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 68-69. Van Oven wys op pogings om die teks te rekonstrueer, maar dit berus bloot op spekulasie. Maar sien Pugsley 1975 *THRHR* 324-325 wat ontken dat die teks geïnterpoleer was. Dit is oorspronklik.

316 Dondorp en Schrage *Levering* 21-22. Sien ook Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 67.

317 Al *was daar objektief gesproke geen geldige causa nie.* Kritiek teen hierdie standpunt is dat, as 'n putatiewe *causa* voldoende was vir die oordrag van eiendomsreg, dan was dit 'n abstrakte stelsel.

was daar wel ooreenstemming betreffende die aard en omvang van die verpligting. In die geval van die betaling van 'n geldsom, was daar wel ooreenstemming betreffende die oogmerk van lewering, naamlik om eiendomsreg in die munte oor te dra.[318] In beide gevalle was daar verder ook ooreenstemming met betrekking tot die saak wat oorgedra is, naamlik die grond en die munte. Dit alles illustreer die feit dat selfs volgens Julianus se siening daar nie so 'n duidelike onderskeid tussen die *causa* en die oordrag was nie. Die twee elemente was nie so onafhanklik van mekaar soos wat deur voorstanders van die abstrakte leer beweer word nie. Daar moet verder daarop gewys word dat Julianus slegs oordrag van eiendomsreg toelaat in die lig van die besondere feite van die betrokke geval waaroor dit in die teks gaan, en wel omdat dit billik is.[319] Dondorp en Schrage is dus van mening dat hierdie teks nie sterk steun aan 'n abstrakte stelsel bied nie.

In die lig van bostaande bespreking is dit nie vreemd nie dat baie skrywers aanvaar dat Ulpianus die posisie in die Romeinse reg korrek weergee (in elk geval wat die laat-klassieke reg betref). 'n *Iusta causa* in die betekenis van 'n objektief *geldige causa* was dus volgens hulle wel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio*.[320] *Traditio* was derhalwe kousaal. Soos wat hieronder aangetoon sal word, het daar op hierdie algemene reël sekere uitsonderings bestaan.[321]

Die grondslag vir die standpunt dat Ulpianus 'n *iusta causa* vereis het, is egter nie duidelik nie. Die teks het nie te make met die geldigheid van 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms as vereiste vir die oor-

---

318 Die verkryger het eienaar geword op 'n oorspronklike wyse deurdat vermenging plaasgevind het. Dondorp en Schrage *Levering* 21 noot 9. Kritiek teen hierdie standpunt is weereens dat dit eintlik 'n abstrakte siening is, want die bedoeling van die partye is deurslaggewend.

319 Julianus is dus nie gesag vir die standpunt dat 'n *causa* in ander gevalle onnodig is nie. Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 140.

320 Sien Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 78-79; Honsell *Römisches Recht* 159; Lokin *Overdracht* 168; Lokin *Leerstukken* 168; Wubbe *Privaatrecht* 119-120; Eisele 1885 *JhJ* 14-16; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 63-64; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 140, 164-165. Maar sien Hijmans *Zakenrecht* 117-118. Hy wys daarop dat ook die Ulpianus-teks geïnterpoleer is.

drag van eiendomsreg nie. In geval van *donatio* en *mutuum* was daar geen voorafgaande verbintenis wat die oordraggewer tot lewering verplig het nie. Beide ooreenkomste het deur oordrag van die saak tot stand gekom, wat terselfdertyd ook eiendomsoordrag bewerkstellig het.[322] *Donatio* en *mutuum* kon dus nie die *causae* vir lewering gewees het nie, want dit was opsigself leweringshandelinge. Die rede of grondslag (*causa*) vir oordrag was bloot die feit dat die vervreemder die bedoeling gehad het om te skenk of te leen (*donandi* en *credendi causa*). Dit deug dus nie om te sê dat Ulpianus 'n objektief geldige verbintenis ('n *iusta causa*) vir die oordrag van eiendomsreg vereis het nie, want 'n verbintenis was in hierdie gevalle geen vereiste nie. Eiendomsreg het deur lewering oorgegaan selfs al was daar geen sodanige ooreenkoms nie.[323]

Teen hierdie agtergrond kan 'n sterk argument uitgemaak word daarvoor dat Ulpianus, soos Julianus, die standpunt ingeneem het dat eiendomsreg slegs oorgaan indien dit beide partye se bedoeling is om eiendomsreg oor te dra. Hierdie siening word ondersteun deur die volgende sinsnede: "Ek is van mening dat ... die verkryger nie eienaar van die munte geword het nie omdat hy dit op 'n ander veronderstelling aangeneem het". Dit skep die indruk dat Ulpianus van oordeel was dat eiendomsreg nie op die verkryger oorgegaan het nie omdat hy nie die bedoeling gehad het om eiendomsreg te verkry nie (en nie omdat die *causa* nietig was nie). As hy die geld as lening aanvaar, is dit tog sy bedoeling om die geld weer terug te gee.[324]

Dit is daarom heeltemal verstaanbaar dat Kaser nie akkoord gaan met die siening dat 'n kousale stelsel in die klassieke tydperk van toepassing

---

321 Bv in geval van *solutio* en verkryging vanaf 'n handelingsonbevoegde persoon.

322 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.4.4.2 ivm *donatio* en *mutuum*.

323 Sien Pugsley 1975 *THRHR* 325-327 wat ook meen dat Ulpianus nie op 'n geldige *causa* aangedring het nie.

324 'n Probleem met hierdie interpretasie is die feit dat die verkryger eienaar van die geld deur vermenging geword het. Daar kan dus aanvaar word dat hy wel die bedoeling gehad het om eiendomsreg te verkry, want hy het die geld geleen met die bedoeling om dit te gebruik.

was nie.[325] *Traditio* was volgens hom abstrak. Hy is van mening dat 'n *iusta causa* aanvanklik wel vereis is, maar dat dit in die klassieke reg nie meer die geval was nie. In hierdie tydperk is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang beklemtoon en word talle voorbeelde aangetref waar eiendomsreg oorgegaan het, selfs al was daar nie 'n geldige *causa* nie.[326] Die *causa* het volgens Kaser[327] slegs 'n bewysregtelike funksie vervul, naamlik om vas te stel of die partye wel die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra. Die standpunt dat 'n geldige *causa* in die klassieke tyd die algemene reël was, berus volgens hom op die foutiewe gelykstelling van *iusta causa traditionis* met *iusta causa usucapionis*, terwyl die twee situasies van mekaar onderskei moet word.[328] In geval van die verkryging van eiendomsreg deur *usucapio* was 'n *iusta causa* wel 'n voorvereiste, maar dit was nie 'n vereiste vir oordrag deur *traditio* nie.[329] Hy meen dat daardie skrywers wat van oordeel is dat 'n kousale stelsel toegepas is, die bewysregtelike funksie van *iusta causa traditionis* nie verstaan nie en dat hulle 'n algemene reël formuleer op grond van slegs een enkele voorbeeld.[330] Dit behoort duidelik te wees dat Kaser by Julianus aansluiting vind wat hom nie veel gesteur het aan die vraag of daar inderdaad 'n *causa* was nie. Hy het meer gefokus op die oordrags-

---

325 Kaser *Privatrecht* I (1955) op 351-352. Sien ook Ehrhardt *Iusta causa* 175, Sohm *Institutionen* 288, Hijmans *Zakenrecht* 117; De Zulueta *Gaius* 61 en Pugsley 1975 *THRHR* 325 wat ook meen dat die stelsel abstrak was.

326 Die feit dat die bedoeling beklemtoon is, blyk ook uit *Digesta* 41.1.9.3. Sien ook Pugsley 1974 *THRHR* 15 wat daarop wys dat die klem op die partye se bedoeling geval het.

327 Kaser *Privatrecht* I (1955) 351-352.

328 Tekste wat op laasgenoemde betrekking het, word gebruik om eersgenoemde te regverdig. Daaruit word die gevolgtrekking gemaak dat *iusta causa traditionis* die algemene reël was.

329 Eiendomsreg het dus nie deur *usucapio* oorgegaan nie indien die *causa* op grond waarvan die saak oorgedra is, gebrekkig was. Sien bv *Digesta* 41.3.48, 41.4.2 *pr*; Kaser *Privatrecht* I (1955) 352; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 144. Feenstra *Grondslagen* 72-74 meen egter dat alhoewel sommige klassieke juriste 'n *iusta causa* vir eiendomsverkryging deur *usucapio* vereis het, dit waarskynlik nie 'n vereiste was nie. Sien ook Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 78-79; Pugsley 1974 *THRHR* 16; Lokin *Overdracht* 14 en 18; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 64; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 211-213.

330 Naamlik Gaius *Institutiones* 2.20. Sien Kaser *Privatrecht* I (1955) 352, *Privatrecht* II (1955) 202 (maar sien 1975 II 282); Pringsheim 1933 *LQR* 55 ev.

handeling en die vraag of die partye die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra al dan nie.[331]

Daar kan volstaan word met die opmerking dat die twee tekste oënskynlik met mekaar strydig is en dat dit moeilik is om aan te toon watter een van die twee korrek is. Dit wil voorkom of hulle die saak vanuit verskillende hoeke benader het. Terwyl Ulpianus die saak aanskou vanuit die vraag of daar 'n geldige *causa* was, laat Julianus die klem val op die oordragshandeling (*traditio*) en die vraag of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. 'n Faktor wat tot die verwarring aanleiding kon gee, is die feit dat die begrip *causa* in verskillende betekenisse gebruik is. By *donatio* en *mutuum* het die begrip byvoorbeeld nie na 'n voorafgaande verbintenis verwys nie, maar eerder na een of ander regsfeit wat die rede vir lewering is en dien as regverdiging vir die oordrag van eiendomsreg, soos byvoorbeeld die feit dat die vervreemder die geld oorhandig met die bedoeling om dit te skenk. In geval van oordrag uit hoofde van 'n testament en *stipulatio* het dit verwys na 'n regsfeit wat tot oordrag verplig. Julianus het dit egter nie in hierdie tegniese betekenis gebruik nie, maar bloot in die betekenis van *een of ander rede vir oordrag*. Laastens moet daarop gewys word dat alhoewel die verskil tussen Julianus en Ulpianus teoreties gesproke wesenlik was, dit in praktyk nie drasties uiteenlopende resultate opgelewer het nie. Die oplossing van Julianus was materieelregtelik van aard, terwyl Ulpianus langs 'n prosesregtelike weg byna dieselfde resultaat bereik het.[332]

Terwyl nóg Julianus nóg Ulpianus 'n klinkklare antwoord gee op die vraag of 'n abstrakte dan wel 'n kousale stelsel in die klassieke Romeinse reg van toepassing was, ontstaan die vraag of daar nie dalk ander tekste is wat steun bied vir die een of ander stelsel nie. Soos sal blyk uit die bespreking hieronder, is daar inderdaad ook ander tekste waaruit afleidings

---

331 Dit wil egter voorkom of Kaser sy standpunt in die (1971) weergawe van *Privatrecht* I op 416-417 verander het. Daar sê hy dat *traditio* in beginsel kousaal was, maar dat daar ook uitsonderings bestaan het.

332 Dondorp en Schrage *Levering* 22.

in hierdie verband gemaak kan word. Die probleem is egter weereens dat sommige tekste 'n geldige *causa* vereis en dus gesag vir 'n kousale stelsel bied, terwyl ander tekste weer gesag vir 'n abstrakte stelsel is. Hierdie tekste sal vervolgens bespreek word. In die eerste plek sal gekyk word na gevalle waar 'n *iusta causa* wel vereis was en daarna na situasies waar 'n *iusta causa* nie 'n vereiste was nie. Uit die bespreking sal blyk dat die Romeine kasuïsties te werk gegaan het en dat dit daarom moeilik is om 'n algemene reël te formuleer wat op alle situasies van toepassing was.

2.4.4.4.3 *Iusta causa* wel 'n vereiste

Verskeie statutêre bepalings en regsreëls het dikwels bepaalde regshandelinge verbied. Onwettigheid[333] het nie noodwendig nietigheid van 'n kontrak tot gevolg gehad nie. Die antwoord op die vraag of 'n regshandeling wat in stryd met sodanige bepaling aangegaan is ook nietig was, het afgehang van die aard van die betrokke wetgewing. Drie soorte wette moet in hierdie verband van mekaar onderskei word: *leges imperfectae, leges minus quam perfectae* en *leges perfectae*. Regshandelinge wat in stryd met *leges minus quam perfectae* aangegaan is, was nie nietig nie, maar die partye kon met 'n boete gestraf word.[334] Regshandelinge in stryd met 'n *lex imperfecta* was nie nietig nie; die partye kon ook nie 'n boete opgelê word nie.[335] Slegs regshandelinge wat in stryd met *leges perfectae* gesluit is, was nietig.[336] Nietige regshandelinge het oor die algemeen geen regsgevolge gehad nie.[337] Dit beteken onder andere dat in-

---

333 'n Regshandeling was onwettig indien die sluiting daarvan deur 'n wet verbied is, of indien die inhoud daarvan in stryd met 'n statutêre bepaling sou wees.

334 Voorbeelde van sodanige wetgewing is die *lex Furia testamentaria* wat die bedrag wat as legaat uitgekeer kon word beperk het; ook wetgewing wat daarop gemik was om rentekoerse wat deur 'n skuldeiser gehef kon word, te beperk. Indien 'n persoon meer geld ontvang het as waarop hy geregtig was, moes hy 'n bedrag vier keer so groot as dit wat hy te veel ontvang het, terug betaal. Zimmermann *Obligations* 698.

335 'n Voorbeeld hiervan was die *lex Cincia de donis et muneribus* wat skenkings bo 'n bepaalde bedrag verbied het.

336 Die *Senatusconsultum Macedonianum* wat onder andere 'n geldlening aan 'n *filiusfamilias* verbied het, was 'n voorbeeld hiervan.

337 Kaser *Privatrecht* I 249; Zimmermann *Obligations* 680; Van Oven *Causa en Levering* 39; Hazewinkel-Zuringa 206-207 vn 2.

dien 'n saak uit hoofde van so 'n nietige regshandeling (*causa*) oorgedra is, eiendomsreg nie op die verkryger sou oorgaan nie. Die oordraggewer het eienaar gebly en kon die saak met die *rei vindicatio* opeis van die persoon in wie se besit die saak was. Hierdie gevalle wys dat daar wel kousale elemente in die Romeinse reg aanwesig was. Die volgende voorbeelde verdien vermelding.

(a) Koopkontrak

In die klassieke tyd is heelwat wetgewende bepalings aangetref wat koopkontrakte van een of ander aard verbied het. Indien 'n kontrak tog in stryd met sodanige verbod gesluit is, was die kontrak nietig. Wat meer is, indien fisiese beheer uit hoofde van so 'n nietige kontrak oorgedra is, sou eiendomsreg nie oorgegaan het nie. Dit wil dus voorkom of daar in bepaalde gevalle op 'n geldige koopkontrak (*vera emptio*) aangedring is; 'n geldige *causa* was dus 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg.[338] Voorbeelde van sodanige verbiedinge wat nietigheid tot gevolg gehad het, is die volgende: (1) die verkoop van *fundus dotalis*; (2) die koop deur 'n *tutor* van goedere wat aan sy *pupil* behoort het; (3) die koop deur 'n *mandataris* (*procurator*) van goedere wat hy vir iemand anders te gelde moes maak;[339] (4) die *praetor* kon iemand die reg ontneem om 'n saak te vervreem - indien hy die saak nieteenstaande die verbod vervreem het, was die kontrak nietig;[340] (5) 'n vader kon sy seun in 'n testament verbied om eiendom te vervreem - indien hy dit nieteenstaande die verbod tog gedoen het, was die koop nietig.

(b) Skenkings tussen eggenote

Dit is algemeen bekend dat skenkings tussen eggenote in die Romeinse reg verbied is. Indien 'n man byvoorbeeld sy landgoed aan sy vrou geskenk het en dit aan haar oorgedra het, sou eiendomsreg nie op die vrou

338 Honsell *Römisches Recht* 158; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 143-145, 202-205, 211-213; Bechmann *Kauf* II 83.

339 Die rede vir die verbod is om te voorkom dat die *tutor* of *procurator* hulleself verryk uit dit wat aan hulle toevertrou is.

340 *Digesta* 18.1.6.

oorgegaan het nie, want die skenking was nietig omdat dit deur die reg verbied is. Die man het eienaar gebly en kon die grond met die *rei vindicatio* terugeis van haar of van derdes aan wie sy dit oorgedra het.[341]

Streng gesproke is hierdie nie 'n geval waar 'n nietige *causa* oordrag van eiendomsreg verhinder het nie, want daar was nie 'n *causa* in die betekenis van 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms wat tot lewering verplig nie. Hierbo is reeds daarop gewys dat *donatio* nie 'n verbintenisskeppende ooreenkoms was nie en dat die ooreenkoms eers tot stand gekom het deur lewering van die saak. Dit was dus nie soseer die voorafgaande skenkingsbelofte (verbintenis) wat verbied was nie, maar wel die fisiese oordrag van die saak.[342]

Dit was egter wel moontlik vir die partye om die skenkingsbelofte in die vorm van 'n *stipulatio* te giet, in welke geval 'n verpligting om te skenk tot stand gekom het.[343] Die *stipulatio* sou dan wel as 'n nietige *causa* beskou kon word. Nakoming van die skenkingsbelofte was 'n *solutio* (die voldoening aan 'n verpligting uit *stipulatio*), maar dit het nie oordrag van eiendomsreg bewerkstellig nie. Daar is ook dikwels pogings aangewend om die verbod op skenkings te omseil, deurdat die eggenote 'n koopkontrak gesluit het en op 'n minimale koopprys ooreengekom het. Sodanige koop -*causa* was egter nietig gewees. Eiendomsreg sou nie oorgegaan het nie indien die saak uit hoofde van die koop aan die vrou oorhandig is.[344]

(c) *Error in corpore*

Daar is skrywers wat die standpunt inneem dat eiendomsreg in die klassieke reg nie oorgegaan het nie indien die vervreemder as gevolg van 'n vergissing, 'n ander saak as dié waarop in die koopkontrak oor-

---

341 Vgl die volgende *Digesta*-tekste: 24.1.1; 24.1.3.10; 24.1.5.18; 24.1.6 en 24.1.36 *pr.* Raadpleeg Lokin *Leerstukken* 167-168; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 75; Kaser *Privatrecht* I 417.

342 Die verbod op die fisiese oordrag het ten doel gehad om verryking van die een eggenoot ten koste van die ander te verhoed. Skenkings wat ten doel gehad het om te versorg eerder as om te verryk is wel toegelaat. Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 181-184.

343 Zimmermann *Obligations* 480.

eengekom is, aan die koper oorgedra het.[345] Van Oven[346] merk egter op dat dit nie presies seker is wat die situasie was nie. Wat wel seker is, is dat die koper nie eienaar geword het nie indien hy *mala fide* was - indien hy bewus was daarvan dat 'n ander saak aan hom oorgedra is. Die probleem met hierdie geval is natuurlik dat die dwaling nie soseer die voorafgaande verbintenis affekteer nie. Dié ooreenkoms is reeds gesluit en die partye het reeds op die saak wat gelewer moet word ooreengekom, maar toe die ooreenkoms uitgevoer word, is 'n ander saak gelewer. Die dwaling raak dus eerder die oordragshandeling, want dit is hier waar konsensus ontbreek.[347] Dit is dus nie werklik 'n voorbeeld van 'n geval waar eiendomsreg nieteenstaande 'n gebrekkige *causa* tog oorgegaan het nie.

Die partye kon natuurlik ook ten tye van kontraksluiting gedwaal het oor die voorwerp van die kontrak. Die algemene reël in die klassieke tydperk was dat dwaling betreffende die aard van die koopsaak ten tye van kontraksluiting (*error in corpore*) verhinder het dat 'n geldige kontrak tot stand kom omdat daar nie wilsooreenstemming tussen die partye was nie.[348] In geval van *error in materia* (ook *in substantia*) is onderskei tussen gevalle waar die dwaling bloot die kwaliteit van die saak geraak het, en daardie gevalle waar dit 'n wesenlike hoedanigheid van die saak beïnvloed het. In eersgenoemde geval het daar wel 'n geldige kontrak tot stand gekom, in laasgenoemde geval nie.[349]

Die vraag of eiendomsreg deur lewering uit hoofde van 'n nietige kontrak oorgegaan het al dan nie, het daarvan afgehang of 'n kousale dan wel

---

344 *Digesta* 18.1.38. Sien ook Zimmermann *Obligations* 489.

345 Eiendomsreg sou nie oorgegaan het nie omdat geen verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa*) weens 'n gebrek aan wilsooreenstemming (dwaling) tot stand gekom het nie. Sien Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 206.

346 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 78-79.

347 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 206 is daarom van oordeel dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie omdat die oordragshandeling nietig is en nie die verbintenisskeppende ooreenkoms nie.

348 *Digesta* 18.1.9 *pr*; *Institutiones* 3.19.23. Sien ook Zimmermann *Obligations* 587-590; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 255-256. Dwaling in die beweegrede en *error in nomine* was egter nie wesenlik nie; gevolglik het sulke dwalings nie verhinder dat 'n geldige kontrak tot stand kom nie.

349 Zimmermann *Obligations* 592 ev.

abstrakte stelsel van toepassing was. Daar is reeds hierbo daarop gewys dat daar onsekerheid in hierdie opsig was, maar dit wil tog voorkom of aanvaar is dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie. In die eerste uitgawe van *Römische Privatrecht* het Kaser[350] byvoorbeeld die standpunt ingeneem dat eiendomsreg, nieteenstaande nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms weens *error in substantia/materia*, tog oorgegaan het. In die tweede uitgawe het hy dié standpunt nie weer herhaal nie en dit skep die indruk dat die standpunt in die eerste uitgawe nie korrek was nie.[351] Sy swye in hierdie opsig moet ook beoordeel word in die lig van die feit dat hy vroeër[352] van oordeel was dat 'n abstrakte stelsel in die klassieke tydperk van toepassing was, maar later[353] die standpunt ingeneem het dat die stelsel oor die algemeen kousaal was.

(d) Die prysbetalingsreël

In die voor-klassieke reg het die reël bestaan dat wanneer 'n saak uit hoofde van 'n koopkontrak oorgedra is, eiendomsreg nie op die koper oorgegaan het nie, tensy hy die volle koopprys betaal het of sekerheid gestel het.[354] Die oorgang van eiendomsreg was dus onderworpe daaraan dat die koopprys betaal is. Hierdie reël het sy oorsprong in die Twaalf Tafels[355] wat 'n bepaling bevat het wat die partye verbied om 'n koopkontrak te sluit tensy kontant betaal is of sekerheid vir betaling gestel is. In hierdie tyd was betaling een van die elemente van die kontrak – die kontrak is eers voltooi nadat die koopprys betaal is. Die Twaalf Tafels

---

350 Kaser *Privatrecht* I (1955) 352.
351 Kaser *Privatrecht* I 417.
352 Kaser *Privatrecht* (1955) 351-352.
353 Kaser *Privatrecht* I 416-417.
354 Hy moes betaling van die koopprys gewaarborg het. Sien ook Feenstra *Grondslagen* 65; Kaser *Privatrecht* I 418; Honsell *Römisches Recht* 161; Zimmermann *Obligations* 272 ev.
355 Daar is egter skrywers wat van oordeel is dat die vereiste eers later onder Griekse invloed tot stand gekom het ten einde bewys te vergemaklik. Die volgende bronne kan geraadpleeg word betreffende die oorsprong van die reël. Schindler *Kaufpreiszahlung* 555-556, 558; Pringsheim 1930 *ZSS* 434; Lange *Kausale Element* 12; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 79-81; Kaser *Privatrecht* I 418; Zimmermann *Obligations* 272; Honsell *Römisches Recht* 161; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 64; Diósdi *Ownership* 73 noot 62.

het egter geen sanksie bevat waardeur die bepaling afgedwing kon word nie. 'n Sanksie is eers deur die voor-klassieke juriste geformuleer.[356]

Hierdie reël is vir die onderhawige onderwerp van belang omdat dit die afleiding regverdig dat die stelsel in geval van oordrag uit hoofde van 'n koopkontrak nie suiwer abstrak was nie. Dit bevestig eerder dat oordrag van die *causa* afhanklik was en nie daarvan losgemaak is nie.[357] Indien betaling van die koopprys die beslissende faktor vir die oordrag van eiendomsreg was, is dit duidelik dat die koop-*causa* nie vir die oorgang van eiendomsreg irrelevant was nie. Die standpunt dat die bedoeling van die partye die beslissende element vir die oorgang van eiendomsreg is, hou in hierdie geval dus nie steek nie.[358]

In die klassieke tyd is 'n uitsondering op bogemelde reël gemaak indien die verkoper aan die koper krediet verleen het;[359] eiendomsreg het oorgegaan selfs al is die koopprys nie betaal nie. Hierdie uitsondering het natuurlik die werking van die reël in die praktyk opgehef. Indien die verkoper fisiese beheer verskaf het voordat betaling geskied het of sekerheid gestel is, is daaruit afgelei dat hy aan die koper stilswyend krediet verleen het. Die aanspreeklikheid van die verkoper weens uitwinning was egter wel afhanklik van betaling van die koopprys.[360]

Die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat eiendomsreg soms nie oorgegaan het nie indien die *causa* strydig met 'n regsreël en dus nietig was. Dit regverdig egter nog nie die afleiding dat 'n *iusta causa* deurgaans in alle omstandighede 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie, of dat 'n kousale stelsel konsekwent toegepas is nie. Elke situasie is op sy eie meriete beoordeel. Daar is ook talle ander voorbeelde

---

356 Deurdat bepaal word dat eiendomsreg nie oorgaan nie tensy kontant betaal is of sekerheid gestel is.

357 Bechmann *Kauf* I 60, 311; Ehrhardt *Iusta Causa* 10; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 64-65; Kaser *Privatrecht* I 418 ((1955) 352-353).

358 Sien Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 143-145, 209-210.

359 *Digesta* 18.1.19. Dit moet gesien word teen die agtergrond van die feit dat *traditio* in hierdie tyd al hoe meer van die *causa* losgemaak is.

wat die abstrakte leer ondersteun, gevalle waar eiendomsreg oorgegaan het, selfs al was die *causa* gebrekkig.[361] Hierdie gevalle sal vervolgens bespreek word.

2.4.4.4.4 *Iusta causa* nie 'n vereiste nie

In die onderstaande gevalle het eiendomsreg oorgegaan, nieteenstaande die feit dat die regsfeit wat tot lewering verplig het (*causa*) nietig was en selfs al was daar geen sodanige regsfeit nie, soos in geval van *solutio*.

(a) *Solutio* uit hoofde van 'n *stipulatio*

Die *stipulatio* was die vernaamste van die *contractus verbis* wat tot stand gekom het deur gebruikmaking van 'n voorgeskrewe formule. Dit was 'n mondelinge belofte waarkragtens iemand plegtig 'n prestasie aan 'n ander beloof het, deur op die voorgeskrewe wyse te antwoord op 'n bepaalde vraag wat aan hom gestel is. Die skuldeiser het die skuldenaar gevra of hy belowe om 'n bepaalde prestasie aan hom te lewer waarop die skuldenaar geantwoord het dat hy belowe.[362]

Die *stipulatio* het 'n bykans onbeperkte aanwendingsgebied gehad. Dit kon gebruik word om enige prestasie wat die partye in gedagte gehad het te beloof, byvoorbeeld vir borgstelling, bruidskat, skenking, vernuwing van 'n verbintenis (*novatio*), vir boetedoening, skulderkenning en selfs ter bevestiging van 'n bestaande verbintenis. Die *stipulatio* is dikwels abstrak geformuleer. Dit beteken dat die rede of grondslag van die prestasie nie altyd in die formule na vore gekom het nie. Die skuldenaar kon byvoorbeeld bloot belowe om 'n bepaalde bedrag te betaal. Dit is al wat uit die formule geblyk het. Die feit dat die geld as bruidskat belowe is, of as 'n skenking bedoel is, of dat dit die koopprys was wat ingevolge 'n koop-

---

360 Raadpleeg verder Honsell *Römisches Recht* 161-163; Feenstra *Grondslagen* 64-65; Kaser *Privatrecht* I 418; Honsell *Römisches Recht* 162-163; Diósdi *Ownership* 84; Pringsheim 1930 *ZSS* 348 ev.

361 Die voorstanders van die kousale leer beskou dit as uitsonderings op die algemene reël.

362 Dieselfde werkwoord moes in die vraag en antwoord voorkom, bv: Vraag: *Beloof jy (spondesne)* - Antwoord: *Ek beloof* (*spondeo*). Mettertyd is gebruik gemaak van

kontrak beding is, het nie uit die formule na vore gekom nie. In so 'n geval het gebreke in die onderliggende *causa* geen invloed op die geldigheid van die *stipulatio* gehad nie. Indien enige saak uit hoofde van die *stipulatio* oorgedra is, sou eiendomsreg vanselfsprekend oorgegaan het, selfs al was die grondliggende *causa* (byvoorbeeld koopkontrak) nietig en selfs al het daar geen voorafgaande verpligting bestaan nie.[363]

Die *stipulatio* kon egter ook so bewoord word dat die rede vir die belofte daaruit duidelik blyk, soos die volgende voorbeeld aantoon: "Belowe jy om 100 muntstukke aan my as koopprys vir Stichus te betaal?" In so 'n geval was die geldigheid van die *stipulatio* wel van die grondliggende rede of *causa* vir oordrag afhanklik. Indien die koopkontrak nietig was, sou ook die *stipulatio* nietig gewees het.[364] Dit het egter nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie, want *solutio* (dit is die voldoening aan 'n verbintenis wat voortgevloei het uit 'n *stipulatio* of *legatum per damnationem*) was 'n selfstandige skuldbevrydende regshandeling wat heeltemal onafhanklik van die grondliggende ooreenkoms (*stipulatio* of *damnasie-legaat*) bestaan het. Die voorafgaande verbintenisskeppende gebeure het daarom geen invloed op die oordrag van eiendomsreg gehad nie. Selfs indien die *stipulatio*[365] of *legaat*[366] nietig was en selfs al het daar geen skuld bestaan nie, het *solutio* (betaling of oordrag van 'n saak) nogtans oordrag van eiendomsreg bewerkstellig.[367] Eiendomsreg het oorgegaan deurdat fisiese beheer oor die saak verskaf is, gepaard met die be-

---

ander werkwoorde om die vraag en antwoord uit te druk. Raadpleeg Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 281-282.

363 Raadpleeg Kaser *Privatercht* I 417; Zimmermann *Obligations* 91-93. Oorspronklik was *solutio* 'n ooreenkoms waardeur die partye afstand gedoen het van enige aksie wat op 'n bestaande verbintenis gegrond was. As prestasie aanvaar is, kon die partye nie meer ogv die verbintenis ageer nie.

364 Raadpleeg Zimmermann *Obligations* 91-93.

365 Bv indien die bedrag in die vraag en antwoord van mekaar verskil het. Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 282 vn 138.

366 Streng formaliteitsvereistes was op die legaat van toepassing. Die geringste fout het nietigheid tot gevolg gehad. Nieteenstaande vormgebreke, sou eiendomsreg nogtans oorgaan. Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 231-232.

367 Raadpleeg ook Honsell *Römisches Recht* 158; Kaser *Privatrecht* I 417; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 187-190; Wubbe *Privaatrecht* 120; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 63-64.

doeling om te betaal en betaling te ontvang (*animus solvendi*), wat ook die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, omvat het. Dit was dus nie die verbintenisskeppende regsfeit, naamlik die *stipulatio* of *damnasielegaat* wat die *causa* was nie, maar wel die bedoeling om te voldoen.[368] Gevolglik is daar na die *causa* verwys as 'n *causa solutionis* en nie *causa stipulationis* nie.[369]

Gebreke wat met die oordragshandeling (*solutio*) as sodanig verband gehou het, het wel verhinder dat eiendomsreg oorgaan. Indien die vervreemder byvoorbeeld nie die bedoeling gehad het om te voldoen nie (*animus solvendi*), het eiendomsreg nie oorgegaan nie. Indien 'n minderjarige seun 'n reeds bestaande skuld sonder toestemming van sy vader betaal het (of 'n pupil sonder sy wettige voog se toestemming), kon die vader of voog die geld met die *rei vindicatio* terugeis omdat *solutio* (voldoening) in hierdie geval verbode was en eiendomsreg nie oorgegaan het nie. Indien die *solutio* egter met toestemming van die voog geskied het, maar die *stipulatio* is sonder sy toestemming aangegaan, het eiendomsreg wel oorgegaan.[370] Eiendomsreg het ook oorgegaan indien die skuldenaar aan die minderjarige skuldeiser sonder die *auctoritas* van sy *tutor* betaal het.[371]

(b) *Causa* in stryd met goeie sedes (*contra bonos mores*)

Kontrakte in stryd met die goeie sedes of kontrakte wat 'n ongeoorloofde doel nagestreef het, was *ipso iure* nietig.[372] Dit kon gevolglik nie afgedwing word nie en die partye kon mekaar nie op grond van die ooreenkoms aanspreek nie. Indien 'n saak of 'n bedrag geld uit hoofde van so 'n

---

368 Soos in geval van *donatio* en *mutuum* het die begrip *causa* dus nie na 'n voorafgaande verbintenis verwys nie. Die rede vir lewering was nie 'n regsfeit wat tot lewering verplig het nie, maar die feit dat die oordraggewer bedoel om te skenk, te leen of te voldoen.

369 Honsell *Römisches Recht* 158; Kaser *Privatrecht* I 417; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 187-190; Lokin *Leerstukken* 174 ev.

370 Aangesien daar geen geldige *stipulatio* bestaan het nie, kon die onregverdige verryking met die *condictio indebiti* teruggeëis word. Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 187-188; 191-192.

371 Gaius *Institutiones* 2.84. Ook Kaser *Privatrecht* I (1955) 352.

372 Kaser *Privatrecht* I 249.

nietige *causa* oorgedra is, het eiendomsreg nogtans op die verkryger oorgegaan.[373] Die oordraggewer kon die prestasie egter met 'n verrykingsaksie teruggevorder het, behalwe as dit vir hom skandelik was om te presteer, in welke geval die aksie nie tot sy beskikking was nie.[374]

(c) Beskikkingsonbevoegdheid en handelingsonbevoegdheid

Indien iemand 'n saak van 'n nie-eienaar verkry het, kon hy nie eienaar word nie (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*). Hy kon egter wel deur verjaring eienaar geword het, mits daar aan sekere vereistes voldoen is. Die verkryger moes byvoorbeeld fisiese beheer verkry het uit hoofde van 'n *iusta causa* en hy moes *bona fide* gewees het – hy moes te goeder trou geglo het dat hy deur verkryging van fisiese beheer eienaar van die saak word. Onder sekere omstandighede was 'n *putatiewe causa* egter voldoende, mits die verkryger opreg geglo het dat die *causa* geldig is. Indien die koper byvoorbeeld onder die indruk verkeer dat die verkoper handelingsbevoeg is, sou hy wel eienaar geword het, selfs al was die vervreemder geestesongesteld of minderjarig. Sy dwaling moes egter onder die omstandighede geregverdig gewees het.[375] Hierdie is nou wel nie 'n geval waar eiendomsreg deur *traditio* oorgedra is nie, maar dit wys tog dat nietige regshandelinge regsgevolge kon hê. In die gevalle onder bespreking was die *causa* nietig omdat die vervreemder nie handelingsbevoeg was nie.

(d) Ander voorbeelde

Afgesien van bogemelde voorbeelde het eiendomsreg ook oorgegaan wanneer 'n bruidskat gegee is, selfs al was die huwelik nietig; ook wanneer skadevergoeding betaal is terwyl daar geen skade was nie. Ook in die volgende gevalle het eiendomsreg oorgegaan, nieteenstaande die

---

373 Kaser *Privatrecht* I 417 ((1955) 352); Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 224.
374 *Digesta* 12.5.1, 12.5.3-4 en 8, 22.1.5. Sien ook Kaser *Privatrecht* I 597-598; Zimmermann *Obligations* 706, 710; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 253.
375 *Digesta* 6.2.7.2, 41.3.13 en 41.4.2.15. Raadpleeg Kaser *Privatrecht* I 422; Honsell *Römisches Recht* 158-159; Feenstra *Grondslagen* 74; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 160-161; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 64.

feit dat 'n verbintenisskeppende regsfeit ontbreek het: by skenking van hand tot hand, *mutuum* en oorhandiging van *arrha*.[376]

Laastens kan gewys word op gevalle van vreesaanjaging en bedrog. Indien iemand deur geweld of dreigemente (*metus*) daartoe gedwing is om 'n regshandeling (wat uit die *ius civile* gespruit het) aan te gaan, het dit geen uitwerking gehad nie. Die regshandeling was volkome geldig. Indien die saak uit hoofde van so 'n ooreenkoms gelewer is, sou eiendomsreg dus wel oorgegaan het. Die *praetor* kon egter in bepaalde omstandighede ingryp en aan verontregte persone sekere regsmiddels verleen. Vir ons doeleindes is dit belangrik dat die verontregte persoon die kontrak kon vernietig en herstel in die vorige toestand kon vra (*restitutio in integrum*). Indien hy suksesvol was, is hy toegelaat om die prestasie wat hy gelewer het, terug te vorder.[377] Indien die saak intussen egter aan 'n derde oorgedra is, sou die derde eienaar geword het.

Indien iemand deur bedrog (*dolus/dolus malus*) beweeg is om 'n regshandeling aan te gaan, het dit ook geen uitwerking op die geldigheid van die regshandeling gehad nie, maar die praetor het *dolus* tot 'n delik verhef en aan die verontregte 'n aantal regsmiddels verleen, naamlik die *actio doli* en die *exceptio doli*. Die verontregte kon waarskynlik ook *restitutio in integrum* verg, maar dit is onseker of dit in die klassieke tyd die geval was. Dit het in elk geval in die *actio doli* opgegaan waarmee die verontregte skadevergoeding kon eis.[378] Vreesaanjaging en bedrog het dus eintlik niks te doen met die vraag of 'n geldige *causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie omdat die *causa* in hierdie gevalle nie nietig was nie.

---

376 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 154-155; Levy *Vulgar Law* 171. Kaser *Privatrecht* I 417 verwys ook nog na die *datio ob rem* as voorbeeld van 'n geval waar 'n gebrek nie verhinder het dat eiendomsreg oorgaan nie.

377 *Digesta* 4.2.3 *pr.* Raadpleeg Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 349-350; Zimmermann *Obligations* 652-658.

378 Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 351; Zimmermann *Obligations* 662-664.

Op grond van die gevalle wat hierbo bespreek is, verklaar Kaser[379] dat *traditio* in die klassieke tyd nie as 'n algemene reël kousaal was nie; dit was in 'n groot mate abstrak.[380] Alhoewel 'n *iusta causa* aanvanklik wel 'n vereiste was, het die *causa* in die klassieke tyd op die agtergrond geraak. Volgens Kaser was die deurslaggewende vraag nou of die partye die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[381] Ook Feenstra[382] meen dat daar nie veel aanknopingspunte in die tekste van die klassieke juriste vir 'n *iusta causa* in die betekenis van 'n geldige rede gevind kan word nie. Indien die koop of skenking deur die objektiewe reg verbied is, het die klassieke juriste weliswaar aanvaar dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie, maar dit is twyfelagtig of hulle dit sou motiveer met die afwesigheid van 'n *iusta causa*. Afgesien daarvan dat die abstrakte leer steun vind by die gevalle hierbo, word dit ook ondersteun deur die bestaan van die *condictiones*.

2.4.4.4.5 Invloed van die *condictiones*

Die belangrikste argument ten gunste van die abstrakte stelsel is die bestaan van die *condictiones*.[383] In sommige van die gevalle wat hierbo bespreek is, het eiendomsreg oorgegaan selfs al is die saak uit hoofde van 'n nietige *causa* oorgedra. Indien die oordraggewer agterna uitgevind het dat die *causa* nietig was en hy sy geld as synde 'n onverskuldigde betaling wou terugeis, was die *rei vindicatio* nie tot sy beskikking nie omdat hy nie meer eienaar was nie. Hy kon wel 'n *condictio*, wat 'n per-

379 Kaser *Privatrecht* I (1955) 351-352. Sien ook Pugsley 1974 *THRHR* 13 ev, 1975 *THRHR* 321 ev.

380 Vir Kaser was hierdie voorbeelde dus nie uitsonderingsgevalle nie. Dit is net wanneer 'n saak in stryd met die verbod op skenkings tussen eggenote oorgedra is dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie. Maar sien Kaser *Privatrecht* I (1971) 416-417 waar hy die mening uitspreek dat *traditio* in beginsel kousaal was, alhoewel daar tog uitsonderings op die reël was.

381 Kaser *Privatrecht* I (1955) 351-352. Sien ook Diósdi *Ownership* 69-70.

382 Feenstra *Grondslagen* 63.

383 Ehrhardt *Iusta Causa* 8-9; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 147; Pugsley 1975 *THRHR* 327; De Vos 1976 *TSAR* op 80. Maar sien Van Oven *Causa en Levering* 34 wat argumenteer dat die *condictiones* nie steun bied vir 'n abstrakte stelsel nie.

soonlike aksie was, teen die teenparty instel.[384] Die verkryger kon sodoende verplig word om die saak aan die oordraggewer terug te gee of om die waarde daarvan te vergoed omdat hy ongeregverdig verryk is.[385] In die geval waar die verbintenisskeppende regshandeling wel geldig was, is die *condictio* nie verleen nie omdat die verryking geregverdig was (die betaling was nie onverskuldig nie).[386]

Die kousale stelsel is moeilik met die bestaan van die *condictiones* te versoen.[387] Indien 'n *iusta causa* 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg was, sou eiendomsreg nie deur lewering uit hoofde van 'n nietige *causa* oorgegaan het nie - die oordraggewer sou die saak met die *rei vindicatio* kon terugeis omdat hy steeds eienaar was. Daar sou dan geen regverdiging vir die bestaan van die *condictiones indebiti* en *sine causa* gewees het nie, dit sou onnodig gewees het. Hierdie aksies is juis aangewend in gevalle waar eiendomsreg oorgegaan het sonder 'n geldige *causa*.[388] Dit wil nou nie sê dat die *condictiones* geen rol in 'n kousale stelsel vervul nie. Dit kom wel ter sprake, onder andere waar die saak wat onverskuldig gelewer is, nie meer geïndividualiseer kan word nie, soos waar die geld wat oorgedra is met dié van die verkryger vermeng geraak het, of waar die saak wat oorgedra is intussen verbruik is. In hierdie gevalle kon die saak nie met die *rei vindicatio* teruggevorder word nie.[389]

Die bestaan van die *condictiones* bevestig die gevolgtrekking waartoe reeds hierbo gekom is, naamlik dat die klassieke juriste kasuïsties te werk gegaan het en dat die Romeinse reg in hierdie tydperk kenmerke

---

384 Indien die verkryger 'n onverskuldigde betaling aanvaar het terwyl hy daarvan bewus was dat dit nie aan hom verskuldig is nie, het hy nie eienaar geword nie omdat hy homself skuldig gemaak het aan diefstal/ontneming (*furtum*) wat 'n delik was. Kaser *Privatrecht* I 417 vn 39.

385 Kaser *Privatrecht* I 417 vn 37; Zimmermann *Obligations* 834 ev, 848; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 142; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 75; Lokin *Leerstukken* 169; Wubbe *Privaatrecht* 120.

386 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 187-190.

387 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 147 ev; Pugsley 1975 *THRHR* 327.

388 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 152, 155.

van sowel die abstrakte as kousale stelsel vertoon het. Die punt is net dat eiendomsreg in sommige gevalle oorgegaan het selfs al was die *causa* nietig, in welke geval die *condictiones* tot beskikking van die vervreemder was. In ander gevalle het eiendomsreg vanweë nietigheid in die *causa* nie oorgegaan nie en kon die vervreemder sy saak met die *rei vindicatio* terugeis.[390]

2.4.4.5 Samevatting

1. In die klassieke tydperk is eiendomsreg oorgedra indien fisiese beheer uit hoofde van 'n *iusta causa* aan die verkryger verskaf is.[391]
2. In hierdie verband het die begrip *iusta causa* 'n "geskikte rede" of "gepaste oorsaak" vir oordrag beteken. Dit was gewoonlik een of ander regsfeit wat die verskaffing van fisiese beheer voorafgegaan het, wat 'n verpligting om te lewer tot stand gebring het en wat gedien het as regverdiging daarvoor dat eiendomsreg deur verskaffing van fisiese beheer oorgedra word (byvoorbeeld 'n verbintenisskeppende ooreenkoms soos koop of skenking, maar ook 'n testament).
3. In geval van *donatio, mutuum* en *solutio* het die begrip *causa* egter nie na 'n voorafgaande verbintenis verwys nie. Die rede vir lewering was nie 'n regsfeit wat tot lewering verplig het nie, maar die feit dat die oordraggewer bedoel om te skenk, te leen of te voldoen.[392]
4. Die funksie van die *iusta causa* was om te bepaal of die verskaffing van fisiese beheer oordrag van *possessio, detentio* of *dominium* bewerkstellig het. Die verkryger sou eienaar geword het slegs indien die *causa* van so aard was dat dit tot eiendomsoordrag aanleiding kon gee.

---

389 Eiendomsreg het deur vermenging op die verkryger oorgegaan. Kaser *Privatrecht* I 417 vn 37.

390 Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 143; Honsell *Römisches Recht* 158.

391 Eiendomsreg het nog nie met totstandkoming van die verbintenis oorgegaan nie en dit het ook nie deur blote lewering oorgegaan nie.

392 Die feit dat die begrip *causa* in verskillende betekenisse gebruik is, het tot heelwat verwarring aanleiding gegee.

5. Daar bestaan geen eenstemmigheid betreffende die vraag of die *causa* ook objektief geldig moes gewees het, al dan nie. Die probleem in hierdie verband blyk te wees dat twee *Digesta* tekste waar hierdie vraag ter sprake gekom het, met mekaar teenstrydig was.[393] Aan die een kant regverdig *Digesta* 12.1.18 *pr* die standpunt dat 'n geldige *causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was en dat kenmerke van 'n kousale stelsel dus in die klassieke tydperk aangetref is. Ulpianus se standpunt in hierdie verband word ondersteun deur daardie gevalle waar eiendomsreg nie oorgegaan het nie indien die *causa* gebrekkig was, soos byvoorbeeld in geval van oordrag uit hoofde van kontrakte wat regtens verbode en daarom nietig was (onder andere skenkings tussen eggenote). In hierdie gevalle was *traditio* nie van die *causa* onafhanklik nie; dit was juis daarop aangewese.

6. Aan die ander kant regverdig *Digesta* 41.1.36 (Julianus) die standpunt dat 'n geldige *causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie. Hierdie teks verleen steun aan die siening dat kenmerke van 'n abstrakte stelsel aangetref is aangesien dit die indruk skep dat *causa* en oordrag van mekaar onderskei is, en nietigheid van die *causa* nie die geldigheid van die oordragshandeling beïnvloed het nie (*uitwendige* en *inhoudelike abstraksie*). Hierdie indruk word bevestig deur daardie gevalle waar eiendomsreg oorgegaan het selfs al was die *causa* gebrekkig, soos byvoorbeeld waar oordrag plaasgevind het op grond van *solutio*, *donatio* en *mutuum*.[394] Aangesien die bedoeling om eiendomsreg oor te dra in hierdie gevalle deurslaggewend was en van die voorafgaande verbintenis losgemaak is, kon kenmerke van die *inhoudelike abstraksie* by Julianus waargeneem word. Ook die be-

---

393 Alhoewel daar verskeie pogings aangewend is om die twee tekste met mekaar te versoen, kon niemand nog daarin slaag om 'n bevredigende verklaring vir die oënskynlike teenstrydigheid te gee nie. Al die oplossings berus uiteindelik ook maar op hipoteses en veronderstellings.

394 In geval van *solutio* kon eiendomsreg oorgaan selfs al was daar geen *causa* hoegenaamd nie.

staan van die *condictiones sine causa* bied steun vir die abstrakte stelsel.

7. Die gevolgtrekking is dat die stelsel van eiendomsoordrag in die klassieke Romeinse tydperk nie 'n suiwer abstrakte stelsel was nie en ook nie 'n suiwer kousale stelsel nie. Dit was waarskynlik 'n gemengde stelsel aangesien dit kenmerke van 'n abstrakte sowel as 'n kousale stelsel vertoon het.[395] Voorstanders van die verskillende stelsels formuleer gevolglik 'n algemene reël (wat die Romeinse juriste onbewustelik sou toepas), maar maak ook voorsiening vir uitsonderlike gevalle wat nie by die reël inpas nie.[396] Hierdie toedrag van sake kan verklaar word in die lig van die feit dat die klassieke bronne die reg weergee soos wat dit oor enkele eeue heen ontwikkel het en die regsreëls nie 'n eenheid gevorm het nie (dit is uit verskillende tydperke afkomstig).

   Daar moet ook daarop gewys word dat die klassieke juriste in elk geval nie in terme van die onderskeid tussen kousale en abstrakte stelsels van eiendomsoordrag gedink het nie. Hulle het die probleme wat met die term "objektiewe geldigheid" verband hou kasuïsties opgelos.[397] Dit is hoekom daar weinig tekste in hierdie verband beskikbaar is en ons op vermoedens aangewese is. Die vraag of die *causa* objektief geldig was al dan nie, was eintlik net van belang indien derdes nog nie deur verjaring eienaar geword het nie.[398] Omdat daar in die klassieke reg 'n baie kort verjaringstermyn gegeld het, het dit nie baie probleme opgelewer nie. Dit was van veel groter belang in die Justiniaanse reg waar die verjaringstermyn baie langer was. Aangesien dit die Justiniaanse reg was wat geresipieer is, is dit te ver-

---

395 Die verkryging van eiendomsreg uit hoofde van 'n koopkontrak was bv kousaal, terwyl verkryging uit hoofde van *stipulatio* (*solutio*) abstrak was. Sohm *Institutionen* 224.

396 Ehrhardt *Iusta Causa* 8-10; Honsell *Römisches Recht* 158; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 158; Lokin *Leerstukken* 169-170; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 76, 79. Die punt is dat daar op 'n bepaalde stadium 'n dubbele stelsel in die Romeinse reg gegeld het. Dit het weer 'n invloed uitgeoefen op die stelsels wat daaruit afgestam het.

397 Die teenstelling tussen hierdie twee stelsels is afkomstig van die Pandektiste.

398 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 75.

stane dat die probleem in die geresipieerde en moderne reg baie meer aandag getrek het as wat dit in die klassieke tyd die geval was.[399]

2.4.5 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra

2.4.5.1 Inleiding

Uit die bespreking hierbo het dit geblyk dat die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* in die klassieke reg uit die volgende elemente bestaan het wat van mekaar onderskei is:[400] (1) 'n *iusta causa* in die betekenis van 'n voorafgaande regsfeit wat tot lewering verplig en wat geskik was om eiendomsoordrag te bewerkstellig (soos byvoorbeeld 'n verbintenisskeppende ooreenkoms), en (2) lewering wat uit twee elemente bestaan het, naamlik die verkryging van fisiese beheer (*corpus*) met die bedoeling om fisiese beheer oor die saak uit te oefen (*animus possessionis*).[401] Die geesteselement was dus in die leweringsvereiste opgesluit. Alhoewel die begrip *animus possessionis* gebruik is, moes die verkryger nietemin fisiese beheer verkry met die bedoeling om die saak vir sigself (as eienaar) te beheer ten einde oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig (hy moes die *animus domini* of *Eigenbesitz* gehad het).[402]

Dit was egter nie voldoende indien slegs die *verkryger* bedoel het om eiendomsreg te verkry nie, ook die *vervreemder* moes die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra. In moderne regstelsels word vereis dat die partye eensgesind moet wees daaroor dat eiendomsreg deur lewering oorgedra word. Wilsooreenstemming word bereik deurdat die partye bewustelik met mekaar saamwerk, wat onder andere behels dat hulle wille uiterlik kenbaar gemaak moet word. Daar word gewoonlik na

---

399 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 75-76.

400 Maar sien Kaser *Privatrecht* I 417 wat meen dat die *causa* 'n onafskeidbare element van *traditio* was. Dit was nie twee onafhanklike handelinge nie.

401 Eiendomsreg het dus nie deur sluiting van die koopkontrak oorgegaan nie, die saak moes aan die verkryger gelewer word. Aan die ander kant was lewering ook nie voldoende nie, dit moes uit hoofde van 'n *iusta causa* geskied.

402 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.2.5.2 in hierdie verband.

hierdie wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang verwys as die *animus dominii transferendi et accipiendi*. In Nederland, Suid-Afrika en Duitsland word dit as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms gekonstrueer wat inhoudelik van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei word.[403] Dit beteken dat die inhoud van die saaklike ooreenkoms slegs bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra, in teenstelling met die verbintenisskeppende ooreenkoms, waar die bedoeling primêr is om verbintenisse tot stand te bring.

Die belangrike vraag vir die onderhawige ondersoek is of enige kenmerke van die inhoudelike abstraksie in die oordragsproses in die klassieke Romeinse reg aangetref is.[404] Ten einde 'n antwoord te kry moet die rol wat die partye se bedoeling (*animus*) in die klassieke Romeinse reg gespeel het, ondersoek word.[405] Die ondersoek kan egter nie in isolasie gedoen word nie. Die rol van die bedoeling kan slegs bepaal word teen die agtergrond van die verhouding wat tussen die bedoeling en die ander elemente in die oordragsproses bestaan het, naamlik die verskaffing van fisiese beheer en die *iusta causa*. Daar sal ook vasgestel moet word of die Romeine daarop aangedring het dat beide partye eenstemmig moes wees daaroor dat eiendomsreg deur lewering oorgedra en ontvang word (was wilsooreenstemming 'n vereiste), en of sodanige wedersydse bedoeling as 'n selfstandige ooreenkoms gesien is al dan nie.

2.4.5.2 Was wilsooreenstemming 'n vereiste?

Soos wat reeds opgemerk is, het eiendomsreg slegs op die *verkryger* oorgegaan indien hy fisiese beheer aanvaar het met die bedoeling om eiendomsreg te ontvang, welke bedoeling in die leweringsvereiste op-

---

403 In Nederland, word die inhoudelike abstraksie egter deur die feit dat 'n geldige voorafgaande verbintenis vir die oordrag van eiendomsreg vereis word, afgewater.

404 Die bespreking in hierdie hoofstuk het aan die lig gebring dat daar wel in sommige gevalle kenmerke van die uitwendige abstraksie aangetref is, maar dat nietigheid van die *causa* in ander gevalle weer verhinder dat eiendomsreg deur lewering oorgaan, selfs al het die partye die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.

405 Die partye se bedoeling (*animus*) was in die klassieke tydperk 'n wesenlike bestandeel van verskeie regshandelinge, soos bv van verkryging van fisiese beheer,

gesluit was. Alhoewel dit nie pertinent 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was dat die *vervreemder* ook die bedoeling moes hê om eiendomsreg oor te dra nie, was dit nietemin inherent opgesluit in die vereiste dat die vervreemder beskikkingsbevoeg moes wees en die reël dat niemand sy eiendom teen sy wil ontneem kan word nie. *Digesta* 41.1.9.3 laat geen twyfel oor die belangrikheid daarvan dat die vervreemder se bedoeling ten tye van oordrag in ag geneem moet word nie:

> Verder word hierdie sake, wat deur *traditio* ons eiendom word, kragtens die *ius gentium* deur ons verwerf; want daar is niks wat in so 'n mate in ooreenstemming is met die natuurlike billikheid nie as dat die bedoeling van 'n eienaar wat sy saak aan 'n ander wil oordra, bekragtig moet word.[406]

Dit moet voorts in gedagte gehou word dat die reël *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* reeds in die Romeinse reg bekend was.[407] Die persoon wat fisiese beheer oor die saak gehad het, kon nie eensydig die rede (*causa*) vir sy beheer verander nie; hy het die medewerking van die reghebbende nodig gehad. Die houer sou dus nie opsigself sy bedoeling (*animus*) kon verander en besluit dat hy voortaan fisiese beheer as eienaar uitoefen nie. Dit wys dat die oordrag en verkryging van eiendomsreg op die bewustelike medewerking tussen die partye berus het, 'n feit wat ook bevestig word deur die oordrag en aanvaarding van fisiese beheer. Dit beteken egter nie dat die Romeinse juriste pertinent daarop aangedring het dat daar wilsooreenstemming betreffende die oordrag van eiendomsreg moes wees nie. Inteendeel, dit was geen vereiste nie. Daar is geen teks wat twee ooreenstemmende wilsverklarings wat deur 'n bewuste samewerking bereik is in hierdie verband ver-

---

oordrag van eiendomsreg, verbintenisse, *stipulatio* en *donatio*. Kaser *Privatrecht* I 236-237.

406 *Digesta* 41.1.9.3: "Hae quoque res, quae traditione nostrae fiunt, iure gentium nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem saum in alium transferre ratam haberi (eie vertaling)". Vgl ook *Digesta* 15.1.8.

407 *Digesta* 41.3.33.1 en 41.5.2.1. Raadpleeg ook Feenstra *Grondslagen* 63; Dondorp en Schrage *Levering* 17; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 130-131; Lokin *Leerstukken* 155.

eis het nie.[408] Die gedagte dat die bedoeling (*animus*) deur twee ooreenstemmende wilsverklarings (wat die grondslag van enige regshandeling gevorm het) tot uiting gekom het, was aan die klassieke Romeinse reg vreemd.[409] Die *animus* het tot uiting gekom in uiterlik waarneembare gebeure, soos byvoorbeeld die oordrag van fisiese beheer. Die vraag of die oordrag van eiendomsreg 'n konsensuele ooreenkoms was, moet daarom ontkennend beantwoord word.[410] Dit was in werklikheid eers die Middeleeuse Romaniste wat die leer ontwikkel het dat die blote wilsverklaring voldoende is om eiendomsreg oor te dra.[411]

Dit wil nou nie sê dat die beginsel van kontraksluiting deur wilsooreenstemming aan die Romeinse reg onbekend was nie. Inteendeel, die sogenaamde *contractus consensu*[412] het bloot deur wilsooreenstemming tot stand gekom.[413] Die punt is egter dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie as 'n selfstandige ooreenkoms wat bloot deur wilsooreenstemming tot stand kom, gekonstrueer is nie.[414] Die Romeinse reg het slegs die spesifiek benoemde kontrakte waarna hierbo verwys is, erken. Die saaklike ooreenkoms was nie 'n afsonderlike kontraksvorm nie.[415] Daar kan hoogstens gesê word dat konsensuele

---

408 Ehrhardt *Iusta causa* 177.

409 Die begrip *wilsverklaring* het nie in die klassieke Romeinse reg voorgekom nie. Woorde soos *actus* en *negotium* het in die Romeinse bronne nog geen tegniese betekenis gehad nie en is ook gebruik vir handelinge wat geen regshandelinge was nie. Ook *declare voluntatem* was selfs in die na-klassieke reg geen tegniese term vir "wilsverklaring" gewees nie. Kaser *Privatrecht* I 228; Wubbe *Privaatrecht* 39.

410 Pernice 1880 *ZHR* 109; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 74-75; Dondorp en Schrage *Levering* 23.

411 *Digesta* 41.2.17.1 en 41.2.18 *pr* was die uitgangspunt. Feenstra *Grondslagen* 60-61; Gordon *Traditio* 95; Lokin *Leerstukken* 157.

412 Soos die koopkontrak, huurkontrak, vennootskapskontrak en die lasgewingskontrak.

413 Wilsooreenstemming is ook by die ander kontraksvorme, naamlik die *contractus re, contractus verbis* en *contractus litteris* vereis. Raadpleeg bv *Digesta* 2.14.1.3. In hierdie gevalle was daar egter verdere formele vereistes waaraan voldoen moes word (blote wilsooreenstemming was nie voldoende nie). Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 251-252, 255, 285; Pernice 1880 *ZHR* 107-109.

414 Daar moet hier ook daarop gewys word dat die uitdrukking *animus transferendi et acquirendi (accipiendi) domini* nie uit die klassieke tydperk afkomstig is nie. Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 139 vn 69.

415 Die *contractus re* was weliswaar kontrakte wat tot stand gekom het deurdat 'n saak gelewer was, maar dit was 'n geslote getal, naamlik *mutuum, commodatum, depositum* en *pignus*. Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 275.

eiendomsoordrag in 'n latente toestand in die klassieke Romeinse reg aanwesig was.

Indien aanvaar word dat konsensuele eiendomsoordrag nog nie in die klassieke Romeinse reg bestaan het nie, is dit reeds duidelik dat 'n belangrike kenmerk van die inhoudelike abstraksie ontbreek het. Laasgenoemde veronderstel immers 'n ooreenkoms wat op wilsooreenstemming gegrond is. Dit is egter nog nie die einde van die ondersoek nie, want mens sal ook wil weet of die bedoeling van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is, al dan nie. Hierdie vraag kan slegs beantwoord word deur die verhouding tussen die bedoeling en die ander elemente in die oordragsproses, naamlik die verskaffing van fisiese beheer en die *iusta causa* te ondersoek.

2.4.5.3 Die verhouding tussen fisiese beheer (corpus) en die bedoeling om eiendomsreg te verkry (animus)

Hierbo is aangetoon dat lewering uit twee elemente bestaan het, naamlik die verskaffing van fisiese beheer (*corpus*) en die *animus*. Op grond van die redes wat hieronder genoem word, kan 'n sterk saak uitgemaak word vir die standpunt dat die verskaffing van fisiese beheer in die klassieke Romeinse reg die wesenskenmerk van eiendomsoordrag deur *traditio* was:[416]

(a) Die begrip *dominium* het in hierdie tydperk na fisiese beheer oor 'n saak verwys. Dit was die geval selfs nadat daar tussen *dominium* en *possessio* onderskei is.[417]

(b) Eiendomsoordrag was vir die Romein nie die oordrag van 'n abstrakte *reg* nie, maar wel die oordrag van 'n *saak*. *Traditio* was dus *saakoordrag* en nie *eiendomsoordrag* nie. *Dominium* het op die verkryger oorgegaan omdat hy daadwerklike fisiese beheer verkry het. Eien-

---

416 Delport *Lewering en Registrasie* 193-195; Dondorp en Schrage *Levering* 23.

417 Dit blyk uit die feit dat die term vir eiendomsreg, indien dit letterlik vertaal word, "heerskappy" beteken (*dominium* en *dominus* is afleidings uit die woord *domare*). Delport *Lewering en Registrasie* 199-203.

domsoordrag was dus afhanklik van die verskaffing van fisiese beheer.[418]

(c) In geval van oordrag uit hoofde van 'n koopkontrak was die verkoper nie verplig om eiendomsreg op die saak aan die koper oor te dra nie, hy was slegs gebonde om die koper teen uitwinning te waarborg. Sy verpligting was om aan die koper *vacua possessio* (ongestoorde beheer) te verskaf.[419]

(d) Dit is wel so dat *traditio* verskyningsvorme aangeneem het waar afgesien is van die fisiese oorhandiging van die saak, soos byvoorbeeld waar dit onmoontlik of moeilik was om 'n saak fisies te oorhandig,[420] waar dit geriefliker was,[421] of waar 'n konsekwente deurvoering van die beginsel 'n omslagtige dubbele oorhandiging tot gevolg sou hê.[422] Hierdie was egter uitsonderingsgevalle wat op grond van doelmatigheidsoorwegings toegelaat is. Dit is nooit tot algemene reël verhef nie.[423]

In die lig daarvan dat *dominium* in beginsel gekoppel is aan fisiese beheer oor 'n saak, is dit logies dat die Romeine vir die oordrag van eiendomsreg regshandelinge sou vereis wat verband hou met 'n verwisseling van fisiese beheer. Hulle het nooit volkome ontkom aan die beskouing dat eiendomsreg 'n fisiese magsverhouding van 'n persoon oor 'n saak is nie.[424] Die gevolg was dat verskaffing van fisiese beheer in die klassieke

---

418 Die idee dat 'n reg van een persoon na 'n ander oorgedra kan word, was vreemd aan die Romeinse reg. Feenstra *Grondslagen* 49; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 216. Maar sien Lokin *Leerstukken* 133.

419 Feenstra *Grondslagen* 53, 67; Kaser *Privatrecht* I 116; Delport *Lewering en Registrasie* 196-198; Diósdi *Ownership* op 82-84. Laasgenoemde wys daarop dat die vrywaring teen uitwinning vir alle praktiese doeleindes geëlimineer is nadat *mancipatio nummo uno* op die voorgrond getree het.

420 Soos bv swaar voorwerpe of grond.

421 Soos bv waar goedere in 'n pakhuis oorgedra sou word.

422 Soos in geval van *constitutum possessorium* waar die oordraggewer die saak weer van die oordragnemer huur.

423 Delport *Lewering en Registrasie* 94 ev, 193-195; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 127-128; Dondorp en Schrage *Levering* 23.

424 Hierdie beskouing het 'n keerwal gevorm teen die ontwikkeling van eiendomsoordragshandelinge wat van die *trans-dare* beginsel ontkoppel was. Delport *Lewering en Registrasie* 204-205. Sien ook Dondorp en Schrage *Levering* 8-9.

reg natuurlikerwyse as die deurslaggewende element vir die oordrag van eiendomsreg beskou is omdat dit magsverskuiwing versinnebeeld het. Wat betref die verhouding tussen fisiese beheer en die *animus*-element wil dit dus voorkom of die verskaffing van fisiese beheer die deurslaggewende element was, met die gevolg dat eiendomsoordrag steeds die resultaat was van die verskaffing van fisiese beheer. Die belangrikste rede waarom die Romeinse reg nooit 'n stelsel van konsensuele eiendomsoordrag ontwikkel het nie, is waarskynlik juis geleë in die feit dat die verskaffing van fisiese beheer die wesenskenmerk van eiendomsoordrag deur *traditio* was.[425]

Alhoewel die geestesingesteldheid (*animus*) nie voorop gestel is nie, kon dit nie geïgnoreer word nie, want dit was 'n onafskeidbare deel van die leweringshandeling.[426] Die belang van die *animus* in verhouding tot fisiese beheer, is daarin geleë dat dit die regsaard van fisiese beheer bepaal het. Dit het naamlik bepaal of die verskaffing van fisiese beheer *possessio, detentio* dan wel *dominium* tot gevolg gehad het.[427] Ten einde oordrag van eiendomsreg tot gevolg te hê, moes die verkryger fisiese beheer aanvaar het met die bedoeling om die saak vir sigself (as eienaar) te beheer.[428] Die belangrike vraag vir die onderhawige ondersoek is egter of kenmerke van die inhoudelike abstraksie in die klassieke Romeinse reg aangetref is - is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra byvoorbeeld van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak? Ten einde 'n antwoord hierop te kry, moet die verhouding tussen die be-

---

425 *Digesta* 41.1.9.3 wat hierbo aangehaal is, is volgens Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 74 nie bewys daarvan dat die bedoeling van die partye voorop gestaan het nie.

426 Kaser *Privatrecht* I 391 merk op dat *corpore et animo* nie as twee selfstandige handelinge gesien moet word nie, dit het 'n eenheid gevorm. Die bedoeling het in die fisiese handeling tot uitdrukking gekom.

427 Met ander woorde, die verskil tussen fisiese beheer wat eiendom tot gevolg het en fisiese beheer wat *detentio* of *possessio ad interdicta* tot gevolg het, het in die *animus* na vore gekom. Sien Kaser *Privatrecht* I 387 vn 20, 392 en 417.

428 As dit nie sy bedoeling was om fisiese beheer as eienaar uit te oefen nie, maar wel namens iemand anders, soos bv die pandhouer, erfpagter, *precaris*, *sequester*, huurder, lashebber of saakwaarnemer het hy nie eiendomsreg verkry nie, maar *possessio ad interdicta* of *detentio* na gelang van die omstandighede.

doeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en die *causa* ondersoek word.

2.4.5.4 *Die verhouding tussen die bedoeling (animus) en die causa-vereiste*

Nederlandse skrywers wil graag aantoon dat kenmerke wat ten grondslag van 'n kousale stelsel lê reeds in die Romeinse reg aangetref is. Hulle beklemtoon daarom veral die feit dat daar in die klassieke tydperk in verskeie opsigte 'n baie nou verband tussen *causa* en *traditio* in die eng sin (dit wil sê, lewering *corpore et animo*) bestaan het, nieteenstaande die feit dat dit twee afsonderlike handelinge was. Die inter-afhanklikheid kom volgens hulle veral sterk na vore in daardie gevalle waar 'n *iusta causa* (soos 'n geldige verbintenis) 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg was,[429] en kan toegeskryf word aan die feit dat nie een van die twee elemente (*causa* en lewering) opsigself voldoende was om eiendomsreg oor te dra nie. As regverdiging vir die standpunt dat die klassieke Romeinse reg kenmerke van 'n kousale stelsel vertoon het, word daarop gewys dat lewering bloot 'n feitelike uitvoeringshandeling was, wat verskillende regsgevolge kon hê, naamlik die verskaffing van *possessio ad interdicta*,[430] *detentio*[431] of *dominium*. Ten einde te kon vasstel wat die regsgevolge was wat deur lewering teweeggebring is, moes die voorafgaande verbintenis of *causa* geraadpleeg word, aangesien dit die leweringshandeling in die regte perspektief geplaas het. Die onderskeid tussen *traditio* wat eiendomsoordrag tot gevolg gehad het, en *traditio* wat *possessio* of *detentio* oorgedra het, het dus volgens hierdie groep juriste in die *causa*-begrip tot uitdrukking gekom. Die *causa* was nie 'n onaf-

---

429 Sien die bespreking hierbo by 2.4.4.4.2 in hierdie verband.

430 Soos bv in geval van die verskaffing van fisiese beheer aan die erfpagter, prekaris, pandhouer en sequester.

431 Soos bv in geval van die verskaffing van fisiese beheer aan die bruiklener, bewaarnemer, huurder, lashebber, saakwaarnemer, aannemer van werk of pagter.

hanklike regshandeling nie, dit was 'n wesenlike element van die leweringshandeling.[432]

In aansluiting hierby word verder aangevoer dat dit eenvoudig nie moontlik is om die doel wat met lewering nagestreef word (die *animus* element waarmee elke leweringshandeling gepaard gaan), van die voorafgaande verbintenis (die *causa* of rede vir lewering) los te maak nie. Alhoewel die partye op die tydstip wanneer die *causa* tot stand kom primêr bedoel om verbintenisse tot stand te bring, kan dit nie ontken word nie dat hulle op daardie stadium tog ook die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[433] Indien die verkoper byvoorbeeld fisiese beheer oor die saak *vendendi causa* (omdat dit verkoop is) aan die koper oorhandig het, was dit duidelik dat hy bedoel om eiendomsreg oor te dra, en dat die koper op sy beurt eienaar wil word. Indien fisiese beheer egter *locandi causa* oorgedra is (omdat die saak verhuur is),[434] was dit duidelik dat die partye nie bedoel het om eiendomsreg oor te dra nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang is volgens voorstanders van die kousale leer dus in die klassieke Romeinse reg nie van die voorafgaande verbintenis (*causa*) losgemaak nie; dit was juis daarin opgesluit. Hulle wys verder daarop dat dit in die praktyk geen sin sou gehad het om die bedoeling in die gevalle onder bespreking,[435] van die *causa* los te maak nie. Indien die *causa* byvoorbeeld nietig was, het eiendomsreg nie oorgegaan nie, selfs al het die partye bedoel om eiendomsreg oor te dra. Dit bewys dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry nie 'n onafhanklike bestaan gevoer het nie, maar van die *causa* afhanklik

---

432 Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 17; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 72-74; Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 216-217; Kaser *Privatrecht* I 417; Jahr 1963 ZSS 141, 169, 174; Honsell *Römisches Recht* 157-158; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 64-66; Delport *Lewering en Registrasie* 108.

433 Raadpleeg ook Zimmermann *Obligations* 239-240 benewens die gesag in die vorige voetnoot.

434 Of *commodandi causa* (leen), *deponendi causa* (bewaargewing) of *pignoris dandi causa* (pand).

435 Dit is daardie gevalle waar eiendomsreg nie sou oorgaan nie, tensy die *causa* geldig was.

was.[436] Die blote feit dat 'n persoon die bedoeling gehad het om fisiese beheer as eienaar uit te oefen, het dus nie noodwendig beteken dat hy inderdaad reghebbende/ eienaar was nie ('n persoon het nie deur sy *animus* alleen eiendomsreg verkry nie).[437] Hy sou eienaar geword het, slegs as hy fisiese beheer uit hoofde van 'n *iusta causa* verkry het.[438] Die gevolgtrekking uit die bespreking hierbo is dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry in die klassieke Romeinse reg in daardie gevalle waar 'n geldige *causa* vereis is, nie onafhanklik van die voorafgaande verbintenis bestaan het nie. 'n Belangrike kenmerk van die inhoudelike abstraksie ontbreek - die stelsel het dus kousale elemente vertoon.

Daar kan egter net sulke sterk argumente aangevoer word dat die regstelsel in hierdie tydperk, selfs in die gevalle onder bespreking, ook kenmerke van die inhoudelike abstraksie vertoon het. Die feit dat die *causa* en lewering van mekaar onderskei is en dat die *animus*-element deel van die leweringshandeling was, impliseer byvoorbeeld dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra van die voorafgaande *causa* onderskei is en nie deel daarvan was nie.[439] Die bespreking in hierdie hoofstuk het ook aan die lig gebring dat die *causa* in die klassieke tyd op die agtergrond geraak het, en dat daar 'n verskuiwing weg van die *causa* na die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, plaasgevind het. Die rol van die *causa* moet dus nie oorbeklemtoon word nie.[440] Terwyl die bedoeling in belangrikheid toegeneem het, het die *causa* slegs gedien as bewysmiddel waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kon word.[441] Dit word duide-

---

436 Die feit dat die bedoeling nie uitwendig van die *causa* losgemaak was nie, toon ook aan dat daar nie van 'n inhoudelike abstraksie sprake was nie - die bedoeling het nie 'n selfstandige bestaan gevoer nie.

437 Die dief wat fisiese beheer verkry het, het miskien wel die bedoeling om fisiese beheer as eienaar uit te oefen, maar dit wil nog nie sê dat hy inderdaad eienaar is nie.

438 Die *causa* het die regmatigheid van die beheer bepaal.

439 Kritiek teen die standpunt van die kousale leer soos hierbo uiteengesit, is dat dit geen sin het om met 'n dubbele *animus* te werk nie (een wat in die *causa* opgesluit is en een wat deel uitmaak van die leweringshandeling).

440 Soos hierbo aangetoon is, het die *animus* uit die feit dat die verkryger fisies in beheer gestel is, na vore gekom.

441 Kaser *Privatrecht* I (1955) 332-333.

lik weerspieël deur die Julianus teks wat op die leweringshandeling en die gepaardgaande bedoeling om eiendomsreg oor te dra, toegespits was, terwyl die *causa*-vereiste bykans geïgnoreer is.[442] Die feit dat hy tevrede was met 'n putatiewe *causa*, bewys ook dat die bedoeling vir hom deurslaggewend was.

2.4.5.5 *Die bedoeling in gevalle waar geen regsfeit wat tot lewering verplig, vereis is nie*

Kenmerke van 'n abstrakte stelsel word aangetref in daardie gevalle waar eiendomsreg oorgegaan het, selfs al was daar nie 'n voorafgaande regsfeit wat tot lewering verplig het nie, soos in geval van *donatio, mutuum* en *solutio*.[443] In die eerste twee gevalle was daar geen voorafgaande verbintenis wat die oordraggewer verplig het om te lewer nie en in geval van *solutio* kon eiendomsreg oorgaan, selfs al was daar geen verbintenis nie, of al was die verbintenis nietig. Oordrag het in hierdie gevalle dus slegs uit 'n leweringshandeling bestaan waardeur die verkryger fisies in beheer gestel is. Dit spreek vanself dat die bedoeling deel van die leweringshandeling uitgemaak het en nie van 'n voorafgaande verbintenis nie.

Aangesien 'n *iusta causa* ook hier 'n vereiste was, kan aanvaar word dat eiendomsreg slegs oorgegaan het indien die partye bedoel het om eiendomsreg oor te dra. Die begrip *iusta causa* het hier nie na 'n voorafgaande verbintenis verwys nie, maar wel na die bedoeling om te skenk, te leen of 'n skuld te delg. Selfs al was dit nie 'n vereiste nie, spreek dit vanself dat lewering tog met een of ander geestesingesteldheid gepaard gegaan het. Niemand dra immers ooit iets oor sonder een of ander bedoeling of motief nie (*animus*), hetsy dit is om die saak uit te leen, te

---

442 Ook Kaser *Privatrecht* I (1955) 351-352 en Pugsley 1974 *THRHR* 15 meen dat die bedoeling deurslaggewend was. Maar sien Kaser *Privatrecht* I (1971) 417 wat sy standpunt van (1955) blykbaar gewysig het. In (1971) het hy die standpunt ingeneem dat *traditio* 'n oordragshandeling was wat uit twee elemente bestaan het, naamlik die verskaffing van fisiese beheer uit hoofde van 'n *iusta causa*. Die *causa* was egter nie 'n onafhanklike handeling nie, maar 'n konstitutiewe element van die saaklike oordragshandeling *traditio*. Dit was dus nie twee onafhanklike handelinge nie.

443 Ook in geval van 'n bruidskat en damnasielegaat.

verhuur of om eiendomsreg oor te dra.[444] Daar moes ook ten minste 'n verstandhouding tussen die partye gewees het dat die saak as 'n lening oorgedra word en dat 'n gelykwaardige een teruggegee moet word, of dat die saak as 'n geskenk gegee word en dat geen teenprestasie verskuldig is nie.[445]

2.4.5.6 Lewering met die animus alleen (traditio solo animo)

In geval van lewering by wyse van *traditio brevi manu*[446] is daar nie aan die *corpus*-vereiste voldoen nie, aangesien fisiese beheer nooit aan die verkryger oorgedra is nie. Hy was fisies in beheer van die saak en hy het voortgegaan om beheer uit te oefen, maar die geestesingesteldheid (*animus*) waarmee fisiese beheer uitgeoefen is, het verander. Aanvanklik het die verkryger fisiese beheer uitgeoefen met die bedoeling om die saak namens iemand anders te beheer (byvoorbeeld as huurder), maar dit het verander na die bedoeling om fisiese beheer vir homself, as eienaar uit te oefen. Indien aan al die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg voldoen is,[447] het die verkryger inderdaad ook eienaar geword.[448]

Ook in geval van *constitutum possessorium*[449] is daar nie aan die *corpus*-vereiste voldoen nie en het lewering plaasgevind bloot deurdat daar 'n verandering in die geestesingesteldheid (*animus*) van die partye ingetree het. Aanvanklik het die vervreemder (byvoorbeeld verkoper) die saak fisies onder sy beheer gehad met die bedoeling om dit as eienaar te beheer, maar dit het verander na die bedoeling om fisiese beheer namens iemand anders (die nuwe eienaar) uit te oefen, byvoorbeeld as

---

444 Dit is insiggewend dat die oordrag van fisiese beheer in die gevalle onder bespreking (*donatio, mutuum* en *solutio*) vir geen ander doel as om eiendomsreg oor te dra, kon plaasvind nie.

445 Sien Zimmermann *Obligations* 155-158.

446 Waar die persoon wat fisiese beheer as *detentor* (bv huurder) uitgeoefen het, die saak bv van die eienaar gekoop het.

447 Dit wil sê, indien daar 'n *iusta causa* was en die vervreemder ook beskikkingsbevoeg (eienaar) was.

448 *Digesta* 41.1.9.5.

449 Waar die eienaar wat fisies in beheer van 'n saak was dit bv aan iemand anders verkoop of geskenk het, en dan met die verkryger ooreengekom het om die saak van hom te huur.

huurder. Indien aan al die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg voldoen is, het die koper eienaar geword sonder dat hy die saak hoegenaamd hanteer het en bloot ten gevolge van die bedoeling om eienaar te wees, terwyl hy toelaat dat iemand anders (die verkoper) fisiese beheer namens hom uitoefen. Aangesien lewering in beide gevalle plaasgevind het bloot deurdat die verkryger die bedoeling gehad het om fisiese beheer te vestig, en sonder dat daar aan die *corpus*-vereiste voldoen is, is daar na hierdie gevalle verwys as *traditio solo animo* (lewering bloot op grond van die *animus* of bedoeling alleen).[450]

Die verandering in geestesingesteldheid (*animus*) het tegelykertyd ook meegebring dat die regsaard van die beheer wat oor die saak uitgeoefen is, verander het. By *traditio brevi manu* was die persoon wat fisies in beheer was aanvanklik *detentor* (byvoorbeeld), maar deur die verandering in geestesingesteldheid het hy *possessor*/eienaar geword. By *constitutum possessorium* was die persoon wat in beheer was aanvanklik *possessor*/eienaar, maar hy het later *detentor* geword, terwyl die nuwe eienaar *dominium* verkry het deur die blote *animus* en sonder dat hy die saak fisies hanteer het. Aangesien die verandering in geestesingesteldheid reeds intree op die tydstip waarop die verbintenisskeppende ooreenkoms (koop/huur) tot stand gekom het, moes die regsverandering (oordrag van eiendomsreg) ook op daardie tydstip plaasgevind het. Die rede hiervoor is dat niks verder vereis is nie, in elk geval nie verskaffing van fisiese beheer nie en ook nie registrasie in geval van die oordrag van onroerende goed nie.

Die bespreking hierbo regverdig die volgende afleidings:

(a) In geval van *traditio solo animo* is eiendomsreg reeds deur die verbintenisskeppende ooreenkoms (soos byvoorbeeld die koopkontrak) oorgedra.

---

450 Raadpleeg Kaser *Privatrecht* I 393; Honsell *Römisches Recht* 139-140; Diósdi *Ownership* 143; Feenstra *Grondslagen* 59-60; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht*

(b) Aangesien hierdie ooreenkoms deur blote wilsooreenstemming tot stand gekom het, wil dit voorkom of daar in hierdie gevalle sprake was van konsensuele eiendomsoordrag.[451] Dit geld veral vir lewering by wyse van *constitutum possessorium*, waar die nuwe eienaar nie fisies in beheer was nie en ook nooit beheer verkry het nie.[452] Dit is egter te betwyfel of die Romeine dit teoreties verklaar het as eiendomsoordrag deur blote ooreenkoms (wilsooreenstemming).[453]

(c) By hierdie wyses van lewering was die onderskeid tussen *causa* en *animus* nie baie duidelik nie omdat die *animus*-element (die bedoeling om eiendomsreg oor te dra/te ontvang) oënskynlik in die verbintenisskeppende ooreenkoms opgesluit was en daar ook nie 'n afsonderlike handeling was waardeur fisiese beheer oorgedra is nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang het dus nie 'n selfstandige bestaan, onafhanklik van die voorafgaande verbintenis, gevoer nie. In hierdie gevalle is daar dus geen sprake van 'n inhoudelike abstraksie nie. Die stelsel het kousale kenmerke vertoon.

Dit is egter nie duidelik wat die posisie in die klassieke tydperk presies was nie, want daar kan ook geargumenteer word dat daar tog onderskei is tussen die grondliggende *causa* aan die een kant en lewering aan die ander kant, wat hier slegs uit die verandering in die partye se geestesingesteldheid bestaan het.[454] Die *animus*-element was immers in die Romeinse reg teoreties deel van die leweringshandeling en nie van die voorafgaande *causa* nie. Omdat die *corpus*-element hier ontbreek, kan voorts geargumenteer word dat die blote bedoeling (*ani-*

130; Dondorp en Schrage *Levering* 18-19; Lokin *Leerstukken* 155-156, 157-158; Gordon *Traditio* 36 ev, 78.

451 Sien Gordon *Traditio* 62 en Weiss *Institutionen* 180. Hierdie indruk word bevestig deur *Institutiones* 2.1.44. Raadpleeg Van Oven *Besitsbescherming* 105; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 130; Dondorp en Schrage *Levering* 18-19; Lokin *Leerstukken* 157.

452 By *traditio brevi manu* is daar nie heeltemal met die vereiste van fisiese beheer weggedoen nie. Alhoewel fisiese beheer nie aan die nuwe eienaar oorgedra is nie, was hy in beheer en het hy voortgegaan om beheer oor die saak uit te oefen.

453 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 127-128; Honsell *Römisches Recht* 138; Delport *Lewering en Registrasie* 139, 188 en 193.

mus) 'n selfstandige bestaan gevoer het. Dit was slegs die verandering in die bedoeling van die partye wat die regsverandering (of oordrag van regte) bewerkstellig het. *Traditio solo animo* vertoon dus wel kenmerke van die inhoudelike abstraksie. Dit was konsensuele oordrag by uitstek.

2.4.5.7 Samevatting

1. In die klassieke tydperk is die volgende elemente by die oordrag van eiendomsreg van mekaar onderskei: (1) 'n *causa* in die betekenis van 'n voorafgaande regsfeit wat tot lewering verplig, en (2) lewering wat uit die verkryging van fisiese beheer (*corpus*) en die *animus* bestaan het.

2. Die *animus* het behels dat die verkryger die bedoeling moes hê om fisiese beheer as eienaar uit te oefen. Alhoewel ook die vervreemder moes bedoel om eiendomsreg oor te dra, was dit nie 'n vereiste dat die partye wilsooreenstemming moes bereik het betreffende die oordrag en verkryging van eiendomsreg nie. Die klassieke Romeinse reg het talle aanknopingspunte gebied vir die ontwikkeling van 'n stelsel van eiendomsoordrag wat op wilsooreenstemming berus en sommige vorms van *traditio* het inderdad baie na aan konsensuele eiendomsoordrag gekom (veral vanweë die sterker beklemtoning van die *animus*-element). Hierdie ontwikkeling het egter nooit plaasgevind nie. Oordrag van eiendomsreg was met ander woorde geen konsensuele ooreenkoms nie.

3. Die belangrikste rede waarom daar nie 'n stelsel van konsensuele eiendomsoordrag ontwikkel het nie, is waarskynlik geleë in die feit dat die verskaffing van fisiese beheer die wesenskenmerk van eiendomsoordrag deur *traditio* was. Die partye se bedoeling (*animus*) kon egter nie geïgnoreer word nie, want dit het 'n belangrike rol gespeel, selfs al

---

454 Sien Sohm *Institutionen* 286.

was dit ondergeskik aan fisiese beheer. Dit het byvoorbeeld die regsaard van fisiese beheer bepaal.

4. In daardie gevalle waar 'n *iusta causa* (soos 'n geldige verbintenis) 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg was, kan sterk argumente aangevoer word ter ondersteuning van die kousale standpunt, naamlik dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry nie van die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is nie, maar daarin opgesluit was en van die geldigheid van sodanige ooreenkoms afhanklik was.

5. Daar kan egter net sulke sterk argumente aangevoer word ter ondersteuning van die standpunt dat die stelsel van eiendomsoordrag in die klassieke Romeinse reg, selfs in die gevalle onder bespreking, kenmerke van die inhoudelike abstraksie vertoon het. Die feit dat die *causa* en lewering van mekaar onderskei is en dat die *animus* deel van die leweringshandeling was, impliseer byvoorbeeld dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra van die voorafgaande *causa* onderskei is.[455]

6. Kenmerke van die inhoudelike abstraksie kom sterk na vore by daardie gevalle waar eiendomsreg oorgegaan het in afwesigheid van 'n voorafgaande regsfeit wat tot lewering verplig, soos in geval van *donatio, mutuum* en *solutio*. Aangesien daar geen voorafgaande verbintenis was nie, is dit duidelik dat die bedoeling deel van die leweringshandeling uitgemaak het en dat dit van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak moes wees.

7. In geval van *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium* het oordrag van saaklike beheer plaasgevind sonder dat die verkryger fisies in beheer van die saak gestel is en slegs deurdat 'n verandering in die geestesingesteldheid (*animus*) ingetree het. Die standpunt dat 'n saak

---

455 Maar sien Kaser *Privatrecht* I 391 en 417 wat sê dat die onderskeid tussen die verskillende elemente nie altyd vir die Romeine so duidelik was nie. Dit is nie as selfstandige regshandelinge gesien nie.

slegs met die *animus* alleen oorgedra is en dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra in die *causa* opgesluit is, is hier besonder sterk. Daar kan nietemin ook 'n argument uitgemaak word daarvoor dat die bedoeling, ook in hierdie gevalle van die grondliggende *causa* onderskei is, aangesien die *animus*-element deel van die leweringshandeling was en nie van die voorafgaande *causa* nie.[456]

8. Die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang is nie as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms (wat bloot deur wilsooreenstemming tot stand kom), in teenstelling met die verbintenisskeppende ooreenkoms, gekonstrueer nie.[457] Hierdie konstruksie was vir die praktiese Romeinse juriste te kunsmatig en abstrak.[458] Daar kan hoogstens gesê word dat enkele kenmerke van die inhoudelike abstraksie in die klassieke Romeinse reg aangetref is.

2.4.6 Lewering by wyse van dokumente (traditio per cartam)[459]

Nadat *mancipatio* in onbruik geraak het en eiendomsreg ten aansien van *res mancipi* ook deur *traditio* oorgedra is, het die gebruikmaking van aktes by *traditio* van groot belang geword.[460] Die persoon wat beweer dat hy eienaar geword het, moes bewys dat die saak fisies aan hom oorhandig is en dat oordrag van eiendomsreg met die oorhandiging beoog was. Die blote feit dat fisiese beheer verskaf is, het nog glad nie eiendomsoordrag geïmpliseer nie.[461] Daar het gevolglik 'n behoefte bestaan aan bewysmiddele ten einde eiendomsoordrag deur *traditio* te bewys. Dit het daarom dikwels gebeur, veral wanneer dit om kosbare sake gegaan het, dat 'n akte van *traditio* opgestel is, wat bewys van eiendomsreg kon lewer. In

---

456 Omdat die *corpus* element ontbreek, is dit duidelik dat die bedoeling 'n selfstandige bestaan gevoer het en opsigself die regsverandering bewerkstellig het.
457 Saaklike ooreenkomste was nie as 'n afsonderlike kategorie beskou nie.
458 Sien Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 216; Bechmann *Kauf* I 314-315, 607 ev; Pernice 1880 *ZHR* 109; Eisele 1885 *JhJ* 14; Strohal 1889 *JhJ* 335-336, 363; Ehrhardt *Iusta Causa* 21-22, 179-180; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 65-66 en 69; Lange *Kausale Element* 9, 24-25, 54, 73. Maar sien Sohm *Institutionen* 287.
459 Sien ook weer hfst 5.3.7 ivm die posisie in die tyd van Justinianus.
460 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 73.
461 Fisiese oorhandiging kon ook met 'n ander doel geskied, soos bv as pand, om te leen of te verhuur. Hy moes bewys dat eiendomsreg aan hom oorgedra is.

die akte is gemeld dat 'n spesifiek omskrewe saak op 'n bepaalde tyd en plek verkoop is[462] en dat fisiese beheer oorgedra is. Daar was geen vormvoorskrifte ten opsigte van die dokument nie.[463] Alhoewel die *traditio*-aktes in sommige opsigte van die *mancipatio*-aktes verskil het,[464] het dit nietemin dieselfde elemente bevat, naamlik: lewering, die *causa* en verdere besonderhede van die *negotium* (*leges*).[465] 'n Belangrike gevolg van die feit dat aktes by *traditio* gebruik is, is dat die vraag of werklike fisiese beheer inderdaad oorgedra is, op die agtergrond geraak het.

2.4.7 Samevatting

1. In die laat klassieke tydperk was *traditio* die enigste wyse waarop eiendomsreg ten opsigte van *res mancipi* en *res nec mancipi* oorgedra is. Eiendomsoordrag het plaasgevind sonder inagneming van enige formaliteite en het bestaan uit twee elemente, naamlik lewering uit hoofde van 'n *iusta causa*:

   (a) Lewering was 'n handeling waardeur fisiese beheer aan die verkryger oorgedra is en hy beheer geneem het met die bedoeling om die saak fisies te beheer (*corpus et animus*). *Corpus* en *animus* was nie twee afsonderlike feitekomplekse nie, daar het 'n baie nou verband tussen hulle bestaan. Die bedoeling om fisiese beheer uit te oefen (*animus*), het tot uiting gekom in die feit dat die verkryger die saak fisies aan sy beheer onderwerp het (*corpus*). Terselfdertyd is die aard van die beheer wat die verkryger gevestig het deur die bedoeling gekwalifiseer. Die klassieke juriste het die wilselement nie nader omskryf nie en het bloot die neutrale uitdrukking

462 Of dat dit geskenk is, of as bruidskat gegee is, ens. Die algehele onderhandeling (*negotium*), insluitende die *causa*, is met ander woorde uitdruklik vermeld.
463 Mens kon soveel getuienis daarby betrek soos wat jy verkies het, of glad nie getuienis betrek nie. Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 73.
464 Woorde soos *mancipatio accepit* en *libripens* wat nie by *traditio* ter sprake was nie, word bv weggelaat.
465 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 73. Sien ook Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 109-111; Hijmans *Zakenrecht* 112-113.

animus possidendi gebruik.[466] Alhoewel die *corpus*-vereiste in verskeie opsigte verslap is, was 'n fisiese element in een of ander opsig deurgaans vereis.[467] Slegs in geval van *constitutum possessorium* het die verkryger *dominium* verkry sonder dat hy die saak fisies hanteer het en slegs met die blote bedoeling alleen (*solo animo*).[468] *Dominium* sonder die uitoefening van fisiese beheer was dus moontlik.

(b) Die blote oordrag van fisiese beheer was nie voldoende om eiendomsreg deur *traditio* oor te dra nie. Die verkryger sou slegs eienaar geword het, indien fisiese beheer verkry is uit hoofde van 'n voorafgaande regsfeit wat 'n verpligting om te lewer tot stand gebring het en wat geskik was om oorgang van eiendomsreg te bewerkstellig, byvoorbeeld 'n verbintenisskeppende ooreenkoms (*iusta causa*). Die *iusta causa* het dus bepaal of die verskaffing van fisiese beheer oordrag van *possessio*, *detentio* of *dominium* bewerkstellig het.

2. Die stelsel van eiendomsoordrag wat in die klassieke tydperk gegeld het, was nie suiwer kousaal nie en ook nie suiwer abstrak nie. Aangesien kenmerke van beide stelsels aangetref word, was 'n gemengde stelsel van toepassing. Hierdie dualiteit kan toegeskryf word aan die kasuïstiese aard van die klassieke Romeinse reg.

---

466 Wanneer dit gaan oor fisiese beheer as vereiste vir die verkryging van eiendomsreg, is dit nietemin vanselfsprekend dat die verkryger die bedoeling sou hê om fisiese beheer vir sigself as eienaar uit te oefen (*animus domini*).

467 In bepaalde gevalle is genoeë geneem met sintuiglike waarneming, blote teenwoordigheid tydens oordrag, die vestiging van beheer deurdat 'n wag by die saak geplaas is, of die oorhandiging van die sleutels van 'n gebou. Alhoewel daar in hierdie gevalle nie werklik van 'n fisiese *trans-dare* sprake was nie, was 'n fisiese element tog in elkeen van die gevalle aanwesig.

468 In geval van *traditio brevi manu* waar geen fisiese beheer aan die verkryger *oorgedra* is nie en daar nie 'n uiterlik waarneembare *verandering* in beheer plaasgevind het nie, is daar nie geheel en al met die *corpus*-element weggedoen nie, want die verkryger het tog fisiese beheer oor die saak uitgeoefen.

3. Voorstanders van die kousale stelsel wys daarop dat die volgende kenmerke van 'n so 'n stelsel in die klassieke tyd waargeneem kan word:

   (a) Hulle voer aan dat die verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa*) en lewering met *corpus* en *animus* nie selfstandige regshandelinge was nie, maar dat hulle van mekaar afhanklik was.[469] Hulle beklemtoon veral die feit dat dit kenmerkend is van daardie ooreenkomste wat geskik is om eiendomsoordrag te bewerkstellig, dat die partye bedoel om eiendomsreg oor te dra. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry, kon volgens hulle dus nie van die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa*) losgemaak word nie, dit was daarin opgesluit en dit was van die geldigheid van sodanige ooreenkoms afhanklik. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra het dus nie 'n onafhanklike bestaan gevoer nie. Een van die wesenlike kenmerke van die saaklike ooreenkoms, naamlik die inhoudelik abstraksie, het dus ontbreek.[470]

   (b) Indien die *causa* 'n voorafgaande koopkontrak was, word algemeen aanvaar dat die kontrak objektief geldig moes gewees het. Nietigheid van die kontrak het verhoed dat eiendomsreg oorgaan, selfs al was dit die partye se bedoeling om eiendomsreg oor te dra.[471] Die ander wesenlike kenmerk van die saaklike ooreenkoms, naamlik die uitwendige abstraksie het dus ook ontbreek.[472]

4. Voorstanders van die abstrakte stelsel wys weer daarop dat die volgende kenmerke van so 'n stelsel in die klassieke tyd waargeneem kan word:

---

469 Nie een van die handelinge opsigself kon eiendomsoordrag bewerkstellig nie. Die *causa* was ook nie bloot 'n bewysmiddel nie, dit was 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg.

470 Hierdie siening is egter nie die enigste moontlike interpretasie nie. Daar kan ook aangevoer word dat die bedoeling nie in die *causa* vervat is nie, maar onafhanklik daarvan gefunksioneer het.

471 Dit was ook die situasie in geval van skenkings tussen eggenote.

472 *Digesta* 12.1.18 *pr* (Ulpianus) verleen verdere steun aan die standpunt dat 'n kousale stelsel van toepassing was, aangesien daar op 'n geldige *causa* aangedring is.

(a) Die feit dat die *causa* en lewering van mekaar onderskei is en dat die *animus*-element deel van die leweringshandeling uitgemaak het, regverdig volgens hulle die afleiding dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra wel van die voorafgaande *causa* onderskei is.[473]

(b) Oordrag by wyse van *constitutum possessorium* (en dalk ook *traditio brevi manu*) het sterk kenmerke van die inhoudelike abstraksie vertoon. Hier het eiendomsreg op die verkryger oorgegaan, sonder dat fisiese beheer aan hom verskaf is en bloot op grond van die feit dat die partye die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, welke bedoeling van die grondliggende *causa* onderskei is. Aangesien die *corpus*-element ontbreek het, wil dit voorkom of die bedoeling 'n selfstandige bestaan gevoer het en opsigself die regsverandering bewerkstellig het.[474]

(c) In enkele gevalle het eiendomsreg oorgegaan, selfs al was daar geen voorafgaande regsfeit wat tot lewering verplig het nie, naamlik in geval van *solutio*, *donatio* en *mutuum*. Eiendomsreg is oorgedra bloot deur die verskaffing van fisiese beheer (*corpus*) gepaard met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (*animus*). In hierdie opsig vertoon die klassieke Romeinse reg kenmerke van die inhoudelike abstraksie - die bedoeling (wat deurslaggewend was) was deel van die leweringshandeling en het onafhanklik van enige voorafgaande verbintenis bestaan; dit was nie daarin vervat nie. Dit vertoon ook kenmerke van die uitwendige abstraksie - gebreke in 'n voorafgaande *causa* het nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie. In hierdie gevalle het die begrip *causa* nie na 'n vooraf-

---

473 Die oorwig van gesag spreek egter ten gunste van die kousale argumente wat hierbo uiteengesit is. Sien Kaser *Privatrecht* I 391 en 417.

474 Presies wat die posisie was, is egter nie duidelik nie. Soos hierbo aangetoon, kan ook geargumenteer word dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang in die *causa* opgesluit was. Dit hang grootliks daarvan af of daar met 'n kousale dan wel abstrakte bril daarna gekyk word.

gaande verbintenis verwys nie, maar na die feit dat die oordraggewer bedoel om te skenk, te leen of te voldoen.[475]

(d) Nieteenstaande hierdie kenmerke van 'n abstrakte stelsel, was daar nog nie sprake van 'n selfstandige saaklike ooreenkoms wat bloot uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang bestaan het en wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei is nie. Die klassieke juriste het op geen stadium daarop aangedring dat daar wilsooreenstemming betreffende die oordrag en verkryging van eiendomsreg moes wees nie. Oordrag van eiendomsreg was dus nog geen ooreenkoms nie.[476] Daar kan hoogstens gesê word dat enkele kenmerke van die inhoudelike abstraksie in die klassieke Romeinse reg aangetref is.

2.5 Die na-klassieke tydperke (250-1100)

2.5.1 Inleiding

Die term na-klassiek word hier gebruik met verwysing na die periode tussen 250 (wat beskou word as die einde van die klassieke tyd) en die twaalfde eeu, toe nuwe belangstelling in die Romeinse reg posgevat het. Die na-klassieke tydperk in hierdie wye betekenis kan in vier fases ingedeel word, naamlik:[477]

(a) die fase waarin stelselmatig wegbeweeg is van die klassieke reg, alhoewel die klassieke juriste en hulle denkbeelde nog steeds die kern vir regsvorming daargestel het (die tydperk tussen 250 en 350);

---

475 Ook die volgende getuig van kenmerke van 'n abstrakte stelsel: lewering uit hoofde van 'n *causa* in stryd met die goeie sedes; die bestaan van die *condictiones*; *Digesta* 41.1.36 (Julianus) wat juis te make gehad het met *solutio*, *donatio* en *mutuum*.

476 Saaklike ooreenkomste was nie 'n afsonderlike kategorie ooreenkomste nie. Alhoewel die Romeinse reg baie naby gekom het aan 'n stelsel van konsensuele eiendomsoordrag, het hierdie ontwikkeling egter nooit plaasgevind nie.

477 In navolging van Van der Walt *Houerskap* 87-88. Sien ook Feenstra *Grondslagen* 5; Kop *Vulgaire Recht* 11 ev; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 4-7 (ivm die indeling klassiek en na-klassiek).

(b) die fase waarin die vulgêre reg in die Wes-Romeinse Ryk die klassieke reg en denkbeelde verdring het (die tydperk tussen 350 en 550);

(c) die fase van klassisisme in die Oos-Romeinse ryk (die tydperk tussen 450 en 550) waartydens daar gepoog is om die na-klassieke reg en denkbeelde in ere te herstel en wat gekulmineer het in die kodifikasie van Justinianus (529-534);[478]

(d) die afloopfase waartydens die kodifikasie van Justinianus en die vulgêre reg in die Ooste die belangrikste regsbronne was, maar die vulgêre reg stelselmatig deur inheemse en plaaslike reg in die Weste vervang is (die tydperk tussen 550 en 1100).

Sedert Konstantyn die Grote (306-337) het die Romeinse ryk twee hoofsetels gehad, naamlik Konstantinopel in die Ooste[479] en Rome in die Weste. In 395 het keiser Theodosius die Romeinse ryk aan sy twee seuns nagelaat.[480] Staatsregtelik was die Romeinse ryk steeds een enkele ondeelbare eenheid, alhoewel dit nou twee administratiewe setels gehad het. Beide keisers het gesamentlik beheer oor die hele ryk uitgeoefen en die wette wat die een uitgevaardig het, het in beginsel ook in die ander gedeelte gelding gehad. In 438 et die *Codex Theodosianus*[481] in werking getree, wat in die Weste vir baie lank die belangrikste regsbron gebly het, maar in die Ooste deur die kodifikasie van Justinianus vervang is.[482] In 476 het 'n Germaanse leeraanvoerder (Odoacer) die keiser in Rome ontsetel, wat tot gevolg gehad het dat die Wes-Romeinse ryk verdwyn het en dat die vulgêre reg stelselmatig deur inheemse en

---

478 Die kodifikasie vergestalt 'n sintese tussen herstelde klassieke gedagtes en bepaalde nuwighede uit die na-klassieke tydperk.

479 Konstantinopel, voorheen Bisantium, is in 330 tot tweede hoofstad van die Romeinse ryk verklaar.

480 Arcadius was in Konstantinopel gesetel, terwyl Honorius in Rome gesetel was.

481 Dit was 'n kodifikasie van keiserlike verordeninge (*constitutiones)*, wat in opdrag van keiser Theodosius II (408-450 nC) saamgestel is. Sien Van der Walt *Houerskap* 106; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 51.

482 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 33.

plaaslike reg vervang is.[483] Die keiser wat in Konstantinopel gevestig was, was nou die alleen heerser van die hele Romeinse ryk.[484]

In die onderhawige ondersoek betreffende die wyses van eiendomsoordrag in die na-klassieke Romeinse reg, sal uitsluitend gekonsentreer word op die vulgêre reg en die klassisisme tydens die tydperk toe Justinianus keiser was, aangesien die ontwikkelinge gedurende hierdie fases van die na-klassieke reg die grootste invloed gehad het op die latere ontwikkeling van die Europese privaatreg.[485]

2.5.2 Die vulgêre reg in die Wes-Romeinse ryk (350-550)

2.5.2.1 Inleiding

Die eerste gedeelte van die na-klassieke periode, en veral die tydperk toe Konstantyn keiser was,[486] word daardeur gekenmerk dat die tegniese verfynings van die klassieke reg verval en verlore geraak het en dat die begripsvorming vaag en verwarrend was.[487] Die juriste was nie meer in staat of bereid om die hoë standaarde van die klassieke reg na te streef nie,[488] met die gevolg dat daar 'n kwaliteitsvermindering van die regstelsel plaasgevind het. Hierdie verwikkelinge word tipeer as die vulgarisering van die Romeinse reg.[489] Volgens Van der Walt[490] omvat die begrip vulgêre reg (a) regsreëls en konsepte van die klassieke reg in gedegenereerde vorm, (b) regsreëls en konsepte wat vanuit die plaaslike wetge-

---

483 Dit word beskou as die afloopfase van die na-klassieke tydperk (550-1100). Van der Walt *Houerskap* 88, 118.

484 Lokin *Leerstukken* 18-19; Feenstra *Grondslagen* 1, 5. Alhoewel Odoacer die keiser in Rome ontsetel het, het hy die gesag van die keizer in Konstantinopel erken.

485 Sien Van der Walt *Houerskap* 88. In die kodifikasie van Justinianus is heelwat vulgêre reg opgeneem, daarom is die vulgêre reg ook vir latere ontwikkeling belangrik.

486 Die *constitutiones* van Keiser Konstantyn was die eerste wetgewing waarin vulgêre reg opgeneem is. Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 31; Kop *Vulgaire Recht* 12.

487 Dit is die degenerasie van die klassieke reg, maar ook die evolusie daarvan in die provinsies. Kop *Vulgaire Recht* 3, 5; Feenstra *Grondslagen* 5; Van der Walt *Houerskap* 89-90.

488 Daar ontstaan 'n teenkanting teen die abstrakte regsfigure van die klassieke tydperk.

489 Kop *Vulgaire Recht* 2-3 beskryf die begrip *vulgariserend* soos volg: " ... dat men zich desbewust afwend van het nastreven van de klassieke maatstaven".

490 Van der Walt *Houerskap* 89-90. Raadpleeg ook Kop *Vulgaire Recht* 23-71 ivm die betekenis en ontstaan van die begrip vulgêre reg.

wing (en praktyk) oorgeneem is en (c) regsreëls en konsepte wat ten dele met inheemse reg gesintetiseer is.[491] In hierdie vorm het die vulgêre reg in beide die Oos en Wes-Romeinse ryk voorgekom, hoewel daar verskille tussen die twee gebiede was. Levy[492] verduidelik die ontwikkeling van die vulgêre reg soos volg:

> The evolution of the vulgar law was essentially a process from within that had slowly and gradually developed through the centuries and had come into the open in the fourth century when, no longer hampered by the orthodoxy of the imperial chancellery, the lawyers felt free to follow their own way of thinking. That way, however, necessarily deviated sharply from what it had been a hunderd years earlier. Gone was the thorough training and mental force which alone would have enabled them to uphold the standards of the great jurists, to penetrate the checks and balances of their system and to adapt it organically to the needs of the time. They did not comprehend that highly artistic approach, in which any notion had its exact significance and a clear cut relation to other concepts. Instinctively and not quite aware of what they were doing, they tried to render these notions in a manner that appealed to common experience.

Van die mees ingrypende veranderinge wat in die vulgêre reg ingetree het, hou verband met die begrippe waarmee saaklike beheer aangetoon is. Dit het weer 'n rimpel effek gehad op die wyses waarop eiendomsreg oorgedra is. Vervolgens sal die vulgêre siening van die vorme van saaklike beheer bespreek word en daarna die invloed wat dit gehad het op die wyses van eiendomsoordrag.

2.5.2.2 Die begrippe dominium en possessio

Aangesien die redelik duidelik omskrewe eiendomsbegrip van die klassieke reg laat vaar is en daar teruggekeer word na die onomskrewe eiendomsbegrip van die oud-Romeinse reg, het die tegniese onderskeid tussen *dominium* en *possessio* in die vulgêre reg vervaag.[493] Dit beteken egter nie dat *dominium* en *possessio* met mekaar gelyk gestel is nie.[494] Aangesien *possessio* (ongestoorde fisiese beheer oor 'n saak) die uit-

---

491 Die vulgêre reg moet onderskei word van die klassieke reg, wat ongeskonde oorleef het.

492 Levy *Vulgar Law* 70-71.

493 Terme soos *dominium, proprietas, possessio,* en *ususfructus* word vryelik uitgeruil. Levy *Vulgar Law* 21 ev. Sien Van der Walt *Houerskap* 92-93 vir die oorsake van hierdie toedrag van sake.

494 "They were approximated rather than merged" - Levy *Vulgar Law* 61-63.

gangspunt was,[495] word *dominium* in terme van *possessio* omskryf, wat impliseer dat *dominium* 'n besondere soort *possessio* is.[496] Dit het 'n nuwe indeling van *possessio* tot gevolg gehad, naamlik *iure possidere* en *corpore possidere*. Eiendomsreg word as *iure possidere* omskryf, terwyl *corpore possidere* na alle vorme van gewone fisiese beheer sonder eiendomsreg verwys het.[497] Vir die na-klassieke juris (soos vir die leek) was eiendomsreg sonder fisiese beheer moeilik om te begryp.[498] Daar word gevolglik uitgegaan van die veronderstelling dat eiendomsreg (*iure possidere*) en fisiese beheer as 'n reël saamval,[499] sodat fisiese beheer 'n vermoede van eiendomsreg skep en eiendomsreg 'n vermoede van 'n reg op fisiese beheer.[500]

'n Verdere gevolg van die feit dat 'n vermenging tussen die begrippe *possessio* en *dominium* plaasgevind het, is dat *animo possidere* aan eiendomsreg (*iure possidere*) gelyk gestel is.[501] Terwyl die begrip *animo possidere* in die klassieke reg verwys het na daardie gevalle waar *possessio* sonder werklike fisiese beheer moontlik was,[502] het dit in die vulgêre reg verwys na eiendomsreg sonder fisiese beheer, wat iets heel anders is.[503] Alhoewel die uitgangspunt was dat eiendomsreg met daadwerklike fisiese beheer saamgeval het, was eiendomsreg sonder werklike

---

495 Dit het verwys na alle saaklike aansprake waar fisiese beheer ter sprake gekom het (hetsy eiendomsreg, *ususfructus*, voortdurende huur ens) - Levy *Vulgar Law* 61-63.

496 Van der Walt *Houerskap* 99-100; Levy *Vulgar Law* 21 ev, 61-63: "Possidere, possessio and possessor began to be commonly applied to indicate the legal and permanent character of the control over property".

497 Diegene wat volgens die vulgêre reg eienaars was, is as *possessores in re sua* beskryf, maar diegene wat vir die een of ander rede nie as *domini* beskou is nie, was *possessores in re aliena.* Van der Walt *Houerskap* 96-98; Levy *Vulgar Law* 64.

498 Fisiese beheer word beskou as die sigbare manifestasie van 'n reg ('n persoon is eienaar omdat hy fisies in beheer van die saak is) - Levy *Vulgar Law* 26 ev.

499 Die veronderstelling is gegrond op die gelykstelling van eiendomsreg, *iure possidere* en *animo possidere.*

500 Van der Walt *Houerskap* 98-99; Levy *Vulgar Law* 61-63.

501 Die begrippe *corpore* en *animo* het dus, met verwysing na die verkryging van *possessio*, nie meer dieselfde betekenis as wat dit in die klassieke tydperk gehad het nie. In die klassieke reg het die *animus*-element bloot verwys na die bedoeling om fisiese beheer oor die saak te vestig.

502 Bv waar 'n wag by 'n stapel hout geplaas word, sonder dat die *possessor* self werklike fisiese beheer uitoefen en bloot met die *animus.* Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.3.

503 Kaser *Privatrecht* II 247-248; Van der Walt *Houerskap* 99 vn 359.

fisiese beheer en bloot met die *animus* alleen, tog in die vulgêre reg moontlik.[504] Die gevolg was dat eiendomsreg (*iure possessio*) al hoe meer as 'n reg om fisiese beheer uit te oefen, beskou word.[505] Blote fisiese beheer sonder 'n reg op beheer (*possidere corpore*) was van geen belang nie. Verdere ontwikkelinge wat vir die onderhawige onderwerp van belang is, is die volgende:

(a) Die behoefte aan meer as een soort eiendomsreg het verval, met die gevolg dat daar in die vulgêre reg net een soort eiendomsreg bestaan wat wyd genoeg is om selfs sekere vorme van *possessio* en beperkte saaklike regte in te sluit.[506] Selfs persone met die *animus sibi rem habendi*[507] is dikwels as eienaars beskryf.[508]

(b) Die saaklike funksie (verjaring) van *possessio* het bly voortbestaan, maar anders as in die klassieke reg is 'n *iusta causa* en *bona fides* nie meer vereistes vir verjaring nie. Enige vorm van daadwerklike fisiese beheer wat deur lang tydsverloop die *corpore possessor* teen die eiendomsaksie sou beskerm, het na afloop van die termyn *iure possessio* (eiendomsreg) geword.[509]

(c) Die regspolitieke funksie van *possessio* het ook bly voortbestaan en die interdikte het hulle bestaansreg as afsonderlike remedies teen eierigting en geweld behou.[510] Omdat die regmatigheid van *possessio* by die interdik betrek is, het dit sy klassieke karakter, waarvolgens die

---

504 Kaser *Privatrecht* II 247-248; Levy *Vulgar Law* 29-31.
505 Levy *Vulgar Law* 21.
506 Die hantering van die verskillende eienaars se regte impliseer egter die bestaan van 'n dubbele eiendomsreg (*dominium duorum in solidum*), soos blyk uit die gelyktydige bestaan van twee soorte *dominium* ten opsigte van dieselfde stuk grond (waarvan die een uiteraard altyd sterker is as die ander). Sien hieroor Van der Walt *Houerskap* 108-109; Levy *Vulgar Law* 67.
507 Soos die huurder en *ususfructuarius*.
508 Die skerp onderskeid tussen *dominium* en *ius in re aliena* het sodoende verdwyn. Levy *Vulgar Law* 63.
509 *Ususcapio* word teen die middel van die 4e eeu deur *longi temporis praescriptio,* vervang. Van *civilis possessio* bly daar dus in die vulgêre reg min oor. Van der Walt *Houerskap* 100-101.
510 Die karakter van die interdikte het egter verander deurdat die herstellende funksie daarvan sterker na vore getree het. Van der Walt *Houerskap* 102.

regmatigheid van die beheer vir die doeleindes van die interdikte irrelevant was, verloor.[511]

2.5.2.3 *Die onderskeid tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en oordrag van fisiese beheer*

Die onderskeid wat in die klassieke reg tussen die *causa* (die verbintenisskeppende ooreenkoms soos koop) en *traditio* (die verskaffing van fisiese beheer) getref is, het in die vulgêre reg verdwyn.[512] Hierdie ontwikkeling hou verband met die feit dat *dominium* en *possessio* nader aan mekaar gekom het.[513] Soos in die oud-Romeinse reg, word die koop weer as 'n kontantkoop of ruilkoop beskou, waar die koopsaak oorgedra is gelyktydig met betaling van die koopprys.[514] Totstandkoming van en voldoening aan die kontrak het op dieselfde tydstip plaasgevind.[515] Die feit dat die onderskeid tussen koop en die oordragshandeling verdwyn het, het tot gevolg gehad dat eiendomsreg oorgegaan het deur sluiting van die kontrak, wat tegelykertyd ook saaklike oordragshandeling was.[516] Alhoewel *mancipatio* (in geval van *res mancipi*) steeds voorgekom het, was *traditio* die algemene wyse van oordrag.[517] *Traditio* was dus tegelyk koopkontrak en verskaffing van fisiese beheer (oordragshandeling).

2.5.2.4 *Betaling van die koopprys*

In die vulgêre Romeinse reg het die opvatting dat geen eiendomsoorgang by koop moontlik was nie tensy die koopprys betaal is, onder

---

511 Raadpleeg Van der Walt *Houerskap* 101-103.
512 Sien Kaser *Privatrecht* II 275.
513 Levy *Vulgar Law* 127.
514 Kaser *Privatrecht* II 276; Levy *Vulgar Law* 156. Hierdie reël word ook aangetref in die *Codex Euricianus* 286 wat die kodifikasie was van regsreëls in die Wes-Gotiese ryk teen ongeveer 475 deur koning Eurik.
515 Indien krediet verleen is, moes dit by wyse van *stipulatio* geskied. Levy *Vulgar Law* 127; Kaser *Privatrecht* II 276.
516 Kaser *Privatrecht* II 275. Levy *Vulgar Law* 127 merk op: "Sale meant conveyance or transfer".
517 Kaser *Privatrecht* II 274; Dondorp en Schrage *Levering* 25. Die *Fragmenta Vaticana* (art 35) wat tydens die regeertydperk van keiser Konstantyn sy beslag gekry het en wat uittreksels uit geskrifte van oa Paulus en Ulpianus en ook keiserlike *constitutiones* bevat het, het voorgeskryf dat grond wat binne Italië geleë is voortaan net deur *mancipatio* oorgedra kon word. Grond in die provinsies (*res nec mancipi*) is deur *traditio* oorgedra.

Hellenistiese invloed weer na vore gekom.[518] Die koopkontrak het eers tot stand gekom sodra die koopprys betaal is, op welke tydstip eiendomsreg op die verkryger oorgegaan het. Indien die koopprys nie betaal is nie, was daar geen geldige koopkontrak nie en het eiendomsreg ook nie oorgegaan nie.[519] Hierdie reël is ook in wetgewing vervat.[520]

2.5.2.5 Vormvereistes – dokumente en registrasie

In die oud-Romeinse reg was dit nie gebruiklik om regshandelinge op skrif te stel nie omdat skrif vir die Romeine nog 'n vreemde verskynsel was. Dit was eers gedurende die voor-klassieke tyd dat die Romeine, onder invloed van die Grieks-Hellenistiese kultuur, van skrif gebruik gemaak het om regshandelinge te boekstaaf.[521] In geval van oordrag by wyse van *mancipatio*, is aktes egter reeds sedert die klassieke reg gebruik in die plek van die omslagtige formaliteite.[522]

Die oorgang van die klassieke na die na-klassieke tyd word gekenmerk deur die toenemende verskrifteliking van die regsverkeer. Dit kan hoofsaaklik toegeskryf word daaraan dat daar 'n behoefte bestaan het aan bewysmiddele. Die verskaffing van fisiese beheer opsigself het nie aan die verkryger absolute sekerheid verleen nie aangesien die vervreemder nog altyd kon beweer dat fisiese beheer byvoorbeeld verleen is uit hoofde van *locatio conductio*, *commodatum* of *depositum*.[523] Ten einde die *causa traditionis* (die beweegrede uit hoofde waarvan die saak oorgedra is) te bewys, het dit al hoe meer gebruiklik geword om van getuies of dokumente by *traditio* gebruik te maak.[524] Daar moet onderskei word tussen

---

518 Maar sien Honsell *Römisches Recht* 162-163 wat daarop wys dat daar nie eenstemmigheid bestaan met betrekking tot die vraag of die prysbetalingsreël wel in die voor Justiniaanse na-klassieke reg toegepas is nie.

519 Levy *Vulgar Law* 131-133; Feenstra *Grondslagen* 65; Kaser *Privatrecht* II 278.

520 *Novellae Valentiniani* 32*pr* –3 wat dateer uit 451nC.

521 Kaser *Privatrecht* I 230-231; Wubbe *Privaatrecht* 49-51; Zimmermann *Obligations* 79 ev.

522 Kaser *Privatrecht* II 274; Dondorp en Schrage *Levering* 25. Sien die bespreking hierbo by hfst 2.2.6.

523 *Traditio* alleen het nie aan die verkeersbehoeftes voldoen nie.

524 Levy *Vulgar Law* 128, 131.

gevalle waar skrif 'n vereiste was vir die totstandkoming van die regshandeling,[525] en gevalle waar skrif bloot as bewysmiddel gebruik is.[526]

(a) Skrif as geldigheidsvereiste

In die klassieke tyd is skrif slegs in uitsonderlike gevalle as vereiste vir die geldigheid van sekere regshandelinge gestel, soos byvoorbeeld in geval van *obligationes litteris contractae,*[527] skriftelike testamente en die *formula* wat in 'n regsproses gebruik is.[528] In die na-klassieke tyd het die *obligationes litteris contractae* en die *prosesformula* egter in onbruik geraak en was skrif regtens voorgeskryf slegs in geval van testamente.[529]

Sedert Diokletianus (284-305) was dit onder invloed van die vulgêre reg gebruiklik om belangrike regshandelinge op skrif te stel aangesien dokumente in 'n regsproses hoër bewyskrag geniet het as ander vorme van bewys.[530] Keiser Konstantyn het in 337 'n wet gepromulgeer wat verskeie vormvereistes op die vervreemding van grond (*fundus Italicus*) van toepassing gemaak het.[531] Alhoewel skrif nie uitdruklik deur die wet voorgeskryf is nie, het die geldigheid van 'n regshandeling en die bewysbaarheid daarvan hand aan hand gegaan, met die gevolg dat skrif 'n noodwendigheid was. In geval van 'n koopkontrak van grond (wat tegelykertyd ook oordrag van eiendomsreg bewerkstellig het) is dit gevolglik veronderstel dat die wet skrif as 'n vereiste gestel het.[532] Ook ander wet-

---

525 Sonder opskrifstelling was daar geen geldige regshandeling nie.

526 Die regshandeling was geldig, selfs al is dit nie op skrif gestel nie. Kaser *Privatrecht* I 231; Wubbe *Privaatrecht* 49-51; Zimmermann *Obligations* 82 ev.

527 Dit is verbintenisse wat tot stand gekom het deurdat die *pater familias* geld wat geleen is in 'n kas- of huishoudboek aangeteken het. Sien Wubbe *Privaatrecht* 200.

528 Wubbe *Privaatrecht* 49; Kaser *Privatrecht* I 231.

529 Mondelinge testamente is nogtans toegelaat. Kaser *Privatrecht* II 75.

530 Die akte het slegs *prima facie* bewys verskaf van die inhoud van die regshandeling; dit kon dus weerlê word. Wubbe *Privaatrecht* 49.

531 *Fragmenta Vaticana* 35.3-5. Dié vereistes is ook vervat in die *Codex Theodosianus* 3.1.2 en die *Lex Romana Burgundionum.* Dit was hoofsaaklik daarop gerig om te verseker dat grondbelasting deur die eienaar betaal word.

532 Die wetgewer het dit nie nodig geag om skrif voor te skryf nie omdat dit vanselfsprekend was. In die geval van grond volg die skrifvereiste uit *Fragmenta Vaticana* 35.4 (*contractus sollemniter explicatur*) en 35.5 (*sollemnia celebrentur*). Dit wil ook voorkom asof die *Codex Justinianus* 4.3.1.2 wat uit die tydperk van Honorius en Arcadius afkomstig is, skrif as 'n vereiste stel. Kaser *Privatrecht* II 76-77 vn 29; Dondorp en Schrage *Levering* 25.

gewing het in navolging van die praktyk skrif as 'n vereiste veronderstel en dit daarom nie nodig geag om dit uitdruklik te vermeld nie.[533] Dit is egter nie duidelik of skrif 'n konstitutiewe vereiste, dan wel blote bewysmiddel was nie. Dit wil voorkom of die geldigheid van die regshandeling en oordrag van eiendomsreg nie van skrif afhanklik was nie en dat skrif bloot die doel gedien het om bewys te vergemaklik.[534]

Konstantyn se wetgewing het verder vereis dat die koper aanspreeklikheid vir die betaling van grondbelasting moes aanvaar, dat bure as getuies by die oordrag teenwoordig moes wees, en dat die verkoper in hulle teenwoordigheid moes verklaar dat hy eienaar is. Indien hierdie vereistes nie nagekom is nie, was die koopkontrak nietig.[535] Daarbenewens het die *Novellae Valentiniani* vereis dat 'n skriftelike akte van die koop in munisipale registers geregistreer moes word.[536] Hierdie vereiste is egter nie altyd in die praktyk nagekom nie en weinig spore daarvan word in latere wetgewing aangetref.[537] In die praktyk is koopkontrakte wat op die vervreemding van grond betrekking gehad het, nogtans op een of ander wyse amptelik deur 'n owerheidsamptenaar geregistreer.[538]

Ook skenkings word sedert Konstantyn aan verskeie vormvoorskrifte onderwerp, wat hoofsaaklik openbaarmaking en die invordering van belasting ten doel gehad het. Die vereistes was die volgende: 'n skriftelike akte moes voor getuies opgestel word,[539] fisiese beheer moes voor getuies verskaf word, die skenkingsakte en die feit dat die saak fisies oorhandig is moes geregistreer word. Indien die vormvereistes nie nagekom is nie,

---

533 Skrif was bv 'n vereiste vir 'n bruidskat, huweliksluiting en egskeiding. Kaser *Privatrecht* II 77.

534 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 23-24; Kaser *Privatrecht* II 77, 277.

535 Kaser *Privatrecht* II 277; Levy *Vulgar Law* 129.

536 *Novellae Valentiniani* 15.3, 'n wet van keiser Valentinianus III wat dateer uit 444. Die doel was eweneens om die invordering van belasting te vergemaklik.

537 Kaser *Privatrecht* II 277; Levy *Vulgar Law* 130.

538 Levy *Vulgar Law* 130. Dit moet beklemtoon word dat dit hier gegaan het oor die registrasie van die kontrak en nie 'n transportakte nie.

539 Die akte moes ook die naam van die skenker, 'n bewys van sy regstitel asook 'n vermelding van die geskenk bevat. Kaser *Privatrecht* II 281; Levy *Vulgar Law* 137 ev.

was die skenking nietig.[540] Dit moet ook uitgelig word dat die skenking in die vulgêre reg in belangrike opsigte van die skenking in die klassieke reg verskil het.[541] In die klassieke reg was die skenking nie een van die erkende kontraksvorme nie en dit het ook geen verbintenis tot stand gebring nie. 'n Skenking was slegs van belang vir sover as wat dit die rede of *causa* vir enige van die erkende wyses van oordrag was, naamlik *stipulatio*, *mancipatio*, *in iure cessio* en *traditio.* Konstantyn het verder gegaan en die skenking as 'n regshandeling erken, alhoewel hy dit nie as 'n ooreenkoms wat 'n verbintenis tot stand bring, beskou het nie. Die blote belofte om te skenk was steeds nie afdwingbaar nie. Hy het die skenking as 'n tweesydige regshandeling beskou, wat onmiddellik uitgevoer word en direk tot gevolg gehad het dat die verkryger eienaar geword het. Anders as in die klassieke reg was die skenking nou nie meer die rede of *causa* vir oordrag nie, dit was nou een van die wyses van oordrag. Dit is in lyn met die feit dat die onderskeid tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en oordrag van eiendomsreg deur lewering in die vulgêre reg weggeval het. Soos wat reeds opgemerk is, was ook die koopkontrak nou geen verbintenisskeppende ooreenkoms wat die *causa* vir oordrag was nie, maar 'n ooreenkoms wat uitgevoer is op dieselfde tydstip waarop dit tot stand gekom het. Eiendomsreg het direk deur die skenking oorgegaan. Dit was dus 'n wyse waarop eiendomsreg oorgedra is.[542]

(b) Bewysaktes

In sommige gevalle was skrif nie 'n vereiste vir die geldigheid van regshandelinge nie, 'n dokument is bloot gebruik omdat dit 'n betroubare be-

---

540 Kaser *Privatrecht* II 81, 281. Sien *Fragmenta Vaticana* 249.5-8 (dateer uit 323) wat ook opgeneem is in die *Codex Theodosianus* 8.12.1 en 3 en die *Codex Justinianus* 4.3.1.2 en 8.53.25.

541 Sien Levy *Vulgar Law* 145-146.

542 Raadpleeg Levy *Vulgar Law* 127 ev, 146; Gordon *Traditio* 63 ev; Kaser *Privatrecht* II 280 ev; Zimmermann *Obligations* 490.

wysmiddel was.[543] Die volgende soorte skriftelike bewysaktes is veral belangrik:

(i) Die *testatio* was 'n plegtige akte wat in teenwoordigheid van getuies[544] opgestel is en wat bestaan het uit twee plankies (houttablette) wat met was bestryk is (*tabulae ceratae*). Afgesien van hout, is ook papirus (*charta*), perkament (*membrana*) en ander materiaal ook gebruik, maar hout was in die klassieke tyd die suiwer Romeinse vorm.[545] Verskillende soorte regshandelinge kon in so 'n akte vasgelê word, byvoorbeeld koop (met of sonder *mancipatio*) huur, geldlening, *stipulatio*, kwitansies, en ook ander juridies relevante gebeure soos geboortes, getuieverklarings, ensovoorts.[546] Indien die akte op 'n koopkontrak betrekking gehad het, is die volgende inligting weergegee: die feit van kontraksluiting,[547] 'n omskrywing van die koopsaak, die koopprys, die name van die partye en getuies, asook al die bykomende bedinge (*leges*).[548] Die wastafeltjies is op mekaar neergesit (met die geskrif na die binnekant) en aan mekaar vasgebind met 'n tou wat deur gaatjies in die rand van die tablette geryg is. Ten einde vervalsing te voorkom, is die punte van die tou verseël met die seëls van die persoon wat die akte opgestel het en die getuies (die *diptychon*, ook *scriptura interior*).[549]

Die probleem was egter dat daar nou nie meer gelees kon word wat die inhoud van die akte was nie, in elk geval nie voordat dit aan die regter voorgelê en oopgemaak is nie. Gevolglik is die inhoud van die akte ook op die buitekant van een van die houttablette neergeskryf sodat dit te alle tye gelees kon word (*scriptura exterior*). As die inlig-

---

543 Wubbe *Privaatrecht* 50; Honsell *Römisches Recht* 109.
544 Daarom word dit ook getuie-aktes genoem.
545 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70-71; Wubbe *Privaatrecht* 50; Kaser *Privatrecht* I 231-233.
546 Wubbe *Privaatrecht* 50; Kaser *Privatrecht* I 232.
547 In geval van *mancipatio* word gemeld dat die *mancipatio*-handeling uitgevoer is.
548 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70-71.
549 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70-71; Wubbe *Privaatrecht* 50; Kaser *Privatrecht* I 232.

ting te veel was, is van 'n derde houttablet (*triptychon*) gebruik gemaak, wat eweneens deur 'n stuk tou aan die ander vasgeheg is. Dit is egter nie verseël nie. Indien een van die partye die regshandeling wou bewys, is die akte as bewysstuk aan die regter voorgelê, wat die seëls kon verifieer, dit verbreek en kennis neem van die inhoud van die akte.[550] In die na-klassieke tyd het die *testatio* verdwyn en is dit vervang deur aktes wat deur getuies mede-onderteken is, wat in baie gevalle regtens voorgeskryf is.[551]

(ii) Afgesien van die *testatio* was daar ook die *chirogram*.[552] Dit was 'n dokument wat eiehandig in die eerste persoon geskryf is en wat deur ondertekening deur die outeur bewyskrag verkry het. Geen getuies was nodig nie. Uit oorgelewerde dokumente blyk dit dat die *testatio* en die *chirogram* in verskeie opsigte met mekaar vermeng geraak het.[553] In die tyd van Justinianus was dit gebruiklik om die *chirogram* deur beroepskrywers (*tabelliones*) te laat opstel.[554]

Die gevolgtrekking uit bogenoemde bespreking is dat vormvereistes ten opsigte van die oordrag van onroerende goed in die vulgêre reg ingevoer is. Die belangrikste vereiste vir die onderhawige onderwerp is dat die koopakte op skrif gestel (hetsy geldigheidsvereiste, hetsy blote bewysmiddel) en in munisipale registers geregistreer moes word.[555] Hierdie vorm van registrasie kan egter nie aan die hedendaagse praktyk, waarvolgens 'n transportakte in die akteskantoor geregistreer word, gelyk gestel word nie.

---

550 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 70-71; Wubbe *Privaatrecht* 50; Kaser *Privatrecht* I 232.
551 Kaser *Privatrecht* I 231-233; Kaser *Privatrecht* II 78; Wubbe *Privaatrecht* 50; Honsell *Römisches Recht* 110.
552 Afgelei van die Griekse woorde wat "met die hand skryf" beteken. Dit is reeds sedert die einde van die Republiek gebruik.
553 Daar is dokumente wat kenmerke van beide vertoon. Kaser *Privatrecht* I 232-233; Wubbe *Privaatrecht* 50-51; Honsell *Römisches Recht* 110.
554 Hierdie dokumente word hieronder by hfst 2.5.3.7 bespreek.
555 In geval van skenkings was skrif en registrasie konstitutiewe vereistes.

2.5.2.6 *Fisiese beheer*

Die koopprysreël en die vormvereistes wat sedert die tyd van Konstantyn die lig gesien het, het 'n belangrike invloed uitgeoefen op die oordrag van eiendomsreg. Indien die vormvereistes nie nagekom is nie, of indien die koopprys nie betaal is of sekuriteit gestel is nie, het geen geldige kontrak tot stand gekom nie. Gevolglik sou eiendomsreg ook nie oorgegaan het nie, selfs al is fisiese beheer verskaf.[556] Dit het volgens sommige bronne tot gevolg gehad dat verskaffing van fisiese beheer (*traditio corporalis*) nie meer 'n vereiste vir die oorgang van eiendomsreg was nie.[557] Eiendomsreg het op die verkryger oorgegaan, selfs sonder dat fisiese beheer verskaf is, mits die koopprys betaal is en die vormvoorskrifte nagekom is. Die begrip *traditio* het nou verwys na die handeling waardeur die saak oorgedra is, bestaande uit die koopooreenkoms, lewering van die koopsaak en betaling van die koopprys (en nie bloot na die verskaffing van fisiese beheer nie).[558] Alhoewel fisiese beheer nie meer 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg was nie, was dit in die praktyk nogtans aan die verkryger verskaf.[559] Verskaffing van fisiese beheer was, volgens hierdie bronne, slegs 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op roerende goed van geringe waarde, in welke geval geen koopakte opgestel is nie. Dit was ook 'n vereiste wanneer grond wat binne Italië geleë was (*res mancipi*), by wyse van *mancipatio* oorgedra is.[560] Nadat *mancipatio* plaasgevind het (dit wil sê, nadat die akte opgestel is), moes die grond nog fisies aan die verkryger oorhandig word. Die gebeure moes op die grond-

---

556 Levy *Vulgar Law* 132-133: "Where there is no payment, there is no sale or conveyance". Sien ook Kaser *Privatrecht* II 280; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 69.

557 Raadpleeg Kaser *Privatrecht* II 280; Levy *Vulgar Law* 134, 137; Lokin *Leerstukken* 173-174. Hulle wys daarop dat fisiese beheer in die tyd van Diocletianus (284-305) nog deurslaggewend was, maar dat die posisie deur die wetgewing van Konstantyn verander is.

558 Levy *Vulgar Law* 136.

559 Levy *Vulgar Law* 134, 137.

560 Raadpleeg Levy *Vulgar Law* 134, 136-137; Kaser *Privatrecht* II 280; Lokin *Leerstuken* 173-174; Dondorp en Schrage *Levering* 24-25.

stuk self plaasvind en die eienaar van die naburige grond moes as getuie teenwoordig wees.[561]

Die siening dat fisiese beheer nie 'n vereiste was nie, is vir kritiek vatbaar. Dit laat die feit dat verskaffing van fisiese beheer 'n onlosmaaklike deel van kontraksluiting was buite rekening. Die reël was dat sluiting van die kontrak en die nakoming daarvan (betaling en lewering) gelyktydig plaasgevind het.[562] Die verbintenisskeppende ooreenkoms (soos byvoorbeeld koop) en die saaklike oordragshandeling was nie meer van mekaar geskei nie, dit was een handeling. Indien fisiese beheer nie verskaf is nie, sou geen kontrak tot stand kom nie en sou eiendomsreg ook nie oorgegaan het nie. Daar moet verder in gedagte gehou word dat daar nie eenstemmigheid bestaan met betrekking tot die vraag of die prysbetalingsreël wel in die voor Justiniaanse na-klassieke reg toegepas is nie.[563]

Dit is ook onwaarskynlik dat die gebruikmaking van dokumente fisiese beheer as vereiste vir eiendomsoordrag sou verdring. Dit word algemeen aanvaar dat dit nie moontlik was om 'n akte te oorhandig, in plaas daarvan om fisiese beheer te verskaf nie. *Traditio per cartam* het dus nie die plek van fisiese beheer ingeneem nie.[564] Die skriftelike dokument was bloot bewysmiddel, dit was nie noodsaaklik vir die oordrag van eiendomsreg nie.[565] Dit blyk duidelik uit 'n keiserlike verordening van Diocle-

---

561 *Mancipatio in absentia* was nie moontlik nie. Dondorp en Schrage *Levering* 25.

562 Die koopkontrak kom tot stand deurdat die saak oorgedra en die prys betaal word. Sien bv Levy *Vulgar Law* 139-140: "A donation, like a sale, was no longer recognized except as a simultaneous act: unless performed, it was legally not in existence".

563 Sien hieroor Honsell *Römisches Recht* 162-163.

564 Sien Levy *Vulgar Law* 128, 146, 159; Kaser *Privatrecht* II 275 vn 14; Honsell *Römisches Recht* 139 vn 14; Gordon *Traditio* 67 ev, 82-95; Dondorp en Schrage *Levering* 23-25. Brunner *Urkunde* 90, 112-116 se teenstrydige standpunt in hierdie verband is nie aanvaarbaar nie; dit op 'n foutiewe interpretasie van *Codex* 8.53(54).1.

565 Dit wil sê dat eiendomsreg oorgegaan het, selfs al is daar nie 'n akte opgestel en oorhandig nie. Aan die ander kant het eiendomsreg nie oorgegaan bloot op grond van die feit dat 'n akte opgestel en oorhandig is nie. Die akte was dus nie deurslaggewend nie.

tianus (293) wat ook in die *Codex Justinianus* opgeneem is[566] en wat handel oor die geval waar dieselfde saak aan twee verskillende persone verkoop is. Die een was fisies in beheer van die saak, terwyl die ander slegs 'n vervreemdingsakte kon toon. Die persoon aan wie fisiese beheer verskaf is, is as eienaar beskou en nie die persoon aan wie die akte oorhandig is nie. Dit bewys dat verskaffing van fisiese beheer deurslaggewend was.[567] Laastens kan die standpunt gekritiseer word omdat die tekste waarop dit berus, nie die afleiding regverdig dat fisiese beheer geen vereiste was nie. Die tekste is in elk geval nie in die *Corpus Iuris Civilis* opgeneem nie en het dus geen invloed op die regswetenskap in die Middeleeue uitgeoefen nie.[568]

Daar kan dus 'n sterk saak daarvoor uitgemaak word dat die verkryging van fisiese beheer steeds die beginsel was.[569] Indien die koopprys betaal is, die vormvoorskrifte nagekom is, maar fisiese beheer nie verskaf is nie, sou eiendomsreg waarskynlik nie oorgegaan het nie. Hierdie standpunt word gesteun deur die feit dat die koper, in 'n stelsel waar fisiese beheer 'n deurslaggewende rol gespeel het, waarskynlik nie bereid sou gewees het om die koopprys te betaal nie, tensy hy fisies in beheer gestel word. Daar kan dus hoogstens gesê word dat die vormvereistes en prysbetalingsreël die verskaffing van fisiese beheer op die agtergrond geskuif het, maar nie dat dit in die plek daarvan gekom het nie.

Die enigste geval waar verskaffing van fisiese beheer nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie, is waar 'n saak geskenk is en die skenker vruggebruik op die saak vir homself voorbehou het (*retentio usufructus*). Die gebruik het later ontstaan om die voorbehoud bloot vir die skyn by die skriftelike kontrak in te voeg, slegs ter wille daarvan om die vereiste te omseil dat fisiese beheer verskaf word (wat in geval van sken-

566 Sien *Codex* 3.32.15.
567 Dondorp en Schrage *Levering* 23-24.
568 Sien Voß *Recht und Rhetorik* 179, 198, 248. Voß word weer gekritiseer deur Vigneron 1985 *ZSS* 637-644.
569 Sien ook Honsell *Römisches Recht* 138-139; Dondorp en Schrage *Levering* 23-24.

kings wetlik voorgeskryf was). Die begunstigde het sodoende eienaar geword sonder dat hy fisies in beheer van die saak gestel is.[570]

2.5.2.7 *Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra*

Die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* (wat op 'n koop of skenking gegrond was), die volgende elemente omvat het: die ooreenkoms tussen vervreemder en verkryger, wat gewoonlik op skrif gestel is en in openbare registers geregistreer is,[571] betaling van die koopprys deur die koper en verskaffing van fisiese beheer wat op die grondstuk voor getuies plaasgevind het.[572] Indien 'n ander saak as grond oorgedra is, is fisiese beheer op een van die erkende wyses verskaf. Alhoewel oordrag uit verskillende elemente bestaan het, is die opstel en verseëling van die akte, betaling van die koopprys en die verskaffing van fisiese beheer gelyktydig uitgevoer, sodat daar in wese slegs sprake van een enkele handeling was. Kontraksluiting en betaling van die koopprys het terselfdertyd ook oordrag bewerkstellig.[573] Dit spreek vanself dat daar nie sprake van enige uitwendige abstraksie kon wees nie aangesien daar nie meer tussen *causa* en *traditio* onderskei is nie.

Die feit dat eiendomsreg regstreeks oorgegaan het deur sluiting van die koop of skenking, en die feit dat die verskaffing van fisiese beheer op die agtergrond geraak het, regverdig die standpunt dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry, al hoe meer op die voorgrond getree het.[574] Dit wil egter nog nie sê dat die wedersydse bedoeling om

---

570 Sien Levy *Vulgar Law* 144; Wubbe *Privaatrecht* 121.

571 In geval van skenking was skrif en registrasie deur wetgewing voorgeskryf, maar in geval van koop het die partye vrywillig van dokumente gebruik gemaak vir bewysdoeleindes. Soos wat reeds opgemerk is, is die registrasievereiste egter nie altyd nagekom nie.

572 Alhoewel fisiese beheer gewoonlik verskaf is, is dit nie duidelik of dit 'n vereiste vir oordrag was nie.

573 Levy *Vulgar Law* 129, 135, 140. Kaser *Privatrecht* II 277, 278 vn 36, 280. Maar sien vn 50 op 280 waar hy sê dat fisiese beheer in die praktyk nie altyd met kontraksluiting (die opstel van die akte) gepaard gegaan het nie.

574 Dondorp en Schrage *Levering* 24; Honsell *Römisches Recht* 138-139, 159-160.

eiendomsreg oor te dra en te ontvang, van die koop of skenking losgemaak is en dat eiendomsreg deur blote wilsooreenstemming oorgegaan het nie.[575] Inteendeel, die bedoeling om eiendomsreg oor te dra was in die koopkontrak of skenking vervat wat nie van lewering onderskei is nie. Dit was een handeling wat tegelykertyd ook oordrag van eiendomsreg bewerkstellig het.[576] Daar was dus ook nie sprake van enige inhoudelike abstraksie nie.

2.5.2.8 Samevatting

1. Aangesien kontraksluiting en wedersydse prestasie in die vulgêre reg gelyktydig plaasgevind het en wesenlik een handeling was, het die onderskeid tussen *causa* (grondliggende ooreenkoms) en *traditio* in die eng sin (die verskaffing van fisiese beheer) verdwyn. Eiendomsreg het oorgegaan deur sluiting van die kontrak wat terselfdertyd ook 'n saaklike oordragshandeling was.

2. Bepaalde vormvereistes is op die vervreemding van grond van toepassing gemaak, wat die doel gedien het om die invordering van belasting te vergemaklik. Die belangrikste vir die onderhawige onderwerp, is dat 'n skriftelike akte van die koop of skenking in munisipale registers aangeteken moes word. Hierdie vereistes het regsekerheid bevorder en het tot gevolg gehad dat publisiteit aan die oordrag verleen word, alhoewel dit nie die bedoeling daarmee was nie.[577] Weinig spore van die vereiste word egter in latere wetgewing aangetref, maar dit was nietemin die praktyk om kontrakte te registreer.

3. Alhoewel die gebruikmaking van dokumente 'n alledaagse verskynsel geword het omdat dit 'n belangrike bewysfunksie vervul het, is skrif nie deur wetgewing voorgeskryf vir die koopkontrak van grond nie. Dit was wel 'n konstitutiewe vereiste in geval van skenkings.

---

575 Levy *Vulgar Law* 128 vn 7 sê pertinent dat eiendomsreg nie deur blote wilsooreenstemming oorgegaan het nie.
576 Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 69; Voß *Recht und Rhetorik* 179, 198, 248.
577 Kaser *Privatrecht* II 74, 275.

4. Verskeie aspekte dui daarop dat fisiese beheer op die agtergrond geraak het, met die gevolg dat eiendom sonder daadwerklike fisiese beheer moontlik was en dat eiendomsreg onder andere verwys het na die reg om fisiese beheer uit te oefen. Hierdie ontwikkeling steun die standpunt van daardie skrywers wat meen dat die verskaffing van fisiese beheer in die vulgêre reg nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie.[578]

5. Die algemeen aanvaarde standpunt is egter dat fisiese beheer wel 'n vereiste vir die oordrag en verkryging van eiendomsreg was, alhoewel dit op die agtergrond geraak het. In elk geval was fisiese beheer nie 'n kenmerk van eiendomsreg nie. Hierdie standpunt word ondersteun deur die volgende argumente: kontraksluiting het plaasgevind deur die verskaffing van fisiese beheer (dit was die algemene wyse waarop eiendomsreg oorgedra is); in geval van skenkings is die verskaffing van fisiese beheer wetlik voorgeskryf; fisiese beheer is nooit deur *traditio per cartam* vervang nie.

6. Alhoewel die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang al hoe meer op die voorgrond geraak het, was die bedoeling nie as 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms, wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei is, gekonstrueer nie.[579] Daar was dus geen kenmerke van die inhoudelike of uitwendige abstraksie in die vulgêre reg aangetref nie.

2.5.3 Die Oos-Romeinse ryk in die tyd van Justinianus (450-550)

2.5.3.1 Inleiding

Toe Justinianus in 527 keiser van die Oos-Romeinse ryk geword het, het die Romeinse ryk in 'n staat van verval verkeer. Sy strewe was om die mag, luister en welvaart van die voormalige wêreldryk te herstel, ook wat

578 Die koopprysreël en die vormvereistes verleen verdere steun aan hierdie standpunt.
579 Eiendomsreg het oorgegaan deur sluiting van die koopkontrak, wat ook oordragshandeling was.

die regstelsel betref.[580] Sy grootste nalatenskap op die terrein van die reg, was ongetwyfeld die kodifikasie van die Romeinse reg wat in die jare 528-534 tot stand gekom het en wat gepoog het om, in reaksie op die vulgarisering van die reg, die klassieke reg in ere te herstel.[581] Wanneer vandag na die Romeinse reg verwys word, word daarmee hoofsaaklik bedoel die regsreëls wat in die *Corpus Iuris Civilis* opgeteken is. Die kodifikasie kon egter nie daarin slaag om die klassieke styl en denke weer ten volle te laat herleef nie omdat die opstellers daarvan enersyds met 'n weergawe van die klassieke bronne gekonfronteer was wat deur die vulgêre reg beïnvloed is en met praktiese eise andersyds.[582] Alhoewel die kodifikasie bloot 'n optekening was van bestaande regsreëls afkomstig van vroeëre keisers en juriste uit die klassieke tyd,[583] het Justinianus sommige verouderde of ingewikkelde reëls en onderskeidings afgeskaf

---

580 Hy wou 'n terugkeer na die klassieke gedagtes bewerkstellig, vandaar die begrip klassisisme. Feenstra *Grondslagen* 5; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 34; Kop *Vulgaire Reg* 2-3.

581 Die Justiniaanse kodifikasie, wat sedert die Middeleeue as die *Corpus Iuris Civilis* bekend staan, het uit die volgende dele bestaan: (1) Die *Digesta* (*Pandekta*) *Justinianus* wat bestaan het uit uittreksels uit geskrifte van die klassieke Romeinse juriste (ook *ius* of reg genoem), wat naas keiserlike verordeninge die belangrikste regsbronne was. Dié werk is op 16 Desember 533 gepubliseer en bestaan uit 50 boeke wat onderverdeel is in titels, fragmente en paragrawe. Justinianus het die tekste egter nie in hulle oorspronklike vorm oorgeneem nie, maar veranderinge aangebring. Daar kan dus nie met sekerheid gesê word dat die siening van die betrokke juriste in die *Digesta* weergegee word nie. Dit is eerder die siening van die kommissie wat die *Digesta* saamgestel het, of hulle interpretasie van 'n betrokke teks. In elk geval was die tekste waarskynlik reeds gewysig voordat die kommissie dit bewerk het. (2) Die *Institutiones Justinianus* wat 'n beknopte leerboek was vir gebruik deur studente en wat op die *Institutiones* van *Gaius*, aangevul deur uittreksels uit ander ou bronne, gegrond is. Dit bestaan uit 4 boeke wat in titels en paragrawe verdeel is en is op 21 November 533 gepubliseer. Dit het dieselfde krag as wetgewing gehad. (3) Die *Codex Justinianus* wat 'n versameling keiserlike verordeninge (*constitutiones* of *leges*) bevat en op 16 November 534 afgekondig is. Dit bestaan uit 12 boeke wat onderverdeel is in titels en konstitusies, wat op hulle beurt weer onderverdeel is in fragmente. Keiserlike verordeninge was in die na-klassieke tydperk die hoofbron van nuwe regsreëls. Nie alleen die verordeninge van Justinianus is in die *Codex* opgeneem nie, ook die *Codex Theodosianus* en die *Codices Gregorianus* en *Hermogenianus* is as bronne gebruik. (4) Nadat die *Codex* in 534 verskyn het, het Justinianus nog enkele nuwe verordeninge uitgevaardig wat later as die *Novellae* aangedui is en wat die vierde onderdeel van die kodifikasie uitgemaak het. Raadpleeg Feenstra *Grondslagen* 1, 6; Lokin *Leerstukken* 21-22, 25 ev, 32-34; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 36-38.

582 Die kodifikasie bevat noodwendig ook vulgêre reg.

583 Anders as wat die geval is met die moderne kodifikasies waar nuwe reëls geformuleer word, is bestaande formulerings oor die algemeen behou.

en vereenvoudig. Die onderskeid tussen *Quiritiese* en *praetoriese* eiendomsreg en dié tussen *res mancipi* en *res nec mancipi* is byvoorbeeld opgehef.[584] Hierdie hervormings het verreikende tegniese en dogmatiese gevolge gehad aangesien die ou tekste gewysig en aangepas moes word. Die woorde *ex iure Quiritium*, *res mancipi* en *res nec mancipi* moes byvoorbeeld uit die tekste geskrap word, terwyl *mancipatio* met *traditio* vervang is.[585]

Die verdere bespreking in hierdie hoofstuk is daarop gerig om aan te toon in watter opsigte die regsposisie in die tyd van Justinianus van dié in die klassieke en die vulgêre reg verskil het. Aangesien die *Corpus Iuris Civilis* 'n poging was om die klassieke reg in ere te herstel, kan verwag word dat daar 'n groot mate van ooreenstemming sou wees.

2.5.3.2 Die begrippe dominium en possessio

In die Justiniaanse reg is *possessio* as *iure possessio* opgeneem.[586] Aangesien die begrip *possessio* in die eerste plek verwys het na die fisiese beheer van 'n persoon wat besig was om deur verjaring eienaar te word (saaklike funksie), is *iure possessio* aan *civilis possessio* gelyk gestel. In aansluiting hierby, en onder invloed van die *animus*-leer van die Oos-Romeinse reg, word daar van die standpunt uitgegaan dat 'n *possessor* die persoon is wat fisiese beheer oor 'n saak uitoefen met die *animus domini*.[587] Dit wil sê, in die eerlike geloof dat hy eienaar is; anders gestel, met die bedoeling om fisiese beheer as eienaar uit te oefen (*eiebesit*).[588] *Possessio animo domini* van die Justiniaanse reg verskil dus van die *animus possidendi* van die klassieke reg, wat bloot verwys het na die bedoeling om fisiese beheer oor 'n saak uit te oefen en wat in die verkryging van daadwerklike beheer tot uiting gekom het. Alle ander vorme

---

584 Sien bv *Codex* 7.25 en 7.31.1.5; Lokin *Overdracht* 18-19.
585 Die wysigings wat aldus aangebring is, staan bekend as interpolasies.
586 *Codex* 2.14.1.3 en 7.32.10; *Digesta* 41.2.19.1 en 43.26.15.4.
587 *Codex* 6.2.21.3; *Digesta* 41.2.3.22.
588 Kaser *Privatrecht* II 252-253; Pringsheim 1933 *LQR* 53 ev. Van der Walt *Houerskap* 112-113 wys daarop dat *possessio* soms wyd genoeg opgeneem is om ook sekere gevalle van vreemdbesit in te sluit, naamlik *ususfructus* en ander servitute.

van fisiese beheer wat nie as *iure possessio* in bogenoemde betekenis beskryf kan word nie, is as *corpore possessio* omskryf, wat met die klassieke *naturalis possesio* vereenselwig is.[589]

In die klassieke reg is *animus* en *corpus* (sover dit die verkryging en verlies van *possessio* aangaan) nie as twee selfstandige vereistes gesien nie, maar as twee elemente van een en dieselfde handeling. Daar was 'n besondere band tussen hulle wat veral daarin tot uiting gekom het dat die verkryging van fisiese beheer deur die *animus* gekwalifiseer is. Die feit dat *possessio* in die tyd van Justinianus met die Oos-Romeinse *animus*-leer gesintetiseer is (wat meer klem op die partye se bedoeling en minder klem op die uiterlike vorm geplaas het), het tot gevolg gehad dat hierdie siening verander het in dié opsig dat die twee elemente al hoe meer van mekaar losgemaak word.[590] *Corpus* en *animus* word nou nie meer as twee elemente van een enkele handeling gesien nie, maar as twee selfstandige handelinge, terwyl die *animus*-vereiste (en nie *corpus* nie) as die wesenskenmerk van *possessio* gesien word.[591] Ook die klassieke beginsel dat *possessio* met die blote *animus* alleen behou kan word (*animo solo retinere possessionem*), is in die Justiniaanse tyd uitgebrei, sodat 'n persoon *possessio* kon behou selfs al het hy nie op 'n indirekte wyse fisiese beheer oor die saak uitgeoefen nie en selfs al is hy sy beheer op 'n geweldadige wyse ontneem.[592] Hierdie ontwikkelings, wat aan die vergeesteliking van *possessio* toegeskryf kan word, het tot gevolg gehad dat

---

589 Bv fisiese beheer van persone wat nie die *animus domini* gehad het nie, soos *detentores*, en ook interdikbesit en *mala fide* besit. Kaser *Privatrecht* II 253; Wubbe *Privaatrecht* 101; Middelberg *Houderschap* 22.

590 Hierdie proses het reeds in die na-klassieke wetgewing begin aangesien die verskaffing van fisiese beheer nie meer 'n vereiste in geval van oordrag uit hoofde van 'n koop was nie (wel in geval van skenking). Sien die bespreking hierbo in hfst 2.5.2.6. Justinianus het die vereistes wat in die klassieke reg vir die verkryging van *possessio* gegeld het (*corpus et animo*) behou, maar dit is van mekaar losgemaak. Kaser *Privatrecht* II 82-83, 252, 254. Honsell *Römisches Recht* 140-141.

591 In die Oos-Romeinse ryk was daar 'n neiging om meer klem op die *animus*-element as op die *corpus*-element te plaas. Kaser *Privatrecht* II 251-252, 254.

592 Sien bv Codex 7.32.12 en 8.4.11. In die klassieke tyd het hierdie beginsel 'n beperkte toepassingsgebied gehad. Raadpleeg Kaser *Privatrecht* II 254-255; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 137; Honsell *Römisches Recht* 141; Pringsheim 1933 *LQR* 53.

possessio al hoe meer van werklike fisiese beheer losgemaak is.[593] Die begrip *iure possessio* verwys nou na *possessio* sonder fisiese beheer.[594]

Die feit dat *possessio* van fisiese beheer losgemaak is, tesame met die feit dat *possessio* en *dominium* in die vulgêre reg vermeng geraak het, het daartoe meegewerk dat *possessio* in die Justiniaanse reg al hoe meer as 'n eiesoortige reg gesien is wat van eiendomsreg onderskei kon word.[595] Justinianus se poging om die klassieke eiendomsbegrip te herstel en om *dominium* weer duidelik van *possessio* en die beperkte saaklike regte te onderskei, was nie in alle opsigte geslaagd nie, juis omdat die onderskeid tussen *dominium* en *possessio* nie duidelik was nie. Aan die een kant word benadruk dat *possessio* van eiendomsreg onderskei moet word, deurdat die feitlike aard daarvan beklemtoon word, terwyl *dominium* gesien is as 'n absolute reg op 'n saak.[596] Aan die ander kant word *possessio* weer losgemaak van fisiese beheer en word dit as 'n reg op fisiese beheer beskou.[597] Verdere ontwikkelinge in die Justiniaanse reg wat vir die onderhawige ondersoek van belang is, is die volgende:

(a) In die Justiniaanse reg is daar nie met 'n vermoede van eiendomsreg gewerk nie.[598]

(b) Die onderskeid tussen die verskillende soorte eiendomsreg is afgeskaf, naamlik (1) tussen *dominium ex iure Quiritium* en *in bonis esse*, (2) tussen *res mancipi* en *res nec mancipi* en (3) tussen grond wat in die provinsies geleë is en grond wat in Italië geleë is. Justinianus het ook die *dominium duorum in solidum* van die vulgêre reg

---

593 Indien die *animus* die deurslaggewende element is impliseer dit dat iemand *possessio* (eiebesit) kon hê, selfs al is hy nie fisies in beheer van die saak nie.

594 Maw, dit het 'n soortgelyke betekenis as wat die begrip *possessio solo animo* in die klassieke tydperk gehad het. Middelberg *Houderschap* 22-23.

595 *Digesta* 4.6.19, 41.2.44 *pr* en 43.8.2.38. Raadpleeg ook Levy *Vulgar Law* 72-73; Kaser *Privatrecht* II 254. In die klassieke tydperk is dit hoofsaaklik as 'n blote feitlike toestand beskou. Dit is interessant om daarop te let dat die verkryging van *possessio* nie as 'n regshandeling gesien is nie.

596 Levy *Vulgar Law* 72-73; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 137.

597 Dit is dus nie meer bloot 'n feitlike toestand nie, dit verkry die kenmerke van 'n reg. Wubbe *Privaatrecht* 101; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 137. Die band tussen *possessor* en die saak is nou eerder juridies van aard as feitlik.

598 Levy *Vulgar Law* 72-73.

verwerp.[599] In die Justiniaanse reg bestaan daar dus net een vorm van eiendomsreg, naamlik *dominium*. Aangesien *mancipatio* en *in iure cessio* deur Justinianus afgeskaf is, was *traditio* die enigste wyse waarop *dominium* oorgedra kon word.

(c) Justinianus het die *actio Publiciana* herstel, maar dit het net die persoon wat 'n verjaringsvatbare saak *bona fide* en *ex iusta causa* van die eienaar verkry het, te goede gekom. Die beperkte aanwending van die *actio* het egter tot gevolg gehad dat dit alle praktiese betekenis verloor het.[600]

(d) *Iusta causa* was nie meer 'n vereiste vir verkryging van eiendomsreg deur verjaring nie.[601]

2.5.3.3 Onderskeid tussen causa en traditio

Aangesien *mancipatio* deur Justinianus afgeskaf is, was *traditio* nou die enigste wyse waarop eiendomsreg ten opsigte van roerende en onroerende goed[602] oorgedra kon word. Dit wil sê dat eiendomsreg oorgedra is deur die verskaffing van fisiese beheer uit hoofde van 'n *causa* en nie direk deur die koop of skenking soos in die vulgêre reg nie.[603] Justinianus het dus teruggekeer na die grondbeginsels van die klassieke Romeinse reg vir sover as wat daar weer onderskei word tussen die *causa* (dit wil sê, 'n verbintenis of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om die saak te lewer) en die verskaffing van fisiese beheer as oordragshandeling (*traditio* in die eng sin).[604] Die algemene reël was dat eiendomsreg oorgaan deur verskaffing van fisiese beheer of deur verjaring en nie deur

---

599 Levy *Vulgar Law* 81 ev; Feenstra *Grondslagen* 45-46; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 67; Van der Walt *Houerskap* 111.

600 Van der Walt *Houerskap* 111.

601 Levy *Vulgar Law* 192-193; Van der Walt *Houerskap* 100.

602 Daar was geen verskil tussen oordrag van roerende en onroerende goed nie.

603 *Institutiones* 2.1.40–48; Levy *Vulgar Law* 148; Kaser *Privatrecht* II 282; Lokin *Overdracht* 19.

604 Die skeiding tussen persoonlike reg en saaklike reg word egter verklein deurdat 'n *actio in rem* in sommige gevalle verleen word indien die *causa* wegval. Kaser *Privatrecht* II 282; Levy *Vulgar Law* 156.

blote ooreenkoms nie.[605] Elkeen van hierdie elemente sal vervolgens van naderby beskou word.

2.5.3.4 Fisiese beheer

Soos wat die geval in die klassieke reg was, was die algemene reël steeds dat *possessio corpore et animo* aan die verkryger verskaf moes word.[606] Dit wil sê dat die verkryger fisiese beheer oor die saak moes vestig met die bedoeling om eienaar te word.[607] Hierbo is opgemerk dat die verskaffing van fisiese beheer in die tyd van Justinianus nietemin op die agtergrond geraak het (die *corpus*-element is verslap) en dat die *animus*-vereiste al hoe meer beklemtoon is. Dit blyk onder andere daaruit dat dit moontlik was om *possessio* te verkry, selfs al het die verkryger die saak nie werklik fisies hanteer nie. Lewering was byvoorbeeld moontlik bloot deur fisiese aanraking of sintuiglike waarneming van die saak,[608] en selfs deurdat die verkryger beheer oor die saak gevestig het, sonder dat die saak werklik aangeraak of waargeneem is.[609] Wat die oordrag van grond betref, kan daarop gewys word dat dit in die tyd van Justinianus moontlik was dat die oordraggewer die verkryger kon magtig om fisiese beheer oor die grond eensydig in sy afwesigheid te vestig - *traditio inter absentes*.[610] Oorhandiging deur die oordraggewer en die verkryging van fisiese beheer deur die verkryger is in hierdie geval in tyd en ruimte van mekaar geskei.[611] Ook *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium* (waarna gewoonlik verwys word as *traditio solo animo*) is erken as wyses waarop

---

605 *Codex* 2.3.20; Feenstra *Grondslagen* 61; Dondorp en Schrage *Levering* 26.

606 *Codex* 2.3.20; *Digesta* 41.1.55; Levy *Vulgar Law* 148, 150 ev; Kaser *Privatrecht* II 283; Lokin *Overdracht* 20; Dondorp en Schrage *Levering* 26.

607 In die klassieke reg het die begrip *animus* nie na die bedoeling om eienaar te wees verwys nie (*animus domini*), maar na die bedoeling om fisiese beheer uit te oefen (*animus possidendi*). Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.3.2.

608 Soos bv waar die grense van die grond vanuit 'n nabygeleë toring aangewys is, of waar die sleutels van 'n wynkelder oorhandig is. In die klassieke tyd moes die sleutels in nabyheid van die kelder oorhandig word sodat dit sintuiglik waargeneem kon word. In die tyd van Justinianus was nabyheid of teenwoordigheid van die gebou nie meer 'n vereiste nie. Kaser *Privatrecht* II 283.

609 Bv die aanstel van 'n wag by 'n klomp hout. Lokin *Overdracht* 19-20; Kaser *Privatrecht* II 283.

610 Dit is die *missio in vacuam possessionem* waarvan in *Digesta* 41.2.18.2 melding gemaak word.

eiendomsreg oorgedra is,[612] terwyl *retentio ususfructus* daagliks gebruik was, alhoewel dit nie deur die reg gesanksioneer is nie.[613] Soos wat hierbo aangetoon is, is die beginsel van *animo retinere possessionem* ook uitgebrei. Die verskaffing van werklike fisiese beheer is egter nog nie deur 'n blote simboliese handeling, soos byvoorbeeld oorhandiging van 'n akte, vervang nie.[614] *Traditio per cartam* was dus nie 'n erkende wyse van oordrag nie.[615]

In die lig van hierdie besondere vorme van *traditio* is dit duidelik dat die woord *tradere* nie meer so 'n skerp omlynde betekenis soos in die klassieke tyd gehad het nie, maar dat 'n ruim betekenis geheg moet word aan die algemene reël soos byvoorbeeld in *Codex* 2.3.20 vervat.[616] Daar word selfs beweer dat die vorme van *traditio* waarna hierbo verwys is en waar bykans geen fisiese kontak was nie, voorbeelde is van gevalle waar eiendomsreg deur blote wilsooreenstemming oorgegaan het en dat die begrip *traditio* in die *Corpus Iuris Civilis* in twee betekenisse gebruik is, naamlik (1) oordrag van eiendomsreg deur die verskaffing van fisiese beheer[617] en (2) oordrag van eiendomsreg op grond van 'n ooreenkoms.[618]

Enkele tekste skep die indruk dat die verkryging van eiendomsreg moontlik was, selfs al is die verkryger nie werklik fisies in beheer van die saak gestel nie. In *Digesta* 23.5.16, byvoorbeeld, word die geval aangetref waar 'n vrou 'n stuk grond aan haar man as bruidskat gegee het, terwyl

---

611 Gordon *Traditio* 51; Delport *Lewering en Registrasie* 119-120.

612 Mits daar voldoen is aan die ander vereistes vir die oordrag van eiendomsreg. Terwyl daar twyfel bestaan oor die vraag of *constitutum possessorium* in die klassieke reg erken is, is dit seker dat dit wel in die Justiniaanse reg as wyse van *traditio* erken is. *Institutiones* 2.1.44; Delport *Lewering en Registrasie* 110.

613 Levy *Vulgar Law* 151-152. Sien die bespreking hierbo in hfst 2.5.2.6 in hierdie verband.

614 Feenstra *Grondslagen* 61; Kaser *Privatrecht* II 283.

615 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.5.2.7. Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 73-74 is egter van oordeel dat eiendomsreg in die praktyk dikwels slegs deur 'n akte oorgedra is, sonder dat daadwerklike fisiese beheer verskaf is.

616 Feenstra *Grondslagen* 61.

617 Hoofsaaklik vir die oordrag van maklik hanteerbare sake soos juwele, geldstukke, wyn, skilderye ens.

618 Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 73. Die vraag of *possessio* en eiendomsreg inderdaad bloot deur wilsooreenstemming oorgegaan het, word hieronder by hfst 2.5.3.6 aangespreek.

nóg sy nóg haar man, persoonlik op die grond teenwoordig was. Iemand anders, naamlik Titius, was fisies in beheer van die grond. Ingevolge die teks het die eggenoot wel eienaar geword. Dit wil dus voorkom of *dominium* deur *traditio* verkry is sonder dat die man fisies in beheer gestel is.[619] Daar moet egter daarop gewys word dat die vrou die grond in die oorspronklike teks by wyse van *mancipatio* aan haar man oorgedra het, in welke geval die grond *in absentia* oorgedra kon word. Aangesien die begrip *mancipatio* deur Justinianus in die tekste met *traditio* vervang is, is dit twyfelagtig of hierdie teks werklik gesag daarvoor is dat eiendomsreg as 'n reël deur *traditio* oorgedra kon word indien die verkryger nie werklik fisies in beheer van die saak gestel is nie.

Die gevolgtrekking is dat alhoewel *possessio* al hoe meer losgemaak is van fisiese beheer en dit die kenmerke van 'n reg vertoon het, een of ander vorm van fisiese kontak, hoe gering ook al, steeds in beginsel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was. Ook die feit dat meer klem op die *animus*-element geplaas is, het nie hieraan afbreuk gedoen nie. Daar is slegs in uitsonderlike gevalle van hierdie vereiste afgesien.[620] Hierdie standpunt word bevestig deur die praktyk waardeur die feit van fisiese oorhandiging in geval van koop en skenking in munisipale registers aangeteken is.[621]

2.5.3.5 Uitwendige abstraksie – die iusta causa

Soos wat reeds opgemerk is, is daar in die Justiniaanse tyd wel tussen *causa* en die verskaffing van fisiese beheer (*traditio* in die eng sin) onderskei. Fisiese beheer opsigself het egter nog nie oorgang van eiendomsreg bewerkstellig nie. Eiendomsreg sou in die reël slegs oorgaan indien fisiese beheer uit hoofde van 'n *iusta causa* oorgedra is. Die *causa* was gewoonlik een of ander verbintenis wat die oordraggewer verplig het om die saak oor te dra, soos byvoorbeeld 'n koopkontrak. Anders as in die

619 Dondorp en Schrage *Levering* 29.
620 Soos bv in geval van *constitutum possessorium* en waar oordrag aan 'n kerk of *munisipaliteit* plaasgevind het. Levy *Vulgar Law* 149, 151, 155.
621 Sien die bespreking hieronder by hfst 2.5.3.7 in hierdie verband.

vulgêre reg het die koopkontrak nie deur betaling van die koopprys of oorhandiging van *arrha* tot stand gekom nie, maar deur wilsooreenstemming (konsensus).[622] In die tyd van Justinianus het eiendomsreg ook nie deur sluiting van die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgegaan nie; fisiese beheer moes verskaf word.

Kenmerkend van 'n abstrakte stelsel is dat die nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie noodwendig verhinder dat eiendomsreg deur lewering oorgaan nie. Die vraag ontstaan dus of die *causa* in geval van koop en skenking in die tyd van Justinianus geldig moes wees ten einde oordrag van eiendomsreg tot gevolg te hê (was 'n *iusta causa* 'n vereiste)? Hierbo is aangetoon dat daar oor hierdie vraag geen duidelikheid in die klassieke tydperk bestaan het nie.[623] Ook in die tyd van Justinianus was daar geen sekerheid in hierdie verband nie.[624] Aan die een kant word tekste in die *Corpus Iuris Civilis* aangetref wat steun bied vir die standpunt dat oordrag van eiendomsreg kousaal was:[625]

> Die blote verskaffing van fisiese beheer is nie voldoende om eiendomsreg oor te dra nie. Eiendomsreg gaan slegs oor indien fisiese beheer verskaf word uit hoofde van 'n koop of ander *iusta causa* wat *traditio* voorafgaan.[626]

Daar word aanvaar dat die begrip *iusta causa* in hierdie teks na 'n objektief geldige *causa* verwys, wat impliseer dat eiendomsreg nie sal oorgaan nie indien die *causa* nietig was, of indien die voorganger nie eie-

---

622 *Institutiones* 3.23 *pr.* Levy *Vulgar Law* 149-152, 155-156. Skrif was ook nie 'n geldigheidsvereiste nie.

623 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.4.4.

624 Kaser *Privatrecht* II 282; Ehrhardt *Iusta causa* 187 ev; Pringsheim 1933 *LQR* 56. Aangesien ons rekonstruksie van die regsposisie in die klassieke tyd hoofsaaklik op die *Digesta* van Justinianus berus waarin tekste van die klassieke juriste opgeneem is, spreek dit vanself dat daar 'n groot mate van ooreenstemming sal wees tussen die bespreking van die klassieke tydperk hierbo en die Justiniaanse reg.

625 Ook die volgende skrywers is van oordeel dat 'n kousale stelsel van toepassing was: Feenstra *Grondslagen* 62, 64; Lokin *Overdracht* 19-20; Lokin *Leerstukken* 166-167; Dondorp en Schrage *Levering* 27, 29; Kaser *Privatrecht* I 416-417; Zimmermann *Obligations* 271.

626 *Digesta* 41.1.31 *pr.* "Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur (eie vertaling)". Sien ook *Digesta* 12.1.18 *pr.*

naar was nie.[627] 'n Kousale stelsel word verder ondersteun deur (1) *Digesta* 12.1.18 *pr* waar Ulpianus oënskynlik die standpunt ingeneem het dat eiendomsreg nie oorgaan nie indien daar vanweë dwaling nie 'n geldige voorafgaande verbintenis (*causa*) was nie;[628] (2) die reël dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie indien 'n saak uit hoofde van 'n nietige koopkontrak (vanweë strydigheid met wetgewing) gelewer is;[629] (3) die reël wat skenkings tussen eggenote verbied het;[630] (4) die prysbetalingsreël. Ingevolge hierdie reël het eiendomsreg nie deur die verskaffing van fisiese beheer oorgegaan nie, maar slegs indien die koopprys betaal is, of indien sekuriteit vir betaling van die koopprys verskaf is, of indien die koper 'n formele betalingsbelofte deur middel van *stipulatio* gedoen het.[631] Alhoewel hierdie reël ook deur Justinianus gehandhaaf is,[632] het hy soos in die klassieke tyd, 'n uitsondering toegelaat indien krediet verleen is. Hierdeur is die praktiese effek van die reël geneutraliseer, want indien die verkoper fisiese beheer verskaf het en die koper nog nie betaal het nie, is daaruit afgelei dat die verkoper stilswyend krediet verleen het en dat hy genoeë geneem het met uitstel van betaling. Eiendomsreg het dus oor-

---

627 Maar sien Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 77 wat meen dat hierdie teks nie gesag is vir die stelling dat die begrip *iusta causa* na 'n objektief geldige *causa* verwys nie.

628 *Codex* 2.3.6. Sien ook die bespreking hierbo by hfst 2.4.4.4.2. Daar is aangetoon dat daar twyfel bestaan oor die korrekte interpretasie van hierdie teks en dat dit in elk geval nie 'n algemene reël neergelê het nie.

629 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.4.4.3. Die verkryger sou slegs die beskerming wat *possessio* verleen het geniet, soos bv om eienaar te word deur verjaring, of om in 'n regsgeding van die bewyslas onthef te word. Lokin *Overdracht* 20.

630 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.4.4.3. Anders as in die klassieke reg was skenkings in die tyd van Justinianus wel verbintenisskeppende ooreenkomste. As die ooreenkoms nietig was, bv omdat dit regtens verbode was (soos skenkings tussen eggenote), sou eiendomsreg ook nie deur lewering oorgaan nie.

631 Die argument is dat die koopkontrak eers bindend geword het indien die koopprys betaal is (betaling was 'n element van kontraksluiting). Sodra die koopprys betaal is, het die verkryger eienaar geword en het hy die reg verkry om lewering van die koopsaak te eis. Zimmermann *Obligations* 275-276; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 64; Lokin *Leerstukken* 173-174.

632 Sien bv *Institutiones* 2.1.41; *Digesta* 18.1.19 en 18.1.53.

gegaan sodra die verkoper fisiese beheer oordra, selfs al het hy nog nie betaling ontvang nie.[633]

Aan die ander kant word weer tekste aangetref wat steun bied vir die standpunt dat 'n abstrakte stelsel in die Justiniaanse reg toegepas is.[634] Een so 'n teks is *Institutiones* 2.1.40:

> Ook deur *traditio* verkry ons sake ooreenkomstig die natuurlike reg (*ius naturale*). Want niks is meer in ooreenstemming met natuurlike billikheid nie, as dat mens gevolg gee aan die bedoeling van die eienaar wat sy saak aan 'n ander oordra.[635]

Alhoewel hier nie uitdruklik gesê word dat 'n *iusta causa* geen vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie, wil dit tog voorkom of die bedoeling van die partye (die *voluntas domini volentis rem suam in alium transferre*) deurslaggewend was vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* - eiendomsreg gaan oor, selfs al is daar geen geldige *causa* nie, mits dit die bedoeling van die partye is om eiendomsreg oor te dra.[636] *Institutiones* 2.1.40 vind aansluiting by *Digesta* 41.1.36 waar Julianus ook die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang beklemtoon, wat hy belangriker ag as die vraag of daar 'n geldige voorafgaande verbintenis is.[637]

Verdere steun vir 'n abstrakte stelsel kan gevind word in daardie gevalle waar eiendomsreg oorgegaan het, nieteenstaande die feit dat daar geen verbintenisskeppende ooreenkoms was nie, of selfs al was die *causa*

---

633 Kaser *Privatrecht* II 284; Feenstra *Grondslagen* 64-65; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 81; Honsell *Römisches Recht* 161; Lokin *Leerstukken* 173; Zimmermann *Obligations* 275-276.

634 Raadpleeg Kaser *Privatrecht* II 282; Ehrhardt *Iusta Causa* 175; Pringsheim 1933 *LQR* 53 ev; Levy *Vulgar Law* 149.

635 *Institutiones* 2.1.40: "Per traditionem quoque iure naturali re nobis adquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali equitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi (eie vertaling)".

636 Die feit dat die *causa* nietig is, verander niks aan die bedoeling van die partye nie en dit is wat deurslaggewend is. Maar sien Feenstra *Grondslagen* 64 wat meen dat *Institutiones* 2.1.40 niks te make het met die vraag of 'n objektief geldige *causa* 'n vereiste vir die oordag van eiendomsreg was nie.

637 Raadpleeg hfst 2.4.4.4.2 vir 'n bespreking van Julianus se siening. Ander tekste wat die bedoeling beklemtoon is oa *Digesta* 39.5.10, 47.2.14.17, 41.1.36 en 41.1.9.3.

nietig, soos wat die geval met die bruidskat,[638] *solutio*, *donatio* en *mutuum* was.[639] Daar moet egter daarop gewys word dat *donatio* in die tyd van Justinianus verskil het van *donatio* in die klassieke reg. In die klassieke reg was die skenking nie 'n erkende en selfstandige verbintenisskeppende ooreenkoms nie. Die skenking het eers deur lewering van die saak tot stand gekom en was dus niks anders nie as 'n wyse waarop eiendomsreg oorgedra is. Die oorsaak of *causa* vir die oordrag van eiendomsreg was in die bedoeling om te skenk geleë.[640] In die tyd van Justinianus is die skenking[641] wel as 'n selfstandige verbintenisskeppende ooreenkoms erken wat deur konsensus tot stand gekom het en wat die *causa* vir oordrag van eiendomsreg was. Die mondelinge skenkingsbelofte was dus afdwingbaar en dit was nie meer nodig om van 'n *stipulatio* gebruik te maak nie.[642] Die skenking in die vorm waarin dit in die klassieke reg bestaan het, naamlik die oordrag van 'n saak met die bedoeling om dit te skenk sonder dat daar 'n voorafgaande verbintenis bestaan het, is nogtans erken.[643]

'n Ander aspek wat die indruk mag skep dat 'n abstrakte stelsel in die Justiniaanse tyd gegeld het, was die feit dat Justinianus *mancipatio* in 'n aantal tekste met *traditio* vervang het. Aangesien 'n *causa* nie by *mancipatio* vereis is nie (*mancipatio* was abstrak), kon hierdie tekste in hulle veranderde vorm die indruk skep dat 'n *iusta causa* nie meer by *traditio* 'n vereiste was nie. Die sterkste argument ten gunste van die standpunt dat 'n abstrakte stelsel van oordrag in die Justiniaanse reg van toepassing was, is egter die bestaan van die *condictiones* (*actiones in personam*). Die *condictiones sine causa* kan slegs verklaar word op die aanname dat

---

638 'n Stuk grond wat as bruidskat oorgedra is kon bv met die *condictio* (en nie die *rei vindicatio* nie) teruggeëis word indien geen huwelik later voltrek word nie. *Digesta* 12.4.7.1. Sien ook Levy *Vulgar Law* 171; Dondorp en Schrage *Levering* 27.

639 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.4.4 in hierdie verband.

640 Zimmermann *Obligations* 480-481.

641 En waarskynlik *mutuum* ook alhoewel daar nie definitiewe sekerheid hieroor is nie.

642 Kenmerkend van die ooreenkoms was die bedoeling om te skenk (*animus donandi*) wat slegs in sekere omstandighede herroep kon word.

'n geldige voorafgaande ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie. Die Justiniaanse reg kan daarom moeilik as 'n kousale stelsel beskryf word.[644]

Die gevolgtrekking uit die bespreking hierbo is dat daar, soos in die klassieke tydperk, nie duidelikheid bestaan oor die vraag of die stelsel in die tyd van Justinianus kousaal dan wel abstrak was nie. Daar kan steun vir beide stelsels in die tekste aangetref word. In gevalle waar oordrag uit hoofde van koop of skenking plaasgevind het, het nietigheid van die voorafgaande *causa* ook verhinder dat eiendomsreg oorgaan. In hierdie opsig is daar dus geen sprake van die uitwendige abstraksie nie. In gevalle waar oordrag plaasgevind het op grond van 'n bruidskat, *mutuum* of in geval van *solutio* uit hoofde van 'n *stipulatio* was oordrag egter nie van 'n geldige *causa* afhanklik nie. In hierdie opsig kan daar dus wel kenmerke van 'n uitwendige abstraksie bespeur word.

2.5.3.6 *Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra*

Soos wat hierbo aangetoon is, is eiendomsreg in die tyd van Justinianus deur *traditio* oorgedra, wat uit die volgende elemente bestaan het:[645] (1) 'n *iusta causa* in die betekenis van 'n voorafgaande regsfeit wat die vervreemder verplig om die saak te lewer en wat geskik was om eiendomsoordrag te bewerkstellig (byvoorbeeld 'n verbintenisskeppende ooreenkoms soos 'n koopkontrak) en (2) lewering wat uit twee elemente bestaan het, naamlik die verkryging van fisiese beheer (*corpus*) met die bedoeling om fisiese beheer as eienaar uit te oefen (*animus domini*). Vir die onderhawige ondersoek is dit van belang om te weet of enige ken-

---

643 *Institutiones* 2.7.2, *Codex* 8.53.35.5b, *Novellae* 162.1, *Codex* 4.21.17 *pr.* Raadpleeg ook Levy *Vulgar Law* 152 ev; Kaser *Privatrecht* II 396 ev; Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 324-325; Zimmermann *Obligations* 494-495.

644 Dondorp en Schrage *Levering* 27; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 79; Carey Miller *Acquisition* 126.

645 Lokin *Overdracht* 19; Dondorp en Schrage *Levering* 26. Die reël was dieselfde as in die klassieke tyd. Anders as in die vulgêre reg, was 'n afsonderlike leweringshandeling nodig; eiendomsreg het nie oorgegaan deur sluiting van die koopkontrak (*causa*) nie.

merke van die inhoudelike abstraksie in die tyd van Justinianus aangetref is. Het die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 'n selfstandige bestaan onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms gevoer? Daar is aanduidings daarvan dat dit wel die geval kon wees. Hierdie tekens sal vervolgens van naderby beskou word alvorens 'n finale standpunt ingeneem kan word.

(a) *Institutiones* 2.1.40 verwys slegs na die bedoeling van die *vervreemder* om eiendomsreg oor te dra, maar daar is ander tekste wat vereis dat ook die *verkryger* die bedoeling moes hê om eiendomsreg te ontvang.[646] Daar kan dus 'n sterk argument uitgemaak word daarvoor dat *traditio* 'n tweesydige handeling was wat op die bewustelike medewerking van die partye berus het. Dit impliseer dat daar wilsooreenstemming moes wees daaroor dat eiendomsreg deur lewering oorgedra word en dat *traditio* op 'n (saaklike) ooreenkoms tussen die partye berus het.[647] Dit was egter nie die geval nie. Daar is geen teks in die *Corpus Iuris Civilis* wat twee ooreenstemmende wilsverklarings wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is, vereis het nie. Die rede hiervoor kan gevind word in die feit dat daar slegs twee vereistes vir die oordrag van eiendomsreg was, naamlik 'n *iusta causa* (byvoorbeeld koopkontrak) en lewering (*traditio* in die eng sin). Die koopkontrak het 'n dubbele rol vervul: (1) dit het 'n verbintenis tot stand gebring wat die vervreemder verplig het om die koopsaak te lewer en (2) dit het gedien as *iusta causa traditionis* – dit was die rede of oorsaak vir lewering en het implisiet ook die partye se bedoeling omvat. Een van die kenmerke van 'n geskikte *causa* was immers dat die partye bedoel het om eiendomsreg oor te dra.[648] Die wedersydse bedoe-

---

646 Sien bv *Digesta* 44.7.55 en *Codex* 4.50.9. Ook die *animus*-element wat deel was van die leweringsvereiste, verwys na die bedoeling van die verkryger.

647 Kaser *Privatrecht* II 282. Tekste soos hierdie is juis deur Savigny gebruik as gesag daarvoor om die bedoeling van die partye van die grondliggende *causa* los te maak, en daarvan 'n selfstandige ooreenkoms te maak.

648 Raadpleeg Zimmermann *Obligations* 239-240, 278-279. Hy wys daarop dat die koopkontrak al die elemente bevat het wat nodig was om eiendomsreg oor te dra,

ling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang was dus nie 'n afsonderlike vereiste nie, dit was in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat.[649] Soos in die klassieke reg was die oordrag van eiendomsreg in die tyd van Justinianus dus nog geen konsensuele ooreenkoms nie.[650] Die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang is nie as 'n selfstandige (saaklike) ooreenkoms wat bloot deur wilsooreenstemming tot stand kom, gekonstrueer nie. 'n Belangrike kenmerk van die inhoudelike abstraksie het dus ontbreek.

(b) Daardie gevalle waar fisiese beheer verkry is sonder dat die verkryger die saak werklik fisies hanteer het,[651] skep die indruk dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms (wilsooreenstemming) oorgedra is (mits natuurlik ook aan die ander vereistes voldoen is).[652] Hierdie indruk word ondersteun deur die feit dat die *corpus* en *animus*-elemente van lewering al hoe meer van mekaar losgemaak is en dat die *animus* in die na-klassieke tydperk in belangrikheid toegeneem het.[653] Daar moet egter nie uit die oog verloor word nie dat daar ook in hierdie gevalle minstens een of ander fisiese kontak, hoe gering ookal, moes gewees het, byvoorbeeld aanraking met die oë of blote fisiese teenwoordigheid. In teorie is dus steeds vasgehou aan die *corpus*-vereiste.[654] Die gevalle waar geen fisiese element hoegenaamd was nie (*traditio solo animo*), was werklik uitsonderlike gevalle. Dit is egter

---

behalwe lewering. Dit het beteken dat eiendomsreg oorgegaan het sodra lewering plaasgevind het.

649 Maar sien Dondorp en Schrage *Levering* 29 wat van oordeel is dat die bedoeling sakeregtelik van aard is, en nie aan kontraktuele wilsooreenstemming gelykgestel kan word nie.

650 Raadpleeg ook die bespreking hierbo by hfst 2.4.5 vir 'n uiteensetting van die posisie in die klassieke tyd.

651 Soos bv waar 'n stuk grond vanuit 'n hoë gebou aangewys is; waar 'n saak binne die magsbereik (kontrole) van die verkryger gebring is; waar 'n akte oorhandig is sonder dat daadwerklike fisiese beheer oorgedra is; ook oordrag by wyse van *constitutum possessorium* en *traditio brevi manu*. Sien die bespreking hierbo by hfst 2.5.3.4.

652 *Codex* 4.21.12 en *Codex* 4.38.12; Kaser *Privatrecht* I 391-392; Dondorp en Schrage *Levering* 29; Lokin *Overdracht* 19-20; Van Oven *Romeinsch Privaatrecht* 73-74; Van Oven *Besitsbescherming* 105; Honsell *Römisches Recht* 138-139 vn 16-18; Gordon *Traditio* 62ev; Delport *Lewering en Registrasie* 139, 188; Weiss *Institutionen* 180.

653 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.5.3.2.

654 Honsell *Römisches Recht* 138-139; Dondorp en Schrage *Levering* 18-19.

te betwyfel of die juriste in die tyd van Justinianus hierdie gevalle teoreties sou verklaar as eiendomsoordrag deur blote ooreenkoms.[655] Dieselfde argumente wat hierbo by die bespreking van die klassieke reg aangevoer is, geld ook hier.[656] Een van die belangrikste argumente wat uitgelig moet word, is dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (*animus*) nie 'n selfstandige bestaan, onafhanklik van die *causa* (verbintenisskeppende ooreenkoms) gevoer het nie, maar juis daarin opgesluit was. Ook in hierdie gevalle was daar dus geen sprake van 'n inhoudelike abstraksie nie (selfs al is daar in die na-klassieke tydperk al hoe meer klem op die *animus* geplaas).

(c) Hierbo is opgemerk dat *Institutiones* 2.1.40 steun bied vir 'n abstrakte stelsel omdat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra deurslaggewend is vir die oordrag van eiendomsreg en die *causa traditionis* onderbeklemtoon word. Die teks is daarom vatbaar vir die interpretasie dat eiendomsreg kan oorgaan selfs al is die *causa* nietig, mits dit die partye se bedoeling is. Nietigheid van die *causa* verander immers niks aan die bedoeling van die partye nie. Dit is egter twyfelagtig of hierdie teks gesag is daarvoor dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra van die grondliggende *causa* losgemaak is en onafhanklik daarvan gefunksioneer het. Die teks is in 'n heel ander verband gemaak en het niks te make met die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg nie.[657] Al wat die samestellers van die *Institutiones* met hierdie teks in gedagte gehad het, was om aan te toon dat eiendomsreg in geval van *traditio* oorgaan indien die *causa* van so 'n aard is dat dit oordrag van eiendomsreg regverdig.[658] Nou is dit so dat die onderskeid tussen verbintenisse (*causae*) wat geskik is om

---

655 Kaser *Privatrecht* II 283; Delport *Lewering en Registrasie* 195, 204-205; Dondorp en Schrage *Levering* 26.

656 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.5.6.

657 Feenstra *Grondslagen* 64; Lange *Kausale Element* 10-16; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 70-71.

658 Die gedagte was voorts om die verskil tussen *traditio* en *mancipatio*, wat nou afgeskaf is, duidelik te maak en om die grondslag vir oorgang van eiendomsreg in geval van *traditio* aan te toon.

oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig en daardie wat nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg kan hê nie, juis geleë is in die feit dat die partye op die stadium waarop eersgenoemde ooreenkomste gesluit word, die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.[659] Die bedoeling is dus nog nie van die *causa* losgemaak nie, dit is juis daarin opgesluit.

Alhoewel *Institutiones* 2.1.40 nie gesag is daarvoor dat kenmerke van die inhoudelike abstraksie in die tyd van Justinianus aangetref is nie, bewys dit nietemin dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra in hierdie tyd op die voorgrond gestel is en dat al hoe minder klem op die *causa traditionis* geplaas is.[660] Dit blyk uit die feit dat hierdie teks op *Digesta* 41.1.9.3 gegrond is, wat waarskynlik afkomstig is uit die *res cottidianae* wat 'n na-klassieke verwerking van Gaius se *Institutiones* was. Terwyl Gaius in *Institutiones* 2.20 nog die gedagte dat *traditio* op 'n *causa* gegrond moet wees beklemtoon, word die bedoeling om eiendomsreg oor te dra in *Institutiones* 2.1.40 op die voorgrond gestel.[661] Hierdie feit dien as bevestiging daarvan dat daar in die Justiniaanse reg 'n klemverskuiwing plaasgevind het.

(d) *Digesta* 41.1.36 kan geïnterpreteer word as sou dit kenmerke van die inhoudelike abstraksie vertoon aangesien Julianus oënskynlik die *causa* en die bedoeling van mekaar losgemaak het. Die teks skep die indruk dat nietigheid van die *causa* nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie en dat die vraag of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, deurslaggewend is. Hierbo by die bespreking van die klassieke reg, is egter aangetoon dat hierdie teks nie 'n algemene reël neergelê het nie, dat dit vir meer as een interpretasie vatbaar

---

659 Dit is hoekom hulle bv 'n koopkontrak sluit en nie 'n huurkontrak nie.
660 Honsell *Römisches Recht* 159-160; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 70; Voß *Recht und Rhetorik* 178.
661 Kaser *Privatrecht* II 282-283; Honsell *Römisches Recht* 159-160; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 70.

is,[662] en dat dit waarskynlik geïnterpoleer was (daar bestaan dus twyfel oor die egtheid daarvan). Dit is dus nie baie sterk gesag vir die stelling dat die stelsel in die tyd van Justinianus abstrak van aard was en dat eiendomsreg oorgegaan het bloot ten gevolge van die bedoeling van die partye, wat van die *causa* losgemaak is nie.[663] Die feit dat die teks verwerk is toe die *Digesta* saamgestel is, is nietemin 'n aanduiding daarvan dat daar in die tyd van Justinianus meer klem geplaas is op die bedoeling van die partye, as wat in die klassieke reg die geval was.[664]

(e) Die bèklemtoning van die partye se bedoeling in die Justiniaanse reg kom ook duidelik na vore in die *Paraphrasis Institutionum*, die Griekse vertaling van die *Institutiones Justiniani* deur Theophilus.[665] Hy het homself nie net beperk tot die woordelikse vertaling van die teks nie, maar ook kommentaar gelewer waarin sy eie standpunt weergegee is. In sy kommentaar op *Institutiones* 2.1.40 het Theophilus geskryf dat die bedoeling van die oordraggewer op die oordrag van *eiendomsreg* gerig moet wees, in plaas daarvan om te sê dat dit op die oordrag van die *saak* gerig moet wees.[666] Hy het verder besondere klem gelê op die feit dat lewering met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra moet geskeid. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, was egter nog nie van die *causa* losgemaak nie, dit het steeds verwys na die bedoeling op die tydstip waarop die verbintenisskeppende ooreenkoms

---

662 Sien die bespreking by hfst 2.4.4.4.2. Daar is aangetoon dat hierdie teks waarskynlik nie van toepassing was op die geval waar die *causa* nietig is nie.

663 Volgens Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio* 139 was Julianus van oordeel dat eiendomsreg oorgaan omdat hy die standpunt ingeneem het dat 'n persoon wat sy saak aan iemand anders skenk, nie toegelaat moet word om dit met die *rei vindicatio* terug te vorder nie, selfs al is die *causa* gebrekkig. Sy standpunt het dus niks met 'n abstrakte stelsel te make nie.

664 Sien ook Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 70.

665 Theophilus was professor aan Konstantinopel se regskool en lid van die kommissies wat die *Digesta* en *Institutiones* opgestel het. Die grootste gedeelte van die inwoners van die Oos-Romeinse ryk was Griekssprekend, terwyl die wetgewing in Latyn verskyn het omdat dit die amptelike taal was.

666 Dit is hoe hy die situasie verstaan het.

(*causa*) gesluit word.[667] Die teks het in elk geval nie te make met die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg nie.

(f) 'n Verdere aanduiding daarvan dat die band tussen *traditio* en die *causa* begin verbrokkel het, word gevind in aantekeninge wat Kyrillos op die *Basilica* geskryf het.[668] Met verwysing na *Digesta* 12.1.18 *pr.* en *Basilicum* 23.1.18[669] het Kyrillos die mening uitgespreek dat eiendomsreg nie oorgaan nie indien die ontvanger van 'n skenking dit as 'n lening aanvaar. Ten einde die vraag te beantwoord of eiendomsreg oorgaan al dan nie, het hy die geldigheid van die *causa* heeltemal buite rekening gelaat en slegs klem gelê op die feit dat die partye nie die wedersydse bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie. Die feit dat nie die *causa* nie, maar slegs die bedoeling van die partye in aanmerking geneem word by beantwoording van die vraag of eiendomsreg oorgaan, is 'n aanduiding van die verandering in denkwyse wat ingetree het. Dit wil voorkom of 'n abstrakte stelsel voorgestaan is. Die negering van die *causa* dien hier egter slegs die doel om die bespreking te vereenvoudig, dit regverdig nog nie die standpunt dat daar in die Justiniaanse reg sprake daarvan was dat *traditio* en die gepaardgaande bedoeling om eiendomsreg oor te dra selfstandig, dit wil sê los van die *causa*, gefigureer het nie.[670]

(g) Die sterkste bewys daarvan dat die grondliggende ooreenkoms (*causa*) en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra in die naklassieke tyd van mekaar losgemaak is, word gevind in die kommentaar van Konstantyn Nikaios ('n juris uit die elfde eeu) op *Digesta*

---

667 Fuchs *Iusta Causa* 17-19; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 71-72; Honsell *Römisches Recht* 156 vn 8.

668 Die *Basilica* was 'n negende eeuse Griekse verwerking van die *Corpus Iuris Civilis* deur keiser Leo die Wyse vir die Oos-Romeinse ryk. Vanaf 1350 is die *Hexabiblos*, 'n uittreksel uit die *Basilica*, in die praktyk gebruik. Sien Lokin *Leerstukken* 36.

669 Wat handel oor die geval waar die oordraggewer van oordeel is dat hy geld skenk, maar die verkryger dink dat dit aan hom geleen word.

670 Fuchs *Iusta Causa* 19; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 72-73; Honsell *Römisches Recht* 160 (mvn Scheltema *Basilicorum Libri* 1539 no 1).

12.1.18 en *Basilica* 23.1.18.[671] In ooreenstemming met die klem wat daar in hierdie tydperk op die bedoeling van die partye geplaas word, leer Nikaios dat eiendomsreg oorgaan indien fisiese beheer verskaf word met die wedersydse bedoeling (wilsooreenstemming) om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die feit dat die grondliggende ooreenkoms agterna blyk nietig te wees omdat die partye byvoorbeeld gedwaal het, het geen invloed op die oorgang van eiendomsreg nie.[672] Die deurslaggewende vraag is of die partye op die oomblik waarop fisiese beheer verskaf word, die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra en dit kan die geval wees selfs al is die *causa* nie geldig nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra wat ten tyde van sluiting van die verbintenisskeppende ooreenkoms bestaan het, word nie deur die nietigheid van die *causa* beïnvloed nie; dit bly afsonderlik voortbestaan. Die wedersydse bedoeling (wilsooreenstemming) om eiendomsreg oor te dra, is egter nog nie deur Nikaios ten volle van die *causa* losgemaak nie aangesien dit steeds verwys het na die bedoeling soos wat dit in die *causa* (kousale ooreenkoms) vervat is. Ook hy het dus nog nie 'n selfstandige saaklike ooreenkoms in gedagte gehad nie.[673]

Die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat alhoewel die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang in die tyd van Justinianus en die eeue daarna al hoe meer beklemtoon is, die bedoeling nog nie van die *causa* losgemaak is nie; dit was in die *causa* vervat.[674] Dit het dus nog nie 'n selfstandige bestaan onafhanklik van die *causa* gevoer nie. Een van die kenmerke van 'n abstrakte stelsel (naamlik die inhoudelike ab-

---

671 Raadpleeg Fuchs *Iusta Causa* 22-26; Honsell *Römisches Recht* 160; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 73 (mvn Scheltema *Basilicorum Libri* 1539 no 4).

672 In effek gee hy dus voorkeur aan Julianus se standpunt soos in *Digesta* 41.1.36 (*Basilica* 50.1.36) vervat.

673 Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 73-74; Fuchs *Iusta Causa* 24-25. Savigny wat van oordeel was dat 'n abstrakte oordragstelsel in die Justiniaanse reg toegepas is, het swaar op Nikaios se aantekening gesteun.

674 Die bedoeling waarvan in die tekste wat hierbo bespreek is melding gemaak word, verwys na die bedoeling wat ten tyde van sluiting van die kousale ooreenkoms (*causa*) bestaan het.

straksie) het dus ontbreek.[675] Daar is nogtans tekens daarvan dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra algaande van die *causa* losgemaak is.[676]

2.5.3.7 Vormvereistes – skrif en registrasie

Justinianus het die vormvoorskrifte by die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed wat in die vulgêre reg na vore gekom het, gehandhaaf.[677] Hierdie bepalings was van 'n fiskale aard en het ten doel gehad om grondbelasting in te vorder.[678] *Novellae* 17.8.1 het die verkoper verplig om skriftelik borg te staan vir die betaling van grondbelasting indien die koper armlastig was, terwyl die verkryger van onroerende goed ingevolge *Novellae* 167 'n skriftelike verklaring moes aflê, waarin verklaar word dat iemand anders nie fisies in beheer van die grond is nie.[679] Daarbenewens moes daar ook skriftelike getuienis voorsien word deur landbouers en rentmeesters dat hulle die nuwe eienaar ken. Anders as in die vulgêre reg, was skrif nie 'n voorvereiste in geval van die koop of ruil van grond nie. Die partye het 'n keuse gehad of hulle die kontrak op skrif wou stel, al dan nie.[680] Dit wil dus voorkom of die geldigheid van die regshandeling en oordrag van eiendomsreg nie van skrif afhanklik was nie en dat skrif bloot die doel gedien het om bewys te vergemaklik. Skrif is wel vir skenkings voorgeskryf. Daarbenewens moes die skenking by die stedelike, provinsiale of geestelike gesagsdraer aangemeld word en moes die skenkingsakte geregistreer word.[681] In die akte moes uitdruklik daar-

---

675 Levy *Vulgar Law* 155; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 71 74; Baus *Kausale Verfügung* 32; Lange *Kausale Element* 15-16.
676 Honsell *Römisches Recht* 159-160.
677 Sien die bespreking hierbo by hfst 2.5.2.5.
678 Kaser *Privatrecht* II 74.
679 Lokin *Overdracht* 20-21.
680 Justinianus het mondelinge kontrakte uitdruklik erken. Sien *Codex* 4.12.17 *pr*; *Institutiones* 3.23 *pr*; Levy *Vulgar Law* 150, 152 *ev*; Kaser *Privatrecht* II 77-78; Wubbe *Privaatrecht* 19-20.
681 Die skenking moes egter net geregistreer word indien die waarde daarvan meer as 300 (later 500) *solidi* was. *Institutiones* 2.7.2.

van melding gemaak word dat fisiese beheer oorgedra is. Vir hierdie doel is 'n grondregister ontwerp wat deur owerheidsamptenare bygehou is.[682]

Indien regshandelinge vir enige doel op skrif gestel is, moes die dokument aan die volgende vormvoorskrifte voldoen:[683] die dokument moes deur die partye onderteken word (*subscriptio*); indien 'n *tabellio* meegewerk het, moes hy die dokument voltooi (*complere*) deur sy onderskeidende merk op die dokument aan te bring en dit te onderteken; die partye moes dit goedkeur (*absolvere*); die dokument moes dateer word en deur getuies onderteken word.[684] Dit moet weer beklemtoon word dat *traditio per cartam* nie in die Justiniaanse reg 'n regtens erkende wyse van oordrag was nie. *Possessio* (en eiendomsreg) kon dus nie deur 'n skriftelike akte oorgedra word nie, die verkryger moes werklik fisies in beheer van die saak geplaas word.[665]

Daar is reeds gewys op twee soorte dokumente wat in die Romeinse reg 'n belangrike rol gespeel het, naamlik die *testatio* en die *chirogram*.[666] 'n Derde soort dokument moet vermeld word, naamlik die dokument (*chirogram*) wat deur beroepskrywers (*tabelliones*) opgestel is (*instrumenta publice confecta*). Die beroep van die *tabelliones* het sy ontstaan te danke aan die feit dat amptenare wat by die staatsadministrasie betrokke was, hulle dienste (op 'n privaat grondslag) aan die publiek beskikbaar gestel het deur te help met die opstel van dokumente en die partye van raad te bedien.[687] Die *tabelliones* het die vorm en inhoud van formuliere wat in Griekse dokumentasie (veral koopaktes) gebruik is, oorgeneem. Sodoen-

---

682 Alhoewel registrasie nie in geval van koop voorgeskryf is nie, was dit nogtans gebruiklik om die oordrag van grond in munisipale registers te registreer. Levy *Vulgar Law* 150, 152; Lokin *Overdracht* 21; Delport *Lewering en Registrasie* 122-123; Kaser *Privatrecht* II 77-78, 81.

683 Sien *Codex* 4.21.17 (528nC).

684 Kaser *Privatrecht* II 78-79.

685 Levy *Vulgar Law* 153-154.

686 Sien die bespreking hierbo by 2.5.2.5.

687 Justinianus het die gebruik van *tabelliones* verpligtend gemaak. Kaser *Privatrecht* II 78-79.

de is geykte formuliere op alledaagse regshandelinge toegepas, wat natuurlik gelykvormigheid tot gevolg gehad het.[688]

Aktes wat deur *tabelliones* opgestel is, het in die Justiniaanse reg besondere bewyskrag geniet, soortgelyk aan aktes wat deur ten minste drie getuies onderteken is. Die *tabellio* moes die egtheid en die opstel daarvan onder eed bevestig.[689] In die klassieke reg kon die regter self besluit watter bewyskrag hy gaan heg aan die getuienis wat aan hom voorgelê is,[690] maar in die na-klassieke reg het dokumentêre getuienis egter swaarder geweeg as getuienis deur getuies of ander bewysmiddele. Dokumentêre getuienis kon slegs weerlê word indien aangetoon word dat die akte vervals is. As die egtheid egter vasstaan, kon die inhoud daarvan nie aangeval word nie.[691] Dokumente wat met die medewerking van 'n owerheidsinstansie opgestel is, het nog sterker bewyskrag geniet as dié wat deur *tabelliones* opgestel is.[692] Die medewerking kon daarin bestaan dat die verklaring waaruit die regshandeling bestaan in teenwoordigheid van 'n amptenaar afgelê word, en deur hom amptelik genoteer word (*apud acta*).[693] Andersins kon die medewerking ook daarin bestaan dat 'n reeds bestaande akte (wat of eiehandig, of deur 'n *tabellio* opgestel is) amptelik geregistreer word (*insinuatio*).[694]

2.5.3.8 Samevatting

1. In die tyd van Justinianus verwys die begrip *possessio* na fisiese beheer oor 'n saak met die *animus domini* - dit wil sê, die bedoeling om fisiese beheer as eienaar uit te oefen (wat van die klassieke *animus possidendi* onderskei moet word). 'n Verdere ontwikkeling is die feit dat daar al hoe meer klem geplaas word op die *animus*-element wat

688 Kaser *Privatrecht* II 77-78; Zimmermann *Obligations* 79.
689 Kaser *Privatrecht* II 80.
690 Die partye kon besluit op die bewysmiddel wat hulle gaan gebruik aangesien alle bewysmiddele ewe bewyskragtig was.
691 Wubbe *Privaatrecht* 51; Kaser *Privatrecht* II 75-76.
692 Kaser *Privatrecht* II 80-81.
693 Die dokument is voor hom opgestel en in 'n register aangeteken.
694 Wubbe *Privaatrecht* 51; Kaser *Privatrecht* II 80-81; Honsell *Römisches Recht* 110-111.

nou as die wesenskenmerk van *possessio* gesien word (en nie *corpus* nie). Hierdie vergeesteliking van *possessio* het tot gevolg gehad dat dit van fisiese beheer losgemaak is.[695]

2. Die feit dat *possessio* nie meer noodwendig met fisiese beheer gepaard gegaan het nie, het daartoe meegewerk dat dit nader aan 'n eiesoortige reg gekom het as wat in die klassieke reg die geval was. *Possessio* is dus nie meer bloot 'n feitlike toestand nie; dit verkry die kenmerke van 'n reg. Die gevolg hiervan was weer dat die onderskeid tussen *dominium* en *possessio* nie duidelik was nie.

3. Alhoewel *possessio* in die tyd van Justinianus al hoe meer losgemaak is van werklike fisiese beheer oor 'n saak, was een of ander vorm van fisiese kontak, hoe gering ook al, steeds in beginsel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg. Daar is slegs in uitsonderlike gevalle van hierdie vereiste afgesien. Die implikasie is dat eiendomsreg in beginsel nie deur blote ooreenkoms oorgegaan het nie, die saak moes gelewer word.[696]

4. Anders as wat in die vulgêre reg die geval was, vind oordrag van eiendomsreg ten opsigte van roerende en onroerende goed nie meer direk deur die koop of skenking (blote ooreenkoms) plaas nie, maar wel deur die verskaffing van fisiese beheer op grond van 'n *causa*. Daar word dus weer duidelik onderskei tussen die *causa* (verbintenisskeppende ooreenkoms wat tot oordrag verplig) en verskaffing van fisiese beheer (*traditio* in die eng sin).

5. Daar bestaan geen duidelikheid oor die vraag of die stelsel in die tyd van Justinianus kousaal dan wel abstrak was nie. Daar kan steun vir beide stelsels in die tekste aangetref word. In gevalle waar oordrag uit hoofde van koop of skenking plaasgevind het, het nietigheid van die voorafgaande *causa* ook verhinder dat eiendomsreg oorgaan. Lewe-

---

695 Hierdie ontwikkeling is onverklaarbaar as in gedagte gehou word dat Justinianus juis die feitlike aard van *possessio* beklemtoon het.
696 Levy *Vulgar Law* 148; Dondorp en Schrage *Levering* 29.

ring moes op grond van 'n objektief geldige *causa* plaasvind. In hierdie gevalle was die stelsel kousaal en het dit dus nie kenmerke van 'n uitwendige abstraksie vertoon nie. In gevalle waar oordrag plaasgevind het op grond van 'n bruidskat, *mutuum* of *solutio* uit hoofde van 'n *stipulatio*, was oordrag egter nie van 'n geldige *causa* afhanklik nie. Oordrag het slegs bestaan uit 'n leweringshandeling waardeur die verkryger fisies in beheer gestel is. Eiendomsreg het slegs oorgegaan, indien die vervreemder bedoel het om eiendomsreg oor te dra en die verkryger bedoel het om eiendomsreg te ontvang. In hierdie opsig kan daar dus wel kenmerke van 'n uitwendige abstraksie bespeur word.

6. Daar is talle aanduidings daarvan dat daar in die tyd van Justinianus al hoe meer klem op die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang geplaas word. Behalwe in geval van *mutuum* en *solutio*, was dit egter steeds die bedoeling ten tyde van sluiting van die kousale ooreenkoms wat ter sprake was (*traditio* was dus steeds van die *causa* afhanklik). Daar was in die Justiniaanse reg dus nog geen sprake daarvan dat die bedoeling van die verbintenisskeppende ooreenkoms of *causa* losgemaak is en 'n selfstandige bestaan gevoer het nie.

7. Daar is nietemin aanduidings daarvan dat die bedoeling in die tydperk na Justinianus tot die elfde eeu, geleidelik losgemaak word van die *causa*. Daar word byvoorbeeld ingesien dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (soos vervat in die *causa*) kan bly voortbestaan selfs al is die *causa* nietig. Die ketting is egter nog nie finaal gebreek nie omdat daar nog geen sprake is van 'n selfstandige oordragsbedoeling wat onafhanklik van die grondliggende ooreenkoms (*causa*) funksioneer nie.[697]

---

697 Kaser *Privatrecht* II 283; Lange *Kausale Element* 98; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 74-75; Lokin *Overdracht* 20.

8. Oor die algemeen was skrif nie 'n vereiste vir die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa*) soos koop of ruil nie. Skrif is slegs in geval van skenkings regtens voorgeskryf. Dit was nogtans gebruiklik om ook koop en ruilkontrakte op skrif te stel.

9. Registrasie is regtens voorgeskryf vir die skenking van waardevolle sake, soos byvoorbeeld grond. Dit het tot gevolg gehad dat munisipale grondregisters tot stand gekom het wat deur owerheidsamptenare in stand gehou is. Alhoewel registrasie nie vir koop of ruil voorgeskryf is nie, was dit nogtans die praktyk om koop en ruilkontrakte wat op die vervreemding van grond betrekking gehad het in die registers te registreer. Dit is nie net die kontrak wat geregistreer is nie, ook die feit dat lewering plaasgevind het (dat eiendomsreg oorgegaan het), is geregistreer. Registrasie was egter geen konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie en kan ook nie met die hedendaagse aktespraktyk vereenselwig word nie.

2.6 Samevatting

2.6.1 Inhoudelike abstraksie

Aan die einde van die na-klassieke tydperk van die Romeinse reg is eiendomsreg deur *traditio* oorgedra. Dit het uit die volgende onderskeidende elemente bestaan, naamlik: (1) 'n *iusta causa* in die betekenis van 'n voorafgaande regsfeit wat die vervreemder verplig om die saak te lewer en wat geskik was om eiendomsoordrag te bewerkstellig en (2) lewering wat uit twee elemente bestaan het, naamlik (a) die verkryging van fisiese beheer (*corpus*) met (b) die bedoeling om fisiese beheer as eienaar uit te oefen (*animus domini*). Eiendomsreg het dus nog nie bloot deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgegaan nie, fisiese beheer moes ook verskaf word. Daarbenewens moes die vervreemder ook beskikkingsbevoeg gewees het.

Dit blyk dus dat die bedoeling om eiendomsreg te verkry aan die kant van die verkryger (*animus domini*) deel van die leweringshandeling uitgemaak het en van die *causa* (verbintenisskeppende ooreenkoms soos byvoorbeeld die koopkontrak) onderskei kon word.[698] Die *animus*-element het verband gehou met die saaklike funksie van *possessio* en dit het die regsaard gekwalifiseer van die beheer wat die verkryger oor die saak vestig.[699] Alhoewel die verkryger se *animus domini* van die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei kon word, wil dit nou nie sê dat daar van 'n saaklike ooreenkoms sprake was nie.

In die eerste plek kan die feit uitgelig word dat die *animus*-element as vereiste vir die verkryging van eiendomsreg hier slegs te make het met die geestesingesteldheid van die verkryger. Hy moes fisiese beheer vestig met die bedoeling om eienaar te wees. Dit is wel so dat enkele tekste vereis dat ook die vervreemder die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra, maar daar is geen teks waar pertinent op wilsooreenstemming tussen vervreemder en verkryger betreffende die oordrag van eiendomsreg aangedring is nie. Daar was dus nog geen sprake van enige (saaklike) ooreenkoms tussen die partye nie en kenmerke van die inhoudelike abstraksie het ontbreek.[700] In hierdie verband is dit interessant om daarop te let dat die Latynse uitdrukking *animus domini acquirendi et accipiendi* nie uit die Romeinse reg afkomstig is nie.

---

698 In die oud-Romeinse reg en ook in die vulgêre reg, was daar geen onderskeid tussen die verskillende elemente nie. Daar was net een enkele regshandeling nl die ruilkoop: kontraksluiting en voldoening daaraan deur betaling van die koopprys en oordrag van die koopsaak het gelyktydig plaasgevind. Die vraag of die bedoeling 'n afsonderlike element was, het dus nie ter sprake gekom nie.

699 Fisiese beheer kan vir 'n verskeidenheid redes verskaf word en dit kan uiteenlopende regsgevolge meebring. Die *animus* het bv bepaal of die verkryger *dominium*, *possessio* of *detentio* verkry het.

700 Ook by *mancipatio* en *in iure cessio* was daar geen sprake van 'n afsonderlike ooreenkoms betreffende die oordrag van eiendomsreg wat op wilsooreenstemming berus het nie. Eiendomsreg is by hierdie wyses van oordrag oorgedra indien die voorgeskrewe formaliteite nagekom is en daar is geen ag geslaan op die vraag of daar wilsooreenstemming tussen die partye bestaan het nie. *Mancipatio* was in elk geval 'n eensydige handeling deur die verkryger, terwyl *in iure cessio* 'n handeling deur die *praetor* was wat die saak aan die verkryger toegewys het.

In die tweede plek moet daarop gewys word dat die *corpus*-element deurgaans in die Romeinse reg as deurslaggewend beskou is. Nieteenstaande die feit dat die vereiste van fisiese beheer in die praktyk in verskeie opsigte verslap is, is daar in teorie nooit afgewyk van die beginsel dat daar een of ander vorm van fisiese kontak, hoe gering ookal, moet wees nie. Die gevolg van hierdie benadering was dat eiendomsreg nie deur blote ooreenkoms (wilsooreenstemming) oorgegaan het nie; fisiese beheer moes verskaf word.[701] Oordrag by wyse van *constitutum possessorium* was die uitsondering aangesien eiendomsreg slegs op grond van die ooreenkoms tussen vervreemder en verkryger oorgegaan het, sonder dat daar 'n uiterlik waarneembare handeling was waardeur die verkryger fisies in beheer gestel is. Alhoewel daar in hierdie geval wel kenmerke van die uitwendige abstraksie aangetref is, het die Romeine dit nie teoreties gekonstrueer as oordrag wat op wilsooreenstemming gegrond is nie. Daar was dus nog nie gedink in terme van 'n saaklike ooreenkoms wat inhoudelik slegs bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie.

Die feit dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry nie as 'n selfstandige ooreenkoms gekonstrueer is nie, kan onder andere verklaar word in die lig van die feit dat dit reeds in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat is, wat weer toegeskryf kan word aan die dubbele funksie wat die koopkontrak in die Romeinse reg vervul het. Die koopkontrak het nie net 'n verbintenis tot stand gebring nie, dit was ook *iusta causa traditionis* in die betekenis van die grondslag of rede vir lewering, wat ook geskik is om eiendomsoordrag te bewerkstellig. Een van die kenmerke van so 'n *causa*, is die feit dat die partye ten tyde van

---

701 In die klassieke tyd was daar 'n baie nou verband tussen die *corpus* en *animus*-vereistes. Dit was soos twee kante van dieselfde muntstuk, wat impliseer dat die *animus* nie onafhanklik van fisiese beheer bestaan het nie. In die na-klassieke tydperk het die *animus*-element in belangrikheid toegeneem en is dit al hoe meer van fisiese beheer losgemaak (*possessio* en *dominium* sonder die uitoefening van fisiese beheer was moontlik). Maar selfs toe was konsensuele eiendomsoordrag die uitsondering.

kontraksluiting bedoel om eiendomsreg oor te dra.[702] Dit is juis hierdie bedoeling wat 'n geskikte *causa* onderskei van ander *causae* wat nie aldus geskik is nie (byvoorbeeld huur, bewaargewing of bruikleen). Die Romeinse juriste het dit dus nie nodig geag om wilsooreenstemming betreffende die oordrag van eiendomsreg as 'n afsonderlike vereiste te stel nie.

Alhoewel die bedoeling in die tydperk na Justinianus geleidelik losgemaak is van die band met die *causa*, het die skeiding egter slegs bestaan in die insig dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (soos vervat in die *causa*) kan bly voortbestaan, selfs indien die *causa* nietig sou wees. Die ketting is egter nog nie finaal gebreek nie omdat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nog nie as 'n ooreenkoms tussen vervreemder en verkryger gekonstrueer is nie. Die siening van Nikaios kan nietemin gesien word as die eerste tree in die ontwikkeling van 'n selfstandige saaklike ooreenkoms wat slegs bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra wat op wilsooreenstemming gegrond is.

In geval waar oordrag plaasgevind het op grond van 'n bruidskat (*dos*), *mutuum* en *solutio* uit hoofde van *stipulatio* is daar wel kenmerke van die inhoudelike abstraksie aangetref. In hierdie gevalle was daar geen voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nie. Eiendomsreg het oorgegaan bloot deur die verskaffing van fisiese beheer gepaard met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, welke bedoeling 'n selfstandige bestaan gevoer het, onafhanklik van enige verbintenis (die bedoeling is nie in 'n *causa* vervat nie). Die Romeine het dit egter nie as 'n saaklike ooreenkoms gekonstrueer nie.

---

702 Die partye se geestesingesteldheid het dus in verskeie opsigte ter sprake gekom: (1) as deel van die leweringshandeling (*animus dominus*), maar ook (2) as deel van die verbintenisskeppende ooreenkoms wat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra impliseer.

2.6.2 Uitwendige abstraksie

In die na-klassieke Romeinse reg was 'n *iusta causa*, in die betekenis van een of ander regsfeit wat die verskaffing van fisiese beheer voorafgegaan het, wat die vervreemder verplig het om die saak te lewer en wat geskik is om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig; 'n vereiste vir die oordag van eiendomsreg. Daar bestaan egter nie eenstemmigheid betreffende die vraag of die *causa* objektief geldig moes gewees het nie.[703] Wat wel vasstaan, is dat daar geen algemene reël in hierdie verband geformuleer is nie en dat die Romeine kasuïsties te werk gegaan het. Die oorwig van gesag dui daarop dat 'n koop-*causa* of skenkings-*causa* oor die algemeen geldig moes gewees het ten einde oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig. As die *causa* nietig was, byvoorbeeld omdat dit regtens verbode was, het eiendomsreg nie oorgegaan nie, selfs al het die partye bedoel om eiendomsreg oor te dra. In hierdie gevalle was 'n kousale stelsel van toepassing (daar was geen kenmerke van 'n uitwendige abstraksie nie).

Daarteenoor skep die bestaan van die *condictiones* twyfel oor die kousale aard van die stelsel. Die *condictiones sine causa* is 'n aanduiding daarvan dat daar wel kenmerke van die uitwendige abstraksie aangetref is en dat eiendomsreg oorgegaan het, selfs al was die *causa* nietig. Hierdie siening word ondersteun deur *Digesta* 41.1.36 (Julianus) wat vatbaar is vir die interpretasie dat dit nie soseer die geldigheid van die *causa* is wat belangrik is nie, maar wel of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Daarbenewens is daar ook gevalle waar eiendomsreg oorgegaan het, selfs al was daar geen voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa*) nie, soos in geval van 'n *dos*, *mutuum* en *solutio* uit hoofde van *stipulatio*. In hierdie gevalle was 'n objektief geldige *causa* dus nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie. Eiendomsreg het oorgegaan deur die verskaffing van fisiese beheer, gepaard

met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, welke bedoeling onafhanklik van enige *causa* bestaan het. Ook in hierdie gevalle is daar dus kenmerke van die uitwendige abstraksie aangetref.[704]

2.6.3 Vormvereistes - registrasie

Die Romeinse reg het in beginsel nie onderskeid getref tussen die oordrag van roerende en onroerende goed nie. Skrif is nie regtens vir kontrakte waardeur onroerende goed vervreem word voorgeskryf nie, en daar is ook nie vereis dat transportaktes geregistreer word nie. Alhoewel skrif en registrasie nie deur wetgewing vir die vervreemding van grond voorgeskryf is nie, was dit wel gebruiklik om die koop- en skenkingskontrak op skrif te stel en die skriftelike akte in munisipale registers aan te teken.[705] Dit het regsekerheid bevorder en het tot gevolg gehad dat publisiteit aan die oordrag verleen word. Hierdie wyse van registrasie moet nie aan die aktesregistrasiestelsel wat in Suid-Afrika toegepas word gelyk gestel word nie. Een van die belangrikste verskille is dat dit die verbintenisskeppende ooreenkoms is wat geregistreer is en nie die transportakte nie. In die lig van die bespreking in hierdie hoofstuk, behoort dit ook duidelik te wees dat geen kenmerke van die inhoudelike of uitwendige abstraksie in die betrokke dokumente aangetref is nie.

2.6.4 Gevolgtrekking

In die oordragsproses kon hoogstens twee handelinge onderskei word, naamlik: (1) die *causa* en (2) *traditio* (wat bestaan het uit 'n fisiese en 'n geestelike element). Die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, het nie onafhanklik van die verbintenisskeppende regsfeit bestaan nie en is ook nie as 'n selfstandige ooreenkoms wat

---

703 In die oud-Romeinse reg en in die vulgêre tydperk het die vraag na die uitwendige abstraksie nie ter sprake gekom nie omdat daar nie tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en lewering onderskei is nie.

704 Daar is ook eenstemmigheid daaroor dat *mancipatio* en *in iure cessio* abstrakte handelinge was, aangesien nakoming van die formaliteite deurslaggewend was vir die vraag of eiendomsreg oorgaan al dan nie. Daar is nie vereis dat die *causa* objektief geldig moes gewees het nie.

705 Skrif en registrasie is egter wel in geval van skenkings regtens voorgeskryf.

bloot deur wilsooreenstemming tot stand kom, gekonstrueer nie. Vir sover as wat die bedoeling wel 'n rol gespeel het, was dit die bedoeling wat implisiet in die kousale ooreenkoms opgesluit is, wat ter sprake gekom het. Een van die onderskeidende kenmerke (*essentialia*) van die saaklike ooreenkoms - inhoudelike abstraksie - het dus ontbreek. 'n Ander onderskeidende kenmerk van die saaklike ooreenkoms, naamlik die uitwendige abstraksie, is wel in 'n beperkte omvang aangetref, maar daar is ook gevalle waar dit nie van toepassing was nie. Die gevolgtrekking is dus dat daar in die Romeinse reg nog geen sprake van 'n saaklike ooreenkoms was nie. Hierdie konstruksie was vir die praktiese Romeinse juriste te kunsmatig en abstrak.

Die Justiniaanse kodifikasie is vir die verdere ontwikkeling van die Europese privaatreg van besondere belang. Gedurende die twaalfde eeu het die Glossatore die kodifikasie as't ware herontdek en nuwe belangstelling in die Romeinse reg gaande gemaak. Gedurende die res van die Middeleeue was die kodifikasie prakties die belangrikste kenbron van die Romeinse reg. Daar kan dus met reg beweer word dat Justinianus die Romeinse reg van ondergang bewaar het aangesien sy kodifikasie die grondslag gevorm het vir die moderne Europese privaatreg. Die Glossatore se interpretasie van die *Corpus Iuris Civilis* sal vervolgens bespreek word.

HOOFSTUK 3

DIE GLOSSATORE

3.1 Inleiding 196

3.2 Vereistes vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* 196

3.3 Beskikkingsbevoegdheid van die vervreemder 197

3.4 Die onderskeid tussen *dominium* en *possessio* 197

3.4.1 Die begrip *dominium* 197

3.4.2 Die begrip *possessio* 199

3.5 Die verkryging van fisiese beheer (*possessio*) 200

3.5.1 Inleiding 200

3.5.2 Die *corpus*-vereiste (*vacua possessio*) 201

3.5.3 Die standpunt dat verkryging van fisiese beheer nie 'n vereiste is nie 202

3.5.4 Lewering by wyse van *traditio ficta* 204

3.5.5 Lewering deur blote ooreenkoms 206

3.5.6 Lewering deur oorhandiging van 'n akte (*traditio instrumentorum*) 207

3.5.7 Samevatting 210

3.6 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste 213

3.6.1 Inleiding 213

3.6.2 Algemene reël: *causa* hoef nie geldig te wees nie 214

3.6.3 Uitsonderings: 'n geldige *causa* wel vereis 220

3.6.4 Teenstrydigheid tussen *Digesta* 12.1.18 en 41.1.36 221

3.7 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 226

3.8 Samevatting 230

3.1 Inleiding

Aan die begin van die twaalfde eeu word die Romeinse reg aan die universiteite in Noord-Italië onderrig aan die hand van 'n ongeskonde manuskrip van die *Corpus Iuris Civilis*, wat teen die einde van die elfde eeu ontdek is. Die dosente aan die universiteite het die tekste van die *Corpus Iuris Civilis* aan die studente uitgelê en verklaar deur kort kantaantekeninge (ook *glossae* genoem)[1] in die teks van die *Corpus Iuris Civilis* aan te bring.[2] Teen ongeveer die middel van die twaalfde eeu was dit gebruik om ook die uitleg van ander Glossatore by die kantaantekeninge by te voeg en hulle sienings te bespreek. Hierdie kantaantekeninge gee 'n goeie beeld van wat die Middeleeuse juriste ten opsigte van eiendomsoordrag in die Romeinse reg geleer het.[3]

3.2 Vereistes vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio*

'n Duidelike aanduiding van die vereistes vir oordrag van eiendomsoordrag, word aangetref in die *Codexsumma Lo Codi*, wat ongeveer teen die middel van die twaalfde eeu geskryf is.[4] Daarin word gesê dat die verskaffing van fisiese beheer uit hoofde van 'n skenking of ander oorsaak, soos byvoorbeeld 'n koopkontrak, oordrag van eiendomsreg tot gevolg het, mits die oordraggewer eienaar is. Hieruit blyk dat die Glossatore die volgende vereistes vir die oordrag van eiendomsreg uit die Romeinse reg oorgeneem het, naamlik: die verskaffing van fisiese beheer (*traditio* as leweringshandeling) uit hoofde van 'n *causa* (soos koop of skenking) en beskikkingsbevoegdheid van die vervreemder.[5]

---

1 Hoofsaaklik woorduitleg of kort aanvullings.

2 Daar word ook *allegationes* in die teks aangetref wat verwysings is na ander tekste wat 'n soortgelyke of teenoorgestelde oplossing vir die probleem gegee het. Dondorp en Schrage *Levering* 31-32. Sien oor die algemeen ook Vinogradoff *Medieval Europe* 56 ev in verband met die werkswyses van die Glossatore.

3 Dit vergestalt hulle siening en verklaring van die regsposisie in die Romeinse reg soos wat dit in die *Corpus Iuris Civilis* opgeteken is en wat hulle aan hulle studente oorgedra het. Dit verskil van die gewoontereg wat in die verskillende streke in Europa op daardie stadium toegepas is.

4 *Lo Codi* was 'n praktykshandboek van Franse oorsprong. Dit verskaf nie 'n presiese uiteensetting van wat die posisie in die Romeinse reg was nie aangesien Romeins-regtelike leerstukke deur die inheemse gewoontereg beïnvloed is. Vinogradoff *Medieval Europe* 72 ev.

5 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 32-33; Fitting *Lo Codi* 2 en 254.

3.3 Beskikkingsbevoegdheid van die vervreemder

Daar was 'n meningsverskil tussen Azo en Placentinus betreffende die vraag of beskikkingsbevoegdheid van die vervreemder 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg was. Volgens Placentinus[6] moes die eiser in 'n eiendomsaksie slegs bewys dat hy die saak gekoop het (dat daar 'n geldige *causa* was), dat hy betaal het en dat fisiese beheer by wyse van *traditio* aan hom verskaf is. Hy hoef nie te bewys dat die vervreemder beskikkingsbevoeg was nie. Hy baseer sy siening op *Codex* 4.19.12 ingevolge waarvan die koper, by gebreke aan 'n akte, deur mondelinge getuienis moes bewys dat hy die saak gekoop en betaal het en dat *vacua possessio* (vrye besit) aan hom verskaf is. Aangesien die teks nie van beskikkingsbevoegdheid melding maak nie, meen hy dat dit nie 'n vereiste is nie. Hy steun voorts op die vermoede wat in *Codex* 4.19.2 vervat is, naamlik dat die persoon wat fisies in beheer van 'n saak is, ook reghebbende is.

In navolging van sy leermeester Johannes Bassianus, het Azo egter gemeen dat hierdie interpretasie van die teks nie juis is nie. Na hulle mening word in *Codex* 4.19.12 geen uitputtende lys van die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg gegee nie. Dit is nie voldoende indien die eiser bewys dat hy 'n koopkontrak met die vervreemder gesluit het, dat hy fisies in beheer van die saak gestel is en dat hy die koopprys betaal het nie. Selfs al bewys hy hierdie feite wil dit nog nie sê dat hy eienaar is nie. Die eiser moet ook bewys lewer dat die verkoper beskikkingsbevoeg was. As die vervreemder nie eienaar was nie, kon die verkryger ook nie eienaar word nie, selfs al is hy fisies in beheer van die saak gestel.[7]

3.4 Die onderskeid tussen *dominium* en *possessio*

3.4.1 Die begrip dominium

Die inhoud van die *dominium*-begrip het gedurende die Middeleeue belangrike wysigings ondergaan. Die Glossatore het aan *dominium* 'n nuwe

6 Placentinus *ad Codex* 4.19.12 (raadpleeg Azo glos *Cum res ad Codex* 4.19.12).
7 Azo glos *Cum res ad Codex* 4.19.12. Verder Dondorp en Schrage *Levering* 34-35.

tegniese betekenis geheg en onderskei tussen twee "toestande" van eiendomsreg, naamlik:[8]

(a) *Dominium (plenum)*: hierdie begrip lê klem op die volledigheid van *dominium* en verwys na die situasie waar beide die reg op eiendom en die gebruik van die saak by die eienaar self berus. Hy kon nie net daarop aanspraak maak dat die saak hom toekom nie, maar beskik ook daadwerklik oor die fisiese gebruik en genot daarvan.

(b) *Proprietas (nuda)*: dié begrip verwys na eiendomsreg sonder daadwerklike gebruik en genot van *dominium*. Die eienaar kon wel daarop aanspraak maak dat die saak hom toekom, maar iemand anders beskik oor die fisiese gebruik en genot daarvan op grond van 'n ander saaklike aanspraak.[9]

Vir die Glossatore was die heerskappy of *dominus*-karakter van *dominium* die kenmerkende eienskap daarvan. Die gevolg hiervan was dat die inhoudsbevoedghede van die eienaar sterker na vore tree as wat voorheen die geval was en dat uitgegaan word van die veronderstelling dat die eienaar se reg in beginsel volledig en onbeperk is.[10] Die implikasie hiervan vir die onderhawige onderwerp, is dat daadwerklike fisiese beheer en genot die uitgangspunt was, alhoewel eiendomsreg daarsonder nogtans erken word.

Verder van belang is die feit dat die Glossatore 'n dubbele eiendomsbegrip (of 'n verdeelde eiendomsreg) aanvaar het. Daar is naamlik onderskei tussen *dominium directum* en *dominium utile*. Terwyl die leenheer *dominium directum* het, het die leenman[11] *dominium utile*. *Dominium directum* was die uitgangspunt, terwyl *dominium utile* die alternatiewe vorm van eiendomsreg was, wat aan persone wat eintlik regmatige houers was, toegeken is. Hulle was fisies in beheer van die saak, maar nie werk-

8 Sien Van der Walt *Houerskap* 148-149; Willoweit 1974 *HJGG* 131, 133-141.
9 Sien Van der Walt *Houerskap* 149 mvn glos *Constitui ad Digesta* 7.1.5, glos *Itaque ad Digesta* 34.5.3 en glos *Dominium ad Digesta* 41.1.13.
10 Vir die eerste keer word daar nou gevra na die omvang of grense van die eienaar se beskikkingsbevoegdheid. Raadpleeg Van der Walt *Houerskap* 149-152.
11 Ook die langtermynhuurder, *emphyteuticarius* en die *superficiarius*. Sien Van der Walt *Houerskap* 184.

lik eienaars nie. Nogtans het die Glossatore hulle as eienaars beskou omdat hulle *dominium* gehad het.[12]

3.4.2 Die begrip possessio

Oor die algemeen het die Glossatore gehou by die onderskeid tussen *possessio civilis* en *possessio naturalis* (*detentio*). Hierdie terme kry by hulle egter 'n nuwe inhoud aangesien die onderskeid tussen die twee soorte *possessio* verklaar word aan die hand van die onderskeid tussen *dominium directum* en *dominium utile*. Vir hulle is *possessio* immers die daadwerklike uitoefening van die bevoegdhede van die eienaar; daarom is dit byna vanselfsprekend dat die verdeling van *dominium* en die verdeling van *possessio* met mekaar sal ooreenstem.[13]

Die persoon wat *dominium directum* het, is *civilis possessor*, terwyl die persoon wat *dominium utile* het, *naturalis possessor* is. Die onderskeidende kenmerk tussen egte *possessio* (*possessio civilis*) en onegte *possessio* (*possessio naturalis*)[14] is geleë in die geestesingesteldheid of *animus* van die *possessor*. Die Glossatore het van die standpunt uitgegaan dat die persoon wat *possessio civilis* het, die saak *sibi* of *pro suo* hou.[15] Hierdie standpunt impliseer dat die gevolge van *possessio* tot die eiebesitters beperk word, waardeur alle houers uitgesluit word.[16]

---

12 Sien Van der Walt *Houerskap* 152, 164, 166, 177; Van der Walt en Kleyn *Duplex Dominium* 235 ev.

13 Van der Walt *Houerskap* 170, 174.

14 Azo glos *Ait ad Digesta* 41.2.1.2 en Placentinus *ad Codex* 7.35 onderskei tussen egte en onegte *possessio* ten einde probleme wat die reël teen dubbele *possessio* in *Digesta* 41.2.3.5 oplewer, te bowe te kom. Johannes Bassianus glos *Ex contrario ad Digesta* 41.2.3.5 en glos *Animo ad Digesta* 43.16.1.24 en die meeste *doctores* na hom, het egter gemeen dat *possessio naturalis* ook egte *possessio* is. Raadpleeg die bespreking in Van der Walt *Houerskap* 170-172, 174-175.

15 Dit verwys terug na die saaklike funksie van *possessio* ten opsigte van *usucapio* en laat 'n interessante analogie met die *dominus directus* se bedoeling toe. Vgl Azo se definisie van *possessio* in glos *Possessio a sedibus ad Digesta* 41.2.1 *pr*: "Possessio est corporalis rei retentio corporis et animo, iuris adminiculo concurente". ["Besit is die hou van 'n liggaamlike saak met liggaam en gees, met die gepaardgaande beskerming deur die reg" (eie vertaling)]. Maar sien Johannes Bassianus se omskrywing in glos *Possessio a sedibus ad Digesta* 41.2.1 *pr*: "Possessio est ius quoddam rem detinendi sibi". ["Besit is 'n sekere reg om 'n saak vir jouself te behou" (eie vertaling)]. Raadpleeg ook Van der Walt *Houerskap* 170; Middelberg *Houderschap* 47.

16 Raadpleeg Van der Walt *Houerskap* 171-172; 174-175. Terwyl Placentinus meen dat die leenman, vruggebruiker en erfpagter nie *possessores* was nie, was Bassianus van oordeel dat hulle dit wel was.

Alhoewel die Glossatore in teorie vashou aan die gevestigde gedagte dat *possessio* in wese 'n feitelike magsverhouding is, blyk dit uit die volgende dat *possessio* sonder werklike fisiese beheer tog moontlik was:[17] (1) die feit dat die onderskeid tussen *possessio naturalis* en *civilis possessio* vervaag wanneer beide soorte *possessio* van *detentio* onderskei word (en daar sodoende 'n onderskeid tussen besit en beheer gemaak word);[18] (2) die feit dat die behoud van *possessio* sonder werklike fisiese beheer moontlik was, ook in geval van *naturalis possessio*; (3) die feit dat beide groepe *possessores* hulle *possessio* bloot *animo* kon behou.[19]

3.5 Die verkryging van fisiese beheer (*possessio*)

3.5.1 Inleiding

Die algemene reël in die Romeinse reg was dat eiendomsreg nie deur die verbintenisskeppende ooreenkoms (of *causa*) soos die koopkontrak of skenking oorgegaan het nie, maar wel deur die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*).[20] Die Glossatore het hierdie beginsel bevestig en sodoende ook tussen die voorafgaande verbintenis en lewering as afsonderlike handelinge onderskei. Odofredus stel dit soos volg:

> As jy aan my grond verkoop, skenk of onderneem om dit as bruidskat te gee, gaan eiendomsreg nie bloot kragtens die koop of die skenking op my oor nie (vergelyk *D* 6.1.50 en *C* 3.32.27 hierbo) omdat ooreenkomste na hulle aard nie eiendomsreg oordra nie (vergelyk *C* 2.3.20 en *D* 44.7.3). Maar as jy aan my die grond verkoop, skenk of onderneem om dit as bruidskat te gee en jy het dit aan my gelewer of my in ongestoorde besit daarvan gestel, dan gaan eiendomsreg wel op my oor (vergelyk *D* 41.3.42).[21]

---

17 Van der Walt *Houerskap* 172ev.

18 Die onderskeid tussen *possessio* en *detentio* word ook weerspieël in die Glossatore se belangstelling in saaklike lewering, waaruit die teorieë van die 19de eeu oor *traditio* verder ontwikkel het. Van der Walt *Houerskap* 173-174; Wesenberg-Wesener *Privatrechtsgeschichte* 42.

19 Azo glos *Possidebat ad Digesta* 43.16.1.23.

20 Vgl die bespreking in hfst 2.4.3 en 2.4.4.

21 Odofredus *ad Digesta* 23.5.16 (eie vertaling): " ... Si vendis mihi fundum vel donas (vel) in dotem dare convenisti, ex sola venditione vel donatione non transit in me dominium ut supra re rei ven. Si ager. (D.6.1.50) et C. de rei ven. 1. <Si> Servum (C.3 32.27) et quia ea natura non est pactorum ut solo pacto transeat dominium. Ut C. de pact. 1. Traditionibus (C.2.3.20) et infra de act. Et obl. 1. Obligationum substantia in princ. (D.44.7.3). Sed si tu vendis vel donas vel convenisti dare in dotem et tradidisti fundum sive inducis me in vacuam possessionem, transit in me dominium ut hic et infra de usu. Cum vir (D.41.3.42)". Sien ook *Lo Codi* 1.2 en 7.23.

3.5.2 Die corpus-*vereiste (*vacua possessio*)*

Die Glossatore het ook die reël van die Romeinse reg aanvaar, naamlik dat die verskaffing van fisiese beheer deur *traditio* uit 'n *corpus* en 'n *animus*-element bestaan.[22] Die *corpus*-element behels dat die verkryger 'n feitelike handeling verrig waardeur hy daadwerklik fisies in beheer van die saak gestel word. As dit 'n roerende saak was, moes die verkryger die saak in sy hande neem en as dit 'n onroerende saak was, was dit voldoende indien die verkryger die grond betree het, of die huis binnegegaan het.[23] Die ouer Glossatore het aanvaar dat eiendomsreg slegs oorgaan indien die vervreemder *vacua possessio* (ongestoorde of vrye besit) aan die verkryger verskaf het; dit wil sê, indien hy die verkryger fisies in beheer van die saak gestel het en niemand anders fisies in beheer daarvan was nie.[24] Indien iemand anders fisies in beheer van die saak was, selfs al was dit net *solo animo*, het eiendomsreg nie oorgegaan nie omdat *vacua possessio* nie oorgedra is nie.[25] Hierdie standpunt is in ooreenstemming met 'n aantal tekste in die *Corpus Iuris Civilis*, waaruit die afleiding gemaak kan word dat eiendomsreg slegs oorgaan indien *vacua possessio* aan die verkryger verskaf word. Uit *Codex* 4.19.12, byvoorbeeld, blyk dit dat die koper by gebrek aan 'n akte kan bewys dat hy eienaar is, deur aan te toon dat hy die saak gekoop en betaal het en dat *vacua possessio* aan hom verskaf is. Ingevolge *Codex* 8.27.13 kan die persoon wat 'n saak van 'n pandkrediteur gekoop het, die saak slegs met 'n saaklike aksie opeis indien hy *vacua possessio* verkry het (en hy daarna weer fisiese beheer verloor het).[26] Dit wil voorkom of die Glossatore nie veel aandag aan die *animus*-element geheg het nie. Hulle het volstaan met die gedagte dat eiendomsreg op die verkryger oorgaan indien

22 Accursius glos *ad Digesta* 41.2.3 *pr*; Azo glos *Possessio a sedibus ad Digesta* 41.2.1 *pr*.

23 Sien *Lo Codi* 7.23.

24 Accursius glos *Vacuam ad Codex* 4.19.12. In die klassieke Romeinse reg word onder *vacua possessio* verstaan sodanige beheer dat mens geen feitelike of juridiese inbreuk daarop deur die vervreemder of derdes hoef te duld nie. Sien Kaser *Privatrecht* I 550; Dondorp en Schrage *Levering* 33 vn 5.

25 Indien iemand anders die saak egter hou ter beskerming van die belange van krediteure, word *vacua possessio* nietemin oorgedra. Sien Dondorp en Schrage *Levering* 35 vn 12.

26 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 36.

hy fisiese beheer gevestig het met die bedoeling om beheer vir sigself uit te oefen (*sibi* of *pro suo*).[27]

3.5.3 Die standpunt dat verkryging van fisiese beheer nie 'n vereiste is nie

Johannes Bassianus het die standpunt dat eiendomsreg slegs deur die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer oorgedra kon word, verwerp.[28] Die rede waarom daar in die tekste hierbo[29] gesê word dat die vervreemder *vacua possessio* moet oordra, is omdat die verskaffing van *vacua possessio*[30] volgens hom die belangrikste verpligting van die verkoper in die Romeinse reg was.[31] Alhoewel dit noodsaaklik was dat die verkoper ongestoorde besit oordra sodat hy van sy verpligtinge uit die koopkontrak bevry kon word, was dit egter nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie. Die verwysing in die tekste na verskaffing van *vacua possessio* is dus volgens hom bloot toevallig of ter illustrasie.[32]

Bassianus steun op *Digesta* 23.5.16.[33] Dit handel in hierdie teks oor die geval waar 'n vrou 'n stuk grond, wat in fisiese beheer van iemand anders was en wat deur verjaring eienaar kon word, aan haar man as bruidskat skenk en die man eienaar word. Die man het eienaar geword, nieteenstaande die feit dat fisiese beheer (*vacua possessio*) nie aan hom oorgedra is nie. Iemand anders was immers fisies in beheer. Op grond van hierdie teks neem hy die standpunt in dat dit moontlik is om eiendomsreg oor te dra sonder dat die verkryger fisies in beheer van die saak gestel word. Oordrag van eiendomsreg deur *traditio* vereis dus nie noodwendig verskaffing van fisiese beheer (*vacua possessio*) nie.[34] As die verskaffing

---

27 Vgl Azo glos *Possessio a sedibus ad Digesta* 41.2.1 *pr* en Johannes Bassianus glos *Possessio a sedibus ad Digesta* 41.2.1 *pr.* Raadpleeg ook Van der Walt *Houerskap* 170; Middelberg *Houderschap* 47.

28 Hy is deur Azo, Accursius en Odofredus gesteun. Raadpleeg die bespreking in Dondorp en Schrage *Levering* 36-37 in hierdie verband.

29 Sien die bespreking hierbo by hfst 3.5.2.

30 Dit wil sê, fisiese beheer van so 'n aard dat die verkryger geen feitelike of juridiese inbreuk daarop hoef te duld nie.

31 Die verkoper was nie verplig om eiendomsreg oor te dra nie. Dit is insiggewend dat die tekste juis handel oor gevalle waar die verskaffing van fisiese beheer volg op 'n koopooreenkoms.

32 Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 36.

33 Raadpleeg ook die bespreking hierbo by hfst 2.5.3.4.

34 Sien Azo *Lectura ad Codex* 4.19.12.

van fisiese beheer 'n vereiste was, sou die grond wat in fisiese beheer van iemand anders was, nie as bruidskat aan die man gegee kon word nie.

Die vraag ontstaan wat die handeling is waardeur eiendomsreg oorgedra word indien die verkryger nie fisies in beheer van die saak gestel hoef te word nie? Accursius[35] meen dat die man eienaar van die grond geword het deurdat hy die grond betree het terwyl hy deur sy vrou vergesel is. Net soos wat *possessio* van grond van een persoon na 'n ander oorgedra word deurdat die verkryger die grond ingelei word, so kan ook eiendomsreg oorgedra word deurdat die eienaar (vervreemder) die verkryger *op* die grond (wat fisies in beheer van iemand anders is) binnelei. Deur hierdie handeling word die man eienaar, maar nie *possessor* nie omdat fisiese beheer nie aan hom verskaf is nie (iemand anders is fisies in beheer en daarom *possessor*).[36] Odofredus[37] verduidelik hierdie standpunt (dat die verskaffing van fisiese beheer nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie) met die volgende voorbeeld. Titius is fisies in beheer (*possessio*) van 'n slavin waarvan iemand anders eienaar is. Die eienaar verkoop die slavin en die koper betaal die koopprys. Wanneer die eienaar die slavin sien waar sy gaan water haal, neem hy haar aan die hand en sê vir die koper: "Ek lewer haar aan jou." Eiendomsreg gaan deur hierdie leweringshandeling oor en die koper sal haar van Titius, wat *possessio* het, met die *rei vindicatio* kon opeis, selfs al is geen *vacua possessio* verskaf nie. Hierdie voorbeelde illustreer die standpunt dat eiendomsreg deur die eienaar wat nie fisies in beheer is nie, oorgedra kan word deur dieselfde fisiese handeling as waarmee *possessio* oorgedra kan word, sonder dat daadwerklike fisiese beheer verskaf is.[38]

'n Mens sou die leweringshandeling in hierdie gevalle kon interpreteer as sou fisiese beheer wel oorgedra word, want die vervreemder was immers vir 'n oomblik, al is dit maar kort, fisies in beheer van die grond (of die slavin) en die verkryger was in staat om fisiese beheer uit te oefen. Dit is eg-

35 Accursius glos *Si fundum ad Digesta* 23.5.16.
36 Accursius glos *Si fundum ad Digesta* 23.5.16.
37 Odofredus *ad Codex* 4.19.12.

ter nie hoe die Glossatore in die dertiende eeu geredeneer het nie. Vir hulle was die handeling 'n selfstandige leweringshandeling waardeur eiendomsreg sonder verskaffing van fisiese beheer oorgedra is. Die bespreking toon aan dat hulle 'n bepaalde betekenis aan die woord *traditio* geheg het, naamlik een of ander fisiese handeling (soos wat by die verskaffing van *possessio* vereis word), maar dit beteken nie noodwendig dat die verkryger daadwerklik fisies in beheer van die saak gestel moet word nie.[39] Hy hoef nie *vacua possessio* te verkry nie, want dit veronderstel dat hy voortgaan om fisiese beheer uit te oefen nadat die saak gelewer is. Dit behoort ook duidelik te wees dat die begrip *traditio* nie aan die verskaffing van beheer gelykgestel kon word nie. Daar is dus tussen twee vorme van *traditio* onderskei.[40]

3.5.4 Lewering by wyse van traditio ficta

Op grond van die voorbeelde in die *Digesta* en die *Codex*, het die Glossatore ook aanvaar dat eiendomsreg deur *traditio* oorgedra kon word, selfs al was daar slegs in 'n geringe mate van fisiese hantering sprake. In sommige gevalle is selfs van 'n fiksie gebruik gemaak en is aanvaar dat eiendomsreg oorgaan op die veronderstelling dat fisiese beheer verskaf is, al was dit nie die geval nie. Ten einde hierdie vorme van lewering te onderskei van werklike fisiese oorhandiging van die saak, het die Glossatore na hierdie gevalle verwys as *quasi traditio*.[41] Hierdie begrip verwys dus na *traditio longa manu, traditio brevi manu, traditio instrumentorum* en *constitutum possessorium*.[42]

In geval van *traditio longa manu*, is byvoorbeeld aanvaar dat eiendomsreg op die verkryger oorgaan indien die grond wat oorgedra word aan hom uitgewys word en hy dit kon sien (sonder dat die verkryger die grond

38 Dit wil dus voorkom asof die *corpus*-element 'n baie wyer begrip was as werklike fisiese beheer.

39 Hierdie standpunt kan waarskynlik verklaar word in die lig van die siening dat *possessio* sonder werklike fisiese beheer moontlik was.

40 Sien Dondorp en Schrage *Leverlng* 37-38.

41 Hierdie gevalle is later deur die Kommentatore met die begrip *traditio ficta* aangedui. Sien die bespreking hieronder in hfst 4.

42 Hierdie wyse van oordrag asook die begrip *constitutum possessorium* was reeds voor die Glossatore bekend. Anders as wat Biermann *Traditio Ficta* 69 te kenne gee, was dit dus nie van Azo afkomstig nie. Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 40-41; Gordon *Traditio* 100-106; Meijers *Rechtsverhouding* 133.

betree),[43] indien die verkryger 'n wag by die koopsaak geplaas het, of indien die sleutels van 'n gebou aan hom oorhandig is.[44] Die Glossatore het oor die algemeen geleer dat *traditio longa manu* slegs in teenwoordigheid van die saak uitgevoer kon word (as die saak bloot binne sig van die partye was, was dit voldoende). Wat *clavium traditio* aanbetref, moes die sleutels van die gebou in die nabyheid van die gebou (*apud horreum*) oorhandig word. In al hierdie gevalle was 'n fisiese element noodsaaklik, alhoewel dit nie noodwendig beteken dat die verkryger die saak fisies in sy hande geneem het nie.[45]

Alhoewel *possessio* en eiendomsreg by wyse van *constitutum possessorium* oorgedra kon word,[46] sonder dat die saak werklik fisies aan die verkryger oorhandig is, het die Glossatore dit nie as oordrag deur blote ooreenkoms (wilsooreenstemming) beskou nie. Volgens Azo[47] en Odofredus[48] was 'n fisiese element wel teenwoordig deurdat die vervreemder (*constituens*) fisiese beheer as verteenwoordiger van die verkryger uitgeoefen het.[49]

In navolging van die Romeinse reg[50] het die Glossatore die volgende *causae detentiones* erken vir doeleindes van oordrag deur *constitutum possessorium*: huur, *precarium* en *retentio usufructus*.[51] Die vraag of mens in laasgenoemde geval ook met *constitutum possessorium* te make het, was egter omstrede. Sommige Glossatore[52] was van oordeel dat dit nie die geval was nie aangesien *possessio* nie in geval van *retentio usufructus* oorgedra is nie,[53] terwyl dit wel in geval van *constitutum pos-*

43 Sien *Lo Codi* 7.23.
44 Gordon *Traditio* 128-131.
45 Gordon *Traditio* 131-134.
46 Sien Gordon *Traditio* 106-107.
47 Azo *Summa ad Codex* 7.32.
48 Odofredus *ad Codex* 7.32.4. Hy kombineer hierdie standpunt met die gedagte dat daar 'n dubbele oordragshandeling was. Sien Gordon *Traditio* 107-108.
49 Dit is soortgelyk aan verkryging deur 'n *procurator*. Sien Dondorp en Schrage *Levering* 43; Gordon *Traditio* 107-108.
50 Sien die bespreking in hfst 2.4.3.3.2 en 2.5.2.6.
51 Die *causa* hoef egter nie 'n *iusta causa* te gewees het nie. Dit was eers Alexander Tartagnus (oorlede in 1477) wat dit as 'n vereiste gestel het. Meijers *Rechtsverhouding* op 133.
52 Bv Azo *Summa ad Codex* 7.32. Sien ook Roffredus *Quaestiones Sabatinae* nr 7 (aangehaal in Biermann *Traditio Ficta* 57).
53 Daar was ook nie 'n ander feitelike handeling soortgelyk aan 'n handeling waardeur *possessio* oorgedra is nie.

sessorium oorgedra word. 'n Verdere rede waarom die twee situasies onderskei is, is omdat daar getwyfel is of die *ususfructuaris* (vervreemder) die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Hy oefen immers beheer uit namens homself (eiebesit) en nie namens iemand anders nie.[54] Die meeste Glossatore het egter aanvaar dat *retentio ususfructus* wel as 'n *causa detentionis* vir *constitutum possessorium* kwalifiseer en dat eiendomsreg en *possessio* op die verkryger oorgegaan het, selfs al was die *corpus*-element nie so sterk aanwesig nie.[55]

Een van die belangrikste ontwikkelinge in die vroeë Middeleeue wat ten opsigte van *traditio* plaasgevind het, is die feit dat 'n abstrakte *constitutum possessorium* deur die Glossatore erken is as wyse waarop *traditio* uitgevoer kon word.[56] Hulle het dus afgewyk van die vereiste wat in die Justiniaanse reg gegeld het, naamlik, dat 'n *causa detentionis* aanwesig moes wees ten einde oordrag van eiendomsreg by wyse van *constitutum possessorium* te bewerkstellig.[57] *Constitutum possessorium* sonder 'n gepaardgaande *causa detentionis* is *constitutum simplex* genoem.[58]

3.5.5 Lewering deur blote ooreenkoms

Daar is reeds hierbo verwys na die algemene reël betreffende die oordrag van eiendomsreg wat in *Codex* 2.3.20 vervat is, naamlik: eiendomsreg word oorgedra deur *traditio* of verjaring, en nie deur blote ooreenkoms nie. Volgens Bassianus en ander Glossatore, beteken dit dat eiendomsreg oorgedra word deur die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer (*vacua possessio*) of, indien die vervreemder nie fisies in beheer is nie, deur 'n soortgelyke fisiese handeling as waardeur *possessio* oorgedra word, selfs al word die verkryger nie werklik fisies in beheer gestel nie.[59] Die Glossatore het dus vasgehou aan die beginsel dat 'n fisiese le-

54 In geval van *constitutum possessorium* is dit duidelik dat hy wel bedoel om eiendomsreg oor te dra. Sien die bespreking in Gordon *Traditio* 113-115.
55 Dondorp en Schrage *Levering* 40.
56 Dit wil sê dat 'n *causa detentionis* ontbreek. Dit is voldoende indien die oordraggewer verklaar dat hy die saak voortaan namens die verkryger hou. 'n Kousale *constitutum* maak oordrag van eiendomsreg en *possessio* afhanklik van die bestaan van 'n *causa detentionis*.
57 Delport *Lewering en Registrasie* 112-113; Gordon *Traditio* 109-110.
58 Hierdie term is egter eers deur die Kommentatore gebruik. Sien die bespreking in hfst 4.
59 Sien die bespreking hierbo by hfst 3.5.3.

weringshandeling noodsaaklik is vir die oordrag van eiendomsreg. Op hierdie reël was daar enkele uitsonderings.

Ingevolge *Codex* 1.2.23 verkry die kerk na sluiting van die koopkontrak of skenking 'n saaklike aksie om die koopsaak op te vorder.[60] In hierdie geval het oordrag van eiendomsreg plaasgevind uit hoofde van die koopkontrak, sonder dat fisiese beheer verskaf is, of 'n ander fisiese leweringshandeling verrig is. Aangesien *traditio* nog nie plaasgevind het nie, kon die kerk die saak na sluiting van die verbintenisskeppende ooreenkoms egter nie met die gewone eiendomsaksie opvorder nie, maar wel met 'n aangepaste *rei vindicatio*.[61] Ook in die volgende gevalle het eiendomsreg deur ooreenkoms oorgegaan, sonder dat daar een of ander fisiese oordragshandeling was:[62] in die geval van 'n erfporsie, 'n legaat[63] en oordrag van eiendomsreg onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde.[64] In laasgenoemde geval gaan eiendomsreg *eo ipso* terug op die verkoper indien die voorwaarde vervul is, selfs al is die koper steeds fisies in beheer van die saak.

3.5.6 Lewering deur oorhandiging van 'n akte (traditio instrumentorum)

Codex 8.53 (54).1 behandel die geval waar iemand 'n slavin gekoop het en hy haar daarna aan iemand anders skenk.[65] Uit die teks blyk dit dat die verkryger eienaar geword het, sonder dat hy daadwerklik fisies in beheer van die saak gestel is en bloot deurdat die vervreemder-skenker die koop- of skenkingsakte[66] aan hom oorhandig het.[67] Die verkryger kon 'n

60 'n Saaklike aksie is deur die keiser as voorreg aan die kerk verleen en het reeds sedert Karel die Grote (803) bestaan. Sien Dondorp en Schrage *Levering* 32.

61 Accursius glos *Hypothecariam ad Codex* 1.2.23; Guillelmus de Cabriano *Casus Codicis ad Codex* 1.2.23 (verwysing in Dondorp en Schrage *Levering* 32).

62 Azo *Lectura ad Codex* 4.19.12; Accursius glos *Recte agit ad Digesta* 6.1.50. Raadpleeg ook die bespreking in Gordon *Traditio* 98-100.

63 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 39.

64 Soos byvoorbeeld in geval van die *lex commissoria* en die *in diem addictio* by koopkontrakte, in geval van die *donatio sub modo* en waar 'n slavin verkoop word op voorwaarde dat sy nie tot prostitusie gedwing sal word nie.

65 Hierdie teks is belangrik omdat dit een van die aanknopingspunte was vir die standpunt dat fisiese beheer (*possessio*) en daarmee ook eiendomsreg, deur blote wilsooreenstemming (ooreenkoms) oorgedra kon word.

66 Aanvanklik kon die vervreemder die akte wat dien as bewys daarvan dat hy die saak vroeër gekoop of as 'n geskenk ontvang het, aan die verkryger oordra, maar

saaklike aksie teen die skenker instel indien hy sou nalaat om die slavin te lewer. Die Glossatore het op hierdie teks gesteun as gesag vir die standpunt dat *possessio* en eiendomsreg deur oorhandiging van die koop- of skenkingsakte oorgedra kon word, selfs al is die verkryger nie fisies in beheer van die saak gestel nie.[68] Azo stel dit soos volg:[69]

> En die vraag sou gestel kon word: as ek die saak verkoop het, gaan eiendomsreg oor sonder dat die saak werklik gelewer word en bloot deurdat my koopakte of die akte waaruit dit blyk dat ek die saak verkoop het, oorhandig word? Ek dink dat eiendomsreg en *posessio* van 'n saak bloot deur die lewering van die aktes verkry word, ook in geval van ander kontrakte.[70]

Sommige Glossatore het daarop gewys dat oordrag by wyse van 'n akte analoog is aan die geval van lewering deur oorhandiging van 'n sleutel in nabyheid van die gebou. Na aanleiding van hierdie parallel, word aangevoer dat *possessio* en eiendomsreg oorgedra kon word deur oorhandiging van 'n akte. Baie skrywers was van oordeel dat dit nie eers nodig is dat die akte in nabyheid of binne sig van die saak oorhandig word nie.[71] Bogenoemde interpretasie van *Codex* 8.53(54).1 is egter nie algemeen deur al die Glossatore aanvaar nie. Die standpunt dat eiendomsreg nie deur oorhandiging van 'n akte oorgedra kon word nie omdat verskaffing van daadwerklike fisiese beheer aan die verkryger 'n vereiste was, is ook aangetref.

Die vraag ontstaan of enige spesifieke formulerings in die koop- of skenkingsaktes opgeneem moes word ten einde duidelik te maak dat die partye bedoel om *possessio* en eiendomsreg oor te dra en dat hulle nie bloot 'n verbintenis in die lewe wil roep nie? Accursius[72] het die volgende for-

---

dit is later uitgebrei sodat ook die akte tussen hom en die verkryger waaruit blyk dat laasgenoemde die saak gekoop of as 'n geskenk ontvang het, oorhandig kon word.

67 Mits die skenker die slavin werklik in sy fisiese beheer het.

68 Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 41; Gordon *Traditio* 117-119.

69 *Codex* 8.53(54).1 is ook van toepassing gemaak op koopkontrakte (en nie net skenkings nie).

70 Azo *Lectura ad Codex* 8.53(54).1 (eie vertaling): "Et posset quaeri si vendidi et traditur instrumentum emptionis vel in quo continetur rem illam esse venditam, utrum esset idem quod acquiretur dominium sine rei traditione, solummodo traditis instrumentis? Et idem puto in aliis contractibus, quod traditione instrumentorum acquiritur dominium rei et possessio".

71 Azo *Lectura ad Codex* 8.53(54).1; Accursius glos *Et traditis ad Codex* 8.53(54).1) en Odofredus *ad Codex* 8.53(54).1. Irnerius was egter van mening dat die akte wel in die teenwoordigheid van die saak oorhandig moes word. Raadpleeg Gordon *Traditio* 117 en Dondorp en Schrage *Levering* 41.

72 Accursius glos *Tradita sit ad Codex* 7.32.2. Sien ook Odofredus *ad Codex* 7.32.2.

mulering ten opsigte van koopaktes voorgestel: *Vendo et trado* ("Ek verkoop en lewer"). Nie al die Glossatore was dit eens dat hierdie formulering inderdaad tot gevolg gehad het dat *possessio* en eiendomsreg oorgedra word nie. Duranti, byvoorbeeld, het daarop gewys dat dit dwaas sou wees om so 'n formulering in die akte op te neem omdat dit nie voldoende vir oordrag is nie. Daar moes immers ook 'n werklike fisiese handeling gewees het.[73]

Ook die volgende formulering word in die dertiende eeu in aktes aangetref: *Confiteor me tuo nomine possidere* ("Ek verklaar dat ek *possessio* namens jou uitoefen").[74] Daar is algemeen aanvaar dat *possessio* en eiendomsreg in hierdie geval oorgegaan het sonder dat daadwerklike fisiese beheer verskaf is, mits die verkoper *possessor* en eienaar van die saak was.[75] Die wyse van oordrag was *per constitutum possessorium.* Op die oomblik van kontraksluiting hou die verkoper op om *possessor* te wees, terwyl die koper middelike *possessor* en eienaar word. Die verkoper is voortaan houer vir die koper.[76] Hier is dit egter nie oorhandiging van die akte nie, maar eerder die verklaring deur die vervreemder dat hy die saak voortaan vir die verkryger hou, wat tot gevolg het dat *possessio* en eiendomsreg op die koper oorgaan.[77] Die akte dien slegs as bewysmiddel. Omdat die Glossatore geen verdere vereistes stel nie, kan mens aanneem dat hier van 'n abstrakte *constitutum* sprake is. Die grondslag en *causa* (byvoorbeeld huur of bruikleen) uit hoofde waarvan die vervreemder fisiese beheer oor die saak uitoefen, is nie van belang nie. Daar hoef dus nie 'n *causa detentionis* te wees nie.[78]

---

73 Guillelmus Duranti *Speculum* 4.3.32. Raadpleeg ook Dondorp en Schrage *Levering* 42-43 en Gordon *Traditio* 119-120 in verband met die verskil van mening tussen die Glossatore in hierdie verband.

74 Dondorp en Schrage *Levering* 43. Hierdie klousule is ook opgeneem in die formulierboeke van die notariële praktyk.

75 Accursius glos *Tradita sit ad Codex* 7.32.2; Odofredus *ad Codex* 7.32.2. Gordon *Traditio* 110-111 toon egter aan dat daar nie duidelikheid in hierdie verband bestaan nie.

76 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 43. Die skrywers wys daarop dat *Digesta* 41.2.18 *pr* as aanknopingspunt vir hierdie standpunt gedien het. In die teks word gesê dat ek dit wat ek in eie naam hou, ook namens iemand anders kan hou.

77 Die verklaring is dus streng gesproke die leweringshandeling.

78 Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 43, Gordon *Traditio* 110-111.

Dit is belangrik om daarop te let dat eiendomsreg in hierdie geval na die mening van die Glossatore steeds deur *traditio* oorgedra word en nie bloot by wyse van 'n akte nie. Die *traditio*-begrip word egter in meer as een betekenis gebruik. Aan die een kant verwys dit na 'n feitelike handeling waardeur daadwerklike fisiese beheer oorgedra word (alhoewel dit nie noodwendig oordrag van *possessio* tot gevolg het nie). Aan die ander kant verwys dit na 'n verandering van beheer sonder 'n fisiese handeling, soos in geval van lewering *per constitutum possessorium*. Die verandering in die sakeregtelike posisie het oordrag van eiendomsreg tot gevolg indien aan die ander vereistes vir oordrag van eiendomsreg voldoen is, naamlik beskikkingsbevoegdheid van die vervreemder en 'n *causa* wat geskik is om eiendomsreg te laat oorgaan.[79]

3.5.7 Samevatting

1. Die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat die Glossatore die vereistes vir die oordag van eiendomsreg aanvaar het wat in die Romeinse reg van toepassing was. Vir die onderhawige bespreking is dit van belang dat daadwerklike fisiese beheer (*traditio*) aan die verkryger verskaf moes word uit hoofde van 'n voorafgaande regsfeit wat die vervreemder verplig om die saak te lewer (*causa*) en wat gewoonlik 'n koopkontrak of skenking was. Hulle het dus ook onderskei tussen *causa* en *traditio*.

2. Wat betref die vereiste dat fisiese beheer aan die verkryger verskaf moet word, het die Glossatore ook volstaan met die reël dat dit *corpore et animo* moes geskied. Die verkryger moes 'n handeling verrig waardeur hy daadwerklike fisiese beheer oor die saak verkry met die bedoeling om die saak vir sigself te beheer (*sibi* of *pro suo* – dit wil sê eiebesit). Die *animus*-element het dus deel van die leweringshandeling uitgemaak.

3. Wat die *corpus*-vereiste betref, het die Glossatore nie in wesenlike opsigte afgewyk van die siening in die Romeinse reg in die tyd van Justinianus nie. Alhoewel hulle in verskeie opsigte aanvaar het dat fisiese

79 Dondorp en Schrage *Levering* 43-44.

beheer verskaf is sonder dat die verkryger die saak werklik fisies hanteer het, het hulle nogtans op 'n fisiese element in een of ander vorm aangedring (al is dit slegs in 'n geringe mate en al is daar in sommige gevalle van 'n fiksie gebruik gemaak). In hierdie opsig wil dit voorkom of hulle meer klem op die fisiese element geplaas het as wat in die tyd van Justinianus die geval was, waar die neiging was om die *animus*-element te beklemtoon. Vir hulle was die *corpus*-element die wesenskenmerk van oordrag deur *traditio*,[80] 'n benadering wat eintlik strydig is met die siening dat *possessio* sonder werklike fisiese beheer moontlik was.

4. Die meeste van die Glossatore het derhalwe ontken dat *possessio* en eiendomsreg, in daardie gevalle wat onder *traditio ficta* tuisgebring is, deur die blote *animus* alleen (*solo animo*) oorgedra is.[81] Dit is algemeen aanvaar dat *traditio longa manu* en *traditio brevi manu* slegs in teenwoordigheid van die saak uitgevoer kon word (al is die saak bloot binne sig van die partye).[82] Ook in daardie gevalle waar fisiese beheer oorgedra is sonder dat die verkryger werklik fisies in beheer van die saak geplaas is,[83] het die Glossatore vasgehou aan die beginsel dat 'n fisiese leweringshandeling noodsaaklik was vir die oordrag van eiendomsreg.

5. Alhoewel eiendomsreg in geval van *constitutum possessorium* oorgegaan het sonder dat die saak werklik fisies aan die verkryger oorhandig is, het die Glossatore dit nie as oordrag deur blote ooreenkoms (wilsooreenstemming) gesien nie. Hulle het beklemtoon dat 'n fisiese element wel teenwoordig was, aangesien die vervreemder (*constituens*) fisiese beheer as verteenwoordiger van die verkryger uitgeoefen het. Sommige skrywers was nou wel van oordeel dat oorhandiging

80 Dit wil nou nie sê dat die verkryger die saak fisies in sy hande moes neem nie. Gordon *Traditio* 134; Delport *Lewering en Registrasie* 134.

81 Azo en Placentinus was egter van oordeel dat oordrag wel *solo animo* plaasgevind het. Sien Gordon *Traditio* 101-102.

82 Wat *clavium traditio* betref, moes die sleutels van die gebou in die nabyheid van die gebou (*apud horreum*) oorhandig word. Fisiese teenwoordigheid van die saak is vereis, juis om die indruk dat oordrag *solo animo* plaasvind teen te werk. Sien die bespreking in Gordon *Traditio* 121-128.

83 Deur 'n leweringshandeling soortgelyk aan een waardeur *possessio* verskaf kon word. Raadpleeg die bespreking in hfst 3.5.3.

van 'n akte in geval van *constitutum possessorium* voldoende was om eiendomsreg oor te dra, selfs al is fisiese beheer nie verskaf nie; in effek was dit niks anders nie as oordrag deur ooreenkoms.[84] Die meeste skrywers het egter (na analogie van oorhandiging van die sleutels in teenwoordigheid van 'n gebou) vereis dat die akte in nabyheid van die saak oorhandig word. Daar was dus wel 'n fisiese leweringshandeling.

6. Nieteenstaande die feit dat die Glossatore aangedring het op een of ander fisiese element, is daar tog gevalle waar dit nie ontken kan word nie dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms oorgegaan het, sonder dat fisiese beheer verskaf is, naamlik: (i) waar oordrag plaasgevind het deur oorhandiging van 'n koop of skenkingsakte waarin bloot verklaar is "Ek verkoop en lewer", sonder dat werklike fisiese beheer verskaf is,[85] (ii) in geval van oordrag by wyse van *constitutum possessorium* waar 'n *causa detentionis* ontbreek het (abstrakte *constitutum possessorium*)[86] en (iii) enkele uitsonderingsgevalle soos byvoorbeeld oordrag aan 'n kerk en oordrag onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde.

7. Die gevolgtrekking is dat die *corpus*-element vir die Glossatore die wesenskenmerk was van die leweringshandeling. Nietemin is daar aanduidings dat sommige van die Glossatore bereid was om te erken dat eiendomsreg in bepaalde gevalle wel deur blote ooreenkoms oorgaan, selfs al is daar geen sprake van 'n handeling waardeur die verkryger werklik fisies in beheer van die saak gestel is nie. Hierdie was uitsonderingsgevalle. Daar is egter niks wat daarop dui dat die Glossatore dit gesien het as oordrag gegrond op die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, wat 'n selfstandige oor-

---

84 Die koopakte tussen die vervreemder en die verkryger (en nie bloot tussen die vervreemder en die persoon van wie hy gekoop het nie) was voldoende, en alle sake kon op hierdie wyse oorgedra word.

85 Daar bestaan egter nie eenstemmigheid betreffende die vraag of oorhandiging van 'n akte voldoende was om oordrag te bewerkstellig nie. Sommige Glossatore het aangedring op die daadwerklike verskaffing van fisiese beheer.

86 Dit het veral voorgekom wanneer 'n akte oorhandig is waarin die volgende formulering voorgekom het: "Ek verklaar dat ek voortaan namens jou hou".

eenkoms is, wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word nie. Alhoewel kenmerke van die inhoudelike abstraksie aangetref word, was daar nog geen sprake van 'n saaklike ooreenkoms nie. Ook nie in daardie gevalle waar van dokumente gebruik gemaak is nie.

3.6 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste[87]

3.6.1 Inleiding

Codex 2.3.20 bepaal dat eiendomsreg nie deur blote ooreenkoms oorgaan nie, maar deur die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*), of deur verjaring. Uit *Digesta* 41.1.31 *pr* blyk verder dat die blote verskaffing van fisiese beheer (*nuda traditio*, soos byvoorbeeld in die geval van bewaargewing) nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg het nie.[88] Eiendomsreg word slegs oorgedra indien lewering plaasvind uit hoofde van 'n *iusta causa*, soos koop, ruil, skenking, ensovoorts. Die Glossatore het die begrip *habilis causa* (geskikte rede) as sinoniem vir *iusta causa* gebruik. Die begrip *iusta causa* kan egter ook vertaal word met *geldige causa*, en die vraag ontstaan of die Glossatore ook hierdie betekenis aan die begrip geheg het - was 'n objektief geldige *causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg? Sou 'n nietige *causa* verhinder dat eiendomsreg deur lewering oorgedra word? *Codex* 1.14.5.1 kan op hierdie aangeleentheid lig werp:

> Dit beteken dat indien handelinge wat deur die wet verbied word aangegaan is, hulle nie slegs as nietig nie, maar selfs as ongedaan beskou word. ... Maar selfs as iets tot stand gekom het ten gevolge van, of op grond van 'n handeling wat deur die wet verbied is, dan bepaal ons dat dit kragteloos en nietig is.[89]

Uit hierdie teks blyk dit dat regshandelinge wat regtens verbode was, as nietig aangemerk is. Dit is *pro infectis*; dit wil sê, dit is net so goed asof dit nooit verrig is nie.[90] Dit is egter nie net die regshandeling (soos by-

87 Raadpleeg hfst 1.6.2 en 10.4 ivm die begrip *uitwendige abstraksie*.

88 Sien ook die bespreking hierbo by hfst 2.4.4.1 en 2.5.3.3.

89 *Codex* 1.14.5.1 (eie vertaling): "Hoc est ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur. ... Sed etsi quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus".

90 Indien een van die partye as gevolg van 'n feitedwaling nie geweet het dat die regshandeling in stryd met die verbod was nie, sou die regshandeling nogtans

voorbeeld die *causa* of koopkontrak) wat nietig is nie, ook ander regshandelinge wat daaruit voortspruit of wat ten gevolge van 'n wetlik verbode handeling tot stand gekom het (soos *traditio*), was nietig.[91] Verder is ook hulphandelinge wat verband hou met 'n verbode regshandeling, soos sekerheidstelling (pand en borgtog), skenkings en selfs betaling van die koopprys uit hoofde van 'n verbode koopkontrak ingevolge *Codex* 1.14. 5.1, nietig.[92]

3.6.2 Algemene reël: causa *hoef nie geldig te wees nie*

Bostaande aanhaling uit *Codex* 1.14.5.1 skep die indruk dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie indien 'n regshandeling en die ander regshandelinge wat daaruit voortspruit (soos *traditio*), nietig was. Die vervreemder het eienaar gebly en kon sy saak met die *rei vindicatio* terugvorder. Die betrokke teks het egter nie 'n algemene reël neergelê nie en is slegs van toepassing op regshandelinge wat in stryd met 'n statutêre voorskrif aangegaan is. Dit word aanvaar dat die meeste Glossatore die standpunt ingeneem het dat 'n objektief geldige *causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie en dat eiendomsreg deur verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) oorgegaan het, selfs al is die *causa* nietig of vernietigbaar (selfs al was daar geen verpligting om te presteer nie):

> Insgelyks is die vraag of die *rei vindicatio* van toepassing is wanneer bedrog die grondslag vir die kontrak was? My antwoord is nee omdat eiendomsreg nieteenstaande die nietige kontrak wel oorgaan.[93]

---

geldig gewees het, in welke geval eiendomsreg wel oorgegaan het. As dit 'n regsdwaling was, sou die kontrak egter nietig (*pro infecto*) wees. Chorus *Verboden Rechtshandeling* 183-184.

91 Accursius glos *Ex eo ad Codex* 1.14.5.1.

92 Vgl in hierdie verband Accursius glos *Ob id ad Codex* 1.14.5.1. Hierdie gevalle is egter nie vir die onderhawige ondersoek van belang nie. Raadpleeg Chorus *Verboden Rechtshandeling* 187-189 vir 'n volledige bespreking.

93 Accursius glos *Locum habere ad Digesta* 4.3.7 *pr* (eie vertaling): "Item nonne rei vindicatio locum habet cum dolus dedit causam contractui? Respondeo non: quia ex inutili contractu transit dominium". Dit wil egter voorkom of Martinus Gosia *ad Digesta* 41.1.36 van oordeel was dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie indien die *causa* vanweë dwaling nietig was: "Set si de causa transferendi dominii, id est de contractu, principaliter actum esset et contractus nullus sit, errore impediente, ipsa quoque dominii translatio eodem impedietur errore". ["Maar as die aksie wat ingestel is hoofsaaklik handel oor die *causa* vir eiendomsoordrag, dit wil sê oor die kontrak, en (daardie) kontrak nietig sou wees omdat 'n dwaling dit belemmer, dan sou die oordrag van eiendomsreg deur dieselfde dwaling belemmer word" (eie vertaling); aanhaling gevind in Dolezalek 1967 *ZSS* 308].

Die standpunt dat 'n geldige *causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie, is gegrond op die feit dat die Romeinse reg verskillende *condictiones* erken het. Indien 'n persoon byvoorbeeld 'n onverskuldigde betaling gemaak het op die onjuiste veronderstelling dat hy daartoe verplig is, sou eiendomsreg nogtans oorgaan,[94] maar 'n verrykingsaksie (soos byvoorbeeld die *condictio indebiti* of *condictio ob turpem vel iniustam causam* wat *actiones in personam* is) en nie die *rei vindicatio* nie (wat 'n *actio in rem* is), kon deur die vervreemder ingestel word om die saak wat gelewer is, terug te vorder.[95] Die aanwending van die *condictio indebiti* deur die vervreemder (en nie die *rei vindicatio* nie) het slegs betekenis wanneer die verkryger eienaar word, nieteenstaande die feit dat die *causa* gebrekkig is. Indien 'n *iusta causa* vir die oordrag van eiendomsreg vereis is, sou die oordraer die *rei vindicatio* kon instel, omdat hy nog steeds eienaar sou gewees het; die *condictiones* sou dan oorbodig en onverklaarbaar gewees het.[96] Die Glossatore het dus aanvaar dat 'n *putatiewe* of veronderstelde *causa* voldoende was vir die oordrag van eiendomsreg.[97] 'n *Putatiewe causa* is 'n *causa* of verpligting wat nie werklik bestaan nie, maar die vervreemder verkeer onder die indruk dat dit wel bestaan en dat hy verplig is om te lewer.[98] Alhoewel 'n objektief geldige *causa* (*iusta causa*) nie 'n vereiste was nie, moes daar dus minstens 'n *causa* gewees het, al was dit nou 'n putatiewe *causa*:[99]

---

94 Hy het immers die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, en dit was vir die Glossatore deurslaggewend. Afgesien van koop, skenking en ruil, was hulle dus van mening dat onverskuldigde betaling ook 'n geskikte *causa* is.

95 Alhoewel *traditio* tot gevolg het dat die ontvanger eienaar word, sê Rogerius *ad Codex* 1.14.5 ook die volgende: "Hec traditio dicitur inutilis eo quia per actionem revocatur, cum id inutiliter dicitur esse apud me, quod ita est apud me ut retinere non possim". ["Hierdie lewering is nutteloos omdat dit deur 'n aksie teruggevorder kan word; daar word gesê dat dit nutteloos by my is, want dit is by my, maar ek kan dit nie behou nie" (eie vertaling) – aanhaling in Chorus *Verboden Rechtshandeling* 211-212]. Verder Meijers *Levering en Rechtstitel* 85, 90 vn 2.

96 Howald *Dingliche Vertrag* 9; De Vos 1976 *TSAR* 80.

97 Rogerius glos *Propter quam traditio sequeretur ad Digesta* 41.1.31 *pr* (aanhaling in Dolezalek 1967 *ZSS* 304 [302c]). Raadpleeg ook Dondorp en Schrage *Levering* 48; Fuchs *Iusta Causa* 38, 41-42; Pflüger *Eigentum* 23; Brandt *Eigentumserwerb* 32-33.

98 In *Digesta* 41.1.36 gaan eiendomsreg oor of uit hoofde van die *causa* wat die vervreemder in gedagte het, of uit hoofde van die *causa* wat die verkryger in gedagte het.

99 *Digesta* 41.1.31 *pr* bepaal immers dat eiendomsreg nie deur *traditio* alleen oorgaan nie, daar moet ook 'n koopkontrak of ander *causa* wees.

> Ware of putatiewe (*causa*): indien hy beweer dat eiendomsreg nie kragtens 'n putatiewe (*causa*) oorgedra kan word nie, sou dit strydig wees met die titel wat handel oor terugvordering van 'n onverskuldigde betaling; en hierdie titel is (juis) van toepassing wanneer eiendomsreg van een of ander saak kragtens 'n putatiewe *causa* oorgedra word.[100]

Die doel van die *causa* was om bewys te vergemaklik dat die oordraggewer die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.[101] Indien die verkryger egter bewus is daarvan dat niks aan hom verskuldig is nie (slegs die vervreemder dink dat hy iets verskuldig is), het die vervreemder die *actio empti* tot sy beskikking gehad.[102]

Die standpunt dat eiendomsreg oorgaan selfs al is die *causa* nietig, lyk op die oog af strydig met *Codex* 1.14.5.1. Hierdie teenstrydigheid is egter uit die weg geruim met die argument dat eiendomsreg nie uit hoofde van die nietige kontrak oorgaan nie, maar uit hoofde van die bedoeling van die eienaar: "ex domini voluntate licet pretextu nullius causae vel improbatae".[103] Verder moet in gedagte gehou word dat *Codex* 1.14.5.1 nie 'n algemene reël neergelê het nie, maar net betrekking gehad het op regshandelinge wat in stryd met 'n statutêre verbod aangegaan is. Die volgende is voorbeelde van gevalle waar die Glossatore aanvaar het dat eiendomsreg oorgaan nieteenstaande die feit dat die *causa* nietig of vernietigbaar is. 'n *Condictio* en nie die *rei vindicatio* nie, is aan die vervreemder toegestaan:

(a) In geval van dwang,[104] dwaling[105] en minderjarigheid.[106] In hierdie gevalle was die verbintenisskeppende ooreenkoms nie nietig nie maar vernietigbaar. Indien dit later wel nietig verklaar is, kon die *praetor re-*

---

100 Accursius glos *Iusta causa ad Digesta* 41.1.31 *pr* (eie vertaling): "Vera vel putativa: alioquin si dicet ex putativa non transferri dominium, totus iste titulus de condictione indebiti obstaret; qui titulus habet locum quando transfertur dominium alicuius rei ex putativa causa".

101 Rogerius glos *Propter quam traditio sequeretur ad Digesta* 41.1.31 *pr.*

102 Sien Pflüger *Eigentum* 25.

103 Dié argument steun op *Institutiones* 2.1.50. Sien Meijers *Levering en Rechtstitel* 90 vn 2; Chorus *Verboden Rechtshandeling* 210-213; Dondorp en Schrage *Levering* 46 vn 41. Daar sal hier onder in meer besonderhede ingegaan word op die standpunt dat eiendomsreg deur die bedoeling van die vervreemder oorgedra word.

104 *Digesta* 4.2.9; *Digesta* 4.2.21. Verder Meijers *Levering en Rechtstitel* 89.

105 Die oordraggewer se dwaling moes 'n *iustus errror* ('n verskoonbare feitedwaling) gewees het. Indien dit nie is nie, kon hy nie die *condictio* instel nie. Oor die kwessie van 'n regsdwaling heers meningsverskil. Sien De Vos 1976 *TSAR* 79.

106 *Digesta* 4.4.1.13; *Digesta* 4.4.3.2; *Digesta* 4.4.1.7 en *Digesta* 4.4.44. Verder Meijers *Levering en Rechtstitel* 89.

stitutio in integrum (herstel in die vorige toestand) beveel. Dit was 'n buitengewone regsmiddel waar die oordrag *officio judicis* vernietig is. Dit is net verleen indien geen ander remedie tot die vervreemder se beskikking was nie; dit wil sê, indien hy om een of ander rede byvoorbeeld nie 'n *condictio* kon instel nie. Indien hy suksesvol was, is hy toegelaat om die prestasie wat hy gelewer het, terug te vorder.[107] Indien die saak intussen egter aan 'n derde oorgedra is, sou die derde eienaar geword het.[108]

Uit die volgende aanhaling blyk dit dat eiendomsreg oorgegaan het selfs al was die kontrak vanweë bedrog nietig.[109] Die vervreemder kon sy saak met die *condictio* terugeis.[110] Die aanhaling is vir die onderhawige onderwerp van besondere belang omdat daar duidelik tussen nietigheid en vernietigbaarheid onderskei word. Daarbenewens word ook onderskei tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa*, in hierdie geval 'n koop) en lewering wat saaklike werking het (*traditio*):[111]

> Want aangesien 'n verkoop wat deur bedrog tot stand gekom het, nietig is, kan jy nie uit hoofde van die kontrak ageer of 'n aksie instel nie aangesien dit immers 'n skandelike verkoop is en niemand uit hoofde daarvan 'n aksie kan instel nie. Aangesien die verkoop dus sy regskrag verloor, kan die daaropvolgende lewering vernietig word. Selfs al wil dit voorkom of eiendomsreg oorgedra is, kan dit nogtans as 'n nietigheid ongedaan gemaak word op grond van billikheid, wat in aanmerking geneem moet word wanneer 'n uitspraak oor bedrog gelewer word. ... En soos hierbo gesê is, in-

107 *Digesta* 4.2.3 *pr.* Raadpleeg Van Zyl *Romeinse Privaatreg* 349-350; Zimmermann *Obligations* 652-658.

108 In Frankryk is vernietiging slegs toegestaan nadat 'n *lettres de rescissions* van die koning bekom is. Sien Meijers *Levering en Rechtstitel* 89-90. Sien ook die bespreking hierbo by 2.4.4.4.4.

109 In die Romeinse reg het bedrog geen invloed op geldigheid van die kontrak gehad nie. Sien die bespreking by hfst 2.4.4.4.4 (d). De Vos 1976 *TSAR* 80 se stelling dat eiendomsreg nie in geval van bedrog oorgegaan het nie, is foutief. Die Glossatore onderskei tussen *dolus causam dans* en *dolus incidens*. In eersgenoemde geval was die kontrak nietig, maar in laasgenoemde geval het die party wat bedrieg is die *actio empti* tot sy beskikking gehad. Sien Pflüger *Eigentum* 24.

110 Sien Accursius glos *Iusta causa ad Digesta* 41.1.33 en glos *Locum habere ad Digesta* 4.3.7 *pr.* Raadpleeg ook Meijers *Levering en Rechtstitel* 89. Hy wys daarop dat *restitutio in integrum* in geval van bedrog nie moontlik was nie en dat die persoon wat benadeel is die *actio doli* ('n skadevergoedingsaksie) tot sy beskikking gehad het.

111 Kantorowicz *Glossators* 76.

dien die voorafgaande verkoop nietig is, kan die daaropvolgende lewering ook vernietig word.[112]

(b) Indien 'n persoon ingevolge 'n *pactum contra legem* onderneem om 'n bedrag geld te betaal, het betaling tot gevolg gehad dat die ontvanger eienaar van die geld geword het deur vermenging, maar die persoon wat die betaling gedoen het, kon die geld met die *condictio ob turpem vel iniustam causam* terugvorder.[113]

(c) Betaling deur 'n vrou ter voldoening aan borgtog in stryd met die *Senatusconsultum Valleianum* het weliswaar oordrag van eiendomsreg tot gevolg gehad, maar die vervreemder het 'n *actio in personam* tot haar beskikking gehad.[114]

(d) Die Glossatore het ook aanvaar dat eiendomsreg oorgaan indien die oordraggewer onderworpe aan 'n ontbindende voorwaarde lewer. Sodra die voorwaarde vervul word en die *causa* sodoende tot niet gaan, val eiendomsreg egter terug op die vervreemder en is die *rei vindicatio* tot sy beskikking.[115]

(e) Eiendomsreg het volgens die Glossatore ook oorgegaan indien die nietige handeling agterna bekragtig word,[116] of indien die rede waarom 'n bepaalde regshandeling verbied is, later uit die weg geruim word. *Codex* 1.53.1 verbied owerheidsamptenare byvoorbeeld om skenkings te aanvaar. Die skenking is nietig, tensy die skenker dit skriftelik bekragtig nadat die ampsdraer sy amp neergelê het, of 5 jaar verloop het sonder dat die skenker of 'n erfgenaam 'n klag ingedien het, in

---

112 Bulgarus *Summula ad Digesta* 4.3.7 *pr* (eie vertaling): "Cum enim nulla sit venditio, cui dolus causam dederit, ex contractu neque experiri neque conveniri poteris, utpote cum venditio turpis est, ut nemo ex ea actionem daturus sit. Cum ergo venditio suo effectu destituitur, sequens traditio rescinditur, que, licet dominium in ementem transtulit, equitate tamen illa, que expeditur, cum iudicium de dolo ventilatur, quasi nulla fuisse detegitur. ... Et, ut supra dictum est, si precessit venditio ut infirma, sequitur traditio ut infirmanda". (gepubliseer in Kantorowicz *Glossators* 243; sien ook 73). Dieselfde standpunt word ook aangetref by Accursius glos *Si in hoc ipso ad Digesta* 4.3.7 *pr*, Azo *Summa ad Codex* 2.20(21) en Rogerius *Enodationes* (aangehaal in Kantorowicz *Glossators* 289 [11]).

113 Rogerius *ad Codex* 1.14.5.

114 *Codex* 4.29.9; Rogerius *Enodationes* (aangehaal in Kantorowicz *Glossators* 289 [11] en Chorus *Verboden Rechtshandeling* 212).

115 Accursius glos *Mortis causa donatio ad Digesta* 39.1.1. Sien in hierdie verband Dondorp en Schrage *Levering* 45-46.

116 Mits die wetsbepaling wat 'n bepaalde regshandeling verbied, uitdruklik voorsiening maak vir die moontlikheid dat die nietige regshandeling agterna bekragtig kan word.

welke geval dit geldig is.[117] Eiendomsreg gaan oor, en die vervreemder kan die saak nie terugvorder nie.

(f) Indien 'n minderjarige sy slaaf ten gevolge van die bedrieglike optrede van die slaaf verkoop het, kon die minderjarige *restitutio in integrum* van die koper verg.[118] Indien die koper die slaaf egter vrylaat voordat herstel in die vorige toestand verleen is, kon die minderjarige die slaaf nie meer terugvorder nie, alhoewel hy die vrygelate slaaf met die *actio doli* kon aanspreek.[119] Die nietige kontrak het dus tog regsgevolge gehad deurdat eiendomsoordrag nie meer aangeveg kon word nie.[120]

(g) Indien 'n verbode regshandeling deur een van die partye met die eed bekragtig word, sal die eed afgedwing word.[121] Met ander woorde, die partye word aan die nietige koopkontrak gebonde gehou. Dit is afdwingbaar en kan nie aangeveg word nie.[122]

(h) 'n Regshandeling wat in stryd met 'n wetlike verbod of die goeie sedes aangegaan is (*turpitudo*), was volgens die Glossatore nietig slegs indien beide partye oortree het.[123] Eiendomsreg het nietemin ingevolge so 'n nietige handeling oorgegaan, maar die vervreemder kon die saak met 'n *condictio* terugvorder.[124] Die Glossatore wou egter nie erken dat hier 'n uitsondering op *Codex* 1.14.5.1 bestaan nie (dat 'n nietige handeling wel regsgevolge het) en het geargumenteer dat die verkryger nie eienaar van die saak geword het nie, dit het die *fiscus* toegeval.

---

117 Sien Chorus *Verboden Rechtshandeling* 180-181.

118 *Digesta* 4.3.7 *pr.*

119 Sien hieroor Pflüger *Eigentum* 24-25.

120 Vgl Accursius glos *Ex eo ad Codex* 1.14.5.1: "Sed opponitur quia ex contractu inutili quandoque dominium transfertur, ut ff de dolo Et eleganter § 1 (D 4.3.7 pr!)". ["Maar (daarteen) word aangevoer dat eiendomsreg soms kragtens 'n nietige kontrak oorgedra word, soos in *Digesta* 4.3.7 *pr*". (eie vertaling)].

121 Indien 'n minderjarige bv 'n eed aflê, waarin hy aan die koper van sy grond beloof dat hy die koop nie op grond van sy minderjarigheid sal aanveg nie. Sien *Codex* 2.27(28).1.

122 Sien die *Authentica Sacramenta Puberum* wat in 1155 deur Frederik Barbarosa in die *Codex* direk na *Codex* 2.27(28).1 ingevoeg is. Raadpleeg Chorus *Verboden Rechtshandeling* 192-194 en 213ev vir 'n volledige bespreking van die dispuut tussen die Glossatore ivm die toepassing van *Codex* 1.14.5.2.

123 Indien net een van die partye oortree het, was die handeling nie nietig nie.

124 *Codex* 4.7.2. Vgl ook Accursius glos *Ex eo* op *Codex* 1.14.5.1.

3.6.3 Uitsonderings: 'n geldige causa *wel vereis*

Die feit dat 'n objektief geldige *causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie, beteken nou nie dat eiendomsreg altyd sou oorgaan, selfs al is die *causa* nietig nie. Lewering kan nietig of vernietigbaar wees omdat die reg die belang wat beskerm moet word so belangrik ag dat daar van die algemene reël afgewyk word. Op grond van verskeie tekste in die *Corpus Iuris Civilis* het die Glossatore ook aanvaar dat eiendomsreg nie deur lewering (*traditio*) oorgegaan het nie indien sekere kontrakte nietig was.[125] Die volgende gevalle kan in hierdie verband vermeld word: lewering uit hoofde van 'n regshandeling wat in stryd met 'n statutêre verbod gesluit is;[126] skenkings tussen man en vrou;[127] onverskuldigde betaling aan iemand wat weet dat hy geen vorderingsreg het nie;[128] oordrag deur 'n vrou ten einde 'n skuld van 'n derde te delg;[129] vervreemding van goedere deur 'n vrygelate slaaf ten einde te verhoed dat sy nalatenskap aan die werking van die *Lex Papia Popeia* onderwerp word;[130] lewering van onroerende goed as honorarium aan 'n advokaat, sonder dat dit deur 'n skriftelike kontrak aan hom toegeken is.[131] Sommige Glossatore[132] het die *rei vindicatio* ook toegeken in geval waar skenkings in stryd met 'n legitieme porsie (of wetlike erfdeel) vernietig is, maar die meeste het aanvaar dat die legitimaris slegs 'n persoonlike vordering gehad het. Indien die skenkingskontrak vernietig word, het dit geen invloed op die feit dat eiendomsreg reeds deur lewering oorgegaan het

125 Die nietige kontrak beïnvloed ook die *traditio*-handeling en verhinder dat eiendomsreg oorgaan. Sien Meijers *Levering en Rechtstitel* 88 en ook die bespreking in hfst 2.4.4.4.3.

126 Sien die bespreking hierbo by hfst 3.6.1.

127 *Digesta* 24.1.3.10; *Digesta* 24.1.31.2; *Codex* 5.16.1.12-15, 18 en 20. Verder Meijers *Levering en Rechtstitel* 88.

128 Met ander woorde indien die vervreemder dwaal oor die vraag of hy prestasie verskuldig is, maar die verkryger is ten tyde van ontvangs bewus van die feit dat prestasie nie werklik verskuldig is nie. In so 'n geval is die verkryger aan diefstal skuldig, daarom gaan eiendomsreg nie op hom oor nie. Sien Meijers *Levering en Rechtstitel* 88-89; De Vos 1976 *TSAR* 79 op 83. Laasgenoemde meen dat hierdie tekste bedenklik is.

129 *Digesta* 16.1.32.

130 *Digesta* 37.15.16.

131 *Codex* 4.3.1. Raadpleeg Meijers *Levering en Rechtstitel* 88-89. Sien ook Hofmann *Titulus und Modus* 109 vir verdere voorbeelde.

132 Soos Odofredus *ad Codex* 3.29.1. Meijers *Levering en Rechtstitel* 91 verwys ook na Johannes Bassianus in hierdie verband.

nie.[133] Alhoewel bogenoemde gevalle deur die Glossatore vermeld word, het hulle weinig pogings aangewend om dit in een algemene beginsel saam te vat.

Uit die bespreking hierbo blyk dit dat die Glossatore in die algemeen nie op 'n objektief geldige *causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg aangedring het nie en dat kenmerke van die uitwendige abstraksie by hulle aangetref is. Aan die ander kant was daar tog gevalle waar hulle die standpunt ingeneem het dat eiendomsreg nie oorgaan nie indien die *causa* nietig was. In hierdie opsig is kenmerke van 'n kousale stelsel teenwoordig.

Daar is reeds hierbo aangetoon dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra by die Glossatore 'n belangrike rol gespeel het. Die belang van die bedoeling kom duidelik na vore in hulle behandeling van die teenstrydigheid tussen *Digesta* 12.1.18 en *Digesta* 41.1.36.

3.6.4 Die teenstrydigheid tussen Digesta *12.1.18 en 41.1.36*

In *Digesta* 12.1.18 *pr* neem Ulpianus die standpunt in dat eiendomsreg nie oorgaan nie indien iemand aan 'n ander geld oorhandig met die bedoeling om dit te skenk, terwyl die verkryger die geld ontvang op die veronderstelling dat dit aan hom geleen word. Hierdie teks is oënskynlik strydig met *Digesta* 41.1.36 waar Julianus die standpunt inneem dat eiendomsreg wel oorgaan.[134] Die Glossatore het dan ook probeer vasstel waarom eiendomsreg in die een geval oorgaan, maar in die ander geval nie.[135] Hulle het geglo dat hulle, by wyse van 'n eksakte en analitiese teksuitleg, daarin kon slaag om oplossings te kry vir die oënskynlike[136] teenstrydighede in die *Corpus Iuris Civilis*. Die metode wat hulle gewoonlik gebruik het by die uitleg van teenstrydige tekste, was om 'n onderskeid te maak (*distinctio*) in die feitelike situasies wat in die tekste ter

133 Meijers *Levering en Rechtstitel* 91 vn 2.
134 Raadpleeg ook die bespreking by hfst 2.4.4.4.2.
135 Die vraag is hoekom Ulpianus beweer dat eiendomsreg nie oorgaan nie indien dit tog duidelik is dat die persoon wat die geld as 'n skenking gee die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.
136 Daar was nie werklik teenstrydighede nie, die antwoorde is in die *Corpus Iuris Civilis*, dit moet net ontdek word.

sprake kom. Elkeen van die tekste was dus op 'n ander situasie van toepassing.[137]

By Gosia[138] word twee *distinctiones* aangetref waardeur gepoog word om die oënskynlike teenstrydigheid tussen die twee tekste op te los. Dit word ook gevind in die *Liber Pauperum* van Vacarius[139] en by Accursius.[140] Die eerste verklaring wat vir die oënskynlike teenstrydigheid tussen die twee tekste aangebied word, kom op die volgende neer. Die algemene reël was dat eiendomsreg slegs oorgaan indien *traditio* op 'n *iusta causa* gegrond is. In *Digesta* 41.1.36 neem Julianus gevolglik die standpunt in dat eiendomsreg wel oorgaan, omdat hy aanvaar dat daar reeds ten tyde van lewering 'n skenkingsooreenkoms bestaan het op grond waarvan die geld oorhandig is.[141] Hierdie ooreenkoms is gesluit lank voordat die oordragshandeling (*traditio*) uitgevoer is - dit is 'n *causa vera praecedens*. Die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) is 'n uitvoeringshandeling ter nakoming van 'n reeds bestaande kontrak. Dit is niks anders nie as *solutio*.[142] Aangesien *solutio* 'n selfstandige handeling was wat van die *causa vera praecedens* losgemaak is (dit was 'n abstrakte handeling), het eiendomsreg op die verkryger oorgegaan, selfs al is die *causa* nietig. Die *causa* is bloot die motief of rede vir lewering.[143] Die feit dat daar ten tyde van *traditio* gedwaal is met betrekking tot die grondslag uit hoofde waarvan fisiese beheer verskaf word (oor die aard van die *causa praecedens*), het nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie, want die partye het nie die totstandkoming van 'n kontrak in gedagte nie. Hulle bedoel om eiendomsreg oor te dra ter nakoming van 'n reeds bestaande kontrak – lewering gaan gepaard met die *animus solvendi*, dit is die bedoeling om 'n

137 Raadpleeg Fuchs *Iusta Causa* 32, 36ev; Honsell *Römisches Recht* 160; Dondorp en Schrage *Levering* 46-47; Pflüger *Eigentum* 22-23; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 75.

138 Martinus Gosia *ad Digesta* 41.1.36.

139 Vacarius *ad Digesta* 12.1.18 *pr* en 41.1.36 (aangehaal in Zuluetta *Liber Pauperum* 110 en 213 onderskeidelik).

140 Accursius glos *Dissentiamus ad Digesta* 41.1.36.

141 'n Verdere verklaring aanvaar dat daar 'n geldige leningsooreenkoms bestaan het. Sien die bespreking in Fuchs *Iusta Causa* op 39-40 in hierdie verband.

142 Raadpleeg die bespreking in hfst 2.4.4.4.4 vir 'n meer volledige uiteensetting van hierdie regsfiguur.

143 Die *causa praecedens* verduidelik waarom die vervreemder fisiese beheer verskaf, naamlik om 'n bestaande skuld te delg. Dit is dus die grondslag vir die *animus solvendi* en die daarmee gepaardgaande bedoeling om eiendomsreg oor te dra.

reeds bestaande skuld te delg en by implikasie ook om eiendomsreg oor te dra).[144] Dit wil nou nie sê dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 'n afsonderlike bestaan gevoer het en as 'n saaklike ooreenkoms gekonstrueer is nie. Dit was 'n inherente deel van die leweringshandeling (dit was deel van die regsaard van *solutio* as regsinstelling). By *solutio* is die bedoeling om 'n bestaande skuld te delg op die voorgrond en nie soseer die bedoeling om eiendomsreg oor te dra nie.[145]

In die situasie wat deur Ulpianus in *Digesta* 12.1.18 bespreek word, was daar nie 'n bestaande geldige skenkingsooreenkoms (*donatio*) of geldlening (*mutuum*) nie (daar was nie 'n *causa vera praecedens* nie). Kontraksluiting en die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) het gelyktydig plaasgevind, dit was as't ware een enkele regshandeling. Anders as wat in *Digesta* 41.1.36 die geval was, het die feit dat die partye gedwaal het oor die aard van die ooreenkoms, wel verhinder dat eiendomsreg oorgaan aangesien geen ooreenkoms vanweë 'n gebrek aan wilsooreenstemming tot stand gekom het nie (daar was nie 'n skenking nie, ook nie 'n lening nie). Omdat daar geen ooreenkoms was nie, kon eiendomsreg ook nie oorgaan nie, want oordrag van eiendomsreg is een van die natuurlike gevolge van *donatio* en *mutuum*. Dit kom hier nie op die partye se bedoeling aan nie.

Die feitelike onderskeid tussen die twee tekste wat tot die oënskynlike teenstrydigheid aanleiding gee, is dat daar in geval van *Digesta* 41.1.36 'n *iusta causa* was en die vervreemder in elk geval die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra.[146] In *Digesta* 12.1.18 was daar geen *iusta causa praecedens* of ander ooreenkoms nie en die vervreemder het gevolglik ook nie die bedoeling gehad om eiendomsreg oor te dra nie.

144 Daar moet daarop gelet word dat die partye nie gedwaal het by die sluiting van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie, dit bestaan reeds. Dit gaan ook nie oor 'n *putatiewe causa* nie, want daar is 'n bestaande en geldige *causa*. Sien Fuchs *Iusta Causa* 38.

145 Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 75. Maar sien Fuchs *Iusta Causa* 36-38 wat van oordeel is dat eiendomsreg oorgaan deur wilsooreenstemming (*Solutionseinigung*) wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa*) onafhanklik is. Dit wil dus voorkom of hy van oordeel is dat *solutio* 'n (saaklike) ooreenkoms tussen vervreemder en verkryger was om eiendomsreg oor te dra.

Die tweede verklaring waardeur gepoog word om die teenstrydigheid tussen die twee tekste te verduidelik, steun nie op die onderskeid tussen die geval waar 'n *causa praecedens traditio* voorafgaan en die geval waar die *causa* en *traditio* saamval nie. *Solutio* word dus nie bygehaal om die teenstrydigheid op te los nie. Die teenstrydigheid word verklaar vanuit die veronderstelde bedoeling van die vervreemder. Die deurslaggewende vraag is of die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, al dan nie en hy kan so 'n bedoeling hê, selfs al dwaal die partye met betrekking tot die *causa* uit hoofde waarvan die saak gelewer word; selfs al is die *causa* nie 'n objektief geldige *causa* nie.[147]

In *Digesta* 41.1.36 waar die vervreemder die bedoeling het om te skenk, maar die verkryger dink dat hy die geld sal moet terug betaal omdat dit aan hom geleen word, gaan eiendomsreg tog oor omdat die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Die aard van die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word en die vraag of die verkryger dink dat hy die geld moet terug betaal, is vir die vervreemder nie van wesenlike belang nie. Wat hom betref, kan eiendomsreg deur lewering oorgaan op grond van die verbintenis wat hy in gedagte het, naamlik 'n skenking, maar ook uit hoofde van enige ander verbintenis, byvoorbeeld 'n lening soos wat die verkryger dink en selfs al het geen geldige *causa* tot stand gekom nie.[148] Dit is dus nie noodsaaklik dat *traditio* deur 'n objektief geldige *causa* voorafgegaan word nie.

Dit mag egter wees dat die onderliggende *causa* vir die vervreemder van deurslaggewende belang is, in welke geval hy nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie, tensy 'n objektief geldige *causa* aanwesig is. Indien die vervreemder byvoorbeeld die saak lewer op die veronderstelling dat 'n geldige koopkontrak bestaan en dat die verkryger verplig is om

---

146 Dit moet egter nie uit die oog verloor word nie, dat dit in werklikheid die *causa solutionis* is wat deurslaggewend is (di die ooreenkoms om 'n reeds bestaande ooreenkoms te delg).

147 Sien Fuchs *Iusta Causa* 40-41; Dondorp en Schrage *Levering* 47-48; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 75 vn 5.

148 Vgl Martinus Gosia *ad Digesta* 41.1.36: "Vel hic voluit dominium transferri omnino quacumque causa obligationis sive ea qua putavit sive alia". ["Hier wil hy dat eiendomsreg oorgaan op grond van watter verbintenis ook al, dié wat hy in gedagte het of 'n ander" (eie vertaling); aanhaling gevind in Dolezalek 1967 *ZSS* 308].

te betaal, maar die verkryger dink dat hy nie verplig is om te betaal nie omdat dit aan hom geskenk word, gaan eiendomsreg nie oor nie. Die vervreemder het nie die bedoeling om eiendomsreg oor te dra as die verkryger nie verplig is om te betaal nie.[149]

In *Digesta* 12.1.18 *pr* gaan eiendomsreg nie oor nie omdat die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word vir die vervreemder van wesenlike belang is. Hy bedoel om eiendomsreg oor te dra slegs uit hoofde van 'n skenking en hy wil nie dat die verkryger om enige ander rede, soos byvoorbeeld op grond van 'n lening, eiendomsreg verkry nie.[150] Omdat die partye gedwaal het[151] en daar geen wilsooreenstemming was betreffende die vraag watter ooreenkoms tot stand kom nie, was daar geen geldige *causa* (skenking) nie. Onder die omstandighede het die vervreemder nie die bedoeling om eiendomsreg oor te dra nie. Daar is nie 'n geldige skenking nie en die vervreemder wil nie dat eiendomsreg uit hoofde van 'n lening oorgaan nie. Die volgende aanhaling uit Accursius maak die onderskeid tussen die twee tekste duidelik:

> Hier (in *Digesta* 12.1.18 *pr*) wil die vervreemder dat eiendomsreg oorgaan om 'n spesifieke rede, naamlik skenking, en hy wou nie hê dat die verkryger om enige ander rede eiendomsreg op die saak verkry nie; daar (in *Digesta* 41.1.36) vind hy dit goed dat die verkryger die saak om 'n ander rede verkry.[152]

Die twee tekste kan dus van mekaar onderskei word, deurdat die aard van die *causa* in *Digesta* 41.1.36 nie vir die vervreemder van wesenlike belang was nie. Hy het die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, ongeag die aard van die verbintenis en selfs al is die *causa* nie geldig nie. In *Digesta* 12.1.18 *pr* is die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word vir die

149 Vgl Dondorp en Schrage *Levering* 47.

150 Dit is egter nie duidelik hoekom die *causa* in hierdie geval vir die vervreemder van wesenlike belang is nie. Die argument is hier nie so sterk as in die geval waar die vervreemder dink dat hy die saak verkoop en die verkryger dink dat dit aan hom geskenk word nie.

151 Die vervreemder het onder die indruk verkeer dat 'n skenkingsooreenkoms gesluit word en het daarom geen teenprestasie verwag nie. Die verkryger het onder die indruk verkeer dat 'n lening aangegaan word en dat hy 'n teenprestasie verskuldig is.

152 Accursius glos *Non Fieri ad Digesta* 12.1.18 *pr* (eie vertaling): "Hic errat certa causa ex qua volebat dominium transferre, scilicet donatio, nec ex alia causa volebat rem ad alium pertinere; ibi etiam aliter volebat fieri rem accipientis".

vervreemder van wesenlike belang.[153] Omdat die *causa* wat hy in gedagte het vanweë dwaling nie bestaan nie, het hy ook nie die bedoeling om eiendomsreg oor te dra nie. Daarom kon eiendomsreg ook nie oorgaan nie.[154]

Dit is nie net in geval waar die dwaling die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms raak, dat dit sal verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie.[155] Selfs indien daar reeds 'n geldige *causa* is, maar die partye dwaal ten tyde van lewering oor die aard van die *causa* uit hoofde waarvan die saak gelewer word,[156] kan dit wees dat die vervreemder nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie omdat die *causa* wat hy in gedagte het vir hom van wesenlike belang is. Dit is egter nie duidelik nie of die Glossatore (by hierdie tweede verklaring vir die teenstrydigheid) onderskei het tussen dwaling ten opsigte van die verbintenisskeppende ooreenkoms en dwaling by lewering betreffende die grondslag uit hoofde waarvan fisiese beheer verskaf word.

3.7 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra[157]

Die bespreking in hierdie hoofstuk het aangetoon dat alhoewel die Glossatore aanvaar het dat 'n *causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was, hulle oor die algemeen nie op 'n objektief geldige *causa* ('n *iusta causa*) aangedring het nie. Die feit dat die *causa* nietig was, het dus nie noodwendig verhinder dat eiendomsreg oorgegaan het nie. Vir hulle was die deurslaggewende vraag of die vervreemder die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra, wat hy kon hê selfs al was die *causa* wat hy in gedagte gehad het nietig. Die feit dat die *causa* nietig is, beteken

153 Die vervreemder bedoel om eiendomsreg oor te dra op grond van 'n skenking. Hy wil nie dat die vervreemder om enige ander rede eiendomsreg verkry nie.

154 Fuchs *Iusta Causa* 42-43; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 76. Dit kom voor of hulle die rede waarom die vervreemder nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie, soek in die afwesigheid van die *causa*.

155 Die onderskeid tussen die geval waar *traditio* uitgevoer word ter nakoming van 'n *causa praecedens* ('n reeds bestaande en geldige ooreenkoms), en die geval waar kontraksluiting (*causa*) en lewering (*traditio*) gelyktydig plaasvind, is dus nie hier ter sprake nie.

156 Die dwaling raak dus nie die vraag of 'n geldige ooreenkoms tot stand gekom het nie, maar het eerder betrekking op die leweringshandeling self. Dit is dus nie nietigheid van die *causa* wat oorgang van eiendomsreg verhinder nie.

157 Raadpleeg hfst 1.6.2 en 10.3 ivm die begrip *inhoudelike abstraksie.*

dus nie noodwendig dat die vervreemder nie bedoel om eiendomsreg oor te dra nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, is dus nie noodwendig van die voorafgaande verbintenis afhanklik nie; dit kan ook daarvan losgemaak word en op sy eie bestaan.[158]

Die feit dat die Glossatore ingesien het dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, kan bly voortbestaan selfs al is die *causa* nietig, laat die vraag ontstaan of die bedoeling as 'n afsonderlike ooreenkoms gekonstrueer is? Hierdie vraag moet ontkennend beantwoord word. Dit moet in gedagte gehou word, dat alhoewel die *causa* nie geldig hoef te gewees het nie, die Glossatore aanvaar het dat 'n *habilis causa* wel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was. 'n *Habilis causa* is 'n *causa* wat oordrag van eiendomsreg ten doel het en wat ook geskik is om oorgang te bewerkstellig. Dit was daarom 'n vanselfsprekendheid dat die partye reeds op die tydstip waarop die verbintenisskeppende ooreenkoms gesluit word, die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die Glossatore het nie wegbeweeg van die idee dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang in die verbintenisskeppende ooreenkoms opgesluit was en nie as 'n selfstandige ooreenkoms bestaan het nie. In elk geval was die bedoeling om eiendomsreg oor te dra opsigself nie voldoende om eiendomsoordrag te bewerkstellig nie; daar moes 'n *causa* en lewering gewees het.

Die Glossatore het dus nie van die *causa*-vereiste afgesien nie (hulle het hulle met *Digesta* 41.1.31 *pr* wat 'n *iusta causa* vereis vereenselwig), maar hulle het 'n ander betekenis aan die begrip geheg as wat dit in die Romeinse reg gehad het.[159] Vir hulle het die begrip nie na 'n objektief geldige verbintenisskeppende regsfeit as voorvereiste vir oordrag van eiendomsreg verwys nie, maar eerder na die regsfeit wat verklaar waarom iemand die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en nie bloot die gebruik en genot van die saak nie. Soos blyk uit die volgende aanhaling

158 Daar mag egter omstandighede wees waar die *causa* vir die vervreemder van deurslaggewende belang is en sy bedoeling om eiendomsreg oor te dra van die geldigheid van die *causa* afhanklik is. Dit beteken dat hy nie sal wil hê dat eiendomsreg oorgaan indien die *causa* uit hoofde waarvan die saak gelewer word, nietig is nie. In sommige gevalle is die bedoeling dus wel (in die *causa* opgesluit en) van die geldigheid van die *causa* afhanklik.

van Rogerius, was die doel van die *causa* om vas te stel of die persoon wat lewer die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, al dan nie: "*Digesta* 41.1.31 *pr* vereis 'n *iusta causa* sodat dit makliker bewys sou kon word dat die een wat lewer ook die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra ...".[160] Met ander woorde, die vraag of die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, al dan nie, is onder andere beantwoord met verwysing na die aard van die *causa* en die subjektiewe waarde wat die *causa* vir die vervreemder het.[161] Of hy die bedoeling het, hang af van hoe belangrik die *causa* vir hom is.

Voorts moet daarop gewys word dat dit hoofsaaklik die geestesingesteldheid van die verkryger was wat ter sprake was. Die reël was dat hy fisiese beheer moes neem met die bedoeling om die saak vir sigself te hou (die *animus*-element van lewering). Alhoewel enkele tekste vereis dat ook die vervreemder die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra, het die Glossatore op geen stadium daarop aangedring dat daar wilsooreenstemming tussen vervreemder en verkryger betreffende die oordrag van eiendomsreg moet wees nie.[162] Dit beteken dat 'n belangrike kenmerk van die inhoudelike abstraksie ontbreek het aangesien die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie as 'n selfstandige ooreenkoms gesien is nie.

Verder moet ook in gedagte gehou word dat die *corpus*-element (fisiese beheer) vir die Glossatore deurslaggewend was. Dit beteken dat eiendomsreg nie deur blote ooreenkoms (wilsooreenstemming) tussen die partye oorgegaan het nie; fisiese beheer moes verskaf word. Hulle het selfs nie oordrag by wyse van *constitutum possessorium* as oordrag deur blote ooreenkoms (wilsooreenstemming) beskou nie. Die standpunt was

159 Sien die bespreking in hfst 2.4.4.3 en 2.4.4.4.

160 Rogerius glos *Propter quam traditio sequeretur ad Digesta* 41.1.31 *pr*: "Hoc ideo dicit, quod eum, qui tradidit, dominium transferre voluisse facilius probari possit ..." (aanhaling in Dolezalek 1967 *ZSS* 304 [302c]). Raadpleeg ook Fuchs *Iusta Causa* 36-38; Dondorp en Schrage *Levering* 45; Meijers *Levering en Rechtstitel* 85.

161 Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 76; Howald *Dingliche Vertrag* 9: "Die *iusta causa* wandelte sich damit von der objektiven Voraussetzung (des Bestandes eines contractus) zu einer subjektiven, die nur ihr Vorhandensein in der Vorstellung der Parteien verlangte".

162 Sien ook *Lo Codi* 1.2 en 7.23 waar gesê word dat eiendomsreg nie deur wilsooreenstemming oorgaan nie.

dat 'n fisiese element wel teenwoordig was, omdat die vervreemder (*constituens*) fisiese beheer as verteenwoordiger van die verkryger uitgeoefen het. Daar was nou wel enkele uitsonderings op die reël dat fisiese beheer verskaf moet word, soos byvoorbeeld waar die kerk 'n koopkontrak aangegaan het, of waar 'n skenking aan die kerk gemaak is, maar eiendomsreg het hier reeds deur sluiting van die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgegaan. Daar was dus ook in hierdie geval geen sprake van 'n selfstandige saaklike ooreenkoms nie.

Die gevolgtrekking is dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie as 'n selfstandige (saaklike) ooreenkoms wat deur wilsooreenstemming tot stand kom en wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is, gekonstrueer is nie.[163] Die Glossatore het nog nie gedink in terme van 'n saaklike ooreenkoms wat inhoudelik slegs uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang bestaan het nie. Die verdienste van die Glossatore is daarin geleë dat hulle ingesien het dat die vervreemder kan bedoel om eiendomsreg oor te dra, selfs al is die voorafgaande *causa* wat die bedoeling omvat nietig. Aangesien die bedoeling sodoende van die *causa* losgemaak word, vertoon hulle siening ongetwyfeld kenmerke van die inhoudelike abstraksie. Dit was 'n verdere tree in die rigting van die ontwikkeling van 'n selfstandige saaklike ooreenkoms, wat slegs bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en wat op wilsooreenstemming gegrond is. Die Glossatore self het egter nog nie sover gegaan nie.

Kenmerke van die inhoudelike abstraksie word ook aangetref in die siening dat lewering (*traditio*) niks anders as *solutio* was nie. Dit wil sê, 'n uitvoeringshandeling ter nakoming van 'n reeds bestaande verbintenis, (*causa vera praecedens*) wat deur die *animus solvendi* gekenmerk is (dit is die bedoeling om 'n reeds bestaande skuld te delg en om, by implikasie, eiendomsreg oor te dra). Daar is skrywers[164] wat argumenteer dat

163 Sien Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 76.

164 Soos bv Fuchs *Iusta Causa* 42-43. Dit moet in gedagte gehou word dat die *consensus de dominio ex causa transferendo* waarna Vacarius en Accursius verwys, iets

mens hier met 'n saaklike ooreenkoms te doen het, aangesien die partye met mekaar ooreengekom het dat eiendomsreg deur lewering oorgedra sal word. Die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang is nie net van die *causa vera praecedens* losgemaak nie; eiendomsreg sou slegs oorgegaan het indien daar wilsooreenstemming was. Dit is egter twyfelagtig of die Glossatore dit teoreties as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms gekonstrueer het. Die bedoeling was of opgesluit in die voorafgaande *causa*, of dit was 'n inherente deel van *solutio* as regsinstelling. Dit was in elk geval maar net een van die pogings om die teenstrydigheid tussen die twee *Digesta*-tekste te verklaar.

Laastens moet daarop gewys word dat die Glossatore se siening van *donatio* en *mutuum* ook kenmerke van die inhoudelike abstraksie vertoon het.[165] In hierdie gevalle is daar nie tussen *causa* en *traditio* onderskei nie en het lewering ook nie uit hoofde van 'n voorafgaande verbintenis plaasgevind nie, want daar was nie so 'n verbintenis nie. Daar was net een enkele regshandeling wat kontraksluiting en die verskaffing van fisiese beheer omvat het. Die ooreenkoms het tot stand gekom op die tydstip waarop lewering plaasgevind het. As geen ooreenkoms tot stand kom nie (byvoorbeeld as gevolg van dwaling), gaan eiendomsreg ook nie oor nie. In hierdie geval was die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang vanselfsprekend van die *causa* losgemaak, omdat daar geen voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms was nie. Die bedoeling het egter nie 'n selfstandige bestaan gevoer nie en dit is ook nie as 'n saaklike ooreenkoms beskou nie omdat dit 'n inherente deel van die "oordragsooreenkoms" uitgemaak het. Dit impliseer dat indien geen ooreenkoms (skenking of lening) tot stand gekom het nie, die bedoeling opsigself ook nie voldoende sou wees om eiendomsreg oor te dra nie.

3.8 Samevatting

1. Bostaande bespreking het aan die lig gebring dat die Glossatore die volgende vereistes vir die oordrag van eiendomsreg gestel het, naam-

---

anders is as die *consensus de dominio transferendo* wat by Nikaios aangetref word. Sien Fuchs *Iusta Causa* 37-38, 41 en 42-43.

165 Dit wil voorkom of hulle siening van hierdie regsfigure ooreenstem met die siening in die klassieke tydperk. Sien die bespreking hierbo by hfst 2.4.4.4.2 en 2.5.3.5.

lik: beskikkingsbevoegdheid van die vervreemder, 'n *iusta causa* en *traditio*, synde die verskaffing van fisiese beheer.

2. Die uitvoering van een of ander fisiese handeling deur die verkryger waardeur hy in beheer van die saak geplaas is (die *corpus*-element), was die wesenskenmerk van eiendomsoordrag deur *traditio*.[166] Die Glossatore het tussen *dominium* (*plenum*) en *proprietas* onderskei en sodoende voorsiening gemaak vir die moontlikheid dat die reg op eiendom (die aanspraak dat 'n bepaalde saak 'n persoon toekom) en die daadwerklike fisiese gebruik en genot van die saak in verskillende persone kan setel.[167] Daar is egter geen aanduiding dat *dominium* en *proprietas* op verskillende wyses oorgedra is nie. Daar is verder ook geen aanduiding dat hierdie onderskeid enige afwyking meegebring het in die vereiste dat daadwerklike fisiese beheer verskaf moet word vir die *verkryging* van *possessio* of eiendomsreg nie.

3. Soos in die Romeinse reg, kon die vereiste van 'n fisiese leweringshandeling in sommige gevalle egter slegs bevredig word deur die gebruikmaking van 'n fiksie, soos byvoorbeeld dat 'n leweringshandeling in teenwoordigheid of binne sig van die saak voldoende is (selfs al het die verkryger die saak nie werklik fisies hanteer nie). Die *traditio*-vereiste beteken ook nie dat die verkryger noodwendig daadwerklik fisies in beheer van die saak gestel moes word nie – die verskaffing van *vacua possessio* was nie noodsaaklik nie. Dit was voldoende indien 'n fisiese handeling uitgevoer is, soortgelyk aan een waardeur *possessio* oorgedra kon word.

4. In die algemeen was dit nie moontlik om fisiese beheer en eiendomsreg deur oorhandiging van 'n koop- of skenkingsakte oor te dra nie,[168] behalwe indien 'n sogenaamde *constitutum possessorium*-klou-

166 Alhoewel die Glossatore vasgehou het aan die gedagte dat *possessio* in wese 'n feitlike regsverhouding is, was *possessio* sonder werklike fisiese beheer tog moontlik.

167 Alhoewel daadwerklike fisiese beheer en genot die uitgangspunt was (die *plenum*-karakter van *dominium* was die kenmerkende eienskap van eiendomsreg), is eiendomsreg daarsonder nogtans erken.

168 Sommige skrywers het oorhandiging van die akte in nabyheid van die saak as voldoende beskou vir die oordrag van saaklike beheer en eiendomsreg. Die meeste

sule in die kontrak opgeneem is waarin die vervreemder uitdruklik verklaar dat hy fisiese beheer voortaan namens die vervreemder uitoefen. Oorhandiging van die akte was voldoende; die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer is nie vereis nie.[169] Dit is moeilik om in hierdie geval te ontken dat eiendomsreg deur die blote verklaring van die vervreemder oorgegaan het (dit wil sê, *solo animo* of deur blote ooreenkoms/wilsooreenstemming).[170] Die Glossatore was egter van oordeel dat 'n fisiese element tog teenwoordig was deurdat die vervreemder daadwerklike fisiese beheer as verteenwoordiger van die verkryger uitgeoefen het. Hulle het in elk geval ontken dat fisiese beheer en eiendomsreg *solo animo*[171] of *solo contractus* kon oorgaan.[172]

5. Die blote verskaffing van fisiese beheer (*nuda traditio*) het nog nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg gehad nie. Eiendomsreg is slegs oorgedra indien *traditio* voorafgegaan is deur 'n *causa*, soos koop, ruil of skenking. Die begrip *iusta causa* het egter nie verwys na 'n objektief geldige *causa* nie, want die feit dat die *causa* nietig was, het nie verhinder dat eiendomsreg oorgegaan het nie. Die vervreemder kon die *condictio indebiti* (en nie die *rei vindicatio* nie) teen die verkryger instel om die saak wat gelewer is, terug te vorder. Die deurslaggewende vraag was of die vervreemder (nieteenstaande die nietige *causa*) die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra. Kenmerke van die uitwendige abstraksie is dus by die Glossatore aangetref. In uitsonderlike gevalle is daar egter van die abstraktheidsbeginsel afgewyk en het nietigheid of vernietigbaarheid van die *causa* wel meegebring dat eiendomsreg nie deur *traditio* oorgedra is nie, selfs al het

---

Glossatore het egter geoordeel dat die oorhandiging van 'n akte nie die plek van die verskaffing van fisiese beheer kan inneem nie.

169 Dit is nie seker of die akte in teenwoordigheid van die saak oorhandig moes word nie.

170 Daar was immers geen sigbare leweringshandeling waardeur die verkryger fisies in beheer gestel is nie (fisiese beheer is nie aan hom *oorgedra* nie).

171 Ook nie in geval van *traditio longa manu* en *traditio brevi manu* nie. Lewering in teenwoordigheid van die saak is vereis om die indruk dat beheer *solo animo* verkry kon word uit die weg te ruim.

172 Eiendomsreg kon slegs in enkele uitsonderingsgevalle deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgaan, maar *traditio per constitutum possessorium* was nie een van die uitsonderings nie.

die partye die bedoeling gehad dat eiendomsreg oorgaan. Die vervreemder sou die saak dus met die *rei vindicatio* kon opeis.

6. Daarbenewens was daar gevalle waar nietigheid van die *causa* tot gevolg gehad het dat die vervreemder nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie omdat 'n geldige *causa* vir hom van deurslaggewende belang was. Dit was dus nie die objektiewe geldigheid van die *causa* wat deurslaggewend was nie, maar eerder die waarde wat die vervreemder subjektief aan die *causa* geheg het. Eiendomsreg sou nie deur lewering oorgegaan het nie indien die *causa* wat die vervreemder in gedagte het, vir hom van wesenlike belang was. Die begrip *iusta causa* het vir die Glossatore dus verwys na die regsfeit waaruit vasgestel kon word of die persoon wat lewer, die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra al dan nie.

7. Die feit dat eiendomsreg oorgegaan het selfs al was die *causa* nietig en die feit dat dit die bedoeling van die vervreemder was wat deurslaggewend was, getuig daarvan dat kenmerke van die inhoudelike abstraksie by die Glossatore aangetref is. Dit wil egter nie sê dat hulle die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, as 'n ooreenkoms wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is, wat deur wilsooreenstemming tot stand kom en wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is, gekonstrueer het nie. Daar was nog geen sprake van 'n saaklike ooreenkoms nie.

HOOFSTUK 4

DIE KOMMENTATORE[1]

4.1 Inleiding 236

4.2 Vereistes vir die oordrag van eiendomsreg 237

4.3 Die onderskeid tussen *dominium* en *possessio* 238
4.3.1 Die begrip *dominium* 238
4.3.2 Die begrip *possessio* 240

4.4 Die verkryging van fisiese beheer 241
4.4.1 Die *corpus*-vereiste (*vacua possessio*) 241
4.4.2 Die standpunt dat werklike fisiese beheer nie 'n vereiste is nie 241
4.4.3 Lewering by wyse van *traditio ficta* 243
4.4.4 Lewering by wyse van *constitutum possessorium* 245
4.4.5 Lewering by wyse van aktes (*traditio instrumentorum*) 247
4.4.6 Oordrag deur blote ooreenkoms 250
4.4.7 Samevatting 252

4.5 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste 253
4.5.1 Algemene reël: *causa* hoef nie geldig te wees nie 253
4.5.2 Die uitsonderings – 'n geldige *causa* wel vereis 254
4.5.3 Die teenstrydigheid tussen *Digesta* 12.1.18 en 41.1.36 257
4.6 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 261
4.7 Samevatting 266

1 In navolging van Gordon *Traditio* 136 vn 1 word die begrip Kommentatore in plaas van Post-Glossatore gebruik.

4.1 Inleiding

In die loop van die dertiende eeu het die getal universiteite, veral buite Italië, aansienlik toegeneem. Onder invloed van die regskool van Orléans het 'n nuwe regswetenskaplike denkrigting in die veertiende eeu in Bologna ontwikkel.[2] Die aanhangers van hierdie nuwe rigting word in die Middeleeue *Bartolisti* genoem,[3] maar sedert die negentiende eeu word die terme Post-Glossatore[4] en Kommentatore[5] gebruik om na hierdie groep regsgeleerdes te verwys. Afgesien van kommentare op verskillende gedeeltes van die *Corpus Iuris Civilis* (ook *lectura* genoem), het die Kommentatore ook *consilia* geskryf, wat regsmenings was na aanleiding van probleme uit die regspraktyk.[6] Alhoewel hulle hulleself ook besig gehou het met 'n letterlike uitleg van die *Corpus Iuris Civilis*, word die tekste egter meer vryelik geïnterpreteer en word die behandeling van algemene leerstukke belangriker.[7] Hulle is in 'n groot mate beïnvloed deur die Franse Romaniste (die *Ultramontani*).[8] 'n Kenmerk van die werk van die Kommentatore is die tendens tot sterker sistematisering en 'n kasuïstiek waardeur die beginsels wat deur die Glossatore uitgewerk is, verder verfyn is. Die Kommentatore het ook van die Glossatore verskil deurdat die oplossing van praktiese probleemgevalle en die toepas-

2 Orléans was die belangrikste universiteit noord van die Alpe. In Parys is die dosering van die Romeinse reg deur Pous Innocentius III in 1219 verbied.

3 Na aanleiding van Bartolus de Saxoferrato (1313-1357), die belangrikste verteenwoordiger van die nuwe denkrigting.

4 Dié term is afkomstig van Savigny wat van oordeel was dat daar, na die Glosse van Accursius, slegs van agteruitgang sprake was.

5 Na aanleiding van die ekstensiewe interpretasie wat hulle gebruik het. Hulle het hulleself nie net met teksuitleg besig gehou nie, maar ook kommentaar gelewer, met die gevolg dat daar van 'n teksgebonde interpretasie wegbeweeg is.

6 Daarom word hulle soms ook die Konsiliatore genoem.

7 Afgesien van die *Corpus Iuris Civilis* en die *Glossa Ordinaria* van Accursius, wat tegelyk die hoogtepunt en die eindpunt was van die periode wat as die tydperk van die Glossatore aangedui word, het hulle ook van ander bronne gebruik gemaak. Fuchs *Iusta Causa* 44.

8 Veral dié in Orléans, in besonder Jacques de Révigny, Cynus de Pistoia (Cinus Pistoriensis) en Pierre de Belleperche, maar ook Guillaume de Cunh (Guillelmus de Cugno) van Toulouse. Die *Ultramontani* sal nie in 'n afsonderlike hoofstuk bespreek word nie, maar enkele van hulle standpunte wat vir die onderhawige onderwerp van belang is, sal in hierdie hoofstuk weergegee word.

sing van die teorie op die praktyk, by hulle baie meer aandag gekry het.[9] Deur hulle werksaamhede het hulle 'n Europese *ius commune* geskep waarop latere ontwikkeling van die Romeinse reg sou voortbou.[10]

4.2 Vereistes vir die oordrag van eiendomsreg

Soos die Glossatore, het ook die Kommentatore (met verwysing na *Codex* 2.3.20) die volgende drie vereistes vir die oordrag van eiendomsreg gestel, naamlik: beskikkingbevoegdheid van die vervreemder, 'n *causa* wat geskik is vir eiendomsoordrag en *traditio* (verskaffing van fisiese beheer):[11]

> Die eerste reël (naamlik dat eiendomsreg oorgaan deur *traditio*) word aldus beperk: eiendomsreg word oorgedra deur lewering deur die eienaar uit hoofde van 'n *causa* wat geskik is vir die oordrag van eiendomsreg.[12]

Dit is dus duidelik dat die Kommentatore die reël gehandhaaf het dat eiendomsreg nie deur blote ooreenkoms (die *causa*) oorgaan nie. Die verbintenisskeppende ooreenkoms het nog nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg gehad nie; dit het aan die koper slegs 'n reg op lewering verleen. Hy sou spesifieke nakoming kon eis.[13] Hy het ook nie 'n saaklike aksie verkry nie omdat hy nog nie eienaar was nie. Indien die koopsaak byvoorbeeld aan iemand anders gelewer is, kon die koper die saak dus nie van die derde opeis nie. Sy enigste remedie was 'n eis om skadevergoeding.[14] Indien die derde (tweede koper) egter van die eerste koop bewus was en die lewering aan hom as *fraus creditorum* beskryf kon word, sou die eerste koper die saak

---

9 Raadpleeg Fuchs *Iusta Causa* 44; Gordon *Traditio* 136-137; Dondorp en Schrage *Levering* 49.

10 Raadpleeg Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 133, 264ev.

11 Indien lewering plaasgevind het uit hoofde van 'n koopooreenkoms, sou eiendomsreg slegs oorgegaan het indien die koopprys betaal is. Daar sal egter nie nou verder op hierdie reël ingegaan word nie.

12 Jacques de Révigny *ad Codex* 2.3.20 (eie vertaling): "Primum dictum ita restringitur traditione facta a domino ex causa habili ad dominii translationem transfert dominium". De Révigny was een van die *Ultramontani* wat 'n sterk invloed op die Kommentatore uitgeoefen het. Hy was 'n professor in Orléans aan die einde van die 13e eeu (1240-1296).

13 Fischer *Reëele Executie* 152 ev; Ankum *Actio Pauliana* 182 ev; Dondorp en Schrage *Levering* 56. Die meeste Kommentatore was van oordeel dat reële eksekusie moontlik was by 'n vordering gegrond op die koopkontrak. Vgl bv Baldus *ad Codex* 7.75.

14 Dondorp en Schrage *Levering* 56.

wel van hom met 'n besondere regsmiddel, naamlik die *actio revocatoria* kon terugeis.

Die koper sou eers eienaar geword het indien hy fisies in beheer van die saak gestel is (*traditio*). Daar moet egter op gelet word, dat *traditio* ook vir die Kommentatore 'n dubbelsinnige begrip was. In die eerste plek is dit as sinoniem vir die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer gebruik (*traditio* in die eng sin). *Traditio* was egter ook 'n wyse van eiendomsoordrag - die verkryger het eiendomsreg verkry indien die eienaar fisiese beheer oor sy saak uit hoofde van 'n *iusta causa* aan die verkryger oorgedra het.

4.3 Die onderskeid tussen *dominium* en *possessio*

4.3.1 Die begrip dominium

Die Kommentatore het ook onderskei tussen *dominium plenum* en *nuda proprietas* en hulle het dieselfde betekenis as die Glossatore aan die begrippe geheg. Die begrip *dominium plenum* het beide die reg op eiendom (en die vervreemdingsbevoegdheid) en die daadwerklike genot en gebruik van die saak ingesluit. *Proprietas* het slegs na die reg op eiendom (en die vervreemdingsbevoegdheid) verwys, terwyl die genot en gebruik by iemand anders berus het.[15] Die onderskeid tussen die verskillende vorme van *dominium* is wesenlik 'n onderskeid tussen verskillende soorte (*species*) van dieselfde ding (*genus*). Daarom is die kenmerke van *dominium* nie net op *dominium directum* van toepassing nie, maar ook op *dominium utile*. Benewens die verdeling van *dominium* in verskillende *species*, word *dominium utile* ook in 'n verskeidenheid *subspecies* onderskei. Hiervan is die belangrikste indeling dié tussen die *dominus utilis* wat die posisie van die *dominus directus* teenstaan en dit deur verkrygende verjaring probeer oorneem en die *dominus utilis* wat die posisie van die *dominus directus* erken en respekteer.[16]

---

15 Afgesien van hierdie vorme van eiendomsreg, onderskei Bartolus ook nog 'n derde soort eiendomsreg, nl *quasi dominium*. Dit word toegeken aan persone wat 'n aanspraak op die *actio Publiciana* gehad het. Sien Van der Walt *Houerskap* 198, 201.

16 Van der Walt *Houerskap* 201-202.

Bartolus het die eerste definisie van *dominium* in die Romeinse regstradisie soos volg geformuleer: *ius de re corporali perfecte disponendi nisi lege prohibeatur.*[17] Hierdie definisie het tot twee verskillende interpretasies aanleiding gegee, wat verband hou met die onderskeid tussen *dominium directum* en *dominium utile* en die betekenis van die term *disponendi* (beskikking). Dit was veral die vraag wie van die twee eienaars die belangrikste eienaar is, wat aanleiding gegee het tot die twee verskillende interpretasies van die definisie. Die twee benaderings interpreteer die term *disponendi* (die eienaar se beskikkingsbevoegdheid) met een van die twee eienaars se besondere kenmerke en bevoegdhede ten aansien van die saak in gedagte.[18]

Die een interpretasie beklemtoon die beskikkingsbevoegdheid wat eie is aan die *dominus directus*, naamlik sy bevoegdheid om die saak te vervreem.[19] Die eienaar se vervreemdingsbevoegdheid is dus dié kenmerkende eienskap waardeur hy van ander aanspraakmakers op die saak onderskei kan word (dit is 'n bevoegdheid wat die eienaar nie in die vorm van beperkte saaklike regte aan 'n nie-eienaar kan afstaan nie). Die ander interpretasie beklemtoon weer die *dominus utilis* se bevoegdheid om die saak te gebruik en te geniet.[20] Hierdeur word die gebruiksbevoegdheid van die *dominus utilis* onderskei van die gebruiksbevoegdheid van die *possessor*. Hierdie benadering onderskei die eienaar nie van ander aanspraakmakers op die saak op grond van die eienaar se unieke en onvervreembare vervreemdingsbevoegdheid ten aansien van die saak nie,[21] maar eerder op grond van die feit dat die eienaar se uitoefening van die gebruiksbevoegdheid van groter omvang of meer onbeperk is as in die geval van nie-eienaars.

---

17 Sien Bartolus *ad Digesta* 41.2.17.1. Alhoewel hy *dominium* beskou as eiendomsreg op 'n liggaamlike saak, blyk dit uit 'n ander definisie wat hy in sy kommentaar op *Digesta* 41.2.17 gee dat eiendomsreg op onliggaamlike sake wel moontlik is.

18 Raadpleeg ook Van der Walt 1986 *THRHR* 305 ev.

19 Sien Baldus *ad Codex* 5.9.3.

20 Paulus de Castro *ad Codex* 4.19.4; Tartagnus *ad Digesta* 41.2.17.1 en Jasonis de Mayno *ad Digesta* 41.2.12.1 (verwysings gevind in Van der Walt *Houerskap* 199-200). Hulle het dit gedoen deur die woord *perfecte* met *libere* te vervang.

21 Die gebruiksbevoegdheid kan juis aan nie-eienaars afgestaan word sonder om die saak te vervreem.

Beide interpretasies wyk af van Bartolus se bedoeling met die begrippe *perfecte disponendi.* By Bartolus verwys die woord *perfecte* na die volledigheid van die *dominus* se beskikkingsbevoegdheid, maar dit wil nog nie sê dat dit 'n vrye en onbeperkte beskikkingsbevoegdheid is nie. Met *disponendi* wou Bartolus die onderskeid tussen *dominium* as *ius disponendi* en *possessio* as *ius insistendi* beklemtoon. Die nie-eienaar wat fisies in beheer is, het slegs die bevoegdheid om die saak te besit of te beheer. Daarteenoor het die eienaar ook die beskikkingsbevoegdheid ten opsigte van die saak (hy kan die saak nie net verkoop nie maar ook gebruik en verbruik).[22] Die begrippe dui dus by Bartolus bloot op die *dominus* se reg om oor die saak te beskik, in teenstelling met die *possessor* se reg om die saak te beheer. Die twee interpretasies van Bartolus se definisie beklemtoon egter onderskeidelik die eienaar se vervreemdingsbevoegdheid en die eienaar se onbeperkte gebruiksbevoegdheid. Sodoende stel dit die riglyne vas waarbinne Bartolus se omskrywing deur latere outeurs geïnterpreteer sou word.[23]

4.3.2 Die begrip possessio

Die Kommentatore onderskei die volgende soorte *possessio,* wat aansluit by die onderskeid tussen die verskillende vorme van *dominium*, naamlik:[24]

(a) *possessio civilis* wat vir *usucapio* vereis word; daar kan net een *possessor civilis* wees en dit kan *animo* behou word;

(b) *possessio naturalis* wat aan die leenman, vruggebruiker, ensovoorts toekom en vereis word vir *longi temporis praescriptio*; daar kan meer as een *possessor naturalis* wees en dit kan *animo* behou word;

(c) *possessio corporalis* wat veral toegeskryf word aan die *spoliator*; hierdie vorm van *possessio* het nie tot enige vorm van verkrygende verjaring aanleiding gegee nie;

---

22 Vgl Van der Walt *Houerskap* 194.

23 Enersyds is die *dominus* se vervreemdingsbevoegdheid deur latere outeurs beklemtoon, andersyds is sy onbeperkte gebruiksbevoegdheid beklemtoon. Sien Van der Walt *Houerskap* 200.

24 Raadpleeg Van der Walt *Houerskap* 205-207.

(d) *detentatio*: hierdie vorm van saakbeheer is uniek; dit kom nie *civilis* of *naturalis* voor nie en dit kan nie *animo* behou word nie.

Alhoewel *dominium* en *possessio* steeds in die Middeleeue verwar word, het Bartolus se definisie baie gehelp om die verwarring uit die weg te ruim. Die bestaan en inhoud van *possessio* is telkens met verwysing na *dominium* beoordeel. Omdat *dominium* die vorm of *causa* vir *possessio* daarstel, word *civilis possessio*, met die oog op eiendomsverkryging, die matriks vir *possessio* as sodanig.

4.4 Die verkryging van fisiese beheer

4.4.1 Die corpus-*vereiste* (vacua possessio)

Hierbo is opgemerk dat ook die Kommentatore aanvaar het dat die verkryger slegs eienaar kan word indien fisiese beheer aan hom verskaf is. Net soos die Glossatore, het hulle ook in beginsel aanvaar dat die verkryger fisiese beheer oor die saak vestig slegs indien hy die saak fisies aangeraak of hanteer het, sodat dit duidelik is dat daar 'n verandering in die *status quo* plaasgevind het. 'n Roerende saak moes aan die verkryger oorhandig word, terwyl hy in geval van 'n onroerende saak die grond moes betree het.[25] Hierdie wyse van verskaffing van fisiese beheer het bekend gestaan as *traditio vera.* Die Kommentatore het, afgesien van die *corpus*-element, ook 'n *animus*-element aan die verkryging van fisiese beheer gekoppel, maar dit het by hulle 'n ondergeskikte rol gespeel en hulle het dit nie nader omskryf nie. Dit was slegs Angelus de Ubaldis (hierna Ubaldis) wat die *animus* in geval van *possessio civilis* nader omskryf het as die bedoeling om fisiese beheer as eienaar uit te oefen.[26]

4.4.2 Die standpunt dat werklike fisiese beheer nie 'n vereiste is nie

Die *corpus*-vereiste beteken egter nie dat die vervreemder noodwendig daadwerklike en ongestoorde fisiese beheer (*vacua possessio*) moes ver-

25 Gordon *Traditio* 137.
26 Raadpleeg Middelberg *Houderschap* 49 ev.

skaf, ten einde *possessio* of eiendomsreg oor te dra nie.[27] Die probleem waarmee die Kommentatore gekonfronteer was, was dat indien die eienaar nie self fisies in beheer van die saak was nie, hy ook nie die verkryger fisies in beheer van die saak kon stel nie. Soos die Glossatore, het ook die Kommentatore hierdie probleem oorkom deur te aanvaar dat die eienaar *possessio* en eiendomsreg kon oordra indien hy 'n fiktiewe leweringshandeling verrig het, soortgelyk aan dié waardeur werklike fisiese beheer (*possessio*) oorgedra is, selfs al is die verkryger nie werklik fisies in beheer van die saak gestel nie.[28] Laasgenoemde gevalle is met die term *quasi traditio* aangedui:[29]

> Ek sê, as Placentinus gemeen het dat eiendomsreg nie oorgedra kan word nie tensy *possessio* verkry word, dan is hy verkeerd. Maar as hy van oordeel was – en ek glo dat dit is wat hy wou sê - dat eiendomsreg nie sonder een of ander fisiese handeling verkry kan word nie, dan dink ek dat hy reg is as hy sê: "jy verkry eiendomsreg indien ek jou op die grond binnelei" (soos in *Digesta* 23.5.16).[30]

In hierdie opsig verskil eiendomsverkryging deur *traditio* en eiendomsverkryging deur *usucapio* (verkrygende verjaring) van mekaar. In geval van oordrag deur *traditio* is dit moontlik om eiendomsreg oor te dra sonder dat die verkryger werklik fisies in beheer gestel word, solank as wat daar 'n fiktiewe leweringshandeling was soortgelyk aan 'n handeling waardeur *possessio* oorgedra kon word.[31] Die persoon wat beweer dat hy eienaar deur verkrygende verjaring geword het, moes egter werklik fisies in beheer van die saak gewees het. Die meeste Kommentatore het egter weinig aandag gegee aan

---

27 Weliswaar kan werklike fisiese beheer gelyktydig met lewering oorgaan, maar dit is nie 'n vereiste nie. *Traditio* is dus moontlik sonder dat die eienaar-vervreemder fisies in beheer van die saak is. Sien Dondorp en Schrage *Levering* 52 vn 6; Biermann *Traditio Ficta* 76.

28 Dondorp en Schrage *Levering* 50-51: "De corporele leveringshandeling is niet per se besitsverschaffing".

29 Soms is die term ook gebruik om na gevalle van *traditio ficta* te verwys. Vgl Gordon *Traditio* 137-138; Dondorp en Schrage *Levering* 52.

30 Guillelmus de Cugno *ad Codex* 7.32.4 (eie vertaling): "Dico, quod si Pla(centinus) intelligeret quod dominium non posset queri nisi acquireretur possessio, tunc male diceret. Sed si ipse intelligebat, et ita credo quod intellexit, quod dominium non posset quaeri, *nisi aliquid actus corporalis intercedat. Et tunc dico quod bene dicit, si te inducam in possessionem fundi acqueritur tibi dominium. Ut. I. alt. Si fundum* (D.23. 5.16)". Vgl ook Jacques de Révigny *ad Codex* 2.3.20 en *Codex* 4.19.12; Cynus de Pistoa *ad Codex* 2.3.20; Bartolus *ad Codex* 4.19.12; Baldus *ad Codex* 4.19.12; Butrigarius *ad Codex* 4.19.12.

hierdie gevalle waar eiendomsreg oorgedra is sonder dat die verkryger daadwerklik fisies in beheer van die saak gestel is. Hulle het die standpunte van die Glossatore soos dit in die *Glossa Ordinaria* weergegee word bloot herhaal.[32]

4.4.3 Lewering by wyse van traditio ficta

Traditio vera, waar die verkryger daadwerklik fisies in beheer van die saak gestel is en *quasi traditio*,[33] waar hy nie daadwerklik fisies in beheer gestel is nie, maar daar tog 'n fiktiewe leweringshandeling was, moet onderskei word van *traditio ficta* waar die verkryger die saak nie werklik fisies hanteer het nie.[34] Die Kommentatore het dieselfde voorbeelde van *traditio ficta* gegee as wat die Glossatore bespreek het en wat aan die *Corpus Iuris Civilis* ontleen is, naamlik:[35] *constitutum possessorium, traditio brevi manu,*[36] en *traditio longa manu*, waaronder verkryging *per visum* (aanraking met die oë),[37] *custodis appositio* (waar 'n wag by die saak geplaas is), *traditio clavium* (oorhandiging van die sleutels van die gebou), *traditio instrumentorum*[38] en *scotatio* tuisgebring kan word. In die geval van *traditio scotatio*, is *possessio* en eiendomsreg oorgedra deurdat 'n stuk kluit aan die verkryger oorhandig word. Hierdie wyse van oordrag is aan die Germaanse reg ontleen. Gevolglik was daar nie eenstemmigheid oor die vraag of dit net ten opsigte van oor-

31 Sien ook die bespreking hierbo by hfst 3.5.3.
32 Dondorp en Schrage *Levering* 51-52; Gordon *Traditio* 137-138.
33 Sien die bespreking hierbo by hfst 4.4.2.
34 Dondorp en Schrage *Levering* 52; Gordon *Traditio* 137. Dondorp en Schrage gebruik die begrip *verswakte leweringshandeling*.
35 Sien die bespreking in hfst 3.5.4.
36 Dit is 'n samevoeging van die verkryging van fisiese beheer op 'n vroeëre stadium en die latere verandering in die geestesingesteldheid van die partye. Beide elemente vir die verkryging van *possessio* en eiendomsreg, nl *corpus* en *animus*, was dus aanwesig. Sien Gordon *Traditio* 149.
37 Lewering van grond kon geskied deurdat die grondstuk vanuit 'n nabygeleë toring uitgewys is. Sommige Kommentatore het *traditio per visum* beskou as *traditio vera* omdat sig, soos gevoel, een van die sintuie is. *Visus* word dus beskou as 'n *actus corporalis*; die verkryging is dus nie bloot *animo* nie. Sien Gordon *Traditio* 149-150.
38 Sien die afsonderlike bespreking hieronder by hfst 4.4.5.

dragte aan die kerk aangewend kon word en of dit ook vir leke 'n toelaatbare wyse van oordrag was nie.[39]

Volgens die Kommentatore is fisiese beheer in geval van *traditio clavium* oorgedra aangesien die sleutels van die gebou beheer verskaf oor die saak wat binne die gebou is. Sommige het die standpunt gehuldig dat lewering van die sleutels ook voldoende is om die gebou oor te dra, die argument synde dat oordrag van 'n gedeelte van 'n saak net so goed is as oordrag van die saak self. Hiermee saam is die siening verkondig dat die sleutels die saak wat oorhandig word voorstel. Volgens Gordon is die wortels van die leerstuk betreffende simboliese lewering in hierdie twee standpunte geleë.[40]

Sommige moderne skrywers is van oordeel dat oordrag van *possessio* en eiendomsreg in geval van *traditio clavium* plaasgevind het bloot op grond van wilsooreenstemming of die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Volgens Biermann[41] is 'n duidelike wilsverklaring vereis waaruit die bedoeling om *possessio* of eiendomsreg oor te dra, vasgestel kon word. *Traditio* sou sodoende gereduseer word tot 'n blote formaliteit waarin die bedoeling tot uiting kom. Gordon verwerp hierdie standpunt egter.[42] Hy meen dat die Kommentatore in die gevalle van *traditio ficta* nie van die *corpus*-vereiste afgesien het nie. Alhoewel daar in hierdie gevalle met 'n fiksie gewerk is, is nietemin aanvaar dat die verkryger werklike fisiese beheer verkry het.[43] Die gevolge van *traditio ficta* en *traditio vera* was presies dieselfde. Dit wil dus voorkom of die Kommentatore die idee dat lewering in geval van *traditio ficta* deur die blote geestesingesteldheid (*solo animo*) geskied het, verwerp het. *Possessio* en eiendomsreg kon nie sonder een of ander fisiese handeling verkry word nie, behalwe in hoogs uitsonderlike gevalle. Dit is duidelik uit die volgende aanhalings uit Ubaldis en Cynus onderskeidelik:

---

39 Sien Gordon *Traditio* 156.
40 Gordon *Traditio* 152-155. Die sleutels is gesien as deel van die gebou.
41 Biermann *Traditio Ficta* 76.
42 Sien Gordon *Traditio* 150-152. Hy wys daarop dat hierdie leerstuk eers later deur die *Usus Modernus* ontwikkel is.
43 Die standpunt dat *traditio ficta* slegs *possessio ficta* aan die verkryger verleen, word verwerp.

> Vir die verkryging van *possessio* word die bedoeling en ook 'n handeling vereis ... en volgens die *doctores* en die Glossatore word geen geval in die *ius civilis* aangetref waarin *possessio* oorgedra word, sonder dat 'n fisiese handeling uitgevoer word waardeur gelewer word nie. ... Maar ek gee 'n geval volgens die Kanoniste, volgens wie *possessio* altyd slegs uit hoofde van 'n titel oorgedra word as gebruik en statuut daarvoor voorsiening maak.[44]
>
> Let op na die reël dat *possessio* nie deur die bedoeling alleen oorgedra kan word nie. Sommiges sê dat dit in daardie gevalle wat hoër-op aangeteken is, naamlik in *Codex* 7.32.1 en *Digesta* 41.2.3 nie duidelik na vore kom nie. In al daardie gevalle is daar inderdaad 'n fisiese handeling, soos op daardie plek aangeteken word. Dit is die tweede antwoord wat op alle gevalle toegepas kan word, behalwe op *Codex* 8.53.28, soos ek daar sal sê.[45]

4.4.4 Lewering by wyse van constitutum possessorium

Van al die vorme van *traditio ficta* het die Kommentatore die meeste aandag aan *constitutum possessorium* bestee, waarskynlik omdat dit daagliks in die regspraktyk gebruik is en dikwels aanleiding gegee het tot probleme. Nogtans het hulle nie veel aandag gegee aan die teoretiese grondslag van hierdie wyse van *traditio* nie.[46] Soos die Glossatore,[47] het die Kommentatore ook onderskei tussen *constitutum simplex* (dit is abstrakte *constitutum*)[48] en *constitutum* wat deur 'n *causa detentionis* voorafgegaan is.[49]

In die veertiende eeu is die meeste koop en skenkingsaktes in Italië deur notarisse opgestel. In die aktes het hulle gewoonlik 'n klousule opgeneem waarin die vervreemder verklaar het dat hy die saak voortaan namens die verkryger hou. Op voorwaarde dat die vervreemder die saak op hierdie tydstip fisies in sy beheer gehad het, het *possessio* op die verkryger oorge-

---

44 Ubaldis *ad Codex* 7.32.4 (eie vertaling): "... in acquisitione possessionis requiritur animus et etiam factum ... Et nullus casus invenitur secundum doctores et glossatores juris civilis in quo transferatur possessio nullo interveniente actu corporeo ordinato ad tradendum. ... sed ego do casum secundum Canonistas secundum quos semper ex solo titulo transfertur possessio si consuetudo vel statutum hoc disponat".

45 Cynus *ad Codex* 7.32.4 (eie vertaling): "Nota ex lege ista quod possessio non quaeritur animo solo. Quidam dicunt quod fallit in quibusdam casibus qui notantur supra (C.7. 32.1) et (D.41.2.3pr). Vel in omnibus istis casibus versatur corporalis actus ut ibi notatur et ista est secunda responsio quae potest tolerari in omnibus praeterquam in (C.8.53 (54).28) ut ibi dicam".

46 Sien Gordon *Traditio* 147-148.

47 Sien die bespreking by hfst 3.5.4.

48 Wat veral voorgekom het waar 'n *constitutum*-klousule in 'n koopakte opgeneem is.

49 Die mees algemene *causae* was *precarium*, pand, *emphyteusis* en *retentio ususfructus*. Gordon *Traditio* 141, 143-144.

gaan.[50] Indien aan die ander vereistes vir die oordrag van eiendomsreg voldoen is (naamlik beskikkingsbevoegdheid en 'n *causa*), het eiendomsreg ook oorgegaan.

Die vraag ontstaan of die verkryger in geval van oordrag *per constitutum possessorium* (waar hy nie daadwerklik fisies in beheer van die saak geplaas word nie) in 'n swakker posisie was, as in geval waar hy wel fisies in beheer van die saak geplaas is (*traditio vera*)? Omdat die saak nog in die fisiese beheer van die vervreemder is, is dit tog moontlik dat hy dit aan iemand anders kon verkoop en lewer. Kan die eerste koper, aan wie die saak *per constitutum possessorium* (*traditio ficta*) gelewer is, die saak van die tweede koper, aan wie die saak by wyse van *traditio vera* gelewer is, met 'n saaklike aksie opeis? Daar kan immers geredeneer word dat dit wat eg is, sterker behoort te wees as 'n fiksie en dat die eerste koper die saak daarom nie kan opeis nie. In ooreenstemming met die standpunt dat *traditio ficta* egte *possessio* verskaf, het die Kommentatore ook die standpunt ingeneem dat hierdie wyse van lewering presies dieselfde gevolge het as *traditio vera*: in beide gevalle word die verkryger *possessor* en eienaar (mits voldoen is aan die verdere vereistes vir oordrag van eiendomsreg).[51] Gevolglik geniet die eerste koper voorrang:[52]

> Hy (dit is Guido de Suzaria) was van mening dat die eerste koper op grond van die voorgenoemde reël in *Digesta* 41.2.18 *pr* in 'n sterker posisie is, omdat hy eerste *dominium utile* verkry het. En so behoort die *rei vindicatio utilis* voorkeur te geniet bo die gewone eiendomsaksie ... Verder sê sommige mense dat die eerste koper restitusie van die saak kan eis met die *condictio* op grond van *Codex* 7.32.12. Ingevolge hierdie teks kon die eerste koper nie deur die tweede koop benadeel word nie aangesien eiendomsreg deur lewering oorgedra word,

50 Direkte fisiese beheer deur die vervreemder is nie vereis nie. Dit was voldoende indien 'n derde (bv pagter) fisiese beheer namens die vervreemder uitgeoefen het. Sien Bartolus *ad Digesta* 41.1.18 *pr*. Die *detentor* kon egter nie *possessio* deur *traditio ficta* oordra nie, want hy was nie self *possessor* nie. Dondorp en Schrage *Levering* 53; Gordon *Traditio* 145.

51 Alhoewel die verkoper in geval van *traditio per constitutum possessorium* nie van sy verpligting om werklike *possessio* aan die koper te verskaf, vrygestel word nie, was daar nie eenstemmigheid oor die vraag of die koper die verkoper met die *actio empti* kon aanspreek vir lewering van daadwerklike fisiese beheer nie. Sien Gordon *Traditio* 140 vn 1 en 146 vir 'n bespreking van die verskillende standpunte in hierdie verband.

52 Raadpleeg Gordon *Traditio* 145-146; Dondorp en Schrage *Levering* 57.

nie slegs wanneer daar van *traditio vera* sprake is nie, soos by *Codex* 2. 3.20, *Codex* 3.32.15 en *Digesta* 6.1.50, maar ook wanneer daar *traditio ficta* was.[53]

Aangesien die gebruik van *constitutum possessorium* tot heelwat wanpraktyke aanleiding gegee het (veral ten opsigte van gesimuleerde kontrakte), het dit heelwat teenkanting uitgelok. Verskeie pogings is ook aangewend om die belange van derdes te beskerm.[54]

4.4.5 Lewering by wyse van aktes (traditio instrumentorum/per cartam)

In geval van *traditio instrumentorum*[55] het die vervreemder die skriftelike ooreenkoms (dokument of *instrumenta*) wat opgestel is toe die saak aan hom oorgedra is,[56] aan die verkryger oorhandig, in plaas van die saak self.[57] Daar was nie eenstemmigheid onder die Kommentatore of *traditio per instrumentorum* 'n erkende wyse van oordrag was nie. Sommige skrywers was van oordeel dat die blote oorhandiging van die akte nie voldoende was om *possessio* en eiendomsreg oor te dra nie omdat 'n fisiese leweringshandeling in beginsel 'n vereiste was. 'n Akte was dus nie voldoende bewys dat oordrag plaasgevind het nie. Ander skrywers het weer die standpunt ingeneem dat

53 Johannes Andreae *Speculum Iudiciale* 4.3 (eie vertaling): "Tenuit priorem emptorem etiam potiorem per pred. I. Quod meo (D.41.2.18 pr), quia prius fuit acquisitum ei utile dominium; et sic utilis reivindicatio preferenda est directe ... Plus dicunt quidam quod pri(m)us poterit petere illius rei restitutionem per condictionem I. Ex libris C. de acquir. Poss. (C.7.32.12), per quam legem secundo vendendo primo preiudicare non potuit, cum per talem traditionem dominium transferatur non solum, cum est vera C. de pact. Traditionibus (C. 2.3.20) et per I. Quoties (C. 3.32.15) et per I. Si ager ff. De reivin. (D.6.1.50), sed etiam cum est interpretativa" (aanhaling gevind in Dondorp en Schrage *Levering* 57 vn 17). Sien ook Dondorp en Schrage *Levering* 57 en Gordon *Traditio* 140, 145-146 ivm die teenstrydige standpunte in hierdie verband.

54 Sien Gordon *Traditio* 147 vir meer besonderhede in hierdie verband.

55 'n Voorbeeld van *traditio longa manu* en *traditio ficta*.

56 Bv die koopkontrak wat tussen hom en die persoon van wie hy gekoop het en wat kan bewys dat hy eienaar is. Lewering van die dokument wat tussen die vervreemder en die verkryger opgestel is, was egter nie voldoende nie.

57 Enige saak, nie net grond nie, kon op hierdie wyse oorgedra word. Hierdie vorm van lewering word ontleen aan *Codex* 8.53(54).1. Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 52; Biermann *Traditio Ficta* 102; Gordon *Traditio* 155 ivm hierdie wyse van oordrag. Sien ook die bespreking in hfst 3.5.6.

hierdie vorm van lewering analoog is aan *traditio clavium* en dat die akte gesien moet word as verteenwoordigend van die saak self.[58]

Die vraag of oorhandiging van die akte voldoende was om *possessio* en eiendomsreg oor te dra, het blykbaar afgehang van die bewoording wat in die akte gebruik is. Indien die vervreemder in die akte bloot verklaar "ek verkoop en lewer" (*vendidit et tradidit*), sou dit opsigself nie voldoende gewees het om oordrag te bewerkstellig nie aangesien *traditio solo verbo* (oordrag deur 'n blote verklaring) deur die meeste Kommentatore verwerp is.[59] Die saak moes fisies aan die verkryger oorgedra word. Indien die verkoper die saak vir 'n tweede keer aan iemand anders verkoop en hom ook fisies in beheer van die saak gestel het, kon die eerste koper die saak nie opeis nie omdat hy nie werklik fisies in beheer geplaas is nie, selfs al bevat die akte die woorde *vendo et trado*.[60] Die persoon aan wie fisiese beheer verskaf is, het eienaar geword. Sommige skrywers het hierdie geval egter geïnterpreteer as lewering *per constitutum possessorium* en die standpunt ingeneem dat die formulering "ek verkoop en lewer", wel voldoende was om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig.[61]

Indien die akte die bewoording "ek verklaar dat ek op jou naam hou" (*constituo* of *confiteor me tuo nomine possidere*), bevat het, was daar geen twyfel daaroor nie dat *possessio* en eiendomsreg op die verkryger oorgegaan het, selfs al is die verkryger nie werklik fisies in beheer gestel nie. In hierdie geval was dit duidelik dat mens met *constitutum possessorium* te doen het.[62] Die *constitutum possessorium*-klousule is so dikwels aan die

58 Die titel is net so goed soos die saak. Hulle was tevrede indien die akte in teenwoordigheid van die saak oorhandig is. Hierdie standpunt kan as 'n voorloper van simboliese lewering beskou word. Gordon *Traditio* 155.

59 Gordon *Traditio* 141; Dondorp en Schrage *Levering* 54.

60 In 'n aksie tussen die vervreemder en die verkryger, kon laasgenoemde egter wel op die dokument staatmaak om sy reg te bewys en hy kon die saak ook met die *rei vindicatio* van die vervreemder opeis, indien hy in beheer daarvan was. Sien Gordon *Traditio* 141; Dondorp en Schrage *Levering* 54, 57.

61 Daar is soms ook van 'n fiksie gebruik gemaak en geag dat die akte in teenwoordigheid van die saak opgestel is. Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 54; Gordon *Traditio* 141; Biermann *Traditio Ficta* 80.

62 Oordrag was dus nie daarvan afhanklik dat die akte oorhandig word nie.

koop- of skenkingsakte toegevoeg, dat sommige skrywers[63] mettertyd aanvaar het dat eiendomsreg deur *constitutum possessorium* oorgegaan het, selfs al het die akte nie so 'n beding bevat nie. Hulle het met 'n vermoede gewerk, naamlik dat die partye wel op so 'n klousule ooreengekom het en dat die notaris net vergeet het om dit in die akte op te neem. Die argument was dat die afkorting *etc.* wat deur die notaris aan die einde van die bedinge wat uitdruklik genoem word, ingevoeg is, verwys na die bedinge wat van nature deel vorm van die betrokke kontrak.[64] Die *constitutum possessorium*-klousule word ook stilswyend deur die afkorting ingesluit.

Hierdie standpunt, naamlik dat aanvaar kan word dat eiendomsreg uit hoofde van *constitutum possessorium* oorgaan selfs al is die betrokke klousule nie in die ooreenkoms opgeneem nie, was egter nie algemeen aanvaar nie. Die partye kon die beding byvoorbeeld doelbewus weggelaat het. In elk geval kan 'n stilswyende beding slegs ingelees word vir sover as wat dit deel uitmaak van die eie aard van die kontrak.[65] Voorts kon die bestaan van die akte niks meer as 'n vermoede[66] geskep het nie, wat tog weerlê kon word.[67] Daarom, so lui die argument, kan mens nie eenvoudig aanvaar dat lewering *per constitutum possessorium* deur die partye gewil was nie.[68] Die meeste skrywers was daarom van oordeel dat daar slegs van *traditio constitutum possessorium* sprake kon wees, indien die akte uitdruklik vermeld dat die vervreemder die saak voortaan namens die verkryger hou. Tartagnus[69] verwys na 'n geval waar die koper die erfgenaam van die verkoper gedagvaar het om fisiese beheer van 'n saak te verskaf, wat na bewering veertig jaar tevore by wyse van *constitutum possessorium* aan die verkoper oorgedra is. Die akte wat toe opgestel is, het egter nie 'n beding bevat dat die verkoper

63 Bv Bartholomeus Socinus *Consilia* 55.4 en Oldradus *Consilia* 139.12.
64 Soos bv die waarborg teen uitwinning in geval van 'n koopkontrak. Sien Gordon *Traditio* 142-143; Dondorp en Schrage *Levering* 53-54.
65 Soos bv vrywaring teen uitwinning by 'n koopkontrak, maar nie dat die verkoper verplig is om die saak voortaan namens die verkryger te hou nie.
66 Naamlik dat eiendomsreg deur *traditio per constitutum possessorium* oorgegaan het.
67 Bv deur te bewys dat die verkoper die koopsaak nog jarelank, nadat die akte opgestel is, onder sy beheer gehad het.
68 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 56.

die saak namens die koper hou nie. Daar is beslis dat die verkryger (koper) nie eienaar geword het nie. Omdat die vervreemder nog vir veertig jaar lank fisies in beheer van die saak was, is vermoed dat oordrag nie by wyse van *constitutum possessorium* plaasgevind het nie.

4.4.6 Oordrag deur blote ooreenkoms

Alhoewel die algemene reël was dat eiendomsreg slegs deur *traditio* oorgedra kon word, word die uitsonderings wat die Glossatore geformuleer het[70] ook by die Kommentatore gevind. In die volgende gevalle is aanvaar dat eiendomsreg oorgaan sonder dat daar 'n leweringshandeling (*traditio*) was, naamlik: waar 'n bruidskat (van regsweë) op die vrou terugval indien die huwelik ontbind word[71] en waar 'n kerklike instelling eiendomsreg deur blote ooreenkoms verkry, sonder dat fisiese beheer oorgedra is.[72] Ook die legataris het eienaar geword direk nadat hy die erfenis aanvaar het, sonder enige verdere leweringshandeling.

Die feit dat 'n saak by wyse van *constitutum possessorium* oorgedra kon word deurdat die woorde "ek verklaar dat ek namens jou hou" in 'n koopakte opgeneem is, het daartoe meegewerk dat die *constitutum*-klousule al hoe meer gesien is as 'n ooreenkoms, of as deel van 'n ooreenkoms, of as 'n toevoeging tot 'n kontrak.[73] Omdat notarisse gewoond was daaraan om aktes op te stel waarin die grondliggende ooreenkoms sowel as lewering *per constitutum possessorium* vervat is, het sommige Kommentatore aanvaar dat eiendomsreg oorgaan, selfs indien die betrokke bewoording nie in die akte opgeneem is nie.[74]

---

69 Tartagnus *Consilia* 2.28 no 10.
70 Sien die bespreking in hfst 3.5.5.
71 Lewering (verskaffing van fisiese beheer) is hier nie nodig nie. Sien Dondorp en Schrage *Levering* 50.
72 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 51-52.
73 In 'n mate het *constitutum* 'n blote formule geword, waarna as *clausula* of *pactum* verwys is, of wat as 'n *accessorium* tot die kontrak beskou is. Gordon *Traditio* 147-148.
74 Die klousule is as 'n stilswyende beding beskou. Sien Dondorp en Schrage *Levering* 55 en die bespreking hierbo by hfst 4.4.5.

Hierdie toedrag van sake, asook die feit dat hierdie wyse van oordrag (*traditio simplex*)[75] aan *traditio vera* gelyk gestel is, het sekere skrywers in die negentiende eeu[76] onder die indruk gebring dat die Kommentatore van oordeel was dat *possessio* en eiendomsreg in geval van *constitutum possessorium* deur ooreenkoms tussen die partye oorgedra is. Werklike fisiese beheer is immers nie aan die verkryger oorgedra nie. Daar is aanvaar dat oordrag bewerkstellig is slegs deur die verklaring deur die vervreemder ("ek verklaar dat ek die saak namens jou hou") wat in die koopakte vervat is en wat op wilsooreenstemming berus het. Die standpunt dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms oorgegaan het, is egter vir kritiek vatbaar. Volgens Dondorp en Schrage[77] was dit plaaslike gewoonte[78] of wetgewing en nie wilsooreenstemming nie, wat meegebring het dat eiendomsreg sonder die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer (*traditio*) oorgedra is. Alhoewel die meeste Kommentatore toegegee het dat eiendomsreg in hierdie geval sonder verskaffing van fisiese beheer oorgegaan het, het hulle dit egter nie as oordrag deur blote verklaring (*solo verbo*) of blote ooreenkoms (*ex solo contractus*) gekonstrueer nie.[79]

Dit wil dus voorkom of die vereiste dat daar een of ander fisiese leweringshandeling moes wees, hoe gering ookal, gehandhaaf is.[80] Alhoewel die Kommentatore nooit sover gekom het om die beginsel van oordrag deur blote wilsooreenstemming teoreties te formuleer nie, het hulle, deur erkenning te verleen aan *traditio per constitutum possessorium* waar so 'n klousule in die koopakte opgeneem is,[81] en die gepaardgaande gelykstelling van

75 Dit is *constitutum possessorium* sonder 'n *causa*, waar *possessio* en eiendomsreg oorgaan deurdat die vervreemder verklaar dat hy voortaan namens die verkryger hou.
76 Soos Biermann *Traditio Ficta* op 145. Vgl Gordon *Traditio* 141 ev.
77 Dondorp en Schrage *Levering* 54 vn 11.
78 Naamlik, die gebruik deur notarisse om 'n *constitutum*-klousule in die aktes op te neem.
79 Vgl Albericus de Rosate *ad Codex* 2.3.20 en Baldus *Consilia* I 337 (aangehaal in Gordon *Traditio* 139 vn 2).
80 In geval van *traditio clavium* moes die sleutels in nabyheid (binne sig) van die gebou oorhandig word – 'n fisiese element word dus vereis en behou. Ook in geval van *custodis appositio* is aanvaar dat daar wel 'n fisiese handeling was, selfs al is die saak nie werklik met die hande aangeraak nie. Raadpleeg Gordon *Traditio* 150-152. Sien ook die bespreking in hfst 2.4.3.3 en 3.5.4.
81 Veral deurdat hulle na *constitutum* as 'n ooreenkoms of 'n *pactum* verwys het.

traditio simplex aan *traditio vera*, die pad gebaan vir latere ontwikkeling in hierdie rigting.[82] Daar kan selfs so ver gegaan word as om te sê dat die beginsel van eiendomsoordrag deur blote ooreenkoms (konsensuele oordrag), in die veertiende eeu gestalte begin kry het.[83]

4.4.7 Samevatting

1. Net soos die Glossatore, het die Kommentatore as algemene beginsel ook aanvaar dat *possessio* en eiendomsreg verskaf word deurdat die verkryger die saak fisies moes aanraak of hanteer. Die *corpus*-vereiste is egter bevredig, selfs al was daar slegs sprake van 'n verswakte vorm van fisiese aanraking, in welke geval met 'n fiksie gewerk is. Net soos die Glossatore, het ook die Kommentatore aanvaar dat *possessio* en eiendomsreg oorgedra is, selfs al is die verkryger nie werklik fisies in beheer van die saak gestel nie, mits 'n fiktiewe leweringshandeling uitgevoer is, soortgelyk aan dié waardeur werklike fisiese beheer oorgedra kon word. Hierdie gevalle van lewering is met die term *quasi traditio* aangedui.

2. Die Kommentatore het met 'n nuwe standpunt na vore gekom betreffende die grondslag van *traditio clavium* - die sleutels het die gebou self voorgestel. Sommige skrywers het verder ook die standpunt ingeneem dat *traditio per instrumentorum* analoog is aan *traditio clavium* en dat die akte derhalwe die saak wat oorgedra is, voorgestel het. Hierdie standpunte kan gesien word as die kiem van die leerstuk van simboliese lewering.

3. In beginsel was oorhandiging van die koop- of skenkingsakte nie voldoende om *possessio* en eiendomsreg oor te dra nie,[84] tensy die akte in teenwoordigheid van die saak oorhandig is, of fisiese beheer oor die saak werklik aan die verkryger verskaf is. Indien die akte egter die be-

---

82 Raadpleeg Gordon *Traditio* 157-158; Biermann *Traditio ficta* 290.

83 Die Kommentatore het dikwels na *constitutum possessorium* as 'n *pactum adjectum* verwys en daarmee inderwaarheid oordrag deur ooreenkoms erken. Dié konsekwensie is teoreties egter nie aanvaar nie. Sien Delport *Lewering en Registrasie* 113.

84 *Traditio solo verbo* (oordrag deur 'n blote verklaring) is deur die meeste Kommentatore verwerp.

woording *constituo* of *confiteor me tuo nomine possidere* bevat het (en nie bloot *vendidit et tradidit* nie), het die Kommentatore aanvaar dat *possessio* en eiendomsreg op die verkryger oorgegaan het, selfs al is die verkryger nie werklik fisies in beheer gestel nie aangesien dit as *constitutum possessorium* gekonstrueer is.

4. Dit wil dus voorkom of die vereiste dat daar een of ander fisiese leweringshandeling moes wees, hoe gering ook al, gehandhaaf is. Die beginsel was dat lewering met liggaam en gees (*corpus et animus*) moes plaasvind. In nie een van die gevalle van *traditio ficta* het die Kommentatore aanvaar dat *possessio* en eiendomsreg bloot deur ooreenkoms oorgegaan het nie.[85] Oordrag *solo verbo, ex solo contractus* en *solo animo* was nie vir hulle aanvaarbaar nie. Die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang is dus nog nie as 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms gekonstrueer nie.

4.5 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste[86]

4.5.1 Algemene reël: die causa *hoef nie geldig te wees nie*

In ooreenstemming met die beginsel in *Digesta* 41.1.31 *pr*,[87] het die Kommentatore ook geleer dat eiendomsreg nie deur die blote verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) oorgedra word nie. Lewering moes plaasvind uit hoofde van 'n koopkontrak of ander *causa* wat geskik is om eiendomsoordrag te bewerkstellig. Net soos die Glossatore,[88] het hulle egter ook van die standpunt uitgegaan dat die *causa* nie objektief geldig hoef te wees ten einde eiendomsreg oor te dra nie; 'n *putatiewe causa* was voldoende. Indien die partye onder die indruk verkeer het dat daar 'n *causa* is, maar dit blyk dat die *causa* nietig is,[89] sou eiendomsreg nogtans oorgaan.[90] Eiendomsreg sou ook

85 Oordrag aan die kerk was 'n uitsondering aangesien eiendomsreg deur die koopkontrak oorgedra is. Sien ook hfst 3.5.5.
86 Raadpleeg hfst 1.6.2 en 10.4 ivm die gebruik van die begrip *uitwendige abstraksie*.
87 Sien hfst 2.4.4.1.
88 Sien die bespreking in hfst 3.6.
89 Bv omdat dit in stryd met wetgewing is.
90 Jacques de Révigny *ad Codex* 2.3.20 en *Codex* 4.50.6.

oorgegaan het indien die verbintenis agterna vernietig is,[91] of indien dit aan 'n ontbindende voorwaarde onderwerp is.

In die Romeinse reg het die begrip *iusta causa* verwys na *een* of ander regsfeit, byvoorbeeld 'n voorafgaande verbintenis soos 'n koop of ruil, wat die vervreemder verplig het om die saak aan die verkryger te lewer.[92] Indien die *causa* egter nie geldig hoef te wees nie, is dit duidelik dat daar regtens geen verpligting op die vervreemder is om die saak te lewer nie. Die Kommentatore was derhalwe daarop ingestel om uit te vind wat die grondslag vir oordrag van eiendomsreg is in daardie gevalle waar die *causa* nietig is en daar geen verpligting op die vervreemder was om die saak te lewer nie. Hulle wou weet hoekom die verskaffing van fisiese beheer oordrag van eiendomsreg tot gevolg het en nie bloot gebruik en genot van die saak nie ('n nietige ooreenkoms kan tog nie die rede vir eiendomsoordrag wees nie). Soos wat sal blyk uit die bespreking hieronder, het hulle die antwoord gevind in die bedoeling van die vervreemder. Die begrip *iusta causa traditionis* het dus 'n ander betekenis gehad as in die Romeinse reg. Dit het verwys na die rede of oorsaak vir lewering, die regsfeit wat verklaar waarom die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.[93]

4.5.2 Die uitsonderings – 'n geldige causa wel vereis

Net soos die Glossatore,[94] het die Kommentatore ook uitsonderings op bogemelde algemene reël erken en die standpunt ingeneem dat die reg in sommige gevalle geen regsgevolge aan 'n ooreenkoms wat nietig is heg nie. Eiendomsreg sou volgens hulle byvoorbeeld nie oorgegaan het nie indien die voorafgaande verbintenis in stryd met 'n statutêre bepaling was,[95] indien

91 Bv weens dwaling of bedrog.
92 Sien die bespreking in hfst 2.4.4.3.
93 Dondorp en Schrage *Levering* 58.
94 Sien die bespreking in hfst 3.6.3.
95 In aansluiting by *Digesta* 37.14.16 onderskei Cynus *ad Codex* 4.21.17 tussen kontrakte wat nietig is omdat dit *contra legem* is en kontrakte wat nietig is omdat dit *contra hominem* is. In die eerste geval was die lewering ook nietig, maar in die tweede geval nie. Baldus *ad Codex* 1.14.5 meen dat *traditio* nietig is indien die rede waarom die kontrak nietig is, ook op lewering van toepassing gemaak kan word. Sien Meijers *Levering en Rechtstitel* 90 vn 3.

sake wat buite die handelsverkeer val, verkoop is, indien geld aan 'n *filius familias* geleen is, indien grond wat aan 'n minderjarige behoort deur sy kurator verkoop is, of indien kerklike eiendom sonder toestemming van die biskop verkoop is.[96] Sommige Kommentatore het die *rei vindicatio* ook toegeken wanneer 'n skenking *in fraudem legis* vernietig is[97] en ook wanneer skenkings in stryd met 'n legitieme porsie (of wetlike erfdeel) vernietig is. Die meeste het egter aanvaar dat die legitimaris slegs 'n persoonlike vordering gehad het. Indien die skenkingskontrak vernietig is, het dit geen invloed gehad op die feit dat eiendomsreg reeds deur lewering oorgegaan het nie.[98]

Afgesien van die gevalle wat hierbo genoem is, word die standpunt ook aangetref dat die *causa* objektief geldig moes gewees het indien lewering by wyse van *traditio ficta* plaasgevind het, in besonder in daardie gevalle waar *constitutum possessorium* ter sprake gekom het.[99] Lewering het hier die lotgevalle van die koop gevolg – as die koop nietig was, was lewering ook nietig en sou eiendomsreg nie oorgegaan het nie.[100] Die skrywers wat hierdie standpunt voorgestaan het, het daarop gewys dat alhoewel die saak in geval van *traditio ficta* nie werklik aan die verkryger oorhandig is nie, die reg nogtans veronderstel het dat lewering plaasgevind het. Daar is dus met 'n fiksie gewerk. In daardie gevalle waar eiendomsreg nieteenstaande 'n nietige *causa* tog oorgegaan het, is daar ook met 'n fiksie gewerk (die *causa* word geag geldig te wees).[101] Aangesien beide fiksies nie gelyktydig ingespan kan word om die oorgang van eiendomsreg te regverdig nie, word die standpunt inge-

96 Dondorp en Schrage *Levering* 59.
97 Cynus *ad Codex* 4.21.17.
98 Meijers *Levering en Rechtstitel* 91.
99 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 62-64. Hulle wys egter daarop dat hierdie standpunt nie algemeen aanvaar is nie.
100 Van Oven *Causa en Levering* 68 meen dat die onderskeid tussen koop en lewering verdwyn het in daardie gevalle waar die vervreemder in die koopakte verklaar het dat hy voortaan namens die koper hou. Dondorp en Schrage *Levering* 62-63 betwyfel hierdie standpunt egter.
101 Vandaar die begrip *titulus fictus*.

neem dat eiendomsreg nie in geval van *traditio ficta* kan oorgaan nie indien die *causa* nietig is:[102]

> Indien daar 'n werklik bestaande *causa* (*titulus verus*) en 'n fiktiewe leweringshandeling (*traditio ficta*) is, omdat die verkoper verklaar het dat hy in die naam van die koper hou, gaan eiendomsreg sowel as besit oor (*Digesta* 6.1.77; *Digesta* 41.2.18). Indien daar 'n putatiewe *causa* (*titulus fictus*) en 'n fiktiewe leweringshandeling (*traditio ficta*) is, gaan eiendomsreg nooit oor nie, soos blyk uit die glosse op *Digesta* 41.2.18.[103]

Meijers[104] wys verder daarop dat die *rei vindicatio* ook in die volgende gevalle tot beskikking van die vervreemder gestel is, naamlik:[105] (1) in geval waar 'n skenking, wat gemaak is deur iemand wat nie kinders het nie, vernietig word omdat kinders na die skenking gebore is; (2) in geval waar die oordrag van 'n oordadige geskenk aan 'n kind vernietig word; (3) in geval van herroeping van 'n skenking weens ondankbaarheid[106] en (4) in geval van 'n koop waar die verkoper 'n saak verkoop het vir minder as die helfte van die waarde daarvan (*leasio enormis*), in welke geval die verkoper die saak ook van enige derde wat fisies in beheer van die saak was, kon terugvorder.[107] Die feit dat die grondliggende ooreenkoms nietig of vernietigbaar is, het in hierdie gevalle tot gevolg gehad dat ook lewering nietig is en geen

---

102 Die reël dat eiendomsreg oorgaan selfs al is die *causa* nietig, is dus net van toepassing op die gevalle van *traditio vera* waar lewering werklik plaasgevind het. Alhoewel daar in beide gevalle met 'n fiksie gewerk word, verskil die twee situasies van mekaar deurdat die verskaffing van fisiese beheer in die een geval werklik plaasgevind het en in die ander geval nie.

103 Butrigarius *ad Codex* 2.3.20 (eie vertaling): "Aut est verus titulus et traditio ficta, ut quia venditor constituit se emptoris nomine possidere et tunc etiam transit dominium et possessio ut l (Quaedam) mulier (D. 6.1.77) et L Quod meo ff de acquir poss (D. 41.2.18). Aut est titulus fictus et traditio ficta, et tunc numquam transit possessio et ita loquitur glosa. dl Quod meo (D. 41.2.18)". Sien ook Andreas Tiraqueau *Tractatus* 3.6.10.

104 Meijers *Levering en Rechtstitel* 89 ev. Op 91 wys die skrywer daarop dat dit onseker is wat die oorsprong van die eerste twee gevalle was. Baldus *ad Codex* 1.14.5 verwys daarna sonder om die skrywers te vermeld, maar hy verwerp die standpunt.

105 Dit beteken dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie.

106 Hierdie geval word ontleen aan die *Ultramontani*. Sien Cynus *ad Codex* 8.55(56).7 en 8.55(56).10. Hy het 'n persoonlike vordering met die krag van die *rei vindicatio* teen die begiftigde toegeken. Hierdie eienaardige vordering het op 'n onjuiste vertaling van die woord *vindicationis* in *Codex* 8.55(56).7 berus. In hierdie teks beteken *vindicationis* wraak, dit verwys nie na die *rei vindicatio* nie. Raadpleeg Meijers *Levering en Rechtstitel* 92, 95-96.

107 Jacques de Révigny *ad Codex* 4.44.2 en Cynus *ad Codex* 2.54(53).3 en 4.44.2.

regsgevolge het nie. Die verlening van die *rei vindicatio* het voortgespruit uit die veranderde funksie wat die *iudex* in die Middeleeue vervul het, asook die feit dat die beletsel in die klassieke reg om regsverhoudings te beëindig wat reeds tot stand gekom het, in die Middeleeue nie meer bestaan het nie. Latere Franse skrywers[108] het die feit dat lewering (*traditio*) en oorgang van eiendomsreg met terugwerkende krag vernietig kon word, ook tot nadeel van derdes, soos volg verklaar: vernietiging van die saaklike reg wat die oordraggewer deur lewering aan hom verkry het, het ook ontbinding van die reg van die ontvanger (derde) tot gevolg: *resolutio iure tradentis resolvitur ius accipientis.*[109] Sy saaklike reg het tot niet gegaan, nie net wanneer lewering aan die oordraggewer vernietig is nie, maar ook wanneer die *causa* waarop die oordraggewer se saaklike reg gegrond is, vernietig word. Alhoewel die reël aanvanklik slegs toegepas is op die vernietiging van beperkte saaklike regte, is dit later uitgebrei en ook toegepas ter vernietiging van derde verkrygers se eiendomsreg.

4.5.3 Die teenstrydigheid tussen Digesta *12.1.18 en 41.1.36*

Die vraag wat in hierdie twee tekste ter sprake gekom het, is of eiendomsreg oorgaan indien die vervreemder geld aan die verkryger oorhandig met die bedoeling om dit te skenk, terwyl die verkryger dit aanvaar het op die veronderstelling dat dit aan hom geleen word? Verhinder dwaling met betrekking tot die *causa traditionis* dat eiendomsreg oorgaan, al dan nie? Julianus (*Digesta* 41.1.36) was van oordeel dat eiendomsreg nieteenstaande die dwaling oorgaan, terwyl Ulpianus (*Digesta* 12.1.*18 pr*) die standpunt ingeneem het dat eiendomsreg nie oorgaan nie.[110]

---

108 Naamlik Furgole en Ricard. Raadpleeg Meijers *Levering en Rechtstitel* 94-95.

109 Raadpleeg Meijers *Levering en Rechtstitel* 93-94. Hy sê dat hierdie reël van Butrigarius (*ad Digesta* 20.6.2) afkomstig is, maar dat dit ook aan Bartolus en Baldus toegeskryf word. 'n Verdere verklaring wat aangebied is, is dat elke skenking plaasvind onderworpe aan die stilswyende voorwaardes dat die begiftigde geen daad van ondankbaarheid sal verrig nie en dat daar vir die skenker geen kind gebore word nie. Indien enige van hierdie voorwaardes vervul word, kan die saak wat geskenk is van enige derde teruggevorder word.

110 Sien die hfst 2.4.4.4 vir 'n bespreking van die teenstrydigheid.

Sommige Kommentatore het bloot die standpunte van die Glossatore[111] in hierdie verband weergegee, terwyl ander weer volledige aantekeninge gemaak het van die gevalle waar eiendomsreg wel oorgaan en gevalle waar dit nie oorgaan nie. Die onderskeidings wat hulle in hierdie verband gemaak het, verskil van juris tot juris en is soms 'n kombinasie van die twee uiteenlopende verklarings wat by die Glossatore aangetref is. Ter illustrasie kan verwys word na die volgende bespreking deur Bartolus:

> Soms vergis mens jou betreffende die *causa*, die rede waarom gelewer word. [Dan is daar twee moontlikhede]: (1) Dit mag wees dat die kontrakspartye dieselfde *causa* in gedagte het, maar dat dit 'n foutiewe *causa* is. Dit verhinder nie dat eiendomsreg oorgaan nie, maar remedies soos die *condictio indebiti* of die *condictio ob causam* is tot hulle beskikking (soos *Digesta* 12.6. en *Codex* 4.5). (2) Dit mag ook wees dat die partye nie eens is oor die rede waarom gelewer word nie. In hierdie geval kan beide die *causae* wat die onderskeie partye in gedagte het, geskik wees om eiendomsreg oor te dra, of net een van die twee kan geskik wees. Indien net een geskik is, gaan eiendomsreg nie oor nie (soos hieronder by *Digesta* 12.1.18 *pr*). Indien beide *causae* geskik is vir die oordrag van eiendomsreg, dan mag dit wees dat die oordraggewer die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, slegs op grond van 'n spesifieke *causa*[112] en nie op grond van 'n ander *causa* nie. In hierdie geval gaan eiendomsreg nie oor nie (soos in *Digesta* 12.1.18 *pr*). As dit nie die geval is nie, gaan eiendomsreg wel oor.[113]

Elders sê Bartolus dat daar 'n onfeilbare manier is om vas te stel of dwaling verhinder dat eiendomsreg oorgaan: as die bedoeling om eiendomsreg oor te dra ontbreek, gaan eiendomsreg nie oor nie.[114] Baie skrywers het ook onderskei tussen (1) die geval waar *traditio* uitgevoer word gelyktydig met die totstandkoming van die *causa*, en (2) *traditio solvendi causa*, waar *traditio* uitgevoer word ter nakoming van 'n *causa praecedens*, dit wil sê 'n reeds bestaande verbintenis. Baldus de Ubaldis (hierna Baldus) byvoorbeeld, ver-

111 Sien die bespreking hierbo by hfst 3.6.4.

112 Naamlik die ooreenkoms wat hy gedink het bestaan.

113 Bartolus *ad Digesta* 1.19.1 (eie vertaling): "Quandoque erratur in causa traditionis, tunc aut ambo contrahentes in eandem causam consenserunt, licet errent, tunc non impediatur dominii translatione, sed habent locum remedii iuris, ut condictio indebiti vel ob causam. Ut per totum titulum de cond. indeb. vel sine causa. Aut non concordant in eandem causam et tunc aut utraque est habilis ad dominium transferendum, aut altera tantum. Si altera tantum. Non transfertur dominium ut infra si certum pet. Si ego (D.12. 1.18 *pr*). Si vero utraque errat habilis ad dominium transferendum, tunc aut apparet quod tradens ex una causa tantum volebat dominium transferre non ex alio; hoc casu impeditur dominii translatio ut di Si ego in pr (D 12.1.18pr)".

klaar die teenstrydigheid deur daarop te wys dat die vervreemder die geld in *Digesta* 41.1.36 (waar gesê word dat eiendomsreg wel oorgaan) uit hoofde van 'n reeds bestaande en geldige leningsooreenkoms lewer.[115] Daar is dus 'n *causa praecedens* en *traditio* vervul die funksie van *solutio* (bevrydende betaling):

> Oplossing: Hier het altwee gedwaal, daar slegs die oordraggewer en nie die verkryger nie omdat hy uit hoofde van 'n ware voorafgaande *causa* ontvang het, al het die vervreemder dit nie geweet nie. Maar die verkryger het dit geweet en daarom het hy op so 'n wyse verkry, omdat daar meer as bloot net lewering was. ... Veronderstel dat daar 'n fout in die voorafgaande kontrak is, dan gaan eiendomsreg oor omdat die dwaling op die voorafgaande *causa* betrekking het (soos by *Digesta* 12.6.15). Maar indien daar 'n fout in die huidige kontrak is gaan eiendomsreg nie oor nie, soos hier. Rede: omdat die bedoelings in die geval van die eerste dwaling ooreenstem, maar hier van mekaar verskil. Indien net die een party 'n fout maak, maar nie die ander party nie, dan gaan eiendomsreg oor.[116]

Dwaling betreffende die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word[117] verhinder nie dat eiendomsreg oorgaan nie. In *Digesta* 41.1.36 is dit slegs die vervreemder wat dwaal. Hy het gelewer uit hoofde van 'n leningsooreenkoms, maar was onder die indruk dat hy lewer ter nakoming van 'n skenking (wat nie die geval is nie).[118] Die verkryger, aan die ander kant, het nie gedwaal nie. Hy het die saak in ontvangs geneem terwyl hy dink die vervreemder

---

114 Bartolus *ad Digesta* 12.1.41. Hy het egter nie die standpunt van die Glossatore, nl dat die bedoeling opsigself onvoldoende was om eiendomsreg te laat oorgaan, betwyfel nie.

115 Baldus aanvaar dat die vervreemder uit hoofde van 'n reeds bestaande leningsooreenkoms lewer en nie 'n skenking nie omdat die bedoeling van die verkryger vir hom deurslaggewend is. Daarom word die *causa* wat hy in gedagte het, nl 'n lening, in aanmerking geneem. Raadpleeg Fuchs *Iusta Causa* 46-47; Dondorp en Schrage *Levering* 61-62.

116 Baldus *ad Digesta* 12.1.18 *pr* (eie vertaling): "Solutio: hic erravit uterque, ibi tradens solus et non recipiens, quia recipiebat ex vera causa praecedente (praecedende?), licet tradens hoc nesciret. Sed accipiens sciebat et de ea recipiebat sic, quia ibi tradito non est nuda ... Vel dic, quod aut erratur in contractu praeterito, et tunc transfertur dominium, quia est error causae de praeterito. Infra de cond indebiti l indebi § 2 Aut erratur in contractu praesenti, et tunc non transfertur dominium ut hic. Ratio: Quia in primo casu concurrunt in eodem errore animi, hic autem sunt dissentientes. Aut unus errat, et alius non errat, et tunc transfertur dominium ut l cum in corpus".

117 Waar die partye verskil betreffende die vraag watter kontrak dit is wat nagekom word.

118 Op die stadium toe hy die saak gelewer het, het hy sy reeds bestaande verpligting om die saak ter nakoming van die lening te lewer, uit die oog verloor.

maak 'n lening (wat inderdaad die geval was).[119] Nieteenstaande dwaling, gaan eiendomsreg tog oor omdat daar 'n *causa praecedens* is en die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra (hy het die *animus solvendi*).[120] Eiendomsreg gaan vanselfsprekend nie oor nie, indien die ontvanger weet dat daar geen verpligting om te lewer bestaan nie, maar hy desondanks die saak in ontvangs neem – dan pleeg hy immers diefstal (*furtum*). Die ontvanger moet dus ook dink dat die vervreemder die saak lewer om 'n verpligting na te kom.

Selfs al bestaan daar nie werklik 'n *causa praecedens* nie, maar beide verkeer onder die foutiewe indruk dat daar wel 'n geldige *causa* is (daar is dus slegs 'n putatiewe *causa*), sal eiendomsreg ook oorgaan, mits hulle dieselfde *causa* in gedagte het.[121] Nieteenstaande die dwaling en selfs al bestaan die *causa* glad nie, gaan eiendomsreg tog oor omdat die partye eenstemmig is daaroor dat die saak gelewer word ter uitvoering van 'n reeds bestaande ooreenkoms en beide bedoel dat eiendomsreg deur *solutio* oorgaan. Die dwaling het immers geen uitwerking op die vraag of 'n ooreenkoms inderdaad tot stand gekom het nie, want dit raak nie wilsooreenstemming wat 'n vereiste vir 'n geldige kontrak is nie en dit het ook geen invloed op die *traditio*-handeling nie. Die vervreemder kan die *condictio indebiti* instel om die onverskuldigde betaling terug te vorder.[122]

In *Digesta* 12.1.18 *pr* is daar nie 'n *causa praecedens* nie. Aangesien kontraksluiting en *traditio* een enkele regshandeling was, het die feit dat beide

---

119 Hy het ook die bedoeling om eienaar te word. Dit moet in gedagte gehou word dat dit hier gaan oor lewering van 'n bedrag geld wat deur vermenging die eiendom van die verkryger word.

120 Volgens Fulgosius *ad Digesta* 12.1.18 kon eiendomsreg egter nie oorgaan nie omdat die partye nie eenstemmig was nie. Sien ook Fuchs *Iusta Causa* 53-54.

121 Albei dink bv dat *traditio* uitgevoer word ter nakoming van 'n koopkontrak, terwyl so 'n *causa* eintlik nie bestaan nie. Hulle dwaal oor die vraag of 'n *causa* wel bestaan al dan nie. Dit verskil van die situasie hierbo, waar daar wel 'n *causa* was, maar die partye verskillende *causae* in gedagte gehad het.

122 Sien Baldus *ad Digesta* 12.1.18 *pr* wat hierbo aangehaal is (vanaf die woorde *Vel dic*). Die punt is dat dwaling *ten tyde van lewering* nie die oorgang van eiendomsreg raak nie omdat daar 'n *putatiewe causa* is.

partye gedwaal het,[123] verhinder dat 'n geldige kontrak tot stand gekom het (daar was nie 'n skenking nie en ook nie 'n lening nie).[124] Wilsooreenstemming wat 'n vereiste vir die totstandkoming van 'n geldige kontrak is, het ontbreek.[125] Omdat daar geen kontrak was nie, het eiendomsreg ook nie oorgegaan nie omdat oordrag van eiendomsreg een van die natuurlike gevolge van *donatio* en *mutuum* was. Dit kom hier nie op die partye se bedoeling aan nie.[126]

4.6 Inhoudelike abstraksie[127] - die rol en funksie van die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang

Die Kommentatore het baie aandag gegee aan die vraag waarom eiendomsreg deur lewering oorgaan nieteenstaande die feit dat die *causa* nietig is, of indien daar bloot 'n putatiewe *causa* is. Dit was vir hulle duidelik dat die grondslag vir oorgang van eiendomsreg nie in die nietige of putatiewe *causa* self gevind kan word nie. By beantwoording van hierdie vraag, het hulle, veel sterker as die Glossatore, klem gelê op die feit dat die grondslag vir die oorgang van eiendomsreg in die bedoeling van die vervreemder gesoek moet word.[128] Dat die vervreemder so 'n bedoeling kan hê selfs al is die *causa* nietig, is duidelik uit die volgende aanhalings uit De Rèvigny, Ubaldis en Fulgosius onderskeidelik:

> Ek meen dat eiendomsreg nie uit hoofde van die nietige ooreenkoms oorgedra word nie. Veronderstel die volgende: ek glo dat ek my teenoor jou uit hoofde van 'n koopkontrak verbind het, maar in werklikheid het ek nooit met jou 'n ooreenkoms gesluit nie – nóg regtens nóg feitelik. As ek die saak aan jou lewer, dan dra ek wel eiendomsreg aan jou oor. Dit gebeur nie op grond van

123 Hulle het verskillende ooreenkomste (*causae*) in gedagte gehad. Die een het gedink 'n skenking kom tot stand, terwyl die ander gedink het 'n lening kom tot stand. Dit verskil van die situasie hierbo in dié opsig dat die partye daar eenstemmig was en hulle dieselfde *causa* in gedagte gehad het.

124 In die situasie hierbo is die twee elemente van mekaar geskei.

125 Daar moet daarop gelet word dat daar ook nie in die tweede geval wat hierbo bespreek is, 'n geldige kontrak bestaan het nie – daar was slegs 'n putatiewe *causa*. Die enigste onderskeid is dat *causa* en *traditio* geskei was. Daarom het die nietigheid van die een nie 'n invloed op die ander een gehad nie.

126 Raadpleeg Fuchs *Iusta Causa* 46-48; Dondorp en Schrage *Levering* 61-62.

127 Raadpleeg hfst 1.6.2 en 10.3 ivm die begrip *inhoudelike abstraksie*.

128 Dit is opvallend dat veral die bedoeling van die vervreemder beklemtoon word en dat daar nie veel ag geslaan word op die bedoeling van die verkryger nie.

> die kontrak nie, maar is die gevolg van die bedoeling van die eienaar om eiendomsreg oor te dra, wat billik is (soos blyk uit *Institutiones* 2.1.40)].[129]
>
> Tog gee die *Ultramontani* 'n ander gevolgtrekking, naamlik dat beide *causae* dieselfde regsgevolg ten doel het en dan word oordrag van eiendomsreg nie belemmer nie ... Maar in die eerste geval, al sou die partye eenstemmig wees dat eiendomsreg oorgaan, het hulle nie dieselfde doel met die oordrag in gedagte nie. Want die een het dit as 'n geskenk gelewer, terwyl die ander een dit as 'n lening in ontvangs geneem het.[130]
>
> Want julle weet dat lewering ooreenkomstig die bedoeling van die eienaar, die onmiddellike en naaste oorsaak van die verkryging van eiendomsreg is (soos in *Institutiones* 2.1.40). Maar in essensie is 'n verwyderde oorsaak van lewering nie ter sake vir oordrag van eiendomsreg nie ... en daarom, selfs as daar geen *causa* sou wees nie, sou die eiendomsreg nogtans oorgaan.[131]

Baldus beklemtoon eweneens die bedoeling van die vervreemder om eiendomsreg oor te dra as die deurslaggewende faktor. Soos Fulgosius[132] onderskei hy ook tussen die *causa remota* en die *causa immediata*. Die *causa remota* is die verbintenisskeppende ooreenkoms, wat bloot die verwyderde oorsaak is en wat verklaar waarom die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Hierdie *causa* hoef nie objektief geldig te wees nie omdat dit nie die direkte oorsaak vir die oordrag van eiendomsreg is nie. Die direkte oorsaak vir oorgang van eiendomsreg (*causa immediata*), is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (die *consensus in translatione dominii*), soos wat dit in die *causa remota* na vore kom. Eiendomsreg gaan oor indien dit die vervreemder se bedoeling is, selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig. Die volgende twee aanhalings van Baldus spreek vir sigself:

---

129 Jacques de Révigny *ad Codex* 4.50.6 (eie vertaling): "... dico quod inutili contractu non transfertur dominium. Unde pone: ego credo me tibi obligatum ex venditione, quam numquam habui tecum – nec de iure nec de facto – trado tibi rem; ego transfero in te dominium. Unde hoc non est propter contractum, sed propter voluntatem domini, quod aequum est ut inst de rerum divisione § per traditionem (I. 2.1.40)". Sien ook Butrigarius *ad Digesta* 4.3.7. Meijers *Levering en Rechtstitel* 90 vn 2 noem De Révigny die uitvinder van Donellus en Savigny se teorie. Sien hfst 5 en 10 vir 'n bespreking van Donellus en Savigny se standpunte in hierdie verband.

130 Ubaldis *ad Digesta* 12.1.18 (eie vertaling): "Ultramontani tamen dant aliam conclusionem, scilicet quod ubi utraque causa tendit ad unum determinatum effectum, tunc non impeditur translatio dominii ut in contr alias sic ut hic, et sunt pulchra verba ... Nam in primo casu, licet si ad translationem dominii partes essent concordes, illa translatio tamen non ordinatur ad eundum effectum. Tradebat enim unus ut donum et alter recipiebat ut mutuum".

131 Fulgosius *ad Digesta* 12.1.18 (eie vertaling): "Nostis enim dominii immediate et proxima causa acquisitionis est traditio dominii voluntate, ut in § per traditionem inst de rer div. causa autem traditionis essentialiter tanquam remota non influit in traditionem ... Quare et si nulla causa sit, dominium transeat ..." (aanhaling gevind in Fuchs *Iusta Causa* 52).

> Laastens word in die glos gevra waarom eiendomsreg kragtens 'n nietige kontrak oorgedra word, selfs al kom geen verbintenis tot stand nie. Die antwoord in die glos is dat 'n verbintenis nie anders as uit hoofde van 'n wettige kontrak tot stand kan kom nie, maar dat eiendomsreg wel uit hoofde van 'n putatiewe (ongeldige) ooreenkoms oorgedra kan word, want streng gesproke word dit nie kragtens die kontrak oorgedra nie, maar op grond van die bedoeling[133] om eiendomsreg oor te dra, wat in die kontrak opgesluit is. Dit is so omdat die onmiddellike oorsaak (*causa immediata*), dit wil sê die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, voldoende is om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig. Die feit dat die verwyderde oorsaak (*causa remota*) ongeldig of nietig is, verhinder nie dat eiendomsreg oorgedra word nie.[134]
>
> Let insgelyks hieruit op dat eiendomsreg kragtens 'n nietige kontrak oorgedra word, ... en die rede hiervoor is dat die bedoeling van die een wat lewer die naaste oorsaak vir oordrag is. Ingevolge hierdie teks is dit voldoende dat die naaste oorsaak werklik bestaan, selfs al sou die verwyderde oorsaak ongeldig wees, volgens Jacobus Butrigarius, en dit is die waarheid.[135]

Dit is duidelik dat die Kommentatore die klem verskuif het, vanaf die voorafgaande verbintenis (*causa remota*) na die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (*causa immediata*), as die rede waarom eiendomsreg deur lewering oorgaan. Die rede vir die oordrag van eiendomsreg kan immers nie in die nietige *causa* geleë wees nie. Dit wil nou nie sê dat die Kommentatore weggedoen het met die vereiste dat 'n *causa* soos 'n koopkontrak, skenking, ensovoorts, lewering moet voorafgaan nie. Inteendeel, daar word nou vier en nie net drie vereistes nie, vir die oordrag van eiendomsreg gestel, naamlik: beskikkingsbevoegdheid, *traditio*, 'n *iusta causa* en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.[136] Aangesien die *causa* nie objektief geldig hoef te wees nie, ontstaan die vraag of dit enige sin het om dit dan as 'n vereiste vir eiendomsoordrag te stel. Hoe dit ook al sy, vir die Kommentatore was die doel

---

132 Sien die aanhaling in die vorige voetnoot.

133 Die begrip *consensus* verwys nie na wilsooreenstemming nie, maar na die bedoeling.

134 Baldus *ad Codex* 4.50.6 (eie vertaling): "Ultimo quaerit glossa, quare ex inutili contractu transfertur dominium, tamen non oritur obligatio. Respondet glossa, quia obligatio non potest oriri nisi ex legitimo contractu dominium autem potest transferri ex contractu putativo, nam proprie loquendo non transfertur ex contractu, sed ex consensu propter contractum: ita quod causa immediata, id est consensus in translatione dominii est sufficiens ad dominium transferendum, non obstat quod causa remota ipsius dominii sit invalida vel nulla". Vgl ook Baldus *ad Codex* 1.14.5.

135 Baldus *ad Digesta* 4.3.7 *pr* (eie vertaling): "Item ex hoc nota, quod ex inutili contractu transfertur dominium ... et est ratio, quia causa proxima translationis dominii est voluntas tradentis, ut infra de cond Ob causam 1.3 § subtilius, unde sufficit quod causa proxima sit vera, licet remota sit falsa, secundun Jacobum Butrigarium, quod est veritas".

136 Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 60; Pflüger *Eigentum* 26-27.

van die *causa* om vas te stel of die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, al dan nie en wat die rede is waarom hy dit wil doen. Die begrip *iusta causa* het immers verwys na 'n geskikte rede of grondslag vir eiendomsoordrag.

Die bespreking tot dusver in hierdie hoofstuk het openbaar dat die Kommentatore nie op 'n geldige *causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg aangedring het nie. Eiendomsreg sou oorgaan, selfs al was die verbintenis nietig. Hulle was gevolglik in besonder geïnteresseerd in die vraag wat die rede is waarom eiendomsreg deur lewering op die verkryger oorgaan indien die voorafgaande verbintenis nietig is, of vernietig sou word. In so 'n geval is daar tog geen verbintenis wat die vervreemder verplig om eiendomsreg oor te dra nie en daar is oënskynlik ook geen rede of oorsaak vir lewering nie. Die Kommentatore se antwoord hierop was dat daar tussen twee oorsake onderskei moet word, naamlik 'n verwyderde oorsaak (*causa remota*), wat die voorafgaande verbintenis was, en 'n direkte oorsaak (*causa immediata*), naamlik die vervreemder se bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Die *causa remota* (of *iusta causa*) is die rede waarom die saak gelewer word, terwyl die *causa immediata* (ook *proxima*) die rede verskaf waarom eiendomsreg deur lewering oorgaan, naamlik omdat dit die vervreemder se bedoeling is. Meer as ooit tevore was daar 'n klemverskuiwing, weg van die voorafgaande regsfeit wat die vervreemder verplig om te lewer, na die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Aangesien hierdie bedoeling kan bestaan selfs al is die verbintenis nietig, is dit duidelik dat die bedoeling van die verbintenis losgemaak word en as die deurslaggewende rede beskou word waarom eiendomsreg deur lewering oorgaan. Dit wil selfs voorkom of dit 'n afsonderlike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was.

Dit kan dus nie ontken word nie dat daar kenmerke van die inhoudelike abstraksie aangetref is, maar die vraag ontstaan of die Kommentatore die bedoeling gekonstrueer het as 'n afsonderlike ooreenkoms wat op wilsooreenstemming berus en van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is? Alhoewel daar skrywers is wat van oordeel is dat dit inderdaad die

geval was,[137] moet hierdie vraag ontkennend beantwoord word. In die eerste plek moet dit in gedagte gehou word dat die Kommentatore steeds 'n *iusta causa* ('n voorafgaande ooreenkoms hetsy geldig, nietig of putatief) vir die oordrag van eiendomsreg vereis het, selfs al het dit geen sin om op 'n nietige *causa* as vereiste aan te dring nie. Die rede hiervoor is geleë in die feit dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, soos vir die Romeine[138] en soos vir die Glossatore,[139] ook vir die Kommentatore in die voorafgaande verbintenis opgesluit was. Dit blyk onder andere uit die feit dat Baldus, byvoorbeeld, die woorde *consensus propter contractum* gebruik, wat verwys na die bedoeling om eiendomsreg oor te dra wat reeds in die *causa (praecedens)* opgesluit is.[140] Die indruk word geskep dat daar slegs van een enkele regshandeling sprake is, wat uit twee elemente of stappe bestaan.[141]

Tweedens moet daarop gewys word dat die begrip *consensus* deur die Middeleeuse juriste gebruik is in die betekenis van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, en nie in die betekenis van wilsooreenstemming nie.[142] Die sinsnedes *consensus in translatione dominii* en *consensus propter contractum*, verwys dus nie na wilsooreenstemming tussen vervreemder en verkryger wat onafhanklik van die voorafgaande verbintenis figureer nie, dit verwys slegs na die bedoeling van die vervreemder om eiendomsreg oor te dra. Uit die tekste wat hierbo aangehaal is,[143] is dit ook duidelik dat die Kommentatore hoofsaaklik klem gelê het op die bedoeling van die vervreemder en dat hulle nie werklik aandag gegee het aan die vraag of beide partye eens-

137 Sien Howald *Dinglichen Vertrag* 9 en Pflüger *Eigentum* 26-27.
138 Sien die bespreking in hfst 2.4.5 en 2.5.3.6.
139 Sien die bespreking in hfst 3.7.
140 Sien Baldus *ad Codex* 4.50.6 wat hierbo aangehaal is. Ook die *consensus in translatione dominii* waarvan Baldus praat, is niks anders nie as die bedoeling om eiendomsreg deur lewering oor te dra, wat in die *causa* opgesluit is. Baldus self sê dit tog uitdruklik. Sy bewoording herinner mens aan die *consensus de dominio ex causa transferendo* van Vacarius. Sien die bespreking in hfst 3.6.4.
141 Die grondliggende ooreenkoms (*causa*) is vir Baldus die eerste stap, en *traditio* die tweede stap. Fuchs *Iusta Causa* 50.
142 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 60 vn 21. Fuchs *Iusta Causa* 50 en Pflüger *Eigentum* 26-27 meen egter dat dit wel na wilsooreenstemming verwys.
143 Vgl bv Jacques de Révigny *ad Codex* 4.50.6, Fulgosius *ad Digesta* 12.1.18 en Baldus *ad Digesta* 4.3.7 *pr.*

gesind is betreffende die oordrag van eiendomsreg nie.[144] Dit wys dat hulle nog nie in terme van 'n afsonderlike ooreenkoms gedink het wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is en slegs bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie.[145] Fuchs gee toe dat Baldus van abstrakte terminologie gebruik maak, maar hy uiter ook die volgende waarskuwing: "Abstrakte formulierung und materiellrechtliche Abstraktheit dürfen nicht miteinander verwechselt werden".[146]

4.7 Samevatting

1. Die Kommentatore het 'n leweringshandeling (*traditio*) waardeur die verkryger fisies in beheer van 'n saak gestel word, vereis vir die oordrag van eiendomsreg. Dit wil nou nie sê dat die verkryger altyd daadwerklik fisies in beheer gestel moes gewees het nie. Werklike fisiese hantering (*traditio vera*) was die uitgangspunt, maar daar is ook dikwels van 'n fiksie gebruik gemaak - onder bepaalde omstandighede is aanvaar dat die verkryger fisies in beheer gestel is, selfs al was dit nie regtig die geval nie (*traditio ficta*). Dit wil nou nie sê dat *possessio* en eiendomsreg in geval van *traditio ficta* bloot op grond van wilsooreenstemming, of die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, plaasgevind het nie. Die meeste Kommentatore het aanvaar dat oordrag van *possessio* of eiendomsreg *solo verbo, solo contractus*[147] of *solo animo* nie moontlik was nie en het ook in die gevalle van *traditio ficta* nie afgesien van die *corpus*-vereiste nie. Hulle het dus nie die beginsel van eiendomsoordrag deur blote konsensus aanvaar nie.

---

144 Dit wil nou nie sê dat die verkryger se bedoeling nie relevant was nie. Uit die bespreking van die teenstrydigheid tussen Julianus en Ulpianus het dit geblyk dat enkele skrywers, bv Fulgosius *ad Digesta* 12.1.18 wel beklemtoon het dat die partye eensgesind moes wees, maar selfs hy het nie gedink aan 'n ooreenkoms betreffende die oordrag van eiendomsreg nie. Sien Fuchs *Iusta Causa* 54.

145 Raadpleeg Fuchs *Iusta Causa* 46, 50; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 76-77.

146 Fuchs *Iusta Causa* 49-50. Fuchs meen dat daar raakpunte is tussen die siening van Fulgosius en die leer van Savigny, maar hy merk ook op (54): "Unser Autor geht zwar wie Nikaios vom Grundgeschäft aus und läßt trotz dem Irrtum bezüglich der causa Eigentum übergehen, während Von Savigny, wie wir sehen werden, von etwas anderen Erwägungen geleitet wird".

147 Behoudens enkele uitsonderingsgevalle.

2. 'n Belangrike ontwikkeling was die gedagte dat oordrag van eiendomsreg in geval van *traditio clavium* en *traditio instrumentorum* kon plaasvind deur oorhandiging van 'n voorwerp, wat die saak self voorgestel het (soos die sleutels van 'n gebou of die koopakte waaruit die vervreemder se titel vasgestel kon word). Die wortels van simboliese lewering kan dus by die Kommentatore gevind word.[148] Hulle het egter nog nie die verkryging van beheer of kontrole oor die saak as wesenselement van *traditio* beskou nie.[149]

3. Blote *traditio* was nie voldoende om eiendomsreg oor te dra nie. Lewering moes plaasvind uit hoofde van 'n koopkontrak of ander *causa* wat op die oorgang van eiendomsreg gerig was. Die *causa* hoef egter nie objektief geldig te gewees het nie. Onderworpe aan enkele uitsonderings, het eiendomsreg oorgegaan selfs al was die *causa* nietig omdat die *causa* nie die direkte oorsaak vir die oordrag van eiendomsreg was nie. Kenmerke van die uitwendige abstraksie is dus by die Kommentatore aangetref aangesien nietigheid van die verbintenis (*causa*) nie verhinder het dat eiendomsreg deur *traditio* oorgedra is nie.

4. Die verdienste van die Kommentatore is daarin geleë dat hulle die standpunt verkondig het dat die grondslag of rede waarom eiendomsreg op die verkryger oorgaan indien uit hoofde van 'n putatiewe of 'n nietige ooreenkoms gelewer is, in die bedoeling van die vervreemder (die *consensus in translatione dominii*) gevind moet word. Dit is die direkte oorsaak. Dit het daartoe bygedra dat die rol en funksie van die voorafgaande verbintenis (*causa remota*) op die agtergrond geraak het (veral waar die ooreenkoms nietig was) en dat die klem vanaf die *causa* na die leweringshandeling (*traditio*) verskuif het, wat nou gesien word as die deurslaggewende ele-

148 Gordon *Traditio* 157.

149 Sien Delport *Lewering* 135. Die leer dat *traditio* wesenlik beheersverkryging is, is eers in die 16e eeu deur Donellus verkondig.

ment in die oordragsproses.[150] Sodoende word daar nou vier vereistes vir die oordrag van eiendomsreg gestel, naamlik: beskikkingsbevoegdheid, *traditio* (verskaffing van fisiese beheer), 'n *iusta causa* en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.

5. Dit beteken egter nog nie dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra ten volle van die *causa* losgemaak is nie. Daar was nog 'n duidelike band tussen die verskillende elemente, soos blyk uit die feit dat die begrippe *consensus propter contractum* en *consensus in translatione dominii* verwys na die bedoeling om eiendomsreg oor te dra wat reeds in die *causa* (*praecedens* of *remota*) opgesluit is. Die *iusta causa* is dus bloot die grondslag of oorsaak vir lewering, wat verklaar waarom die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.

6. Die Kommentatore het ook nie uitdruklik daarop aangedring dat daar wilsooreenstemming moes wees betreffende die oordrag en verkryging van eiendomsreg nie. Daar was nog geen sprake van 'n abstrakte saaklike ooreenkoms nie, wat inhoudelik slegs uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang bestaan het en wat onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms gefunksioneer het. Dit was oor die algemeen slegs die bedoeling van die vervreemder om eiendomsreg oor te dra wat beklemtoon is.

7. Die Kommentatore het nog nie gedink in terme van 'n abstrakte saaklike ooreenkoms wat gegrond is op wilsooreenstemming betreffende die oordrag van eiendomsreg nie. Die volgende faktore wys egter dat hulle die pad voorberei het vir latere ontwikkeling in hierdie rigting: die feit dat hulle erkenning verleen het aan *traditio per constitutum possessorium* waar die klousule *constituo me tou nomine possidere* in die koopakte opge-

150 Die grondslag vir die oordrag van eiendomsreg kan immers nie in die nietige *causa* geleë wees nie, maar die vervreemder kan wel die nodige bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra, selfs al is die *causa* nietig.

neem is;[151] die gepaardgaande gelykstelling van *traditio simplex* aan *traditio vera*; die verwerping van 'n objektief geldige *causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg; die beklemtoning van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra as die deurslaggewende faktor. Wat veral bemerkingswaardig is, is die feit dat die inhoudelike abstraksie 'n ontwikkeling is wat voortgespruit het uit die gedagte dat die *causa* nie objektief geldig hoef te gewees het nie (uitwendige abstraksie).

8. 'n Ander belangrike bydrae deur die Kommentatore is die feit dat hulle deurentyd geworstel het met die vraag waarom *traditio* vir die oordrag van *possessio* en eiendomsreg vereis word. Baldus[152] het byvoorbeeld die vraag gevra hoekom die ooreenkoms wat 'n hipoteek tot stand bring voldoende is om die saaklike reg te vestig sonder dat fisiese beheer verskaf word, maar 'n ooreenkoms om eiendomsreg oor te dra (soos byvoorbeeld 'n koopkontrak) nie voldoende is nie. Alhoewel sy antwoord nie bevredigend is nie,[153] is die blote feit dat die vraag gevra is van betekenis vir toekomstige ontwikkelinge.[154]

151 Dit wil sê waar die vervreemder in die koopakte bloot verklaar dat hy die saak voortaan namens die verkryger hou en laasgenoemde nooit fisies in beheer van die saak geplaas is nie.

152 Baldus *ad Codex* 2.3.20 n 11.

153 Sy antwoord was dat die verskaffing van fisiese beheer in geval van 'n hipoteek onnodig is, omdat daar reeds 'n persoonlike reg is. In geval van 'n kontrak om eiendomsreg oor te dra, bring die kontrak vir die eerste keer 'n nuwe reg tot stand.

154 Gordon *Traditio* 157-158.

HOOFSTUK 5

DIE HUMANISTE

5.1 Inleiding 271

5.2 Die verkryging van fisiese beheer 272
5.2.1 Die *corpus*-vereiste 272
5.2.2 Lewering by wyse van *traditio ficta* 274
5.2.3 Lewering by wyse van *constitutum possessorium* 276
5.2.4 Lewering by wyse van 'n akte (*traditio instrumentorum*) 277
5.2.5 Oordrag deur blote ooreenkoms 279
5.2.6 Samevatting 281

5.3 Uitwendige abstraksie - die *causa*-vereiste 282
5.3.1 Inleiding 282
5.3.2 Was 'n objektief geldige *causa* 'n vereiste? 282
5.3.3 Die teenstelling tussen *Digesta* 41.1.36 en 12.1.18 284
5.4 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 287
5.5 Samevatting 290

5.1 Inleiding

Daar word algemeen aanvaar dat die Middeleeue teen ongeveer 1500 geëindig het toe 'n nuwe tydvak onder invloed van die Humanisme aangebreek het. Die ontstaan van 'n nuwe denkrigting was te danke aan die aandag wat aan die Griekse en Romeinse kultuur, veral die taal en letterkunde, bestee is. Die mense het weer Grieks gelees, wat meegewerk het tot die herstel van Griekse vertalings van die *Digesta* en die *Codex*. Dit het ook die belangstelling in die Bisantynse regsbronne soos die *Basilica* aangewakker (*Graeca leguntur*). In die regswetenskap word daarna

gestreef om die Romeinse reg soos dit werklik daar uitgesien het weer te gee.[1] Gevolglik word daar terug beweeg na die tekste van die *Corpus Iuris Civilis* (*ad textum*), alhoewel dit geskied aan die hand van die geskrifte van die Middeleeuse juriste.[2] Dit het weer aanleiding daartoe gegee dat nuwe bronne gesoek word en dat betroubare gedrukte weergawes daarvan gemaak word (*ad fontes*).

Dit alles lei tot 'n nuwe kritiese benadering, waar die gevestigde waardes van die regswetenskap, naamlik die inhoud van die tekste en die metode wat tot dusver (deur die Kommentatore) toegepas is, bevraagteken word. Daar word ook daarna gestreef om die reg te sistematiseer. Dit was veral in Frankryk dat die Humanistiese regswetenskap 'n bloeitydperk beleef het.[3] In Italië was daar egter weinig behoefte aan die kritiese nuwe benadering en is vasgehou aan die tradisionele metode van die Kommentatore. Sodoende ontstaan daar in die sestiende eeu 'n teenstelling tussen die *mos Gallicus* en die *mos Italicus*.[4] In Duitsland ontwikkel 'n nuwe rigting in die regswetenskap wat as die *Usus Modernus Pandectarum* (die moderne gebruik van die *Digesta*) bekend gestaan het.[5] Soos wat die naam aandui, word daar klem gelê op die gebruik van die *Corpus Iuris Civilis* in die praktyk. Alhoewel dié beweging by die *mos Italicus* aanklank vind, het dit nietemin ook heelwat van die Humanisme oorgeneem.[6]

5.2 Die verkryging van fisiese beheer

5.2.1 Die corpus-*vereiste*

In die Romeinse reg is eiendomsreg oorgedra deur *traditio*, 'n fisiese leweringshandeling, mits dit op 'n *iusta causa* gegrond is. Ook die Humaniste het aanvaar dat verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) 'n noodsaaklike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was:

---

1 Dondorp en Schrage *Levering* 65.
2 Die historiese belang van die Humaniste is geleë in hulle verwerping van nie-Romeinse leerstukke. Gordon *Traditio* 159.
3 'n Belangrike stimulus vir die opkoms van die Franse juridiese Humanisme, was die Universiteit van Bourges waar vele beroemde Humaniste doseer het.
4 In Frankryk word daarna gestreef om die leidende rol op kultuurgebied van Italië oor te neem. Dondorp en Schrage *Levering* 65.
5 Sien die bespreking in hfst 8.
6 Baie geleerdes in Nederland het aan hierdie rigting behoort. Dondorp en Schrage *Levering* 66.

> Niemand verwerf 'n saak ooit deur sy eie handeling nie, maar slegs van die persoon aan wie se beheer en mag die saak onderworpe is (elkeen verkry 'n saak deur dit in ontvangs te neem, deurdat hy *possessio* of fisiese beheer bekom het); in die *ius gentium* kom eiendomsreg op hierdie wyse tot stand (*Digesta* 41.2.1 *pr*). Inderdaad is dit ook die posisie ten opsigte van iemand anders se saak, naamlik dat dit op geen ander wyse verkry kan word nie as dat die eienaar dit lewer.[7]

Die Glossatore[8] en Kommentatore[9] het aanvaar dat daar op twee maniere aan die *traditio* vereiste voldoen kon word, naamlik: (1) deurdat die verkryger daadwerklik fisies in beheer van die saak gestel word (*apprehensio*) en (2) selfs al word die verkryger nie werklik fisies in beheer van die saak gestel nie,[10] deurdat een of ander feitelike leweringshandeling uitgevoer word, soortgelyk aan 'n handeling waardeur *possessio* verskaf word.[11] Die Glossatore en die Kommentatore het op *Digesta* 23.5.16 gesteun as regverdiging vir hulle standpunt. Volgens hulle het die vrou eiendomsreg in 'n stuk grond by wyse van *traditio* aan haar man oorgedra, terwyl dit fisies in beheer van iemand anders was. Die gedagte dat *possessio* en eiendomreg oorgedra kan word sonder dat daadwerklike fisiese beheer verskaf word, word ook nog in die sestiende eeu by sommige Humaniste, soos byvoorbeeld Donellus aangetref.[12] Baie ander Humaniste het hierdie dubbele betekenis van die term *traditio* egter verwerp en die standpunt ingeneem dat eiendomsreg slegs oorgedra kan word indien daadwerklike fisiese beheer aan die verkryger verskaf is. Die eienaar wat nie fisies in beheer van die saak is nie, kan dus nie eiendomsreg oordra nie. Cujacius was van oordeel dat die verkryger werklik fisies in beheer gestel moet word:

> Titius is in besit van my saak wat ek aan jou verkoop het. Jy wil hê dat dit aan jou gelewer word, maar dit is nie vir my moontlik nie omdat Titius dit in sy besit het en hy dit nie aan my wil teruggee nie. Hy voer aan dat hy nie verplig is om die saak aan my terug te gee nie, met die gevolg dat hy 'n ge-

7 Donellus *Iure* Civili 4.17 (eie vertaling): "Nunquam quemquam facto suo rem acquirere nisi cuius potestati et manui res subjecta (quod ita consequitur quisque si eam ceperit, si eius possessionem vel corporalem sit nactus); atque hinc iure gentium nasci dominium (*D*.41.2.1 pr). Iam vero id in re aliena non fit aliter, quam si dominus eam tradiderit".

8 Sien die bespreking in hfst 3.5.3.

9 Sien die bespreking in hfst 4.4.2.

10 Bv omdat die vervreemder-eienaar nie fisies in beheer van die saak is nie.

11 Dondorp en Schrage *Levering* 72 (hulle onderskei tussen die twee situasies deur te praat van oorhandiging van die saak en die verskaffing van besit).

12 Donellus *Iure Civili* 4.19. Dit word selfs in die 17e eeu nog aangetref by skrywers soos Ulrik Huber en Arnold Vinnius. Sien die bespreking in hfst 7.

skil betreffende eiendomsreg op die saak bewerkstellig. Wat moet nou gebeur? Odofredus gee die raad dat ek en jy die oomblik moet afwag waarop hy (Titius) uitgaan om sy perd te laat water suip. Dan moet ek die leisels gryp en die perd in jou hand oorgee. Die perd word geag aan jou gelewer te wees. Maar dit is onsin omdat *traditio* oordrag van *possessio* is. Op bogenoemde wyse is niks gelewer nie. Nóg *possessio* nóg eiendomsreg is oorgedra, omdat iemand anders fisies in beheer van die saak is. ... Eiendomsreg word verkry deurdat *possessio* verskaf word en nie deur regswerking nie.[13]

5.2.2 Lewering by wyse van van traditio ficta

Alhoewel die verskaffing van fisiese beheer 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was, wil dit nie sê dat die verkryger die saak daadwerklik moes hanteer nie. Soos die Glossatore[14] en Kommentatore,[15] het ook die Humaniste die vorme van lewering waar fisiese aanraking slegs in 'n verswakte vorm aanwesig was erken, naamlik: *traditio brevi manu, longa manu* en *per constitutum possessorium*. Eiendomsreg en *possesio* kon oorgedra word of deur *traditio vera*, of deur *traditio ficta*.[16] Die Humaniste het die toepassingsgebied van *traditio ficta* egter uitgebrei deurdat hulle die volgende gevalle bygevoeg het tot daardie wat deur hulle voorgangers opgegee is, naamlik: waar eiendom met die geld van 'n minderjarige, 'n pupil, die kerk of 'n soldaat aangekoop is.[17]

Tot op hierdie stadium van die regsontwikkeling, was die begrip *traditio ficta* gegrond op 'n eng definisie van die *corpus*-element as vereiste vir die verkryging van *possessio*. Hiervolgens moes die saak wat gelewer word werklik aangeraak of hanteer word (*apprehensio*). In daardie gevalle waar *possessio* oorgedra is sonder dat daar van 'n fisiese aanraking sprake was, is van 'n fiksie gebruik gemaak om die verkryging van *pos-*

13 Cujacius *ad Codex* 3.2 (eie vertaling): " ... rem meam possidet Titius, vendidi eam tibi, vis eam tibi tradi, non est in mea potestate ut tradam, quia eam possidet Titius, qui eam mihi non vult reddere, et contendit eam mihi non reddi debere, ut controversiam dominii faciat: quid fiet? Consilium dat Odofredus, ut tu et ego observemus tempus, quo egreditur ad aquandum equum, et ego apprehensis habenis eum tradam in manum tuam, et tunc statim sic fieri, ut videar equum tibi tradidisse, quod est ineptum: quia traditio est possessionis translatio, et ita nihil traditum est: non est translata possessio, quia penes alium manet possessio, ita nec dominium; ... dominium acquiritur per traditionem possessionis, non ipso jure".

14 Sien die bespreking in hfst 3.5.4.

15 Sien die bespreking in hfst 4.4.3.

16 Gordon *Traditio* 159; Dondorp en Schrage *Levering* 74. Aangesien die Glossatore en Kommentatore in hierdie verband min afgewyk het van die *Corpus Iuris Civilis*, was dit vir die Humaniste (met hulle ingesteldheid van terug na die bronne) maklik om bloot in hulle voetspore te volg.

sessio te verduidelik. Een of ander fisiese element was egter steeds aanwesig om die fiksie te regverdig (byvoorbeeld teenwoordigheid, aanraking met die oë, fisiese beheer deur 'n verteenwoordiger, ensovoorts). Donellus[18] en ander skrywers het die *corpus*- begrip egter sodanig uitgebrei, dat werklike fisiese aanraking of betreding van die saak nie meer 'n vereiste vir die verkryging van *possessio* of eiendomsreg was nie. Dit was voldoende indien die verkryger mag oor die saak verkry het (*potestas*) deurdat hy dit aan sy beheer onderwerp het. As gevolg van hierdie wye definisie was dit nie meer nodig om die uitsonderlike gevalle van *traditio* met 'n fiksie te regverdig nie, want dit word nou binne die trefwydte van *apprehensio* tuisgebring.[19] Die uitbreiding van die *corpus*-vereiste kan toegeskryf word aan die Humaniste se benadering tot die *Corpus Iuris Civilis*, wat nie so teksgebonde was nie en ook hulle strewe na die sistematisering van die reg.[20] Donellus het dus die wesenskenmerk van *traditio* (die *corpus possessionis*) gesien as beheer oor 'n saak. Fisiese aanraking of kontak met die saak is in beginsel nie meer 'n vereiste vir *traditio* nie.[21]

Verdere ontwikkeling op die terrein van *traditio ficta* het plaasgevind deurdat sommige skrywers[22] simboliese lewering[23] as 'n voorbeeld van *traditio longa manu* erken het ('n ontwikkeling waarvan die kiem reeds by hulle voorgangers bespeur kon word).[24] Daar was egter nie eenstemmigheid betreffende die grondslag van simboliese lewering nie. Sommige skry-

17 Sien Gordon *Traditio* 160 vir verdere voorbeelde.

18 Donellus *Iure Civili* 4.18.

19 Donellus *Iure Civili* 5.9 en 5.18 aanvaar bv dat die verskaffing van fisiese beheer nie in geval van *traditio brevi manu* nodig is nie. Raadpleeg Gordon *Traditio* 165-166, 168-169.

20 Donellus het in die Nederlande aanhang gevind by Beyma, Zoesius en Gerhard von Tuningen. Althusius het Donellus se leer gekombineer met simboliese lewering. Sien die bespreking in Gordon *Traditio* op 170.

21 Sy siening word in die Suid-Afrikaanse regspraak gehandhaaf. Sien Delport *Lewering en Registrasie* 135.

22 Soos bv Rittershausen *ad Institutiones* 2.1.40, 44 en 45. Verder Gordon *Traditio* 166-167.

23 Waar 'n voorwerp wat dien as simbool van die saak wat oorgedra word, in plaas van daadwerklike fisiese beheer van die saak self, oorgedra is.

24 Wat *traditio brevi manu* betref, was daar nie juis sprake van enige nuwe ontwikkelings nie. Faber *De erroribus* Dec 75 *error* 4 was van oordeel dat *traditio brevi manu* verklaar moet word as 'n verandering in die oorsaak van besit waardeur 'n dubbele lewering uitgeskakel word. Donellus *Iure Civili* 4.185 was van oordeel dat

wers het geargumenteer dat die voorwerp wat oorgedra word (soos die sleutels van die gebou) die saak voorstel, ander dat dit 'n simbool van die saak is en selfs dat oorhandiging van die voorwerp 'n simbool van die leweringshandeling was.[25] Nieteenstaande die erkenning van simboliese lewering is geen pogings egter aangewend om die leer tot sy volle konsekwensies deur te voer nie, want dan sou daar toegegee moes word dat die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) nie werklik nodig is nie. Dit sou weer strydig wees met die beginsels van die Romeinse reg, wat hulle juis nagestreef het.[26] Simboliese lewering was vir hulle niks meer nie as bloot net een van die buitegewone gevalle van *traditio* wat in die bronne aangetref word en wat by hulle sistematiek ingepas moes word.[27]

5.2.3 Lewering by wyse van constitutum possessorium

Wat *constitutum possessorium* aanbetref, vind ontwikkeling plaas deurdat die *causae detentiones* uitgebrei word om byvoorbeeld ook *depositum, commodatum, administratio* en gebruiksreg in te sluit.[28] Nogtans word 'n mate van teenkanting teen *constitutum possessorium* by sommige Humaniste bespeur. Giphanius[29] was byvoorbeeld van oordeel dat slegs *constitutum* met 'n *causa* geldig was (hy het dus *constitutum simplex* verwerp).[30] Nieteenstaande hierdie teenkanting, het die meeste skrywers die Kommentatore nagevolg.[31] Donellus[32] het *constitutum simplex*, sowel as *constitutum* met 'n *causa*, erken en beskou *constitutum possessorium* as 'n geval waar *possessio* en eiendomsreg deur 'n verteenwoordiger verkry

---

traditio nie in geval van *traditio brevi manu* nodig was nie omdat die verkryger reeds *potestas* het. Sien Gordon *Traditio* 165-166, 169.

25 Raadpleeg Gordon *Traditio* 166-167.

26 Die Humaniste het gepoog om die Romeinse reg in sy oorspronklike vorm weer te gee en nie soos wat dit deur die eeue ontwikkel het nie. Daarom was hulle nie gaande oor hierdie wyse van lewering nie.

27 Sien Gordon *Traditio* 167.

28 Vir verdere voorbeelde sien Gordon *Traditio* 161-162.

29 Giphanius *ad Digesta* 39.5.10 n 7.

30 Waar geen *causa detentionis* was nie. Sien die bespreking in hfst 3.5.4, 3.5.6 en 4.4.4 in verband met hierdie begrip. Daar bestaan egter nie eenstemmigheid oor wat Giphanius se standpunt presies was nie. Biermann *Traditio Ficta* 175 is van oordeel dat hy *constitutum possessorium* geheel en al verwerp het, maar Gordon meen dat hy slegs *constitutum simplex* verwerp het. Sien die bespreking in Gordon *Traditio* 163-164.

31 Sien die bespreking in hfst 4.4.4.

32 Donellus *Iure Civili* 4.18.

word.[33] Daar is dus wel 'n fisiese element teenwoordig. Baie skrywers het *constitutum possessorium* beskou as 'n kontrak, of as 'n aksessore ooreenkoms wat die lotgevalle van die hoofooreenkoms volg.[34]

Soos hierbo aangetoon is, was die Humaniste daaroor eens dat *traditio ficta* nie meer van *traditio vera* onderskei kon word nie. Dit beteken dat indien die verkoper 'n saak by wyse van *constitutum possessorium* fiktief aan die koper lewer en daarna die saak aan 'n tweede koper verkoop en hom daadwerklik fisies in beheer van die saak stel, die eerste koper teen die tweede koper beskerm moet word. Hy het immers *possessio* deur *constitutum* verkry en dit staan in geen opsig terug vir *possessio* wat deur die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer verkry is nie (die gevolge van *traditio ficta* en *traditio vera* was dieselfde). Dit is ook hoe die Humaniste die tekste uit die *Corpus Iuris Civilis*, waar van 'n dubbele lewering sprake is, geïnterpreteer het. *Traditio ficta* het dus voorrang geniet bo 'n latere verskaffing van daadwerklike fisiese beheer. Die belangstelling virhierdie probleem in die literatuur was egter uiters gering.[35]

5.2.4 Lewering by wyse van 'n akte (traditio instrumentorum)

Die Humaniste het oordrag van *possessio* of eiendomsreg ook toegelaat indien 'n *constitutum possessorium*-klousule in die koopakte opgeneem is.[36] Indien so 'n klousule nie uitdruklik in die akte opgeneem is nie, was min skrywers bereid om toe te gee dat oordrag plaasgevind het.[37] Dié idee word uitdruklik deur Faber verwerp:

> Anders sou jy met dieselfde redenasie tot die gevolgtrekking kom dat die *constitutum*-klousule wat gewoonlik veral in pandkontrakte ingevoeg word,

33 Donellus *Iure Civili* 4.10. Raadpleeg verder Gordon *Traditio* 164 vn 4 en 165.
34 Sien bv Zasius *ad Digesta* 41.2.18 *pr* en Contius *Iuris Civilis* 1.13.
35 Dit word wel aangespreek deur Corasius en Cujacius, maar hulle stel slegs die gebruiklike oplossing voor, naamlik dat die gevolge van *traditio ficta* dieselfde is as dié van *traditio vera*. Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 77.
36 So 'n klousule is gewoonlik soos volg bewoord: "Ek verklaar dat ek fisiese beheer namens jou uitoefen". Soos wat reeds aangetoon is, het Giphanius *constitutum simplex* egter verwerp. Cujacius *ad Codex* 8.9 was weer van oordeel dat 'n *constitutum*-klousule nie in geval van skenkings moontlik was nie, die vervreemder moes vir homself 'n reg van vruggebruik voorbehou het. Hierdie wyse van oordrag van *possessio* en eiendomsreg (*retentio ususfructus*) was egter omstrede.
37 Van die Glossatore was wel bereid om so 'n klousule in te lees. Sien die bespreking in hfst 3.5.4 en 3.5.6.

> altyd as bygevoeg geag moet word. Dit is heeltemal onjuis en selfs die praktisyns ontken dit nie.[38]

Die probleem word ook deur Corasius aangespreek. Hy wys daarop dat die klousule in die akte die bedoeling van die partye moet weergee. Indien die klousule slegs deur die gewoonte van die notaris in die akte ingevoeg word, sonder dat die partye daarvan bewus is dat daardeur gelewer word, gaan eiendomsreg nie oor nie. Dit is dus deurslaggewend of die partye so 'n klousule in die akte wil opneem:

> En ek sou nie ongeneë wees om hierdie standpunt van hom te aanvaar nie, veral vir daardie gevalle waar dit vasstaan dat die *constitutum*-klousule volgens die gebruik van notarisse, eerder as op grond van die wil van die partye opgeneem is, veral as die verkoper waarskynlik onkundig was oor die reg omdat dit 'n minderjarige, 'n vrou of 'n boer is. Dan sou die klousule wat deur die notaris in die akte opgeneem is geen regsgevolge hê nie. Dieselfde geld wanneer daar tekens van bedrog by die vroeër ooreenkoms bespeur kan word, aangesien *traditio ficta*, wat vermoed word 'n skynhandeling te wees wanneer daar sprake van bedrog is, nie eiendomsreg oordra nie.[39]

Aanwesigheid van die saak was al sedert die dertiende eeu nie meer in geval van *constitutum possessorium* nodig nie,[40] maar Faber vereis weer opnuut dat oordrag van *possessio* en eiendomsreg in al die gevalle van *traditio ficta*, ook wanneer 'n *constitutum*-klousule in die akte opgeneem is, slegs kan plaasvind in teenwoordigheid van die saak.[41] Daardeur het hy die bruikbaarheid van *traditio simplex* erg aan bande gelê. Dit is verdere getuienis van die weersin wat die Humaniste in *constitutum possessorium* gehad het.

---

38 Faber *De erroribus* Dec 1 *error* 1.6 (eie vertaling): "Alioqui eadem ratione inferas clausulam constituti, quod in contractibus praesertim pignoratiis adiici soleat, pro adiecta semper habendam esse, quod tamen falsissimum est nec pragmatici ipsi diffidentur".

39 Corasius *ad Codex* 3.32.15 (eie vertaling): "Et horum ego sententiam, non invitus amplecterer, ubi constaret clausulam constituti, ex tabellionum more, magis quam ex contrahentium voluntate scriptam, praesertim si venditor ius probabiliter ignoraret, quia minor, mulier, aut rusticus: nec esset eidem clausulae potestas, per tabellionem exposita. Idemque probarem, ubi prior contractus in aliquam fraudis suspitionem veniret, quandoquidem ficta traditio, quae simulata praesumitur, ubi fraudis coniectura subest, non transfert dominium" (aanhaling in Dondorp en Schrage *Levering* 77 vn 19).

40 Die Glossatore het hierdie vereiste uit 'n aantal tekste in die *Corpus Iuris Civilis* afgelei, maar het dit deur interpretasie ongedaan gemaak. Sien die bespreking in hfst 3.5.6.

41 Faber *De erroribus* Dec 75 error 1-8. Dit is egter nie duidelik of teenwoordigheid van die saak ook in geval van *constitutum* met 'n *causa detentionis* vereis is nie. In elk geval was sommige skrywers van oordeel dat oordrag selfs in afwesigheid van

Dit wil voorkom asof sommige[42] Humaniste van oordeel was dat oordrag van *possessio* en eiendomsreg (mits aan die ander vereistes vir oordrag van eiendomsreg voldoen is) wel *per traditionem instrumentorum* kon geskied en ook dat dit moontlik was om die koopakte oor te dra, in plaas daarvan om daadwerklike fisiese beheer te verskaf:[43]

> Daar moet op gelet word dat 'n derde sonderlinge wyse van verkryging van *possessio* en eiendomsreg in die keiserlike konstitusies erken is: deur oorhandiging van die koopakte waardeur die saak wat gelewer word, gekoop is, word die saak self geag gelewer en oorgedra te wees. *Codex* 8.53(54).1.[44]

Sommige skrywers, byvoorbeeld Donellus,[45] was van oordeel dat die akte die saak verteenwoordig, terwyl ander[46] weer van oordeel was dat die akte of titel die reg bevat en daarom net so goed soos die saak self is. Volgens Dondorp en Schrage[47] moes beide die akte wat aan die verkoper (vervreemder) oorhandig is toe hy die saak gekoop het (en waardeur sy beskikkingsbevoegdheid bewys kan word), sowel as die koopakte wat tussen die vervreemder en die verkryger opgestel is (waardeur hy kan bewys dat die saak aan hom *per constitutum possessorium* gelewer is), oorhandig word. Beide aktes gesamentlik het die saak versimboliseer en beide moes gelewer word.

5.2.5 Oordrag deur blote ooreenkoms

Uit die bespreking hierbo het dit geblyk dat die Humaniste, soos hulle voorgangers en in ooreenstemming met die beginsels van die Romeinse reg, aanvaar het dat lewering 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg

---

die saak kon geskied. Sien die bespreking in Gordon *Traditio* 162-163; Dondorp en Schrage *Levering* 74-75.

42 Gordon *Traditio* 167-168 meen dat die meeste Humaniste wel *traditio instrumentorum* goedgekeur het.

43 Dit is egter nie duidelik of oorhandiging van die akte die plek van fisiese beheer ingeneem het nie. Die akte verskaf slegs bewys dat lewering *per constitutum possessorium* plaasgevind het, en die persoon wat die akte in sy besit het, kan die saak opeis van enigeen wat fisies in beheer is. Sien Dondorp en Schrage *Levering* 75.

44 Donellus *Iure Civili* 4.18 (eie vertaling): "Tertium genus adipiscendae possessionis, et dominii singulare notandum est receptum constitutionibus, ut traditis emptionum instrumentis, quibus *res quae traditur, empta est, ipsa res tradita simul, et translata* intelligatur, C.8.53(54).1". Sien ook Faber *De erroribus* Dec 75 *error* 1-8; Faber *ad Digesta* 6.1.46; Cujacius *Observationum* 4.3. Verder Gordon *Traditio* 167-168.

45 Donellus *Iure Civili* 5.9.

46 Gordon *Traditio* 168 verwys na Covarruvias *Ex iure* 3.16.2.

47 Dondorp en Schrage *Levering* 75-76.

was. Lewering het vir hulle ook uit twee elemente bestaan, naamlik *corpus et animus*. Die *corpus*-element het in beginsel verwys na die verskaffing van werklike fisiese beheer (*traditio vera*), maar hulle het ook aanvaar dat eiendomsreg kon oorgaan indien die saak nie werklik fisies hanteer is nie (*traditio ficta*). Die bespreking het nietemin aan die lig gebring dat die Humaniste al hoe meer weg beweeg het van die beginsel dat die daadwerklike verskaffing van fisiese beheer 'n vereiste vir die verkryging van *possessio* en eiendomsreg was. Dit is onder andere duidelik uit die feit dat die verkryging van beheer oor die saak voldoende was om die *corpus*-vereiste te bevredig, wat weer tot gevolg gehad het dat die onderskeid tussen *traditio vera* en *traditio ficta* vervaag het en dat *traditio ficta* nie meer as die uitsondering beskou is nie.[48] Die afleiding dat die Humaniste baie naby gekom het aan oordrag deur blote ooreenkoms (konsensuele eiendomsoordrag), is dus heeltemal geregverdig. Hierdie indruk word ook deur die volgende faktore versterk:

(a) Zasius het uitdruklik gesê dat daardie gevalle waar *possessio* sonder verskaffing van daadwerklike fisiese beheer verkry is, neerkom op verkryging *solo animo*.[49]

(b) Tolosanus[50] het die standpunt verkondig dat lewering noodsaaklik was, slegs omdat dit die bedoeling van die vervreemder om eiendomsreg oor te dra bevestig, of omdat dit dien as bewys van sy bedoeling.[51]

(c) Baie skrywers het *constitutum possessorium* as 'n kontrak beskou, of as 'n aksessore ooreenkoms wat die lotgevalle van die hoofooreenkoms volg.[52] Veral in daardie gevalle waar 'n *constitutum*-klousule in die kontrak opgeneem is en in geval van *constitutum simplex*, is dit

48 Vroeër is vereis dat daar in geval van *traditio ficta* een of ander fisiese element aanwesig moes wees (bv teenwoordigheid van die saak), maar die Humaniste het daarvan afgesien. Die vestiging van beheer of kontrole was ook in geval van *traditio ficta* voldoende.

49 Zasius *ad Digesta* 41.2.3 *pr*.

50 Tolosanus *Syntagma* 20.10.9 (in Gordon*Traditio* 161).

51 Sien Gordon *Traditio* 160-161; Biermann *Traditio Ficta* 178-179.

52 Sien bv Zasius *ad Digesta* 41.2.18 *pr* en Contius *Iuris Civilis* 1.13. Sien ook Dondorp en Schrage *Levering* 74.

moeilik om te ontken dat eiendomsreg bloot deur ooreenkoms oorgedra is.

(d) Die algemeen aanvaarde standpunt was dat lewering kon plaasvind deur oorhandiging van die koopakte in plaas daarvan om werklike fisiese beheer oor te dra.

(e) Mudaeus[53] het aanvaar dat eiendomsoordrag deur ooreenkoms oorgaan in die uitsonderlike geval waar oordrag plaasgevind het deur 'n inskrywing in 'n *societas omnium bonorum*.[54]

5.2.6 Samevatting

Die volgende faktore het daartoe meegewerk dat die begrip *traditio* sy betekenis in die sin van die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer verloor het: die feit dat die Humaniste nie so teksgebonde was nie, hulle begeerte om die klassieke Romeinse reg te herstel, hulle strewe na die sistematisering van die reg, die gebruik van die begrippe *beheer* of *kontrole* in geval van oordrag by wyse van *traditio ficta*, die ontwikkeling van simboliese lewering en die feit dat *traditio* beskryf is as die verklaring of bevestiging van die bedoeling van die vervreemder om eiendomsreg oor te dra. Dit, tesame met die ander faktore waarna hierbo verwys is, skep die indruk dat die Humaniste die standpunt ingeneem het dat eiendomsreg as algemene reël *solo animo* oorgedra kon word, wat weer baie naby kom aan konsensuele eiendomsoordrag. Daar kan egter nie met duidelikheid gesê word dat die Humaniste die *animus*-element met 'n selfstandige ooreenkoms geassosieer het nie, wat inhoudelik bestaan het slegs uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[55] Dit wil tog voorkom of hulle huiwerig was om af te sien van die verskaffing van fisiese beheer as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg. Baie skrywers het byvoorbeeld ontken dat eiendomsoordrag *solo animo* kon geskied. Donellus[56] het byvoorbeeld daarop gewys dat selfs in geval van *traditio brevi manu* daar tog 'n fisiese element aanwesig was

53 Mudaeus *ad Digesta* 17.2.1 en 2.
54 Sien Gordon *Traditio* 164-165.
55 Die vraag of daar by die Humaniste van 'n saaklike ooreenkoms sprake was, word hier onder by hfst 5.4 aangespreek.
56 Donellus *Iure Civili* 5.9 en 5.18. Sien Gordon *Traditio* 165-166.

as in aanmerking geneem word dat die verkryger op die tydstip waarop oordrag plaasgevind het, wel fisies in beheer was. Voorts wil dit voorkom of daar oor die algemeen 'n teenkanting teen *constitutum possessorium* was. Daardie skrywers wat dit wel aanvaar het, het een of ander fisiese element vereis.[57] Die bydrae van die Humaniste in hierdie verband is nietemin daarin geleë dat hulle die weg voorberei het vir die Natuurreg, waar die standpunt verkondig is dat die verskaffing van werklike fisiese beheer (*traditio*) nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie en dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms oorgedra kan word.[58]

5.3 Uitwendige abstraksie - die *causa*-vereiste[59]

5.3.1 Inleiding

Die gangbare opvatting by die Humaniste betreffende die *causa*-vereiste stem ooreen met die standpunt wat deur die Glossatore en Kommentatore ingeneem is.[60] Die *iusta causa traditionis* wat deur die tekste vereis word, is die voorafgaande verbintenis of *causa remota* wat verklaar hoekom die vervreemder die saak lewer (dit is die agterliggende rede of oorsaak vir lewering). Dit moet onderskei word van die *causa efficiens*, wat die direkte rede is waarom eiendomsreg deur lewering oorgaan. Hierdie rede word gevind in die bedoeling van die vervreemder. Eiendomsreg gaan deur lewering op die verkryger oor omdat die vervreemder dit so wil hê. Die vraag wat vir die onderhawige ondersoek na die kenmerke van 'n abstrakte stelsel van belang is, is of die Humaniste 'n objektief geldige *causa* vereis het, al dan nie? Wat was die algemene reël in hierdie verband?

5.3.2 Was 'n objektief geldige causa *'n vereiste?*

Daar was nie eenstemmigheid onder die Humaniste betreffende die vraag of die *causa* objektief geldig moet wees nie. Donellus het die standpunt ingeneem dat die *causa* nie geldig hoef te wees nie. Eien-

---

57 Soos bv Donellus wat gemeen het dat mens hier te doen het met uitoefening van fisiese beheer deur 'n verteenwoordiger en Faber wat vereis dat oordrag by wyse van *constitutum possessorium* slegs in teenwoordigheid van die saak kon plaasvind.

58 Sien Gordon *Traditio* 170-171. Sien hfst 9 vir 'n bespreking van die Natuurreg.

59 Sien hfst 1.6.2 en 10.4 ivm die betekenis van die begrip *uitwendige abstraksie.*

domsreg het oorgegaan, selfs al het die ooreenkoms wat die partye hulle voorgestel het, nie werklik bestaan nie, solank as wat elkeen van die kontrakspartye vir homself 'n ooreenkoms voorgestel het wat geskik was om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig. 'n Putatiewe *causa* was dus voldoende om eiendomsreg oor te dra. Die implikasie is dat eiendomsreg in beginsel kon oorgaan, selfs al was die *causa* nietig. Soos hier onder aangetoon sal word, was die deurslaggewende vraag of die partye die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra. Die vervreemder kan immers steeds die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra, selfs al bestaan daar geen verpligting om eiendomsreg oor te dra nie.[61] Donellus se standpunt blyk duidelik uit die volgende aanhaling:

> Want as die voorafgaande *causa* bloot vereis is om die wil van die vervreemder daaruit af te lei, dan moet ons sê dat hy – op watter wyse dit nou ook vasgestel kan word dat iemand die bedoeling het om sy saak oor te dra – eiendomsreg oorgedra het indien hy die saak gelewer het, selfs al is daar geen geldige *causa* uit hoofde waarvan die saak gelewer word nie. ... Want die bedoeling, wat sekerlik as noodsaaklik beskou behoort te word, bly nog altyd voortbestaan ... En ons vra net of hy wil, nie of hy regsgeldig wil nie.[62]

Daarteenoor het Cujacius 'n standpunt ingeneem wat direk strydig was met dié van Donellus.[63] Hy was van oordeel dat lewering slegs oordrag van eiendomsreg tot gevolg het, indien dit uit hoofde van 'n objektief geldige *causa* plaasgevind het. Die gedagte dat eiendomsreg oorgaan ook indien daar uit hoofde van 'n putatiewe *causa* gelewer word, word verwerp.[64] Donellus baseer sy standpunt op *Digesta* 41.1.31 *pr* waarvolgens eiendomsreg nie deur blote *traditio* oorgedra kan word nie:

> Indien die verkoper die saak nieteenstaande die koopkontrak met die koper aan 'n tweede koper lewer, gaan eiendomsreg ook nie deur *traditio* oor nie, want daar is dan slegs sprake van blote lewering (*nuda traditio*). Accursius

60 Sien die bespreking in hfst 3.6 en 4.5.

61 Fuchs *Iusta Causa* 60-61; Dondorp en Schrage *Levering* 77; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 78-79.

62 Donellus *Iure Civili* 4.16 (eie vertaling): "Nam si causa praecedens requiritur solum ut hinc declaretur voluntas transferentis: dicendum est, quocumque alio modo constare poterit, voluisse quem rem suam transferre, etiamsi vera causa non subesset: si tradiderit, nihilominus transtulisse. ... Semper enim manet voluntas, quam ratam haberi oportet ... Et nos, an velit, non, quam, iuste velit, quaerimus".

63 Anders as Donellus het hy nie 'n metodies-sistematiese werkswyse gevolg nie, maar eerder 'n eksegetiese metode (getroue teksuitleg). Sodoende het hy nou aansluiting gevind by die Romeinse reg.

64 Sien Fuchs *Iusta Causa* 64; Dondorp en Schrage *Levering* 78; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 80.

> se siening, naamlik dat eiendomsreg uit hoofde van 'n nietige kontrak oorgaan, gaan nie op nie, want dit is onjuis. As die kontrak nietig is het blote lewering ook geen regsgevolg nie.[65]

In teenstelling met Donellus wat die *causa*-vereiste tot 'n groot mate gesubjektiveer het, het Cujacius die *causa* gesien as 'n objektiewe voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg. Lewering moes uit hoofde van 'n geldige voorafgaande verbintenis plaasvind. Anders as wat by Donellus die geval was, het hy nie besondere klem op die bedoeling van die kontrakspartye gelê nie.[66] Nieteenstaande Cujacius se standpunt, was die algemeen aanvaarde siening onder die Humaniste dat die *causa* nie objektief geldig hoef te wees nie en dat 'n putatiewe *causa* voldoende is om eiendomsoordrag te bewerkstellig.

5.3.3 Die teenstelling tussen Digesta 41.1.36 en 12.1.18

Die verskillende standpunte onder die juriste van die sestiende eeu met betrekking tot die *causa*-vereiste, word ook weerspieël in hulle verklarings vir die teenstrydigheid tussen *Digesta* 12.1.18 *pr* en *Digesta* 41.1.36.[67] Afhangende van watter standpunt ingeneem word ten opsigte van die *causa*-vereiste, word voorkeur gegee aan die een of die ander van die twee tekste.

In *Digesta* 12.1.18 *pr* het die gebrek aan eensgesindheid betreffende die *causa* tot gevolg dat eiendomsreg nie oorgaan nie, terwyl eiendomsreg in *Digesta* 41.1.36 onder soortgelyke omstandighede wel oorgaan. Volgens Donellus gaan eiendomsreg in laasgenoemde teks oor omdat daar 'n reeds bestaande en geldige verbintenis was. Alhoewel die woorde *magisque nummos accipientis non fieri* ("die munte het nie van die verkryger geword nie") in *Digesta* 12.1.18 *pr* oënskynlik met *Digesta* 41.1.36 in stryd is, moet die Ulpianus-teks eerder in 'n ekonomiese as in 'n juridiese sin verstaan word. Alhoewel eiendomsreg aanvanklik wel op die verkryger oorgegaan het, toon die woorde aan dat eiendomsreg uiteindelik nie

---

65 Cujacius *ad Codex* 4.50 (eie vertaling): "Non acquiritur etiam dominium per traditionem alteri cui emit ille, si venditor alteri tradat eadem ratione, quia nuda est traditio, cum emptio alteri facta. Non valet: falsum est enim, quod tentat Accursius ex inutili contractu dominium adquiri per traditionem: nam si inutilis est contractus, ergo et nuda traditio".

66 Sien Fuchs *Iusta Causa* 64; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 80.

67 Raadpleeg die bespreking in hfst 2.4.4.4.2, 3.6.4 en 4.5.3.

by die verkryger berus nie omdat die vervreemder die saak teruggevorder het.[68]

Die standpunt dat eiendomsreg slegs oorgaan indien die *causa* objektief geldig is, lê ook ten grondslag van Cujacius se oplossing vir die teenstrydigheid tussen die twee *Digesta* tekste. Hy aanvaar dat Julianus van oordeel was dat 'n geldige lening tot stand gekom het, terwyl Ulpianus weer van oordeel was dat daar geen lening was nie. Julianus het volgens hom 'n geldige lening, en nie 'n geldige skenking nie, as *iusta causa traditionis* aanvaar, omdat die oordraggewer eiendomsreg onherroeplik en sonder voorbehoud wou oordra, terwyl die verkryger eiendomsreg aanvaar het in die geloof dat hy die geld sal moet terugbetaal. Dit wys net hoe streng Cujacius aan die *causa*-vereiste vashou. Vergelyk die volgende opmerkings in hierdie verband:

> In werklikheid verwys Ulpianus daarna in hierdie woorde: 'Julianus skryf dat dit geen skenking is nie.' Julianus het dus ontken dat daar enige skenking is: indien ek die geld gegee het met die bedoeling om te skenk, maar jy ontvang dit as sou dit 'n lening wees, het hy gesê dat dit nie bloot 'n skenking is nie. Hy het nie die bedoeling van die gewer in ag geneem nie. Daaruit het hy afgelei dat Julianus baie duidelik geskryf het dat die geld 'n lening was as die bedoeling van die verkryger nagegaan is aangesien hy ontken dat dit slegs 'n skenking is, maar nie ontken dat dit 'n lening is nie. ... En Ulpianus sê inderdaad nie dat hy verseker weet nie, maar dat hy 'dink en van mening is', – dié uitdrukking gebruik ons skrywers as 'n saak twyfelagtig is. Ulpianus sê dat dit nóg 'n skenking nóg 'n lening is. Julianus sê dat dit nou wel nie 'n skenking is nie, maar dat dit 'n lening is ...[69]

By gebrek aan *consensus* kom geen ooreenkoms tot stand nie (nóg 'n lening nóg 'n skenking), daarom gaan eiendomsreg ook nie oor nie. Maar sodra die ontvanger die munte verbruik het, word die gebrek aan wilsooreenstemming daardeur reg gestel en gaan eiendomsreg tog oor op grond van vermenging:

> Hieruit volg dat die muntstukke deur latere gebeure geag word die eiendom van die verkryger te geword het, as't ware op grond van verbruikleen. Ook

68 Sien Fuchs *Iusta Causa* 60-61; Dondorp en Schrage *Levering* 79.

69 Cujacius *ad Digesta* 41.1.36 (eie vertaling): "Id vero refert (sc. Ulpianus) his verbis, Julianus scribit donationem nullam esse. Julianus ergo negavit donationem ullam esse: si pecuniam dedi quasi donaturus, tu quasi mutuam accepisti, negavit hoc tantum donationem esse, non inspexit mentem dantis. Unde innuit, non obscure Julianum scripsisse mutuam pecuniam esse inspecta opinione accipientis, quoniam negat tantum donationem esse, sed non negavit mutuam esse ... Et ait quidem Ulpianus, non se scire certo, sed putare et opinari, quo verbo uti solent auctores nostri in re ambigua ... Ulpianus dicit nec donationem, nec mutuum esse, Julianus donationem quidem non esse, sed mutuum esse ...".

> die Bisantynse juriste was van oordeel dat *Digesta* 41.1.36 so verstaan moet word, dit wil sê, met dien verstande dat die verkryger die geld as lening aanvaar het en dit te goeder trou verbruik het. Die feit dat die geld verbruik is, het tot gevolg dat die verbruikleen, wat aanvanklik vanweë 'n gebrek aan wilsooreenstemming geen verbruikleen was nie, nou in ere herstel word.[70]

Ook hier staan Cujacius betreklik alleen in sy interpretasie. Die meeste Humaniste het die standpunt van Donellus aanvaar.[71] Faber het egter 'n heel ander benadering gehad. Hy het geen poging aangewend om die teenstrydige tekste met mekaar te versoen nie en was van oordeel dat Ulpianus verkeerd was. Sy standpunt was dat Julianus korrek is en dat laasgenoemde aanvaar het dat eiendomsreg oorgaan, omdat sowel skenking as verbruikleen geskik was om eiendomsreg oor te dra. Selfs al was daar *dissensus*, het beide partye nogtans die bedoeling om eiendomsreg oor te dra:

> Laat ons dus die feit erken dat Ulpianus van Julianus verskil het. ... Julianus het daardie redenasie aanvaar wat vir my na die korrekte standpunt lyk, naamlik dat selfs al is daar 'n meningsverskil tussen ons oor die presiese *causa* vir die oordrag van eiendomsreg, ons nietemin eens is daaroor dat eiendomsreg oorgaan wanneer jy aan my geld as 'n skenking oorhandig, maar ek dit as 'n lening aanvaar ...[72]

Volgens Faber bestaan daar 'n direkte teenstrydigheid tussen die twee tekste wat nie deur interpretasie opgelos kan word nie. Dit is 'n tipies Humanistiese werkswyse as gevolg van hulle historiese benadering. Hulle het aanvaar dat die Romeinse juriste individue was wat verskillende standpunte ingeneem het. Daarteenoor het die Glossatore van die standpunt uitgegaan dat daar nie teenstrydighede in die *Corpus Iuris Civilis* kan wees nie - oënskynlike teenstrydighede kan opgelos word as die tekste net reg verstaan word. Daarom het hulle verskeie pogings aangewend om die tekste te probeer versoen. Faber aanvaar egter dat daar

---

70 Cujacius *ad Digesta* 41.1.36 (eie vertaling): "Unde consequens est, vel ex post facto nummos accipientis factos videri quasi ex causa mutui: et ita etiam Graeci hanc l.36 accipiendam esse censent, cum hoc modo scilicet, si qui accepit quasi creditam, eam bona fide consumpserit consumptione convalescit mutuum, quod propter dissensum contrahentium ab initio non fuit mutuum".

71 Dondorp en Schrage *Levering* 80.

72 Faber *ad Digesta* 41.1.36 (eie vertaling): "Fateamur ergo id quod res est, dissensisse Ulpianum a Juliano ... Julianum autem illa magis ratio movit, quae fortior mihi videtur, quod licet in causa specifica transferendi dominii dissentiamus, cum tu pecuniam mihi tradis quasi donaturus, ego quasi mutuam accipio, consentimus tamen in ipsa translatione dominii et proprietatis ... ".

wel 'n teenstrydigheid is, maar dat die teenstrydighede nie te alle koste opgelos behoort te word nie.[73]

5.4 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang[74]

Ook by die Humaniste word die standpunt aangetref dat benewens beskikkingsbevoegdheid, 'n *causa* en lewering, ook die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 'n afsonderlike en gelykwaardige vereiste is ten einde oorgang van eiendomsreg te bewerkstellig. Die feit dat besondere klem op die bedoeling geplaas is, blyk onder andere uit die volgende opmerkings deur Duarenus:

> Derdens is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra noodsaaklik ... en ons sê daarom dat blote lewering waaraan geen koop of ander *iusta causa* voorafgaan nie, nie eiendomsreg oordra nie, want die bedoeling om eiendomsreg oor te dra word nie vermoed nie. En dit sal nog veel eerder gesê moet word van die geval waar iemand 'n saak lewer uit hoofde van 'n *causa* van bewaargewing (*depositum*), of bruikleen (*commodatum*), of 'n ander soortgelyke *causa* waaruit dit duidelik blyk dat hy onwillig is om eiendomsreg op sy eie saak te ontbeer.[75]

Hierdie passasie is egter nie werklik gesag vir die standpunt dat die bedoeling van die *causa* losgemaak is en 'n selfstandige bestaan gevoer het nie - dit ondersteun nie die bestaan van 'n inhoudelike abstraksie nie. Uit die samehang van die betrokke gedeelte wil dit voorkom of die *voluntas dominii transferendi* verwys na die bedoeling wat in die voorafgaande verbintenis vervat is en dat dit nie afsonderlik daarvan kan bestaan nie.[76] Dit wil voorkom of Donellus in hierdie opsig heelwat verder gegaan het as Duarenus. Met die eerste oogopslag regverdig die onderstaande aanhalings die afleiding dat die *voluntas dominii transferendi* vir Donellus nie bloot in die *causa* vervat is nie. Hy stel dit duidelik dat 'n voorafgaande

---

73 Fuchs *Iusta Causa* 66; Dondorp en Schrage *Levering* 80.

74 Sien hfst 1.6.2 en 10.3 ivm die betekenis van die begrip *inhoudelike abstraksie*.

75 Duarenus *ad Digesta* 41.1.25 (eie vertaling): "Tertio voluntas dominii transferendi necessaria est ... unde nudam traditionem, quam venditio aut alia iusta causa minime praecessit, dominium non dicimus transferre, quod non praesumatur dominii transferendi voluntas esse, l. numquam nuda 31. hic. Quod multo magis erit dicendum, si quis ex causa depositi aut commodati rem tradit, ex aliave simili, qua ipsum nolle rei suae dominio carere appareat" (aangehaal in Fuchs *Iusta Causa* 57-58).

76 Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 78; Fuchs *Iusta Causa* 58. Fuchs sê die teks is dubbelsinnig. Enersyds skep dit die indruk dat die bedoeling van die *causa* losge-

causa nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie. Daar is net twee vereistes, naamlik die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en lewering. Die *causa* is slegs bewys daarvan dat die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Die bedoeling is dus nie maar net nog een van die vereistes nie, dit is deurslaggewend, die element wat vir oordrag van eiendomsreg verantwoordelik is:[77]

> Sodat hy in staat sal wees om te kan oordra, moet hy die wil hê om oor te dra, wat die naaste (oorsaak) is vir die oordrag van eiendomsreg ... Alvorens iemand die wil kan hê om oor te dra, moet die volgende drie dinge aanwesig wees: (a) hy moet weet dat die saak wat hy van voorneme is om oor te dra syne is; (b) hy moet 'n rede (*causa*) hê waarom hy wil oordra, en (c) in geval van 'n koop, moet hy die koopprys van die gelewerde saak ontvang.[78]

In die volgende paragraaf word nader ingegaan op die tweede vereiste, naamlik dat daar 'n rede (*causa*) moet wees waarom hy wil oordra:

> Daarenteen stel Justinianus in *Institutiones* 2.1.40 slegs twee vereistes vir die oordrag van eiendomsreg, naamlik: lewering en die bedoeling van die eienaar. ... Wat is dit dan dié dat ons hier 'n derde vereiste stel, te wete 'n geldige *causa* wat lewering voorafgaan en op grond waarvan lewering uitgevoer word? Dit wil lyk asof daar hier noodwendig 'n teenstrydigheid is ... tensy (die situasie) sou wees soos wat aan die begin gesê is, (naamlik) dat 'n *causa* wat lewering voorafgaan vereis word om dié rede dat ons, soos reeds gesê is, die bedoeling om oor te dra vereis, want sonder 'n voorafgaande *causa* sou daar geen bedoeling om oor te dra kon wees nie. En so is dit dat hy wat 'n voorafgaande *causa* eis, nie ook nog 'n derde ding benewens daardie twee – lewering en bedoeling – vereis nie: maar hy bevestig en bepaal die bedoeling wat vereis word, en toon aan waaruit daardie bedoeling afgelei word.[79]

---

maak is, andersyds wil dit voorkom of daar 'n besonder sterk band tussen die bedoeling en die *causa* is.

77 Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 79.

78 Donellus *Iure Civili* 4.16 (eie vertaling): "Cum erit is, qui transferre potest, proximum est ad dominium transferendum, ut velit transferre. ... Ut quis velit transferre, in eo tria haec insunt: ut sciat rem suam esse, quam transferre cogitat; ut causam habeat cur velit; ut in emptione, re tradita, pretium acceperit".

79 Donnelus *Opera* 4.16 (eie vertaling): "Atqui in § 40 Inst. De rerum divis. Duo tantum desiderantur ad dominium transferendum, traditio et domini voluntas ... quid est igitur, quod hic tertium exigimus, nempe iustam causam praecedentem, propter quam traditio sequatur? Et necesse esset videri, in his esse aliquid repugnans ... nisi id ipsum esset, quod initio posui, ideo causam requiri quae praecedat traditionem, quia prius voluntatem desideramus ad transferendum, sine causa autem praecedente nulla esse possit voluntas transferendi. Quo fit ut qui causam praecedentem exigit, nihil exigat tertium praeter illa duo, traditionem et voluntatem: sed voluntatem, quae requirebatur, confirmet et statuat, ostendatque, unde illa intelligatur". Donellus se standpunt berus nie op 'n suiwer interpretasie van die Romeinse bronne nie, maar veral op die beginsel van *aequitas* (billikheid), wat hy uit *Institutiones* 2.1.40 aflei. Sien Fuchs *Iusta Causa* 62.

Dit kan nie ontken word nie dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra by Donellus 'n groter mate van onafhanklikheid geniet as wat by Cujacius die geval was. Die deurslaggewende vereiste is dat die vervreemder die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra. Die *causa* is nie 'n afsonderlike vereiste nie, dit is maar bloot een van die omstandighede waaruit die bedoeling afgelei kan word. Dit wil ook voorkom of Donellus in 'n groter mate as sy voorgangers en tydgenote daarop aangedring het dat daar wilsooreenstemming moet wees betreffende die oordrag en verkryging van eiendomsreg. Ten einde oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig, was dit nie voldoende dat net die vervreemder bedoel om eiendomsreg oor te dra nie; ook die verkryger moes die bedoeling hê om eiendomsreg te verkry. Dit blyk onder andere daaruit dat hy die standpunt ingeneem het dat eiendomsreg uit hoofde van 'n nietige of putatiewe *causa* oorgegaan het (selfs al het die ooreenkoms wat die partye hulle voorgestel het, nie werklik bestaan nie), solank as wat elkeen van die kontrakspartye vir homself 'n ooreenkoms voorgestel het wat geskik was om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig. Dit regverdig die afleiding dat eiendomsreg oorgaan omdat beide partye dit werklik wil hê.[80] Dit blyk verder ook uit die siening dat eiendomsreg nie sal oorgaan nie indien die verkryger byvoorbeeld bewus is van die feit dat die vervreemder niks verskuldig is nie omdat daar nie 'n geldige *causa* is nie en hy die saak of geld nogtans aanvaar. In hierdie geval gaan eiendomsreg nie oor nie omdat die verkryger oënskynlik nie die bedoeling het om eiendomsreg te verkry nie, "denn es fehlt auf seiner Seite eine diesen Willen begründende kausale Absicht".[81]

Nieteenstaande die feit dat Donellus die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, beklemtoon het as dié deurslaggewende faktor wat oordrag van eiendomsreg bewerkstellig, nieteenstaande die feit dat hy by implikasie vereis het dat daar wilsooreenstemming betreffende die oordrag en verkryging van eiendomsreg moes wees, wil dit nog nie sê dat hy die weder-

80 Raadpleeg Fuchs *Iusta Causa* 60-61; Dondorp en Schrage *Levering* 77-78; Howald *Dingliche Vertrag* 11; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 78-79. Hierdie skrywers wys daarop dat die gedagte dat daar wilsooreenstemming moes wees, nie net by Donellus aangetref is nie, maar ook by Hotman (1524-1590), Duarenus en Fulgosius.

81 Fuchs *Iusta Causa* 63.

sydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n ooreenkoms aangemerk het nie.[82] Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, voer nie 'n afsonderlike bestaan nie, dit is steeds 'n bestanddeel of element van die voorafgaande verbintenis (*causa remota*).[83] Uit die volgende sinsnedes is dit duidelik dat die bedoeling nie van die *causa* losgemaak is en 'n selfstandige bestaan gevoer het nie:

> ... want sonder 'n voorafgaande *causa* sou daar geen bedoeling om oor te dra kon wees nie. En so is dit dat hy wat 'n voorafgaande *causa* eis ... die vereiste bedoeling bevestig en bepaal, en aantoon waaruit daardie bedoeling afgelei word.[84]

Donellus het dus nie van die *causa*-vereiste afgesien nie, maar hy was tevrede met 'n putatiewe *causa*. Die rede waarom hy op 'n *causa* aandring, is omdat hy van oordeel was dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra in die voorafgaande verbintenis opgesluit is en nie selfstandig bestaan nie. Sonder 'n *causa* kan daar geen bedoeling wees om eiendomsreg oor te dra nie. Niemand dra immers eiendomsreg oor nie, tensy daar een of ander rede daarvoor is nie. Hierdie bedoeling kan ten tyde van *traditio* steeds bestaan, selfs al is die *causa* nietig.[85] Dit is veral die feit dat Donellus op 'n putatiewe *causa* aandring, wat bewys dat daar nog nie by hom werklik sprake van 'n inhoudelike abstraksie was nie en dat die bedoeling nie van die voorafgaande ooreenkoms losgemaak is nie.[86]

5.5 Samevatting

1. Alhoewel die Humaniste aanvaar het dat verskaffing van fisiese beheer 'n vereiste vir die oordrag van *possessio* of eiendomsreg was, het Donellus die *corpus*-begrip sodanig uitgebrei, dat werklike fisiese aanraking of betreding van die saak nie meer 'n vereiste was nie. Dit was voldoende indien die verkryger mag (*potestas*) oor die saak verkry het deurdat hy die saak aan sy beheer onderwerp het.

---

82 Hy poog slegs om die juridiese werking van *traditio* te verduidelik. Fuchs *Iusta Causa* 62.

83 Fuchs *Iusta Causa* 63.

84 Donellus *Opera* 4.16. Vergelyk die aanhaling hierbo by vn 79.

85 Sien Pflüger *Eigentum* 26, 28-30; Howald *Dingliche Vertrag* 16; Fuchs *Iusta Causa* 63-64; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 78-80.

86 Die partye dink dat daar 'n geldige *causa* is, daarom bedoel hulle om eiendomsreg oor te dra. Aangesien die *causa* egter nie geldig hoef te wees nie, is dit nietemin

2. Die Humaniste het ook die vorme van fiktiewe lewering erken. As gevolg van die wyer definisie van die *corpus*-vereiste om ook *potestas* in te sluit, was dit egter nie meer nodig om die uitsonderlike gevalle van *traditio* met 'n fiksie te regverdig nie. Dit word nou binne die trefwydte van *apprehensio* tuisgebring.

3. Die gedagte wat by die Glossatore en Kommentatore aangetref is, naamlik dat *possessio* en eiendomreg oorgedra kan word sonder dat daadwerklike fisiese beheer verskaf word en slegs deur die uitvoering van 'n feitlike handeling soortgelyk aan een waardeur *possessio* oorgedra word, word ook nog by Donellus aangetref. Ander skrywers het weer die standpunt ingeneem dat daadwerklike fisiese beheer aan die verkryger verskaf moet word.

4. Alhoewel 'n mate van teenkanting teen *traditio per constitutum possessorium* aangetref word, het die meeste skrywers hierdie wyse van oordrag aanvaar en baie het dit selfs as oordrag deur ooreenkoms beskou. Oordrag van *possessio* of eiendomsreg is ook toegelaat indien 'n *constitutum possessorium*-klousule in die koopakte opgeneem is. Die standpunt word voorts aangetref dat die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer, met oordrag van die koopakte in teenwoordigheid van die saak vervang kon word. Hierdie standpunte het die weg voorberei vir die ontwikkeling van eiendomsoordrag deur blote ooreenkoms (konsensuele eiendomsoordrag).

5. Die begrip *causa* het vir die Humaniste (soos vir die Glossatore en Kommentatore) 'n tweeledige betekenis. In die eerste plek verwys dit na die grondliggende rede wat verklaar waarom die vervreemder die saak lewer (*causa remota*), maar dit verwys ook na die meer direkte rede waarom eiendomsreg deur lewering oorgaan (*causa efficiens*) en dit is omdat die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.

6. Daar was nie eenstemmigheid onder die Humaniste betreffende die vraag of die *causa* objektief geldig moes wees nie. Donellus het die

---

duidelik dat kenmerke van die inhoudelike abstraksie tog aangetref word. Sien ook

standpunt ingeneem dat die *causa* nie objektief geldig hoef te wees nie. Eiendomsreg het volgens hom oorgegaan selfs al was daar slegs 'n putatiewe *causa*, solank as wat elkeen van die kontrakspartye vir homself 'n ooreenkoms voorgestel het wat geskik was om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig. Dit is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, wat deurslaggewend is en die partye kan so 'n bedoeling hê selfs al is die *causa* nietig. Oordrag van eiendomsreg is dus onafhanklik van die grondliggende *causa* omdat nietigheid van die *causa* geen invloed het op die vraag of eiendomsreg oorgaan, al dan nie.[87] Kenmerke van die uitwendige abstraksie is dus by Donellus aangetref.

7. Daarteenoor was Cujacius van oordeel dat lewering slegs oordrag van eiendomsreg tot gevolg het, indien dit uit hoofde van 'n objektief geldige *causa* plaasgevind het. Indien die *causa* nietig was, sou eiendomsreg nie oorgaan nie, selfs al het die partye die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Hy het dus 'n kousale stelsel voorgestaan wat nie enige kenmerke van die uitwendige abstraksie vertoon nie.

8. Ook by die Humaniste word die standpunt aangetref dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, benewens beskikkingsbevoegdheid, 'n *causa* en *traditio*, 'n afsonderlike en gelykwaardige vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is. Donellus was egter van oordeel dat daar slegs twee vereistes is, naamlik lewering en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Wat meer is, dit wil voorkom of hy daarop aangedring het dat beide partye die bedoeling moes hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Daar moes wilsooreenstemming gewees het betreffende die oordrag en verkryging van eiendomsreg.

9. Dit beteken egter nog nie dat Donellus 'n selfstandige saaklike ooreenkoms wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is en wat van die verbintenis losgemaak is, in gedagte gehad het nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra is nie van die voorafgaande *causa* losgemaak

---

Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 78-79.

87 Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra is nie afhanklik van die voortbestaan of geldigheid van die *causa* nie.

nie; dit was steeds 'n element van die verbintenisskeppende ooreenkoms. Daar was dus nog geen sprake van 'n sogenaamde inhoudelike abstraksie nie. 'n Inhoudelike abstraksie is slegs moontlik indien die standpunt ingeneem word dat selfs 'n putatiewe *causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie.[88]

10. Fuchs[89] is van oordeel dat Donellus die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (die *voluntas dominii transferendi et accipiendi*) as 'n afsonderlike ooreenkoms (*dingliche Einigung*) gesien het wat inhoudelik 'n selfstandige bestaan gevoer het. Daar kan egter nie met hom saamgestem word nie. Daar is byvoorbeeld geen teks waar Donellus uitdruklik van die *voluntas dominii transferendi et accipiendi* praat nie.[90] Daar is ook hierbo aangetoon dat Donellus die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, steeds in die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms gesoek het.

Tot nou toe is slegs aandag gegee aan die wyses waarop eiendomsreg in die Romeinse reg en die stelsels wat daarvan afgestam het, oorgedra is. Wat opgeval het, is dat daar in die Romeinse reg nie onderskei is tussen die wyses waarop roerende en onroerende goed oorgedra is nie. Die Romeinse reg het nie 'n registrasiestelsel geken nie. Die wyse waarop onroerende goed in die Romeins-Hollandse reg oorgedra is (en vandag ook in Suid-Afrika oorgedra word), naamlik registrasie in 'n grondregister, is nie van die Romeinse reg nie, maar wel van die Germaanse reg afkomstig. Vervolgens sal die wyse waarop onroerende goed in die Germaanse reg oorgedra is, bespreek word, ten einde vas te stel of enige kenmerke van die kousale dan wel abstrakte stelsels en ook elemente van die saaklike ooreenkoms, in daardie regstelsel aangetref is.

---

88 Sien Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 79-80. Die ontwikkeling van die teorie van die saaklike ooreenkoms by die Humaniste is waarskynlik in die wiele gery deur die feit dat nie al die skrywers dit eens was dat eiendomsreg ingevolge 'n nietige of putatiewe *causa* kon oorgaan nie.

89 Fuchs *Iusta Causa* 61-63.

90 Fuchs *Iusta Causa* 61-63 meen dat daar sterk ooreenkomste tussen Nikaios, Fulgosius en Donellus bestaan alhoewel daar ook verskille is. Pflüger *Eigentum* 26, 28-30 vind weer 'n ooreenkoms tussen Baldus en Donellus.

HOOFSTUK 6

DIE GERMAANSE REG

6.1 Inleiding 296

6.2 Saaklike beheer in die Germaanse reg 297
6.2.1 Die *Gewere*-begrip 297
6.2.2 Indeling en rangorde van *Gewere* 299
6.2.3 *Gewere* onderskei van *possessio* 301
6.2.4 *Gewere* onderskei van *dominium* 302

6.3 Oordrag van *Gewere* deur *Sala* en *Investitura* 306
6.3.1 Inleiding 306
6.3.2 Een enkele oordragshandeling 307
6.3.3 *Sala* en *Investitura* onderskei 309
6.3.3.1 Die regsaard van *Sala* 310
6.3.3.1.1 *Sala* was 'n verbintenisskeppende ooreenkoms 311
6.3.3.1.2 *Sala* was 'n saaklike ooreenkoms 313
6.3.3.1.3 *Sala* bevat elemente van verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste 320
6.3.3.2 Die *Investitura*-handeling 323
6.3.4 Simboliese handelinge op 'n ander plek as die grond 325
6.3.5 Samevatting 327

6.4 Oordrag *per cartam* 328

6.5 Oordrag voor die Frankiese koningshof 331

6.6 Geregtelike oordrag 332
6.6.1 Die ontstaan van geregtelike oordrag 333
6.6.2 Prosedure en wyse van oordrag 335
6.6.3 Beskermingsmaatreëls ten gunste van die verkryger 338
6.6.4 Oordrag in Friesland 340
6.6.5 Geregtelike oordrag verpligtend 341
6.6.6 Onderskeid tussen *Sala* en *Investitura* verdwyn 342

6.7 Samevatting 345

6.1 Inleiding

Tot en met die resepsie van die Romeinse reg, was die reg wat in Wes-Europese streke soos Nederland, Duitsland, Frankryk en België toegepas is, hoofsaaklik Germaanse reg. Die Germaanse regsgeskiedenis word verdeel in die volgende tydvakke: pre-Germaanse tydperk (500 – 100 voor Christus); oud-Germaanse tydperk (100 voor Christus – 500 na Christus); Frankies-Germaanse tydperk (500 – 900); feodale of landsheerlike tydperk (900 – 1581).[1] Die bespreking in hierdie hoofstuk word egter nie aan die hand van die verskillende tydperke en streke gevoer nie, maar indien dit gepas sou wees, sal wel na die reg soos dit in 'n bepaalde tydperk of streek gegeld het, verwys word.

Die bestudering van die Germaanse reg word bemoeilik omdat daar geen sprake is van 'n Germaanse reg as 'n eenheidsisteem nie.[2] Omdat daar soveel verskillende stamme was[3] en elke stam sy eie gewoontereg[4] gehad het, het die reg slegs in die breë met mekaar ooreengestem, terwyl dit van stam tot stam verskil wat die inhoud van spesifieke reëls betref. Verskillende *landregte*, *keure* en *privilegies* met beperkte geldingsgebied en die afwesigheid van 'n sentrale regsprekende gesag, het dit selfs in die feodale tydperk moeilik gemaak om bepaalde regsreëls as algemeen geldend voor te hou. Daar kan egter nie ontken word nie, dat die verskillende Germaanse volksregte baie gemeen gehad het en 'n treffende ooreenkoms vertoon.[5] Daar moet ook in gedagte gehou word

1 Gerbenzon en Algra *Voortgangh* 11, 16. Raadpleeg ook die volgende bronne ivm die indeling van tydperke: De Monté ver Loren en Spruit *Rechterlijke Organisatie* 11; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 1 ev; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 12, 22, 28, 31, 83; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 4 ev; Delport *Lewering en Registrasie* 4-5.

2 Gilissen *Historische Inleiding* 166-167; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 6; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 2; Delport *Lewering en Registrasie* 5.

3 Die Germane was in groeps- of stamverbande (*sippe*) georganiseer.

4 Die enigste bron van die oud-Germaanse reg was gewoontereg (*ewa* genoem) wat mondeling van geslag tot geslag oorgedra is. Daar was geen wette gewees nie omdat die ou Germane nie skrif geken het nie.

5 Van der Walt *Houerskap* 128; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 6.

dat regsbeginsels en regsreëls na afloop van die Middeleeue toegepas en uitgewerk is, deur mense wat in die Romeinse reg geskool was en dat hulle daarom geneig was om die Germaanse reg so toe te pas, dat dit in die Romeinse sisteem inpas.[6]

Hierdie hoofstuk is daarop gerig om die wyses te ondersoek waarop oordrag van saaklike beheer[7] in die Germaanse reg plaasgevind het, ten einde vas te stel of enige kenmerke van die kousale en abstrakte stelsels, of van die saaklike ooreenkoms, in daardie regstelsel aangetref word. Die volgende probleme by die bestudering van hierdie onderwerp moet egter deurgaans in gedagte gehou word: die feit dat die Germaanse reg van streek tot streek verskil het; die feit dat baie van die oorspronklike bronne (dié wat behoue gebly het) ontoeganklik is; die feit dat die Germane van simbole gebruik gemaak het en dit moeilik is om agterna spesifieke betekenis aan die simbole te heg; laastens, die feit dat die Germaniste baie met mekaar verskil wat die inhoud van spesifieke reëls betref. Die stelling kan gemaak word dat min van dit wat oor die Germaanse reg geskryf is, werklik seker is.[8]

Alvorens die wyses van oordrag verder ondersoek kan word, moet eers vasgestel word watter vorme van saaklike beheer in die Germaanse reg bestaan het omdat dit deurslaggewend is vir ons verstaan van die wyses waarop daardie beheer oorgedra is.

6.2 Saaklike beheer in die Germaanse reg

6.2.1 Die Gewere-*begrip*

Die reg van die Germaanse stamme is beheers deur mag. Deelname aan die regering, regstelsel en regsverkeer is bepaal deur die stamlid se weerbaarheid. Die personereg het gesentreer om die *munt*, die mag wat die hoof van die familie oor sy vrou, kinders en ander afhanklikes gehad het. Die ooreenstemmende begrip in die sakereg was *Gewere*, die mag

6 Fischer *Reëele executie* 19-20.

7 Die begrip *saaklike beheer* word gebruik met verwysing na die feit dat 'n persoon beheer oor 'n saak kon uitoefen en dit tot sy voordeel kon benut.

8 Hahlo en Kahn *Legal System* 342 stel dit soos volg: "All statements about the laws of the early Germanic peoples are therefore of necessity generalizations".

wat hy gehad het oor sy besittings.[9] *Gewere* moet dus gesien word teen die agtergrond van 'n regstelsel wat ingerig is ooreenkomstig stamgebruike, waar mag en liggaamlike weerbaarheid 'n deurslaggewende rol gespeel het.

In die Germaanse reg was daar nie 'n begrip wat met die Romeinse *dominium* en die hedendaagse eiendomsbegrip ooreenstem nie - *Gewere* is die begrip wat die naaste daaraan kom. Die woord *Gewere* stam uit die werkwoord *wern*, wat afgelei is uit die Gotiese woord *werjan* (*vasjan*/ *verjan*) en wat "om te beklee" beteken. Dit is in verskillende betekenisse gebruik. Aanvanklik is dit gebruik om die handeling aan te dui waardeur beheer oor 'n saak aan iemand verleen is, maar mettertyd word dit ook gebruik om die regsverhouding tussen persoon en saak, die toestand wat deur die handeling teweeg gebring is, aan te dui.[10] Kenmerkend van primitiewe regstelsels, is dat regsverhoudings slegs denkbaar is vir sover as wat dit sintuiglik waargeneem kan word. *Gewere* word gevolglik beskryf as die "Kleid des Sachenrechts".[11] Daarmee word bedoel dat dit die uiterlike manifestasie van die saaklike reg is, die begrip waarmee die sigbare fisiese beheer oor 'n saak uitgedruk is en wat die grondslag was waarop die sakereg berus het.[12]

Dit is dus die uitdrukking van 'n begrip wat verwant is aan die Romeinse *possessio*, maar wat tog daarvan verskil. In die Middeleeue is byvoorbeeld vereis dat die persoon wat *Gewere* het, sy beheer oor die saak uit hoofde van een of ander regsgrond kon regverdig. Daar moes 'n materiële reg (onderliggende titel) wees wat hom magtig om beheer uit te oefen, soos byvoorbeeld die feit dat die landheer die gebruik van die saak aan die vasaal oorgedra het, of die feit dat die erfgenaam na die dood van die erflater beheer verkry het. Die *Gewere*-begrip het dus nie

---

9 Albrecht *Gewere* 2, 10; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 48; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 27.

10 Daarbenewens is dit ook nog gebruik om die regsbeskerming wat aan hierdie verhouding verleen is, aan te dui. In geval van roerende goed is fisiese beheer beskerm, in geval van onroerende goed is vreedsame gebruik en genot beskerm. Sien Mitteis *Privatrecht* 88; Gierke *Privatrecht* 187-189.

11 Gierke *Privatrecht* 189, 194; Conrad *Rechtsgeschichte* I 44.

12 Gierke *Privatrecht* 189; Planitz *Privatrecht* 102-103; Delport *Lewering en Registrasie* 24; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 206-207.

net na fisiese beheer verwys nie, maar ook na die feit dat 'n persoon die reg op beheer het - dat hy die saak kan gebruik en tot sy voordeel mag benut.[13]

Die persoon wat 'n saak onder sy beheer gehad het, is vermoed reghebbende te wees totdat die teendeel bewys is.[14] In hierdie verband kom die derde betekenis waarin die *Gewere* begrip gebruik is na vore. Op grond van die werking van die vermoede, is ander verbied om eierigting toe te pas en die reghebbende se beheer oor die saak te versteur. Die houer van *Gewere* kon homself met geweld verweer teen enige inbreukmaking. Indien iemand anders beweer dat hy die reghebbende is, moes hy 'n regsgeding instel. Elke persoon wat beheer gehad het, het dus beskerming geniet wat deur *Gewere* bewerkstellig is. Aangesien *Gewere* 'n vermoede skep dat die houer daarvan ook reghebbende is, kon hy verder ook 'n aksie instel om beheer te verkry indien hy nie in beheer was nie.[15]

6.2.2 Indeling en rangorde van Gewere

Afhangende van die aard van die betrokke saak en die omvang van die beheer wat 'n persoon oor 'n saak gevestig het, is verskillende *Gewere* onderskei.[16] Die belangrikste onderskeid vir die onderhawige ondersoek is dié tussen *Gewere* wat 'n persoon op sy eie saak gehad het (eie *Gewere*/*Eigengewere*) en *Gewere* wat 'n persoon op die saak van 'n ander gehad het en wat 'n beperkte reg op beheer verleen het.[17] Hierdie

13 Hübner *Privatrecht* 182-184, 185-186; Gierke *Privatrecht* 187-189, 191; Mitteis *Privatrecht* 86-87; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 92-93 125; Delport *Lewering en Registrasie* 23-25, 140.

14 Mitteis *Privatrecht* 86-87; Hübner *Privatrecht* 185, 191, Gierke *Privatrecht* 189, 203; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 208; Hahlo en Kahn *Legal System* 387-388.

15 Gierke *Privatrecht* 203-208; Hübner *Privatrecht* 191, 196; Mitteis *Privatrecht* 88; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 127-128; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 200 - 201, 204, 208, 218-219; Hahlo en Kahn *Legal System* 347, 387, 454; Delport *Lewering en Registrasie* 23-24; Van der Walt *Houerskap* 128-129.

16 Enige saak, liggaamlik sowel as onliggaamlik, ten opsigte waarvan dit moontlik was om 'n reg sigbaar uit te oefen, was geskik om objek van *Gewere* te wees. Sien Mitteis *Privatrecht* 87; Gierke *Privatrecht* 200-202; Hübner *Privatrecht* 201; Schröder *Rechtsgeschichte* 783 ev; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 125-126; Creifelds *Rechtswörterbuch* 520; Delport *Lewering en Registrasie* 36; Ogris *Handwörterbuch* by *Gewere*.

17 De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 126; Hübner *Privatrecht* 241; Gierke *Privatrecht* 199; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 49; Delport 1980 *Obiter* 104. Die woord *eie Gewere* (*Eigengewere*) is afkomstig van *eiendom* (*egindum*), wat 'n afleiding is van

onderskeid kan soos volg verduidelik word. In geval van onroerende goed was dit moontlik dat meer as een persoon gelyktydig ten opsigte van dieselfde stuk grond verskillende *Gewere* kon hê. Die leenheer (wat eie *Gewere* gehad het) kon byvoorbeeld die gebruik en genot van die grond aan die leenman afgestaan het, wat direkte beheer oor die grond uitgeoefen het.[18] In hierdie situasie het die *Gewere* van die leenheer bekend gestaan as ideële *Gewere*,[19] terwyl die leenman liggaamlike *Gewere*[20] ten opsigte van dieselfde saak gehad het. Sy *Gewere* is gegrond op die feit dat hy direkte fisiese beheer gehad het, die grond self gebruik het en beheer uitgeoefen het uit hoofde van een of ander grondliggende reg.[21] Nog 'n voorbeeld is waar iemand 'n saak gesteel het, of met geweld geneem het. Alhoewel hy liggaamlike *Gewere* gehad het, het die persoon uit wie se beheer die saak geneem is ideële *Gewere* gehad en kon hy die saak terugeis.[22] Hierdie voorbeelde toon aan dat 'n persoon *Gewere* kon gehad het, selfs al het hy nie die saak fisies onder sy beheer gehad nie. 'n Saak kon op verskillende wyses benut word. Iedere persoon wat die nut van 'n saak gehad het, hetsy hy dit bewerk of belasting ontvang, het *Gewere* op die saak gehad.[23]

---

die woord *eigan* wat "om te hê", "my eie" beteken. Die persoon wat *eie Gewere* gehad het, het dus *eiendomsreg* ten opsigte van die saak gehad. Hübner *Privatrecht* 222; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 55 vn 1. Sien die bespreking hieronder in verband met die betekenis van die begrip *eiendomsreg*.

18 Huber *Privatrecht* 697. Ook die hofheer (later *grondcijnsheffer*) en hofhorige (later die *grondcijnsplichtige*) kon gelyktydig regte op dieselfde stuk grond gehad het. Schröder *Rechtsgeschichte* 784 meen egter dat dit die uitsondering was. Die algemene reël was dat dit nie moontlik was dat meer as een persoon *Gewere* op dieselfde saak kon hê nie.

19 Dit kan ook vertaal word met "denkbeeldige" of "onliggaamlike *Gewere*".

20 Dit kan ook vertaal word met "fisiese *Gewere*" (Nederlands *lediglike Gewere*; Duits *leibliche Gewere*). Maw, dit is *Gewere* wat uiterlik waarneembaar was.

21 Hübner *Privatrecht* 184-185, 187; Gierke *Privatrecht* 190, 193; Mitteis *Privatrecht* 87-88; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 126-127; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 49; Planitz *Privatrecht* 102.

22 Mitteis *Privatrecht* 90; Planitz *Privatrecht* 103; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 49. Verdere voorbeelde van persone wat *ideële Gewere* gehad het is die volgende: 'n erfgenaam wat na die dood van die erflater nog nie feitlike beheer oor die saak verkry het nie; die persoon wie se saak met geweld ontneem is; die persoon aan wie 'n saak by wyse van *Auflassung* oorgedra is, maar wat hy nog nie onder sy direkte beheer het nie omdat *Investitura* nog nie uitgevoer is nie; die persoon wie se goed sonder sy medewerking aan iemand anders verkoop en gelewer is.

23 Gierke *Privatrecht* 192-193; Schröder *Rechtsgeschichte* 783; Hübner *Privatrecht* 431; Heusler *Gewere* 65; Mitteis *Privatrecht* 87; Delport *Lewering en Registrasie* 27-28; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 125; Hahlo en Kahn *Legal System* 453.

Verder is ook nog *Gewere* onderskei wat regmatige beheer aangedui het (regmatige *Gewere*).[24] Die persoon wat regmatige *Gewere* op 'n saak gehad het, hoef nie sy beheer oor die saak uit hoofde van 'n grondliggende reg te regverdig nie. Die regmatigheid van sy beheer is aanvaar.[25] Indien 'n persoon 'n saak vir 'n jaar-en-'n-dag onder sy beheer gehad het, sonder dat iemand anders die saak in 'n geregshof opgeëis het (indien hy in ongestoorde besit was), het hy regmatige *Gewere* op 'n saak verkry.[26] Fisiese beheer alleen het dus aanleiding gegee daartoe dat 'n persoon *Gewere* verkry. Diegene wat die reg kon aanveg (byvoorbeeld naastingsgeregtigdes), het enige aansprake wat hulle mog hê verloor indien hulle versuim het om die saak op te eis. Ook die persoon wie se *Gewere* op onregmatige wyse ontneem is, het sy aanspraak op die saak verloor indien hy nie binne 'n jaar-en-'n-dag aksie ingestel het nie.[27]

6.2.3 Gewere *onderskei van* possessio

Daar is skrywers wat *Gewere* aan *possessio* van die Romeinse reg gelykstel,[28] maar hierdie standpunt kan nie ondersteun word nie. Die Germaanse reg het nie die skerp onderskeid tussen *possessio* en *dominium* en ook nie die onderskeid tussen eiendomsreg en beperkte saaklike regte geken nie. In die plek hiervan was *Gewere* die kernbegrip.[29] Alhoewel *Gewere* gerig was op verlening en beskerming van fisiese beheer oor 'n saak en dit 'n soortgelyke rol as *possessio* in die Romeinse reg vervul het, kan dit egter nie daaraan gelykgestel word nie.[30] Ideële *Gewere* het byvoorbeeld niks te make met feitlike beheer oor die saak nie en dan was *Gewere* op regte (sogenaamde *regsgewere*), in teenstelling met *Ge-*

---

24 Duits: *Rechte Gewere*. Dit kan ook vertaal word met *regte Gewere* (juridies) of *egte Gewere*.
25 Gierke *Privatrecht* 191, 197.
26 Gierke *Privatrecht* 196; Huber *Privatrecht* 712; Mitteis *Privatrecht* 87; Hübner *Privatrecht* 200; Hahlo en Kahn *Legal System* 454; *Saksenspiegel* II 44 (1) (weergegee in Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 128 en Hirsch *Sachsenspiegel*).
27 Gierke *Privatrecht* 196; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 126-127.
28 Sien bv Laband 1873 *KrVJSchr* 397 en Heusler *Gewere* 50, 51.
29 Gierke *Privatrecht* 189; Mitteis *Privatrecht* 86; Levy *Vulgar Law* 96; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 47; Hahlo *Legal System* 347; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 92-93, 125. Sien ook die opmerkings in die teks hieronder by vn 43.
30 Mitteis *Privatrecht* 83; Hübner *Privatrecht* 202; Heusler *Institutionen* 33 ev; Gierke *Privatrecht* 201, 190; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 49; Ogris *Handwörterbuch* by *Besitz*.

were op sake, ook moontlik. Dit behoort duidelik te wees dat *Gewere* meer omvat as dit wat met die begrip *possessio* weergegee is.

Dit kan egter nie ontken word nie, dat daar tog 'n verband tussen *Gewere* en *possessio* was. Die gebruik en benutting van 'n roerende saak veronderstel immers direkte fisiese beheer en in geval van onroerende goed, was liggaamlike *Gewere* ook afhanklik van fisiese beheer oor en benutting van die saak.[31] Hierdie verband tussen *possessio* en *Gewere* het meegewerk tot die ontwikkeling van die publisiteitsbeginsel.[32] In die eerste plek het die uiterlik waarneembare beheer 'n vermoede geskep dat die persoon wat in beheer is, inderdaad reghebbende is. Tweedens omdat *Gewere* vir 'n ieder en elk uiterlik waarneembaar was, daarom kon dit teenoor derdes beskerm word. *Gewere* was uiterlik waarneembaar omdat die persoon in beheer van die saak was, of omdat die wyse waarop *Gewere* oorgedra is (in die openbaar) aan almal bekend was. In geval van ideële *Gewere* was die feite waarop *Gewere* berus het (byvoorbeeld dood, regterlike uitspraak, *Auflassung*)[33] in elk geval sigbaar en kenbaar, alhoewel die saak nie onder beheer was van die persoon wat *Gewere* gehad het nie.[34]

6.2.4 Gewere *onderskei van* dominium

In teenstelling met individualistiese eiendomsreg (kenmerkend van die Romeinse reg en die negentiende eeuse Wes-Europese reg) waar die individu bykans onbeperkte heerskappy oor 'n saak uitoefen, word die oud-Germaanse reg gekenmerk deur gemeenskaplike regte op grond. Grond kon in die algemeen nie die voorwerp van individuele toe-eiening wees nie, maar het aan die gemeenskap as geheel (stam, familiegroep,

31 *Ideële Gewere* op onroerende goed het egter gebruik en genot van die saak aangedui. Hübner *Privatrecht* 182-183; Gierke *Privatrecht* 191-193; Heusler *Gewere* 65; Hahlo en Kahn *Legal System* 454; Nève *Overdracht* 25-26; Delport *Lewering en Registrasie* 28. Maar sien Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 208.

32 Gierke *Privatrecht* 188-189; Hübner *Privatrecht* 188, 204; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 47.

33 *Auflassung* word hieronder in hfst 6.3.3.2 volledig bespreek.

34 Gierke *Privatrecht* 189; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 47-48; Delport *Lewering en Registrasie* 25 ev, 213 ev;

dorp, stad, ensovoorts) behoort.[35] Alle lede wat tot 'n bepaalde stam of familie behoort het, het die reg gehad om die grond te gebruik en te bewerk. In teenstelling met die *pater familias* van die Romeinse reg, kon die familiehoof ook nie vryelik oor die grond beskik nie. Alhoewel gemeenskaplike grondbesit oorheers het, was individuele eiendomsreg reeds in hierdie tyd bekend ten opsigte van sekere sake. Dit was hoofsaaklik gebruiksartikels soos kledingstukke, voorraad, wapens en die stukkie grond waarop die hut gebou is, wat die voorwerp van individuele toe-eiening was en vryelik verhandel kon word. Beeste, landbou implemente en meubels was egter eerder eiendomsreg van die familie, as eiendomsreg van die individu.[36]

Selfs in die Frankiese tyd was individuele eiendomsreg sterk familiegebonde, terwyl vervreemding van grond in vele opsigte verbode was, of aan talle beperkings onderhewig was.[37] Die toestemming van bloedverwante moes byvoorbeeld verkry word voordat grond aan derdes vervreem kon word. Gedurende die elfde eeu moes die grond eers aan die naaste familielede te koop aangebied word (voorkoop). Vanaf die twaalfde eeu het erfgename slegs die reg gehad om die grond wat vervreem is binne 'n bepaalde tyd terug te koop, mits dieselfde prys betaal word (nakoop of naastingreg).[38] Die eerste groot grondbesitters in die Frankiese tyd was die koning en die kerk. Verder kon vername persone met toestemming van die koning grond verkry en sodoende ontstaan groot grondeiendomme. Daar was ook klein grondeiendom buite familieverband wat net een enkele eienaar gehad het. Grondeiendom was toe meesal *proprium, terra propria* of *proprietas* genoem.[39]

---

35 Von Amira *Germanischen Rechts* 119 ev; Gilissen *Historische Inleiding* 596, 599-600; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 171; Nève *Overdracht* 23; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 28; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 97; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 175, 188. Maar sien Hübner *Privatrecht* 221 en Gilissen *Historische Inleiding* 598 se kritiek.

36 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 171; Gilissen *Historische Inleiding* 167-168, 598; Hübner *Privatrecht* 415-416; Von Amira *Germanischen Rechts* 123.

37 Nève *Overdracht* 23; Gilissen *Historische Inleiding* 608; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 171; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 175.

38 Gilissen *Historische Inleiding* 601; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 171; Nève *Overdracht* 23-24. Vir verdere beperkings op vervreemdings, sien Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 171 en Gilissen *Historische Inleiding* 601.

39 Ogris *Handwörterbuch* by *Dominium*.

Benewens gemeenskaplike eiendomsreg wat kenmerkend was van die oud-Germaanse en Frankiese tydperke, ontwikkel in die feodale tyd 'n stelsel van verdeelde saaklike regte op grond, waar verskillende persone verskillende saaklike regte op dieselfde stuk grond gehad het, wat *tenure* genoem is. Die belangrikste tipes *tenure* is aangetref ten opsigte van leen- en *cijnsgoed*. Die leen (aanvanklik *beneficium*) ontwikkel gedurende die sewende en agtste eeue vanweë militêre en politieke oorwegings uit die leenstelsel. *Cijnsgoed* ontstaan vanweë ekonomiese redes, naamlik om die grond te bewerk sodat die horige aan die heer belasting kon betaal.[40] Afgesien van gemeenskaplike eiendomsreg en *tenure* was daar ook nog *allodiale* goedere ten opsigte waarvan 'n enkele individu reghebbende was. Dit is grond wat buite die feodale en *dominale* stelsel gebly het en was soortgelyk aan die Romeinse *dominium*.[41]

Die begrip eie *Gewere* is eers in die dertiende tot veertiende eeue gebruik om die omvattende aanspraak van die leenheer op volle benutting van 'n saak, te onderskei van die beperkte gebruiksregte van die leenman of *cijnspligtige*.[42] In bronne wat in Latyns geskryf is, word die woorde *dominium*, *proprietas* en *proprium* gebruik. *Dominium directum* dui op die regte van die heer, terwyl *dominium utile* gebruik word om die regte van die leenman aan te toon. Alhoewel die leenheer, leenman en *cijnspligtige* elkeen 'n soort *dominium* gehad het, het nie een volle *dominium* gehad nie.[43] Dit moet beklemtoon word dat eiendomsreg nie dieselfde betekenis gehad het as wat hedendaags (of in die Romeinse reg) aan die eiendomsbegrip geheg word nie. Eiendomsreg is nie as die primêre reg beskou waarop beperkte saaklike regte kon rus nie. Dit was bloot 'n besondere vorm van *Gewere* wat aan 'n persoon 'n (beperkte) reg op beheer verleen het en wat van ander selfstandige *Gewere* verskil het slegs wat betref die aard en omvang van die reghebbende se be-

40 Gilissen *Historische Inleiding* 605-607; Nève *Overdracht* 25; Hübner *Privatrecht* 315, 330.

41 Vanaf die 13e tot die 14e eeu, word stadsgrond bevry van alle feodale regte. Aldus word stadsburgers besitters van vrye erwe (*allodiale* goedere). Gilissen *Historische Inleiding* 596, 604-605, 609; Nève *Overdracht* 24-25; Visagie *Leenreg* 21, 54.

42 Hübner *Privatrecht* 222; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 55 vn 1.

43 Huber *Privatrecht* 693-694; Gilissen *Historische Inleiding* 608, 611; Visagie *Leenreg* 52-53, 112-113, 129, 133-134.

voegdhede.[44] Mettertyd het die leenman en *cijnspligtige* die bevoegdheid verkry om, onderworpe aan die toestemming en medewerking van die leenheer, oor leen- en *cijnsgoedere* te beskik.[45] Die regte van die heer het voortdurend verminder, totdat dit in die agtiende eeu beëindig is. Die persoon wat *dominium utile* gehad het, is toe as werklike eienaar beskou.[46]

Die oorsigtelike bespreking hierbo het aan die lig gebring dat verskillende tipes regte op grond gedurende die verskillende tydperke van die Germaanse reg bestaan het. Alhoewel een van die vorme in 'n bepaalde tydperk oorheersend was, word die ander vorme ook aangetref omdat 'n reeds bestaande vorm nog nie verdwyn het nie, of omdat daar reeds spore van 'n nuwe ontwikkeling aangetref kon word. Die gevolgtrekking is geregverdig dat die Germaanse reg nie die skerp onderskeid tussen *possessio* en *dominium* van die Romeinse reg en ook nie die onderskeid tussen eiendomsreg en beperkte saaklike regte geken het nie. In die plek hiervan word die begrip *Gewere* aangetref wat kenmerke van beide begrippe omvat het.[47] Aan die een kant het dit verwys na die sintuiglik waarneembare fisiese beheer of mag wat 'n persoon direk oor 'n saak uitgeoefen het (liggaamlike *Gewere*), aan die ander kant het dit verwys na die reg wat 'n persoon gehad het om 'n onroerende saak te gebruik en tot sy voordeel te benut, sonder dat hy fisiese beheer gehad het (ideële *Gewere*).[48]

Die wyses waarop *Gewere* in die Germaanse reg oorgedra is, sal vervolgens ondersoek word. Wat opval, is dat die beginsel dat regsverhoudings sintuiglik waarneembaar moet wees, ook ten grondslag van die wyses van oordrag gelê het.

---

44 Ogris *Handwörterbuch* by *Dominium*; Delport *Lewering en Registrasie* 27-28; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 167; Hahlo en Kahn *Legal System* 453; Hübner *Privatrecht* 222-224; Huber *Privatrecht* 691 ev.

45 Die medewerking van die leenheer was nodig omdat hy 'n naastingsreg gehad het en oordragsbelasting ontvang het. Gilissen *Historische Inleiding* 609-610.

46 Gilissen *Historische Inleiding* 611; Gierke *Privatrecht* 347.

47 Hübner *Privatrecht* 202.

48 In geval van roerende goed kon 'n persoon egter slegs *Gewere* hê indien hy fisiese beheer gehad het.

6.3 Oordrag van *Gewere* deur *Sala* en *Investitura*[49]

6.3.1 Inleiding

Anders as wat die geval in die Romeinse reg was, het die Germaanse reg onderskei tussen oordrag van roerende en onroerende goed.[50] In geval van roerende goed, is liggaamlike *Gewere* oorgedra deurdat direkte fisiese beheer oor die saak, in teenwoordigheid van getuies, aan die verkryger oorhandig is. In geval van onroerende goed is liggaamlike en ideële *Gewere* oorgedra, deurdat simboliese handelinge uitgevoer is. Oordrag van saaklike beheer was dus uiterlik waarneembaar.[51]

Afgesien daarvan dat oordrag op 'n bepaalde wyse moes plaasvind, moes die vervreemder vanselfsprekend oor vervreemdingsbevoegdheid beskik het, wat deur die aard en omvang van sy *Gewere* bepaal is. Ten einde *Gewere* te kon oordra, moes die oordraggewer self *Gewere* gehad het. Dit was egter moontlik dat 'n persoon wat geen bevoegdheid gehad het om te vervreem nie, tog wel *Gewere* kon oordra. In so 'n geval het die verkryger egter slegs gebrekkige *Gewere* verkry. Hy het bloot die skyn van 'n reg gehad, terwyl die vermoede wat reeds hierbo bespreek is hom begunstig het.[52] In geval van onroerende goed het regmatige *Gewere* nietemin voldoende beskerming aan derde verkrygers verleen.[53] Vervolgens sal die verskillende vorme van oordrag in die Germaanse reg betreffende onroerende goed bespreek word. Afhangende van die tydperk

---

49 Oorspronklik het die term *Gewere* verwys na die wyse waarop saaklike regte vervreem en oorgedra is - dit was die regshandeling waardeur 'n regsubjek met beheer ten opsigte van 'n saak beklee is.

50 Huber *Privatrecht* 681 ev, 744. Sover dit die oordrag van saaklike beheer betref, het die Romeinse reg in beginsel geen onderskeid tussen roerende en onroerende goed geken nie.

51 Werkmüller *Handwörterbuch* by *Traditio*; Hübner *Privatrecht* 428; Mitteis *Privatrecht* 114; Gierke *Privatrecht* 207-208, 544-545; Planitz *Privatrecht* 111-112, 122-123; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 50 vn 9; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 153-155; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 169; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 167, 397; Hahlo en Kahn *Legal System* 387-388, 347, 456; Delport *Lewering en Registrasie* 37.

52 Hübner *Privatrecht* 197; Heusler *Institutionen* 34.

53 Hübner *Privatrecht* 197; Gierke *Privatrecht* 207-208.

en die streek wat ter sprake is, kan verskillende wyses van oordrag onderskei word.[54]

6.3.2 Een enkele oordragshandeling

Die Germaanse verbintenisreg was nog onontwikkeld en weinig reëls ten opsigte van die kontraktereg word aangetref. In die Frankiese tyd en selfs die feodale tydperk, was daar slegs twee soorte ooreenkomste, naamlik reële kontrakte (*res praestita*)[55] en formele kontrakte (*fides facta*).[56] In geval van reële kontrakte, soos byvoorbeeld by oordrag van saaklike beheer, het 'n bindende ooreenkoms tot stand gekom deurdat een party 'n saak aan die ander oorhandig het. Sodra hy die saak in ontvangs geneem het, moes die verkryger dieselfde saak (of 'n gelykwaardige een) onmiddellik aan die gewer teruggegee het.[57] As hy dit nie gedoen het nie, het hy strydig met die teenparty se *Gewere*, asook die ooreenkoms tussen hulle, opgetree en daarvoor kon hy 'n boete opgelê word.[58] Aanvanklik is slegs ruil ooreenkomste geken waar ware uitgeruil is, maar mettertyd toe die handelsverkeer uitbrei en geld as betaalmiddel aangewend is, ontwikkel kontrakte wat hedendaags as koop en verkoop tipeer word. Dit is voorbeelde van reële kontrakte.[59]

Die reële kontrak was dus aanvanklik 'n kontanttransaksie en geen wedersyds afdwingbare vorderingsregte het daaruit voortgevloei nie.[60] Daar

---

54 Selfs in dieselfde tydperk het verskillende wyses na vore gekom. Gierke *Privatrecht* 187, 188, 207; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 50; Delport *Lewering en Registrasie* 30, 140; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 292; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 133, 135.

55 Die ekwivalent van die Romeinse *contractus re*.

56 Die ekwivalent van die *formele* Romeinse kontrak.

57 Schröder *Rechtsgeschichte* 64. Die wederkerigheidsbeginsel was een van die grondslae van die Germaanse reg. Alle transaksies, ook skenkings, was onderhewig aan teenprestasie. In geval van 'n skenking kon die teenprestasie 'n geringe waarde hê of bestaan uit 'n diens aan die skenker. Lindsay *History of Culture* 32 maak die opmerking dat hierdie ooreenkomste van koop en verkoop verskil: "The whole psychological basis is different. What binds is the emotion of reciprocity, what evaluates the exchange is the sense of mutual dependence".

58 Die oordraggewer het nog nie sy *Gewere* prysgegee nie. Mitteis *Privatrecht* 132-133; Hübner *Privatrecht* 449, 492-493; Gilissen *Historische Inleidlng* 682; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 272-273, 302; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 1, 18; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 41.

59 Verdere voorbeelde van die reële kontrak is bruikleen, ruil, bewaargewing en pand. Sien Mitteis *Privatrecht* 146.

60 "In de oudste Germaansche maatschappij, dit is bekend en erkend, kwam geen koop als bindend contract op tijd voor, maar slechts eene overdrachtsovereenkomst

kan gesê word dat die kontrak op die tydstip waarop dit tot stand kom ook vervul is. Sluiting van die koopkontrak, betaling van die koopprys en verskaffing van fisiese beheer was aanvanklik nie van mekaar onderskei nie, dit was beskou as een gebeurtenis, 'n enkele reële ooreenkoms. Daar was dus geen onderskeid tussen *traditio* en *causa* gewees nie. In geval van onroerende goed is al die handelinge wat met oorhandiging van simbole gepaard gegaan het, bykans gelyktydig op die grond in teenwoordigheid van getuies uitgevoer.[61]

Die feit dat die reële kontrak aanvanklik 'n kontant transaksie was, is 'n gevolg van die feit dat die oud-Germaanse reg geen behoefte aan ooreenkomste wat op toekomstige prestasie gerig is, gehad het nie. In 'n kredietlose regstelsel het geen prestasieplig bestaan nie en daarom ook geen aksies tussen koper en verkoper tot nakoming nie. Die reg was slegs daarop ingestel om fisiese beheer te beskerm en nie om ooreenkomste af te dwing nie. Weens 'n gebrek aan staatsmag was daar ook geen meganisme waarmee ooreenkomste afgedwing kon word nie.[62] Solank as wat die skuldeiser nie voldoende sekerheid gehad het dat hy die skuldenaar kan dwing om sy verpligtinge na te kom nie, was 'n kredietstelsel nie moontlik nie.[63]

à contant". Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 288-289. Sien ook Conrad *Rechtsgeschichte* I 44.

61 Raadpleeg die volgende bronne ivm die reële kontrakte: Brunner *Urkunde* 273; Huber *Privatrecht* 831; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 155-156, 271-273; Delport *Lewering en Registrasie* 29; Fischer *Reëele Executie* 34-35, 52; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 199 en II 1; Gilissen *Historische Inleiding* 677, 679, 680-682; Hahlo en Kahn *Legal System* 343 vn 48, 349-350, 390-391; Hübner *Privatrecht* 236, 449, 492-493, 531-532; Mitteis *Privatrecht* 133, 146-147; Nanz *Vertragsbegriff* 25; Schröder *Rechtsgechichte* 64-66; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 41.

62 Maar sien Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 48 ev, Fischer *Reëele Executie* 14, Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 301 ev en Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 201, 204, 218-219 in verband met die verskillende aksies in die Germaanse reg, naamlik 'n aksie om goed (waaronder die aksie om lewering van 'n saak) en 'n aksie om skuld. Volgens Fischer *Reëele Executie* 74-77 kon die koper spesifieke nakoming afdwing met 'n *clage um gut* indien hy die koopprys ten volle of gedeeltelik betaal het, of indien hy *arrha* oorhandig het.

63 Holdsworth *English Law* 82: "But to say that agreements and promises existed in a remote antiquity is one thing; to say that such agreements were enforceable at law – were contracts – is quite another. The power and capacity of early law are taxed to the full by the task of protecting life, limb and property. The task of enforcing promises invokes problems beyond its capacity, and coercive authority beyond its strenght". Sien ook Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 2.

Sedert die twaalfde eeu ontstaan daar in die handelsverkeer 'n behoefte aan kredietverlening omdat onmiddellike teenprestasie deur die ontvanger nie altyd moontlik of wenslik was nie. Anders as in geval van kontant transaksies, is die totstandkoming van die kontrak en teenprestasie (betaling van die koopprys of verskaffing van fisiese beheer) nou van mekaar geskei.[64] Die reële kontrak het op een van twee wyses tot stand gekom: of deurdat die verkoper die koper fisies in beheer gestel het,[65] of deurdat die koper die volle (later gedeeltelike) koopprys betaal het.[66] Later is betaling van die koopprys as konstitutiewe vereiste vir totstandkoming van die kontrak, vervang met oorhandiging van 'n muntstuk van geringe waarde (*arrha*) deur die koper aan die verkoper.[67] Die party wat fisies in beheer gestel is of aan wie betaal is, was teenprestasie verskuldig op 'n tydstip in die toekoms waarop ooreengekom is.[68] Indien die koper byvoorbeeld fisies in beheer van die koopsaak gestel is, moes hy die koopprys later betaal op die tyd waarop ooreengekom is.

6.3.3 Sala *en* Investitura *onderskei*[69]

Uit die bespreking hierbo, het dit geblyk dat daar in die oud-Germaanse reg en selfs nog in die Frankiese tyd, nie tussen verbintenisskeppende ooreenkoms, saaklike ooreenkoms en lewering onderskei is nie. Oordrag van saaklike beheer was 'n reële kontrak, wat tot stand gekom het en ter-

64 Sien Planitz *Privatrecht* 23-24 wat onderskei tussen *Bargeschäfte* wat almal as koopkontrakte beskou is en kontrakte ingevolge waarvan eers in die toekoms presteer moet word (kredietooreenkomste), wat onder die versamelnaam *Gelöbnisse* tuisgebring is.

65 In geval van onroerende goed is 'n simbool wat die koopsaak voorgestel het oorhandig.

66 Gilissen *Historische Inleiding* 682-683;

67 Die reële ooreenkoms (*Realvertrag*) verander nou in 'n *Arrhalvertrag*. *Arrha* het ook bekend gestaan as *handgeld*, *handgif*, godspenning of wynkoop. Fischer *Reëele Executie* 36-37 51-53, 78; Mitteis *Privatrecht* 133-134; Gierke *Schuld und Haftung* 348; Nanz *Vertragsbegriff* 26-27; Hübner *Privatrecht* 492-495, 533. Laasgenoemde skrywer sê egter dat die gee van *arrha* nie tot gevolg gehad het dat die *koper* betaling verskuldig was nie.

68 Mitteis *Privatrecht* 133; Hübner *Privatrecht* 493; Gilissen *Historische Inleiding* 682-683.

69 Raadpleeg die volgende bronne ivm hierdie onderskeid: Mitteis *Privatrecht* 92, 133, 147; Gierke *Privatrecht* 268; Brunner *Urkunde* 273; Brunner *Rechtsgeschichte* 197; Schröder *Rechtsgeschichte* 66; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 45; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 154-155; Fischer *Reëele Executie* 34-35; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 172-173, 208; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 4; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 191 en II 1; Gilissen *Historische Inleiding* 677, 680; Nève *Overdracht* 25-26; Delport *Lewering en Registrasie* 29.

selfdertyd uitgevoer is, deurdat die koopsaak teen onmiddellike betaling van die koopprys in teenwoordigheid van getuies oorgedra is. Daar was dus slegs een enkele oordragshandeling.[70] Die *Lex Ribuaria*, wat in ongeveer 750 voltooi is, maak in artikel 53 egter wel onderskeid tussen afsonderlike elemente by die oordrag van onroerende goed, naamlik *Sala* en *Investitura*.[71] Dit is waarskynlik dat hierdie twee elemente reeds voor 750 van mekaar onderskei is, want die *Lex Ribuaria* was bloot die boekstawing van gemeenregtelike reëls.[72] Die regsaard, kenmerke en gevolge van *Sala* en *Investitura* sal vervolgens ontleed word.

6.3.3.1 Die regsaard van Sala[73]

Die ontleding van *Sala* word bemoeilik deur die feit dat daar nie eenstemmigheid onder die Germaniste betreffende die regsaard en betekenis van hierdie instelling was nie. Hierdie gebrek aan eenstemmigheid, kan aan die volgende faktore toegeskryf word: die feit dat die Germaanse reg aanvanklik mondeling van stam tot stam oorgedra is en dit eers op 'n later stadium opgeteken is; die invloed van die Romeinse reg;[74] die feit dat die skrywers begrippe gebruik het sonder om die betekenis daarvan duidelik aan te toon; die feit dat daar nie eenstemmigheid betreffende die betekenis van sekere begrippe bestaan het nie en laastens, die feit dat die skrywers self nie duidelik tussen saaklike en verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei het nie.[75] Die eintlike probleem is dat die Germa-

70 Dit was soortgelyk aan *mancipatio* in die Romeinse reg.

71 Hierdie onderskeid was blykbaar nie op roerende goed van toepassing nie. Roerende goed is deur blote verskaffing van fisiese beheer (*liggaamlike Gewere*) oorgedra.

72 Volgens Hübner *Privatrecht* 236 kon hierdie elemente reeds begripsmatig van mekaar onderskei word toe daar nog slegs een enkele handeling verrig is. Sien die bespreking hierbo in hierdie verband.

73 Hoogduits *Sale*, Goties *Salung/Seljan*, Angelsakies *sellan*, Engels *to sell*. Werkmüller *Handwörterbuch* by *Traditio*; Hübner *Privatrecht* 236-237; Delport *Lewering en Registrasie* 30.

74 Die gebruik van die Latynse begrip *traditio* het bv tot heelwat verwarring aanleiding gegee. Soms is dit met verwysing na *Sala* gebruik, ander kere het dit weer na *Investitura* verwys. Raadpleeg in hierdie verband Delport *Lewering en Registrasie* 30; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 4, 51; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 155; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 46; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 191; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 292 ev; Fischer *Reëele Executie* 65.

75 Raadpleeg die volgende bronne as voorbeelde van sodanige begripsverwarring: Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 5, 7; Hübner *Privatrecht* 237; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 155; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 173; Nève *Overdracht* 25-26; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 52; Gierke *Privatrecht* 269-271.

niste poog om Germaanse instellings (*Sala* en *Investitura*) te verklaar aan die hand van hedendaagse begrippe wat vir hulle bekend is, terwyl daardie simboliese handelinge nie werklik in hedendaagse terme verduidelik kan word nie.

Die volgende uiteenlopende standpunte word in hierdie verband aangetref: (1) *Sala* was 'n verbintenisskeppende ooreenkoms, (2) *Sala* was 'n saaklike ooreenkoms en (3) *Sala* was 'n kombinasie van die verbintenisskeppende en die saaklike ooreenkoms. Elkeen van hierdie standpunte sal vervolgens onder die loep geneem word.

6.3.3.1.1 *Sala* was 'n verbintenisskeppende ooreenkoms

Ingevolge een standpunt was *Sala* soortgelyk aan wat ons vandag 'n verbintenisskeppende ooreenkoms noem, soos byvoorbeeld 'n koopkontrak. Dit het deur 'n vormlose afspraak (blote wilsooreenstemming) tot stand gekom en het nog nie oordrag van saaklike beheer bewerkstellig nie. *Gewere* het eers oorgegaan nadat *Investitura* (die verskaffing van fisiese beheer) plaasgevind het.[76]

Kritiek teen hierdie standpunt is dat die oordrag van saaklike beheer (*Gewere*) 'n reële ooreenkoms was. Die reële ooreenkoms het geen verbintenis in die lewe geroep nie en het dus nie wedersydse regte en verpligtinge vir die partye tot stand gebring nie. Enigeen van die partye kon die ooreenkoms eensydig ontbind.[77] Soos wat reeds hierbo aangetoon is, was totstandkoming van die kontrak, lewering van die saak en teenprestasie (betaling) alles een handeling. Die ooreenkoms het tot stand gekom deurdat 'n saak (of 'n simbool in geval van onroerende goed) oorgedra is, of die prys betaal is.[78] Die party wat eerste oorgedra of betaal het, het dit gedoen sonder dat hy daartoe verplig was. Op ontvangs van die saak of

76 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 174, 203; Heusler *Institutionen* 77-78 (hy was van oordeel dat *Sala* reeds oordrag bewerkstellig het); Gierke *Schuld und Haftung* 345; Gierke *Privatrecht* 268 vn 8; Fischer *Reëele Executie* 9, 11, 37-43, 62-63, 83, 88-89; Delport *Lewering en Registrasie* 36, 38.

77 Hübner *Privatrecht* 456-459, 493; Gierke *Schuld und Haftung* 348; Mitteis *Privatrecht* 133-134; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 277; Hahlo en Kahn *Legal System* 350, 390-391. Fischer *Reëele Executie* 43-44, 75 se bespreking verskil ietwat van die ander skrywers, maar dit is te wyte aan die feit dat hy meen dat die kontrak vormloos tot stand gekom het.

die prys moes die ander party onmiddellik teenprestasie lewer. Dit was egter nie omdat hy uit hoofde van 'n verbintenis verplig was om te presteer nie, maar het voortgespruit uit die wederkerigheidsbeginsel wat ten grondslag van die Germaanse reg gelê het.[79] Kontrakte het dus nie tot stand gekom deurdat die partye wilsooreenstemming bereik het betreffende die koopsaak en koopprys nie, maar wel deur oordrag van die koopsaak of betaling van die koopprys.[80]

Toe dit praktyk geword het om krediet te verleen, sou die persoon wat eerste gelewer het, waarskynlik een of ander vorm van sekerheid wou hê dat die teenparty wel in die toekoms sal presteer soos wat hy belowe het om te doen. Daar is aan hierdie behoefte voldoen deurdat die partye 'n verdere ooreenkoms, naamlik 'n formele ooreenkoms kon sluit.[81] Die formele ooreenkoms was volgens sommige skrywers 'n waarborg deur die skuldenaar, of 'n derde wat vir hom instaan, dat hy die reële ooreenkoms gestand sal doen en teenprestasie sal lewer.[82] As hy dit nie gedoen het nie, het hy die saak nie net verbeur nie, maar hy kon ook 'n boete (*soengeld*) opgelê word, omdat hy 'n misdaad gepleeg het. As hy die boete nie betaal het nie, kon hy vredeloos/eerloos verklaar word en uit die gemeenskap geban word. Die kontraktereg het dus 'n strafkarakter vertoon.[83] Daar was egter geen manier waarop die skuldenaar gedwing kon

78 Aanvanklik is sake uitgeruil, maar toe geld as betaalmiddel aangewend is, is 'n prys betaal.

79 Schröder *Rechtsgeschichte* 64; Delport *Lewering en Registrasie* 29.

80 Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 12, 27; Huber *Privatrecht* 830.

81 Daar was twee soorte formele ooreenkomste, naamlik *fides facta* (of *Treugelöbnis*) en *Wadiation*. In die Duitse regsliteratuur word die begrippe *Schuldvertrag* en *Haftungsgeschäft* gebruik om tussen reële en formele ooreenkomste te onderskei. *Schuld* dui aan dat 'n kontrak tot stand gekom het waardeur die een party iets aan die ander verskuldig is, terwyl *Haftung* aandui dat die partye ook aanspreeklik is en gedwing kon word om hulle beloftes na te kom. Raadpleeg Planitz *Privatrecht* 130 ev; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 277.

82 Daar is egter nie eenstemmigheid in hierdie verband nie. Raadpleeg die volgende skrywers vir 'n meer volledige bespreking: Conrad *Rechtsgeschichte* I 164 ev; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 271-272, 277; Fischer *Reële Executie* 39, 41-43, 47-48; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 12; Gierke *Schuld und Haftung* 144, 148; Gilissen *Historische Inleiding* 681; Hübner *Privatrecht* 453 ev, 479 ev, 493; Mitteis *Privatrecht* 132-133; Nanz *Vertragsbegriff* 24-25; Planitz *Rechtsgeschichte* 59; Sohm *Eheschliessung* 24; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 42; Hahlo en Kahn *Legal System* 459-460.

83 Hübner *Privatrecht* 459, 461-462; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 272, 292.

word om dit waarop ooreengekom is, te lewer nie (spesifieke nakoming of reële eksekusie was nie moontlik nie).[84]

Die gevolgtrekking uit die bespreking hierbo is dat *Sala* nie 'n verbintenisskeppende ooreenkoms kon wees nie omdat die Germaanse reg nie sulke ooreenkomste geken het nie. Die verbintenisreg het eers teen die einde van die Middeleeue as gevolg van die volgende faktore ontwikkel: die opkoms van stede; die toename in handel wat daarmee gepaard gegaan het; die vooruitgang van nywerhede; die totstandkoming van die geldwese; individuele vryheid om oor eie goed te beskik; die verswakking of verdwyning van familiegroepe en stamme; die feit dat owerhede die mag verkry het om reële eksekusie af te dwing; laat Middeleeuse handelsgewoontes; die invloed van die Kanonieke reg en laastens, die geresipieerde Romeinse reg.[85] Die gevolg was dat die onderskeid tussen reële en formele ooreenkomste verdwyn het[86] en dat daar voortaan net een enkele ooreenkoms was wat die grondslag gevorm het van 'n verpligting om te presteer, wat die persoonlike aanspreeklikheid van die skuldenaar met sy hele vermoë tot gevolg gehad het.[87]

6.3.3.1.2 *Sala* was 'n saaklike ooreenkoms

Volgens 'n tweede standpunt, wat blykbaar die algemeen aanvaarde standpunt onder die Germaniste was,[88] was *Sala* nie 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie, maar 'n handeling wat met die hedendaagse saaklike ooreenkoms vergelyk kan word.[89] Dit was dus 'n oor-

---

84 Planitz *Privatrecht* 119. Maar Fischer *Reëele Executie* 34-117 is van oordeel dat die koper wel 'n aksie vir lewering ('n *clage um gut*) teen die verkoper kon instel en hom met behulp van staatsmag tot reële eksekusie dwing. Volgens hom was dit in die Wes-Gotiese streke reeds die geval sedert die Frankiese tyd en in die Nederlandse en Duitse streke sedert die twaalfde eeu. Sien ook Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 287, 302; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 19, 33-34; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 48 ev.

85 Hübner *Privatrecht* 450; Sohm *Eheschließung* 24, 79; Planitz *Privatrecht* 139; Sohm *Traung und Verlobung* 139; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 3; Hahlo en Kahn *Legal System* 460.

86 In Duitse terme het die *Schuldvertrag* en *Haftungsgeschäft* saamgesmelt.

87 Hübner *Privatrecht* 462, 481, 485. Die begripsmatige teenstelling tussen *Schuld* en *Haftung* het egter nie verdwyn nie.

88 Sien Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung*; Becker *Handwörterbuch* by *Investitur*. Daar kan sekerlik aanvaar word dat die standpunt wat in 'n geskiedkundige regswoordeboek weergegee word, die algemeen aanvaarde standpunt is.

89 Schröder *Rechtsgeschichte* 304, 309; Conrad *Rechtsgeschichte* I 165; Von Amira *Germanischen Rechts* 135-136; Mitteis *Privatrecht* 95; Gierke *Privatrecht* 268, 270;

eenkoms tussen die vervreemder en verkryger dat 'n saaklike reg oorgedra word en wat slegs bestaan het uit die wedersydse bedoeling om die reg oor te dra en te ontvang. Aangesien *Sala* met die partye se geestesingesteldheid te make het, het dit nie met enige simboliese handelinge gepaard gegaan nie. Dit was derhalwe 'n vormlose ooreenkoms gewees wat nie deur enige feitlike gebeure uitgebeeld is nie en deur blote wilsooreenstemming tot stand gekom het.[90] Daar is egter wel ook enkele skrywers wat meen dat *Sala* (dit wil sê, die saaklike ooreenkoms volgens hulle) tog uit een of ander simboliese handeling bestaan het, soos byvoorbeeld oorhandiging deur die vervreemder aan die verkryger van 'n gedeelte van die grond wat oorgedra is (byvoorbeeld 'n kluit, grashalm of 'n sooi), of ander voorwerp wat beheer oor die saak voorstel (byvoorbeeld 'n handskoen, spies of mes).[91] Oorhandiging en ontvangs van die simbole het nie bloot die saak wat oorgedra is voorgestel nie, dit was volgens hulle die uiterlike teken van die partye se wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[92]

Volgens die voorstanders van hierdie standpunt, naamlik dat *Sala* 'n saaklike ooreenkoms was, is daar in die Germaanse reg dus duidelik onderskei tussen verbintenisskeppende ooreenkoms (soos byvoorbeeld koop), saaklike ooreenkoms (*Sala*), en die verskaffing van fisiese beheer (*Investitura*). Die koopkontrak het *Sala* voorafgegaan en het vormloos,

---

Planitz *Privatrecht* 111; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 173; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 154-155; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 53; Van Apeldoorn 1929 *WPNR* 712.

90 Sien Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung* en *Übereignung*; Hübner *Privatrecht* 236-237 (maar sien 240); Brunner *Urkunde* 273, 276, 279; Delport *Lewering en Registrasie* 32, 38.

91 Raadpleeg bv Conrad *Rechtsgeschichte* I 165; Schröder *Rechtsgeschichte* 66, 304. Volgens Gierke *Privatrecht* 268-269, 271-274 het *Sala* bestaan uit oorhandiging van 'n sooi (*Gabe* – dit verteenwoordig die saak wat oorgedra is), die aantrek van 'n handskoen (*Apprehensio* – dit versimboliseer die oordrag van *Gewere*) en oorhandiging van 'n *Festuca* (*Auflassung* wat afstand van *Gewere* voorstel). Hieronder word aangetoon dat ander skrywers weer van oordeel was dat *Investitura* uit hierdie handelinge bestaan het. Die punt is net dat die Germaniste nie eensgesind is betreffende die aard en betekenis van die simbole wat gebruik is nie.

92 Gierke *Privatrecht* 268-269, 271-274, 545 (die handelinge is niks anders nie as wilsverklarings wat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra bevat het); Werkmüller *Handwörterbuch* by *Traditio*; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 52-53; Gilissen *Historische Inleiding* 682; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 172-174.

slegs deur konsensus, tot stand gekom.[93] Dit het 'n verbintenis tot stand gebring uit hoofde waarvan die partye mekaar kon dwing om *Sala* uit te voer.[94] In geval van onroerende goed was die erfgename egter nie gebonde nie, hulle is eers gebind nadat *Sala* uitgevoer is. Gierke gee nietemin toe dat daar nie absolute sekerheid is betreffende die vraag of 'n verbintenis tot stand gekom het nie.[95]

Die vraag of *Sala* wel 'n saaklike ooreenkoms kon wees, sal vervolgens ondersoek word. Alhoewel hierdie standpunt waarskynlik die algemeen aanvaarde standpunt onder die Germaniste was, is dit nietemin omstrede.[96] Die korrektheid daarvan moet getoets word aan die kenmerke van die saaklike ooreenkoms. Die saaklike ooreenkoms, soos ons dit vandag verstaan, is 'n selfstandige ooreenkoms wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word. Dit beteken onder andere:[97]

(a) dat dit inhoudelik bloot bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, wat op wilsooreenstemming gegrond is (dit is inhoudelik abstrak);

(b) dat dit aan sy eie geldigheidsvereistes moet voldoen en dus nie van die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms afhanklik is nie (dit is uitwendig abstrak); in geval van oordrag van roerende goed hoef dit nie aan enige vormvereistes te voldoen nie, maar in geval van onroerende goed word 'n bepaalde vorm wel voorgeskryf.[98]

(c) dat die saaklike ooreenkoms op sigself nog nie oordrag van saaklike regte tot gevolg het nie. In geval van roerende goed moet die verkry-

---

93 Dit was volgens hulle vanselfsprekend dat die partye, voordat hulle na die grondstuk gegaan het, reeds ooreengekom het om te koop of die saak in skenking oor te dra. Gierke *Privatrecht* 268.

94 Dit het nog geen sakeregtelike gevolge gehad nie omdat oordrag van *Gewere* nie deur die koop plaasgevind het nie, ook nie *inter partes* nie. Gierke *Privatrecht* 268 vn 9.

95 In geval van roerende goed was die erfgename wel deur die ooreenkoms gebind. Gierke *Privatrecht* 268; Schröder *Rechtsgeschichte* 308-309.

96 Ogris *Handwörterbuch* by *Übereignung*.

97 Raadpleeg die bespreking in hfst 1.6.2, 10.3 en 10.4.

98 Nie in Suid-Afrika nie, maar wel in Nederland en in Duitsland. Sien hfst 14 vir 'n meer volledige bespreking in hierdie verband.

ger ook nog fisies in beheer gestel word en in geval van onroerende goed moet registrasie plaasvind.

Die vraag is nou of enige van hierdie kenmerke van die saaklike ooreenkoms in die Germaanse reg teenwoordig was al dan nie.

(a) Inhoudelike abstraksie

Die konstruksie van die saaklike ooreenkoms veronderstel 'n selfstandige ooreenkoms, wat inhoudelik slegs uit die wedersydse bedoeling om 'n saaklike reg oor te dra en te ontvang, bestaan. Dit is 'n konsensuele ooreenkoms wat bloot op wilsooreenstemming gegrond is en in geval van roerende goed nie aan enige vorm onderworpe is nie. Wanneer mens nou die vraag vra of hierdie kenmerke van die saaklike ooreenkoms by *Sala* teenwoordig was, moet dit in die negatief beantwoord word. Die Germaanse reg het nie konsensuele ooreenkomste geken nie wat vormloos en slegs deur wilsooreenstemming tot stand kom.[99] Daar is slegs tussen reële en formele kontrakte onderskei. Kenmerkend van hierdie ooreenkomste, soos wat die geval by die primitiewe volke was, is die formalistiese aard daarvan en die feit dat dit met simboliese handelinge gepaard gegaan het.[100] Omdat die primitiewe mens 'n reg sonder vorm nie begryp het nie, moes alle ooreenkomste in 'n bepaalde vorm gegiet word, dit moes hoorbaar en sigbaar geskied.[101]

Die gedagte dat belangrike elemente van 'n regshandeling buite die openbare, sigbare en hoorbare werklikheid voltrek kon word, moet dus verwerp word, omdat dit in stryd is met die primitiewe Germaanse regsdenke. Daar is nog nie aan die geestelike ingesteldheid waarmee regshandelinge gepaard gaan enige waarde geheg nie en die bedoeling van die partye is nie in ag geneem nie. Die Germane het meer waarde geheg aan dit wat met die sintuie waargeneem kon word, as aan die wil of be-

99 Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 12-13. Schröder *Rechtsgeschichte* 64 merk op dat alle wilsverklarings bv deur die betrokke partye self voor getuies met *hand en mond* afgelê is. Maar sien Fischer *Reëele Executie* 34 ev.

100 Sohm *Eheschließung* 24-25; Schröder *Rechtsgeschichte* 64; Mayer-Maly *Handwörterbuch* by *Vertrag*.

101 Sohm *Eheschliessung* 24-25; Nanz *Vertragsbegriff* 24-25; Mittels *Privatrecht* 132; Gilissen *Historische Inleiding* 684; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 271; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 12, 27; Hübner *Privatrecht* 451, 479-480.

doeling van die partye. Dit spreek daarom vanself dat die bedoeling om 'n saaklike reg oor te dra en te ontvang, nog nie as 'n selfstandige ooreenkoms kon bestaan nie. *Sala* was bloot 'n simboliese handeling; dit was geen wilsverklaring nie. Dit behoort daarom ook nie aan die beginsels wat op wilsverklarings van toepassing is, onderwerp te word nie.[102] Daar kan hoogstens gesê word dat die onderskeie bedoelings implisiet in die formalistiese handelinge inbegrepe was.[103] Die beginsel van kontraksluiting deur wilsooreenstemming het eers sedert die dertiende tot veertiende eeue onder invloed van die Kanonieke reg ontwikkel.[104]

Die konstruksie van die saaklike ooreenkoms veronderstel verder ook dat dit duidelik van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei word. Dit impliseer onder andere dat die bedoeling om te koop (of te skenk, ensovoorts), en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, van mekaar onderskei word.[105] Uit die bespreking hierbo[106] is dit egter duidelik dat daar nog nie enige sprake van verbintenisse was nie en dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, nog nie as 'n selfstandige ooreenkoms, afsonderlik van die bedoeling om verbintenisse tot stand te bring, bestaan het nie. Daar kon dus nog nie tussen die twee ooreenkomste onderskei word nie. 'n Afsonderlike (konsensuele) verbintenisskeppende ooreenkoms het eers laat in die Middeleeue onder invloed van die Romeinse reg in die Germaanse gebiede ontwikkel. Dit was ook eers na hierdie ontwikkeling moontlik dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, as 'n afsonderlike ele-

---

102 Dit sou 'n foutiewe voorstelling van *Gewere* wees indien die konstruksie van die saaklike ooreenkoms op *Sala* toegepas word. *Gewere* en die wyse waarop dit oorgedra is, naamlik deur simboliese handelinge en die nakoming van formaliteite, is gegrond op fisiese beheer oor 'n saak en nie op enige ooreenkoms nie. Sien Fischer *Reëele Executie* 38; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 51, 55.

103 Oordrag van saaklike beheer was dus nog geen regshandeling nie, maar *natürlicher Willenskundgebung* (*voluntas naturalis*). Ogris *Handwörterbuch* by *Übereignung*. Raadpleeg ook Mayer-Maly *Handwörterbuch* by *Vertrag*; Planitz *Privatrecht* 23-24; Nanz *Vertragsbegriff* 29-30 mvn die *Sachsenspiegel* en die *Schwabenspiegel*.

104 Nanz *Vertragsbegriff* 29-30; Planitz *Privatrecht* 139, 155; Huber *Privatrecht* 835; Gilissen *Historische Inleiding* 684-685; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 274; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 12, 27. Maar Stobbe *Vertragsrecht* 3, Diósdi *Contract* 178-182 en Fischer *Reëele Executie* 37-39, 40, 62-63 was van oordeel dat ooreenkomste wat deur blote wilsooreenstemming tot stand gekom het, sonder dat aan enige vormvereistes voldoen moes word, wel aan die Germaanse reg bekend was.

105 Sohm *Eheschließung* 79-82. Maar sien Gierke *Privatrecht* 268, 271-274; 545.

106 Sien die bespreking by 3.3.1.1.

ment in die oordragsproses na vore kon kom. Voor daardie stadium kon daar dus nog nie van 'n selfstandige saaklike ooreenkoms sprake wees nie.[107]

(b) Uitwendige abstraksie

Die uitwendige abstraksie van die saaklike ooreenkoms hou verband met die onderskeid tussen kousale en abstrakte stelsels. In 'n abstrakte stelsel word 'n streng onderskeid tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en saaklike ooreenkoms gehandhaaf. Die saaklike ooreenkoms is 'n selfstandige ooreenkoms wat aan sy eie vereistes moet voldoen. Nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms beïnvloed nie die geldigheid van die saaklike ooreenkoms of oordrag nie. In 'n kousale stelsel daarenteen, sal nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms ook nietigheid van die oordrag tot gevolg hê en sodoende verhinder dat die saaklike reg op die verkryger oorgaan.

Die gevolgtrekking wat hierbo bereik is, naamlik dat daar in die Germaanse reg nie tussen die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste onderskei is nie en dat daar nie van 'n selfstandige saaklike ooreenkoms sprake was nie, impliseer noodwendig dat daar nie van 'n uitwendige abstraksie sprake kon wees nie. Alhoewel dit voorkom of sommige regshandelinge in die Germaanse reg nietig was,[108] het nietigheid dus nie een of ander grondliggende ooreenkoms geraak nie, maar die oordragshandeling self (met ander woorde die reële ooreenkoms).[109] Daar is eenvoudig nie voldoende gegewens beskikbaar om die afleiding te regverdig dat 'n abstrakte stelsel van toepassing was nie.[110]

---

107 Sohm *Eheschließung* 79-82, 85-86 sê uitdruklik dat die Germaanse reg nie so iets soos die saaklike ooreenkoms geken het nie. Sien ook Eckert *Handwörterbuch* by *Verfügung*.

108 Soos bv kontrakte wat onder dwang gesluit was, kontrakte wat met wetgewing of met die goeie sedes in stryd was en kontrakte wat nie aan die voorgeskrewe vormvereistes voldoen het nie (soos bv dat oordrag voor getuies of voor die gereg moes plaasvind). Sien bv Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 12 ev, 27. Die meeste van die bepalings waarna hy verwys, dateer egter uit die 17e en 18e eeue.

109 Soms het die gebreke waarna hierbo verwys is, nie nietigheid tot gevolg gehad nie, die partye is slegs 'n boete opgelê. Raadpleeg Huber *Privatrecht* 706; Planitz *Privatrecht* 24-25.

110 Huber *Privatrecht* 706-711; Planitz *Privatrecht* 24-25; Stobbe *Vertragsrecht* 14 ev; Ogris *Handwörterbuch* by *Übereignung* (P402-403); Mayer-Maly *Handwörterbuch* by *Vertrag*; Eckert *Handwörterbuch* by *Verfügung*; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht*

(c) Saaklike ooreenkoms het nie oordrag tot gevolg nie

Hierbo is aangetoon dat die skrywers wat die standpunt ingeneem het dat *Sala* 'n saaklike ooreenkoms was, ook gemeen het dat dit 'n vormlose ooreenkoms was, wat nie deur enige feitlike gebeure uitgebeeld is nie en deur blote wilsooreenstemming tot stand gekom het. Daar was egter wel ook enkele skrywers wat gemeen het dat *Sala* (dit wil sê, die saaklike ooreenkoms) tog uit een of ander simboliese handeling wat 'n oordragshandeling voorgestel het, bestaan het. Gierke was byvoorbeeld van oordeel dat *Sala* met die oordrag van 'n sooi gepaard gegaan het en dat dit reeds *Gewere* oorgedra het.

Hierdie siening van die saaklike ooreenkoms verskil natuurlik van wat ons vandag daaronder verstaan. Vandag word algemeen aanvaar dat die saaklike ooreenkoms slegs bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en dat dit opsigself nog nie oordrag van saaklike regte bewerkstellig nie.[111] Die simboliese handelinge waaruit *Sala* volgens Gierke bestaan het, behels egter meer as bloot net die bedoeling om eiendomsreg oor te dra; dit dui op 'n oordragshandeling.[112]

Die bespreking hierbo regverdig die afleiding dat die saaklike ooreenkoms nog nie aan die Germaanse reg bekend was nie. Die standpunt dat daar wel van so 'n ooreenkoms sprake was, is 'n versinsel van skrywers uit latere eeue wat reeds die onderskeid (soos deur Savigny uitgewerk) geken het en spruit voort uit die begeerte om aan te toon dat die konstruksie van die saaklike ooreenkoms reeds in die Germaanse reg voorgekom het.[113]

II 12-13; Van Apeldoorn 1929 *WPNR* 713 (hy is van oordeel dat 'n abstrakte stelsel nie uitgesluit kan word nie).

111 In geval van roerende goed moet die verkryger ook nog fisies in beheer gestel word, en in geval van onroerende goed moet registrasie plaasvind. Sien ook hfst 14.1 en 14.2.

112 In hfst 10 sal aangetoon word dat die saaklike ooreenkoms volgens Savigny in sommige gevalle wel opsigself oordrag bewerkstellig het.

113 Mens kry die indruk dat hulle te alle koste probeer om aan te toon dat die saaklike ooreenkoms van Germaansregtelike afkoms is en dat dit 'n unieke Duitse verskynsel was.

6.3.3.1.3 *Sala* bevat elemente van verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste[114]

Ingevolge 'n laaste standpunt (wat hierin ondersteun word), was *Sala* nóg 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nóg 'n saaklike ooreenkoms in hedendaagse terme, maar 'n regshandeling wat elemente van beide ooreenkomste bevat het. *Sala* het dus nie bloot bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie, dit het byvoorbeeld ook waarborge deur die vervreemder teen aansprake van derdes bevat.[115] *Sala* was egter meer as bloot net verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms. Dit het onmiddellike saaklike werking gehad, omdat dit reeds oordrag van ideële *Gewere inter partes*, maar ook teenoor persone wat van *Sala* bewus was, bewerkstellig het.[116] Indien *Sala* in hedendaagse terme verduidelik sou kon word,[117] kan mens sê dat dit in hierdie opsig ooreenstem met die koopkontrak van die Franse reg wat reeds oordrag van eiendomsreg tot gevolg het.[118] Teenoor *bona fide* derdes wat nie van *Sala* bewus was nie, het oordrag egter eers werking gehad nadat *Investitura* uitgevoer is.[119]

Ingevolge hierdie standpunt is ideële *Gewere* deur *Sala* oorgedra, terwyl liggaamlike *Gewere* deur *Investitura* oorgedra is. Dit moet gesien word teen die agtergrond van die feit dat verskillende persone verskillende *Gewere* op dieselfde saak kon hê. Die landheer kon byvoorbeeld ideële *Gewere* en die vasaal liggaamlike *Gewere* op dieselfde stuk grond gehad het.[120] Liggaamlike *Gewere* van die vasaal (wat slegs beperkte regte ver-

---

114 Raadpleeg die volgende bronne ivm hierdie uiteensetting: Hübner *Privatrecht* 236; Mitteis *Privatrecht* 91-92, 95; Brunner *Urkunde* 276, 278-279; Brunner *Resensie* 539; Sohm *Eheschließung* 79-82; Sohm *Trauung und Verlobung* 139; Gierke *Privatrecht* 274; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 155; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 4, 6; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 199; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 54.

115 Dit het egter nie verbintenisse tot stand gebring nie.

116 *Sala* herinner dus aan die reële ooreenkomste van die Romeinse reg (dit kan ook 'n "oordragsooreenkoms" genoem word). Sien hfst 2.4.4.4.2.

117 Die instellings van 'n vreemde en vergange regstelsel (soos *Sala* en *Investitura* van die Germaanse reg) kan nie regtig in hedendaagse terme verduidelik word nie. By gebrek aan 'n ander verwysingsraamwerk, kan dit egter nie anders nie.

118 Vergelyk arts 938, 1138 en 1583 van die *Code Civil*.

119 Sohm *Eheschließung* 79-81; Brunner *Resensie* 539; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 56-57.

120 Sien die bespreking hierbo in hfst 6.2.2 in verband met hierdie onderskeid.

leen het), was ondergeskik aan ideële *Gewere* (*Eigengewere*) van die landheer.[121] Die landheer het die bevoegdheid gehad om oor die grond te beskik, terwyl die vasaal die reg gehad het om die grond te bewerk. Ideële *Gewere* het aan die verkryger 'n aanspraak teen die vervreemder of sy erfgename op oordrag van liggaamlike *Gewere* verskaf. Die koper van grond wou seker wees dat hy absolute, onbeperkte ideële *Gewere* ontvang en nie bloot liggaamlike *Gewere* wat ondergeskik is aan die ideële *Gewere* van iemand anders nie.[122]

Daar is nie duidelikheid betreffende die feitlike gebeurtenisse (simbole) waaruit *Sala* volgens hierdie groep skrywers bestaan het nie. Sommige skrywers (soos Sohm) verbind geen simboliese handelinge aan *Sala* nie en dit wil voorkom of hulle van oordeel was dat *Sala* vormloos en buitegeregtelik deur blote wilsooreenstemming, tot stand gekom het. Die saaklike reg gaan reeds deur blote wilsooreenstemming tussen die partye oor.[123] Die kritiek hierteen, is dat alle regshandelinge in die Germaanse reg vormgebonde was en daar ook nog nie enige regsgevolge aan die blote wilsooreenstemming van die partye gekoppel is nie. Bowendien, indien *Sala* reeds oordrag *inter partes* bewerkstellig het, moes dit sekerlik gepaard gegaan het met die oordrag van 'n simbool wat die saak voorgestel het.

Dit is wel Mitteis se standpunt. Hy is van oordeel dat *Sala* bestaan het uit oorhandiging van 'n sooi waaraan 'n takkie was, as simbool van die grond wat oorgedra is.[124] Maar as hy reg is en *Sala* wel met 'n lewerings-

---

121 Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 56, 57; Sien ook Mitteis *Privatrecht* 92 en Gierke *Privatrecht* 196 vn 37, 274 vn 33.

122 Hierdie verklaring is nie sonder probleme nie. Al die gesag dui daarop dat *Sala* plus *Investitura* nodig was om absolute, onbeperkte *Gewere* oor te dra. Sien ook Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 52-53 en 56-57.

123 Sohm 1880 *ZSS* 59 beskryf *Sala* as *Veräusserungswillens* en *Übereignungswillens* - dit is 'n vormlose ooreenkoms wat slegs bestaan uit wilsooreenstemming. Sohm se standpunt is egter nie duidelik nie omdat die begrippe wat hy gebruik verwarrend is. Dit kan ook geïnterpreteer word as sou *Sala* 'n koopkontrak (verbintenisskeppende ooreenkoms) wees wat reeds *inter partes* saaklike werking het. Wat verder verwarrend is, is die feit dat Sohm 1880 *ZSS* 34 die *Auflassung* (en nie *Sala* nie) as die *Veräusserungswillens* beskryf.

124 Mitteis *Privatrecht* 91-92. Sien ook Werkmüller *Handwörterbuch* by *Traditio* en Hübner *Privatrecht* 239-240 waar hy na *Sala* as die *Gabe, Aufgabe* of *Aufreichnung* verwys en hy sê dat dit met simbole wat beheer voorgestel het (soos 'n handskoen),

handeling (simbole) gepaard gegaan het, kan weer geargumenteer word dat die handeling dan uiterlik waarneembaar (publisiteit) was en dat derdes ook gebonde moes wees. *Investitura* sou dan geen doel gedien het nie. Nie al die skrywers was daarom van oordeel dat *Sala* reeds oordrag *inter partes* tot gevolg gehad het nie. Hübner, byvoorbeeld, sê uitdruklik dat *Sala* opsigself nog nie saaklike werking gehad het nie.[125] Dit het volgens hom eers in samehang met *Investitura* (*Apprehensio*) oordrag van ideële *Gewere* bewerkstellig. Vir werking teenoor derdes was *Auflassung* nodig.[126] Die standpunt dat *Sala* reeds oordrag van saaklike beheer bewerkstellig het, is ook strydig met die volgende twee reëls van die Germaanse reg, naamlik: die reël dat die ooreenkoms eensydig ontbind kon word en die reël dat die koper die verkoper tot reële eksekusie kon dwing.[127]

Die konsekwensies van hierdie derde standpunt betreffende die aard en betekenis van *Sala*, is dat daar in die Germaanse reg nog nie tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms, die saaklike ooreenkoms en lewering onderskei is nie. Daar is bloot onderskei tussen *Sala* (wat elemente van die koop sowel as die saaklike ooreenkoms bevat het en *inter partes* oordrag van ideële *Gewere* bewerkstellig het) en *Investitura* (die verskaffing van fisiese beheer, wat liggaamlike *Gewere* oorgedra het sodat oordrag ook teenoor derdes werking kon hê). Hierdie standpunt word bevestig deur die feit dat daar in die Germaanse reg nie tussen sakereg en kontraktereg onderskei is nie. Die volgende faktore het sodanige onderskeid verhoed: die groot rol wat stam en familieverbande gespeel het, die feit dat daar geen kontrakteervryheid was nie en bykans geen reg om vryelik

---

gepaard gegaan het. Uit sy bespreking op 236 wil dit egter voorkom of hy van oordeel is dat dit vormloos was.

125 Die geval waar *Sala* opsigself reeds saaklike werking gehad het, was 'n uitsonderlike situasie, naamlik waar *traditio cartae* buite die graafskap waar die grond geleë is, uitgevoer is. Hübner *Privatrecht* 236, 239-240. Ook Albrecht *Gewere* 64-66 meen dat dit nie seker is of *Sala* reeds oordrag van *Gewere* tot gevolg gehad het nie aangesien daar talle voorbeelde is van gevalle waar fisiese beheer (*Investitura*) noodsaaklik was om regte te vestig.

126 *Auflassung* word hieronder in hfst 6.3.3.2 volledig bespreek.

127 Soos wat reeds hierbo opgemerk is, was dit egter nie seker of reële eksekusie 'n moontlikheid was nie. Volgens Fischer *Reële Executie* 74-78 kon die ooreenkoms nie meer eensydig ontbind word nie indien die koper 'n gedeelte van die koopprys betaal het, of indien hy *arrha* gegee het.

oor eie goed te beskik nie en die feit dat min ooreenkomste gesluit is omdat daar bykans geen handelsverkeer was nie.[128] In 'n stelsel wat op 'n ruil ekonomie berus het en waar die verhouding tussen familielede en stamme 'n oorheersende rol gespeel het, was die kontraktereg ondergeskik aan die sakereg. Die funksie wat die verbintenisreg hedendaags vervul, is deur die sakereg ingeneem. Regsverhoudings is bepaal deur die beheer wat 'n persoon oor sake uitgeoefen het, of deur die magte en bevoegdhede waaroor hy beskik het en nie deur kontrakte nie. Gevolglik het die kontrakte wat wel bestaan het grotendeels 'n sakeregtelike karakter vertoon.

6.3.3.2 *Die* Investitura-*handeling*

Investitura was die handelinge waardeur die verkryger fisies in beheer van 'n onroerende saak gestel is en die vervreemder hom aan die saak onttrek het.[129] Omdat grond nie soos roerende goed van hand tot hand oorgedra kon word nie, is van simbole gebruik gemaak.[130] In die plek van die grondstuk wat oorgedra is, is 'n voorwerp as simbool van die saak oorhandig. Dit was tipies van die Germaanse regsdenke dat regsgevolge nie op 'n ander wyse, anders as sigbaar en hoorbaar bewerkstellig kon word nie. Die mens wou sien wat gebeur. Hierdie simboliese handelinge wat as *Investitura* bekend gestaan het, moes op die betrokke grondstuk in teenwoordigheid van getuies uitgevoer word en het met allerhande formaliteite gepaard gegaan.[131]

---

128 Hübner *Privatrecht* 449, 451; Gilissen *Historische Inleiding* 679; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 270, 272, 276; Hahlo en Kahn *Legal System* 349.

129 Die woord *Gewere* ("om te beklee") het oorspronklik gedui op die handeling waardeur 'n persoon met fisiese beheer ten opsigte van 'n saak beklee is. In Latynse bronne word *Gewere* vertaal met *vestire/investire* wat afgelei is van *vestis* (kleed). Vandaar *vestitura* wat vertaal kan word met "om te beklee" (met fisiese beheer). Gierke *Privatrecht* 270, 274; Mitteis *Privatrecht* 92; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 155 vn 2; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 4, 6; Visagie *Leenreg* 74, 117-121.

130 In geval van roerende goed het *Gewere* deur oordrag van fisiese beheer oorgegaan.

131 Aangesien die handelinge op die grondstuk wat oorgedra word uitgevoer moes word, word ook daarna verwys as *Investitura realis*, in teenstelling met simboliese *Investitura* wat op 'n ander plek as die grond uitgevoer is. Sien die bespreking hieronder in hierdie verband.

Investitura het twee dele gehad, naamlik *Apprehensio* en *Auflassung*.[132] Alhoewel daar ook in hierdie verband meningsverskil is betreffende die feitlike handelinge waaruit *Investitura* bestaan het, wil dit tog voorkom of die algemeen aanvaarde standpunt was dat *Apprehensio* (aanvaarding) uit die volgende simboliese handelinge bestaan het, naamlik: die vervreemder het voor getuies 'n gedeelte van die grond geneem (soos byvoorbeeld 'n kluit, grashalm of 'n sooi wat gedien het as simbool van die grond wat oorgedra is), dit aan 'n takkie vasgemaak en in die verkryger se skoot neergesit.[133] *Apprehensio* was dus 'n handeling waardeur die grondstuk op 'n simboliese wyse oorgedra en ontvang is.[134] Van die kant van die vervreemder, was dit 'n oordragshandeling en van die kant van die verkryger, was dit 'n aanvaardingshandeling.

Auflassung[135] het weer daaruit bestaan dat die vervreemder en verkryger, vergesel van getuies, om die grens van die grondstuk geloop het, waarna die vervreemder die grond formeel verlaat het en die verkryger sy intrek geneem het. Die verlating van die grond (*exitus*) het gepaard gegaan met simboliese handelinge, soos die uitblus van die vuurherd en 'n sprong oor die heining. Dit was 'n aanduiding daarvan dat die vervreemder die saak ontruim en dat hy afstand doen van sy liggaamlike *Gewere* (beheer). Die verkryger het weer handelinge verrig wat 'n aanduiding was daarvan dat hy die grond vir homself toe-eien (dat hy fisiese beheer neem), soos dat hy sy intrek geneem het, die vuurherd aangesteek het

---

132 Raadpleeg die volgende bronne in verband met *Investitura*: Albrecht *Gewere* 64-66; Becker *Handwörterbuch* by *Investitur*; Brunner *Resensie* 539; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 173; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 155; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 284, 288-292, 298-300; Gierke *Privatrecht* 196, 274; Delport *Lewering en Registrasie* 37, 140-141; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 190-191, 193, 199; 269-270; Gilissen *Historische Inleiding* 682; Hahlo en Kahn *Legal System* 348; Heusler *Institutionen* 67, 73, 77; Hübner *Privatrecht* 237, 240; Mitteis *Privatrecht* 92; Nève *Overdracht* 25-26; Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung* en *Besitzeinweisung*; Schröder *Rechtsgeschichte* 304-305, 309; Von Amira *Germanischen Rechts* 129; Werkmüller *Handwörterbuch* by *Umgehen*; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 5-6, 8-9 en 46-47.

133 In geval van 'n kerk, is die tou waaraan die kerkklok hang of 'n deel van die altaar oorhandig. In geval van huise, is die *Kesselhakens* oorhandig, of die verkryger het oor die drempel getree. Soos wat hierbo opgemerk is (sien die bespreking van *Sala*), was sommige skrywers egter van oordeel dat *Sala* uit hierdie handelinge bestaan het.

134 Ogris *Handwörterbuch* by *Besitzeinweisung*; Becker *Handwörterbuch* by *Investitur*.

135 Ook verlating (*Verlassung*), ontruiming *(evacuatio)*. Nederlands: *vertichting*.

en gaste onthaal het. Oordrag was eers voltrek nadat beide *Sala* en *Investitura* uitgevoer is.

Hierbo is aangetoon dat sommige skrywers van oordeel was dat *Sala* nie bloot 'n saaklike ooreenkoms was nie, dit het reeds oordrag van *Gewere inter partes* bewerkstellig. Vir hulle het *Investitura* die doel gedien om oordrag aan derdes bekend te maak, sodat dit ook teenoor hulle werking kon hê. Dit was dus 'n publisiteitshandeling. Indien dieselfde saak aan meerdere persone verkoop is, het die persoon in wie se guns *Investitura* eerste voltrek is, voorrang geniet bo 'n vorige koper wat nog nie die *Investitura*-handeling uitgevoer het nie, selfs al is *Sala* reeds voltrek.[136]

6.3.4 Simboliese handelinge op 'n ander plek as die grond

Met die toename in grondtransaksies en verspreiding van die bevolking het dit vir die partye al moeiliker geword om met getuies na die grond te gaan. Dit het daartoe meegewerk dat *Sala* sedert die negende eeu ook op ander plekke, anders as op die grond wat oorgedra is en selfs buite die graafskap waar die grond geleë is, op 'n plek wat vir die partye gerieflik was, soos byvoorbeeld in die kerk of voor die gereg, kon plaasvind.[137] Hierdie ontwikkeling het noodwendig tot gevolg gehad dat *Sala* en *Investitura*, wat aanvanklik gelyktydig op die grond plaasgevind het, nou van mekaar geskei is.[138]

Aanvanklik moes *Investitura* steeds op die grond uitgevoer word, maar later het dit praktyk geword om ook hierdie handeling op 'n ander plek as op die grond uit te voer.[139] Die feit dat *Investitura* nie meer op die grond

136 Op hierdie reël was daar egter uitsonderings. Raadpleeg Schröder *Rechtsgeschichte* 309; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 46, 50; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 299; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* II 35; Delport *Lewering en Registrasie* 34.

137 Hierdie praktyk is bevorder deur 'n *capitularia* van Lodewyk die Vrome (wat dateer uit 818/819), wat dit moontlik gemaak het om *Sala* buite die Graafskap waar die grond geleë is uit te voer. Hübner *Privatrecht* 239-240; Nève *Overdracht* 26; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 173, 210; Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung*.

138 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 173-174 en tekste 4, 9 en 10 op 210, 213-214; Hübner *Privatrecht* 240; Gierke *Privatrecht* 271, 273 vn 29; Mitteis *Privatrecht* 92; Brunner *Urkunde* 276, 279; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 8; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 191.

139 Aanvanklik is *Investitura* slegs by wyse van uitsondering op 'n ander plek as die grond toegelaat, bv wanneer dit gepaard gegaan het met oordrag van 'n akte (*traditio per cartam*), of as dit voor die koningshof uitgevoer is.

plaasgevind het nie, het daartoe meegewerk dat van ander simbole, anders as 'n sooi wat van die grondstuk afkomstig is, gebruik gemaak is. Die aanvaardingshandeling (*Apprehensio*) is voortaan uitgevoer deur oorhandiging en ontvangs van 'n mes, 'n handskoen en later 'n muntstuk (simbole wat niks met die grond te make het nie). Derhalwe word daar na hierdie handelinge as simboliese *Investitura* verwys.[140]

Ook die feitlike gebeure waarin *Auflassung* opgesluit is, ondergaan verandering. Die formele verlating van die grond word by die Frankiese stamme byvoorbeeld vervang met oorhandiging van 'n staf (*Festuca*) deur die vervreemder aan die verkryger. Gevolglik word na *Auflassung* ook verwys as *Effestucatio*.[141] Die staf (*Festuca*) was vir die Germane 'n simbool van mag. Die oorhandiging daarvan aan die verkryger was derhalwe 'n aanduiding dat die vervreemder afstand doen van sy beheer (*Gewere*) oor die saak.[142] Gepaard met oorhandiging van die staf, moes die vervreemder ook 'n voorgeskrewe mondelinge verklaring aflê te dien effekte dat die grond oorgedra word (oordrag met halm en mond). Ooreenkomstig Saksiese gebruik het die vervreemder sy hand met gekruisde vingers in die lug gesteek terwyl 'n voorgeskrewe formule uitgespreek is (oordrag met hand en mond). Die Frankiese vorm van *Auflassung* (*Effestucatio*) is mettertyd in alle gebiede gebruik, behalwe deur die Saksers en Friese.[143]

---

140 Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung*; Becker *Handwörterbuch* by *Investitur*; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 210, 213-214 tekste 4, 9 en 10; Heusler *Institutionen* 73-76; Hübner *Privatrecht* 237-241; Brunner *Urkunde* 276-278; Gierke *Privatrecht* 268-270, 272-273; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 52; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 8; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 191.

141 Ook *werpitio* (by die Franke), *resignatio* (by die Saksers), afstanddoening of *abdicatio* (in Beiere), *renuntiare*, *assignare*, *resignatio*, stoklegging, halmgoeding.

142 Schröder *Rechtsgeschichte* 64-65; Ogris *Handwörterbuch* by *Festuca*; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 9; Gilissen *Historische Inleiding* 682.

143 In sommige streke is 'n gemengde vorm aangetref. Raadpleeg Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung;* Mitteis *Privatrecht* 92-93; Schröder *Rechtsgeschichte* 786-787; Gierke *Privatrecht* 269-270 vn 15; Sohm 1880 *ZSS* 34; Hübner *Privatrecht* 237-238, 240-241; Heusler *Institutionen* 73 ev; Brunner *Urkunde* 274; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 52; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 7, 12; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 154-155; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 290; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 190, 192-193, 197; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 172-174; Van der Heijden *Aantekeninge* 41; Nève *Overdracht* 26; Delport *Lewering en Registrasie* 141; Hahlo en Kahn *Legal System* 348.

Die feit dat *Investitura* nie meer op die grond uitgevoer is nie en met simboliese handelinge gepaard gegaan het, het tot gevolg gehad dat die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer nie meer 'n vereiste vir die oordrag en verkryging van ideële *Gewere* op onroerende goed was nie. *Gewere* is nou deur *Auflassung* oorgedra.[144] Ten einde werking teenoor derdes te kon hê, moes fisiese beheer egter wel verskaf gewees het.

6.3.5 Samevatting

1. Die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat daar in die Germaanse reg aanvanklik nie tussen verskillende handelinge by die oordrag van saaklike beheer onderskei is nie. Kontraksluiting, betaling en die verskaffing van fisiese beheer was een enkele oordragshandeling.

2. Later word wel tussen *Sala* en *Investitura* onderskei, maar daar bestaan nie duidelikheid oor die presiese aard en betekenis van *Sala* nie. Dit is egter onwaarskynlik dat dit 'n verbintenisskeppende ooreenkoms of 'n saaklike ooreenkoms was, soos wat deur sommige skrywers aangevoer word. Dit is meer waarskynlik dat dit 'n reële ooreenkoms was, wat elemente van die hedendaagse verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms bevat het en wat reeds oordrag van saaklike beheer *inter partes* bewerkstellig het.

3. Vir werking teenoor derdes moes *Investitura* uitgevoer word. *Investitura* het bestaan uit *Apprehensio* (aanvaarding) en *Auflassung* (verlating). Dit was simboliese handelinge waardeur die verkryger fisies in beheer van 'n onroerende saak gestel is, en die vervreemder hom aan die saak onttrek het.

4. In die Germaanse reg is daar dus nie tussen verbintenisskeppende ooreenkoms, saaklike ooreenkoms en die verskaffing van fisiese beheer onderskei nie, daar is slegs onderskei tussen *Sala* (verbintenis-

144 Dit word beskryf as 'n *Besitzräumungsvertrag*. Daarmee word bedoel dat die partye ooreengekom het dat die vervreemder die saak sal ontruim en fisiese beheer aan die verkryger afstaan. Sien Ogris *Handwörterbuch* by *Besitzeinweisung*; Werkmüller *Handwörterbuch* by *Traditio*; Hübner *Privatrecht* 237-238; Brunner *Urkunde* 276; Conrad *Rechtsgeschichte* I 166, 428.

skeppende ooreenkoms en saaklike ooreenkoms) en *Investitura* (die verskaffing van fisiese beheer).

Die ontwikkeling wat hierbo geskets is waarvolgens die oordragshandelinge op 'n ander plek as die grond self uitgevoer is, het aansluiting gevind by twee ander wyses van oordrag waar *Investitura* ook nie op die grond uitgevoer is nie, naamlik *traditio per cartam* en oordrag voor die koningshof. Hierdie wyses van oordrag sal vervolgens bespreek word.

6.4 Oordrag *per cartam*

Naas die inheemse wyse van oordrag wat hierbo bespreek is, vind talle oordragte (veral aan kerke, kloosters, konings en adellikes) reeds vanaf die sewende eeu buitegeregtelik plaas by wyse van die oorhandiging van 'n dokument voor getuies, byvoorbeeld bure en *markgenoten* (*traditio per cartam*). In die Middeleeue is die begrip *carta* gebruik vir dokumente van 'n wetgewende aard. Die begrip is egter ook in 'n enger betekenis gebruik met verwysing na dokumente wat in die private regsverkeer gebruik is - dokumente waardeur regshandelinge tot uiting gebring is.[145] Hahlo en Kahn[146] noem die *carta* 'n oordragsdokument (transportakte) en sê dat dit ook die voorwaardes van die oordrag bevat het.

Hierdie wyse van oordrag was 'n kombinasie van die inheemse Germaansregtelike wyse van oordrag en 'n oordragsvorm van die Romeinse vulgêre reg, waar oordrag slegs by wyse van oorhandiging van 'n akte plaasgevind het.[147] Met die verloop van jare, het verskillende kombinasies voorgekom. Aanvanklik is al die handelinge, insluitend oordrag van die dokument, op die grond uitgevoer. As deel van die ritueel is 'n dokument op die grond neergesit, deur die vervreemder opgetel en aan die verkryger oorhandig, terwyl hy ook nog mondelinge verklarings gemaak het.[148] In die Frankiese tyd het dit al hoe meer voorgekom dat die onderskeie handelinge op verskillende plekke uitgevoer is. Oorhandiging van die

145 Jordan *Handwörterbuch* by *Carta*.
146 Hahlo en Kahn *Legal System* 388.
147 Die gebruik van skrif het veld gewen omdat dit as't ware onsterflike getuienis voorsien het. Brunner *Urkunde* 276; Mitteis *Privatrecht* 92; Hübner *Privatrecht* 239; Heusler *Institutionen* 69; Schröder *Rechtsgeschichte* 305.
148 Huber *Privatrecht* 702; Jordan *Handwörterbuch* by *Carta*.

akte word nou op 'n ander plek as die grond uitgevoer, byvoorbeeld in 'n klooster of kerk, terwyl *Investitura* (*Apprehensio* en *Auflassung*) daarna steeds op die grond uitgevoer is.[149]

Sedert die negende eeu het die partye ook nie meer na die grond gegaan om fisiese beheer oor te dra nie. Die tradisionele simboliese handelinge (sooi, handskoen, mes, ensovoorts) wat *Investitura* voorgestel het, is op 'n ander plek as die grond uitgevoer en word met oorhandiging van 'n dokument gekombineer.[150] Later is die akte en simboliese handelinge egter van mekaar losgemaak en het *traditio per cartam* as selfstandige wyse van oordrag na vore getree en die plek van *Investitura* (*Effestucatio /Auflassung*) ingeneem.[151] Oorhandiging van die *carta* het dus verskaffing van fisiese beheer voorgestel. Sommige skrywers meen dat oorhandiging van die *carta* die plek van *Sala* (dit wil sê die saaklike ooreenkoms) ingeneem het, maar dit was nie die algemeen aanvaarde standpunt nie.[152]

Die *carta* (ook *epistola*, *testamentum*) is opgestel deur die vervreemder of deur iemand wat deur hom gemagtig is om dit te doen en moes voldoen aan bepaalde formaliteite. Dit het gewoonlik begin met die name van die partye (*inscriptio*) en 'n omskrywing van die grond. Die inhoud het bestaan uit 'n verklaring deur die vervreemder in die eerste persoon, waarin hy verklaar dat hy fisiese beheer aan die verkryger oordra en

149 Hübner *Privatrecht* 238-240; Brunner *Urkunde* 275-276; Nève *Overdracht* 26. Bekker *Handwörterbuch* by *Investitur* wys ook nog op 'n ander kombinasie waarvolgens die partye eers *reale Investitura* (werklike verskaffing van beheer) op die grond uitgevoer het en simboliese *Investitura* later op 'n ander plek as die grond uitgevoer is. Eers daarna is 'n dokument opgestel waarin die handelinge geboekstaaf is.

150 Die *Lex Ribuaria art* 59(1) maak uitdruklik melding van hierdie wyse van oordrag. Jordan *Handwörterbuch* by *Carta*; Brunner *Urkunde* 275-276; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 172-174, 210-212; Nève *Overdracht* 26; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 8, 10-12; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 46, 79; Hübner *Privatrecht* 239-240; Mitteis *Privatrecht* 92; Gierke *Privatrecht* 271-272; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 191-192, 194; Hahlo en Kahn *Legal System* 388.

151 Brunner *Urkunde* 275-276; Heusler *Institutionen* 69; Jordan *Handwörterbuch* by *Carta*; Nève *Overdracht* 26 vn 11. Becker *Handwörterbuch* by *Investitura*. Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 173 en Delport *Lewering en Registrasie* 148-149 meen egter dat *carta/notitia* bloot 'n skriftelike relaas van die *Investitura* handeling was. Dit het *Investitura* nie vervang nie, maar was blote bewysmiddel dat *Investitura* wel plaasgevind het.

152 Raadpleeg Hübner *Privatrecht* 239; Mitteis *Privatrecht* 92; Gierke *Privatrecht* 271-273; Conrad *Rechtsgeschichte* 166; Sohm 1880 *ZSS* 32 vn 44; Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung*; Becker *Handwörterbuch* by *Investitura*. In die vulgêre reg was die akte tegelykertyd verbintenisskeppende ooreenkoms en oordrag van saaklike beheer.

laasgenoemde dat hy oordrag neem (verklarings in *zegel-en-brief*).[153] In die slotgedeelte is die inhoud van die dokument bevestig deur die handtekening van die vervreemder, asook die name en handtekeninge van getuies (*firmatio*).[154] Dit is ook deur die persoon wat die dokument opgestel het onderteken (*subscriptio*). Die tydstip van oordrag is aangedui deur 'n spesiale formule, die *data* of *datum*, wat terselfdertyd 'n bevestiging was dat oordrag plaasgevind het.[155] Nadat die dokument opgestel is en deur getuies bekragtig is, is dit aan die verkryger oorhandig.

Afgesien van buitegeregtelike oordrag *per cartam* voor getuies, het dit ook voorgekom dat oordrag voor die gereg plaasgevind het deurdat 'n dokument oorhandig is.[156] Die akte is nie deur die hof opgestel nie, maar deur 'n *cancelarius* (geregskrywer/sekretaris) en is deur die vervreemder in die hof aan die verkryger oorhandig. Die dokument wat hier by oordrag voor die volkshowe ter sprake was (*notitia*), moet onderskei word van die *carta* wat hierbo bespreek is.[157] Laasgenoemde was 'n dokument waarin beskikkings deur individue (soos oordragte) geboekstaaf is. Dit was 'n *dispositive Urkunde*; dit wil sê, dat dit deel van die oordragshandeling was en derhalwe 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van *Gewere*. *Notitia* (*breve* of *memoratorium*) daarenteen, het nie deel uitgemaak van die regshandeling nie. Dit was bloot 'n relaas van die feitlike gebeure en het slegs gedien as bewys daarvan dat oordrag wel plaasgevind het (dit was bloot bewysmiddel).[158]

---

153 Jordan *Handwörterbuch* by *Carta*; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 11; Hahlo en Kahn *Legal System* 379. Delport 1980 *Obiter* 116 spreek die mening uit dat dit dus 'n vorm van konsensuele oordrag was.

154 Die getuies kon dit ook bevestig deur dit met hulle hande aan te raak (handoplegging/*manumissio*).

155 Jordan *Handwörterbuch* by *Carta*; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 78; Hahlo en Kahn *Legal System* 379, 444, 459.

156 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 172 (vergelyk ook die uittreksel uit die *Lex Ribuaria art* 62 op 208-209); Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 57; Gierke *Privatrecht* 272 vn 28; Huber *Privatrecht* 703; Brunner *Urkunde* 278; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 46.

157 Sien die volgende bronne in verband met hierdie onderskeid: Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 11, 37-39; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 78; Hahlo en Kahn *Legal System* 379-380; Delport *Lewering en Registrasie* 148-149; Hübner *Privatrecht* 486, 491-492; Mitteis *Privatrecht* 133; Nanz *Vertragsbegriff* 29-30.

158 Anders as by die *carta* het 'n derde persoon verhalend opgetree. *Notitia* het ook feite van 'n ander aard, anders as beskikkings deur individue, weergegee. Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 78.

Beide, *carta* en *notitia*, was private oorkondes, met die gevolg dat die inhoud sowel as die outentisiteit daarvan deur getuies bewys moes word. Indien die persoon wat so 'n oorkonde in sy besit gehad het se reg op beheer byvoorbeeld betwis is, moes die persoon wat beweer dat hy 'n beter reg het sy reg bewys, of hy kon die outensiteit van die akte aanval. Die party wat hom op 'n onjuiste oorkonde beroep het, het sy saak verloor en moes 'n boete betaal.[159] Daarteenoor het openbare oorkondes versterkte bewyskrag gehad.[160]

Oordrag *per cartam* het nooit die inheemse oordragsprosedure vervang nie en was op geen stadium die algemeen aanvaarde wyse van eiendomsoordrag in die Germaanse reg nie. Om die waarheid te sê, hierdie wyse van oordrag het later in die Middeleeue in onbruik verval.[161] Nog later word die verklarings van die partye in die stadsboek geregistreer en uiteindelik word die verklarings vervat in 'n notariële oorkonde.[162]

6.5 Oordrag voor die Frankiese koningshof

In die Frankiese tyd kon onroerende goed voor die koningshof oorgedra word, nie net deur konings en adellikes nie, maar ook deur lede van die publiek. Die belangrikste kenmerke van hierdie wyse van oordrag was dat die partye eers 'n privaatoorkonde van die oordrag opgestel het waarna hulle 'n skyngeding in die hof opgevoer het. Dit word 'n skyngeding genoem omdat daar nie noodwendig 'n geskil tussen die partye hoef te bestaan het nie. Die hofprosedure is slegs gebruik om oordrag te bewerkstellig, dit was bloot 'n instrument om die vormvereistes uit te voer.[163] Na afhandeling van die skyngeding het die hof die vervreemder beveel om die grond aan die verkryger oor te dra, waarna die *Investitura*-handeling (*Apprehensio* en *Auflassung*) in die hof uitgevoer is; dit wil sê, oor-

159 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 174; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 46.
160 Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 77; Hahlo en Kahn *Legal System* 379. Sien die bespreking hieronder in hfst 6.5 rakende die koningsoorkonde.
161 Jordan *Handwörterbuch* by *Carta*; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 174; Nève *Overdracht* 25-26.
162 Hübner *Privatrecht* 486. Die ou vorme van kontraksluiting was nog tot laat in die Middeleeue in gebruik gewees. Sien Nanz *Vertragsbegriff* 29-30.
163 In gevalle waar daar werklik 'n geskil tussen die partye betreffende onroerende goed bestaan het, het die hof natuurlik wel uitspraak gegee. Die uitspraak is in 'n gewone privaat oorkonde vervat, wat deur 'n koningsoorkonde aangevul is.

handiging van simbole gepaard met die voorgeskrewe mondelinge verklaring.

Daar is ook 'n koningsoorkonde (*testamentum regis*) aan die verkryger uitgereik.[164] Die koningsoorkonde was 'n openbare dokument wat aan owerheidsgesag ontleen is en as sodanig die gesag van die koning gedra het.[165] Derhalwe is aanvaar dat die dokument outentiek is en dat die inhoud daarvan korrek is. Geen getuies is in hierdie verband vereis nie omdat die dokument homself bewys. Iemand wat die inhoud betwis het, of wat beweer het dat die oorkonde vals is, het met sy lewe geboet, want dit is beskou as inbreukmaking op die gesag van die koning. Anders as 'n privaatoorkonde, was die openbare oorkonde dus onaanvegbaar, alhoewel dit nie 'n onaantasbare titel verleen het nie omdat die uiteindelike regstoestand nie gewaarborg is nie.[166] Dit het verder besondere beskerming aan die verkryger verleen deurdat alle ander persone verbied is om hom in sy besit te steur. Die persoon wat inbreuk gemaak het op 'n onroerende saak waarvan beheer deur 'n koningsoorkonde beskerm is, moes 'n koningsbanboete betaal.[167]

Traditio per cartam en oordrag voor die koningshof was uitsonderlike wyses van oordrag en het mettertyd verdwyn. Sedert die dertiende eeu was geregtelike oordrag die mees algemene wyse waarop onroerende goed in bykans al die streke oorgedra is. Hierdie wyse van oordrag sal vervolgens bespreek word.

6.6 Geregtelike oordrag

Sedert ongeveer die elfde eeu het daar geleidelik ingrypende veranderings ingetree, wat daartoe meegewerk het dat vervreemding van

---

164 Raadpleeg die volgende bronne oor hierdie prosedure. Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 174-175; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 77-78; Nève *Overdracht* 27; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 8; Hübner *Privatrecht* 238; Mitteis *Privatrecht* 93; Gierke *Privatrecht* 272 vn 28, 274; Brunner *Urkunde* 275; Hahlo en Kahn *Legal System* 379, 387-388.

165 Oorkondes wat opgestel is van verrigtinge voor die gewone howe, was nie openbare dokumente nie, maar privaat dokumente. Sien Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 77; Planitz *Rechtsgeschichte* 148-149.

166 Dit is soortgelyk aan *in iure cessio* van die Romeinse reg. Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 175; Hübner *Privatrecht* 238; Mitteis *Privatrecht* 93; Hahlo en Kahn *Legal System* 379.

167 Sien Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 175.

grond al hoe meer aan kontrole en toestemming van die hof onderwerp is.[168] Buitegeregtelike oordrag voor getuies, het vir 'n tyd lank nog voortbestaan (in elk geval nog in die veertiende eeu), maar dit is mettertyd deur geregtelike oordrag verdring, sodat oordrag van onroerende goed uiteindelik in al die Nederlandse[169] en Duitse streke voor die plaaslike regbank uitgevoer is.[170]

6.6.1 Die ontstaan van geregtelike oordrag

Daar is nie eenstemmigheid betreffende die oorsprong en ontwikkeling van geregtelike oordrag onder die Germaniste nie. Sommige beweer dat geregtelike oordrag sy oorsprong vind in die *echte ding* tydens die Frankiese tyd.[171] Die *echte ding* was 'n volksvergadering (*mallus*) wat deel uitgemaak het van die regterlike organisasie en wat saamgestel is uit die graaf as voorsitter, *scabini* (oordeelvinders) en vry manne. Na ineenstorting van die Karolingiese ryk in die tiende eeu, het weliswaar nuwe regbanke tot stand gekom (byvoorbeeld landsheerlike howe), maar hulle behou kenmerke van die *echte ding*.[172]

Ander skrywers meen weer dat onroerende goed nie in die *echte ding* oorgedra is nie en dat geregtelike oordrag eerder sy oorsprong gehad het in die belastinghowe (*cijnsgerechte*) van die landheer waar *cijnspligtige* grond oorgedra is.[173] Die landheer moes sy toestemming en medewerking gee indien 'n belastingpligtige die grond waaroor hy beheer uitgeoefen het aan 'n ander wou oordra, sodat die landheer kontrole kon

168 Daar is egter bewyse daarvoor dat oordrag voor die gereg reeds vroeër bestaan het. Sien Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 172; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 13.

169 Behalwe Friesland, Drente en Gorecht.

170 Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 13, 63 ev; Verburgt *Levering te Leiden* 18, 43; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 179; Nève *Overdracht* 27, 29; Delport *Lewering en Registrasie* 141, 143, 146-147; Hübner *Privatrecht* 241; Gierke *Privatrecht* 274; Sohm 1880 ZSS 59-60; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 191 ev.

171 Bv Hübner *Privatrecht* 241; Döhring *Handwörterbuch* by *Freiwillige Gerichtsbarkeit*; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 13-18, 31-32.

172 Die *Lex Salica* (769 nC) het uitdruklik vir die *echte ding* voorsiening gemaak. Raadpleeg die volgende skrywers oor die *echte ding*: Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 176, 179; Gilissen *Historische Inleiding* 169, 177-178; Nève *Overdracht* 30; Delport *Lewering en Registrasie* 141-145; Van der Heijden *Vaderlandse Recht* 66, 69.

173 *Cijnspligtige* grond is grond wat aan belasting onderhewig was en het voortgespruit uit die feodale en *dominiale tenure*. Dit moet onderskei word van *allodiale* (*eigen*) goedere.

uitoefen oor die invordering van grondbelasting. Vir hierdie doel het laasgenoemde 'n voorkoopsreg gehad.[174]

Nève ontken weer dat geregtelike oordrag voortgespruit het uit die belastinghowe en meen dat dit eerder die opkoms en ontwikkeling van die stedelike *schepenbanke* tussen die tiende en elfde eeue was, wat aanleiding gegee het tot geregtelike oordrag.[175] Die *schepenbanke* was die mees verspreide regterlike instelling. Byna elke dorp het sy eie *schepenbank* gehad wat meesal uit sewe *schepenen* (*scabini*) bestaan het.[176] Volgens Nève het die *schepenbanke* nie verband gehou met die belastinghowe nie en was dit ook nie die voortsetting daarvan nie. Laasgenoemde het later as *schepenbanke* tot stand gekom. Wat meer is, *schepenbanke* het slegs oor *allodiale* goedere jurisdiksie gehad en nie oor *cijnsgoedere* nie.[177]

Soos blyk uit bogenoemde bespreking, is dit moeilik om presies vas te stel uit watter regsprekende instellings geregtelike oordrag voortgevloei het en in watter howe geregtelike oordrag plaasgevind het. Die gesag hieroor is verdeeld en verder word enige ondersoek bemoeilik deurdat die regterlike organisasie in die Middeleeue uiters ingewikkeld was. Daar kan volstaan word met die stelling dat geregtelike oordrag geleidelik gedurende die feodale tyd ontwikkel het uit die kombinasie van 'n aantal faktore en dat dit kenmerke vertoon wat oorgeneem is van verskeie instellings uit die Frankiese tyd.[178]

'n Belangrike faktor wat aanleiding gegee het tot die ontwikkeling van geregtelike oordrag, is die feit dat daar 'n behoefte was aan versterking van die regsposisie van die verkryger wat in 'n toestand van onsekerheid

174 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 179-181 en tekste 19 II, III en IV op 229 ev; Gilissen *Historische Inleiding* 378; Nève *Overdracht* 29, 30vn 21, 32-33; Delport *Lewering en Registrasie* 143; Heusler *Institutionen* 85; Sohm 1880 *ZSS* 48-50 ev.

175 Nève *Overdracht* 27, 29, 33.

176 *Schepenen* was burgers van die stad of inwoners van die dorp, wat deur die heer aangestel is. Die woord *schepenen* kom van *skapjan* wat beteken orden, bestuur. Sien Gilissen *Historische Inleiding* 379, 385.

177 Sien Nève *Overdracht* 33-35. Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 177, 180-181 meen egter dat die *schepenbanke* in baie gevalle bloot die voortsetting van bestaande *cijns- en hofgerechte* was en dat dit ook *cijnsgoedere* oorgedra het.

178 Raadpleeg De Monté ver Loren *Rechterlijke Organisatie*; Gilissen *Historische Inleiding* 375 en Hahlo en Kahn *Legal System* 364 ivm die hofstruktuur.

verkeer het. Die vervreemder kon byvoorbeeld geen reg gehad het om die saak te vervreem nie, die grond kon beswaar gewees het waarvan die koper nie bewus was nie en bure, familielede of landhere kon 'n naastingsreg op die grond gehad het. Indien die reghebbende grond sonder hierdie persone se toestemming vervreem het, kon hulle teen die vervreemding beswaar gemaak het en die saak teen dieselfde prys gekoop het. Daar was geen registrasiestelsel wat die risiko's kon verminder nie.[179]

Geregtelike oordrag gepaard met die uitspreek van die *vredeban* en veral die jaar-en-'n-dag-reël, het 'n groter mate van beskerming aan die verkryger teenoor aansprake van derdes verleen. Dit het aan die verkryger sekerheid verleen dat sy regte op die voorgeskrewe wyse verkry is en dat derdes geen aanspraak gehad het nie. Dit het ook die voordeel ingehou dat belanghebbendes van die vervreemding in kennis gestel word, sodat hulle moontlike aansprake op die grond kon openbaar.[180]

6.6.2 Prosedure en wyse van oordrag

Alhoewel verskillende prosedures op verskillende tye in die onderskeie gebiede gegeld het, kan die volgende belangrike kenmerke van hierdie wyse van oordrag uitgelig word. Die vervreemding is voor oordrag in die kerk of voor die plaaslike regbank[181] bekend gemaak, terwyl belanghebbendes opgeroep is om teen die oordrag beswaar te maak. Indien beswaar gemaak is, is dit by wyse van 'n hofgeding besleg. Indien geen beswaar gemaak is nie, is 'n skynproses gevoer wat dieselfde vorm aangeneem het as by die Frankiese koningshof en wat vergelykbaar is met die Romeinsregtelike *in iure cessio*.[182] Die hofproses en gevolglike hofuitspraak is dus bloot gebruik as instrument ter uitvoering van die

179 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 181, 191.

180 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 182; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 13-14, 20-22; Delport *Lewering en Registrasie* 141-145; Gierke *Privatrecht* 274-275.

181 Aanvanklik in die *echte ding*, later in die *poort-* of *jaarding* wat deel was van die regterlike organisasie. De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 158; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 22, 25.

182 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 177, 182; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 22, 25; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 155, 158; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 194 ev; Brunner *Rechtsgeschichte* 275, 286; Mitteis *Privatrecht* 92-93; Hahlo en Kahn *Legal System* 387-388; Delport *Lewering en Registrasie* 143, 145.

vormvereistes. In die Middeleeue kon die verkryger ook, sonder dat daar enige hofproses plaasgevind het, versoek dat die hof verklaar dat oordrag volgens voorskrif plaasgevind het.[183]

Oordrag het plaasgevind deurdat die partye die inheemse simboliese handelinge, dit wil sê die oorhandiging van simbole gepaard met mondelinge verklarings (*Apprehensio* en *Auflassung/Effestucatio*), voor die *schout* en *schepenen* uitgevoer het.[184] Hierdie handelinge kon gepaard gaan met oorhandiging van 'n *carta*, maar later het die *carta* verdwyn en is slegs die inheemse handelinge voor die gereg uitgevoer.[185]

Auflassung het mettertyd in belangrikheid toegeneem en was later die belangrikste element in die oordragsproses. Dit het daartoe gelei dat die twee elemente van *Investitura*, naamlik *Apprehensio* en *Auflassung* in een handeling saamgesmelt het en voortaan slegs as *Auflassung* of *Effestucatio* bekend gestaan het. *Investitura* (*Auflassung*) was nou 'n suiwer simboliese handeling, wat bestaan het uit oorhandiging van die *Festuca* deur die vervreemder aan die verkryger, terwyl hy die voorgeskrewe mondelinge verklaring afgelê het (oordrag met hand en mond). In sekere streke het die dubbele handeling egter bly voortbestaan.[186]

Nadat oordrag plaasgevind het, het die *schepenen* vonnis uitgespreek en die *schout*/regter het verklaar dat oordrag ooreenkomstig plaaslike gewoonte plaasgevind het en dat die oordrag vas en onverbreeklik is. Die vonnis het die verkryger se reg op beheer regtens vasgestel en be-

183 Sien Gierke *Privatrecht* 274-275; Hübner *Privatrecht* 241; Sohm 1880 *ZSS* 37.

184 Volgens Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 195 (*vn* 2), II 7 moes die koopkontrak tot kennis van die regter gebring word. Sien ook Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 295, 297-298. Sy bespreking bevat egter talle teenstrydighede.

185 In die laat Middeleeue was daar wel streke waar oordrag slegs deur die akte plaasgevind het. Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 180, 182; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 157; Delport *Lewering en Registrasie* 146; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 192, 195, 197; Gierke *Privatrecht* 272-273 voetnote 28 en 29; Hübner *Privatrecht* 240, 486, 496; Mitteis *Privatrecht* 133; Nanz *Vertragsbegriff* 29-30; Nève *Overdracht* 27, 35; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 22, 25, 30; 37-39. Raadpleeg ook Visagie *Leenreg* 75-76 ivm die wyse waarop 'n leenreg vervreem is.

186 Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung*; Cerutti *Rechtesgeschiedenis* 174; Nève *Overdracht* 25-26; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 8-9, 12-13, 30; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 154-155; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 291; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 193, 197.

vestig.[187] Die oordrag is dan of in 'n geregsboek ingeskryf, of deur 'n geregtelike oorkonde bevestig wat deur 'n *schout* (of die *schout* en *schepenen*) opgestel is en aan die verkryger oorhandig is.[188] Indien dit nie gebeur het nie, was die oordrag in sommige streke nietig, in ander vernietigbaar. Hierdie akte (oorkonde) moet nie met die dokument wat by *traditio carta* gebruik is, verwar word nie. Laasgenoemde was 'n privaatdokument wat deur die partye self, of iemand in opdrag van die partye opgestel is en dit was 'n konstitutiewe vereiste vir oordrag. Die oorkonde wat by geregtelike oordrag gebruik is was nie 'n *carta* nie, maar 'n *notitia*. Dit wil sê, bloot 'n skriftelike relaas van die oordragshandeling wat gedien het as bewys daarvan dat oordrag plaasgevind het en dat *Gewere* op die verkryger oorgegaan het. Dit is nie deur die partye opgestel nie, maar deur amptenare van die hof, en kan dus as 'n amptelike dokument beskou word. Oordrag is daarna bekend gemaak in die *jaarding* of *poortding* (ook *gading* of *gouwding* genoem), waarna belanghebbendes nog 'n jaar en een dag gehad het waarbinne hulle die saak kon opeis.[189]

Alhoewel die regbank aanvanklik (tot ongeveer 1150) 'n passiewe rol vervul het en slegs as getuies opgetree het, is dit duidelik dat dit nou 'n meer aktiewe rol vervul.[190] In die dertiende eeu het die *schepenen* in sommige streke selfs nog verder gegaan en 'n voorafgaande ondersoek gedoen, waarna verklaar is dat die vervreemder in regmatige beheer was

187 Sien bv die akte van s'Hertogenbosch (1274) waarna Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 180-181 verwys. Sien ook Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 14-15, 31; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 194; Nève *Overdracht* 35-36; Gierke *Privatrecht* 272, 274. Delport *Lewering en Registrasie* 143.

188 *Schepenaktes* is aanvanklik deur *schepenen* opgestel, maar later het openbare notarisse hierdie funksie vervul (in sommige streke reeds vanaf die einde van die 13e eeu, maar in ander streke eers later).

189 Raadpleeg die volgende bronne in verband met bostaande bespreking: Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung*; Hübner *Privatrecht* 238; Sohm 1880 *ZSS* 55 ev; Nève *Overdracht* 27, 36 vn 54; Ketelaar *Pertinent Register* 48-51; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 180; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 10-11, 37-39; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 194; Delport *Lewering en Registrasie* 146, 148-149; Hahlo en Kahn *Legal System* 379-380.

190 Die feit dat oordrag in die Germaanse reg voor die gereg plaasgevind het, spreek teen die bestaan van 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms. Die vasstelling van die sakeregtelike posisie deur 'n regter pas nie in by die konstruksie van die saaklike ooreenkoms nie. Die konstruksie is gegrond op die verhouding tussen vervreemder en verkryger, terwyl 'n derde persoon of buite instansie in geval van geregtelike oordrag by die proses betrokke was. Sien Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 59-60.

en die saak kon vervreem. In die veertiende eeu het hulle hulleself egter tot formele aspekte beperk.[191]

Tussen die dertiende en vyftiende eeue verander die prosedure deurdat die *schout* nie meer aanwesig is nie, vonnis deur *schepenen* in onbruik verval en selfs die gebruikmaking van simbole verdwyn. Al wat oorbly, is verskyning van die partye voor twee *schepenen*, verklaring van oordrag en die uitreiking van 'n akte wat deur die *schepenen* opgestel is.[192]

Dit was ook nie meer 'n vereiste vir die oordrag van onroerende goed dat die verkryger daadwerklik fisies in beheer van die saak gestel word nie - dit het in elk geval nie voor die gereg plaasgevind nie. In sommige streke kon die nuwe eienaar beheer oor die saak neem soos hy dit goed ag, in ander streke was verblyf van drie dae nodig as aanduiding daarvan dat die verkryger beheer verkry het.[193] Dit wil nou nie sê dat fisiese beheer geen rol meer gespeel het nie. Indien die verkryger vir 'n jaar en 'n dag in beheer van die saak was, was sy reg onaantasbaar, selfs al was die vervreemder se reg gebrekkig. Fisiese beheer het dus 'n publisiteitsfunksie vervul en dit het gebreke in titel herstel. Dit was nou wel nie 'n vereiste vir oordrag van *Gewere inter partes* nie, maar oordrag het nie werking teenoor derdes gehad alvorens fisiese beheer verskaf is nie.[194]

6.6.3 Beskermingsmaatreëls ten gunste van die verkryger

Geregtelike oordrag het die verkryger se regsposisie versterk en hom beskerm teen aansprake van naastingreghebbendes en *renteheffers*, deurdat publisiteit aan die oordrag verleen is, en deurdat 'n transportakte

---

191 Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 36, 37; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 194; Nève *Overdracht* 27, 35-36; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 180. Duitse skrywers soos Sohm beweer dat die vervreemder aan die regter oorgedra het en lg aan die verkryger (oordrag voor die regter is oordrag deur die regter). Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 32 ev asook Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 196 ontken dat dit die posisie in Nederland was.

192 Nève *Overdracht* 36; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 158-159. Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 30 meen egter dat die koper nie meer nodig gehad het om te verskyn nie omdat *Apprehensio* verdwyn het.

193 Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 32; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 194-195, 198; Mitteis *Privatrecht* 93; Gierke *Privatrecht* 271, 276; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 58 (*Auflassung* word vervang met blote *Besitzeinweisung* (inbesitstelling) of *Besitzergreifung* (inbesitneming).

194 Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung*; Mitteis *Privatrecht* 93; Hübner *Privatrecht* 242; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 58-59.

aan die verkryger oorhandig is. In die akte het 'n regterlike amptenaar verklaar dat saaklike beheer op die verkryger oorgegaan het. Die dokument was 'n maklike en gerieflike middel in die hande van die verkryger waardeur hy sy reg op beheer kon bewys. Die verkryger se posisie is verder versterk deur instellings soos die *vredeban* en die jaar-en-'n-dag-reël.[195] *Vredeban* is na oordrag deur die *schout* uitgespreek, waardeur alle ander verbied is om op die reg van die verkryger inbreuk te maak. Die persoon wat dit tog gedoen het, het vredebreuk gepleeg en kon swaar gestraf word. *Vredeban* het egter nog geen onaantasbare titel verleen nie en gevolglik kon die oordrag aangeveg word. Aan die begin van die sestiende eeu het die *vredeban* in onbruik verval, omdat dit nie meer nodig was nie.[196]

Die aard en omvang van die beskerming het van streek tot streek verskil. In sommige streke is die bewyslas op die derde geplaas om sy reg te bewys,[197] in ander streke is weer bepaal dat derdes na 'n jaar-en-'n-dag geen aksie meer gehad het nie en hulle regte verbeur het.[198] Indien die verkryger vir 'n tydperk van 'n jaar-en-'n-dag ongestoord fisiese beheer oor die saak gehad het en niemand sy reg betwis het nie,[199] is ideële *Gewere* omvorm tot regmatige *Gewere* (*rechte Gewere*). Die gevolg was dat die verkryger se reg op beheer onaantasbaar was, selfs al was die vervreemder se reg gebrekkig. Dit wil sê, fisiese beheer vir hierdie tydperk het gebreke in die titel herstel.[200] Regmatige *Gewere* kon gebreke in

195 Eintlik was die tydperk een jaar en ses weke (soms een jaar, ses weke en drie dae). *Vredeban* en die jaar-en-'n-dag-reël het nie noodwendig met mekaar verband gehou nie. In baie plekke waar die jaar-en-'n-dag-reël aangetref word, het dit niks met die *vredeban* te make gehad nie. Voorts is die jaar-en-'n-dag-reël ook aangetref in streke waar geen geregtelike oordrag bestaan het nie. Raadpleeg Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 185, 187-191, 193; Nève *Overdracht* 32; Schröder *Rechtsgeschichte* 788.

196 Raadpleeg die volgende skrywers vir 'n meer volledige bespreking van die *vredeban*: Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 182, 185, 195 en die tekste op 226; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 23, 26, 28-29; Nève *Overdracht* 28 vn 16; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 158-159; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 195; Gierke *Privatrecht* 275-276; Hübner *Privatrecht* 241-242.

197 Dit was veral die posisie in die Duitse streke. Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 184.

198 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 184-185.

199 Minderjariges, persone onder kuratele of persone wat afwesig was tydens oordrag, kon nog 'n jaar en 'n dag na meerderjarigwording, opheffing van kuratele of terugkeer hulle aansprake indien.

200 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 178, 183, 184; Nève *Overdracht* 30-32, 37; Delport *Lewering en Registrasie* 143, 146; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 195, 209;

die titel herstel, juis as gevolg van die feit dat reghebbendes wat versuim het om beswaar te maak, hulle regte verloor het.

Indien die saak binne die tydperk van 'n jaar-en-'n-dag van die verkryger opgeëis is, kon hy hom na die verkoper wend op wie 'n vrywaringsplig gerus het. Die vervreemder moes die verkryger vrywaar teen verborge gebreke en uitwinning vir 'n tydperk van 'n jaar-en-'n-dag na oordrag. Die verkoper kon tot die proses toetree om hom te verweer teen die beskuldiging dat hy die saak gesteel het. Indien hy suksesvol was, het hy namens die koper regmatige *Gewere* gekry. Indien hy verloor, moes hy skadevergoeding betaal. Indien hy versuim om toe te tree, is hy as 'n dief beskou en moes hy 'n boete betaal het, die koopprys aan die koper teruggegee het en die saak aan die derde oorgedra het.[201] Aanvanklik was hierdie bloot 'n prosedurele aangeleentheid, maar onder invloed van die Natuurreg word daar later 'n materieelregtelike verpligting op die vervreemder geplaas om regmatige *Gewere* aan die verkryger oor te dra.[202] In hedendaagse terme kan gesê word dat die verkoper verplig was om eiendomsreg oor te dra. Daarteenoor het die Romeinse reg slegs 'n waarborg teen uitwinning geken. Die verkoper moes bloot *vacua possessio* verskaf het.[203]

6.6.4 Oordrag in Friesland

In Friesland en die Friesiese gedeeltes van Groningen, waar oordrag sedert die veertiende eeu buitegeregtelik met *zegel-en-brief* plaasgevind het, het geregtelike oordrag nie ingang gevind nie. 'n Akte wat deur 'n *schout* of *schepenen*[204] opgestel en verseël is, is gepaard met simboliese

---

Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 28, 34; Gierke *Privatrecht* 274-276; Hübner *Privatrecht* 193, 204, 241; Mitteis *Privatrecht* 93; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 58-59.

201 Die vervreemder het nie bloot gewaarborg dat die koper in die toekoms nie gesteur sal word nie, maar het ook uitdruklik onderneem om tot die aksie toe te tree indien die koper deur 'n derde aangespreek sou word. Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 190-191; Hübner *Privatrecht* 534; Mitteis *Privatrecht* 91-92, 148; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 305-306.

202 Aanvanklik was dit deel van die ooreenkoms tussen die partye, maar later word dit statutêr voorgeskryf. Mitteis *Privatrecht* 148; Hübner *Privatrecht* 535; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 301, 304; Hahlo en Kahn *Legal System* 459-460.

203 Sien gesag in vorige voetnoot. Sien ook hfst 2.2.5.3, 2.4.5.3 en 2.5.2.2.

204 Ook predikante en notarisse het hierdie bevoegdheid gehad. Nève *Overdracht* 27; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 186; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 156-157.

handelinge aan die verkryger oorhandig, terwyl die vervreemder erken het dat hy betaling ontvang het en vrywaring belowe het. Mettertyd word die simboliese handelinge heeltemal deur die akte vervang, omdat dit 'n groter mate van sekerheid gebied het. Die akte was outentiek en kon nie weerspreek word nie, tensy aangetoon is dat dit vals is. Dit was terselfdertyd sowel koopkontrak as transportakte (akte van lewering) waardeur oordrag bewerkstellig is. Na oordrag is die vervreemding in die kerk en plaaslike regsinstelling bekend gemaak en kon die verkryger 'n verklaring van die hof verkry dat oordrag op die voorgeskrewe wyse plaasgevind het, waarna ideële *Gewere* op die verkryger oorgegaan het. Die *vredeban* en die jaar-en-'n-dag-reël word ook hier aangetref, alhoewel die *consentbrief* (wat sy naam ontleen aan die feit dat die owerheid toestemming verleen het tot oordrag van eiendomsreg) die *vredeban* later vervang het.[205]

In Drente en Gorecht het 'n gemengde stelsel gegeld. Oordrag het plaasgevind deur oorhandiging van 'n *Festuca* voor *gebure* van die *buurschap* waar die goed geleë was. Alhoewel oordrag nie voor die gereg uitgevoer is nie, was die *gebure* wel by die regterlike organisasie betrek. Daar is van die gebeure 'n akte opgestel wat voorsien is van 'n *onstraffelijk zegel.*[206]

6.6.5 Geregtelike oordrag verpligtend

Geregtelike oordrag is in sommige streke reeds sedert die sestiende eeu deur land- en stadsregte verpligtend gemaak en verhef tot enigste wyse van oordrag. In Holland en Wes-Friesland word byvoorbeeld deur die *Plakkaat* van 10 Mei 1529 van Karel V voorgeskryf dat die verkoop, beswaring, transportering en vervreemding van onroerende goed moes plaasvind voor die gereg (*schepenbanke*) van die plek waar die on-

205 In die Frisiese deel van Groningen is die *vredeban* egter nie aangetref nie. Let ook daarop dat die afkondiginge later heeltemal verdwyn het.

206 Raadpleeg die volgende skrywers wat betref oordrag in Friesland, Gorecht en Drente: Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 186-187; Nève *Overdracht* 27-29; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 156-157; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 195, 197; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 22-24.

roerende goed geleë is (dit moes *coram lege loci rei sitae* plaasvind).[207] Die verpligting bestaan in Zeeland reeds sedert 1495 en in Utrecht uit hoofde van die *Plakkaat* van 23 Julie 1545.[208] Die doel van die bepalings was onder andere om kopers te beskerm. Faktore wat tot die *Plakkate* aanleiding gegee het, was die feit dat grense dikwels nie reg aangedui is nie en die feit dat die laste wat op die saak gerus het soms deur verkopers verswyg is. Regsekerheid en fiskale oorwegings het ook 'n rol gespeel.[209]

Die versuim om aan die voorskrifte van die *Plakkaat* gehoor te gee, het nietigheid van die oordrag (verkoop, vervreemding) tot gevolg gehad.[210] Dit wil egter voorkom of die nietigheid slegs relatief was en dat dit nie die posisie tussen verkoper en koper geraak het nie.[211] Ook in die Duitse streke is geregtelike oordrag verpligtend gemaak.[212] Na die resepsie van die Romeinse reg, het geregtelike oordrag in Nederland sowel as Duitsland bly voortbestaan as wyse waarop onroerende goed oorgedra is.[213]

6.6.6 Onderskeid tussen Sala *en* Investitura *verdwyn*

Alhoewel die drie elemente, naamlik *Sala*, *Apprehensio* en *Auflassung* aanvanklik ook by geregtelike oordrag van mekaar onderskei is, het die onderskeid mettertyd verdwyn. Eers het *Apprehensio* en *Auflassung* saamgesmelt, later het ook *Sala* in *Auflassung* opgegaan. Die oordragshandeling het nou slegs as geregtelike oordrag (*gerichtliche Auflassung*)

---

207 Die *Plakkaat* van 10 Mei 1529 word weergegee in die *Groot Placaet-Boeck* I 373; Ankum en De Smidt *Mini*-Plakaatboek 1-4; De Blécourt *Bewijsstukken* 386.

208 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 192 en die tekste wat op 247-251 weergegee word; De Blécourt *Bewijsstukken* 352; Nève *Overdracht* 37; Ketelaar *Pertinent Register* 41-42; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 37; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 159; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 198-199; Gierke *Privatrecht* 275.

209 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 192; Ketelaar *Pertinent Register* 42; Delport *Lewering en Registrasie* 147-148.

210 Die *Plakkaat* het bv die volgende bepaling bevat: " ... dat alle vercoopinghen, belastingen, vervreemdinghen ende ypothequeringe anders gedaen, gehouden en geacht sullen worden als nul, negheen ende van onwaerde ... ". Aangehaal in Ankum en De Smidt *Mini-Plakaatboek* 1-4; De Blécourt *Bewijsstukken* 386; *Groot Placaet-Boeck* I 373. Sien ook Ketelaar *Pertinent Register* 41-42.

211 Sien Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 195 en Ketelaar *Pertinent Register* 41.

212 Geregtelike oordrag word deur die *Sachsenspiegel* I 52 (1) – weergegee in Hirsch *Sachsenspiegel* - en ook die *Schwabenspiegel* (W) 349 verpligtend gemaak. Raadpleeg ook Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung*; Mitteis *Privatrecht* 93; Hübner *Privatrecht* 242; Gierke *Privatrecht* 275.

213 Sien die bespreking van die Romeins-Hollandse reg in hfst 7 in hierdie verband.

bekend gestaan, wat bestaan het uit 'n simboliese handeling, naamlik oorhandiging van 'n *Festuca* voor die gereg.[214] Uiteindelik is ook oorhandiging van die *Festuca* vervang met 'n blote verklaring deur die vervreemder dat hy die saak aan die verkryger oordra, gepaard met die oorhandiging aan die verkryger van 'n akte wat deur die *schepenen* opgestel is.[215]

Daar is nie duidelikheid betreffende die uitwerking van hierdie ontwikkeling (die samesmelting van *Sala* en *Investitura*) op die oordragsproses nie. Die gevolge daarvan verskil na gelang van die siening betreffende die regsaard van *Sala*. Hierbo[216] is daarop gewys dat die volgende standpunte in hierdie verband aangetref is: (1) *Sala* was 'n verbintenisskeppende ooreenkoms, (2) *Sala* was 'n saaklike ooreenkoms en (3) *Sala* was 'n verbintenisskeppende en 'n saaklike ooreenkoms tegelyk. Die uitwerking van die feit dat die onderskeie elemente van die oordragsproses (*Sala*, *Apprehensio* en *Auflassung*) saamgesmelt het in geregtelike oordrag (*Auflassung*), sal vervolgens aan die hand van elkeen van die standpunte aangetoon word:

(a) Die implikasie van die standpunt dat *Sala* suiwer saaklike ooreenkoms was, is dat die regshandelinge by vervreemding van onroerende goed na die samesmelting soos volg daar uitgesien het: sluiting van die koopkontrak buitegeregtelik en daarna oordrag voor die gereg, bestaande uit 'n verklaring deur die vervreemder dat hy die saak oordra en oorhandiging van 'n oorkonde aan die verkryger. Die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (saaklike ooreenkoms), is in hierdie handelinge opgesluit.[217]

(b) Die implikasie van die standpunt dat *Sala* 'n verbintenisskeppende ooreenkoms was, is dat die verbintenisskeppende ooreenkoms, die saaklike ooreenkoms en die oordrag in een enkele handeling saam-

214 Ogris *Handwörterbuch* by *Auflassung* en *Festuca*; Schröder *Rechtsgeschichte* 787; Gierke *Privatrecht* 273 vn 29, 274 vn 36; Hübner *Privatrecht* 240-241; Heusler *Institutionen* 73 ev; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 38. Maar sien Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 195, 200 wat sê dat koop eers gesluit is, dan openbaar gemaak is en eers daarna het oordrag plaasgevind.
215 Werkmüller *Handwörterbuch* by *Traditio*; Sohm 1880 *ZSS* 34.
216 Sien hfst 3.3.1.

gesmelt het. Dit is wesenlik dieselfde resultaat as die derde standpunt hieronder.

(c) Die implikasie van die standpunt dat *Sala* soortgelyk was aan die hedendaagse koopkontrak gekombineer met die saaklike ooreenkoms, is dat daar na die samesmelting tussen *Sala* en *Investitura* net een regshandeling bestaan het, naamlik *Auflassung*, wat al die verskillende elemente naamlik, koopkontrak, saaklike ooreenkoms en oordrag omvat het. Kontraksluiting en oordrag is gelyktydig voor die regbank uitgevoer en daar word aanvaar dat dit een handeling was. Cerutti verwys byvoorbeeld na 'n akte uit die dertiende eeu waarin verklaar word dat die oordraggewer by vonnis van die *schepenbank* verkoop en oorgedra het en dat hy ten gunste van die koper afstand gedoen het.[218] Die bewoording van die *Plakkate* waarna hierbo verwys is, skep ook die indruk dat daar nie onderskei is tussen koop en oordrag nie. Die *Plakkaat* van 10 Mei 1529 bepaal byvoorbeeld dat voor die gereg verkoop, transporteer of vervreem moes word en dit wil voorkom of die begrippe as sinonieme gebruik is.[219]

Daar moet nietemin op gewys word dat daar in sommige streke (byvoorbeeld Friesland en Suid-Holland) wel tussen koop en oordrag onderskei is.[220] Daar moet voorts ook in gedagte gehou word, dat die verbintenisreg teen die einde van die Middeleeue onder invloed van die Romeinse reg en die Kanonieke reg ontwikkel het en dat daar op hierdie stadium dus wel tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en die oordrag onderskei is.[221] Volgens Ketelaar is reeds sedert 1533 onderskei tussen koop en oordrag, maar Verburgt meen dat die

---

217 Gierke *Privatrecht* 272 vn 28 en 273 vn 29.

218 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 180, 182 (hy verwys na 'n akte van s'Hertogenbosch wat dateer uit 1274). Delport *Lewering en Registrasie* 146 verwys ook na 'n keur van 1420 (Leiden) wat vereis het dat die koper en verkoper die *koop* voor *schepenen* verly. Raadpleeg ook Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 200; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 296; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 38-39.

219 Die *Plakkaat* van 23 Julie 1545 in Utrecht bepaal ook dat alle "overgiften, transporten en verkopingen" voor die gereg moes plaasvind. Volgens Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 296-297 en *Burgerlijk Recht* I 200 het transport /oordrag bloot die doel gedien om die koop bekend te maak of te bevestig. Sien ook Ketelaar *Pertinent Register* 48-49 en Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 38.

220 In ander streke was die koop deel van geregtelike oordrag.

221 Raadpleeg bv Hübner *Privatrecht* 242; Hahlo en Kahn *Legal System* 459.

onderskeid tussen koop en oordrag/lewering eers vanaf die begin van die sewentiende eeu na vore getree het.[222]

6.7 Samevatting

1. Die Germaanse reg het nie die skerp onderskeid tussen *possessio* en *dominium* van die Romeinse reg geken nie en ook nie die onderskeid tussen eiendomsreg en beperkte saaklike regte nie. In die plek hiervan word die begrip *Gewere* aangetref, wat kenmerke van beide begrippe omvat het. Enersyds was *Gewere* die uiterlike manifestasie van die regsverhouding tussen persoon en saak. Dit was die begrip waarmee die sintuiglik waarneembare fisiese beheer of mag wat 'n persoon direk oor 'n saak gehad het, uitgedruk is (liggaamlike *Gewere*) en wat die grondslag was waarop die sakereg berus het. In hierdie opsig vertoon dit kenmerke van 'n primitiewe regstelsel waar regsverhoudings slegs denkbaar is vir sover as wat dit sintuiglik waargeneem kan word. Dit het meegewerk tot die ontwikkeling van die publisiteitsbeginsel - omdat *Gewere* vir 'n ieder en elk uiterlik waarneembaar was, daarom kon dit teenoor derdes beskerm word.

2. Andersyds het die begrip *Gewere* ook verwys na die reg wat 'n persoon gehad het om 'n onroerende saak te gebruik en tot sy voordeel te benut, sonder dat hy direkte fisiese beheer gehad het (ideële *Gewere*/eie *Gewere*).[223] 'n Saak kon op verskillende wyses benut word. Iedere persoon wat die genot van 'n saak gehad het, hetsy hy dit bewerk of belasting ontvang, het *Gewere* op die saak gehad.[224] Alhoewel die persoon wat *Gewere* gehad het in hierdie geval nie fisies in beheer van die saak was nie, was *Gewere* nietemin uiterlik waarneembaar omdat die wyse waarop dit oorgedra is, naamlik in die openbaar voor getuies (op die grond of voor die plaaslike regbank), sigbaar en kenbaar was. Dit was daarom algemeen in die gemeenskap bekend wie die persoon is wat *Gewere* het.

---

222 Sien Ketelaar *Pertinent Register* 44.

223 In geval van roerende goed kon 'n persoon egter slegs *Gewere* hê indien hy fisiese beheer gehad het.

224 Voorts was *Gewere* op regte, in teenstelling met *Gewere* op sake, sogenaamde *regsgewere*, ook moontlik.

3. In aansluiting hierby was ook die wyse waarop saaklike beheer in die Germaanse reg oorgedra is, op die beginsel gegrond dat regsverhoudings sintuiglik waarneembaar moet wees. Oordrag was naamlik 'n reële kontrak wat tot stand gekom het deurdat die koopsaak teen onmiddellike betaling van die koopprys[225] en in teenwoordigheid van getuies, op die grondstuk by wyse van simboliese handelinge oorgedra is.[226] Dit was dus aanvanklik 'n kontanttransaksie wat nie tussen koopkontrak, betaling van die koopprys en verskaffing van fisiese beheer onderskei het nie. Dit is alles beskou as een gebeurtenis, 'n enkele reële ooreenkoms.

4. Aanvanklik is daar nie tussen verskillende handelinge in die oordragsproses onderskei nie; daar was slegs een enkele oordragshandeling. Sedert ongeveer 750 word egter wel tussen *Sala* en *Investitura* onderskei. Aanvanklik is beide handelinge op die grondstuk uitgevoer, maar mettertyd is eers *Sala* en later ook *Investitura* op ander plekke as die grond, wat meer gerieflik was (byvoorbeeld die kerk, klooster of voor die gereg) uitgevoer.

5. *Investitura* het uit *Apprehensio* (aanvaarding)[227] en *Auflassung* (verlating) bestaan.[228] Dit was simboliese handelinge wat die verskaffing van fisiese beheer aan die verkryger en onttrekking aan die saak deur die vervreemder voorgestel het. Die verkryger het liggaamlike *Gewere* op hierdie wyse verkry.

6. Daar bestaan geen duidelikheid betreffende die regsaard en betekenis van *Sala* nie. Verskillende standpunte word in hierdie verband aangetref, naamlik (1) *Sala* was 'n saaklike ooreenkoms, (2) *Sala* was 'n verbintenisskeppende ooreenkoms en (3) *Sala* was 'n kombinasie van verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms. Die standpunte dat *Sala* saaklike of verbintenisskeppende ooreenkomste was, moet

225 Aanvanklik is slegs ruilooreenkomste geken, maar toe geld as betaalmiddel aangewend word, ontwikkel kontrakte wat hedendaags as koop en verkoop tipeer word.
226 In geval van roerende goed is direkte fisiese beheer oorgedra.
227 Die aanvaardingshandeling (*Apprehensio*) is uitgevoer deur oorhandiging en ontvangs van 'n mes, 'n handskoen en later 'n muntstuk.
228 *Auflassung* is uitgebeeld deur oorhandiging van 'n staf, gepaard met die aflegging van 'n mondelinge verklaring, naamlik dat die grondstuk oorgedra word.

verwerp word, omdat sulke ooreenkomste aan die Germaanse reg onbekend was, daar is slegs tussen reële en formele kontrakte onderskei.[229] Oordrag van saaklike beheer was 'n reële kontrak, wat nog geen verbintenis in die lewe geroep het nie en ook nie enige regte en verpligtinge vir die partye tot stand gebring het nie. Toe dit later gebruik geword het om krediet te verleen, het die partye 'n verdere ooreenkoms, naamlik 'n formele ooreenkoms gesluit, wat 'n waarborg deur die skuldenaar was dat hy die reële ooreenkoms gestand sal doen en teenprestasie sal lewer. Die verbintenisreg het eers teen die einde van die Middeleeue onder invloed van die Romeinse reg ontwikkel.

7. Die derde standpunt wat hierbo genoem is, naamlik dat *Sala* 'n reële ooreenkoms was wat elemente van die hedendaagse verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste bevat het, word ondersteun. Dit het egter van die hedendaagse verbintenisskeppende ooreenkoms verskil, omdat dit nie 'n verbintenis in die lewe geroep het nie en dit onmiddellike saaklike werking gehad het. Dit het ook van die hedendaagse saaklike ooreenkoms verskil aangesien dit reeds oordrag van saaklike beheer bewerkstellig het. Indien *Sala* in hedendaagse terme verduidelik sou moes word, kan mens sê dat dit ooreenstem met die koopkontrak van die Franse reg.

8. Naas die inheemse wyse van oordrag wat hierbo bespreek is, het talle oordragte (veral aan kerke, kloosters, konings en adellikes) reeds vanaf die sewende eeu buitegeregtelik voor getuies (byvoorbeeld bure en *markgenoten*) plaasgevind deurdat 'n dokument deur die vervreemder aan die verkryger oorhandig is (*traditio per cartam*). Oorhandiging van die *carta* het verskaffing van fisiese beheer voorgestel. Oordrag *per cartam* was egter op geen stadium die algemene wyse

229 Die argumente vir die stelling dat *Sala* nie 'n saaklike ooreenkoms kon wees nie, word hieronder meer volledig uiteengesit.

van eiendomsoordrag in die Germaanse reg nie en het later verdwyn.[230]

9. Teen die einde van die feodale tyd (tweede helfte van die sestiende eeu) was geregtelike oordrag, behoudens enkele uitsonderings, die enigste wyse waarop onroerende goed oorgedra kon word,[231] aangesien verskeie land- en stadsregte dit verpligtend gemaak het. Oordrag van onroerende goed moes plaasvind voor die regbank (*schepenbanke*) van die plek waar die goed geleë was.[232] Oordrag het geskied deurdat die partye voor twee *schepenen* verskyn het, die vervreemder uitdruklik verklaar dat hy die saak aan die verkryger oordra en 'n akte wat deur die *schepenen* opgestel is, aan die verkryger oorhandig is. Die dokument was bloot 'n skriftelike relaas van die oordragshandeling, wat gedien het as bewys daarvan dat oordrag plaasgevind het.

   Alhoewel die inheemse simboliese handelinge aanvanklik ook nog voor die gereg verrig is, het dit later verdwyn. Daarmee saam het ook die onderskeid verdwyn tussen die verskillende elemente, naamlik *Sala*, *Apprehensio* en *Auflassung* wat saamgesmelt het. Die verskaffing van werklike fisiese beheer was nie 'n vereiste vir oordrag voor die gereg nie. In sommige streke kon die nuwe eienaar beheer oor die saak neem soos hy dit goed ag, in ander streke was verblyf van drie dae nodig as aanduiding daarvan dat die verkryger beheer verkry het.

10. Die bespreking in hierdie hoofstuk het aan die lig gebring dat daar in die Germaanse reg nog geen sprake van 'n saaklike ooreenkoms was nie en ook nie kon wees nie. Die standpunt dat die saaklike ooreenkoms in die Germaanse reg bestaan het, moet om die volgende redes verwerp word:

    (a) Die konstruksie van die saaklike ooreenkoms veronderstel 'n streng skeiding tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en

---

230 Daarbenewens kon onroerende goed in die Frankiese tyd ook nog voor die koningshof oorgedra word, maar ook hierdie wyse van oordrag het verdwyn.

231 Buitegeregtelike oordrag voor getuies is deur geregtelike oordrag verdring sodat oordrag van onroerende goed uiteindelik in al die Nederlandse en Duitse streke voor die plaaslike regbank uitgevoer is.

232 In die Duitse literatuur word na hierdie wyse van oordrag as *gerichtliche Auflassung* verwys.

oordrag, wat bestaan uit die saaklike ooreenkoms en verskaffing van fisiese beheer of registrasie. Uit die bespreking hierbo het dit egter geblyk dat daar in die Germaanse reg aanvanklik nie tussen die verskillende handelinge by die oordrag van saaklike beheer onderskei is nie – kontraksluiting, oordrag en die verskaffing van fisiese beheer was een handeling. Selfs later toe daar tussen *Sala* en *Investitura* onderskei is en selfs aan die einde van die feodale tyd, toe oordrag voor die gereg plaasgevind het, is daar nie op 'n sistematiese en gestruktureerde wyse tussen die verskillende handelinge wat ons vandag as verbintenisskeppende ooreenkoms, saaklike ooreenkoms en lewering/registrasie ken, onderskei nie.

(b) Die rede hiervoor is onder andere dat die Germane meer waarde geheg het aan dit wat met die sintuie waargeneem kon word as aan die wil of bedoeling van die partye. Dit beteken weer dat die geestelike ingesteldheid waarmee regshandelinge gepaard gegaan het, regtens nie in ag geneem is nie en dat nie een van die partye se bedoeling op sigself enige rol in die Germaanse reg gespeel het nie. Dit spreek daarom ook vanself dat konsensuele ooreenkomste wat vormloos en slegs deur blote wilsooreenstemming tot stand kom (soos verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste), nie in die Germaanse reg moontlik was nie. Daar is slegs tussen reële en formele kontrakte onderskei. Kenmerkend van hierdie ooreenkomste is die formalistiese aard daarvan en die feit dat dit met simboliese handelinge gepaard gegaan het – dit moes hoorbaar en sigbaar uitgevoer word.

(c) Al bostaande faktore regverdig die afleiding dat die bedoeling om 'n saaklike reg oor te dra en te ontvang nog nie as 'n selfstandige ooreenkoms wat aan sy eie vormvereistes moet voldoen, kon bestaan het nie. Daar is eenvoudig nog nie tussen die bedoeling om te koop (of te skenk, ensovoorts) en die bedoeling om 'n saaklike reg oor te dra, onderskei nie en daar kon derhalwe ook nie van 'n

inhoudelike abstraksie sprake wees nie.[233] Aangesien daar nog nie 'n selfstandige saaklike ooreenkoms was wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei is nie, kon daar ook nie van 'n uitwendige abstraksie sprake wees nie.[234]

(d) Teen die einde van die feodale tydperk is daar nou wel tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en die oordrag onderskei,[235] maar daar was nog geen sprake van 'n selfstandige saaklike ooreenkoms nie. Dit het eenvoudig net nie deel gevorm van die gedagtegang van die Germane nie aangesien dit buite hulle ervaringsveld gelê het. Hoogstens kan gesê word dat die Germaanse reg historiese aanknopingspunte verskaf vir die saaklike ooreenkoms.

(e) Daar was gevolglik ook geen sprake van enige vormvereistes waaraan die saaklike ooreenkoms moes voldoen het nie, alhoewel die vereistes wat vir aktes in die algemeen gegeld het,[236] later ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing gemaak sou word.

233 Hierby moet in gedagte gehou word dat daar geen duidelike onderskeid tussen sakereg en kontraktereg bestaan het nie. Die kontraktereg was ondergeskik aan die sakereg en kontrakte wat wel bestaan het, het grotendeels 'n sakeregtelike karakter vertoon.

234 Die onderskeid tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en die saaklike ooreenkoms is onder andere 'n uitvloeisel van die onderskeid tussen sakereg en verbintenisreg (kontraktereg). In die Germaanse reg was daar egter geen duidelike onderskeid tussen hierdie vakgebiede nie. Die kontraktereg was nog onontwikkeld en ondergeskik aan die sakereg. Kontrakte wat wel bestaan het, het grotendeels 'n sakeregtelike karakter vertoon.

235 Die verbintenisreg het teen die einde van die Middeleeue onder invloed van die Romeinse reg en die Kanonieke reg ontwikkel en daar is op hierdie stadium dus wel tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en oordrag onderskei.

236 Sien hieroor Frenz *Handwörterbuch* by *Urkunde* en *Urkundenlehre*.

HOOFSTUK 7

DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG

7.1 Inleiding - die resepsie van die Romeinse reg in Nederland 353

7.2 Vereistes vir die oordrag van eiendomsreg 359

7.3 *Traditio* – die verkryging van fisiese beheer 362

7.3.1 Inleiding 362

7.3.2 Verskaffing van daadwerklike fisiese beheer vereis 364

7.3.3 Fisiese beheer nie 'n vereiste nie 366

7.3.4 Lewering by wyse van *traditio ficta* 369

7.3.5 Oordrag deur ooreenkoms 373

7.3.6 Samevatting 377

7.4 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste 378

7.4.1 Inleiding 378

7.4.2 'n Objektief geldige *causa* 'n vereiste 378

7.4.3 'n Putatiewe *causa* voldoende 382

7.5 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 387

7.6 Registrasie van onroerende goed 393

7.6.1 Inleiding 393

7.6.2 Registrasie verpligtend 395

7.6.3 Oordragsprosedure 396

7.6.4 Watter dokument is geregistreer? 398

7.6.5 Registrasie 'n konstitutiewe vereiste? 401

7.6.6 'n Saaklike ooreenkoms by die oordrag van onroerende goed? 404

7.6.7 Samevatting 407

7.7 Samevatting 410

7.1 Inleiding - die resepsie van die Romeinse reg in Nederland

Alhoewel die gebied wat tans as die Nederlande bekend staan reeds in 52 voor Christus aan Romeinse oorheersing onderwerp is, is inheemse Germaanse reg toegepas, wat merendeels uit plaaslike gebruike en mondeling oorgelewerde gewoontereg bestaan het. Die Romeine het nooit probeer om die inheemse reg en gebruike te verander nie.[1] Nietemin het die Germaanse reg reeds van vroeg af (nog voor die twaalfde eeu) 'n infiltrasie van die Romeinse reg beleef; spore van Romeinsregtelike beïnvloeding kan in die *Leges Barbarorum* (veral die *Lex Salica, Lex Ribuaria* en die *Lex Frisionum*), keiserlike verordeninge (*capitularia*), plaaslike *keuren*, landsreg- en stadregsverordeninge gevind word.[2]

Die proses waardeur die inheemse reg soos dit in die Middeleeue en daarna gegeld het, deur die geskrewe en geleerde Romeinse reg ingedring is (en waardeur beginsels van beide regstelsels saamgesmelt is), neem 'n aanvang deurdat Nederlandse studente hulle sedert die opkoms van die Romeinse reg in die twaalfde eeu in Italië, na Bologna (ook Orléans) begeef vir regsopleiding. By hulle terugkeer in die Nederlande het hierdie studente[3] belangrike ampte in die howe, staatsdiens of in die kerklike administrasie beklee en sodoende 'n belangrike rol in die Romanisering van die reg tydens die vroeë resepsie gespeel.[4] Alhoewel die resepsie in die ganse Nederland plaasgevind het, het dit nie in al die provinsies dieselfde omvang gehad nie. In Friesland was daar vroeg reeds 'n omvangryke resepsie, waar die Romeinse reg in 'n taamlik suiwer vorm toegepas is, terwyl die proses in Holland eers later plaasgevind het en

1 Alhoewel die keiserlike mag gedurende die Middeleeue steeds aanwesig was, het die opkoms van die feodale stelsel gedurende die 9e eeu in die Nederlande tot gevolg gehad dat die eintlike mag in die hande van leenhere gesetel was.

2 Art 10 van die *Ewige Edik* van Karel V van 4 Oktober 1540 en art 18 van die *Politieke Ordonnansie van Holland* van 1 April 1580 vertoon bv sterk spore van die Romeinse reg. Raadpleeg Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 293-297, 303, 306, 313-316; Lee *Roman Dutch Law* 2-3.

3 Ook *legistae* (kenners van die Romeinse sekulêre reg) genoem, in teenstelling met *officiales* (kanoniste in die kerklike organisasie).

4 Die proses het tot 'n groot mate dieselfde verloop as dié wat in ander dele van Europa gedurende die Middeleeue plaasgevind het. Daar word onderskei tussen 'n vroeë resepsie vanaf die 12e eeu tot die middel van die 15e eeu en die eintlike (of omvangryke) resepsie vanaf die einde van die 15e eeu tot die 18e eeu.

nie dieselfde intensiteit beleef het nie. In die ander provinsies was die resepsie minder omvangryk.[5] Afgesien van die rol van studente wat in Italië in die Romeinse reg geskool is, het die volgende faktore die resepsie van die Romeinse reg in die Nederlande in die hand gewerk (en bygedra tot die ontwikkeling van die Romeins-Hollandse reg):[6]

(a) Die uitbreiding van die Rooms-Katolieke Kerk gedurende die vroeë resepsie, het tot gevolg gehad dat die inheemse reg op verskeie wyses in aanraking gekom het met die Romeinse reg en die kanonieke reg wat in die kerklike regsinstellings toegepas is en wat 'n belangrike faktor was in regsvorming, regstoepassing en in regsgeleerde verhandelings.[7]

(b) Die resepsie van die Romeinse reg is bevorder deur notariële praktyk deurdat regsdokumentasie, soos oorkondes van regshandelinge (kontrakte en dergelike aktes), reeds sedert die infiltrasie ooreenkomstig Romeinsregtelike gebruik en voorbeeld opgestel is, dikwels met toevoeging van formules.

(c) Die groot verskeidenheid regsreëls en onvolledigheid van regsbronne in die verskillende gebiede van Nederland,[8] het 'n sterk behoefte aan regsekerheid, eenvormigheid en 'n enkele nasionale regstelsel vir die verskillende streke laat ontstaan.[9] Die geskrewe Romeinse reg wat logies, samehangend, volledig en baie meer toeganklik as die inheemse reg was, kon in hierdie behoefte voorsien.[10]

---

5 Raadpleeg Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 303-308.

6 Baie van die faktore wat 'n rol gespeel het by die resepsie van die Romeinse reg in Duitsland, het ook in die Nederlandse resepsieproses 'n rol gespeel. Sien ook Van der Walt *Houerskap* 286 ivm die oorsake van die resepsie.

7 Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 308.

8 Die inheemse reg was erg versplinterd, verwarrend, duister en onseker. Dit het bestaan uit algemene en lokale gewoonte (*handvesten* en *keuren*) wat van dorp tot dorp verskil het. Lee *Roman Dutch Law* 2-3.

9 Die ekonomiese opbloei wat vanaf die 14e eeu tot 'n toename in die handelsverkeer aanleiding gegee het en met die opkoms van die stede gepaard gegaan het, het die aanwending van 'n gemeenskaplike reg en prosedure noodsaaklik gemaak. Voorts het die Boergondiese en Habsburgse heersers daarna gestreef om te sentraliseer en 'n selfstandige Nederlandse staat te skep. Die Romeinse reg was 'n unifiserende faktor wat aansporings bevat het vir 'n sterk sentrale gesag.

10 Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 308-309; Kunst *Historische Ontwikkeling* I 43-44.

(d) Die oprigting van geregshowe, wat deur juriste beman is wat in die Romeinse reg geskool was, het 'n deurslaggewende rol gespeel in die assimilasie van die inheemse reg en in die resepsieproses in die verskillende provinsies.[11] Die Romeinse reg was as 'n subsidiêre regsbron toegepas. Die algemene reël was dat dit net toegepas word indien die inheemse reg geen oplossings vir 'n bepaalde regsvraag aan die hand doen nie, of by gebreke aan 'n algemene wet, plaaslike *keur* of gewoonte.[12] Teen die einde van die vyftiende eeu is die Romeinse reg bykans deur al die hoër howe as geldig en bindend aanvaar. Dit is ook in laer howe toegepas, wat beman is deur akademies gekwalifiseerde regters.[13]

(e) Die totstandkoming van die Universiteit van Leuven (België) in 1425[14] en die Universiteit van Leiden (Holland)[15] in 1575 waar die Romeinse reg en kanonieke reg doseer is, het 'n direkte bydrae gelewer tot die resepsie van die Romeinse reg.[16] Kenmerkend van die Nederlandse juriste was dat hulle humanistiese tendense vertoon het, aangesien hulle in die voetspore van die Franse Humaniste gevolg.[17] Hulle het hulle egter van hulle Franse tydgenote onderskei deurdat hulle prak-

---

11 Die *Hof van Holland, Zeeland en Wes-Friesland* (1462), die *Grote Raad van Mechelen* (1473) en die *Reichskammergericht* (1495 wat ook jurisdiksie in Friesland, Gelderland en Utrecht uitgeoefen het), verdien besondere vermelding.

12 In sekere opsigte was dit 'n primêre regsbron aangesien dit dikwels moeilik was om die relevante gewoontereg te bewys en die geskrewe Romeinse reg die weg van die minste weerstand gebied het. Verskeie wette het ook uitdruklik bepaal dat daar ooreenkomstig die Romeinse reg geprosedeer moes word.

13 Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 304-305, 309-310; Lee *Roman Dutch Law* 4-5.

14 Die suide van Nederland (België) was die middelpunt van die resepsiebeweging gedurende die 15e en 16e eeue. Die regsgeleerdes van die Universiteit van Leuven het in Bologna of Orléans studeer en was geskool in die Romeinse reg. Die bekendste regsgeleerdes was Zoesius, Gudelinus, Christinaeus, Damhouder en Wieant. Vanuit die suide het die resepsiebeweging na die noorde versprei.

15 Die Universiteit van Leiden het tot stand gekom as beloning vir die weerstand wat die stad teen die Spaanse inval gebied het. Zimmermann *Römisch-Hollandische Recht* 10.

16 Die werke van die Glossatore (sien hfst 3) en Kommentatore (sien hfst 4) het vanaf die 14e eeu 'n besondere aanhang in die Nederlande geniet. Aanvanklik is besondere klem geplaas op die werke van Accursius, Faber, Bartolus en Duarenus.

17 Sien hfst 5 vir 'n bespreking van die Humanisme. Baie van die Franse Humaniste was Protestante wat aan vervolging blootgestel was. Gevolglik het heelwat van hulle Frankryk verlaat en hulle in Nederland gevestig. Donellus het selfs aan die Universiteit van Leiden doseer. Sodoende is die benadering van die *mos Gallicus* in die Nederlande voortgesit. Zimmermann *Römisch-Hollandische Recht* 20-25.

tyksgerig was[18] en die *Usus Modernus Pandectarum* volgens die Duitse patroon, maar op 'n humanistiese grondslag, beoefen het.[19] Die bydrae van die Nederlandse skrywers in die sewentiende en eerste helfte van die agtiende eeu vir die ontwikkeling van die privaatreg, is geleë in die feit dat hulle die Romeinse reg by die behoeftes van 'n veranderde tyd en samelewing aangepas het en dit op die praktyk van hulle tyd (die *mores hodierni*) toegepas het.[20]

Daar word dikwels na die Nederlandse juridiese Humanisme uit hierdie tydperk as die *Hollandse Skool,* die *Antikwariese Skool* of die *Elegante Skool* verwys. Met die begrip *Elegant* word bedoel, beoefening van die regswetenskap wat gepaard gaan met 'n kennis van die filosofie, geskiedenis, argeologie, filologie, asook die Griekse en die Latynse taal.[21] Daar word aanvaar dat hierdie beweging teen die middel van die agtiende eeu tot 'n einde geloop het.[22]

Die gevolg van die werksaamhede van die Nederlandse regsgeleerdes en geregshowe was dat beginsels van die inheemse Nederlandse reg (Germaanse reg) en die Romeinse reg met mekaar geassimileer is, waaruit 'n heel nuwe regstelsel, naamlik die *Romeins-Hollandse reg*, ontwikkel het.[23] Dit het sy hoogbloeifase tussen die jare 1581 (die einde van

---

18 Baie het self gepraktiseer en sodoende met die behoeftes van die praktyk en die praktiese toepassing van die reg in aanraking gekom.

19 Voet was die eerste dosent wat nie net Romeinse reg doseer het nie, maar ook *moderne* reg. Van Bijnkershoek, Van Eck en Brenkman het almal ook werke in die trant van die *Usus Modernus Pandectarum* geskryf. Sien Zimmermann *Römisch-Hollandische Recht* 46-47, 52-54. Sien ook hfst 8 vir 'n bespreking van die *Usus Modernus Pandectarum*.

20 Zimmermann *Römisch-Hollandische Recht* 50-51.

21 In die 18e eeu het die begrip *Elegant* 'n ongunstige bybetekenis gekry deurdat Jhering die mening uitgespreek het dat die Skool geen nut vir die praktyk gehad het nie en dat hulle net verwarring gesaai het. Kunst *Historische Ontwikkeling* I 64, 68; Zimmermann *Römisch-Hollandische Recht* 13, 52-53.

22 Gerard Noodt, Anton Schulting, Hendrik Brenkman, Vinnius, Ulrich Huber, Johannes Voet, Van Bijnkershoek en Heineccius is maar enkele van die bekende juriste wat tot hierdie beweging behoort het. Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 309-312; Dondorp en Schrage *Levering* 65-66.

23 Die term is afkomstig van die werk van Simon van Leeuwen (1626-1682) met die titel *Het Rooms-Hollands-Regt* (1664). Dit is reeds in 1652 vir die eerste keer deur hom gebruik as 'n sub-titel in sy minder bekende werk *Paratitla Juris Novissimi.* Lee *Roman Dutch Law* 2-3. Die terme oud-Vaderlandse reg en oud-Nederlandse reg, word ook dikwels gebruik om die Nederlandse reg na die resepsie en voor die eerste kodifikasie (1806, maw na die Bataafse revolusie van 1795) aan te dui. Dit sluit

die Landsheerlike tydperk en die totstandkoming van die Verenigde Nederlande) en 1795 (totstandkoming van die Bataafse Republiek) beleef. Alhoewel daar gewoonlik van die Romeins-Hollandse reg gepraat word, was die oorname van Romeinsregtelike beginsels nie tot die provinsie Holland beperk nie, dit het in 'n mindere of meerdere mate in al die provinsies plaasgevind.[24]

Sommige skrywers het sterk onder die invloed van die Natuurreg verkeer, met die gevolg dat hulle werke oor die reg van hulle tyd deur 'n besonder filosofiese benadering gekleur was.[25] Dit is waarskynlik dat die Natuurreg in 'n mate 'n remmende invloed op die resepsie van die Romeinse reg in Nederland gehad het. Skrywers soos De Groot, was geneig om die Romeinse reg kragtens redelikheids en billikheidsbeginsels aan te wend en nie bloot omdat dit 'n nuttige sekondêre bron van die reg was nie.[26]

Die Romeins-Hollandse reg het nie net op die voormalige Nederlandse kolonies invloed uitgeoefen nie, maar ook op die Europese (en veral die Duitse) regsontwikkeling. Wieacker verklaar onomwonde: "Holland het die fakkel van die grootse regswetenskap aan ons land oorhandig".[27] Die invloed is te danke aan die feit dat baie Duitsers hulle in die sewentiende en agtiende eeue na Nederlandse universiteite (veral Leiden en Utrecht) gewend het vir regsopleiding.[28] Baie het professore geword en later weer

---

dus ook die reg in wat as Romeins-Hollands beskryf word. Sien De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 6; Delport *Lewering en Registrasie* 4.

24 Van die bekendste skrywers na wie daar in Suid-Afrikaanse howe as gemeenregtelike gesag verwys word, het gekom van gebiede buite Holland as sodanig (soos bv Utrecht, Friesland en Groningen en selfs ook Frankryk en Duitsland). Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 41, 290.

25 Hugo de Groot is 'n bekende voorbeeld. Die Natuurreg het veral invloed uitgeoefen op die gebied van die verrykingsreg en verbintenisreg (wilsverklarings, ooreenkomste wat strydig is met wetgewing of die goeie sedes).

26 Ook Vinnius en Voet het nie hulle oë vir die Natuurreg gesluit nie, maar hulle dikwels op die *aequitas naturalis* en De Groot beroep. Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 313, 330; Zimmermann *Römisch-Hollandische Recht* 57-58; Kunst *Historische Ontwikkeling* I 89-90.

27 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 169: "Holland habe die Fackel der großen Rechtswissenschaft unserem Lande weitergereicht". Ook Zimmermann *Römisch-Hollandische Recht* 50-51 toon aan dat die Nederlanders 'n deurslaggewende rol gespeel het by die oorlewing van die Romeinse reg in Duitsland.

28 Bykans die helfte van die studente wat gedurende die 17e eeu in Leiden studeer het, was van die buiteland afkomstig, die meeste Duitsers.

na Duitsland teruggekeer.[29] Die totstandkoming van die Historiese Skool in Duitsland aan die einde van die agtiende eeu, wat op sy beurt 'n wesenlike bydrae tot die Duitse *Pandektenwissenschaft* van die negentiende eeu gelewer het, is tot 'n groot mate aan die werk van die Nederlanders te danke:[30]

> Wat die Nederlande aan die Duitse regwetenskap gebied het, was 'n algemene kultuur van die Romeinse reg waarvan die band met Europa reeds sedert die sestiende eeu op die Humanisme berus; dit wil sê, op die kulturele ideale van die klassieke filologie. Soos wat die verfyning van die pragmaties-historiese betekenis meegewerk het tot die ontsluiting van die Duitse privaatreg, so het die filologiese kultuur, wat in belang toegeneem het, die terugkeer tot die klassieke navorsing van die Romeinse reg in die hand gewerk.[31]

Om die waarheid te sê, daar was 'n gedurige wisselwerking tussen die juriste van die verskillende Europese lande, wat 'n Europese gemenereg (*ius commune*) tot gevolg gehad het.[32] Die Romeins-Hollandse reg is bloot 'n verskyningsvorm van Europese gemenereg, waarvan die gemeenskaplikheid in sy Romeinse grondslag gelê het.

Die omvang van die resepsie op die verskillende vakgebiede het gevarieer. Dit was besonder sterk op die gebied van die verbintenisreg, minder sterk wat betref die staatsreg, strafreg, erfreg, sakereg en bykans oppervlakkig wat betref die personereg en die familiereg. Die vraag wat vir die onderhawige ondersoek van belang is, is naamlik watter invloed die resepsie van die Romeinse reg op die oordrag van eiendomsreg gehad het. Die bespreking hieronder sal aan die lig bring dat dit 'n besonder

---

29 Die mees invloedrykste navolgers van Grotius se Natuurregsleer was Duitsers.

30 Sien Van den Brink *Legal History* 8 oor die invloed op die Duitse Historiese skool en die *Pandektenwissenschaft*.

31 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 222 (sien ook die bespreking op 169): "Was die Niederlande der deutschen Rechtswissenschaft vor allem vermitteln konnten, war eine allgemeine Kultur des römischen Rechts, dessen europäische Verbindlichkeit seit dem 16. Jh. auf dem Humanismus, d.h. auf den kulturellen Idealen der klassischen Philologie beruhte. Wie die Schärfung des pragmatisch-historischen Sinns der Erschließung des deutschen Privatrechts zugute kam, so beförderte steigende philologische Kultur jetzt die Rückkehr zu antiquarischen Forschungen im römischen Recht (eie vertaling)".

32 Hulle het gedurig by mekaar lig opgesteek en na mekaar se werke oor en weer verwys. Nederlandse juriste het dikwels op die werke van juriste in ander lande, soos Duitsland, Spanje, Frankryk en Italië gesteun. Franse juriste soos Domat en Pothier het 'n sterk invloed op die Nederlandse regsontwikkeling uitgeoefen. Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 41-42, 291; Zimmermann *Römisch-Hollandische Recht* 56-57.

sterk invloed uitgeoefen het op die wyses waarop roerende goed oorgedra is. Wat betref die oordrag van onroerende goed, het die inheemse wyse van oordrag voor die gereg en registrasie van die oordrag in grondregisters, egter behoue gebly.

7.2 Vereistes vir die oordrag van eiendomsreg

Johannes Voet het die volgende sewe vereistes vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio*[33] gestel, naamlik:[34]

(a) beskikkingsbevoegdheid van die vervreemder - dit wil sê, hy moet eienaar of die eienaar se verteenwoordiger wees;[35]

(b) die vervreemder moet die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra;[36]

(c) die vervreemder moet handelingsbevoeg wees;[37]

(d) lewering moet plaasvind uit hoofde van 'n *iusta causa* (ook 'n *habilis causa*);[38]

(e) die verkryger moet lewering aanvaar (*acceptatio*) en hy moet die bedoeling hê om eiendomsreg te verkry;

(f) in geval van 'n koop moet die koopprys betaal gewees het;[39]

(g) die saak moet vatbaar wees vir vervreemding. Sake buite die handelsverkeer kan nie oorgedra word nie.

---

33 In die Romeins-Hollandse reg was *traditio* (*levering*) - in die wye betekenis van die woord - die wyse waarop eiendomsreg oorgedra is. Sien bv Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2.2.2; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.7.2; Voet *ad Digesta* 41.1.34 en 38.

34 Sien Voet *ad Digesta* 41.1.35. Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.2 stel net 4 vereistes, nl: (1) 'n liggaamlike saak, (2) beskikkingsbevoegdheid van die oordraggewer, (3) bedoeling om eiendomsreg oor te dra aan die kant van die oordraggewer en (4)'n titel vir oordrag.

35 Die stelreël *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* is dus in die Romeins-Hollandse reg toegepas. Sien ook De Groot *Inleidinge* 2.5.15; Voet *ad Digesta* 20.6.8; Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2.7.5; Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.5. Huber sê dat die vervreemder eienaar moet wees *en* in beheer van die saak moet wees. Indien een hiervan ontbreek sou eiendomsreg nie oorgaan nie.

36 Sien ook Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.6.

37 Sien ook De Groot *Inleidinge* 1.8.5, 2.5.3-8; Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2.7.8.

38 Sien ook Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.2 en 2.9.7 (*bequame titel*); Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.13.2 (*eenen wettigen titel van verkryging*); Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.11 (*iusto titulo*); Voet *ad Digesta* 41.1.35 (*habilis causa*).

Die vierde vereiste maak dit duidelik dat eiendomsreg in die Romeins-Hollandse reg oorgedra is indien die vervreemder die saak uit hoofde van 'n *causa* aan die verkryger gelewer het. Daar is dus deeglik onderskei tussen *causa* en *traditio* (*levering*),[40] wat beide vereistes vir die oordrag van eiendomsreg was. Die beginsel in *Digesta* 41.1.31, naamlik dat eiendomsreg nie bloot deur die verskaffing van fisiese beheer oorgedra word nie, daar moet ook 'n *iusta causa* wees, is dus in die Romeins-Hollandse reg geresipieer:[41]

> Hierdie wyse van verkryging van eiendomsreg, verskil van die wyses wat vroeër genoem is hierin dat hier 'n oordrag van 'n saak na 'n ander persoon is uit hoofde van 'n *causa*, soos byvoorbeeld 'n koop, ruil, skenking of iets anders: en hiervoor is die blote hantering van die saak alleen nie voldoende nie, tensy dit ook met die instemming van die eienaar gelewer en oorgedra is.[42]
>
> Lewering het nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg nie, tensy dit plaasvind uit hoofde van 'n voorafgaande *causa* wat na die mening van die oordraggewer geldig is.[43]

Ook Hugo de Groot het toegegee dat *causa* en lewering vereistes in die Hollandse reg is, selfs al het hy die standpunt verkondig dat eiendomsreg in die Natuurreg deur blote ooreenkoms oorgaan:[44]

> Die positiewe reg ... vereis dat die eerste eienaar die tweede daadwerklik in besit van die saak moet stel, wat *leevering*[45] of *opdrachte* genoem word. Die positiewe reg ... vereis verder ook dat lewering uit hoofde van een of ander oorsaak (*causa*) uitgevoer moet word, hetsy uit hoofde van vrygewigheid soos skenking, hetsy uit hoofde van handelinge soos koop, ruil ensovoorts: hierdie oorsaak word ook *aenkomste*[46] van die saak genoem.[47]

---

39 Hierdie vereiste is deur die meeste skrywers gestel.

40 Die begrippe *leevering* en *levring* word ook aangetref.

41 Hierdie beginsel het ook in Duitsland neerslag gevind in die toepassing van die leerstuk van oordrag deur *titulus* (*causa*) en *modus acquirendi* (*traditio*). Sien hfst 8.3 in hierdie verband. Alhoewel die begrippe *titulus* en *modus acquirendi* ook deur skrywers van die Romeins-Hollandse reg gebruik is, was *causa* (*oorzaak*) en *traditio* (*levering*) algemeen gebruik. Die begrip *titel* in Nederland word ontleen aan *Digesta* 20.5.2 en *Codex* 4.38.6 (*titulus emptionis* en *titulus venditionis* – op grond van koop en verkoop).

42 Van Leeuwen *Censura Forensis* 2.7.4 (eie vertaling): "Differt hic dominii acquirendi modus a superioribus, quod hic sit rei nostrae in alium translatio ex causa, puta emptionis, permutationis, donationis, aut alterius: cui non sufficit sola rei apprehensio, nisi et voluntate domini tradita et translata sit".

43 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40 (eie vertaling): "Traditione non transfert dominium, nisi justa causa, saltem opinione tradentis, praecesserit, propter quam traditio sequatur".

44 Sien hfst 9 vir 'n bespreking van die Natuurreg.

45 In die kantlyn word die begrip *Traditio* gebruik.

46 In die kantlyn word die begrip *titulus* gebruik.

Huber bring die onderskeid tussen *causa* en *traditio* selfs in verband met die skolastiese onderskeid tussen die verwyderde oorsaak (*causa remota*), wat dien as voorbereiding vir die verkryging van eiendomsreg - soos koop, skenking ensovoorts - en die naaste oorsaak (*causa proxima*), naamlik die verskaffing van fisiese beheer (*traditio* of *modus acquirendi*), wat oorgang van eiendomsreg tot gevolg het:[48]

> Want die naaste (oorsake), dit wil sê, dié waardeur eiendomsreg direk verkry word, word *modi* genoem, terwyl die eerstes wat verder verwyder is, *causae* genoem word, waaronder veral die titels van verbintenisse wat op die oordrag van eiendomsreg betrekking het, soos verkoop, skenking, *stipulatio* ens. ... Want verkoop, *stipulatio* en soortgelyke titels bevat wel die oorsaak (rede) vir eiendomsreg, maar dit het nog nie eiendomsreg tot gevolg nie; eiendomsreg word verleen deur werklike lewering wat daarop volg.[49]

Soos die skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum*[50] en die Natuurreg,[51] het ook Huber die onderskeid tussen *causa* en *modus* op ander wyses van verkryging toegepas. Hy was byvoorbeeld van oordeel dat die insameling van vrugte 'n *modus* van verkryging is, terwyl sorg en versorging as die *causa* aangesien moet word.[52]

Vir doeleindes van die onderhawige ondersoek sal die volgende vereistes vervolgens in meer besonderhede ondersoek word, naamlik:[53] die vereiste dat daar 'n leweringshandeling moet wees waardeur die saak aan die verkryger oorgedra word (*traditio* of *levering*); die vereiste dat lewe-

---

47 De Groot *Inleidinge* 2.5.2: "De burger-wet ... heeft gewilt dat den eersten eigenaer den twede tot het dadelicke bezit moeste doen komen, 't welck heet leevering ofte opdrachte. 't Selve burgher-recht heeft ... oock gewilt dat de levering zoude moeten geschieden uit eenige oorzaecke, 't zy gegrond op weldadigheid, als schenkinge, 't zy op handeling, als koop, reuiling ende diergelijcke: welcke oorzaeck aenkomste van de zaeck genoemt werd". Sien ook Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.11.

48 Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.3.1-2.3.3 onderskei tussen *de eerste* (dit is bv 'n koop, skenking, belofte, kontrak en testament) en *de naeste oorsaken* (soos bv *occupatio, accessio, traditio*) vir die verkryging van eiendom. "De eerste bereiden den weg tot verkrijginge van den eygendom; maer de naeste oorsaken stellen deselve in haer weesen en in haer kracht".

49 Huber *ad Institutiones* 2.1.17 (eie vertaling): "Nam proximae, id est, quibus dominium immediate acquiritur, dicuntur Modi: Remotiora principia, Causae, quales praecipue sunt tituli obligationum, in quibus de dominio transferendo agitur, ut venditio, donatio, stipulatio etc. ... Venditio enim, stipulatio similesque tituli causam Dominii continent, sed Dominos non faciunt, verum traditio, quae sequitur, dominium praestat §40 et 41 h.t".

50 Sien hfst 8.3.4.

51 Sien hfst 9.1 en 9.5.4.

52 Sien Huber *ad Institutiones* 2.1.17; Van Leeuwen *Censura Forensis* 2.7.4.

ring uit hoofde van 'n *iusta causa* (*titel*) moes geskied; die vereiste dat die partye die bedoeling moes hê om eiendomsreg oor te dra en te verkry. In besonder sal die onderskeid en verband tussen hierdie vereistes aangetoon word.

Alvorens hierdie aspekte bespreek word, moet daarop gelet word dat daar in die Romeins-Hollandse reg, anders as in die Romeinse reg, onderskei is tussen oordrag van roerende goed en oordrag van onroerende goed. In die laasgenoemde geval moes bepaalde formaliteitsvereistes nagekom word, die belangrikste was dat die oordrag geregistreer moes word.[54] Dit is egter interessant om daarop te let dat sommige skrywers steeds vereis het dat daadwerklike fisiese beheer van die grond verskaf moes word, byvoorbeeld deurdat die verkryger in die huis of op die grond binnegelei word, of dat die titel aan die verkryger oorhandig word terwyl hy op die grond is.[55] Die rede hiervoor is waarskynlik dat verskaffing van fisiese beheer in die Romeinse reg ook in geval van onroerende goed 'n vereiste was[56] en omdat registrasie nie 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie.

7.3 *Traditio* – die verkryging van fisiese beheer

7.3.1 Inleiding

Hierbo is aangetoon dat eiendomsreg op roerende goed in die Romeins-Hollandse reg deur *traditio* (in die wye betekenis) oorgedra is, mits fisiese beheer (*possessio*) by wyse van 'n leweringshandeling[57] uit hoofde van 'n *causa* aan die verkryger verskaf is.[58] Die verkryger moes fisiese beheer

---

53 Die ander vereistes is nie direk op ons onderwerp van toepassing nie.

54 Sien bv De Groot *Inleidinge* 2.5.9-13. Die oordrag van onroerende goed word bespreek in hfst 7.6.

55 Sien bv Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.11 en 16-17.

56 Oordrag van eiendomsreg vind plaas sodra die grond betree word. Dit het ook 'n publisiteitsfunksie vervul.

57 Ook *levering*, *opdrachte*, *overdracht*, *overgifte* of *traditio* in die eng sin van die woord. Oordrag van eiendomsreg is voltooi sodra fisiese beheer verskaf word. Sien Huber *Rechtsgeleerdheyt* 2.9.16; Voet *ad Digesta* 41.1.35; De Groot *De Iure Belli* 2.12.25.1. Ook Carey Miller *Transfer of Ownership* 523.

58 De Groot *Inleidinge* 2.3.15: "Volle eingendom van enckele zaken komt door bezit ..." (sien ook De Groot *Inleidinge* 2.4.1); Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2.7.1: "Om den eygendom dan van het goed dat yemand anders toebehoort, te verkrygen, werd Overgifft en levering vereyst. Sulx dat de toesegging, of overkomst alleen,

corpore et animo verkry.[59] Dit beteken dat hy die saak werklik fisies moes hanteer en dat hy die bedoeling moes hê om die saak as eienaar te hou (*animus dominus*).[60] Sommige skrywers beskou dit as voldoende indien die verkryger die saak in beheer neem met die bedoeling om dit vir sigself (tot sy eie voordeel) te hou, met die uitsluiting van alle ander persone (*animus rem sibi habendi*).[61] Die begrip *animus sibi habendi* in hierdie eng betekenis stem dus wesenlik ooreen met die *animus domini*.[62] Indien die verkryger wel sodanige bedoeling gehad het, het hy *possessio civilis* ontvang.[63] Alhoewel Huber van oordeel was dat die verkryger die bedoeling moet hê om die saak vir sigself of *iemand anders* te hou,[64] was hy die uitsondering. Voet maak dit egter baie duidelik dat *possessio* net aan diegene toekom wat die saak in eie naam hou en dat diegene wat die saak in iemand anders se naam hou, geen egte besitters kan wees nie, maar slegs houers.[65] Huber staan ook in 'n ander opsig betreklik alleen.

---

niemand Eygenaar maken kan". Vergelyk verder Voet *ad Digesta* 41.1.1 en 34 en Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.10.1. Volgens Van Bijnkershoek *Iuris Romani* 4.2 is die verskaffing van fisiese beheer nie net noodsaaklik in geval van afgeleide wyses van eiendomsverkryging nie, maar ook by erfopvolging. Sien ook Van Bijnkershoek *Observationes Tumultuariae* no 426.

59 Raadpleeg De Groot *Inleidinge* 2.2.3 ("Dit bezit moet sijn beginzel nemen uit het ghemoet ende 't lichaem beide ..."); Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.10.1 (lewering is die verskaffing van *bezittinge* met die doel om eiendomsreg oor te dra). Sien ook Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2.8.1; Voet *ad Digesta* 41.2.10; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.13.1.

60 Hy moes die bedoeling hê om deur die verkryging van fisiese beheer eienaar van die saak te word. Sien bv Vinnius *ad Institutiones* 4.15.5.1 (*animo et affectu dominantis*).

61 De Groot *Inleidinge* 2.2.2 en 2.2.3 ("met wille om die te behouden voor ons ende niet voor een ander. Dit laetste werd hier met groote reden by-ghevoegt, om dat een huirman, ofte die iet leenen ofte voor een anderen bewaren, niet gezeit en konnen werden te bezitten"); Voet *ad Digesta* 41.1.35 en 41.2.1 (*animo sibi habendi*); Van Leeuwen *Censura Forensis* 2.10.1 (*animo eam sibi habendi*); Van Leeuwen *Rooms - Hollands-Regt* 2.8.1: ("om die als sijn eygen te gebruiken"); Huber *ad Digesta* 41.2.6 (*animus eam retinendi manet*).

62 Van der Walt *Houerskap* 412 ev; Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 122.

63 *Civilis possessio* verwys na die besitter met die geloof dat hy eienaar is en dit kom net aan die eienaar of die *bona fide possessor* toe. *Naturalis possessio* verwys na besitters sonder sodanige *animus*, dws, besitters wat vir sigself hou, maar nie dink dat hulle eienaar is nie. Sien Voet *ad Digesta* 41.2.3 en Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.3-6.

64 Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.10.2 en 7. *Possessio* word omskryf as die reg om fisiese beheer oor 'n saak uit te oefen met die "meininge, om het selve voor sich, of voor een ander te hebben". Voet *ad Digesta* 41.2.1 verwys ook na Vinnius *Selectarum Iuris* 2.36 as sou hy 'n soortgelyke standpunt inneem.

65 Voet *ad Digesta* 41.2.1.

Hy was naamlik een van die weinige skrywers wat die standpunt verkondig het dat lewering vereis word, omdat dit dien as bewys of bevestiging van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra:[66]

> Met die oog op die grootste mate van sekerheid vereis die *Ius Civile* of die *Ius Gentium* 'n nuwe handeling waardeur die bedoeling bevestig en uitgevoer word, met die uitsluitlike doel dat die voortsetting van die vroeëre eenstemmigheid helder en duidelik sal wees. Indien daardie handeling geskik is om juis dit te openbaar, dan is daar voldoen aan die vereistes van die positiewe reg. Lewering is verseker noodsaaklik. As dit van so 'n aard is dat die eienaar die saak wat hy aan 'n tweede persoon toegesê het aan hom beskikbaar stel sodat hy dit kan hanteer, dan kan daar nie twyfel bestaan nie dat daardie handeling duidelik genoeg is om 'n voortgesette bedoeling aan te toon.[67]

Daar is so pas aangetoon dat die verkryger fisiese beheer moes verkry met die bedoeling om die saak vir sigself of as eienaar te beheer. Vervolgens sal die *corpus*-vereiste nagegaan word om vas te stel hoe die skrywers van die Romeins-Hollandse reg hierdie vereiste verstaan het en hoe hulle daardie gevalle waar die verkryger die saak nie werklik hanteer het nie, beskou het. Die bespreking sal aantoon dat sommige skrywers van oordeel was dat lewering geen vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie.

7.3.2 Verskaffing van daadwerklike fisiese beheer vereis

Soos wat die geval in die Romeinse reg en in die Middeleeue was, kon die *corpus*-vereiste bevredig word deurdat die verkryger die saak werklik fisies hanteer (*traditio vera* of *eygentlijke leevering*), maar ook deur *traditio ficta* (of *oneygentlijke leevering*) waar daar geen fisiese aanraking was

66 Vir Delport *Lewering en Registrasie* 159 is hierdie standpunt, naamlik dat lewering dien as bewys van die bedoeling, nie aanvaarbaar nie omdat dit sal lei tot die negering van die *traditio*-vereiste – die bedoeling kan ook op ander wyses bevestig word.

67 Huber *ad Institutiones* 2.1.17 (eie vertaling): "Jus Civile, an Gentium ad majorem certitudinem novum actum continuatae voluntatis et executionem ejus requirit, non alio sine, quam ut perseveratio in priore consensu clarius liqueat. Jam si actus ille ad hoc significandum satis sit efficax, rationi juris positivi satisfactum est; Traditionem eam esse omnino oportet; et si talis sit, ut dominus rem quam addixerat alteri, apprehendendam ei praebeat, non potest dubitari quin is actus satis sit perspicuus ad constantiam voluntatis ostendendam". Hierdie standpunt word ook aangetref by Oosterga *ad Institutiones* 2.1.40 en 3.24.2-3. Verder Carey Miller *Transfer of Ownership* 523, Gordon *Traditio* 180-181.

nie en daar bloot met 'n fiksie gewerk is.[68] Die uitgangspunt was dat daadwerklike fisiese beheer aan die verkryger verskaf moes word – hy moes die saak werklik fisies hanteer het:

> Werklike lewering is wanneer 'n liggaamlike roerende of onroerende saak op 'n natuurlike wyse van die een hand na die ander oorgegee word, of wanneer dit deur inleiding in besit oorgelewer word.[69]

In navolging van Donellus[70] het Vinnius (1588-1657)[71] en Noodt[72] egter 'n wyer omskrywing van die *apprehensio*-begrip aanvaar. Fisiese beheer (*possessio*) vestig indien die saak onder die beheer (*potestas*) van die verkryger gekom het, selfs al het hy dit nie fisies hanteer nie. Ook Simon van Leeuwen het die *potestas*-begrip aanvaar:

> Die laaste wyse van verkryging van eiendomsreg is lewering (*traditio*); dit is oordrag van eiendomsreg met die volle instemming van die eienaar. Want eiendomsreg van 'n ander persoon se saak kan nie sonder werklike lewering, bloot deur ooreenkomste alleen oorgedra word nie omdat niemand die saak van 'n ander persoon verkry nie, tensy dit op so 'n wyse aan sy beheer (*potestas*) onderwerp word dat hy in staat is om dit te kan verkry.[73]

Op grond van *Digesta* 23.5.16 het die Glossatore en Kommentatore aanvaar dat lewering (*traditio*) op twee maniere uitgevoer kon word, naamlik: (1) deurdat die verkryger daadwerklik fisies in beheer van die saak gestel word (*apprehensio*, maar ook *potestas*) en (2) selfs al word die verkryger nie werklik fisies in beheer gestel nie,[74] deurdat een of ander feitlike leweringshandeling uitgevoer word, soortgelyk aan 'n handeling waardeur

---

68 De Groot *Inleidinge* 2.5.11 en 3.10.4; Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.10 en 12-14; Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2.7.2; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.7.2; Voet *ad Digesta* 41.1.34, 41.2.9 en 10. Verder Biermann *Traditio Ficta* 218; Gordon *Traditio* 179.

69 Voet *ad Institutiones* 2.1.82: "Waere overlevering is, waer door een lichaemelyke tilbaere of ontilbaere zaek natuurlyker-wyze, door geeving van d'eene hant in d'andere of door inleiding in't bezit overgelevert wordt". Sien ook nog Van Bijnkershoek *Observationes Tumultuariae* no 764 en no 810. Verder Kunst *Historische Ontwikkeling* II 215.

70 Sien hfst 5.2.2.

71 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.43.

72 Noodt *Iuris Civilis* 2.6.5.

73 Van Leeuwen *Censura Forensis* 2.7.1 (eie vertaling): "Ultimus acquirendi dominii modus est traditio, estque justa dominii voluntate domini translatio: Dominium enim rei alienae, citra actualem traditionem, nudis et solis pactis non transfertur, quia nemo facto rem alterius acquirit, nisi potestati suae ita subjiciatur, ut eam acquirere possit". Verder Biermann *Traditio Ficta* 224; Delport *Lewering en Registrasie* 135; Gordon *Traditio* 179-180.

74 Bv omdat die vervreemder-eienaar nie fisies in beheer van die saak is nie.

possessio verskaf word (oorhandiging).[75] Die gedagte dat *possessio* en eiendomsreg oorgedra kan word sonder dat daadwerklike fisiese beheer verskaf word, word ook by enkele skrywers van die Elegante skool aangetref.[76]

Die meeste skrywers het hierdie dubbele betekenis van die term *traditio* egter verwerp en die standpunt ingeneem dat eiendomsreg slegs oorgedra kan word indien fisiese beheer deur *traditio vera* of *traditio ficta* aan die verkryger verskaf is. Die eienaar wat nie fisies in beheer van die saak is nie, kan dus nie eiendomsreg oordra nie. Bronkhorst (1554-1627) het geargumenteer dat eiendomsreg in *Digesta* 23.5.16 (waarop die Glossatore en Kommentatore gesteun het)[77] nie deur *traditio* oorgegaan het nie, maar wel deur *dotis datio* ('n bruidskat), wat dieselfde effek het as 'n sessie van aksies. Dit word geag dat die saak gelewer is:[78]

> Daar (*Digesta* 23.5.16) is eiendomsreg in die stuk grond wat as bruidskat gegee is nie deur *traditio* op die man oorgedra nie, maar dit word geag dat die vrou die aksie wat haar ten opsigte van die grond toekom, aan die man oorgedra het. Die grond wat deel is van 'n bruidskat word hierdeur geag gelewer te wees omdat die gee van 'n bruidskat die effek het van die sessie van aksies.[79]

7.3.3 Fisiese beheer nie 'n vereiste nie

Soos reeds aangetoon, was die beginsel in die Romeins-Hollandse reg dat eiendomsreg nie bloot deur afspraak oorgedra kan word nie, 'n leweringshandeling (*traditio*) is vereis. Hugo de Groot het egter die stand-

---

75 Volgens hulle het die vrou in *Digesta* 23.5.16 eiendomsreg op die grond by wyse van *traditio* aan haar man oorgedra, terwyl dit fisies in beheer van iemand anders was. Raadpleeg hfst 3.5.3 en hfst 4.4.2 vir 'n bespreking van die standpunte van die Glossatore en Kommentatore onderskeidelik.

76 Sien bv Huber *ad Digesta* 41.2.5 en Vinnius *Jurisprudentiae Contractae* 1.20. Vinnius het egter sy siening verander (sien Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40). Verder Dondorp en Schrage *Levering* 74.

77 Sien die bespreking in hfst 3.5.3 en hfst 4.4.2 onderskeidelik.

78 Dié teks is dus nie gesag vir die stelling dat *possessio* sonder die werklike verskaffing van fisiese beheer oorgedra kan word nie. In die Suid-Afrikaanse reg word dit wat deur huweliksluiting verkry word, getipeer as oorspronklike verkryging, waar lewering nie 'n vereiste is nie.

79 Bronkhorst *Enantiophanôn* III 81 (eie vertaling): "Ibi dominium fundi dotalis non est per traditionem translatum in maritum, sed mulier actionem sibi pro fundo dotali competentem transtulisse censetur in maritum; quo facto fundum dotalem tradidisse intelligitur, quia dotis datio habet vim cessionis actionum".

punt ingeneem dat eiendomsreg in die Natuurreg[80] deur ooreenkoms oorgaan (dit wil sê, bloot deur 'n verklaring van die vervreemder dat hy eiendomsreg wil oordra) en dat die verskaffing van fisiese beheer deur 'n afsonderlike leweringshandeling nie 'n vereiste is nie.[81] De Groot het verder die feit beklemtoon dat ook die verkryger die bedoeling moet hê om eiendomsreg te ontvang. Daar moet dus wilsooreenstemming tussen die partye wees. Die blote innerlike bedoeling is egter nie voldoende nie, die partye moet hulle bedoelings openbaar maak deur woorde of gedrag (een of ander uitwendige teken):[82]

> Ingevolge die Natuurreg is dit voldoende indien eiendomsreg deur die wil van die eienaar verkry word, dat die vorige eienaar sy wil te kenne gee dat dit gebeur en dat dit deur die ander as 'n vaste reg aangeneem word: dit is nie meer 'n vereiste dat lewering na die aanvaarding uitgevoer word nie.[83]

De Groot erken nietemin dat die positiewe reg in hierdie opsig van die Natuurreg afwyk aangesien 'n leweringshandeling uit hoofde van beleidsoorwegings wel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in Holland was:

> Die positiewe reg, om meer mag te hê oor iemand anders se goed as die eienaar self, poog egter om alle ondeurdagte vervreemdings te voorkom en te verhoed dat die partye later berou kry.[84] Gevolglik is dit 'n vereiste dat die eerste eienaar die tweede daadwerklik fisies in beheer van die saak stel, wat *leevering* of *opdrachte* genoem word. Met die gevolg dat die blote belofte niemand eienaar kan maak nie.[85]

---

80 Sien hfst 9.4.1 en 9.5.2.

81 De Groot *De Iure Belli* 2.11.

82 Sien De Groot *De Iure Belli* 2.6.1.1 en 2.6.2. Alhoewel De Groot beklemtoon dat die partye se bedoeling uiterlik tot openbaring moet kom, is dit twyfelagtig dat hy daarmee te kenne wou gee dat die leweringshandeling dien as bewys van sodanige bedoeling. Lewering is immers vir hom nie 'n vereiste nie. Hy wou waarskynlik niks meer sê nie as dat die bedoeling openbaar gemaak moet word. In hierdie opsig verskil hy van die meeste skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum* (hfst 8.5.1) en die Natuurreg (hfst 9.4.2) in Duitsland.

83 De Groot *Inleidinge* 2.5.2: "Om door wille des eigenaars eigendom te bekomen, schijnt ghenoeg te zijn nae't aengebooren recht, dat den voorigen eighenaer toone te willen dat zulcs geschiede ende dat het bij den anderen als een vast recht aenghenomen werde: waer op de aenneeminghe volghende schijnt niet meer vereischt te werden". Sien ook De Groot *De Iure Belli* 2.6.1.2.

84 Delport *Lewering en Registrasie* 159 meen dat hierdie rede nie stand hou nie omdat die koper spesifieke nakoming kon afdwing en die verkoper tot lewering kon verplig.

85 De Groot *Inleidinge* 2.5.2: "De burger-wet, meerder macht hebbende over eens ijders goed als den eigenaer zelve, zoeckende alle onbedachte vervreemdinghen te voorkomen, ande de luiden voor het berou te bewaren, heeft gewilt dat den eersten eigenaer den twede tot het dadelicke bezit moeste doen komen, 't welck heet lee-

Hugo de Groot se standpunt, naamlik dat lewering nie vereis word nie, is nie algemeen aanvaar nie. Inteendeel, dit wil voorkom of hy slegs deur Ulrik Huber nagevolg is.[86] Ook hy het die standpunt ingeneem dat eiendomsreg in die Natuurreg oorgaan indien die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, welke bedoeling na buite openbaar gemaak moet word, hetsy deur 'n mondelinge of skriftelike verklaring. Ook die verkryger moet sodanige bedoeling hê.[87] Die verskaffing van fisiese beheer was volgens hom oorbodig omdat 'n fisiese (liggaamlike) handeling nie as vereiste vir die oordrag van 'n reg (iets onliggaamliks) gestel kan word nie.[88] As 'n leweringshandeling van nature noodsaaklik was, dan sou dit nooit moontlik gewees het om eiendomsreg sonder lewering oor te dra nie. In die praktyk is daar egter talle voorbeelde van gevalle waar eiendomsreg sonder lewering oorgaan, byvoorbeeld indien die saak reeds in die fisiese beheer van die verkryger is:

> Innerlik word 'n oorweging en keuse vereis, dit wil sê, die volledige wil (om eiendomsreg oor te dra); uiterlik (word vereis), sodanige uiterlike teken van die wil as wat kragtens gebruik in die menslike samelewing voldoende is om die bedoeling duidelik en sonder twyfel aan ander mense bekend te maak. Tekens van hierdie aard is ongetwyfeld die gesproke woord en die draer van die gesproke woord, naamlik skrif. Indien beide partye, die oordraggewer en die ontvanger aan hierdie vereistes voldoen, kan niks verhinder dat oordrag van 'n reg as voltooid beskou word nie. Dit handel hier, sê ek, oor die oordrag van 'n reg wat, aangesien dit onliggaamlik is, niks liggaamliks nodig het ter voltooiing daarvan nie.[89]

---

vering ofte opdrachte. Overzulcs en kan de toezeggînghe alleen nu niemand eighenen ofte vesten".

86 Hierbo by hfst 7.3.2 is reeds aangetoon dat die meeste skrywers wel vereis het dat fisiese beheer verskaf moes word.

87 Die ooreenstemmende mondelinge of skriftelike wilsverklarings is dus voldoende om eiendomsreg oor te dra.

88 Sien Huber *Tractatus De Jure* 298. Nietemin erken hy, soos De Groot, dat lewering in die positiewe reg 'n vereiste is. Sien Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.3.3 waar hy sê dat eiendomsreg nie deur ooreenkoms oorgaan nie, maar deur lewering: "... want gy moet weten, dat de eygendom terstond, met koop of belofte niet overgaat, maer dat sy door de leveringe eerst dadelijk verkregen wordt".

89 Huber *Digressiones* 4.8 (eie vertaling): "Intrinsecus requiritur, deliberatio atque Electio, id est, plena voluntas; Extrinsecus, ejusmodi signa voluntatis externa, quae ex usu humanae societatis sufficiunt, ut sententia animi perspicue et indubitoto aliis innotescat; cujusmodi signa sine dubio sunt, sermo et interpres sermonis scriptura. Haec requisita, si utrinque concurrant, tam scilicet a parte ejus in quem jus transfertur quam transferentis, nihil potest obstare, quominus translatio juris perfecta censeatur. De juris, inquam, translatione agimus, quod cum incorporale sit, nihil ad perfectionem sui corporale desiderat". Vergelyk verder Huber *Tractatus De Jure* 300.

7.3.4 Lewering by wyse van traditio ficta

Afgesien van die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer, kon die *corpus*-vereiste ook bevredig word, selfs al word die saak nie van hand tot hand oorgedra nie. Nieteenstaande die feit dat die idee van oordrag sonder verskaffing van fisiese beheer soms aan kritiek onderwerp is, is *traditio ficta* op grond van verkeersbehoeftes nietemin erken.[90] In die algemeen is aanvaar dat *traditio ficta* dieselfde gevolge het as *traditio vera*. Die reël in geval van dubbel verkope was dus dat die persoon aan wie fisiese beheer verskaf is, hetsy werklik of fiktief, eienaar geword het. Indien die eienaar 'n saak verkoop en dit by wyse van *traditio ficta* aan die koper oordra, maar dieselfde saak daarna aan 'n tweede koper verkoop en daadwerklike fisiese beheer aan hom verskaf, word die eerste koper eienaar. *Traditio ficta* het dus voorrang geniet bo 'n latere verskaffing van daadwerklike fisiese beheer.[91]

Alhoewel daar meningsverskil[92] was betreffende die gevalle wat onder *traditio ficta* tuisgebring kon word, het die meeste skrywers[93] onderskei tussen *traditio brevi manu, traditio symbolica*[94] en *traditio longa manu*. *Traditio instrumentorum* is onder *traditio symbolica* tuisgebring.[95] Die al-

---

90 Raadpleeg Vinnius *ad Institutiones* 2.1.43-44; De Groot *Inleidinge* 2.3.15; Voet *ad Digesta* 41.1.34 en 41.2.13; Van Leeuwen *Censura Forensis* 2.7.1; Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2.7.2; Van Eck *ad Digesta* 41.1.45 ev. Voet *ad Institutiones* 2.1.81 en 84. Verder Biermann *Traditio Ficta* 219, 224; Gordon *Traditio* 179; Lee *Roman Dutch Law* 136; Carey Miller *Transfer of Ownership* 528; Kunst *Historische Ontwikkeling* II 216.

91 Voet *ad Digesta* 6.1.20; Van Leeuwen *Censura Forensis* 4.19.26; Van Bijnkershoek *Observationes Tumultuariae* no 664. Verder Gordon *Traditio* 179; Dondorp en Schrage *Levering* 77; Zwalve *Europese Privaatrecht* 147.

92 Aangesien hierdie aangeleentheid nie vir die onderhawige ondersoek van wesenlike belang is nie, sal daar nie verder daarop ingegaan word nie. Raadpleeg Biermann *Traditio Ficta* 218 ev (veral 225-229), 263 ev; Carey Miller *Transfer of Ownership* 528-529; Gordon *Traditio* 181 ev vir 'n volledige bespreking van die onderwerp.

93 Raadpleeg onder andere De Groot *Inleidinge* 2.5.11, 2.5.13 en 3.10.4; Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.13 en 14; Voet *ad Digesta* 12.1.4 en 41.1.34; Vinnius *ad Institutiones* 2.1.45 en Van Eck *ad Digesta* 41.1.47. Maar sien Huber *Tractatus De Jure* 339.

94 Waaronder ook *scotatio* (waar 'n kluit oorhandig is) en *effestucatio* (waar 'n stok weggegooi is) tuisgebring is. Daar is na hierdie wyses ook as transport of *opdrachte* verwys. Sien Huber *ad Institutiones* 2.1.58 en Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.15-16.

95 Sien Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.16. Na oorhandiging van die koopakte kon die verkryger die grondstuk betree. Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.11 wys daarop dat openbare skuldbriewe (*publica obligatien*) vervreem is deur oordrag en 'n dokument (*chirographo*) wat of privaat, of voor 'n notaris opgestel is.

gemene reël was dat die dokument wat aan die vervreemder oorhandig is toe die saak aan hom oorgedra is en wat kan dien as bewys daarvan dat hy eienaar is, aan die nuwe verkryger oorhandig moes word.[96] Vinnius was egter tevrede daarmee indien die koopakte wat tussen die vervreemder en verkryger opgestel is, oorhandig word: "Die saak self word geag gelewer en oorgedra te wees indien die dokument wat op die vervreemding van daardie saak betrekking het gelewer word".[97]

Constitutum possessorium was 'n aanvaarbare wyse van lewering wat dikwels in die praktyk voorgekom het.[98] Schorer stel die volgende vereistes vir 'n suksesvolle en effektiewe lewering deur middel van *constitutum possessorium*:[99] (1) die oordraer moet self in besit van die saak wees; (2) die oordraer moet ophou om namens homself te besit en moet begin om namens die verkryger te besit; (3) instemming deur die verkryger om besit uit te oefen deur middel van die oordraer; en (4) daar moet een of ander *causa detentionis* wees. Sonnekus[100] kritiseer Schorer se stelling dat *constitutum possessorium* 'n erkende leweringsvorm was, omdat dit volgens hom gegrond is op 'n foutiewe interpretasie van De Groot. Schorer bespreek *constitutum possessorium* by De Groot se teks in 2.48.28 wat handel oor pandgewing (*onderzetting*), terwyl die algemeen aanvaarde standpunt in die Romeins-Hollandse reg was dat *constitutum possessorium* nie by pandgewing aangewend kon word nie.[101] Die enigste volledige verwysing deur 'n Romeins-Hollandse skrywer na die vereistes van *constitutum possessorium* volg dus na die foutiewe lesing van die teks van De Groot.[102] Nieteenstaande Sonnekus se kritiek en nieteenstaande die feit dat baie min skrywers *constitutum possessorium* uit-

96 Sien bv Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.12.

97 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.45 (eie vertaling): "Traditio instrumenti, quo tradito res ipsa, de qua alienanda in eo agitur, tradita et translata intelligitur". Dit wil voorkom of hy aansluiting vind by die skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum*.

98 Veral by *koop-brieven* en *hypoteeken*. Die reël dat niemand die grondslag van sy *possessio* uit eie beweging kan verander nie (*nemo sibi causam possessionis mutare potest*) het *constitutum possessorium* nie verbied nie. Sien Voet *ad Digesta* 41.2.13.

99 Schorer *ad De Groot* 2.48.28.

100 Sonnekus 1979 *TSAR* 46-47.

101 Sien bv Voet *ad Digesta* 20.1.12.

voerig bespreek, kan dit egter nie betwis word nie dat hierdie leweringswyse wel erken is en dat dit ook in die praktyk toepassing gevind het.[103]

Dit wil selfs voorkom of *possessio* en eiendomsreg ook deur *constitutum simplex*[104] oorgedra kon word. Huber was egter gekant teen lewering deur middel van so 'n klousule en het oordrag van eiendomsreg net toegelaat indien daar 'n geldige *causa traditionis* was (*constitutum conjunctum*):

> Maar dit wat dieselfde (Tiraquellus) uitbrei en leer, naamlik dat eiendomsreg oorgedra kan word by wyse van 'n *constitutum*-klousule waardeur besit oorgedra word en wat in 'n geskikte kontrak bygevoeg is, kan geensins aanvaar word nie. Dit word nie uit hoofde van enige teks of algemene regsbeginsel goedgekeur nie en dit is tot dusver nog nie in 'n hof aan die orde gestel nie. Tensy hy dalk praat van 'n *constitutum precarii* waardeur iemand erken dat hy 'n saak van 'n ander as prekaris hou. Uit voorgaande is dit duidelik dat *constitutum* nie *per se* geldig is nie, maar dat dit altyd bykomstig is by 'n ander kontrak of regshandeling wat effektief of geldig is.[105]

Uit die onderstaande passasie wil dit egter voorkom of Huber van oordeel was dat slegs *possessio* as regsfeit deur *constitutum possessorium* oorgedra kon word en nie eiendomsreg nie.[106] Hierdie standpunt is waarskynlik daarop gerig om die groot probleem by *constitutum,* naamlik dat onskuldige derdes benadeel kan word juis as gevolg van die geheime

---

102 'n Verdere punt van kritiek is dat Schorer op Duitse skrywers soos Lauterbach en Brunneman steun.

103 Raadpleeg Voet *ad Digesta* 20.1.12, 12.1.5, 41.2.13 en 14; Van Bijnkershoek *Observationes Tumultuariae* no 1622; Van der Keessel *ad De Groot* 2.11.7 en 2.2.12 (hy behandel dit egter nie uitvoerig nie; sien ook 2.48.28 vir sy kritiek op Schorer). Ook De Groot *Inleidinge* 2.2.12 (" ... 't [bezit] word oock verloren door de wille van niet te bezitten ...") is wyd genoeg om *constitutum possessorium* in te sluit. Biermann *Traditio Ficta* 235-236; 253, 256.

104 Waar 'n klousule tot die kontrak toegevoeg word waarin die een party verklaar dat hy voortaan fisiese beheer namens die ander uitoefen, selfs al was daar geen *causa traditionis* nie.

105 Huber *ad Digesta* 41.2.7 (eie vertaling): "Sed quod idem ampliat 8 per huiusmodi constitutum in contractu appositum transferri docet Dominium, per consequentiam Possessionis, nullo modo admittendum est, neque id ex ullo textu vel ratione juris probatur nec adeo in Foro versatur; nisi forte loquatur de Constituto precarii; quo quis fatetur, se rem ab aliquo habere precario. Illud ex praedictis satis liquet constitutum non valere per se, verum semper alii accedere contractui, negotiove efficaci et valido". Sien ook Huber *ad Digesta* 41.2.7 en Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.9 en 3.4.39-41. In lg passasie merk hy op dat indien 'n *constitutum*-klousule beding word ter versekering van die koopprys, die verkoper eienaar bly aangesien eiendomsreg voorbehou word totdat die koopprys ten volle betaal is. Raadpleeg verder Biermann *Traditio Ficta* 253, 256 en Gordon *Traditio* 184-185.

106 Dit wil egter nie sê dat hy van mening was dat eiendomsreg gladnie deur *constitutum possessorium* oorgedra kan word nie. Dit het net betrekking op 'n *constitutum*-klousule (maw *constitutum simplex*).

aard van *constitutum*, teen te werk. Huber se benadering sou volgens Sonnekus ook die knoeikarakter van kontrakte waarby *constitutum possessorium* betrokke is uitskakel:[107]

> ... dit is niks anders nie as 'n verklaring deur die eienaar of besitter van 'n saak dat hy dit besit, of vir en namens iemand anders sal besit, waardeur die eienaar besit verloor en dit word dadelik oorgedra op die ander, maar sonder dat die persoon ten gunste van wie die klousule beding is eiendomsreg verkry, maar hy geniet al die gevolge (voordele) van besit.[108]

Die vraag of so 'n *constitutum*-klousule aan 'n *retentio ususfructus* gekoppel kon word (waar die vervreemder vir homself 'n reg van vruggebruik voorbehou) was omstrede. In die agtiende eeu het die Hoge Raad in 'n soortgelyke situasie geweier om te aanvaar dat lewering plaasgevind het, maar Van Bijnkershoek het egter van die ander lede van die Hoge Raad verskil. Hy was van oordeel dat *traditio* in geval van skenking met voorbehoud van vruggebruik wel moontlik was.[109]

Hierbo is opgemerk dat *constitutum possessorium* 'n erkende leweringsvorm was. Die aanwendingsmoontlikheid van *constitutum possessorium*, wat 'n handige wyse was om eiendomsreg op grond oor te dra, is egter aansienlik beperk omdat geregtelike oordrag in geval van onroerende goed voorgeskryf was.[110] Verder moet daar ook op gewys word dat *constitutum possessorium* in die praktyk dikwels misbruik is en gevolglik in Gelderland en Utrecht deur plaaslike wetgewing verbied is. Die verbod was daarop gerig om te verhoed dat erfgename en skuldeisers van die vervreemder wat nie van die lewering kennis kon dra nie, aan bedrog

---

107 Sien Sonnekus 1979 *TSAR* 46-47.

108 Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.10.9 (eie vertaling): "... sy beteekent niet anders, als een verklaringe, waer by een eygenaar, ofte bezitter van eenig goedt verklaert het selve te bezitten of te sullen bezitten voor en uit name van een ander waer door de eygenaer ofte de bezitter verliest ende sy wordt dadelyk overgedragen op dien anderen sonder dat echter de geene, tot wiens profyt de Clausula spreekt, daer door eenig recht op de eygendom verkrygt, maer hy geniet alle d'effecten die de bezittinge geeft". Maar sien ook Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.16.

109 Van Bijnkershoek *Observationes Tumultuariae* no 364 en no 1622. Ook Voet *ad Digesta* 41.2.14 het 'n *retentio ususfructus* onder sekere voorwaardes toegelaat.

110 Die toepassing van *constitutum* is verder aan bande gelê deur die reël "roerende goed het geen gevolg", wat gewoonlik by pandreg toegepas is. Sien Gordon *Traditio* 185 vn 1.

blootgestel word.[111] In Zeeland is hierdie vorm van lewering nou wel nie verbied nie, maar daar is streng vereistes gestel wat nagekom moes word, by gebreke waarvan die oordrag nietig sou wees.[112]

7.3.5 Oordrag deur ooreenkoms

Vir die onderhawige ondersoek is dit van belang om te weet of die Romeins-Hollandse skrywers lewering by wyse van *traditio ficta* as eiendomsoordrag deur ooreenkoms beskou het, al dan nie. 'n Belangrike vraag in hierdie verband is of eiendomsoordrag in geval van *traditio ficta* in teenwoordigheid van die saak uitgevoer moes word? Indien nie, dan is dit 'n aanduiding daarvan dat daar in hierdie gevalle nie soveel klem op fisiese beheer geplaas is nie en dat die gedagte van oordrag deur blote ooreenkoms in die Romeins-Hollandse reg aangetref is.

In die Romeinse reg[113] is aangedring op oordrag in teenwoordigheid van die saak en die partye omdat die algemene reël was dat werklike fisiese beheer verskaf moet word en dit kan net in teenwoordigheid van die saak plaasvind. Die saak kan daarom ook net geag word gelewer te wees indien die fiktiewe leweringshandeling in teenwoordigheid van die saak en die partye uitgevoer is.[114] In die Romeins-Hollandse reg was die algemeen aanvaarde standpunt dat teenwoordigheid slegs in geval van *traditio symbolica* vereis is. In nie een van die ander gevalle van *traditio ficta* was teenwoordigheid 'n vereiste nie, veral nie in geval van *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium* nie:[115]

---

111 In Gelderland was die reël bv "niemant kan te gelijk houden ende geven". Sien Voet *ad Digesta* 41.2.14 vir meer besonderhede in hierdie verband. Verder Carey Miller *Transfer of Ownership* 530-531.

112 Lewering moes voor Schout en Schepenen gemaak word, dit moes deur die sekretaris genotuleer en geregistreer word en kennisgewing van lewering moes vir drie Sondae by die kerk of ander openbare plek opgeplak word, sodat ander daarvan kennis kon neem. Sien *Groot Placaetboek* IV 1052 (*placaet* van 3 Maart 1671). In Holland was daar geen spesifieke reëling in hierdie verband nie.

113 Sien hfst 2.4.3.3.

114 Indien die saak afwesig is, kan dit tog nie voorkom asof dit gelewer is nie.

115 Huber *Rechtsgeleerdheyt* 2.2.10; Van Leeuwen *Rooms-Hollands Regt* 2.2.1. Maar sien Voet *ad Digesta* 12.1.5 en 41.1.34. Hy was van oordeel dat oordrag nie moontlik was nie, tensy dit plaasvind in teenwoordigheid van die partye en die saak. Die enigste uitsonderings waarvoor hy voorsiening maak, is lewering by wyse van *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium*, in welke gevalle hy nie op teenwoordigheid aangedring het nie. In Suid-Afrikaanse reg is teenwoordigheid by *longa*

> Daar is egter diegene wat dink dat die afwesigheid van 'n skuldenaar 'n fiktiewe lewering by wyse van (*traditio*) *brevi manu* sou verhinder, asof 'n handeling nie regtens versin kan word nie, tensy dit van nature sou kon gebeur ... Hoe dit ook al sy, hierdie is die regsreël wat ons tans gebruik, (naamlik) dat 'n afwesigheid van hierdie aard fiktiewe lewering (*traditio ficta*) nie verhinder nie.[116]

In geval van *traditio brevi manu* (*vercierde leveringe*) is teenwoordigheid nie noodsaaklik nie omdat daar 'n aanvanklike leweringshandeling tussen die vervreemder en verkryger was waardeur laasgenoemde wel werklik fisies in beheer van die saak gestel is.[117] Daardie handeling (met al sy kenmerke) word geag herhaal te wees, alhoewel uit hoofde van 'n nuwe *causa*. In hierdie omstandighede word dit geag dat die saak wel gelewer is en dit is nie nodig dat fisiese beheer weer oorgedra word nie aan die nuwe eienaar wat steeds fisies in beheer is.[118] Die meeste skrywers het dan ook van die standpunt uitgegaan dat *possessio* in geval van *traditio brevi manu* uit hoofde van 'n ooreenkoms tussen die partye oorgaan:[119]

> ... om dié rede dat ten tye van die voorafgaande ware lewering die saak teenwoordig was en daardie ware lewering nou eenvoudig, tesame met sy eienskappe geag word herhaal te wees. En daarom word gesê dat die nuwe *possessor* toe begin het om met die blote bedoeling (*animus*) te besit en dat die saak gelewer is sonder dat dit fisies oorhandig is, bloot deur die bedoeling van die elenaar.[120]

---

manu wel 'n vereiste. Dit wil dus voorkom of Voet se standpunt in hierdie geval toepassing vind. Verder Gordon *Traditio* 184, 187-188; Biermann *Traditio Ficta* 262-280; Carey Miller *Transfer of Ownership* 528-529.

116 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.43 (sien ook 2.1.44-45): "Sunt tamen qui putant absentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quasi factum fingi non possit jure, nisi et per rerum naturam fieri potuerit ... Utut sit hoc iure nunc utimur, ut absentia hujusmodi fictiones non impediat (eie vertaling)". Raadpleeg ook Noodt *Iuris Civilis* 2.6.6.

117 Die eienaar verhuur bv sy saak aan die huurder en verskaf fisiese beheer aan hom. Later word die saak aan die huurder verkoop.

118 Voet *ad Digesta* 12.1.5 en 41.1.34. Oordrag van fisiese beheer is nie nodig nie, want die ooreenkoms en omstandighede maak 'n oor en weer oorhandiging onnodig. Dit neem die plek van verskaffing van fisiese beheer.

119 Mits aan die vereistes vir eiendomsoordrag voldoen is. Dit was dus 'n uitsondering op die reël in *Digesta* 2.3.20 waarvolgens eiendomsreg nie deur blote ooreenkoms oorgaan nie (*traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferentur*).

120 Voet *ad Digesta* 12.1.5 (eie vertaling): " ... eo quod tempore praecedentis verae traditionis res praesens fuit, et ista vera traditio nunc cum suis qualitatibus simpliciter fingitur repetita, unde et tunc dicitur animo coepisse possidere, et sine traditione nuda dominii voluntate res translata est". Sien verder ook Voet *ad Digesta* 41.2.10. Daar kan ook nog bygevoeg word dat Voet *ad Digesta* 41.2.5 opmerk dat *possessio* wel *solo animo* verlore kan gaan.

> ... want dan word eiendomsreg wel deur die blote ooreenstemming van woorde oorgedra, asof lewering werklik fisies uitgevoer is ... .[121]

Alhoewel hierdie passasie handel oor die verkryging van *possessio*, spreek dit vanself dat ook eiendomsreg oorgegaan het indien aan die vereistes vir eiendomsoordrag voldoen is. Daar kan dus 'n sterk argument uitgemaak word daarvoor dat eiendomsreg in geval van *traditio brevi manu* bloot deur ooreenkoms oorgedra word en sonder dat fisiese beheer verskaf word.[122] Al wat nodig is om oordrag van eiendomsreg tot gevolg te hê, is dat die partye hulle geestesingesteldheid (*animus*) verander, wat gebeur sodra 'n nuwe ooreenkoms (*causa*) gesluit word wat oordrag van eiendomsreg ten doel het en uit hoofde waarvan die verkryger eienaar sal word.[123] Aan die ander kant kan weer geargumenteer word dat daar wel aan die *corpus*-vereiste voldoen word, want daar was 'n aanvanklike leweringshandeling waardeur die verkryger fisies in beheer gestel is.[124] Maar selfs dan word van die publisiteitsbeginsel afgewyk, want 'n oordragshandeling wat vir die buitewêreld sigbaar is, ontbreek. Skuldeisers sou egter nie maklik mislei kon word nie omdat die vervreemder in elk geval die saak nie meer onder sy beheer gehad het nie.

Ook in geval van *constitutum possessorium*[125] was teenwoordigheid nie 'n vereiste nie omdat oordrag plaasgevind het uit hoofde van die ooreenkoms tussen die partye[126] wat nie van teenwoordigheid afhanklik was nie. Die huidige eienaar hou op om *possessor* vir sigself te wees en vestig opnuut *possessio* uit hoofde van 'n nuwe *causa*. Hy oefen *possessio*

---

121 Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.13: " ... want alsdan, door een simpel overeenkominge van woorden, de ygendom soo wel wordt overgedragen, als of de leeveringe lichamelijk geschiedt was ... ". Sien ook De Groot *Inleidinge* 3.10.4: " ... want de wille des uit-leeners daer op dan volgende is genoeg".

122 Eiendomsreg word oorgedra bloot omdat dit die partye se bedoeling is dat eiendomsreg oorgedra word. Beide partye moet die bedoeling hê om *possessio* en eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die eensydige verandering in *animus* is nie voldoende om oordrag te bewerkstellig nie. Sien Voet *ad Digesta* 41.2.13.

123 Carey Miller *Transfer of Ownership* 530.

124 Dit kan egter nie ontken word nie dat die ooreenkoms om te lewer en te ontvang (psigiese element of *animus*) die klem dra.

125 Die eienaar is fisies in beheer en bly in beheer uit hoofde van een of ander *causa*. A verkoop bv sy huis aan B en hulle kom ooreen dat hy dit voortaan as huurder sal hou.

126 Die verandering in die bedoeling van die partye.

voortaan namens iemand anders uit.[127] Dit is 'n vanselfsprekendheid wat voortspruit uit die eie aard van *constitutum possessorium*:

> Maar ek sien dat ook in die tweede (geval), naamlik in die geval van 'n *constitutum possessorium* waar iemand besluit het dat hy dit wat hy vantevore in sy eie naam besit het, voortaan in 'n ander se naam wil besit, die Romeine aanvaar het dat die teenwoordigheid van hulle tussen wie 'n fiktiewe lewering by wyse van 'n *constitutum* plaasgevind het, nie verlang word nie, maar dat dit ook kan plaasvind tussen afwesiges ... Ek meen dat hierdie eienaardigheid wat *constitutum* betref, uit niks anders as die eiesoortige aard van *constitutum* self voortvloei nie omdat *constitutum* nie op 'n handeling gegrond is nie, maar op die bedoeling (*animus*). Hy wil dit wat hy voorheen in sy eie naam besit het (*nou*) in 'n ander persoon se naam besit. As hy slegs sy bedoeling verander, sal dit 'n *constitutum* wees ... en so 'n verandering van bedoeling is van nature nie van die teenwoordigheid van een van die twee (partye) afhanklik nie.[128]
>
> Die hoogste (regs)krag van 'n *constitutum* is dat dit besit oordra na die een in wie se naam iemand bepaal dat hy besit en dit sonder lewering, maar slegs deur 'n verklaring van sy bedoeling.[129]

By *constitutum possessorium* is die argument vir eiendomsoordrag deur blote ooreenkoms nog sterker as in geval van *traditio brevi manu*, want daar was geen aanvanklike leweringshandeling tussen vervreemder en verkryger waardeur fisiese beheer oorgedra is nie. Die eienaar-besitter wat nou huurder word, was al die tyd in beheer en hy bly in beheer. Daar is geen uiterlike teken (soos verandering in fisiese beheer) wat die verandering in eiendomsreg uitbeeld nie.[130] Die gevolgtrekking is byna vanselfsprekend dat eiendomsreg slegs uit hoofde van die ooreenkoms tussen die partye oorgegaan het.[131] In geval van die abstrakte *constitutum sim-*

---

127 Voet *ad Digesta* 41.2.13.

128 Voet *ad Digesta* 12.1.5 (eie vertaling): "Sed et secundo, in constituto possessorio, quo quis id, quod prius suo nomine possidebat, constituit se velle deinceps alieno nomine possidere, probatum Romanis video, praesentiam eorum, inter quos per constitutum ficta contingit traditio, non desiderari, sed et inter absentes posse locum invenire ... Quam singularitatem in constituto non aliunde quam ex ipsius constituti propria natura profluere existimo: eo quod constitutum tale non facti, sed animi, est: vult alieno nomine possidere, quod suo ante possedit: animum solum si mutaverit, constitutum erit ... qualis animi mutatio nullam duorum praesentiam naturaliter requirit".

129 Huber *ad Digesta* 41.2.7: "Summa vis constituti est, quod transfert possessionem in eum, *cujus* nomine quis se possidere constituit, idque sine traditione, sola declaratione voluntatis (eie vertaling)". Sien ook Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.11.

130 Alhoewel mens miskien kan argumenteer dat daar wel aan die *corpus*-vereiste voldoen word, omdat die verkryger in beheer is, kan dit nie ontken word nie dat 'n oordragshandeling wat vir die buitewêreld sigbaar is, tog ontbreek.

131 Raadpleeg ook Carey Miller *Transfer of Ownership* 530-531. Maar sien Van der Merwe *Sakereg* 326 se kritiek teen die standpunt dat eiendomsreg in geval van *constitutum possessorium* deur ooreenkoms oorgaan. Verder ook Sonnekus 1979 *TSAR* 45-47.

plex waar een van die partye in 'n klousule tot die kontrak verklaar dat hy die saak voortaan namens die ander party hou en daar geen *causa detentionis* was nie, is dit duidelik dat oordrag bloot deur ooreenkoms plaasgevind het.[132]

7.3.6 Samevatting

Die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat die verkryging van daadwerklike fisiese beheer met die bedoeling om fisiese beheer as eienaar uit te oefen (*corpore et animus domini*),[133] 'n vereiste vir die verkryging van eiendomsreg op roerende sake was. In navolging van Donellus het sekere skrywers egter 'n wyer omskrywing van die *apprehensio*-begrip aanvaar. Fisiese beheer (*possessio*) het gevestig indien die saak onder die beheer (*potestas*) van die verkryger gekom het, selfs al het hy dit nie fisies hanteer nie. Alhoewel hierdie wye omskrywing van die *corpus*-element die gebruik van die begrip *traditio ficta* oorbodig gemaak het, is daar nie daarmee weggedoen nie. Aangesien die partye se teenwoordigheid by die saak in gevalle van oordrag by wyse van *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium* nie vereis is nie, het die meeste skrywers van die standpunt uitgegaan dat eiendomsreg in hierdie gevalle deur blote ooreenkoms oorgaan. Die standpunt wat in die Natuurreg aangetref is, naamlik dat lewering nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie, is nie aanvaar nie. Die Natuurreg het die skrywers van die Romeins-Hollandse reg nogtans beïnvloed in dié opsig dat die gedagte dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms oorgedra kan word, inslag gevind het.

---

132 In geval van *traditio instrumentorum* gaan eiendomsreg oor deur lewering van die dokument met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.12.

133 Die *animus rem sibi habendi* is in hierdie verband egter aan die *animus domini* gelyk gestel.

7.4 Uitwendige abstraksie - die *iusta causa*-vereiste[134]

7.4.1 Inleiding

Soos reeds aangetoon, is die beginsel in *Digesta* 41.1.31 *pr* in die Romeins-Hollandse reg geresipieer. Alhoewel die verskaffing van fisiese beheer (*possessio*) 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is, het dit opsigself nog nie eiendomsoorgang tot gevolg gehad nie. Eiendomsreg is slegs oorgedra indien fisiese beheer uit hoofde van 'n *iusta causa* verskaf is. Enkele aspekte wat op die *causa*-vereiste betrekking het, sal vervolgens ondersoek word. Uit die bespreking hier onder, sal blyk dat daar nie eenstemmigheid onder die juriste van die Romeins-Hollandse reg was betreffende die presiese betekenis van die begrip *iusta causa* nie, ook nie wat betref die belang van die *causa* vereiste nie. Terwyl sommige van oordeel was dat dit verwys na 'n objektief geldige *causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg, was ander weer van mening dat die *causa* nie objektief geldig hoef te wees nie.

7.4.2 'n Objektief geldige causa *'n vereiste*

Johannes Voet het by Cujacius[135] aansluiting gevind en die standpunt ingeneem dat die begrip *iusta causa* waarvan in *Digesta* 41.1.31 *pr* sprake is, na 'n objektief geldige *causa* verwys het.[136] Hierdie kan as 'n objektiewe benadering bestempel word waarvolgens die *causa* gesien word as 'n *causa efficiens* (of 'n *causa praecedens*) - dit wil sê, 'n verbintenis wat lewering logies voorafgaan en wat tot oordrag van eiendomsreg verplig.[137] Indien die *causa* nietig is, is daar geen verpligting om te lewer nie. Dan is lewering ook nietig en gaan eiendomsreg nie oor nie, ongeag die bedoeling van die partye:[138]

---

134 Sien hfst 1.6.2 en 10.4 ivm die betekenis van die begrip *uitwendige abstraksie.*

135 Sien die bespreking in hfst 5.3.2.

136 Wat sessie betref, bestaan daar geen twyfel oor dat 'n *causa* vir oordrag in die Romeins-Hollandse reg vereis is nie. Die meerderheid van die skrywers het ook 'n geldige *causa* vereis. Sien Scott *Sessie* 127, 195.

137 Die objektiewe benadering word vandag nog in lande soos Nederland, Oostenryk en Switserland aangetref. Zwalve *Europese Privaatrecht* 150.

138 Die argument is dat indien die kontrak nietig is, daar geen voorafgaande *iusta causa* is nie. Daar is dan geen verpligting om oor te dra nie en ook geen grondslag of

> As bedrog 'n *causa* verskaf het vir 'n kontrak, is daardie kontrak van regsweë nietig ... Aangesien dit wat nietig is geen regsgevolg kan hê nie, is die gevolgtrekking dat nóg eiendomsreg nóg enige ander reg na die koper oorgedra word deur *traditio* wat voortspruit uit 'n nietige kontrak. Blote lewering het immers nooit oordrag van eiendomsreg tot gevolg nie. Eiendomsreg gaan slegs oor indien lewering voorafgegaan word deur 'n koop of ander geskikte rede (*iusta causa*), wat ook geldig is en op grond waarvan lewering plaasvind.[139]
>
> Ja meer nog, al sou die bedrieglike koper nie die saak besit nie maar dit weer aan 'n derde *bona fide* koper vir kontant verkoop het, lyk dit of die eerste verkoper, wat steeds die eiendomsreg het, nie verhinder word om daardie selfde saak van die *bona fide* koper te vindiseer nie, sonder dat die koopprys terug betaal word. In ooreenstemming met dit wat hierbo gesê is, is die rede hiervoor dat sodanige verkoop van 'n saak deur die eerste bedrieglike koper, wat nie eiendomsreg verkry het nie, nie sonder blaam van diefstal is nie.[140] Dit moet dus beskou word asof die saak nooit verkoop en ook nie gelewer is nie. Die gevolg is dat presies dieselfde wat hierbo oor gesteelde goedere gesê is, ook in hierdie geval behoort te geld.[141]

Hierdie twee passasies het te make met die geval waar bedrog tydens kontraksluiting ter sprake was. Voet onderskei tussen *dolus dans causam contractui* (waar bedrog die oorsaak was van kontraksluiting) en *dolus incidens in contractum* (waar bedrog bloot insidenteel was). Hy onderskei verder tussen *bona fidei* kontrakte en kontrakte *stricti juris*. Indien bedrog die oorsaak van 'n *bona fidei* kontrak was, is die kontrak *ipso iure* nietig. Die oordraggewer kan gevolglik sy saak met die *rei vindicatio* terug-

---

rede vir die oordrag van eiendomsreg nie. Die begrip *causa* beteken hier die rede (oorsaak) waarom fisiese beheer verskaf word.

139 Voet *ad Digesta* 4.3.3 (eie vertaling): "Si dolus causam dederit contractui ..., is ipso iure nullus est ... Cumque id quod nullum est, nullum possit effectum producere, consequens est, ut neque dominium neque jus ullum aliud ex subsecuta ad negotium nullum traditione possit videri in emtorem translatum: nunquam enim nuda traditio dominium transfert, sed ita, si venditio aut alia justa causa aeque valida praecesserit, propter quam traditio sequeretur". Hy verwys na *Digesta* 41.1.31 en *Digesta* 24.1.3.10 en 11 as gesag. Daar is 'n groot mate van ooreenstemming tussen Voet en Bulgarus *Summula ad Digesta* 4.3.7 *pr.* Verder Feenstra *Reclame en Revindicatie* 117-153; Van der Merwe *Sakereg* 307; Carey Miller *Acquisition* 126-127.

140 Met ander woorde, dit is soortgelyk aan diefstal.

141 Voet *ad Digesta* 6.1.14 (eie vertaling): "Quin imo, licet dolosus emtor rem non possideat, sed rursus tertio privatim, bona fide ementi parata vendiderit pecunia, non impediendus videtur, a quo dominium non recessit, quo minus eandem a tertio vindicet bonae fidei emptore, pretio non refuso: eo quod secundum ante dicta furti vitio non caret res ita per primum dolosum emtorem, nullo dominii, distracta, atque ita consideranda, ac si nec vendita fuisset nec tradita; ut proinde idem quoque, quod de rebus furtivis supra dictum, hoc casu debeat obtinere". Hierdie passasie handel oor die geval waar die kredietkoper kort na die koop insolvent verklaar word. Voet is van oordeel dat eiendomsreg nie oorgaan nie omdat die kontrak weens bedrog aan die kant van die koper nietig is. Dit wil voorkom of Voet hier op die inheemse reg steun en nie die Romeins-Hollandse reg nie. Sien ook Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.14.

vorder, selfs in die hande van 'n *bona fide* derde.[142] Daarteenoor, indien dit nie 'n *bona fidei* kontrak was nie, of indien die bedrog bloot insidenteel was, was die kontrak nie nietig nie maar vernietigbaar.[143] Die standpunt dat nietigheid weens bedrog verhinder dat eiendomsreg oorgaan, was blykbaar die algemeen aanvaarde standpunt.[144] In hierdie opsig wyk die Romeins-Hollandse reg af van die Romeinse reg waar eiendomsreg oorgegaan het, selfs al was die *causa* nietig weens bedrog.[145]

Afgesien van bedrog, was kontrakte ook in geval van dwaling nietig,[146] met die gevolg dat eiendomsreg ook nie op die verkryger oorgegaan het nie.[147] In hierdie opsig vind Voet aansluiting by Ulpianus se siening in *Digesta* 12.1.18 *pr* wat handel oor die geval waar die vervreemder geld oorhandig op die veronderstelling dat hy 'n skenking (*donatio*) maak, maar die verkryger dink dit word oorhandig uit hoofde van verbruikleen (*mutuum*).[148] Terwyl Julianus die standpunt inneem dat eiendomsreg wel oorgegaan het, was Ulpianus van mening dat eiendomsreg nie op die verkryger oorgaan nie omdat die partye gedwaal het en daar nie wilsooreenstemming betreffende die grondslag uit hoofde waarvan oorgedra word, was nie. 'n Putatiewe *causa* is volgens laasgenoemde nie voldoen-

142 Voet *ad Digesta* 4.3.3.

143 Voet *ad Digesta* 4.3.3. Sien ook Huber *Rechtsgeleertheyt* 3.5.34 en 4.39.3. Van der Linden *Supplementum ad Voet* 4.3.4 wys egter daarop dat beide tipes van bedrog (*dolus dans causam contractui* en *dolus incidens in contractum*) in sy tyd meegebring het dat *bona fidei* kontrakte nietig is.

144 Sien die volgende skrywers in hierdie verband: Groenewegen *ad De Groot* 3.48.7 n 15; Van Leeuwen *Censura Forensis* 4.19.20; Huber *ad Digesta* 4.3.5. Vinnius *Selectarum Iuris* het egter 'n afwykende standpunt ingeneem. Carey Miller *Transfer of Ownership* 538-539 en Meijers *Levering en Rechtstitel* 98-99 kritiseer Voet se standpunt, terwyl Van Apeldoorn 1929 *WPNR* 725 hom verdedig. Verder Van der Merwe *Sakereg* 307; Carey Miller *Acquisition* 126-127; Laurens *Saaklike Regte* 269 - 273.

145 Raadpleeg *Digesta* 4.3. Sien ook Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.14; Meijers *Levering en Rechtstitel* 85.

146 Ook in geval van dwaling betreffende die grondslag uit hoofde waarvan lewering plaasvind. Sien De Groot *Inleidinge* 3.14.4; Huber *Rechtsgeleertheyt* 3.2.12; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.14.2; Voet *ad Digesta* 18.1.5 en 6.

147 Volgens Huber *Rechtsgeleertheyt* 4.38-41 was die kontrak in geval van vreesaanjaging, minderjarigheid en ander billike oorsake nie nietig nie, maar *herstellinge* kon verkry word. Sien ook De Groot *Inleidinge* 3.1.42-43.

148 Sien hfst 2.4.4.4.2 vir 'n bespreking van die teenstrydigheid tussen Julianus (*Digesta* 41.1.36) en Ulpianus (*Digesta* 12.1.18 *pr*). Voet verleen voorkeur aan Ulpianus en neem 'n standpunt in wat met dié van Cujacius (sien hfst 5.3.2) vergelyk kan word.

de om eiendomsreg oor te dra nie, daar moet 'n geldige *causa* wees. Voet verleen voorkeur aan Ulpianus se standpunt en verduidelik dit soos volg:[149]

> Want dit lyk asof dit wat hy (Ulpianus) sê, naamlik dat die muntstukke nie die ontvanger s'n word nie, so verstaan moet word dat die munte aanvanklik nie die ontvanger s'n geword het nie – nie uit hoofde van die *causa* van verbruikleen nie omdat die oordraggewer nie bedoel het om die geld uit te leen en die verkryger te verplig om die geld terug te betaal nie; (ook) nie uit hoofde van 'n skenking nie omdat 'n skenking nie geldig is nie en eiendomsreg nie op die verkryger kan oorgaan nie, tensy die begiftigde die skenking aanvaar nie. En dit is wat Ulpianus by wyse van opheldering sê, naamlik dat die geldstukke nie die ontvanger s'n word nie omdat hy dit onder 'n ander indruk ontvang het, dit wil sê, dat hy nie die bedoeling gehad het om 'n skenking te ontvang nie.[150]

Die oordraggewer kan die skenking herroep en die geld terugvorder aangesien eiendomsreg nie op die verkryger oorgegaan het nie. Indien die verkryger egter van sy dwaling bewus word en die skenking aanvaar voordat dit herroep is, gaan eiendomsreg op die verkryger oor aangesien beide partye immers eens is daaroor dat die geld as 'n skenking oorgedra is. Indien die verkryger die geld gebruik terwyl hy steeds onder 'n dwaling verkeer en hy word daarna aangespreek vir terugbetaling van die geld, is die *exceptio doli* tot sy beskikking omdat die geld verbruik is in ooreenstemming met die bedoeling van die vervreemder.[151] *Digesta* 44.7.57, ingevolge waarvan die ooreenkoms nietig is indien daar 'n dwaling was, is net van toepassing indien die dwaling van so 'n aard is dat die bedoeling

---

149 Voet is van oordeel dat Julianus (*Digesta* 41.1.36) en Ulpianus (*Digesta* 12.1.18 *pr*) eintlik nie met mekaar strydig is nie. Hulle kan versoen word deurdat aanvaar moet word dat Julianus van oordeel was dat eiendomsreg oorgegaan het omdat daar tog 'n geldige skenking was.

150 Voet *ad Digesta* 41.1.36 (eie vertaling): "Quod enim ait, nummos accipientis non fieri, id ita accipiendum videtur, ut nummi initio inspecto non fiant accipientis, non ex causa mutui, quia dans noluit aut mutuum contrahere, aut sibi ex mutuo obligationem acquirere; non ex causa donationis, quia sine subsecuta per donatarium liberalitatis acceptatione donatio inefficax est, nec dominium transit in donatarium; et hoc est, quod per modum rationis Ulpianus ait, nummos non fieri accipientis, quia alia opinione accepit, id est, acceptandae donationis voluntatem non habuit". Ook Van Eck het hom met Ulpianus se siening vereenselwig. Verder Dondorp en Schrage *Levering* 80; Hofmann *Titulus und Modus* 58-59; Fuchs *Iusta Causa* 69; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 13-14.

151 Die vervreemder het immers nog nie die skenking herroep nie en dit is steeds sy bedoeling om die geld te skenk. Indien die vervreemder egter die geld as 'n *lening* gegee het en die verkryger dit as 'n *skenking* aanvaar het en die geld opgebruik het, was die eksepsie nie beskikbaar nie. Volgens Voet is dit net billik want die vervreemder het die geld oorhandig met die bedoeling dat dit aan hom terug betaal sal word, terwyl die verkryger dit met 'n skenkingsbedoeling aanvaar het.

van die partye ten tyde van kontraksluiting of daarna nie met mekaar in ooreenstemming gebring kan word nie.[152]

In aansluiting by hierdie kousale standpunt, moet daar ook op gewys word dat die prysbetalingsreël in die Romeins-Hollandse reg geresipieer is. Dit beteken dat eiendomsreg nie op die verkryger oorgegaan het nie, selfs al is aan al die ander vereistes voldoen, tensy die koper die koopprys betaal het of gewaarborg het.[153] Die regsgevolg van die feit dat eiendomsreg nie oorgaan nie tensy die koopsom betaal is, is dat die *rei vindicatio* die verkoper teen die koper of besitter toekom, selfs indien die saak aan 'n derde of vierde koper gelewer is.[154] Die prysbetalingsreël het dus saaklike gevolge gehad en daar kan geargumenteer word dat hierdie reël steun verleen aan 'n kousale stelsel.[155] Daar kan ook geargumenteer word dat die vervreemder se bedoeling om eiendomsreg oor te dra in geval van koop afhanklik is van die betaling van die koopprys of die verskaffing van sekuriteit.[156]

7.4.3 'n Putatiewe causa *voldoende*

In teenstelling met Voet, het Vinnius weer die standpunt van Donellus oorgeneem.[157] Hy beklemtoon in die eerste plek dat 'n *iusta causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is, omdat die vervreemder sy saak nie sonder 'n rede sal oordra nie. Daar sal altyd 'n rede wees, soos byvoorbeeld omdat hy die saak verkoop het, dit as 'n geskenk weggegee het, ensovoorts. Lewering moet daarom noodwendig altyd voorafgegaan word deur een of ander titel wat geskik is om eiendomsreg oor te dra, soos byvoorbeeld koop:

> Dit is so, want niemand lewer sy saak aan iemand anders bloot om dit oor te dra nie, tensy hy 'n rede (*causa*) het waarom hy dit doen. Vandaar die

152 Voet *ad Digesta* 41.1.36.

153 Raadpleeg De Groot *Inleidinge* 2.5.14; Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2.7.2 en 3; Voet *ad Digesta* 6.1.15; Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.4.30-34; Carey Miller *Transfer of Ownership* 531-532; Zwalve *Europese Privaatrecht* 149.

154 Sien Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.14.

155 Die uitwerking van die reël is dieselfde as die standpunt dat 'n nietige *causa* verhinder dat eiendomsreg oorgaan.

156 Hy het nie die bedoeling om eiendomsreg oor te dra indien die koopprys nie betaal is nie.

157 Sien hfst 5.3.2 vir 'n uiteensetting van Donellus se standpunt.

> bekende (uitspraak) van Paulus: 'Blote lewering dra nooit eiendomsreg oor nie.' En niemand moet sê dat dit 'n oorbodige vereiste is nie, want as daar geen *causa* is nie, moet 'n skenking veronderstel word.[158]

Die *causa* hoef egter nie 'n objektief geldige *causa* te wees nie omdat 'n putatiewe *causa* (of 'n *causa erronea*) volgens Vinnius voldoende is om eiendomsreg oor te dra. Eiendomsreg sal ook oorgaan selfs al is die *causa* nietig, mits dit die bedoeling van die partye is:

> Dit maak nie saak of daar werklik 'n voorafgaande *causa* is en of die vervreemder dink dat daar wel 'n *causa* is nie, soos duidelik is uit die betaling van 'n onverskuldigde bedrag.[159]
>
> ... want as iemand ... dwaal (*error*) ... ten opsigte van die oorsaak van die verpligting [tot lewering] dan verhinder hierdie dwaling nie dat eiendomsreg oorgedra word nie. En daarom kan 'n onverskuldigde betaling wat uit hoofde van dwaling gedoen is, nie met die eiendomsaksie terug gevorder word nie.[160]

Soos blyk uit die laaste aanhaling, behandel Vinnius ook die geval waar die partye dwaal betreffende die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word. Hy spreek die mening uit dat eiendomsreg oorgaan, nieteenstaande die feit dat daar 'n meningsverskil tussen die partye bestaan, maar hy kwalifiseer sy stelling later.[161] Volgens hom sal eiendomsreg nie oorgaan nie indien elkeen van die partye 'n *causa* in gedagte het wat ongeskik is om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig, soos byvoorbeeld indien die vervreemder geld in bewaring aan die verkryger gee, maar laasgenoemde die geld as 'n lening (verbruikleen/*mutuum*) aanvaar. Of andersom, as die vervreemder die geld as 'n lening gee, maar die verkryger dit in bruikleen (*commodatum*) ontvang.[162] Die rede hoekom eiendomsreg nie oor-

---

158 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40 (eie vertaling): "Hoc, quia nemo rem suam alicui tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli; Numquam nuda traditio transfert dominium. Nec dicat quisquam, id requiri superflue, cum si nulla causa adsit, praesumi debeat donatio". Sien ook Noodt *ad Digesta* 12.1; Van Bijnkershoek *Iuris Romani* 5.25.2. Verder Van Apeldoorn 1929 *WPNR* 723; Zwalve *Europese Privaatrecht* 153; Fuchs *Iusta Causa* 67.

159 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40 (eie vertaling): "Illud non refert, revera praecesserit causa, an opinione tradentis, ut patet in solutione indebiti".

160 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40 (eie vertaling): " ... nam si quis ... erret ... puta in causa debendi; hic error alienationi non obstat: et ideo indebiti per errorem soluti nulla vindicatio est". Sien ook Huber *ad Digesta* 41.1.14. Verder Van Apeldoorn *1929 WPNR* 723.

161 Sien sy kommentaar op *Institutiones* 2.1.40.

162 As die vervreemder sy saak oordra terwyl hy onder die indruk verkeer dat hy eintlik iemand anders se saak oordra (hy dwaal ten opsigte van die saak wat oorgedra word), gaan eiendomsreg ook nie oor nie, want hy het nie die bedoeling om eien-

gedra word nie, is omdat nie een van die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra of te ontvang nie. Daar is dus nie wilsooreenstemming dat eiendomsreg oorgedra word nie:

> Want die bedoeling aan die kant van die twee partye wat kontrakteer stem nie ooreen nie en ons vereis die (ooreenstemmende) bedoeling vir die oordrag van eiendomsreg.[163]

Indien slegs een van die partye 'n geskikte *causa* in gedagte het, maar die ander party het 'n *causa* in gedagte wat nie voldoende is om eiendomsreg oor te dra nie, byvoorbeeld *commodatum* of *depositum*, sal eiendomsreg nie oorgaan nie.[164] Daarteenoor, indien dit blyk dat elkeen van die partye 'n *causa* in gedagte het wat geskik is vir die oordrag van eiendomsreg, sal eiendomsreg wel oorgaan, selfs al is dit nie dieselfde *causa* nie; (byvoorbeeld: indien die vervreemder 'n plaas oordra omdat hy meen dat dit kragtens 'n testament verskuldig is, maar die verkryger ontvang dit omdat hy onder die indruk verkeer dat dit ter uitvoering van 'n *stipulatio* oorhandig word; of indien die vervreemder geld lewer met die bedoeling om te skenk en die verkryger ontvang dit as 'n lening). In hierdie geval word eiendomsreg wel oorgedra omdat beide partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.[165] Vir Vinnius is die deurslaggewende vraag dus of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, wat die geval sal wees indien beide partye onder die indruk verkeer dat daar 'n *causa* bestaan wat geskik is om eiendomsreg oor te dra (byvoorbeeld skenking en lening), selfs al is dit nie werklik die geval nie[166] en selfs al het hulle verskillende *causae* in gedagte.[167]

---

domsreg oor te dra nie. Die vervreemder moet ten minste weet dat die saak wat hy van voorneme is om oor te dra sy eie is.

163 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40 (eie vertaling): "Non enim hic concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus". Sien ook Noodt *ad Digesta* 12.1.

164 Sien ook Huber *ad Digesta* 41.1.14 wat meen dat onderskei moet word tussen die situasie waar net een van die *causae* geldig is, en dié waar belde geldig is.

165 In hierdie opsig vind hy aansluiting by Julianus. Sien Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40 (sien ook *Selectarum Iuris Quaestionum* 2.35) waar hy poog om Ulpianus en Julianus te versoen. Ook Wissenbach *Diatriba* 1.1.25 gee voorkeur aan Julianus se siening.

166 Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, wat deurslaggewend is, kan bestaan selfs al is die *causa* nietig.

167 Die ooreenkoms tussen Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40, Donellus *Iure Civili* 4.16 (sien hfst 5.3.2) en Hofacker *Principia Iuris Civilis* 163 en 165 (sien hfst 8.6.2) is

Bostaande bespreking het aan die lig gebring dat Vinnius, in aansluiting by Donellus en Accursius, 'n subjektiewe benadering nagevolg het, wat teenoor Voet se objektiewe benadering gestel kan word. 'n Objektief geldige *causa* is volgens Vinnius nie 'n vereiste nie; 'n putatiewe *causa* is voldoende om oorgang van eiendomsreg te bewerkstellig, mits beide partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Daar moet dus wilsooreenstemming wees betreffende oordrag van eiendomsreg (en dit is subjektief).[168] Dit is daarom vreemd dat Vinnius[169] op 'n *causa* aandring, want as 'n putatiewe *causa* voldoende is,[170] hoef daar nie werklik 'n verbintenis te wees wat tot lewering verplig nie. Dit is voldoende indien die vervreemder verkeerdelik dink hy is verplig. Dit het dus geen sin om 'n *causa* (verbintenisskeppende ooreenkoms) as vereiste te stel nie. Die deurslaggewende vraag is of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Die enigste redelike afleiding is dat Vinnius op 'n *causa* aandring, sodat dit duidelik sal wees wat die rede is waarom die vervreemder die saak lewer, naamlik om eiendomsreg oor te dra omdat die saak verkoop, geskenk, of geruil is (of omdat hy dink dit is verkoop, ensovoorts). Daar moet ook in ag geneem word dat die *causa* 'n geskikte *causa* moet wees en so 'n *causa* is immers een wat oordrag van eiendomsreg ten doel het.[171] Die enigste funksie van die verbintenisskeppende ooreenkoms is dus dat dit dien as bewys van die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[172] So gesien, verwys

---

baie opvallend. Dit wil voorkom of Vinnius en Hofacker Donellus se oplossing vir die teenstrydigheid tussen *Digesta* 12.1.18 en *Digesta* 41.1.36 oorgeneem het. Verder Zwalve *Europese Privaatrecht* 150-154; Meijers *Levering en Rechtstitel* 85; Fuchs *Iusta Causa* 68; Scholtens 1957 *SALJ* 285; Carey Miller *Transfer of Ownership* 537. Maar sien Coing *Europäisches Privatrecht* I 304.

168 Omdat die bedoeling van die partye deurslaggewend is, kan eiendomsreg oorgaan selfs al is die *causa* nietig. Sien ook Carey Miller *Transfer of Ownership* 537.

169 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40.

170 Dit is een wat nie werklik bestaan nie alhoewel die partye onder die indruk verkeer dat daar 'n geldige verbintenis is.

171 Vergelyk ook Huber *Rechtsgeleerdheyt* 3.2.2 wat 'n koopkontrak omskryf as "een overeenkominge, waer door gehandelt wordt, om de eygendom ... over te dragen". Die bedoeling van die partye (ten minste dié van die koper) moet wees om eiendomsreg te verkry anders is dit nie 'n koopkontrak nie. Huber *Rechtsgeleerdheyt* 3.2.4.

172 Die *animus dominii transferendi et accipiendi*. Sien ook Zwalve *Europese Privaatrecht* 154. Buckland *Textbook* 228 maak ook die opmerking dat die causa die

die begrip *causa* eintlik na die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en nie soseer na een of ander objektief geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie:[173]

> Die causa wat oordrag van eiendomsreg tot gevolg het (dit wil sê, die regstreekse oorsaak), is die bedoeling van die verkryger en vervreemder.[174]

Die meeste Romeins-Hollandse skrywers het die subjektiewe benadering gevolg.[175] Die begrip *iusta causa* het in die Romeins-Hollandse reg dus nie na 'n objektief geldige *causa* verwys nie. Eiendomsreg het oorgegaan selfs al was die *causa* nietig, of selfs al was daar bloot 'n *putatiewe causa*. Die feit dat die ooreenkoms byvoorbeeld op grond van dwaling nietig was, het nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie (oordrag was nie ook nietig nie).[176] Dit wil verder voorkom of die meeste skrywers in geval van bedrog 'n uitsondering op bogenoemde algemene reël erken het. Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms op grond van bedrog nietig was, het eiendomsreg nie oorgegaan nie.[177] Die situasie is egter nie heeltemal duidelik nie. Meijers meen byvoorbeeld dat die algemeen aanvaarde standpunt was dat eiendomsreg ook in geval van bedrog oorgegaan het.[178] Hy steun op Huber,[179] Vinnius[180] en Van Bijnkershoek[181] wat

---

motief of bewys is van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, maar hy verwys na Voet *ad Digesta* 41.1.35. Verder Lee *Roman Dutch Law* 137-138.

173 Die begrip *causa* moet dus nie as 'n *causa praecedens* opgevat word nie, *maar* as 'n *causa finalis*.

174 Bronkhorst *Enantiophanôn* III 81 (eie vertaling): "Causa efficiens dominii est voluntas transferentis et accipientis". Van Apeldoorn 1929 *WPNR* 724 verwys ook na Matthaeus *ad Institutiones* 2.1.40 wat uitdruklik sê dat die *causa* die bedoeling is dat eiendomsreg op die verkryger sal oorgaan uit hoofde van koop, skenking of legaat. Alhoewel Vinnius dit nie uitdruklik sê nie, is dit tog die implikasie.

175 Sien bv Bronkhorst *Enantiophanôn* III 81; Huber *ad Digesta* 4.3.5 en 12.6.2; Van Bijnkershoek *Juris Privati* 3.15; Voet (Paulus) *ad Institutiones* 2.1.40; Fockema Andreae *ad De Groot* 2.5.2. Sien ook De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 153; Meijers *Levering en Rechtstitel* 85, 98-99; Zwalve *Europese Privaatrecht* 156; Scholtens 1957 *SALJ* 285; Carey Miller *Transfer of Ownership* 537 ev; Kunst *Historische Ontwikkeling* II 215.

176 Dit was ook die posisie in geval van vernietiging weens benadeling vir meer as die helfte (*laesio enormis*), herroeping van 'n skenking op grond van ondankbaarheid of weens die feit dat 'n kind vir die skenker gebore is en tov die vernietiging van 'n kontrak ogv benadeling van skuldeisers. Sien Meijers *Levering en Rechtstitel* 85, 98-99.

177 Sien die bespreking in hfst 7.4.2 en Scholtens 1957 *SALJ* 287. Een van die min skrywers wat 'n afwykende standpunt ingeneem het was Vinnius *Selectarum Iuris* 1.12. Sien Van Apeldoorn *1929 WPNR* 725.

178 Meijers *Levering en Rechtstitel* 85, 98-99.

179 Huber *Rechtsgeleertheyt* 4.39.14.

van oordeel was dat die hof in die saak waaroor Neostadius berig het, die reël van die Romeinse reg moes toepas en moes bevind het dat eiendomsreg nieteenstaande bedrog tog oorgegaan het. Volgens Meijers het Van Bijnkershoek se standpunt dié van Voet vervang.[182]

7.5 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang[183]

Uit die ondersoek in hierdie hoofstuk is vasgestel dat eiendomsreg in die Romeins-Hollandse reg oorgedra is deur lewering (*traditio*), mits dit op 'n *iusta causa* gegrond was. Die vraag of daar reeds in die Romeins-Hollandse reg van 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms sprake was, moet beoordeel word in die lig van die betekenis van die *causa*-begrip en die verhouding tussen *causa* en *traditio*. Wat laasgenoemde aspek betref, is dit opvallend dat *causa* en *traditio* in verhouding van verbintenisskeppende ooreenkoms en nakoming tot mekaar gestaan het. Die *causa* was 'n kontrak (*toezegging*) wat deur wilsooreenstemming tot stand gekom het[184] en wat 'n verbintenis in die lewe geroep het. Hugo de Groot het 'n kontrak omskryf as

> daardie ooreenkoms waar beide partye wederkerig, of net een van hulle, homself aan die ander verbind om iets te gee, of om iets te doen, of nie te doen nie.[185]

Uit De Groot se bespreking van die verskillende soorte regte en hulle indeling, blyk dit verder dat hy tussen *beheering* ('n saaklike reg of *ius in rem*) en *inschuld* ('n persoonlike vorderingsreg of *ius in personam sive*

---

180 Vinnius *Selectarum Iuris* 1.12.

181 Van Bijnkershoek *Juris Privati* 3.15. Sien ook Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.14 in hierdie verband.

182 Daar moet egter daarop gelet word dat Van der Linden in die verwerking van Voet (5e uitg 1829 wat deur Gane vertaal is), steeds die standpunt van Voet verdedig. Sien Gane *The Selective Voet* 1 631 nota (d).

183 Sien hfst 1.6.2 en 10.3 ivm die betekenis van die begrip *inhoudelike abstraksie*.

184 Sien Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.15.8: "Koop word gehouden voor voltrokken, zoo dra de contractanten het wederzijds eens zijn, wat, hoedanig en hoe veel verkogt is en voor welken prijs. Tot deszelfs volkomenheid is niets anders noodig, dan de toestemming; en geenzints de levering van het goed". Sien ook Huber *Rechtsgeleerdheyt* 3.2.2 en 5.

185 De Groot *Inleidinge* 2.5.2: : " ... de overeenkomsten, waar bij de beide partijen wederkeerig, of alleen een van beiden, beloven zig verbinden aan den ander, om hom iets te geven, of om iets al of niet te doen". Sien ook Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.14.2; Voet *ad Digesta* 12.1.1-2; Huber *Rechtsgeleerdheyt* 3.1.20.

creditum) onderskei het.[186] *Beheering*, wat die versamelnaam is vir alle saaklike regte, word onderverdeel in *bezit-recht* en *eigendom*. 'n Kontrak het 'n vorderingsreg (*inschuld*) tot gevolg, wat aan die reghebbende die reg verleen om van die ander party te eis om 'n saak te lewer, iets te doen of 'n bepaalde gevolg teweeg te bring:[187]

> Hierdie vorderingsreg verleen aan sommige mense die reg om 'n saak te verkry: nie dat 'n vorderingsreg volle of gebreklike eiendomsreg verleen nie, ook nie besit nie, maar dat dit die reg verleen om van iemand anders eiendomsreg of vrye besit te vorder, in welke geval die skuld 'n verbintenis om te gee genoem word. In ander gevalle het die vorderingsreg op geen saak betrekking nie, soos in geval van verbintenisse om iets te doen of te-weeg te bring.[188]

In geval van koopkontrakte word die verpligting wat uit die verbintenis voortspruit nagekom indien die verkoper die koopsaak aan die koper lewer en hom in ongestoorde besit stel (*vacua possessio*),[189] waardeur die verbintenis tot niet gaan:

> Aan die kant van die verkoper bestaan nakoming daarin dat hy, indien hy eienaar van die koopsaak is, verplig is om die koper daarin *in te eigenen*: dit gebeur deur lewering en inleiding in besit ... .[190]

---

186 De Groot *Inleidinge* 2.1.58. Johannes Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.6.1 onderskei tussen die reg *op* sake enersyds en die reg *tot* sake andersyds. Eersgenoemde word daardeur gekenmerk dat die saak self aan die reghebbende verbonde is, met die gevolg dat die reghebbende sy reg teen enige besitter kan afdwing. Die reg *tot* 'n saak daarenteen, is bloot 'n persoonlike reg waardeur nie die saak nie, maar die persoon van die skuldenaar aan die skuldeiser verbonde is, sodat die reg net teen hom persoonlik afgedwing kan word.

187 Raadpleeg De Groot *Inleidinge* 3.1.7-3.1.11 en 3.1.24. In *Inleidinge* 2.1.59 en 3.1.12 omskryf De Groot *inschuld* as " 't recht van toe-behooren dat den eenen mensch heeft op den anderen om van hem eenige zake ofte daed te genieten". Sien ook Huber *Rechtsgeleerdheyt* 2.2.1-3, 3.1.1-2, 3.1.5, 3.1.18-20; Van Leeuwen *Rooms-Hollands-Regt* 2.2.1, 4.1 en 4.18.1; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.6.1 en 1.14.2. Raadpleeg ook Van der Walt *Houerskap* 400-401.

188 De Groot *Inleidinge* 3.1.13: "Deze inschuld streckt wel by wijlen om een zaeck te bekommen: niet dat inschuld eigendom gheeft volle ofte gebreckelicke, nochte bezit, maer dat het recht gheeft om van iemand den eighendom ofte vrije bezit af te vorderen ende werd alsdan de schuld genoemt verbintenis van geven. By wijlen ziet de inschuld op geene zaeck, als in verbintenisse om iet te doen, of te wege te brengen".

189 Eiendomsreg gaan deur lewering op die koper oor indien aan die ander vereistes vir oordrag van eiendomsreg voldoen is.

190 De Groot *Inleidinge* 3.15.4: "Aen des verkoopers zijde bestaet de nakominge daer in, dat den verkooper, indien hy eigenaer is van het verkochte goed, schuldig is den kooper daer in te eigenen: 't welck gheschied door levering en inleiding in het bezit". Sien ook Huber *Rechtsgeleerdheyt* 3.5.19, 3.5.22; Voet *ad Digesta* 19.1.11; Van der Linden *Koopmans Handboek* 1.14.6-7, 1.15.9 en 1.17.1 (betaling word omskryf as "de dadelijke vervulling van het geen men zig verpligt heeft te geven of te doen").

Uit hierdie oorsigtelike bespreking blyk dit dat die *causa* in die Romeins-Hollandse reg gesien is as 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms, wat 'n verbintenis tot stand bring wat die een party tot prestasie verplig en aan die ander 'n vorderingsreg verleen. Dit het egter nog geen saaklike werking gehad nie. Ten einde oordrag van eiendomsreg en die vestiging van 'n saaklike reg te bewerkstellig, moes die kontrak eers nagekom word deurdat fisiese beheer verskaf word (*traditio*).

Die belang van hierdie bespreking vir die onderhawige onderwerp is daarin geleë dat dit aantoon dat *causa* (voorafgaande verbintenis) en *traditio* (lewering) twee verskillende regshandelinge was, wat van mekaar onderskei kon word en wat albei vereistes vir die oordrag van eiendomsreg was. Die *causa* was die rede waarom die saak gelewer word, of die grondslag vir *traditio*. Lewering was 'n fisiese handeling waardeur die verbintenis nagekom is.

Afgesien van 'n *causa* en *traditio*, vereis die meeste skrywers ook dat die partye die bedoeling moes hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[191] Die bedoeling is onder andere noodsaaklik omdat daar verskeie redes kan wees waarom fisiese beheer oorgedra word.[192] Dit was egter nie voldoende indien slegs een van die partye sodanige bedoeling gehad het nie: die vervreemder moes die saak lewer met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en die verkryger moes beheer oor die saak neem met die bedoeling om eiendomsreg te ontvang (*animus dominii transferendi et accipiendi*).[193] Daar moes dus wilsooreenstemming wees dat eiendomsreg oorgedra en ontvang word:

> Verder moet die persoon op wie die saak sal oorgaan die saak in ontvangs neem, sodat die gesindhede van beide die kontrakspartye dieselfde is en

191 Sien bv Huber *Rechtsgeleerdheyt* 2.9.6 en 2.9.7.

192 Sien bv Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.6: die "meininge om het goedt te vervreemden" is noodsaaklik, want 'n saak word dikwels gelewer sonder dat eiendomsreg oorgaan, soos in geval van pand, bewaring of bruikleen.

193 Maar sien Huber *Rechtsgeleertheyt* 2.9.2 wat slegs vereis dat die vervreemder die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra.

> beide se bedoelings ooreenstem met betrekking tot die oordrag van eiendomsreg.[194]
>
> Want die bedoeling aan die kant van die twee partye wat kontrakteer, stem nie ooreen nie en ons vereis die (ooreenstemmende) bedoeling vir die oordrag van eiendomsreg.[195]
>
> Ingevolge die Natuurreg is dit voldoende indien eiendomsreg deur die wil van die eienaar verkry word, dat die vorige eienaar sy wil te kenne gee dat dit gebeur en dat dit deur die ander as 'n vaste reg aangeneem word.[196]

Die vraag wat vervolgens beantwoord moet word is: wat was die verhouding tussen die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en die *causa*? Is die bedoeling van die *causa* losgemaak of was dit nog in die *causa* opgesluit? Indien dit wel van die *causa* geskei is, het dit deel van die leweringshandeling uitgemaak en is dit as 'n selfstandige (saaklike) ooreenkoms gekonstrueer? Was daar enige sprake van 'n inhoudelike abstraksie?

Met die eerste oogopslag mag dit voorkom of die bedoeling wel van die *causa* losgemaak is, want die algemeen aanvaarde standpunt was dat die *causa* nie objektief geldig hoef te gewees het nie. Eiendomsreg sou op die verkryger oorgegaan het selfs al was die *causa* nietig, mits die partye onderskeidelik die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Wat meer is, die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat daar aangedring is daarop dat daar wilsooreenstemming moes wees dat eiendomsreg oorgedra word. Die feit dat daar tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en lewering onderskei is,[197] die feit dat aanvaar is dat nietigheid van die *causa* nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie, die insig dat die partye kan bedoel om eiendomsreg oor te

---

194 Voet *ad Digesta* 41.1.35 (eie vertaling): "Sequatur insuper acceptatio, facienda per eum, in quem res transitura est, ut ita concurrat affectus ex utraque parte contrahentium, et animus utrisque consentiat in dominii translationem".

195 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40 (eie vertaling): "Non enim hic concurrit affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus". Sien ook Noodt *ad Digesta* 12.1.

196 De Groot *Inleidinge* 2.5.2: "Om door wille des eigenaars eigendom te bekomen, schijnt ghenoeg te zijn nae't aengebooren recht, dat den voorigen eighenaer toone te willen dat zulcs geschiede ende dat het bij den anderen als een vast recht aenghenomen werde". Alhoewel hierdie passasie op die Natuurreg betrekking het, kan die beginsel van wilsooreenstemming ook op die positiewe reg van toepassing gemaak word. Sien ook De Groot *De Iure Belli* 2.6.1.1 en 2.6.2.

197 Die verbintenisskeppende ooreenkoms was daarop gerig om 'n verbintenis tot stand te bring en nie om eiendomsreg oor te dra nie.

dra selfs al is die *causa* nietig en die feit dat wilsooreenstemming betreffende oordrag vereis is, skep die indruk dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie in die *causa* opgesluit was nie, maar dat dit tot 'n groot mate 'n selfstandige bestaan gevoer het, onafhanklik van die *causa*.[198]

Hierdie faktore is egter nie deurslaggewend nie. Dit is nog nie bewys daarvan dat die bedoeling inderdaad afgeskei is nie. Dit wil eerder voorkom of die teendeel waar is, naamlik dat die bedoeling nie van die *causa* losgemaak is nie. Daardie skrywers wat aanvaar het dat die *causa* nie objektief geldig hoef te wees nie, het naamlik op 'n *causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg aangedring, alhoewel hulle met 'n putatiewe *causa* tevrede was. Die rede waarom hulle minstens 'n putatiewe *causa* vereis het, is waarskynlik daarin geleë dat daar aanvaar is dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (hetsy onmiddellik, hetsy op 'n later stadium) wat reeds by die koopkontrak, ruil of skenkingsooreenkoms aanwesig is, steeds tydens lewering bly voortbestaan (selfs al is die *causa* nietig).[199] Die bedoeling soos in die *causa* vervat, is bloot na *traditio* verplaas. Steun vir hierdie interpretasie kan by Huber gevind word, wat die standpunt verkondig het dat lewering vereis word, omdat dit dien as bewys of bevestiging van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra:[200]

> Met die oog op die grootste mate van sekerheid vereis die *Ius Civile* of die *Ius Gentium* 'n nuwe handeling waardeur die bedoeling bevestig en uitgevoer word, met die uitsluitlike doel dat die voortsetting van die vroeëre eenstemmigheid helder en duidelik sal wees. Indien daardie handeling geskik is om juis dit te openbaar, dan is daar voldoen aan die vereistes van die positiewe reg. Lewering is verseker noodsaaklik. As dit van so 'n aard is dat die eienaar die saak wat hy aan 'n tweede persoon toegesê het aan hom beskikbaar stel sodat hy dit kan hanteer, dan kan daar nie twyfel be-

198 Die aanhaling hierbo uit Voet *ad Digesta* 41.1.35 maak dit duidelik dat hy juis die leweringshandeling in gedagte het. Hy beklemtoon die feit dat lewering noodwendig met die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang gepaard moes gaan.

199 Die partye het immers die bedoeling om eiendomsreg oor te dra wanneer 'n koopkontrak, ruil of skenkingsooreenkoms gesluit word.

200 Vergelyk ook Huber *Rechtsgeleerdheyt* 3.2.2 wat 'n koopkontrak omskryf as "een overeenkominge, waer door gehandelt wordt, om de eygendom ... over te dragen". Die bedoeling van die partye (ten minste dié van die koper) moet wees om eiendomsreg te verkry, anders is dit nie 'n koopkontrak nie.

staan nie dat daardie handeling duidelik genoeg is om 'n voortgesette bedoeling aan te toon.[201]

Dit is waarom die Romeins-Hollandse reg soms as 'n kousale (*causale*) stelsel beskryf word, want daar was 'n *linking causa*.[202] Dit is ook onwaarskynlik dat daardie skrywers wat 'n objektief geldige *causa* vir die oordrag van eiendomsreg vereis het, die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n inhoudelik abstrakte saaklike ooreenkoms sou konstrueer. As die *causa* nietig was, het eiendomsreg volgens hulle nie oorgegaan nie, selfs al het die partye die bedoeling gehad om eiendomsreg oor te dra. In hierdie omstandighede was die bedoeling vir hulle irrelevant. Die implikasie is dat die bedoeling nie 'n selfstandige bestaan gevoer het nie.

Die gevolgtrekking is dus dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang in die Romeins-Hollandse reg nie as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms, wat onafhanklik van die *causa* funksioneer, gekonstrueer is nie.[203] Selfs al word aanvaar dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang van die *causa* losgemaak is en dat dit deel van die leweringshandeling uitgemaak het, is hierdie bedoeling nog nie as 'n selfstandige ooreenkoms met regsgevolge beskou nie. Daar was nog geen wetenskaplike ontleding van die saaklike ooreenkoms as juridiese begrip nie.[204] Die Romeins-Hollandse reg het slegs verbintenisskeppende ooreenkomste geken en nie saaklike ooreenkomste nie.[205]

---

201 Huber *ad Institutiones* 2.1.37 (eie vertaling): "Jus Civile, an Gentium ad majorem certitudinem novum actum continuatae voluntatis et executionem ejus requirit, non alio sine, quam ut perseveratio in priore consensu clarius liqueat. Jam si actus ille ad hoc significandum satis sit efficax, rationi juris positivi satisfactum est; Traditionem eam esse omnino oportet; et si talis sit, ut dominus rem quam addixerat alteri, apprehendendam ei praebeat, non potest dubitari quin is actus satis sit perspicuus ad constantiam voluntatis ostendendam". Hierdie standpunt word ook aangetref by Oosterga *ad Institutiones* 2.1.40 en 3.24.2-3. Verder Carey Miller *Transfer of Ownership* 523; Gordon *Traditio* 180-181.

202 In die woorde van Carey Miller *Transfer of Ownership* 537. Daar het dus 'n baie nou verband tussen die kousale ooreenkoms (*causa*) en lewering (*traditio*) bestaan.

203 Daar kan eers 'n saaklike ooreenkoms sprake wees indien daar van 'n putatiewe *causa* as vereiste vir oordrag afgesien word. Sien ook Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 79.

204 Sien ook Cronjé 1978 *THRHR* 228; Carey Miller *Transfer of Ownership* 537-538; Hammen *Savigny* 150; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 83.

205 'n Kontrak of ooreenkoms het noodwendig verbintenisse tot stand gebring. Per definisie was daar dus nie so iets soos 'n saaklike ooreenkoms nie. Die naaste wat die

Lewering (*traditio*) was bloot 'n uitvoeringshandeling waardeur die verbintenis nagekom is en wat opsigself geen regsgevolge gehad het nie. Die aard en regsgevolge van lewering is deur die *causa* bepaal. Lewering het slegs regskrag gehad in samehang met die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms wat die *animus* of geestelike ingesteldheid bevat het.[206] Dit kan egter nie ontken word nie, dat die beginsel van die saaklike ooreenkoms, naamlik wilsooreenstemming wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is, wel aangetref is. Die regstelsel het dus wel kenmerke van 'n inhoudelike abstraksie vertoon.

7.6 Registrasie van onroerende goed

7.6.1 Inleiding

In 'n vorige hoofstuk is aangetoon dat die verkoop, beswaring, transportering en vervreemding van onroerende goed in die Germaanse reg moes plaasvind voor die gereg van die plek waar die onroerende goed geleë was (dit moes *coram lege loci rei sitae* plaasvind).[207] Hierdie wyse van oordrag (*geregtelike oordrag*) is reeds sedert die Middeleeue deur verskeie land- en stadsregte verpligtend gemaak. In sommige streke was dit die enigste wyse waarop onroerende goed oorgedra kon word.[208] In Holland is dit onder andere deur die *Plakkaat* van 10 Mei 1529 regtens voorgeskryf. Indien oordrag nie voor die gereg van die plek waar die grond geleë is plaasgevind het nie, was die oordrag uit hoofde van die *Plakkaat* van 1529 nietig.[209] Oordrag het plaasgevind deurdat die partye

---

skrywers aan 'n saaklike ooreenkoms gekom het, was om ooreenkomste te erken wat deur lewering van 'n saak tot stand gekom het (soos bv verbruikleen). Sien bv Huber *Rechtsgeleerdheyt* 3.1.20, 3.1.22-23 en Voet *ad Digesta* 12.1.1-2.

206 In 'n abstrakte stelsel is lewering nie bloot net 'n feitelike handeling nie, dit is 'n selfstandige regshandeling wat met sy eie geestesingesteldheid gepaard gaan. Die enigste funksie van die verbintenisskeppende ooreenkoms is dat dit dien as bewys van die bedoeling.

207 Sien hfst 6.6. Die Germaanse reg het opgehou by die landsheerlike tydperk wat in 1581 geëindig het. Die Romeins-Hollandse reg het sy hoogbloeifase tussen die jare 1581 (die einde van die Landsheerlike tydperk en die totstandkoming van die Verenigde Nederlande) en 1795 (totstandkoming van die Bataafse Republiek) beleef.

208 Sien Delport 1981 *Obiter* 20 ivm wyses van oordrag wat in ander streke van toepassing was.

209 Die *Plakkaat* wat oordrag voor die gereg voorgeskryf het, het die volgende bepaling in hierdie verband bevat: "... dat alle vercoopinghen, belastingen, vervreemdinghen ende ypothequeringe anders gedaen, gehouden en geacht sullen worden als nul,

voor die plaaslike regbank verskyn het, die vervreemder uitdruklik verklaar dat hy die saak aan die verkryger oordra en 'n transportakte aan die verkryger oorhandig is waarin die regterlike amptenaar verklaar dat die verkryger voortaan eienaar is.[210] Die dokument was bloot 'n skriftelike relaas van die oordragshandeling wat gedien het as bewys daarvan dat oordrag plaasgevind het. Alhoewel die praktyk bestaan het dat die akte in registers ingeskryf is, of dat oordrag geregistreer is, was registrasie aanvanklik nie verpligtend nie.

Die praktyk om transaksies betreffende die oordrag van onroerende goed in registers aan te teken, het ongeveer 1135 in die handelstad Keulen (Duitsland) ontstaan. Hier is oordrag van onroerende goed in sogenaamde skrynaktes aangeteken. Dit was los velle perkament, waarop aantekeninge betreffende koop, vererwing, verdeling, skenking en verpanding van grond gemaak is en wat in 'n houtkis (skryn) bewaar is. Dit is gebruik by oordragte voor die gereg sowel as buitegeregtelike oordrag en het ontstaan as gevolg van die feit dat kopers van grond 'n behoefte aan sekuriteit en beskerming gehad het.[211] Vanaf ongeveer 1220 het die skrynaktes plek gemaak vir deurlopende skrynboeke. Later ontwikkel 'n stelsel waarvolgens die boeke ingedeel word aan die hand van strate en grondstukke. Vir elke grondstuk is 'n afsonderlike bladsy of bladsye aangelê waarop alle saaklike gegewens wat op daardie grondstuk betrekking gehad het, aangeteken is.[212] Sedert ongeveer die veertiende eeu word regsfeite in kronologiese volgorde in stadsboeke opgeteken en nog later word gespesialiseerde boeke aangelê vir verskillende tipes ooreenkoms-

---

negheen ende van onwaerde ... ". Sien Ankum en De Smidt *Mini-Plakaatboek* 2-3; De Blécourt *Bewijsstukken* 386; *Groot Placaet-Boeck* I 373; Ketelaar *Pertinent Register* 41-42.

210 *Schepenaktes* is aanvanklik deur *schepenen* opgestel, maar later het openbare notarisse hierdie funksie vervul (in sommige streke reeds vanaf die einde van die 13e eeu, maar in ander streke eers later).

211 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 192-193; Conrad *Rechtsgeschichte* I 429; Mitteis *Privatrecht* 94-95; Hübner *Privatrecht* 217; Planitz *Privatrecht* 106; De Groot JJA *Onroerend Zaken* 107.

212 Hierna word verwys as 'n stelsel van *Realfolie*. Hübner *Privatrecht* 217-218; Mitteis *Privatrecht* 94-95. Op die platteland is 'n ander stelsel, die sg. *Landtafeln* gebruik.

te.[213] Die praktyk in Keulen het mettertyd ook posgevat in ander stede in die Duitse en Nederlandse streke en is in verband gebring met die prosedure by geregtelike oordrag.[214] Die oudste bekende registers in die Nederlandse gebiede is dié van Gent (1349) en 's-Hertogenbosch (1365).[215]

7.6.2 Registrasie verpligtend

Alhoewel dit praktyk was om die oordrag van onroerende goed in registers aan te teken, was registrasie teen die einde van die feodale tyd (tweede helfte van die sestiende eeu) nog nie verpligtend nie. Uit hoofde van die volgende oorwegings het dit later ook verpligtend geword om die oordrag te *registreer*: registrasie was 'n bron van staatsinkomste; die meer komplekse samelewing het 'n behoefte gehad aan regsekerheid, skriftelike bewys en publisiteit;[216] registrasie het beskerming aan kopers verleen; daar is gehoop dat registrasie 'n einde sou maak aan onbehoorlike praktyke van regspraktisyns.[217]

In Holland skryf die *Plakkaat* van 9 Mei 1560 wat deur Koning Philips II uitgevaardig is, aan sekretarisse of klerke van alle stede en dorpe voor om voortaan "goet ende pertinent register" te hou van alle "vercoepinghen ofte belastinghen" waardeur onroerende goed verkoop of met saaklike laste beswaar word en dat hulle verplig is om "de voorscreven brieven te registreren".[218] 'n Soortgelyke voorskrif het in Utrecht reeds gegeld uit hoofde van die *Plakkaat* van 23 Julie 1545 waarin voorgeskryf word dat die howe "goede perfecte registeren en protocollen" moet hou van alle oordragte.[219] Hierdie voorskrif word later in die *Politieke Ordon-*

---

213 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 192-193; Mitteis *Privatrecht* 94-95; Hübner *Privatrecht* 217; Ketelaar *Pertinent Register* 39, 42.

214 Mitteis *Privatrecht* 94-95; Hübner *Privatrecht* 217.

215 In Nederland het daar ook nog 'n ander stelsel onder Franse invloed bestaan, naamlik die *chirograafsisteem*. Sien die bespreking van hierdie stelsel in Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 193.

216 Vroeër kon volstaan word met sigbare formaliteite en bekendheid in eie kring.

217 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 192; Ketelaar *Pertinent Register* 40, 42; Verburgt *Levering te Leiden* 44-45; Konings *Openbare Registers* 16.

218 Die *Plakkaat* word aangetref in Ankum en De Smidt *Mini-Plakaatboek* 5-8; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 159; Feenstra en De Smidt *Tekstenboek* 214-219. Sien ook Ketelaar *Pertinent Register* 40-41.

219 Ketelaar *Pertinent Register* 42; De Blécourt *Bewijsstukken* 352; Van de Water *Groot Placaetboeck* II 970.

nansie van 1 April 1580 herhaal, aangesien die opdrag in die *Plakkaat* nie altyd uitgevoer is nie en omdat baie registers in oorloë beskadig of verwoes is. Artikel 37 van die *Ordonnansie* beveel alle "schouten, schepenen, ghesworens ende ander rechters, mistgaders heure secretarissen" van dorpe en stede om toe te sien dat hulle geen "brieven ofte instrumenten, houdende vervreemdinge ofte hypotecatie" van onroerende goed sal verseël, teken of uitgee nie, tensy dit "perfectelijken geregistreert" is nie.[220] Registrasie is uiteindelik in die meeste Nederlandse provinsies voorgeskryf. In Overijssel en Gelderland is registrasie egter nooit voorgeskryf nie, alhoewel dit tog gebruiklik was om transportaktes te registreer.[221] Laastens dien daarop gelet te word dat sedert 1598 oordragsbelasting deur die partye betaal moes word by die oordrag van onroerende goed (die sogenaamde veertigste penning of twee en 'n half persent van die koopprys van die grond).[222]

7.6.3 Oordragprosedure

Tydens geregtelike oordrag is 'n akte deur *schout* en/of *schepenen* (*schepenakte*)[223] opgestel, waarin verklaar is dat oordrag voor die gereg uitgevoer is.[224] Die akte was slegs bewys daarvan dat geregtelike oordrag plaasgevind het. Dit was dus bloot *notitia*, 'n geheuesteun vir ampsdraers. Die oorspronklike (*instrument in grosso textu*) wat met 'n wasseël verseël is, is aan die verkryger oorhandig terwyl die afskrif in die register van die geregshof waarin die verrigtinge plaasgevind het, geregistreer en geliasseer is.[225] Die registers is deur die sekretarisse van stede of amp-

220 Sien De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 159; Ankum en De Smidt *Mini-Plakaatboek* 27-29; De Blécourt *Bewijsstukken* 389; Feenstra en De Smidt *Tekstenboek* 214-219.

221 Ketelaar Pertinent Register 51-53.

222 *Plakkaat* van 22 Desember 1598 soos weergegee in *Groot Placaet-boeck* I 1592ev. Oordragsbelasting is ook in ander streke ingevoer. Raadpleeg hieroor Ketelaar *Pertinent Register* 45; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 160-161.

223 Hier onder word aangetoon dat daar nie presiese duidelikheid bestaan oor die aard van die akte nie.

224 Die aktes is aanvanklik deur *schout* en/of *schepenen* opgestel, maar vanaf die einde van die 13e eeu het openbare notarisse hierdie funksie vervul.

225 Die afskrif het dieselfde bewyskrag gehad as die een wat uitgereik is. Indien die oorspronklike verlore geraak het, is eiendomsoorgang met die registers bewys. Mitteis *Privatrecht* 94-95; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 160; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 192-193; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 37; Ketelaar *Pertinent*

tenare van die geregshowe (*schepenbanke* of *stadshowe*) aangelê en op datum gehou (daar word soms ook na die registers as stadsboeke verwys), maar later het notarisse hierdie funksie vervul.[226]

Daar is blykbaar onderskei tussen protokolle en registers. Terwyl 'n register bestaan het uit afskrifte van die aktes asook regstreekse optekening van gegewens, het die *protocolle* bestaan uit 'n kort uittreksel (*minuut*) van die relevante gegewens in die *schepenakte*, onder andere die name van die partye en 'n omskrywing van die grond (hierdie inligting is opgeteken of *geprotocolleerd*).[227] Die terme *protocollatie* en *registratie* is nietemin dikwels as sinonieme gebruik. Derhalwe sal slegs die term *registratie* (*registrasie* in Afrikaans) voortaan gebruik word. In sommige streke is vereis dat registrasie onmiddellik na geregtelike oordrag moes plaasvind, terwyl ander weer 'n tydperk na geregtelike oordrag voorgeskryf het waarbinne registrasie moes plaasvind.

Alhoewel die registers toeganklik was vir die publiek, het dit nie dieselfde mate van publisiteit verleen as die moderne openbare registers met kadastrale gegewens nie. In sommige stede, soos byvoorbeeld Leiden, is die gebreke van die registers aangesuiwer deur die sogenaamde *Register Vetus* wat veral op die publiek gerig was.[228] Hulle kon daarin nagaan watter laste op die perseel rus, wie eienaar is en wat die grense van die perseel is. Hierdie nuwe registers het later as *bonboeke* bekend gestaan omdat dit ooreenkomstig die stadswyke (*bonne*) ingedeel is.[229] 'n Verdere probleem was dat die inligting in die registers gebrekkig was, aangesien beswarings deur *fideicommissa*, vervreemdingsverbiedinge kragtens testamente, huweliksvoorwaardes, ensovoorts, nie in die boeke geregistreer

---

Register 39; Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 35; Pitlo *Notarisboeken* 253 ev. Van Apeldoorn 1929 *WPNR* 713 meen dat die skriftelike akte die plek van die simboliese handelinge van vroeër ingeneem het.

226 In Oldambt is die registers aanvanklik deur predikante in stand gehou, maar sedert 1613 deur die sekretaris van die stad. Sien Ketelaar *Pertinent Register* 45ev, 50.

227 Ketelaar *Pertinent Register* 39-40. Hy wys daarop dat die 17e eeuse notaris na sy protokol as 'n *kladboek* (of *beworp-boeck*) verwys het.

228 Hierdie hipoteek-register is in 1585 deur Jan van Hout op eie koste aangelê.

229 Ketelaar *Pertinent Register* 47.

is nie.[230] Verskeie onroerende sake, soos byvoorbeeld *leen-, hof- en tinsgoedere*, was voorts buite die jurisdiksie van die gewone howe. Registrasie van hierdie onroerende goed het plaasgevind in die *leenrepertorium, hofboek* of *tinsboek*.[231]

Laastens kan daarop gewys word dat oordrag in Friesland, Groningen en Drente nie voor die gereg plaasgevind het nie, maar wel buitegeregtelik. Verskillende oordragsprosedures het in die onderskeie stede en dorpe gegeld. Gewoonlik is 'n transportakte opgestel, wat verseël is met 'n *stadszegel* of 'n *onstraffelijk zegel* (wat nie weerlê kon word nie) deur bepaalde persone wat met die bevoegdheid beklee is om die dokument te verseël, byvoorbeeld predikante. Dit staan bekend as oordrag met seël en brief. In Drente geskied oordrag by wyse van stoklegging, aanvanklik buitegeregtelik, maar later voor die gereg.[232]

7.6.4 Watter dokument is geregistreer?

In sommige stede (byvoorbeeld Dordrecht en Utrecht) was dit reeds voor afkondiging van die *Plakkaat* van 9 Mei 1560 gebruiklik om aktes (*brieven*) te registreer, wat voldoende saaklike gegewens bevat het ten einde oordrag te bewerkstellig. Dit was dus 'n ander dokument as die koopkontrak wat geregistreer is. Die bestaande registers het dus wel voldoen aan die *Plakkaat* wat die registrasie van transportaktes voorgeskryf het. Die *Plakkaat* het bloot die bestaande praktyk bevestig en dit was daarom volgens Ketelaar nie nodig om nuwe registers aan te lê nie.[233]

In Holland was die praktyk voor 1560 egter dat die *koopkontrak* tydens geregtelike oordrag in die *inbrengboek* geregistreer is.[234] Hierdie praktyk was gegrond op die *Plakkaat* van 1529 wat slegs voorgeskryf het dat

230 Hierdie leemte word in Holland egter in 1624 uit die weg geruim. Sien Ketelaar *Pertinent Register* 47.
231 Ketelaar *Pertinent Register* 47.
232 'n *Landrecht* van 1712 skryf voor dat registrasie van *stokleggensbrieven* voor die *schulte* moet plaasvind. Sien Ketelaar *Pertinent Register* 48ev.
233 Ketelaar *Pertinent Register* 42-44.
234 Die posisie in Groningen, Groningerland, Middelburg en sekere Duitse stede het met dié in Holland ooreengestem. Sien Ketelaar *Pertinent Register* 42-43; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 38; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 200; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 296-298.

voor die plaaslike regbank waar die goed geleë is "vercoopen, belasten, transporteren of vervremden" moes word. In daardie plekke waar 'n notaris gefunksioneer het (soos in Leiden), is die koopkontrak deur 'n notaris opgestel. Daarna is dit voor die gereg *ingebring* (bekend gemaak/ bevestig) om geregistreer te word.[235] Registrasie het dus niks met die oordrag van saaklike regte te doen gehad nie, dit was bloot bevestiging of bekendmaking van die koop.[236] Aangesien die *Plakkaat* van 1560 egter voorgeskryf het dat die *transportbrief* geregistreer moes word en registrasie van die koopkontrak in die *inbrengboek* nie hieraan voldoen het nie, moes daar volgens Ketelaar na 1560 geheel nuwe registers aangelê word.[237] Hierdie nuwe registers het bekend gestaan as *registers van waarbrieven* of *waarboeke* omdat *waarbrieven* daarin geregistreer is.[238] Voor 1560 het die partye wel *waarbrieven* aan mekaar oorhandig, maar dit was nie geregistreer nie.[239]

Waarbrieven was dokumente waarin die verkoper die koper gevrywaar het teen uitwinning en 'n waarborg verskaf het teen aansprake van derdes voortspruitend uit versweë laste wat op die grond rus, terwyl die koper beloof het om die koopsom te betaal.[240] Die verkoper het al sy goedere aangebied as sekuriteit vir nakoming, terwyl die koper die koopsaak as sekuriteit gebied het. Verburgt[241] en Van Apeldoorn[242] is van oordeel dat die *waarbrief* ooreenkomste met die hedendaagse koopkontrak vertoon,

235 Daar was nog geen sprake van 'n verpligte notariële transportakte nie. Die praktyk om notarisse te gebruik om transportaktes op te stel, het in die twaalfde eeu in Italië ontstaan. Hierdie gebruik het ook na die Nederlandse gebiede versprei. Raadpleeg Gilissen *Inleiding* 387-388; Ketelaar *Pertinent Register* 39, 56; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 193; Planitz *Privatrecht* 26-27.

236 Dit was blote bewysmiddel van die feit dat die koop wel gesluit is. Ketelaar *Pertinent Register* 43; Lubbers *Onroerend Goed* 64. Maar sien Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 296 wat sê dat *inbreng* wel oordrag was.

237 Die *inbrengboek* is na 1560 nietemin gekontinueer.

238 Verburgt *Levering te Leiden* 52-77; Ketelaar *Pertinent Register* 43.

239 Ketelaar *Pertinent Register* 43.

240 Fockema Andreae *ad De Groot* 3.14.6 en 3.15.4-5 toon aan dat die begrip *vrywaren* uit twee element bestaan het, naamlik *vrijen* (waarborg teen aansprake van derdes tov laste) en *waren* (vrywaring teen uitwinning). Raadpleeg ook Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 39-40.

241 Verburgt *Levering te Leiden* 53. Hy lê klem op die feit dat die vervreemder in die *waarbrief* verklaar dat hy verkoop het; dit is dus 'n bevestiging van die koop.

maar Ketelaar[243] ontken dit. Volgens hom het die *inbrengbrief* die funksie van die koopkontrak vervul en nie die *waarbrief* nie. *Waarbrieven* onderskei hulle van die koopkontrak (en *inbrengbrief*) deurdat dit spesifiek op oordrag betrekking gehad het en ook saaklike elemente bevat het. Hy is van oordeel dat dit met die saaklike ooreenkoms vergelyk kan word.[244] Volgens Verburgt kon elemente van 'n saaklike ooreenkoms egter eers in die agtiende eeu in die *waarbrieven* nagespeur word. Dondorp en Schrage verklaar eenvoudig dat oordrag in Holland plaasgevind het deur oorhandiging van 'n koopakte en/of transportakte.[245] Hoe dit ook al sy, in die sewentiende eeu word die *transportbrief* (*opdrachtbrief/schepenakte*) wat deur die regbank uitgereik is en die *waarbrief* as sinonieme gebruik en dit wil voorkom of die twee dokumente toe saamgesmelt het.[246]

Daar bestaan nie duidelikheid betreffende die tydstip waarop eiendomsreg oorgegaan het nie. Ingevolge die een standpunt het eiendomsreg op die verkryger oorgegaan deurdat die *waarbrief* (*transportbrief*) aan hom oorhandig is.[247] In die praktyk is die *waarbrief* egter nie altyd direk tydens die verrigtinge voor die gereg aan die verkryger oorhandig nie. Dit is eers veel later gedoen, wanneer die koopprys betaal is. Ingevolge 'n ander standpunt was die oomblik van registrasie die tydstip waarop die saaklike reg oorgegaan het.[248] Laastens is daar ook nog die standpunt dat oordrag

---

242 Van Apeldoorn 1929 *WPNR* 713. Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 281-286 meen dat die *waarbrief* tot aan die begin van die sewentiende eeu nog 'n onderdeel van die koopkontrak was.

243 Ketelaar *Pertinent Register* 43-44.

244 Ketelaar *Pertinent Register* 43-44.

245 Sien ook Groenewegen ad *Institutiones* 3.23. Verder Dondorp en Schrage *Levering* 69.

246 Volgens Verburgt *Levering te Leiden* 53, 64 het *waarbrieven* wat in die eerste helfte van die 16e eeu aangetref word nog geen melding van oordrag gemaak nie. Verklarings deur die vervreemder dat hy oordra word eers in *waarbrieven* wat uit die tweede helfte van die 16e eeu en die begin van die 17e eeu dateer aangetref. Raadpleeg ook Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 37-38; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 159-160; Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 35.

247 Loenius *Decisien* 259-260. Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.13 verwerp Loenius se standpunt dat eiendomsreg eers oorgaan wanneer die transportakte aan die verkryger oorhandig was. Volgens hom was eiendomsoorgang in geregtelike oordrag geleë. Raadpleeg ook Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 35, 42; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 160; Van Apeldoorn 1929 *WPNR* 713; Van der Ploeg 1947 *WPNR* 321; Delport 1981 *Obiter* 22.

248 Lubbers *Onroerend Goed* 64; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 37-38; Mitteis *Privatrecht* 94. Daar was egter nie eenvormigheid betreffende die tydperk waar-

tussen die partye onderling reeds deur die koopkontrak (en selfs buitegeregtelike oordrag) bewerkstellig is. Registrasie het slegs regsgevolge meegebring wat betref die verhouding tussen die kontrakspartye en derdes, deurdat publisiteit daaraan verleen is en hulle nou geag word daarvan kennis te hê.[249] Hierdie standpunt hou verband met die vraag of registrasie 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed was, wat vervolgens bespreek sal word.

7.6.5 Registrasie 'n konstitutiewe vereiste?

Daar is geen duidelikheid betreffende die vraag of registrasie 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie. Enersyds is die probleem dat daar geen eenvormigheid bestaan het nie in die verskillende provinsies van Nederland betreffende die gevolge van die versuim om te registreer. In sommige plekke, soos byvoorbeeld in Oldambt, is bloot bepaal dat aktes wat geregistreer is, voorrang geniet bo aktes wat nie geregistreer is nie.[250] In Ommelanden word registrasie wel voorgeskryf, maar daar word geen sanksie gekoppel aan die versuim om te registreer nie.[251] In Gelderland en Zuthphen is weer bepaal dat oordrag eers werking teenoor derdes het indien die akte geregistreer is.[252]

In Holland het die *Plakkaat* van 9 Mei 1560 en artikel 37 van die *Politieke Ordonnansie* van 1580 wel registrasie van aktes voorgeskryf, maar die enigste sanksie wat hierdie wette bevat het, was dat sekretarisse en klerke beboet kon word indien hulle nagelaat het om die akte te registreer.[253]

---

binne registrasie moes plaasvind nie. Sommige voorskrifte het vereis dat registrasie tydens geregtelike oordrag moes plaasvind, terwyl ander weer 'n tydperk na geregtelike oordrag toegelaat het waarbinne registrasie moes geskied.

249 Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 200; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 296-298. Volgens Ketelaar *Pertinent Register* 43-44 was dit na 1560 nie meer die geval nie omdat daar toe duidelik tussen koopkontrak en registrasie (oordrag) onderskei is.

250 In Veluwe en Veluwezoom geld 'n bepaling van 1733 dat indien die akte nie geregistreer is nie, dit nie alleen verlies van preferensie tot gevolg gehad het nie, die partye moes ook dubbele belasting betaal. Ketelaar *Pertinent Register* 50, 53-54.

251 Registrasie is in Ommelanden eers in 1749 voorgeskryf. Ketelaar *Pertinent Register* 49.

252 Ketelaar *Pertinent Register* 53, 54.

253 Die argument is dat dit nie 'n handeling van die partye was nie, maar 'n handeling wat deur die sekretaris of klerk van die hof uitgevoer moes word. Raadpleeg Ankum en De Smidt *Mini-Plakaatboek* 6, 27-29; Ketelaar *Pertinent Register* 42, 44; De Blé-

Sedert 1612 is die posisie in Holland[254] egter wel dat die oordrag nietig was en die akte kragteloos indien registrasie nie plaasgevind het nie. Die registrasie moes deur die *schout/balju* en twee lede van die regbank onderteken word.[255]

Andersyds is die probleem dat daar geen eenstemmigheid was betreffende die presiese betekenis van die begrip *onwaerde* of nietigheid nie. Aan die een kant is daar skrywers wat van oordeel was dat nie-nakoming van die voormelde bepalings absolute nietigheid tot gevolg gehad het, met die gevolg dat eiendomsreg nie op die verkryger kon oorgaan nie. Sowel wat betref derdes as die partye *inter partes*, het eiendomsreg eers oorgegaan nadat die voorgeskrewe formaliteite nagekom is.[256] Registrasie was met ander woorde 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed; sonder registrasie was geen oordrag moontlik nie. Dit word algemeen aanvaar dat Hugo de Groot 'n voorstander van absolute nietigheid was:[257]

> Maer ontilbaer goed als huizen, landen, erven, wierden oock van ouds in veele plaetsen van Holland niet gehouden voor gelevert, 't en waer de opdrachte geschiedt voor 't gerechte van de plaetsen, waer onder 't goed is gelegen. De opdracht andersints zijnde ghedaen was van onwaerde: welck recht ten tijde van Keizer Karel gemeen is gemaeckt over deze landen ende is by de Staten daer by gevoegt dat de opdrachten te boeck geteikent ende spruitende uit verkoopinge ofte vermangheling, den veertigsten penning ten dienste van ghemeene saeck daer van betaelt moeten werden, mede op straffe van te zijn van onwaerde.[258]

Ook Van Bijnkershoek het die standpunt ingeneem dat nie-nakoming van die voorskrifte absolute nietigheid tot gevolg het. Hy steun op twee uit-

---

court *Oud-Vaderlands Recht* 159ev; Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 34. 'n *Plakkaat* van 22 Desember 1598 wat oordragsbelasting ingevoer het, het egter wel voorgeskryf dat die transport "nul en krachteloos ende onwaerde" sou wees indien die voorgeskrewe belasting nie betaal is nie.

254 En ook in Wedde en Westerwolde, Veluwe en Veluwezoom en in Staats-Brabant. Ketelaar *Pertinent Register* 51, 54.

255 Raadpleeg Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 192, 195; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 37, 39-40; Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 397; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 209-210 en Ketelaar *Pertinent Register* 44-45. Dit is egter nie duidelik na watter bepaling die skrywers verwys nie.

256 Met ander woorde, slegs indien oordrag voor die plaaslike regbank uitgevoer is, registrasie plaasgevind het en oordragsbelasting betaal is.

257 Sien Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 35; Delport 1981 *Obiter* 23.

258 De Groot *Inleidinge* 2.5.13. Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 35; Delport 1981 *Obiter* 23

sprake van die Hoge Raad van Holland en Zeeland, waarin 'n soortgelyke standpunt ingeneem is.[259]

Daarteenoor het Groenewegen,[260] Schorer,[261] Van Leeuwen,[262] Johannes Voet[263] en Wassenaer[264] die standpunt ingeneem dat nie-nakoming van die betrokke voorskrifte slegs relatiewe nietigheid tot gevolg gehad het. Dit beteken dat eiendomsreg op die verkryger oorgegaan het, selfs al is die voorskrifte nie nagekom nie (indien oordrag byvoorbeeld buitegeregtelik plaasgevind het) en dat nie een van die kontrakspartye op nietigheid van die oordrag kon steun nie.[265] Derdes, byvoorbeeld skuldeisers van die verkoper, kon hulle egter wel daarop beroep dat die voorskrifte nie nagekom is nie, dat die oordrag daarom nietig is en dat eiendomsreg dus nie op die verkryger oorgegaan het nie. Die rede vir die bepalings is immers die beskerming van derdes. Indien een en dieselfde saak aan twee

259 Van Bijnkershoek *Observationes Tumultuariae* no 76 en no 810. Uit Van Bijnkershoek se opmerkings by no 1597 met betrekking tot die uitspraak van die Hoge Raad van 26 Januarie 1720, wil dit egter voorkom of hy die siening van relatiewe nietigheid verdedig. Sy standpunt is dus nie duidelik nie. Sien ook Van der Ploeg 1947 *WPNR* 320 se kritiek teen Van Bijnkershoek. Op 321 verwys Van der Ploeg ook nog na 'n uitspraak van die Hoge Raad van 's-Gravenhage van 3 Mei 1820 waarvolgens eiendomsreg tussen verkoper en koper nie oorgaan nie, indien oordrag nie voor die gereg plaasgevind het nie. Verder Delport 1981 *Obiter* 28; Dondorp en Schrage *Levering* 69.

260 Groenewegen *ad De Groot* 2.5.13 n 18. Met verwysing na De Groot se passasie wat hierbo weergegee is, waarin hy sê dat buite-geregtelike oordrag van *onwaerde* is, maak Groenewegen die volgende opmerking: " ... te weten ten opsigte van derde personen, die daer door verkort ende beschadigt zouden zijn, maer niet voor zo veel den kooper ende verkooper zelf aengaet". Sien ook Groenewegen *ad Institutiones* 3.23 en 3.24.

261 Schorer *ad De Groot* 2.5.13 n 18.

262 Van Leeuwen *Rooms-Hollands Regt* 124-125: "Soo is bij den Hoogen-Raad tot verscheyde malen verstaan dat de geseyde Placaaten, ... alleen plaats heeft ten opsigte van een derde persoon, maar niet ten opsigte van de Handelaars selve. Sie Neostad. Suprem. Cur. decis. 70 in fin".

263 Voet *ad Digesta* 2.1.41 en 42. Verder Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 38 en 146; Delport 1981 *Obiter* 24.

264 Wassenaer *Practyk Judicieel* 9.9.

265 Ook Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.13 was van oordeel dat registrasie nie 'n konstitutiewe vereiste vir oordrag van eiendomsreg was nie. Hy was van oordeel dat inskrywing in die grondboek en oorhandiging van die transportakte aan die verkryger bloot bewyswaarde gehad het, wat nie die materieelregtelike posisie tussen vervreemder en verkryger beïnvloed het nie.

verskillende persone verkoop en oorgedra is, het daardie koper aan wie voor die gereg oorgedra is voorrang geniet.[266]

Indien die vervreemder die saak byvoorbeeld buitegeregtelik aan die verkryger oorgedra het, moes hy die saak dus weer voor die gereg oorgedra het. Geregtelike oordrag en registrasie het dus 'n tweeledige funksie: enersyds dien dit tot bevestiging van eiendomsoordrag wat buitegeregtelik plaasgevind het; andersyds het dit tot gevolg dat oordrag van eiendomsreg ook teenoor derdes werking sou hê.[267] Skrywers soos Cerutti,[268] Fischer[269] en Fockema Andreae[270] vereenselwig hulle met die standpunt waarvolgens nie-nakoming van die betrokke vereistes slegs relatiewe nietigheid tot gevolg het.[271] Indien dit korrek is, kon geregtelike oordrag en registrasie dus nie konstitutiewe vereistes gewees het nie.

7.6.6 'n Saaklike ooreenkoms by die oordrag van onroerende goed?

Hierbo[272] is aangetoon dat onroerende goed in die Romeins-Hollandse reg voor die regbank van die plek waar die goed geleë is, oorgedra moes word. Kenmerke van hierdie wyse van oordrag was dat 'n *transportbrief* (of *schepenbrief/waarbrief*) opgestel is, dat die oorspronklike (*grosse*) aan die verkryger oorhandig is en dat 'n afskrif daarvan (*minuut*) geregistreer is in die registers (*protocolle*) wat deur die regbanke in stand gehou is. Die vraag ontstaan of daar in hierdie proses betreffende die oordrag van onroerende goed enige sprake van 'n saaklike ooreenkoms was?

---

266 Die skrywers wat hierdie standpunt ingeneem het, het steun gevind in 'n uitspraak van die *Hooge Raad van Holland, Zeeland en Wes-Friesland* van 23 November 1593 soos wat dit deur Neostadius opgeteken is. Raadpleeg Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 251-252; Van der Ploeg 1947 *WPNR* 320; Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 37, 146; Delport 1981 *Obiter* 27.

267 Die verkryger verkry eiendomsreg in sy volle omvang. Voor geregtelike oordrag was sy eiendomsreg geen volledige of absolute reg nie. Sien Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 39.

268 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 195.

269 De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 160-161. In die 1939 uitgawe 232-233 het De Blécourt die teorie van absolute nietigheid ondersteun.

270 Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 284, 295-299.

271 Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 38 maak weer 'n sterk saak ten gunste van absolute nietigheid uit.

272 Sien hfst 7.6.3 en 7.6.4.

Van der Ploeg[273] is van mening dat hierdie praktyk wat in Holland op die oordrag van onroerende goed van toepassing was, geen ruimte vir die bestaan van 'n saaklike ooreenkoms bied nie. Een van die redes wat hy aanvoer, is dat *gerechtelijke opdracht* 'n vereiste vir die *voltrekking en bestendigheyt* van die koop was. Aangesien die koop eers tydens oordrag voor die gereg tot stand gekom het, is daar nog nie tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en die oordragshandeling onderskei nie.[274] Alhoewel daar in teorie wel tussen die handelinge onderskei is,[275] het daar in praktyk egter nie veel van tereg gekom nie.[276] Eiendomsreg het oorgegaan deur betaling van die koopprys (en uitreiking van 'n kwitansie) en gelyktydige oorhandiging van die *transportbrief* aan die verkryger.[277] Verdere redes wat hy aanvoer is dat die verkryger nie aan die proses by geregtelike oordrag deelgeneem het nie en dat die *transportbrief* bloot 'n eensydige verklaring deur die vervreemder bevat het.[278] Geregtelike oordrag was dus nog geen ooreenkoms om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie.

Volgens Verburgt[279] kan daar nie met sekerheid gesê word of daar reeds in die sestiende eeu tussen koop en oordrag onderskei is nie. Aan die een kant verwys hy na 'n *transportbrief* (*waarbrief*) wat uit hierdie tydperk dateer, waarin die vervreemder verklaar dat hy verkoop het en dat hy betaal is. Daar word egter geen melding van oordrag gemaak nie. Alhoewel mens hieruit die afleiding kan maak dat die verbintenisskeppende ooreenkoms reeds tot stand gekom het, nog voordat die partye voor die

273 Van der Ploeg 1947 *WPNR* 321.
274 Sien ook Lubbers *Onroerend Goed* 64.
275 Die reël wat uit die Romeinse reg oorgeneem is, was dat eiendomsreg nie deur blote ooreenkoms oorgedra is nie, die verkryger moes uit hoofde van 'n *iusta causa* fisies in beheer gestel word. In geval van onroerende goed is lewering deur oordrag voor die gereg en registrasie vervang.
276 Die praktyk was gegrond op die inheemse reg wat nog nie duidelik tussen die verskillende handelinge onderskei het nie. Sien die bespreking in hfst 6.6.2 en 6.6.6 in hierdie verband.
277 Die dokument is nie noodwendig tydens die geregsitting oorhandig nie, dit kon ook eers later gedoen word. Loenius *Decisien* 259-260. Maar sien Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.13 wat hierdie standpunt verwerp. Verder Van der Ploeg 1947 *WPNR* 321; Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 42; Delport 1981 *Obiter* 22.
278 Van der Ploeg 1947 *WPNR* 321. Hy haal aan uit 'n Amsterdamse waarbrief wat dateer uit 1728.
279 Verburgt *Levering te Leiden* 53 en 64.

plaaslike regbank verskyn het, was die geregtelike oordrag beskou as die voltooiing of bevestiging van die koopkontrak.[280] Verbintenisskeppende ooreenkoms (koop) en oordrag was dus nie twee onafhanklike handelinge wat van mekaar geskei is nie.[281]

Aan die ander kant verwys Verburgt ook na *transportbriewe* wat dateer uit 1592, wat melding maak van "brieven van overgifte, brieven van traditie en brieven van opdrachte". Dit dui volgens hom daarop dat die *transportbrief/waarbrief* meer was as bloot bevestiging van die koop en dat daar soms wel tussen verbintenisskeppende ooreenkoms (koop) en oordrag onderskei is.[282] In die sewentiende eeu bestaan daar egter geen twyfel meer oor die feit dat daar wel tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en oordrag onderskei word nie. Die verkoper verklaar in die *waarbrief* dat hy verkoop het en dat hy nou registreer. Naas bevestiging van die koop, word ook die *opdracht* (registrasie) nou uitdruklik vermeld. Dit wil egter nog nie sê dat daar toe wel van 'n saaklike ooreenkoms[283] sprake was nie:

> Maar ook bij deze formulering is geen splitsing tusschen obligatoire en zakelijke overeenkomst. Een overeenkomst toch om over te dragen of over te zullen dragen eenersijds en te aanvaarden of te zullen aanvaarden andersijds ontbreekt.[284]

Tekens van 'n saaklike ooreenkoms word volgens Verburgt eers in *waarbrieven* wat uit die agtiende eeu dateer, aangetref. In hierdie dokumente verklaar die verkoper dat hy verkoop het en nou oordra en die koper verklaar dat hy aanvaar.[285] Beide partye en nie net die vervreemder nie, het

---

280 Die *waarbrief* was volgens Verburgt eintlik maar die koopkontrak.

281 In hierdie opsig vind Verburgt aansluiting by Van der Ploeg. Ook die volgende skrywers sluit hierby aan: Fockema Andreae *Burgerlijk Recht* I 200; Fockema Andreae *Recht van den Kooper* 296-298; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 38-39; Van Apeldoorn 1929 *WPNR* 713. Ketelaar *Pertinent Register* 43-44 was weer van oordeel dat die *inbrengbrief* die funksie van die koopkontrak vervul het en nie die *waarbrief* nie.

282 Verburgt *Levering te Leiden* 62, 68. Ketelaar *Pertinent Register* 39, 42-44 is van oordeel dat daar reeds sedert 1560 tussen koop en oordrag onderskei kon word en dat die *waarbrieven* toe reeds saaklike gegewens bevat het.

283 Dit wil sê, 'n ooreenkoms dat eiendomsreg onmiddellik of in die toekoms oorgedra en ontvang word en wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is.

284 Verburgt *Levering te Leiden* 64.

285 Verburgt verwys na aktes wat in Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 281-286, 401-402 weergegee word.

voor *schepenen* verskyn. Op grond hiervan maak Verburgt die volgende gevolgtrekking:

> In de periode, die met den aanvang der sewentiende eeuw begint, blijkt de splitsing tussen koop en opdracht reeds uit de waarbrieven, terwyl zoals bleek, in de agtiende eeuw de formulering der waarbrieven recht geeft om er een zakelijke overeenkomst in te constateren.[286]

Die saaklike ooreenkoms het volgens hom egter nie onmiddellike eiendomsoorgang bewerkstellig nie, dit het slegs oordrag ten doel gehad. Oorgang van eiendomsreg is eers bewerkstellig deur oorhandiging van die *waarbrieven* en ander dokumente wat op oordrag betrekking het.

7.6.7 Samevatting

1. Reeds sedert die Middeleeue is geregtelike oordrag in sommige streke deur wetgewing verpligtend gemaak en verhef tot die enigste wyse van oordrag. Die praktyk om transaksies betreffende die oordrag van onroerende goed in registers aan te teken, het na talle stede in die Duitse en Nederlandse streke uitgebrei en is mettertyd in verband gebring met die prosedure by geregtelike oordrag. Ook registrasie was in die meeste provinsies in Nederland verpligtend.

2. Die feit dat registrasie met die prosedure by geregtelike oordrag vermeng geraak het, het meegebring dat 'n *schepenakte* opgestel en aan die verkryger oorhandig is. Die afskrif is in die register/protokol van die geregshof voor wie die verrigtinge plaasgevind het, geregistreer. Die akte was slegs bewys daarvan dat geregtelike oordrag plaasgevind het.

3. Daar bestaan egter nie absolute duidelikheid oor die presiese aard van die dokument wat geregistreer is nie. Ingevolge een standpunt is dit die koopkontrak wat geregistreer is. Ingevolge 'n ander standpunt is dit nie die koopkontrak wat geregistreer was nie, maar 'n transportakte (*transportbrief/opdrachtbrief*) wat saaklike gegewens bevat het en waarin verklaar is dat oordrag voor die gereg uitgevoer is. Dit

---

286 Verburgt *Levering te Leiden* 68. Hy wys daarop dat Wessels Boer ook die bestaan van 'n saaklike ooreenkoms aanvaar, alhoewel hy die begrip nie uitdruklik gebruik

het spesifiek op oordrag betrekking gehad.[287] Daar kan volstaan word met die opmerking dat verskillende dokumente in die verskillende streke gebruik is. In Holland het oordrag plaasgevind deur oorhandiging van 'n koopakte en/of transportakte.

4. Indien oordrag nie plaasgevind het voor die gereg van die plek waar die grond geleë was nie, of indien die oordrag nie geregistreer is nie, was die oordrag in die meeste provinsies (in elk geval in Holland) nietig. Daar is egter geen eenstemmigheid betreffende die presiese betekenis van die begrip *nietigheid* nie. Aan die een kant is daar skrywers wat van oordeel was dat nie-nakoming van die voormelde bepalings absolute nietigheid tot gevolg het, met die gevolg dat eiendomsreg nie op die verkryger oorgaan nie. Registrasie was dus 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed; sonder registrasie was geen oordrag moontlik nie.

5. Aan die ander kant word die standpunt aangetref dat nie-nakoming van die betrokke voorskrifte slegs relatiewe nietigheid tot gevolg het. Dit beteken dat eiendomsreg op die verkryger oorgaan, selfs al is die voorskrifte nie nagekom nie en dat nie een van die kontrakspartye op nietigheid van die oordrag kon steun nie. Derdes kon hulle egter wel daarop beroep dat die voorskrifte nie nagekom is nie, dat die oordrag nietig is en dat eiendomsreg gevolglik nie op die verkryger oorgegaan het nie.

6. Geregtelike oordrag het mettertyd verdwyn en is vervang deur 'n administratiewe stelsel[288] waarvolgens transaksies met betrekking tot onroerende goed in grondregisters geregistreer is deur amptenare

---

nie. De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 155 vn 2 betwyfel egter of daar selfs in die 18e eeu behoorlik tussen koop en oordrag onderskei is.

287 Ketelaar is van oordeel dat dit met die saaklike ooreenkoms vergelyk kan word, maar hierdie siening word nie algemeen aanvaar nie.

288 In die Ommelanden was die registers aanvanklik in privaatbesit, maar 'n administratiewe stelsel het wel later tot stand gekom. Ketelaar *Pertinent Register* 49.

wat spesiaal vir hierdie doel aangestel is en wat die funksie van die howe oorgeneem het.[289]

7. Die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer, was nie meer 'n vereiste vir die oordrag van onroerende goed nie; dit is deur registrasie vervang wat die publisiteitsfunksie van *gewere* oorgeneem het.[290] Die vermoede dat die persoon wat in beheer van 'n saak is ook reghebbende is, geld nie meer ten opsigte van onroerende goed nie, dit is vervang deur openbare vertroue in die korrektheid van die registers.[291]

8. Daar is geen eenstemmigheid onder die skrywers betreffende die vraag of daar in die Romeins-Hollandse reg by geregtelike oordrag van onroerende goed enige sprake van 'n saaklike ooreenkoms was nie. Dit lyk egter twyfelagtig of mens in die sestiende eeu van 'n saaklike ooreenkoms kan praat omdat daar waarskynlik nog nie tussen koop en oordrag onderskei is nie (oordrag voor die gereg was bevestiging van die koop).[292]

9. Alhoewel daar in die sewentiende eeu waarskynlik wel tussen koop en oordrag onderskei is, was daar nog geen sprake van 'n saaklike ooreenkoms in die betekenis van 'n ooreenkoms om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie.

10. Aktes wat uit die agtiende eeu dateer, bevat 'n verklaring deur die verkoper dat hy verkoop het en nou oordra en ook 'n verklaring deur die koper waarin hy sê dat hy die oordrag aanvaar. Anders as wat Verburgt en Den Dulk te kenne gee, wil die feit dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry uit die aktes afgelei kan word,

---

289 Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 192-193; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 37, 41; Hahlo en Kahn *Legal System* 379, 444, 456.

290 Waar *Gewere* vroeër beskryf is as *das* "Kleid des Sachenrechts" was registrasie voortaan "das sachenrechtliche Kleid". Hübner *Privatrecht* 204, 218, 242.

291 Wat roerende sake betref, word hierdie twee funksies (naamlik oordrag van regte en die vermoede van regmatigheid) steeds vervul deur fisiese beheer oor die saak. Sien Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 192; Wessels Boer *Eigendomsoverdracht* 39; Hübner *Privatrecht* 204, 242; Gierke *Privatrecht* 280-281; Mitteis *Privatrecht* 94-95.

egter nog nie sê dat die saaklike ooreenkoms as wetenskaplike konstruksie wel bestaan het nie.[293] In elk geval was dit geen vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie. Prakties sou dit dus van geen belang gewees het nie.[294]

11. Daar bestaan nie sekerheid oor die vraag of 'n abstrakte dan wel 'n kousale stelsel op die oordrag van onroerende goed van toepassing was nie. Wat wel duidelik is, is dat oordrag aan 'n bepaalde vorm gebonde was (dit was formalisties). Dit moes byvoorbeeld voor die gereg plaasgevind het. Dit is voor die hand liggend dat hoe meer formalisties die wyse van oordrag is, hoe meer neig die stelsel na 'n abstrakte aangesien mens dan geneig is om dit as 'n selfstandige handeling te sien en dit van die oorsaak daarvan los te maak.[295]

7.7 Samevatting

1. In die Romeins-Hollandse reg was *traditio* (*levering*), in die wye betekenis van die woord, die wyse van eiendomsoordrag.[296] Dit beteken dat eiendomsreg oorgedra is indien die vervreemder fisiese beheer uit hoofde van 'n *causa* aan die verkryger gelewer het. Daar is dus deeglik onderskei tussen *causa* (*titulus*) en *traditio* (*levering/ modus*). Die standpunt van Hugo de Groot, naamlik dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms oorgaan en dat lewering nie 'n vereiste is nie, het nie in die Romeins-Hollandse reg inslag gevind nie.
2. Die verkryger moes fisiese beheer *corpore et animo* verkry. Dit beteken dat hy die saak werklik fisies moes hanteer en dat hy die bedoeling moes hê om die saak as eienaar te hou (*animus domini*; hy moes

292 Die feit dat daar in *praktyk* nie tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en oordrag (lewering) onderskei is nie, is 'n sterk aanduiding daarvan dat daar in die Romeins-Hollandse reg nog geen sprake van 'n saaklike ooreenkoms kon wees nie.

293 Die saaklike ooreenkoms was niks meer as 'n teoretiese moontlikheid nie.

294 Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 43.

295 Formaliteite gee aan 'n handeling 'n sekere *selfstandigheidsbetekenis*. Raadpleeg Pitlo *Zakenrecht* 206; Asser-Beekhuis *Zakenrecht* I 176-177; Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 254-257.

296 Anders as in die Romeinse reg, word daar in die Romeins-Hollandse reg onderskei tussen oordrag van roerende goed en oordrag van onroerende goed. In laasgenoemde geval moes bepaalde formaliteitsvereistes nagekom word, die belangrikste naamlik dat die oordrag geregistreer moes word.

die bedoeling hê om deur die verkryging van fisiese beheer eienaar van die saak te word). Sommige skrywers beskou dit as voldoende indien die verkryger die saak in beheer neem met die bedoeling om dit vir sigself (tot sy eie voordeel) te hou met die uitsluiting van alle ander persone (*animus rem sibi habendi*). Die begrip *animus rem sibi habendi* in hierdie eng betekenis, stem dus wesenlik ooreen met die *animus domini.* Indien die verkryger wel sodanige bedoeling gehad het, het hy die saak *possessio civilis* ontvang.

3. Soos wat die geval in die Romeinse reg en in die Middeleeue was, kon die *corpus*-vereiste bevredig word deurdat die verkryger die saak werklik fisies hanteer (*traditio vera* of *eygentlijke levering*), maar ook deur *traditio ficta* (of *oneygentlijke levering*), waar geen fisiese aanraking was nie en daar bloot met 'n fiksie gewerk is. In navolging van Donellus het skrywers soos Vinnius, Noodt en Van Leewen egter 'n wyer omskrywing van die *apprehensio*-begrip aanvaar. Fisiese beheer (*possessio*) vestig indien die saak onder die mag of beheer (*potestas*) van die verkryger gekom het, selfs al het hy dit nie fisies hanteer nie.

4. *Traditio instrumentorum* was 'n erkende wyse van lewering. Die algemene reël was dat die dokument wat aan die vervreemder oorhandig is toe die saak aan hom oorgedra is en wat kan dien as bewys daarvan dat hy eienaar is, aan die nuwe verkryger oorhandig moes word. Vinnius was egter tevrede daarmee indien die koopakte wat tussen die vervreemder en verkryger opgestel is, oorhandig word.

5. Nieteenstaande die feit dat *constitutum possessorium* met agterdog bejeën is, was dit 'n aanvaarbare wyse van lewering waardeur *possessio* en eiendomsreg oorgedra is, mits aan die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg voldoen is. Dit wil ook voorkom of eiendomsreg deur *constitutum simplex*[297] oorgedra kon word, alhoewel sekere skrywers daarteen gekant was.

---

297 Waar 'n klousule tot die kontrak toegevoeg word, waarin die een party verklaar dat hy voortaan fisiese beheer namens die ander uitoefen, selfs al was daar geen *causa detentionis* nie.

6. Daar kan met 'n redelike mate van sekerheid aanvaar word dat oordrag van eiendomsreg by wyse van *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium* in die Romeins-Hollandse reg gesien is as oordrag deur blote ooreenkoms, aangesien die beginsel van fisiese beheer in hierdie gevalle verslap is.[298] Dit was naamlik nie 'n vereiste dat die fiktiewe leweringshandeling in teenwoordigheid van die saak en die partye uitgevoer word nie. Hierdie standpunt word gesteun deur die omskrywing van eiendomsreg waaruit blyk dat eiendomsreg sonder feitlike beheer moontlik was en dat die eienaar geregtig was om fisiese beheer op te eis waar die saak ook al mog wees. Eiendomsreg word omskryf as "het toebehooren van een zaeck waer door iemand, schoon het bezit niet hebbende, 't zelve vermag rechtelick te bekommen".[299] Die omskrywing getuig natuurlik ook van 'n noue verband tussen eiendomsreg en besit.[300]

   Die feit dat eiendomsreg in hierdie gevalle deur blote ooreenkoms oorgedra kon word, wil nou nie sê dat eiendomsreg in ander gevalle ook deur ooreenkoms oorgedra is nie. Die Romeins-Hollandse reg het in beginsel nie afgesien van die idee dat verskaffing van fisiese beheer 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie.[301] Verder moet ook die feit uitgelig word dat hierdie ooreenkoms nie as 'n saaklike ooreenkoms omskryf is nie. Inteendeel, daar was geen wetenskaplike ontleding van die saaklike ooreenkoms as juridiese begrip nie.

7. Die verskaffing van fisiese beheer opsigself, het nog nie eiendomsoorgang tot gevolg gehad nie. Eiendomsreg is slegs oorgedra indien fisiese beheer uit hoofde van 'n *iusta causa* verskaf is. Daar was egter

---

298 Indien hierdie standpunt tot sy logiese konsekwensies deurgevoer word, beteken dit dat die bedoeling altyd voldoende behoort te wees om eiendomsreg oor te dra en dat daar maar van fisiese beheer afgesien kan word. Gordon *Traditio* 181.

299 De Groot *Inleidinge* 2.3.1. In 2.3.4 word opgemerk dat "eigendom bestaet in dat recht om weder te bekommen het verloren bezit".

300 Besit is die daadwerklike of uiterlike uitoefening van die eienaar se gebruiksreg. Van der Walt *Houerskap* 400-404. Die meeste skrywers van die 17e eeu het De Groot se definisie van eiendomsreg nagevolg. Van der Walt *Houerskap* 409-411.

301 Sien Gordon *Traditio* 181-182.

geen eenstemmigheid onder die juriste betreffende die presiese betekenis en belang van die *iusta causa* nie. Sommige skrywers, soos Johannes Voet, het 'n objektiewe benadering voorgestaan, ingevolge waarvan die *causa* objektief geldig moes wees.[302] 'n Putatiewe *causa* was nie voldoende nie. Indien die *causa* byvoorbeeld as gevolg van dwaling of bedrog nietig was, was daar geen verpligting om te lewer nie en dan was lewering ook nietig. Eiendomsreg het nie oorgegaan nie ongeag die bedoeling van die partye. Die oordraggewer kon gevolglik sy saak met die *rei vindicatio* opvorder, selfs in die hande van 'n *bona fide* derde. Hierdie is 'n kousale benadering wat geen ruimte vir enige uitwendige abstraksie gelaat het nie (die geldigheid van die *causa* beïnvloed die geldigheid van lewering).

8. In teenstelling met die objektiewe benadering van Voet, het Vinnius en die meeste ander skrywers, 'n subjektiewe benadering gevolg waarvolgens die *causa* nie objektief geldig hoef te gewees het nie. 'n Putatiewe *causa* was voldoende om eiendomsreg oor te dra. Dit wil sê dat die partye minstens moes dink dat daar 'n geldige *causa* was. Eiendomsreg sou ook oorgegaan het selfs al was die *causa* nietig (byvoorbeeld as gevolg van dwaling), mits die partye onderskeidelik die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (wilsooreenstemming).[303] Streng gesproke was 'n *causa* ingevolge hierdie benadering geen vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie.[304] Die enigste funksie van so 'n ooreenkoms was dat dit gedien het as bewys van die bedoeling om eiendomsreg deur lewering oor te dra en te ontvang. Hierdie is 'n abstrakte benadering wat kenmerke

---

302 Dit beteken dat die *causa* gesien is as 'n *causa praecedens*, dit wil sê, 'n verbintenis wat lewering logies voorafgaan en wat tot oordrag van eiendomsreg verplig.

303 Die meeste skrywers het egter in geval van bedrog 'n uitsondering op bogenoemde algemene reël erken. Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms op grond van bedrog nietig was, het eiendomsreg dus nie oorgegaan nie. Dit wil nou nie sê dat die stelsel as kousaal beskryf kan word nie, hierdie was waarskynlik slegs 'n uitsondering op die algemene reël. Sien ook Carey Miller *Transfer of Ownership* 538-539.

304 As die *causa* nie objektief geldig hoef te wees nie en as 'n putatiewe *causa* voldoende is, dan kan mens mos sonder 'n *causa* klaarkom. Die begrip *causa* beteken vir hierdie skrywers 'n *causa finalis*, dws, die bedoeling om eiendomsreg oor te dra soos wat dit in die verbintenisskeppende ooreenkoms opgesluit is.

van die uitwendige abstraksie vertoon. Lewering wat met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra uitgevoer word, is onafhanklik van die grondliggende *causa* omdat nietigheid van die *causa* geen invloed het op die vraag of eiendomsreg oorgaan al dan nie.

9. 'n Verdere aanduiding daarvan dat die stelsel abstrak was, word gevind in die bestaan van die verrykingsaksie, wat aangewend is in geval 'n saak *sine causa* gelewer is.[305] Die erkenning van 'n verrykingsaksie is slegs met 'n abstrakte stelsel versoenbaar. Indien 'n geldige *causa* 'n vereiste was, sou die *rei vindicatio* ingestel moes word.[306]

10. Die Romeins-Hollandse reg kan waarskynlik as 'n abstrakte stelsel beskryf word, in dié opsig dat eiendomsreg oorgegaan het selfs al was die *causa* nietig en omdat daar op wilsooreenstemming ten opsigte van oordrag van eiendomsreg (die *animus dominii transferendi et accipiendi*) aangedring is. Daar was egter nog geen sprake van 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms wat inhoudelik slegs uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang bestaan het en wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak was nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra was vir die skrywers van die Romeins-Hollandse reg nog in die *causa* geleë, dit was nie 'n selfstandige ooreenkoms wat met die leweringshandeling gepaard gegaan het nie. Daar was geen inhoudelike abstraksie nie. In hierdie opsig was dit dus eerder 'n kousale stelsel. Dit kan egter nie ontken word nie dat die beginsel van die saaklike ooreenkoms, naamlik wilsooreenstemming wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is, wel aangetref is. Die regstelsel het dus wel ook kenmerke van 'n uitwendige abstraksie vertoon. Alhoewel heelwat kenmerke van 'n abstrakte stelsel in die Romeins-Hollandse reg aangetref word, was dit egter nie 'n suiwer abstrakte stelsel nie.

---

305 Die *condictio sine causa* is aangewend in geval van "weder-eissching van al 't gund iemand aen een ander zonder rechtelicke oorzake heeft gegeven". De Groot *Inleidinge* 3.30.15.

306 Voet *ad Digesta* 6.1.14; De Vos 1976 *TSAR* 80.

HOOFSTUK 8

RESEPSIE VAN DIE ROMEINSE REG EN DIE *USUS MODERNUS PANDECTARUM* IN DUITSLAND

8.1 Inleiding – resepsie van die Romeinse reg in Duitsland 418

8.2 Die *Usus Modernus Pandectarum* 420

8.3 Die leerstuk van *titulus et modus acquirendi* 422

8.3.1 Onderskeid tussen *titulus* en *modus acquirendi* 422

8.3.2 Betekenis en doel van die *titulus*-begrip 425

8.3.3 Die verhouding tussen *titulus* en *modus* 426

8.3.4 Ander vereistes vir die oordrag van eiendomsreg en die toepassingsgebied van die leerstuk 428

8.3.4.1 Beskikkingsbevoegdheid 428

8.3.4.2 Bedoeling om eiendomsreg oor te dra 429

8.3.4.3 Toepassingsgebied van die leerstuk 430

8.4 Die begrippe *dominium en possessio* 430

8.5 Die verkryging van fisiese beheer - *modus acquirendi* 432

8.5.1 Die *corpus*-vereiste 432

8.5.2 Lewering by wyse van *traditio ficta* (*modi ficti*) 433

8.5.3 Lewering by wyse van *constitutum possessorium* 435

8.5.4 Lewering by wyse van *traditio symbolica* 437

8.5.5 Lewering by wyse van aktes (*traditio instrumentorum*) 4389

8.5.6 Oordrag deur ooreenkoms 438

8.5.7 Samevatting 441

8.6 Uitwendige abstraksie: die *iustus titulus*-vereiste 441

8.6.1 Inleiding 441

8.6.2 'n Putatiewe *titulus/causa* voldoende 442

8.6.3 'n Objektief geldige *titulus* vereis 445

8.6.4 *Causa* bloot 'n bewysmiddel 446

8.7 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 447
8.8 Verwerping van die leerstuk van *titulus* en *modus acquirendi* ... 451
8.9 Samevatting 452

8.1 Inleiding – die resepsie van die Romeinse reg in Duitsland

Die Romeinsregtelike beginsels in die *Corpus Iuris Civilis*, soos wat dit verder deur die Glossatore en Kommentatore geïnterpreteer en ontwikkel is en deur die Kanonieke reg beïnvloed is (die *ius commune*),[1] is in Duitsland besonder volledig geresipieer. Die resepsie het meer behels as bloot die oorname van regsbeginsels uit die Romeinse reg. Dit was 'n gekompliseerde kultuurhistoriese en sosiologiese proses, wat oor enkele eeue heen gestrek het en wat verskillende fases deurgemaak het.[2] Die proses het reeds 'n aanvang geneem in die tyd van die Glossatore en Kommentatore met die opleiding van juriste, die bekendmaking van die Justiniaanse wetgewing en die uitbouing van regsliteratuur.[3] In die dertiende en veertiende eeue word die proses verder gevoer deurdat Romeinsregtelike beginsels (soos deur die Kanonieke reg beïnvloed) in kerklike reg-

1 Afgesien van Romeinse reg en Kanonieke reg bevat die *ius commune* ook nog 'n derde bestanddeel, naamlik die leenreg soos neergelê in die *Libri Feudorum*, 'n versameling Middeleeuse Italiaanse kostume en keiserlike wette. Zwalve *Europese Privaatrecht* 38. Daar is egter skrywers wat meen dat daar nie iets soos 'n *ius commune* is nie.

2 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 130: "Was war der kern dieser Veränderung? ... das Vordringen der Literatur der italienischen (und französichen) Jurisprudenz des Spätmittelalters, der von ihr ausgebildeten Juristen und der von ihnen erlernten Methoden und Lehrsätze nach Nord-europa, die sich vom 13. bis zum 16. Jh. Vollzog". ["Wat was die wese van hierdie verandering? ... die verspreiding na Noord-Europa van die Italiaanse (en Franse) regsliteratuur uit die Middeleeue, die juriste wat daarin geskool is en die metodes en leerstellings wat deur hulle geleer is en wat sig vanaf die dertiende tot die sestiende eeue voltrek het" (eie vertaling)]. Raadpleeg ook Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 133-134, 225; Coing *Europäisches Privatrecht* 4; Zwalve *Europese Privaatrecht* 1-43; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 232-233.

3 Coing *Europäisches Privatrecht* 7-9; Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 90.

banke en administratiewe organe in vele lande in Europa toegepas word (die vroeë resepsie).[4]

'n Eiesoortige Duitse nasionale privaatreg het egter eers tot stand gekom tydens die sogenaamde volledige resepsie (ook praktiese resepsie) in die tweede helfte van die vyftiende eeu en die begin van die sestiende eeu, toe die Romeinse reg in regsprekende instellings buite kerklike verband toegepas is en dit ook in wetgewing neerslag vind. In hierdie tydperk het studente wat aan universiteite in Italië en Frankryk studeer het en daarna na Duitsland teruggekeer het, 'n besondere rol vervul. Aanvanklik het hulle in die kerklike organisasie (regbanke en administratiewe liggame) gedien waar Romeinse reg toegepas is. Sedert die veertiende eeu het dit egter al hoe meer voorgekom dat van die juriste opgetree het as raadgewers van konings en keisers, of as klerke, notarisse en regters in buitekerklike geregshowe en administratiewe organe.[5] Ander was weer dosente aan universiteite waar Romeinse reg doseer is. Dit alles het meegewerk tot die bekendstelling en toepassing van die Romeinse reg in die praktyk.[6]

Verdere faktore wat bygedra het tot die Romanisering van die Duitse privaatreg gedurende hierdie tydperk was die daarstelling van *Formelbücher*, *Urkundenbücher*,[7] die gebruikmaking van openbare dokumente (soos kontrakte en testamente) deur notarisse, asook die verspreiding van die geskrifte van die Glossatore en Kommentatore. Ook die verskyning van regsliteratuur (soos byvoorbeeld die *Klagspiegel* en *Laienspie-*

4 Die uitbreiding van die Rooms-Katolieke Kerk oor die hele Europa het die resepsie in die hand gewerk deurdat die Latynse taal en kultuur bekend gestel is. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 71 ev, 116 ev; Coing *Europäisches Privatrecht* 7, 14; Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 90; Zwalve *Europese Privaatrecht* 35 ev.

5 Die sterk geromaniseerde samestelling en werkswyse van die sentrale *Reichskammergericht* wat in 1495 ingestel is verdien besondere vermelding. Sien Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 105, 177; Conrad *Rechtsgeschichte* II 341; Zwalve *Europese Privaatrecht* 5, 19-20.

6 Coing *Europäisches Privatrecht* 11-14; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 71 ev, 116-119; Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 91-93; Conrad *Rechtsgeschichte* II 340; Zwalve *Europese Privaatrecht* 38.

7 Dit was praktiese handleidings wat gebruik is vir die opstel van regsdokumente, soos ooreenkomste en dagvaardings, wat ook talle voorbeelde bevat het. Dit is ook gebruik vir doeleindes van regsonderrig.

gel) waarin die geleerde Romeinse reg in Duits weergegee word en literatuur op die inheemse reg (soos byvoorbeeld glosse op die *Sachsenspiegel*), het 'n sterk invloed uitgeoefen.[8]

Die gevolg van bogenoemde invloede was, dat die Romeinse reg vermeng geraak het met territoriale en lokale wetgewing en versplinterde inheemse gewoontereg.[9] Alhoewel die Romeinse reg teenoor die inheemse Germaanse reg teoreties 'n ondergeskikte rol gespeel het, het dit in die praktyk nietemin tog voorrang geniet deurdat dit op vele terreine van die daaglikse lewe deur juriste toegepas is.[10] Vanaf die begin van die resepsie, is die ontwikkeling van die Duitse nasionale reg beïnvloed deur verskillende geestesstrominge en filosofiese denkrigtings, soos die Humanisme, Renaissance, die *Usus Modernus Pandectarum*, die Rasionalisme en die Natuurreg. In die voorafgaande hoofstukke is die invloed van die Glossatore, die Kommentatore, die Humanisme en die Hollandse Elegante Skool bespreek. In hierdie hoofstuk word op die invloed van die *Usus Modernus Pandectarum* gekonsentreer en in die hoofstuk hierna sal die invloed van die Natuurreg bespreek word.

8.2 Die *Usus Modernus Pandectarum*[11]

Aan die einde van die sestiende eeu was die resepsie van die Romeinse reg in Duitsland 'n historiese feit en 'n onomkeerbare gebeurtenis. Kenmerkend van die werksaamhede van die Duitse juriste in die volgende twee eeue tot aan die einde van die agtiende eeu, was die feit dat die

8 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 120, 122; Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 142-144.

9 Ook *Gewohnheit* of *Usu receptum* genoem. Dit het hoofsaaklik uit ongeskrewe gewoontereg bestaan. Elke streek, stad en selfs dorp het sy eie privaatregreëls gehad. Die versplintering van die inheemse reg en die gebrek aan wetenskaplike metode en sistematiek het juis die resepsie in die hand gewerk. Sien Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 111, 114 ev, 124; Horn *Handbuch PRG* 283 ev; Coing *Europäisches Privatrecht* 7-9.

10 Coing *Europäisches Privatrecht* 39-40; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 138 ev; Zwalve *Europese Privaatrecht* 6 ev, 37; Conrad *Rechtsgeschichte* II 341; Horn *Handbuch PRG* 283; Eisenhardt *Rechtsgeschichte* op 91.

11 Die *Usus Modernus Pandectarum* was nie tot Duitsland beperk nie, dit was 'n algemeen Europese ontwikkeling en vorm deel van die *ius commune* van Europa. Daar word aanvaar dat die tydvak van die *Usus Modernus Pandectarum* in 1803 tot 'n einde gekom het, toe Savigny se *Recht des Besitzes* verskyn het. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 215; Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 147; Söllner *Usus Modernus* 172.

Corpus Iuris Civilis soos dit deur die Middeleeuse Romaniste geïnterpreteer en uitgebrei is, aangepas word om tred te hou by die behoeftes van 'n geheel ander tyd, plek en samelewing as waarvoor dit oorspronklik bedoel was.

In die Middeleeue en daarna, was daar 'n streng gebondenheid aan die tekste. Die gesaghebbendheid van die *Corpus Iuris Civilis* en die Romeinse skrywers is nie bevraagteken nie. Die uitleg van die tekste het mettertyd egter al hoe meer kunsmatig geword ten einde aan te pas by die praktiese behoeftes van die tyd, totdat die *Usus Modernus Pandectarum* met hierdie wyse van teksuitleg gebreek het. Alhoewel die werk van die Glossatore en Kommentatore (die *mos Italicus*) tot 'n groot mate voortgesit word,[12] word daar nou vryer met die tekste van die *Corpus Iuris Civilis* omgegaan[13] en die gesaghebbendheid van die glosse word selfs bevraagteken. Hieruit het 'n nuwe gemeenregtelike dogmatiek, nuwe begrippe en 'n kenmerkende sistematiek ontwikkel, wat 'n unieke Duitse nasionale regstelsel opgelewer het.[14] Hierdie nuwe benadering teenoor die oorgelewerde Romeinse reg staan bekend as die *Usus Modernus Pandectarum*, wat vertaal kan word as *die eietydse of moderne toepassing van die Corpus Iuris Civilis*.[15] Die verdienste van die *Usus Modernus Pandectarum* word soos volg deur Wieacker saamgevat:

> In die plek van die *ius commune* van Europa wat in die bronne, literatuur en leerstellings oorgeneem is, het 'n positiewe regsdogmatiek wat in die hele Duitsland van toepassing was, tot stand gekom. Die inhoud daarvan was nie meer die *Corpus Iuris* in sy wetenskaplike verwerking deur die glosse van Accursius en die Konsiliatore nie, maar die Romeinse en Duitse bestanddele van die streeksregte en die algemene Duitse gemene privaatreg,

12 Die *mos Gallicus* (juridiese Humanisme) het egter tog ook invloed uitgeoefen. Sien hfst 5 vir 'n bespreking van die Humanisme. Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 66; Wieacker *Privatrechtsgescgichte* 144 ev; 147, 161 ev; Coing *Europäisches Privatrecht* 68 en Stintzing *Rechtsgeschichte* II 88 ev, 139, 238 en 265 in verband met die invloed van die Humanisme op die *Usus Modernus Pandectarum* in Duitsland.

13 Dit wil sê, op 'n wyse wat weinig of geen verband met die oorspronklike betekenis hou nie.

14 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 206-208, 251, 273; Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 146-148; Söllner *Usus Modernus* 167 ev.

15 Die begrip *Usus Modernus Pandectarum* is afkomstig van die werk van Samuel Stryk (1640-1710) met dieselfde titel. Die terme *mores hodiernae* (huidige hofgebruik) en *nova practica* (moderne praktyk) word ook aangetref. Sien Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 204-206.

prosesreg, strafreg, staatsreg en kerkreg en die toepassing daarvan in die praktyk van die hoër howe.[16]

In die hieropvolgende bespreking word die stand van die Duitse reg na die resepsie soos dit deur die *Usus Modernus Pandectarum* uitgewerk is, weergegee. Dit vertoon kenmerke van die Romeinse sowel as die Germaanse reg aangesien die *Usus Modernus Pandectarum* 'n sintese tussen die inheemse partikulêre regte (Germaanse reg) en die Romeinse reg bewerkstellig het.[17]

8.3 Die leerstuk van *titulus et modus acquirendi*

8.3.1 Onderskeid tussen titulus *en* modus acquirendi

Dit was aan Johannes Apel (1485-1536) te danke dat die Romeins-regtelike onderskeid tussen *causa* en *traditio*, soos wat dit deur die Middeleeuse juriste ontwikkel is, in Duitsland geresipieer is. Alhoewel hy vanweë die ampte wat hy beklee het[18] beskou word as 'n praktisyn uit die skool van die laat Kommentatore, het hy terselfdertyd na aan die juridiese Humanisme beweeg, wie se strewe hy gedeel het om na die Romeinse bronne terug te keer en om die reg te sistematiseer.

In Apel se tyd is die begrippe *causa efficiens remota* en *causa efficiens proxima* (ook *causa finalis*) dikwels met mekaar verwar. Daarbenewens is

16 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 214 (eie vertaling): "An der Stelle des in Quellen, Literatur und Lehrsätzen einfach übernommenen jus commune Europas schuf er eine positive Rechtsdogmatik des gesamten in Deutschland geltenden Rechts. Ihr gegenstand war nicht mehr das Corpus Iuris Civilis in seiner wissenschaftlichen Aufbereitung durch die accursische Glosse und die Konsiliatoren, sondern die römischen und deutschen Bestandteile der Territorialrechte und des allgemeinen gemeindeutschen Privat-, Proseß-, Straf-, Staats-, und Kirchenrechts in ihrer Anwendung in der aktuellen Praxis der oberen Gerichte". Raadpleeg verder Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 146-148; Söllner *Partikularen Recht* 501-502; Söllner *Usus Modernus* 174; Van Zyl *Romeins-Hollandse* reg 237; Stintzing *Geschichte* II 8.

17 Coing *Europäisches Privatrecht* 25-38; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 228: "Das Ergebnis der Rezeption war eine einheitliche, wissenschaftlich begründete Rechtsordnung, in der Normen und Institutionen römischer, germanischer und kanonischer Herkunft eine nicht mehr auflösbare geschlossene Doktrin bildeten". ["Die resultaat van die resepsie was 'n uniforme, wetenskaplik begronde regsorde waarin die norme en instellings van Romeinse, Germaanse en Kanonieke herkoms 'n geslote leerstelsel vorm wat nie meer van mekaar losgemaak kon word nie" (eie vertaling)].

18 Hy was aanvanklik in die kerklike administrasie werksaam, maar het later professor geword en sedert 1534 was hy *Ratskonsulent* in Nürnberg. Vir meer besonderhede oor Apel, sien Hofmann *Titulus und Modus* 22; Stintzing *Geschichte* I 287 ev; Brandt *Eigentumserwerb* 51-52, 74; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 157.

die standpunt dat *contractus* een van die wyses was waarop eiendomsreg oorgedra kon word, ook aangetref. Hy het hierdie standpunt egter verwerp. Die korrekte opeenvolging van *causae* by afgeleide wyses van eiendomsverkryging, was volgens hom die volgende: (1) *contractus* (*emptio, donatio, transactio*); (2) *traditio, apprehensio, retentio;* (3) *dominium* en (4) *rei vindicatio*.[19] Apel onderskei dus tussen die grondliggende ooreenkoms of *contractus* en *traditio*. Die *contractus* is die *causa proxima* vir *traditio* (dit is die *causa traditionis*; die rede waarom fisiese beheer oorgedra word) en die *causa remota* vir *dominium*. Die daadwerklike verskaffing van fisiese beheer (*traditio* of *modus acquirendi*), is die direkte oorsaak vir die oorgang van eiendomsreg (dit is die *causa proxima dominii*).[20] Die verkryger word egter nie eienaar omdat fisiese beheer oorgedra word nie, maar omdat dit *ex causa emptionis* geskied:[21]

> Die naaste en algemene oorsaak van eiendomsreg is die volgende: toeeiening, vinding, aanspoeling, lewering (*traditio*), feitlike inbesitname (*apprehensio*), *retentionem*[22] ensovoorts ... wanneer lewering, inbesitname of *retentio* die wyse van eiendomsverkryging (is), ... is kontrakte, delikte en dergelike die verwyderde oorsaak. Op hierdie wyse word hy aan wie gelewer word eienaar, nie bloot omdat die saak aan hom gelewer is nie, maar op grond van koop, skenking, bruidskat, lening, legaat, erflating, skuldeiging, skikking of regterlike vonnis. Maar in die geval van ander wyses, anders as lewering, inbesitname en retentio is daar geen rede waarom so 'n onderskeid gemaak moet word nie.[23]

---

19 Apel *Methodica* folio M1. Raadpleeg verder Stintzing *Geschichte* I 295-296; Fuchs *Iusta Causa* 74 vn 21; Brandt *Eigentumserwerb* 51-52; Hofmann *Titulus und Modus* 22.

20 Hierdie onderskeid tussen *causa* en *traditio* is slegs op afgeleide wyses van eiendomsverkryging van toepassing.

21 Sien ook Apel *Isagoge* 144: "Praeterea traditionem esse modum infirmiorem, sic ut iustam causam requirat." ["Dat traditio daarbenewens 'n swakker manier is, soveel so dat dit 'n redelike oorsaak vereis" (eie vertaling) – aanhaling gevind in Hofmann *Titulus und Modus* 59]. Dws, *traditio* werk nie uit eie krag soos ander *modi* nie.

22 Apel gebruik die begrip *retentio* vir die gevalle van *traditio ficta* (fiktiewe lewering). Sien Fuchs *Iusta Causa* 74 vn 21.

23 Apel *Methodica* folio M1 (eie vertaling): "Causam proximam et generalem dominium habet occupationem, inventionem, alluvionem, traditionem, apprehensionem, retentionem et caetera ... remotam contractus, delicta et quasi. ... Atque id tum, cum modus acquirendi dominium est traditio, apprehensio vel retentio. Sic fit dominus is, cui traditur, non quia simpliciter ei traditur, sed quia ex causa emptionis, donationis, dotis, mutui, legati, hereditatis, solutionis, transactionis, sententiae vel simil. ... In aliis vero modis praeter traditionem, apprehensionem et retentionem nihil est, quod tale discrimen faciamus" (aanhaling gevind in Fuchs *Iusta Causa* 73-74). Raadpleeg verder Hofmann *Titulus und Modus* 11, 12, 20-22; Stintzing *Geschichte* I 295; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 3-4, 6-7; Brandt *Eigentumserwerb* 51-52, 74; Fuchs

Sedert Johannes Apel word in Duitsland algemeen aanvaar dat eiendomsreg oorgedra word, (1) mits daar 'n *causa* is (ook *causa remota*) en (2) mits fisiese beheer verskaf word (*traditio* of *modus acquirendi*; ook *causa proxima*).[24] Sommige skrywers het die begrip *causa* met *titulus* vervang.[25] Alhoewel die terminologie miskien nie suiwer Romeinsregtelik is nie, is die onderskeid tussen *titulus* en *modus* nietemin geskoei op die Romeinse wyses van eiendomsoordrag soos wat dit verder deur die Glossatore ontwikkel is. Dethard Horst (1548-1618) was een van die eerste skrywers wat Apel se onderskeid oorgeneem en sistematies verwerk het:[26]

> Die oorsaak vir verkryging (*causa acquirendi*) is slegs 'n voorbereidende fase vir die vestiging van 'n reg, vir verkryging en oordrag; maar die reg kom tot stand en dit word verkry deur middel van 'n wyse van verkryging (*modus acquirendi*); en daarom, soos almal weet, verskil die *causa acquirendi* en die *modus acquirendi* van mekaar net soos oorsaak en gevolg.[27]

Hierdie onderskeid word ook by latere voorstanders van die leerstuk tot aan die einde van die sewentiende eeu aangetref. Uit die onderstaande aanhalings blyk, verder ook dat *titulus* en *modus* gesien is as twee afsonderlike regshandelinge wat beide vereis word ten einde oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig. Dit beteken dat die *Usus Modernus Pandectarum* in hierdie opsig van die siening van sekere Natuurreggeleerdes afgewyk het en dat die *traditio*-beginsel en nie die kontraksbeginsel nie,

---

Iusta Causa 74; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 81; Coing *Europäisches Privatrecht* 179.

24 Daar word veral gesteun op *Institutiones* 2.1.40-42, *Digesta* 41.1.31 *pr*, *Codex* 2.3.20 en *Digesta* 12.4.3.8. Raadpleeg Coing *Europäisches Privatrecht* 178-179, 303. Hofmann *Titulus und Modus* 7 en 17 wys egter daarop dat Hofacker, Struve, Brunnemann en Müller nie hierdie onderskeid gesteun het nie. Sien hieroor Hugo *Civilistisches Magazin* IV 160.

25 Die begrip *titulus* is reeds in die 11e eeu in die *Brachylogus* 2.8.5 aangetref. Sien Ehrhardt *Justa Causa* 6-7; Hofmann *Titulus und Modus* 23-24; Stintzing *Geschichte* I 296; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 3-4.

26 Die heel eerste skrywer wat Apel se onderskeid oorgeneem het, alhoewel nog baie vaag, was Oldendorp (1480-1567). Hy is nagevolg deur Spiegel in *Lexicon Iuris Civilis* 1546 (*Titulus*) en Dethard Horst. Raadpleeg Stintzing *Geschichte* I 296, 449.

27 Horst *Jurisprudentia* 3.3 (eie vertaling): "Per causam acquirendi praeparatorie tantum agitur de constitutione juris, acquisitioneque et translatione; per Modum autem acquirendi fit ipsa juris constitutio et acquisitio; ideoque notorie tanquam causa et effectus Causa acquirendi et Modus acquirendi different" (aanhaling gevind in Stintzing *Geschichte* I 451).

toegepas is.[28] Eiendomsreg gaan dus nie deur blote kontraksluiting oor nie, fisiese beheer moet verskaf word:

> ... die Romeinse reg wyk in hierdie opsig van die Natuurreg af. Dit vereis vir die oordrag van 'n saaklike reg meer as 'n kontrak; die kontrak het slegs 'n *ius ad rem* tot gevolg ... so word nog *traditio*, die oorhandiging vereis.[29]
>
> Maar soveel as wat 'n titel vir die bewerkstelliging van oordrag vereis word, so min verskaf dit op sigself eiendomsreg, tensy lewering bykom. Beide moet gelyktydig teenwoordig wees.[30]

8.3.2 Betekenis en doel van die titulus-*begrip*

Die begrip *titulus* (*causa*) word deur die meerderheid skrywers gebruik in die betekenis van 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms, wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is en wat 'n verpligting om te lewer in die lewe roep, soos 'n koopkontrak, skenking, lening, *solutio* of testamentêre beskikking. Die rede vir hierdie vereiste, is om dit duidelik te maak dat fisiese beheer verskaf word met die doel om eiendomsreg oor te dra en nie bloot net om die saak uit te leen of te verhuur nie. Dit bepaal dus die aard van die reg wat oorgedra word:

> Wanneer mens dus deur lewering van die kant van die eienaar ... eiendomsreg op 'n saak wil verkry, dan moet daar 'n verbintenis wat oordrag ten doel het voorafgaan. Hierdie verbintenis uit hoofde waarvan op oordrag aangedring kan word, heet die titel van die oordrag (*titulus traditionis*).[31]

---

28 Sien die bespreking in hoofstuk 9 vir die standpunt in die Natuurreg dat eiendomsreg deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra is.

29 Höpfner *Commentar* §334 n 1 (eie vertaling): " ... das röm. Recht geht aber in diesem Stücke vom Naturrecht ab. Es erfordert zur Translation eines dinglichen Rechts mehr als den Vertrag; der Vertrag wirkt nur ein jus ad rem ... so wird noch Traditio, die Übergabe erfordert". Sien ook Struve *De Dominio* 57.2: " ... in traditione vero haec duo semper sint distincta, modus acquirendi, qui est ipse traditio & causa seu titulus, qui possessionem cujusque tuetur ac justificat." [" ... maar by *traditio* is hierdie twee altyd afsonderlik van mekaar, naamlik (aan die een kant) die wyse van verkryging (*modus*) wat eintlik die lewering is en (aan die ander kant) die oorsaak of titel, wat die besit van enigeen beskerm en regverdig" (eie vertaling) – aanhaling gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* op 11 vn 2]. Verder Brunnemann *ad Codex* 2.3.20; Leyser *Meditationes* 7.444.3 en 4. Raadpleeg ook Felgentraeger *Savignys Einfluß* 11, 20; Coing *Europäisches Privatrecht* 303; Brandt *Eigentumstheorien* 53 ev; Diesselhorst *Hugo Grotius* 34, 50; Hofmann *Titulus und Modus* 54-55; Stintzing *Geschichte* III 153 ev (vir meer besonderhede oor Berger).

30 Westphal *Römischen Rechts* 389: "So sehr aber der Titel zur wirkung der Übergabe erfordert wird, so wenig gibt er das Eigentum allein und wenn die Übergabe nicht noch hinzukommt. Es muß beides beisamen seyn" (eie vertaling).

31 Glück *Pandectencommentar* VIII 89-90 (eie vertaling): "Wenn mann also durch übergabe von seiten des Eigenthümers ... die Proprietät einer Sache erwerben soll, so muss eine Forderung (obligatio) vorhergehen, die eine Veräusserung bezweckt. Diese Forderung vermöge welcher man die Uebergabe verlangen kann, heißt der

> Lewering (traditio) ... berus op die grondreël: hy aan wie besit op die saak van die eienaar verskaf word uit hoofde van 'n verbintenis wat op eiendomsreg gerig is, verkry eiendomsreg. Anm. Hierdie is nou die eerste geval waar twee gebeurtenisse aanleiding gee tot die totstandkoming van eiendomsreg: (1) die ontstaan van die verbintenis (*causa praecedens*) en (2) die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*, ook in verhouding met eersgenoemde, *solutio*).[32]

Alhoewel die meeste skrywers van oordeel was dat die *titulus* 'n verbintenisskeppende ooreenkoms is wat *traditio* voorafgaan (dit is 'n *causa praecedens*),[33] word die standpunt ook aangetref dat die ooreenkoms en verskaffing van fisiese beheer gelyktydig kan plaasvind:

> ... dat hulle in tyd van mekaar verwyderd is, dit wil sê dat die verbintenis reeds 'n tyd lank kon geduur het voordat dit deur *traditio* vervul word, is nie wesenlik nie; die verbintenis kan ook deur dieselfde handeling tot stand kom as waardeur dit vervul word, soos byvoorbeeld in geval van 'n geskenk, of 'n lening wat voorheen belowe is.[34]

8.3.3 Die verhouding tussen titulus *en* modus

'n Belangrike aspek van Apel se sistematiek was die feit dat hy waarskynlik die eerste Duitse juris was wat tussen saaklike regte (*dominium/ius in re*) en persoonlike regte (*obligatio/ius ad rem*) onderskei het; dit

---

Titel zur Uebergabe (titulus traditionis)". Obrecht *Traditionibus these* 12: "Remota efficiens traditionis causa est idoneus titulus. Idoneus ille titulus habetur qui rei dominium, non qui ejus usum, vel custodiam transfert" [" 'n Verwyderde *causa* is 'n voldoende titel vir *traditio*. As voldoende word beskou daardie titel wat die eiendomsreg van 'n saak en nie die saak se gebruik of veilige bewaring nie, oordra" (eie vertaling) – aanhaling gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 7 vn 3]. Tolosanus *Syntagma* 40.7: "Limitat et causa trad. effectum; nam qui ex depos., comm. ... tradit, non transfert dominium" ["Ook die *causa* vir *traditio* beperk die regswerking daarvan; want hy wat uit hoofde van 'n *depositum* of *commodatum* ... lewer, dra nie eiendomsreg oor nie" (eie vertaling) – aanhaling gevind in Hofmann *Titulus und Modus* 59].

32 Hugo *Pandecten* IV 35 (eie vertaling): "Die Übergabe (*traditio*) ... beruht auf dem Grundsatze: wenn an einer Sache vom Eigenthümer, in Gemäßheit einer auf das Eigenthum gerichteten Forderung, der Besitz eingeräumt wird, der erlangt das Eigenthum. Anm. Hier ist nun der erste Fall, wo zwey Begebenheiten zur Entstehung des Eigenthums gehören, 1. Die Entstehung der Forderung (*causa praecedens*) und 2. Die Übergabe (*Traditio*, auch in Beziehung auf jene: *Solutio*)". Sien ook Hugo *Civilistisches Magazin* I 228 en IV 137 ev; Glück *Pandectencommentar* IV 143, 152; Struve *ad Digesta* 41.1.55; Thibaut *Theorie des Rechts* 216-217; Höpfner *Commentar* §293; Reutter *De Dominio* 27.

33 Volgens Thibaut *Pandectenrechts* §736, Glück *Pandectencommentar* VIII 89, 118, 120-123 en Vultejus *Jurispr Rom* 379 moes die *causa* noodwendig voor *titulus* tot stand gekom het.

34 Hugo *Pandecten* IV 35 (eie vertaling): " ... daß diese der Zeit nach verschieden sind, d.h. daß die Forderung schon eine Zeitlang gedauert hat, ehe die *Tradition* ihr Genüge thut, ist aber nicht wesentlich, die Forderung kann auch durch eben die

was weer die grondslag vir die onderskeid tussen *causa remota* (*contractus*) en *modus acquirendi* (*causa proxima* of *traditio*).[35] In navolging van Apel, word geleer dat die verbintenisskeppende ooreenkoms of *titulus* nog geen saaklike werking het nie; dit bring slegs 'n persoonlike vorderingsreg ('n *ius ad rem*) tot stand.[36] Die begrip *modus acquirendi* (*traditio*) verwys na die verskaffing van fisiese beheer, welke handeling uitgevoer word ter nakoming van die verpligting wat uit die verbintenis voortspruit. *Titulus* en *modus* staan dus in verhouding van vorderingsreg (verpligting) en voldoening tot mekaar.[37] Eers nadat fisiese beheer verskaf is, verkry die verkryger 'n saaklike reg (*ius in re*):

> Dit lyk of daar 'n verskil is tussen die oorsake (*causae*) en wyses van die oordrag van eiendomsreg (*modi*). Want *causa* gaan vooraf, sodat dit in effek minder belangrik en dwingend is en deur middel daarvan ontstaan 'n reg op 'n saak (*ius ad rem*) en 'n persoonlike aksie om lewering (*traditio*) af te dwing. 'n *Modus* is 'n wyse en 'n handeling waardeur 'n saaklike reg (*ius in re*) ... verwerf word.[38]

> Die reg wat ons toepas, het of betrekking op persone, of op sake, of op aksies ... daardie regte wat gaan om sake is of saaklike regte (*in re*) of regte met die oog op 'n saak (*ad rem*).[39]

Sommige skrywers gebruik weer die begrippe *moontlikheid* en *werklikheid* om die verhouding tussen *causa* (*titulus*) en *modus* (*traditio*) te verduidelik. *Titulus* verwys na dit wat regtens moontlik is en wat deur die

---

Handlung entstehen, durch welche sie erfüllt wird, wie z.b. bey einem Geschenke, oder bei einem *Mutuum*, die vorher versprochen waren".

35 Die gelykstelling van *causa* aan *ius ad rem* en van *modus* aan *ius in re* is waarskynlik die gevolg daarvan dat Romeinse en Germaanse beginsels met mekaar vermeng geraak het. Stintzing *Geschichte* I 194-295; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 2-3; Fuchs *Iusta Causa* 71 ev; Brandt *Eigentumserwerb* 49, 51-52; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 157.

36 Heineccius *ad Institutiones* 2.1 §284, 3.14 §746 ev (" ... 'n kontrak bewerkstellig bloot 'n persoonlike reg"); Hugo *Civilistisches Magazin* I 85: " ... titulus an sich [gibt] nur ein jus in personam ... ". Verder Hugo *Civilistisches Magazin* IV 156, 178-179. Raadpleeg Hofmann *Titulus und Modus* 46-49, 54-56; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 14.

37 Of anders gestel, dit staan in verhouding van oorsaak en gevolg.

38 Lauterbach *ad Digesta* 41.1 n 56 (eie vertaling): " ... apparet, Causas et Modus dominium transferendi differe. C. enim praecedit, ut efficiens minus principalis et impulsiva, per quam ius ad rem et personalis actio ad faciendam trad. oritur. Modus est instrumentum et actus, ut ipsum ius in re ... acquiratur ... ". Westphal *Römischen Rechts* 389: "Der Titel gibt nur ein persönliches Recht, die Übergabe verwandelt dies erst zu einem jus in re" ["Die titel verskaf bloot 'n persoonlike reg, eers lewering verander dit in 'n saaklike reg" (eie vertaling)]. Sien ook Lauterbach *ad Digesta* 41.1 n 51, 55 en 56.

verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) 'n werklikheid word. Dit is maar net 'n ander manier om te sê dat *titulus* 'n vorderingsreg (*ius ad rem*) tot stand bring, terwyl *traditio* 'n saaklike reg (*ius in re*) tot gevolg het:

> Wanneer iemand vir homself 'n saaklike reg wil verkry, dan is twee dinge nodig: 'n regmatige titel en 'n *modus acquirendi*. Daar moet met name in die eerste plek 'n regsgrond aanwesig wees wat dit moontlik maak om die saaklike reg te verkry. Daarby moet ook nog 'n feitlike handeling bykom waardeur die saaklike reg werklik aan my oorgedra word. ... My *modus* ... het die moontlikheid in 'n werklikheid omgesit.[40]
>
> As jy dan 'n saaklike reg (*ius in re*) wil verwerf, word daar natuurlik normaalweg [die volgende] vereis: 'n titel en 'n wyse van verkryging (*modus*). Want 'n titel is 'n soort wetlike regverdiging waardeur die verkryging van die reg op 'n saak moontlik word. Daarenteen noem ons die wyse van verkryging (*modus*) 'n liggaamlike handeling wat 'n verkryging 'n werklikheid maak.[41]

8.3.4 Ander vereistes vir die oordrag van eiendomsreg en die toepassingsgebied van die leerstuk

8.3.4.1 Beskikkingsbevoegdheid

Hierbo is aangetoon dat 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms (*titulus*) en verskaffing van fisiese beheer (*modus acquirendi*), vereistes vir die oordrag van eiendomsreg was. Aangesien die stelreël *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*[42] ook geresipieer is, was dit verder 'n vereiste dat die vervreemder beskikkingsbevoeg moes wees. Die eienaar kon sy saak van enige derde opvorder, behalwe

---

39 Struve *De Dominio* 57.2: "Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones ... Jus istud circa res, vel est in re vel ad rem" (eie vertaling).

40 Höpfner *Commentar* §293 (eie vertaling): "Wenn man sich ein dingliches Recht erwerben will, so sind zwey Stücke nöthig: ein rechtmässiger *Titel* und ein *Modus Acquirendi*. Nämlich es muß zuforderst ein rechtlicher Grund vorhanden seyn, der es möglich macht, das dingliche Recht zu erwerben. Dazu muß ein körperliches Factum kommen, wodurch das dingliche Recht wirklich auf mich übertragen wird. ... Mein *Modus* ... hat jene Möglichkeit in eine Wirklichkeit verwandelt". Sien ook Böhmer *ad Digesta* 41.1.38 en 39.

41 Heineccius *ad Institutiones* 2.1 §293 (eie vertaling): "Requiritur nempe, si quidem jus in re adquirere velis, ordinario: titulus et modus acquirendi. Est autem titulus ratio quaedaem legalis, qua adquisitio juris in re possibilis fit. Modum contra acquirendi vocamus factum corporeum, adquisitionem reddens existentem". Sien ook Thibaut *Pandectenrechts* §736: "das Geschäft welches dem die Uebertragung bewirkenden Zeichen vorangehe, wodurch es möglich werde, daß die Erlangung des Besitzes den Erwerb des Eigentums bewirke" ["*Titulus* is daardie ooreenkoms wat die handeling waardeur oordrag bewerkstellig word voorafgaan, waardeur dit moontlik word dat die verkryging van besit ook die verkryging van eiendomsreg tot gevolg het" (eie vertaling)].

42 *Digesta* 50.17.54: niemand kan meer regte oordra as wat hyself het nie.

as hy reeds deur verkrygende verjaring eienaar geword het. *Bona fide* verkrygers is nie teen die *rei vindicatio* van die eienaar beskerm nie,[43] maar indien 'n saak op grond van 'n geldige titel van 'n beskikkingsonbevoegde persoon ontvang is, het hulle die beskerming van die *actio Publiciana* geniet.[44] In geval van roerende goed het die stelreël *mobilia non habent sequelam* egter aanwending gevind.[45]

8.3.4.2 Bedoeling om eiendomsreg oor te dra

Die bespreking tot dusver het aan die lig gebring dat daar in die *Usus Modernus Pandectarum* drie vereistes op die oordrag van eiendomsreg van toepassing was, naamlik: (1) 'n *titulus* (*causa*), (2) *modus* (*traditio*) en (3) beskikkingsbevoegdheid. Sommige skrywers het daarbenewens ook nog vereis (4) dat die partye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra, wat as 'n afsonderlike vereiste beskou is:

> Bowe-al word by eiendomsreg 'n wettige verkryging vereis, wat tweeledig is: (I) 'n geldige titel of *causa* wat deur die reg goedgekeur is en die verkryging regverdig; (II) 'n manier of 'n wyse deur middel waarvan eiendomsreg onmiddellik verkry en oorgedra word. ... Bowendien moet die een wat oordra ook die bedoeling hê om oor te dra ... Die bedoeling is kenbaar uit die titels, waarvan sommiges op die oordrag van eiendomsreg betrekking het en ander nie. Eersgenoemde is dié wat oordrag van eiendomsreg ten doel het en hulle is uitsluitlik hier van toepassing. ... Oordrag (*traditio*) volg dus die aard van die titel.[46]

---

43 Die enigste uitsondering was wanneer die *fiscus* 'n saak waarvan hy nie die eienaar was nie vervreem het. Die eienaar kon sy saak nie van die verkryger met die *rei vindicatio* opvorder nie, hy moes teen die *fiscus* optree. Zwalve *Europese Privaatrecht* op 162-163.

44 Sien Zwalve *Europese Privaatrecht* 66, 163.

45 Coing *Europäisches Privatrecht* 306-307.

46 Böhmer *ad Digesta* 41.1 (eie vertaling): "[5] Imprimis in dominio requiritur legitima acquisitio, quae duo: (I) titulum justum seu causam a legibus probatam, acquisitionem justificantem: (II) modum seu medium, mediante quo immediate dominium acquiritur & transfertur. ... [35 Tradens] ... praeterea etiam animum transferendi habere debet ... [36] Cognoscitur animus ex titulus, quorum alii sunt dominii translativi, alii non translativi. Illi sunt, quibus intenditur translatio dominii & huc unice pertinent ... Traditio itaque sequitur naturam tituli". Ook Heineccius *ad Institutiones* 2.1 §334; Höpfner *Commentar* §355: "Erfordernisse der *traditio*: 3. ... so muß der Tradirende ... die Absicht zu alieniren haben" ["Die vereistes vir *traditio*: ... 3. Die vervreemder moet die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra ... " (eie vertaling)]. Raadpleeg ook Coing *Europäisches Privatrecht* 303; Gordon *Traditio* 181; Struve *ad Digesta* 41.1.5.

8.3.4.3 Toepassingsgebied van die leerstuk

Daar het geen eenstemmigheid met betrekking tot die toepassingsgebied van die leerstuk betreffende oordrag deur *titulus et modus acquirendi* bestaan nie. Sommige skrywers het dit net van toepassing gemaak op *traditio* (oordrag van eiendomsreg op afgeleide wyse), ander op *traditio* en *usucapio*, terwyl nog ander dit ook toegepas het op oorspronklike wyses van verkryging, asook op die verkryging van regte in die algemeen. Die algemeen aanvaarde standpunt was egter dat die onderskeid tussen *titulus* en *modus acquirendi* slegs op *traditio* en *usucapio* van toepassing is:[47]

> En dit verskil van al die ander wyses van verkryging kragtens die *ius gentium*, veral in hierdie opsig, naamlik dat in die geval van daardie ander wyses die titel of *causa* en die *modus acquirendi* (wyse van verkryging) een en dieselfde ding is, maar by *traditio* is hierdie twee altyd afsonderlik van mekaar ...[48]

8.4 Die begrippe *dominium en possessio*

Die skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum* het weinig veranderinge ten aansien van die Middeleeuse Romaniste se siening van *dominium* tot stand gebring. In die algemeen gesproke kom variasies van Bartolus se definisie van *dominium* nog steeds voor.[49] In lyn met die Romanistiese tradisie word *dominium* verdeel in *dominium plenum* en *dominium minus plenum*.[50] Laasgenoemde word weer in *dominium utile* en *do-*

---

47 In geval van *usucapio* het die vorige eienaar natuurlik nie die bedoeling om eiendomsreg oor te dra nie. Sien hfst 8.8 vir kritiek teen hierdie wye toepassing van die leerstuk.

48 Struve *De Dominio* 57.2 (eie vertaling): "Et hoc praecipium habet pro reliquis acquirendi modis juris gentium, quod in reliquis titulus seu causa & modus acquirendi sint unum & idem, in traditione vero haec duo semper sint distincta ...". Lauterbach *ad Digesta* 41.1 n 56: " ... Aliud est in modis originariis, ubi (causa a modus) separari nequeunt, sed simul coincidunt" [" ... Dit is 'n ander saak in die geval van die oorspronklike wyses waar oorsaak nie van wyse geskei kan word nie en hulle saamval" (eie vertaling)]. Sien ook Heineccius *ad Institutiones* 2.1 §295, §334 ev; Heineccius *ad Digesta* 41.1 §162; Hugo *Civilistisches Magazin* IV 137; Verder Stintzing *Geschichte* II 139 ev; Hofmann *Titulus und Modus* 8-9, 16-17, 19; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 7, 10, 23-24; Fuchs *Iusta Causa* 78-79; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 82.

49 Sien bv Heineccius *ad Digesta* 41.1 §161; Lauterbach *ad Digesta* 41.1 n 3; Stryk *Opera* 3.1.3.3.

50 Eiendomsreg waarvan die gebruiksbevoegdheid en die vervreemdingsbevoegdheid van mekaar geskei is.

minium directum onderverdeel.[51] Die skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum* omskep hierdie verdeling in 'n eiendomsleer, wat voorsiening maak vir die gelyktydige en solidêre bestaan van twee verskillende eiendomsvorme, naamlik *Obereigentum* en *Untereigentum* (of *nutzbare eigentum*) wat 'n gedeelte van *proprietas* omvat.[52]

Possessio naturalis word oor die algemeen met feitlike beheer of met *detentio* vereenselwig, wat met *possessio civilis* (egte *possessio*) gekontrasteer word.[53] *Possessio civilis* word meestal aan die *animus dominus* verbind,[54] alhoewel daar soms ook van die *animus rem sibi habendi* sprake is, sonder dat dit heeltemal duidelik is of die *animus rem sibi habendi* slegs met verwysing na *possessio civilis* gebruik word al dan nie.[55]

Die Middeleeuse Romaniste se sporadiese verwysing na *pro suo possidere* word dus met 'n eksplisiete omskrywing van *possessio* in terme van die *animus domini* vervang. Hierdie vorm van *possessio* word nie in die eerste plek op eiendomsverkryging van toepassing gemaak nie, maar op die eienaar se gebruik van sy saak as sodanig. Die feit dat die eienaar se bedoeling as maatstaf vir *possessio* gebruik word, dui aan dat die beheer en gebruik van die saak in die eerste plek by die eienaar tuishoort. *Civilis possessio* is dus die egte besit van die eienaar.[56] Die groter beklemtoning van die *animus*-element van *possessio* word in 'n mate getemper deur dit alleen op die eiendomsverkrygende funksie van *possessio* te betrek. Die *animus domini*-toets word dus vir die saaklike funksie gereserveer.[57]

---

51 Sien bv Heineccius *ad Digesta* 41.1 §161; Heineccius *ad Institutiones* 2.1 §290-292; Brunnemann *ad Digesta* 7.1.63.

52 Verg bv Lauterbach *ad* Digesta 41.1 n 4.

53 Brunnemann *ad Codex* 7.32.4.16; Lauterbach *ad Digesta* 41.2 n 3.

54 Stryk *Opera* 10.2.2.9: "Civiliter possidet, qui animo et cogitatione Domini possidet, justa ex causa et bona fide. Naturaliter possidet, qui iniuste aut absque animo et affectu Domini quae naturalis possessio modo injusta est" ["Kragtens die *ius civile* besit dié persoon wat met die bedoeling en voorneme van 'n eienaar besit, kragtens 'n *iusta causa* en goeie trou. Kragtens die Natuurreg besit dié persoon wat onregmatig en buite die bedoeling en gesindheid van die eienaar [besit] en hierdie wyse van natuurlike besit is onregmatig" (eie vertaling].

55 Heineccius *ad Digesta* 41.2 §197.

56 Van der Walt *Houerskap* 302.

57 Van der Walt *Houerskap* 301.

8.5 Die verkryging van fisiese beheer - *modus* acquirendi (*traditio*)

8.5.1 Die corpus-*vereiste*

Soos reeds opgemerk, was die verskaffing van fisiese beheer (*modus acquirendi*) een van die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg.[58] Dit beteken dat die *Usus Modernus Pandectarum* die *traditio*-beginsel en nie die kontraksbeginsel nie, toegepas het.[59] Fisiese beheer word *corpore et animo* verkry op enige van die wyses waarvoor daar in die *Corpus Iuris Civilis* voorsiening gemaak word. Die algemene reël in geval van roerende goed was dat die verkryger die saak werklik fisies moes hanteer (*apprehensio*). In geval van grond moes hy die grond betree (*introductio*). Die verkryger moes fisiese beheer verkry met die *animus domini* - dit wil sê, met die bedoeling om fisiese beheer as eienaar uit te oefen (alhoewel die begrip *animus rem sibi habendi* soms ook in hierdie verband teëgekom word).[60] Die begrip *modi veri* is soms gebruik met verwysing na daadwerklike fisiese hantering, in teenstelling met *modi ficti*. Sommige skrywers het egter 'n wye omskrywing aan die *corpus*-vereiste gegee deur te aanvaar dat dit voldoende was indien die saak aan die beheer of mag (*potestas*) van die verkryger onderwerp word, sodat hy daaroor kan beskik, selfs al het hy die saak nie werklik fisies hanteer nie.[61]

Alhoewel die standpunt van die toonaangewende Natuurreggeleerdes, naamlik dat verskaffing van fisiese beheer nie nodig is vir die verkryging van eiendomsreg nie,[62] nie deur die *Usus Modernus Pandectarum* aanvaar is nie, het dit sommige van die skrywers tog in 'n mate beïnvloed. Die standpunt word byvoorbeeld aangetref dat verskaffing van fisiese be-

---

58 Indien dieselfde saak aan meer as een koper verkoop is, was die persoon aan wie fisiese beheer oorgedra is gevolglik in 'n sterker posisie. Raadpleeg Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 238; Brandt *Eigentumserwerb* 52; Coing *Europäisches Privatrecht* 303.

59 Die standpunt in die Natuurreg waarvolgens eiendomsreg reeds deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra is (sien hfst 9.5.2), is in die lig van *Codex* 2.3.20 verwerp.

60 Sien die bespreking by hfst 8.4.

61 Sien bv Struve *ad Digesta* 41.1.57; Westphal *Übergabe und Belehnung* 4-6 en 9. Verder Biermann *Traditio Ficta* 218-219, 221-222; Gordon *Traditio* 179-180; Coing *Europäisches Privatrecht* 304-305.

62 Sien die bespreking in hfst 9.4.1.

heer slegs nodig is, omdat dit (in samehang met die *causa*) dien as bewys daarvan dat die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Dit is net so goed soos 'n formele verklaring deur die vervreemder dat hy eiendomsreg oordra.[63] Indien hierdie standpunt tot sy logiese konsekwensies deurgevoer word, impliseer dit dat die verskaffing van fisiese beheer nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie, ook nie in geval van *traditio vera* nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry behoort altyd voldoende te wees.

8.5.2 Lewering by wyse van traditio ficta (modi ficti)

Die meeste skrywers het ook oordrag by wyse van *traditio ficta* waar geen fisiese handeling uitgevoer word nie, erken aangesien dit gerieflik is, in die regsverkeer bruikbaar is en die doel dien om verkrygers te beskerm indien die verkoper dieselfde saak aan iemand anders vervreem.[64] *Traditio ficta* word soos volg omskryf:

> ... wanneer wederkerige lewerings, wat in strenge reg noodsaaklik was vir die oordrag van eiendomsreg, versin word ten einde omslagtigheid te vermy, in ooreenstemming met die bekende gesegde dat dit wat deur middel van min dinge kan geskied, nie deur middel van te veel dinge moet geskied nie.[65]

Daar was egter geen eenstemmigheid betreffende die indeling van die verskillende vorme van *traditio ficta* nie. Die gebruiklike indeling was: *tra-*

---

63 Höpfner *Commentar* §281: "(a) wenn ich mir das physische Vermögen erwerbe über die Sache zu disponieren, (b) die Absicht habe, sie zu behalten und (c) beydes durch ein körperliches Factum zu erkennen gebe'. [" ... (a) wanneer ek die fisiese vermoë verkry om oor die saak te beskik, (b) die bedoeling het om dit te behou en (c) beide deur 'n liggaamlike handeling te kenne gee" (eie vertaling)]. Sien ook Höpfner *Commentar* §335: "Jede körperliche Handlung übrigens, wodurch ich zu erkennen gebe, dass ich den Besitz der Sache auf den anderen übetragen haben wolle, ist eine Tradition" ["Trouens, elke fisiese handeling waardeur ek te kenne gee dat ek besit van die saak op die ander wou oordra is 'n *traditio* ..." (eie vertaling)]. Raadpleeg ook Gordon *Traditio* 181-183 en Biermann *Traditio Ficta* 284-290.

64 Lauterbach *ad Digesta* 41.1 n 66: " ... ut majoris utilitatis vel commoditatis gratia expeditior esset commerciorum usus". [" ... sodat die gebruik van handelsverkeer ter wille van groter nut en gerief meer onbelemmerd kan wees" [(eie vertaling)]. Verder Biermann *Traditio Ficta* 219-220, 235-236; Gordon *Traditio* 179.

65 Stryk *Specimen* 4.41.1 §33 (eie vertaling): "...quando mutuae traditiones quae ad dominium transferendum stricto jure necessariae erant, intervenisse finguntur circuitus vitandi causa ex juxta notum dicterium, quod fieri potest per pauca, non debet fieri per plura".

ditio longa manu, *traditio symbolica* en *traditio brevi manu*.[66] Laasgenoemde het al daardie gevalle omvat waar van 'n oor-en-weer lewering afgesien is en het dus ook *constitutum possessorium* ingesluit. Die meerderheid skrywers het slegs daardie gevalle waar fisiese beheer deur uitwysing ten aanskoue van die saak oorgedra is onder *traditio longa manu* tuisgebring.[67] Wat betref die vraag of oordrag in teenwoordigheid van die saak moes geskied, was die algemeen aanvaarde standpunt dat teenwoordigheid nie 'n vereiste was nie, alhoewel daar tog enkele skrywers was wat dit wel vereis het.[68]

Die gevolge van *traditio ficta* was presies dieselfde asof werklike fisiese beheer oorgedra is – dit het *possessio vera* verskaf. Hierdie siening het 'n besondere uitwerking op die geval van dubbel verkope gehad. Die eerste koper aan wie by wyse van *traditio ficta* oorgedra is, het voorrang geniet bo die tweede koper aan wie daadwerklike fisiese beheer oorgedra is. Indien die eerste koper egter *mala fide* was, het hy geen voorrang geniet nie.[69] Dit het ook daartoe bygedra dat sommige skrywers die bruikbaarheid van die term *traditio ficta* bevraagteken het. In ooreenstemming met die wyer *apprehensio*-begrip (dit is voldoende indien die verkryger die saak onder sy beheer het), neem Westphal[70] byvoorbeeld die standpunt in dat daar in geval van *traditio ficta* geen sprake van 'n fiksie is nie om-

66 Böhmer *ad Digesta* 41.1.39; Berger *Oeconomia* 2.2.19; Lauterbach *ad Digesta* 41.1. Sien ook Coing *Europäisches Privatrecht* 304-305.

67 Dit maak nie saak watter van die mens se sintuie gebruik word nie. Raadpleeg Biermann *Traditio Ficta* 232-235 waar hy daarop wys dat sommige skrywers 'n verdere verfyning gemaak het.

68 Gordon *Traditio* 184; Biermann *Traditio Ficta* 237.

69 Leyser *Meditationes* 7.444.4: "Ek verkies wat my betref 'n ware lewering bo 'n simboliese een (*ficta*), maar met hierdie voorbehoud: tensy hy wat die saak werklik ontvang, bewus is daarvan dat dit reeds simbolies aan 'n ander persoon gelewer is en hy hom dus met kwade trou besig hou". [" ... veram traditionem fictae antepono quidem, sed cum hac limitatione, nisi is, qui vere rem accepit, eam jam alii ante ficte traditam sciat atque sic in mala fide versetur" (eie vertaling)]. Alhoewel Leyser voorkeur verleen aan daadwerklike lewering bo *traditio ficta*, laat hy geen twyfel oor die invloed van *mala fides* nie. Die tweede verkryger kan die saak van 'n *mala fide* eerste verkryger opeis. Verder Biermann *Traditio Ficta* 229-231, 257; Gordon *Traditio* 179; Scholtens 1953 *SALJ* 22 en 1954 *SALJ* 71; Brandt *Eigentumserwerb* 52.

70 Westphal *Übergabe und Belehnung* 4-6 en 9. Hy het Donellus in hierdie opsig nagevolg. Sien ook Biermann *Traditio Ficta* 221-222 en 225 ev vir verdere voorbeelde van skrywers wat die begrip *traditio ficta* in twyfel getrek het.

dat sy definisie van *corpus acquirendi* so wyd is dat hierdie gevalle ook daaronder tuisgebring kan word.[71]

8.5.3 Lewering by wyse van constitutum possessorium

Constitutum possessorium is oor die algemeen in die *Usus Modernus Pandectarum* erken as wyse waarop fisiese beheer (*possessio*) en eiendomsreg oorgedra kon word. Die toepassingsmoontlikhede van *constitutum possessorium* (wat 'n handige wyse was om grond oor te dra), word egter aansienlik beperk deurdat geregtelike oordrag (dit wil sê, oordrag voor die plaaslike regbank) in geval van onroerende goed in die Germaanse reg voorgeskryf was.[72] Die meeste skrywers het hierdie wyse van oordrag ook net bespreek met verwysing na die geval waar die skuldenaar verklaar dat hy sy saak voortaan namens sy skuldeiser in pand hou.[73]

Oordrag by wyse van *constitutum possessorium* kon plaasvind uit hoofde van 'n *causa detentionis* (*constitutum conjunctum*),[74] maar dit kon ook abstrak gewees het (*constitutum simplex*), in welke geval die *causa detentionis* nie vermeld is nie.[75] In laasgenoemde geval het die meeste skrywers 'n uitdruklike verklaring deur die vervreemder vereis, naamlik dat hy die saak wat voorheen sy eie was, nou namens iemand anders beheer.[76]

---

71 Donellus en Westphal het egter nie sover gegaan om *traditio ficta* te verwerp nie. Dit was eers Savigny *Recht des Besitzes* 185 ev wat die konsep van *traditio ficta* verwerp het. Sien Gordon *Traditio* 180, Biermann *Traditio Ficta* 220-224.

72 Sien hieroor Böhmer *ad Digesta* 41.1.38; Berger *Oeconomia* 2.2.18 n 5 en 10; Leyser *Meditationes* 7.446.

73 Deurdat laasgenoemde die verklaring aanneem, verkry hy *possessio* oor die saak. *Constitutum possessorium* word dus in hierdie tydperk aangewend vir doeleindes van sekerheidstelling. Dit is ook aangewend ter versekering van die koopprys. Die verkoper verklaar bv dat hy fisiese beheer behou totdat die koopsom betaal is. Raadpleeg verder Gordon *Traditio* 184-185 en Biermann *Traditio Ficta* 238 ev. In hierdie opsig verskil dit dus van die Suid-Afrikaanse reg.

74 Soos bv *precarium*, *ususfructus*, *depositum*, *commodatum*, huur en *societas omnium bonorum*. Ook oordrag deur oorhandiging van 'n vervreemdingsakte kon hieronder tuisgebring word. Raadpleeg Biermann *Traditio Ficta* 248.

75 Vergelyk bv Lauterbach *ad Digesta* 41.2 n 18 en 19; Heineccius *ad Institutiones* 2.1 §284, 3.24 §874. Verder Biermann *Traditio Ficta* 245.

76 *Constitutum simplex* word daarom ook *constitutum expressum* genoem. Indien daar sprake is van een of ander handeling waaruit die bedoeling om in die naam van 'n ander persoon te besit afgelei word, het mens met 'n stilswyende *constitutum* te make.

Vaste uitdrukkings of formules is egter nie voorgeskryf nie.[77] Die volgende vereistes word gestel vir oordrag by wyse van *constitutum possessorium*:[78] (1) die vervreemder moet fisies in beheer van die saak wees (*possessio*), want anders kan hy nie fisiese beheer oordra nie;[79] (2) die verkryger moet die verklaring deur die vervreemder aanneem op 'n tydstip waarin laasgenoemde nog fisies in beheer is; (3) die *titulus* waarop *constitutum* gegrond is moet geldig wees indien dit op die oordrag van eiendomsreg gerig is, soos in geval koop of skenking.[80] Hierdie vereiste spruit voort uit die feit dat *constitutum possessorium* as 'n aksessore handeling gesien is wat die lotgevalle van die hoofooreenkoms volg.[81] Nieteenstaande die erkenning van *constitutum possessorium* as wyse waarop *possessio* en eiendomsreg oorgedra kon word, is hierdie vorm en veral *constitutum simplex*, ook aan kritiek onderwerp:

> Hierdie *constitutum possessorium* wil mens uit *Digesta* 41.2.18 *pr* bewys. Maar of dit werklik in hierdie passasie of enige ander teks vervat is, dit wil sê, of mens bloot deur middel van 'n ooreenkoms besit en eiendom op hierdie wyse aan iemand anders kan oordra, is nog baie twyfelagtig en baie regsgeleerdes het die hele aangeleentheid met reg as 'n versinsel van die Glossatore verklaar.[82]

Biermann verwys na 'n aantal skrywers wat hierdie kritiek teen *constitutum possesorium* ondervang met die standpunt dat *constitutum* eintlik

---

77 Sommige skrywers het wel vereis dat woorde gebruik word waaruit blyk dat die saak vervreem word. Sien Biermann *Traditio Ficta* 247.

78 Biermann *Traditio Ficta* 250 ev.

79 Hy hoef egter nie persoonlik fisies in beheer van die saak te wees nie, iemand anders kan namens hom fisiese beheer uitoefen.

80 Lauterbach *ad Digesta* 41.2 n 17. Daar word gesteun op tekste soos *Digesta* 41.2.18 *pr*, 41.2.21 *pr* en 3, *Digesta* 6.1.77 en *Codex* 8.54.26. Die *titulus* was egter nie altyd op die oordrag van eiendomsreg gerig nie, soos in geval van sekuriteitstelling. Raadpleeg ook Biermann *Traditio Ficta* 254.

81 Dit is 'n klousule wat aan die vervreemdingsooreenkoms toegevoeg word. Die voorwaardes en termyne wat op die hoofkontrak van toepassing is, is ook op *constitutum* van toepassing. Raadpleeg Biermann *Traditio Ficta* 229-230, 254 ev.

82 Glück *Pandectencommentar* XV 490 (eie vertaling): "Dieses *constitutum possessorium* will man aus der 1.18 D. d. p. beweisen. Ob es aber wirklich in dieser oder einer andern Gesetzstelle enthalten sei, d.h., ob man durch einen blossen vertrag auf diese Weise den Besitz und das Eigentum auf einen andern übertragen könne, ist noch sehr zweifelhaft, und mehrere rechtsgelehrte haben die ganze Sache für eine Erfindung der Glossatoren mit Recht erklärt". Sien ook Höpfner *Commentar* §874; Hoppe *ad Institutiones* 2.1.43; Thibaut *Besitz und Verjährung* 43; Thibaut *Pandectenrechts* §738. Raadpleeg verder Biermann *Traditio Ficta* 322 ev; Gordon *Traditio* 185-186; Kolbe *Constitutum Possessorium* 70.

neerkom op eiendomsverkryging deur 'n verteenwoordiger.[83] Biermann self ondersteun hierdie teorie. Gordon meen egter dat dit nie 'n bevredigende verduideliking vir kousale *constitutum* is nie (dit is *constitutum* gegrond op 'n *causa*). In elk geval is die teorie eers deur Savigny in herlewing geroep.[84]

8.5.4 Lewering by wyse van traditio symbolica

Die juriste van die *Usus Modernus Pandectarum* was besonder geïnteresseerd in hierdie vorm van eiendomsoordrag (waar byvoorbeeld 'n sleutel oorhandig is), omdat dit 'n ooreenkoms vertoon met oordrag deur oorhandiging van simbole wat in die Germaanse reg gebruiklik was.[85] In baie inheemse regstelsels word die reël van die Middeleeue behou, naamlik dat oorhandiging van 'n akte (*carta*) die plek van fisiese beheer kon inneem.[86]

Daar word verskillende standpunte aangetref betreffende die aard van *traditio symbolica*. Die meerderheid standpunt was dat die voorwerp wat oorhandig is, die saak voorstel wat oorgedra word.[87] Die tweede standpunt was dat die ganse oordragshandeling simbolies is van die verskaffing van fisiese beheer.[88] Baie skrywers was verder van oordeel dat die

---

83 Brunnemann *Exercitationes* 2.9.5; Biermann *Traditio Ficta* 243-244, 262.

84 Kousale *constitutum* word deur Biermann verwerp, maar Gordon *Traditio* 185 is van oordeel dat *constitutum* in elk geval kousaal is, die *causa* synde die ooreenkoms waardeur die vervreemder onderneem om as verteenwoordiger van die verkryger op te tree. Sien ook Kolbe *Constitutum Possessorium* 59 ev.

85 Alhoewel enkele Germaansregtelike wyses van eiendomsoordrag, naamlik: *investitura abusiva*, *scotatio* en *effestucatio* (*transport, opdracht*) onder *traditio symbolica* tuisgebring word, het daar nie 'n vermenging van Romeinse en Germaanse beginsels plaasgevind nie. Sien Biermann *Traditio Ficta* 262, 276 ev, 279. Raadpleeg ook die bespreking in hfst 6.3.3 en 6.3.4 vir 'n bespreking van die Germaanse wyses van oordrag.

86 Coing *Europäisches Privatrecht* 306.

87 Höpfner *Commentar* §335; Hofacker *Principia Iuris Civilis* 165; Glück *Pandectencommentar* XV 473-474. Slegs die geval waar 'n sleutel oorhandig word, (*clavium traditio*) en die geval waar 'n dokument oorhandig word kan hieronder tuisgebring word. Raadpleeg Biermann *Traditio Ficta* 263 ev, 266.

88 Sien Lauterbach *ad Digesta* 41.2. Gevalle soos *custodis appositio*, *signatio*, *traditium clavium* en *traditio instrumentorum* (wat soms as voorbeelde van *traditio longa manu* beskou word) kan dan logieserwys as voorbeelde van *traditio symbolica* gesien word. Raadpleeg Biermann *Traditio Ficta* 264, 266 en Gordon *Traditio* 188. Biermann verwys oa na Stryk *Investitura* 175.

simbool in teenwoordigheid van die saak oorhandig moes gewees het.[89] Hierdie standpunt het egter die nut van hierdie wyse van oordrag aan bande gelê. Ander skrywers vereis nie teenwoordigheid van die saak nie, maar wel dat die verkryger deur oorhandiging van die simbool beheer oor die saak verkry.[90]

8.5.5 Lewering by wyse van aktes (traditio instrumentorum)

In die Middeleeue was die reël dat die akte wat aan die vervreemder oorhandig is toe hy die saak verkry het, aan die nuwe verkryger oorhandig moes word. In die *Usus Modernus Pandectarum* word hierdie vereiste egter verslap. Daar word byvoorbeeld genoeë geneem met oorhandiging van enige dokument waarin die saak wat oorgedra word, beskryf is.[91] Ook die dokument wat tussen die vervreemder en verkryger opgestel is, was voldoende. Sommige skrywers was van oordeel dat oorhandiging van die dokument reeds saaklike werking het.[92] Ander was weer van oordeel dat eiendomsreg nie op hierdie wyse oorgedra kon word nie omdat *possessio* nie verskaf is nie:

> *Possessio* is 'n kwessie van 'n handeling en vir die verwerwing daarvan is daar 'n bepaalde fisiese handeling nodig wat paslik genoeg is; 'n handeling van hierdie aard word nie deur woorde alleen tot stand gebring nie, selfs as die lewering van die dokument daarby kom.[93]

8.5.6 Oordrag deur ooreenkoms

In die Romeinse reg was die algemene reël dat eiendomsreg deur *traditio* of *usucapio* verkry word en nie deur blote ooreenkoms nie. Reeds in die Middeleeue is daar 'n wye interpretasie aan die *corpus*-begrip geheg, met die gevolg dat wegbeweeg is van die beginsel dat die verskaffing van

89 Bv Westphal *Römisches Recht* 110 en Berger *Oeconomia* 2.2.19.

90 Sien Stryk *Specimen* 4.41.1 §34; Struve *Jurisprudentia Forensis* 2.1.62 en Frommann *Quasi Traditio* 34. Verder Biermann *Traditio Ficta* 268-273.

91 Struve *Jurisprudentia Forensis* 2.1.61 en 62; Hoppe *ad Institutiones* 2.1.44; Höpfner *Commentar* §335. Thibaut *Theorie des Rechts* 37 vereis dat 'n dokument wat kan bewys dat die vervreemder *possessio* het, oorhandig moet word. Verder Raadpleeg Biermann *Traditio Ficta* 273-274.

92 Mits die vervreemder uitdruklik verklaar dat hy deur oorhandiging van die koopakte *possessio* aan die verkryger verskaf.

93 Berger *Electa* 2.5.13.5: "Possessio est facti atque ad sui acquisitionem opus habet actu quodam corporeo eoque satis accommodato, cuiusmodi actus solis verbis non

daadwerklike fisiese beheer 'n absolute noodsaaklikheid is. Daar is nogtans vasgehou aan die skyn van fisiese beheer in een of ander opsig sodat die afwyking van die Romeinse reg nie te drasties voorgekom het nie.[94] Een van die belangrikste ontwikkelinge wat deur die *Usus Modernus Pandectarum* teweeggebring is, is die erkenning deur sommige skrywers dat *possessio* en eiendomsreg in geval van *traditio ficta* oorgedra word deur die blote wilsverklarings van die partye. Dit is daarom nie vreemd nie dat die begrip *traditio ficta* as oorbodig beskou word:[95]

> ... en hulle aanvaar die duidelike en onmiskenbare wil (bedoeling) van die een wat belowe ... dit word onmiskenbaar en algemeen aanvaar dat die een wat belowe slegs op grond van die belofte (dws die ooreenkoms) eiendomsreg op die ander persoon oordra.[96]

> ... Die onteenseglike wil van daardie aard kom voor in die *societas omnium bonorum*. Want alhoewel Gaius hier volgens die gebruik van ouds 'n lewering veronderstel, bestaan dit nogtans in werklikheid in die bedoeling en verskaf dit by uitstek aan hom hierdie regsgevolg. Eweseer kan hy wat skenk nadat hy die vruggebruik vir homself behou het, nie anders as om op die juiste oomblik van die belofte afstand te doen van alle eiendomsreg nie.[97]

Die vraag is dus nie soseer of fisiese beheer verskaf is nie, maar eerder of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Dit is ook nie net die bedoeling van die vervreemder wat ter sprake is nie, ook die verkryger het die bedoeling om eiendomsreg te aanvaar - die ooreenkoms tussen die partye het dus onmiddellik oordrag van eiendomsreg tot ge-

---

efficitur, quamvis eis accesserit traditio instrumenti" (eie vertaling) – aanhaling gevind in Biermann *Traditio Ficta* 275.

94 Die feit dat lewering nie meer onder alle omstandighede vereis word nie, is met slim retoriek verdoesel. Biermann *Traditio Ficta* 285-286 verwys na Frommann *Quasi Traditio* 29 en 34 wat onder invloed van die Natuurreg van oordeel was dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms (die wedersydse wilsverklarings wat openbaar gemaak moet word) oorgedra word, omdat dit 'n meer bruikbare wyse van oordrag was en dit die handelsverkeer sou bespoedig.

95 Diegene wat die begrip *traditio ficta* verdedig, klou krampagtig vas aan die leweringsvereiste terwyl hulle eintlik nie anders kan nie as om te aanvaar dat eiendomsreg oorgaan ten gevolge van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.

96 Böhmer *ad Pandectas* 41.1 n 3 (eie vertaling): "... et in voluntate promittentis clara et evidente acquiescant ... evidens et conclamatum fuerit, ex solo promisso dominium in alterum transferre promissorem".

97 Böhmer *ad Pandectas* 41.1 n 3 (eie vertaling): " ... Eiusmodi evidentissima voluntas in societate omnium bonorum occurrit. Quamvis enim Gaius more antiqou hic traditionem fingat, re vera tamen in sola voluntate subsistit, et unice ei hunc effectum tribuit. Pariter qui donat, retentio sibi usufructu, non potest non ipso promissionis momento omne dominium a se abdicare".

volg.[98] Voorts word beklemtoon dat die partye hulle bedoeling duidelik te kenne moet gee, byvoorbeeld deur 'n uitdruklike wilsverklaring in 'n dokument (*traditio instrumentalis*), of deur oorhandiging van 'n simbool (*traditio symbolica*).[99] Selfs die verskaffing van daadwerklike fisiese beheer (*traditio vera*) word as 'n wilsverklaring aangesien. Die standpunt word gevolglik aangetref dat *traditio* slegs die doel dien om bewys te lewer van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.[100] Die siening dat eiendomsreg in geval van *traditio ficta* deur ooreenkoms oorgedra word, word aangetref by *traditio brevi manu,*[101] *traditio symbolica* en *traditio longa manu,*[102] maar dit kom die duidelikste na vore ten opsigte van *traditio per constitutum possessorium*, wat omskryf word as *ein Vertrag, pactum, conventio* of *sola declaratione voluntatis.*[103]

Hierdie standpunt is egter nie algemeen aanvaar nie. Sommige skrywers het byvoorbeeld in geval van *traditio symbolica* vereis dat oorhandiging in teenwoordigheid van die saak plaasvind omdat die wilsverklaring alleen nie voldoende is nie. Die ontvanger moet dadelik die geleentheid hê om oop te maak en binne te gaan.[104] Dit is in elk geval te betwyfel of die Romaniste afgesien het van die verskaffing van fisiese beheer as vereis-

98 Struve *ad Digesta* 41.1.57; Brunnemann *ad Codex* 2.3.20. Verder Biermann *Traditio Ficta* 238, 253; Coing *Europäisches Privatrecht* 305; Gordon *Traditio* 185.

99 Oorhandiging van die simbool is 'n verklaring dat die saak gelewer word, waaruit die bedoeling afgelei kan word. Sien Biermann *Traditio Ficta* 287.

100 Sien ook die bespreking in hfst 8.5.1.

101 *Traditio brevi manu* word bv omskryf as oordrag wat slegs deur 'n mondelinge verklaring geskied [" ... quae sola declaratione verbali peragitur"]. Sien Biermann *Traditio Ficta* 236.

102 Mencken *Theoria et Praxis* 1149 verduidelik *traditio longa manu* soos volg: "Qua tradendi animo a transferente declarato rei possessio oculis affectuve signis legitimis ostenso apprehenditur, ut signatione trabium arborumve, custodis appositione". ["Nadat die bedoeling om te lewer deur die oordraggewer verklaar is, word besit van die saak verkry deurdat dit met die oë aangeraak word of deurdat jy jou teenwoordigheid deur wetlike tekens laat geld, soos met die merk van bome of stompe, met die plasing van 'n wag" (eie vertaling)]. Aanhaling gevind in Biermann *Traditio Ficta* 288.

103 Thibaut *Besitz und Verjährung* 43; Heineccius *ad Institutiones* 3.24 §874; Höpfner *Commentar* §874; Weber *Pandektenkommentar* 496; Lauterbach *ad Digesta* 41.2 n 16. Die standpunt dat *constitutum possessorium* 'n ooreenkoms is, kom ook na vore in die feit dat dit aan 'n opskortende voorwaarde onderwerp kon word. Verder Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 238; Biermann *Traditio Ficta* 242-243, 256.

104 Lauterbach *ad Digesta* 41.2 n 68; Berger *Electa* 2.5.13.5. Sien Gordon *Traditio* 182, Biermann *Traditio Ficta* 271, 287-288.

te vir die oordrag van eiendomsreg. Dit was deurgaans 'n vereiste, al was dit nou deur gebruikmaking van 'n fiksie.[105]

8.5.7 Samevatting

'n Belangrike gevolgtrekking uit die bespreking hierbo vir die onderhawige onderwerp, is dat 'n wye omskrywing aan die *corpus*-vereiste gegee is en dat die skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum* aanvaar het dat die verkryger fisiese beheer oor 'n saak gevestig het, indien hy die saak aan sy beheer of mag onderwerp het met die bedoeling om eienaar te wees en hy in staat was om daaroor te beskik. Een van die belangrikste ontwikkelinge wat deur die *Usus Modernus Pandectarum* teweeggebring is, is die erkenning deur party skrywers dat eiendomsreg in geval van *traditio ficta* oorgedra word deur blote ooreenkoms tussen die partye.

8.6 Uitwendige abstraksie - die *iustus titulus*–vereiste[106]

8.6.1 Inleiding

Daar is reeds aangetoon[107] dat die meerderheid skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum* op grond van *Digesta* 41.1.31 aanvaar het dat die verskaffing van fisiese beheer (*traditio* of *modus acquirendi*) op sigself nie voldoende is om eiendomsreg oor te dra nie, daar moet ook 'n *causa* (oftewel 'n *titulus*) wees. Dit is 'n afsonderlike en onontbeerlike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg. Daar is voorts aangetoon dat die meeste skrywers van oordeel was dat die begrippe *causa* of *titulus* verwys na 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms, wat geskik is om oorgang van eiendomsreg te bewerkstellig, soos koop, skenking of lening.[108] Soos hieronder aangetoon sal word, was daar egter nie een-

---

105 Dit word bevestig deur die feit dat die standpunt in die Natuurreg, naamlik dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms oorgedra kon word (sien hfst 9.4.1 en 9.5.2), nie in die *Usus Modernus Pandectarum* nagevolg is nie.

106 Sien hfst 1.6.2 en 10.4 ivm die betekenis van die begrip *uitwendige abstraksie.*

107 Raadpleeg die bespreking in hfst 8.3.

108 Heineccius op die *Institutiones* 243: "Non adquiritur traditione dominium, nisi praecedat titulus ad transferendum dominium habilis ... e.g. donatio, venditio, legatum etc". ["Eiendomsreg word nie deur middel van die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) oorgedra nie, tensy *traditio* voorafgegaan word deur 'n titel (*causa*) wat geskik is om eiendomsreg oor te dra, ... soos 'n skenking, koop, legaat ensovoorts" (eie vertaling) – aanhaling gevind in Zwalve *Europese Privaatrecht* 203; die aanha-

stemmigheid betreffende die belang en betekenis van die *titulus*-vereiste nie. Aan die een kant word die standpunt aangetref dat 'n objektief geldige *causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was, terwyl 'n putatiewe *causa* aan die ander kant as voldoende beskou is. Die verskillende standpunte in hierdie verband sal vervolgens ondersoek word.

8.6.2 'n Putatiewe titulus/causa *voldoende*

In aansluiting by die Glossatore, was Johannes Apel van oordeel dat 'n objektief geldige *causa* nie 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg is nie. Eiendomsreg gaan oor nieteenstaande die feit dat die grondliggende ooreenkoms (*causa remota* of *titulus*) nietig is, mits die partye wilsooreenstemming bereik het met betrekking tot die vraag of eiendomsreg oorgaan. Eiendomsreg word oorgedra uit hoofde van die bedoeling van die partye en nie die nietige kontrak nie. Uit die onderstaande aanhaling blyk verder dat lewering, wat as die naaste oorsaak vir eiendomsreg beskryf word, deurslaggewend is en nie die grondliggende ooreenkoms nie. Vir die onderhawige onderwerp is dit ook belangrik om daarop te let dat Apel van oordeel was dat die bedoeling deel vorm van die leweringshandeling:

> En uit al hierdie dinge kan die rede waarom eiendomsreg dikwels op grond van 'n nietige kontrak oorgedra word, sonder moeite afgelei word. Onteenseglik omdat sodanige eiendomsreg lewering as naaste oorsaak het en hierdie naaste oorsaak moet in oënskou geneem word ... Maar hulle wat 'n nietige kontrak aangaan, wil hê dat niks van dit wat gedoen is, in watter opsig ook al enige gevolge sal hê nie.[109] Eiendomsreg word dus oorgedra – as 'n mens dit presies mag sê - nie kragtens 'n kontrak nie, veral wanneer dit nietig is, maar kragtens die lewering self, wat wilsooreenstemming bevat dat daar oorgedra word.[110]

---

ling is uit die 1789 uitgawe op 243 van Heineccius se kommentaar op die *Institutiones*. Sien ook Heineccius *ad Institutiones* 2.1 §293]. Raadpleeg ook Höpfner *Commentar* §355. Voorbeelde van *causae* wat nie geskik is nie ('n *inhabilis causa*) is *precarium, commodatum, depositum* en *pignus*. Sien Hofmann *Titulus und Modus* 59.

109 Hierdie sin skep die indruk dat Apel van oordeel is dat eiendomsreg nie oorgaan nie indien die *causa* nietig is. As dit in konteks gelees word, wil dit egter voorkom of hy juis die partye se bedoeling beklemtoon.

110 Apel *Methodica* folio M2 (eie vertaling): "Ex quibus omnibus sine magno negocio colligi potest ratio, propter quam ex inutili contractu saepenumero transferatur dominium. ... Nimirum, quod tale dominium causam proximiorem habet traditionem ..., quae causa proximior spectari debet. ... Qui vero inutiliter contrahunt, volunt id, quod agitur, utcumque ex omni parte non valeat. Transfertur itaque, si modo libet

Die meeste skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum* vind aansluiting by Apel en neem die standpunt in dat 'n objektief geldige *causa* nie 'n vereiste is nie. Dit volg uit die feit dat hulle van oordeel was dat eiendomsreg oorgaan selfs al is daar 'n dwaling betreffende die aard van die *causa* uit hoofde waarvan oorgedra word.[111] 'n Standpunt dat die *causa* objektief geldig moet wees, is immers onversoenbaar met die standpunt dat eiendomsreg oorgaan indien daar 'n dwaling betreffende die *causa* is. Die implikasie van hierdie standpunt is dat eiendomsreg oorgaan, selfs al verkeer die partye slegs onder die indruk dat die *causa* geldig is, terwyl dit in werklikheid nietig is. 'n Putatiewe *causa* of *titulus* is dus voldoende. Kenmerke van die uitwendige abstraksie word dus bespeur:

> ... en as daar in hierdie verband 'n dwaling intree, is dit nie uitgesluit dat eiendomsreg (tog) oorgedra word nie ... mits dieselfde gesindheid by die een wat lewer en die een wat ontvang bestaan en hulle een en dieselfde doel nastreef.[112]
>
> Bowendien moet die een wat oordra ook die bedoeling hê om oor te dra ... en dit is voldoende, al sou daar dalk 'n fout in die titels wees.[113]

Uit die eerste van die aanhalings, is dit duidelik dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, die grondslag vir die oordrag van eiendomsreg is. Voorts moet beide partye 'n *causa* in gedagte hê wat geskik is om eiendomsreg oor te dra. Daar moet dus wilsooreenstemming wees dat eiendomsreg oorgedra word. Indien een van die partye 'n geskikte *causa* veronderstel, maar die ander party 'n *causa* in gedagte het wat nie geskik

---

proprie loqui, dominium: non ex contractu, praesertim cum sit inutilis, sed ex ipsa traditione, quae habet consensum, ut transferatur" (aanhaling gevind in Fuchs *Iusta Causa* 75).

111 Die bestaan van die *condictio indebiti* in die *Corpus Iuris Civilis* het die meeste skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum* daarvan oortuig dat 'n dwaling nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie. Die siening van die Glossatore betreffende *Digesta* 41.1.31 is byna woordeliks deur die meeste skrywers oorgeneem. Sien Hofmann *Titulus und Modus* 56-57; Coing *Europäisches Privatrecht* 304.

112 Schuckmann *De dominio* 41 (eie vertaling): " ... circa quem si error interveniat non abest quo minus dominium transferatur ... modo utrinque par affectus in tradente & accipiente, & in eundem finem consentiant" (aanhaling gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 9 vn 4).

113 Böhmer *ad Digesta* 41.1.38 (eie vertaling): "Tradens ... praeterea etiam animum transferendi habere debet ... quod sufficit, licet forsan in titulus error adsit ... Sien ook Hofacker *Principia Iuris Civilis* 163, 165: ... Neque dissensus ... circa causam ... obest traditioni, modo in tradente obligatio certa praecesserit". ["En meningsverskil oor die *causa* is nie 'n belemmering vir *traditio* nie, met dien verstande dat 'n verbintenis definitief lewering voorafgaan" (eie vertaling)].

is om eiendomsreg oor te dra nie (soos *commodatum* of *depositum*), gaan eiendomsreg nie oor nie.[114]

'n Verdere aspek wat uit die aanhalings na vore kom, is dat die skrywers nie hulle standpunt tot sy logiese konsekwensie deurgevoer het nie. Mens sou verwag dat as die *causa* nie geldig hoef te wees nie, daar van die vereiste afgesien sal word. Die skrywers dring egter steeds aan op 'n *causa* as deel van 'n objektiewe feitekompleks, alhoewel dit nie noodwendig 'n geldige *causa* moes wees nie.[115] Die vraag ontstaan nou wat die presiese betekenis van die begrip *iusta causa* dan was, veral gesien in die lig van die feit dat 'n objektief geldige *causa* nie 'n vereiste is nie. Daar bestaan geen duidelikheid in hierdie opsig nie. Uit die aanhalings wat hieronder weergegee word, wil dit voorkom of *iusta causa* niks anders beteken nie, as 'n verbintenisskeppende ooreenkoms wat voldoende of geskik is om eiendomsreg oor te dra:

> Daar word 'n *causa* of 'n titel wat geskik is (*habilis*) vir die oordrag van eiendomsreg vereis (wat ten minste na die mening van die oordraggewer voldoende (*iustus*) is), soos dié van verkoop, bruidskat, skenking, ensovoorts.[116]
>
> ... dat daar 'n titel of 'n *causa* is wat ten minste na die mening van die een wat oordra geskik (*iusta*) en gepas (*apta*) is vir die oordrag van eiendomsreg.[117]

As dit voldoende sou wees dat die vervreemder bloot onder die indruk verkeer dat die *causa* geldig is, impliseer dit tog dat 'n objektief geldige *causa* nie 'n vereiste is nie en dat 'n *putatiewe causa* voldoende is. Die woord *iusta* kan dus nie na 'n objektief geldige *causa* verwys nie. Die begrippe *iusta causa*, *habilis causa*, *sufficiens causa* en *titulus aptus* het almal waarskynlik dieselfde betekenis, naamlik 'n geskikte *causa*.

---

114 Sien ook Felgentraeger *Savignys Einfluß* 22.

115 Hofmann *Titulus und Modus* 59 ev.

116 Struve *De Dominio* 57.2 (eie vertaling): "Requiritur causa seu titulus (saltem opinione tradentis justus) ad transferendum dominium habilis, qualis est venditionis, dotis, donationis etc". Sien ook Struve *ad Digesta* 41.1.55. Raadpleeg Hofmann *Titulus und Modus* 56 ev; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 5-6, 11, 23-24; Fuchs *Iusta Causa* 80.

117 Hofacker *Principia Iuris Civilis* 163, 165 (eie vertaling): " ... quodque intercedat titulus seu causa saltem opinione tradentis justa ad transferendum dominium apta".

8.6.3 'n Objektief geldige titulus *vereis*

Soos wat pas aangetoon is, was die standpunt van die meerderheid skrywers dat die *causa* nie objektief geldig hoef te wees nie. Die teenoorstaande standpunt, naamlik dat die *causa* wel geldig moet wees, word egter ook aangetref.[118] Ingevolge hierdie standpunt verwys die begrip *titulus* (*causa*) na 'n verbintenis wat lewering logies voorafgaan (*causa praecedens*) en wat tot lewering verplig. Lewering is bloot net die feitlike uitvoering van die verbintenis. Wat meer is, die begrip *iustus titulus* (of *iusta causa*) *traditionis* verwys volgens hierdie skrywers na 'n geldige verbintenis of regsgrond.[119] Eiendomsreg gaan dus nie deur verskaffing van fisiese beheer oor nie indien die *causa* nietig is,[120] want daar is dan immers geen verpligting om te lewer nie. In elk geval kan slegs 'n geldige *causa* die grondslag wees vir 'n behoorlike besluit om eiendomsreg oor te dra:

> Omdat sowel 'n geldige *causa* op grond waarvan fisiese beheer verskaf word, as die bedoeling om eiendomsreg oor te dra aan die kant van die oordraggewer vereistes is, is dit gevolglik so dat eiendomsreg nie oorgedra word nie indien 'n *causa* van daardie aard ontbreek.[121]
>
> Bowe-al word by eiendomsreg 'n wettige verkryging vereis, wat tweeledig is: (I) 'n geldige titel of *causa* wat in ooreenstemming met die reg is en wat die verkryging regverdig; (II) 'n manier of 'n middel deur middel waarvan eiendomsreg onmiddellik verkry en oorgedra word.[122]

---

118 Raadpleeg Hofmann *Titulus und Modus* 56 ev, 59; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 16; Brandt *Eigentumserwerb* 43 ev, 52; Fuchs *Iusta Causa* 80; Baus *Kausale Verfügung* 32; Ehrhardt *Justa Causa* 6; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 238; Coing *Europäisches Privatrecht* 304. Wieacker meen dat hierdie die algemeen aanvaarde standpunt was.

119 Die begrip *causa efficiens praecedens* verwys na 'n *causa* wat regtens effektief is, dit wil sê, een wat 'n verpligting om te presteer in die lewe roep. Dit veronderstel 'n geldige *causa*. Die argument is dat geen gesonde stam uit 'n siek wortel kan voortspruit nie.

120 Maw, indien die *causa* 'n *iniusta causa, causa inhabilis* of *titulus invalidis* was, soos 'n nietige koopkontrak, 'n verbode geskenk, of indien dit strydig met wetgewing was.

121 Heineccius *ad Institutiones* 2.1 §384 (eie vertaling): "Quia etiam in tradente requiritur animus alienandi et iusta causa, ex qua sit traditio, consequens est ut non transferatur dominium si eiusmodi causa desit" (aanhaling gevind in Zwalve *Europese Privaatrecht* 203).

122 Böhmer *ad Digesta* 41.1.39 (eie vertaling): "Imprimis in dominio requiritur legitima acquisitio, quae duo: (I) titulum justum seu causam a legibus probatam, acquisitionem justificantem: (II) modum seu medium, mediante quo immediate dominium acquiritur & transfertur. Ook Cothmann Consilia 309: Nam per instrumentum emptionis tantum probamus titulum ... qui dominii transferendi & acquirendi causa justa

8.6.4 Causa *bloot 'n bewysmiddel*

Daar is reeds aangetoon dat die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg die volgende was, naamlik: (1) beskikkingsbevoegdheid, (2) *titulus* of *causa*, (3) *modus acquirendi* of *traditio* en (4) die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (volgens sommige skrywers). 'n Minderheidsgroep[123] het weer die standpunt ingeneem dat slegs beskikkingsbevoegdheid, verskaffing van fisiese beheer (*modus* of *traditio*) en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry (die *causa proxima* of *finalis*) vereistes vir die oordrag van eiendomsreg is.[124] 'n *Titulus* (*causa*) is geen vereiste nie. Die begrip *iusta causa* (*remota*) verwys dus nie na 'n geldige voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms wat die vervreemder verplig om die saak te lewer nie; dit is bloot net 'n regsfeit waaruit afgelei kan word dat die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, wat as *causa finalis* beskryf word. Hierdie skrywers het dus die standpunt van Donellus[125] nagevolg:

> Met die oog daarop dat dit moet vasstaan dat oordrag van besit van die saak gedoen is met die bedoeling dat die saak vervreem word ... is dit noodsaaklik dat daar 'n *causa* (*titulus*) moet wees.[126]
>
> In die geval van die een wat lewer, word vereis dat ... hy die bedoeling het om eiendomsreg in sy eie saak op die verkryger oor te dra en dit word vasgestel op grond van die feit (1) dat hy weet dat die saak wat oorgedra word sy eie is en (2) dat daar 'n titel of 'n *causa* is wat ten minste na die mening van die een wat oordra geldig (en) gepas is vir die oordrag van eiendomsreg.[127]

& legitima est". ["Want deur middel van die dokument wat die koop bevat, bewys ons slegs die titel ... wat 'n geldige en wettige *causa* vir die oordrag en verkryging van eiendomsreg is" (eie vertaling)].

123 Fuchs *Iusta Causa* 60 meen dat hierdie standpunt nie algemeen aanvaar is nie.

124 Fisiese beheer het slegs oordrag van eiendomsreg tot gevolg indien dit die bedoeling van die partye was.

125 Donellus *Opera* 4.16.1. Sien die bespreking in hfst 5.4.

126 Frommann *Quasi Traditio* 19 (eie vertaling): "Ut constet, translationem possessionis rei hoc animo factam esse, ut res alienetur ... requiritur causa impulsiva (Titulus)" (aanhaling gevind in Hofmann *Titulus und Modus*).

127 Hofacker *Principia Iuris Civilis* 163, 165 (eie vertaling): "In tradente requiritur ... ut is habet animum rem tanquam suam in dominium adipiscentis transferendi, quod aestimatur ex eo quod 1. sciat rem, quae traditur, esse suam, quodque 2. intercedat titulus seu causa saltem opinione tradentis justa ad transferendum dominium apta". Sien ook Schuckmann *De dominio* 41 en Tolosanus *Syntagma* 20.10.2 en 3. Raadpleeg Stintzing *Geschichte* I 672 vir 'n bespreking van Hofacker.

8.7 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang[128]

Die vraag of daar in die *Usus Modernus Pandectarum* enige sprake van 'n saaklike ooreenkoms was, wat inhoudelik slegs uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang bestaan het, word beïnvloed deur die antwoord op die vraag of 'n *iusta causa* in die betekenis van 'n objektief geldige verbintenis 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was, al dan nie.[129] Die bespreking in hierdie hoofstuk het aan die lig gebring dat daar twee uiteenlopende standpunte in hierdie verband aangetref is, naamlik: (1) dat 'n objektief geldige verbintenis 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was en (2) dat eiendomsreg kon oorgaan, selfs al was die verbintenis nietig.

Ingevolge laasgenoemde standpunt is aanvaar dat 'n putatiewe *causa* voldoende was om eiendomsoordrag te bewerkstellig. Dit beteken dat kenmerke van die uitwendige abstraksie in die *Usus Modernus Pandectarum* aangetref is, aangesien eiendomsreg nieteenstaande nietigheid van die *causa* tog kon oorgaan mits dit die partye se bedoeling was. Hierdie standpunt is gegrond op die insig dat die partye se bedoeling deurslaggewend is en dat hulle kan bedoel om eiendomsreg oor te dra selfs al is die *causa* nietig. Indien lewering plaasgevind het uit hoofde van 'n nietige kontrak, het eiendomsreg dus oorgegaan; nie op grond van die nietige kontrak nie, maar op grond van die feit dat die saak gelewer is met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Die bedoeling word sodoende van die *causa* losgemaak en vorm deel van die leweringshandeling.[130] Dit word onder andere bevestig deur die standpunt dat lewering uit hoofde van 'n geskikte *causa* 'n wilsverklaring is waaruit die vervreemder se bedoeling om eiendomsreg oor te dra, afgelei kan word. Die verskaffing en verkryging van fisiese beheer is dus bewys daarvan

128 Sien hfst 1.6.2 en 10.3 ivm die betekenis van die begrip *inhoudelike abstraksie.*
129 Die vraag of daar enige sprake van 'n inhoudelike abstraksie was, word dus beïnvloed deur die antwoord op die vraag of daar 'n uitwendige abstraksie was.

dat die partye bedoel om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die bespreking in hierdie hoofstuk het verder aan die lig gebring dat daar skrywers was wat nie net vereis het dat die vervreemder die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra nie, maar ook dat die verkryger die bedoeling moes hê om eiendomsreg te ontvang.[131] Daar moes wilsooreenstemming gewees het betreffende die oordrag van eiendomsreg.

Ter samevatting: eiendomsreg het oorgegaan selfs al was die *causa* nietig, mits beide partye onderskeidelik die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, wat 'n afsonderlike vereiste was.[132] Indien die *causa* nietig was, het die bedoeling onafhanklik van die nietige *causa* bestaan. Die afleiding is dus geregverdig dat die bedoeling deel van die leweringshandeling (*traditio*) gevorm het en dat dit van die *causa* losgemaak was.[133]

Alhoewel dit op die oog af wil voorkom of die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 'n selfstandige bestaan gevoer het en van die verbintenisskeppende ooreenkoms afgeskei is, is dit nie die geval nie - die bedoeling is nie as 'n saaklike ooreenkoms gekonstrueer nie.[134] Dit blyk, onder andere, uit die feit dat daar nie van 'n *causa* (*titulus*) as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg afgesien is nie. Daar is aan die *causa*-vereiste vasgehou, juis omdat aanvaar is dat die bedoeling in die verbintenisskeppende ooreenkoms (die *causa efficiens praecedens*) opgesluit is, hetsy dit geldig was al dan nie.[135] In aansluiting hierby, word *traditio* (*modus acquirendi*) deur sommige skrywers bloot as 'n feitlike

130 Sien Apel *Methodica* folio M2 (aangehaal hierbo by hfst 8.6.2). Apel stel sy fokus al te duidelik op die leweringshandeling, wat hy die naaste oorsaak vir eiendomsverkryging noem.

131 Sien Apel *Methodica* folio M2 en Schuckmann *De Dominio* 41 (beide aangehaal hierbo by hfst 8.6.2). Meeste van die skrywers het egter bloot beklemtoon dat die vervreemder die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra.

132 Sien die bespreking in hfst 8.3.4. Afgesien van beskikkingsbevoegdheid, 'n *causa* en *traditio*, was die bedoeling 'n afsonderlike vereiste. Laasgenoemde vereiste word afgelei uit *Institutiones* 2.1.40-42 en *Digesta* 41.1.9.3-4.

133 Aanvaarding van die beginsels van die uitwendige abstraksie het daartoe aanleiding gegee dat kenmerke van die inhoudelike abstraksie ontwikkel word.

134 Raadpleeg ook Fuchs *Iusta Causa* 76; Brandt *Eigentumserwerb* 52 en Coing *Europäisches Privatrecht* 179.

handeling bestempel, waardeur die verbintenis (of vermeende verbintenis) vervul word en wat opsigself nog geen regswerking het nie. Dit het slegs regsgevolge met verwysing na die *causa* wat die geestelike ingesteldheid waarmee die leweringshandeling gepaard gaan omvat:[136]

> Ten einde oordrag van eiendomsreg tot gevolg te hê, moet lewering verbind wees met 'n regstitel wat in staat is om eiendomsreg oor te dra en wat eiendomsoordrag ten doel het. In sigself is dit (lewering) 'n dooie handeling; die titel wat daarby moet kom, moet aan lewering lewe en gees gee, dit moet die werklike rigting aandui.[137]
>
> Die bedoeling is kenbaar uit die titels, waarvan sommiges op die oordrag van eiendomsreg betrekking het en ander nie. Eersgenoemde is dié wat oordrag van eiendomsreg ten doel het en hulle is uitsluitlik hier van toepassing. ... Oordrag (*traditio*) volg dus die aard van die titel.[138]
>
> Die *causa* vir die vestiging van eiendomsreg is niks anders nie as 'n titel wat op oordrag betrekking het, of wat geskik is vir die oordrag van eiendomsreg. Onder diesulkes tel koop en verkoop ... want in die geval van koop gaan dit altyd daarom dat die saak ons s'n word.[139]

Daar is nou wel enkele skrywers wat ook van die *causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg afgesien het. As 'n putatiewe *causa* voldoende is, het dit immers geen sin om op 'n *causa* (wat 'n verpligting om te lewer in die lewe roep) as vereiste aan te dring nie. Daar was volgens hulle net drie vereistes vir die oordrag van eiendomsreg, naamlik beskikkingsbevoegdheid, verskaffing van fisiese beheer en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (die *causa proxima*). 'n Verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa remota*) was volgens hulle geen vereiste vir oordrag nie,

---

135 Nou verwant hieraan, is die gedagte dat die *causa* die aard van die reg wat oorgedra word bepaal (dit dien as regverdiging vir eiendomsoordrag).

136 Omdat *traditio* 'n blote feitlike handeling was sonder enige inhoud, was daar geen ander keuse nie as om 'n *iusta causa praecedens* as vereiste te stel nie.

137 Westphal *Römisches Recht* 386 (eie vertaling): "Soll die Übergabe eine Kraft, das Eigentum zu Übertagen, haben, so muß damit ein Rechtstitel verknüpft sein, der ein Eigentum zu geben, die Absicht und Fähigkeit hat. Sie ist an sich eine todte handlung; der dabei vorkommende Titel muß ihr das Leben, den Geist und die eigentliche Richtung mitteilen". Sien ook Thibaut *Theorie des* Rechts 186 wat *traditio* as 'n "leë leweringshandeling" ["leeren Factum der Übergabe"] omskryf. Scheurl *Römischen Rechts* 190 praat van 'n blote feit wat net feitlike gevolge het, naamlik verskaffing van fisiese beheer. Verder Hofmann *Titulus und Modus* 52; Gruchot 1864 *Gruch* 402 ev.

138 Böhmer *ad Digesta* 41.1.39 (eie vertaling): "Cognoscitur animus ex titulus, quorum alii sunt dominii translativi, alii non translativi. Illi sunt, quibus intenditur translatio dominii & huc unice pertinent ... Traditio itaque sequitur naturam tituli".

139 Reutter *De Dominio* 27 (eie vertaling): "Causa constituendi dominium nihil aliud est, quam titulus dominii translativus seu ad dominium transferendum habilis. Tales enumerantur Emptio & Venditio ...; semper enim in emptione id agitur, ut res fiat nostra" (aanhaling gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 9 vn 1).

maar bloot 'n regsfeit waaruit afgelei kan word of die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Die *causa* is dus bloot as 'n bewysmiddel beskou.[140] Alhoewel die indruk geregverdig is dat die bedoeling 'n selfstandige bestaan voer, het nie een van die skrywers die finale stap geneem en die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n afsonderlike (saaklike) ooreenkoms gekonstrueer, wat ten volle van die *causa* losgemaak is nie.

Die standpunt dat die *causa* wel objektief geldig moet wees, is ook onder die skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum* aangetref. Dit impliseer dat die *causa* en *traditio* (wat die wedersydse bedoeling omvat) nie van mekaar geskei was nie, maar mekaar in die volgende opsig beïnvloed het en van mekaar afhanklik was: die verkryger sou nie eienaar geword het nie indien die *causa* nietig was, selfs al is die saak gelewer en selfs al het die partye die bedoeling gehad om eiendomsreg oor te dra. Hierdie is 'n kousale standpunt en dit is daarom onwaarskynlik dat hierdie groep skrywers die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra, as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms sou formuleer.

In daardie gevalle wat tradisioneel as *traditio ficta* beskryf word, het die skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum* aanvaar dat eiendomsreg oorgaan bloot ten gevolge van 'n ooreenkoms tussen die vervreemder en die verkryger omdat daar nie werklik sprake was van 'n fisiese leweringshandeling nie (konsensuele eiendomsoordrag). Ook in hierdie geval het hulle nie die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms bestempel nie (waarskynlik omdat hulle nog aan een of ander fisiese element vasgehou het).

140 Hulle vind aansluiting by Donellus (sien hfst 5.4). Böhmer *ad Digesta* 41.1.38 en 39 verskil van hierdie skrywers daarin, dat hy 'n *iusta causa, traditio* en bedoeling as vereistes vir die oordrag van eiendomsreg stel. Die ander skrywers meen dat die *causa* bloot bewysmiddel is; dit is geen vereiste nie. Vir Böhmer is die *causa* nie net 'n bewysstuk nie, dit is 'n afsonderlike vereiste. Sien ook Hofmann *Titulus und Modus* 54-55 en Zwalve *Europese Privaatrecht* 159.

8.8 Verwerping van die leerstuk van *titulus* en *modus acquirendi*

Teen die einde van die agtiende eeu is die leerstuk van oordrag deur *titulus* en *modus acquirendi* deur veral Gustav Hugo en Thibaut aan kritiek onderwerp omdat dit volgens hulle nie 'n duidelike inhoud gehad het nie en dit in verskeie opsigte met teenstrydige standpunte deurspek was:[141]

> ... dit is 'n mengelmoes van vanselfsprekendhede en onjuisthede; en by nie een van die voorstanders daarvan vind mens iets anders as 'n web van oppervlakkige, onduidelike en teenstrydige gedagtes nie.[142]

Die belangrikste kritiek teen die leerstuk was teen die volgende aspekte gerig:[143] (1) die gebruik van die *titulus*-begrip wat 'n nie-Romeinse begrip was; (2) die uitbreiding van die *titulus*-vereiste na ander wyses van eiendomsverkryging, anders as *traditio* en *usucapio* (veral die oorspronklike wyses van verkryging); (3) die feit dat die begrip *titulus* in verskillende betekenisse gebruik is – dit het aanleiding gegee tot verwarring; (4) die siening dat die begrip *titulus* (*causa*) verwys na die bedoeling van die partye om eiendomsreg oor te dra en te ontvang; (5) die standpunt dat 'n *causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is en dat dit noodwendig 'n *causa preacedens* moet wees; (6) teenstrydige standpunte betreffende die verhouding tussen *titulus* en *modus.* Aan die begin van die negentiende eeu is die leerstuk in die regsliteratuur verwerp, alhoewel dit in die praktyk steeds toegepas is.[144] Die *Preußischen Allgemeinen Landrecht* van 1794 (*ALR*), *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* en die *Allgemei-*

---

141 Die kritiek teen die leer van *titulus et modus acquirendi* kan toegeskryf word aan die gees van die tyd waarin die teoretiese en historiese al meer op die voorgrond getree het en daar na 'n suiwer Romeinsregtelike stelsel gestreef is. Die gevoel was dat die leerstuk van *titulus* en *modus* in die weg gestaan het van 'n suiwer Romeinsregtelike sistematiese skeiding tussen kontraktereg en sakereg. Cronjé 1984 *THRHR* 200-203.

142 Hofmann *Titulus und Modus* 12 (eie vertaling): " ... sie sei ein Gemenge von Selbstverständlichem und Unrichtigem; und bei keinem einzigen ihrer Vertreter finde man etwas anderes, als ein Gewebe trivialer, unklarer, widerspruchvoller Gedanken". Sien ook Hofmann *Titulus und Modus* 4 en 42.

143 Hugo *Civilistisches Magazin* I 228; Thibaut *Theorie des Rechts* 216-217. Sien verder Felgentraeger *Savignys Einfluß* 21; Fuchs *Iusta Causa* 81.

144 In die eerste twee dekades van die 19e eeu is die leerstuk in teorie deur die standpunt van Hugo en Glück vervang, wat in baie opsigte aan die siening van die Glossatore verwant was. Sien Fuchs *Iusta Causa* 70-71, 81; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 5, 24. Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 84-85.

nes Bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie van 1812 (*ABGB*) het byvoorbeeld 'n *causa* en *traditio* as vereistes vir die oordrag van eiendomsreg gestel.[145]

8.9 Samevatting

1. Die bespreking in hierdie hoofstuk het aan die lig gebring dat die onderskeid tussen *causa* en *traditio* as synde twee afsonderlike regshandelinge in Duitsland geresipieer is. Die algemene reël was dus dat eiendomsreg oorgedra word indien fisiese beheer verskaf word (*traditio* of *modus acquirendi*) uit hoofde van 'n *causa* of *titulus*. Dit beteken dat eiendomsreg nie deur blote kontraksluiting oorgegaan het nie, fisiese beheer moes verskaf word.

2. Die algemene reël betreffende lewering (*modus acquirendi*) was dat die verkryger daadwerklike fisiese beheer oor roerende sake moes verkry. Hy moes die saak werklik fisies hanteer (*apprehensio*). Sommige skrywers was egter van oordeel dat dit voldoende was indien die saak binne die mag (*potestas*) van die verkryger gebring word sodat hy daaroor kon beskik, selfs al het hy die saak nie werklik fisies hanteer nie. Die verkryger moes fisiese beheer verkry met die *animus domini*, dit wil sê, met die bedoeling om fisiese beheer as eienaar uit te oefen (alhoewel die begrip *animus rem sibi habendi* soms ook in hierdie verband teëgekom word).

3. Een van die belangrikste ontwikkelinge wat deur die *Usus Modernus Pandectarum* teweeggebring is, is die erkenning deur sommige skrywers dat eiendomsreg in geval van *traditio ficta* oorgedra word deur die blote wilsverklarings van die partye, wat die plek van fisiese beheer inneem. Oordrag van eiendomsreg geskied dus deur ooreenkoms. Hierdie siening kom die duidelikste na vore by *traditio per constitutum possessorium*, wat omskryf is as *ein Vertrag,* of *pactum,* of *conventio*, of *sola declaratione voluntatis*.[146] 'n Verdere voorbeeld

145 Raadpleeg die bespreking in hfst 9.7 in hierdie verband.
146 Die vraag of eiendomsreg deur *constitutum simplex* oorgedra kon word, was egter omstrede.

word verskaf deur *traditio instrumentalis*, waar oorhandiging van 'n dokument, soos die koopkontrak wat tussen die vervreemder en verkryger opgestel is,[147] die plek inneem van verskaffing van fisiese beheer.[148] Hierdie standpunt, naamlik dat eiendomsreg in geval van *traditio ficta* deur blote ooreenkoms oorgedra word, is egter nie algemeen aanvaar nie. Die meerderheid skrywers het aangedring op verskaffing van fisiese beheer in een of ander vorm, al is dit dan nou deur gebruikmaking van 'n fiksie. Die werdersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang is egter nog nie as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms geformuleer nie.

4. Verskaffing van fisiese beheer (*traditio* of *modus acquirendi*) op sigself, was egter nie voldoende om eiendomsreg oor te dra nie, daar moes ook 'n *causa* (oftewel 'n *titulus*) wees. Die begrip *titulus* (*causa*) word deur die meerderheid skrywers gebruik in die betekenis van 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms wat op die uiteindelike oordrag van eiendomsreg gerig is en wat 'n verpligting om te lewer in die lewe roep, soos 'n koopkontrak, skenking, lening, *solutio* of testamentêre beskikking.[149] Die verbintenisskeppende ooreenkoms of *titulus* het egter nog geen saaklike werking nie, dit bring slegs 'n persoonlike vorderingsreg ('n *ius ad rem*) tot stand. Ten einde 'n saaklike reg (*ius in re*) te verkry, moet die saak gelewer word (*modus acquirendi*), welke handeling uitgevoer word ter nakoming van die verpligting wat uit die verbintenis voortspruit. *Titulus* en *modus* staan dus in verhouding van vorderingsreg (verpligting) en voldoening tot mekaar.

5. Daar was egter nie eenstemmigheid betreffende die vraag of die *causa* objektief geldig moes wees nie. Aan die een kant, word die standpunt aangetref dat 'n objektief geldige *causa* inderdaad 'n vereiste vir

147 Daar word nie meer aangedring op die akte wat aan die vervreemder oorhandig is toe hy die saak verkry het nie.

148 Sommige skrywers was egter van oordeel dat eiendomsreg nie op hierdie wyse oorgedra kon word nie omdat fisiese beheer nie oorgedra word nie.

149 Die rede vir hierdie vereiste is om dit duidelik te maak dat fisiese beheer verskaf word met die doel om eiendomsreg oor te dra en nie bloot net om die saak uit te leen of te verhuur nie.

die oordrag van eiendomsreg is en dat eiendomsreg nie deur verskaffing van fisiese beheer oorgaan nie indien die *causa* nietig is; daar is geen verpligting om te lewer nie.[150] Indien oordrag plaasvind deur *constitutum possessorium*, moes die *causa* waarop *constitutum* gegrond is, soos byvoorbeeld koop of skenking, ook objektief geldig wees. *Constitutum possessorium* is immers 'n aksessore regshandeling wat die lotgevalle van die hoofkontrak volg.[151] Hierdie skrywers het dus 'n kousale stelsel voorgestaan, wat geen ruimte laat vir 'n uitwendig abstrakte saaklike ooreenkoms wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is en aan sy eie geldigheidsvereistes moet voldoen nie.

6. Die meerderheid skrywers het egter die standpunt ingeneem dat 'n putatiewe *causa* voldoende was om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig. Eiendomsreg sou oorgaan nieteenstaande die feit dat die grondliggende ooreenkoms nietig is en daar gevolglik ook geen verpligting was om te lewer nie, solank as wat die partye onderskeidelik die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra en te verkry. Daar moes dus wilsooreenstemming wees met betrekking tot die vraag of eiendomsreg oorgaan. Kenmerke van die uitwendige abstraksie is dus ook aangetref.

7. Aangesien dit geen sin het om op 'n *causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg aan te dring indien 'n putatiewe *causa* voldoende is nie, het 'n groep skrywers die standpunt ingeneem dat 'n *titulus* (*causa*) geen vereiste vir eiendomsoordrag was nie.[152] Die begrip *iusta causa* het volgens hulle dus nie na 'n (geldige) voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms verwys nie, dit is bloot 'n regsfeit waaruit afgelei kan word of die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Hierdie skrywers het dus die standpunt van Donellus nagevolg.

---

150 Die *titulus* is 'n verbintenis wat lewering voorafgaan en wat tot lewering verplig.
151 Dit is 'n klousule wat aan die vervreemdingsooreenkoms toegevoeg word.
152 Die enigste vereistes is beskikkingsbevoegdheid, *modus acquirendi* en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry (die *causa proxima* of *finalis*).

8. Die bespreking in hierdie hoofstuk regverdig die afleiding dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang deel van die leweringshandeling (*traditio*) gevorm het en dat dit in 'n groot mate van die *causa* losgemaak was. Indien die *causa* nietig was, sou eiendomsreg nogtans oorgaan, mits beide partye onderskeidelik die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (daar moes wilsooreenstemming wees) en mits daar 'n leweringshandeling was. Die bedoeling het onafhanklik van die nietige *causa* bestaan; dit skep die indruk dat dit 'n selfstandige bestaan gevoer het. Nie een skrywer het die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang egter as 'n ooreenkoms beskryf nie. Ook nie daardie gevalle wat tradisioneel as *traditio ficta* omskryf is omdat daar geen leweringshandeling was nie en eiendomsreg bloot deur ooreenkoms tussen die partye oorgegaan het, is die bedoeling as 'n saaklike ooreenkoms gekonstrueer nie.

9. Die gevolgtrekking is dus dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra, alhoewel dit in 'n groot mate reeds van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is, nog nie as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms of kontrak gesien is nie. Daar kan net bespiegel word oor die presiese rede hiervoor. Een rede wat aangevoer kan word, is dat die omskrywing van die begrip *kontrak* in die *Usus Modernus Padectarum* die bestaan van 'n saaklike ooreenkoms uitgesluit het. 'n Kontrak of ooreenkoms het noodwendig 'n verbintenis tot stand gebring. Per definisie was daar nie so iets soos 'n kontrak of ooreenkoms met saaklike werking nie.[153]

10. In die Romeinse reg is daar nie onderskei tussen die oordrag van roerende en onroerende goed nie. Onroerende goed is op dieselfde wyse as roerende goed oorgedra, naamlik deur *traditio*. Daar was

153 Hofmann *Titulus und Modus* 52. 'n Ander moontlike rede is die feit dat *traditio* deur sommige skrywers as 'n blote feitlike handeling gesien is, waardeur die verbintenis vervul word. Dit het slegs regsgevolge in samehang met die *causa*, wat die geestelike ingesteldheid waarmee die leweringshandeling gepaard gaan omvat het. Die

geen sprake van registrasie nie. In hierdie opsig is dit belangrik om daarop te wys dat die resepsie van die Romeinse reg nie daarin geslaag het om die inheemse wyses van oordrag, naamlik oordrag voor die regbank van die plek waar die onroerende goed geleë was (dit moes *coram lege loci rei sitae* plaasvind),[154] te verdring nie. Hierdie wyse van oordrag (*geregtelike oordrag*) is reeds sedert die Middeleeue deur verskeie land- en stadsregte verpligtend gemaak. In die vorige hoofstuk[155] is daarop gewys dat dit reeds sedert ongeveer 1135 in Keulen, Duitsland gebruiklik was om oordrag van onroerende goed in registers aan te teken. Die praktyk in Keulen het mettertyd ook posgevat in ander stede in die Duitse streke en is in verband gebring met die prosedure by geregtelike oordrag. Registrasie is in sommige streke regtens voorgeskryf. As gevolg van ekonomiese oorwegings soos kredietverlening en die invordering van belasting, ontwikkel 'n administratiewe *Grundbuch*-stelsel, waarvolgens transaksies met betrekking tot onroerende goed deur amptenare wat spesiaal vir hierdie doel aangestel is[156] en wat die funksie van die howe oorgeneem het, in grondregisters geregistreer word. Duitsland het 'n soortgelyke ontwikkeling as Nederland in hierdie verband ondergaan, maar aangesien die Suid-Afrikaanse aktesregistrasiestelsel op die Romeins – Hollandse reg geskoei is, sal daar nie verder op die Duitse stelsel ingegaan word nie.[157]

---

bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang was dus in die voorafgaande ooreenkoms vervat; dit het geen afsonderlike bestaan gevoer nie.

154 Sien hfst 6.6.

155 Sien hfst 7.6.

156 *Stadschreiber* wat in diens staan van die *Stadrat*.

157 Die volgende bronne kan in hierdie verband geraadpleeg word: Berger *Oeconomia* 2.2.18 n 5 en 10; Biermann *Traditio Ficta* 262, 276 ev; Böhmer *ad Digesta* 41.1.38; Brunner *Rechtsgeschichte* 307; Buchholz *Abstraktionsprinzip*; Conrad *Rechtsgeschichte* I 429; Dernburg *Pandekten* I (1) 221-222; I (2) 101; Dondorp en Schrage *Levering* 82, 86; Gierke *Privatrecht* 276 ev, 280-281; Erler *Handwörterbuch* (*Grundbuch; Urkunde; Übereignung; Auflassung*); Hübner *Privatrecht* 215 ev, 241-246, 474 ev, 534-535; Jhering *Römischen Recht* II §45–47; Leyser *Meditationes* 7.446; Mitteis *Privatrecht* 94-95; Planitz *Privatrecht* 106, 112; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 77-79; Windscheid *Pandektenrechts* 883; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 236-237; Coing *Europäisches Privatrecht* 306.

9.1 Inleiding

In die twee eeue tussen 1600 en 1800 was die Natuurreg 'n algemeen-Europese stroming wat in byna al die lande waar die Romeinse reg geresipieer is, 'n groot invloed op die regswetenskap uitgeoefen het.[1] Dit het verskillende ontwikkelingsfases deurloop, naamlik:[2] (1) die grondlegging van die Natuurreg deur Hugo de Groot (1583-1645), by wie die skolastiese tradisie en religieuse vertrekpunte nog sigbaar is;[3] (2) die ontwikkeling van 'n Natuurregsisteem (deur Hobbes, Spinoza, Puffendorf en Wolff) wat meegewerk het daartoe dat die Sosiaal-filosofie van die Moraal-teologie losgemaak word;[4] (3) die toepassing van die Natuurregsisteem op wetgewing en regspleging (Thomasius).

Kenmerkend van die Natuurreg, was die strewe na 'n totale verandering van die samelewing, wat deur die menslike verstand (die rasionele en kritiese ondersoek van dinge) bewerkstellig moes word.[5] Die slagspreuk was "terug na die natuur". Die wiskundige metode in die natuurwetenskappe, wat op alle terreine van die samelewing toegepas is, het as uitgangspunt gedien.[6] Soos wat uit die logiese samehang tussen die natuurwette 'n sisteem vir die fisiese wêreld te voorskyn kom, so blyk daar uit die natuurwette ook 'n sis-

1 Benewens die Romeinse reg en die Kanonieke reg, word ook die Natuurreg (die ideale reg wat naas die mensgemaakte reg bestaan en daarbo verhewe is), aan universiteite doseer. Raadpleeg Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 160; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 250; Van der Walt *Houerskap* 284 ev, 303 ev; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 185 ev.

2 Raadpleeg Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 250, 269 ev.

3 Die Natuurregidee kan selfs teruggevoer word tot by die Griekse filosoof Aristoteles. Ook die Romeinse juriste en filosowe (soos Cicero) en die Christelike teologie (Thomas van Aquino) het aan die Natuurreg aandag gegee. Sedertdien was dit een van die belangrikste aspekte van die Skolastiek en die Laat-Skolastiek, wat 'n groot invloed op Hugo de Groot uitgeoefen het. Sien meer hieroor in Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 160-162; Thieme 1953 *ZSS* 230 ev; Van der Walt *Houerskap* 285-286.

4 Alhoewel die Humanisme 'n invloed op die ontstaan van hierdie nuwe denkrigting gehad het, was die invloed beperk. Raadpleeg die bespreking in Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 251-253 in verband met die invloed van die Humanisme.

5 Die ganse natuur, die lewe op aarde en die samelewing kan verstandsmatig georden word. Dit is nie meer die geskrewe woord (die Bybel en die *Corpus Iuris Civilis*) wat 'n sentrale plek inneem nie, maar wel die mens se rede.

6 Alle wetenskappe word *more geometrico* (op meetkundige wyse) opgebou.

teem wat op die samelewing toegepas kan word.[7] Die Natuurreg word gevolglik gedefinieer as

> 'n regstelsel wat op die unieke kenmerke van die menslike bestaan en die natuur gerig is en beide uiteindelik religieus of eties fundeer en wat nie die grondslag van blote positivistiese reg in een of ander vorm is nie.[8]

In die regswetenskap was daar aanvanklik 'n afkeurende houding teenoor die Natuurreg met sy sterk klem op die rede omdat die geresipieerde Romeinse en Kanonieke reg immers op die eeue-lange ontwikkeling van gesaghebbende tekste berus het. Aanvanklik was die geresipieerde Romeinse reg en die Natuurreg aan mekaar gelykgestel en is die Romeinse reg beskou as die geskrewe rede. Talle skrywers van die Natuurreg het ook tot die *Usus Modernus Pandectarum*[9] behoort en alhoewel hulle die Romeinse reg volledig behandel het, het hulle hulleself nie meer aan die tekste van die Romeinse reg gebonde geag nie.[10] Voorts was daar doelgerigte pogings om die inheemse of plaaslike reg al hoe meer tot sy reg te laat kom. Dit alles het tot gevolg gehad dat die Romeinse reg mettertyd al hoe meer aan kritiek onderwerp is en met die rede vervang is.[11]

Dit was egter eers in die agtiende eeu dat die Natuurreg werklik daarin geslaag het om wesenlike veranderinge in die regswetenskap teweeg te bring. Vooraanstaande Natuurregsgeleerdes het buite die bestaande positiewe reg om, 'n regstelsel (*mos geometricus*) opgebou wat as produk van die

---

7 Daar word gesoek na "einer gerechten Ordnung zwissenmenschlicher Beziehungen" (" 'n Natuurwet wat vir die gemeenskap geld"). Die mens word beskou as 'n natuurwese (net nog 'n element van die wêreld wat deur die natuurwette begryp kan word) en nie as iemand wat na die ewebeeld van God geskape is en wat bestem is om die ewige lewe te beërwe nie. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 257, 265; Eisenhardt *Rechtsgeschchte* 164; Conrad *Rechtsgeschichte* II 374.

8 Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 48 (eie vertaling): " ... ein auf die Eigenart der menslichen Existenz und Natur bezogenes recht, das letztlich jedem religiös oder etish fundierten und nicht rein positivistische Recht in irgendeiner Form zugrundeliegt." Sien ook Van der Walt *Houerskap* op 285.

9 Sien die bespreking in hfst 8.

10 Daar word besef dat die inhoud van die *Corpus Iuris Civilis* deur tyd en plek bepaald is sodat ander oplossings vir juridiese probleme net soveel gesag dra. Sien Dondorp en Schrage *Levering* 81.

11 Die rede, kennis, ervaring en feite is belangriker geag as oorgelewerde regsreëls. Sien Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 251, 273; Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 165; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 54; Kunst *Historische Ontwikkeling* I 88-89.

mens se rede[12] beter moes wees as die positiewe reg en wat oral en altyd erken behoort te word.[13] Oorspronklik is die Natuurreg gesien as 'n reg wat verhewe is bo die positiewe reg, maar mettertyd kom die gedagte na vore dat die positiewe reg gewysig moet word, sodat dit met die Natuurreg in ooreenstemming is. Hierdie gedagte was 'n geweldige stimulus vir die kodifikasiegedagte – die reg wat deur die rede gevind is, sou na optekening eenvoudig, duidelik, seker en ewig onveranderlik wees en tot diens van alle volke staan.[14]

Die mees betekenisvolle bydrae van die Natuurreg tot die Duitse regswetenskap, is geleë in die ontwikkeling van 'n kenmerkende Duitse sistematiek en dogmatiek.[15] Terwyl die regswetenskap tot op hierdie stadium hoofsaaklik 'n wetenskap van eksegese en kommentaar op tekste was, het die Natuurregsgeleerdes 'n sisteem opgebou waarvan die *Begriffjurisprudenz* 'n belangrike onderbou uitgemaak het en wat tot vandag die grondslag is vir die sistematiek wat in wetgewing en handboeke toegepas word.[16] Wieacker gee die kern van die bydrae wat die Natuurreg tot die ontwikkeling van die regswetenskap gelewer het met die volgende woorde weer:

> Terwyl die *Corpus Iuris* die Europese juriste geleer het om die eiesoortige probleem van elke spesifieke saak vas te stel, so het die Natuurreg alle openbare handelinge gemeet aan 'n algemeen menslike logos wat deur die verstand geken kan word en sodanige handelinge in verband gebring met die oogmerke

12 Die regsorde berus op die "clara et distincta perceptio" van die beginsels van die Natuurreg en die mens se rasionele begrip van en wetenskaplike denke oor daardie beginsels. Van der Walt *Houerskap* 285.

13 Die gedagte was dat daar 'n hoëre, ewige regsorde bestaan, wat op rasionele beginsels van induksie en deduksie berus en wat nie soos die menslike reg na plek en tyd veranderlik is nie. Raadpleeg Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 163, 166; Conrad *Rechtsgeschichte* II 375.

14 Die wetgewer behoort niks meer te doen nie as om die gevonde resultaat te sanksioneer nie. Sien Koschaker *Europa* 60, 251; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 267 ev; Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 166, 168; Kunst *Historische Ontwikkeling* I 88-90.

15 Gegrond op die "moralischen Antropologie".

16 Die teorieë betreffende regsubjekte, wilsverklarings, regshandelinge en beginsels soos gebondenheid aan 'n kontrak en die plig tot prestasie, het uit die sisteem na vore gekom. Die reëls van die Romeinse reg wat nog praktiese betekenis gehad het, is in die Natuurreg geïnkorporeer. Sien Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 253, 273, 275-276; Eisenhardt *Rechtsgeschichte* 166-168; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 59.

van die regering, nasies, die geloofsgemeenskappe, staat, vakverenigings of die individu.[17]

Die vrye ingesteldheid teenoor die tekste het in verskeie opsigte invloed uitgeoefen op die oordrag van eiendomsreg, naamlik:[18] (1) die uitbreiding van die *causa*-vereiste (*titulus*) na die oorspronklike wyses van eiendomsverkryging,[19] (2) die aanvaarding van 'n wyer en meer moderne konsep betreffende die wyses waarop fisiese beheer (*possessio*) verkry kon word,[20] (3) die verwerping van fisiese beheer (*traditio* of *modus*) as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg[21] en (4) die bevordering van die idee dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms oorgedra kan word. Hierdie aspekte sal vervolgens ondersoek word.

9.2 Onderskeid tussen *titulus* (*causa*) en *modus acquirendi*

Die volgende aanhaling uit Johannes Oldendorp,[22] bevestig dat die skrywers van die Natuurreg onderskei tussen 'n voorafgaande *causa* (wat hulle ook *titulus* noem) en die verskaffing van fisiese beheer (*modus acquirendi*):

> Uit voorgaande blyk duidelik die opeenvolgende stappe vir die verkryging en oordrag van 'n saak ... I. *causa*, kontrak, titel, grondslag; II. toe-eiening, aanraking, *traditio*, quasi-*traditio*, *possessio*, aanvaarding; III. *dominium*, *proprietas*, *ius plenum in re*, eiendomsreg. Siedaar – 'n pragtige harmonie! Werklike besit vereis 'n behoorlike *causa*. Wettige eiendomsreg (veronderstel) wettige

17 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 272 (eie vertaling): "Hatte das Corpus Iuris den europäischen Juristen die eigenständige Sachproblematik des Rechtsfalls entdecken gelehrt, so orientierte das Vernunfrecht jetzt alles Öffentliche Handeln an einem der Vernunft erkennbaren und daher allgemeinmenschlichen Logos, gleich ob dieses Handels auf Zwecke der Souveräne und der Nationen, der Glaubengemeinschaften, Stände und Korporationen oder das Einzelnen bezogen war".

18 Raadpleeg Biermann *Traditio Ficta* 218; Gordon *Traditio* 172-173.

19 Sien die bespreking hieronder by hfst 9.5.4 in hierdie verband. Soos wat daar aangetoon sal word, is dit te wagte dat hierdie standpunt aan kritiek onderwerp sou word.

20 Donellus was reeds in die 16de eeu 'n voorstander van hierdie begrip. Sien die bespreking in hfst 5.2

21 Die juriste van die Natuurreg het hulleself nie meer gebonde geag aan *Codex* 2.3.20 nie en kon dus van die leweringsvereiste afsien.

22 Oldendorp word as een van die wegbereiders van die Natuurreg beskou. Hy het dus nog nie die oordrag van eiendomsreg in die Natuurregsisteem ingepas nie. Gundling, 'n leerling van Thomasius, was een van die eerste skrywers in Duitsland wat die Natuurreg op die wyses van eiendomsoordrag van toepassing gemaak het in sy werk *Jus naturae* wat dateer uit 1786. Sien Felgentraeger *Savignys Einfluß* 15. Raadpleeg ook Stintzing *Geschichte* I 325 en Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 283 vir meer besonderhede oor Oldendorp.

> besit. ... Hierdie is dus die vanselfsprekende grondstellings en sover dit hierdie onderwerp aangaan, as't ware die eerste beginsels.[23]

Alhoewel die direkte teenstelling tussen *titulus* en *modus* nie baie duidelik uit hierdie aanhaling na vore kom nie en alhoewel Oldendorp die begrip *titulus* in verskillende betekenisse gebruik,[24] kan dit nie ontken word nie dat die onderskeid tog inherent aanwesig is. Daar bestaan geen twyfel daaroor nie, dat die skeiding tussen *titulus* en *modus acquirendi* in die agtiende eeu algemeen deur die meeste Duitse Natuurregsgeleerdes aanvaar is.[25] Dit blyk onder andere uit die volgende aanhalings uit Pufendorf, Wolff en Daries onderskeidelik:

> Terwyl sommige mense weer opmerk dat in die geval van oorspronklike wyses van verkryging ... die titel of *causa* en die wyse van verkryging (*modus acquirendi*) een en dieselfde ding is. Maar in geval van afgeleide verkryging, moet daardie twee vir altyd van mekaar geskei word. Lewering en ontvangs is die wyse (*modus*) waarop eiendomsreg oorgedra word. Skenking, koop en verkoop is die titels (die *causa* of rede) uit hoofde waarvan eiendomsreg oorgedra word.[26]

> *Modus acquirendi* is 'n handeling waardeur ons reghebbendes gemaak word. 'n Titel is 'n wettige rede waaruit dit duidelik word dat sodanige handeling in staat is om 'n reg voort te bring.[27]

---

23 Oldendorp *Opera Omnia* 174-175 (eie vertaling): "Ex praedictis adparent evidenter gradus acquirendarum et transferendarum rerum ... I. Causa, contractus, titulus, Ankunft; II. occupatio, adpraehensio, traditio, quasi traditio, possessio, Annehmung; III. Dominium proprietas, ius plenum in re, Eigentum. Ecce pulchram, harmoniam. Ex bona causa requiritur bona possessio. Ex iusta possessione iustum dominium ... Ista ergo sunt axiomata, et in hac materia velut prima principia".

24 Sien Hofmann *Titulus und Modus* 18-19 in hierdie verband.

25 Raadpleeg Hofmann *Titulus und Modus* 4-5; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 84; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 90. Dit wil nou nie sê dat 'n *modus* voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie. Soos hieronder aangetoon sal word, het Pufendorf en ander Natuurregskrywers verskaffing van fisiese beheer as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg verwerp.

26 Pufendorf *De Iure Naturae* 4.9.5: "Ubi etiam aliqui observant, in acquisitione originaria ... in idem concurrere titulum sive causam et modum acquirendi. Sed in acquisitionibus derivativis ista duo esse perpetuo distincta. Traditionem et acceptationem esse modum transferendi dominii. Donationem emtionem et veditionem esse titulos vel causas, ex quibus dominium transfertur (eie vertaling)". Vergelyk ook Nettelbladt *Systema Naturalis* §404; Gesterding *Eigenthum* 62; Dabelow *Rechtswissenschaft* §810 en §811 en Groß *Naturrechts* §134. Sien Stintzing *Geschichte* III 518 vir meer besonderhede oor Groß.

27 Wolff *Ius Naturae* I §112 en §113: "Modus acquirendi est factum, quo iuris reddimur participes. Titulus est ratio legalis per quam patet factum quodam tale ius parere posse (eie vertaling)". Sien ook Wolff *Ius Naturae* II §773 en III §717. Raadpleeg verder Felgentraeger *Savignys Einfluß* 17; Fuchs *Iusta Causa* 77; Hofmann *Titulus und Modus* 4-5, 8-9.

> [Wie wil bewys dat hy 'n saaklike reg verkry het] moet in die eerste plek die handeling waardeur hy 'n reg van daardie aard verwerf het, aantoon; en daarna moet hy aantoon dat daardie soort handeling voldoende regverdiging vir die bepaalde verkryging bevat. Hierdie regverdiging (*titel*) is die verwyderde oorsaak (*causa remota*), maar daardie handeling (*modus*) word die naaste oorsaak (*causa proxima*) van dieselfde verkryging genoem. Die titel word die verwyderde *causa* genoem, maar die wyse van verkryging (*modus acquirendi*) word die naaste oorsaak genoem.[28]

'n Ander aspek waarop gelet moet word en wat uit die aanhalings hierbo na vore kom, is dat die onderskeid nie net op *traditio* toegepas is nie. Dit is ook uitgebrei na oorspronklike wyses van eiendomsverkryging en selfs na die oordrag van alle regte (en nie net saaklike regte nie).[29] Ook in hierdie gevalle word 'n *titulus* (*causa*) as vereiste gestel.

9.3 Onderskeid tussen *dominium* en *possessio*

Skrywers oor die Natuurreg verwys in hulle omskrywings van *dominium* steeds na die definisie van Bartolus. Verskeie van die skrywers beklemtoon die standpunt dat *dominium* en *proprietas* sinonieme is. Sodoende word daar op die *proprium*-aspek van *dominium* klem geplaas.[30] Die standpunt word ook aangetref dat *dominium* bestaan uit *proprietas* plus *usus* plus *fructus*. In hierdie verband kom die onderskeid tussen *dominium plenum* en *dominium minus plenum* ook voor. Die Natuurregsgeleerdes gebruik nog steeds die onderskeid tussen *dominium directum* en *dominium utile* en hulle pas dit ook op praktiese gevalle toe. Daar vind in hierdie verband geen groot ontwikkelinge plaas nie.[31] Hugo de Groot laat vaar egter die onderskeid tussen meer as een soort eiendomsreg ten gunste van 'n enkelvoudige eiendomsbegrip, daar is net vir een soort eiendomsreg plek.[32] Die verskynsel van dubbele eiendomsreg was volgens hom net 'n ontwik-

---

28 Daries *Jus Naturae* §461: "[Wie wil bewys dat hy 'n saaklike reg verkry het] indicare debet primo factum, quo ejusmodi, jus acquisivit, et deinde: eijusmodi factum continere determinatae acquisitionis rationem sufficientem. Ratio haecce est causa acquisitionis remota, factum vero illud ejusdem acquisitionis causa proxima dicitur. Causa remota vocatur titulus, proxima vero modus acquirendi" (eie vertaling). Sien ook Daries *Natur und Völckerrecht* II 664, III 1137.

29 Daar sal hieronder in hfst 9.5.4 verder op hierdie aspek ingegaan word. Sien ook Gryphiander *Oeconomicorum* 1.9.34.

30 Van der Walt *Houerskap* 303.

31 Van der Walt *Houerskap* 303-306.

32 De Groot het in sy *Inleidinge* van die begrip *dominium utile* afgesien.

kelingsfase vanaf gemeenskaplike na privaateiendomsreg.[33] Die Natuurreg het wel ontwikkeling tot stand gebring met betrekking tot die onderskeid tussen *possessio* en *detentio*, hoofsaaklik op grond van die aan of afwesigheid van die *animus domini*.[34] Die onderskeid word ook in die Pruisiese *Allgemeines Landrecht* van 1794 opgeneem en is hoofsaaklik tot die eiendomsverkrygende of saaklike funksie van *possessio* beperk:[35]

> 7.2 Ook hy wat 'n saak in sy beheer het slegs met die bedoeling om daaroor vir iemand anders of in sy naam te beskik, is blote houer. 7.3 Maar hy wat 'n saak in beheer neem met die bedoeling om daaroor vir sigself, direk of deur iemand anders, te beskik, word besitter van die saak.[36]

9.4 Die verkryging van fisiese beheer (*modus acquirendi*)

9.4.1 Die standpunt dat verkryging van fisiese beheer nie 'n vereiste is nie

In die Romeinse reg is onderskei tussen *causa* en *traditio*. Die beginsel was dat eiendomsreg slegs oorgaan indien fisiese beheer uit hoofde van 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa*) verskaf is.[37] Eiendomsreg kon dus nie byvoorbeeld deur die koopkontrak oorgedra word nie, 'n leweringshandeling (*traditio*) was daarbenewens 'n vereiste. Hugo de Groot (1583-1645), waarskynlik een van die grondleggers van die Natuurreg, het egter die standpunt ingeneem dat die verskaffing van fisiese beheer, as synde 'n afsonderlike leweringshandeling, nie in die Natuurreg 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie.[38] Eiendomsreg word deur ooreenkoms oorgedra. Hy is sterk beïnvloed deur Christelike denkbeelde en

---

33 Van der Walt *Houerskap* 396-398 mvn Hugo de Groot *De Iure Praedae* (1604-1605).
34 Die onderskeid word duideliker gemaak as wat in die verlede gebruiklik was.
35 Dit word nie met die regspolitieke beskerming van saaklike verhoudinge verwar nie.
36 *Preußischen Allgemeines Landrecht* 7.2 (eie vertaling): "Auch der ist ein blosser Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht, darüber für einen Andern oder in dessen Namen zu Verfügen, in seiner Gewahrsam hat. 7.3 Wer aber eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch Andere, in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache". In dieselfde hoofstuk (7.6-7.7) word onderskei tussen eiebesit en vreemdbesit en besit met en sonder titel. Raadpleeg Van der Walt *Houerskap* 309.
37 Sien hfst 2.4.3 en 2.4.4.
38 Dit is interessant om daarop te let dat *Digesta* 15.1.8 en *Institutiones* 2.1.4 verklaar dat *traditio* 'n natuurlike vereiste is (dit is in ooreenstemming met natuurlike geregtigheid). De Groot huldig die teenoorgestelde mening.

het byvoorbeeld die idees "belofte maak skuld" en "die gedagte is net soveel werd as die daad" aan die Bybel ontleen en dit op die reg toegepas. Veral laasgenoemde idee is van toepassing gemaak op die oordrag van eiendomsreg:[39]

> Die laaste wyse van verkryging wat na bewering onder die *ius gentium* tuishoort, geskied deur lewering (*traditio*). Maar tog het ons hierbo aangetoon dat lewering van nature nie vereis word vir die oordrag van eiendomsreg nie.[40]
>
> (2.11.1.5) Maar om die saak goed te verstaan, moet mens behoorlik onderskei tussen drie trappe betreffende toekomstige sake wat na verwagting in ons mag sal wees ... (2.11.2) Die eerste is 'n verklaring wat die bedoeling wat nou bestaan betreffende toekomstige dinge uiteensit ... (2.11.3) Die tweede trap is wanneer die wil betreffende die toekomstige dinge sigself openbaar deur 'n uiterlike teken, dat dit noodsaaklik is om te volhard ... (2.11.4.1) Die derde trap is wanneer by 'n dergelike openbaring van die wil 'n teken bykom (wat aantoon) dat mens jou reg aan iemand anders wil oordra: hierdie is 'n perfekte belofte wat dieselfde effek het as die vervreemding van eiendomsreg. Dit is immers of die weg na vervreemding van 'n saak, of die vervreemding van 'n sekere stukkie van ons vryheid. Op eersgenoemde het die belofte om te gee betrekking, op laasgenoemde die belofte om te doen. 'n Belangrike bewys van dit wat ek sê, word verskaf deur die goddelike uitsprake, wat vir ons leer dat God self, wat deur geen reël van die positiewe reg gebind kan word nie, teen sy eie aard sou handel as hy nie sy gelofte gestand sou doen nie.[41]

---

39 Raadpleeg verder ook Felgentraeger *Savignys Einfluß* 4; Brandt *Eigentumserwerb* 54-55; Gordon *Traditio* 173-174; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 82 vn 7 en 83 vn 4; Dieselhorst *Hugo Grotius* 34 en 50.

40 Hugo de Groot *De Iure Belli* 2.6.1.2 (eie vertaling): "Ultimus acquirendi modus qui juris gentium dicitur, est per traditionem. Atqui supra diximus, ad dominii translationem naturaliter traditionem non requiri ...". Sien verder ook De Groot *De Iure Belli* 2.8.25-26 en 2.12.15.1 en 2 (in lg passasies verklaar hy dat eiendomsreg met kontraksluiting oorgaan) en De Groot *Inleidinge* 2.5.2.

41 Hugo de Groot *De Iure Belli* 2.11 (eie vertaling): (2.11.1.5) "Sed ut bene res intelligatur, distinguendi sunt diligenter tres gradus loquendi de rebus futuris quae nostrae sunt potestatis aut fore putantur. (2.11.2) Primus gradus est assertio, explicans de futuro animum qui nunc est ... (2.11.3) Secundus gradus est, cum voluntas *se* ipsam pro futuro tempore determinat, cum signo sufficiente ad indicam dam perseverandi necessitatem... (2.11.4.1) Tertius gradus est ubi ad determinationem talem accedit signum volendi jus proprium alteri conferre: quae perfecta promissio est, similem habens effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei, aut alienatio particulae cujusdam nostrae libertatis. Illuc pertinent promissa dandi huc promissa faciendi. Ejus quod dicimus insigne nobis argumentum praebent divina oracula, quae nos docent. Deum ipsum, qui nulla constituta lege obstringi potest, contra naturam suam facturum nisi promissa praestaret. Neh. 9:8; Hebr. 6; 18; ibid 10:23; 1 Cor. 1:19; ibid 10:13;1; Thess. 5:24; 2 Thess. 3:3; 2 Tim. 2:13."

Die mees invloedryke skrywers van die Natuurreg het Hugo de Groot se siening nagevolg en die standpunt ingeneem dat die verskaffing van fisiese beheer nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie:[42]

> Dit is daarom duidelik dat lewering ingevolge die Natuurreg nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie.[43]
>
> In die geval van afgeleide wyses van verkryging word opsegging en aanvaarding vereis, maar nie lewering nie, selfs nie by die verkryging van saaklike regte nie; en die handeling van opsegging is terselfdertyd ook die wyse van verkryging (*modus acquirendi*) en titel.[44]

Die siening dat eiendomsreg sonder die verskaffing van fisiese beheer oorgedra kan word, hou verband met die besef dat eiendomsreg in 'n saak en die saak self nie dieselfde ding is nie. Die Romeinse juriste het dikwels die saak aan *dominium* gelyk gestel, wat waarskynlik tot die *traditio*-vereiste aanleiding gegee het.[45] Maar sodra ingesien word dat eiendomsreg in 'n saak en die saak self twee verskillende dinge is, word dit makliker om oordrag van eiendomsreg sonder verskaffing van fisiese beheer te aanvaar.[46] In hierdie verband onderskei die juriste van die Natuurreg tussen eiendomsreg as 'n *qualitas moralis* (deugsame kwaliteit) en eiendomsreg as 'n *facultas physica* (fisiese beheer). Eiendomsreg as *qualitas moralis* is 'n suiwer abstrakte begrip, wat bloot beklemtoon dat 'n persoon eiendomsreg op

---

42 Raadpleeg verder ook Coing *Europäisches Privatrecht* I 303; Brandt *Eigentumstheorien* 53 ev. Felgentraeger *Savignys Einfluß* 13 ev; Gordon *Traditio* 174-175.

43 Wolff *Natur- und Völckerrechts* §320: "Und daher erhellt, daß nach natürlichem Recht zur Abtretung des Eigenthums die Übergabe nicht erfordert wird" (eie vertaling). Sien ook Heineccius *Praelectiones* 1.12.9.

44 Nettelbladt *Systema Naturalis* §226 (eie vertaling): "Ad acquisitionem derivativam delatio atque aditio quidem, traditio vero non requiritur, nequidem in acquisitione jurium realium; atque ipse actus delationis simul modum acquirendi et titulum involvit". Sien ook Westphal *Ius Naturalis* §537; Pufendorf *De Jure Naturae* 4.9.8.

45 Die primitiewe mens was nie in staat om te onderskei tussen die *reg op* 'n saak en *fisiese beheer oor* 'n saak nie. Ingevolge primitiewe opvattinge is daar gevolglik ook net een manier waarop eiendomsreg oorgedra kon word en dit is deur die verskaffing van fisiese beheer. Slegs op hierdie wyse, wat vir die buitewêreld waarneembaar is, kan nuwe regsbetrekkinge tussen die eienaar en 'n saak tot stand kom.

46 Vergelyk bv Huber *Tractatus De Jure* 298: "Jus incorporale cujusmodi est dominium, *nihil ad persecutionem sui requirere corporale*" ["*Eiendomsreg is 'n onliggaamlike reg* van enige aard wat niks liggaamliks vereis met die oog op die verkryging daarvan nie" (eie vertaling)]. Raadpleeg verder ook Gordon *Traditio* 176 vn 2; Zwalve *Europese Privaatrecht* 145.

'n saak het en dat die saak aan sy beskikkingsbevoegdheid onderworpe is.[47] Eiendomsreg word sodoende van die saak self en van fisiese beheer oor die saak losgemaak. As *qualitas moralis* kan eiendomsreg bloot deur ooreenkoms oorgedra word, sonder dat fisiese beheer verskaf word (dit is immers bloot 'n reg wat oorgedra word).

9.4.2 Die corpus-*element*

Daar bestaan nietemin 'n verband tussen eiendomsreg as *qualitas moralis* en eiendomsreg as *facultas physica*. Alhoewel fisiese beheer nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie, is dit tog noodsaaklik dat daadwerklike fisiese beheer aan die verkryger oorgedra word sodat hy as eienaar sy eienaarsbevoegdhede kan uitoefen (eiendomsreg as *facultas physica*). Fisiese beheer is die wyse waarop eiendomsreg uitgeoefen kan word.[48] Hierdie gedagte, wat teruggevoer kan word na Lessius, word ook by die toonaangewende skrywers van die Natuurreg aangetref:[49]

> In die Natuurreg is lewering nie noodsaaklik nie: nogtans is dit in ooreenstemming met die rede omdat daar van nature vereis word dat ek die mag moet hê om te gebruik, sodat ek in staat sal wees om die saak te gebruik ... Daarby kom dat hierdie redenasie ook die onsekerheid betreffende eiendomsreg, wat die oorsaak is van vele gedinge, uit die weg ruim.[50]

---

47 Pufendorf *De Iure Naturae* 4.4.1: Eiendomsreg is 'n "qualitatem mere moralem secundum quam res ad aliquem pertinere ipsiusque dispositioni subjecta esse debere intelligitur" ["Eiendomsreg is bloot 'n deugsame kwaliteit wat aantoon dat 'n saak aan iemand behoort en aan daardie mens se beskikking onderworpe moet wees" (eie vertaling)]. Sien ook De Groot *De Iure Belli* 1.1.4 en 5. Raadpleeg verder Brandt *Eigentumserwerb* 55-56; Gordon *Traditio* 174 ev; Hofmann *Titulus und Modus* 15.

48 Terwyl eiendomsreg aan die een kant van fisiese beheer losgemaak word, word dit aan die ander kant weer in verband met fisiese beheer gebring. Die noodsaak vir lewering spruit voort uit die Natuurreg (natuurlike rede). Sien Brandt *Eigentumserwerb* 55-56. Volgens Hugo de Groot *Inleidinge* 2.3.1 bestaan daar 'n nou verband tussen eiendomsreg en fisiese beheer. Fisiese beheer is die daadwerklike of uiterlike uitoefening van die eienaar se gebruiksreg. Raadpleeg Van der Walt *Houerskap* 400-404.

49 Sien Hofmann *Titulus und Modus* 9-10, 11-12. Brandt *Eigentumserwerb* 58 is van oordeel dat mens hier met die grondslag van die moderne publisiteitsbeginsel te make het.

50 Lessius *De Justicia* 2.3.3.12 (eie vertaling): " ... iure naturae non est neccessaria traditio: est tamen ratione consona quia sicut ut possim re aliqua uti naturaliter requiritur in me vis utendi ... Accedit quod hac ratione evitetur etiam incertitudo dominiorum multarum litium seminarium". In 'n voetnoot in *De Iure Belli* 2.6.1 verwys De Groot na Lessius. Dit word daarom aanvaar dat hy die gedagte dat lewering nie 'n vereiste is nie, onder andere aan Lessius ontleen. Volgens Gordon *Traditio* 172-173 word dieselfde gedagte ook by Suarez *De Legibus* 2.12.2 en Duns Scotus *Opera Omnia* XIX 482 aangetref.

> Aangesien die reg op besit die eienaar toekom, so word die reg om die saak te besit tegelyk met eiendomsreg verwerf. Derhalwe, aangesien eiendomsreg nie sonder besit gebruik kan word nie, daarom is diegene wat eiendomsreg op iemand anders oordra, ook verplig om besit te verskaf. Aangesien die handeling waardeur besit verskaf word *traditio* heet en die handeling waardeur besit verkry word *apprehensio* genoem word, daarom moet die saak na oordrag van eiendomsreg ook nog gelewer en aangegryp word.[51]

In elk geval is verskaffing van fisiese beheer noodsaaklik ter wille van regsekerheid en vervul dit daarbenewens ook nog 'n belangrike publisiteitsfunksie aangesien eiendomsreg, wat deur alle derdes gerespekteer moet word, in fisiese beheer sigbaar tot uiting kom. Daar moet ook in gedagte gehou word dat daar in die Natuurreg sterk klem gelê is op die uiterlike openbaring van die bedoeling (*signum voluntatis*). Gevolglik word die standpunt ook aangetref dat die partye se bedoeling in fisiese beheer sigbaar tot uitdrukking kom:[52]

> Aangesien dit wat gehoor word, spoedig vergeet word en omdat die uitleg van skriftelike dokumente en dit wat voor getuies gesê is dikwels ook maar teenstrydighede oplewer en aangesien die gebruik van sake merendeels van besit afhanklik is en die oordrag van besit aan iemand anders nie aan dieselfde groot probleme onderworpe is nie, so blyk daaruit vir baie lank reeds dat oordrag die heel duidelikste is indien dit deur lewering geskied.[53]

Dit wil nou nie sê dat die verskaffing van fisiese beheer 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie. Lewering of *traditio* is bloot 'n feitlike handeling sonder enige regsgevolge wat uitgevoer word nadat eiendomsreg

---

51 Wolff *Natur- und Völckerrechts* §320 (eie vertaling): "Weil dem Eigenthumsherrn das Recht zum Besitz zukommt (§200); so wird mit dem Eigenthum einer Sache das recht zu besitzen zugleich erlangt; folglich, da ohne Besitz das Eigenthum nicht gebraucht werden kann (§200, 195), so ist derjenige, der das Eigenthum auf einen anderen gebracht, auch verbunden, den Besitz einzuräumen. Weil nun die Handlung, durch welche der Besitz eingeräumet wird, die Übergabe (traditio); die Handlung aber, durch welche der Besitz erhalten wird, die Ergreifung heißt (apprehensio); so muß nach Abtretung des Eigenthums, die Sache auch übergeben und ergriffen werden". Sien ook die aanhaling hieronder uit Wolff *Ius Naturae* III §33.

52 *Traditio* is bewys daarvan dat die verbintenisskeppende ooreenkoms gesluit is. Sien Felgentraeger *Savignys Einfluß* 4, 16.

53 Thomasius *Institutionum* 2.9 §160 (eie vertaling): "Weil das Gehörte bald verschwinde uns auch bezüglich der Auslegung schriftlicher Aufzeichnungen oder des in Gegenwart von Zeugen Gesagten mancherlei Streitigkeiten vorkommen und weil der Gebrauch der Dinge meistenteils vom Besitz abhänge und die Übertragung des Besitzes auf andere nicht eben großen Schwierigkeiten unterworfen sei, so erhelle daraus, daß schon lange die Übertragung am evidentesten sei, die Mittels der übergabe geschehe" (aanhaling in Brandt *Eigentumserwerb* 58). Sien ook Wolff *Ius Naturae* III §13 en Wolff

reeds oorgegaan het. In hierdie verband is dit belangrik om daarop te let dat die juriste van die Natuurreg 'n belangrike ontwikkeling teweeg gebring het betreffende die *corpus*-element vir die verkryging van beheer. Soos blyk uit die onderstaande omskrywings deur Wolff, het hulle aanvaar dat die saak gelewer is indien die verkryger beheer of mag oor die saak kon uitoefen tot so 'n mate dat hy na goeddunke fisies daaroor kon beskik (*physica potentia*). Wolff verduidelik die verkryging van *possessio* (*modus acquirendi*) soos volg:

> 'n Handeling waardeur iemand 'n saak in so 'n toestand verkry dat dit vir hom moontlik is om na goeddunke fisies daaroor te beskik, net soos 'n eienaar ['n handeling] waardeur hy die saak gevolglik onder sy mag bring met die bedoeling om dit vir homself te hou.[54]
>
> 'n *Modus* is die handeling deur die oordraggewer waardeur die saak in so 'n toestand gebring word, dat daar vir die verkryger 'n mag toekom om fisies oor die saak na goeddunke te beskik asof dit sy eie is, of om eiendomsreg uit te oefen.[55]

Dit was dus nie nodig dat die verkryger daadwerklik fisiese beheer oor die saak uitoefen nie, solank as wat hy in 'n posisie geplaas word om oor die saak te kan beskik.[56] Wolff gaan nog verder en doen weg met die begrip *traditio ficta* omdat dit na sy mening onnodig is. Alle vorme van *traditio* wat binne sy definisie tuisgebring kan word, is *traditio propria*.[57] Sy standpunt is egter nie tot sy logiese konsekwensies deurgevoer nie. Alhoewel hy *traditio*

Natur- und Völckerrechts §317 (die bedoeling om eiendomsreg oor te dra kom in lewering tot uiting).

54 Wolff *Ius Naturae* III §33: "Actus quo quis rem redigit in eum statum, quo physice possibile est, ut de ea pro arbitrio suo instar domini disponat, consequenter quo eam redigit in potestatem suam animo sibi habendi" (eie vertaling). Pufendorf *De Iure Naturae* 4.9.7 omskryf die verkryging van "possessio as ut res ita sub ipsius potestatem redigatur, quo actu de ipsa disponere queat". Pufendorf en Wolff het weer 'n invloed uitgeoefen op die skrywers van die *Usus Modernus Pandectarum*. Sien Biermann *Traditio Ficta* 223-224.

55 Wolff *Ius Naturae* III §33: 'n *Modus* is die "actus dominium transferentis, quo res redigitur in eum statum, ut ei, in quem translatum dominium, competat potentia physica de re tamquam sua pro arbitrio disponendi seu dominium exercendi" (eie vertaling).

56 Daarom was dit bv voldoende indien die verkryger 'n verklaring deur die vervreemder dat hy eiendomsreg oordra aanvaar (*apprehensio*). Aanvaarding kon ook bloot simbolies wees.

57 Wolff *Ius Naturae* 3.1.79. Vir Pufendorf was slegs *traditio brevi manu* 'n vorm van *traditio ficta*. Sien Biermann *Traditio Ficta* 224; Gordon *Traditio* 177 vn 4.

ficta verwerp het, het hy vereis dat die verkryger mag of beheer oor die saak moes vestig wat van so 'n aard moes wees dat ander daarvan uitgesluit is.[58]

In ooreenstemming met hulle standpunt dat eiendomsreg reeds deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra word, was die skrywers van die Natuurreg ook van oordeel dat eiendomsreg in daardie gevalle wat tradisioneel as *traditio ficta* beskryf is, deur blote wilsverklarings (*sola declaratione voluntatis*), blote wilsooreenstemming (*sola conventione*) of die blote bedoeling (*solo animo*) oorgedra is. Oordrag kon selfs in afwesigheid van die saak plaasvind. *Constitutum possessorium* is byvoorbeeld omskryf as 'n ooreenkoms (*conventio*) waardeur eiendomsreg by wyse van *traditio ficta* oorgedra word, of waardeur besit deur die blote bedoeling (*solo animo*) in houerskap (*detentio*) verander word.[59] Oordrag van eiendomsreg deur *constitutum possessorium* was vir hulle dus niks anders nie as oordrag deur ooreenkoms.

9.4.3 Modus acquirendi *(lewering) wel 'n vereiste*

Sommige skrywers van die Natuurreg het die standpunt egter verwerp dat eiendomsreg deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgaan.[60] Hulle het nie net tussen *titulus* (*causa*) en *modus acquirendi* onderskei nie, maar was van oordeel dat die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) ook in die Natuurreg 'n afsonderlike vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is. Hierdie standpunt is gegrond op die siening dat eiendomsreg natuurlikerwys voortspruit uit fisiese beheer en dat fisiese beheer daarom eers verkry moet word voordat eiendomsreg verkry kan word.[61] Hulle het in hierdie opsig by die positiewe reg aansluiting gevind, wat op grond van beleidsoorwegings

58 Sien Gordon *Traditio* 177-178.

59 Raadpleeg Wolff *Ius Naturae* III §69 en §70; Nettelbladt *Systema Naturalis* §531. Biermann *Traditio Ficta* 243 verwys ook nog na Mascov *Constituto Possessorio* 112-114 en 121 (die bron was egter nie beskikbaar nie).

60 Dit is volgens hulle onder andere in stryd met die *ius gentium*. Sien bv Daries *Jus Naturae* §461 en §805; Heineccius *Praelectiones* 1.12.9.

61 In elk geval het die eienaar 'n reg op die saak. Hy is dus daarop geregtig om op fisiese beheer aan te dring.

en oorwegings van regsekerheid, vereis het dat die verkryger fisies in beheer van die saak gestel moes word:[62]

> In geval van alle kontrakte wat gerig is op die oordrag van sake, is dit met die oog op verkryging van eiendomsreg noodsaaklik dat lewering tussenbeide kom. Want deur kontrakte word die sake slegs verskuldig, maar deur lewering word hulle ons s'n. En daarom sê sommige mense tereg dat kontrakte die proses aan die gang sit wat deur lewering voltooi word.[63]
>
> Die titel is die regsgrond, die rede waarom iets deur 'n handeling verkry kan word; die handeling self waardeur iets uit hoofde van die titel verkry word, word die verkrygingshandeling (lewering) genoem.[64]
>
> Sonder 'n titel en 'n wyse van verkryging (*modus*) kan niemand 'n reg op 'n saak (*ius in re*) hê nie ...[65]

Die verskil tussen 'n stelsel waarin eiendomsreg deur ooreenkoms oorgaan, en 'n stelsel waarin eiendomsreg slegs oorgaan indien fisiese beheer verskaf is, is die volgende. In 'n stelsel waarin die *traditio*-beginsel toegepas word, word van die veronderstelling uitgegaan dat eiendomsreg en fisiese beheer sover as moontlik met mekaar moet saamval. Uit die feit dat 'n persoon fisies in beheer van 'n saak is, moet derdes die afleiding kan maak dat hy die eienaar is. *Traditio ficta* is 'n gerieflike, logiese en onvermydelike uitsondering op hierdie beginsel.[66] In geval van beperkte saaklike regte waar fisiese beheer sonder beskikkingsbevoegdheid uitgeoefen word, soos huur en leen, is die *traditio*-beginsel egter 'n illusie. Die persoon wat in beheer is, is nie eienaar nie en dit kan derdes mislei.

---

62 Ook De Groot *Inleidinge* 2.5.2 erken dat lewering in die positiewe reg 'n vereiste is.

63 Woldenberg *Disputationes* 46 (eie vertaling): "In omnibus rerum transferendarum contractibus ad Dominium consequendum necesse est ut interveniat traditio. Nam contractibus res tantum fiunt debitae, sed traditione fiunt nostrae. Quare recte quidam dicunt, contractibus agitur, id traditione perficitur" (aanhaling gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 10 vn 1). Verder Cocceji *ad Grotius* 2.8.25-26 en 2.11; Cocceji *Novum Systema* 328; Thomasius *De Dominio* §41-43; Biermann *Traditio Ficta* 285. Maar sien Gordon *Traditio* 174 n 1.

64 Groß *Naturrechts* §134: "Der Erwerbstitel ist der Rechtsgrund, warum durch ein Factum etwas erworben werden kann; das Factum selbst, wodurch vermöge des Titels etwas erworben wird, heißst die Erwerbshandlung" (eie vertaling). Sien ook Dabelow *Rechtswissenschaft* §810.

65 Daries *Jus Naturae* §461: "Sine titulo atque modo acquirendi nemo jus in re quadam habere potest ... " (eie vertaling). Sien ook Daries *Jus Naturae* §805; Daries *Natur und Völckerrecht* II 664, III 1137. Raadpleeg verder Gordon *Traditio* 174; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 13, 15; Biermann *Traditio Ficta* 285.

66 Dit is 'n poging om 'n balans te vind tussen oordrag deur lewering en oordrag deur ooreenkoms.

In 'n stelsel waarin eiendomsreg deur ooreenkoms oorgaan, kan derdes dit nooit waag om op fisiese beheer as bewys van eiendomsreg te steun nie. In praktyk is die beginsel daarom onderhewig aan beperkings in belang van derdes wat op fisiese beheer steun as sou dit 'n aanduiding wees van eiendomsreg. So 'n stelsel is meer realisties omdat dit openlik erken dat oordrag deur ooreenkoms kan geskied. Dit wil dus voorkom of daar nie 'n groot verskil is tussen 'n regstelsel waar (1) die *traditio*-beginsel toegepas word en *traditio ficta* erken word en (2) 'n regstelsel waar oordrag deur ooreenkoms toegepas word en spesiale voorsiening vir die beskerming van die belange van derdes getref word nie.[67]

9.5 Uitwendige abstraksie - die *titulus*-vereiste (*iusta causa*)[68]

9.5.1 Inleiding

Uit die bespreking hierbo het dit aan die lig gekom dat daar twee uiteenlopende standpunte in die Natuurreg aangetref is, naamlik: (1) eiendomsreg word deur blote ooreenkoms oorgedra en (2) eiendomsreg word slegs oorgedra indien fisiese beheer uit hoofde van 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra word. In hierdie afdeling sal die implikasies van eersgenoemde standpunt in meer besonderhede bespreek word. Aangesien die twee standpunte in wesenlike opsigte van mekaar verskil betreffende die verband tussen *causa* en *traditio*, sal die verskillende sienings in hierdie verband ook onder die soeklig geplaas word. Verbandhoudende aspekte, soos die aard en betekenis van die *causa*-begrip en die vraag of die *causa* 'n objektief geldige *causa* moes gewees het al dan nie, sal ook aan die orde kom.

9.5.2 Eiendomsoordrag deur verbintenisskeppende ooreenkoms (titulus)

Alhoewel die mees gesaghebbende skrywers van die Natuurreg wel tussen *titulus* (*causa*) en *modus acquirendi* (*traditio*) onderskei het, het hulle die

67 Sien Gordon *Traditio* 175-176.
68 Sien hfst 1.6.2 en 10.4 ivm die betekenis van die begrip *uitwendige abstraksie*.

standpunt ingeneem dat die verskaffing van fisiese beheer (*modus*) nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in die Natuurreg is nie. As 'n *qualitas moralis* kan eiendomsreg bloot deur ooreenkoms (wilsooreenstemming) oorgedra word. Die blote verklaring deur die vervreemder dat hy eiendomsreg wil oordra en die verklaring deur die verkryger dat hy eiendomsreg wil ontvang (wat in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat is), is voldoende om eiendomsreg te laat oorgaan.[69] Hierdie standpunt impliseer ook dat indien dieselfde saak twee keer verkoop word, die eerste koper eienaar word selfs al is fisiese beheer nie verskaf nie:

> In die Natuurreg word niks meer as 'n titel vir die verkryging van regte vereis nie en daar is geen noodsaak vir enige *modus* van verkryging nie. As die oordraggewer in geval van afgeleide wyses van verkryging na 'n voorafgaande titel verklaar dat die reg wat oorgedra word nou waarlik moet begin en 'n aanvang neem, dan word hierdie verklaring "lewering" genoem.[70]

Hierdie siening dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms oorgedra kan word, is 'n natuurlike (rasionele of logiese) gevolg van die erkenning van 'n absolute of eksklusiewe eiendomsbegrip in die Natuurreg[71] - omdat die eienaar na goeddunke oor sy eiendom kan beskik, kan hy dit oordra op die wyse wat hy goeddunk, ook deur blote ooreenkoms met die verkryger:

> Den grond hier van bestaet in des mensches vrije macht over sijne daden: want ghelijckerwijs de macht die iemand heeft over sijn eighen goed ... zoo veel werckt dat hy door levering ... een ander mag eigenaer maecken ....[72]

---

69 De Groot *De Iure Belli* 2.6.1.1, 2.6.2 en 2.7.3. Die blote innerlike bedoeling is nie voldoende nie, daar moet wilsverklarings deur beide partye wees. Die partye moet hulle bedoelings openbaar maak deur woorde of gedrag (een of ander wilsuiting, 'n uitwendige teken). Sien ook Brandt *Eigentumserwerb* 54-55; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 4; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 82 vn 7.

70 Westphal *Ius Naturalis* §530 (eie vertaling): "Jure naturali praeter titulum ad acquirenda jura nihil requiritur nec opus est ullo modo acquirendi. §536: In acquisitione derivativa si is, qui jus in nos transfert, post praecedentem titulum, declarat, quod jus translatum nunc vere inchoare, & initium capere debeat, haec declaratio dicitur traditio". Sien ook Höpfner *Naturrecht* 76 n 2; Zeiller *Natürliches Privatrecht* §93, §108 en §109; Feder *Philosophie* 328-329, 354.

71 Hugo de Groot, byvoorbeeld, neig in die rigting van 'n eksklusiewe eiendomsbegrip waarin die *proprium*-element van eiendomsreg voorop staan. Beperkte saaklike regte word vanuit die oogpunt van die eienaar se volledige en omvangryke gebruiksbevoegdheid omskryf. Van der Walt *Houerskap* 400-404.

72 De Groot *Inleidinge* 3.1.12. Dieselfde gedagte gee ook aanleiding tot die eienaar se reg om sy saak te vindiseer in daardie gevalle waar hy nie die bedoeling gehad het om sy saak te vervreem nie. Carey Miller *Transfer of Ownership* 525; Zwalve *Europese Privaatrecht* 145-146, 149 ev.

> Aangesien die eienaar die reg het om met sy saak na goeddunke te handel, daarom hang dit bloot van sy wil af aan wie en op watter wyse hy eiendomsreg, of 'n reg wat hom toekom, wil oordra.[73]
>
> Nou is die rede waarom lewering kragtens die eenvoud van die Natuurreg en die *Ius Gentium* nie noodsaaklik is nie, van so 'n aard dat dit lyk of dit alle rede vir twyfel ten volle uit die weg ruim. Want hy wat een of ander reg ten volle en voltooid verkry het, 'n reg wat hom [nie] ontneem kan word [nie], het van nature die reg en die mag om daarvan afstand te doen en dit aan 'n ander persoon oor te dra – ek dink nie dat iemand dit sal ontken nie.[74]

Die standpunt dat die ooreenstemmende wilsverklarings voldoende is om eiendomsreg oor te dra en dat *traditio* nie ingevolge die Natuurreg 'n vereiste is nie, laat die vraag ontstaan wat die verband tussen *titulus* (*causa*) en die verskaffing van fisiese beheer (*traditio/modus*) was. By beantwoording van hierdie vraag moet in gedagte gehou word dat, alhoewel hierdie skrywers van oordeel was dat die verbintenisskeppende ooreenkoms tegelyk ook saaklike werking het, hulle tog ook die standpunt ingeneem het dat verskaffing van fisiese beheer noodsaaklik is, sodat die verkryger sy eienaarsbevoegdhede kan uitoefen. *Titulus* (*causa*) en *modus* (*traditio*) is egter nie twee afsonderlike vereistes nie, dit word saamgevoeg in een handeling.[75]

Ten einde die verband tussen *titulus* en *modus acquirendi* te verduidelik, gebruik die skrywers die begrippe *possibilitas* (moontlikheid) en *actualitas* (werklikheid). *Titulus* is 'n verbintenisskeppende ooreenkoms, wat die moontlikheid inhou dat iemand wat reeds 'n reg verwerf het, sy reg ook werklik sal kan uitoefen en gebruik. Alhoewel eiendomsreg reeds deur die

---

73 Wolff *Natur- und Völckerrechts* §314 (eie vertaling): "Weil der Eigenthumsherr das Recht hat mit seiner Sache nach seinem Gefallen anzufangen, was er will (§195); so beruhet es bloß auf seinem Willen, an wen und auf was Art er sein Eigenthum oder ein ihm zugehöriges Recht bringen will ... ".

74 Huber *Digressiones* 1.4.8 (eie vertaling): "Jam ratio, quare ex simplicitate juris Naturae et gentium non sit traditio necessaria, est ejusmodi, ut omnem dubitandi causam funditus tollere videatur. Nam qui jus aliquod plene perfecteque adeptus est, quod separari ab eo [non] potest, habet naturaliter jus ac potestatem id dimittendi et in alium transferendi; quod opinor, negabit nemo".

75 Hierdie siening, wat deur Felgentraeger *Savignys Einfluß* 20 as die sogenaamde *Additionstheorie* beskryf word (die samevoeging van *titulus* en *modus*), kom in die plek van die onderskeid tussen *causa efficiens proxima* en *remota*.

HOOFSTUK 9

DIE NATUURREG

9.1 Inleiding 459

9.2 Onderskeid tussen *titulus* (*causa*) en *modus acquirendi* 462

9.3 Onderskeid tussen *dominium* en *possessio* 464

9.4 Die verkryging van fisiese beheer (*modus acquirendi*) 465

9.4.1 Die standpunt dat verkryging van fisiese beheer nie 'n vereiste is nie 465

9.4.2 Die *corpus*-element 468

9.4.3 *Modus acquirendi* (lewering) wel 'n vereiste 471

9.5 Uitwendige abstraksie: die *titulus*-vereiste (*iusta causa*) 473

9.5.1 Inleiding 473

9.5.2 Oordrag deur verbintenisskeppende ooreenkoms (*titulus*) 473

9.5.3 Lewering (*modus*) wel 'n vereiste 476

9.5.4 Was 'n objektief geldige *causa* (*titulus*) 'n vereiste? 478

9.6 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 480

9.7 Invloed van die Natuurreg op kodifikasies van die agtiende eeu ... 483

9.8 Samevatting 487

verbintenisskeppende ooreenkoms oorgegaan het, word dit eers deur die verkryging van fisiese beheer 'n werklikheid:[76]

> 'n Titel of 'n *causa* is 'n regshandeling waarin die moontlikheid opgesluit is dat 'n reg of 'n plig regtens op ons oorgedra word. 'n *Modus* van verkryging (*modus acquirendi*) is 'n handeling wat in samehang met 'n titel tot gevolg het dat die reg self effektief word en sig in ons vestig.[77]
>
> 'n Geskikte titel is een wat die blote moontlikheid inhou dat 'n reg, soos eiendomsreg, verkry kan word, maar nie die werklike verkryging van die saak self nie. Vandaar dat gesê word dat 'n besitter 'n geskikte titel het as hy besit verkry het deur 'n handeling ten opsigte waarvan 'n wet verklaar dat eiendomsreg daardeur vanaf die eienaar oorgedra kan word.[78]

9.5.3 Lewering (modus) *wel 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg*

Soos wat reeds hierbo aangetoon is, is die standpunt dat eiendomsreg deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgaan nie algemeen in die Natuurreg aanvaar nie. Die standpunt dat die verskaffing van fisiese beheer wel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is, is ook aangetref. Anders as die skrywers hierbo, wat *titulus* en *modus* in een handeling saamvoeg, is die standpunt van hierdie groep skrywers dat *titulus* en *modus* wel deeglik van mekaar onderskei moet word en dat dit afsonderlike vereistes vir die oordrag van eiendomsreg is. Dit spreek ook vanself dat die verband tussen *titulus* en *modus* by hulle anders daar uitsien.[79] Volgens hierdie skrywers is *titulus* 'n verbintenisskeppende regsfeit wat die een party tot prestasie verplig en dus op die oordrag van eiendomsreg gerig is, soos byvoorbeeld koop, skenking of 'n testament. Dit het egter nog nie saaklike werking nie, dit verleen slegs 'n vorderingsreg of 'n *ius ad rem*, die reg om die saak op te

---

76 Sien Hofmann *Titulus und Modus* 5. Die implikasie is dat indien die vervreemder sou weier om die saak te lewer, of as hy die saak aan iemand anders sou lewer, die verkryger 'n saaklike aksie tot sy beskikking gehad het omdat hy reeds eienaar geword het.

77 Westphal *Ius Naturalis* §529 (eie vertaling): "Titulus sive causa est negotium, cui per leges inest facultas jus aut officium in nos transferendi. Modus acquirendi est factum, quod cum titulo conjunctum, efficit jus ipsum vere inchoare & apud nos residere". Sien ook Dabelow *Rechtswissenschaft* §810. Lees meer oor Dabelow in Stintzing *Geschichte* II 441.

78 Wolff *Ius Naturae* III §1034 (eie vertaling): "Titulus justus est, qui infert nudam possibilitatem juris acquisiti, veluti dominii, non vero ipsam ejus actualem acquisitionem. Unde Titulum justum habere dicitur possessor, qui possessionem acquisivit istiusmodi facto, quo dominium a domino transferri posse lex declarat".

eis.[80] Ten einde oordrag van eiendomsreg en die vestiging van 'n saaklike reg (*ius in re*) te bewerkstellig, moet die kontrak eers nagekom word, deurdat fisiese beheer verskaf word (*modus acquirendi*). Terwyl *titulus* die verbintenisskeppende ooreenkoms is, is *modus acquirendi* nakoming van die verpligting wat uit die verbintenisskeppende ooreenkoms voortspruit deur verskaffing van fisiese beheer:[81]

> Vir sover 'n belofte aanvaar is, stel dit 'n voltooide ooreenkoms (*pactum perfectum*) daar. En as die een wat belowe dit wat belowe is verskaf, word dit 'n vervulde ooreenkoms (*pactum consummatum*) genoem. Net soos 'n reg op 'n saak (*ius ad rem*) slegs uit ooreenkoms wat alreeds voltooid is kan ontstaan, net so stel 'n vervulde ooreenkoms 'n saaklike reg (*ius in re*) daar.[82]
>
> ... omdat 'n kontrak bloot 'n persoonlike reg tot gevolg het ... Deurdat 'n kontrak wat op die oordrag van 'n saak gerig is, gesluit word, word die verkryger nog nie eienaar van die saak nie; hy word eers eienaar indien die oordraggewer hom fisies in beheer stel; want deur kontraksluiting word slegs 'n belofte gemaak, hy verkry nog nie die saak wat belowe is nie. Eers deurdat hy fisies in beheer gestel word, gaan die saak self op hom oor, hy het nou 'n saaklike reg.[83]
>
> As dit wat by wyse van 'n ooreenkoms belowe word die oordrag van 'n reg is, dan word by wyse van sodanige ooreenkoms weliswaar die reg op die uitvoering van die belofte verkry, of – wat dieselfde is – die reg op die nakoming van die ooreenkoms. Maar daardie reg waarvan die oordrag belowe word, word nie deur die ooreenkoms verkry nie, maar daar moet eerder 'n handeling bykom wat deur 'n teenwoordige persoon uitgevoer word en wat oordrag daarvan tot gevolg het.[84]

---

79 Raadpleeg Brandt *Eigentumserwerb* 52 vn 16 en Hofmann *Titulus und Modus* 6 ev, 47-49.

80 Dit wat aan my belowe is, het ek nog nie.

81 Dit is *solutio*, bevrydende betaling of uitvoering van die kontrak. Die kontrak het dus hoogstens die potensiaal om tot verkryging van 'n saaklike reg (eiendomsreg) te lei indien fisiese beheer verskaf word.

82 Daries *Jus Naturae* §475 (eie vertaling): "Promissio quatenus acceptata est, constituit pactum perfectum. Et si promittens promissa praestitit, pactum vocatur consummatum. *Uti igitur ex pacto, quod solummodo perfectum est, ius ad rem oritur, ita pactum consummatum constituit ius in re*". Sien ook Daries *Jus Naturae* §420 n 2. Daries was een van die bekendste leerlinge van Wolff.

83 Groß *Naturrechts* §181 (eie vertaling): "Da ein Vertrag nur ein persönliches recht bewirkt .... Durch Abschließung eines Vertrags, welcher das Geben einer Sache betrifft, wird der Promissar noch nicht Eigentümer der Sache; er wirdt es erst dadurch, daß ihn der Promittent in den Besitz derselben setzt ...(übergabe, traditio); denn durch den Vertrag hat er nur das Versprechen, nicht das Versprochene erworben. Erst durch die Besitznahme geht die Sache selbst auf den Promissar über; er hat nun ein dingliches Recht". Sien ook Groß *Naturrechts* §178.

84 Nettelbladt *Systema Naturalis* §393: "Si id, quod per pactum promittitur, est translatio juris, per tale pactum quidem acquiritur jus ad servandum promissum seu, quod idem est, ad implementum pacti, at jus illud, cujus translatio promittitur, per illud non ac-

9.5.4 *Was 'n objektief geldige* causa (titulus) *'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg?*

Soos reeds opgemerk, is die *titulus*-vereiste deur die meeste skrywers van die Natuurreg ook op oorspronklike wyses van eiendomsverkryging en selfs op die verkryging van alle regte (en nie net saaklike regte nie), van toepassing gemaak. Gevolglik verwys die begrip nie bloot na 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nie, maar na enige regsgrond wat dien as regverdiging vir die verkryging van eiendomsreg (of 'n ander reg), ook byvoorbeeld 'n testament.[85] Die *titulus* kon selfs in 'n regsreël geleë wees, soos byvoorbeeld die reël dat sake wat aan niemand behoort nie, die persoon toekom wat eerste fisiese beheer vestig ('n geval van oorspronklike verkryging). Gevolglik word *titulus* byvoorbeeld in geval van *occupatio* omskryf as "die wet van die natuur, naamlik dat eiendomsreg van 'n *res nullius* verkry word deur toe-eiening".[86]

In geval van afgeleide wyses van eiendomsverkryging (*traditio*), verwys die begrip *titulus* egter na 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms wat deur wilsooreenstemming tot stand kom, soos koop, skenking of 'n lening. Sommige skrywers was van oordeel dat die ooreenkoms reeds saaklike werking het, terwyl ander weer die standpunt ingeneem het dat die ooreenkoms slegs 'n reg op 'n saak (*ius ad rem*) verleen. *Titulus* (of *causa*) was dus, volgens laasgenoemde groep, die rede waarom eiendomsreg deur lewering oorgedra word - dit dien as regverdiging vir oorgang van eiendomsreg.[87] Hierdie uiteenlopende standpunte het weer die vraag of die *titulus* (*causa*) in die Natuurreg objektief geldig moes gewees het al dan nie, beïn-

---

quiritur, sed potius accedere debet actus, qui de praesenti absolvitur translationem ejus involvens" (eie vertaling).

85 *Titulus* is dus 'n regsfeit waaraan die objektiewe reg gevolge heg. Sien verder die bespreking in Hofmann *Titulus und Modus* 5, 10-11.

86 Wolff *Ius Naturae* II §773 (sien ook III §717 en III §783): "Lex naturae, quod occupatione rerum nullius acquiratur dominium" (eie vertaling). In *Ius Naturae et Gentium* §210 en §454 sê Wolff dat die *ius occupandi* die *titulus* is.

87 Anders gestel, die titel maak dit duidelik dat eiendomsreg deur lewering oorgedra word. Sien Nettelbladt *Systema Naturalis* §404; Gesterding *Eigenthum* 62.

vloed. Indien eiendomsreg reeds deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgegaan het, het mens met 'n kousale stelsel te doen waar eiendomsreg oorgaan slegs indien die ooreenkoms geldig is. Daar kan dus aanvaar word dat 'n geldige ooreenkoms of *titulus* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in die Natuurreg was.

Daar bestaan egter nie eenstemmigheid in hierdie verband onder daardie skrywers wat die standpunt ingeneem het dat eiendomsreg nie deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra word nie, maar dat lewering van die saak wel 'n vereiste is. Aan die een kant wil dit voorkom of die begrip *iusta causa* (*titulus*) vir sommige skrywers bloot verwys het na 'n kontrak of ooreenkoms wat geskik is om eiendomsreg oor te dra en dat die *causa* nie geldig hoef te gewees het nie.[88] Selfs 'n putatiewe *causa* sou voldoende wees om eiendomsreg oor te dra.[89] Die teenoorstaande standpunt, naamlik dat 'n objektief geldige *titulus* wel 'n vereiste is, word egter ook aangetref. In 'n verhandeling deur Hägemeister onder leiding van Ludovici, word na die volgende opmerking deur Struve verwys wat nie op 'n geldige *titulus* aandring nie:

> Selfs al sou daar geen verbintenis wees nie, kan eiendomsreg nogtans deur lewering oorgedra word, mits die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra uit hoofde van 'n geldige *causa* of 'n *causa* wat deur die reg goedgekeur is.[90]

Uit Hägemeister se antwoord wil dit voorkom of hy van oordeel is dat die *causa* wel objektief geldig moet wees:

> Ek erken ruiterlik dat hierdie redenasie my verstand te bowe gaan ... dat blote lewering sonder 'n voorafgaande ooreenkoms voldoende is, word nêrens gelees nie. Sake word ons s'n deur lewering indien hulle vooraf by wyse van ooreenkoms aan ons verskuldig geword het. ... 'n *Causa* wat geldig is, of wat deur die reg goedgekeur is, is 'n geskikte titel vir die oordrag van eiendomsreg. Daardie titel ontstaan uit 'n kontrak. Maar waar bedrog die oorsaak vir die kontrak was, daar is die kontrak nietig. Daar is dan geen geskikte titel nie,

88 Die *causa* is 'n "titulus aptus ad transferendum dominium of 'n contractus vel pactum jus dominii translativum". Sien Hofmann *Titulus und Modus* 15 vn 37, 58 vn 26.

89 Sien Dabelow Rechtswissenschaft §1248.

90 Ludovici *Dominio* §31: "Licet obl. ... sit nulla, dom. tamen transf. per trad., modo adsit voluntas id transferendi ex iusta, sive iure probata causa" (eie vertaling).

> geen geldige *causa* of *causa* wat deur die reg goedgekeur is nie, maar eerder 'n *causa* wat verwerplik is.[91]

Ook die volgende aanhaling skep die indruk dat 'n objektief geldige *titulus* (*causa*) 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was:

> En hierdie titel is die grondslag en wortel van eiendomsreg wat daaruit voortspruit ... met die gevolg dat as dit onvoldoende of onwettig is, die verkryging nie blywend kan wees nie ... omdat die latere gevolge van die titel deur sy oorsprong bepaal word.[92]

9.6 Inhoudelike abstraksie - die rol en funksie van die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang[93]

Hierbo is aangetoon dat die algemeen aanvaarde standpunt in die Natuurreg was dat die verbintenisskeppende ooreenkoms reeds oordrag van eiendomsreg tot gevolg gehad het. Die partye se bedoeling was dus nie bloot op die vestiging van verbintenisse gerig nie, maar ook op die oordrag van eiendomsreg. Dit beteken ook dat daar wilsooreenstemming tussen die partye moes wees dat eiendomsreg deur totstandkoming van die koopkontrak, byvoorbeeld, oorgedra sal word en nie eers deur lewering nie.[94] Dit is daarom nie vreemd nie, dat baie skrywers beklemtoon het dat beide partye die bedoeling moet hê om onderskeidelik eiendomsreg oor te dra en te ontvang (daar word in hierdie verband uitdruklik melding gemaak van die *animus transferendi dominii et accipiendi*). Uit die volgende aanhalings blyk ook dat die blote innerlike bedoeling nie voldoende is nie, dit moet ook openbaar

---

91 Ludovici *Dominio* §31 (eie vertaling): "Lubens fateor, quod haec ratiocinatio captum meum superet ... hoc non legi, quod nuda trad. sufficiat absque praecedente voluntate. Traditione res fiunt nostrae, si prius per conventionem nobis debitae fuerunt ... Causa justa seu jure probata est titulus habilis ad transferendum dominium, titulus ille oritur ex contractu, ubi autem dolus causam dedit contractui, ibi nullus est contractus, nullus titulus habilis, nulla causa justa seu iure probata, sed potius reprobata". Ook Woldenberg *Disputationes* 45.

92 Gryphiander *Oeconomicorum* 1.9.56: "Atque hic titulus est radix et basis dominii, ex qua illud pullulat ..., ut si ille insufficiens aut illegitimus est, acquaestus stabilis esse nequeat ...; quia a primordio tituli posterior formatur eventus" (eie vertaling). Sien ook Gryphiander *Oeconomicorum* 1.9.34: "Nullo iusto titulo praecedente possidentes ratio iuris quaerere dominium prohibet" ["Algemeen aanvaarde regsbeginsels verhinder besitters om eiendomsreg te verkry as daar geen geldige voorafgaande titel is nie" (eie vertaling)].

93 Sien hfst 1.6.2 en 10.3 ivm die betekenis van die begrip *inhoudelike abstraksie*.

94 Die belang van Grotius was juis daarin geleë dat hy steun verleen het aan die idee van oordrag deur ooreenkoms (wilsooreenstemming of *voluntas*).

gemaak word deur wilsverklarings te dien effekte, of dit moet uit die partye se gedrag afgelei kan word:[95]

> Origens sou die gebruik en nut van alle sake vooraf uitgesluit word, indien sake wat eenmaal toegeëien is, altyd by een en dieselfde persoon sou bly, as hulle nie deur instemming van die een na die ander oorgedra sou kon word nie.[96]
>
> Aangesien 'n ieder en elk ooreenkomstig die beginsels van natuurlike vryheid toegelaat moet word om sy handelinge in te rig soos hy wil, daarom berus dit bloot op sy wil of hy eiendomsreg, of 'n ander reg wat iemand aan hom oordra, wil hê of nie. Aangesien mens sê dat iemand iets aanneem (*accipere, acceptare*) indien hy deur woorde of 'n handeling in 'n voldoende mate te kenne gee dat hy dit wat iemand anders by wyse van woorde of dade aan hom oordra aanvaar, daarom word 'n aanname (*acceptatio*) vereis vir die oordrag van eiendomsreg of 'n ander reg.[97]
>
> Uit dit wat tot dusver gesê is, is dit duidelik dat eiendomsreg of 'n ander reg ingevolge die Natuurreg op hom wat dit aanneem oorgedra word, bloot indien hy sy bedoeling dat hy dit wil hê, in 'n voldoende mate verklaar.[98]

Die feit dat eiendomsreg reeds deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra is, impliseer dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang in die wilsverklarings vervat is waardeur die verbintenisskeppende ooreenkoms tot stand kom.[99] Dit beteken dus dat 'n kousale stelsel in die Natuurreg van toepassing was en dat die partye se bedoeling nie 'n selfstandige bestaan, los van die verbintenisskeppende ooreenkoms, gevoer het nie. Daar is dus geen ruimte in die Natuurreg vir die bestaan van 'n

---

95 Dit is in ooreenstemming met die algemene gedagtegang in die Natuurreg, wat besondere klem gelê het op die bedoeling (*voluntas*) van die partye.

96 Oldendorp *Opera Omnia* 174-175: "Alioqui, praecluderentur usus et utilitas omnium rerum, si semel occupatae possessiones manerent semper apud eundem, si non possent voluntate transferri ab uno ad alium" (eie vertaling).

97 Wolff *Natur- und Völckerrechts* §316 (eie vertaling): "Weil vermöge der naturlichen Freyheit einem jeden gelassen werden muß, daß er sich nach seinem Urtheil in seinen Handlungen richtet (§78); so beruhet es bloß auf eines jeden Willen, wenn man das Eigenthum, oder ein Recht auf ihn bringen will, ob er es haben will, oder nicht. Weil man nun sacht, derjenige nehme etwas an (accipere, acceptare), der durch Worte, oder eine That hinlänglich zu verstehen gibt, er wolle, daß ihm dasjenige gegeben werde, oder geschehe, was der andere sagt, daß er geben, oder thun wolle; so wird also zur Übergebung des Eigenthums, oder eines Rechtes das Annehmen (acceptatio) erfordert".

98 Wolff *Natur- und Völckerrechts* §317 (eie vertaling): "Aus dem, was bis jetzt gesagt werden, versteht man, daß nach dem Recht der Natur (naturaliter) das Eigenthum, oder ein Recht auf denjenigen, der es annimt, gebracht werden, wenn er bloß seinen Willen hinlänglich erklärt, daß er es haben will (§314, 316)". Die indruk word geskep dat die bedoeling in die verskaffing van fisiese beheer tot uiting kom:

selfstandige saaklike ooreenkoms, wat van die *causa* of *titulus* losgemaak is nie.[100] In elk geval het die Natuurregsgeleerdes se siening van die begrippe *kontrak* en *ooreenkoms* die bestaan van 'n saaklike ooreenkoms uitgesluit. Volgens hulle het 'n kontrak/ooreenkoms noodwendig 'n verbintenis tot stand gebring en terselfdertyd ook oordrag bewerkstellig. Per definisie, is daar dus nie so iets soos 'n saaklike kontrak of ooreenkoms nie, want so 'n ooreenkoms bring nie verbintenisse tot stand nie en dit het ook nie oordrag tot gevolg nie. Dit bestaan slegs uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die belang van die Natuurreg vir die onderhawige onderwerp is nietemin daarin geleë dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n ooreenkoms gekonstrueer is.[101] Dit was egter nie 'n selfstandige ooreenkoms wat deel van die leweringshandeling uitgemaak het nie; dit was deel van die verbintenisskeppende ooreenkoms.[102]

Ook daardie skrywers wat van oordeel was dat eiendomsreg nie deur blote ooreenkoms oorgaan nie, maar dat lewering 'n vereiste vir oordrag is, het die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang beklemtoon:

> Volgens die Natuurreg of die *ius gentium* is *traditio* (lewering) die wyse van verkryging ... waardeur die eienaar sy saak met hierdie bedoeling uit hoofde

---

99 Raadpleeg De Groot *De Iure Belli* 2.6.1, 2.8.25; Pufendorf *De Jure Naturae* 4.9.5; Wolff *Ius Naturae et Gentium* §320; Zeiller *Natürliches Privatrecht* §93, §108 en §109; Nettelbladt *Systema Naturalis* §226 (aanhaling hierbo by 6.4.2).

100 Hammen *Savigny* 150; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 83; Hofmann *Titulus und Modus* 47, 49, 50-51.

101 Brandt *Eigentumserwerb* 54, 56-58 verwys daarna as 'n "Eigentumsübertragungsvertrag of einen auf Eigentumsübergang gerichteten Vertrag", want dit bestaan uit die verklaring van die vervreemder dat hy eiendomsreg oordra en die verklaring van die verkryger dat hy eiendomsreg ontvang.

102 Die feit dat skrywers soos Wolff en Thomasius die standpunt ingeneem het dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang in die leweringshandeling tot uiting gekom het, is nietemin 'n teken dat daar 'n verband tussen die bedoeling en lewering bespeur kan word, 'n aspek wat vir die ontwikkeling van die konstruksie van die saaklike ooreenkoms van besondere belang was.

van 'n geskikte *causa* aan 'n ander oordra, wat dit ontvang met die bedoeling om eiendomsreg daarvan te verkry.[103]

Hierdie aanhaling beklemtoon egter slegs die feit dat benewens 'n *titulus* en 'n *modus*, die partye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra. Daaruit kan ook die gevolgtrekking gemaak word dat daar wilsooreenstemming moet wees betreffende die oordrag en verkryging van eiendomsreg. Dit wil egter nog nie sê dat hierdie groep skrywers die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n selfstandige ooreenkoms gekonstrueer het nie, wat inhoudelik van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is. Dit blyk onder andere uit hulle siening van die kontraksbegrip en die leweringshandeling. Lewering was vir hulle slegs 'n feitlike handeling wat uitgevoer word ter nakoming van 'n kontrak – opsigself het dit geen regsgevolge of enige geestelike inhoud gehad nie. Dit wil sê, dit gaan nie gepaard met enige *animus* of bedoeling nie. Dit het slegs regswerking of betekenis in verhouding met die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms, wat die *animus* of geestelike element omvat.[104] Die verband tussen die *causa* (verbintenisskeppende ooreenkoms) en *traditio* (*modus*/verskaffing van fisiese beheer), is dus nog nie verbreek nie.

9.7 Invloed van die Natuurreg op enkele kodifikasies van die agtiende eeu

Onder invloed van die Natuurreg het die strewe na kodifikasie in die agtiende eeu posgevat. Daar was 'n behoefte aan wetgewing wat die ganse reg, of 'n groot gedeelte daarvan, omvat en wat so ingerig is dat die reg optimaal daaruit geken kan word. Kodifikasie was 'n poging om 'n einde te maak aan regsonsekerheid en die groot verskeidenheid regsreëls. Hierdie strewe van die Natuurregsgeleerdes het dan ook daadwerklik neerslag gevind in die kodifikasies wat in die tweede helfte van die agtiende eeu en die begin van die negentiende eeu in Europa verskyn het. Dit beteken egter nie

103 Woldenberg *Disputationes* 45 (eie vertaling): "Septimus de iure naturali seu gentium acquirendi modus est traditio: qua dominus rem suam ex justa causa alii accipienti et dominium ejus acquirere volenti hoc animo transferat" (aanhaling gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 10 vn 1).

dat die juriste van die Natuurreg se leerstellings ook in die wetgewing opgeneem is nie. Inteendeel, die Romeinsregtelike onderskeid tussen *titulus* en *modus* word byvoorbeeld in die Pruisiese *Allgemeinen Landrecht* van 1794 opgeneem. Eiendomsreg word dus nie deur blote ooreenkoms, soos wat in die Natuurreg geleer is, oorgedra nie, maar wel deur verskaffing van fisiese beheer uit hoofde van 'n *causa*:[105]

> Die uiterlike handeling waardeur eiendomsreg verkry word, bepaal die verskillende wyses van verkryging.[106]
>
> Die wetlike grondslag uit hoofde waarvan hierdie uiterlike handeling die krag het dat eiendomsreg daardeur verkry kan word, word die titel van eiendomsreg genoem.[107]
>
> Ten einde 'n titel te verkry is dit nodig om die saak in besit te neem.[108]

Ook die volgende artikels maak dit duidelik dat sowel 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms (*titulus*) as lewering (*traditio/modus*), vereistes vir die oordrag van eiendomsreg is. Daaruit is ook duidelik dat die onderskeid tussen persoonlike regte (*iura ad rem*) en saaklike regte (*iura in re*), wat deur sommige skrywers van die Natuurreg getref is, in die kodifikasies oorgeneem is:

> Die verkryging van 'n reg op iemand anders se saak vereis dat die verkryger 'n voorafgaande reg tot die saak verkry het.[109]

---

104 Hofmann *Titulus und Modus* 52.

105 Oorwegings van regsekerheid was waarskynlik die enigste rede waarom die vereiste van fisiese beheer behou is. Felgentraeger *Savignys Einfluß* 4-5.

106 *Preußischen Allgemeinen Landrecht* 1.9.1: "Die äußeren Handlungen, durch welche des Eigenthum erworben wird, bestimmen die verschiedenen Erwerbsarten (Modus acquirendi) (eie vertaling). Sien ook 1.2.131: Die Handlung oder Begebenheit, wodurch Jemand ein Recht auf eine Sache erlangt, heißt die Erwerbungsart" ["Die handeling of gebeurtenis waardeur iemand 'n reg op 'n saak verkry is die wyse van verkryging" (eie vertaling)].

107 *Preußischen Allgemeinen Landrecht* 1.9.2 (eie vertaling): "Der gesetzliche Grund vermöge dessen diese äußeren Handlungen die Kraft haben, daß dadurch das Eigenthum erworben werden kann, wird der Titel das Eigenthums genannt". "Willenserklärungen, Gesetz und rechtliches Erkenntnis" word as voorbeelde van sodanige *titel* aangegee.

108 *Preußischen Allgemeinen Landrecht* 1.9.3 (eie vertaling): "Zur Erwerbung des Titels wird die Besitznehmung erfordert".

109 *Preußischen Allgemeinen Landrecht* 1.2.133 (eie vertaling): "Die Erwerbung eines Rechtes auf fremden Sachen setzt bei dem Erwerbenden ein vorhergebendes Recht zur Sache voraus".

> Hierdie persoonlike reg waaruit 'n reg op die saak ontstaan deurdat die verkrygingshandeling tussenbeide kom, word die titel van die saaklike reg genoem.[110]
>
> Indien die persoon wat 'n persoonlike reg op 'n saak het, besit van die saak uit hoofde van hierdie reg verkry, ontstaan daar 'n saaklike reg op die saak.[111]

Die leerstuk van oordrag deur *titulus* en *modus acquirendi* word ook aangetref in die kodifikasies wat vir ander streke, anders as Pruise voorgestel is, byvoorbeeld Nederland,[112] Beiere[113] en Oostenryk.[114] In Oostenryk gee Keiserin Theresia in 1753, onder invloed van die Europese kodifikasiebeweging, opdrag dat 'n wetboek vir Oostenryk opgestel word. In die ontwerp van 1766 (die *Codex Theresianus*) word die leer van oordrag deur *titulus* en *modus acquirendi* oorgeneem. Eiendomsreg word nie deur blote verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra nie, daar moet ook lewering wees.[115] Die ontwerp was egter te omvangryk en het om daardie rede nooit wet geword nie. Die leerstuk van *titulus* en *modus acquirendi* word nietemin opgeneem in 'n volgende ontwerp, wat deur Horten en Keeß tydens die regering van Keiser Josef II (1786), voorberei is. Daarin word die standpunt ingeneem dat elke kontrak wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is, slegs 'n persoonlike reg op lewering in die lewe roep. Eiendomsreg gaan eers op die verkryger oor, indien fisiese beheer ter uitvoering van die kontrak verskaf word. Horten en Keeß kon die opdrag egter nie afhandel nie, maar Martini het die taak op hom geneem om die wetsontwerp te voltooi. Die ontwerp

---

110 *Preußischen Allgemeinen Landrecht* 1.2.134 (eie vertaling): "Dieses personliche Recht, aus welchem durch die hinzukommende Erwerbungsart ein Recht auf die Sache entsteht, heißt der Titel dieses dinglichen Rechtes".

111 *Preußischen Allgemeinen Landrecht* (*ALR*) 1.2.135 (eie vertaling): "Wenn demjenigen, der ein personliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechtes eingeräumt wird, so entsteht ein dingliches Recht auf die Sache".

112 Sien byvoorbeeld die *Ontwerp Van der Linden* 1807 art 2.2.2.22 en die *Wetboek Napoleon* 1809 art 588 en 589.

113 Die *Bayerischen Zivilgesetzbuch* (*Codex Maximilaneus Bevaricus Civilis*) van 1756.

114 Die *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie* (*ABGB*) van 1812.

115 *Codex Theresianus* 2.4.1.2: "Also ist die Erkaufung einer Sache lediglich die Ursache der Erwerbung, nicht aber die Art wodurch das Elgenthum erworben wird, sondern wer einer Sache kaufet, wird nicht ehender ein Herr derselben, als ihme solche übergeben worden" ["Die verkoop van 'n saak is bloot die oorsaak vir die verkryging, dit is nie die wyse waarop eiendomsreg verkry word nie. Wie 'n saak koop word nie eienaar daarvan alvorens dit aan hom gelewer word nie" (eie vertaling)].

Martini van 1796, wat sterk op die Romeinse reg steun, aanvaar eweneens die onderskeid tussen *titulus* en *modus*, maar artikel 2.6.12 kan op meer as een wyse uitgelê word:

> Wanneer afstanddoening van eiendomsreg plaasvind onder 'n bepaalde titel, maar die aanvaarding plaasvind onder 'n ander titel, dan kan verkryging en vervreemding slegs tot stand kom indien elkeen van die titels op sigself voldoende is en indien daar ook nog wilsooreenstemming bestaan.[116]

Hierdie formulering het sommige juriste daarvan oortuig dat Martini nie 'n objektief geldige *titulus* vir die oordrag van eiendomsreg vereis het nie omdat wilsooreenstemming ten tyde van lewering oënskynlik voldoende is om eiendomsreg oor te dra. Hulle was dus van oordeel dat 'n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag reeds by Martini gevind kon word.[117] Dondorp en Schrage stem egter nie hiermee saam nie. Martini het volgens hulle niks meer gedoen as bloot om *Digesta* 41.1.36 te kodifiseer nie. Dit lyk in elk geval of hy sterk onder Franse invloed was en daarom eerder 'n konsensueel kousale stelsel soos in die Franse reg (artikel 1583 *Code Civil*), voorgestaan het.[118] Martini se ontwerp het nooit wet geword nie.

In 1801 word 'n kommissie onder voorsitterskap van graaf Rottenhann aangestel waarvan Franz von Zeiller ook 'n lid was. Eers op 1 Junie 1811 word die derde ontwerp van die Kommissie as wet aanvaar, wat in 1812 in werking tree as die *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie* (*ABGB*). Ingevolge die *ABGB* word eiendomsreg oorgedra deur lewering uit hoofde van 'n *titulus* wat vir die oordrag van eiendomsreg geskik is. Die leer van *titulus et modus*

---

116 Ontwerp Martini 1797 art 2.6.12 (eie vertaling): "Wenn die Abtretung des Eigenthums unter einem Titel dessen Übernahme aber unter einem anderen Titel erfolgt, so kömmt doch der Veräußrung und die Erwerbung zu Stande, wenn nur jeder Titel für sich dazu hinreichend und im Übrigen der Wille einstimmig ist". In art 2.6.3 en 4 word beklemtoon dat die wedersydse bedoeling van die partye deurslaggewend is, welke bedoeling uitdruklik deur woorde of stilswyend deur gedrag openbaar kan word.

117 Dondorp en Schrage *Levering* 87 verwys na Martini se landgenote, naamlik Strohal en Rappoport. Sien ook Brandt *Eigentumserwerb* 59 ev wat aanvoer dat Martini reeds 100 jaar voor die *BGB* en dus ook voor Savigny 'n abstrakte saaklike ooreenkoms gekonstrueer het. Brandt ontken dat die ontwerp van Martini die onderskeid tussen *titulus* en *modus* aanvaar.

118 Raadpleeg Dondorp en Schrage *Levering* 87.

acquirendi word dus ook in Oostenryk toegepas.[119] Die invloed van hierdie kodifikasies op die ontwikkeling van die reg in Europa was taamlik beperk gewees aangesien dit nou saamgehang het met die politieke omstandighede in daardie tydperk en veral die strewe na 'n eenheidstaat. Die kodifikasies moes naamlik die doel dien om regseenheid te skep, maar vele Duitse juriste het hulle verset teen die idee van een kodifikasie vir die Duitse gebiede en die toenemende staatsabsolutisme wat daarmee gepaard gegaan het.

9.8 Samevatting

1. Alhoewel daar in die Natuurreg onderskei word tussen *titulus* (*causa*) en *modus acquirendi* (*traditio*/lewering), het Hugo de Groot en die mees invloedryke skrywers van die Natuurreg, die standpunt verkondig dat die verskaffing van fisiese beheer (*modus acquirendi*) nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie.[120] Eiendomsreg word deur blote ooreenkoms oorgedra; die verbintenisskeppende ooreenkoms het dus reeds saaklike werking.[121] Ook oordrag by wyse van *constitutum possessorium* en *traditio instrumentorum*, is omskryf as eiendomsoordrag deur blote ooreenkoms of wilsooreenstemming.

2. Alhoewel fisiese beheer nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie en die *titulus* reeds saaklike werking gehad het, is dit nietemin noodsaaklik dat daadwerklike fisiese beheer aan die verkryger oorgedra word, sodat hy sy eienaarsbevoegdhede kan uitoefen. Lewering (*traditio*) is egter bloot 'n feitlike handeling sonder enige regsgevolge, wat uitgevoer word nadat eiendomsreg reeds oorgegaan het.[122] Dit is ook nie nodig dat die verkryger daadwerklik fisies in beheer gestel word nie, dit

---

119 Art 380 *ABGB* bepaal soos volg: "Ohne Titel und ohne Rechtliche Erwerbungsart kann kein Eigentum erlangt werden" ["Sonder 'n titel en sonder 'n wyse van verkryging wat deur die reg erken word, kan eiendomsreg nie oorgedra word nie" (eie vertaling)]. Raadpleeg ook Dondorp en Schrage *Levering* 86-87; Hofmann *Titulus und Modus* 34.

120 Fisiese beheer moes wel verskaf word sodat die verkryger sy eienaarsbevoegdhede kan uitoefen. Sien punt 3 hieronder.

121 Die koopkontrak, byvoorbeeld, is tegelykertyd vervreemding en oordrag van die saak.

is voldoende indien hy die mag verkry om die saak fisies te beheer (*physica potentia*). Sodanige mag kan selfs deur aanvaarding van 'n verklaring waardeur eiendomsreg oorgedra word, of deur 'n simboliese handeling vestig.[123] Die begrip *traditio ficta* is gevolglik onnodig aangesien alle vorme van *traditio* onder *traditio propria* tuisgebring kan word.

3. Aangesien die verbintenisskeppende ooreenkoms reeds oordrag van eiendomsreg tot gevolg gehad het, beteken dit dat daar wilsooreenstemming tussen die partye moes wees dat eiendomsreg deur totstandkoming van die ooreenkoms oorgedra sal word (en nie eers deur lewering nie). Die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, was dus in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat, wat impliseer dat dit nie as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms, wat van die *causa* losgemaak is, bestaan het nie. 'n Kousale stelsel was dus van toepassing. Die belang van die Natuurreg is nietemin daarin geleë dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, as 'n ooreenkoms gekonstrueer is (daar word in hierdie verband uitdruklik melding gemaak van die *animus transferendi dominii et accipiendi*).

4. Die standpunt dat verskaffing van fisiese beheer nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie, is egter nie algemeen aanvaar nie. Op grond van beleidsoorwegings en oorwegings van regsekerheid, het sommige skrywers gemeen dat dit wel in die Natuurreg 'n vereiste was. Eiendomsreg spruit natuurlikerwys uit fisiese beheer voort; daarom moet fisiese beheer eers verkry word voordat eiendomsreg verkry kan word. Die standpunt dat eiendomsreg deur ooreenkoms oorgaan, word gevolglik verwerp. *Titulus* is volgens hulle 'n voorafgaande ooreenkoms wat 'n verbintenis tot stand bring en wat die een of beide partye tot prestasie verplig. Dit verleen dus slegs 'n vorderingsreg of 'n *ius ad rem*, die reg

---

122 *Titulus* (*causa*) en *modus* (*traditio*) is nie twee afsonderlike vereistes nie, dit word saamgevoeg in een handeling.

123 Die begrip *potestas* verwys nie na werklike fisiese beheer nie. Dit behoort ook duidelik te wees dat die begrip *apprehensio* aansienlik uitgebrei is.

om die saak op te eis, maar dit het nog nie saaklike werking nie. Ten einde oordrag van eiendomsreg en die vestiging van 'n saaklike reg (*ius in re*) te bewerkstellig, moes die kontrak eers nagekom word deurdat fisiese beheer verskaf word (*modus acquirendi*). Alhoewel hierdie skrywers ook vereis het dat daar wilsooreenstemming moes wees betreffende die oordrag en verkryging van eiendomsreg, het hulle die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nog nie as 'n selfstandige ooreenkoms gekonstrueer wat inhoudelik van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is nie.

5. Die antwoord op die vraag of die *titulus* (*causa*) in die Natuurreg objektief geldig moes gewees het, al dan nie, moet weereens rekening hou met die feit dat twee uiteenlopende benaderings aangetref is. Aan die een kant was daar die standpunt dat eiendomsreg reeds deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgegaan het (die Natuurregtelike benadering). Hier is 'n kousale stelsel ter sprake, waar eiendomsreg slegs oorgaan indien die ooreenkoms geldig is. Daar kan dus aanvaar word dat 'n geldige ooreenkoms of *titulus* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in die Natuurreg was en dat dit nie kenmerke van die uitwendige abstraksie vertoon het nie. Aan die ander kant word die standpunt aangetref dat die verbintenisskeppende ooreenkoms slegs 'n *ius ad rem* verleen en dat 'n afsonderlike leweringshandeling 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was (wat nie 'n suiwer Natuurregtelike benadering was nie). Die skrywers wat hierdie standpunt ingeneem het, was verdeeld oor die vraag of die *causa* objektief geldig moes gewees het. Enersyds word die standpunt teëgekom dat die *causa* nie geldig hoef te wees nie en dat 'n putatiewe *causa* voldoende is om eiendomsreg oor te dra. Elemente van die uitwendige abstraksie word dus by hierdie skrywers aangetref. Die teenoorstaande standpunt, naamlik dat 'n objektief geldige *titulus* wel 'n vereiste is, word egter ook aangetref.

6. Die standpunt dat eiendomsreg in die Natuurreg deur ooreenkoms oorgaan, het nie neerslag gevind in die kodifikasies wat in die tweede helfte

van die agtiende eeu onder invloed van die Natuurreg verskyn het nie.[124] In die Pruisiese *Allgemeinen Landrecht* van 1794, byvoorbeeld, word eerder die Romeinsregtelike onderskeid tussen *titulus* en *modus* oorgeneem. Eiendomsreg word dus nie deur blote ooreenkoms oorgedra nie, maar wel deur verskaffing van fisiese beheer uit hoofde van 'n *causa*. Ook die onderskeid tussen persoonlike regte (*iura ad rem*) en saaklike regte (*iura in re*), wat deur sommige skrywers van die Natuurreg getref is, word in die kodifikasies aangetref. Die leer van *titulus et modus acquirendi* vind ook in Oostenryk toepassing uit hoofde van artikel 380 *ABGB* van 1812. Die Natuurregtelike benadering het wel in Frankryk, België, Italië en Pole inslag gevind, waar eiendomsreg op roerende sake reeds deur sluiting van die koopkontrak oorgaan.[125]

7. Die gevolgtrekking is dus dat daar aan die begin van die negentiende eeu nog geen sprake was van 'n saaklike ooreenkoms wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is en slegs uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang bestaan het nie (nie in die regsliteratuur nie en ook nie in die kodifikasies waarna verwys is nie).[126]

---

124 Die Natuurreg het in hierdie opsig dus nie 'n blywende invloed uitgeoefen op die regsontwikkeling in Duitsland betreffende die stelsel van eiendomsoordrag nie.

125 Dit geld egter net *inter partes*. Teenoor derdes gaan eiendomsreg slegs oor indien fisiese beheer verskaf is. Sien byvoorbeeld art 711, 1138, 1583 van die *Code Civil*. Raadpleeg ook Zwalve *Europese Privaatrecht* 145, 177-180; Carey Miller *Transfer of Ownership* 522.

126 In die *ALR* en *ABGB* was nog geen sprake van 'n saaklike ooreenkoms nie. Die blote *animus transferendi dominii* was nie voldoende vir die oordrag van eiendomsreg nie, 'n geldige titel word vereis. Brandt *Eigentumserwerb* 85 argumenteer egter dat daar wel in die ontwerp van Martini van 'n saaklike ooreenkoms sprake was, maar hierdie standpunt is aanvegbaar.

HOOFSTUK 10

SAVIGNY EN DIE HISTORIESE SKOOL

10.1 Inleiding 493

10.2 Savigny se siening betreffende oordrag van eiendomsreg deur *traditio* 498

10.3 Die saaklike ooreenkoms is inhoudelik abstrak 500

10.3.1 'n Verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste nie 500

10.3.2 Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra deurslaggewend 504

10.3.3 *Traditio* 'n selfstandige saaklike ooreenkoms 507

10.3.4 Die betekenis van die *iusta causa* 512

10.3.5 Die grondslae van Savigny se teorie 515

10.3.6 Lewering by wyse van *constitutum possessorium* 519

10.3.7 Samevatting 520

10.4 Die saaklike ooreenkoms is uitwendig abstrak 522

10.4.1 Inleiding 522

10.4.2 Dwaling 523

10.4.3 Die teenstelling tussen Julianus en Ulpianus 527

10.4.4 Invloed van die *condictiones* 528

10.4.5 Grondslae en verdere ontwikkeling van die uitwendige abstraksie 530

10.4.6 Samevatting 536

10.5 Samevatting 537

10.1 Inleiding

> Teen die einde van die agtiende eeu was daar verdeeldheid in die Europese regswetenskap. Aan die een kant word die laat *Usus Modernus* aangetref wat, ongeag die uitstekende werk van Franse dogmatici soos Domat en Pothier, nie in staat was om algemene beginsels uit die gemenereg te abstraheer nie; daarteenoor word absolutistiese en revolusionêre wetgewing aangetref wat, nieteenstaande die verdienste daarvan, gedreig het om die lewende gees van die regswetenskap te versmoor. Te midde van hierdie situasie het die Historiese Skool daarin geslaag om 'n nuwe sisteem te ontwikkel, waarby die sterwende *ius commune* geïntegreer is, wat die verbeelding van juriste aangegryp het, wat as stimulus gedien het vir ongekende produktiwiteit en wat die rykdom aan regsdogmatiese oplossings aansienlik vermeerder het.[1]

Teen hierdie agtergrond, ontstaan die Historiese Skool[2] vanuit die Romanistiese reaksie teen die Natuurreg, die afgryslike gevolge van die Franse Revolusie en die optrede van die outoritêre staat. Die kritiek teen die Natuurreg word nie net gerig teen sy gebrek aan historiese perspektief nie; ook die hipotetiese en spekulatiewe rasionalisme word aan kritiek onderwerp. Boonop word dit beskou as 'n revolusionêre beweging wat politieke en regseenheid ondermyn. Terselfdertyd ontstaan sterk teenkanting teen kodifikasies soos die *ALR*[3], *ABGB*[4] en die *Code Civil* wat produkte van die Na-

---

1 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 377 (eie vertaling): "Am Ende des 18. Jhs. sehen wir die europaïsche Jurisprudenz in einem tiefen Schisma. Sie war auseinander gefallen in einen späten Usus Modernus Pandectarum, dem selbst in den glänzenden Leistungen der französischen Dogmatiker Domat und Pothier die innere Zurückführung der gemeinrechtlichen Tradition auf allgemeine Prinzipien nicht gelungen war; ihm stand gegenüber eine absolutistische oder revolutionäre Gesetzgebung, die bei all ihren Verdiensten den lebidigen Geist der Rechtswissenschaft zu ersticken drohte. In dieser Lage gelang es der historischen Schule, die absterbenden Masse des jus commune in einen neuen Prinzipienzusammenhang zu integrieren, der eine bisher unerhörte Produktivität der juristischen Phantasie freisetzte und den Shatz der rechts-dogmatischen Lösung unermeßlich vermehrte".

2 Die begrip *Historiese Skool* is vir die eerste keer gebruik na die aanvangsuitgawe van die *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft* (*ZRG*), wat Savigny in 1814 saam met Eichhorn tot stand gebring het. Alhoewel Gustav Hugo as die grondlegger van die historiese benadering tot die bestudering van die Duitse reg beskou word, word die Historiese Skool gewoonlik met Friedrich Karl von Savigny (1779-1861) vereenselwig, wat beskou word as een van die grootste juriste wat Duitsland nog opgelewer het. Sien Felgentraeger *Savignys Einfluß* 26 ev; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 84-85; Dondorp en Schrage *Levering* 93; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 251.

3 Die *Preußischen Allgemeines Landrecht* van 1794.

4 *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie* van 1812.

tuurreg was,[5] wat op 'n outoritêre wyse afgedwing is en wat 'n gevoel van ontnugtering, verdrukking en ontmagtiging tot gevolg gehad het.[6]

Savigny[7] lewer skerp kritiek teen bogemelde wetboeke omdat dit nie uit die volksoortuiging voortgespruit het nie. Dit is van bo-af op die burgery afgedwing; dit het die regsgeskiedenis en die historiese ontwikkeling van die volk se kultuurskatte verontagsaam en dit het regterlike interpretasie aan ministeriële kommissies en die wetgewer oorgelaat. In elk geval is die wetboeke volgens hom deur juriste opgestel, wat nie vir die taak opgewasse was nie. Die betrokke wetgewing kon dus nie as voorbeelde vir 'n nuwe Duitse kodifikasie dien nie. Trouens, Savigny was sterk teen kodifikasie gekant omdat dit 'n remskoen vir verdere regsontwikkeling sou wees - die regsreëls en beginsels wat daarin opgeneem is, sou volgens hom ewigdurend van krag wees.[8] Verskillende tydperke vereis tog verskillende regsreëls. 'n Kodifikasie sal eers moontlik wees sodra die regswetenskap vernuwe is deur die *Volksgeist*; dit wil sê, vanuit die regsoortuiging van die gemeenskap[9] wat in die gewoonte, wetenskap en regspraktyk tot uiting kom.[10] Die Kodifikasiebeweging wat uit die Natuurreg voortgespruit het, word vervang met die strewe na vryheid en politieke eenheid van die Duitse nasie.[11]

Die Historiese Skool het 'n nuwe beweging op tou gesit, wat beklemtoon het dat die hedendaagse positiewe reg voorafbepaald is deur sy historiese oorsprong en ontwikkeling, dat daar 'n verband is tussen wat was en wat behoort te wees. Aangesien die regsgeskiedenis die middel is waardeur die

---

5 Sien hfst 9.6 ivm die invloed van die Natuurreg op die betrokke wetgewing.

6 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 348-350; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 85; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 248; Brandt *Eigentumserwerb* 70.

7 Raadpleeg Savigny *Beruf* (die geheel).

8 Hy verskil van Thibaut (1722-1840) wat 'n Duitse kodifikasie na die voorbeeld van bogenoemde wetboeke bepleit het, met die oog op die bewerkstelliging van politieke eenheid in Duitsland. Raadpleeg Savigny *Beruf* 155-160.

9 Wat verteenwoordig word deur regswetenskaplikes wat behoorlik onderrig is in die "huidige Romeinse reg."

10 Savigny *Beruf* 22, 24.

11 Natuurregtelike begrippe soos *Vernunft* en *kodifikasie* word vervang met *geskiedenis* en *Volksgeist*. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 348-350, 390-393; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 249; Dondorp en Schrage *Levering* 93-94; Zwalve *Privaatrecht* 22; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 83; Kantorowicz *Savigny* 425.

positiewe reg ontsluit en verder ontwikkel kan word, stel die Historiese Skool hom ten doel om die gemenereg (*ius commune*) met behulp van historiese navorsing te vernuwe. Dit het vir hulle egter nie gegaan oor die "hedendaagse aanwending" van die Romeinse reg nie (*Usus Modernus Pandectarum*), maar oor die vind en erkenning van die Romeinse reg in sy oorspronklike vorm, voordat dit deur die *Mos Italicus* verander is. Die Romeinse reg, in besonder die klassieke en Justiniaanse Romeinse reg, was vir Savigny en sy navolgers die natuurlike erfenis van die Duitse volk.[12] Die regsgeskiedenis kan egter nie in isolasie ondersoek word nie; dit hang nou saam met die volksgeskiedenis en kulturele erfenisse van die volk. Die reg word dus nie bloot gesien as 'n produk van die rasionele abstraksies van die Natuurreg,[13] of as 'n produk van die wil van die wetgewer wat deur die staat op die burgery afgedwing word nie, maar as 'n kultuurproduk wat na vore kom uit die onderbewussyn van die volk. Dit is 'n skepping van die volksgees (*Volksgeist*).[14] Die feit dat die Historiese Skool hom daarop toespits om die oorspronklike Romeinse bronne te ontsluit, beteken dat aansluiting gevind word by die *Mos Gallicus* en Juridiese Humanisme met sy slagspreuk van *petere fontes*. Die skool het juis sy ontstaan daaraan te danke dat die Duitse Romaniste te Göttingen (soos Hugo, Weiss en Höpfner), onder invloed van die Nederlandse Elegante Skool, hulle op die studie van die klassieke Ro-

12 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 353-358, 363-364; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 86; Brandt *Eigentumserwerb* 67; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 249; Feenstra *Europese Rechtswetenskap* 124. Savigny se *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* (1815) was juis 'n historiese ondersoek van manuskripte en handboeke waaruit ons kan agterkom hoe regsgeleerdes die Romeinse bronne geïnterpreteer en verstaan het. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 384-385, 389.

13 Die gedagte dat die reg histories bepaald is, trek 'n streep deur die siening wat in die Natuurreg aangetref word, naamlik dat die reg herlei kan word na 'n ewig onveranderlike hoëre reg.

14 Die begrip *volk* is 'n kulturele begrip en moet nie as 'n biologiese verskynsel of 'n sosiale realiteit opgevat word nie. Dit verwys vir Savigny na 'n gemeenskap wat deur 'n kultuurtradisie saamgebind word en waarvan die regsgeskiedenis (in besonder die Romeinse reg) 'n wesenlike element is. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 357-358, 384-385, 390-393; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 85; Kantorowicz *Savigny* 425; Gerbenzon *Voortgangh* 258.

meinse reg toegespits het. Daar word gevolglik na die Historiese Skool verwys as die "tweede Humanisme".[15]

Historiese navorsing behels slegs een aspek van die vernuwingsprogram wat deur die Historiese Skool voorgestaan is, naamlik die hervorming van die regswetenskap tot 'n outonome wetenskap met sy eie metodiek en sisteem. Die afsonderlike regsreëls en begrippe, wat die resultaat is van die historiese ondersoek, moes daarom ook logies in 'n metodies-sistematiese struktuur geïntegreer word, sodat die reëls beter verstaan kan word en sodat die samehang en verbande tussen die verskillende reëls uitgelig kan word. Die sisteem is die *medium* waardeur die afsonderlike dele van die *inhoud* in 'n eenheid saamgebind word, sodat dit beter verstaan kan word.[16] Die reg het volgens Savigny uit twee lae bestaan. In die onderste laag word die afsonderlike regsreëls aangetref en in die boonste laag die verskillende regsinstellings (soos eiendomsreg, erfreg, huwelik, verbintenis, ensovoorts). Die twee lae vorm gesamentlik 'n regsisteem.[17] Die afsonderlike reëls uit die onderste laag, moet altyd wetenskaplik benader en prakties toegepas word, deur 'n sintese tussen die reël en die sisteem tot stand te bring.[18] Kenmerkend van die historiese metode is dus dat die geskiedkundige met die sistematiese gekombineer word.[19] Die historiese ondersoek was die empiries-

15 Die Humanistiese karakter van die skool blyk verder uit hulle strewe na 'n ewig onveranderlike menslike etos, 'n geestelike wedergeboorte. Koschaker *Europa* 278 ontken egter dat die Historiese Skool kenmerke van die Humanisme vertoon. Volgens hom was die skool dogmaties. Die korrekte siening is dat die hoofdoel van die skool daarop gerig was om die regsdogmatiek vanuit 'n regsgeskiedkundige oogpunt te vernuwe. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 365-366; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 249.

16 Die integrasie van die regsreëls met die sisteem word bereik deur regsinstellings of regsverhoudings, wat tot stand kom deur die outonome wil van die partye. Savigny *Methodenlehre* 37. Savigny se metode kom duidelik te voorskyn in sy belangrikste werke, naamlik: *Recht des Besitzes* (1803) wat beskryf word as die *Gründungsurkunde* van die Historiese Skool, *Obligationenrecht* (1853) en *System des heutigen Römischen Rechts* (1840-1849) waarin Savigny die "hedendaagse Romeinse reg" in Duitsland behandel (sien bv *System* I 10, 386 en III 277, 327 vir die toepassing van sy metode).

17 Regsreëls is nie losstaande entiteite nie, maar onderdele van 'n geheel.

18 Gerbenzon *Voortgangh* 258-259.

19 Dit is die taak van die filosofie om 'n nuwe sistematiek te ontwikkel, om inhoud en vorm aan mekaar te verbind.

pragmatiese grondslag van 'n sistematiese en regsteoretiese (of filosofiese) vernuwing van die regswetenskap.[20]

In hulle soeke na 'n nuwe regsdogmatiek word aansluiting gevind by die formalisme van die Natuurreg. Die *Pandektesisteem*[21] wat deur die Historiese Skool nagevolg word, word ontleen aan Natuurregfilosowe soos Daries, Nettelbladt en Pufendorf, terwyl die metodiek in verband met die struktuur van die sisteem en hulle begripsvorming, na Christian Wolff herlei kan word: daar word *more geometrico* logiese afleidings uit aksiomas gemaak wat na algemene beginsels herlei word en waaruit weer spesifieke begrippe en regsreëls geformuleer word. Begrippe soos "subjektiewe reg", "objektiewe reg", "regspersoonlikheid", "regshandeling", "ooreenkoms", "wilsverklaring", "bedoeling om regshandelinge aan te gaan", "private outonomie", "wilsvryheid", "wederkerige kontrak", "prestasie-verpligting" en "onmoontlikheid van prestasie" is uit die Natuurreg oorgeneem en herformuleer.[22] Die Historiese Skool vind verder ook aansluiting by Emanuel Kant se regsetiek en sy siening dat die individu moreel onafhanklik en vry is. Dit vorm byvoorbeeld die grondslag vir Savigny se standpunt dat dit die taak van die reg is om die mens se inherente etiese kwaliteite te bevorder en dat die regsorde moet toelaat dat die individu sy onafhanklikheid, vryhede en outonome wil na goeddunke uitleef, mits hy nie inbreuk maak op die vryhede van ander nie.[23] Die werke van die Historiese Skool is daarom nie bloot eksegeties van aard nie (soos wat by die *Usus Modernus Pandectarum* aangetref word), ook nie 'n blote geskiedkundige ondersoek nie (soos wat by die Elegante Skool

20 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 366-367, 370-374, 384-387, 397-398; Dondorp en Schrage *Levering* 93; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 249-250, 252-253; Coing *Savigny* 18 ev. Hierdie benadering was reeds by Gustav Hugo, die grondlegger van die Skool, aanwesig.

21 Wat nie net die verbande tussen die verskillende regsreëls onderling beklemtoon nie, maar ook die samehang tussen die verskillende regsreëls en die sisteem in sy geheel uitlig.

22 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 351-352, 374-376, 398, 415; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 249.

23 Raadpleeg Savigny *System* I 333 ev; Savigny *System* III 103-104, 115-116.

aangetref word)[24] en ook nie blote abstraksie en spekulasie nie (soos wat by die Natuurreg aangetref word). Dit is regsdogmatiese skeppings waarin die historiese en die Natuurfilosofie versoen word.[25] 'n Nuwe privaatregswetenskap het uit die geskiedenis te voorskyn gekom.

Alhoewel die Historiese Skool nie 'n direkte invloed op die ontwikkeling van die Romeins-Hollandse reg gehad het nie, is dit nogtans vir die Suid-Afrikaanse reg van belang aangesien die *Pandektenwissenschaft* wat in die tweede helfte van die negentiende eeu daaruit voortgespruit het, besondere aanhang in Suid-Afrika geniet het en werke van die Pandektiste dikwels deur die Suid-Afrikaanse howe aangehaal is.[26] Soos wat later aangetoon sal word, word Savigny met reg beskou as die skepper van die saaklike ooreenkoms, wat ook in die Suid-Afrikaanse reg 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is. Om daardie rede alleen is 'n diepgaande ondersoek na sy siening van die saaklike ooreenkoms van belang.

10.2 Savigny se siening betreffende oordrag van eiendomsreg deur *traditio*

Die algemeen aanvaarde standpunt aan die begin van die negentiende eeu in Duitsland, was dat eiendomsreg deur *traditio* oorgedra word indien aan die volgende vereistes voldoen is:[27] die vervreemder moet beskikkingsbevoeg wees, daar moet 'n *iusta causa* (of *iustus titulus*) wees en fisiese beheer moet aan die verkryger verskaf word. Daar is aanvaar dat die begrip *iusta causa* verwys het na 'n geldige[28] voorafgaande verbintenisskeppende

24 Hulle poging om hulle eie, nuwe sistematiek en begrippe op die klassiek-Romeinse dogmatiek toe te pas, het hulle van die Elegante Skool onderskei.

25 Savigny se metode kan gestel word teenoor die Elegante skool aan die een kant, wat gepoog het om die klassieke ideaal te rekonstrueer en die Natuurreg aan die ander kant, wat gepoog het om vanuit 'n beperkte aantal aksiomata via geldige redenasies die waarheid te vind. Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 251.

26 Daarbenewens is die Historiese Skool ook vir die Suid-Afrikaanse reg van belang vanweë hulle Romeinsregtelike waarde. In 'n sekere opsig was hulle werk 'n voortsetting van die werk van die skrywers uit die skole van die Humanisme en *Usus Modernus Pandectarum*. Sien Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 247.

27 Raadpleeg hfst 8.3 vir 'n bespreking van die betrokke vereistes.

28 Soos wat reeds hierbo by die *Usus Modernus Pandectarum* aangetoon is, was daar egter nie eenstemmigheid oor die vraag of die *causa* geldig moes gewees het nie.

ooreenkoms (*causa praecedens*), wat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra omvat en wat 'n vorderingsreg (*ius ad rem*) tot stand bring. Lewering was niks meer nie as 'n blote feitlike uitvoeringshandeling waardeur die voorafgaande verbintenis nagekom word (*solutio*) en waardeur die verkryger 'n saaklike reg (*ius in re*) verkry het.[29] Savigny het 'n drastiese verandering in hierdie siening van sake teweeggebring deurdat hy met die konstruksie van die saaklike ooreenkoms vorendag gekom het. In die hedendaagse literatuur word aangevoer dat Savigny se siening betreffende die aard van die saaklike ooreenkoms uit twee komponente bestaan het:[30]

1. Die saaklike ooreenkoms bestaan inhoudelik slegs uit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra aan die kant van die vervreemder en die ooreenstemmende bedoeling om eiendomsreg te ontvang aan die kant van die verkryger (die *animus transferendi dominii et accipiendi*). Dit is 'n selfstandige ooreenkoms wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word, onder andere in dié opsig dat die partye se bedoeling met laasgenoemde ooreenkoms is om verbintenisse tot stand te bring en nie om eiendomsreg oor te dra nie. Die inhoud van die twee ooreenkomste verskil dus van mekaar. In die literatuur word daar na hierdie aspek as die *inneren Abstraktion* verwys (die saaklike ooreenkoms is inhoudelik abstrak).

2. Die saaklike ooreenkoms moet aan sy eie geldigheidsvereistes voldoen. Gebreke in die verbintenisskeppende ooreenkoms het geen invloed op die vraag of 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het en of eiendomsreg oorgaan al dan nie. Ook wat hulle vereistes en gevolge betref, moet die twee ooreenkomste van mekaar onderskei word. Hierna word in die literatuur verwys as die *äußeren Abstraktion* (die saaklike ooreenkoms is ook uitwendig abstrak).

---

29 Sien hfst 8.3.3 en hfst 9.5.3 vir die onderskeid tussen 'n *ius ad rem* en 'n *ius in re*.

30 Sien Brandt *Eigentumserwerb* 70; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 104, 107; Hammen *Savigny* 152, 154-155.

Hierdie komponente sal vervolgens elkeen afsonderlik bespreek word. Uit die bespreking sal dit blyk dat sy teorie 'n bepaalde ontwikkelingsgang deurgemaak het. Alhoewel die verskillende dele van Savigny se *System* eers sedert 1840 verskyn het en die *Obligationenrecht* in 1853, was sy siening betreffende oordrag van eiendomsreg reeds voor gemelde datums bekend aangesien hy dit sedert 1803 in sy lesings aan sy studente voorgedra het.[31] Van sy studente, onder andere Warnkönig, Göschen, Strempel en Regenbrecht het reeds van 1820 af, nog voordat sy *System* en *Obligationenrecht* gepubliseer is, publikasies die lig laat sien waarin Savigny se standpunte uiteengesit word.[32] Sy lesings is vir ons veral belangrik omdat die ontwikkelingsgang van sy radikaal nuwe teorie hieruit vasgestel kan word. Dit is verder belangrik omdat dit dien as hulpmiddel by die uitleg van *System* en *Obligationenrecht*, waar hy die saaklike ooreenkoms net kortliks bespreek. 'n Mens moet natuurlik versigtig met die lesings omgaan, omdat dit aan sy studente dikteer is en nie uit sy eie pen voortkom nie. Deurdat hy sy teorie aan sy studente voorgedra het en hulle dit verder verkondig het (baie van hulle het later self dosente geword), was sy standpunt reeds wyd bekend, nog voordat bogenoemde twee werke verskyn het.[33]

10.3 Die saaklike ooreenkoms is inhoudelik abstrak

10.3.1 'n Verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste nie

Savigny verwerp die heersende opvatting van sy tyd, naamlik dat 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms ('n *iusta causa*) 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg is en dat lewering slegs dien as vervulling van 'n verbintenis (*solutio*).[34] Hierdie standpunt word gewoonlik geregverdig

---

31 Hierdie lesings word breedvoerig weergegee in Felgentraeger *Savignys Einfluß* op 27 ev.

32 Sien bv Regenbrecht *Commentatio* (1820); Warnkönig 1823 *AcP* 111 ev; Göschen *Vorlesungen* (1843) en Strempel *Iusta Causa* (1856). Alhoewel hulle as navolgers van Savigny bestempel kan word, is hulle ook bronne waaruit Savigny se leerstellings vasgestel kan word, soos wat sy lesings dit ook was.

33 Felgentraeger *Savignys Einfluß* 37; Fuchs *Iusta Causa* 83.

34 Raadpleeg Savigny se lesings van 1815-1816 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 32-33, 33-34, die lesings van 1820-1821 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 35-36 en Savigny *Obligationenrecht* II 256. Uit die lesings van 1803-1804 in Felgentraeger *Savignys Ein-*

met 'n beroep op *Digesta* 19.7.31 *pr*, Gaius 2.20 en *Digesta* 41.1.31 *pr* (Paulus), maar volgens Savigny is daar in hierdie tekste geen sprake van 'n verbintenis as vereiste vir *traditio* nie. Die woord *praecesserit* in *Digesta* 41.1.31 *pr*, het volgens hom bygedra tot hierdie foutiewe siening, maar dit kan nie letterlik as 'n verbintenisskeppende ooreenkoms opgevat word nie.[35] 'n Verbintenisskeppende ooreenkoms is dus nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie en die begrip *iusta causa* verwys nie na so 'n ooreenkoms nie.[36] Hy gee toe dat lewering in die meeste gevalle wel deur 'n verbintenisskeppende ooreenkoms voorafgegaan sal word, maar dit hoef nie noodwendig so te wees nie.

Ten einde sy stelling te staaf dat 'n verbintenisskeppende ooreenkoms geen vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie, verwys Savigny na twee gevalle waar eiendomsreg oorgaan, selfs al is daar nie 'n voorafgaande verbintenis nie en al kom 'n verbintenis ook nie later tot stand nie. Indien iemand byvoorbeeld uit goedhartigheid (sonder dat hy hom deur 'n voorafgaande ooreenkoms daartoe verbind het) besluit om geld aan 'n bedelaar te gee, is daar geen verbintenisskeppende ooreenkoms nie, maar nogtans gaan eiendomsreg oor. Dieselfde kan ook gesê word van die geval waar een persoon op die ingewing van die oomblik geld as 'n lening aan 'n ander oorhandig (*mutuum*), sonder dat daar 'n voorafgaande kontrak is wat hom daartoe verplig.[37] Hierdie standpunt van Savigny was egter niks nuuts nie. Glück het reeds die standpunt verkondig dat dit nie noodsaaklik is dat die verbin-

---

fluß 29-30 blyk dit dat Savigny toe nog die standpunt gehuldig het dat 'n verbintenisskeppende ooreenkoms wel 'n vereiste is, maar dit hoef lewering nie noodwendig vooraf te gaan nie. Die verbintenis kan gelyktydig met lewering tot stand kom, of daarop volg. Verder Brandt *Eigentumserwerb* 69 vn 7; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 106.

35 Die begrip *praecesserit* verwys volgens Savigny na die omringende omstandighede waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra vasgestel kan word. Dit is maw die *iusta causa*. Sien Savigny *Obligationenrecht* II 256, 259. Sien ook Felgentraeger *Savignys Einfluß* 31, 39; Fuchs *Iusta Causa* 83-84, Hammen *Savigny* 155, Cronjé 1978 *THRHR* 228.

36 Soos hier onder aangetoon sal word, het die begrip *iusta causa* volgens Savigny 'n ander betekenis.

37 Raadpleeg die lesings van 1815-1816 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 32-33, 33-34 en dié van 1820-1821 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 35-36; Savigny *Obligationenrecht* II 256. Sien ook Brandt *Eigentumserwerb* 68-69.

tenis reeds ten tyde van lewering moes bestaan nie. Die ooreenkoms kan deur dieselfde handeling waardeur dit tot stand kom, vervul word.[38]

Ten einde Savigny se voorbeelde in die regte perspektief te plaas, moet daarop gewys word dat hy hier *donatio* en *mutuum* soos dit in die klassieke Romeinse reg daar uitgesien het, in gedagte gehad het.[39] Hierdie ooreenkomste is reeds in hoofstuk twee bespreek,[40] maar hulle belangrikste kenmerke sal kortliks herhaal word. *Mutuum* (geldlening/verbruikleen) het die volgende kenmerke vertoon: (1) dit was 'n reële ooreenkoms en nie 'n konsensuele ooreenkoms nie; (2) dit was nie 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie en die oordraggewer was dus nie verplig om die bedrag geld of die saak uit te leen nie (hy het dit gedoen omdat hy gevra is en vrywillig daartoe ingewillig het); (3) die ooreenkoms het nie deur blote wilsooreenstemming tot stand gekom nie; dit het eers tot stand gekom, sodra die geld of saak oorhandig is (dit word daarom ook 'n oordragsooreenkoms genoem); (4) eiendomsreg het op die verkryger oorgegaan gelyktydig met oordrag /ontvangs van die saak (die verkryger het deur vermenging eienaar van die geld geword); (5) lewering van die saak het 'n eensydige verbintenis tot stand gebring (die lener was verplig om 'n soortgelyke saak terug te gee).

Donatio (skenking) het die volgende kenmerke vertoon: (1) dit was nie 'n reële ooreenkoms nie en ook nie 'n konsensuele ooreenkoms nie, dit was 'n eiesoortige ooreenkoms;[41] (2) *donatio* was nie 'n verbintenisskeppende oor-

38 Glück *Pandectencommentar* VIII 91. Ook Gustav Hugo *Pandecten* IV het 'n soortgelyke standpunt voor Savigny verkondig. Verder Brandt *Eigentumserwerb* 69 vn 7; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 106.

39 Sien Dondorp en Schrage *Levering* 94-95. Die feit dat Savigny hom op hierdie voorbeelde verlaat, is deur teenstanders van sy teorie aan kritiek onderwerp (sien hfst 12), onder andere omdat die skenking reeds sedert die tyd van Justinianus as 'n verbintenisskeppende ooreenkoms gesien is (sien hfst 2.5.3.5). Die skenking as verbintenisskeppende ooreenkoms en nie die klassieke vorm nie, is in Duitsland geresipieer. Raadpleeg ook Zimmermann *Obligations* 499.

40 Sien hfst 2.4.4.4.2.

41 Dit het nie mooi ingepas by die kategorieë kontrakte wat in die klassieke reg erken is nie en was nie 'n selfstandige regshandeling nie. Derhalwe omskryf Savigny *System* IV 3 dit as 'n ooreenkoms met "ein allgemeiner Charakter ... welchen die allerverschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können". Daarmee bedoel hy, dat die skenking in 'n verskeidenheid regshandelinge tot uiting kan kom, wat nie noodwendig met

eenkoms nie en die vervreeemder was dus nie verplig om die saak te lewer nie (hy het dit gedoen uit goedhartigheid);[42] (3) soos *mutuum* het die skenkingsooreenkoms nie deur blote wilsooreenstemming tot stand gekom nie, maar wel deur lewering van die saak; (4) eiendomsreg het op die verkryger oorgegaan gelyktydig met oordrag/ontvangs van die saak (die verkryger kon dus nie later van mening verander en die saak met die *rei vindicatio* terugeis nie).

'n Gemeenskaplike kenmerk wat vir die onderhawige bespreking van belang is, is dat daar in geval van *donatio* en *mutuum* geen verpligting op die oordraggewer was om die saak te lewer nie, want daar was geen voorafgaande verbintenis nie. Nieteenstaande die gebrek aan 'n verbintenis, het eiendomsreg tog op die verkryger oorgegaan deur oordrag en ontvangs van die saak. 'n Voorafgaande verbintenis of regsfeit wat die vervreemder verplig om die saak te lewer, was dus nie 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg nie. Eiendomsreg is oorgedra deur die leweringshandeling wat die enigste regshandeling in die oordragsproses was. Alhoewel die voorbeelde reeds aan die Romeinse reg bekend was, was Savigny die eerste persoon wat die sakeregtelike handeling as 'n selfstandige element in die oordragsproses erken het:

> Maar selfs by *traditio* is dit verkeerd om te aanvaar dat *iusta causa* en *traditio* altyd van mekaar onderskei moet word. Wanneer iemand aan 'n bedelaar 'n muntstuk gee, waar is die eerste (dit is die *causa*) en die tweede (dit is lewering) dan te vinde: daar vind ook net een enkele handeling plaas, daar is nie afsonderlike feitlike gebeurtenisse nie, dit is geen ooreenkoms nie, daar is niks wat voorafgaan nie.[43] ... Baie hedendaagse juriste sê dat 'n verbintenisskeppende ooreenkoms en 'n feitlike handeling vereistes is, welke standpunt ook voorkom in die uitdrukking dat lewering *traditio* 'n voldoening moet wees. Dit is streng in ooreenstemming met die woorde van Paulus in die tekste wat aangehaal is. Volgens hulle moet twee dinge by *traditio* van mekaar onderskei

---

mekaar verband hou nie, soos bv oordrag van eiendomsreg sonder teenwaarde, die vestiging van 'n beperkte saaklike reg, die oorname of kwytskelding van 'n skuld ens.

42 Indien die partye bedoel het dat die skenkingsbelofte afdwingbaar sou wees, moes hulle 'n *stipulatio* aangaan wat 'n verpligting tot stand gebring het.

43 In die lesings van 1827 (Felgentraeger *Savignys Einfluß* 36) word dit soos volg aangevul: "... so auch, wenn jemand auf dessen Bitten dem andern eine Summe Geld leiht so macht er ihn, ohne daß ein obligatorisches Verhältnis vorhergeht, gleich zum Eigenthümer" ["... so-ook wanneer iemand op versoek van 'n ander geld aan hom leen, maak hy hom onmiddellik eienaar sonder dat 'n verbintenisskeppende ooreenkoms voorafgaan" (eie vertaling)].

> word, wat ook in tyd nie saamval nie. Maar dit is verkeerd. Eerstens is 'n *obligatio civilis* nie te alle tye 'n vereiste nie, 'n *obligatio inefficax* is daarenteen ingevolge die bronne ook voldoende, wat so goed soos geen verbintenis is nie en wat die hele aangeleentheid twyfelagtig maak. Maar wat is die posisie met die skenking? Daar is inderdaad geen verbintenis nie, hier het die blote verskaffing van fisiese beheer oorgang van eiendomsreg tot gevolg. Die standpunt van eersgenoemdes hou in hierdie geval dus nie water nie.[44]

Savigny se standpunt dat 'n *iusta causa* (*titulus*) in die betekenis van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg is nie en dat lewering nie noodwendig vervulling van die verbintenisskeppende ooreenkoms is nie, het tot gevolg gehad dat die leer van *titulus* en *modus acquirendi* die finale nekslag toegedien is.[45]

10.3.2 Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra deurslaggewend

In die bespreking hierbo, is aangetoon dat Savigny van oordeel was dat 'n geldige voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie. Dit wil egter nie sê dat eiendomsreg bloot deur lewering oorgedra word nie. Lewering verskaf volgens Savigny slegs fisiese beheer en dit kan met verskillende oogmerke geskied, byvoorbeeld ter uitvoering van 'n huurkontrak, pandooreenkoms of om 'n saak in bewaring te gee. In nie een van hierdie gevalle gaan eiendomsreg oor nie.

---

44 Savigny se lesings van 1815-1816 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 32-34 (eie vertaling): "Aber selbst bei der Tradition ist es irrig, anzunehmen, daß immer justa causa und traditio concurrieren müßten. Wenn Einer einem Bettler ein Stück Geld gibt, wo ist denn ersteres und zweites zu finden; auch findet nur ein einziges factum statt; aber keine getrennten Tatsachen, es ist kein Vertrag, es ist nichts vorhergegangen. ... Mehrere Neuere sagen, zur traditio sey ein obligatorisches Verhältnis und die factische Tradition erforderlich, welches man auch dadurch ausdrückt, daß man sagt, die traditio müsse eine solutio seyn. Dies ist streng nach den Worten des Paulus in der citierten Stelle; es müssen also der Zeit nach, nach ihrer Meinung 2 Dinge zur traditio concurriren. Aber das ist falsch. Erstens ist wenigstens keine obligatio civilis erforderlich, hingegen soll schon eine obligatio inefficax nach den Gesetzen hinreichen, welche so gut als keine obligatio ist, was schon die Sache ... zweifelhaft macht. Aber wie steht es mit der Schenkung? Da is ja gar kein obligator. Verhältnis, hier ist ja die bloße factische Tradition der Übergang des Eigenthums, wodurch nun ganz die Ansicht jener umfällt". Hierdie is die eerste stap in die formulering van Savigny se teorie dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, 'n saaklike ooreenkoms is. Vergelyk ook die lesings van 1820-1821 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 35-36. Sien verder Savigny *System* III 313; Savigny *Obligationenrecht* II 256 waar dieselfde voorbeelde voorkom.

45 In sy lesings verwerp Savigny die leer van *titulus* en *modus acquirendi* uitdruklik. Raadpleeg Felgentraeger *Savignys Einfluß* 26-28; Brandt *Eigentumserwerb* 67; Hammen *Savigny* 155.

Indien lewering egter plaasvind uit hoofde van 'n koop, ruil of skenkingsooreenkoms, gaan eiendomsreg wel oor. Aangesien lewering opsigself nog nie 'n aanduiding is daarvan dat eiendomsreg oorgedra word nie, moet daar een of ander bykomende element wees waaruit dit duidelik blyk dat eiendomsreg oorgedra word. Hierdie bykomende element word gevind in die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (die *animus transferendi dominii*).[46] Dit is die deurslaggewende element by *traditio*. Ten einde oordrag van eiendomsreg tot gevolg te hê, moet die partye die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra; sonder sodanige bedoeling gaan eiendomsreg nie oor nie:

> Waarin is die werklike onderskeid tussen beide situasies geleë?[47] Eenvoudig daarin dat die eienaar in die laasgenoemde gevalle eiendomsreg wil oordra, maar in die eersgenoemde gevalle nie wil nie. Hieruit volg dat *traditio* eiendomsreg oordra deur die ooreenstemmende bedoeling van beide handelende persone, sonder hierdie bedoeling gaan eiendomsreg nie oor nie.[48]
>
> Om eiendomsreg oor te dra moet *traditio* plaasvind met die bedoeling om dit te doen; ons kan niks verder hiervoor vereis nie.[49]

Die verskil tussen lewering uit hoofde van byvoorbeeld 'n huurkontrak en lewering uit hoofde van 'n koopkontrak, is juis daarin geleë dat die eienaar in die laasgenoemde geval bedoel om eiendomsreg oor te dra. Die bedoeling onderskei daardie gevalle waar lewering oordrag van eiendomsreg tot gevolg het, van die gevalle waar dit nie eiendomsoorgang tot gevolg het nie. Eiendomsoordrag word dus slegs bewerkstellig indien die vervreemder fisiese beheer verskaf met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en die

---

46 Dit onderskei die gevalle waar lewering oordrag van eiendomsreg tot gevolg het, van daardie gevalle waar lewering nie eiendomsoorgang bewerkstellig nie.

47 Hy verwys na lewering uit hoofde van huur, pand of bewaring, teenoor lewering uit hoofde van koop, ruil en skenking.

48 Savigny *Obligationenrecht* II 256-257 (eie vertaling): "Worin liegt nun der wahre Unterschied zwischen beiden Classen von Fällen? Lediglich darin, daß in den letzten Fällen der bisherige Eigenthümer das Eigenthum übertragen will, in den ersten dagegen nicht will. Daraus folgt, daß die Tradition Eigenthum übertragt durch den übereinstimmenden Willen beider handelden Personen, ohne diesen Willen aber nicht". Sien ook Savigny *Obligationenrecht* II 258-259; Warnkönig 1823 *AcP* 114 ev, 121, 126; Göschen *Vorlesungen* 174. Verder Hofmann *Titulus und Modus* 62; Fuchs *Iusta Causa* 86, 89; Hammen *Savigny* 152; Dondorp en Schrage *Levering* 95.

49 Savigny se lesings van 1820-1821 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 35-36 (eie vertaling): "Die Tradition muß also, um Eigenthum zu übertragen, in der Absicht dies zu tun, geschehen, mehr dürfen wir überdies nicht verlangen". Sien ook Savigny se lesings van 1815-1816 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 33-34: " ... die Absicht des Ge-

verkryger die bedoeling het om eiendomsreg te ontvang, welke bedoeling ten tyde van lewering aanwesig moet wees.[50] Hierdie bedoeling om eiendomsreg oor te dra, wat met die leweringshandeling gepaard gaan en wat 'n verandering in die sakeregtelike posisie tot gevolg het, is losgemaak van die bedoeling wat in die verbintenisskeppende ooreenkoms opgesluit is. Alhoewel die doel of oogmerk van die verbintenisskeppende ooreenkoms is om uiteindelik eiendomsreg oor te dra, is dit nie identies aan die bedoeling om eiendomsreg deur lewering oor te dra nie. Dit is bloot die motief vir lewering.[51]

Savigny se stelling dat die bedoeling deurslaggewend is, is 'n logiese uitvloeisel uit sy voorbeeld van 'n aalmoes aan 'n bedelaar. Daarbenewens beroep hy hom op *Institutiones* 2.1.40, *Codex* 4.50.6 en *Digesta* 41.1.9.3, waar die gedagte aangetref word dat eiendomsreg oorgaan omdat die vervreemder die bedoeling het om sy reg oor te dra.[52] In hierdie opsig wyk Savigny af van die algemeen aanvaarde standpunt aan die begin van die negentiende eeu, wat oordrag van eiendomsreg verklaar uit hoofde van *Digesta* 41.1.31 *pr* wat 'n geldige *causa* en lewering voorskryf.[53] Savigny meen egter dat die verskillende tekste nie met mekaar teenstrydig is nie:

> Sommige tekste (dit is *Digesta* 41.1.9.3 en *Institutiones* 2.1.40) vereis dat *traditio* geskied met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en dit druk daarmee direk die wesenlike van die saak uit. Die ander tekste (dit is *Digesta*

---

bers macht den Beschenkten zum Eigenthümer, nichts anderes" ["... die bedoeling van die oordraggewer maak die verkryger eienaar, niks anders nie" (eie vertaling)].

50 Savigny gaan eenvoudig van die veronderstelling uit dat verskaffing van fisiese beheer noodwendig gepaard gaan met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Sien Savigny *System* III 313; Savigny *Obligationenrecht* II 256-257. Verder Brandt *Eigentumserwerb* 69; Fuchs *Iusta Causa* 89-90; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 107.

51 Ranieri *Abstrakte Übereignung* 104 formuleer hierdie *Zerlegungsprozeß* soos volg (eie vertaling): "Die natürliche Einheit des Willensmoments wurde zerlegt; der Übereignungswille wurde als selbständiger Vertrag abgesondert; das obligatorische Geschäft blieb auf des Motiv beschränkt" ["Die wilselement wat natuurlikerwys 'n eenheid vorm, word uit mekaar gehaal; die bedoeling om eiendomsreg oor te dra word as 'n selfstandige ooreenkoms afgesonder; die verbintenisskepppende ooreenkoms is tot motief beperk" (eie vertaling)].

52 Vergelyk Savigny se lesings van 1815-1816 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 34; Savigny *Obligationenrecht* II 257 vn (n).

53 Aangesien eiendomsreg oorgedra word deur die wedersydse bedoeling wat op oordrag van eiendomsreg gerig is, is daar geen behoefte aan 'n grondliggende ooreenkoms nie.

19.7.3 *pr*, Gaius 2.20 en *Digesta* 41.1.31 *pr*) vereis 'n *iusta causa* en dit het daarmee in gedagte die bedoeling wat uit die regshandeling wat die *traditio* vergesel, vasgestel kan word. Die ware betekenis van beide tekste is dus maar dieselfde.[54]

10.3.3 Traditio *'n selfstandige saaklike ooreenkoms*

Hierbo is aangetoon dat Savigny die voorbeelde van die aalmoes aan 'n bedelaar en 'n geldlening gebruik het om aan te toon dat daar gevalle is waar eiendomsreg oorgaan, selfs al is daar geen verbintenisskeppende ooreenkoms nie. In die betrokke gevalle is eiendomsreg bloot deur 'n fisiese leweringshandeling oorgedra, wat met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang gepaard gegaan het (die *animus dominii transferendi et accipiendi*), welke bedoeling 'n onontbeerlike en deurslaggewende element van die oordrag was. Aangesien daar geen verbintenisskeppende ooreenkoms was nie, het Savigny tot die logiese gevolgtrekking gekom dat die bedoeling deel van die leweringshandeling uitmaak en nie van enige voorafgaande ooreenkoms nie. Die *animus dominii transferendi et accipiendi* word sodoende van die *causa praecedens* losgemaak.

Na analogie van die situasie by handskenkings en geldlening, verkondig Savigny die standpunt dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang ook in gevalle van lewering uit hoofde van 'n koop en ruilkontrak deel van die leweringshandeling (*traditio*) uitmaak en nie van die verbintenisskeppende regsfeit nie.[55] Savigny gaan nog 'n stappie verder en maak die stelling dat *traditio* 'n selfstandige ooreenkoms is. Dit is egter nie 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie, maar 'n saaklike ooreenkoms (*dinglicher Vertrag*) omdat dit daarop gerig is om saaklike gevolge teweeg te bring. Die begrip *ooreenkoms* moet ruimer opgevat word as slegs 'n verbin-

---

54 Savigny *Obligationenrecht* II 259 (eie vertaling): "Der eine Theil dieser Stellen erfordert für die Tradition die Absicht, das Eigenthum zu übertragen und sie drücken dadurch das wesen der Sache unmittelbar aus. Die anderen Stellen erfordern eine justa causa und sie bezeichnen damit das Kennzeichen jener Absicht, welches in dem die Tradition begleitenden Rechtsgeschäft liegt. Die wahre Meinung also ist in jenen und diesen Stellen völlig dieselbe". In vn (o) verwys hy na Branchu *Observationes* 2.19, wat 'n soortgelyke standpunt ingeneem het betreffende die betekenis van die *iusta causa*.

55 Savigny *System* III 313; *System* IV 256 ev. Dit is tipies aan die denke van die 19e eeu om vanaf die uitsondering te redeneer om die reël te regverdig.

tenisskeppende ooreenkoms; ook in die sakereg ontstaan regsgevolge deur ooreenkoms. Die gebruik van die woord *Vertrag* is verwarrend omdat dit vertaal kan word met *ooreenkoms*, maar ook met *kontrak*. Aangesien die begrip *kontrak* in die Suid-Afrikaanse reg verwys na 'n verbintenisskeppende ooreenkoms en die saaklike ooreenkoms nie verbintenisse tot gevolg het nie, sal *dinglicher Vertrag* met saaklike *ooreenkoms* (en nie *kontrak* nie) vertaal word.[56]

Die stelling dat *traditio* 'n ooreenkoms is, word vir die eerste keer in Savigny se lesings van 1815-1816 aangetref:

> ... die bedoeling van die oordraggewer en niks anders nie, bring mee dat die persoon aan wie die skenking gemaak word eienaar word. Die bedoeling van die eienaar om eiendomsreg deur *traditio* oor te dra moet ons dus *iusta causa* noem. ... Hierop word die stelling gegrond dat elke *traditio* ooreenkomstig sy aard 'n ware ooreenkoms is en dat die *iusta causa* niks anders buiten hierdie ooreenkoms uitdruk nie. Maar dit hoef nie 'n verbintenisskeppende ooreenkoms te wees nie, want anders sal ons weer in die berugte fout verval; maar dit is 'n ware saaklike ooreenkoms, 'n ooreenkoms van die sakereg.[57]

---

56 Savigny *System* III 6-7, 309 omskryf 'n *Vertrag* as 'n ooreenkoms tussen twee of meer persone wat bestaan uit ooreenstemmende wilsverklarings (wilsooreenstemming) wat die onderlinge regsverhouding tussen die partye bepaal. 'n *Vertrag* is dus nie noodwendig net 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie, enige wilsooreenstemming tussen twee persone (ooreenkoms) ongeag die inhoud daarvan, is 'n *Vertrag*. Raadpleeg verder die volgende bronne ivm die betekenis van die begrip *Vertrag*: Creifelds *Rechtswörterbuch* by *Einigung* en *Vertrag*; Scheer *Juridisch Woordenboek by Einigung* en *Vertrag*; Collins *Grosswörterbuch* by *Einigung* en *Vertrag;* Schloßmann *Vertrag* 3-9; Wendt 1890 *JhJ* 35; Löwisch *Rechtsgeschäft* 5, 7, 10; Fuchs *Iusta Causa* 85; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 91-92, 97, 102 ev; Hammen *Savigny* 95-100, 169-170; Larenz *Bürgerlichen Rechts* 403-406, 410-411, 549 ev; Dondorp en Schrage *Levering* 94; Giesen *Rechtsgeschäftslehre* 4-5, 9; Schellhammer *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil* (2003) 841 ev, 880 ev.

57 Savigny se lesings van 1815-1816 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 33-34 (eie vertaling): "... denn die Absicht des Gebers macht den Beschenkten zum Eigenthümer, nichts anderes. Justa causa müssen wir also nennen, die Absicht des Eigenthümers mit der Tradition das Eigenthum zu übertragen. ... Hierauf gründet sich der Satz, daß jede Tradition ihrer Natur nach ein wahrer Vertrag ist und daß die justa causa nichts als diesen Vertrag ausdrückt. Aber es braucht nicht ein obligatorischer Vertrag zu seyn, denn sonst würden wir wieder in den gerügten Fehler verfallen, sondern sie ist ein wahrer dinglicher Vertrag, ein Vertrag des Sachenrechts". Brandt *Eigentumserwerb* 68 vn 6 wys daarop dat reeds Kant *Metaphysik der Sitten* 87 ev van oordeel was dat lewering 'n ooreenkoms is.

Die standpunt dat *traditio* 'n ooreenkoms is, word later[58] deur Savigny herhaal, maar hy verander die grondslag vir sy stelling. Terwyl hy in bostaande passasie aanvoer dat *traditio* 'n ooreenkoms is omdat eiendomsreg oorgaan uit hoofde van die bedoeling van die vervreemder (wat hy die *iusta causa* noem), voer hy later aan dat *traditio* (lewering) 'n ooreenkoms is omdat al die kenmerke van 'n ooreenkoms daarin waargeneem kan word:

> Van alle ooreenkomste vertoon die privaatregtelike ooreenkomste die grootste verskeidenheid en dit kom die meeste voor. Hier kom die ooreenkoms by alle soorte regsinstellings voor en oral as een van die belangrikste regsvorme. Hoofsaaklik word die ooreenkoms by verbintenisse aangetref ... verder in die sakereg en weliswaar eweneens in die mees uitgebreide toepassing. Dus is *traditio* 'n ware ooreenkoms omdat al die kenmerke van die begrip ooreenkoms daarin waargeneem kan word: dit omvat immers die wilsverklarings van beide partye wat op die onmiddellike oordrag van besit en eiendomsreg gerig is en daardeur word die regsverhouding tussen die partye verander. Dat hierdie verklaring opsigself nie voldoende is om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig nie, dat die verskaffing van besit as synde die uiterlike handeling daarbenewens nodig is, verander niks aan die aard van die grondliggende ooreenkoms nie.[59]

Die gebruik van die begrip *traditio* is verwarrend. Reeds sedert die klassieke Romeinse reg is die begrip in twee betekenisse gebruik, naamlik in 'n wye betekenis en 'n eng betekenis. In die wye betekenis het dit verwys na die regshandeling waardeur eiendomsreg oorgedra is en wat uit twee elemente bestaan het, naamlik *corpus* (die verskaffing van fisiese beheer) en *animus* (die geesteselement waaraan deur die eeue heen verskillende inhoude toegeken is). In die eng betekenis het dit slegs verwys na die *corpus*-element (die verskaffing van fisiese beheer). Dit is nie duidelik in watter betekenis

58 In sy lesings van 1820-1821 en 1827. Sien Felgentraeger *Savignys Einfluß* 35-36, 36-37. Soos blyk uit die aanhaling hier onder, kom dit ook voor in Savigny *System* III wat in 1840 verskyn het.

59 Savigny *System* III 312 (eie vertaling): "Die privatrechtlichen Verträge aber sind unter allen die mannigfaltigsten und häufigsten ... Hier nun kommt der Vertrag bey allen Arten der Rechtsinstitute vor, und überall als eine der wichtigsten Rechtsformen. So zuerst bey den Obligationen ... Ferner im Sachenrecht, und zwar gleichfalls in der ausgedehntesten Anwendung. So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertagsbegriffes darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Übertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung, und es werden die Rechtsverhältnisse der Handelnden dadurch neu bestimmt; daß diese Willenserklärung für sich allein nicht hinreicht zur vollständigen Tradition, sondern die wirkliche Erwerbung des Besitzes, als äußere Handlung, hinzutreten muß, hebt das Wesen des zum Grund liegenden Vertrags nicht auf". Raadpleeg ook

Savigny die begrip gebruik nie, maar dit is onwaarskynlik dat hy dit in die eng betekenis gebruik het. As aanvaar word dat hy dit in die wye betekenis van die woord gebruik het, dan sê hy dat die regshandeling waardeur eiendomsreg oorgedra word (*traditio*) 'n saaklike ooreenkoms is. Die verskaffing van fisiese beheer is bloot die vorm waarin die ooreenkoms gegiet word.[60] Die stelling dat *traditio* 'n saaklike ooreenkoms is, sal sekerlik die moderne juris se wenkbroue laat lig, want *traditio* word nie as 'n saaklike ooreenkoms beskou nie. In Suid-Afrika word vandag byvoorbeeld aanvaar dat oordrag van eiendomsreg (*traditio* in die wye betekenis van die woord) uit twee elemente bestaan, wat van mekaar onderskei moet word, naamlik (1) die saaklike ooreenkoms en (2) die verskaffing van fisiese beheer (*traditio* in die eng betekenis). Die verskil met Savigny se konstruksie is duidelik.

Alhoewel die gebruik van die begrip *traditio* ietwat verwarrend is, kan daar nie twyfel wees nie dat Savigny die *animus dominii transferendi et accipiendi* (die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang) as 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms beskou, wat 'n selfstandige vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is en wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word. Dit is hierdie aspek wat vir die onderhawige ondersoek van belang is en waarop gekonsentreer moet word. Die saaklike ooreenkoms vertoon die volgende kenmerke:

(a) Inhoudelik bestaan dit uit twee ooreenstemmende wilsverklarings wat na buite openbaar gemaak moet word, naamlik 'n verklaring aan die kant van die eienaar dat hy eiendomsreg oordra en 'n verklaring aan die kant

---

Savigny *System* III 321 354 en 356. In *Obligationenrecht* II 257 vn (m) word hierdie stelling slegs in 'n voetnoot aangetref.

60 Daar kan maar net gespekuleer word waarom Savigny *traditio* aan 'n saaklike ooreenkoms gelykstel. Terwyl hy die voorbeelde van *donatio* en *mutuum* gebruik het om sy teorie te fundeer, kan dit wees dat hy bloot die feit wou beklemtoon dat *traditio*, soos *donatio* en *mutuum* ook 'n ooreenkoms is wat op wilsooreenstemming berus. Dit mag ook wees dat hy die feit wou beklemtoon, dat lewering gepaard moet gaan met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en dat die bedoeling deurslaggewend is omdat dit lewering met die doel om eiendomsreg oor te dra, onderskei van lewering met die bedoeling om te verhuur, of in pand te gee.

van die verkryger dat hy eiendomsreg ontvang (die *animus dominii transferendi et accipiendi*).[61]

(b) Die verskaffing van fisiese beheer is bloot net die uiterlike vorm waarin die saaklike ooreenkoms gegiet word;[62]

(c) Dit is 'n regshandeling wat die vestiging, verandering of beëindiging van saaklike regte tot gevolg het.[63] Die saaklike ooreenkoms het dus opsigself reeds regsgevolge aangesien dit onder andere die oordrag van eiendomsreg bewerkstellig. Dit is so dat daar in Savigny se tyd gevalle was waar die saaklike ooreenkoms opsigself (dit wil sê, sonder 'n leweringshandeling) voldoende was om 'n saaklike reg te vestig.[64] Soos blyk uit die laaste aanhaling hierbo het die saaklike ooreenkoms egter nie in geval van oordrag van eiendomsreg opsigself oordrag bewerkstellig nie, die saak moes ook gelewer word. Savigny meen egter dat dit niks aan sy standpunt dat *traditio* 'n ooreenkoms is verander nie.[65]

(d) Die saaklike ooreenkoms moet aan die vereistes wat op regshandelinge in die algemeen van toepassing is, voldoen: regsreëls ten opsigte van ouderdom, dwang, dwaling, voorwaardes en bedinge is dus ook op die

---

61 By pand, serwituut, huur, ens het die ooreenkoms natuurlik 'n ander inhoud. Sien Hammen *Savigny* 97.

62 Raadpleeg Savigny se lesings van 1820-1821 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 34-35; Savigny se lesings van 1827 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 36-37; Savigny *System* III 312; Dondorp en Schrage *Levering* 94; Fuchs *Iusta Causa* 89-90; Karlowa *Rechtsgeschäft* 217; Ranieri *Abstrakte Übereigung* 104. Maar sien ook Cronjé 1978 *THRHR* 229.

63 Die saaklike ooreenkoms is 'n regshandeling en regshandelinge word omskryf as "Ereignisse wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse *bewirkt wird*" (eie beklemtoning). Sien Savigny *System* III 3. Verder ook Savigny *System* III 5-7, 307-310; Hammen *Savigny* 95 ev.

64 Byvoorbeeld, in geval van *emphyteusis* (erfpag), *superficies* (erfdiensbaarheid), opstal en *pandreg*. Savigny *System* III 312-313. Verder Hammen *Savigny* 164-165.

65 Daar is skrywers wat van oordeel is dat Savigny homself weerspreek aangesien sy omskrywing van die saaklike ooreenkoms nie van toepassing kan wees nie op die belangrikste geval waarvoor dit ontwerp is, naamlik oordrag van eiendomsreg deur *traditio*. Sien Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 10; Van Oven 1935 *WPNR* 521. Daar kan ongelukkig nie op hierdie argumente verder ingegaan word nie; dit word dus daar gelaat. Dit is voldoende om daarop te wys dat Savigny *System* III 5 regshandelinge ook omskryf as "regsfeite wat ... op die onmiddellike ontstaan, of op die opheffing van regsverhoudings *gerig is*" (eie beklemtoning). Sien ook Savigny *System* III 3-7, 98-99.

saaklike ooreenkoms van toepassing; ook begrippe soos *vrye handeling* en *wilsverklarings* vind aanwending.[66]

10.3.4 Die betekenis van die iusta causa

In die gemenereg was 'n *iusta causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg. Die begrip *iusta causa* het verwys na 'n regsfeit wat die vervreemder verplig het om die saak aan die verkryger te lewer, soos byvoorbeeld 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms; dit was die rede waarom die saak gelewer word. Aangesien 'n verbintenisskeppende ooreenkoms volgens Savigny nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie, het dit geen sin om die begrip *iusta causa* aan so 'n ooreenkoms gelyk te stel nie. Die *iusta causa* waarvan in *Digesta* 41.1.31 *pr* melding gemaak word, moes daarom volgens hom iets anders wees as die verbintenisskeppende ooreenkoms. In sy lesings van 1815 - 1816 spreek Savigny die mening uit dat die begrip nie na die verbintenisskeppende ooreenkoms verwys nie, maar na die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (die *animus dominii transferendi et accipiendi*), wat hy reeds as die grondslag van eiendomsoorgang bestempel het. Savigny heg dus 'n nuwe interpretasie aan die *causa*-vereiste, wat hy van die verbintenisskeppende ooreenkoms skei en na die sakeregtelike sy van die oordragsproses verskuif (vir hom is dit deel van die leweringshandeling).[67] Die *causa* het volgens Savigny dus 'n besondere funksie, dit onderskei die gevalle waar eiendomsreg deur lewering oorgaan, van daardie gevalle waar eiendomsreg nie oorgaan nie:[68]

> Die bedoeling van die eienaar om eiendom deur *traditio* oor te dra, moet ons dus die *iusta causa* noem. Dit is die algemene begrip vir die *iusta causa*, waar-

66 Savigny *System* III 315-316.

67 Ook in hierdie opsig was Savigny nie oorspronklik nie aangesien 'n soortgelyke standpunt reeds by Donellus *Opera* 4.16 aangetref word (sien hfst 5.4). Laasgenoemde was nie net van oordeel dat die bedoeling van die partye deurslaggewend is nie, maar het ook die *iusta causa* as die *voluntatis transferentis* beskryf. Vergelyk verder Felgentraeger *Savignys Einfluß* 31, 38-39; Brandt *Eigentumserwerb* 69; Hofmann *Titulus und Modus* 61; Pflüger *Eigentum* 29-30.

68 Hierdie betekenis van die *causa*-begrip hou ook verband met die voorbeelde wat Savigny gebruik het, naamlik *donatio* en *mutuum*. Die feit dat die vervreemder die geld oorhandig het met die bedoeling om dit te skenk (*donandi causa*) of met die bedoeling om te leen (*credendi causa*) was die rede waarom gelewer is en waarom eiendomsreg op die verkryger oorgaan (dit was die *iusta causa traditionis*).

> by alle ooreenkomste in alle gevalle inpas. ... dit was 'n groot misverstand toe mense aanvaar het dat die verbintenisskeppende ooreenkoms die *iusta causa* is, hierdie ooreenkoms is bloot toevallig, alhoewel dit gewoonlik wel voorkom, dit is nie wesenlik nie. Ons teorie is ook volkome in ooreenstemming met die bronne, in besonder *Institutiones* 2.1.40.[69]

In sy lesings van 1827 laat vaar Savigny egter sy siening dat die *iusta causa* die bedoeling is om eiendomsreg oor te dra. Hy sê uitdruklik dat die *iusta causa* nie die bedoeling is om eiendomsreg oor te dra nie:

> *Iusta causa* is nie die bedoeling om eiendomsreg oor te dra nie, maar dit hou verband daarmee, want as ons die bedoeling van naderby beskou, dan vind ons dat dit gewoonlik en altyd saamhang met 'n ander regsverhouding waaruit ons die *animus* kan aflei, terwyl dit die bedoeling noodsaaklik maak.[70]

Dit is nie duidelik waarom Savigny van standpunt verander het nie. Dit mag wees dat hy van mening verander het omdat dit nie deur tekste uit die *Corpus Iuris Civilis* ondersteun word nie. Daar moet egter ook in gedagte gehou word dat die partye in die praktyk gewoonlik nie uitdruklik verklarings maak dat hulle met lewering bedoel om eiendomsreg oor te dra nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, kan gewoonlik slegs uit die omstandighede en die oogmerke waarmee lewering geskied, afgelei word.[71] Dit mag dus wees dat hy sy standpunt bloot ter wille van bewysdoeleindes verfyn het. Hoe dit ook al sy, hy omskryf die *iusta causa* nou as enige feit waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word. Alhoewel 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms geen konstitutiewe vereiste vir die oordrag

---

69 Savigny se lesings van 1815-1816 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 33-34 (eie vertaling): "Justa causa müssen wir also nur nennen, die Absicht des Eigenthümers mit der Tradition das Eigenthum zu übertragen. Dies ist der allgemeine Begriff von justa causa, der bei allen Geschäften in allen Fällen paßt. ... es ist ein großes Mißverständnis, wenn man ein obligatorisches Verhältnis als justa causa angenommen hat, jenes Verhältnis ist nur etwas Zufälliges, obgleich es gewönlich vorkömmt, nichts Wesentliches. Unsere Theorie ist nun auch ganz den Quellen gemäß, besonders dem §40 Inst. de rerum divisione". Sien verder ook die lesings van 1820-1821 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 35-36 en Warnkönig 1823 *AcP* 115, 126. Verder Hammen *Savigny* 155; Zwalve *Privaatrecht* 154 en 205.

70 Savigny se lesings van 1827 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 36 (eie vertaling): "Justa causa ist nicht die Absicht der Eigentumsübertragung, aber sie stehen in sehr enger Verbindung, denn fassen wir die Absicht genau ins Auge, so finden wir, daß sie gewöhnlich und immer mit einem anderen Rechtsverhältnis, aus welchem wir den animus schließen können, zusammenhängt, weil es die Absicht nötig macht".

71 Niemand lewer immers 'n saak tensy daar een of ander beweegrede daarvoor is nie. Sien Brandt *Eigentumserwerb* 69; Zwalve *Privaatrecht* 154 en 205; Fuchs *Iusta Causa* 86.

van eiendomsreg is nie, word *traditio* gewoonlik deur so 'n ooreenkoms voorafgegaan, maar dit is bloot motief, die rede waarom gelewer word. Die enigste funksie daarvan is dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, daaruit afgelei kan word. Dit lewer 'n baie sterk vermoede dat die vervreemder die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra toe die verbintenis ten uitvoer gebring is. In geval van 'n koop of ruilkontrak is dit duidelik dat dit die partye se bedoeling is om eiendomsreg oor te dra,[72] terwyl dit nie die geval by 'n huurkontrak of pandgewing is nie.[73] Die begrip *iusta causa* is egter nie beperk tot 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie, want so 'n ooreenkoms is nie 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* nie:

> Die *iusta causa* is presies dit wat die duidelikste waargeneem kan word, aangesien die bedoeling met meer sekerheid bewys kan word.[74] Hiervolgens is 'n voorafgaande verbintenis stellig 'n *iusta causa*. Dit is egter nie alleen die moontlike *iusta causa dominii transferendi* nie, maar die daaropvolgende verbintenis is net sowel 'n *causa*. Ten slotte kan die hele *causa* ook op die tydstip van *traditio* ontstaan en tot niet gaan.[75]
>
> Om ... in twyfelagtige gevalle tot 'n betroubare beslissing te kom, bly niks anders oor nie as om na die omringende omstandighede, bedoelings en oogmerke te kyk nie, na daardie ooreenkoms waarmee *traditio* in verbinding staan, waardeur dit teweeggebring word. Presies dit is nou die ware betekenis van die *iusta causa*, want hieruit kan dit altyd met sekerheid vasgestel word of die bedoeling op die oordrag van eiendomsreg gerig was (soos by koop of ruil), of nie (soos by huur en *depositum*).[76]

---

72 Al wat van die koper verwag word, is om bv te bewys dat 'n koopkontrak gesluit is en dat die saak aan hom gelewer is. Daaruit kan die afleiding gemaak word dat die vervreemder die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra.

73 In die geval van die aalmoes aan 'n bedelaar (waar geen verbintenisskeppende ooreenkoms is nie), blyk 'n skenkingsbedoeling uit die hele handeling. Hierdie bedoeling het die skenker voor hy gee en omdat dit na sy aard op eiendomsoorgang gerig is, dien dit as *causa* vir *traditio*. Savigny *Obligationenrecht* II 259.

74 Ook in hierdie opsig vind Savigny aansluiting by Donellus *Opera* 4.16, wat sê dat die funksie van die *causa* is om te dien as bewys van die bedoeling. Raadpleeg hfst 5.4. Sien ook Felgentraeger *Savignys Einfluß* 38; Pflüger *Eigentum* 29-30.

75 Savigny se lesings van 1820-1821 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 35-36 (eie vertaling): "Die justa causa ist gerade das, was am deutlichsten erkannt werden kann, da die Absicht sicherer zu beweisen ist. Hiernach ist eine voraufgehende Obl. Allerdings eine justa causa. Nicht dieses allein ist die mögl. justa causa dominii transferendi, sondern die darauf folgende Obl. ist ebensogut eine causa. Endlich kann auch die ganze causa im Augenblick der tradition entstehen und verschwinden". Raadpleeg ook die lesings van 1827 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 36-37, Warnkönig 1823 *AcP* 115, 126 en Strempel *Iusta Causa* 31, 38. Verder Fuchs *Iusta Causa* 94; Hofmann *Titulus und Modus* 62, 64.

76 Savigny *Obligationenrecht* II 258-259 (eie vertaling): "Um nun in zweifelhaften Fällen eine sichere Entscheidung zu finden, bleibt Nichts übrig, als auf die umgebenden Umstände, Absichten, Zwecke zu sehen, auf dasjenige Rechtsgeschäft, mit welchem die

Die betekenis van die *causa*-begrip ondergaan sodoende 'n verandering, vanaf 'n selfstandige konstitutiewe vereiste vir oordrag van eiendomsreg (naas beskikkingsbevoegdheid en lewering), tot bewys van die bedoeling van die eienaar om eiendomsreg oor te dra. Terwyl die bedoeling en lewering die direkte oorsaak vir oorgang van eiendomsreg is, is die *iusta causa* die indirekte oorsaak. Dit is nie 'n vereiste vir eiendomsoordrag nie, maar slegs 'n aanduiding van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.[77]

10.3.5 Die grondslae van Savigny se teorie

Die kern van Savigny se teorie betreffende die inhoudelike abstraksie, is die voorbeelde van die aalmoes aan 'n bedelaar en die geval waar geld as lening aangebied word, sonder dat daar 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms was wat die vervreemder verplig om dit te doen:[78]

> Indien 'n huis byvoorbeeld verkoop word, dink mens gewoonlik aan die verbintenisskeppende koop en heeltemal tereg ook; maar mens vergeet dat die daaropvolgende *traditio* ook 'n ooreenkoms is. ... Die verwarring word na behore opgeklaar deur die seldsame gevalle van *traditio* sonder 'n voorafgaande verbintenis, soos by die geskenk aan 'n bedelaar, wat 'n ware ooreenkoms bevat sonder enige verbintenis, blote gee en neem met die ooreenstemmende bedoeling; verder deur die verpanding sonder besit (*hypotheca*) waar die saaklike pandreg deur blote ooreenkoms tot stand kom.[79]

Uit hierdie voorbeelde maak Savigny die afleiding dat aangesien daar geen sprake van 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms is nie, eiendomsreg in geval van skenking van hand tot hand en die geldlening oor-

---

Tradition in Verbindung steht, wodurch sie herbeigeführt worden ist. Eben Dieses nun ist die wahre Bedeutung der justa causa, denn hieraus wird sich stets mit Sicherheit erkennen lassen, ob die Absicht auf Uebertragung des Eigenthums gerichtet war (wie bei Kauf oder Tausch), oder nicht (wie bei der Miethe und dem Depositum)".

77 Sien Pflüger *Eigentum* 30; Brandt *Eigentumserwerb* 69-70; Hammen *Savigny* 153, 155; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 98; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 91-92, 100-101. Zwalve *Privaatrecht* 79-80.

78 Die voorbeelde is die regstegniese regverdiging van Savigny se teorie. Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 87.

79 Savigny *System* III 313 (eie vertaling): "Wird zum Beyspiel ein Haus verkauft, so denkt man gewönlich an den obligatorischen Kauf, und ganz richtig; aber man vergißt darüber, daß die nachfolgende Tradition auch ein Vertrag ist ... Die Verwechslung wird recht anschaulich durch die seltneren Fälle der tradition ohne vorhergehende Obligation, wie bey dem Geschenk an einen Bettler, das einen wahren Vertrag enthält ohne alle Obligation, bloßes Geben und Nehmen in übereinstimmender Absicht; ferner durch die Verpändung ohne Besitz (hypotheca), wobey durch Vertrag blos das dingliche Pfandrecht entsteht".

gaan, deurdat die vervreemder die saak lewer met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en die verkryger die saak ontvang met die bedoeling om eiendomsreg te verkry. Hierdie nuwe insigte word ook toegepas op die situasie waar lewering plaasvind uit hoofde van koop en ruilkontrakte. Ook hier word eiendomsreg oorgedra deur lewering en die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, wat Savigny as die saaklike ooreenkoms omskryf en wat geheel en al onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms funksioneer. Die belangrikste aspek van die teorie is daarin geleë dat onderskei word tussen die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (saaklike ooreenkoms) en die doel wat met die verbintenisskeppende ooreenkoms nagestreef word. Alhoewel die doel of oogmerk van die verbintenisskeppende ooreenkoms is om uiteindelik eiendomsreg oor te dra, kom die partye nog nie daarmee ooreen dat eiendomsreg inderdaad oorgedra word nie, dit is bloot die motief vir lewering. Ook die gevolge van die twee ooreenkomste verskil van mekaar. Terwyl die verbintenisskeppende ooreenkoms 'n verbintenis in die lewe roep, het die saaklike ooreenkoms die ontstaan of oordrag van saaklike regte tot gevolg.

Ook Savigny se stelling dat *traditio* 'n ooreenkoms is, kan teruggevoer word tot die voorbeelde van die skenking aan 'n bedelaar en 'n geldlening, maar daar is ook ander (meer direkte) grondslae vir die stelling. Aanvanklik voer Savigny aan dat *traditio* 'n ooreenkoms is omdat die bedoeling van die vervreemder eiendomsoorgang tot gevolg het, welke bedoeling aan die *iusta causa* gelykgestel word. Die relevansie van hierdie gelykstelling is daarin geleë dat die *causa*-begrip nie meer na die verbintenisskeppende ooreenkoms verwys nie, maar na die saaklike ooreenkoms. Tradisioneel was die *causa* nog altyd as 'n ooreenkoms gesien. Dit was dus nie 'n vreemde verskynsel om te beweer dat *traditio* 'n saaklike ooreenkoms (die *iusta causa*) is nie. As daar verder in gedagte gehou word dat 'n *causa* in die bronne as vereiste vir

die oordrag van eiendomsreg gestel is, dan word dit duidelik dat Savigny op hierdie wyse gepoog het om sy teorie met die bronne te versoen.[80]

Soos aangetoon, het hy later 'n ander benadering gevolg en aangevoer dat *traditio* 'n ooreenkoms is omdat al die kenmerke van 'n ooreenkoms daarin waargeneem kan word. In hierdie opsig is daar 'n nou verband tussen Savigny se siening van die begrip *ooreenkoms* en sy wilsteorie, wat die outonome wil van die regsubjek beklemtoon en waaruit die beginsel van kontrakteervryheid voortspruit. Hy gaan van die standpunt uit dat dit die individu vrystaan om oor sy sake te beskik soos hy goeddink, om ooreenkomste na goeddunke aan te gaan,[81] dat die wil van die individu regskeppende krag het[82] en dat die individu enige regsgevolg (ook sakeregtelike gevolge) wat nie deur die reg verbied word nie, kan bewerkstellig.[83] Die verband tussen Savigny se teorie betreffende die saaklike ooreenkoms en sy siening van 'n *ooreenkoms* is ooglopend.[84] Laasgenoemde is die regsteoretiese uitgangspunt van sy teorie.[85] Dit is interessant om daarop te let dat die konsekwente toepassing van die beginsel van kontrakteervryheid soos wat dit by De Groot aangetref word,[86] juis die beginsel van eiendomsoordrag deur blote ooreenkoms ondersteun. Die vereiste dat fisiese beheer verskaf moet word (wat ook deur Savigny verdedig is), is egter 'n beperking op hierdie beginsel.[87]

---

80 Raadpleeg Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 88-91.

81 'n Ooreenkoms is die middel waarmee uiting gegee word aan die wilsvryheid van die individu.

82 Regshandelinge wat die gevolg is van die vrye wil van die regsubjek, was vir Savigny die middel waardeur regsverhoudings (en dus ook subjektiewe regte) tot stand kom en verander kan word. Hierdie siening kan tot Grotius en Pufendorf teruggevoer word. Brandt *Eigentumserwerb* 68.

83 Savigny *System* I 331 ev. Raadpleeg ook Hammen *Savigny* 154; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 102, 104; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 106-107.

84 Die vrye wil van die individu word as 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms gekonstrueer. In Frankryk daarenteen, het die wil van die individu nie sy invloed by *traditio* nie, maar op die verbintenisskeppende ooreenkoms. Gevolglik word lewering nie as 'n selfstandige ooreenkoms gesien nie. Die geldigheidsvereistes wat op die *causa* van toepassing is, het derhalwe ook 'n invloed op *traditio*. Sien Ranieri *Abstrakte Übereignung* 111.

85 Brandt *Eigentumserwerb* 68.

86 Sien hfst 9.4.1 en hfst 9.5.2.

87 Zwalve *Privaatrecht* 145-146.

Savigny het sy teorie nie direk op die Romeinse reg gegrond nie. Sy teorie is in die eerste plek gebou op die pilare van logika, sistematiek, dogmatiek, metodiek en sy strewe na 'n duidelike regstegniese konstruksie. Dit beteken nou nie dat die Romeinse reg geen invloed op sy teorie gehad het nie. Die punt is egter dat hy eers nadat hy sy teorie ontwerp het, steun daarvoor in die Romeinse reg gaan soek en dit ook vind deurdat hy tekste wat hom ondersteun bewustelik selekteer.[88] Hierdie benadering van Savigny is 'n kompromis tussen 'n suiwer historiese siening van die oordrag van eiendomsreg en 'n meer kritiese uitleg van die *Corpus Iuris Civilis*.[89] Sy werkswyse kom byvoorbeeld duidelik na vore uit die feit dat sy gevolgtrekking, naamlik dat eiendomsreg oorgedra word deur die ooreenstemmende bedoeling van die partye, gegrond is op die voorbeeld van die skenking van hand tot hand. Dit staan voorop, dit is die grondslag van sy teorie. Eers daarna vind hy steun in die bronne en wel in *Institutiones* 2.1.40, *Codex* 4.50.6 en *Digesta* 41.1.9.3, waar die gedagte aangetref word dat eiendomsreg oorgaan omdat die vervreemder die bedoeling het om sy reg oor te dra, sonder dat daar sprake is van 'n *iusta causa*.[90] Die vergelyking tussen *mancipatio* en *traditio* word ook deurgaans deur Savigny beklemtoon. Die verskil tussen *mancipatio* en *traditio* is daarin geleë dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, 'n wesenlike deel was van die proses by *mancipatio*, terwyl so 'n bedoeling nie altyd by *traditio* tot uitdrukking kom nie.[91] Daarom was 'n *iusta causa* (in die betekenis van 'n omstandigheid waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, afgelei kan word) in geval van *traditio* 'n vereiste, maar nie by *manci-*

88 Sien Felgentraeger *Savignys Einfluß* 31, 39; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 100-102; Brandt *Eigentumserwerb* 70-71; Fuchs *Iusta Causa* 85; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 107; Buchholz *Abstraktionsprinzip* 6; Kleine *Historische Bedingtheit* 32-33.

89 Die vraag is nie soseer of Savigny se uitleg van die bronne tegnies korrek is nie, dit is eerder die wyse waarop hy die bronne gebruik om sy teorie te steun, wat belangrik is. Sien Fuchs *Iusta Causa* 105; Koschaker *Europa* 272; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 97 ev.

90 Raadpleeg Savigny *Obligationenrecht* II 254 ev en Savigny *System* III 356. Dieselfde kan ook gesê word van sy stelling dat *traditio* 'n ooreenkoms is omdat die begrip *iusta causa* verwys na die vervreemder se bedoeling om eiendomsreg oor te dra.

91 Sien hfst 2.2.2 en hfst 2.4.5 vir 'n volledige bespreking van *mancipatio* en *traditio* in die Romeinse reg.

patio nie.[92] Volgens Savigny kan daar dus voldoende steun vir sy teorie in die bronne gevind word.[93]

10.3.6 Lewering by wyse van constitutum possessorium

Reeds sedert die Glossatore,[94] was dit 'n strydvraag of eiendomsreg deur *constitutum possessorium* oorgedra kon word. Dit sou na bewering in stryd wees met *Codex* 2.3.20, wat bepaal dat eiendomsreg nie bloot deur ooreenkoms oorgedra kan word nie; fisiese beheer moet verskaf word. Daarteenoor was Hugo de Groot van oordeel dat eiendomsreg bloot deur ooreenkoms tussen die partye oorgaan. Hy het hom onder andere op die Romeinse reg beroep, waar eiendomsreg in gevalle van *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium* na sy mening ook deur blote ooreenkoms oorgegaan het.[95] Volgens Savigny is hierdie twee instellings egter nie in stryd met *Codex* 2.3.20, nie aangesien dit wyses is waarop *possessio* verskaf word; dit is nie wyses waarop eiendomsreg oorgedra word nie.[96] Eiendomsreg word dus nie deur blote ooreenkoms oorgedra soos wat De Groot beweer nie. Alhoewel hierdie argument vanuit 'n dogmatiese oogpunt korrek is, is dit ook waar dat *constitutum possessorium* in Frankryk wel die grondslag gevorm het van die gedagte dat eiendomsreg bloot deur ooreenkoms kan oorgaan.[97] Aanhangers van die Natuurreg het Savigny van haarklowery beskuldig, dat hy die hele aangeleentheid verduister, dat hy die handelsverkeer met onnodige formaliteite belas en dat hy die vrye wil van die individu aan bande lê.[98]

---

92 Sien bv Savigny *Obligationenrecht* II 255, 259-260.
93 Sien Ranieri *Abstrakte Übereignung* 97 ev.
94 Sien oa hfst 3.5.4, 4.4.4, 5.2.3, 7.3.4-5 en 8.5.3.
95 Sien De Groot *De Iure Belli* 2.8. Alhoewel *traditio ficta* 'n vereiste was, was lewering niks anders as 'n fiksie nie. In geval van *constitutum possessorium* is daar hoegenaamd geen fisiese handeling nie en dit kan nie ontken word dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (die blote ooreenkoms tussen die partye), die enigste grondslag vir eiendomsoordrag is nie. Raadpleeg ook Zwalve *Privaatrecht* 79-80.
96 Sien Savigny *Recht des Besitzes* 318-327.
97 Die notariële praktyk in Frankryk waarvolgens 'n *constitutum possessorium* - klousule aan 'n notariële akte toegevoeg is, het in 'n groot mate bygedra tot die gedagte dat eiendomsreg deur blote ooreenkoms oorgaan. Sien oa die bespreking in hfst 5.2.4.
98 Zwalve *Privaatrecht* 79-80, 177-179.

Voor die aanvaarding van Savigny se teorie sou eiendomsreg in Pruise nie oorgegaan het nie indien die partye voorgegee het dat die saak ter versekering van 'n skuld (byvoorbeeld pandgewing) gelewer word, maar hulle eintlik bedoel het om eiendomsreg oor te dra.[99] Savigny se teorie het egter tot gevolg gehad dat eiendomsreg in so 'n situasie wel sou oorgaan.[100] Ingevolge die teorie van die abstrakte saaklike ooreenkoms is die vraag nie of die *causa* of *titel* geskik is om oorgang van eiendomsreg te bewerkstelling nie (soos byvoorbeeld koop of 'n ander ooreenkoms wat oordrag van eiendomsreg kan bewerkstellig (en nie pandgewing nie)). Die deurslaggewende vraag is, wat is die partye se werklike bedoeling? Indien hulle bedoel om eiendomsreg oor te dra, sal eiendomsreg oorgaan, selfs al gee die partye voor dat lewering plaasvind uit hoofde van 'n pand ter versekering van 'n skuld. Savigny se teorie het ook daartoe bygedra dat besitlose pand en die verpanding van 'n saak by wyse van *constitutum possessorium* erken is.[101]

10.3.7 Samevatting

Uit bostaande bespreking is dit duidelik dat Savigny 'n standpunt ingeneem het, wat radikaal verskil van die gemenereg soos wat dit in die voorafgaande hoofstukke uiteengesit is. In die gemenereg was die standpunt dat eiendomsreg oorgedra word deur die verskaffing van fisiese beheer, mits dit gegrond is op 'n (geldige) verbintenisskeppende ooreenkoms (*iusta causa*) wat die vervreemder tot lewering verplig en wat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra omvat. Alhoewel sommige skrywers die bedoeling as 'n afsonderlike vereiste gestel het, was dit egter steeds in die verbintenisskeppende ooreenkoms ingesluit.

---

99 Dit was nie moontlik nie omdat die leer van *titulus* en *modus* toegepas is waarvolgens eiendomsreg slegs oorgaan indien die saak uit hoofde van 'n geskikte *causa* oorgedra word. Sekerheidstelling (bv pand) was eenvoudig nie 'n geskikte *causa* nie.

100 Raadpleeg Brandt (n 2) 113-115 vir 'n bespreking van die relevante regspraak waar hierdie standpunt ingeneem is. Die skrywer wys egter ook op beslissings waar 'n *pactum commissorium* verwerp is.

101 Vroeër het §105 I 20 van die *Preußischen Allgemeines Landrecht* van 1794 (*ALR*) 'n verbod geplaas op besitlose pand en dus ook op die verpanding van 'n saak by wyse van *constitutum possessorium*. Geen pand het tot stand gekom nie indien die saak fisies in beheer van die skuldenaar gelaat is met die ooreenkoms dat hy dit voortaan namens die skuldeiser sal besit. Raadpleeg Brandt (n 2) 112-113.

Anders as die leek wat die oordragsproses slegs in sy totaliteit en as 'n enkele handeling beskou, het Savigny tot die besef gekom dat die proses uit meer as een handeling bestaan. Hy het die verskillende elemente daarvan uitmekaar gehaal, dit ontleed en tot die gevolgtrekking gekom dat mens regstegnies met verskillende ooreenkomste te make het. Die sakeregtelike handeling word vir die eerste keer as selfstandige element in die oordragsproses erken en van die verbintenisskeppende handeling onderskei. Volgens Savigny word eiendomsreg oorgedra deur die saaklike ooreenkoms (wat bestaan uit die *animus transferendi et acquirendi dominii*, wat die inhoud van die ooreenkoms is) en die verskaffing van fisiese beheer (wat die vorm is waarin die ooreenkoms gegiet word). Die saaklike ooreenkoms is inhoudelik abstrak aangesien die bedoeling wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is (*animus transferendi et accipiendi dominii*), van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is en tot 'n selfstandige ooreenkoms verhef word. Alhoewel die doel of oogmerk van die verbintenisskeppende ooreenkoms is om uiteindelik eiendomsreg oor te dra, kom die partye nie ooreen dat eiendomsreg inderdaad oorgedra word nie; dit is bloot die motief vir lewering. Daarteenoor is die saaklike ooreenkoms juis daarop gerig om saaklike gevolge teweeg te bring. Die verandering in die sakeregtelike posisie is iets anders as die ontstaan van 'n verbintenis en daarom word 'n ander feitekompleks vir die totstandkoming van so 'n ooreenkoms vereis.

Die saaklike ooreenkoms is 'n ooreenkoms omdat al die kenmerke van 'n ooreenkoms daarin waargeneem kan word.[102] Dit bestaan uit twee ooreenstemmende wilsverklarings dat eiendomsreg deur verskaffing van fisiese beheer oorgedra word, wat 'n verandering in die sakeregtelike posisie tot gevolg het. Die feit dat die saaklike ooreenkoms as 'n ooreenkoms bestempel word, beteken dat die regsreëls, vereistes en begrippe wat op regshande-

102 Aanvanklik voer hy aan dat *traditio* 'n ooreenkoms is omdat eiendomsreg oorgaan uit hoofde van die bedoeling van die vervreemder (wat hy die *iusta causa* noem), maar later verander Savigny van standpunt.

linge en ooreenkomste van toepassing is, ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing sal wees.

Afgesien van die saaklike ooreenkoms, stel Savigny ook nog die volgende vereistes vir die oordrag van eiendomsreg: behoudens enkele uitsonderings, moet die oordraggewer eienaar wees (hy moet handelingsbevoeg en vervreemdingsbevoeg wees) en hy moet fisiese beheer oor die saak hê (dit wil sê hy moet besitter wees).[103] Nóg 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nóg 'n *iusta causa* is vereistes vir die oordrag van eiendomsreg. Savigny heg ook 'n nuwe betekenis aan die begrip *iusta causa* – dit verwys nie na 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nie, maar na die omstandighede waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word.[104] Alhoewel 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms geen konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie, word *traditio* gewoonlik deur so 'n ooreenkoms voorafgegaan, maar dit is bloot motief vir lewering. Die enigste funksie daarvan is dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra daaruit afgelei kan word. Die betekenis van die *causa*-begrip ondergaan sodoende 'n verandering, vanaf 'n selfstandige konstitutiewe vereiste vir oordrag van eiendomsreg (naas beskikkingsbevoegdheid en lewering) tot blote bewys van die bedoeling van die eienaar om eiendomsreg oor te dra. Die grondslae van die inhoudelike abstraksie is die voorbeelde van die handskenking en geldlening sonder 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms, sy siening van die begrip *ooreenkoms*, sy wilsteorie en enkele tekste uit die *Corpus Iuris Civilis* wat sy teorie ondersteun.

10.4 Die saaklike ooreenkoms is uitwendig abstrak

10.4.1 Inleiding

Bogenoemde bespreking het te make met die konstruksie dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 'n selfstandige

103 Raadpleeg Savigny se lesings van 1815-1816 en dié van 1820-1821 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 33-34, 35-36.

saaklike ooreenkoms is, wat inhoudelik van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word. Daar is egter nog niks oor die verband tussen die saaklike ooreenkoms en die verbintenisskeppende ooreenkoms, soos koop, skenking en ruil gesê nie. Die begrip *uitwendig abstrak* het juis te make met die verband tussen hierdie twee ooreenkomste. Dit verwys na die standpunt dat die bestaan en regsgevolge van die saaklike ooreenkoms nie van die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms afhanklik is nie.

10.4.2 Dwaling

Savigny se standpunt betreffende die verband tussen die verbintenisskeppende en die saaklike ooreenkomste, kom duidelik na vore in sy bespreking betreffende die invloed van dwaling. Die vereistes vir 'n geldige regshandeling is volgens Savigny die volgende:[105] (1) die handelende persoon moet die wil hê om 'n regshandeling aan te gaan, (2) hy moet sy wil na buite openbaar maak deur 'n wilsverklaring en (3) sy wil en verklaring moet met mekaar ooreenstem. As daar een of ander faktor is wat verhinder dat 'n party werklik die wil het om die betrokke regshandeling aan te gaan, kom geen ooreenkoms tot stand nie. Wat betref die invloed van dwaling op die wil van 'n kontraksparty en dus ook op die geldigheid van regshandelinge, onderskei Savigny tussen egte en onegte dwaling.[106]

Egte dwaling is 'n dwaling in die beweegrede. Dit verwys na 'n dwaling in die voorbereidende proses, wat in die psige van 'n persoon afspeel en wat aanleiding gee tot sy wilsbesluit.[107] Die rede waarom hy die spesifieke regs-

104 Aanvanklik was hy van oordeel dat die begrip na die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (die *animus dominii transferendi*) verwys en dat die *causa* dus deel van die saaklike ooreenkoms uitmaak, maar later verander hy van standpunt.

105 Regshandelinge (of wilsverklarings) is regsfeite wat wilsvrye handelinge is en wat op die onmiddellike ontstaan of die opheffing van regsverhoudings gerig is. Savigny *System* III 3-7, 98-99.

106 Sien Savigny *System* III 263-264 (let ook op vn (b)) en Savigny *System* III 440-447. Raadpleeg ook Chao-Duivis *Dwaling* 26 ev; Luig *Irrtumslehre* 36 ev.

107 Savigny *System* III 355.

handeling wil aangaan, berus op 'n onjuiste siening van sake.[108] 'n Egte dwaling is irrelevant omdat die dwalende persoon nogtans in staat is om 'n wil van sy eie te vorm. So 'n dwaling verhinder dus nie dat 'n geldige koopkontrak tot stand kom en dat eiendomsreg deur lewering op die teenparty oorgaan nie.[109] Die dwalende party kan hom nie op dwaling beroep om hom van die nadelige gevolge te bevry, of sy saak terug te vorder nie:

> Die belangrikste en mees uitgebreide geval waar dwaling moontlik 'n invloed kan uitoefen, is op die regshandelinge ooreenkomste van die daaglikse verkeer, naamlik ooreenkomste; sowel verbintenisskeppende ooreenkomste as *traditio*. ... Hier het dwaling in die reël egter geen invloed nie, hetsy dit 'n feitlike, hetsy 'n regsdwaling is, hetsy skuldig of onskuldig. Die koop wat uit hoofde van dwaling gesluit is, is nogtans onaanvegbaar, *traditio* wat voortspruit uit dwaling is volkome geldig. Die feit dat dwaling gewoonlik geen uitwerking het nie, is die enigste beskerming van die verkeer teen grenslose onsekerheid en willekeur. Die ooreenkoms wat deur dwaling teweeggebring is, is dus nie opsigself nietig nie en dit kan ook nie deur 'n gewone aksie aangeveg word, of deur restitusie ongedaan gemaak word nie.[110]

Dieselfde reël geld ook ten opsigte van *vreesaanjaging* en *bedrog*. Ook hier kom 'n geldige regshandeling tot stand, aangesien die dreigement of bedrog geen invloed op die dwalende persoon se vrye wil het nie en hy desnieteen-

---

108 Savigny *System* III 113. Voorbeelde is onder andere dwaling aangaande die waarde, prys of bruikbaarheid van die saak en ook die geval waar iemand sy eie saak in opdrag van iemand anders verkoop omdat hy foutiewelik meen dat laasgenoemde eienaar is.

109 Dit wat in die voorafgaande proses gebeur het, die vraag of die beweegredes korrek of foutief is, is nie relevant vir die totstandkoming van die regshandeling nie. Wat wel relevant is, is of die partye die bedoeling het om 'n regshandeling aan te gaan en of dit voortspruit uit hulle vrye wil. Savigny verwerp die siening dat dwaling op dieselfde wyse behandel moet word as regshandelinge deur minderjariges en geestelik versteurdes. Sien Savigny *System* III 112-114; 342, 356, 358-360.

110 Savigny *System* III 354 (eie vertaling): "Der wichtigste und ausgedehnteste Fall einer denkbaren Einwirkung des Irrthums betrifft die Rechtsgeschäfte des täglichen Verkehrs, und namentlich die Verträge; sowohl die obligatorischen als die Tradition ... Hier aber hat in der Regel der Irrthum gar keine Einwirkung, er mag nun ein factischer oder ein Rechtsirrthum, verschuldet oder unverschuldet seyn. Der Kauf aus Irrthum also ist dennoch ein unanfechtbarer Kauf, eine aus Irrthum entsprungene Tradition ist vollgültig. In dieser regelmäßigen unwirksamkeit des Irrthums liegt sogar die einzige Rettung des Verkehrs gegen gränzenlose Unsicherheit und Willkühr. Es ist also der durch Irrthum veranlaßte Vertrag weder schon an sich selbst ungültig, noch auch durch eine gewöhnliche Klage oder durch eine Restitution zu entkräften möglich". Dit was volgens Savigny *System* III 342-343 ook die posisie in die Romeinse reg. Raadpleeg ook Brandt *Eigentumserwerb* 71; Fuchs *Iusta Causa* 91; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 40; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 107.

staande die bedoeling het om die regshandeling aan te gaan.[111] Die benadeelde het egter bepaalde regsmiddele tot sy beskikking gehad, waardeur die gevolge van die onbehoorlike optrede uit die weg geruim kon word: hy kon (1) 'n aksie instel of (2) die aksie van die skuldige met die *exceptio doli* afweer, of (3) vra vir herstel in die vorige toestand (restitusie).[112] Die grondslag vir die verlening van bogenoemde regsmiddele, was geleë in die onbehoorlike optrede van die skuldige persoon in stryd met die doel van die reg, wat nie geduld mag word nie. Dit is die taak van die reg om toe te sien dat die individu se vryheid en selfstandigheid deur 'n gesonde wisselwerking binne die gemeenskap tot sy volle potensiaal ontwikkel word. Ten einde dit te bewerkstellig, moet waarheid en opregtheid nagestreef word en onderlinge vertroue gekweek word. Vreesaanjaging en bedrog is van nature onbehoorlik en werk steurend in op die voorvereistes vir 'n ordelike gemeenskap.[113]

In geval van 'n *onegte dwaling* is die regshandeling *ipso iure* nietig omdat die dwalende party nie die bedoeling het om die betrokke regshandeling aan te gaan nie (sy vrye wil ontbreek), of omdat daar nie wilsooreenstemming tussen die partye is nie.[114] Die volgende gevalle is almal voorbeelde van onegte dwaling:[115] (1) dwaling ten opsigte van die aard van die regshan-

111 In geval van *dwang* daarteenoor het die handelende persoon geen wil van sy eie nie en daarom kom geen regshandeling tot stand nie. Behoudens enkele uitsonderings, was dit volgens Savigny ook die posisie in die Romeinse reg. Savigny *System* III 342-343.

112 Die verskil tussen vreesaanjaging en bedrog is daarin geleë, dat die regsmiddele in geval van vreesaanjaging ook teen derdes werking het, maar in geval van bedrog het dit slegs werking teenoor die bedrieër of sy regsopvolgers. Sien Savigny *System* III 102-108; 117.

113 Soos wat selfstandigheid en vryheid deur vreesaanjaging benadeel word, so word vertroue deur bedrog geskaad. Savigny *System* III 103-104, 115.

114 As gevolg van 'n foutiewe voorstelling van sake is daar 'n verskil tussen die werklike wil van een of albei partye en hulle wilsverklarings. Savigny *System* III 264: "... er ist wichtig, insoferne wir aus ihm erkennen, daß der Wille, welcher nach der Erklärung angenommen werden müßte, in der That nicht vorhanden ist, weshalb auch die rechtlichen Folgen desselben nicht eintreten können" [" ... dit (onegte dwaling) is belangrik vir sover as wat ons daaruit kan vasstel dat die wil, wat ooreenkomstig die verklaring aangeneem moet word, inderdaad nie bestaan nie en die regsgevolge daarvan daarom ook nie kan intree nie" (eie vertaling)]. Sien ook Savigny *System* III 258-259, 267-268 en 343.

115 Savigny *System* III 267.

deling wat tot stand kom (*error in specie contractus*);[116] (2) dwaling betreffende die identiteit van die teenparty (*error in persona*);[117] (3) dwaling betreffende die saak wat die onderwerp van die ooreenkoms is (*error in corpore*)[118] en (4) dwaling betreffende 'n eienskap van die saak (*error in substantia*).[119] Onegte dwaling word verder onderverdeel in wesenlike dwaling en nie-wesenlike dwaling. In die geval van wesenlike dwaling kom geen ooreenkoms tot stand nie, maar 'n nie-wesenlike dwaling het geen invloed op die geldigheid van die ooreenkoms nie. Al bogenoemde gevalle is voorbeelde van wesenlike dwaling, met die uitsondering van *error in substantia* wat gewoonlik 'n nie-wesenlike onegte dwaling is.[120] Die uitwerking daarvan is dieselfde as egte dwaling. Aangesien wilsooreenstemming ook 'n vereiste vir die saaklike ooreenkoms is, kan 'n onegte dwaling ook tot gevolg hê dat geen saaklike ooreenkoms tot stand kom nie en dat eiendomsreg gevolglik ook nie oorgaan nie:

> Ook *traditio* vereis wilsooreenstemming en daarom verhinder 'n dwaling betreffende die saak ook dat *traditio* plaasvind. Eiendomsreg kan nie onmiddellik verkry word deur so 'n bloot vermeende *traditio* nie, ook nie die vermoë om eienaar deur *usucapio* te word nie.[121]

Daar moet dus deeglik onderskei word tussen die geval waar dwaling die verbintenisskeppende ooreenkoms affekteer, in welke geval die ooreenkoms nietig is, maar eiendomsreg nogtans oorgaan en die geval waar dwaling nietigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg het in welke geval eiendomsreg nie oorgaan nie.

---

116 Savigny *System* III 269 omskryf hierdie geval as "Irrthum ... welcher die Natur des Rechtsverhältnisses betrifft". Hy gee die volgende voorbeelde: (1) wanneer een party 'n saak as lening aanbied en die ander dit as 'n geskenk aanvaar; (2) wanneer een geld wil skenk, maar die ander dit as lening aanvaar. Geen ooreenkoms kom tot stand nie.

117 Savigny *System* III 269-272.

118 Savigny *System* III 272-273.

119 Die een koop 'n saak wat hy dink van goud is, terwyl dit eintlik brons is; of hy koop wyn terwyl dit eintlik asyn is. Sien Savigny *System* III 276 ev.

120 *Error in substantia* sal soms wel as wesenlik beskou word. Savigny *System* III 268, 276 ev, 283 ev.

121 Savigny *System* III 273 (eie vertaling): "Auch die Tradition erfordert übereinstimmenden Willen, und auch sie wird daher durch ein Misverständnis über den Gegenstand verhindert. Durch ein solche blos vermeintliche Tradition kann also weder unmittelbar Eigenthum, noch die Fähigkeit zur Usucapion erworben werden".

10.4.3 Die teenstelling tussen Julianus en Ulpianus

Savigny se standpunt dat *error in specie contractus* verhinder dat 'n geldige ooreenkoms tot stand kom, sluit aan by sy siening betreffende die beweerde teenstrydigheid tussen Julianus en Ulpianus.[122] Hy wys eerstens daarop dat die twee tekste nie direk met mekaar in stryd is nie aangesien hulle verskillende aangeleenthede bespreek wat nie met mekaar verband hou nie. Terwyl Julianus hom toespits op die vraag of eiendomsreg oorgaan al dan nie,[123] bepaal Ulpianus hom weer by die vraag of 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms (skenking of lening) tot stand gekom het, wat ontkennend beantwoord word:[124]

> In hierdie tekste word twee vrae aan die orde gestel, wat tot 'n groot mate van mekaar onafhanklik is. Die een: of eiendomsreg oorgaan. Die ander: of 'n geldige skenking, of moontlik 'n geldige lening tot stand gekom het ... Die vraag of eiendomsreg oorgaan, is die enigste vraag wat in die teks van Julianus ondersoek word.[125]

In elk geval is hy van oordeel dat die twee tekste mekaar nie weerspreek nie, maar dat hulle versoen kan word. Volgens hom stem Julianus en Ulpianus met mekaar saam wat die belangrikste aspek betref, naamlik dat daar in die onderhawige geval geen geldige skenking of lening tot stand gekom het nie:

> By die beoordeling van hierdie besondere gevalle, is daar hoegenaamd geen grondslag daarvoor om te aanvaar dat Julianus en Ulpianus met mekaar teenstrydig is nie aangesien beide, wat die belangrikste aspek betref, met mekaar

122 Raadpleeg Felgentraeger *Savignys Einfluß* 39, 40 vn 4; Hofmann *Titulus und Modus* 61; Hammen *Savigny* 153-154; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 99; Fuchs *Iusta Causa* 86-88. Sien ook hfst 2.4.4.4.2 waar die teenstrydigheid volledig bespreek word.

123 Hierdie vraag word bevestigend beantwoord omdat beide partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Die een het 'n *donandi causa* in gedagte, die ander 'n *credendi causa*.

124 Ulpianus spreek wel die mening uit dat eiendomsreg nie oorgaan nie, maar dit is bloot terloops. Daar kan in elk geval nie met sekerheid gesê word dat hy wel van mening was dat eiendomsreg nie oorgaan nie. Sien Savigny *System* IV 159-160.

125 Savigny *System* IV 159-160 (eie vertaling): "In diesen Stellen werden zwey Fragen erörtert, die von einander großentheils unabhängig sind. Die eine: ob Eigenthum übergeht. Die andere: ob eine gültige Schenkung, oder vielleicht auch ein gültiges Darlehen vorhanden ist. ... Der Übergang des Eigenthums ist der einzige Gegenstand, der in der ersten Stelle von Julian untersucht wird".

> *saamstem, naamlik dat oorspronklik geen geldige skenking (of 'n geldige lening) tot stand gekom het nie.*[126]

Savigny self behandel die twee tekste, nie met die oog daarop om vas te stel of eiendomsreg in geval van *error in specie contractus* oorgaan nie. Hy konsentreer op die vraag of 'n geldige skenking (dan wel lening) tot stand kom:

> Die hele kwessie rakende oordrag van eiendomsreg lê hier buite die grense van ons ondersoek en ons laat dit daar. Ons is hier net geïnteresseerd in die vraag of geldige regshandelinge tot stand gekom het.[127]

Savigny se siening betreffende die verhouding tussen die twee tekste, is ten volle in ooreenstemming met die reël wat hy ten opsigte van onegte dwaling neerlê, naamlik dat dwaling betreffende die aard van die regshandeling wat tot stand kom (*error in specie contractus*), tot gevolg het dat die ooreenkoms nietig is. Dit behoort dus duidelik te wees dat Savigny nie 'n keuse maak tussen die twee tekste nie. Allermins beroep hy hom op Julianus as gesag vir die standpunt dat eiendomsreg nieteenstaande dwaling tog oorgaan.

10.4.4 Invloed van die condictiones

Uit die bespreking hierbo het dit geblyk dat dwaling in die reël nie die geldigheid van die betrokke regshandeling (byvoorbeeld die verbintenisskeppende ooreenkoms) beïnvloed het nie. Die koopkontrak is volkome geldig en eiendomsreg gaan met lewering op die verkryger oor, selfs al het die vervreemder gedwaal (dit is gevalle van sogenaamde egte dwaling). Die vervreemder kon die regshandeling nie aanveg nie en die saak wat oorgedra is, kon nie teruggevorder word nie. Savigny[128] het egter twee uitsonderings op hierdie algemene reël (naamlik dat dwaling irrelevant is) erken: (1) in geval van verborge gebreke kon die regshandeling deur die aediliese aksies

126 Savigny *System* IV 164 (eie vertaling): "Es ist also überhaupt kein nothwendiger Grund vorhanden, in den Beurtheilung dieses besonderen Falles einen Widerspruch zwischen Julian und Ulpian anzunehmen, da Beide in dem wichtigsten Punkt übereinstimmen, daß eine gültige Schenkung (und eben so ein gültiges Darlehen) ursprünglich gar nicht vorhanden ist". Raadpleeg ook Savigny *System* IV 157-164 en Savigny *System* III 264.

127 Savigny *System* IV 159-160 (eie vertaling): "Jedoch diese ganze, das Eigenthum betreffende, Frage liegt hier außer den Gränzen unsrer Untersuchung, und wir lassen sie an dieser Stelle auf sich beruhen. Die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte ist es, die uns hier angeht".

128 Sien bv Savigny *System* III 358-360.

(*actio redhibitoria* en die *actio quanti minoris*) aangeveg word;[129] (2) in geval van onegte dwaling kon die bedrag geld of ander saak wat oorgedra is, met 'n *condictio*[130] teruggevorder word:

> Wanneer eiendomsreg op 'n wyse wat opsigselfstaande geldig is vrywillig aan iemand oorgedra word ... maar die vorige eienaar deur gebrekkige beweegredes, in besonder deur dwaling tot oordrag oorgehaal is, dan is die oordrag opsigself geldig en effektief, maar dit kan agterna aangeveg word deur 'n reeks *condictiones* wat noukeurig uitgewerk is (*condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ex injusta causa*).[131]
>
> Daar is nietemin twee belangrike uitsonderings op die reël wat so pas uiteengesit is: gevalle waar 'n regshandeling bloot weens dwaling as ongeldig aangeveg kan word deur buitengewone aksies. ... Die tweede, by verre belangrikste uitsondering, is in die *condictiones* vervat.[132] Ook hier word 'n regshandeling wat opsigselfstaande geldig is veronderstel, wat eenvoudig weens dwaling deur 'n buitengewone aksie kragteloos gemaak kan word.[133]

Hierdie aanhalings is verwarrend omdat daar van 'n regshandeling wat *opsigself geldig is* gepraat word. Dit word egter in die regte perspektief geplaas deurdat Savigny na die *condictiones* verwys. Die *condictiones* was onder andere van toepassing op daardie gevalle waar 'n persoon 'n saak gelewer het, terwyl daar geen verpligting op hom was om dit te doen nie, byvoorbeeld omdat die regsgrond (*causa*) uit hoofde waarvan gelewer is, nietig

---

129 Die beweerde afwesigheid van verborge gebreke was die beweegrede tot sluiting van die ooreenkoms. Die koper het egter gedwaal aangesien dit agterna blyk dat daar wel 'n gebrek was.

130 Dit wil sê, die *condictio indebiti, condictio sine causa* en die *condictio ob causam datorum*, maar nie die *condictio furtiva* of die *condictio ob turpem causam* nie. Die *condictiones* was nie beskikbaar nie indien die dwaling maklik vermy kon word; ook nie indien dit die vervreemder se eie skuld was dat hy gedwaal het, soos wat gewoonlik by 'n regsdwaling die geval is. Savigny *System* III 113-114, 341, 360 vn (d); Savigny *System* V 521 vn (a).

131 Savigny *Obligationenrecht* II 261 (eie vertaling): "Wenn das Eigenthum auf eine, an sich gültige Wiese freiwillig übertragen wird ... der vorige Eigenthümer aber zu dieser Übertragung bestimmt wird durch mangelhafte Beweggründe, insbesondere durch Irrthum, so ist die Uebertragung an sich gültig und wirksam, sie kann aber hinterher angefochten werden durch eine Reihe sorgfältig ausgebildeter *Condictionen* (*condictio indebiti, sine causa, ob causam datorum, ex injusta causa*)". Raadpleeg ook Brandt *Eigentumserwerb* 71; Hammen *Savigny* 152; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 108-109; Dondorp en Schrage *Levering* 94-95; Zwalve *Privaatrecht* 204.

132 Die eerste uitsondering het te make met die aediliese aksies.

133 Savigny *System* III 358-360 (eie vertaling): "Es gibt jedoch zwei wichtige Ausnahmen der eben dargestellten Regel: Fälle, in welchen ein Rechtsgeschäft bloß wegen eines irrigen Beweggrundes als ungültig durch besondere Klagen angefochten werden kann ... Der zweyte, weit wichtigere, ausgenommene Fall ist enthalten in den Condictionen. Auch bey diessen wird ein an sich gültiges Rechtsgeschäft vorausgesetzt, welches lediglich wegen des Irrthums durch eine besondere Klage wiederum entkräftet werden kann".

was (indien die verkryger byvoorbeeld uit hoofde van 'n onverskuldigde betaling ongeregverdig ten koste van die vervreemder verryk is).[134] Die *condictiones* sou ook onnodig gewees het indien nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms sou verhinder dat eiendomsreg oorgaan, want dan sou die *rei vindicatio* tot die vervreemder se beskikking gewees het en dan sou die stelsel kousaal gewees het:

> Want hierdie (die *condictiones*) sou heeltemal oorbodig gewees het, in hulle sterk omlynde uitsonderlike aard ondenkbaar, indien ons stelling nie as 'n erkende en onbetwyfelbare reël aanvaar sou word nie.[135]

Die uitsondering gaan dus oor gevalle van onegte dwaling wat nietigheid van die ooreenkoms tot gevolg het. Nieteenstaande nietigheid van die ooreenkoms gaan eiendomsreg tog oor, mits daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is en beide partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, maar die vervreemder het die *condictiones* tot sy beskikking om die saak terug te vorder. Hierdie interpretasie is volkome in ooreenstemming met die abstraktheidsbeginsel soos deur Savigny geformuleer, ingevolge waarvan *traditio* onafhanklik van die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms is.[136]

10.4.5 Grondslae en verdere ontwikkeling van die uitwendige abstraksie

Die bespreking hierbo het aangetoon dat die uitwendige abstraksie, dit wil sê, die reël dat nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie, aan Savigny toegeskryf kan word.

---

134 Savigny *System* III 360; Savigny *System* V 109-110, 521-522, 526. Verder Lokin *Dwalingsregeling* 22-23; Chao-Duivis *Dwaling* 32.

135 Savigny *System* III 356 (eie vertaling): "... denn diese wären völlig überflüssig, ja in ihrer fest begränzten Ausnahmenatur undenkbar, wenn nicht unser Satz als bekannte und unzweifelhafte Regel vorausgesetzt werden dürfte".

136 Savigny se verwysing na 'n ooreenkoms of oordrag wat opsigself geldig is, is onverklaarbaar. Dit skep die indruk dat dit hier handel oor egte dwaling, wat gewoonlik nie die geldigheid van die betrokke regshandeling affekteer nie. Maar dit sou geen sin maak nie. Daar kan ook geargumenteer word dat hy van die standpunt uitgaan dat die ooreenkoms nieteenstaande dwaling geldig is, maar dat dit vernietigbaar is. In geval van onegte dwaling, sou dit egter ook nie sin maak nie omdat hy uitdruklik sê dat so 'n dwaling nietigheid tot gevolg het. Sien ook Lokin *Dwalingsregeling* 24, 26, 31-39 wat sê dat Savigny nie so iets soos vernietigbaarheid van regshandelinge geken het nie.

Alhoewel hierdie beginsel reeds voor Savigny bekend was, was hy die eerste persoon wat met die standpunt vorendag gekom het dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 'n selfstandige saaklike ooreenkoms is, wat onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms funksioneer en daarom aan sy eie geldigheidsvereistes moet voldoen.

Die beginsel van die uitwendige abstraksie is 'n logiese uitvloeisel van Savigny se standpunt dat die saaklike en verbintenisskeppende ooreenkomste twee afsonderlike ooreenkomste is en dat laasgenoemde nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie. Die standpunt dat 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie, sluit ook aan by Savigny se siening dat eiendomsreg oorgaan, selfs al is daar slegs 'n *causa putativa* of 'n *causa inefficax*.[137] Indien 'n putatiewe *causa* voldoende is, kan mens nouliks op 'n geldige *causa* as vereiste aandring. Die gevolg van hierdie standpunt is, onder andere, dat die geldigheid van *traditio* (saaklike ooreenkoms) onafhanklik van die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms beoordeel moet word.[138] Indien verder in gedagte gehou word dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra vir Savigny die deurslaggewende aspek was en dat die bedoeling onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms bestaan, is dit bykans vanselfsprekend dat mens tot die gevolgtrekking moet kom dat eiendomsreg kan oorgaan, selfs al bestaan daar geen verbintenisskeppende

137 Savigny se lesings van 1815-1816 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 33-34: "Erstens ist wenigstens keine *obligatio civilis* erforderlich, hingegen soll schon eine *obligatio inefficax* nach den Gesetzen hinreichen, welche so gut als keine *obligatio* ist" ["In die eerste plek is 'n verbintenisskeppende ooreenkoms glad nie 'n vereiste nie, 'n vermeende verbintenis is daarenteen ingevolge die bronne voldoende, wat so goed soos geen verbintenis is" (eie vertaling)]. In hierdie opsig het Savigny aansluiting gevind by Donellus *Opera* 4.16.8 (sien hfst 5.3.2). Raadpleeg ook Brandt *Eigentumserwerb* 69; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 37, 75, 79; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 108; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 95, 97.

138 Raadpleeg Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 95-99; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 92, 100, 103, 107-108.

ooreenkoms nie, of selfs al is die ooreenkoms nietig.[139] Die uitwendige abstraksie spruit dus noodwendig voort uit die inhoudelike abstraksie. Dit is presies wat Warnkönig met die volgende opmerkings in gedagte het:

> Nóg 'n verbintenis nóg 'n geldige regshandeling is vereistes vir eiendomsoorgang deur *traditio*; ... daar mag dalk wel 'n verbintenis of 'n geldige ooreenkoms aanwesig wees, of daartoe aanleiding gegee het, of dalk nie. ... die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* ... is deurgaans onafhanklik van die verbintenis wat daarmee gepaard gaan en vind ook plaas selfs al is daar nie so 'n verbintenis nie.[140]

Savigny pas die beginsel van die uitwendige abstraksie toe op die gevalle van onegte wesenlike dwaling, naamlik *error in specie contractus, error in persona* en *error in corpore*. Volgens hom is die verbintenisskeppende ooreenkoms as gevolg van dwaling nietig, maar eiendomsreg het nieteenstaande nietigheid tog oorgegaan. Die vervreemder het egter die *condictiones* tot sy beskikking gehad. Savigny se verwysing na die *condictiones* het sy navolgers aangespoor om dié verskynsel aan diepgaande ondersoek te onderwerp. Die resultate het aan die lig gebring dat daar talle tekste in die *Corpus Iuris Civilis* is, waarvolgens eiendomsreg oorgaan nieteenstaande 'n gebrek in die verbintenisskeppende ooreenkoms. Warnkönig,[141] een van sy studente, verwys byvoorbeeld na *Digesta* 12.7.1.3 waar eiendomsreg *ex non iusta causa* oorgaan, *Digesta* 12.6.22 *pr* waar 'n onverskuldigde betaling met die *condictio indebiti* teruggevorder kan word, omdat daar geen verpligting (dit wil sê, geen verbintenis) was om te betaal nie[142] en *Codex* 4.50.6 waar

---

139 Daarteenoor kan die verbintenisskeppende ooreenkoms volkome geldig wees, maar eiendomsreg sal nie oorgaan nie, indien die partye nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie. Sien Hofmann *Titulus und Modus* 64.

140 Warnkönig 1823 *AcP* 114-115 (eie vertaling): "... weder eine Forderung noch ein gültiges Rechstgeschäft sind Bedingungen des Eigentumsüberganges bei der *Tradition*; ... es mag nun eine Forderung oder ein rechtsgültiges Geschäft vorgekommen seyn, oder dazu Veranlassung gegeben haben, oder nicht. ... die Uebertragung des Eigenthums durch *traditio* ... ist durchaus unabhängig von der dieselbe etwa begleitende Forderung und findet statt, auch wenn eine solche gar nie vorgekommen ist". Sien ook Warnkönig 1823 *AcP* 111, 121 en 126-127; Göschen *Vorlesungen* 174; Bähr *Anerkennung* 10-11. Verder Felgentraeger *Savignys Einfluß* 38; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 91-92, 97; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 95-97.

141 Warnkönig 1823 *AcP* 111, 114-115, 116-117. Raadpleeg ook Göschen *Vorlesungen* 174; Strempel *Iusta Causa* 25-47.

142 Die *condictio indebiti* was nie net in geval van 'n onverskuldigde betaling in geld aanwendbaar nie, enige voorwerp wat onverskuldig gelewer is kon teruggevorder word. Sien Brandt *Eigentumserwerb* 73.

eiendomsreg oorgaan, al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig.[143] Hy wys daarop dat eiendomsreg ook in geval van die *condictio ob turpem causam* oorgaan, nieteenstaande 'n gebrekkige verbintenisskeppende ooreenkoms. Strempel verwys weer na *Digesta* 12.1.9.6[144] waar eiendomsreg oorgaan nieteenstaande die feit dat die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is, omdat dit 'n beding bevat wat onmoontlik is om na te kom en die *condictio sine causa* tot die vervreemder se beskikking is. Hy verwys ook na *Digesta* 23.3.9.1,[145] wat handel oor die geval waar 'n bruidskat oorhandig word reeds voordat die huwelik voltrek word, maar die huwelik nooit plaasvind nie. Die vervreemder het die *condictio causa data, causa non secuta* tot sy beskikking. Hierdie tekste word aangevoer as regverdiging vir die stelling dat eiendomsreg oorgaan, selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig. Daar word voorts gesteun op Julianus wat, volgens Warnkönig, die standpunt inneem dat eiendomsreg oorgaan, selfs al is daar geen verbintenisskeppende ooreenkoms nie.[146]

Daar is voorts 'n duidelike verband tussen Savigny se wilsteorie (wat die vrye wil van die individu beklemtoon) en die standpunt dat nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie. Volgens Savigny is die regsgevolge wat deur die individu se vrye wil teweeggebring is, onafhanklik van die vraag of die beweegrede korrek of foutief is. Dit is slegs die vrye wil (bedoeling) wat by die oordrag van eiendomsreg relevant is; die oogmerke of motiewe wat die partye nagevolg het, is nie juridies relevant nie:

---

143 Raadpleeg Warnkönig 1823 *AcP* 111. Sien ook Hofmann *Titulus und Modus* 62.

144 Strempel *Iusta Causa* 31, 38. Verder Fuchs *Iusta Causa* 94; Hofmann *Titulus und Modus* 63-64.

145 Strempel *Iusta Causa* 60, 72.

146 Warnkönig 1823 *AcP* 116-118, 127. Raadpleeg ook Göschen *Vorlesungen* 175-178 ("Die obligatorische Geschäft selbst kann verboten sein, das schadet der Tradition nicht"); Regenbrecht *Commentatio* 34-37; Strempel *Iusta Causa* 36, 126-146 ("Trotz der ungültigen obligatio könne die traditio gültig sein"); Dernburg 1857 *AcP* 3-4, 6. Verder Hofmann *Titulus und Modus* 61-64, 104; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 95-96; Fuchs *Iusta Causa* 87-88; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 104-105.

> Dit[147] volg in die eerste plek uit die vrye wil self, waarvan die bestaan en gevolge onafhanklik is van die juiste of foutiewe beweegredes: en weliswaar sowel ooreenkomstig die algemene beskouing van die vryheid, sowel as ooreenkomstig die voorskrifte van die Romeinse reg.[148]

Alhoewel hierdie aanhaling betrekking het op egte dwaling (dit wil sê, dwaling in die beweegrede wat volgens Savigny nie nietigheid van die ooreenkoms tot gevolg het nie), het dit gedien as aanknopingspunt vir die formulering van 'n algemene reël, naamlik dat eiendomsreg oorgaan nieteenstaande die feit dat die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is.[149]

Voor Savigny was die verbintenisreg en die sakereg nou wel van mekaar onderskei,[150] maar dit was nog nie as twee onafhanklike, selfstandige vakterreine gesien wat beide invloed uitoefen op die eiendomsoordragsproses nie.[151] Die feit dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra volgens Savigny saaklike gevolge teweegbring en die feit dat dit van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei word, moes noodwendig tot gevolg gehad het dat die sakereg en verbintenisreg van mekaar onderskei word.[152] Hierdie onderskeid is ook in die hand gewerk deur die onderskeid tussen saaklike en vorderingsregte, wat reeds in die Romeinse reg aanwesig was:

> Die Romeinse reg onderskei beide (saaklike regte en verbintenisse) van mekaar en behandel elke deel afsonderlik, elkeen binne sy grense. Eiendomsreg word beskou as die selfstandige beheer oor 'n saak, sonder inagneming van die verbintenis wat die weg voorberei vir die oordrag van eiendomsreg; daarteenoor word 'n verbintenis gesien as die selfstandige beheer oor 'n vreemde

147 Hy verwys hier na die reël dat egte dwaling nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie.

148 Savigny *System* III 356 (eie vertaling): "Er folgt erstlich aus der Natur des freyen Willens selbst, dessen Daseyn und Wirkung von den wahren oder irrigen Beweggründen ganz unabhängig ist: und zwar sowohl nach der allgemeinen Betrachtung der Freyheit, als nach den Bestimmungen des Römischen Rechts". Hy het die beginsel van kontraksvryheid op 'n regstegniese wyse as grondslag vir sy teorie gebruik.

149 Warnkönig 1823 *AcP* 114 ev, 121. Raadpleeg ook Ranieri *Abstrakte Übereignung* 103, 107; Hammen *Savigny* 152; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 105-106 en Rückert *Idealismus* 234.

150 Sien bv Hugo *Institutionen* 25, 33. Windscheid *Die Actio* 20 tipeer die skeiding as "das Fundament einer jeden gesunden Jurisprudenz".

151 Die leerstuk van *titulus* en *modus acquirendi* en die siening van die *jus ad rem* het die onderskeid verhinder.

152 Dit is egter moeilik om te sê of die onderskeid tussen die twee vakgebiede een van die gevolge van Savigny se teorie was, dan wel of die onderskeid een van die grondslae was waarop Savigny sy teorie gegrond het. Sien Ranieri *Abstrakte Übereignung* 102.

handeling, sonder inagneming van die saaklike reg waarop hierdie handeling waarskynlik gerig is.[153]

Hierdie insigte betreffende die onderskeid tussen die twee vakgebiede het die ideale milieu geskep vir die verdere ontwikkeling van Savigny se teorie.[154] Die onderskeid tussen verbintenisreg en sakereg is 'n logiese uitvloeisel van 'n objektiewe benadering: dit is nie die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms wat sentraal staan nie, maar die bedoeling van die partye. Daarteenoor veronderstel die subjektiewe benadering 'n nou verband tussen die verbintenisreg en sakereg. Deurdat die *causa traditionis* gedefinieer word as 'n *causa efficiens*, dit wil sê 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms wat tot lewering verplig, word die verbintenisreg by die sakereg geïnkorporeer. Die vraag of eiendomsreg deur lewering oorgaan, hang ten dele af van die antwoord op die vraag of daar 'n geldige verbintenis ooreenkomstig die reëls van die verbintenisreg tot stand gekom het (eiendomsoordrag word getoets aan die maatstawwe van die verbintenisreg).

Met die onderskeid tussen verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste het Savigny nie primêr die beskerming van *bona fide* derdes wat die saak van 'n nie-eienaar ontvang het, in gedagte gehad nie. Regsekerheid en regspolitiese oorwegings het weinig invloed gehad op die ontwikkeling van Savigny se teorie. Dit was vir hom hoogstens 'n newe-effek van sy teorie.[155] 'n Regspolitiese aanslag kom nietemin voor. Hyself beskou sy siening dat

153 Savigny *System* I 373-374 (eie vertaling): "Das römische Recht hält beide (dingliche und obligatorische Rechte) streng auseinander, und behandelt jeden Theil für sich als ganz unabhängig innerhalb seiner Gränzen. So das Eigenthum als selbständige Herrschaft über eine Sache, ohne Rücksicht auf die Obligation, die etwa als Vermittlung und Vorbereitung dazu diente: die Obligation als selbständige Herrschaft über eine fremde Handlung, ohne Rücksicht auf das dingliche Recht, worauf diese Handlung vielleicht abzweckt". Sien ook *System* I 372. Die verbintenisreg het in Savigny se oë 'n belangriker rol te speel as die sakereg. Brandt *Eigentumserwerb* 67.

154 Raadpleeg verder Fuchs *Iusta Causa* 90; Brandt *Eigentumserwerb* 66-67; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 88; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 40; Zwalve *Privaatrecht* 157.

155 Beskerming van *bona fide* derdes het geen rol gespeel by die ontwikkeling van enige aspek van Savigny se teorie nie. Raadpleeg verder Fuchs *Iusta Causa* 91; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 92, 96, 102-104; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 107-108; Cronjé 1978 *THRHR* 231.

dwaling geen invloed het op die geldigheid van *traditio* nie, as die enigste beskerming van die regsverkeer teen grenslose onsekerheid en willekeur.[156]

10.4.6 Samevatting

Die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat Savigny die volgende siening gehad het van die verband tussen die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms (uitwendige abstraksie). Die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste is twee afsonderlike ooreenkomste wat van mekaar onafhanklik is. Nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms, het nie noodwendig ook nietigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg gehad nie. Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms byvoorbeeld deur 'n onegte wesenlike dwaling (*error in specie contractus, error in persona, error in corpore* en gevalle van *error in substantia* wat as wesenlik aangemerk kan word) tot stand gekom het, was die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig. Eiendomsreg het nogtans oorgegaan indien die vervreemder bevoeg was om eiendomsreg oor te dra en indien 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het. Die *condictiones* was egter tot beskikking van die vervreemder.

Die volgende standpunte van Savigny het die grondslag gevorm waarop sy navolgers die konstruksie van die uitwendige abstraksie tot sy logiese konsekwensie kon uitbou, naamlik: dat die saaklike en verbintenisskeppende ooreenkomste twee afsonderlike ooreenkomste is, dat 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie, dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra deurslaggewend is, dat eiendomsreg kan oorgaan selfs al is daar slegs 'n *putatiewe causa* en laastens, sy opmerkings met betrekking tot die toepassing van die *condictiones* en sy wilsteorie.

Savigny se standpunt in verband met die uitwendige abstraksie was niks nuuts nie. Reeds sedert die Glossatore[157] word die standpunt aangetref dat

---

156 Dit is ... "die einzige Rettung des Verkehrs gegen gränzenlose Unsicherheit und Willkühr". Savigny *System* III 354-355. Die gedagte van beskerming van derdes is eers

'n *putatiewe causa* of 'n *causa erronea et simulata* voldoende is om eiendomsreg te laat oorgaan en dat die *condictiones* aanwending vind.[158] Voorbeelde van die uitwendige abstraksie kan voorts ook in die *Codex Maximilianus* van Kreittmayr en die *Codex Theresianus* van Martini (50 jaar voor Savigny) aangetref word.[159] Savigny se verdienste is nietemin daarin geleë, dat hy die hele aangeleentheid in 'n omvattende sisteem ingebou het, dit netjies uiteengesit het en dit met 'n beroep op die Romeinse reg regverdig het.

10.5 Samevatting

Samevattend kan die belangrikste aspekte van Savigny se teorie betreffende die saaklike ooreenkoms soos volg weergegee word:[160]

1. *Traditio* is 'n selfstandige saalike ooreenkoms (*dingliche Einigung*) omdat dit bestaan uit twee ooreenstemmende wilsverklarings, naamlik om eiendomsreg oor te dra en te ontvang onderskeidelik. Lewering is die uiterlike vorm waarin die ooreenkoms tot uiting kom.

2. Die saaklike ooreenkoms is inhoudelik abstrak aangesien die inhoud daarvan (die *animus transferendi et accipiendi dominii*) van die verbintenisskeppende ooreenkoms, wat 'n geheel ander inhoud het, losgemaak word. Die ooreenkoms het nie die totstandkoming van 'n verbintenis ten doel nie, maar die ontstaan, oordrag, beswaring, verandering of opheffing van saaklike regte. In geval van eiendomsoordrag het die saaklike ooreenkoms oordrag van eiendomsreg ten doel.[161]

---

later deur Dernburg en Ihering verkondig.

157 Sien hfst 3.6.2.

158 Ranieri *Abstrakte Übereignung* 108-109; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 38.

159 Raadpleeg Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 200; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 62 ev; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 327 ev, 335 ev vir meer besonderhede oor hierdie wetboeke. Brandt *Eigentumserwerb* 68, 70 beskou Savigny slegs as die herontdekker van die teorie.

160 Raadpleeg ook Felgentraeger *Savignys Einfluß* 40-41.

161 By pand, serwituut, huur ens. het die ooreenkoms natuurlik 'n ander inhoud.

3. Die reëls wat vir ooreenkomste in die algemeen geld met betrekking tot handelingsbevoegdheid, dwaling, bedrog, dwang, voorwaardes en termyne, is ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing.

4. Die begrip *iusta causa traditionis* verwys nie na 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nie, maar na alle omstandighede waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang afgelei kan word. Slegs in hierdie subsidiêre betekenis is 'n *iusta causa* nodig vir die oordrag van eiendomsreg. 'n Verbintenisskeppende ooreenkoms is nie 'n vereiste nie.

5. Die saaklike ooreenkoms is ook uitwendig abstrak of onafhanklik, vir sover as wat nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie noodwendig ook nietigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg het nie. In geval van onegte wesenlike dwaling byvoorbeeld, is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig, maar eiendomsreg gaan nogtans oor, mits die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Die vervreemder het egter 'n *condictio* tot sy beskikking.

6. Savigny se navolgers het die omstandighede waaronder eiendomsreg, nieteenstaande nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms tog oorgaan, uitgebrei en 'n algemene reël geformuleer dat die saaklike ooreenkoms in beginsel onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms bestaan en nie deur nietigheid van hierdie ooreenkoms beïnvloed word nie.

7. Die jaar 1848 word aangemerk as die einde van die Historiese Skool. Die feit dat daar soveel klem op die historiese en teoretiese waarde van die klassieke Romeinse reg gelê is, het tot gevolg gehad dat die regswetenskap nie kon beantwoord in die behoeftes van die praktyk nie. Die klassieke Romeinse reg, soos wat dit deur die Historiese Skool aan die universiteite doseer is, was nie juis in die praktyk bruikbaar nie. Aangesien hulle slegs in die regstegniek en dogmatiek van die klassieke Romeinse reg onderrig is, was studente wat afstudeer het nie in staat om by

die vereistes wat deur die praktyk aan hulle gestel is te voldoen nie. Die woorde van Kirchmann, 'n staatsprokureur, in 'n toespraak wat hy in 1848 gehou het, is simptomaties van die toenemende weerstand wat mettertyd teen die Historiese Skool opgebou het: "Drie regstellende woorde deur die wetgewer en talle regswetenskaplike biblioteke word waardeloos".[162] Kirchmann het nie net gespot met die juriste van die Historiese Skool, wat gedink het dat hulle lewensvreemde teorieë enige invloed op die openbare mening uitgeoefen het nie, hy het ook die verskille tussen spekulatiewe regswetenskap en regspraktyk ontmasker.[163] Dit was boonop 'n taak van onmoontlikheid om die dogmatiek van die hedendaagse reg op die Romeinse reg toe te pas.

8. Die belangrikste bydrae van die Historiese Skool is geleë in hulle kritiese metode, waardeur die Romeinse reg gesistematiseer is en wat 'n geheel nuwe Romeinse reg (*heutigen römisches Recht*) tot gevolg gehad het.[164] Sodoende word die Duitse reg in ooreenstemming met die bronne gebring en word eiesoortige vereistes uit die Romeinse reg ontwikkel.[165] Die kern van Savigny se hernuwing van die regswetenskap, bestaan uit die vestiging van 'n wetenskaplike formalisme of positivisme.[166] Alhoewel die kernaspekte van Savigny se teorie niks nuuts was nie, kan die meriete van Savigny se teorie soos volg opgesom word:

> En nietemin vorm Savigny se siening betreffende traditio 'n volledig afgeronde geheel, sonder enige leemtes wat deurgaans op die bronne berus. Geleidelik maar reëlmatig het Savigny daaraan gewerk en die finale gebou so goed voorberei dat dit nog vir 'n lang tyd in bykans alle opsigte teen kritiek kon standhou.[167]

---

162 "Drei berichtigende Wörte des Gesetzgebers, und ganze rechtswissenschaftliche Bibliotheken werden zu Maculatur" (aanhaling in Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 415).

163 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 415; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 88.

164 Ook hulle strewe na waarheid en hulle pogings om logies konsekwente teorieë te ontwikkel, wat nie weerspreek kan word nie, kan aangemerk word as belangrike bydrae. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 366-367; Brandt *Eigentumserwerb* 70.

165 Brandt *Eigentumserwerb* 70.

166 Met die begrippe *postivisme* of *formalisme* word bedoel dat spesifieke en konkrete regsbeginsels veralgemeen word, sodat tot 'n beter kennis daarvan gekom kan word. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 372.

167 Felgentraeger *Savignys Einfluß* 37 (eie vertaling): "Und dennoch stellte eben die Auffassung Savignys von der traditio ein völlig abgegrundetes, lückenloses Ganzes dar, das

auf den Quellen durchaus fest ruhte. Langsam, aber ebenmäßig hatte Savigny daran gearbeitet, und das fertige Gebäude so gut vorbereitet, daß es noch lange in fast allen Einzelheiten der Kritik standgehalten hat".

HOOFSTUK 11

DIE *PANDEKTENWISSENSCHAFT*, REGSPRAAK EN NEGENTIENDE EEUSE KODIFIKASIES

11.1 Inleiding 541

11.2 Die verdere ontwikkeling van Savigny se teorie deur die *Pandektenwissenschaft* 545

11.2.1 Exner, Hofmann en andere (verskil van Savigny betreffende die betekenis van die *iusta causa*) 545

11.2.2 Dernburg en Jhering (beklemtoon die beskerming van derdes) 559

11.2.3 Puchta en ander (verskil van Savigny betreffende die inhoudelike abstraksie en die *iusta causa* begrip) 568

11.2.4 Sohm (kontraksluiting onder afwesiges) 573

11.2.5 Windscheid (ander siening betreffende skenking en dwaling) 574

11.3 Aanvaarding van Savigny se teorie in die regspraak 581

11.4 Die opname van Savigny se teorie in die kodifikasies van die negentiende eeu 583

11.5 Die *Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch* 585

11.6 Samevatting 590

11.1 Inleiding

Nieteenstaande die Historiese Skool se program wat op regshistoriese navorsing gerig was, het hulle die meeste van hulle tyd daaraan bestee om 'n sistematiese privaatregswetenskap tot stand te bring. Die *Pandektenwissenschaft*[1] wat in die tweede helfte van die negentiende eeu uit die

1 Dit is die navorsingsmetode wat die *Pandektiste* beoefen het.

Historiese Skool voortgevloei het, het hom ten doel gestel om die privaatregsistematiek verder uit te bou. Alhoewel die *Pandektiste*[2] steeds histories georiënteerd was en hulle die rol van die Romeinse reg in die regsontwikkeling erken het, het 'n belangrike klemverskuiwing plaasgevind aangesien dit nie meer oor die studie van die Romeinse reg *per se* gaan nie.[3]

Die histories-sistematiese metode[4] was steeds die teoretiese grondslag van die *Pandektenwissenschaft*. 'n Sisteem van begrippe is ooreenkomstig reëls van die logika opgebou, met die gevolg dat 'n hiërargie van begrippe tot stand kom. Op 'n logies deduktiewe wyse, word nuwe regsreëls en beginsels uit die piramide afgelei. Deur verdere abstraksies, word 'n versameling algemene leerstellings opgebou.[5] 'n Regswetenskaplike positivisme het uit hierdie nuwe benadering voortgevloei. Die uitgangspunt van die positivisme is dat slegs kennis wat op waarneembare en verifieerbare feite gegrond is, van wetenskaplike belang is. Die metafisiese (idees, gevoelens, geloof wat nie waarneembaar is nie), is nie geskik vir wetenskaplike ondersoek nie. Vir die regswetenskaplike positivisme[6] val die klem op die toepassing van die reg ooreenkomstig 'n sisteem van begrippe waaruit regsreëls, algemene beginsels en leerstellings afgelei word. Dit het die implikasie dat die regsorde 'n geslote sisteem is. Waardes wat buite die reg geleë is, soos religieuse, etiese, sosiale, politieke of

2 Die naam *Pandektiste* is afkomstig van die titels (*Pandekten*) van handboeke, waarin die gemenereg met verwysing na die *Digesta* behandel is. Heise het die pandektesisteem, wat uit 5 dele bestaan, reeds in 1807 ontwerp. Sien Gerbenzon *Voortgangh* 258; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 89; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 249, 257.

3 Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 257 verwys na die volgende opmerking van Jhering in hierdie verband: "Durch das römische Recht über das römische Recht hinaus" ["Langs die weg van die Romeinse reg tot anderkant die Romeinse reg uit"].

4 Waarvolgens die Natuurregtelike metode op die *ius commune* toegepas word.

5 Veral Puchta het hierdie tegniek tot 'n fyn kuns vervolmaak. Hulle het ook geput uit aanvaarde prosedures, tradisionele norme, induktiewe gevolgtrekkings, regsanalogie, die eie-aard van elke saak, die aard van die regsverhouding en skeppende konstruksies. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 399-400, 430-433; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 89-91.

6 Regswetenskaplike positivisme of formalisme, wat aan die formalistiese kennisleer van Kant ontleen word, moet van ander vorme van positivisme, bv wetspositivisme onderskei word. Al wat dit met die ander vorme in gemeen het, is die feit dat die invloed van die metafisiese verwerp word en dat dit sigself sien as 'n onafhanklike vakwetenskap. Die *Pandektiste* het 'n logiese juridiese formalisme nagestreef. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 430-432; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 89-91.

wetenskaplike oorwegings, het geen regskeppende of wysigende rol gespeel nie.[7]

Regspraak is niks anders nie, as die logiese toepassing van abstrakte regsbeginsels en reëls op 'n konkrete feitlike situasie. Al wat nodig is om tot 'n korrekte beslissing te kom, is om die betrokke geval tuis te bring onder algemeen dogmatiese leerstellings, reëls en begrippe van die sisteem en om die (hipotetiese) oplossings wat sodoende aan die hand gedoen word, op die feite van die betrokke geval toe te pas.[8] Daar word uitgegaan van die veronderstelling, dat indien 'n regsreël begripsmatig is en in die sisteem inpas, die logiese toepassing daarvan noodwendig tot 'n korrekte en regverdige uitspraak aanleiding sal gee.[9] Die feit dat regswetenskaplike positivisme sy reëls uit die sisteem, begrippe en leerstellings afgelei het, het verder tot gevolg gehad dat die sisteem geïsoleerd en geïntegreerd is: per definisie is daar geen leemtes nie. Alhoewel die regsreëls opsigself wel leemtes mag bevat, word die leemtes gevul deur die plek van die begrippe binne die piramide en die logiese samehang van die sisteem. Dit is hoekom begrippe voortdurend verfyn word totdat dit perfek in die sisteem inpas.[10]

Die werk van die *Pandektiste* het eenvormigheid ten opsigte van die regsdogmatiek, regsopleiding[11] en regspleging deur die hele Duitsland bewerkstellig, ook in daardie gebiede waar die *ius commune* tradisioneel nie toegepas is nie. Selfs die Romaniste het aan die Duitse nasionale reg aandag gegee. Hierdie faktore het bygedra tot regseenheid en die ontwikkeling van 'n werklike nasionale Duitse gemenereg,[12] wat weer die

---

7 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 430-432; Gerbenzon *Voortgangh* 248-249; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 257-258.

8 Die taak van die regter word sodoende gereduseer tot korrekte subsumpsie.

9 Die begrippe is dus nie net nuttig vir doeleindes van sistematisering, regsopleiding, verduideliking en regverdiging nie, dit moet ook ewigdurend, deugdelik of regsgeldig wees (*dit moet "zeitlos gültiges Recht verselbständigt"*). Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 433; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 89-91.

10 Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 436-437.

11 Die regswetenskaplike positivisme het 'n vooropgestelde kurrikulum gehad vir regsopleiding. Sien Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 438.

12 In hierdie opsig het die *Pandektenwissenschaft* selfs 'n belangriker funksie as die *Usus Modernus Pandectarum* vervul. Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 257.

weg voorberei het vir die aanvaarding van die *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*).[13]

Die *Pandektenwissenschaft* het in onguns geraak aangesien dit nie rekening gehou het met die sosiale, ekonomiese of politieke eise en behoeftes van die tyd nie. Aangesien 'n verwydering plaasgevind het tussen sisteem en werklikheid, het die toepassing van die reg dikwels vreemde resultate opgelewer. Vandaar dat daar spottenderwys na hierdie beweging verwys is as die *Begriffsjurisprudenz*. Die aanval het onder andere van Jhering gekom, wat self vroeër tot die beweging behoort het en wat later die draak gesteek het met die juridiese stokperdjie om te speel met toringhoë konstruksies van begrippe. Die reg ontstaan volgens hom nie in die studeerkamer nie, maar is die produk van belangekonflikte in die gemeenskap.[14]

Baie van Savigny se studente wat reeds in sy lesings met sy nuwe teorie in aanraking gekom het, het later professore geword en ook handboeke en artikels die lig laat sien waarin sy teorie uiteengesit en nagevolg is. Dit het daartoe meegewerk dat sy teorie deur verskeie skrywers van die Historiese Skool en die *Pandektenwissenschaft* blindelings aanvaar is, selfs nog voordat sy *Obligationenrecht* en *System* verskyn het.[15] In die bespreking hieronder, sal aangetoon word dat Savigny se teorie betreffende die saaklike ooreenkoms nie net deur die regswetenskap aanvaar is nie, maar dat verskeie skrywers die teorie verder ontwikkel het. Die kenmerke van die ooreenkoms en die geldigheidsvereistes waaraan dit moet voldoen, is duidelik uiteengesit. Daar is ook klem gelê op die feit dat die abstraktheidsbeginsel nie absolute gelding geniet nie; daar is gevalle waar eiendomsreg nie sal orgaan nie, selfs al het die partye die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Uit die bespreking sal ook blyk dat die juriste van

13 Soos Savigny in die vooruitsig gestel het, het dit Duitsland ryp gemaak vir kodifikasie. Veral die historici het nie meer so sterk teen 'n kodifikasie kapsie gemaak nie. Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 443; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 257-258.

14 Sosiologiese aspekte behoort die plek in te neem van 'n sistematiese regstegniek. Gevolglik word na Jhering en sy skool verwys as die *Interessenjurisprudenz*. Gerbenzon *Voortgangh* 259-260; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 100-101.

15 Warnkönig en Regenbrecht se publikasies het in Latyn verskyn, wat daartoe meegewerk het dat Savigny se teorie ook in lande soos België, Spanje en Portugal bekendgestel is. Sien Felgentraeger *Savignys Einfluß* 42.

die *Pandektenwissenschaft* selfs van Savigny se konstruksie afgewyk het (veral wat betref die inhoud van die saaklike ooreenkoms en die betekenis van die *causa*-begrip), met die gevolg dat variasies op Savigny se teorie voorgekom het. Laastens sal aangetoon word dat die teorie in die regspraak aanvaar is en uiteindelik in die *BGB* neerslag gevind het.

Die opskrifte in die bespreking hieronder, is nie werklik funksioneel nie - dit dien bloot die doel om die bespreking effens te orden. Enkele skrywers word saam groepeer op grond daarvan dat hulle almal ten opsigte van dieselfde aspek met Savigny verskil het (wat tussen hakkies aangedui sal word). Maar dit is die enigste onderskeidingskriterium; daar sal opgemerk word dat die skrywers wat saam bespreek word, ook in belangrike opsigte van mekaar verskil het.

11.2 Die verdere ontwikkeling van Savigny se teorie deur die *Pandektenwissenschaft*

11.2.1 Exner, Hofmann en andere (verskil van Savigny betreffende die betekenis van die iusta causa)

Exner[16] aanvaar Savigny se siening betreffende die inhoudelike abstraksie, naamlik dat saaklike ooreenkomste selfstandige ooreenkomste is. Die saaklike ooreenkoms is nie bloot vervullingshandeling van 'n bestaande verbintenis nie, dit bestaan onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms en het opsigself eiendomsoorgang tot gevolg. Exner se verdienste is daarin geleë dat hy die kenmerke van die saaklike ooreenkoms duidelik uiteensit. Die inhoud van die saaklike ooreenkoms bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry (*animus transferendi et accipiendi dominii*) - daar moet wilsooreenstemming wees daaroor dat eiendomsreg of beperkte saaklike regte deur lewering oorgedra word.[17] Gevolglik is die saaklike ooreenkoms 'n ooreenkoms.[18] Die saaklike ooreenkoms word in die volgende opsigte van

16 Exner *Tradition* 82.

17 Volgens Exner *Tradition* 75-76, omvat die *animus transferendi* ook die doel wat met lewering nagestreef word, naamlik die *animus donandi, solvendi*, ens. Niemand dra 'n saak oor, bloot ter wille daarvan om oor te dra nie, maar omdat hy 'n bepaalde oogmerk nastreef omdat hy byvoorbeeld wil skenk, wil leen, 'n verpligting wil nakom ens.

18 Exner *Tradition* 53 ev.

die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei. In die eerste plek verskil die inhoud van die twee ooreenkomste. In geval van die verbintenisskeppende ooreenkoms is die bedoeling van die partye om verbintenisse in die lewe te roep wat, onder andere, op die toekomstige eiendomsoordrag gerig is; in geval van die saaklike ooreenkoms bedoel die partye om eiendomsreg oor te dra.[19] Gevolglik verskil die regsgevolge van die twee ooreenkomste: terwyl die verbintenisskeppende ooreenkoms verbintenisse in die lewe roep, het die saaklike ooreenkoms oorgang van eiendomsreg tot gevolg.

Alhoewel die saaklike ooreenkoms bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, beteken dit nie dat eiendomsreg deur blote wilsooreenstemming oorgaan nie. Fisiese beheer moet aan die verkryger verskaf word, sodat daar 'n uiterlike handeling is waardeur die bedoeling van die partye kenbaar gemaak word. Lewering is dus die (sigbare) vorm waarin die saaklike ooreenkoms gegiet is.[20] Daarom word dit 'n formele ooreenkoms genoem en nie 'n materiële ooreenkoms nie:

> ... *nudum pactum* – blote wilsooreenstemming - is nie voldoende nie; ten einde 'n ooreenkoms met regsgevolge tot stand te bring, moet daar 'n regtens aanvaarbare vorm wees.[21]
>
> *Traditio* is die verkryging van 'n saaklike reg by wyse van ooreenkoms, in die vorm van besitsverkryging deur die verkryger met die toestemming van die vervreemder. Die verkryging van 'n reg is dus die doel en verkryging van besit, is die middel waardeur die doel bereik word.[22]

Die saaklike ooreenkoms kom tot stand en eiendomsreg gaan op die verkryger oor, sodra fisiese beheer verskaf word met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry. Beide elemente (wilsooreenstemming en

---

19 Die inhoud van die saaklike ooreenkoms is nie *ein Bekommensollen* nie, maar ein *haben*; dit is nie 'n *Versprechen* nie, maar 'n *Geben*. Exner *Tradition* 4-6.

20 Teenprestasie aan die kant van die verkryger is 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms. Exner *Tradition* 5-6.

21 Exner *Tradition* 7 (eie vertaling): "... es genüge nicht das '*nudum pactum*' – das Vorhandensein der Willenseinigung schlechthin – sondern es bedürfe zur Wirksamkeit des Vertrags einer rechtlichen Vorm".

22 Exner *Tradition* 11 (eie vertaling): "*Tradition* ist vertragsmäßiger Erwerb eines dingliches Rechts in der Form der Besitzergreifung, welcher der Erwerber mit Zustimmung des Auktors vollzieht. Rechtserwerb ist also der Zweck, Besitzerwerb das Mittel". Op 304 en 306 meen Exner dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra uit die leweringshandeling afgelei word: "in der Besitzübertragung documentiert sich der reife Entschluß zur Rechtsübertragung".

lewering) moet dus gelyktydig teenwoordig wees.[23] Indien wilsooreenstemming voor lewering bereik word, kom die saaklike ooreenkoms eers tot stand wanneer lewering plaasvind, mits die partye op daardie stadium nog die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Indien die vervreemder nie meer die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie,[24] kom geen saaklike ooreenkoms deur lewering tot stand nie:[25]

> Per definisie bestaan vorm en inhoud gelyktydig. Die eerste is bloot 'n bepaalde verskyningsvorm van laasgenoemde. Indien dit voorkom of beide in geval van die saaklike ooreenkoms in tyd van mekaar verwyder is, is dit net blote skyn. Inderwaarheid kom die saaklike ooreenkoms eers regtens tot stand sodra beide elemente gelyktydig teenwoordig is.[26]

Indien 'n derde in besit van die saak is en hy verhinder dat die verkryger fisies in beheer gestel word, kan die saaklike ooreenkoms nie tot stand kom nie. Indien die verkryger reeds fisies in beheer van die saak was (byvoorbeeld in geval van *traditio brevi manu*), is dit nie nodig dat fisiese beheer weer oorgedra word nie.[27] Indien dieselfde saak aan twee verskillende persone oorgedra word, gaan eiendomsreg oor op die persoon aan wie fisiese beheer eerste verskaf is.[28] Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, kan aan 'n voorwaarde of tydsbepaling onderwerp word. Die partye kan byvoorbeeld ooreenkom dat eiendomsreg eers sal oorgaan indien die volle koopsom betaal is, of hulle kan ooreenkom dat die verkryger onmiddellik eienaar word, maar dat dit weer op die vervreemder sal oorgaan indien die koopsom nie binne 'n bepaalde tyd betaal word nie.[29]

Aangesien die saaklike ooreenkoms 'n ooreenkoms met regsgevolge is, moet dit, afgesien van die *animus transferendi et accipiendi dominii* en lewering, ook nog aan die volgende vereistes voldoen ten einde oordrag

---

23 Exner *Tradition* 7-9, 55-56, 72.

24 Omdat eiendomsreg nie deur blote wilsooreenstemming oorgaan nie, kan die vervreemder sy bedoeling voordat die ooreenkoms tot stand kom (voor lewering), herroep.

25 Exner *Tradition* 10.

26 Exner *Tradition* 9 (eie vertaling): "Form und Inhalt sind schon ihrem Begriff nach gleichzeitig. Denn erstere ist ja nur eine bestimmte Erscheinungsart des letzteren. Wo daher beim Traditionsvertrag beide der Zeit nach auseinander zu liegen scheinen, da ist dies eben nur scheinbar; in Wahrheit kommt erst in dem Augenblick des Zusammentreffendes beider Momente der dingliche Vertrag zu rechtlicher Existens".

27 Exner *Tradition* 72.

28 Exner *Tradition* 288-290.

29 Exner *Tradition* 57.

van eiendomsreg tot gevolg te hê:[30] (1) die saak moet vatbaar wees om oorgedra te word;[31] (2) die oordraggewer en die verkryger moet handelingsbevoeg wees;[32] (3) behoudens uitsonderings, moet die vervreemder eienaar van die saak wees.[33] Indien die voorvereistes vir 'n geldige ooreenkoms nie aanwesig is nie, gaan eiendomsreg nie deur verskaffing van fisiese beheer op die verkryger oor nie aangesien geen geldige saaklike ooreenkoms tot stand kom nie. Indien die partye nie werklik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie, soos waar hulle byvoorbeeld 'n skyntransaksie aangaan, kom geen saaklike ooreenkoms tot stand nie en gaan eiendomsreg nie oor nie.[34] Indien die oordrag van eiendomsreg deur wetgewing verbied word, of indien dit in stryd met 'n regterlike verbod sou wees, gaan eiendomsreg ook nie oor nie omdat die saaklike ooreenkoms nietig is.[35] Dwaling in die beweegrede en die feit dat die partye nie eenstemmig is betreffende die doel wat regtens met lewering nagestreef word nie, verhinder volgens Exner nie dat 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand kom nie.[36] Indien die vervreemder byvoorbeeld bedoel om geld te skenk, maar die verkryger neem dit as 'n lening aan,[37] gaan eiendomsreg nogtans oor omdat beide partye immers die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die motiewe van die partye en die doel wat met lewering nagestreef word, is regtens irrelevant, dit word nie in aanmerking geneem wanneer vasgestel moet word of 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het nie.[38]

---

30 Exner onderskei dus tussen die vereistes vir 'n geldige saaklike ooreenkoms en die vraag of nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms ook nietigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg het. Laasgenoemde aangeleentheid kom hieronder aan die beurt.

31 Exner *Tradition* 50.

32 Raadpleeg Exner *Tradition* 50-53 vir 'n meer volledige bespreking.

33 Exner *Tradition* 58 ev.

34 Exner *Tradition* 56.

35 Exner *Tradition* 73. Sulke verbiedinge beïnvloed die eienaar se vervreemdingsbevoegdheid. Daarom word verbiedinge op vervreemding gewoonlik by die beperkings op eiendomsreg bespreek.

36 In gepaste omstandighede is 'n verrykingsaksie op grond van billikheidsoorwegings egter beskikbaar.

37 Of indien die vervreemder meen dat hy die saak lewer om sy verpligting uit koop na te kom en die verkryger aanvaar dit as geskenk. Daar is maw 'n dwaling betreffende die aard van die ooreenkoms uit hoofde waarvan gelewer word.

38 Exner *Tradition* 75-78. Hierdie standpunt is vreemd in die lig van sy siening dat die *animus transferendi* ook die *animus donandi, solvendi* ens (doel wat nagestreef

Gebreke in die saaklike ooreenkoms kan egter agterna reggestel word, in welke geval die ooreenkoms geldig sal wees. Indien een van die partye byvoorbeeld beperk handelingsbevoeg was en die toestemming van iemand anders nodig was, sal die ooreenkoms geldig wees indien die toestemming later gegee word (bekragtiging).[39] Indien daar sprake was van bedrog, dwang of wesenlike dwaling, kan die gebrek ook uit die weg geruim word, indien die betrokke party agterna verklaar dat hy nietemin die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra (bevestiging).[40]

Ook wat betref die verband tussen die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste (uitwendige abstraksie) stem Exner in 'n groot mate met Savigny saam. Soos Savigny, is ook Exner van oordeel dat *traditio* nie noodwendig deur 'n verbintenisskeppende ooreenkoms voorafgegaan hoef te word nie, dat so 'n ooreenkoms nie 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg deur *traditio* is nie en dat dit daarom ook nie geldig hoef te wees nie. Eiendomsreg gaan oor, selfs al is daar geen verbintenisskeppende ooreenkoms nie, soos in geval van onverskuldigde betaling, in welke geval die vervreemder 'n *condictio* tot sy beskikking het.[41] Die saaklike ooreenkoms is 'n selfstandige ooreenkoms wat opsigself oorgang van eiendomsreg bewerkstellig. Die deurslaggewende vraag is of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Hierdie siening spruit voort uit

> ... die wese van *traditio* as saaklike ooreenkoms wat enkel en alleen op die bedoeling van die partye, wat in die voorgeskrewe vorm beliggaam is, berus; die gevolge van die saaklike ooreenkoms tree in werking, onafhanklik van die bestaan, of nie bestaan van enige ander regsverhouding tussen die partye.[42]

---

word) insluit. Mens sou verwag dat so 'n dwaling wel die geldigheid van die saaklike ooreenkoms beïnvloed, want dit raak die inhoud van die ooreenkoms.

39 Exner *Tradition* 294-295. In vn 23 wys hy daarop dat indien die partye geheel en al handelingsonbevoeg was (bv kind of kranksinnige), die saaklike ooreenkoms absoluut nietig is en dit nie agterna reggestel kan word nie. Indien die vervreemder nie eienaar is nie, sal eiendomsreg ook nie oorgaan indien die vervreemder later eienaar sou word nie. Exner *Tradition* 296 ev.

40 Exner *Tradition* 295-296.

41 Dit is een van die grondbeginsels van die Romeinse sakereg. Aangesien dit algemeen aanvaar word, is die teenstelling tussen Julianus en Ulpianus eintlik irrelevant. Raadpleeg Exner *Tradition* 81-83, 321, 330-331; Fuchs *Iusta Causa* 96.

42 Exner *Tradition* 82 (eie vertaling): Dit spruit voort uit "... dem Wesen der Tradition als Dinglichen Vertrag, welcher einzig und allein auf dem in der erforderlichen Form verkörperten Willen der Parteien beruht, und dessen Wirkung unabhangig vom

> Mens kan derhalwe die stelling dat die regsgevolge van die saaklike ooreenkoms wat sig in *traditio* voltrek, absoluut onafhanklik is van die bestaan of nie-bestaan van 'n verbintenis wat daarop betrekking het, as een van die onbetwisbare grondreëls van die Romeinse sakereg beskou.[43]

Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, is egter nie altyd deurslaggewend nie. Exner wys daarop dat eiendomsreg in die volgende uitsonderlike gevalle nie oorgaan nie, selfs al het die partye die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang:[44] in die geval van 'n *donatio inter virum et uxorum* of 'n *donatio supra modum;* indien die koopprys in geval van 'n koopkontrak nie betaal is nie; waar 'n vrou in stryd met die *Senatusconsultum Velleianum* haar saak oorgedra het met die doel dat dit sal dien as bogstelling vir die skuld wat iemand anders aan die verkryger verskuldig was;[45] wanneer 'n seun (*filius familias*) 'n lening in stryd met die *Senatusconsultum Macedonianum* betaal. In geval van bedrog moet twee situasies onderskei word: (1) A skuld aan B geld, maar betaal die bedrag aan C, wat hom op 'n bedrieglike wyse as B voordoen. In hierdie geval gaan eiendomsreg nie oor nie omdat die saaklike ooreenkoms weens *error in persona* nietig is; (2) A betaal 'n bedrag geld aan B omdat hy onder die indruk verkeer dat hy die geld verskuldig is; B weet dat A niks verskuldig is nie, maar aanvaar nietemin die geld. In hierdie geval verhinder bedrog nie dat eiendomsreg oorgaan nie, maar A het die *condictio* tot sy beskikking.[46]

Die rede waarom eiendomsreg volgens Exner in bogenoemde gevalle nie oorgaan nie, is nie soseer omdat die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is nie, maar omdat daar in die omstandighede wat *traditio* ten grondslag lê, faktore is wat verhinder dat eiendomsreg oorgaan (omdat die saaklike ooreenkoms nietig is). Daar is dus geen *iusta causa* nie; oordrag geskied *ex non iusta causa*, of *ex iniusta causa*. Die begrip *iusta causa* verwys volgens Exner na die afwesigheid van faktore wat kan ver-

---

Dasein oder Nichtdasein anderweitiger Rechtsverhältnisse unter den kontrahenten eintritt".

43 Exner *Tradition* 321 (eie vertaling): "Man darf sonach den Satz, daß der in der Tradition sich vollziehende dingliche vertrag in seiner Wirkung durchaus unabhängig ist von dem Bestehen oder Nichtbestehen einer bezüglichen Obligation, als einen der unzweifelhaftesten Grundsätze des römischen Sachenrechts betrachten".

44 In hierdie gevalle het die vervreemder die *rei vindicatio* tot sy beskikking.

45 Hy verwys na *Codex* 4.29.23; *Digesta* 16.1.2 en *Novellae* 134.3.

46 Sien Exner *Tradition* 331-334; 83 vn 114.

hinder dat eiendomsreg oorgaan. Is daar niks wat oorgang van eiendomsreg verhinder nie, dan is daar wel 'n *iusta causa*. Vir Exner is die *iusta causa* dus iets negatiefs – dit is nie 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie, maar wel 'n hindernis vir 'n geldige oordrag:[47]

> *Iusta causa traditionis* soos ons dit verstaan, is iets negatief: dit is die afwesigheid van bepaalde afkeurenswaardige elemente by regsverhoudings en feite wat die beweegrede vir *traditio* is. Die *iusta causa* is nie 'n vereiste vir *traditio* in die werklike sin van die woord nie, maar 'n negatiewe voorwaarde.[48]

Uit die bespreking hierbo, is dit duidelik dat alhoewel Exner in sommige opsigte met Savigny saamstem, hy ook van Savigny verskil betreffende die verhouding tussen die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms.[49] Die groot verskil tussen Exner en Savigny, is geleë in hulle siening betreffende die betekenis van die *iusta causa*. Terwyl Savigny van oordeel was dat die begrip *iusta causa* verwys na die omstandighede waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang afgelei kan word, was Exner van oordeel dat dit verwys na die afwesigheid van faktore wat kan verhinder dat eiendomsreg oorgaan. Alhoewel hy, soos Savigny, van oordeel was dat die verbintenisskeppende ooreenkoms een van die omstandighede is waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word,[50] verwys die begrip *iusta causa* volgens hom nóg na 'n geldige voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nóg na die

---

47 Exner *Tradition* 75, 335. Sien ook Felgentraeger *Savignys Einfluß* 44.

48 Exner *Tradition* 337 (eie vertaling): "Iusta causa traditionis, wie wir sie verstehen, ist ... ein Negatives: das Nichtvorhandensein gewisser verpönter Elemente unter dem Kreis von Verhältnissen und Tatsachen, aus dem die Veranlassung zur Tradition hervorging. Sie ist ... nicht Erfordenis der Tradition im eigentlichen Sinne, sondern *nur* negative Bedingung derselben. Exner Tradition 330 definieer die begrip iusta causa as die summe aller objektiven und subjektiven Tatsachen, welche zusammenwirkend die Veranlassung eines concreten Traditionsgeschäftes gewesen sind". ["Die *causa* is al die omstandighede wat tesame aanleiding gee tot die saaklike ooreenkoms en wat buite die ooreenkoms geleë is" (eie vertaling)]. Verder Fuchs *Iusta Causa* 96; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 111.

49 Die probleem met Savigny se siening van die saaklike ooreenkoms, is dat dit *Wertneutral* is - dit lê geen norm neer waaraan oorgang van eiendomsreg getoets kan word nie. Daarom ken Exner aan die *causa* 'n *Wertungsgewalt* toe. Sien Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 110-111; Felgentraeger *Savignys Einfluß* 43-44.

50 Gewoonlik maak die partye nie uitdruklik 'n verklaring dat hulle bedoel om eiendomsreg deur lewering oor te dra nie. In elk geval is lewering 'n dubbelsinnige handeling. Indien die aard van die ooreenkoms van so 'n aard was dat dit geskik is om eiendomsreg oor te dra, regverdig dit die afleiding dat die partye die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra. Exner *Tradition* 78-81.

bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, nog na die omstandighede waaruit die bedoeling afgelei kan word:[51]

> Die kousale verbintenis, indien so 'n ooreenkoms bestaan, het vir die persoon wat die regsaard van 'n bepaalde oordragshandeling moet identifiseer en bewys, welke handeling dubbelsinnig is, die betekenis dat dit die bron is waaruit die bedoeling van die partye vasgestel kan word.[52]

Ook Hofmann aanvaar Savigny se teorie dat eiendomsreg deur 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms oorgedra word, wat bestaan uit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en lewering (inhoudelike abstraksie),[53] en wat onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms funksioneer (uitwendige abstraksie).[54] Nietemin verskil hy van Savigny wat betref die inhoud van die saaklike ooreenkoms, die betekenis van die *iusta causa* en die verhouding tussen die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste.

Wat betref die verhouding tussen die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste, aanvaar Hofmann dat die twee ooreenkomste onafhanklik van mekaar bestaan, dat die geldigheid van elkeen afsonderlik beoordeel moet word en dat nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms, behoudens enkele uitsonderingsgevalle, nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie.[55] Hofmann wys egter daarop dat daar ook talle voorbeelde is van gevalle waar eiendomsreg vanweë 'n probleem met die *causa*[56] nie oorgaan nie. Eiendomsreg sal byvoorbeeld nie oorgaan nie indien een van die partye handelingsonbevoeg is, of nie oor die bevoegdheid beskik om te vervreem nie, indien die saak nie vir vervreemding vatbaar is nie, indien daar nie wilsooreenstemming is nie omdat dwang uitgeoefen is,

---

51 Exner *Tradition* 318, 321-327.

52 Exner *Tradition* 81 (eie vertaling): "Die causale Obligation, wo eine solche vorliegt, hat für denjenigen, der den rechtlichen Charakter eines bestimmten Uebergabsaces zu erkennen und zu erweisen hat, die Bedeutung einer Erkenntnißquelle bezüglich des in jener mehrdeutigen Form enthaltenen Parteiwillens". Verder Exner *Tradition* 55-56; Hofmann *Titulus und Modus* 71.

53 Lewering vervul 'n publisiteitsfunksie. Hofmann *Titulus und Modus* 65.

54 Hofmann *Titulus und Modus* 72, 80 ev; Fuchs *Iusta Causa* 97. Hy gebruik nie die berip saaklike ooreenkoms nie, maar wel *traditio*, *Veräußerung*, *Traditionsgeschäft* of *Uebereignungsvertrag*.

55 Hofmann *Titulus und Modus* 104-105; 135-136. Die begrip *Veräußerung* verwys na saakike ooreenkoms.

56 Hieronder sal aangetoon word dat die begrip *causa* vir Hofmann nie na die verbintenisskeppende ooreenkoms verwys nie. Dit het vir hom 'n heel ander betekenis. Die voorbeelde in die teks het tot gevolg dat die saaklike ooreenkoms nietig is.

omdat daar bedrog was, of omdat 'n regsreël of wetgewing oordrag van eiendomsreg in 'n spesifieke geval verbied.[57] Nie elke oordrag in stryd met 'n regsreël of wet is noodwendig nietig nie. Vir die verskynsel dat eiendomsreg in sommige gevalle nie oorgaan nie, maar in ander gevalle wel, moes dus 'n verklaring gevind word.

Vir Hofmann is die oplossing daarin geleë, dat die *causa* 'n *iusta causa* moet wees ten einde oorgang van eiendomsreg tot gevolg te hê. Die begrip *causa* verwys egter nie na 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie en ook nie na die omstandighede waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word nie.[58] Hofmann is van oordeel dat die bedoeling van die vervreemder by oordrag van eiendomsreg uit twee elemente bestaan, naamlik: (1) die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (die *animus transferendi*) en (2) die (subjektiewe) doel of oogmerk wat met lewering nagestreef word, soos byvoorbeeld om die verbintenis uit koop na te kom, om die saak te skenk, om geld as 'n lening te gee, of om 'n skuld te delg (die *animus donandi, dotis constituendae, animus solvendi* ens).[59] Die begrip *causa* verwys na hierdie tweede element - dit is die rede waarom die vervreemder die saak lewer, wat uit die verbintenisskeppende ooreenkoms vasgestel kan word.[60]

Hierdie oogmerk wat die partye nastreef, moet regtens geoorloof wees, dit moet 'n *iusta causa* (of *iustus animus*) wees. Indien dit nie die geval is nie en die *causa* as *iniusta* beskryf kan word, is die saaklike ooreenkoms

---

57 Dit wil sê, indien daar 'n vervreemdingsverbod is. Hofmann *Titulus und Modus* 105 ev.

58 In die Romeinse reg is 'n *iusta causa* as 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg beskou (sien hfst 2.4.4) en 'n blote bewysmiddel kan tog nie 'n vereiste wees nie. Savigny se siening in hierdie verband strook dus nie met die Romeinse reg nie.

59 Soos vir Exner, het die saaklike ooreenkoms vir Hofmann ook 'n tweeledige inhoud. In hierdie opsig verskil hulle van Savigny.

60 Hofmann *Titulus und Modus* 137 formuleer dit soos volg: Die begrip *iusta causa* verwys na "den nächsten Zweck, d.h. diejenige Absicht, die dem geschäfte sein generisches Gepräge gibt." ["Die begrip *iusta causa* verwys na die naaste doel, dit is daardie oogmerk wat tot gevolg het dat die ooreenkoms onder 'n bepaalde soort tuisebring word" (eie vertaling)]. Raadpleeg ook nog Hofmann *Titulus und Modus* 88, 91, 100-102. Die *iusta causa* (wat ook met *Zweck* aangedui word), moet van die motief vir die vervreemder se optrede onderskei word. Hierdie onderskeid kan met die volgende voorbeelde geïllustreer word: ek dra eiendomsreg aan B oor om my skuld te delg (*causa*); ek wil my skuld delg om my goeie naam in stand te hou, of om te keer dat my huis in eksekusie verkoop word (motief). Ek gee geld aan die bedelaar omdat ek dit aan hom wil skenk (*causa*); ek wil dit aan hom skenk omdat ek hom jammer kry (motief).

nietig en gaan eiendomsreg nie oor nie.[61] Die *causa* sal onder andere *iniusta* wees indien lewering plaasvind in stryd met 'n regsreël of wetsbepaling. Nie elke oordrag in stryd met 'n verbod, kan egter as 'n *iniusta causa* aangemerk word nie. Die saaklike ooreenkoms is slegs nietig indien die regsreël of wetsbepaling gerig is teen die doel of oogmerk wat met lewering nagestreef word en die *causa* die grondslag vir die oordrag was.[62] Alhoewel Hofmann hom by Exner aansluit in soverre as wat hulle van oordeel is dat die *iusta causa* 'n negatiewe vereiste is (dit dui op die afwesigheid van faktore wat eiendomsoorgang verhinder), verskil hy van Exner sover dit sy siening betreffende die betekenis van die *iusta causa* aangaan. In teenstelling met Exner, wat van oordeel is dat die *iusta causa* alle objektiewe en subjektiewe beweegredes is waarom die vervreemder die saak lewer, is Hofmann van oordeel dat die *iusta causa* suiwer subjektief van aard is. Die begrip *iusta causa* verwys nie na 'n objektief geldige *causa* nie en die vraag is ook nie of die verbintenisskeppende ooreenkoms objektief gesproke geldig, dan wel nietig, is nie:[63]

> Of die bedoeling *iusta* of *iniusta* is, word nie deur die morele waarde daarvan bepaal nie, ook nie deur die juridiese toelaatbaarheid van die bedoeling *in concreto* nie, maar enkel en alleen deur die abstrakte verhouding van die *causa* tot die vervreemding of verkryging. ... *Iniusta causa* is naamlik wanneer die bedoeling om te vervreem of te verkry nie toelaatbaar is nie. ... Die sakeregtelike oordragsooreenkoms (*traditio*) is onafhanklik van die lotgevalle van die grondliggende ooreenkoms. Maar soos elke ooreenkoms, is dit afhanklik van die juridiese aanvaarbaarheid van die wedersydse bedoeling waardeur die ooreenkoms tot stand kom. En soos wat dit nietig is indien die bedoeling van een van die partye van regsweë nie as volkome erken word nie (gebrekkige handelingsbevoegdheid), net so is dit ook nietig wanneer die bedoeling van enige van die partye in bogenoemde betekenis strydig is met 'n regsreël. 'n Bedoeling wat die reg nie respekteer

---

61 Hofmann *Titulus und Modus* 102-104, 135 ev. Hofmann vind aansluiting by Arndts *Pandekten* 213 wat die *iusta causa* omskryf as "rechtlich gebilligter Absicht". Sien ook Sintenis *Civilrecht* 481 vn 9 wat dieselfde mening huldig. Felgentraeger *Saignys Einfluß* 44.

62 Hofmann *Titulus und Modus* 108: "Eine traditio ex iniusta causa liegt vor, wenn die Tradition nicht als solche, sondern ihrer causa nach (als Schenkung u.s.w.) gesetzwidrig ist." ["*Traditio* vind plaas *ex iniusta causa* nie soseer wanneer dit opsigself strydig met die reg is nie, maar wanneer dit met inagneming van die *causa* daarvan (as skenking ens) strydig is met die reg" (eie vertaling)]. Raadpleeg ook die bespreking in Hofmann *Titulus und Modus* 104-109.

63 Hofmann se beswaar teen Exner, is dat hy die gevalle waar eiendomsreg vanweë 'n gebrek in die verbintenisskeppende ooreenkoms nie oorgaan nie, as uitsonderings op die reël beskou. Hofmann *Titulus und Modus* 72, 80 ev, 103, 135-136.

> nie, moet in die gevalle wat genoem is tevrede wees daarmee indien dit ook nie deur die reg gerespekteer word nie.[64]

Hofmann verduidelik sy standpunt met verwysing na die geval in *Digesta* 47.2.43 waar A 'n bedrag geld aan B betaal op die foutiewe veronderstelling dat hy aan hom geld skuld. B aanvaar die geld, terwyl hy weet dat A niks verskuldig is nie en dat A dwaal. Ingevolge Savigny se siening sal eiendomsreg oorgaan omdat die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en die verkryger die bedoeling het om eiendomsreg te ontvang.[65] Hierdie voorbeeld toon volgens Hofmann egter aan dat Savigny se teorie nie houdbaar is nie en dat die resultaat absurd is.[66] Eiendomsreg gaan volgens hom nie oor nie omdat daar nie wilsooreenstemming is nie en daar gevolglik ook geen ooreenkoms tot stand gekom het nie. Terwyl die vervreemder die geld lewer met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en sy skuld sodoende te delg (*animo solvendi* of *solutio*), het die verkryger nie die bedoeling dat A se skuld gedelg word nie. Hy het nie die bedoeling om eiendomsreg te verkry nie, maar eerder om A van sy eiendomsreg te ontneem en om vir homself 'n onbehoorlike voordeel te bekom. Sy bedoeling is om van A te steel (hy het 'n *furandi animo*).[67] Selfs al word aanvaar dat beide partye wel die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te verkry, is die oordrag nogtans nietig

---

64 Hofmann *Titulus und Modus* 137-138 (eie vertaling): "Ob also die Absicht iusta oder iniusta sei, bestimmt sich nicht nach ihrem etischen Werte, auch nicht nach der juristischen Zulässigkeit der Intentionen in concreto, sondern lediglich nach den abstracten Verhalten dieser causa zur Veräußerung oder zum Erwerbe. ... Iniusta causa ist nämentlich derjenige animus, in welchem veräußern, bez. erwerben wollen, nicht gestattet ist. ... Der Sachenrechtliche Uebereignungsvertrag (die Tradition) ist unabhängig von dem Schicksale des sie veranlassenden Geschäftes. Aber wie jeder Vertrag ist er abhängig von der juristischen Gesundheit der Willen, durch deren Einigung er eben entsteht. Und wie er nichtig ist, wenn auch nur einer dieser Willen vom Rechte nicht für voll genommen wird (mangelnde handlungsfähigkeit), so ist er auch nichtig, wenn einer dieser Willen in dem oben angegebenen Sinne gesetzwidrig ist. Denn ein Wille, der das Gesetz nicht respectirt, muß in unseren Fällen es sich gefallen lassen, vom Gesetze auch nicht respectirt zu werden".

65 Soos hierbo aangetoon is, is dit ook Exner se standpunt.

66 Hierdie foutiewe siening van sake spruit volgens Hofmann voort uit die feit dat *error in causa* en dwaling in die beweegrede, met mekaar verwar word. Die beweegrede vorm nie deel van die wil (bedoeling) nie, terwyl die *causa* volgens hom 'n integrale deel van die wil is en dit daarom 'n wesenlike dwaling is. *Error in causa* verhinder dus dat eiendomsreg oorgaan indien die verkryger bewus is daarvan dat niks verskuldig is nie. Sien Hofmann *Titulus und Modus* 112.

67 Streng gesproke het B wel die bedoeling om eiendomsreg te verkry, maar Hofmann argumenteer dat dit blote skyn is. Omdat B daarvan bewus behoort te wees dat hy nie in sulke omstandighede eiendomsreg kan verkry nie, het hy ook nie die bedoeling om eiendomsreg te verkry nie.

omdat daar nie 'n *iusta causa* was nie – die doel wat die verkryger nastreef is regtens afkeurenswaardig.[68]

Ook in die volgende gevalle is die saaklike ooreenkoms nietig omdat die *causa* 'n *iniusta causa* is, met die gevolg dat eiendomsreg nie oorgaan nie: in geval van *donatio inter virum et uxorum*; waar 'n vrou 'n saak in stryd met die *Senatusconsultum Macedonianus* aan 'n ander oordra; waar 'n saak tydens 'n ongeoorloofde spel, of uit hoofde van 'n ongeoorloofde weddenskap prysgegee word.[69] In al hierdie gevalle, kan die *causa* of *animus* soos dit uit die verbintenisskeppende ooreenkoms vasgestel word, as *iniusta* beskou word. Die doel wat met lewering nagestreef word, is verwerplik. In die gevalle van *dotis datio* verhinder die feit dat die huwelik nooit voltrek word nie, of die feit dat die huwelik nietig is, egter nie dat eiendomsreg oorgaan nie. Die reg verbied immers nie dat huweliksgeskenke gegee word nie. So 'n oogmerk is nie verwerplik nie.[70]

Die teenstrydigheid tussen Julianus en Ulpianus word soos volg deur Hofmann opgelos.[71] Terwyl Julianus die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as voldoende beskou,[72] ontken Ulpianus dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms bestaan. Aangesien 'n objektief geldige *causa* 'n vereiste is, vereis hy dat die partye eenstemmig moet wees betreffende die verbintenisskeppende ooreenkoms.[73] Volgens Hofmann het mens hier met 'n *error in causa* te make, in welke geval eiendomsreg nie oorgaan nie omdat daar nie wilsooreenstemming is betreffende die doel wat met lewering nagestreef word nie. Gevolglik het geen geldige saaklike oor-

68 Raadpleeg Hofmann *Titulus und Modus* 111-114.

69 Afhangende van die feitlike omstandighede kan dit wel wees dat eiendomsreg oorgaan, maar dat 'n *condictio* beskikbaar is. Sien Hofmann *Titulus und Modus* 115-120 vir verdere voorbeelde. Die reël dat eiendomsreg nie oorgaan nie indien die koopprys nog nie betaal is nie, kan nie onder hierdie beginsel tuisgebring word nie. Hofmann *Titulus und Modus* 109 ev.

70 Om iets *dotis constituendae causa* oor te dra is nie in stryd met enige regsreël of wet nie. Hofmann *Titulus und Modus* 104, 115, 137-138. Verder Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 111.

71 Raadpleeg Hofmann *Titulus und Modus* 91-99.

72 Die saaklike ooreenkoms is onafhanklik van die lotgevalle van die verbintenisskeppende ooreenkoms. Aangesien 'n objektief geldige *causa* nie 'n vereiste is nie, is dit ook nie nodig dat die partye eenstemmig moet wees betreffende die *causa* nie.

73 Die bestaan van die *condictio indebiti* maak dit egter onwaarskynlik dat Ulpianus 'n *causa vera* vereis het. Hofmann *Titulus und Modus* 138.

eenkoms tot stand gekom nie. Die doel wat met lewering nagestreef word, is immers van wesenlike belang, dit is deel van die *animus transferendi et accipiendi.*

Otto Mayer[74] volg 'n baie gekunstelde benadering.[75] Volgens hom verwys die begrip *iusta causa* na feitlike gebeure wat die oorsaak is van ander feite en wat aan die ander feite die kenmerk van billikheid verleen:[76]

> *Iusta causa* is daardie feite wat ander feitlike omstandighede, wat in stryd met die *aequitas* is, in ooreenstemming met die *aequitas* bring.[77]

'n *Iusta causa* is slegs 'n vereiste by feitlike situasies wat met die *aequitas* strydig is, waar dit die funksie het om die onbillikhede uit die weg te ruim. In situasies wat billik is, is 'n *iusta causa* nie 'n vereiste nie. Omdat *traditio* opsigself billik is (dit is nie met die *aequitas* strydig nie), is 'n *iusta causa* gewoonlik nie 'n vereiste vir *traditio* nie. *Traditio* is billik omdat dit voortspruit uit die *ius gentium* en omdat lewering en die gepaardgaande vermoënsvermindering op die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra berus.[78]

In bepaalde omstandighede mag dit egter blyk dat alhoewel die vervreemder die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra, *traditio* nietemin strydig is met die *aequitas* (dat dit onbillik is). Dit sal die geval wees indien die doel wat met *traditio* nagestreef is, nie bereik is nie. Die vervreemder wil nie net eiendomsreg oordra nie, hy wil ook vir homself 'n vermoënsvoordeel bekom. Hy beoog dat hy verryk sal word met minstens die waarde van die saak, en nie dat hy armer sal word nie. Indien hierdie oogmerk nie bereik word nie, indien die vervreemder armer word terwyl dit nie sy bedoeling was nie, is die eiendomsverkryging deur die verkryger en die verryking wat daar vir hom daaruit voortspruit strydig met

---

74 Mayer *Iusta Causa* 3 ev.

75 Mayer word hier bespreek omdat sy siening van die *causa*-begrip aan dié van Exner en Hofmann verwant is: dit hou verband met die doel wat met lewering nagestreef word en billikheidsoorwegings.

76 Die begrip *causa* verwys na 'n feitlike gebeurtenis wat die ontstaan van 'n ander feit tot gevolg het, terwyl die begrip *iusta* dui op feite wat met billikheid (*aequitas*) in ooreenstemming is.

77 Mayer *Iusta Causa* 3-4 (eie vertaling): "Iusta causa ist eine Tatsache, welche einer anderen, die an sich der aequitas widerspricht, den character der aequitas verlieht". Verder Fuchs *Iusta Causa* 98; Hofmann *Titulus und Modus* 75.

78 Mayer *Iusta Causa* 19-21.

die *aequitas*. Die onbillikheid wat in hierdie konkrete geval mag bestaan kan egter deur die *condictiones* uit die weg geruim geword.[79] Die *iusta causa* is daardie feitlike omstandighede wat losstaan van *traditio* en wat as bewys dien daarvan dat die doel wat met *traditio* nagestreef is, wel bereik is.[80] Die doel wat met *traditio* nagestreef is, is ook afhanklik van die bestaan en geldigheid van die ooreenkoms wat deur *traditio* vervul word. Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is, is *traditio* dus ook met die *aequitas* strydig.[81]

Alhoewel die *iusta causa* ook as bewys kan dien van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra,[82] is die belangrikste funksie daarvan om 'n antwoord te verskaf op die vraag of 'n *condictio* verleen behoort te word, al dan nie; dit is nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie.[83] Dit is sekerlik onnodig om daarop te wys dat Mayer se teorie deur niemand ondersteun is nie.[84]

Karlowa ondersteun Savigny se siening betreffende die inhoudelike abstraksie. Die *animus transferendi et accipiendi* is 'n afsonderlike wilshandeling wat saam met lewering die saaklike ooreenkoms uitmaak waardeur eiendomsreg oorgedra word. Die *animus* bestaan onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms, dit vorm nie deel daarvan nie:

> Die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra is nie 'n wilshandeling wat, deel vorm van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie. Dit is veeleerder 'n afsonderlike wilshandeling wat saam met lewering die saaklike ooreenkoms uitmaak.[85]

---

79 Mayer *Iusta Causa* 26-31. Die *condictiones* is slegs geregverdig, indien die vermindering in die vermoë van die oordraggewer indruis teen die *aequitas*. Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 111.

80 Mayer *Iusta Causa* 64-65.

81 Mayer *Iusta Causa* 64.

82 In hierdie opsig vind hy op 'n onverklaarbare wyse aansluiting by Savigny.

83 Mayer *Iusta Causa* 69-71. Indien daar 'n *iusta causa* is, is *traditio* billik en is die *condictio* nie nodig nie. Indien daar geen *iusta causa* is nie (indien die doel wat met *traditio* nagestreef is, nie bereik is nie), is *traditio* onbillik en is die *condictio* beskikbaar. Die algemeen aanvaarde siening was egter dat die *iusta causa* die funksie het om die *rei vindicatio* uit te sluit. Maar by Mayer is dit anders.

84 Gevolglik word daar nie verder aan sy standpunt aandag gegee nie. Sien ook verder Hofmann *Titulus und Modus* 75 se kritiek teen Mayer.

85 Karlowa *Rechtsgeschäft* 217 (eie vertaling): "Die dingliche Einigung bildet mit der Kausalabredung keinen einheitlichen Willensakt. Er ist vielmehr ein gesonderter Willensakt, der mit der Tradition verbunden den Eigentumsübertragungsvertrag ausmacht". Sien ook Karlowa *Rechtsgeschäft* 201 ev, 208-209; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 105.

Anders as vir Savigny is die *iusta causa* vir Karlowa nie bloot 'n feit waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, afgelei kan word nie. Dit is vir hom 'n positiewe vereiste, 'n ooreenkoms wat regtens geskik is om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig, soos koop of skenking.[86]

11.2.2 Dernburg (1829-1907) en Jhering (1818-1892): beklemtoon die beskerming van derdes

Dernburg stel die volgende vereistes vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio*:[87] (1) die vervreemder moet eienaar van die saak wees;[88] (2) daar moet wilsooreenstemming wees dat eiendomsreg deur lewering oorgaan en (3) fisiese beheer moet verskaf word. Aangesien oorgang van eiendomsreg op wilsooreenstemming tussen vervreemder en verkryger gegrond is, is Dernburg, soos Savigny, van oordeel dat *traditio* 'n saaklike ooreenkoms is.[89] Hy verskil egter met Savigny wat betref die inhoud van die ooreenkoms. Die bedoeling van die partye hoef nie noodwendig op die oordrag en verkryging van eiendomsreg of gerig te wees nie;[90] dit is voldoende indien die vervreemder die bedoeling het om beheer oor die saak oor te dra en die verkryger die bedoeling het om beheer te verkry:

> Oordrag van eiendomsreg deur *traditio* vereis dat die oordraggewer die bedoeling het om fisiese beheer oor die saak oor te dra en dat die *verkryger* die bedoeling het om fisiese beheer oor die saak te verkry. ... Wanneer ons van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra praat, wil dit nie sê dat die bedoeling noodwendig op die oordrag van eiendomsreg gerig moet wees nie, met ander woorde dat die *animus transferendi et accipiendi dominii* 'n absolute voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie. Die verkryger moet net die bedoeling hê om die saak sover as moontlik sonder beperkings te beheer en die vervreemder moet dit in hierdie sin oordra.[91]

---

86 Karlowa *Rechtsgeschäft* 208.

87 Sien Dernburg *Pandekten* I.2 102.

88 Daar bestaan egter enkele uitsonderings op die reël, soos bv in geval van oordrag aan *bona fide* derdes.

89 'n Ooreenkoms bestaan immers uit twee ooreenstemmende wilsverklarings. Dernburg *Pandekten* I.2 103 vn 2.

90 Die *animus dominii transferendi et accipiendi* is dus nie noodwendig 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* nie.

91 Dernburg *Pandekten* I.2 103 vn 1 (eie vertaling): "Die Uebereignung durch Tradition erfordert den Willen des Tradenten, die Herrschaft über die Sache zu übertragen, und beim Empfänger den Willen, die Sachherrschaft zu gewinnen. Wenn wir vom Uebereignungswillen reden, so soll damit nicht gesagt sein, daß der Wille nothwendig auf die Uebertragung des Eigenthumes gehen muß, daß also der animus transferendi et accipiendi dominii schlechthin Vorauszetzung der Tradition sei. Der Erwerber muß nur die Absicht haben, möglichst unumschränkt die Sache zu beherrschen und der Veräußerer sie in diesem Sinne übertragen".

In die reël is die voorwaardes in die verbintenisskeppende ooreenkoms ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing, maar dit is nie noodwendig die geval nie. Aan die ander kant kan die verbintenisskeppende ooreenkoms onvoorwaardelik wees terwyl die saaklike ooreenkoms aan 'n voorwaarde onderwerp word. In geval van koopkontrakte word aanvaar dat die vervreemder krediet verleen het indien hy die koopsaak oorgedra het, sonder dat hy die volle koopsom ontvang het. Dit staan die partye egter vry om ooreen te kom dat die oordrag plaasvind onderworpe aan die voorwaarde dat die koopprys betaal word.[92]

Die begrip *causa* verwys volgens Dernburg na die doel of oogmerk wat met lewering nagestreef word en wat die beweegrede is vir die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.[93] Die doel of oogmerk (*causa*), kan daarin geleë wees dat die oordraggewer sy skuld wil delg (*solvendi causa*), of 'n vorderingsreg wil vestig (*credendi causa*),[94] of 'n skenking wil maak (*donandi causa*). Oordrag is nooit 'n doel opsigself nie, dit is bloot die middel tot bereiking van 'n doel. Aangesien die doel (*causa*) uit die grondliggende ooreenkoms soos koop, skenking, ruil, betaling van 'n skuld, ensovoorts vasgestel kan word, is laasgenoemde niks anders nie as bewysmiddele waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word. Alhoewel hy van Savigny verskil betreffende die betekenis van die begrip *causa*,[95] vereenselwig hy hom met Savigny se siening betreffende die funksie van die verbintenisskeppende ooreenkoms.[96]

Wat betref die verband tussen die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste (uitwendige abstraksie), vind Dernburg aansluiting by Savigny, alhoewel hy in belangrike opsigte ook van Savigny se siening afwyk.

---

92 Dernburg *Pandekten* I.2 107-109. Hy wys daarop dat daar in die Duitse reg van die reël in die Romeinse reg afgewyk is.

93 Dit is die rede waarom gelewer word. Dernburg *Pandekten* I.2 104. Hierdie doel noem hy die *causa* in subjektiewe sin. Die *causa* in objektiewe sin, is wanneer die doel wel bereik is. Dernburg *Pandekten* I.1 218-219.

94 Soos in geval van die oordrag van 'n bedrag geld as lening.

95 Vir Savigny is die *causa* die omstandighede waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra vasgestel kan word. Vir Dernburg is die *causa* die doel wat met lewering nagestreef word, soos om te skenk, 'n skuld te delg ens.

96 Dernburg *Pandekten* I.2 104; Dernburg 1857 *AcP* 2. Verder Felgentraeger *Savignys Einfluß* 44; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 112.

Soos Savigny, is Dernburg van oordeel dat die saaklike ooreenkoms van die onderliggende ooreenkoms geskei is:

> Die saaklike ooreenkoms wat deur lewering ten uitvoer gebring word, is wat sy regsgevolge betref, deurgaans onafhanklik van die bestaan of die niebestaan van 'n ter sake verbintenis. Dit is een van die onbetwisbare beginsels van die Romeinse sakereg.[97]

Dernburg onderskei in hierdie verband tussen kousale (of *materiellen*) en abstrakte (of *formalen*) ooreenkomste.[98] In geval van kousale ooreenkomste bestaan daar 'n natuurlike verband tussen doel (*causa*) en lewering. Bereiking van die doel is 'n wesenlike bestanddeel van die ooreenkoms. Lewering kan gevolglik slegs regsgevolge hê, indien die doel realiseer en 'n geldige ooreenkoms tot stand gekom het.[99] In geval van abstrakte ooreenkomste (soos die saaklike ooreenkoms) daarenteen, is die ooreenkoms geldig selfs al word die doel wat met lewering nagestreef word nie verwesenlik nie. Die feit dat die verbintenisskeppende ooreenkoms nie objektief geldig is nie, verhoed gewoonlik nie dat eiendomsreg oorgaan nie. Die natuurlike band tussen doel (*causa*) en lewering (*traditio*) word onderbreek "aus Gründen der Nützlichkeit und inbesondere der Bequemlichkeit und Sicherheit des Verkehrs".[100]

Dernburg kom sodoende met 'n heel nuwe gedagte na vore wat betref die grondslag vir die beginsel dat eiendomsreg oorgaan selfs al is die *causa* nietig, wat nie voorheen by Savigny aangetref is nie. Hy regverdig die teorie op grond van die argument dat dit beskerming verleen aan derdes wat nie bewus is van die nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie. Regsekerheid lê dus ten grondslag van die beginsel dat

---

97 Dernburg 1857 *AcP* 12 (eie vertaling): "Der in der Tradition sich vollziehende dingliche Vertrag ist in seiner Wirkung durchaus unabhängig von dem Bestehen oder Nichtbestehen einer bezüglichen Obligation. Es ist dies einer der unzweifelhaftesten Grundsätze des römischen Sachenrechts". Verder Felgentraeger *Savignys Einfluß* 44; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 104-105.

98 Dernburg *Pandekten* I.1 219-220.

99 Dernburg *Pandekten* I.1 219. In geval van 'n lening byvoorbeeld, ontstaan die verpligting tot teenprestasie (dit is die doel wat nagestreef word) eers nadat die verkryger werklik die bedrag geld ontvang het. Die blote belofte deur die vervreemder het nog nie tot gevolg dat die doel bereik word nie. *Traditio* en grondliggende ooreenkoms is nie van mekaar losgemaak nie.

100 Dernburg *Pandekten* I.1 219. Alhoewel die natuurlike band met die grondliggende ooreenkoms onderbreek word, word dit nie heeltemal verbreek nie. Omdat die vervreemder sy saak *sine iusta causa* prysgegee het en die verkryger sonder 'n regs-

die saaklike en verbintenisskeppende ooreenkomste van mekaar losgemaak is:[101]

> Op hierdie wyse het die Romeine met praktiese takt en logiese skerpsinnigheid die vraag of oordrag van eiendomsreg vir derdes regsgevolge kan hê, streng onderskei van die vraag of hy aan wie sonder regsgrond oorgedra is, 'n vermoënsverryking wat hom, weliswaar met die wil van die vervreemder maar teen sy werklike bedoeling toegeval het, kan behou.[102]

Volgens Dernburg is die saaklike ooreenkoms egter nie noodwendig abstrak nie.[103] Dit is abstrak, indien lewering plaasvind ter uitvoering van 'n voorafgaande of gepaardgaande grondliggende ooreenkoms.[104] Dit is nie abstrak nie en eiendomsreg sal gevolglik ook nie oorgaan nie, indien die partye eiendomsoorgang afhanklik maak van die bestaan van 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms:

> *Traditio* is in die reël dan abstrak wanneer dit plaasvind ter uitvoering van 'n ooreenkoms wat reeds aangegaan is, of wat met *traditio* gepaard gaan. ... Daarteenoor, moet in geval van twyfel aanvaar word, dat wanneer *traditio* uitgevoer word met die oog op 'n ooreenkoms wat nog aangegaan moet word, oordrag van eiendomsreg slegs beoog word indien 'n geldige ooreenkoms tot stand kom. Ingevolge die gewone verkeersopvatting, geskied lewering hier slegs onderworpe aan hierdie stilswyende voorwaarde.[105]

---

grond verryk is, kan die vervreemder die *condictio* instel. Dernburg *Pandekten* I.1 220.

101 Regspolitiese of teleologiese oorwegings is die grondslag van die reël. Ranieri *Abstrakte Übereignung* 104; Fuchs *Iusta Causa* 101.

102 Dernburg 1857 *AcP* 2 (eie vertaling): "Auf diese weise haben die Römer mit praktischem Takt en logischem Scharfsinn die Frage nach dem Eigentumsübertragung, welcher für Dritte Wirkungen haben kann, streng gesondert von der Frage, ob derjenige, welchem ohne Rechtsgrund tradiert wurde, eine Vermögensbereicherung behalten kann, die ihm zwar durch den Willen des Verleihers, aber gegen dessen eigentliche Intentionen zugeflossen". Verder Fuchs *Iusta Causa* 101; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 112; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 103.

103 Dernburg *Pandekten* I.2 105: "Das Richtige ist, daß die Tradition zwar einen abstrakten Charakter haben kann, aber keineswegs immer hat." ["Die korrekte standpunt is dat *traditio* weliswaar abstrakte aard kan hê, maar beslis nie altyd het nie" (eie vertaling)]. Dernburg *Pandekten* I.1 220 onderskei verder tussen *nothwendig abstrakten* ooreenkomste (soos bv wissels) en *willkürlich abstrakten* ooreenkomste (bv *traditio*). *Nothwendig abstrakten* ooreenkomste, kan nie van die verwesenliking van die doel of geldigheid van die grondliggende ooreenkoms afhanklik gemaak word nie (in geval van 'n wissel, kan die partye nie ooreenkom dat die wissel slegs uitbetaal sal word indien die saak sonder gebreke gelewer word nie). In geval van *willkürlich abstrakten* ooreenkomste, kan die partye egter ooreenkom dat eiendomsreg slegs oorgaan indien die verbintenisskeppende ooreenkoms geldig is.

104 Hy gee die volgende voorbeeld. Indien iemand 'n skuld betaal op die veronderstelling dat hy iets skuld, maar hy skuld niks nie, gaan eiendomsreg wel oor. Slegs 'n *condictio* is tot sy beskikking, hy kan die saak nie van derdes terugeis nie.

105 Dernburg *Pandekten* I.2 105 (eie vertaling): "Die Tradition gilt in der regel dann als abstrakt, wenn sie zur Erfüllung eines Geschäftes geschiet, das in der Vergangenheit liegt oder als ihr zugehörend unterstellt wird. ... Dagegen ist im Zweifel anzunehmen, daß dann, wenn die Tradition behufs eines erst abzuschließenden Geschäftes erfolgt, die Übereignung nur für den Fall des gültigen Zustandekommens des

Maar selfs al vind lewering plaas ter uitvoering van 'n voorafgaande ooreenkoms, wil dit voorkom of eiendomsreg nie oorgaan nie indien die ooreenkoms absoluut nietig is, soos in geval van dwang en wesenlike dwaling (*Geschäftsirrthum*).[106] Dernburg onderskei tussen wesenlike en niewesenlike dwaling. Slegs 'n wesenlike dwaling het nietigheid tot gevolg.[107] Die volgende gevalle word as wesenlike dwaling aangemerk: dwaling betreffende die aard van die regshandeling wat tot stand kom;[108] dwaling betreffende die identiteit van die teenparty; dwaling betreffende die saak en sekere gevalle van *error in substantia.* Dwaling in die beweegrede is nie wesenlik nie.[109] In geval van fisiese dwang (*vis absoluta*) is die ooreenkoms nietig, maar in geval van vreesaanjaging of afpersing (*vis compulsiva*) en bedrog, is die ooreenkoms geldig, maar dit kan aangeveg word en kragteloos gemaak word. Indien die benadeelde egter niks doen nie, is die ooreenkoms afdwingbaar.[110] Eiendomsreg sal ook nie oorgaan nie, indien *traditio* uitgevoer word ter nakoming van 'n ooreenkoms wat deur 'n wetsbepaling verbied is, byvoorbeeld 'n skenking tussen gades. Nie net die verbintenisskeppende ooreenkoms nie, maar ook die saaklike ooreenkoms is nietig.[111]

Soos die meeste skrywers van sy tyd, gee Dernburg ook aandag aan die teenstelling tussen Julianus en Ulpianus. In geval van *Digesta* 12.1.18 (Ulpianus) is die partye volgens hom bewus daarvan dat hulle nie eenstemmig is nie (dat daar 'n dwaling is). Gevolglik maak hulle die vraag of

---

Geschäftes beabsichtigt ist. Denn sie geschieht hier nach der gewöhnlichen Verkehrsauffassung nur unter dieser stillschweigenden Bedingung".

106 Vanweë dwaling is daar 'n verskil tussen die werklike bedoeling van een van die partye en sy verklaring. Aangesien die verklaarder nie die bedoeling het om 'n regshandeling aan te gaan nie, het dwaling nietigheid tot gevolg. Savigny het hierdie gevalle as onegte dwaling beskryf, maar Dernburg meen dat die begrip verwarrend is omdat ook hierdie vorm van dwaling eg of wesenlik is. Dernburg *Pandekten* I.1 232, 233 ev.

107 Daar word onderskei tussen absoluut nietige en relatief nietige regshandelinge. In geval van absolute nietigheid, kom geen regshandeling tot stand nie, dit kan deur niemand afgedwing word nie. In geval van relatiewe nietigheid, word slegs sommige persone verhinder om die regshandeling af te dwing. Dernburg *Pandekten* I.1 234, 280-282.

108 Hy verwys uitdruklik na die geval waar die een party die saak lewer met die bedoeling om te skenk en die ander dit aanneem met die bedoeling dat dit aan hom geleen word. Dernburg *Pandekten* I.1 235.

109 Dernburg *Pandekten* I.1 234 ev, 217.

110 Dernburg *Pandekten* I.1 238 242, 280-282.

eiendomsreg oorgaan, afhanklik van vraag of die doel wat met die *causa* nagestreef word, bereik word al dan nie.[112] Eiendomsreg gaan nie oor nie omdat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang ontbreek. In *Digesta* 41.1.36 (Julianus) daarteenoor, is die partye nie bewus van die dwaling nie, gevolglik gaan eiendomsreg wel oor omdat beide die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.[113]

Ook Jhering[114] vereenselwig hom met Savigny se standpunt betreffende die uitwendige abstraksie. In 'n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag, is die oordragshandeling losgemaak van die grondliggende ooreenkoms uit hoofde waarvan oordrag geskied. Dit moet ook onderskei word van die oogmerke wat met lewering nagestreef word, wat uit die grondliggende ooreenkoms vasgestel kan word. Of eiendomsreg oorgaan al dan nie, hang slegs daarvan af of die partye bedoel het om eiendomsreg oor te dra. Die bedoeling moet in isolasie of eensydig beoordeel word; dit wil sê, onafhanklik van die oogmerk van die partye en die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms, wat bloot bysaak is:[115]

> ... die oordrag van eiendomsreg moet slegs beoordeel word aan die hand van die vraag of die partye bedoel het om eiendomsreg oor te dra, afgesien van al die ander dinge wat hulle gewil het. Met ander woorde, slegs die abstrakte bedoeling om eiendomsreg oor te dra moet in berekening gebring word. Hierdie laasgenoemde handeling[116] openbaar die bedoeling om eiendomsreg oor te dra in sy absolute isolasie, die feit dat dit aan 'n juridiese analise onderwerp word, het tot gevolg dat dit van alle verbintenisregtelike bysake gesuiwer word.[117]

---

111 Regterlike verbiedinge het dieselfde uitwerking as wetlike verbiedinge. Dernburg *Pandekten* I.2 106, 112-114.

112 Die vraag of eiendomsreg oorgaan, is onderworpe aan die voorwaarde dat die grondliggende ooreenkoms geldig is.

113 Dernburg 1857 *AcP* 3, 6; Dernburg *Pandekten* I.2 105 vn 9. Verder Fuchs *Iusta Causa* 102, 40.

114 Jhering het aanvanklik tot die skool van die *Pandektenwissenschaft* behoort, maar was later een van die felste kritici van die skool. Hy het hom egter tog vereenselwig met hulle leer dat eiendomsreg deur die saaklike ooreenkoms oorgedra word.

115 Om die bedoeling te beoordeel, het mens nie 'n kennis van die verbintenisregtelike aspekte nodig nie.

116 Dit is die saaklike ooreenkoms.

117 Jhering *Geist* 211 (eie vertaling): " ... die Eigenthumsübertragung soll lediglich darnach beurtheilt werden, ob ganz abgesehen von all dem andern, was die Parteien sonst noch wollten, eine Eigenthumsübertragung beabsichtigt war, m.a.W. es soll lediglich der abstracte Eigenthumsübertragungswille ermittelt werden. Jene beiden Akte stellen uns demnach den Eigenthumswillen dar in seiner absoluten Isolierung, seiner auf dem Wege der juristischen Analyse beschafften Reinigung von allem obligatorischen Beiwerk".

Bogenoemde beginsel word geregverdig op grond daarvan dat dit beskerming verleen aan *bona fide* derdes. Aangesien gebreke in die verbintenisskeppende ooreenkoms nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie, word die derde eienaar, selfs al het een van sy voorgangers die saak uit hoofde van 'n nietige *causa* verkry. Die vervreemder het slegs 'n verrykingsaksie teen die persoon aan wie hy oorgedra het.[118] In hierdie opsig vind Jhering dus aansluiting by Dernburg:[119]

> Alles wat (eiendomsreg) op sy pad en sy aanraking met die verbintenis kan besmet en wat daarvoor gevare inhou, neem die wyk in die vorm van 'n persoonlike aksie; dit wil sê, al die besware wat teen eiendomsreg in 'n spesifieke geval ingebring kan word, is slegs tot beskikking van die twee kontrakspartye, maar eiendomsreg gaan van hand tot hand oor, ongedeerd en sonder gebreke. Die eienaar word nie deur dit wat die koper verskuldig is, benadeel nie. Die eiendomsreg van die oud-Romeinse reg het sy krag, gesondheid en sekerheid te danke aan die *condictiones* wat van toepassing is by gebreke in die *causa* en wat die gebreke in sig opneem.[120]
>
> ... Hierdie meganisme is waarskynlik een van die beste beginsels van die Romeinse reg, in elk geval 'n vaste anker betreffende sekerheid van eiendomsreg omdat dit wat die verbintenis besmet in die vorm van persoonlike aksies verwyder word.[121]

Die feit dat die verbintenisskeppende ooreenkoms buite rekening gelaat word, het voorts nog die praktiese voordeel dat bewys (in geval van die *rei vindicatio*) vergemaklik word. Omdat die eiser (eienaar) nie toegelaat word om op die nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms te steun nie en omdat die verweerder nie nodig het om die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms te bewys nie, word die moontlikheid van enige dispuut in hierdie verband uitgeskakel.[122]

---

118 Jhering *Geist* 209, 212-215.

119 Hulle regverdig die saaklike ooreenkoms (uitwendige abstraksie) vanuit regspolitiese oorwegings. Fuchs *Iusta Causa* 103; Brandt *Eigentumserwerb* 74.

120 Jhering *Geist* 214 (eie vertaling): "All der Ansteckungsstoff, der ihm (dit is eiendomsreg) auf seinem Wege und bei seiner Berührung mit der Obligation gefährlich werden könnte, entweicht in der Form einer persönlichen Klagen, d.h. das Anfechtungsmaterial, das aus der Art, wie das Eigenthum im einzelnen Fall entsteht, sich ergibt, bleibt bei den zwei sich unmittelbar gegenüberstehenden Personen zurück, das Eigenthum selber aber wandelt unversehrt und intakt von einer Hand in die andere. Der Eigenthümer leidet nicht unter dem, was der Käufer verschuldet hat. Den Condictionen wegen Mangels in der causa, die den Krankheitsstoff in sich aufnehmen, verdankt das altrömische Eigenthum seine Kraft, Gesundheit, Sicherheit". Verder Fuchs *Iusta Causa* 103-104; Brandt *Eigentumserwerb* 74.

121 Jhering *Geist* 213 (eie vertaling): " ... Dieser Mechanismus ... ist vielleicht einer der glücklichsten Gedanken des römischen Rechts, jedenfalls einer der festesten Anker für die Sicherheit des Eigenthums". Sien ook Fuchs *Iusta Causa* 103; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 104.

122 Jhering *Geist* 212. Verder Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 112-113.

Die teenstrydigheid tussen *Digesta* 12.1.18 en *Digesta* 41.3.6 word deur Jhering op 'n praktiese wyse opgelos. Volgens hom, is die twee tekste nie met mekaar strydig nie, hulle kan versoen word.[123] Volgens Jhering beteken die sinsnede *magisque nummos accipientis non fieri* in *Digesta* 12.1.18 (Ulpianus), nie dat eiendomsreg nie oorgaan nie. In die Romeinse reg het die begrippe *accipientis non fieri* 'n juridiese en 'n ekonomiese betekenis gehad. Terwyl Julianus in *Digesta* 41.1.36 die juridiese betekenis in gedagte gehad het, het Ulpianus weer die ekonomiese betekenis in gedagte. Sy standpunt dat eiendomsreg nie oorgaan nie, moet soos volg verstaan word: indien 'n bedrag geld as lening gegee word, bly die oordraggewer eienaar in 'n ekonomiese sin omdat die verkryger dit moet terugbetaal.[124]

Uit die bespreking hierbo, is dit duidelik dat Jhering nie net Savigny se teorie betreffende die uitwendige abstraksie onomwonde aanvaar het nie, hy het dit selfs verder ontwikkel en geregverdig op grond van die gedagte dat dit beskerming verleen aan derdes. Die proses waardeur die bedoeling om eiendomsreg oor te dra van die *causa* losgemaak word, word deur Jhering begripsmatig tot sy volle konsekwensies deurgevoer.[125] Twee verskillende regshandelinge word uit een enkele feitekompleks gekonstrueer. Die twee bedoelings het elkeen verskillende regsgevolge en word daarom met verskillende begrippe aangedui:

> Die kern van hierdie laaste oefening[126] bestaan daarin dat bepaalde feitlike elemente, wat vir 'n regsverhouding noodsaaklik is, afgesonder word en onder selfstandige begrippe en regsmiddels tuisgebring word.[127]

Dit wil egter nie sê dat die verbintenisskeppende ooreenkoms van geen waarde is nie. Aangesien lewering (*traditio*) 'n dubbelsinnige handeling is,

---

123 Jhering *Allerlei* 421.

124 Jhering *Allerlei* 422-423. 'n Soortgelyke situasie doen hom in *Digesta* 23.3.75 voor, waar die man weliswaar eienaar van die *dos* is, maar ekonomies gesien behoort dit aan die vrou aangesien sy die saak van hom kan opeis. Jhering *Allerlei* 424.

125 Ranieri *Abstrakte Übereignung* 104, 106.

126 Dit is die analitiese vereenvoudiging van die feitlike omstandighede.

127 Jhering *Geist* 207-208 (eie vertaling): "Das Wesen dieser letzteren Operation besteht darin, daß von den zu irgend einem Verhältniß erforderlichen Momenten gewisse aus dem Thatbestand desselben ausgeschieden und in die Form besonderer, selfbtändig wirkender Begriffe und Rechtsmittel gebracht werden". Sien ook Fuchs *Iusta Causa* 102-103; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 104: "Es war allerdings der Wille der berechnenden Rechtsordnung und nicht mehr der Wille des einzelnen Rechtssubjekts, welcher dabei in den Vordergrund trat".

moet aangetoon word dat dit geskied het met die doel om eiendomsreg oor te dra en dit kan uit die verbintenisskeppende ooreenkoms, soos die koopkontrak, afgelei word. Dit wil dus voorkom of die verbintenisskeppende ooreenkoms vir Jhering, soos vir Savigny, die omstandighede is wat ons in staat stel om die oordragshandeling ten volle te kan verstaan en te begryp. Dit plaas lewering in die regte perspektief:

> Die doel wat met lewering nagestreef word, of die grondslag uit hoofde waarvan eiendomsoordrag plaasvind,[128] is nie bloot motief nie, ... dit is 'n element van die ooreenkoms self, waaroor die partye eensgesind is;[129] dit is 'n gemeenskaplike voorvereiste daarvan, 'n element wat die vermoënsregtelike karakter van die handeling[130] as synde betaling, skenking, *Zweckgabe*,[131] ensovoorts na vore bring; in kort, dit is 'n onontbeerlike eienskap wat noodsaaklik is om die regsaard van die handeling[132] te begryp.[133]

Op die oog af wil dit voorkom asof Jhering homself weerspreek. Sy stelling dat die verbintenisskeppende ooreenkoms 'n element en onlosmaaklike deel van die saaklike ooreenkoms (*traditio*) is, is strydig met sy stelling dat *traditio* van die *causa* losgemaak moet word. Dit is egter nie die geval nie. Wat hy waarskynlik wil sê, is dat daar 'n natuurlike verband tussen die twee ooreenkomste is.[134] Die verbintenisskeppende ooreenkoms stel ons in staat om lewering in die regte perspektief te plaas - dit gee duidelikheid daaroor of lewering gerig is op eiendomsoordrag, dan wel op die oordrag van *possessio* of *detentio*. Indien dit geïgnoreer sou word, sou mens die leweringshandeling nie ten volle kon begryp nie. Wanneer die vraag of eiendomsreg oorgaan, al dan nie, beantwoord word, kan die verbintenisskeppende ooreenkoms egter nie in aanmerking geneem word nie. Al wat dan van belang is, is of die partye die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra.

---

128 Dit is die verbintenisskeppende ooreenkoms.
129 Dit wil sê die saaklike ooreenkoms.
130 Dit is lewering.
131 Hy bedoel waarskynlik lewering met die oogmerk om aan die doel wat nagestreef is, te voldoen.
132 Dit wil sê die saaklike ooreenkoms.
133 Sien Jhering *Geist* 210-211 (eie vertaling): "Der Zweck oder Grund, dessentwegen 'Eigenthumsübertragung' erfolgt, ist nicht bloßes Motiv, ... sondern es ist ein Element des Geschäfts selbst, über das beide Parteien einverstanden sind, eine gemeinsame Voraussetzung desselben, ein Moment, welches diesem Akt erst seinen specifischen vermögensrechtlichen Charakter als Zahlung, Schenkung, Zweckgabe u.s.w. aufdrückt, kurz ein zur vollständigen juristischen Charakteristik dieses Akts völlig unentbehrliches Merkmal". Raadpleeg ook Jhering *Geist* 209, 216; Fuchs *Iusta Causa* 103; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 112; Ranieri *Abstrakte Übereignung*.
134 In hierdie opsig verskil hy van Savigny.

Bostaande aanhaling kan ook vertolk word, as sou dit 'n aanduiding wees daarvan dat Jhering nie van die inhoudelike abstraksie van Savigny se teorie oortuig was nie. Hy is nogtans bereid om dit te aanvaar omdat hy hom vereenselwig met die idee dat eiendomsreg nieteenstaande 'n gebrek in die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgaan (uitwendige abstraksie), want sodoende word beskerming aan derdes verleen.[135] Jhering gebruik dus die uitwendige abstraksie om die inhoudelike abstraksie te regverdig, net mooi die omgekeerde situasie as by Savigny.[136]

11.2.3 Puchta (1798-1846) en ander (verskil van Savigny betreffende die inhoudelike abstraksie en die iusta causa *begrip)*

Puchta stel die volgende vereistes vir die oordrag van eiendomsreg: (1) die partye moet handelingsbevoeg wees; (2) hulle moet beskikkingsbevoeg wees; (3) hulle moet die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra en (4) fisiese beheer moet verskaf word.[137] Dit is moeilik om vas te stel wat presies Puchta se siening van die saaklike ooreenkoms (en veral die inhoudelike abstraksie) was. Uit die aanhalings hieronder, wil dit voorkom of hy van oordeel was dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (die *animus dominii transferendi et accipiendi*) nie 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms is, wat onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms bestaan nie:

> In die eerste plek is *traditio* bloot oordrag van besit. Dit het oorgang van eiendomsreg tot gevolg indien dit gepaard gaan met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Die *iusta causa* is daardie ooreenkoms wat die ooreenstemmende bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang bevat, soos byvoorbeeld koop, skenking, *dos*, betaling en lening.[138]

---

135 'n Mens kan nie die uitwendige abstraksie aanvaar, maar die inhoudelike abstraksie verwerp nie.

136 By Savigny (sien hfst 10.4.5) was die uitwendige abstraksie 'n uitvloeisel van die gedagte van 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms. Raadpleeg Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 112-113.

137 Puchta *Vorlesungen* 323; Puchta *Pandekten* 73, 76, 218-219. Puchta word beskou as die grondlegger van die *Begriffsjurisprudenz* (begripsvorming), wat volgens 'n noukeurig bepaalde sisteem en ordening uitgewerk is. Hy was 'n leerling van Savigny en ook sy opvolger op die Berlynse leerstoel.

138 Puchta *Vorlesungen* 325-326 (eie vertaling): "Die Tradition ist zunächst bloß Bezitzübertragung. Eigenthumsübertragung wird sie durch den damit sich verbindenden, auf das Eigenthum gerichteten Willen. Die iusta causa ist das Rechtsgeschäft, welches den übereinstimmenden Willen, Eigenthum zu geben und zu nehmen enthält, z.b. Kauf, Schenkung, Dos, Zahlung, Darlehen".

> Die ooreenkoms wat die *iusta causa* uitmaak,[139] moet die ooreenstemmende bedoeling bevat wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is. Slegs hierdie bedoeling is vir die oordrag van eiendomsreg van belang. Die bedoeling moet op die saak wat oorgedra word, gerig wees.[140]

Hieruit wil dit voorkom of die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, nie 'n afsonderlike ooreenkoms is nie, dit is 'n bestanddeel van die verbintenisskeppende ooreenkoms.[141] Eiendomsreg gaan volgens hom deur lewering oor, wat die uiterlik erkenbare vorm is waarin die bedoeling tot uiting kom.[142] Hieronder sal egter aangetoon word, dat Puchta wel die bedoeling om eiendomsreg oor te dra beklemtoon, as synde die deurslaggewende faktor wat oordrag van eiendomsreg tot gevolg het en dat eiendomsreg soms oorgaan, selfs al is daar gebreke by die verbintenisskeppende ooreenkoms. Aangesien dit nie moontlik is om die konstruksie van die uitwendige abstraksie te aanvaar, maar die inwendige abstraksie te verwerp nie, wil dit tog voorkom of Puchta 'n gemengde stelsel verkondig: hy onderskei wel tussen verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms as twee afsonderlike ooreenkomste, maar die bedoeling by die twee ooreenkomste is een en dieselfde.[143]

Bostaande aanhalings toon ook aan dat Puchta van Savigny verskil betreffende die betekenis van die begrip *iusta causa* waarvan in *Digesta* 41.1.31 sprake is. Terwyl Savigny van oordeel was dat die *iusta causa* enige feit is waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, afgelei kan word, was die *iusta causa* vir Puchta die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, wat in die verbintenisskeppende oor-

---

139 Soos blyk uit die aanhaling hierbo, is dit die verbintenisskeppende ooreenkoms.

140 Puchta *Pandekten* 219-220 (eie vertaling): "Das Rechtsgeschäft, welches diese justa causa bildet, muß jenen übereinstimmenden, auf das Eigenthum gerichteten Willen enthälten .... Blos jener Wille ist für die Wirkung der Tradition das Wesentliche .... Die Wille muß auf die tradierte Sache gerichtet seyn". Verder Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 114; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 105.

141 Die saaklike ooreenkoms word uit die verbintenisskeppende ooreenkoms afgelei. Aan die ander kant, is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, soos dit uit die verbintenisskeppende ooreenkoms afgelei kan word, voldoende. Dit is interessant dat Puchta nie die begrip saaklike ooreenkoms gebruik nie.

142 Sien Puchta *Vorlesungen* 323; Puchta *Pandekten* 219.

143 Raadpleeg Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 113-114. Daarteenoor aanvaar Ranieri *Abstrakte Übereignung* 105 en Fuchs *Iusta Causa* 100-101 dat Puchta die saaklike ooreenkoms nie as 'n selfstandige ooreenkoms sien nie. Dit is vir hom logieserwys deel van die verbintenisskeppende ooreenkoms.

eenkoms vervat is.[144] Die verbintenisskeppende ooreenkoms kan lewering voorafgaan (soos in geval van koop), dit kan met lewering saamval (soos in geval van die handskenking, betaling, lening, *dos*), of dit kan op lewering volg (soos in geval van 'n opskortende voorwaarde). In laasgenoemde geval, het die partye eers die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, sodra die voorwaarde vervul is.[145]

Wat die verband tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en die saaklike ooreenkoms betref, wil dit tog voorkom of Puchta in 'n mate aansluiting vind by die konstruksie van die uitwendige abstraksie. Dit is reeds duidelik uit die aanhaling hierbo, waar hy sê dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (*animus dominii transferendi et accipiendi*), die deurslaggewende faktor is vir die vraag of eiendomsreg oorgaan al dan nie. In sommige opsigte word die saaklike ooreenkoms dus wel van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak. In geval van onverskuldigde betaling en 'n verbode spel (soos byvoorbeeld 'n weddenskap), gaan eiendomsreg oor omdat die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.[146] Indien die partye nie eenstemmig is betreffende die grondslag uit hoofde waarvan gelewer word nie,[147] sal eiendomsreg ook oorgaan indien die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang:[148]

> ... bloot hierdie bedoeling is vir die gevolge van *traditio* die wesenlike, nie die verdere inhoud van die ooreenkoms nie: .... Die afkeurenswaardigheid

144 Dit is nog duideliker uit die volgende opmerking: "Übrigens ist die justa causa nur jener übereinstimmende Wille, Eigentum zu geben und zu nehmen". ["Andersins is die *iusta causa* bloot die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang" (eie vertaling)]. Sien Puchta *Institutionen* 216. Raadpleeg ook Felgentraeger *Savignys Einfluß* 43; Hofmann *Titulus und Modus* 68-69; Fuchs *Iusta Causa* 101.

145 Die koopkontrak is *ipso iure* aan 'n opskortende voorwaarde onderworpe – eiendomsreg gaan nie oor nie, tensy die koopprys betaal is. Sien Puchta *Vorlesungen* 326-327 vir 'n meer volledige bespreking oor hierdie aangeleentheid.

146 Hy beskou onverskuldigde betaling as 'n dwaling in die beweegrede. 'n Verbode spel is 'n voorbeeld van 'n afkeurenswaardige beweegrede.

147 Daar is 'n *dissensus in causis*, die een dink aan 'n skenking en die ander het 'n lening in gedagte.

148 Dit is hoe Julianus verstaan moet word. Indien die ooreenkoms wat een van partye in gedagte het nie geskik is om eiendomsreg oor te dra nie (hy dink bv aan *commodatum*), sal eiendomsreg nie oorgaan nie omdat beide die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra. Puchta *Vorlesungen* 328.

> van die beweegrede het geen invloed nie, solank as wat die bedoeling werklik bestaan.[149]
>
> Die ooreenkoms wat die *iusta causa* bevat, het slegs deur sy inhoud betekenis vir die vraag na eiendomsreg. Die oorblywende spesifieke inhoud kom ter sprake slegs as beweegrede vír díe bedoeling, wat opsigself die *iusta causa* is. Hier kom gevolglik die beginsel ter sprake, dat 'n onjuiste beweegrede die bedoeling nie uitsluit nie.[150]

Indien die vervreemder egter nie oor vervreemdingsbevoegdheid beskik nie, byvoorbeeld omdat oordrag plaasvind in stryd met 'n wetlike verbod en die verbod juis teen die bedoeling gerig is,[151] of indien die voorgeskrewe vormvereistes nie nagekom word nie, of in geval van 'n skenking tussen gades, of indien die vervreemder in sy hoedanigheid as *procurator* of voog vervreem, maar hy as gevolg van 'n dwaling sy eie saak oordra, gaan eiendomsreg nie oor nie. Die rede waarom eiendomsreg nie oorgaan nie, is omdat die vervreemder in al hierdie gevalle nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie.[152] Alhoewel Puchta by Savigny aansluiting vind betreffende die verband tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en *traditio* (uitwendige abstraksie), volg hy Savigny egter nie slaafs na nie.[153]

Scheurl het 'n soortgelyke standpunt as Puchta verkondig.[154] Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry (*causa traditionis*) wat op

---

149 Puchta *Pandekten* 220 (eie vertaling): "... blos jener Wille ist für die Wirkung der Tradition das Wesentliche, nicht der übrige Inhalt des Rechtsgeschäfts: ... die Unhaltbarkeit des Motivs hat keinen Einfluß, wenn nur jener Wille wirklich bestand". Hy beroep hom op *Digesta* 41.1. 36, *Digesta* 12.7. 5.4 en *Digesta* 44.7.55.

150 Puchta *Vorlesungen* 327 (eie vertaling): "Das Rechtsgeschäft, welches die iusta causa enthält, hat für die Eigenthumsfrage nur durch diesen Inhalt seine Bedeutung. Sein übriger specifischer Inhalt verhält sich dazu nur als Motiv des Willens, der allein die iusta causa ist. Hier tritt daher der Grundsatz ein, daß ein falsches Motiv den Willen nicht ausschließt". In Puchta *Institutionen* 216 word dit soos volg geformuleer: "... der übrige Inhalt des Rechtsgeschäftes, in dem jener Wille enthalten ist, gehörrt im allgemeinen nicht zur iusta causa" ["... die verdere inhoud van die ooreenkoms waarin die bedoeling vervat is, is nie deel van die *iusta causa* nie" (eie vertaling)].

151 Wetlike verbiedinge word gewoonlik beskou as beperkings op eiendomsreg. As mens letterlik vertaal, sê hy dat die bedoeling nietig is.

152 Puchta *Vorlesungen* 327-328; Puchta *Pandekten* 214-215. Hierdie argument is kunsmatig. Dit is goed denkbaar dat 'n persoon die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra wanneer hy ingevolge 'n vormgebrekkige ooreenkoms oordra. Die enigste wyse waarop Puchta se siening verdedig kan word, is dat dit van regsweë geag word dat hy nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie.

153 Dit lyk eerder of hy by Donellus (sien hfst 5.3.2) aansluiting vind. Fuchs *Iusta Causa* 100-101.

154 Ook Keller *Pandekten* 243 en Böcking *Pandekten* 154 neem 'n standpunt in wat ooreenstem met dié van Puchta. Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 114; Hofmann *Titulus und Modus* 69. Maar sien Felgentraeger *Savignys Einfluß* 43.

wilsooreenstemming berus, staan nie los van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie, dit is juis daarin opgesluit.[155] *Traditio* is dus streng gesproke nie 'n afsonderlike ooreenkoms nie; dit is bloot die ooreenstemmende bedoeling van die oordraggewer en verkryger dat eiendomsreg van eersgenoemde op laasgenoemde oorgaan.[156] Dwaling in die beweegrede (motief), verhinder nie dat eiendomsreg oorgaan nie.[157]

Uit bostaande bespreking blyk dit dat Puchta en die ander skrywers, wesenlik 'n ander begrip van die saaklike ooreenkoms (veral die inhoudelike abstraksie) gehad het, as wat deur Savigny voorgestel is. Die abstraktheidsbeginsel is by Puchta "einer bewußten Schöpfung der Rechtsordnung".[158] Ranieri wys daarop dat daar 'n bepaalde ontwikkelingsgang betreffende die konstruksie van die inhoudelike abstraksie bespeur kan word. Savigny het in die eerste plek op grond van die voorbeelde wat hy gebruik het aanvaar dat die leweringshandeling met die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra gepaard gaan. Hieruit maak hy die vanselfsprekende gevolgtrekking, dat die saaklike ooreenkoms en die bedoeling wat in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat is, van mekaar onderskei moet word. Vir Puchta was die onderskeid nie iets vanselfsprekend nie. Logieserwys is die ooreenkoms om eiendomsreg oor te dra deel van die verbintenisskeppende ooreenkoms. Daar kan dus tussen 'n natuurlike siening (Savigny) en 'n juridiese siening (Puchta) onderskei word. Beide sienings erken nietemin dat die partye se bedoeling uit twee verskillende elemente bestaan wat van mekaar onderskei moet word. By Jhering, word die suiwer logiese benadering vervang met 'n analitiese vereenvoudiging van die verskillende elemente in die oordrags-

---

155 Scheurl *Römischen Rechts* 190: "Die causa Traditionis wird nicht als nackte, abstrakte Willensübereinstimmung, Eigenthum zu geben und zu gewinnen, sondern sie wird in die Hülle eines jener concreten Rechtsgeschäfte vorkommen" ["Die *causa traditionis* is nie naakte, abstrakte wilsooreenstemming om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie, maar dit kom voor in die dop van voormelde konkrete ooreenkoms" (eie vertaling)]. Verder Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 114.

156 Scheurl *Römischen Rechts* 190 (eie vertaling): "... traditio is die übereinstimmenden Willens des Tradenten und des Bezitserwerbers, daß Eigentum von jenem auf diesen übergehe". Verder Fuchs *Iusta Causa* 100.

157 Scheurl *Römischen Rechts* 192. Sien ook Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 114.

158 Fuchs *Iusta Causa* 100. Daar is nie sprake daarvan dat die partye werklik twee afsonderlike ooreenkomste sluit nie, maar van regsweë word nietemin aanvaar dat daar twee afsonderlike ooreenkomste is.

proses. Die verskillende elemente van die bedoeling word begripsmatig onderskei:

> Savigny gaan eenvoudig van die veronderstelling uit dat die handeling waardeur fisiese beheer oorgedra word, deur die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra, vergesel word. Die afsondering van die saaklike ooreenkoms van die res van die kousale bedoeling was iets natuurliks. By Puchta is die siening reeds anders: die saaklike ooreenkoms voer geen natuurlike, selfstandige bestaan benewens die grondliggende ooreenkoms nie; dit is veel eerder 'n bestanddeel daarvan. ... Christiansen wys byvoorbeeld daarop dat daar onderskei moet word tussen 'n natuurlike siening en 'n juridiese siening. Sodoende word beide elemente van die bedoeling nog altyd van mekaar onderskei. Die tendens waardeur die abstraksie van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, as iets suiwer logies gesien word, kom nog duideliker by latere skrywers te voorskyn. ... 'Dit is nie die lewe in sy totaliteit wat te voorskyn kom nie, maar slegs enkele aspekte daarvan wat tuisgebring word onder soortbegrippe'. By die oordrag van eiendomsreg, is dit ook so 'dat 'n handeling wat vir die leek as heeltemal enkelvoudig voorkom, vir die juris uit meer as een handeling bestaan'. By Jhering kom hierdie proses waardeur die verskillende elemente van die bedoeling begripsmatig uitmekaar gehaal word, in 'n volmaakte vorm na vore. In verband met die leer betreffende oordrag van eiendomsreg wys hy op 'die analitiese vereenvoudiging' van die feitlike omstandighede. ... Hier is stellig nie meer suiwer logiese oorwegings nie, maar eerder teleologiese oorwegings deurslaggewend.[159]

11.2.4 Sohm (1841-1917): kontraksluiting onder afwesiges

Soos later aangetoon sal word,[160] het talle skrywers die konstruksie van 'n saaklike ooreenkoms aan kritiek onderwerp. Een van die kritiekpunte was dat daar in geval van kontraksluiting deur afwesiges, nie aan al die vereistes van 'n ooreenkoms voldoen word nie. Die saaklike ooreenkoms kan dus nie 'n ooreenkoms wees nie. Sohm poog om hierdie beswaar

---

159 Ranieri *Abstrakte Übereignung* 105-106 (eie vertaling): "Savigny ging einfach von der Vorstellung aus, der Besitzübertragungsakt sei vom gegenseitigen Übereignungswillen begleitet und die Isolierung der dingliche Einigung von den übrigen kausalen Intentionen sei etwas Natürliches. Bei Puchta war die Betrachtungsweise bereits anders: Die dingliche Einigung besitze neben dem Grundgeschäft keine natürliche, selbständige Existenz; sie bilde vielmehr eine logische Bestandteil desselben. ... Ebenso wies etwa Christiansen darauf hin, es sei dabei zwischen einer 'natürlichen Betrachtungsweise' und einer 'juristischen Betrachtungsweise' zu unterscheiden. Dadurch ließen sich die 'beiden Bestandtheile des Willens immer trennen'. Die Tendenz, die Absonderung des Übereignungswillens als rein logisch zu betrachten, kam bei späteren Autoren noch deutlicher zum Ausdruck. ... 'nicht die erscheinung des Lebens in ihrer Totalität, sondern einzelne Seiten der selben werden da in Gattungsbegriffe zusammengefaßt'. Bei der Übereignung sei es eben so 'daß ein Act, der dem Laien als ganz einfach erscheint, dem Blick des Juristen als Zusammenfassung mehrerer acte erscheint'. Bei Jhering trat dieser begriffliche Zerlegung des Willens in vollendeter Form hervor. Im Zusammenhang mit der Übereignungslehre wies er auf 'die analytische Vereinfachung' des Tatbestandes hin ... Dabei wird allerdings nicht mehr rein logische, sondern vielmehr teleologische Überlegungen entscheidend". Sien ook Fuchs *Iusta Causa* 100-101.

160 Sien hfst 12 hieronder.

teen die teorie uit die weg te ruim. Hy argumenteer dat dit by die sluiting van ooreenkomste onder afwesiges nie 'n vereiste is dat die oordraggewer daarvan moet kennis neem dat die verkryger die aanbod wat op die saaklike ooreenkoms betrekking het, aangeneem het nie. Daar word in hierdie geval dus wel voldoen aan die voorvereistes wat op ooreenkomste van toepassing is.[161] Molkenteller merk egter op dat dit slegs moontlik is indien daar van die vernemings en verklaringsteorieë afgesien word.[162]

11.2.5 Windscheid (1817-1892): ander siening betreffende skenking en dwaling[163]

Ook Windscheid het die konstruksie betreffende die inhoudelike abstraksie onomwonde aanvaar. Eiendomsreg word oorgedra deur 'n selfstandige saaklike ooreenkoms wat bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en lewering.[164] Die saaklike ooreenkoms is 'n ooreenkoms met regsgevolge omdat daar twee ooreenstemmende wilsverklarings is wat daarop gerig is om regsgevolge te weeg te bring, naamlik die totstandkoming of oordrag van saaklike regte.[165] Die vereistes wat op die totstandkoming van geldige regshandelinge van toepassing is, geld daarom ook vir die saaklike ooreenkoms.[166] Afgesien van wilsooreenstemming, moet die partye handelingsbevoeg wees, die vervreemder moet beskikkingsbevoeg wees[167] en indien bepaalde vormvereistes voorgeskryf is, moet daaraan voldoen word. Indien daar nie aan bogenoemde vereistes voldoen word nie, is die saaklike ooreenkoms nietig, met die gevolg dat eiendomsreg nie sal oor-

---

161 Sohm 1873 *ZGH* 43, 99. Verder ook Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 115.
162 Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 115.
163 Raadpleeg Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 446 en Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 258 vir meer besonderhede oor Windscheid en verdere bronverwysings.
164 Windscheid *Pandektenrechts* I 509-510. Die saaklike ooreenkoms word afgelei uit *Digesta* 39.5.10. Verder Ranieri *Abstrakte Übereignung* 92; Hammen *Savigny* 156 vn 73; Dondorp en Schrage *Levering* 97.
165 Eiendomsreg sal nie oorgaan nie indien slegs die vervreemder bedoel om eiendomsreg oor te dra, want dan is daar nog geen ooreenkoms nie. Windscheid *Pandektenrechts* I 167-169; 9e uitg 308 vn (a); Windscheid *Pandektenrechts* II 149-151.
166 Windscheid *Pandektenrechts* I 171 ev, 173, 177, 511 ev.
167 Onderhewig aan enkele uitsonderings (bv ten gunste van *bona fide* verkrygers), kan slegs die eienaar eiendomsreg oordra.

gaan nie.[168] Indien oordrag plaasvind in stryd met 'n regsreël, 'n wetlike verbod en 'n regterlike verbod, is die saaklike ooreenkoms nietig.[169] In die volgende gevalle sal eiendomsreg dus nie oorgaan nie: skenkings tussen eggenote; indien sake wat die onderwerp van 'n regsgeding is, vervreem word; indien onroerende goed as huweliksgeskenk gegee word; indien 'n kind sake wat tot die *peculium adventicium* behoort, sonder toestemming van sy vader vervreem; indien 'n legaat vervreem word; indien 'n voog sake wat aan sy pupil behoort sonder toestemming van 'n verantwoordelike instansie vervreem word; indien sake wat aan die kerk behoort, deur die ampsdraers vervreem word.[170]

Savigny[171] het die voorbeeld van die handskenking as grondslag gebruik vir sy stelling dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang 'n selfstandige saaklike ooreenkoms is, wat onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms funksioneer (daar is dus twee afsonderlike ooreenkomste). Die probleem was net, dat dit algemeen aanvaar is dat daar in geval van die handskenking slegs een enkele ooreenkoms is. Lewering of *traditio* is die handeling waardeur die vorderingsreg tot stand kom, maar terselfdertyd is dit ook die handeling waardeur die vorderingsreg vervul word. Daar kan dus nie tussen verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste onderskei word nie. Gevolglik voel Windscheid genoodsaak om van Savigny se siening betreffende die skenking af te wyk.[172] Anders as Savigny wat die skenking behandel by die algemene deel wat op alle ooreenkomste van toepassing is, bespreek Windscheid die skenking by die verbintenisreg omdat dit volgens hom 'n verbintenis tot stand bring.[173] Dit is daarom vreemd dat hy nogtans volhard met die idee dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, 'n selfstandige saak-

168 Windscheid *Pandektenrechts* I 171-172, 218 ev.
169 Ook 'n gesimuleerde regshandeling is nietig. Windscheid *Pandektenrechts* I 197-198.
170 Windscheid *Pandektenrechts* I 172-173; 514, 520 ev (veral 520 vn 1).
171 Sien hfst 10.3.1 en 10.3.2.
172 Sien Windscheid *Pandektenrechts* II 346-347 vn 18.
173 Anders as Savigny (sien hfst 10.3.1), wat van oordeel is dat die skenking nie "ein einzelnes Rechtsgeschäft" is nie, maar wel "ein allgemeiner Character, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können", is Windscheid van oordeel dat die skenking nie van *ein allgemeiner Character* is nie, maar dat dit "ein 'concretes', ein 'einzelnes' Rechtsgeschäft" is. Sien Windscheid *Pandektenrechts* II 346 vn 18.

like ooreenkoms is. Sy siening betreffende die handskenking is strydig met die beginsel van die abstrakte saaklike ooreenkoms.[174]

Afgesien van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, moet fisiese beheer ook nog aan die verkryger verskaf word. Dit is egter nie 'n afsonderlike vereiste naas die saaklike ooreenkoms nie, maar die vorm waarin die saaklike ooreenkoms gegiet is - dit is 'n formele handeling waarin die bedoeling om eiendomsreg oor te dra tot uiting kom.[175] Windscheid wys daarop dat enkele skrywers ontken dat lewering die vorm is waarin die saaklike ooreenkoms gegiet word. Hierop reageer hy soos volg:[176]

> Die wesenlike is, dat ingesien word dat *traditio*, dit is die bewustelike teweegbring van fisiese (liggaamlike) verhoudings, nie iets bykomends tot die saaklike ooreenkoms is wat dit voltooi nie, maar dat dit die noodwendige uitdrukking van die saaklike ooreenkoms is. Dit is die saaklike ooreenkoms; ook wanneer die saaklike ooreenkoms lewering voorafgaan, word dit in *traditio* herhaal; die saaklike ooreenkoms wat nie in die verskaffing van fisiese beheer (*traditio*) tot uitdrukking kom nie het geen juridiese betekenis nie, dit het hoogstens verbintenisregtelike gevolge.[177]

Fisiese beheer word verkry deurdat die verkryger op enige van die erkende wyses beheer oor die saak vestig, met die bedoeling om die saak toe te eien.[178] Indien die saak reeds in beheer van die verkryger is (*traditio*

---

174 Raadpleeg Ranieri *Abstrakte Übereignung* 107 vn 89.

175 Windscheid *Pandektenrechts* I 509-510: "Der auf das Geben und Nehmen des Rechts an der Sache gerichtete Wille muß seinen Ausdruck finden in den Geben und Nehmen des Körpers der Sache." ["Die bedoeling wat op die oordrag en ontvangs van die reg op 'n saak gerig is, moet tot uitdrukking kom in die fisiese oordrag en ontvangs van die saak" (eie vertaling)].

176 Windscheid se antwoord is nie in alle opsigte bevredigend nie. Dit is bv moeilik om in te sien hoedat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra verbintenisregtelike gevolge kan hê. Die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms en lewering (*traditio*) is ook nie baie duidelik nie, maar dit word vir die oomblik daar gelaat.

177 Windscheid *Pandektenrechts* I 510 vn 3 (eie vertaling): "Das Wesentliche ist, daß anerkant werde, daß die Tradition, d.h. das willentliche herbeiführen eines tatsächlichen (körperlichen) Verhältnisses, nicht etwas zu dem Eigentumsübertragungsvertrag hinzukommendes, denselben Vollendendes, sondern der notwendige Ausdruck deselben ist. Sie ist der Eigentumsübertragungsvertrag; auch wenn der Eigentumsübertragungsvertrag der Tradition vorhergeht, wird er in der Tradition wiederholt, und der nicht in der Tradition ausgedrückte Eigentumsübertragungsvertrag ist ohne alle rechtliche Bedeutung, oder hat höchstens obligatorische Wirkung". Hy wys verder daarop dat handelings- en vervreemdingsbevoegdheid daarom op die tydstip waarop die verkryger fisiese beheer neem aanwesig moet wees.

178 Windscheid *Pandektenrechts* I 436 (eie vertaling): "Der Besitz ... wird dadurch erworben, daß der Aneignungswille in dem haben der thatsachlichen Gewalt *verwirklicht* ist." ["Besit word verkry deurdat die toe-eieningswil in die verkryging van fisiese beheer verwesenlik word"]. Dit is volgens Windscheid *Pandektenrechts* I 443 nie nodig dat die verkryger die bedoeling moet hê om die saak vir sigself (asof dit sy

brevi manu), is dit nie nodig dat die saak heen en weer oorgedra word nie. Die verkryger verkry beheer, deurdat hy die saak met die toestemming van die vervreemder behou.[179] In geval van *constitutum possessorium*,[180] verkry die vervreemder beheer sodra hy begin om die saak namens die verkryger te hou.[181] Al wat nodig is, is die wilsverklaring deur die persoon wat fisies in beheer is, naamlik dat hy voortaan fisiese beheer namens iemand anders uitoefen (welke verklaring na buite openbaar gemaak moet word).[182] Die blote verklaring: "Ek verklaar dat ek fisiese beheer voortaan namens B uitoefen" is wel voldoende om besit oor te dra, maar dit is nie voldoende om eiendomsreg oor te dra nie.[183] So 'n wilsverklaring sal slegs oordrag van eiendomsreg tot gevolg hê, indien fisiese beheer ingevolge 'n *causa detentionis* uitgeoefen word.[184]

Wat betref die verband tussen die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste, vereenselwig Windscheid hom met die konstruksie van die uitwendige abstraksie - die saaklike ooreenkoms is nie van 'n geldige voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms afhanklik nie.[185] Die saaklike ooreenkoms is volgens Windscheid 'n formele ooreenkoms (of "reiner abstracter Vertrag"), in teenstelling met 'n materiële ooreenkoms (of "individuell charakterisierter Vertrag"). Dit wil sê, die saaklike ooreenkoms bestaan onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms, dit is 'n selfstandige regshandeling:

> *Traditio* is 'n sogenaamde formele handeling, nie 'n materiële handeling nie. Die bedoeling opsigself het regsgevolge, nie die bedoeling in same-

---

eie is) te besit nie. Raadpleeg ook Windscheid *Pandektenrechts* I 438 vn 8 waar hy van Savigny verskil betreffende die omskrywing van besit.

179 Windscheid *Pandektenrechts* I 442-443, 519-520.

180 *Constitutum possessorium* is algemeen aanvaar as wyse waarop fisiese beheer en eiendomsreg oorgedra kon word. Windscheid *Pandektenrechts* I 449-450 vn 8 b.

181 Die besitswil hoef dus nie met die verkryging van fisiese beheer gepaard te gaan nie, dit kan eers daarna tot stand kom. Windscheid *Pandektenrechts* I 448-449. In hierdie geval is dit sy bedoeling om fisiese beheer namens iemand anders uit te oefen. Windscheid *Pandektenrechts* I 519-520.

182 Die ander persoon moet 'n ooreenstemmende bedoeling hê.

183 Ook die volgende verklaring "ek dra hiermee besit aan B oor", is nie voldoende om eiendomsreg oor te dra nie. Windscheid *Pandektenrechts* I 450-451 vn 8 c, 519-520 verwerp die standpunt dat hierdie verklarings voldoende is om eiendomsreg oor te dra, selfs al het dit in die regspraak aanhang gevind.

184 Soos byvoorbeeld dat die saak aan hom verhuur is of in bruikleen aan hom oorhandig is, of in geval van *socius omnium bonorum*.

185 Eiendomsreg sal oorgaan selfs al bestaan daar geen verbintenisskeppende ooreenkoms nie.

> hang met die oogmerk wat die partye met die grondliggende ooreenkoms nastreef nie.[186]
>
> By ooreenkomste van die tweede soort (dit is die formele regshandeling), sluit die partye die oogmerk wat hulle met die verbintenisskeppende ooreenkoms nastreef uit van enige invloed op die bestaan van die verpligting, sowel as van die inhoud van die prestasie.[187]

In geval van die materiële handeling, soos 'n lening en koopkontrak, is die grondslag van die ooreenkoms (of die rede waarom die partye hulle verbind) 'n integrale deel van die kontrak. Dit is deurslaggewend vir die vraag of 'n geldige ooreenkoms tot stand gekom het.[188] In geval van die formele handeling, is 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa praecedens* of *iusta causa*) nie 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie. Die oogmerk wat met die ooreenkoms nagestreef word en die rede waarom die saak gelewer word, het geen invloed op die vraag of die ooreenkoms geldig is, al dan nie. Die deurslaggewende vraag is of lewering plaasvind met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Die funksie van die verbintenisskeppende ooreenkoms is dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, daaruit afgelei word. Indien dit egter vasstaan dat die partye wel die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, soos in geval van die skenking van hand tot hand, is dit nie nodig om op die omringende omstandighede of die grondliggende ooreenkoms terug te val nie:

> Die rede (*causa*) vir *traditio*[189] is bewys van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, dit is nie 'n vereiste vir die regsgeldigheid daarvan nie.[190]

---

186 Windscheid *Pandektenrechts* I 516 vn 16 a (eie vertaling): "Die Tradition ist sog. Formal-, nicht Materialakt (vgl. II §318, 319); Der Wille als solcher erzeugt rechtliche Wirkung, nicht der Wille in Verbindung mit seinem Bestimmingsgrund". Verder Brandt *Eigentumserwerb* 74-75; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 92; Hammen *Savigny* 156.

187 Windscheid *Pandektenrechts* II 202 (eie vertaling): "... bei Verträgen der zweiten Art schließen die Parteien den Bestimmungsgrund des Versprechens von allem maßgebenden Einfluß auf die Existenz der Verpflichtung wie auf den Leistungsinhalt aus". Verdere voorbeelde van 'n formele regshandeling, is die blote belofte om te presteer en erkenning van skuld. Raadpleeg ook Windscheid *Pandektenrechts* II 340.

188 Die koper verbind homself om 'n bedrag geld te betaal omdat hy die koopsaak ontvang; die persoon wat 'n bedrag geld as lening ontvang, verbind hom om 'n bedrag terug te betaal omdat hy die geld ontvang het. Sien Windscheid *Pandektenrechts* I 199 vn 2, 202.

189 Hy verwys hier na die verbintenisskeppende ooreenkoms.

190 Windscheid *Pandektenrechts* I 516 vn 16 a (eie vertaling): "Der Bestimmungsgrund der Tradition ist Erkenntnisquelle für den Eigentumsübertragungswillen, nicht dasjenige, was ihm erst rechtlichen Bestand gibt". Windscheid beroep hom op *Institutiones* 2.1.40. Sien Windscheid *Pandektenrechts* I 509-511 vn 5.

> Hierdie teks[191] het die geval in gedagte waar die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, duidelik blyk uit die feitlike omstandighede wat *traditio* voorafgaan. Sulke omstandighede is egter nie noodsaaklik nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang kan vasstaan, selfs sonder 'n voorafgaande ooreenkoms, soos in geval van die handskenking.[192]

Soos Savigny,[193] is ook Windscheid dus van oordeel dat die begrip *iusta causa* verwys na die omstandighede waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, afgelei kan word. Dat 'n *iusta causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* is nie, blyk uit die voorbeeld van die skenking van hand tot hand.[194]

Wat dwaling betref, onderskei Windscheid tussen wesenlike en nie-wesenlike dwaling. Die volgende gevalle word onder wesenlike dwaling tuisgebring:[195] dwaling betreffende die aard van die regshandeling wat tot stand kom (*error in specie contractus*), dwaling betreffende die persoon (*error in persona*), dwaling betreffende die voorwerp (*error in subjecto*) en sekere gevalle van dwaling betreffende eienskappe van die saak (*error in substantia*). Windscheid kritiseer Savigny se gebruik van die begrip onegte dwaling omdat dit onvanpas is.[196] Hy meen egter dat die onderskeid wat Savigny maak tussen onegte dwaling en dwaling in die beweegrede, meriete het:

> Savigny noem hierdie gevalle van dwaling daarom onegte dwaling, maar dit is klaarblyklik onvanpas; 'n onegte dwaling is 'n dwaling wat slegs skynbaar 'n dwaling is, dit is nie 'n dwaling wat bloot skynbaar bepaalde regsgevolge teweegbring nie. Soos voorheen, meen ek dat die onderskeid tussen die sogenaamde onegte dwaling en dwaling in die beweegrede, die enigste korrekte grondslag is vir 'n aanvaarbare teorie betreffende dwaling en dit is

191 Dit is *Digesta* 41.1.31 *pr* wat 'n *iusta causa* vir die oordrag van eiendomsreg vereis.

192 Windscheid *Pandektenrechts* I 511 vn 5 (eie vertaling): "Diese stelle denkt an den nächstliegenden Fall, wo der Eigenthumsübertragungs und Eigenthumserwerbswille durch eine der Tradition vorangehende Tatsache außer Zweifel gestellt ist. Notwendig ist dies aber *nicht; jener Wille kann feststehen auch ohne causa praecedens*, wie beim handgeschenk".

193 Sien hfst 10.3.4.

194 Omdat 'n *causa* nie 'n vereiste is nie, maak Windscheid nie meer uitdruklik melding van die begrip *iusta causa* nie. Hofmann *Titulus und Modus* 68; Brandt *Eigentumserwerb* 75.

195 Dit is die gevalle wat Savigny as onegte dwaling aandui, waar die verklaarder 'n verklaring aflê wat nie ooreenstem met sy werklike bedoeling nie en hy nie daarvan bewus is nie. Die regshandeling is nietig omdat hy nie die bedoeling het om die betrokke regshandeling wat uit sy verklaring na vore kom aan te gaan nie, of omdat daar weens dwaling geen wilsooreenstemming is nie. Windscheid *Pandektenrechts I* 194-199, 206-207.

196 'n Onegte dwaling verwys volgens Windscheid na 'n skynbare dwaling, dit is nie werklik 'n dwaling nie.

> een van die grootste verdienstes van Savigny dat hy hierdie onderskeid getref het.[197]

Die onderskeid tussen wesenlike dwaling (onegte dwaling) en nie-wesenlike dwaling (soos dwaling in die beweegrede), is daarin geleë dat die betrokke regshandeling in eersgenoemde gevalle nietig is, maar nie in laasgenoemde geval nie.[198] Ook in geval van bedrog, is die regshandeling nie nietig nie, maar die persoon wat bedrieg is, het die *exceptio doli* tot sy beskikking, of hy kan herstel in die vorige toestand eis.[199] Dit is verder van belang om daarop te let dat Windscheid tussen nietigheid en aanvegbaarheid (vernietigbaarheid) van regshandelinge onderskei:

> 'n Regshandeling kan op so 'n wyse ongeldig wees dat die regsgevolge wat daardeur beoog word, glad nie intree nie, asof dit nie gesluit is nie; so 'n regshandeling noem mens 'n nietige regshandeling. 'n Regshandeling kan egter ook ongeldig wees op so 'n wyse dat die beoogde regsgevolge weliswaar intree, maar dit nie in staat is om die feitlike toestand wat met die regsgevolge ooreenstem, teweeg te bring of in stand te hou nie. ... Indien die regshandeling nie nietig is nie, is optrede in elk geval dus noodsaaklik om die regsgevolge daarvan ongedaan te maak, terwyl sodanige optrede in geval van nietige regshandelinge nie net onnodig is nie, dit is selfs nie denkbaar is nie.[200]

---

197 Windscheid *Pandektenrechts* I 199 vn 1 (eie vertaling): "Savigny nennt deßwegen diesen Irrthum 'unächten Irrthum', offenbar unpassend; ein unächten Irrthum ist ein Irrthum, welcher nur scheinbar ein irrthum ist, nicht aber ein Irrthum, welcher nur scheinbar eine gewisse rechtliche Wirkung ausübt. Die unterscheidung selbst zwischen diesen s.g unächten Irrthum und dem irrthum im Beweggrund halte ich nach wie vor für die allein richtige Grundlage einer befriedigenden Theorie vom Irrthum und ihre Feststellung für eines der schönsten Verdienste Savigny's".

198 Die onderskeid het in die eerste plek ten doel om die vraag te beantwoord of dwaling tot gevolg het dat die hele regshandeling, of slegs enkele gedeeltes daarvan nietig is. Windscheid wys nietemin daarop, dat dit gebruiklik is om die terme aan te wend ten einde te onderskei tussen gevalle waar dwaling nietigheid tot gevolg het en daardie waar dit nie die geval is nie. Windscheid *Pandektenrechts* I 198 ev (let veral op 201 vn 9).

199 'n Soortgelyke posisie heers tov vreesaanjaging en dwang. Windscheid *Pandektenrechts* I 209, 213 ev.

200 Windscheid *Pandektenrechts* I 171-172; 219-222 (eie vertaling): "Entweder nämlich ist ein Rechtsgeschäft ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung gar nicht erzeugt, ebenso wenig, als wäre es nie abgeschlossen worden; ein solches Rechtsgeschäft nennt man ein nichtiges Rechtsgeschäft. Oder ein Rechtsgeschäft ist ungültig in der Weise, daß es die von ihm beabsichtigte rechtliche Wirkung zwar erzeugt, dieselbe sich aber als unfähig erweist, den ihr entsprechenden thatsächlichen Zustand herbeizuführen oder zu erhalten. ... Jedenfalls ist also, wenn das Rechtsgeschäft nicht nichtig ist, eine Reaction gegen dasselbe erforderlich, um seine Wirksamkeit auszuschließen, während eine solche Reaction bei dem nichtigen rechtsgeschäfte nicht nur nicht nöthig, sondern nicht einmal denkbar ist".

Nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms verhinder egter nie dat eiendomsreg oorgaan nie,[201] maar die vervreemder het 'n *condictio* tot sy beskikking.[202] Aangesien die *saaklike ooreenkoms* self ook moet voldoen aan die algemene vereistes wat op alle regshandelinge van toepassing is, kan nietigheid van die saaklike ooreenkoms (byvoorbeeld weens 'n wesenlike dwaling) wel tot gevolg hê dat eiendomsreg nie oorgaan nie. Indien die vervreemder byvoorbeeld dwaal ten opsigte van die identiteit van die verkryger (*error in persona*), of indien een of beide partye dwaal betreffende die saak wat oorgedra word (*error in corpore*), sal die saaklike ooreenkoms nietig wees. Dwaling in die beweegrede is egter nie wesenlik nie en dit sal dus ook nie nietigheid tot gevolg hê nie. Indien die partye dwaal betreffende die grondslag uit hoofde waarvan oorgedra word, sal eiendomsreg wel oorgaan (indien die vervreemder die saak byvoorbeeld oordra terwyl hy bedoel om te skenk en die verkryger ontvang die saak met die bedoeling dat dit aan hom geleen word – *error in causa*).[203] Soos reeds aangetoon, is die saaklike ooreenkoms in stryd met 'n wetlike verbod nietig, met die gevolg dat eiendomsreg nie oorgaan nie. 'n Wetlike verbod op vervreemding het egter nie noodwendig tot gevolg dat die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is nie. Dit verskil van geval tot geval.[204]

11.3 Aanvaarding van Savigny se teorie in die regspraak

Die leer van *titulus* en *modus acquirendi* is tot laat in die negentiende eeu nog in die Duitse regspraak toegepas. In 1880 beslis die *Reichsgericht* byvoorbeeld, dat die vraag of eiendomsreg oorgaan, afhanklik is van die

201 Die twee ooreenkomste bestaan onafhanklik van mekaar met die gevolg dat gebreke in die verbintenisskeppende ooreenkoms gewoonlik nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie.

202 Sien Windscheid *Pandektenrechts* I 208 vn 3 - 209. Volgens Savigny was die aediliese aksies ook in geval van dwaling tot die verkryger se beskikking, maar Windscheid meen dat Savigny verkeerd is. In geval van die aediliese aksies is die grondslag vir die aksie die koopkontrak.

203 Die voorbeeld van skenking-lening word deur Windscheid beskou as 'n geval van dwaling in die beweegrede, wat nie wesenlik is nie. Windscheid *Pandektenrechts* I 201 vn 9, 208, 514-515 vn 15. In sekere gevalle is dit egter *indirect unwirksam*, in welke geval die regshandeling nie afgedwing kan word nie en dit wat reeds gelewer is, terug gevorder kan word.

204 Windscheid *Pandektenrechts* I 521 vn 1 (eie vertaling): "... während nach meiner Ansicht es zwar sehr nahe liegt, daß das gesetz sich diese Tragweite habe beilegen wollen, aber doch möglicherweise auch das Gegenteil gewollt sein kann".

geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms[205] en in 1888 word die stelling aangetref dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra, nie voldoende is vir die oorgang van eiendomsreg nie.[206] Hierdie toedrag van sake, kan toegeskryf word aan die invloed van die Natuurregtelike Kodifikasies en die feit dat die leer van *titulus* en *modus acquirendi* in die *Preußischen Algemeinen Landrecht* (*ALR*) opgeneem is, wat in die negentiende eeu nog in Duitsland van toepassing was.[207]

Uit 'n ondersoek van Scheuermann, blyk dat Savigny se teorie teen die middel van die negentiende eeu (1866) in slegs drie beslissings nagevolg is.[208] Mettertyd het sy teorie egter al hoe meer aanhang in die howe geniet. Daar is byvoorbeeld beslis dat lewering slegs oorgang van eiendomsreg tot gevolg het, indien dit gepaard gaan met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Daar moet dus 'n selfstandige saaklike ooreenkoms wees, wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is en wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word. Oordrag van eiendomsreg is onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms. Die geldigheid van laasgenoemde ooreenkoms is nie ter sake nie.[209] Ook Savigny se siening, naamlik dat die *iusta causa* verwys na feite waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word, word aanvaar.[210]

Afgesien daarvan dat Savigny se teorie in die regsliteratuur aanhang gevind het, het die inwerkingtrede van die *Preußischen Eigentumserwerbs-*

---

205 *RG* 9.1 1880 *Seuferts Archiv* 34 no 99 op 143 in Hammen *Savigny* 157 vn 83.

206 *OLG Kiel* 1.11 1888 *Seuferts Archiv* 45 no 78 op 136 in Hammen *Savigny* 157 vn 82.

207 Selfs nog in 1896 bevind die *Reichsgericht* daarom dat Savigny se teorie nie toegepas kan word nie aangesien dit in stryd is met die *Preußischen Allgemeines Landrecht* (*ALR*). Raadpleeg *RG JW* 1896 op 211 no 47; *RG JW* 1896 212 en *RG* 5 287 in Hammen *Savigny* 156 vn 70 en 76. Verder Ranieri *Abstrakte Übereignung* 93; Brandt *Eigentumserwerb* 113-114.

208 Sien Scheuermann *Einflüsse* 96 en veral 100-103, Ranieri *Abstrakte Übereignung* 93-94 en Hammen *Savigny* 156 vn 79 waar na die betrokke sake verwys word.

209 Raadpleeg Hammen *Savigny* 157 (vn 86 en 87), 158.

210 Hammen *Savigny* 157 (vn 84, 85), Ranieri *Abstrakte Übereignung* 94 en Brandt *Eigentumserwerb* 115 verwys na die volgende regspraak waar Savigny se teorie toegepas is: *OAG Rostock* 5.11 1863 in *Seuferts Archiv* Band 19 no 122 op 197; *RG* 21.6 1895 in *Seuferts Archiv* Band 54 no 6 op 13; *Obergerichts Wolfenbüttel* 27.2/13.3 1866 in *Seuferts Archiv* Band 22 1869 no 17 op 30 ev; 1 *Zivilsenat* 9.10.1880 *RGZ* 2 op 168 ev; 1 *Zivilsenat* 10.1.1885 *RGZ* 13 200.

gesetz van 1872[211] en die *Sächsischen bürgerlichen Gesetzbuch* waarin Savigny se teorie opgeneem is, meegewerk tot die aanvaarding van sy teorie in die regspraak.[212] 'n Verdere faktor wat die aanvaarding van Savigny se teorie in die regspraak moontlik gemaak het, is die feit dat skrif in die Pruisiese reg 'n vereiste vir sekere ooreenkomste was, hoofsaaklik ter wille van belastingdoeleindes. Indien die vereistes nie nagekom is nie, was die ooreenkoms nietig.[213] Daar word egter beslis dat eiendomsreg nieteenstaande die feit dat die vormvereiste nie nagekom is nie, tog oorgaan, maar dat die vervreemder 'n verrykingsaksie tot sy beskikking het.[214] Aangesien die ooreenkoms met Savigny duidelik is, was dit nie moeilik om hierdie benadering met sy teorie te versoen nie.[215] Teen die einde van die negentiende eeu word Savigny se teorie bykans konsekwent deur die howe toegepas.[216]

11.4 Die opname van Savigny se teorie in die negentiende eeuse kodifikasies

Die konsep voorstelle betreffende die kodifikasies van verskeie gebiede van die Duitse Ryk, wat in die middel van die negentiende eeu die lig gesien het en wat die *BGB* voorafgegaan het, het steeds die leer van *titulus* en *modus acquirendi* en dus 'n kousale stelsel van eiendomsoorgang voorgestaan.[217] In hierdie opsig word aansluiting gevind by die *Preußischen Allgemeinen Landsrecht* (*ALR*) van 1874[218] en die *Öster-*

211 Die reëls wat op die oordrag van onroerende goed van toepassing was, het dus 'n belangrike rol gespeel by die aanvaarding van Savigny se teorie. Brandt *Eigentumserwerb* 111-116.

212 Sien die bespreking hieronder in hfst 11.4.

213 Ten einde uitbuiting van onskuldige persone en onbillikhede te voorkom, word tussen materiële en formele nietigheid onderskei.

214 Raadpleeg Brandt *Eigentumserwerb* 111.

215 Veral die feit dat Savigny se teorie met die bestaan van die *condictiones* versoenbaar is, het 'n belangrike rol gespeel. Brandt *Eigentumserwerb* 111.

216 Ranieri *Abstrakte Übereignung* 94.

217 §338 van die *Entwurf Königreich Sachsen* 1852 lui bv soos volg: "Zur Übertragung des Eigentums von dem bisherigen auf einen neuen Eigentümer wird ein dazu geeigneter Titel und Übergabe der Sache erfordert" [" 'n Geskikte titel en lewering van die saak word vereis vir die oordrag van eiendomsreg van die huidige eienaar na die nuwe eienaar" (eie vertaling)]. Verder Hammen *Savigny* 158. Sien ook die *Entwurf Großherzogthum Hessen* 1845 in Ranieri *Abstrakte Übereignung* 94.

218 Sien *Preußischen Allgemeines Landrecht* (*ALR*) I.2 §131 ev; *ALR* I.9 §2 en §3 in Hammen *Savigny* 151 en *ALR* I.10 §1 in Dondorp en Schrage *Levering* 96 vn 33.

reichischen Allgemeinen Bürgerliche Gesetzbuch (*ABGB*) van 1811,[219] wat nog nie iets soos die saaklike ooreenkoms geken het nie. Eiendomsreg word hier oorgedra deur die verskaffing van fisiese beheer, mits dit geskied uit hoofde van 'n geldige titel. Lewering is bloot vervulling van die grondliggende ooreenkoms, dit is nie 'n selfstandige ooreenkoms nie.[220]

Latere konsepte en finale kodifikasies van dieselfde en ander gebiede, het egter van die leer van *titulus* en *modus acquirendi* afgesien en Savigny se teorie van die saaklike ooreenkoms ingevoer. Die tweede ontwerp vir die Saksiese wetboek van 1860 bepaal dat 'n *iusta causa* nie 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg deur *traditio* is nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, is voldoende.[221] Die *Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch* van 1863 (wat afwyk van die konsep van 1852) bepaal onder andere, dat eiendomsreg op roerende sake oorgedra word, indien die vervreemder die saak lewer met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en die verkryger lewering aanvaar met die bedoeling om eiendomsreg te ontvang.[222] Alhoewel hierdie wet nie die begrip *saaklike ooreenkoms* gebruik nie, is dit nietemin duidelik dat dit op die abstraktheidsbeginsel gegrond is.[223] Savigny se teorie het egter in geen ander

---

219 §424 en §425 *ABGB*. Raadpleeg Swoboda *Gesetzbuch* 238; Ehrenzweig *Privatrechts* 1.2 180; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 124.

220 Alhoewel die leer van *titulus und modus acquirendi* in die *ALR* en die *ABGB* opgeneem is, het die Pandektiste wat verklarings op hierdie wetboeke geskryf het, nietemin die konstruksie van die saaklike ooreenkoms aanvaar. Ranieri *Abstrakte Übereignung* 92.

221 Ingevolge §267 van die ontwerp, gaan eiendomsreg egter nie oor nie indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is. Dwaling betreffende die aard van die regshandeling, verhinder egter nie dat eiendomsreg oorgaan nie. Vergelyk verder ook die *Entwurf Königreich Bayern* 1864 wat bepaal dat eiendomsreg in geval van onverskuldigde betaling en dwaling betreffende die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word, wel oorgaan omdat beide partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die betrokke artikels word aangehaal in Ranieri *Abstrakte Übereignung* 95. Verder Brandt *Eigentumserwerb* 110; Hammen *Savigny* 159.

222 §253 van die *Bürgerliches Gesetzbuch für das Königsreich Sachsen* 1863 lui soos volg: "Durch Übergabe wird das Eigentum einer beweglicher Sache erworben, wenn der Besitz derselben in der Absicht, Eigentum zu übertragen, übergeben wird." ["Eiendomsreg op roerende sake word deur lewering verkry indien besit van die saak oorgedra word met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, sonder dat 'n *iusta causa* vereis word" (eie vertaling)]. Verder Hammen *Savigny* 158; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 95; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 108 (vir meer inligting ivm die Saksiese wetboek).

223 Sien Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 129. Buschmann 1980 *JuS* 555, 557 spreek die mening uit dat hierdie wetgewing oorhaastig opgestel is, dat dit nie behoorlik

Europese kodifikasie neerslag gevind nie. Die gedagte van die saaklike ooreenkoms word byvoorbeeld nie in die *Switserse Zivilgesetzbuch* van 1907, die Nederlandse *Burgerlijke Wetboek* van 1838, die Franse *Code Civil* van 1804 of die *Sale of Goods Act* van 1893 in Engeland aangetref nie.

11.5 Die Deutsche Bürgerliche Gesetzbuch

In 1874 word 'n voorlopige kommissie aangestel om verslag te doen oor die moontlike kodifikasie van die Duitse privaatreg. Op aanbeveling van hierdie kommissie, word daar in 1881 'n verdere kommissie aangestel (dit staan later bekend as die eerste kommissie), met die opdrag om 'n ontwerp wetboek voor te berei. Hierdie kommissie vergader onder voorsitterskap van Pape en bestaan uit elf lede, onder andere Windscheid, Planck en Johow.[224] In 1888 word die eerste ontwerp tesame met vyf volumes *Motiven* gepubliseer. Aangesien hierdie ontwerp 'n produk van die regswetenskaplike positivisme was, het dit heftige kritiek uitgelok. Die kritiek was, onder andere, dat die sisteem doktrinêr is, dat daar te veel kruisverwysings is, dat dit lewensvreemd is en uit voeling met die behoeftes van die Duitse volk.[225] Daar word nietemin aanvaar dat die ontwerp 'n geskikte grondslag is, waarop voortgebou kan word. In 1890 word 'n tweede kommissie aangestel, met die opdrag om 'n nuwe ontwerp voor te berei en in 1895 word 'n tweede wetsontwerp aan die *Bundesrat* voorgelê. Na geringe wysigings word dit in 1896 as die derde ontwerp aan die *Reichstag* voorgelê, wat dit op 18 Augustus 1896 as wet, naamlik die *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*) gepromulgeer het.[226] Dit het op 1 Januarie 1900 in werking getree. Die *BGB* vertoon sterk Romanistiese kenmerke en die

---

beredeneer is nie en dat daar nooit ooreengekom is dat die teorie van die saaklike ooreenkoms in die wetboek opgeneem moet word nie.

224 Schubert *Entstehung* 13, 18; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 468-469; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 263.

225 Schubert *Entstehung* 34, 35 ev; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 469-470; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 112-113; Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 263. Veral Gierke het skerp te velde getrek teen hierdie ontwerp in sy *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht* (1888-1889).

226 Schubert *Entstehung* 45 ev, 55-56; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 372-374; Schlosser *Privatrechtsgeschichte* 114-115.

Pandektiste se sistematiek en benadering kom duidelik na vore.[227] Johow, 'n raadslid van die *Obertribunal*, is deur die eerste kommissie aangewys om die sakereg gedeelte van die eerste ontwerp voor te berei. Sy voorstel betreffende oordrag van eiendomsreg word in §132 en §133 van sy voorontwerp aangetref:[228]

> Oordrag van eiendomsreg op roerende sake word bewerkstellig deur lewering van die saak deur die eienaar aan die verkryger, met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra.[229]
>
> Die oorgang van eiendomsreg in geval van §132, word nie verhinder deur die feit dat die partye nie eensgesind is rakende die grondslag van die oordrag nie en ook nie deur die foutiewe veronderstelling rakende 'n ooreenkoms wat tot oordrag verplig nie.[230]

Johow aanvaar die teorie dat eiendomsreg oorgedra word deur 'n inhoudelik abstrakte saaklike ooreenkoms, wat bestaan uit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (inhoud) en lewering (wat die vorm is waarin die bedoeling om eiendomsreg oor te dra tot uitdrukking kom). Die saaklike ooreenkoms is niks anders nie as 'n afsonderlike ooreenkoms, wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word. Vorm en inhoud moet gelyktydig teenwoordig wees; dit wil sê, die saaklike ooreenkoms kom regtens eers tot stand op die tydstip waarop beide elemente saamval. Verder is hy van oordeel dat die *iusta causa* nie die verbintenisskeppende ooreenkoms is nie, maar wel die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Die verbintenisskeppende ooreenkoms is nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie, dit openbaar slegs die oordragsbedoeling. Die verbintenisskeppende ooreenkoms hoef gevolglik ook nie geldig te wees nie, eiendomsreg sal oorgaan selfs al is die ooreenkoms nie geldig nie. Indien dit nie so is nie, dan sou die *condictiones*

---

227 Die sistematiek is dieselfde as dié wat deur Gustav Hugo en Savigny gevolg is. Dit bestaan uit vyf dele, naamlik: (1) Algemene Deel (2) Verbintenisreg (3) Sakereg (4) Familiereg en (5) Erfreg. Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg* 263; Wieacker *Privatrechtsgeschichte* 376 ev.

228 Die voorontwerp het gedien as grondslag vir die samesprekings van die eerste kommissie.

229 §132 *Vorentwurf des Sachenrechts* aangehaal in Jakobs en Schubert *Beratung* I 583 (eie vertaling): "Das Eigenthum an einer beweglichen Sache wird im Falle der Uebertragung erworben durch die in dieser Absicht erfolgte Uebergabe der Sache von seiten des Eigenthümers an den Erwerber".

230 §133 *Vorentwurf des Sachenrechts* aangehaal in Jakobs en Schubert *Beratung* I 237 (eie vertaling): "Der Uebergang des Eigenthums wird in den Fällen des §132 nicht gehindert durch die Meinungsverschiedenheit der Betheiligten über den grund

geen bestaansreg gehad het nie. In hierdie opsig vereenselwig hy hom dus met die konstruksie van die uitwendige abstraksie. Johow verwerp die kritiek teen die konstruksie van die saaklike ooreenkoms.[231]

Dit is juis aan die voorontwerp van Johow te danke dat daar in die eerste kommissie bykans geen beredenerings gevoer is oor die beginsel van 'n abstrakte saaklike ooreenkoms nie. Die kommissie, wat onder invloed van die Pandektiste gestaan het, het met Johow se voorstelle akkoord gegaan en die standpunt ingeneem dat die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste van mekaar geskei moet word. Eiendomsreg word deur die saaklike ooreenkoms, wat as 'n ooreenkoms beskryf word, oorgedra. Die kommissie se voorstel word vervat in §874 van die eerste konsep:

> 'n Ooreenkoms tussen die eienaar en die verkryger wat tydens lewering aangegaan word, welke ooreenkoms die wilsverklarings van die partye bevat, naamlik dat eiendomsreg op die verkryger sal oorgaan, is 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op roerende sake. Die voorskrifte van §829 is dienooreenkomstig van toepassing.[232]
>
> Lewering van die saak is nie 'n vereiste nie indien die verkryger tydens sluiting van die ooreenkoms reeds in besit van die saak is.[233]

In die eerste konsep word voorts bepaal dat die geldigheid van die saaklike ooreenkoms, nie beïnvloed word deur die feit dat die partye verskillende regsgronde (*causae*) vir lewering in gedagte gehad het nie. Dit word ook nie beïnvloed nie deur die feit dat die regsgrond wat hulle in gedagte gehad het, nie bestaan nie, of nietig is:

> Die aanduiding van die regsgrond is nie 'n vereiste vir die geldigheid van die ooreenkoms waarna in §828 verwys word nie. Die geldigheid van die ooreenkoms word nie geraak deurdat die partye verskillende regsgronde

---

der Uebertragung, auch nicht durch die irrige Voraussetzung eines zu der Uebertragung Verpflichtenden Rechtsgeschäftes".

231 Raadpleeg Johow *Entwurf* 1 635-639; II 740, 754 ev; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 135.

232 §874 I *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung* (eie vertaling): "Zur Uebertragung des Eigenthumes an einer beweglichen Sache durch Rechtsgeschäft ist ein zwischen dem Eigenthümer und dem Erwerber unter Uebergabe der Sache zu schließender Vertrag erforderlich, welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält, daß das Eigenthum auf den Erwerber übergehen soll. Die Vorschriften des §829 finden entsprechende Anwendung".

233 §874 III *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung* (eie vertaling): "Die Uebergabe der Sache ist nicht erforderlich, wenn der Erwerber sich bei Schließung des Vertrages bereits im Besitz der Sache befindet".

> veronderstel het nie, of dat die regsgrond wat hulle veronderstel het, nie bestaan nie, of ongeldig is.[234]

Die volgende aspekte is opvallend:[235] (1) die abstraktheidsbeginsel word as 'n onbetwisbare vanselfsprekendheid aanvaar; (2) *traditio* (in die wye betekenis van die woord, naamlik oordrag van eiendomsreg) word as 'n ooreenkoms omskryf; (3) die voorskrifte van die algemene deel met betrekking tot regshandelinge is ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing; (4) eiendomsreg gaan oor indien die een party meen dat hy die saak as geskenk gee en die ander dit as 'n lening aanvaar; eiendomsreg gaan ook oor in geval van onverskuldigde betaling en selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms ongeldig; (5) die beginsel dat oordrag deur lewering plaasvind, word in stand gehou; (6) lewering is 'n element van die saaklike ooreenkoms. Indien lewering nie plaasgevind het nie, is geen bindende saaklike ooreenkoms voorhande nie; (7) in geval van *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium* word egter afgesien van die leweringsvereiste; al wat vereis word is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. In hierdie gevalle kan dus nie geargumenteer word dat verskaffing van fisiese beheer die vorm is waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom nie. Wat meer is, daar is per definisie ook geen geldige saaklike ooreenkoms nie. Die kommissie aanvaar nietemin dat dit voldoende is indien die twee elemente (fisiese beheer en bedoeling) op 'n stadium gelyktydig teenwoordig is, op welke tydstip die saaklike ooreenkoms tot stand kom.[236]

Die beginsel dat die saaklike ooreenkoms van die verbintenisskeppende ooreenkoms onafhanklik is, word ook in die tweede kommissie aanvaar,

---

234 §829 I *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung* (eie vertaling): "Zur Wirksamkeit des in §828 bezeichneten Vertrages ist die Angabe des Rechtsgrundes nicht erforderlich. Die Wirksamkeit des Vertrages wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Vertragschließenden verschiedene Rechtsgründe vorausgesetzt haben, oder daß der von ihnen vorausgesetzte Rechtsgrund nicht vorhanden oder ungültig war". Ook aangehaal in Jakobs en Schubert *Beratung* I 248.

235 Raadpleeg Jakobs en Schubert *Beratung* I 581-585; Schubert *Entstehung* 100-103, 144-145; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 96; Brandt *Eigentumserwerb* 116 ev; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 140-141.

236 Raadpleeg Jakobs en Schubert *Beratung* I 584; Schubert *Entstehung* 145. Die eerste kommissie gee nie verder aandag aan die vraag wat vorm is waarin die saaklike ooreenkoms in geval van lewering by wyse *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium* tot uiting kom nie. Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 142 ev.

sonder dat daar veel bespreking oor die aangeleentheid is.[237] Die kommissie sien egter af van die idee om die ooreenkoms om eiendomsreg oor te dra as 'n ooreenkoms te omskryf. In plaas daarvan om te praat van 'n "Vertrag ... welcher die Willenserklärung der Vertragschließenden enthält", word vereis dat die partye "darüber einig sind, daß das Eigenthum übergehen soll".[238] In die plek van §874 van die eerste ontwerp kom §842 wat soos volg lui:

> Vir die oordrag van eiendomsreg op roerende sake, word vereis dat die eienaar die saak aan die verkryger lewer en beide daaroor eenstemmig is dat eiendomsreg oorgaan. Indien die verkryger reeds in besit van die saak is, is wilsooreenstemming betreffende oordrag van eiendomsreg voldoende.[239]

Alhoewel wilsooreenstemming tussen eienaar en verkryger met betrekking tot die oordrag van eiendomsreg steeds vereis word, word die begrip *saaklike ooreenkoms* egter nie gebruik nie. Die aanbeveling van die eerste kommissie in hierdie verband, word dus nie aanvaar nie. Hierdie verandering in siening is te danke daaraan dat die vraag of die saaklike ooreenkoms 'n ooreenkoms is, die middelpunt van besprekings in die tweede kommissie was.[240] Die mening was dat dit aan die regswetenskap oorgelaat moes word om die juridiese konstruksie van die abstraktheidsbeginsel uit te werk.[241] Afgesien van wilsooreenstemming, word lewering ook vereis vir die oordrag van eiendomsreg. Lewering is egter nie 'n ele-

---

237 Ranieri *Abstrakte Übereignung* 96; Schubert *Entstehung* 161.

238 Hierdie begrip maak dit duidelik genoeg dat die sakeregtelike gebeurtenis van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word en dat die algemene beginsels wat vir regshandelinge geld ook op oordrag van toepassing is.

239 §842 *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Zweite Lesung* (eie vertaling): "Zur Uebertragung des Eigethums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigenthümer die Sache dem Erwerber übergiebt und beide darüber einig sind, daß das Eigenthum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Uebergang des Eigenthums". §829 van die eerste ontwerp, is deur die tweede kommissie geskrap aangesien die abstraktheidsbeginsel en die ander aspekte wat in die artikel gemeld word vanself-sprekend is. Sien Jakobs en Schubert *Beratung* I 250, 253. §842 word uiteindelik woordeliks in die *BGB* opgeneem as §929.

240 Die kommissie verwerp ook die beginsel in die *Code Civil* dat eiendomsreg reeds deur die verbintenisskeppende ooreenkoms (bv koopkontrak) oorgaan met 6 teen 5 stemme. Daar was voorts sterk meningsverskille oor die wyse waarop die vereiste van 'n abstrakte oordragsbedoeling in die wet tot uitdrukking gebring moes word.

241 Sien Achilles *Protokolle* III 59, 195-196; Jakobs en Schubert *Beratung* I 249, 584; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 146-147. Daar kan selfs geargumenteer word dat die tweede kommissie die gedagte dat die ooreenstemmende bedoelings om eiendomsreg oor te dra 'n ooreenkoms is, verwerp het. Raadpleeg Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 145 ev.

ment van die saaklike ooreenkoms waarin die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang openbaar gemaak word nie; dit is 'n selfstandige vereiste. Dit is dus nie die vorm waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom nie. Daar is dus twee afsonderlike vereistes vir die oordrag van eiendomsreg, naamlik wilsooreenstemming en lewering.[242]

11.6 Samevatting

Die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat die teorie van oordrag deur die saaklike ooreenkoms in beginsel deur die Pandektiste aanvaar is.[243] Die feit dat die teorie deur die regswetenskap aanvaar en selfs uitgebrei is, het bygedra tot die verdere ontwikkeling van die leerstuk en daartoe meegewerk dat dit ook in die regspraak toegepas is en uiteindelik in die *BGB* neerslag gevind het. Dit wil nou nie sê dat Savigny in alle opsigte slaafs nagevolg is nie. Alhoewel baie skrywers in belangrike opsigte van Savigny (en van mekaar) verskil het[244] en elkeen se siening slegs teen die agtergrond van sy eie unieke sisteem en gebruik van begrippe verstaan kan word, is dit tog moontlik om die volgende gemeenskaplikhede betreffende die konstruksie van die saaklike ooreenkoms uit te lig:

1. Eiendomsreg word oorgedra deur die saaklike ooreenkoms, wat inhoudelik onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms funksioneer.[245] Die inhoud van die saaklike ooreenkoms bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry (*animus transferendi et accipiendi dominii*).[246]

---

242 Achilles *Protokolle* III 196; Jakobs en Schubert *Beratung* I 592-596; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 158-159. Sien verder die volgende skrywers ivm die leweringsvereiste en die tweede kommissie se standpunt daaroor: Heck *Sachenrechts* 235, 241; Krause 1939 *AcP* 312, 313; Schubert *Entstehung* 155; Wacke *Besitzkonstitut* 3, 10, 31 ev.

243 Nie een van die skrywers het die teorie uitdruklik verwerp nie.

244 Uiteenlopende verklarings word byvoorbeeld aangetref om die verhouding tussen verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms te verklaar.

245 Volgens Puchta kan die bedoeling om eiendomsreg oor te dra egter nie van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak word nie, dit vorm deel daarvan.

246 Volgens Exner en Hofmann (sien hfst 11.1.2 hierbo) het die saaklike ooreenkoms egter 'n tweeledige inhoud, naamlik die *animus transferendi* en die doel wat met lewering nagestreef word, naamlik die *animus donandi, solvendi*, ens. Niemand dra 'n saak oor bloot ter wille daarvan om oor te dra nie, maar omdat hy 'n bepaalde oogmerk nastreef; byvoorbeeld omdat hy wil skenk, wil leen, 'n verpligting nakom ens. Ook Dernburg verskil wat betref die inhoud. Volgens hom bestaan die saaklike oor-

2. Afgesien van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, moet fisiese beheer aan die verkryger verskaf word. Lewering is egter nie 'n afsonderlike vereiste, naas die saaklike ooreenkoms nie, dit is die (sigbare) vorm waarin die saaklike ooreenkoms gegiet is. Dit is dus 'n formele handeling waarin die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, kenbaar gemaak word. Die tweede kommissie het egter van hierdie standpunt afgewyk. Lewering is nie die vorm van die saaklike ooreenkoms nie, dit is 'n afsonderlike vereiste. Die regshandeling waardeur eiendomsreg oorgedra word, bestaan uit twee selfstandige elemente, naamlik die saaklike ooreenkoms en lewering. Dit is ook die standpunt wat in die *BGB* neerslag gevind het.

3. Die saaklike ooreenkoms kom tot stand en eiendomsreg gaan op die verkryger oor, sodra fisiese beheer verskaf word met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry. Beide elemente (wilsooreenstemming en lewering) moet dus gelyktydig teenwoordig wees. Indien wilsooreenstemming voor lewering bereik word, kom die saaklike ooreenkoms eers tot stand wanneer lewering plaasvind, mits die partye op daardie stadium nog die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.

4. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, kan aan 'n voorwaarde of tydsbepaling onderwerp word. Die partye kan byvoorbeeld ooreenkom dat eiendomsreg eers sal oorgaan indien die volle koopsom betaal is, of hulle kan ooreenkom dat die verkryger onmiddellik eienaar word, maar dat dit weer op die vervreemder sal oorgaan indien die koopsom nie binne 'n bepaalde tyd betaal word nie.[247]

5. Die saaklike ooreenkoms is 'n selfstandige ooreenkoms aangesien dit bestaan uit twee ooreenstemmende wilsverklarings wat daarop gerig is om regsgevolge te weeg te bring. Gevolglik is die vereistes vir regshandelinge in die algemeen ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing. Die tweede kommissie besluit egter om nie die begrippe

---

eenkoms nie noodwendig uit die *animus transferendi* nie, die partye moet die bedoeling hê om fisiese beheer oor te dra en te verkry.

247 Eiendomsreg word voorbehou tot betaling van die volle koopsom. Dit is ook moontlik dat eiendomsreg aan 'n tydsbepaling onderwerp word. Windscheid *Pandektenrechts* I 516-519.

saaklike ooreenkoms of *kontrak* (*dingliche Vertrag*) in die *BGB* op te neem nie en volstaan met die vereiste dat die partye eensgesind moet wees daaroor dat eiendomsreg oorgaan. Gevolglik word die begrip *Einigung* in die *BGB* gebruik om die saaklike ooreenkoms aan te dui.

6. Die saaklike ooreenkoms moet aan die volgende vereistes voldoen ten einde geldig te wees:[248] (1) die saak moet vatbaar wees om oorgedra te word; (2) die oordraggewer en die verkryger moet handelingsbevoeg wees; (3) die vervreemder moet die bevoegdheid hê om die saak te vervreem. Dit wil sê dat hy, behoudens uitsonderings, eienaar van die saak moet wees en dat oordrag van eiendomsreg nie deur wetgewing of 'n regsreël verbied moet wees nie; (4) indien vormvereistes voorgeskryf is, moet daaraan voldoen word; (5) daar moet wilsooreenstemming wees dat eiendomsreg deur lewering oorgaan;[249] (6) fisiese beheer moet verskaf word.[250]

   Indien daar nie aan die voorvereistes vir 'n geldige regshandeling voldoen is nie, gaan eiendomsreg nie deur verskaffing van fisiese beheer op die verkryger oor nie aangesien geen geldige saaklike ooreenkoms tot stand kom nie. In besonder moet daarop gelet word, dat die saaklike ooreenkoms nietig sal wees indien oordrag plaasvind in stryd met 'n regsreël, 'n wetlike verbod en 'n regterlike verbod. Gebreke by wilsooreenstemming, soos byvoorbeeld 'n wesenlike dwaling,[251] kan ook tot gevolg hê dat die saaklike ooreenkoms nietig is. Dwaling in die beweegrede (soos onverskuldigde betaling, waar gedwaal word oor die bestaan van 'n verpligting om te lewer en dwaling betreffende

---

248 Nieteenstaande die feit dat die begrip *ooreenkoms* nie in die *BGB* gebruik word nie, aanvaar die tweede kommissie dat die algemene vereistes vir regshandelinge ook op oordrag van eiendomsreg, wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei word, van toepassing is.

249 Indien die partye nie werklik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie, soos wanneer hulle 'n skyn transaksie aangaan, kom geen geldige saaklike ooreenkoms tot stand nie.

250 Soos reeds aangetoon, het die tweede kommissie afgewyk van die standpunt wat by die *Pandektiste* aangetref word, naamlik dat lewering die vorm is waarin die saaklike ooreenkoms gegiet is. Ingevolge hierdie siening is lewering dus nie 'n vereiste vir die saaklike ooreenkoms nie.

251 Soos bv dwaling betreffende die persoon aan wie gelewer word (*error in persona*), dwaling betreffende die saak (*error in corpore*) wat oorgedra word.

die aard van die ooreenkoms uit hoofde waarvan gelewer word)[252] is egter nie wesenlik nie en verhinder daarom nie dat 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand kom nie. Eiendomsreg gaan oor omdat beide partye immers die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.[253]

7. Die saaklike ooreenkoms is 'n abstrakte (of formele) ooreenkoms. Dit is dus 'n selfstandige ooreenkoms wat, ook sover dit sy regsgevolge aangaan, van die grondliggende ooreenkoms uit hoofde waarvan gelewer word losgemaak is (uitwendige abstraksie). Eiendomsreg gaan oor, selfs al is daar geen verbintenisskeppende ooreenkoms nie (onverskuldigde betaling)[254] en selfs al is die ooreenkoms nie objektief geldig nie.[255] Die deurslaggewende vraag is of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, wat in isolasie of eensydig beoordeel moet word. Die rede waarom die saak gelewer word en die oogmerke wat die partye met lewering nastreef (wat uit die grondliggende ooreenkoms vasgestel kan word), word dus nie in aanmerking geneem nie. Dit wil egter nie sê dat die verbintenisskeppende ooreenkoms van geen waarde is nie. Die funksie daarvan is dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en die doel wat met lewering nagestreef word, daaruit afgelei kan word. Dit stel mens in staat om lewering, wat 'n dubbelsinnige handeling is, ten volle te kan verstaan en te begryp. Dit plaas lewering in die regte perspektief.

   Die abstraktheidsbeginsel word geregverdig op grond daarvan dat dit beskerming verleen aan *bona fide* derdes, wat nie bewus is van die nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie. Aangesien gebreke in die verbintenisskeppende ooreenkoms nie verhinder dat

252 Indien die vervreemder bv bedoel om geld te skenk, maar die verkryger neem dit as 'n lening aan. Die partye is nie eenstemmig betreffende die doel wat regtens met lewering nagestreef word nie.

253 In hierdie verband is dit insiggewend dat die voorstel van die eerste kommissie, soos vervat in §829 van die eerste ontwerp, deur die tweede kommissie geskrap is omdat dit vanselfsprekend is dat eiendomsreg in die omstandighede wat daar genoem word (onverskuldigde betaling en dwaling betreffende die grondslag uit hoofde waarvan gelewer word – *error in causa*) wel oorgaan.

254 Die abstrakte aard van *traditio* word geregverdig met verwysing na die bestaan van die *condictio indebiti*. Dieselfde argumente waarmee die Glossatore hulle standpunt betreffende die *putatiewe causa* regverdig het (sien hfst 3.6.2), kom ook hier na vore. Sien ook Brandt *Eigentumserwerb* 110.

eiendomsreg oorgaan nie, word die derde eienaar, selfs al het een van sy voorgangers die saak uit hoofde van 'n nietige *causa* verkry. Die vervreemder het slegs 'n verrykingsaksie teen die persoon aan wie hy oorgedra het.[256]

8. Die abstraktheidsbeginsel kan egter nie konsekwent toegepas word nie. Die partye kan byvoorbeeld oorgang van eiendomsreg afhanklik maak van die bestaan van 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, is ook nie altyd deurslaggewend nie. Indien lewering byvoorbeeld plaasvind ter nakoming van 'n ooreenkoms wat deur 'n wetsbepaling of regsreël verbied is, byvoorbeeld 'n skenking tussen gades, word aanvaar dat ook die saaklike ooreenkoms nietig is en dat eiendomsreg nie oorgaan nie.[257] Daar kan egter nie by die feit verby gekom word nie, dat die partye selfs in sulke gevalle nogtans die bedoeling mag hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.

9. Daar bestaan nie eenstemmigheid betreffende die betekenis van die *iusta causa* nie. Die verskille tussen Savigny en die skrywers van die *Pandektenwissenschaft* en tussen hierdie skrywers onderling, spruit voort uit die teenstrydige sienings betreffende die aard en betekenis van die *causa*-begrip. Die volgende standpunte word aangetref: (1) vir Windscheid verwys die begrip *iusta causa* na die omstandighede waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word;[258] (2) vir Puchta is die *iusta causa* die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, wat in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat is;[259] (3) vir Hofmann en Dernburg verwys die be-

---

255 Oorgang van eiendomsreg is nie afhanklik van die bestaan van 'n geldige voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms (*causa praecedens*) nie.

256 Regsekerheid lê dus ten grondslag van die beginsel dat die saaklike en verbintenisskeppende ooreenkomste van mekaar onderskei word.

257 Die betrokke wetsbepaling affekteer dus nie net die verbintenisskeppende ooreenkoms nie, maar ook die saaklike ooreenkoms.

258 Sien hfst 11.2.5. Hy vind dus aansluiting by Savigny (sien hfst 10.3.4). Die probleem met hierdie standpunt, is dat bewysmiddel en vereiste met mekaar verwar word. Indien die bedoeling van die partye uitdruklik verklaar word, is daar ingevolge hierdie standpunt nie sprake van 'n *causa* nie. Dit negeer dus die feit dat 'n *iusta causa* in die tekste as 'n vereiste gestel word. Exner *Tradition* 328.

259 Sien hfst 11.2.3. Hierdie siening spruit voort uit die standpunt dat die *causa* nie 'n selfstandige (positiewe) vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie en kan nie

grip na die doel of oogmerk wat met lewering nagestreef word (dit is die rede waarom die vervreemder die saak lewer),[260] wat uit die verbintenisskeppende ooreenkoms vasgestel kan word, soos byvoorbeeld om 'n skuld te delg, te skenk, om geld as 'n lening te gee ensovoorts; (4) vir Exner[261] verwys die begrip na die afwesigheid van faktore wat kan verhinder dat eiendomsreg oorgaan; die *iusta causa* is dus iets negatiefs – dit is nie 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie, maar die afwesigheid van faktore wat 'n geldige oordrag kan hinder.

---

met die *Corpus Iuris Civilis* versoen word nie. Sien die bespreking in Exner *Tradition* 323-327.

260 Sien hfst 11.2.1 en 11.2.2. Oordrag is nooit 'n doel opsigself nie, dit is bloot die middel tot bereiking van 'n doel.

261 Sien hfst 11.2.1.

HOOFSTUK 12

KRITIEK TEEN DIE KONSTRUKSIE VAN DIE SAAKLIKE OOREENKOMS

12.1 Inleiding 598

12.2 Inhoudelike abstraksie 598

12.2.1 Kritiek op Savigny se voorbeelde 598
12.2.2 Kritiek teen die standpunt dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 'n selfstandige bestaan voer 600
12.2.3 Kritiek teen die standpunt dat die saaklike ooreenkoms 'n ooreenkoms is 603

12.3 Uitwendige abstraksie 608

12.3.1 Inleiding 608
12.3.2 Kritiek teen die standpunt dat die begrip *iusta causa* verwys na feite waaruit die bedoeling afgelei kan word 608
12.3.3 Kritiek teen die standpunt dat die *causa* nie objektief geldig hoef te wees nie 609
12.3.4 Dwaling betreffende die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word 611
12.3.5 Kritiek teen die standpunt dat die abstraktheidsbeginsel deur die *condictiones* bevestig word 616

12.4 Samevatting 618

12.5 Verklaring vir die aanvaarding van die teorie van die saaklike ooreenkoms 620

12.1 Inleiding

Savigny se teorie is nie sonder slag of stoot aanvaar nie. Kritiek teen verskeie aspekte van die konstruksie betreffende die inhoudelike en uitwendige abstraksie is uit talle oorde geopper, veral toe die teorie sy verskyning maak in die konsepte wat vir die *BGB* voorgelê is. Wyd uiteenlopende benaderings is aangetref. Die verskillende skrywers het elkeen met sy eie teorie betreffende die oordrag van eiendomsreg na vore gekom ten einde die konstruksie van die saaklike ooreenkoms te weerlê. Dit val buite die bestek van hierdie ondersoek om al die verskillende standpunte weer te gee. Daar word slegs gekonsentreer op die belangrikste gemeenskaplike punte van kritiek wat sedert die middel van die negentiende en die begin van die twintigste eeue, teen Savigny se konstruksie geopper is.

12.2 Inhoudelike abstraksie

Die kritiek teen die inhoudelike abstraksie was veral gerig teen die volgende aspekte, naamlik: (1) die voorbeelde wat Savigny gebruik om sy konstruksie te regverdig; (2) die feit dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak word en deel vorm van 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms en (3) die feit dat die saaklike ooreenkoms as 'n ooreenkoms bestempel is. Hierdie punte van kritiek sal vervolgens elkeen afsonderlike bespreek word.

12.2.1 Kritiek op Savigny se voorbeelde

Die grondslag van Savigny se siening dat eiendomsreg deur die saaklike ooreenkoms oorgedra word, was die voorbeelde van die aalmoes aan 'n bedelaar (skenking van hand tot hand) en die geldlening. In hierdie gevalle is daar volgens hom geen voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nie, slegs 'n leweringshandeling. Hieruit maak hy die gevolgtrekking dat daar in geval van eiendomsoordrag tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en saaklike ooreenkoms onderskei moet word, dat 'n verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie en dat eiendomsreg deur die saaklike ooreenkoms oorgedra word. Kritiek wat hierteen geopper is, was dat hierdie voor-

beelde geen regverdiging vir die teorie verskaf nie. In die eerste plek het kritici daarop gewys dat daar tog in hierdie gevalle 'n verbintenisskeppende ooreenkoms is, wat tesame met lewering, oorgang van eiendomsreg tot gevolg het. In geval van 'n skenking, is daar minstens 'n ooreenkoms tussen die partye dat die verkryger geen teenprestasie verskuldig is nie; boonop moet die verkryger die skenking aanvaar. In geval van oorhandiging van geld as 'n lening, moes die partye ten minste daarop ooreenkom dat die geld terugbetaal sal word; ook op die wyse en tydstip waarop dit terugbetaal sal word. Alhoewel toegegee kan word dat daar geen voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms is nie, kom die ooreenkoms nogtans gelyktydig met lewering tot stand. In nie een van die gevalle is 'n verrykingsaksie beskikbaar nie omdat daar tog 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms is.[1]

Voorts word daarop gewys dat 'n selfstandige saaklike ooreenkoms slegs bestaansreg het, indien dit teenoor 'n afsonderlike verbintenisskeppende ooreenkoms gestel word.[2] Die probleem is net dat Savigny met sy voorbeelde self te kenne gee dat daar nie 'n afsonderlike verbintenisskeppende ooreenkoms is nie. Die teorie van die saaklike ooreenkoms kan dus nie werklik op hierdie situasie toegepas word nie. Die voorstanders van die teorie kon nie van hierdie dilemma wegkom nie. In teenstelling met Savigny, het Windscheid derhalwe die standpunt ingeneem dat die saaklike ooreenkoms en die verbintenisskeppende ooreenkoms (wat die

1 Raadpleeg Hammen *Savigny* 154: "... übersieht, daß bei einer Handschenkung neben der Übereignung zwar keine Pflicht, wohl aber ein einen Bereicherungsanspruch ausschließender Erwerbsgrund durch schuldrechtlichen Vertrag hergestellt wird." ["... kyk die feit mis dat in geval van die skenking van hand tot hand, benewens oorhandiging, weliswaar geen plig bestaan nie, maar dat daar wel 'n grond vir verkryging deur 'n verbintenisregtelike ooreenkoms tot stand gebring word, wat 'n verrykingsaksie uitsluit" (eie vertaling)]. Sien verder Brandt *Eigentumserwerb* 68-69; Fuchs *Iusta Causa* 89-90; Ranieri *Abstrakte Übereignung* 107; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 104-105; Cronjé 1978 *THRHR* 229.

2 Ranieri *Abstrakte Übereignung* 106: "Die Erfassung eine selbständigen 'dinglichen Vertrages' war eben nur denkbar, wenn die auf diese Weise ausgeschiedene Kausalabrede als besonderes Rechtsgeschäft verstanden werden konnte." ["Die begrip van 'n selfstandige 'saaklike ooreenkoms' was slegs denkbaar indien die kousale ooreenkoms, wat op hierdie wyse afgesonder is, as 'n afsonderlike ooreenkoms opgeneem kon word" (eie vertaling)].

doel wat met lewering nagestreef word bevat), in geval van die skenking van hand tot hand, een ooreenkoms is.[3]

Gesien in die lig van die feit dat die gebreke van Savigny se voorbeelde deur sy kritici aan die kaak gestel is, is dit te wagte dat hulle ook die standpunt dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak word, aan kritiek sou onderwerp.

12.2.2 Kritiek teen die standpunt dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra 'n selfstandige bestaan voer

Savigny het die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak en die standpunt ingeneem dat dit, tesame met lewering, deel vorm van 'n selfstandige saaklike ooreenkoms. Die kritici van die teorie verwerp egter die idee dat die *animus transferendi et accipiendi dominii* 'n selfstandige bestaan voer en opsigself regsgevolge kan hê. Dit vorm volgens hulle 'n inherente bestanddeel van die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms. Eiendomsoordrag is dus 'n kousale handeling in dié sin dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat is. Lewering kan nie van die *causa* losgemaak word nie:

> Maar die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, bestaan nou weer nie enkel en alleen in hierdie abstraksie nie; dit is veel eerder die inherente bestanddeel van die doel wat met oordrag van eiendomsreg nagestreef word. Hierdie doel word altyd ooreenkomstig die alledaagse siening van die lewe ... slegs as 'n geheel en 'n eenheid beskou.[4]
>
> Die *iusta causa* is die oogmerk wat met die vervreemding nagestreef word, wat deur die regsorde gesanksioneer word; eiendomsreg gaan slegs uit hoofde van hierdie oogmerk oor. Daarom vra ons glad nie afsonderlik na die *animus dominium transferendi et accipiendi* nie, want dit is inherent aan die doel wat nagestreef word ....[5]

---

3 Ranieri *Abstrakte Übereignung* 107; Meinig *Handschenkung* 138-154; Jahr 1963 *ZSS* 154-155.

4 Bechmann *Kauf* I 314 (eie vertaling): "Nun existirt aber der Wille Eigenthum zu übertragen wieder nicht für sich allein in dieser Abstraktion; er ist vielmehr der immanente Bestandtheil des die Eigenthumsübertragung verfolgenden Zweckes. Diesen Zweck wird die gewöhnliche Anschauung des Lebens ... immer nur als Totalität und Einheit auffassen". Sien ook Bechmann *Kauf* I 614.

5 Bechmann *Kauf* III 52 (eie vertaling): "Die iusta causa is der von der Rechtsordnung sanktionirte Zweck der Veräusserung; nur auf Grund desselben geht Eigenthum über. Liegt derselben vor, so fragen wir gar nicht noch besonders nach dem animus dominium transferendi et accipiendi; dieser ist dem Zwecke so sehr immanent ...".

> Hierdie wilsooreenstemming blyk uit die vervreemdingsooreenkoms wanneer lewering uitgevoer word ter vervulling daarvan.[6]
>
> Die koop is 'n oordragsooreenkoms, dit wil sê, die partye spreek reeds daarin onderskeidelik hulle bedoeling uit om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[7]
>
> Die *causa traditionis* is nie naakte, abstrakte wilsooreenstemming om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie, maar dit kom voor in die omhulsel van 'n ander konkrete ooreenkoms (naamlik 'n verbintenisskeppende ooreenkoms).[8]

Die beswaar wat teen die abstraktheidsbeginsel aangevoer word, is dat die versplintering van die oordragsproses in verbintenisskeppende ooreenkoms en saaklike ooreenkoms, wat bestaan uit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, asook lewering, strydig is met die werklike verloop van gebeure in die praktyk. Die teorie is met ander woorde kunsmatig en 'n fiksie. Dit beperk die regsverkeer onnodig en word 'n valstrik. In werklikheid is daar slegs een enkele handeling:

> Het dit maar net 'n natuurliker vorm daaraan verleen, een wat minder teenstrydig is met die Duitse regsbeskouing. ... Ook inhoudelik is dit immers 'n doktrinêre verdraaiing van die waarheid, wanneer die ontwerp ons deur middel van akademiese leerstellings dwing om die mees eenvoudige vervreemding van 'n roerende saak, op te deel in minstens drie juridiese gebeure wat, regtens geheel en al van mekaar onafhanklik is. ... Is dit nie suiwer fiksie nie? Deurdat twee teenoorstaande selfstandige ooreenkomste versin word, terwyl dit in werklikheid slegs oor twee verskillende kante van dieselfde regshandeling gaan, word nie net die werklike gebeure foutiewelik voorgestel nie, ook die materiële reg word skade aangedoen deur oorbeklemtoning van 'n formele denkbeeld.[9]

---

6 Förster *Privatrecht* 258 vn 17 (eie vertaling): "Diese Willenseinigung ergiebt sich aus dem Veräußerungsvertrag, wenn die Uebergabe zu seiner Erfüllung erfolgt ist". Op 259 vn 22 stel hy dit soos volg: "Die causa traditionis, die Willenseinigung über den Eigenthumsübergang." ["Die *causa traditionis*, die wilsooreenstemming betreffende oorgang van eiendomsreg" (eie vertaling)].

7 Bernhöft *Besitztitel* 8 (eie vertaling): "Der Kauf ... ist ... ein Uebergabevertrag, d.h. die parteien sprechen in ihm bereits ihren animus accipiendi bez. transferendi dominii aus". Sien ook Bernhöft *Besitztitel* 95.

8 Scheurl *Römischen Rechts* 190 (eie vertaling): "... die causa traditionis wird nicht als nackte, abstracte Willensübereinstimmung, Eigenthum zu geben und zu gewinnen, sondern sie wird in die Hülle eines jener concreten Rechtsgeschäfte vorkommen". Raadpleeg ook Lenel 1881 *JhJ* 154, 178; Huschke 1879 *AcP* 320 ev; Eisele 1885 *JhJ* 15; Wendt 1890 *JhJ* 47-50. Anders Karlowa *Rechtsgeschäft* 205, 207, 213-214. Verder Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 117; Fuchs *Iusta Causa* 110-112.

9 Gierke *Entwurf* 336-337 (eie vertaling): "Hätte er demselben nur eine natürlichere und den deutschen Rechtsanschauungen minder Widersprechende gestalt verliehen! ... Auch inhaltlich ist es doch eine doktrinäre Vergewaltigung des lebens, wenn der Entwurf durch lehrbuchartige Sätze uns zwingt, die einfachste Veräußerung einer beweglichen Sache in mindestens drei voneinander rechtlich ganz unabhängige juristische Vorgänge zu zerlegen. ... Sind das nicht bare Fiktionen? Indem nun aber zwei gegeneinander selbständige Verträge erdichtet werden, wo es sich in Wahrheit nur um zwei verschiedene Betragtungsformen eines einheitlichen rechtsgeschäftes handelt, wird nicht nur der wirkliche hergang auf den Kopf gestellt,

Savigny[10] het hom op Gaius en sekere tekste in die *Corpus Iuris Civilis*[11] beroep, om sy standpunt, naamlik dat eiendomsreg oorgaan deur die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang wat van die verbintenisskeppende losgemaak moet word, te regverdig. Savigny se kritici wys egter daarop dat nie al die tekste in sulke abstrakte terme geformuleer is nie. Die meeste tekste vereis 'n *iusta causa*, 'n ooreenkoms wat die grondslag vir lewering is.[12] Die stelling dat die selfstandigheid van die bedoeling om eiendomsreg oor te dra reeds in die Romeinse reg bestaan het, is dus nie korrek nie. Die waarheid is dat die bedoeling in die Romeinse reg hoofsaaklik kousaal gebonde was.[13]

Savigny[14] het hom ook op Donellus[15] beroep as gesag vir sy stelling dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang deurslaggewend is en van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word. Die kritici meen egter dat Donellus geen steun vir hierdie standpunt bied nie. Alhoewel hy die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as deurslaggewend beskou het, het hy dit egter nog nie as 'n selfstandige ooreenkoms wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onafhanklik is, voorgestel nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, het deel gevorm van die verbintenisskeppende ooreenkoms (die *iusta causa*). Savigny se konstruksie van eiendomsoordrag deur 'n saaklike ooreenkoms, het veel verder gegaan as wat Donellus bereid was om te doen.

Voorstanders van die abstraktheidsbeginsel het aangevoer dat aangesien die sakereg en verbintenisreg sistematies van mekaar onderskei

---

sondern auch das materielle Recht durch Überspannung eines formalen Gedankens geschädigt". Raadpleeg ook Strohal 1889 *JhJ* 336; Endemann 1891 *ZfHK* 328; Wendt 1890 *JhJ* 47; Bechmann *Kauf* III 48.

10 Savigny *Obligationenrecht* II 254, 256 ev en Savigny *System* III 356.

11 *Institutiones* 2.1.40, *Codex* 4.50.6 en *Digesta* 41.1.9.3. Sien hfst 2.5.3.5 en 6.

12 Fuchs *Iusta Causa* 86.

13 Savigny self het dit besef en daarom sy aanvanklike standpunt, dat die *iusta causa* niks anders is nie as die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, verander. Soos reeds aangetoon is, is die relevansie van hierdie gelykstelling daarin geleë dat Savigny kon aanvoer dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra as 'n ooreenkoms beskou moet word, omdat die begrip *iusta causa* in die Romeinse reg nog altyd as 'n verbintenisskeppende ooreenkoms (soos bv 'n kontrak) opgevat is. Raadpleeg Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 103.

14 Sien die klasaantekeninge van Burchardi 1815-1816 in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 33-34.

word, dit net logies is dat verbintenisskeppende en sakeregtelike ooreenkomste van mekaar losgemaak word en in die *BGB* ook sistematies van mekaar onderskei moet word. Hierop het Mügel soos volg gereageer:

> Aangesien die regsreëls nie uit die sisteem nie, maar die sisteem uit die regsreëls afgelei word, kan die sistematiese plek van die sakereg nie as regverdiging dien nie.[16]

12.2.3 Kritiek teen die standpunt dat die saaklike ooreenkoms 'n ooreenkoms is

Savigny was van oordeel dat die saaklike ooreenkoms 'n ooreenkoms met regsgevolge is omdat al die kenmerke van 'n ooreenkoms daarin waargeneem kan word - dit bestaan uit die ooreenstemmende wilsverklarings van die partye, wat op die onmiddellike oordrag van besit en eiendomsreg gerig is en wat na buite openbaar gemaak word.[17] Die teenstanders van die teorie neem egter die standpunt in dat 'n afsonderlike kategorie saaklike ooreenkomste nie wetenskaplik geregverdig kan word nie. Hulle ontken dat die saaklike ooreenkoms al die kenmerke van 'n ooreenkoms vertoon.[18] Die standpunt dat die saaklike ooreenkoms 'n ooreenkoms is, is onder andere in stryd met Savigny se siening dat die verbintenisskeppende ooreenkoms een van die omstandighede is waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word. Omdat die partye gewoonlik nie uitdruklike verklarings maak dat dit hulle bedoeling is om eiendomsreg oor te dra nie, moet daar op die verbintenisskeppende ooreenkoms teruggeval word om vas te stel of die partye bedoel het om eiendomsreg oor te dra. Dit is dus nie werklik so dat die saaklike ooreenkoms al die kenmerke van 'n ooreenkoms vertoon nie. Een van die kenmerke van 'n ooreenkoms, naamlik ooreenstemmende

---

15 Donellus *Opera* 4.16. Sien hfst 5.4.

16 Mügel 1893 *Gruch* 334 (eie vertaling): "Da die Rechtssätze nicht aus dem System, sondern das System aus dem Rechtssätze zu entnehmen ist, kann in diesem hinweis auf die systematische Stellung des Sachenrechts eine Begründung ... nicht erblickt werden".

17 Savigny *System* III 313.

18 Alhoewel sommige skrywers die begrip saaklike ooreenkoms gebruik, is dit in 'n heel ander betekenis as Savigny. Gewoonlik gebruik hulle dit met verwysing na die verbintenisskeppende ooreenkoms, wat die oogmerk wat die partye nastreef, sowel as die bedoeling om eiendomsreg oor te dra bevat. Dit word aangedui met begrippe soos *Uebergabevertrag*, *Uebereignungsvertrag* of *Eigenthumsübertragungsvertrag*. Raadpleeg bv Bernhöft *Besitztitel* 95, 66-67; Förster *Privatrecht* 258 vn 17, 259 vn 22; Bechmann *Kauf* I 608.

wilsverklarings wat na buite openbaar gemaak word, ontbreek by die saaklike ooreenkoms; dit is in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat.[19] Savigny verwar die vereistes vir oordrag van eiendomsreg, met die feite waaruit die vereistes afgelei kan word.[20] Wat meer is, die vraag of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, kan in elk geval nie met sekerheid uit die verbintenisskeppende ooreenkoms afgelei word nie:

> Maar sulke gevolgtrekkings uit die *causa* met betrekking tot die werklike bedoeling van die partye, kom in werklikheid tog maar op 'n fiksie neer, wat nie in staat is om die normale feitlike verskille tussen die partye se bedoelings met betrekking tot oorgang van eiendomsreg, aan die lig te bring nie.[21]

Voorts wys die teenstanders van die teorie daarop dat Savigny se aanvanklike gelykstelling van die *iusta causa* aan die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, die grondslag was vir sy teorie dat die saaklike ooreenkoms 'n ooreenkoms is. Waarskynlik omdat hierdie siening voortspruit uit 'n foutiewe interpretasie van die bronne, het hy sy siening van die *causa* later verander, as sou dit enige omstandigheid wees waaruit die bedoeling afgelei kan word. Die grondslag van sy teorie het sodoende weggeval, maar nogtans het hy bly vaskleef aan die gedagte dat die wedersydse bedoelings 'n selfstandige ooreenkoms met regsgevolge is. Aangesien Savigny nooit aangetoon het dat die oordragsbedoeling werklik 'n ooreenkoms is nie, is die teorie niks anders as 'n fiksie nie. Die gebruik van die begrip *ooreenkoms* is kunsmatig en in stryd met die algemene begrip wat die leek omtrent ooreenkomste het. Dit skep net verwarring:

> Mens konstrueer net 'n ooreenkoms om die regsverhouding sodoende vir juriste duidelik te maak. ... Die skeiding tussen die regshandeling waardeur prestasie geskied en die kousale regshandeling is egter vreemd vir die

19 Daar word nie aan die verklaringsvereiste vir ooreenkomste voldoen nie. Raadpleeg Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 101-102.

20 Bernhöft *Besitztitel* 93-94. In die bronne word 'n *causa* uitdruklik as vereiste genoem.

21 Strohal 1889 *JhJ* 359-360 (eie vertaling): "Allein derartige Schlüße aus der causa auf den konkreten Parteiwillen laufen im Grunde doch nur auf Fiktionen hinaus, welche an der normalen, tatsächliche Indifferenz jenes Willens hinsichtlich des Eigentumsüberganges nichts zu ändern vermögen". Raadpleeg ook Bechmann *Kauf* III 48; Fuchs *Iusta Causa* 116.

leek. Die alledaagse spraakgebruik, word ter wille van die juridiese konstruksie opgeoffer.[22]

'n Verdere punt van kritiek is dat die konstruksie strydig is met Savigny se eie siening van 'n ooreenkoms. Volgens hom is 'n ooreenkoms 'n regsfeit waardeur die begin of die einde van 'n regsverhouding bewerkstellig word.[23] 'n Verbintenisskeppende ooreenkoms is 'n ooreenkoms omdat dit opsigself 'n verbintenis tot stand bring en dus regsgevolge het. Ook die saaklike ooreenkoms is 'n ooreenkoms, juis omdat dit saaklike werking het en nie bloot beoog nie. Die probleem is egter dat die saaklike ooreenkoms (wilsooreenstemming) opsigself nog nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg het nie; daar moet ook lewering wees voordat eiendomsreg kan oorgaan. Die saaklike ooreenkoms kan dus nie 'n *ooreenkoms* wees nie. Dit is maar een van die twee elemente wat nodig is om die vereiste regsgevolg te weeg te bring. As die saaklike ooreenkoms slegs die sakeregtelike verandering beoog en nie bewerkstellig nie, dan verloor dit die duidelik omlynde betekenis wat dit van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei.[24]

Hierdie kritiek is egter nie sonder meer geregverdig nie. In die eerste plek word aanhalings in Savigny aangetref waaruit dit blyk dat daar van 'n regshandeling sprake kan wees, selfs indien die bedoeling van die partye bloot op die ontstaan of beëindiging van 'n regsverhouding gerig is;[25] 'n regshandeling hoef dus nie onmiddellike regsgevolge te hê nie. In die tweede plek wil dit voorkom of die verskaffing van fisiese beheer die

22 Brandt *Eigentumserwerb* 119 (eie vertaling): "Man konstruiere nur einen vertrag, um den Juristen das Rechtsverhältnis zu veranschaulichen. ... Der Volksauffassung liege die Trennung des Leistungsgeschäfte von dem Kausalgeschäft fern. Man opfere der juristischen Konstruktion die natürliche Ausdrucksweise". Raadpleeg ook Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 91-93, 106-108, 130, 147-148.

23 Savigny *System* III 3 en 309: "... Ereignisse wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird." ["... gebeurtenisse waardeur die begin of die einde van regsverhoudings bewerkstellig word" (eie vertaling)].

24 Raadpleeg Wendt 1890 *JhJ* 49; Bechmann *Kauf* II 42; Van Oven 1935 *WPNR* 520; Cronjé 1978 *THRHR* 231-232. Savigny *System* II 312 se poging om die probleem te oorbrug is nie suksesvol nie.

25 Vergelyk bv die volgende aanhaling in Savigny *System* III 99: "Unter Willenserklärungen oder rechtsgeschäften sind diejenigen juristischen Tatsachen zu verstehen ...in welchen zugleich der Wille des handelnden auf die Entstehung oder Auflösung eines Rechtsverhältnisses unmittelbar gerichtet ist." ["Onder 'n wilsverklaring of regshandeling moet daardie regsfeite verstaan word, waarin die bedoeling van die partye op die onmiddellike ontstaan of beëindiging van regsverhoudings gerig is" (eie vertaling)]. Sien ook Savigny *System* III 5.

uiterlike vorm is waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom (dit is dus deel van die saaklike ooreenkoms).[26] In elk geval is dit hoe die Pandektiste die saaklike ooreenkoms gekonstrueer het. Laastens moet in gedagte gehou word, dat hierdie standpunt in Savigny se tyd moontlik was omdat daar in die Duitse reg van destyds 'n aantal gevalle was, waar die saaklike reg bloot deur wilsooreenstemming oorgedra of gevestig is.[27] By oordrag van eiendomsreg was dit egter nie die geval nie.

Terwyl die kritici eenstemmig was daaroor dat die saaklike ooreenkoms nie 'n ooreenkoms is nie, kom hulle egter met uiteenlopende voorstelle na vore betreffende die regsaard van *traditio* as wyse waarop eiendomsreg oorgedra word. Die volgende voorstelle word byvoorbeeld in hierdie verband aangetref:

1. *Traditio* is geen ooreenkoms nie, dit is bloot "die wilsooreenstemming tussen die oordraggewer en die persoon wat besit verkry, dat eiendomsreg van eersgenoemde op laasgenoemde oorgaan".[28] Geen ander vereistes, anders as blote wilsooreenstemming, is nodig nie. Dit is nie nodig om die vereistes vir regshandelings en wilsverklarings op die ooreenstemmende bedoelings van toepassing te maak nie. Die stelling dat *traditio* 'n ooreenkoms is, word deur die volgende voorbeeld weerlê. Wanneer iemand geld tussen 'n skare ingooi, kom geen (saaklike) ooreenkoms tot stand nie, want 'n ooreenkoms kan slegs met 'n bepaalde persoon gesluit word. In hierdie geval weet die vervreemder nie wie beheer daaroor sal vestig nie. Nogtans gaan eiendomsreg oor deur blote wilsooreenstemming (omdat dit beide partye se bedoeling is).

2. *Traditio* is nie 'n ooreenkoms nie, dit is 'n eensydige wilsverklaring deur die eienaar waardeur hy afstand doen van sy eiendomsreg, deurdat hy fisiese beheer prysgee met die bedoeling om nie meer

26 Sien hfst 10.3.3.

27 Bv in geval van *emphyteusis* (erfpag), *superficies* (erfdiensbaarheid), opstal en *pandreg*. Sien Savigny *System* III 312-313 en ook hfst 10.3.3.

28 Scheurl *Römischen Rechts* 202, 206 (eie vertaling): *Traditio* is die "Zusammentreffen des übereinstimmenden Willens des Tradenten und des Besitzerwerbers daß das Eigenthum von jenem auf diesen übergehe". Sien ook Gruchot 1864 *Gruch* 408; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 118-119, 123.

eienaar te wees nie (soortgelyk aan *derelictio*). Die verkryger vestig 'n nuwe reg deurdat hy die saak, wat nou aan niemand behoort nie (*res nullius*), vir homself toe-eien en daaroor beheer neem:[29]

> *Traditio* is niks anders nie as die eensydige wilsverklaring van die huidige reghebbende, waardeur hy sy reg opgee en die saak wegmaak, vervreem, vernietig, sodat die nuwe verkryger self sy nuwe reg daarop kan vestig en hy beheer oor die saak kan verkry. *Traditio* behels altyd bloot die verlies van 'n reg, dit kan nie die verkryging van 'n reg bewerkstellig nie: dit is altyd die taak van die verkryger om die verkryging van 'n reg te bewerkstellig ... of deurdat hy die reg op die saak, dit wil sê besit, verkry deur die beheer van sy wil in die teenwoordigheid van die saak, of deurdat hy die moontlikheid om regtens te besit, dit wil sê eiendomsreg, verkry.[30]

3. Alhoewel Gruchot erken dat eiendomsoordrag (*traditio* in die wye betekenis) 'n tweesydige regshandeling is, ontken hy nietemin dat dit 'n ooreenkoms is. Vir hom is oordrag bloot 'n feitlike handeling waardeur die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, wat buite om die oordragshandeling bestaan, ten uitvoer gebring word:

> Dit (*traditio*) is 'n regshandeling aangesien dit op 'n regsgebeurtenis berus wat 'n wilshandeling omvat; dit is 'n tweesydige regshandeling ... . Maar nieteenstaande hierdie tweesydigheid is dit geen ooreenkoms nie, bloot die verwesenliking van die bedoeling om 'n saak te gee en vir sigself te neem, welke bedoeling nie eers deur die ooreenkoms voortgebring word nie, maar reeds voor dit of gelyktydig daarmee bestaan – met ander woorde, dit is die natuurlike vorm van die wedersyds gewilde eiendomsoorgang – die (afgeleide) *modus acquirendi*. Die wilsooreenstemming wat in *traditio* te voorskyn kom, het dus nie op die persoon nie, maar slegs op die saak betrekking; dit het so te sê 'n suiwer saaklike karakter en is onmiddellik op die saak gerig, wat deur hierdie handeling op 'n uiterlik erkenbare wyse in eiendom weggegee en aangeneem word.[31]

---

29 Daar is geen sprake van 'n ooreenkoms nie omdat daar nie twee ooreenstemmende wilsverklarings is nie. Die verkryger maak nie 'n afsonderlike wilsverklaring nie, hy verrig slegs 'n wilsdaad (*Willenstat*) met die saak.

30 Lenz *Recht des Besitzes* 55-57 (eie vertaling): "Die Tradition ... ist nie etwas Anderes, als die einseitige Willenserklärung der bisher Berechtigten, durch welche sie ihr Recht aufgeben und das Object alieniren, veräußern, erledigen, damit der neue Erwerber sein neues Recht selber daran begründen, und ihnen in der Herrschaft über dasselbe Object folgen könne. Die Tradition schließt immer nur einen Rechtsverlust in sich, eines Rechtserwerb kann sie nicht bewirken: diesen herbeizuführen, ist stets Sache des Acquirenten, der ... entweder durch die in unmittelbarer Gegenwart einwirkende Macht seines Willens das Recht auf die Sache, das heißt den besitz, oder doch die rechtliche Möglichkeit, zum Besitz zu gelangen, daß heißt das Eigenthum erwirbt". Sien ook Pernice 1880 *ZHR* 109: *traditio* is 'n "... einseitiges naturales Rechtsgeschäft, dessen Charakter wesentlich durch den Willen des Tradenten bestimmt wird." ["*Traditio* is 'n eensydige natuurlike regshandeling, waarvan die aard wesenlik deur die wil van die oordraggewer bepaal word" (eie vertaling)]. Raadpleeg ook Schloßmann *Vertrag* 80 ev, 92-95; Lenel 1881 *JhJ* 154, 178; Bremer 1863 *ZZP* 57, 67; Gruchot 1864 *Gruch* 408; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 117-118; Windscheid *Pandektenrechts* I (9e uitg) 881 vn 2, 883 vn 3.

31 Gruchot 1864 *Gruch* 410 (eie vertaling): "Sie ist ein rechtsakt, weil sie einen auf einer Willensthätigkeit beruhenden Rechtsvorgang enthält; sie ist ein zweiseitiger

12.3 Uitwendige abstraksie

12.3.1 Inleiding

Hierbo is aangetoon dat die kritici van Savigny se konstruksie die standpunt ingeneem het dat daar nie tussen 'n verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms onderskei kan word nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (*animus transferendi et accipiendi dominii*) is nie deel van 'n abstrakte saaklike ooreenkoms nie, maar wel van die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms. Dit spreek vanself dat hulle daarom noodwendig ook die konstruksie van die uitwendige abstraksie aan kritiek sou onderwerp. Alhoewel uiteenlopende benaderings aangetref word betreffende die verband tussen die verbintenisskeppende en saaklike ooreenkomste, is daar nietemin gemeenskaplike kenmerke in die besware wat uitgelig kan word. Soos blyk uit die volgende aanhaling, was die kritiek teen die konstruksie van die abstrakte saaklike ooreenkoms in hierdie verband, geniepsig:

> Dit beskerm net bedrieglike en nietige ooreenkomste, woekerwinste, belastingontduiking, onwettige skenkings, beloning vir misdade, vergoeding vir omkopery, afkoopgeld, swyggeld, verpanding, *hoc genus omne*, plaas die regter in 'n onwaardige posisie en plaas die regsnavolgers van die vervreemder in 'n moeilike situasie teenoor die abstrakte verkryger.[32]

12.3.2 Kritiek teen die standpunt dat die begrip iusta causa *verwys na feite waaruit die bedoeling afgelei kan word*

Een van die belangrikste verskille tussen Savigny en die teenstanders van sy teorie, hou verband met die betekenis en funksie van die *causa*-begrip. Savigny was van oordeel dat die begrip *causa traditionis* verwys

---

Rechtsakt .... Aber sie ist trotz dieser Zweiseitigkeit kein Vertrag, sondern nur die Verwirklichung des nicht erst durch sie geschaffenen, vielmehr vor oder neben ihr bereits vorhandenen Willens, eine Sache zu eigen zu geben und zu nehmen – mit einem Worte: sie ist die naturale Form des beiderseits gewollten Eigenthumsüberganges – der (derivative) modus acquirendi. Die in der Tradition zur Erscheinung kommende Willenseinigung hat es also nicht mit der Person, sondern nur mit der Sache zu thun; sie ist, so zu sagen, rein dinglicher Natur, unmittalbar auf die Sache gerichtet, welche durch diesen Akt in äußerlich erkennbarer Weise zum Eigenthum hingegeben und hingenommen wird".

32 Gerson 1889 *ArchBürgR* 63-72 (eie vertaling): "... es schütze nur fraudulose und nichtige Geschäfte, Wuchervergütungen, Stempelhinterziehungen, pflichtwidrige Schenkungen, Lohn für begangene Verbrechen, Bestechungsvergütungen, Sündengelder, Schweigegelder, Pfandverschleppungen, hoc genus omne, bringe den Richter in eine unwürdige Lage und versetze den Rechtsnachfolger des Veräuserers in eine heillose Situation gegenüber dem abstrakten Erwerber."

na enige omstandigheid waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, afgelei kan word (soos die verbintenisskeppende ooreenkoms). 'n *Causa traditionis* is dus nie 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie.

Daarteenoor neem die teenstanders van die abstraktheidsbeginsel die standpunt in dat die begrip *causa traditionis* verwys na 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms, soos koop, skenking, *dotis datio*, *stipulatio* en *mutuum*, wat geskik is om oorgang van eiendomsreg te bewerkstellig en wat 'n verpligting om te lewer in die lewe roep. 'n *Causa* in hierdie betekenis is wel 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg. *Traditio* is bloot 'n feitlike leweringshandeling waardeur uitvoering gegee word aan die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms en die middel waardeur eiendomsreg oorgedra word. Dit is nie 'n saaklike ooreenkoms nie, ook nie die vorm waarin die saaklike ooreenkoms gegiet is nie, dit is bloot *solutio*:

> Die *causa* is ... daardie verbintenisregtelike regsverhouding wat tot prestasie verplig ... wat ten grondslag lê van *traditio* as synde *solutio*.[33]
>
> Wie meer daarin soek, verdraai die feitlike situasie en soek ooreenkomste waar geen ooreenkomste is nie.[34]

12.3.3 Kritiek teen die standpunt dat die causa *nie objektief geldig hoef te wees nie*

'n Verdere belangrike verskil tussen die voor en teenstanders van die abstraktheidsbeginsel, hou verband met die vraag of die *causa traditionis* 'n *iusta causa* moet wees al dan nie. Terwyl die voorstanders van oordeel was dat die begrip *causa* slegs verwys na die omstandighede waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word en dat 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms geen voorvereiste vir die

---

33 Voigt *Condictiones* 145 (eie vertaling): Die *causa* is "... *dasjenige obligationenmäßig zu einer Leistung verpflichtende Rechtsverhältnis ... welches der Tradition in deren Stellung als Solutio jener Leistung unterliegt*". Verder Voigt *Condictiones* 116-117, 126; Bernhöft *Besitztitel* 4, 95, 101; Wendt 1890 *JhJ* 47-50; Scheurl *Römischen Rechts* 190; Bechmann *Kauf* I 314, 614, III 52; Leist *Eigenthumstradition* 230, 231, 265; Lenel 1881 *JhJ* 154, 178; Kaiser *Iusta Causa* 27 ev; Huschke 1879 *AcP* 328-329; Förster *Privatrecht* 256 (*traditio* is die vorm waarin die bedoeling om eiendomsreg oor te dra na vore kom).

34 Wendt 1890 *JhJ* 48 (eie vertaling): "Wer mehr in ihr sucht, thut den Thatsachen Gewalt an und sucht Verträge, wo keine sind".

oordrag van eiendomsreg is nie, is dit noodwendig dat hulle ook die standpunt sou inneem dat 'n objektief geldige ooreenkoms nie vereis word nie. Oorgang van eiendomsreg is slegs afhanklik van die vraag of 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het.

Die meeste skrywers wat hulle teen die abstraktheidsbeginsel verset, verwerp die standpunt dat die saaklike ooreenkoms ook uitwendig van die verbintenisskeppende ooreenkoms onafhanklik is. Hulle wys daarop dat die beginsel nie konsekwent toegepas kan word nie en dat die voorstanders van die teorie toegee dat eiendomsreg nie oorgaan nie in geval van woekersugtige en ander afkeurenswaardige ooreenkomste.[35] Die meerderheid van die kritici neem gevolglik die standpunt in dat 'n *iusta causa* of 'n *causa vera* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is en dat die *causa* ook objektief geldig moet wees. 'n Putatiewe *causa* is dus nie voldoende om eiendomsreg oor te dra nie. Indien die *causa* nie objektief geldig is nie, gaan eiendomsreg nie oor nie, selfs al is dit die bedoeling van die partye dat eiendomsreg oorgaan.[36] Leist is egter van oordeel dat 'n geldige *causa* net in geval van koopkontrakte (wat *Materialakte* is) 'n vereiste is.[37] In ander gevalle, anders as oordrag uit hoofde van koop, is die *causa* slegs een van die omstandighede waaruit die bedoeling afgelei kan word. Anders as by Savigny, moet die bedoeling volgens Leist nie net in die *causa* geopenbaar word nie; dit moet ook blyk dat die bedoeling *in concreto* werklik uitgevoer sal kan word.[38] Ander skrywers meen weer dat 'n objektief geldige *causa* nie 'n vereiste is nie en dat eiendomsreg oorgaan selfs al is daar gebreke in die *causa*. Op hierdie reël bestaan enkele uitsonderings, naamlik: in geval van *donatio inter virum et uxorum* en *donatio supra modum* waar die voorgeskrewe vorm nie

35 Sien bv Gerson 1889 *ArchBürgR* 63, 72; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 120-121.

36 Raadpleeg Bernhöft *Besitztitel* 3, 12, 92, 96; Bechmann *Kauf* I 612, III 47-48; Scheurl *Römischen Rechts* 190; Huschke 1879 *AcP* 329.

37 Die bedoeling van die partye is nie deurslaggewend nie, oordrag geskied *ex re* en nie *ex voluntate* nie.

38 Raadpleeg Leist *Eigenthumstradition* 207 ev, 220, 223-224, 255. Maar sien Exner *Tradition* 329 se kritiek op Leist. Verder Fuchs *Iusta Causa* 108-109; Hofmann *Titulus und Modus* 71.

nagekom is nie, in geval van dwang en indien die koopprys in geval van 'n koopkontrak nie betaal is nie.[39]

12.3.4 Dwaling betreffende die causa *uit hoofde waarvan gelewer word*

Ingevolge die abstraktheidsbeginsel gaan eiendomsreg oor selfs al dwaal die partye betreffende die aard van die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word (soos byvoorbeeld, waar die vervreemder 'n bedrag geld aan die verkryger oorbetaal met die bedoeling om te skenk en laasgenoemde dit as 'n lening ontvang).[40] Die grondslag uit hoofde waarvan gelewer word, is dus nie van wesenlike belang nie. Die deurslaggewende vraag is of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en of daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is.

Die teenstanders van die abstraktheidsbeginsel is egter van oordeel dat die grondslag uit hoofde waarvan gelewer word, wel relevant is vir die vraag of eiendomsreg oorgaan en dat die partye in hierdie opsig eenstemmig moet wees. Hulle lê besondere klem op die feit dat niemand 'n saak lewer bloot ter wille daarvan om eiendomsreg oor te dra nie, maar omdat een of ander doel met lewering nagestreef word, byvoorbeeld om 'n verpligting uit koop na te kom, om 'n teenprestasie te ontvang, om te skenk, om te leen, om 'n skuld te delg, om 'n huweliksgeskenk te gee, ensovoorts. Oordrag van eiendomsreg is bloot die middel waardeur hierdie doel bereik word.

Voorts word die standpunt ingeneem dat die partye se bedoeling by oordrag van eiendomsreg uit twee verskillende elemente bestaan, naamlik: (1) die bedoeling om te skenk, om 'n verpligting uit koop na te kom, om 'n skuld te delg, ensovoorts[41] en (2) die *animus transferendi et accipiendi dominii*. Alhoewel twee verskillende elemente onderskei kan word,

---

39 Voigt *Condictiones* 132, 140, 144; Förster *Privatrecht* 258-260; Krückmann 1897 *ArchBürgR* 7. Strohal 1889 *JhJ* 386-388 is nie soseer geïnteresseerd in die vraag of die *causa* objektief geldig is nie, solank as wat die partye eens is daaroor dat lewering plaasvind uit hoofde van 'n geskikte *causa*.

40 Of indien die oordraggewer 'n bedrag geld aan die ontvanger oorhandig met die doel om sy skuld te delg en die verkryger aanvaar dit as 'n lening.

41 Dit is die doel wat die partye regtens met lewering nastreef, of die rede waarom gelewer word.

vorm dit nogtans 'n eenheid aangesien beide inherente bestanddele van die verbintenisskeppende ooreenkoms is. Hulle kan nie van mekaar losgemaak word nie.[42] Wat meer is, die rede waarom gelewer word of die grondslag uit hoofde waarvan gelewer word, is van wesenlike belang en kan nie geïgnoreer word nie. Indien A byvoorbeeld 'n bedrag geld aan B betaal met die doel om sy skuld te delg, wil hy nie bloot eiendomsreg oordra nie, hy wil eiendomsreg oordra met dien verstande dat sy skuld gedelg word. Indien die verkoper sy verpligting uit hoofde van die koopkontrak nakom en die saak lewer, wil hy nie bloot eiendomsreg oordra nie, hy lewer met dien verstande dat hy 'n bedrag geld as teenprestasie ontvang.[43] Daar is dus nie sprake van 'n inhoudelik abstrakte saaklike ooreenkoms nie, want die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang voer nie 'n selfstandige bestaan, onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie. Voorts wys hulle daarop dat die abstraktheidsbeginsel in elk geval nie op alle sakeregtelike ooreenkomste toegepas kan word nie. Die *emphyteusis* (erfpag) en die pandooreenkoms (dus ook verbande) is byvoorbeeld nie abstrak nie, want die verbintenisregtelike en sakeregtelike aspekte kan nie van mekaar geskei word nie. Saaklike sekerheid verskil, onder andere, van eiendomsoordrag deurdat daar 'n geldige hoofskuld vereis word, wat nie by laasgenoemde die geval is nie.[44]

Die probleem met die abstraktheidsbeginsel is dat die verskillende fasette van die bedoeling, wat eintlik 'n eenheid is, van mekaar losgemaak word. Die doel wat met lewering nagestreef word, is deel van die verbintenisskeppende ooreenkoms, terwyl die *animus transferendi et accipiendi dominii* deel vorm van die saaklike ooreenkoms. Volgens die kritici behoort die verskillende fasette van die bedoeling nie van mekaar losgemaak te word nie, want dit kan 'n resultaat tot gevolg hê wat strydig is met die

42 Die doel wat met die verbintenisskeppende ooreenkoms nagestreef word, is dat die vervreemder uiteindelik die saak sal lewer, sodat hy sy verpligting nakom en om eiendomsreg vir daardie spesifieke doel oor te dra.

43 Raadpleeg Bechmann *Kauf* I 315.

44 Wendt 1890 *JhJ* 38-39. Bernhöft *Besitztitel* 95 en Bechmann *Kauf* III 50 is van oordeel dat die abstraktheidsbeginsel ook strydig is met verjaring. Wendt 1890 *JhJ* 47-50 is van oordeel dat ook die sessie nie 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms is nie.

werklike bedoeling van die partye. Dit is net te kunsmatig.[45] Eiendomsreg word nie deur 'n saaklike ooreenkoms oorgedra nie, maar deur lewering, mits dit plaasvind uit hoofde van 'n geskikte verbintenisskeppende ooreenkoms wat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang bevat.[46] Die partye moet dus nie net die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra nie, hulle moet ook eenstemmig wees betreffende die grondslag uit hoofde waarvan gelewer word. Die standpunt dat die grondslag uit hoofde waarvan gelewer word nie van belang is vir die vraag of eiendomsreg oorgaan nie, word daarom verwerp.

Die voorstanders van die abstraktheidsbeginsel regverdig hulle standpunt met 'n beroep op Julianus (*Digesta* 41.1.36), wat van oordeel was dat eiendomsreg oorgaan indien die oordraggewer geld lewer met die bedoeling om te skenk en die verkryger die geld aanvaar omdat hy dink dit word aan hom geleen. Eiendomsreg gaan oor, nieteenstaande die feit dat die partye nie eenstemmig is betreffende die grondslag uit hoofde waarvan gelewer word nie, mits beide die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Sommige van die kritici verwerp Julianus se standpunt en gee voorkeur aan Ulpianus (*Digesta* 12.1.18),[47] wat van oordeel was dat eiendomsreg in die betrokke geval nie oorgaan nie omdat eenstemmigheid betreffende die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word 'n vereiste is.[48] Ander skrywers is weer van oordeel dat die twee tekste nie met mekaar teenstrydig is nie, maar versoen kan word. Julianus en Ulpianus is albei van oordeel dat die partye eenstemmig moet wees betreffende die *causa*

45 Bernhöft *Besitztitel* 4, 8, 57 ev, 92-95; Scheurl *Römischen Rechts* 190; Strohal 1889 *JhJ* 335; Bechmann *Kauf* I 314.

46 Terwyl lewering fisiese beheer verskaf, bewerkstellig die *causa*, wat beide aspekte van die bedoeling omvat, oorgang van eiendomsreg. Bernhöft *Besitztitel* 57 ev, 101; Strohal 1889 *JhJ* 362-363, 383. Endemann 1891 *ZfHK* 327, 328-329 stel voor dat eiendomsreg met sluiting van die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgaan.

47 Voigt *Condictiones* 132, 140, 144 en Krückmann 1897 *ArchBürgR* 7 gee weer voorkeur aan Julianus. Ulpianus word verwerp omdat hy nie konsekwent is nie. Hy meen dat eiendomsreg nie oorgaan nie, maar ken aan die vervreemder nogtans die *condictio* toe, wat deur die verkryger met die *exceptio doli* teengestaan kan word.

48 Volgens hulle, kan die twee tekste nie met mekaar versoen word nie. Terwyl Julianus onderskei tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en die ooreenkoms betreffende lewering, ontken Ulpianus dat daar twee verskillende ooreenkomste is, daar is net een ooreenkoms. Sien bv Bernhöft *Besitztitel* 63-64: "Man will nicht erstens übergeben und zweitens leihen, sondern dadurch leihen, dass man übergiebt." ["Mens wil nie in die eerste plek die saak lewer en in die tweede plek leen nie, maar

uit hoofde waarvan oorgedra word. Volgens albei is *traditio* dus 'n kousale handeling en nie abstrak nie. Hulle verskil slegs betreffende die feite van die betrokke geval.[49] Die kritici is dus van oordeel dat Julianus geen gesag vir die abstraktheidsbeginsel is nie. Hulle verwerp gevolglik die teorie omdat dit 'n fiksie is wat onversoenbaar is met die Romeinse reg.[50]

Dit wil nou nie sê dat die teenstanders in alle opsigte met mekaar saamgestem het nie. Verskillende benaderings word byvoorbeeld aangetref om die twee tekste met mekaar te versoen.[51] Volgens Eisele neem Julianus die standpunt in dat eiendomsreg oorgaan omdat die bedoeling om te skenk (*donandi causa*) volgens hom ook die bedoeling om te leen omvat. Beide partye het 'n lening in gedagte en daar bestaan dus eensgesindheid betreffende die *causa* uit hoofde waarvan gelewer word.[52] Ulpianus meen weer dat eiendomsreg nie oorgaan nie omdat die bedoeling om te skenk nie ook 'n lening omvat of insluit nie. Daar is dus geen voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms wat as grondslag vir oordrag dien nie en die partye is nie eenstemmig betreffende die *causa* uit hoofde waarvan oorgedra word nie.[53] Volgens Krückmann[54] neem Ju-

---

wel leen deurdat die saak gelewer word" (eie vertaling)]. Raadpleeg ook Bernhöft *Besitztitel* 58-60.

49 Raadpleeg Eisele 1885 *JhJ* 6-9, 14; Karlowa *Rechtsgeschäft* 209; Wendt 1890 *JhJ* 40; Huschke 1879 *AcP* 320, 329; Bernhöft *Besitztitel* 63, 101; Leist *Eigenthumstradition* 208, 224; Bechmann *Kauf* I 314, III 48 ev, 56-60 en Strohal 1889 *JhJ* 337, 364 ev, 368, 373, 375-376, 381, 386 wat almal tot dieselfde gevolgtrekking kom, naamlik dat die Romeinse reg 'n kousale stelsel was. 'n *lusta causa* was nog altyd 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg. Dit wil egter voorkom of hulle nie insien dat Julianus nie met die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms te make het nie, maar met die leweringshandeling en die saaklike ooreenkoms.

50 Beskerming van *bona fide* derdes was heeltemal vreemd aan die Romeinse reg. Strohal 1889 *JhJ* 389.

51 Die verskillende oplossings vir die oënskynlike teenstrydigheid, kan nie hier volledig behandel word nie. Slegs enkele pogings om die tekste te versoen, word uitgelig om aan te toon dat verskillende benaderings onder die teenstanders van die teorie aangetref word.

52 Eisele 1885 *JhJ* 11-12: "Für unseren Zweck genügt vollständig die Möglichkeit, sich die causa donandi (bedoeling om te skenk) im Vergleich mit der causa credendi (bedoeling om te leen) als das maius zu denken, in dem das minus mitenthalten ist." ["Vir ons doel is dit heeltemal voldoende dat die moontlikheid bestaan dat die bedoeling om te skenk, in vergelyking met die bedoeling om te leen, as die meer omvattende gesien word, waarby die mindere ingesluit is" (eie vertaling)].

53 Eisele 1885 *JhJ* 16; Bechmann *Kauf* III 56-60. Eisele is van oordeel dat Ulpianus se siening ondersteun behoort te word. Hy los die teenstrydigheid op 'n soortgelyke wyse op as die Glossatore en Cujacius. Sien hfst 3.6.4 en 5.3.3. Verder Fuchs *Iusta Causa* 108-115.

54 Krückmann 1897 *ArchBürgR* 7. Sien Landsberg *Geschichte* 835.

lianus die standpunt in dat eiendomsreg oorgaan omdat die *causa* vir die vervreemder nie van wesenlike belang is nie en beide partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te verkry. Ulpianus oordeel dat eiendomsreg nie oorgaan nie omdat die *causa* vir die vervreemder van wesenlike belang is en hy nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie.

Die abstraktheidsbeginsel word voorts verwerp op grond van tekste in die *Corpus Iuris Civilis* waaruit blyk dat eiendomsreg soms nie oorgaan nie, selfs al het die partye die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Ingevolge *Digesta* 13.1.18 byvoorbeeld, gaan eiendomsreg nie oor nie, indien die verkryger lewering aanvaar terwyl hy bewus is daarvan dat die oordraggewer niks aan hom verskuldig is nie.[55] Ingevolge *Digesta* 21.3.1.3 gaan eiendomsreg ook nie oor nie, indien 'n *mandataris* sy mandaat oorskry deurdat hy die saak vir minder verkoop as wat sy opdrag was, of indien hy 'n saak lewer uit hoofde van die *causa* wat binne sy opdrag val, maar die verkryger het 'n ander *causa* in gedagte, selfs al het beide partye die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te verkry.[56] Die ooreenkoms is strydig met die bedoeling van die opdraggewer. Indien dit die eienaar self is wat die saak oordra en nie die *mandataris* nie, behoort die resultaat dieselfde te wees, maar ingevolge die abstraktheidsbeginsel sal eiendomsreg wel oorgaan, indien die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Ingevolge hierdie beginsel is dit teoreties ook moontlik dat eiendomsreg uit hoofde van *depositum* oorgedra kan word, mits dit die werklike bedoeling van die partye was. Die kritici ontken dat dit die geval is, want *depositum* is nie 'n *iusta causa* nie. Eiendomsreg sal nie oorgaan nie, selfs al het die partye die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Dit wys net dat die abstraktheidsbeginsel 'n fiksie is.[57]

Förster[58] volg 'n middeweg. Volgens hom hoef die partye nie werklik eensgesind te wees betreffende die *causa* uit hoofde waarvan oorgedra word nie, solank elkeen 'n *causa* in gedagte het wat geskik is om eien-

55 Strohal 1889 *JhJ* 345.
56 Strohal 1889 *JhJ* 348-349.
57 Raadpleeg Leist *Eigenthumstradition* 207 ev, 220, 223-224, 255.
58 Förster *Privatrecht* 258-260.

domsreg oor te dra. Indien die vervreemder die saak lewer terwyl hy dink dat hy kragtens testament verplig is en die verkryger ontvang die saak terwyl hy dink dat dit uit hoofde van 'n koopkontrak aan hom gelewer word, sal eiendomsreg wel oorgaan aangesien beide *causae* geskik is om eiendomsreg oor te dra en die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.[59] Indien die partye egter *causae* in gedagte het wat nie geskik is om eiendomsreg oor te dra nie, soos byvoorbeeld waar die vervreemder lewer en hy dink dat hy dit uit hoofde van 'n huurkontrak doen en die verkryger aanvaar die saak as 'n geskenk, sal eiendomsreg nie oorgaan nie. Daar is nie wilsooreenstemming betreffende oordrag van eiendomsreg nie. Eiendomsreg sal ook nie oorgaan nie, indien daar nie eenstemmigheid is betreffende die saak wat oorgedra word of die persoon van die verkryger nie.

12.3.5 Kritiek teen die standpunt dat die abstraktheidsbeginsel deur die condictiones *bevestig word*

Die kritici van die leerstuk het hulle telkemale vasgeloop teen die feit dat Savigny se teorie ondersteun word deur die bestaan van die *condictiones*.[60] Die vraag waarmee hulle gekonfronteer is, is naamlik: hoe word die bestaan van die *condictiones* verklaar, indien gebreke in die verbintenisskeppende ooreenkoms verhinder dat eiendomsreg oorgaan, of indien eiendomsreg in geval van 'n putatiewe *causa* nie oorgaan nie? Ten einde by hierdie struikelblok verby te kom, word die mees ingewikkelde konstruksies voorgestel waarop nie verder ingegaan sal word nie. Daar word volstaan met die bespreking van Bernhöft se standpunt.[61] Volgens hom het die begrip *iusta causa* in die bronne nie net na 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms verwys nie, dit is ook gebruik in die betekenis van die veronderstellings op grond waarvan fisiese beheer verskaf

59 Eiendomsreg sal ook oorgaan indien die partye foutiewelik aanvaar dat 'n *causa* wat geskik is om eiendomsreg oor te dra bestaan, soos waar die oordraggewer 'n bedrag geld betaal op die foutiewe veronderstelling dat hy die geld verskuldig is ('n *putatiewe causa* dus). Förster *Privatrecht* 258-260.

60 Savigny self het aangevoer dat die bestaan van die *condictiones* die abstraktheidsbeginsel ondersteun en dat dit mooi by sy teorie inpas. Sien Savigny *System* III 113-114, 358-360; Savigny *System* V 521 vn (a) en ook hfst 10.4.4. Soos verwag kan word, het die voorstanders van die teorie heelwat klem hierop gelê.

61 Bernhöft *Besitztitel* 4, 22, 95.

word. Die *causa* in hierdie betekenis is egter nie vir oordrag van eiendomsreg van enige belang nie. Die vraag of die partye se veronderstellings korrek was, is nie van belang vir die vraag of eiendomsreg oorgaan, al dan nie. Die feit dat die oordraggewer 'n skuld betaal wat nie werklik bestaan nie, of die feit dat die huwelik nie voltrek word nie, of nietig is, verhinder daarom nie dat eiendomsreg oorgaan nie. Die *condictio indebiti* en die *condictio sine causa* kom volgens hom in hierdie gevalle te pas.[62]

Sommige skrywers wys daarop dat die *condictiones* nie noodwendig bevestiging vir die teorie betreffende die uitwendige abstraksie is nie. Volgens Kindel was oorgang van eiendomsreg nie 'n voorvereiste vir die *condictiones* in die Romeinse reg nie. Hy beroep hom op Ulpianus wat, nieteenstaande die feit dat eiendomsreg nie oorgaan nie, nietemin die *condictio* aan die vervreemder verleen (omdat *traditio* plaasgevind het sonder dat daar 'n regsgrond daarvoor was).[63] Wat meer is, ook stelsels wat uit en uit kousaal is, soos die *ALR*, die *ABGB*, die *Code Civil* en die Engelse reg, erken die bestaan van die *condictiones* en tog word daar nie met 'n saaklike ooreenkoms gewerk nie.[64]

Die standpunt dat die teorie deur die bestaan van die *condictiones* bevestig word, verwar volgens hulle grondslag en gevolg. *Traditio* is nie 'n saaklike ooreenkoms omdat dit aanleiding gee tot 'n verrykingsaksie nie.[65] Die erkenning van die verrykingsaksie hou bloot rekening met die feit dat daar ooreenkomste is wat opsigself regsgevolge het (soos die saaklike ooreenkoms), sonder dat 'n ander ooreenkoms ten grondslag daarvan lê, maar wat so 'n grondslag nogtans nodig het. By gebreke van so 'n ander grondliggende ooreenkoms, is daar 'n onregmatigheid wat aanleiding gee tot 'n terugvorderingsreg.[66] Savigny se stelling dat sy

62 Bernhöft *Besitztitel* 4, 22, 95. Verder Fuchs *Iusta Causa* 111-112; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 120.

63 In die reël is die *vindicatio* beskikbaar wanneer 'n eienaar sy saak teen sy wil afstaan, maar Ulpianus maak geen melding van die *rei vindicatio* nie. Kindel 1890 *JhJ* 409, 438; Kindel *Rechtsgeschäft* 120 ev.

64 Sien Brandt *Eigentumserwerb* 110; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 105.

65 In elk geval het die *condictiones* net betrekking op die uitwendige abstraksie, dit regverdig nog nie die bestaan van 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms nie, soos wat Savigny probeer voorgee nie. Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 99.

66 Hammen *Savigny* 154; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 105.

teorie deur die *condictiones* bevestig word, word ook gekritiseer omdat die *condictiones* slegs op geld en verbruikbare sake wat in 'n massa verhandel word (soos byvoorbeeld meel en koring), van toepassing was. Dit was nie van toepassing nie waar individueel bepaalbare sake die onderwerp van die terugvorderingsaksie was nie.[67]

12.4 Samevatting

Die hoofpunte van kritiek wat aan die einde van die negentiende en die begin van die twintigste eeu in Duitsland teen die abstraktheidsbeginsel uitgespreek is, is die volgende:

1. Die idee dat die *animus transferendi et accipiendi dominii* 'n selfstandige bestaan voer en opsigself regsgevolge kan hê, word verwerp. Dit vorm 'n inherente bestanddeel van die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms of *causa*. Eiendomsoordrag is dus 'n kousale handeling in dié sin dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat is.

2. *Traditio* is geen ooreenkoms nie. Dit is bloot 'n feitlike leweringshandeling waarin die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang tot uiting kom en waardeur uitvoering gegee word aan die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms. Geen ander vereistes, anders as wilsooreenstemming om eiendomsreg deur lewering oor te dra, is nodig nie. Dit is dus nie nodig dat die vereistes wat op regshandelinge van toepassing is, ook op *traditio* toegepas word nie.

3. Die begrip *causa traditionis* verwys na 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms, wat geskik is om oorgang van eiendomsreg te bewerkstellig en wat 'n verpligting om te lewer in die lewe roep. 'n *Causa* in hierdie betekenis is wel 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg. Die meerderheid skrywers neem die standpunt in dat die *causa* ook objektief geldig moet wees en dat 'n *iusta causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is.

4. Eiendomsreg word nie deur 'n saaklike ooreenkoms oorgedra nie, maar deur lewering, mits dit plaasvind uit hoofde van 'n geskikte en

67 Sien Brandt *Eigentumserwerb* 71-73.

geldige verbintenisskeppende ooreenkoms. Die partye moet nie net die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra nie, hulle moet ook eenstemmig wees betreffende die grondslag uit hoofde waarvan gelewer word.[68]

5. Die bestaan van die *condictiones* is nie noodwendig bevestiging vir die abstraktheidsbeginsel nie, dit word ook aangetref in stelsels wat uit en uit kousaal is.

Eiendomsoordrag is dus nie 'n abstrakte handeling nie, maar kousaal in beide betekenisse van die begrip: (1) die bedoeling om eiendomsreg oor te dra, vorm deel van die verbintenisskeppende ooreenkoms (dit kan nie daarvan losgemaak word nie) en (2) die verbintenisskeppende ooreenkoms moet objektief geldig wees, ten einde oorgang van eiendomsreg tot gevolg te hê. Dit blyk dus dat die teenstanders van die abstraktheidsbeginsel 'n kousale stelsel voorstaan. Die teorie dat eiendomsreg deur 'n abstrakte saaklike ooreenkoms oorgedra word, is vir hulle iets misterieus wat nie geskik is om in 'n wetboek opgeneem te word nie. Dit is nie die taak van die wetgewer om 'n teoretiese konstruksie te sanksioneer nie. Al wat van die wetgewer verwag word, is om die reël te formuleer, naamlik dat eiendomsreg deur *traditio* oorgedra word.[69] Dit moet aan die regswetenskap oorgelaat word om die beginsel in meer besonderhede uit te werk. Die probleem daarmee dat die abstraktheidsbeginsel in 'n wetboek neerslag vind, is dat dit op hierdie wyse tot 'n dogma verhef word, terwyl die teorie vir baie juriste nie aanvaarbaar is nie en selfs onder verdenking staan.

Die teenstanders van die abstraktheidsbeginsel kon nie daarin slaag om die voorstanders daarvan tot ander insigte te bring nie. Nieteenstaande al die kritiek, besluit die tweede kommissie om die konstruksie van die

68 Die siening dat die regsgrond uit hoofde waarvan gelewer word, nie van belang is vir die vraag of eiendomsreg oorgaan nie, word verwerp. Dit is van wesenlike belang en kan nie geïgnoreer word nie. Sommige skrywers is nietemin tevrede daarmee indien die partye eenstemmig is daaroor dat die saak gelewer word uit hoofde van 'n *causa* wat geskik is om eiendomsreg oor te dra, selfs al het hulle verskillende *causae* in gedagte.

69 Wendt 1890 *JhJ* 46-47. Sien verder die kritiek van Brandt *Eigentumserwerb* 76.

saaklike ooreenkoms wel in die *BGB*[70] op te neem, alhoewel die begrippe *kontrak* en *ooreenkoms* nie gebruik word nie. Daar word bloot vereis dat die partye eenstemmig moet wees daaroor dat eiendomsreg deur lewering oorgedra sal word.

12.5 Verklaring vir die aanvaarding van die teorie van die saaklike ooreenkoms

Die vraag ontstaan wat die redes is waarom die teorie van oordrag van eiendomsreg, nieteenstaande die kritiek, wel in die regswetenskap en regspraak aanvaar is en uiteindelik in die *BGB* opgeneem is. Die volgende redes kan aangevoer word:

1. Die feit dat navorsing deur talle regsgeleerdes aangetoon het dat die teorie histories geregverdig kan word en dat dit met die *Corpus Iuris Civilis* versoenbaar is, het 'n deurslaggewende rol gespeel by die aanvaarding van die teorie.[71] Daar bestaan nietemin bedenkinge daaroor of die teorie wel met die bronne versoen kan word. Die kritiek is dat Savigny 'n aantal tekste planmatig geselekteer het en dat hy die tekste in die *Corpus Iuris Civilis*, deur 'n vrye historiese interpretasie, uit verband geruk het.[72] Die meeste tekste waarop Savigny hom beroep het, verwys slegs indirek na die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Suiwer Romeinse beginsels figureer dus slegs in die agtergrond. Dit is nie die regverdiging van die teorie uit die bronne wat voorop staan nie, maar eerder die interpretasie van die bronne.[73]

   Alhoewel die kritiek, naamlik dat die teorie in stryd is met die *Corpus Iuris Civilis*, meriete het, kan dit ook nie ontken word nie, dat die beginsel van die saaklike ooreenkoms (naamlik, wilsooreenstemming wat spesifiek op eiendomsoordrag en verkryging gerig is), reeds in die

70 §929 *BGB*.
71 Die magiese krag van so 'n bevinding, word soos volg deur Windscheid *Die Actio* 20 verwoord: "Eine Auffassung, in welcher die Natur der Sache mit dem Zeugnisse des römischen Rechts übereinstimmt, welche Kraft hat die nicht." ["Watter oortuigingskrag het 'n standpunt wat in die aard van sake met die getuienis van die Romeinse reg ooreenstem nie" (eie vertaling)].
72 Wieacker *Privatrechtsgeshichte* 419, 397; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 130-131; Buchholz *Abstraktionsprinzip* 5. Maar sien Ranieri *Abstrakte Übereignung* 42, 43.
73 Sien Fuchs *Iusta Causa* 105; Koschaker *Europa* 272.

Romeinse reg bekend was.[74] Daar moet ook in gedagte gehou word dat die omstandighede verander het en dat die Romeinse reg nie meer met jota en tittel toegepas kon word nie: "Die Romeinse reg is bloot indirek vir ons van toepassing en dit word vir ons hoofsaaklik in die regswetenskap en regstoepassing weerspieël."[75]

2. Die teorie is ontwikkel in 'n tydperk waarin juriste ontvanklik was daarvoor. Savigny se teorie, wat onder andere voortspruit uit sy siening van die begrip *ooreenkoms*, het aansluiting gevind by beginsels soos kontrakteervryheid, wilsvryheid en vervreemdingsbevoegdheid van die individu, wat in die negentiende eeu beklemtoon is. Die belangrike rol wat ooreenkomste en regshandelinge in die regsdogmatiek van daardie tyd gespeel het, vereis voorts dat die saaklike ooreenkoms onderwerp word aan die reëls wat vir regshandelinge geld.[76]

3. Die opbreek van die oordragsproses in verskillende fases en meerdere ooreenkomste, het in dieselfde tydperk plaasgevind toe die gebruik van natuurwetenskaplike denkmetodes[77] bykans gewaarborg het dat die resultaat van navorsing wetenskaplike erkenning sou geniet. Die feit dat Savigny se teorie in ooreenstemming was met hierdie metode, het die aanvaarding van sy teorie in die hand gewerk.[78]

4. Die konstruksie van die uitwendige abstraksie het verhoogde verkeersekerheid tot gevolg gehad, wat weer van nut was vir die vrye handelsverkeer. Hierdie ontwikkeling is verwelkom in die lig van die gebrek aan beskerming van *bona fide* derdes.[79] Een van die belangrikste oorwegings waarom die tweede kommissie besluit het om die teorie te

74 Die benaming saaklike ooreenkoms asook die wetenskaplike konstruksie daarvan, kom egter van Savigny. Sien Cronjé 1978 *THRHR* 227 ev.
75 Wendt 1890 *JhJ* 30 (eie vertaling): "Das Römische Recht ist für uns ja zumeist nur indirect zu erkennen und erscheint uns hauptsächlich in Spiegel von Lehre und Anwendung ...".
76 Sien Molkenteller *Dinglicher Vertrag* 132.
77 Bv 'n eksakte verdeling in kleiner deeltjies, die vraag na oorsaak en gevolg, die strewe na vaste reëls en bewysbaarheid.
78 Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 132-133; Brandt *Eigentumserwerb* 15.
79 Sien Brandt *Eigentumserwerb* 67; Buchholz *Abstraktionsprinzip* 389; Molkenteller *Dinglichen Vertrag* 132.

ondersteun, was juis omdat dat dit in belang van regsekerheid is en omdat dit beskerming verleen aan *bona fide* derdes.[80]

5. Die strewe daarna om 'n eie kenmerkende stelsel van eiendomsoordrag te ontwikkel wat in 'n Duitse kodifikasie opgeneem kon word, die verwerping van die Natuurregsisteem en die feit dat daar nie sprake was van 'n eenvormige Europese regstelsel nie, het aan die Pandektiste die ruimte gebied waarin hulle die oorhand kon kry en 'n invloed op die wetgewer kon uitoefen. Veral belangrik in hierdie opsig is die feit dat Windscheid, wat 'n leidende rol in die kodifikasieproses gespeel het, Savigny se teorie ten volle ondersteun het.[81]

6. Savigny se teorie is 'n logiese en konsekwente juridiese konstruksie, wat op roerende sowel as onroerende sake toegepas kan word. In elk geval was dit in ooreenstemming met die bestaande praktyk insake oordrag van eiendomsreg op onroerende goed.[82]

7. Die feit dat die kritici met gekunstelde redenasies vorendag gekom het, dat hulle onderling van mekaar verskil het[83] en hulle skuldig gemaak het aan begripsverwarring, het die algemene aanvaarding van hulle argumente bemoeilik. Dit skep die indruk dat hulle nie die teorie verstaan nie en dat daar nie 'n aanvaarbare alternatief is nie.

8. Die feit dat die kritici soms persoonlike aanvalle teen hulle teenstanders geloods het, het hulle saak in die wiele gery:

> ... en dit is inderdaad 'n treurige teken dat die opstellers van die motiewe, asook die Pandektiste met kritiek van hierdie aard belas word. Opbouende kritiek kan daardeur skade aangedoen word, aangesien dit dikwels met eersgenoemde verweef is.[84]

---

80 Die kritici het dit natuurlik ontken. Die teorie is onnodig omdat voldoende beskerming aan *bona fide* verkrygers verleen word en billike resultate daarsonder bereik kan word. Raadpleeg Wendt 1890 *JhJ* 29, 33, 34; Leist *Eigenthumstradition* 207 ev, 220, 223-224. Endemann 1891 *ZfHK* 326 gee nietemin toe dat die abstraktheidsbeginsel ter wille van die publisiteit wat daaruit voortspruit verdedig kan word.

81 Bark 1973 *KJ* 158, 159.

82 Raadpleeg Buchholz *Abstraktionsprinzip* 301, 311; Brandt *Eigentumserwerb* 71-73.

83 Hulle het nie uit een mond gepraat nie. Afgesien daarvan dat hulle van Savigny verskil het, het hulle in vele opsigte ook onderling van mekaar verskil. Elkeen was op sy eie missie.

84 Wendt 1890 *JhJ* 45 (eie vertaling): "... und es ist in der That ein trauriges Zeichen, daß der Verfasser der Motive sowie die Pandektenlehrer mit Angriffen dieser Art behelligt werden. Darunter kann die gesunde kritik leiden, indem sie leicht mit je-

Nieteenstaande kritiek teen die konstruksie van die saaklike ooreenkoms is dit in die Suid-Afrikaanse reg geresipieer. In die volgende hoofstuk sal die proses ondersoek word waardeur Savigny se teorie in Suid-Afrika aanvaar is. Die aard en kenmerke van die Suid-Afrikaanse stelsel van eiendomsoordrag sal ook onder die loep geneem word.

---

nem zusammengeworfen wird." (Hy verwys in besonder na Kindel *Recht an der Sache* 106, 313, 324).

HOOFSTUK 13

AANVAARDING VAN DIE ABSTRAKTE STELSEL EN DIE SAAKLIKE OOREENKOMS IN SUID-AFRIKA

13.1 Inleiding 625

13.2 Aanvanklik 'n kousale stelsel in die regspraak toegepas 627

13.3 Aanvaarding van die saaklike ooreenkoms in die regspraak 629

13.3.1 Appèlafdeling beslis ten gunste van 'n abstrakte stelsel 629

13.3.2 Kenmerke van die inhoudelike abstraksie aangetref 637

13.3.3 Uitwendige abstraksie - 'n geldige verbintenis skeppende ooreenkoms nie vereis nie 644

13.4 Is 'n abstrakte stelsel in geval van bedrog van toepassing? 650

13.5 Is 'n abstrakte stelsel op die oordrag van onroerende goed van toepassing? 657

13.5.1 Inleiding 657

13.5.2 Is 'n *iusta causa* 'n vereiste? 658

13.5.3 Negatiewe en positiewe stelsels 668

13.5.4 Is 'n saaklike ooreenkoms 'n vereiste? 679

13.5.5 Is registrasie die enigste vereiste? 683

13.6 Samevatting 690

13.1 Inleiding

Die volgende vereistes geld in die Suid-Afrikaanse reg vir die oordrag van eiendomsreg op roerende en onroerende goed:[1] (1) roerende goed moet op een van die erkende wyses aan die verkryger gelewer word (dit wil sê, die saak moet werklik fisies oorhandig word, alternatiewelik kan enige van die vorms van fiktiewe lewering gebruik word, sonder dat die verkryger fisies in beheer gestel word (*traditio*)); onroerende goed moet in die akteskantoor geregistreer word; (2) die saak wat gelewer word, moet 'n saak wees ten opsigte waarvan saaklike regte gevestig en oorgedra kan word (dit moet 'n *res in commercio* wees); (3) die saak moet deur die eienaar of sy gevolmagtigde verteenwoordiger oorgedra word (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*); (4) daar moet 'n saaklike ooreenkoms wees; dit wil sê, die vervreemder moet die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra en die verkryger moet die bedoeling hê om eiendomsreg te aanvaar;[2] (5) indien die saak uit hoofde van 'n koopkontrak gelewer word, sal eiendomsreg slegs op die verkryger oorgaan indien hy die volle koopprys betaal het, of indien die verkoper krediet aan die koper verleen het, of indien die verkryger sekuriteit vir betaling van die koopprys verskaf het (hierdie vereiste is egter nie op onroerende goed van toepassing nie); (6) sommige skrywers vereis ook 'n *iusta causa traditionis* (dit wil sê, een of ander regsgrond of rede vir eiendomsoordrag).[3]

---

1 Raadpleeg oa die volgende bronne in hierdie verband: Badenhorst ea *Property* 72 220; Van der Walt en Pienaar *Property* 125; Van der Merwe *Sakereg* 301; Carey Miller *Acquisition* 118; *Dryer v AXZS Industries* 2005 JOL 15566 (SCA) 13-18; *Cape Explosive Works v Denel* 2001 3 SA 569 (HHA) 577-578; *Rasi v Madaza* 2001 1 All SA 498 (Tk) 511; *Kriel v Terblanche* 2002 6 SA 132 (NK) 142B 148F-G; *Bank Windhoek v Rajie* 1994 1 SA 115 (A) 141 C-E en 143 B; *Concor Construction v Santambank* 1993 3 SA 930 (A); *Info Plus v Scheelke* 1998 3 SA 184 (HHA) 190-191; *Krapohl v Oranje Koöperasie* 1990 3 SA 848 (A) 864 E-H; *Trust Bank v Western Bank* 1978 4 SA (A); *Air-Kel h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 912 (A).

2 Gewoonlik word vereis dat die oordraggewer en die verkryger albei handelingsbevoeg moet wees. Dit is egter nie nodig om dit as 'n afsonderlike vereiste te stel nie aangesien die saaklike ooreenkoms moet voldoen aan al die gemeenregtelike vereistes vir 'n geldige regshandeling, soos bv handelingsbevoegdheid en wilsooreenstemming.

3 Daar heers egter meningsverskil oor die vraag of 'n *iusta causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg enige nut in die Suid-Afrikaanse reg het. Hierdie vraag sal hieronder in hfst 13.5.2 bespreek word.

Met uitsondering van die vereiste dat daar 'n saaklike ooreenkoms moet wees, is al die vereistes uit die Romeins-Hollandse reg afkomstig.[4] Alhoewel kenmerke van die inhoudelike abstraksie, naamlik die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (oftewel wilsooreenstemming wat op die oordrag van eiendomsreg gerig is), wel in die Romeins-Hollandse reg aangetref is,[5] was daar nog geen wetenskaplike ontleding van die saaklike ooreenkoms as juridiese begrip nie. Die *animus transferendi et accipiendi dominii* was nog nie as 'n kontrak of 'n selfstandige ooreenkoms wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is, beskou nie. Dit is bloot gesien as die geestelike element waarmee lewering gepaard moes gaan. Soos wat in hoofstukke tien en elf aangetoon is, is dit Savigny, die Historiese Skool en die *Pandektenwissenschaft* wat met die teorie van die saaklike ooreenkoms na vore gekom het en dit verder uitgebou het.

Wat die uitwendige abstraksie betref, is daar by die bespreking van die Romeins-Hollandse reg[6] aangetoon dat twee standpunte aangetref is betreffende die vraag of 'n *iusta causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was, al dan nie. Aan die een kant is skrywers wat van oordeel was dat 'n objektief geldige *causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was; aan die ander kant is skrywers wat van oordeel was dat dit nie 'n vereiste was nie (die algemeen aanvaarde standpunt). Ingevolge laasgenoemde standpunt, is daar egter in geval van bedrog 'n uitsondering toegelaat: indien die verbintenisskeppende ooreenkoms deur bedrog tot stand gekom het, is die ooreenkoms nie net as nietig beskou nie, eiendomsreg sou dan ook nie oorgaan nie.

Albei bovermelde standpunte word ook in die Suid-Afrikaanse reg aangetref: aanvanklik is die standpunt in die regspraak ingeneem dat 'n geldige *causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is. Vandag word dit egter algemeen aanvaar dat 'n geldige voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie. Eiendomsreg kan op die verkryger oorgaan, selfs al is die verbintenis-

4 Raadpleeg hfst 7 in hierdie verband.
5 Sien hfst 7.5.

skeppende ooreenkoms nietig en selfs al is die vervreemder deur bedrog daartoe oorreed om die kontrak te sluit, mits daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is.

In hierdie hoofstuk sal aangetoon word dat die teorie van die saaklike ooreenkoms in Suid-Afrika aanvaar is, nieteenstaande die feit dat dit aan die Romeins-Hollandse reg onbekend was. Dit sal ook aan die lig kom dat die saaklike ooreenkoms inhoudelik sowel as uitwendig, van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei kan word.

13.2 Aanvanklik 'n kousale stelsel in die regspraak toegepas

In die eerste gerapporteerde regspraak aan die einde van die negentiende eeu, is beslis dat 'n *iusta causa traditionis* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in Suid-Afrika is.[7] In *Kleudgen v Rabie*, gerapporteer in 1880, beslis regter De Villiers dat 'n voorafgaande geldige *causa* vir oordrag vereis word.[8] In *Beyers v McKenzie*[9] het ene Holmes perde van Beyers gekoop en dit daarna aan McKenzie verkoop. Holmes het egter op 'n bedrieglike wyse teenoor Beyers voorgegee dat hy as verteenwoordiger van die regering koop, terwyl hy in werklikheid geen volmag gehad het nie. Beyers beweer dat eiendomsreg nooit oorgegaan het nie en eis daarom die perde van McKenzie terug. Regter De Villiers gee hom gelyk en bevind dat geen koopkontrak tussen Holmes en Beyers tot stand gekom het nie.[10] Die hof beslis voorts dat eiendomsreg nieteenstaande lewering nie oorgedra kon word nie omdat daar nie 'n geldige *causa* was nie:

> There was a delivery to Holmes, but bare delivery ... is not sufficient to pass the property. There must be some valid cause, such as donation, sale

6 Sien hfst 7.4.

7 Waar dit nie uitdruklik beslis is nie, blyk dit by implikasie uit die uitsprake. Raadpleeg ook Carey Miller *Acquisition* 128; Badenhorst ea *Property* 74, 221; Van der Merwe *Sakereg* 308; Cronjé 1978 *THRHR* 241.

8 *Kleudgen v Rabie* 1880 Foord 63 op 65: "No transfer, however solemn, can pass the *dominium* unless it be accompanied or preceded by some contract or other valid cause for the transfer of ownership". Laurens *Saaklike Regte* 289 is egter van oordeel dat *Kleudgen v Rabie* 1880 Foord 63 nie noodwendig 'n aanduiding van 'n kousale stelsel is nie. Hy meen die woorde *valid cause* verwys na die bedoeling om eiendomsreg oor te dra (saaklike ooreenkoms). Die *contract* is een van die omringende omstandighede wat op die bedoeling om eiendomsreg oor te dra dui. Daar kan egter nie met hierdie uitleg saamgestem word nie.

9 *Beyers v McKenzie* 1880 Foord 125.

10 Bedrog aan die kant van Holmes was van so 'n aard dat die koopkontrak nietig was.

> or other contract, to make the delivery an effectual transfer of the property; and, *in* the present case, there being no such contract, the property never passed to Holmes, who could not therefore give a good title to the defendant.[11]

Ook in *Preston and Dixon v Biden's Trustee*[12] word 'n kousale benadering toegepas. Die hof bevind dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie omdat die partye nooit die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra nie en omdat daar ook nie 'n *iusta causa* was nie:

> There was, to use the language of Voet, a *traditio*, or delivery, but there was no *justa causa*, or legal consideration, to make the delivery effectual for the purpose of transferring the *dominium* (the beneficial ownership) to Biden.[13]

In die sake waarna hierbo verwys is, is beslis dat 'n *iusta causa* in die betekenis van 'n geldige voorafgaande verbintenis, 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in die Suid-Afrikaanse reg is en dat eiendomsreg in die betrokke sake nie oorgegaan het nie omdat daar geen geldige *causa* was nie. Dit is ongetwyfeld 'n kousale benadering wat toegepas is. Alhoewel regter De Villiers, wat uitspraak in al die sake gelewer het, nie na enige gesag verwys het nie,[14] kan aanvaar word dat hy waarskynlik die regsposisie toegepas het soos wat dit (na sy mening) in die Romeins-Hollandse reg gegeld het. By die bespreking van die Romeins-Hollandse reg,[15] is egter aangetoon dat 'n *iusta causa* wel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was, maar dat daar twee verskillende benaderings aangetref is betreffende die vraag of die *causa* objektief geldig moes wees, al

---

11 *Beyers v McKenzie* 1880 Foord 127. Verder Carey Miller *Acquisition* 128; Van der Merwe *Sakereg* 308; Christie *Contract* 373; Badenhorst ea *Property* 74, 221. Maar sien Scholtens 1957 *SALJ* 294 wat argumenteer dat *Beyers v McKenzie* 1880 Foord 125 met 'n abstrakte benadering versoen kan word.

12 *Preston and Dixon v Biden* 1883 1 BAC 322.

13 *Preston and Dixon v Biden* 1883 1 BAC 349-350 (sien verder ook 347-349, 351 en 353 van die verslag). 'n Kousale benadering is ook voorgestaan in *Kerkeraad of Boshof* (1893) 10 *CLJ* 252 op 253, *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219 op 224-225 en *Britz v De Wet* 1965 2 SA 131 (O) 134 A. In die regsliteratuur word 'n kousale benadering ook aangetref by Heyl *Grondregistrasie* 208, 211-212 en Maasdorp *Property* 65: "There must further be a legal cause for the transfer of the ownership, for the mere transfer without some other legal ground for it, such as sale, exchange, donation, or the like, does not vest the ownership in the transferee".

14 In *Beyers v McKenzie* 1880 Foord 125 verwys die regter slegs na sy eie uitspraak in *Kleudgen v Rabie* 1880 Foord 63 as gesag. Hy maak die opmerking dat die gevolgtrekking waartoe hy gekom het met die Engelse reg in ooreenstemming is. Sien Scholtens 1957 *SALJ* 292 vir die toepaslikheid van die Engelse reg. In *Kleudgen v Rabie* 1880 Foord 63 verwys regter De Villiers na geen gesag nie.

15 Sien hfst 7.4.

dan nie: (1) skrywers soos Voet,[16] het 'n kousale benadering gevolg en die standpunt ingeneem dat die *causa* wel geldig moes wees; (2) Vinnius[17] het weer 'n abstrakte benadering gevolg en die standpunt ingeneem dat die *causa* nie geldig hoef te wees nie; 'n putatiewe *causa* was volgens hom voldoende om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig. Dit wil dus voorkom of regter De Villiers voorkeur verleen het aan Voet se standpunt.[18] Hy verwys egter nie na die teenoorstaande standpunt wat blykbaar die algemeen aanvaarde standpunt in die Romeins-Hollandse reg was nie.

13.3 Aanvaarding van die saaklike ooreenkoms in die regspraak

In verskeie uitsprake wat sedert die begin van die twintigste eeu gerapporteer is, het die howe egter wegbeweeg van die kousale standpunt soos dit by Voet aangetref is en aansluiting gevind by die algemeen aanvaarde standpunt in die Romeins-Hollandse reg, waarvolgens 'n objektief geldige *causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie. Daar word ook meer klem gelê op die vereiste dat die partye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, as op die vereiste dat daar 'n onderliggende *causa* moet wees. Omdat sodanige bedoeling kan bestaan sonder dat 'n geldige *causa* aanwesig hoef te wees, neig hierdie uitsprake in die rigting van 'n abstrakte stelsel.[19]

13.3.1 Appèlafdeling beslis ten gunste van 'n abstrakte stelsel

Reeds in 1941 het die appèlafdeling in *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson*[20] onomwonde beslis dat 'n abstrakte stelsel in Suid-Afrika van toepassing is en nie 'n kousale stelsel nie. In hierdie saak het die verweerder materiaal ingevoer en dit dan aan geregistreerde vervaardigers verkoop. Terselfdertyd is daar met die vervaardigers ooreengekom dat hulle die materiaal sal gebruik om kleding-

16 Voet *ad Digesta* 4.3.3.
17 Vinnius *ad Institutiones* 2.1.40.
18 In *Preston and Dixon v Biden* 1883 1 BAC 349 verwys die regter wel na Voet, maar hy sê nie op watter passasie hy steun nie.
19 Raadpleeg Carey Miller *Acquisition* 128; Badenhorst ea *Property* 74-76; Van der Merwe *Sakereg* 308-310; Cronjé 1978 *THRHR* 241-243; Sonnekus *Vonnisbundel* 391-395; Laurens *Saaklike Regte* 289-290.

stukke te vervaardig en dat hulle die vervaardigde produk aan die respondent sal verkoop teen die aanvanklike verkoopsprys van die materiaal, plus die vervaardigingskoste.[21] Die doeaneregulasies wat destyds van toepassing was, het bepaal dat die respondent (invoerder) vir 'n belastingkorting sou kwalifiseer indien eiendomsreg in die goedere aan die vervaardiger oorgedra is en laasgenoemde 'n verklaring geteken het dat hy die eienaar van die materiaal was. Die appellant dagvaar die respondent vir doeanebelasting waarvoor hy na bewering aanspreeklik was (dit is vir die bedrag wat hy as korting ontvang het). Sy standpunt was dat eiendomsreg nie op die vervaardigers oorgegaan het nie, dat respondent te alle tye eienaar van die goedere was en dat hy dus nie op 'n korting geregtig was nie. Die respondent se verweer was dat eiendomsreg wel oorgedra is, dat hy op 'n korting geregtig was en dat hy nie vir die belasting aanspreeklik was nie. Die kernvraag vir beslissing was dus of eiendomsreg deur lewering van die materiaal aan die vervaardiger oorgedra was, al dan nie.

Die hof bevind dat eiendomsreg wel op die vervaardigers oorgegaan het aangesien daar aan die vereistes vir oordrag van eiendomsreg voldoen was, naamlik: (1) lewering van die saak (2) gepaard met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra aan die kant van die vervreemder en die bedoeling om eiendomsreg te ontvang aan die kant van die verkryger.[22] Appellant het beweer dat eiendomsreg nooit oorgegaan het nie aangesien die ooreenkomste tussen die respondent en die vervaardigers nie werklik koopkontrakte was nie. Hy het aangevoer dat die partye nou wel die ooreenkomste koopkontrakte genoem het, maar dat die benaming bloot 'n dekmantel was om die ware aard daarvan te verbloem. Dit was ook nie die werklike bedoeling van die partye om eiendomsreg oor te dra nie. Die vorm en aard van die kontrakte was van so 'n aard, dat die partye dui-

20 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369.

21 Die verkoopprys van die materiaal en die koopprys van die vervaardigde produk, is met mekaar in verrekening gebring op die tydstip waarop laasgenoemde gelewer was. Die enigste werklike betalings wat gemaak was, was die kontantbedrae wat die verweerder aan die vervaardigers betaal het ten opsigte van die koste van vervaardiging.

delik nie oorgang van eiendomsreg in die vooruitsig gestel het nie. In werklikheid was die doel om belasting te ontduik. Appèlregter Watermeyer beslis egter dat die partye in die onderhawige geval inderdaad die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[23] Die appellant se betoog word daarom verwerp. Anders as wat die appellant aangevoer het, was die hof van oordeel dat die vorm en aard van die kontrakte nie noodwendig 'n aanduiding van die partye se bedoeling is nie.[24] Indien lewering plaasvind uit hoofde van 'n koopkontrak, wil dit nie noodwendig sê dat die partye bedoel dat eiendomsreg met lewering sal oorgaan nie. Daarteenoor, indien die kontrak die vorm aanneem van 'n *locatio operis*, is daar niks wat die partye verhinder om ooreen te kom dat materiaal wat deur die *locator* aan die *conductor* gelewer is, die eiendom van laasgenoemde sal word nie.[25] Of hulle die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, al dan nie, is 'n feitevraag wat na gelang van die omstandighede van elke saak beantwoord moet word, sonder dat die voorafgaande *causa* noodwendig in aanmerking geneem hoef te word:

> The form of the contract does not determine whether or not ownership passes; a further enquiry into the intention of the parties is necessary.[26]
>
> Again, whether or not an intention to transfer ownership by delivery exists is a question of fact, not of law ... If the parties desire to transfer ownership and contemplate that ownership will pass as a result of delivery, then they in fact have the necessary intention and the ownership passes by delivery.[27]

Appellant betoog dat indien die partye met die doel om wetgewing te omseil of belasting te ontduik, voorgee 'n bepaalde kontrak te sluit, terwyl hulle in werklikheid 'n heel ander kontrak in gedagte het, eiendomsreg nie

---

22 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 398. Verweerder was derhalwe op die korting geregtig.

23 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 402 ev.

24 Sien ook *Concor Construction v Santambank* 1993 3 SA 930 (A) waar 'n soortgelyke standpunt ingeneem is.

25 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 398.

26 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 400.

27 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 398.

sal oorgaan nie, selfs al bedoel hulle om eiendomsreg oor te dra.[28] Die hof stem egter nie hiermee saam nie:

> Counsel seeks to use these cases as laying down the proposition that there is some kind of legal barrier which prevents ownership from passing even if the parties intend it to pass. But that is not so.[29]

Appellant het voorts aangevoer dat lewering gepaard met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, nie voldoende is om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig nie. Daar moet daarbenewens ook nog een of ander voorafgaande ooreenkoms wees uit hoofde waarvan lewering plaasvind ('n *iusta causa* of 'n *causa habilis*). In die onderhawige geval kon eiendomsreg nie oorgaan nie omdat daar nie werklik koopkontrakte was nie en daarom ook geen *iusta causa* nie.[30] Hierop reageer appèlregter Watermeyer soos volg:

> I do not agree with this contention. The *habilis causa* referred to by Voet means merely an appropriate *causa*, that is, either an appropriate reason for the transfer or a serious and deliberate agreement showing an intention to transfer.[31]

Ook appèlregter Centlivres ondersoek die betekenis van die begrippe *iusta causa* en *habilis causa* en kom tot die gevolgtrekking dat dit nie na 'n geldige voorafgaande *causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg verwys nie. Die begrippe is sinonieme vir die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en verwys eintlik na die omstandighede waaruit sodanige bedoeling afgelei kan word, soos byvoorbeeld die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms. Hy laat hom soos volg uit oor die betekenis van gemelde begrippe:

> ... all that these words mean in the context I am at present considering is that the legal transaction preceding the *traditio* may be evidence of an intention to pass and acquire ownership. But there may be direct evidence of an intention to pass and acquire ownership and, if there is, there is no need to rely on a preceding legal transaction in order to show that ownership has, as a fact, passed. To put it more briefly it seems to me that the ques-

28 In so 'n geval is eiendomsoordrag regtens verbode.

29 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 403-404 (sien ook 397-398).

30 Daar is beweer dat die ooreenkomste wat aangegaan is, blote rookskerms was en daarom as *in fraudem legis* beskou moes word.

31 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 398-399. Die regter steun op die volgende gesag vir sy siening betreffende die betekenis van die begrip *habilis causa*, nl: *Lucas' Trustee v Ismail and Arnod* 1905 TS 239; *Conradie v Rossouw* 1919 AD 279; Savigny *Obligationenrecht* II §78.

> tion whether ownership passed depends on the intention of the parties and such intention may be proved in various ways.[32]

Ter samevatting kan die volgende gevolgtrekkings uit die bespreking hierbo gemaak word: (1) daar word duidelik onderskei tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en lewering (2) die verbintenisskeppende ooreenkoms opsigself het nie oordrag tot gevolg nie, die saak moet ook gelewer word; (3) 'n verbintenisskeppende ooreenkoms is nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie; (4) eiendomsreg word oorgedra deur lewering van die saak, mits die partye onderskeidelik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang; (5) dit is nie voldoende indien slegs die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie, ook die verkryger moet die bedoeling hê eiendomsreg te ontvang (daar moet wilsooreenstemming wees); (6) die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang kan bestaan, selfs al is die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nietig; (7) die vorm en die aard van die verbintenisskeppende ooreenkoms (byvoorbeeld koopkontrak) bepaal nie noodwendig of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, al dan nie; (8) die begrip *iusta causa* verwys na 'n voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word, maar die ooreenkoms hoef nie geldig te wees nie. Dit behoort duidelik te wees, dat die hof van oordeel was dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, 'n selfstandige bestaan onafhanklik van die voorafgaande verbintenis voer. Alhoewel die begrip saaklike ooreenkoms nêrens in die uitspraak voorkom nie, is al die elemente van die inhoudelike abstraksie wel teenwoordig.

Die vraag na die uitwendige abstraksie van die saaklike ooreenkoms, met ander woorde die vraag of nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms verhinder dat eiendomsreg oorgaan, al dan nie, het nie direk ter sprake gekom nie. Die hof het uitdruklik beslis dat die betrokke verbintenisskeppende ooreenkomste (naamlik koopkontrakte) in die onderhawige

32 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 411. Die regter steun op Mackeldey F *Handbook of the Roman Law* §281

saak wel geldig was.[33] Alhoewel die regters se opmerkings in hierdie verband bloot *obiter* was, kan daar egter geen twyfel oor hulle standpunt in hierdie verband wees nie. Regter Watermeyer het byvoorbeeld die appellant se betoog, naamlik dat eiendomsreg nie kon oorgaan nie omdat 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg is en omdat die koopkontrakte in die onderhawige saak nietig was, verwerp.[34] Alhoewel appèlregter Centlivres nie uitdruklik beslis het dat eiendomsreg oorgaan selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig nie, wil dit nietemin voorkom of dit tog sy siening was en wel om die volgende redes.[35] Die regter bevind nie dat 'n *iusta causa* wel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie. As dit sy standpunt was, sou mens verwag dat hy die vraag sou ondersoek of daar in die onderhawige geval 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms was, veral gesien in die lig van die feite van die saak, die feit dat die appellant aangevoer het dat dit wel 'n vereiste is en die feit dat die regter die betekenis van die begrip probeer vasstel. Inteendeel, hy ondersoek nie eers die vraag of die beweerde koopkontrakte geldig dan wel nietig was nie, waarskynlik omdat hy van oordeel was dat 'n geldige verbintenis nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie. So 'n ooreenkoms is relevant, slegs vir sover daaruit afleidings gemaak kan word met betrekking tot die bedoeling van die partye. Die deurslaggewende vraag is of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Indien wel, gaan eiendomsreg oor, of daar nou 'n verbintenisskeppende ooreenkoms was, al dan nie. In die onderhawige geval is daar voldoende getuienis wat aantoon dat die partye wel die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te

---

(Dropsie se vertaling van *Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts*) en Savigny *Obligationenrecht* vol II §78.

33 Sien bv regter Watermeyer in *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD op 399-400. Die opmerking deur sommige skrywers dat daar nie geldige koopkontrakte was nie, is dus nie korrek nie. Sien bv Carey Miller *Acquisition* 128-129: "The facts reflected a situation in which the intentions to pass and receive ownership were present but the purported sale was not the true underlying transaction". Verder ook Badenhorst ea *Property* 74; Van der Merwe *Sakereg* 309; Delport en Olivier *Vonnisbundel* 273; Sonnekus *Vonnisbundel* 409.

34 Hy spreek die mening uit dat 'n geldige voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie. Sy opmerkings betreffende die *habilis causa* was dus bloot *obiter*.

35 Die meeste skrywers aanvaar dit ook. Sien bv Carey Miller *Acquisition* 129 vn 80; Cronjé 1978 *THRHR* 241; Van der Walt en Pienaar *Property* 126.

dra, dit was daarom nie eers nodig om na die onderliggende ooreenkoms te kyk nie.[36]

Die uitspraak in *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson*[37] is nie net verskeie kere nagevolg nie, daar is herhaaldelik deur die appèlafdeling self bevestig dat 'n abstrakte stelsel van toepassing is.[38] Daardie uitsprake wat hierbo bespreek is waarin 'n kousale benadering gevolg is, sal waarskynlik nie meer nagevolg word nie.[39] Dit is daarom verrassend dat daar na die appèlafdeling se uitspraak in *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson*[40] steeds hofsake was waarin stellings aangetref word wat net met 'n kousale stelsel versoen kan word, soos byvoorbeeld *Kopelowitz v West*,[41] waar die volgende opmerkings gemaak is:

> It was not a nullity, as it would doubtless have been if there had been no *consensus ad idem* between applicant and West, in which event there would have been no change in the respective titles of West in the goods and applicant in the money.[42]

---

36 In sy minderheiduitspraak bevind appèlregter De Wet dat 'n geldige voorafgaande ooreenkoms wel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is. In die onderhawige geval het eiendomsreg volgens hom nie oorgegaan nie omdat daar nie 'n geldige koopkontrak was nie en die partye gevolglik ook nie die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra nie. Hy het dus 'n kousale benadering gevolg.

37 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369.

38 Sien bv *Eriksen Motors v Protea Motors* 1973 3 SA 685 (A); *Lottering v Leonard Motors* 1963 2 PH A 47 (GW); *Bank Windhoek v Rajie* 1994 1 SA 115 (A) 141 D-E en 144 H; *Concor Construction v Santambank* 1993 3 SA 930 (A); *Cape Explosive Works v Denel* 2001 3 SA 569 (HHA) 577-578; *Dryer v AXZS Industries* 2005 JOL 15566 (SCA). Selfs voor *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 is 'n abstrakte benadering gevolg in bv *Wolf v Richards* (1884) 3 HCG 102 op 116; *Lucas' Trustee v Ismail and Amod* 1905 TS 239 op 243; *Marcus v Stamper and Zoutendijk* 1910 AD 58 op 78. Sien ook die sake wat hieronder in hierdie hfst bespreek word. Verder Sonnekus *Vonnisbundel* 393-394; Cronjé 1978 *THRHR* 239 vn 74, 241 vn 94; Delport en Olivier *Vonnisbundel* 275; Laurens *Saaklike Regte* 289 vn 2; De Vos 1976 *TSAR* 81 vn 15. *Botha v Mazeka* 1981 3 SA 191 (A) wat soms ook as gesag vir 'n abstrakte stelsel aangehaal word, is geen gesag vir 'n abstrakte stelsel nie (ook nie vir 'n kousale stelsel nie). Die geldigheid van die *causa* het nie ter sprake gekom nie, die vraag was of lewering plaasgevind het. Die hof het wel opgemerk dat die partye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra, maar dit wil nie sê dat 'n abstrakte stelsel van toepassing is nie.

39 Naamlik *Kleudgen v Rabie* 1880 Foord 63; *Beyers v McKenzie* 1880 Foord 125; *Preston and Dixon v Biden* 1883 1 BAC 322. Sien hfst 13.2.

40 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369.

41 *Kopelowitz v West* 1954 4 SA 296 (W).

42 *Kopelowitz v West* 1954 4 SA 296 (W) 300. Ook sake soos *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A), *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman* (2) 1954 4 SA 649 (W) en

'n *Iusta causa* is dus in die oordeel van die hof 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg. Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is, gaan eiendomsreg nie oor nie en kan die eienaar sy saak met die *rei vindicatio* kan opeis, ook in die hande van onskuldige derdes. Cronjé[43] se poging om *Kopelowitz v West*[44] met 'n abstrakte stelsel te versoen, is nie oortuigend nie; dit berus op blote spekulasie. Sy siening word nie deur die feite van die saak ondersteun nie. Dit sou slegs ten gunste van 'n abstrakte stelsel spreek indien die hof beslis het dat eiendomsreg nieteenstaande 'n nietige *causa* tog oorgaan, wat nie die geval was nie. Cronjé se fout is dat hy aanvaar dat die regter 'n saaklike ooreenkoms in gedagte het as hy beslis dat die partye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra. 'n Verdere fout is dat hy van oordeel is dat die erkenning van 'n selfstandige saaklike ooreenkoms noodwendig beteken dat 'n abstrakte stelsel toegepas word.[45] Dit is nie noodwendig so nie. Dit word algemeen aanvaar dat 'n kousale stelsel in Nederland toegepas word en tog word 'n saaklike ooreenkoms daar vereis.[46]

Daar word vandag algemeen in die regspraak aanvaar dat 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie, dat eiendomsreg oorgedra word uit hoofde van die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (wat as 'n saaklike ooreenkoms beskryf word) en dat 'n abstrakte stelsel gevolglik in die Suid-Afrikaanse reg toegepas word. Enkele van die sake waarin die abstrakte benadering gevolg is, sal vervolgens bespreek word. Nie al die sake is glashelder nie omdat die howe nie altyd duidelik tussen die ver-

---

Menezes v McGaili 1971 2 SA 12 (K) kan die indruk skep dat 'n kousale benadering gevolg is. Daar word bv opmerkings aangetref te dien effekte dat nietige regshandelinge geen regsgevolge kan hê nie en dus ook nie oorgang van eiendomsreg kan bewerkstellig nie. Dit kan egter ook geïnterpreteer word as sou dit ten gunste van 'n abstrakte stelsel spreek. Die probleem met hierdie uitsprake is onder andere dat daar nie duidelik tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en oordragshandeling onderskei is nie. Voorts is daar tussen nietige en vernietigbare ooreenkomste onderskei, welke onderskeid slegs vir 'n kousale stelsel van belang is.

43 Cronjé 1978 *THRHR* 241-242.

44 *Kopelowitz v West* 1954 4 SA 296 (W).

45 Dit is die indruk wat mens kry uit Cronjé 1978 *THRHR* 242 se bespreking van *Kopelowitz v West* 1954 4 SA 296 (W), *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman* (2) 1954 4 SA 649 (W) en *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A).

bintenisskeppende ooreenkoms en saaklike ooreenkoms onderskei het nie omdat die kenmerke van die abstrakte en kousale stelsels nie altyd voor oë gehou is nie en omdat die kenmerkende eienskappe van die saaklike ooreenkoms nie duidelik aangetoon is nie. Sommige sake het hoofsaaklik gewentel om die inhoudelike abstraksie (of kenmerke daarvan), terwyl die uitwendige abstraksie weer in ander sake ter sprake gekom het. Alhoewel toegegee moet word dat die uitsprake nie noodwendig in kategorieë ingedeel kan word nie, is dit die enigste manier om die verskillende uitsprake sinvol te ontleed. Daardie sake wat in een of ander opsig met die inhoudelike abstraksie te make het (of waarin kenmerke van die inhoudelike abstraksie aangetref is), sal eerste bespreek word, waarna die sake waarin die uitwendige abstraksie ter sprake gekom het aan die beurt sal kom.[47]

13.3.2 Kenmerke van die inhoudelike abstraksie aangetref

Die saaklike ooreenkoms is 'n selfstandige ooreenkoms wat inhoudelik bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, wat aan die geldigheidsvereistes vir regshandelinge in die algemeen moet voldoen en wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word. Dit beteken, onder andere, dat indien daar een of ander faktor is wat verhinder dat een van die partye werklik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, daar nie wilsooreenstemming is nie en dat geen geldige saaklike ooreenkoms tot stand kom nie. Die gevolg is dat eiendomsreg nie op die verkryger sal oorgaan nie.

Hierdie beginsels het in *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman*[48] ter sprake gekom, wat oor die geldigheid van die oordragshandeling gehandel het (naamlik, betaling van die koopprys per tjek en lewering van die aandelesertifikate). Die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms (naamlik die koop van die aandele) is nie vir doeleindes van

46 Sien ook Sonnekus *Vonnisbundel* 392, wat die standpunt inneem dat die saaklike ooreenkoms ook in 'n kousale stelsel 'n wesenlike vereiste is. Sien verder die bespreking in hfst 1.6.6.

47 Sake wat gewoonlik aangehaal word as gesag vir die stelling dat 'n abstrakte stelsel van toepassing is, maar waarin slegs *obiter dicta* aangetref word, sal nie in diepte bespreek word nie.

48 *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman* (2) 1954 4 SA 649 (W).

ontleding van die saak ter sprake nie omdat die hof aanvaar het dat die kontrak wel geldig was.[49] Die vraag was of die oordraggewer, nieteenstaande bedrog, die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra, al dan nie? Met ander woorde, het bedrog nietigheid van die saaklike ooreenkoms[50] tot gevolg gehad, al dan nie? Regter Ramsbottom[51] was van oordeel dat eiendomsreg wel oorgegaan het, selfs al is wilsooreenstemming op bedrieglike wyse verkry aangesien die oordraggewer tog die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra. Indien bedrog egter tot gevolg het dat die oordraggewer nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie en hy nie tot die oordrag instem nie, sal die oordrag (dit wil sê, die saaklike ooreenkoms) *ab initio* nietig wees en sal eiendomsreg nie oorgaan nie.[52] Dit behoort duidelik te wees dat dit hier gegaan het oor die geldigheid van die saaklike ooreenkoms wat inhoudelik van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei is. Die uitwendige abstraksie het egter nie ter sprake gekom nie, want die vraag was nie of eiendomsreg oorgaan selfs indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is nie. Die hof het aanvaar dat die verbintenisskeppende ooreenkoms in die onderhawige geval geldig is en dat lewering dus plaasgevind het uit hoofde van 'n *iusta causa*.

Cronjé spreek die mening uit dat die uitspraak nie met 'n abstrakte stelsel strydig is nie, maar so 'n stelsel selfs ondersteun.[53] Sy siening is gegrond op die regter se stelling dat eiendomsreg nie sal oorgaan nie, indien die oordraggewer nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie.

---

49 Die regter het egter nie bewustelik tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en die oordragshandeling onderskei nie. Sien ook Cronjé1978 *THRHR* 242.

50 Alhoewel die begrip saaklike ooreenkoms nie gebruik is nie (wel *transaksie*), is dit duidelik dat dit juis die saaklike ooreenkoms was waaroor die uitspraak gegaan het. Sien ook Cronjé 1978 *THRHR* 242.

51 *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman* (2) 1954 4 SA 649 (W) 664 B-C.

52 *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman* (2) 1954 4 SA 649 (W) 664 B-C: "The transaction is void *ab initio* and the ownership of the property remains in the person defrauded. But if ... the transaction is voidable only ... ownership passes to the fraudulent party". Verder Van der Merwe *Sakereg* 312 vn 84; Scholtens 1957 *SALJ* 291. Die feit dat tussen nietigheid en vernietigbaarheid van die *transaksie* onderskei word, is verwarrend. Dit is kousale terminologie.

53 Cronjé1978 *THRHR* 242. Cronjé ag dit nodig om hierdie opmerking te maak omdat die uitspraak nie in alle opsigte duidelik is nie. Dit is ongelukkig vertroebel deur die feit dat die regter nie behoorlik tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en saaklike ooreenkoms onderskei het nie en hy nooit besef het dat die geldigheid van die saaklike ooreenkoms ter sprake was nie.

Cronjé argumenteer dat eiendomsreg ook nie volgens 'n abstrakte stelsel sal oorgaan nie as die bedoeling ontbreek. As hy van oordeel is dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra nie in 'n kousale stelsel vereis word nie, kan daar nie met hom saamgestem word nie. Beide stelsels vereis dat die partye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Ook in 'n kousale stelsel moet die vervreemder tot oordrag instem, of die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra. Daar kan nietemin met Cronjé saamgestem word dat hierdie uitspraak met 'n abstrakte stelsel vereenselwig kan word, vir sover as wat die geldigheid van die oordragshandeling, dit wil sê die saaklike ooreenkoms, ter sprake gekom het. Die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, word sodoende van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak. Die inhoudelike abstraksie is immers kenmerkend van 'n abstrakte stelsel.[54]

Ook die uitspraak in *Preller v Jordaan*[55] is nie in alle opsigte duidelik nie omdat dit opmerkings bevat wat met 'n kousale stelsel vereenselwig kan word, soos byvoorbeeld die volgende: "Indien egter sy wil nie met die handeling gepaard gegaan het nie ... het die handeling geen regsgevolge nie".[56] Hierdie opmerking word gemaak nadat appèlregter Fagan aangehaal het uit *Kopelowitz v West*,[57] waar onderskei is tussen nietige en vernietigbare ooreenkomste en die mening uitgespreek is dat eiendomsreg nie oorgaan nie, indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is. Die indruk word dus geskep dat die hof in *Preller v Jordaan*[58] ook van oordeel was dat 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is en dat eiendomsreg nie oorgaan nie,

54 Dit wil nou nie sê dat 'n saaklike ooreenkoms met die kousale stelsel onversoenbaar is nie. Ook in Nederland (wat 'n kousale stelsel is) sal eiendomsreg nie oorgaan nie indien die partye nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra – maw, indien die saaklike ooreenkoms nietig is. Dit is juis die unieke feite van die onderhawige saak wat dit moeilik maak om dit van 'n kousale stelsel, soos wat dit in Nederland toegepas word, te onderskei - hier was 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms.

55 *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A).

56 *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) 496 F. Ook Badenhorst ea *Property* 77 is van oordeel dat die uitspraak "... a tendency to favour the causal system" openbaar. Verder Delport en Olivier *Vonnisbundel* 275.

57 *Kopelowitz v West* 1954 4 SA 296 (W).

58 *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A).

indien die *causa* nietig is. Hierdie indruk word versterk deur die feit dat daar nie behoorlik tussen verbintenisskeppende en saaklike ooreenkoms onderskei is nie.

Die feite van die saak laat egter geen twyfel nie, dat dit die geldigheid van die oordragshandeling was wat ter sprake gekom het. Die hof moes die vraag beantwoord of die feit dat die oordraggewer onbehoorlik beïnvloed was toe hy die volmag en transportakte onderteken het, nietigheid van die oordragshandeling tot gevolg gehad het.[59] Die hof beslis dat aangesien die oordraggewer wel die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra, die oordrag (*transaksie*) nie nietig was nie, maar vernietigbaar.[60] Eiendomsreg het dus wel op die verkryger oorgegaan. Alhoewel die begrip *saaklike ooreenkoms* nooit gebruik is nie, kan daar geen twyfel wees nie dat die hof moes beslis oor die vraag of 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het – het die vervreemder, ondanks die onbehoorlike beïnvloeding die bedoeling gehad om eiendomsreg oor te dra? Dit was dus die *inhoudelike abstraksie* wat ter sprake gekom het. *Preller v Jordaan*[61] is dus gesag daarvoor dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang in die Suid-Afrikaanse reg 'n selfstandige bestaan voer en dat dit onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms beoordeel moet word.[62] In hierdie opsig kan gesê word dat die uitspraak kenmerke van 'n abstrakte stelsel vertoon.[63] Die *uitwendige abstraksie* was egter nie ter sake nie omdat dit nie gegaan het oor die nietigheid of geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie (die vraag was nie of eiendomsreg nieteenstaande 'n nietige

59 Die vervreemder het aangevoer dat hy onbehoorlik beïnvloed is, dat hy nie vrywillig opgetree het nie en ook nie die bedoeling gehad het om die grond as 'n geskenk te transporteer nie.

60 Die oordragshandeling was geldig, want daar was wel wilsooreenstemming. Dit is egter vernietigbaar omdat die wilsooreenstemming op 'n onbehoorlike wyse verkry is.

61 *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A).

62 Sien ook Laurens *Saaklike Regte* 289 vn 2. Soos wat hierbo reeds opgemerk is, het die hof hierdie onderskeid egter nie altyd voor oë gehad nie (die onderskeid is nooit bewustelik getref nie).

63 Die hof het hom egter nie uitdruklik ten gunste van 'n abstrakte stelsel uitgespreek nie. Die opmerkings wat hierbo by die bespreking *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman* (2) 1954 4 SA 649 (W) gemaak is betreffende die vraag of die uitspraak met 'n abstrakte stelsel versoenbaar is, geld ook hier. Sien verder ook Cronjé 1978 *THRHR* 242.

causa tog oorgaan nie).[64] Die hof het geen beslissing gemaak betreffende die verhouding tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en die leweringshandeling nie.

Die geldigheid van die oordragshandeling het ook in *Menezes v McGaill*[65] ter sprake gekom. Die vraag waaroor die hof moes beslis, was of registrasie in die naam van Eckardt en later in die naam van die eiseres, eiendomsoordrag bewerkstellig het, veral gesien in die lig van 'n hofbevel wat registrasie (oordrag) verbied. Soos in die ander sake wat hierbo bespreek is, het die hof ook nie die begrip *saaklike ooreenkoms* gebruik nie, maar dit is nietemin duidelik dat dit juis die geldigheid van die saaklike ooreenkoms was wat in geskil was. Die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms was nooit ter sprake nie en daarom het dit in hierdie saak ook nie oor die uitwendige abstraksie gegaan nie.[66] Die vraag waaroor die hof moes beslis, was of die feit dat die grond uit hoofde van 'n geldige koopkontrak, maar in stryd met 'n hofbevel geregistreer is, verhinder het dat eiendomsreg oorgaan. Aangesien dit uit die feite duidelik was dat die vervreemder die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra, bevind die hof dat eiendomsreg nieteenstaande die verbod tog oorgegaan het. Die oordrag (oftewel die saaklike ooreenkoms) was volgens die hof nie nietig nie, maar (dalk) vernietigbaar.[67]

Uit die bespreking van die regspraak hierbo, het dit geblyk dat die vraag vir beslissing telkens was of die partye onderskeidelik die bedoeling ge-

---

64 In die onderhawige geval was die verbintenisskeppende ooreenkoms (skenking) vernietigbaar. Die vraag of 'n *iusta causa* 'n vereiste is al dan nie, het dus nie ter sprake gekom nie. Sien ook Kahn *Contract* 146-147.

65 *Menezes v McGaili* 1971 2 SA 12 (K).

66 Daar is nooit beweer dat die koopkontrak tussen Van Schoor en Eckardt, of die koopkontrak tussen Eckardt en die eiseres nietig is nie. Die hof het daarom nie nodig gehad om hom uit te spreek oor die verhouding tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en die oordragshandeling nie (daar is nooit gesê dat eiendomsreg oorgaan selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig nie). Die volgende opmerkings deur die regter regverdig nietemin die afleiding dat indien die koopkontrak nietig was, eiendomsreg na sy mening nie deur registrasie sou oorgaan nie. Hierdie opmerkings is egter *obiter*: "*Provided*, however, that the transaction between van Schoor and Eckardt complied with the requirements of a valid sale, ... the mere prohibition would not, in my opinion, render the transaction from van Schoor to Eckardt void". *Menezes v McGaili* 1971 2 SA 12 (K) 14 F-G (eie beklemtoning).

67 Dit wil voorkom of die hof aansluiting vind by die opmerkings in *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 403-404 wat reeds hierbo aangehaal is.

had het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, welke bedoeling van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is en onafhanklik van daardie ooreenkoms geëvalueer is. Dit was dus die *inhoudelike abstraksie* wat ter sprake gekom het.[68] Daar was telkens faktore wat tot gevolg kon hê dat een van die partye, of albei van hulle, dalk nie die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra of te ontvang nie. Indien dit geblyk het dat 'n party nieteenstaande een of ander faktor wat sy vrye wil kon beïnvloed, tog die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra/te ontvang, het eiendomsreg wel oorgegaan. Indien die betrokke gebrek egter verhinder het dat hy bedoel om eiendomsreg oor te dra, het eiendomsreg nie deur lewering of registrasie oorgegaan nie. Alhoewel die begrip *saaklike ooreenkoms* nie gebruik is nie, is dit nietemin duidelik dat dit hier juis gegaan het oor die geldigheid van die saaklike ooreenkoms, in teenstelling met die verbintenisskeppende ooreenkoms. Daar is dus voldoende aanknopingspunte in die regspraak vir die erkenning van 'n saaklike ooreenkoms, wat inhoudelik van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei is.[69] Een van die eerste sake waar die begrip *saaklike ooreenkoms* gebruik is, is *Air-Kel v Bodenstein*[70] waar die volgende *obiter dictum* deur appèlregter Jansen aangetref word:[71]

> Om eiendomsreg van 'n roerende saak oor te dra, moet daar dus die nodige saaklike ooreenkoms wees (soos hierbo genoem) en ook *traditio* in die sin in die vorige paragraaf verduidelik. (Op die feite van die geval en aan-

68 Sien ook nog *Dryer v AXZS Industries* 2005 JOL 15566 (HHA) 13-18; *Cape Explosive Works v Denel* 2001 3 SA 569 (HHA) 577; *Concor Construction v Santambank* 1993 3 SA 930 (A); *Info Plus v Scheelke* 1998 3 SA 184 (HHA) 190-191 en *Krapohl v Oranje Koöperasie* 1990 3 SA 848 (A) 864 E-H. Laasgenoemde saak sal hieronder bespreek word (sien hfst 13.3.3). Sien ook Smith 1998 *JBL* 98 se bespreking van *Info Plus v Scheelke* 1998 3 SA 184 (HHA).

69 Die uitsprake kan nietemin gekritiseer word omdat dit nie in alle opsigte helder en bevredigend is nie, onder andere omdat daar nie altyd duidelik en bewustelik tussen die verbintenisskeppende ooreenkoms en saaklike ooreenkoms (oordragshandeling in die terminologie wat die howe gebruik het) onderskei is nie. Die indruk bestaan dat die howe bloot die vereiste van die Romeins-Hollandse reg toegepas het, nl dat die vervreemder die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra. Verdere kritiek is dat kousale terminologie gebruik is.

70 *Air-Kel h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 912 (A).

71 Die hof het dit nie nodig geag om in te gaan op die vraag of die grondliggende ooreenkoms geldig dan wel nietig was nie. Inteendeel, die geldigheid van daardie ooreenkoms was nie ter sprake nie. Die kernvraag waaroor die hof moes beslis, was nl of die saak by wyse van *attornment* deur Doornhoek aan Air-Kel gelewer is.

gesien ons 'n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag volg, is dit onnodig om op die kwessie van *causa traditionis* in te gaan).[72]

Die *uitwendige abstraksie* het nie in een van die sake wat hierbo bespreek is ter sprake gekom nie aangesien die geldigheid van die grondliggende ooreenkoms nooit in geskil was nie. Die howe het dus nie nodig gehad om hulle uit te spreek oor die vraag of eiendomsreg oorgaan indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is nie. Die feit dat dit nie oor die uitwendige abstraksie gegaan het nie, het onsekerheid in die hand gewerk betreffende die vraag of hierdie sake met 'n abstrakte stelsel versoenbaar is. Die probleem is dat 'n abstrakte stelsel gewoonlik vereenselwig word met die reël dat eiendomsreg oorgaan, selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig. Omdat daar in al die sake wel geldige verbintenisskeppende ooreenkomste was, het hierdie reël egter nooit ter sprake gekom nie. Die gevolgtrekking moet dan noodwendig wees dat 'n abstrakte stelsel nie in hierdie sake toegepas is nie. Maar hierdie gevolgtrekking is foutief, want 'n abstrakte stelsel vertoon ook ander kenmerke, soos byvoorbeeld dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n selfstandige ooreenkoms gekonstrueer word wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is (inhoudelike abstraksie). Aangesien dit juis die inhoudelike abstraksie is wat in hierdie sake ter sprake gekom het, is dit dus wel gesag vir 'n abstrakte stelsel.[73]

Daar moet nietemin in gedagte gehou word dat 'n selfstandige saaklike ooreenkoms (dit wil sê die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang) wat inhoudelik van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei word, ook 'n kenmerk is van die kousale stelsel soos wat dit in Nederland toegepas word.[74] Maar omdat 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg

72 *Air-Kel h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 912 (A) 923 H - 924.

73 Die howe het egter nie 'n selfstandige saaklike ooreenkoms in gedagte gehad nie. Hulle het waarskynlik bloot die vereistes van die Romeins-Hollandse reg in gedagte gehad, nl dat die vervreemder die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra en dat die verkryger die bedoeling moet hê om eiendomsreg te ontvang.

74 In 'n kousale stelsel in sy absolute vorm (soos in Frankryk) voer die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang egter nie 'n selfstandige bestaan onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie, dit vorm deel van daardie ooreenkoms.

is, het die saaklike ooreenkoms in daardie stelsel net nut indien die verbintenisskeppende ooreenkoms geldig is (soos wat die geval was in die sake wat hierbo bespreek is).[75] Die belang van die saaklike ooreenkoms in Nederland, is daarin geleë dat daar faktore mag wees wat verhinder dat een of beide partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra of te ontvang. Indien dit die geval sou wees, is daar nie 'n geldige saaklike ooreenkoms nie en gaan eiendomsreg ook nie oor nie. Indien daar 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms is, wil dit dus voorkom of daar nie wesenlike verskille bestaan nie tussen 'n abstrakte stelsel soos wat dit in Suid-Afrika toegepas word en 'n kousale stelsel soos wat dit in Nederland toegepas word nie. In beide stelsels is die vraag of eiendomsreg oorgaan al dan nie, daarvan afhanklik of daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is.

13.3.3 Uitwendige abstraksie - 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie vereis nie

Die sake wat hierbo bespreek is, het almal kenmerke van die *inhoudelike abstraksie* vertoon en regverdig die afleiding dat die konstruksie van die saaklike ooreenkoms in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar is. Die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, word dus nie net van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei nie, dit word beskou as 'n selfstandige ooreenkoms wat aan sy eie geldigheidsvereistes moet voldoen. Dit beteken onder andere, dat nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n invloed het op die vraag of eiendomsreg oorgaan, al dan nie - die saaklike ooreenkoms is ook *uitwendig abstrak*. Daar sal vervolgens na regspraak gekyk word waar die beginsel van die uitwendige abstraksie ter sprake gekom het.

In *Wilken v Kohler*[76] het registrasie in die naam van die verkryger plaasgevind nieteenstaande die feit dat die koopkontrak nietig was omdat dit nooit op skrif gestel is nie (daar was dus slegs 'n mondelinge kontrak). In 'n *obiter dictum* neem die appèlafdeling die standpunt in dat eiendomsreg

75 Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is, sal eiendomsreg in elk geval nie oorgaan nie selfs al is daar 'n geldige saaklike ooreenkoms. In hierdie omstandighede het die saaklike ooreenkoms geen sin nie.

76 *Wilken v Kohler* 1913 AD 135.

oorgaan selfs al is die koopkontrak nietig, mits dit die bedoeling van die partye is om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[77] Nie een van die partye sal dus registrasie ongedaan kan maak omdat die koopkontrak (*causa*) nietig is nie. Hierdie uitspraak van die appèlafdeling verleen dus steun aan 'n abstrakte stelsel omdat 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms in die oordeel van die hof nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie:

> Suppose, for example, an unconditional underhand agreement of sale of fixed property for a definite price, a payment of the purchase price and due transfer of the land. Neither party would be able to upset the concluded transaction on the mere ground that the *causa* stated in the deed of transfer was called a contract of sale, whereas it was in reality an agreement to sell, invalid and unenforceable in law, but which both seller and purchaser proposed to carry out. No good ground of action could be alleged in such a case; neither in the shape of a *restitutio in integrum*, nor by way of *condictio* could relief be claimed. Neither party could say that he had been enriched at the expense of the other; the *traditio* duly made with the knowledge of all the facts and with the intent to pass the *dominium* and the price duly paid with similar knowledge and with the object of acquiring the *dominium* would bind the respective parties.[78]

In *MCC Bazaar v Harris and Jones*[79] het die partye 'n huurkoopkontrak aangegaan, maar die kontrak was nietig omdat dit nie aan die bepalings van artikel 4 van die *Wet op Huurkoop* voldoen het nie.[80] Nadat lewering plaasgevind het en die koper reeds al die paaiemente betaal het, eis sy teruggawe van die koopsom met rente en bied aan om die koopsaak terug te lewer. Koper beweer dat sy die paaiemente betaal het in die waan dat dit kragtens 'n geldige kontrak verskuldig was. Die kontrak was egter nietig omdat die skriftelike kontrak nooit deur haar persoonlik onderteken is nie. Aangesien lewering plaasgevind het uit hoofde van 'n nietige kon-

77 Die hof se opmerkings in hierdie verband is *obiter* omdat die vraag nie was of eiendomsreg nieteenstaande 'n nietige kontrak tog oorgaan nie. Die vraag was of die eiser geregtig was op 'n vermindering van die koopprys onder omstandighede waar dit geblyk het dat die kontrak waarop hy steun nietig is.

78 *Wilken v Kohler* 1913 AD 135 op 144. Die hof se benadering wys dat die blote feit dat 'n kontrak nietig en onafdwingbaar is, nie beteken dat die gevolge van so 'n kontrak ongedaan gemaak moet word nie (sien die hof se opmerkings op 144 in hierdie verband). Die vraag ontstaan egter wat die sin van die formaliteitsvereistes dan is?

79 *MCC Bazaar v Harris and Jones* 1954 3 SA 158 (T).

80 Artikel 4 van die *Wet op Huurkoop* 36 van 1942 het soos volg gelui: "Geen kontrak is geldig nie tensy dit skriftelik aangegaan is en onderteken is deur die koper in eie persoon en deur of ten behoewe van alle ander partye by die kontrak".

trak ('n *iniusta causa*), beweer sy dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie en dat sy geregtig is op terugbetaling van die koopsom.[81]

Volgens regter Rumpff beteken die uitdrukking *iusta causa traditionis* nie dat 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie.[82] Gevolglik beslis die hof dat eiendomsreg nieteenstaande nietigheid van die huurkoopkontrak wel oorgegaan het toe die laaste paaiement betaal is, want dit was die bedoeling van die partye. Eiendomsreg gaan oor selfs al is die *causa* nietig, soos in die onderhawige geval.[83] Die feit dat die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is, het dus nie noodwendig tot gevolg dat ook die oordragshandeling (saaklike ooreenkoms) nietig is nie, dit is die bedoeling van die partye wat deurslaggewend is. In hierdie opsig word die *causa* en oordragshandeling dus van mekaar losgemaak. Dit is natuurlik 'n abstrakte stelsel wat die hof hier toegepas het. Die regter is egter ook van oordeel dat daar gevalle mag wees waar eiendomsreg nie sal oorgaan nie omdat die *causa* nietig is (indien daar 'n *iniusta causa* is). Dit sal die geval wees wanneer die reg die gevolge wat uit 'n nietige verbintenisskeppende ooreenkoms voortvloei, byvoorbeeld lewering en eiendomsoorgang, nie sal duld nie. Indien die sluiting van 'n kontrak byvoorbeeld op straf verbied word, of indien oordrag plaasgevind het vir 'n onsedelike doel, of weens 'n grond wat teen die regsvoorskrifte is, is dit 'n aanduiding daarvan dat die reg nie wil hê dat eiendomsreg oorgaan nie.[84] Onderhewig aan die leerstuk van *pari in delicto*, vir sover dit van toepassing is, kan 'n saak

81 Eiseres steun op die *condictio ob turpem vel iniustam causam* en die *condictio indebiti*, wat natuurlik strydig is met die bewering dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie. Mens sou verwag dat sy met die *rei vindicatio* ageer.

82 *MCC Bazaar v Harris and Jones* 1954 3 SA 158 (T) 161. Hy meen egter dat daar een uitsondering is, nl in geval van skenkings tussen eggenote (*Digesta* 24.1.3.10).

83 Raadpleeg ook Badenhorst ea *Property* 76 vn 41.

84 Raadpleeg *MCC Bazaar v Harris and Jones* 1954 3 SA 158 (T) 162-163. Gesien vanuit die konstruksie van 'n saaklike ooreenkoms, kom dit daarop neer dat nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms in hierdie gevalle ook nietigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg het. In sommige gevalle is dit egter die saaklike ooreenkoms opsigself wat nietig is. Regter Rumpff se opmerkings is egter strydig met wat regter Watermeyer in *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD op 398 en 403 gesê het. Dit wil ook voorkom of dit strydig is met *Menezes v McGaili* 1971 2 SA 12 (K) en *Krapohl v Oranje Koöperasie* 1990 3 SA 848 (A).

wat gelewer is dan wel (met die *rei vindicatio*) teruggevorder word.[85] Dit wil dus voorkom of 'n abstrakte stelsel nie konsekwent in alle omstandighede toegepas sal word nie.

Volgens regter Rumpff verwys die begrip *iniusta causa* nie na alle nietige ooreenkomste nie, maar slegs na ooreenkomste waarvan die gevolge deur die reg verbied is (byvoorbeeld eiendomsoorgang).[86] 'n *Iusta causa* daarteenoor, is 'n ooreenkoms waarvan die gevolge nie deur die reg verbied word nie.[87] In die onderhawige geval was die huurkoopkontrak nou wel nietig, maar dit was nie 'n *iniusta causa* nie, want eiendomsoorgang is nie deur artikel 4(1) van die *Wet op Huurkoop*[88] verbied nie.[89] Aangesien beide partye wedersyds reeds ten volle uit hoofde van 'n *iusta causa* presteer het, het eiendomsreg wel deur lewering oorgegaan.

In *Trust Bank v Western Bank*[90] het die hof *a quo* beslis dat eiendomsreg in 'n besproeiingstelsel wat op plase geïnstalleer is, nie op Trust Bank oorgegaan het nie omdat die koopkontrak tussen die eienaar en die bank, vanweë onmoontlikheid van prestasie, nietig was. Gedeeltelike prestasie kan nie eiendomsoordrag tot gevolg hê nie. Appèlregter Trengrove verwerp hierdie benadering en bevestig die reël dat eiendomsreg kan oorgaan, selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig. Die

85 Die relevansie van die *par delictum*-reël is die volgende: indien eiendomsreg nieteenstaande 'n nietige *causa* nogtans oorgegaan het (abstrakte stelsel), verhinder die reël normaalweg dat die vervreemder die saak met die *condictio* kan terugvorder indien hy self ook skuld gehad het. In die onderhawige saak het eiendomsreg wel oorgegaan, maar eiseres kon nie met die *condictio* terugeis nie omdat (1) daar geen verryking was nie en (2) vanweë die *par delictum*-reël. Indien 'n kousale stelsel van toepassing is en eiendomsreg het nie oorgegaan nie, sal die *par delictum*-reël tot gevolg hê dat die eienaar nie met die *rei vindicatio* kan terugvorder nie. Die reël maak dus inbreuk op die kousale stelsel (of dit is 'n uitsondering daarop). Sien ook Badenhorst ea *Property* 77-78 en *Wilken v Kohler* 1913 AD 135 in hierdie verband.

86 Hy omskryf die begrip *iniusta causa* as 'n onregmatige grond, dws, 'n grond wat teen die regsvoorskrifte is, gemeenregtelik of wettelik. Sien *MCC Bazaar v Harris and Jones* 1954 3 SA 158 (T) 162-163. Die regter steun op Van Leeuwen *Censura Forensis* 4.14.8 en Voet *ad Digesta* 12.5.4.

87 'n Nietige ooreenkoms kan dus ook as 'n *iusta causa* kwalifiseer, solank dit nie deur die reg verbied is nie. Hierdie betekenis van die begrip *iusta causa* is nuut, daar is nie enige aanknopingspunte daarvoor in die gemenereg nie. Dit verskil ook van die regter se opmerking op 161, dat die omstandighede waaruit die bedoeling van die partye te voorskyn tree die *causa* is. Dit is daarom twyfelagtig of hierdie uitspraak ooit nagevolg sal word.

88 Die *Wet op Huurkoop* 36 van 1942.

89 Die effek van die artikel is dat 'n kontrak in stryd daarmee nie as 'n kontrak erken word nie en dat die partye hulle nie daarop kan beroep nie.

vraag is of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Erkenning vir 'n selfstandige saaklike ooreenkoms wat inhoudelik en uitwendig van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is, word in die volgende *obiter dictum* aangetref:[91]

> Volgens ons reg gaan die eiendomsreg op 'n roerende saak op 'n ander oor waar die eienaar daarvan dit aan 'n ander lewer, met die bedoeling om eiendomsreg aan hom oor te dra en die ander die saak neem met die bedoeling om eiendomsreg daarvan te verkry. Die geldigheid van die eiendomsoordrag staan los van die geldigheid van enige onderliggende kontrak.[92]

Krapohl v Oranje Koöperasie[93] is een van die min sake waar die bevinding dat eiendomsreg in Suid-Afrika kan oorgaan selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig, deel van die *ratio decidendi* gevorm het.[94] In hierdie saak het die koöperasie misstowwe, plantmateriaal en landboumiddels ter waarde van R6500 aan Theron verskaf vir die aanplant van koring op sy plaas. Uit hoofde van artikel 173 van die *Koöperasiewet*[95] het die koöperasie 'n statutêre pandreg oor die koring gevestig.[96] Artikel 173 (1)(e) van gemelde wet bevat 'n verbod op vervreemding. Dit bepaal dat 'n lid wat 'n bedrag geld aan die koöperasie verskuldig is en ten opsigte van wie se produkte 'n pandreg gevestig het, daardie produkte (koring in die onderhawige geval) nie van die hand mag sit nie,[97] en dat niemand daardie produkte anders as van die koöperasie mag verkry nie.[98]

---

90 *Trust Bank v Western Bank* 1978 4 SA 281 (A).

91 Hierdie opmerkings is bloot *obiter* omdat die regter hom nie uitspreek oor die vraag of die koopkontrak en die terugverhuringstransaksie geldig was al dan nie. Hy was van oordeel dat hierdie vraag en die daarmee gepaardgaande vraag of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, nie sonder die aanhoor van mondelinge getuienis besleg kon word nie. Die saak is vir hierdie doel dan ook terug verwys.

92 *Trust Bank v Western Bank* 1978 4 SA 281 (A) 301-302. Verder ook *Dryer v AXZS Industries* 2005 JOL 15566 (SCA) 12-13; Carey Miller *Acquisition* 130 vn 82; Badenhorst ea *Property* 76.

93 *Krapohl v Oranje Koöperasie* 1990 3 SA 848 (A).

94 Sien ook *Brits v Eaton* 1984 4 SA 728 (T).

95 *Koöperasiewet* 91 van 1981.

96 Ingevolge art 173 (1)(c) van die *Koöperasiewet* 91 van 1981 word die koring "geag aan die koöperasie verpand te wees so volkome en werkdadiglik asof daardie produkte aan die koöperasie gelewer is".

97 Behalwe deur bemiddeling van die koöperasie, of kragtens 'n permit deur die koöperasie uitgereik op die voorwaardes wat hy bepaal.

98 Art 177 van die *Koöperasiewet* 91 van 1981 bepaal voorts dat iemand wat art 173 (1)(e) oortree aan 'n misdryf skuldig is.

Theron het die koring geoes; Krapohl was hom daarmee behulpsaam. As vergoeding vir sy dienste het Theron 18,7 ton koring aan Krapohl gelewer, wat dit op sy beurt aan die koöperasie (waarvan hy ook lid was) vir die bedrag van R5 781,66 verkoop en gelewer het. Toe die koöperasie later agterkom dat dit koring gekoop het waarop die koöperasie uit hoofde van die pandreg 'n eerste aanspraak het en wat ter delging van Theron se skuld aangewend kon word, dagvaar die koöperasie vir Krapohl op grond van onverskuldigde betaling vir die terugbetaling van die gemelde bedrag geld.

Die koöperasie (respondent) voer aan dat die kontrak tussen Theron en Krapohl vanweë ongeoorloofdheid nietig was[99] en dat hy daarom nie eiendomsreg in die koring aan Krapohl kon oordra nie. Aangesien Krapohl nie eienaar geword het nie, kon hy ook nie eiendomsreg aan die koöperasie oordra nie. Respondent beweer voorts dat die koopkontrak tussen Krapohl en die koöperasie ook nietig was en dat betaling van die bedrag geld aan Krapohl sonder enige regsgrond geskied het en in werklikheid onverskuldig was. Die koöperasie is daarom geregtig om die geld met of die *condictio indebiti*, of die *condictio sine causa* terug te eis.

Appèlregter Nienaber aanvaar vir doeleindes van die uitspraak dat die ooreenkoms tussen Theron en Krapohl wel ongeoorloof en daarom nietig was.[100] Dit wil egter nie sê dat eiendomsreg nie aan Krapohl oorgedra kon word nie. Omdat 'n abstrakte stelsel in Suid-Afrika van toepassing is, is 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie. Die vraag is of die partye die wedersydse bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die hof beslis voorts dat artikel 173(1)(e) van die *Koöperasiewet*[101] slegs die regshandeling waardeur Theron poog om die produkte van die hand te sit, verbied (dit is

99 Die argument is dat die kontrak nietig is omdat art 173(1)(e) van die *Koöperasiewet* 91 van 1981 Theron verbied het om die koring van die hand te sit en bepaal dat niemand die koring op 'n ander wyse as *via* die koöperasie mag kry nie ('n gevolgtrekking wat deur die strafbepaling versterk word).

100 *Krapohl v Oranje Koöperasie* 1990 3 SA 848 (A) 864 A-B. Die regter is egter nie daarvan oortuig dat die kontrak inderdaad ongeoorloof en ongeldig is nie. Hy sê dit is 'n omstrede vraag en hy wil hom doelbewus nie daaroor uitlaat nie, maar hy is nietemin bereid om dit vir doeleindes van sy uitspraak te aanvaar.

101 Art 173(1)(e) van die *Koöperasiewet* 91 van 1981.

die verbintenisskeppende ooreenkoms) en nie die oordrag van eiendomsreg aan Krapohl nie (saaklike ooreenkoms).[102] Gevolglik het eiendomsreg wel van Theron op Krapohl oorgegaan en kon hy eiendomsreg aan die koöperasie oordra. Die hof was verder van oordeel dat die kontrak tussen Krapohl en die koöperasie volkome geldig was en dat die koöperasie daarom nie geregtig was om met 'n verrykingsaksie te slaag nie:[103]

> 'n Regsgeldige ooreenkoms word volgens ons reg, wat 'n abstrakte stelsel vir eiendomsoorgang erken, nie vir die oorgang van eiendomsreg geverg nie. Wat wel geverg word, is die wedersydse bedoeling van die partye om eiendomsreg oor te dra. (Die gestelde saak meld nie uitdruklik dat dit hul bedoeling was nie; maar vir sover dit nie pertinent uitgesluit is nie, kan mens aanvaar dat dit gewoonweg wel die geval sou wees dat beide partye, Theron en die verweerder, die bedoeling gehad het dat eiendomsreg in die koring op die verweerder sou oorgaan). Die blote ongeldigheid van die ooreenkoms tussen hulle sou dus nie, anders as wat die eiser se advokaat betoog het, die oorgang van eiendomsreg belet nie. Waar die verweerder aldus eienaar geword het, sou dit gevolglik nie vir hom onmoontlik gewees het om eiendomsreg, op sy beurt, aan die eiser oor te dra nie.[104]

13.4 Is 'n abstrakte stelsel in geval van bedrog van toepassing?

In hoofstuk sewe[105] is aangetoon dat die algemeen aanvaarde standpunt in die Romeins-Hollandse reg was, dat 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg was nie. Eiendomsreg het oorgegaan selfs al was die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig. In geval van bedrog het 'n uitsondering op hierdie reël egter bestaan: die verbintenisskeppende ooreenkoms was nie net nietig nie; nietigheid het ook verhinder dat eiendomsreg oorgaan.[106] Die oor-

---

102 Maw, dit is slegs die verbintenisskeppende ooreenkoms en nie ook die saaklike ooreenkoms nie wat verbied word. Sien *Krapohl v Oranje Koöperasie* 1990 3 SA 848 (A) 864 E. Die hof gebruik egter nie die begrip *saaklike ooreenkoms* nie.

103 Art 173(1)(e) – die verbod op vervreemding - is nie van toepassing op die verkoop van koring tussen Krapohl en die koöperasie nie en dit het laasgenoemde ook nie verbied om die koring self te koop nie.

104 *Krapohl v Oranje Koöperasie* 1990 3 SA 848 (A) 864 E-H.

105 Sien hfst 7.4.

106 Vergelyk bv Voet *ad Digesta* 4.3.3 en 6.1.14; Groenewegen *ad De Groot* 3.48.7 n 15; Van Leeuwen *Censura Forensis* 1.4.42 n 4, 4.19.20 en die ander gesag waarna in hfst 7.4.2 en 7.4.3 verwys word. Voet *ad Digesta* 4.3.3 het onderskei (1) tussen *dolus dans causam contractui* (waar bedrog die oorsaak van kontraksluiting was) en *dolus incidens in contractum* (waar bedrog bloot insidenteel was); (2) tussen *bona fidei* kontrakte en kontrakte *stricti juris*. Indien bedrog die oorsaak van 'n *bona fidei* kontrak was, is die kontrak *ipso iure* nietig. Daarteenoor, indien dit nie 'n *bona fidei* kontrak was nie, of indien die bedrog bloot insidenteel was, was die kontrak nie nietig nie maar vernietigbaar. Verder Van der Merwe *Sakereg* 307-308; Carey Miller *Acquisition* 126-127; Scholtens 1957 *SALJ* 286; Laurens *Saaklike Regte* 269-273.

draggewer kon dus steeds sy saak met die *rei vindicatio* van die verkryger of sy regsopvolger terugvorder, selfs al was laasgenoemde *bona fide*. Alhoewel 'n abstrakte stelsel in die algemeen voorgestaan is, is die kousale teorie in geval van bedrog toegepas. Die standpunt dat bedrog nie nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms tot gevolg gehad het nie, is egter ook in die Romeins-Hollandse reg aangetref.[107] Ingevolge hierdie standpunt het eiendomsreg, nieteenstaande bedrog, wel deur lewering oorgegaan, mits die partye die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra.[108] Die verkoper kon die kontrak egter kanselleer en skadevergoeding eis (dit was vernietigbaar). Hy het ook 'n verrykingseis teen die verkoper gehad waarmee hy die saak kon terugeis.

Dit wil voorkom of hierdie laaste standpunt in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar is. In *Kopelowitz v West*[109] was die geskilpunt waaroor die hof moes beslis, naamlik of die verkoper van velle eiendomsreg verkry het in die bedrag geld wat as koopprys aan hom betaal is en of die koper eiendomsreg verkry het in die velle wat ingevolge die koopkontrak aan hom gelewer is. Die koper beweer dat hy op 'n bedrieglike wyse oorgehaal is om die koopkontrak te sluit, dat die kontrak daarom nietig is, dat eiendomsreg nie oorgegaan het nie en dat hy geregtig is om die bedrag geld met die *rei vindicatio* op te eis. Die hof bevind egter dat 'n kontrak wat deur bedrog tot stand gekom het, nie nietig is nie, maar vernietigbaar. Die uitspraak is gegrond op die feit dat kontrakte tot stand kom deur die bewustelike samewerking tussen die partye, wat willens en wetens optree, met die bedoeling om die betrokke kontrak te sluit en die regsgevolge wat dit inhou tot stand te bring. Indien daar om een of ander rede nie wilsooreenstemming bereik is nie, kom geen kontrak tot stand nie (die kon-

107 Sien Vinnius *Selectarum Iuris* 1.12; Van Bijnkershoek *Juris Privati* 3.15; Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.14 en die ander gesag waarna in hfst 7.4.3 verwys word. Verder regter Holmes se minderheidsuitspraak in *Cornelissen v Universal Caravan Sales* 1971 3 SA 158 (A) 170 F, 171 D; Carey Miller *Acquisition* 132; Mathews 1963 *SALJ* 137.

108 Soms verhinder bedrog dat die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Carey Miller *Acquisition* 127.

109 *Kopelowitz v West* 1954 4 SA 296 (W).

trak is *ab initio* nietig).[110] Indien daar wel wilsooreenstemming bereik is, kom 'n geldige kontrak tot stand, selfs al is een van die partye se wilsbesluit op 'n onbehoorlike wyse deur die teenparty beïnvloed. Die party wat die slagoffer van die onbehoorlike optrede is, het egter die keuse om die kontrak te vernietig:[111]

> Even so, the applicant is in the unfortunate position to my mind that his contract with West, though induced by fraud is not void, but only voidable. It was not a nullity, as it would doubtless have been if there had been no *consensus ad idem* between applicant and West, in which event there would have been no change in the respective titles of West in the goods and applicant in the money. As, however, there was a clear and deliberate intention on the two parties to enter into the present contract with normal results as indicated, the fact that the contract was the result of a fraudulent representation (express or implied) is not enough to vitiate the transaction *ab initio*, and to put applicant into the same position as if West had stolen the £1, 000 from him. Until the contract has been avoided by the applicant as the aggrieved party (it would be voidable at his election) a transfer following on such contract would be made ex *justa causa*, and would be sufficient to confer good title on West.[112]

Bedrog verhinder dus gewoonlik nie dat wilsooreenstemming bereik word nie, met die gevolg dat 'n geldige kontrak tot stand kom. Die onskuldige party is egter daarop geregtig om die kontrak te vernietig. Die ooreenkoms bly nietemin geldig totdat dit vernietig word. Indien die vervreemder nie die kontrak vernietig nie, maar in stand hou en die saak aan die verkryger lewer, sal eiendomsreg met lewering oorgaan. Indien die vervreemder die kontrak vernietig nog voordat prestasie plaasgevind het, hoef niks verder gedoen te word nie. Indien die ooreenkoms egter eers vernietig word nadat die partye reeds presteer het, beteken dit dat lewering uit hoofde van 'n bestaande en geldige kontrak plaasgevind het en dat eiendomsreg op die verkryger oorgegaan het (selfs al is hy die party wat hom aan bedrog skuldig gemaak het). Op sy beurt kan hy eiendomsreg oordra aan 'n *bona fide* derde aan wie hy die saak lewer.[113] Die

---

110 Soos in geval van dwaling betreffende die aard van die kontrak, of in geval van *error in persona*. In hierdie gevalle het een of albei partye nie werklik die bedoeling om te kontrakteer nie.

111 Bv deur dwaling, bedrieglike wanvoorstelling (bedrog), vreesaanjaging en onbehoorlike beïnvloeding.

112 *Kopelowitz v West* 1954 4 SA 296 (W) 300. Sien ook *Forsdick Motors v Lauritzen* 1967 3 SA 249 (N); *Cornelissen v Universal Caravan Sales* 1971 3 SA 158 (A).

113 *Kopelowitz v West* 1954 4 SA 296 (W) 301: "Until such avoidance, the title to the money was in West and the applicant's right to avoid the contract and reclaim the actual sum of money paid by him must consequently be subject to the rights of any person, not a particeps of the dolus practiced on the applicant, which have accrued

vervreemder sal die saak dus nie met die *rei vindicatio* kan terugeis nie. Omdat die ooreenkoms deur vernietiging beëindig word, is die vervreemder egter geregtig om herstel te word in die finansiële toestand waarin hy voor kontraksluiting was (*restitutio in integrum* of herstel in die vorige toestand); derhalwe kan hy die saak van die verkryger terugevorder. Hy kan ook skadevergoeding eis indien hy skade gely het:

> In modern law the abstract theory means that ' ... delivery plus intention passes ownership, leaving a defrauded seller with the remedy of rescission and a personal right of action against the buyer for the recovery of the goods'.[114]

Indien die saak reeds aan 'n derde oorgedra is, kan die saak nie meer teruggevorder word nie, die vervreemder het slegs 'n eis vir skadevergoeding. Die vervreemder het ook nie 'n *condictio* tot sy beskikking nie, indien hy goedere op krediet verkoop en die kredietkoper daarvan bewus is dat hyself insolvent is, of dat sy insolvensie onafwendbaar is. Indien die koper hierdie feite op 'n bedrieglike wyse verswyg en hy word later gesekwestreer (gelikwideer), kan die vervreemder nie die koopsaak van die kurator (likwidateur) terugeis nie.[115] Alhoewel die vervreemder in die Romeins-Hollandse reg wel 'n verrykingsaksie tot sy beskikking gehad het,[116] was die meerderheid regters in *Cornelissen NO v Universal Cara-*

---

before the contract was avoided". Raadpleeg ook Badenhorst ea *Property* 77; *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) 496 G. Scholtens 1957 *SALJ* 292-293 wys daarop dat eiendomsreg nie outomaties na die vervreemder terugkeer nie indien die kontrak gekanselleer word. Die verkryger moet eiendomsreg opnuut aan die vervreemder oordra. Tot tyd en wyl dit gedoen word, bly die verkryger eienaar met die gevolg dat hy eiendomsreg aan 'n derde kan oordra, selfs nadat die kontrak gekanselleer is.

114 Carey Miller *Acquisition* 266 vn 78. Sien ook Carey Miller *Acquisition* 132 vn 96: "Applying the modern theory of an independent real agreement, one finds that the preferable view is that ownership does pass, with the consequence that the seller's remedy can only be by way of personal action". Verder Scholtens 1957 *SALJ* 286, 293. Ook Badenhorst ea *Property* 78 volstaan deur te sê dat die vervreemder 'n vorderingsreg het.

115 Indien eiendomsreg egter nie oorgegaan het nie, bv omdat 'n opskortende voorwaarde rakende eiendomsoordrag nie vervul is nie, is 'n eis vir teruggawe wel moontlik indien die koper nog nie die volle koopprys betaal het nie. Dit spreek ook vanself dat die vervreemder wel 'n verrykingsaksie het indien die koper nog nie gesekwestreer is nie.

116 Vgl Regter Holmes se minderheidsuitspraak in *Cornelissen v Universal Caravan Sales* 1971 3 SA 158 (A) 171 D: "What the common law does, sensibly and effectively, on the buyer's insolvency, is to come to the aid of an unpaid seller induced by the fraud of a near-bankrupt buyer to sell goods to him on credit and deliver them. That relief is at least applicable on the accepted view that delivery plus intention passes ownership, leaving a defrauded seller with the remedy of rescission and a personal right of action against the buyer for the recovery of the goods". Verder

van Sales (Pty) Ltd[117] egter van oordeel dat die gemenereg deur die *Insolvensiewet*[118] gewysig is. Ingevolge die bepalings van die *Insolvensiewet*[119] gaan die boedel op die kurator (of likwidateur) oor, wat dit in belang van die skuldeisers moet beredder. Artikel 36(4) van die *Insolvensiewet*[120] verhinder die verkoper om die goedere van die kurator (of likwidateur) op te eis.[121] Die vervreemder is slegs 'n konkurrente skuldeiser van die insolvente boedel.

Hierbo is aangetoon dat bedrog (bedrieglike wanvoorstelling) gewoonlik nie verhinder dat die partye wilsooreenstemming bereik nie en dat 'n geldige kontrak nieteenstaande bedrog tog tot stand kom. Die kontrak is nietemin vernietigbaar ter keuse van die benadeelde party. In die Suid-Afrikaanse reg word egter onderskei tussen gevalle waar die bedrog 'n wesenlike dwaling tot gevolg het en daardie gevalle waar dit 'n fundamentele dwaling tot gevolg het.[122] Dit is slegs in geval van 'n wesenlike dwaling dat die kontrak vernietigbaar is.[123] In geval van 'n fundamentele dwaling verhinder bedrog egter wel dat wilsooreenstemming tot stand kom, met die gevolg dat die onskuldige party nie die bedoeling het om te

---

Carey Miller *Acquisition* 127, 132, 265-266; Delport en Olivier *Vonnisbundel* 363. Voet *ad Digesta* 6.1.14 en Van Leeuwen *Rooms-Hollandsch Regt* 4.17.3 was egter van oordeel dat eiendomsreg in hierdie geval nie oorgaan nie (hy het dus ook hier 'n kousale benadering gevolg).

117 *Cornelissen* v *Universal Caravan Sales* 1971 3 SA 158 (A).

118 Die *Insolvensiewet* 24 van 1936.

119 Die *Insolvensiewet* 24 van 1936.

120 Die *Insolvensiewet* 24 van 1936.

121 Regter Holmes was egter van mening dat die *Insolvensiewet* 24 van 1936 nie die gemenereg verander het nie. Sien ook Delport en Olivier *Vonnisbundel* 363-365.

122 Raadpleeg *Cohen v Shires* 1 ZAR 41; *McGregor v Jordaan* 1921 CPD 301 op 308; *Estate Schickerling v Schickerling* 1936 CPD 269, 274-276 (waar die geskiedkundige ontwikkeling van die reël nagespeur is); *Cornelissen v Universal Caravan Sales* 1971 3 SA 158 (A); *Kopelowitz v West* 1954 4 SA 296 (W); *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) 494-495 (alhoewel dit hier gegaan het oor onbehoorlike beïnvloeding, het die hof ook die posisie betreffende bedrog ondersoek); *Service v Pondart-Diana* 1964 3 SA 277 (D); De Vos 1964 *Acta Juridica* 26; Silberberg *Property* 150 vn 39; Christie *Contract* 313, 330; Kerr *Contract* 45, 51, 241 ev, 285-286; Scholtens 1957 *SALJ* 286; Delport en Olivier *Vonnisbundel* 278. Kerr verkies hierdie benadering bo die benadering wat onderskei tussen *dolus dans locum contractui* en *dolus incidens in contractum*.

123 Die wanvoorstelling sal wesenlik van aard wees, indien dit gemaak is met die doel om die teenparty te oorreed om die kontrak te sluit, indien hy onder die indruk was dat die voorstelling inderdaad die waarheid is en indien die teenparty werklik deur die wanvoorstelling oorgehaal is om die kontrak te sluit. Christie *Contract* 335; Kerr *Contract* 285-286.

kontrakteer nie en die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is (geen kontrak kom tot stand nie):[124]

> The distinction is simply that a mistake may sometimes be fundamental in the sense that because of its existence agreement is so completely lacking that it is impossible to say there is any contract at all. The 'contract' is void *ab initio*.[125]
>
> ... the difference between a void and a voidable act lies in the intention of the transferor: if he acted knowingly and with the intention of bringing about the particular legal consequences, the act is merely voidable and remains valid until duly set aside. If, on the other hand, his will did not accompany his act it is void.[126]

In 'n abstrakte stelsel soos wat in Suid-Afrika toegepas word, waar eiendomsoordrag nie van die geldigheid van die grondliggende ooreenkoms afhanklik is nie, sal nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms egter nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie. Die vraag is of die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg nieteenstaande nietigheid oor te dra – het 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom? Dit wil dus voorkom of die onderskeid tussen nietige en vernietigbare kontrakte in 'n abstrakte stelsel irrelevant is en nie werklik enige nut het nie. Eiendomsreg gaan oor, of die verbintenisskeppende ooreenkoms nou nietig, dan wel vernietigbaar is. Daardie sake wat tussen nietigheid en vernietigbaarheid onderskei, getuig van 'n kousale benadering en behoort dus nie nagevolg te word nie. Die howe het soveel klem op die beginsels van die kontraktereg gelê, dat hulle nooit besef het dat hulle eintlik met die sakeregtelike aspek van eiendomsoordrag te doen gehad het nie. In die proses is beginsels geformuleer wat onbedoeld strydig is met die sakeregtelike vereistes van eiendomsoordrag. Eiendomsoordrag is nie 'n kontrakregtelike nie, maar 'n sakeregtelike kwessie.[127]

---

124 Die gevalle waar die bedrieglike optrede van die teenparty 'n fundamentele dwaling en nietigheid tot gevolg het, is die uitsondering. *Beyers v McKenzie* 1880 Foord 125, wat hierbo bespreek is, is een van die min sake waar bedrog nietigheid van die ooreenkoms tot gevolg gehad het.

125 Christie *Contract* op 372 (verder 313, 330, 335). Raadpleeg ook die volgende bronne ivm die onderskeid tussen nietige en vernietigbare ooreenkomste: Kerr *Contract* 45, 51, 242, 285-286, 329, 483-484; Kerr 1989 *SALJ* 98-100; Carey Miller *Acquisition* 131-132; Badenhorst ea *Property* 78-79; Delport en Olivier *Vonnisbundel* 278.

126 *Menezes v McGaili* 1971 2 SA 12 (K) 14 H - 15 A. Raadpleeg ook *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman* (2) 1954 4 SA 649 (W); *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) 494 D en 496 E; *Service v Pondart Diana* 1964 3 SA 277 (D).

127 Sien ook Badenhorst ea *Property* 77; Van der Merwe *Sakereg* 311-312; Cronjé 1978 *THRHR* 242; Sonnekus *Vonnisbundel* 391-395; Scholtens 1957 *SALJ* 290-

Terwyl toegegee moet word dat die onderskeid in 'n abstrakte stelsel *sakeregtelik* geen doel dien nie, moet daar nietemin in gedagte gehou word dat dit wel *kontrakregtelik* van belang mag wees. In die kontraktereg moet onderskei word tussen feitlike omstandighede wat verhinder dat 'n geldige kontrak tot stand kom en daardie wat geen invloed op die geldigheid van die kontrak het nie. Die aard van die onbehoorlike optrede wat met kontraksluiting gepaard gaan (byvoorbeeld dwaling, bedrog, onbehoorlike beïnvloeding, vreesaanjaging), mag ook verskillende remedies tot gevolg hê. Wat die sakeregtelike gevolge is indien die kontrak nietig dan wel vernietigbaar is, is weer nie vir die kontraktereg belangrik nie.

Uit die bespreking hierbo wil dit voorkom of die Suid-Afrikaanse reg in twee opsigte van die Romeins-Hollandse reg afwyk: (1) in die Romeins-Hollandse reg het bedrog nietigheid tot gevolg gehad, maar in Suid-Afrika word aanvaar dat bedrog gewoonlik nie verhinder dat 'n geldige kontrak tot stand kom nie (die afwykende standpunt in die Romeins-Hollandse reg word dus as algemene reël aanvaar). (2) In die Romeins-Hollandse reg het eiendomsreg in geval van bedrog nie oorgegaan nie, maar in Suid-Afrika is dit moontlik dat eiendomsreg nieteenstaande nietigheid tog kan oorgaan.[128] Daar moet egter onderskei word tussen die geval waar bedrog nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms tot gevolg het en die geval waar dit nietigheid van die saaklike ooreenkoms (oordragshandeling) tot gevolg het. Indien die bedrog van so 'n aard is dat die vervreemder nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie, sal lewering ook nie eiendomsreg oordra nie omdat daar nie 'n geldige saaklike ooreenkoms is nie:

> Where ... there is no consent on the part of the owner to the passing of the property to the person who obtained it by fraud, the transaction is void *ab initio* and the ownership of the property remains in the person defrauded. But if the owner consents to the passing of the property, although his consent was obtained by means of a fraudulent misrepresentation, the tran-

---

291; *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) 498 D (regter Van den Heever betwyfel ook die nut van die onderskeid). Daar moet nietemin in gedagte gehou word dat die kontraktereg en sakereg nie onafhanklik van mekaar, elkeen in sy eie hokkie, funksioneer nie. Wat meer is, die onderskeid tussen nietige en vernietigbare kontrakte is uit die gemenereg oorgeneem.

128 Dit wil voorkom of die Romeins-Hollandse reg in *Beyers v McKenzie* 1880 Foord 125 toegepas is. Sien ook Silberberg *Property* 150 vn 40.

saction is voidable only. In such cases, ownership passes to the fraudulent party.[129]

Dit is egter moontlik dat een en dieselfde bedrog nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms sowel as die saaklike ooreenkoms tot gevolg het. 'n Fundamentele dwaling van so 'n aard dat 'n party nie die bedoeling het om te kontrakteer nie en nie toestemming tot kontraksluiting verleen nie, behoort gewoonlik ook tot gevolg te hê dat hy nie eiendomsoorgang wil hê nie. As hy byvoorbeeld nie die bedoeling het om te verkoop nie, kan gewoonlik aanvaar word dat hy ook nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie (maar nou ook nie noodwendig nie).[130]

13.5 Is 'n abstrakte stelsel op die oordrag van onroerende goed van toepassing?

13.5.1 Inleiding

Die bespreking tot dusver in hierdie hoofstuk het aan die lig gebring dat 'n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag op die oordrag van roerende goed in Suid-Afrika van toepassing is. Die vraag is vervolgens of 'n abstrakte stelsel ook ten opsigte van *on*roerende goed geld. Die vereistes hierbo,[131] wat op die oordrag van roerende goed van toepassing is, geld ook vir die oordrag van eiendomsreg op *on*roerende goed, behalwe dat lewering met registrasie in die akteskantoor vervang word.[132] Die doel van registrasie is om aan buitestaanders kennis te gee daarvan dat 'n saaklike reg (eiendomsreg) oorgedra word (publisiteitsbeginsel). Dit stel die verkryger ook in staat om sodanige beheer oor die saak te neem as wat nodig is om sy eienaarsbevoegdhede te kan uitoefen. Die standpunt word soms aangetref dat die vereistes wat vir die oordrag van roerende goed gestel

129 *Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman* (2) 1954 4 SA 649 (W) 664 B-C (sien ook 665 A-B).

130 Raadpleeg bv Voet *ad Digesta* 6.1.14 (sien aanhaling in hfst 7.4.2.); Van der Keessel *ad De Groot* 2.5.14. Verder Carey Miller *Acquisition* 127, 132; Silberberg *Property* 141-142; 150.

131 Sien die bespreking hierbo by hfst 13.1. Verder Badenhorst ea *Property* 220-222; Carey Miller *Acquisition* 164; *Weeks v Amalgamated Agencies* 1920 AD 218 op 230; *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 385.

132 Art 16 van die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937 bepaal dat eiendomsreg nie kan oorgaan nie, tensy registrasie plaasgevind het. Die vereiste dat die koopprys betaal moet wees of dat krediet verleen moes gewees het, is nie op die oor-

word, nie op die oordrag van *on*roerende goed van toepassing is nie, maar dat registrasie die enigste vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op *on*roerende goed is.[133] Dit bring noodwendig die toepaslikheid van die ander vereistes ter sprake. Vir die onderhawige ondersoek is dit van belang om te weet of 'n geldige saaklike ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van *on*roerende goed is, al dan nie. Moet die partye onderskeidelik die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra, welke bedoeling inhoudelik van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is (inhoudelike abstraksie)? Daar bestaan ook nie eenstemmigheid oor die vraag of 'n *iusta causa* in geval van oordrag van onroerende goed 'n vereiste is, al dan nie. Die vraag is dus of 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed is (uitwendige abstraksie)? Met ander woorde, is 'n abstrakte stelsel op die oordrag van onroerende goed van toepassing? Die vraag of 'n *iusta causa* 'n vereiste is, sal eerste aan die orde gestel word. Daarna sal die volgende aspekte bespreek word: die onderskeid tussen positiewe en negatiewe registrasiestelsels, die vraag of 'n saaklike ooreenkoms 'n vereiste is en die vraag of registrasie die enigste vereiste is.

13.5.2 Is 'n iusta causa 'n vereiste?

In handboeke wat handel oor aktesregistrasie, word die standpunt aangetref dat 'n regsgeldige *causa* 'n vereiste vir registrasie is.[134] Hierdie standpunt is onder andere gegrond op die feit dat die registrateur beheer uitoefen oor die registrasieproses en hy sekere inligting om praktiese redes benodig, sodat hy sy werk behoorlik kan uitvoer.[135] Hy moet by-

---

drag van onroerende goed van toepassing nie. Sien Carey Miller *Acquisition* 168; Schoeman *Property* 206.

133 Heyl *Grondregistrasie* 218 (sien ook 128-142; 196-219). Hierdie siening spruit voort uit die feit dat, anders as wat met lewering die geval is, registrasie wetlik voorgeskryf is en dit aan 'n amptenaar van die staat opgedra is om beheer te neem oor die proses; hy moet toesien dat alle wetlik voorgeskrewe vereistes nagekom is alvorens registrasie kan plaasvind.

134 Sien Heyl *Grondregistrasie* 204, 214; De Beer en Rorke *Newall's Deeds Registration* 53: "There must be a valid reason for the transfer (*justa causa traditionis*). For example, a contract or succession. Unless self-evident, this *causa* must be proved". Sien verder ook Jones *Conveyancing* 105: "... if the validity of the transfer deed should be attacked in court, any dispute is bound to turn on the *causa* of the transfer".

135 Kragtens art 3(1)(b) van die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937 moet die registrateur die dokumente wat vir registrasie ingedien word, ondersoek en dit ver-

voorbeeld weet wat die verbintenisskeppende ooreenkoms was ten einde te bepaal of die wetlik voorgeskrewe vereistes vir registrasie, byvoorbeeld die betaling van hereregte, nagekom is. Daarbenewens word die vorm van die transportakte en die aard van die gepaardgaande dokumente deur die *causa* bepaal.[136] Gevolglik word in die akteskantoor daarop aangedring dat elke volmag,[137] transportakte,[138] verbandakte en notariële akte 'n *geldige causa* as voorvereiste vir registrasie openbaar, wat gewoonlik 'n koopkontrak, ruilkontrak, skenking, testament of insolvensie sal wees.[139] Indien die betrokke dokumente nie 'n *causa* openbaar nie, of indien die *causa* nie geldig is nie,[140] sal registrasie nie toegelaat word nie. Hierdie praktyk is daarop gerig om sover as moontlik te probeer verseker dat die oordrag van regte en die verkryger se titel nie na registrasie aanvegbaar is nie.[141]

Die kritiek teen hierdie standpunt is dat dit neerkom op die toepassing van 'n kousale stelsel van eiendomsoordrag, waar 'n *iusta causa* 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is.[142] Dit is op die oog af teenstry-

---

werp indien registrasie daarvan nie toelaatbaar is nie. Ten einde sy opdrag uit te voer moet hy weet wat die *causa* is.

136 Carey Miller *Acquisition* 167; Badenhorst ea *Property* 221; Carey Miller en Pope *Land Title* 50.

137 Sien Carey Miller *Acquisition* 186; Carey Miller en Pope *Land Title* 78. Die volmag dien as bron vir die stellings wat in die transportakte gemaak word. Die registrateur kyk na die volmag, nie net omdat dit die eienaar se mandaat bevat nie, maar ook omdat dit 'n verklaring deur die eienaar persoonlik is (anders as die transportakte) en dit wesenlike feite bevat wat in die transportakte weergegee moet word.

138 In die sogenaamde *recital clause*. Vorm E vereis dat "... the nature of the transaction or the circumstances necessitating transfer" in die transportakte uiteengesit word. Die voorgeskrewe vorms word gewoonlik nougeset in die praktyk nagevolg. Sien Carey Miller *Acquisition* 167 vn 30, 192; Carey Miller en Pope *Land Title* 50 vn 34, 85-86.

139 Nêrens in die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937 word 'n *causa* egter as vereiste gestel nie, behalwe in geval van die sessie van 'n verband. Sien Laurens *Saaklike Regte* 290-291; Carey Miller *Acquisition* 167; Badenhorst ea *Property* 221 vn 181; Fourie *Conveyancing* 34-35.

140 Indien die *causa* bv onwettig, ongeldig, nietig, vernietigbaar of *contra bonos mores* is. Heyl *Grondregistrasie* 208, 212-213 en 219.

141 Die verdere belang van die *causa* is dat dit bewys verskaf van die partye se bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Heyl *Grondregistrasie* 38-39, 198, 204, 213-214.

142 Die praktyk stem ooreen met 'n aantal ouer sake, waar 'n kousale benadering voorgestaan is, nl: *Kleudgen v Rabie* 1880 Foord 63 op 65; *Preston and Dixon v Biden* 1883 1 BAC 322; *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219 op 224-225.

dig met uitsprake van die appèlafdeling,[143] wat herhaaldelik beslis het dat 'n geldige verbintenisskeppende regsfeit (*causa*) nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie en dat die abstrakte stelsel in die Suid-Afrikaanse reg van toepassing is. Daar word aan die hand gedoen dat daar nie werklik 'n teenstrydigheid tussen die praktyk en uitsprake van die appèlafdeling is nie. Dit is nou wel so dat die registrateur probeer verseker dat registrasie onaanvegbaar sal wees, maar daar word nie 'n diepgaande ondersoek geloods om vas te stel of die *causa* wat in die dokumente aangegee word, regsgeldig is, al dan nie.[144] Die registrateur verlaat hom bloot op die dokumente wat aan hom voorgelê word en die *causa* wat daarin aangegee word.[145] In baie gevalle sal hy dus nie eers weet as die *causa* gebrekkig is nie (byvoorbeeld as gevolg van 'n gebrek aan wilsooreenstemming). Nieteenstaande opmerkings tot die teendeel, wil dit dus voorkom of daar nie op 'n regsgeldige *causa* ('n *iusta causa*) aangedring word nie.[146] Die registrateur is blykbaar bereid om oordrag te registreer indien die dokumente wat vir registrasie ingedien word 'n gepaste of geskikte *causa* openbaar, wat kan dien as regverdiging vir oordrag van eiendomsreg. Dit is dus heeltemal moontlik dat registrasie kan plaasvind en eiendomsreg oorgaan, selfs al is die *causa* gebrekkig.[147]

Hierdie stelling word onder andere bevestig deur die uitspraak in *Brand v Volkskas*,[148] waar die eksekuteur van 'n bestorwe boedel deur die Meester aangestel is op grond van die feit dat hy in die betrokke testament as

143 Sien hfst 13.3 waar die relevante regspraak bespreek is. Daar sal hieronder ook na verdere regspraak verwys word, wat spesifiek op die oordrag van onroerende goed van toepassing is.

144 Die ondersoekprosedure in die akteskantoor is nie daarop ingestel om gebreke in die *causa* bloot te stel nie. Maar sien die uitsondering in Reg 50 (1) wat op erflatings van toepassing is.

145 Sien Badenhorst ea *Property* 230; Heyl *Grondregistrasie* 198, 204: "Hierdie redes word almal op sigwaarde aanvaar soos in die ingediende dokumente uiteengesit - dit is die oordraggewer se verantwoordelikheid". Dit is immers een van die kenmerke van 'n stelsel van registrasie van aktes ('n negatiewe stelsel) dat aktes op sigwaarde geregistreer word, sonder dat 'n diepgaande ondersoek gedoen word. In 'n positiewe stelsel (registrasie van titel) daarteenoor, word 'n diepgaande ondersoek gedoen aangesien regsgeldigheid van titel gewaarborg word.

146 Raadpleeg ook Carey Miller *Acquisition* 167; Badenhorst ea *Property* 221-222; Carey Miller en Pope *Land Title* 50 en Van der Merwe *Sakereg* 305 ev; *Kriel v Terblanche* 2002 6 SA 132 (NK) 146 F.

147 *Brits v Eaton* 1984 4 SA 728 (T) wys bv dat dit moontlik is om registrasie te bewerkstellig, selfs al is die *causa* nietig.

148 *Brand v Volkskas* 1959 1 SA 494 (T).

eksekuteur benoem is. Hy het die boedel ooreenkomstig die bepalings van die testament tussen die erfgename verdeel en eiendomsreg aan hulle oorgedra. Later word 'n nuwe testament ontdek, wat die testament uit hoofde waarvan die verdeling plaasgevind het herroep en 'n ander eksekuteur benoem het. Die testament wat die grondslag of *causa* vir die oordrag van eiendomsreg was, was met ander woorde nietig of ongeldig omdat dit deur 'n latere testament herroep is. Die hof beslis nietemin dat eiendomsreg nieteenstaande die nietige *causa* tog oorgegaan het. Toe die eerste eksekuteur die boedel verdeel het en die goedere oorgedra het, het hy heeltemal binne sy bevoegdhede en die mandaat wat hy van die Meester ontvang het opgetree. Sy aanstelling was geldig en hy het dus vervreemdingsbevoegdheid gehad.[149] Die feit dat sy aanstelling as eksekuteur teruggetrek is, het dus nie tot gevolg dat alles wat hy gedoen het, nou nietig is nie. Die nuwe eksekuteur kan die goed egter wel met die *condictio indebiti* of die *condictio sine causa* terugeis van die persone aan wie dit foutiewelik ingevolge die eerste testament oorgedra is omdat die oordrag aan hulle *sine causa* geskied het. Hierdie uitspraak maak dit duidelik dat eiendomsreg oorgedra kan word, selfs al is daar regtens geen grondslag daarvoor nie (selfs al ontbreek 'n *iusta causa*).

Ook die mees onlangse regspraak bevestig dat 'n abstrakte stelsel op oordrag van onroerende goed van toepassing is.[150] In *Mvusi v Mvusi and Others*[151] het die eienaar van die stuk grond, Charles Mvusi, intestaat te sterwe gekom. Ingevolge regulasies uitgevaardig kragtens artikel 23 (10) van die *Swart Administrasie Wet* 38 van 1927 moes sy boedel ooreenkomstig gemenereg beredder word, asof hy 'n blanke was en nie ooreen-

149 Die eerste eksekuteur het sy bevoegdhede uit hoofde van sy aanstelling deur die Meester verkry (hy ontleen dit nie aan die testament nie). Ingevolge wetgewing was die Meester heeltemal geregtig om hom ogv die testament aan te stel.

150 Dit is ook die standpunt wat in die regsliteratuur aangetref word. Sien bv Badenhorst ea *Property* 76, 222; Carey Miller en Pope *Land Title* 51; Carey Miller *Acquisition* 127, 167-168; Van der Merwe *Sakereg* 310; Laurens *Saaklike Regte* 289-290.

151 *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk). Sien ook *Wilken v Kohler* 1913 AD 135 op 144; *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK) 273 H; *Brits v Eaton* 1984 4 SA 728 (T) 735 E; *Mnisi v Chauke* 1994 4 SA 715 (T) 720 D; *Rasi v Madaza* 2001 1 All SA 498 (Tk) 511; *Kriel v Terblanche* 2002 6 SA 132 (NK) 142B, 148F-G. Die vraag of 'n kousale stelsel in *Van der Merwe v Van der Merwe* 2000 2 SA 519 (K) toegepas is, is debatteerbaar. Indien wel, sou dit strydig wees met al voormelde uitsprake.

komstig swart gewoontereg nie. Die implikasie hiervan, was dat sy boedel aan al sy oorlewende kinders en kleinkinders moes vererf (gemenereg) en nie net aan sy oudste oorlewende seun nie (gewoontereg).

Die oorledene se oudste seun, Jotham Mvusi, is as verteenwoordiger van die boedel aangestel ten einde dit te beredder. Daarna word die plaas in sy naam geregistreer op grond van die veronderstelling dat hy die enigste intestate erfgenaam is. In Februarie 1982 verkoop Jotham Mvusi die plaas aan Obed Keswa (tweede verweerder) vir R18 500, betaalbaar by wyse van deposito en paaiemente. Daarna kom dit aan die lig dat Jotham Mvusi nooit die enigste erfgenaam was nie, maar dat daar ook ander gemeenregtelike erfgename is wat op die grond aanspraak maak. Jotham Mvusi se aanstelling as verteenwoordiger van die boedel word vervolgens deur die landdros teruggetrek. Na hierdie gebeure word die plaas nietemin in naam van Obed Keswa geregistreer. Eiser is 'n kleinseun van die oorledene en een van die gemeenregtelike mede-erfgename. Hy vra 'n bevel aan waardeur die registrateur van aktes beveel word om die transportaktes te kanselleer waardeur die plaas eers aan Jotham Mvusi en daarna aan Keswa oorgedra is omdat hulle, nieteenstaande registrasie, nooit eiendomsreg verkry het nie.

Die vraag waaroor die hof moes beslis, was of eiendomsreg in die grond op Jotham Mvusi oorgegaan het en van hom op Obed Keswa, aan wie hy die grond verkoop en gelewer het. Die eerste vereiste vir die oordrag van eiendomsreg waarna die hof verwys, is dat die partye in 'n posisie moet wees om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. In die onderhawige saak is daaraan voldoen aangesien die oordraggewer die verteenwoordiger van die bestorwe boedel was. Die hof beslis dat Jotham Mvusi se aanstelling as verteenwoordiger nieteenstaande die onskuldige wanvoorstelling aan sy kant, naamlik dat hy die enigste erfgenaam is, heeltemal geldig was en dat hy dus wel bevoeg was om die grond oor te dra (hy was vervreemdingsbevoeg).[152]

152 Sien *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk) op 1000 F-G vir die redes vir die hof se bevinding in hierdie verband. *Mngadi v Ntuli* 1981 3 SA 478 (D) verskil in hierdie opsig van *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk) en *Brand v Volkskas* 1959 1 SA 494 (T). In *Mngadi v Ntuli* 1981 3 SA 478 (D) was die aanstelling van die eksekutrise *ab*

Vervolgens word die vraag ondersoek of registrasie van die grond in die naam van Jotham Mvusi tot gevolg gehad het dat eiendomsreg op hom oorgedra word. Die probleem in hierdie verband, is dat daar regtens geen grondslag of rede vir registrasie in sy naam was nie (daar was nie 'n *iusta causa* nie). Die transportakte en die volmag wat deur die verteenwoordiger onderteken is, vermeld die feit dat Jotham Mvusi die enigste intestate erfgenaam van die oorledene is, as die grondslag of *causa* vir oordrag. Die punt is egter dat hy nie die enigste erfgenaam was nie, daar was ook ander erfgename.[153] Die hof meen nietemin dat die feit dat daar nie 'n *causa* vir die oordrag was nie, irrelevant is aangesien 'n abstrakte stelsel in ons reg toegepas word.[154] Die vraag is eerder of daar 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het.[155] Die hof bevind dat Jotham, in sy hoedanigheid as verteenwoordiger van die boedel, die bedoeling gehad het om eiendomsreg aan homself in sy persoonlike hoedanigheid oor te dra en dat hy in sy persoonlike hoedanigheid die bedoeling gehad het om eiendomsreg te ontvang. Daar was dus 'n geldige saaklike ooreenkoms en hy het wel eienaar geword.[156]

Die vraag is vervolgens of Jotham Mvusi eiendomsreg aan Obed Keswa oorgedra het. Aangesien eersgenoemde eienaar geword het, is daar regtens niks wat hom verhinder om dit te doen nie,[157] maar Keswa sal slegs

---

initio nietig omdat die Kommissaris in die omstandighede van die saak nie die bevoegdheid gehad het om haar aan te stel nie. Dit beteken dat sy nie oor die bevoegdheid beskik het om te vervreem nie, met die gevolg dat eiendomsreg nie op die persoon aan wie sy oorgedra het oorgegaan het nie. Daar was nie 'n geldige saaklike ooreenkoms nie (afgesien van die feit dat die verbintenisskeppende ooreenkoms sekerlik ook nietig was).

153 Sien *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk) op 1000 G-I van die verslag. Daar is foutiewelik aanvaar dat die gewoonteregtelike regsreëls wat op intestate erfopvolging van toepassings is, die *causa* vir die oordrag was, terwyl die boedel eintlik volgens die gemeenregtelike reëls moes vererf.

154 Sien *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk) op 999 E-H en 1000 H van die verslag. Uit die feite behoort dit duidelik te wees dat ons hier nie net met 'n *obiter dictum* te make het nie, maar dat die hof se opmerkings hier deel is van die *ratio decidendi*. Afgesien van al die bekende gesag, verwys die regter ook nog na die ongerapporteerde uitspraak van die Transkeise Hooggeregshof in *Cefane Distribution and Wholesalers v Bontsi*.

155 Sien *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk) op 999 D-E en 1000 I – 1001 A waar die hof bevestig dat die saaklike ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is.

156 Sien *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk) op 1000 H – 1001 A van die verslag.

157 Omdat Jotham Mvusi nie werklik die erfgenaam was nie, kon hy met 'n *condictio* verplig word om die plaas oor te dra aan die werklike erfgename. Maar tot tyd en wyl sodanige oordrag plaasvind, bly hy eienaar van die plaas en hy is geregtig om

eienaar word indien hy *bona fide* is. Die hof bevind dat hy ten tyde van oordrag aan hom daarvan bewus was dat Jotham geen reg op die grond gehad het nie, dat daar ander erfgename was wat regmatige aansprake op die grond gehad het en dat Jotham Mvusi die grond nie kon vervreem nie. Omdat hy *mala fide* was, kon eiendomsreg nie op hom oorgaan nie. Die eiser is gevolglik daarop geregtig dat die oordrag ter syde gestel word.[158] Die hof beveel gevolglik dat oordrag aan Jotham Mvusi en aan Keswa ter syde gestel word en beveel ook die registrateur van aktes om die grond na die boedel van Charles Mvusi oor te dra. Die grondslag hiervoor is 'n verrykingsaksie.[159]

Hierdie uitspraak bevestig dus die reël dat 'n *iusta causa* in die betekenis van een of ander regsfeit wat 'n persoon regtens verplig om 'n saak te lewer (eiendomsreg oor te dra), nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in die Suid-Afrikaanse reg is nie. In die onderhawige geval was daar regtens geen grondslag vir oordrag aan Jotham Mvusi nie, maar nogtans het eiendomsreg op hom oorgegaan. Aangesien hy eienaar geword het, was hy bevoeg om eiendomsreg aan iemand anders oor te dra. Maar omdat eiendomsreg *sine causa* aan Mvusi oorgedra is en hy nieteenstaande registrasie in naam van Keswa steeds eienaar was, kon 'n *condictio* teen hom ingestel word. 'n Belangrike gevolgtrekking vir die onderhawige ondersoek, is dat die hof bevestig het dat 'n saaklike ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed is en erkenning verleen het aan die inhoudelike sowel as die uitwendige abstraksie.

In *Kriel v Terblanche*[160] is die persoon wat voorgegee het om as trustee van 'n trust op te tree toe hy die *koopkontrak* gesluit het, nog nie deur die Meester aangestel nie. Dit het tot gevolg gehad dat die koopkontrak nietig was. Die hof beslis egter dat eiendomsreg wel op die trust oorgegaan het aangesien 'n abstrakte stelsel van toepassing is en die nietigheid van die koopkontrak irrelevant is. Die vraag is of daar 'n geldige saaklike oor-

---

eiendomsreg daarin aan iemand anders oor te dra. Sien *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk) 1002 E-H.

158 Sien *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk) 1006 A-C van die verslag.

159 *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk) 1002 E-H en 1006 I.

eenkoms is, wat daar in die onderhawige geval wel was. Op die tydstip waarop oordrag in naam van die trust geregistreer is, het die trustee wel die nodige magtiging van die Meester ontvang en hy sowel as die verkoper het die bedoeling gehad om eiendomsreg oor te dra.

Die *Wet op Vervreemding van Grond*,[161] wat op die oordrag van onroerende goed van toepassing is, bevat ook kenmerke van 'n abstrakte stelsel.[162] Artikel 2(1) bepaal dat 'n akte van vervreemding deur beide partye, of deur hulle verteenwoordigers, wat optree uit hoofde van 'n skriftelike magtiging, onderteken moet word. Indien dit nie gedoen word nie, sal die vervreemding van geen krag wees nie. Ingevolge artikel 28(2) van die wet, is dit egter moontlik dat eiendomsreg op die verkryger kan oorgaan, selfs al is daar nie aan die formaliteitsvereistes voldoen nie en selfs al is die koopkontrak (*causa*) nietig. Hierdie artikel bepaal dat enige vervreemding uit hoofde van 'n nietige kontrak in alle opsigte *ab initio* geldig sal wees, indien beide partye reeds in terme van die vervreemdingsakte presteer het en die betrokke stuk grond aan die verkryger oorgedra is.[163] Nie een van die partye kan dit wat hy presteer het terugvorder nie en beide partye is geregtig op die kontraktuele remedies wat hulle sou gehad het indien die kontrak van die begin af geldig was. Indien net een van die partye presteer het, word die situasie deur artikel 28(1) van die *Wet op Vervreemding*[164] beheers:

1. Indien die koper reeds ten dele of ten volle presteer het, maar registrasie nog nie plaasgevind het nie, kan hy dit wat hy uit hoofde van die vervreemdingsakte presteer het (koopprys) van die verkoper terugvorder.[165] Hy is ook geregtig om rente op die bedrag wat hy betaal het te eis, asook redelike vergoeding vir noodsaaklike uitgawes.[166] Die ko-

160 *Kriel v Terblanche* 2002 6 SA 132 (NK).
161 Die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981.
162 Sien ook *Kriel v Terblanche* 2002 6 SA 132 (NK) 148 B.
163 Met ander woorde, indien registrasie plaasgevind het en die koopprys betaal is. Sien Badenhorst ea *Property* 222; Carey Miller *Acquisition* 167.
164 Die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981.
165 Selfs al is die verkoper bereid en in staat om te registreer. Voor inwerkingtrede van die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981 sou die koper nie die koopprys kon terugvorder nie indien die vervreemder bereid en in staat was om te registreer.
166 Art 28(1)(a)(i-iii) van die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981.

per kan die verkoper egter nie verplig om te registreer indien hy nie wil nie, want hy kan hom op nietigheid beroep.[167]

2. Indien die verkoper reeds ten dele of ten volle ingevolge die vervreemdingsakte presteer het (registrasie het reeds plaasgevind), maar die verkryger het nog nie betaal nie, is die vervreemder geregtig om sy prestasie terug te eis.[168] Hy kan ook redelike vergoeding vir die okkupasie, gebruik en genot van die grond eis, asook skadevergoeding vir skade wat aan die grond aangerig is.[169] Die verkoper sal die koper nie kan verplig om te betaal indien hy nie wil nie, want hy sal hom op nietigheid van die kontrak kan beroep.[170]

3. In nie een van die gevalle sal die verweerder homself kan verweer deur te sê dat hy gewillig en in staat is om te presteer nie.[171] Maar as beide partye bereid is om hulle "verpligtinge" uit hoofde van die nietige kontrak na te kom, is daar niks wat hulle kan verhoed nie. Die registrateur kan ook nie weier om uit hoofde van die nietige *causa* te registreer nie.[172]

Daar kan geargumenteer word dat hierdie artikel in die lig van die feit dat 'n abstrakte stelsel van toepassing is eintlik onnodig is omdat eiendomsreg nieteenstaande die nietige kontrak in elk geval sal oorgaan. Die meriete van die artikel is egter daarin geleë, dat die kontrak geag word geldig te wees en dat eiendomsreg dus uit hoofde van 'n geldige kontrak

---

167 Dit is slegs wanneer beide partye reeds presteer het dat die nietige kontrak geag word geldig te wees. In elk geval geld die beginsel dat niemand sy eiendom teen sy wil ontneem kan word nie. Daar moet 'n geldige saaklike ooreenkoms wees.

168 Hy kan registrasie kanselleer en die saak met die *rei vindicatio* terugeis. Ingevolge die gemenereg (dws, voordat die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981 op die wetboek geplaas is) sou die vervreemder nie registrasie kon kanselleer nie omdat eiendomsreg reeds met registrasie sou oorgaan aangesien betaling van die koopprys nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie.

169 Art 28(1)(b)(i-iii) van die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981.

170 Die verkoper sal ook nie kan steun op die feit dat 'n abstrakte stelsel van toepassing is nie, want dit is nie 'n eisoorsaak nie, dit help net as oordrag reeds plaasgevind het.

171 Die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981 het die reël in *Carlis v McCusker* 1904 TS 917 gedeeltelik gewysig. Ingevolge daardie uitspraak kon die party wat reeds presteer het, nie sy prestasie terugvorder nie indien die teenparty bereid en in staat was om te presteer. Laasgenoemde sou prestasie ingevolge 'n nietige kontrak in effek dus in stand kon hou. Die feit dat die ander party bereid en in staat is, is egter nou nie meer 'n oorweging nie.

172 Die abstraktheidsbeginsel het tot gevolg dat 'n nietige *causa* nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie. Die partye se bedoeling is deurslaggewend.

oorgaan (en nie ondanks 'n nietige kontrak nie). Dit beteken dat nie een van die partye sy prestasie van die ander kan terugeis nie en dat beide partye op die gewone kontraktuele remedies geregtig is. As slegs die gewone beginsels van 'n abstrakte stelsel van toepassing was, het prestasie *sine causa* plaasgevind en sou die vervreemder die onroerende saak met 'n *condictio* kon terugeis. Indien hy dit egter nie doen nie, sal die koper nie die gewone kontraktuele remedies tot sy beskikking hê nie. Indien daar byvoorbeeld verborge gebreke is, of indien die koopsaak nie voldoen aan waarborge wat gelewer is nie, of indien hy gedeeltelik uitgewin word, is daar geen kontrak en kontraksremedies waarop hy kan steun nie.

Samevattend blyk dit uit die bespreking hierbo dat 'n regsgeldige *causa* in die betekenis van 'n verbintenis of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om te lewer, materieelregtelik nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed is nie. Registrasie kan plaasvind en eiendomsreg sal oorgaan, selfs al is die *causa* nietig of bloot putatief.[173] Die deurslaggewende vraag is of die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die aktespraktyk vereis egter wel dat 'n *causa* in die relevante dokumentasie vermeld moet word. Hierdie vereiste kan uit hoofde van praktiese oorwegings geregverdig word aangesien die registrateur die inligting om praktiese redes benodig alvorens hy bereid sal wees om te registreer. Indien die dokumente geen *causa* vermeld nie, of indien 'n *causa* wel vermeld word, maar dit is nie geskik vir die oordrag van eiendomsreg nie (byvoorbeeld 'n huurkontrak of werkaanneming), sou die registrateur waarskynlik regmatiglik kon weier om te registreer, want dit blyk uit die *causa* dat die partye nie werklik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie. Niks meer as 'n *causa* wat geskik is om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig, word egter vereis nie. Die *causa* hoef dus nie objektief geldig te wees nie. Alhoewel die registrateur aandring op inligting betreffende die *causa*,

173 Ook *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219 en *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK) bevestig dat eiendomsreg kan oorgaan selfs al is die *causa* nietig en selfs al is daar geen *causa* nie. Sien die bespreking van hierdie sake hieronder by hfst 13.5.3.

behoort die howe slegs te vra of daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is.[174]

Die gevolgtrekking is dat 'n abstrakte stelsel ook ten opsigte van die oordrag van onroerende goed in Suid-Afrika toegepas word. Daar is voldoende gesag om te verklaar dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms beskou word (inhoudelike abstraksie). 'n Geldige voorafgaande verbintenis of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om te lewer, is nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie – eiendomsreg sal oorgaan, selfs al is die verbintenis nietig (uitwendige abstraksie). 'n Geldige saaklike ooreenkoms is egter wel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed.

13.5.3 Negatiewe en positiewe stelsels

Die abstrakte stelsel speel 'n belangrike rol by die oordrag van eiendomsreg op onroerende sake in die Suid-Afrikaanse reg, waar 'n negatiewe registrasiestelsel toegepas word.[175] In 'n *negatiewe stelsel* is daar geen waarborg dat die inligting wat in die registers gepubliseer is, inderdaad korrek is nie.[176] Die registrasiepersoneel kan nie, behalwe in gevalle van *mala fide* of kwaadwillige optrede wat skade veroorsaak het, aanspreeklik gestel word nie. Derdes wat die registers sou raadpleeg en inligting bekom, doen dit op eie risiko. Indien dit agterna sou blyk dat die inligting in die registers nie korrek is nie, kan derdes hulle nie daarop beroep dat hulle op die juistheid van die registers gesteun het nie, want die ware eienaar verloor nie sy eiendomsreg bloot omdat registrasie in naam van 'n *bona fide* derde plaasgevind het nie. Die stelsel bied dus groter se-

174 Die korrektheid van die volgende opmerking deur Jones *Conveyancing* 105 kan dus bevraagteken word: "... if the validity of the transfer deed should be attacked in court, any dispute is bound to turn on the *causa* of the transfer". Ook die volgende opmerking deur Heyl *Grondregistrasie* 199 kan aan kritiek onderwerp word: "As registrasie eenmaal plaasgevind het moet in die eerste plek uit die betrokke akte bepaal word wat die regsverhouding tussen die eienaar en 'n ander aanspraakmaker tov daardie onroerende goed is". Verder Carey Miller *Acquisition* 167-168.

175 Die negatiewe registrasiestelsel is uit die Romeins Hollandse reg oorgeneem. Sien Laurens *Saaklike Regte* 197; Pienaar 1986 *CILSA* 237-238; De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht* 161.

176 Registrasie waarborg nie dat die regsposisie noodwendig vasstaan soos dit aangegee is nie.

kuriteit aan die ware eienaar as aan die *bona fide* derde wat geen beskerming teen foutiewe of onvolledige registers geniet nie en die slagoffer van foutiewe geregistreerde gegewens kan word. Met ander woorde: geen oordrag sonder registrasie nie en met registrasie nogtans geen sekerheid nie.

In 'n negatiewe stelsel is die moontlikheid van benadeling vir derdes altyd groot omdat dit vanweë verskeie redes kan gebeur dat die registers die regstoestand nie volledig of korrek weergee nie.[177] Die volgende faktore werk mee tot die onvolledigheid van die registers:[178] (1) in die eerste plek word slegs eiendomsoordrag deur lewering (*traditio*) in die registers opgeteken (afgeleide eiendomsverkryging). Dit is egter moontlik dat eiendomsreg op onroerende goed ook op ander wyses as deur lewering verkry kan word, wat nie in die registers aangeteken word nie (oorspronklike eiendomsverkryging).[179] Dit mag dus wees dat iemand anders as die persoon wat in die registers aangeteken is werklik eienaar is.[180] (2) Daar is saaklike regte in verband met onroerende goed wat nie geregistreer word nie, of omdat dit nie vir registrasie vatbaar is nie aangesien die registers nie daarvoor ingerig is nie, of omdat registrasie nagelaat word.[181] (3) Daar kan foute ontstaan by die byhou van die registers en die registrasieproses.[182] (4) Registrasie waarborg nie dat oordrag regsgeldig is nie.[183] Afgesien van registrasie, is daar ook ander vereistes vir die oordrag van eiendomsreg. As aan daardie vereistes nie voldoen is nie, sal eiendomsreg nie oorgaan nie, maar dit sal nooit uit die registers vasgestel kan word nie. Die oordragshandeling kon byvoorbeeld deur 'n hande-

177 Die risiko vir derdes is kleiner of groter, na mate die registers in 'n minder of meerdere mate 'n onjuiste of onvolledige beeld van die werklikheid gee.

178 Raadpleeg bv Laurens *Saaklike Regte* 46 ev, 198; Badenhorst ea *Property* 230-232; Van der Merwe *Sakereg* 343; Van der Walt en Pienaar *Property* 137-139; *Knysna Hotel v Coetzee* 1998 2 SA 743 (HHA) 753 A.

179 Soos bv deur verjaring, boedelvermenging, afstanddoening, vermenging.

180 'n Derde wat die registers raadpleeg, sal dus nie weet dat iemand anders eintlik eienaar is nie.

181 Bv retensieregte en eiendomsverkryging deur *accessio*.

182 Dit kan gebeur dat inskrywings gedoen word wat nie gedoen moes gewees het nie, of dat inskrywings wat wel gedoen moes gewees het, nagelaat word, of dat inskrywings verkeerd gedoen word. In *Barclays Nasionale Bank v Registrateur van Aktes* 1975 4 SA 936 (T) en *Standard Bank van SA v Breitenbach* 1977 1 SA 151 (T) het dit juis gegaan oor registrasiefoute. Sien Laurens *Saaklike Regte* 335 ev.

lingsonbevoegde persoon verrig gewees het,[184] of 'n onbevoegde verteenwoordiger, of iemand wat hom as eienaar voorgedoen het, terwyl hy dit nie is nie, of die eksekuteur van 'n bestorwe boedel wie se aanstelling nietig was.[185] Dit mag ook wees dat die partye nie werklik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie en dat daar weens 'n gebrek aan wilsooreenstemming nooit 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het nie. 'n Derde moet hom dus nie net daarvan oortuig dat sy regsvoorganger inderdaad as eienaar in die registers aangeteken is nie; hy moet ook seker maak dat die bykomstige voorwaardes wat die reg vir die oordrag van eiendomsreg stel en waaraan die oordrag aan sy regsvoorganger moes voldoen, vervul is. Daar is egter geen wyse waarop dit vasgestel kan word nie.

Die feite van *Klerck v Van Zyl and Maritz*[186] dien as voorbeeld van 'n situasie waar registrasie plaasgevind het terwyl daar geen saaklike ooreenkoms was nie. Dit wys net hoe maklik dit is om oordrag te registreer op grond van bedrieglike handelinge en sonder dat die partye werklik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.[187] In hierdie saak het die geregistreerde eienares van 'n deeltiteleenheid (Jackson) dit verkoop, in naam van die koper (Clinkscales) geregistreer en dit boonop bewerkstellig dat 'n verband ten gunste van Allied Bouvereniging geregistreer word. Dit blyk egter dat die partye nooit 'n koopkontrak gesluit het nie, maar dat die verkoper die koper se handtekening op die koopkontrak en verband dokumente vervals het.[188] Daar word beslis[189] dat eiendomsreg nie op die koper oorgegaan het nie, nie omdat daar geen *causa* was nie, maar om-

183 Anders as in 'n positiewe stelsel, word 'n gebrekkige titel ook nie deur registrasie reggestel nie.

184 Bv weens minderjarigheid, kranksinnigheid of insolvensie.

185 Soos bv die geval was in *Mngadi v Ntuli* 1981 3 SA 478 (D). Hierdie gebreke sal nie net tot gevolg hê dat die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is nie, dit sal ook verhinder dat 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand kom.

186 *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK).

187 Uit die verslag blyk dit dat daar altesaam 8 sake was waar registrasie op 'n bedrieglike wyse bewerkstellig is, sonder dat die registrasiepersoneel daarvan bewus was.

188 Uit hoofde van die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981 was die kontrak wat voorgehou is nietig, bv omdat dit nie deur die koper onderteken is nie. Dit is eintlik nie ter sprake nie, want soos reeds opgemerk, was daar hoegenaamd geen kontrak nie.

189 Sien *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK) 274 C van die verslag.

dat daar nie 'n geldige saaklike ooreenkoms was nie.[190] Die "koper" het nooit die bedoeling gehad om eiendomsreg van die deeltitel eenheid te kry nie[191] en die verkoper het ook nie die bedoeling gehad om eiendomsreg oor te dra nie. Sy het 'n bedrieglike skema bedryf met die bedoeling om vir haarself geld te genereer.[192]

Ook *Gounder v Saunders & others*[193] wys hoe maklik dit is om registrasie op 'n bedrieglike wyse te bewerkstellig. Die eiser (Gounder) het sy grond aan Whelan verkoop en getransporteer, wat dit op sy beurt weer aan Horsley verkoop en getransporteer het. Agterna blyk dit egter dat die kopers Whelan en Horsley bloot fiktiewe persone was, dat die verweerder (Saunders) die eiser op 'n bedrieglike wyse omgehaal het om aan fiktiewe mense te verkoop, waarvan hy nie bewus was nie en dat hy die handtekeninge op die relevante dokumente (byvoorbeeld die koopkontrakte en volmagte) vervals het.

Soos *Mvusi v Mvusi*[194], bevestig *Klerck v Van Zyl and Maritz*[195] en *Gounder v Saunders*[196] dat dit wel moontlik is om oordrag te registreer, selfs al is daar geen *causa* (verbintenisskeppende ooreenkoms) hoegenaamd nie. In *Mvusi v Mvusi*[197] is beslis dat eiendomsreg op Jotham Mvusi oorgegaan het, al was daar regtens geen rede (*causa*) vir die oordrag *aan hom* nie. Ingevolge die gemeenregtelike reëls wat op intestate erfopvolging van toepassing is en wat die situasie beheers het, moes oordrag aan iemand anders geskied het. Dit is dus nie waar om te sê dat daar altyd 'n *causa* sal wees nie en dat 'n *causa* 'n vereiste vir oordrag is nie. Dit is wel so dat die registrasie later ter syde gestel kan word en die saak

190 Die hof spreek nietemin die mening uit dat aangesien die abstrakte leer van toepassing is, eiendomsreg sal oorgaan selfs al is die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig. Sien *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK) 273 D-I.

191 Hy was onbewus van die bestaan van die kontrak, het dit nie onderteken nie en het nooit bedoel om dit uit te voer nie. Hy was ook nie bewus van registrasie in sy naam nie.

192 In een van die 8 sake wat ter sprake gekom het, het die koper met Jackson saamgespan en alles moontlik gedoen om registrasie van die oordrag en van 'n verband moontlik te maak, maar dit was duidelik dat hulle nooit die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra nie. Sien *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK) op 285 van die verslag.

193 *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219.

194 *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk). Sien die bespreking hierbo by hfst 13.5.2.

195 *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK).

196 *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219.

met 'n *condictio* terug gevorder kan word omdat oordrag *sine causa* plaasgevind het, maar dit is juis een van die kenmerke van 'n abstrakte stelsel. Die vervreemder kan ook verkies om niks te doen nie, in welke geval eiendomsreg vasstaan selfs, al was die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig.

Anders as in 'n negatiewe stelsel, waarborg die owerheid in 'n *positiewe registrasiestelsel* die juistheid van die geregistreerde gegewens.[198] Derdes wat die registers raadpleeg, kan aanvaar dat die inligting wat daar aangeteken is korrek is, dat die persoon wat as eienaar aangetoon word wel eienaar is en dat sy titel onaanvegbaar is.[199] Indien daar gebreke aan sy titel of dié van sy voorganger kleef, word dit deur registrasie reggestel. Anders as in geval van 'n negatiewe stelsel, hoef derdes dus nie enige selfstandige ondersoek buite die registers om in te stel ten einde vas te stel of daar enige gebreke aan die titel kleef nie.[200] Indien 'n *bona fide* derde op grond van daardie inligting regshandelinge sou aangaan met die persoon wat as eienaar aangeteken is, maar dit blyk later dat die gegewens onjuis is (dat die saaklike reg foutiewelik geregistreer is), sal hy nie benadeel word nie.[201] Hy kan sy geregistreerde aanspraak teenoor die ware reghebbende, wat nie in die registers aangetoon word nie, afdwing.[202] Laasgenoemde het gewoonlik slegs 'n delikseis teen die staat.[203] Terwyl die ware eienaar in 'n negatiewe stelsel beskerm word ten koste van derdes, trek hy in 'n positiewe stelsel aan die kortste end omdat hy nie beskerming geniet nie.

---

197 *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk).

198 Badenhorst ea *Property* 232; Pienaar 1986 *CILSA* 237-238. Die owerheid oefen streng beheer uit oor die registrasieproses en kontroleer die gegewens, ten einde te verseker dat die geregistreerde feite ooreenstem met die werklikheid.

199 Die grondregister word beskou as "ein Spiegel der privater dinglichen rechte an Grundstücken" en daar is 'n vermoede dat die register korrek is. Sien §891 *BGB*; Pienaar 1986 *CILSA* 240.

200 Sien Badenhorst ea *Property* 233-234.

201 Selfs as die voormalige eienaar sy regte deur bedrog ontneem is, kan hy sy saak nie van 'n *bona fide*-derde terugeis nie.

202 Die positiewe stelsel is dus meer getrou aan die beginsel onderliggend aan die publisiteitsvereiste, nl dat geen regte teen derdes te goeder trou afgedwing behoort te word nie, tensy dit geregistreer is. Die waarborg maak die posisie van die persoon wat as eienaar aangeteken is onaanvegbaar, selfs al is hy nie werklik eienaar nie.

203 Die staat staan in vir die juistheid van die gegewens vervat in die registers en vergoed enige verliese wat veroorsaak is deur foute tydens registrasie, wat mag ontstaan deurdat die regsposisie nie werklik is soos dit uit die registers blyk nie.

As die twee stelsels teen mekaar afgeweeg word, blyk dit dat die negatiewe stelsel nie voldoende beskerming verleen aan *bona fide* derdes wat op die registers vertrou nie. Daarteenoor geskied die beskerming van derdes in 'n positiewe stelsel dikwels ten koste van die ware eienaar.[204] Die positiewe stelsel opsigself verskaf dus nie noodwendig groter sekerheid as 'n negatiewe stelsel nie. Alhoewel *bona fide* derdes 'n groter mate van beskerming geniet, is die posisie van die ware eienaar weer onseker. Presies die teenoorgestelde is in 'n negatiewe stelsel die geval. Die uitdaging is om 'n balans tussen die twee uiterstes te vind – die belange van ware eienaars en *bona fide* derdes moet gebalanseer word.[205]

In Duitsland word 'n positiewe stelsel toegepas.[206] Dit beteken dat die korrektheid van die inskrywing gewaarborg word. Daarom word van staatsweë besondere moeite gedoen ten einde te verseker dat die registers die regsposisie korrek weergee. Voor registrasie doen die *Grundbuchrichter* byvoorbeeld ondersoek of die reg wat verleen word vir inskrywing vatbaar is, of die partye is wie hulle voorgee te wees, of hulle toestemming gegee het (saaklike ooreenkoms), of die vereiste formaliteite nagekom is[207] en of die vervreemder beskikkingsbevoeg is.[208] Die positiewe registrasiestelsel word met die abstrakte stelsel van eiendomsoordrag gekombineer. In 'n abstrakte stelsel is 'n geldige *causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie. Eiendomsreg sal op die verkryger oorgaan selfs al is die *causa* nietig; hy sal dus ook eiendomsreg aan derdes kan oordra. Indien die saaklike ooreenkoms egter nietig is, sal eiendomsreg nie op die verkryger oorgaan nie en sal hy ook nie eiendomsreg aan derdes kan oordra nie.[209] Die mening bestaan egter dat die kombinasie van die positiewe en abstrakte stelsels vreemd is. Daar word aangevoer dat 'n abstrakte stelsel nie werklik in 'n positiewe stelsel nodig is nie. Omdat registrasie 'n regsgeldige titel waarborg, is dit vir derdes irrelevant of die *cau-*

204 Die onderskeid tussen die twee stelsels is dus daarin geleë dat dit die posisie van *bona fide* derdes verskillend hanteer.
205 Sien Badenhorst ea *Property* 234; Laurens *Saaklike Regte* 71-71; Pitlo-Brahn *Zakenrecht* 210; Pienaar 1986 *CILSA* 236-251.
206 Sien §891 en §892 *BGB*; Pienaar 1986 *CILSA* 238, 240.
207 Bv of die akte deur 'n notaris opgestel is.
208 Sien Laurens *Saaklike Regte* 58-59; Lubbers *Eigendomsoverdracht* 196-198.
209 Sien Laurens *Saaklike Regte* 57; Lubbers *Eigendomsoverdracht* 196.

sa geldig dan wel nietig is.[210] Om dieselfde rede is gebreke in die saaklike ooreenkoms ook irrelevant vir die vraag of *bona fide* derdes eiendomsreg verkry het.[211] Teoreties gesproke behoort dit dus moontlik te wees dat eiendomsreg oorgaan selfs al is daar geen saaklike ooreenkoms nie en selfs al het die partye nie die bedoeling om eiendomsreg oor te dra nie. Sover dit die regte van derdes aangaan, het die abstrakte stelsel en die saaklike ooreenkoms dus nie werklik bestaansreg in die Duitse reg by die oordrag van onroerende goed nie – dit is onnodig, want in effek is registrasie die enigste vereiste. Dit is dan ook nie vreemd nie dat die abstraktheidsbeginsel in die Duitse reg gekritiseer word. Die kritiek is begryplik want in die Duitse reg is *bona fide* eiendomsverkryging moontlik en die argument is juis dat derdes op dié wyse voldoende beskerm word.[212] Daar kan egter nie ontken word nie dat die stelsel *inter partes* wel 'n bestaansreg het.

In praktyk word die vereiste dat daar 'n geldige saaklike ooreenkoms moet wees egter streng toegepas en alles moontlik word gedoen om seker te maak dat daar wel 'n geldige saaklike ooreenkoms is.[213] Die *BGB* skryf naamlik voor dat die saaklike ooreenkoms notarieel verly moet word en dat dit een van die ondersteunende dokumente is wat vir registrasie ingedien moet word (dit vorm deel van die transportakte).[214] Registrasie sal onder geen omstandighede plaasvind nie indien daar nie 'n geldige saaklike ooreenkoms was nie. Dit, asook die feit dat 'n abstrakte stelsel toegepas word, dra daartoe by dat die registers die regsposisie korrek weergee en daarom kan die staat instaan vir die juistheid daarvan.

Badenhorst[215] maak die opmerking dat die absolute waarborg in 'n positiewe stelsel *onverenigbaar* is met die vereiste van 'n geldige saaklike

---

210 Selfs al sou 'n kousale stelsel toegepas word, sou eiendomsreg nogtans oorgaan, selfs indien die *causa* nietig is. Die abstrakte stelsel dra dus niks by tot beskerming van *bona fide* derdes nie.

211 Tussen die partye behoort registrasie egter wel aangeveg te kan word ogv nietigheid van die saaklike ooreenkoms.

212 Die skuldeisers van derdes word egter nie voldoende beskerm nie. Sien Cronjé 1978 *THRHR* 243.

213 Registrasie sal nie plaasvind nie indien die partye nie die bedoeling het nie.

214 Sien die bespreking hieronder in hfst 14.6.

215 Badenhorst ea *Property* 235-236. Ook Carey Miller *Acquisition* 169; Carey Miller en Pope *Land Title* 53.

ooreenkoms (met die vereiste dat die partye die bedoeling moet hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang). Met verwysing na die Suid-Afrikaanse stelsel wat geen waarborg verskaf nie (negatiewe stelsel), maak die skrywers die volgende opmerkings:

> An absolute guarantee of the position portrayed in the registered deed cannot be provided, because the system takes account of the transferor's actual intention. Accordingly the derivative acquisition in adherence to these principles is incompatible with any system of absolute registered title. There can be no warranty of the validity of title in a system which takes account of the transferor's actual intention.[216]

Wat die skrywers waarskynlik te kenne wil gee, is dat daar altyd 'n moontlikheid sal wees dat registrasie kan plaasvind selfs al is die saaklike ooreenkoms gebrekkig.[217] Die standpunt verloor egter uit die oog dat die praktyk in 'n positiewe stelsel so ingerig is, dat foutiewe registrasies sover moontlik voorkom word. Indien dit nieteenstaande die voorkomende maatreëls tog sou gebeur dat foute insluip, waarborg die staat dat derdes nie daardeur benadeel sal word nie. 'n Waarborg beteken dus bloot dat die staat instaan vir enige nadeel wat derdes sou lei – daar is niks wat daarmee strydig kan wees nie. Die stelling dat die vereiste van 'n saaklike ooreenkoms *strydig* of *onverenigbaar* is met 'n positiewe stelsel, is dus te kras gestel. Wat wel waar is (soos wat reeds hierbo opgemerk is), is dat die abstrakte stelsel en die saaklike ooreenkoms, sover dit die regte van derdes by die oordrag van onroerende goed aangaan, in 'n positiewe stelsel geen doel dien nie.

Die Oostenrykse stelsel kan weer beskryf word as 'n positiewe stelsel, wat met 'n kousale stelsel van eiendomsoordrag gekombineer is.[218] Aangesien 'n kousale stelsel van toepassing is, beteken dit dat eiendomsreg nie oorgaan nie indien die *causa* nietig is. Die moontlikheid bestaan dus dat 'n persoon as eienaar in die registers aangeteken kan wees, maar dat hy nie werklik eienaar is nie. Derdes te goeder trou wat op die korrektheid

---

216 Sien Badenhorst ea *Property* 236-237.

217 Daar sal dus altyd 'n risiko wees dat die registers foutief kan wees, soos blyk uit *Mngadi v Ntuli* 1981 3 SA 478 (D), waar registrasie plaasgevind het nieteenstaande die feit dat daar geen saaklike ooreenkoms was nie – die eksekutrise se aanstelling was nietig en sy het dus geen vervreemdingsbevoegdheid gehad nie. Die skrywers wil waarskynlik sê dat die juistheid van die inligting in 'n *negatiewe stelsel* nie gewaarborg kan word nie.

218 Sien Laurens *Saaklike Regte* 56; Lubbers *Eigendomsoverdracht* 196.

van die inskrywings staatmaak, word egter beskerm aangesien 'n positiewe stelsel toegepas word.[219] Daar word aanvaar dat die persoon wat aan so 'n derde oorgedra het, wel bevoeg was om die regte oor te dra.

Die Suid-Afrikaanse stelsel het sowel negatiewe as positiewe kenmerke.[220] In hierdie opsig bevind die stelsel hom tussen die Nederlandse, wat 'n negatiewe stelsel met kousale eiendomsoordrag is en die Duitse, wat 'n positiewe stelsel met abstrakte eiendomsoordrag is. Die negatiewe aspekte is reeds hierbo genoem,[221] naamlik dat daar geen waarborg van 'n regsgeldige titel is nie, dat foute nie uitgesluit kan word nie en die registers dus nie volledig is nie en dat derdes daarom weinig beskerming geniet. Daarteenoor bevat die stelsel ook die volgende "positiewe" kenmerke waardeur die risiko's verminder word wat 'n negatiewe stelsel vir *bona* fide derdes inhou:[222] die feit dat daar geen ander stelsels van registrasie buite om die *Wet op Registrasie van Aktes*[223] bestaan nie, die feit dat die stelsel oor eeue heen geskaaf en ontwikkel is tot 'n stelsel wat relatief min risiko's inhou vir persone wat op die registers vertrou, die feit dat daar kragtige owerheidsbemoeiing by die registrasieproses is,[224] die feit dat daar 'n verantwoordelikheid op transportbesorgers geplaas word ten aansien van die nagaan van dokumente en die verifikasie van eiendomsreg van die vervreemder, die feit dat reghebbendes vrywillig stappe neem om die inhoud van die registers reg te stel en die feit dat die howe nie maklik registrasies omverwerp nie.

---

219 Tussen die partye self is die oordrag aanvegbaar op grond van die gebrek wat aan die *causa* kleef.

220 Raadpleeg Badenhorst ea *Property* 234 ev; Laurens *Saaklike Regte* 290.

221 Sien die bespreking hierbo by hfst 13.5.3.

222 Sien Laurens *Saaklike Regte* 338 ev; Badenhorst ea *Property* 216-217; Pienaar 1986 *CILSA* 238; Van der Merwe *Sakereg* 344-345 vir 'n meer volledige bespreking.

223 Die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937.

224 Art 3(1)(b) van die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937 bepaal dat die registrateur alle aktes of ander dokumente wat aan hom voorgelê word moet ondersoek en dat hy dit moet verwerp indien die *Aktewet* of ander regsbepaling nie die ondertekening of registrasie daarvan veroorloof nie, of as daar 'n ander geldige beswaar teen die ondertekening of registrasie bestaan. Dokumente word dus nie op gesigwaarde geregistreer nie. Art (3)(1)(y) van die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937 bepaal dat die registrateur alles moet doen wat nodig is vir die instandhouding van 'n doeltreffende registrasiestelsel, wat tot regsekerheid strek.

'n Verdere faktor wat 'n positiewe uitwerking het, is die feit dat 'n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag toegepas word.[225] Die belang van die abstrakte stelsel is daarin geleë dat dit die risiko wat die negatiewe registrasiestelsel vir derdes inhou verlaag, omdat die moontlikheid van 'n *foutiewe* registrasie kleiner is indien die *causa* irrelevant is.[226] Derdes geniet dus tog 'n beperkte mate van beskerming. Indien die oorspronklike eienaar (A) sy saak aan iemand anders (B) vervreem en oordrag word in B se naam geregistreer, word B eienaar, selfs al het oordrag plaasgevind uit hoofde van 'n nietige verbintenisskeppende ooreenkoms (byvoorbeeld as gevolg van bedrog) tussen A en B. Indien C, wat nie van die gebrek bewus is nie,[227] die saak van B koop nadat hy die registers geraadpleeg het, sal C wel eiendomsreg verkry en word hy dus wel teenoor die oorspronklike eienaar (A) beskerm. Laasgenoemde sal nie die nietigheid van die kontrak A-B teenoor C kan opwerp nie en hy sal die saak nie van C kan eis nie. A het slegs 'n persoonlike reg teen B.[228] Die abstrakte leer vervul dus 'n belangrike funksie in die Suid-Afrikaanse reg, waar 'n negatiewe registrasiestelsel toegepas word.[229]

In 'n kousale stelsel, soos byvoorbeeld in Nederland, is oordrag nietig indien die *causa* uit hoofde waarvan lewering plaasgevind het nietig is. Die verkryger B sal dus nie eienaar word nie en hy sal ook nie eiendomsreg aan C kan oordra nie. Afgesien daarvan dat C benadeel kan word deur dit wat tussen A en B gebeur het, word 'n geweldige las op C geplaas om

---

225 Raadpleeg Carey Miller *Acquisition* 167-168; Schoeman *Property* 112-113; Laurens *Saaklike Regte* 46, 290; Van der Merwe *Sakereg* 342; Carey Miller en Pope *Land Title* 51; Cronjé 1978 *THRHR* 243; *Kriel v Terblanche* 2002 6 SA 132 (NK) 142 I – 145 A.

226 Die derde hoef hom dus nie te bekommer oor die vraag of oordrag aan sy regsvoorganger nie dalk uit hoofde van 'n nietige ooreenkoms plaasgevind het, wat hy nooit uit die registers sal kan vasstel nie. Carey Miller *Acquisition* 168, 177 maak die opmerking dat die moontlikheid van foutiewe registrasie verder verminder word deur die gepaardgaande vereiste van 'n saaklike ooreenkoms. Sy argument is dat die omstandighede rondom registrasie en die dokumentasie wat ingedien word, bykans altyd die afleiding sal regverdig dat daar 'n saaklike ooreenkoms is.

227 Die feit dat die verbintenisskeppende regshandeling tussen A en B gebrekkig is, is gewoonlik nie aan die buitewêreld bekend nie en dit het die potensiaal om derdes te benadeel.

228 Raadpleeg Laurens *Saaklike Regte* 52-53.

229 *Bona fide* derdes wat steun op die korrektheid van die gegewens in die akteskantoor, word nie benadeel deur die nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms op grond waarvan 'n grondstuk in naam van die verkryger geregistreer is nie. Sien ook *Kriel v Terblanche* 2002 6 SA 132 (NK) 144 H - J.

vas te stel of die regshandeling A-B geldig was, al dan nie. Die onsekerheid of die persoon wat as eienaar geregistreer is werklik eienaar is, is in 'n kousale stelsel dus veel groter as in 'n abstrakte stelsel. In Nederland geniet derdes dus nie dieselfde beskerming as wat deur 'n positiewe stelsel voorsien word nie en ook nie die beskerming wat deur die abstrakte stelsel gebied word nie.

Dit moet nietemin in gedagte gehou word dat die beskerming wat in die Suid-Afrikaanse reg aan derdes te goeder trou verleen word, beperk is. Hulle word slegs beskerm teen "foutiewe" inskrywings in die registers, wat voortspruit uit 'n "gebrekkige titel" van die regsvoorganger as gevolg van die feit dat oordag aan hom plaasgevind het uit hoofde van 'n nietige (of vernietigde) *causa*. Derdes geniet geen beskerming indien die fout aan 'n ander oorsaak toegeskryf word nie, byvoorbeeld as daar nie aan die ander vereistes vir die oordrag van eiendomsreg voldoen is nie (as 'n geldige saaklike ooreenkoms ontbreek), of as die registrasiekantoor 'n fout gemaak het.[230]

Dit blyk dus dat alhoewel 'n negatiewe stelsel in Suid-Afrika toegepas word en die moontlikheid van foute nie uitgesluit kan word nie, die registers tot 'n groot mate tog akkuraat is en die regsposisie meestal korrek weergegee word.[231] Dit kan toegeskryf word aan verskeie positiewe faktore, wat daartoe meewerk dat *bona fide* derdes met 'n groot mate van sekerheid kan vertrou op die inligting wat in die registers weergegee is. Die negatiewe aspekte wat vir derdes probleme kan skep bestaan dus grootliks in teorie. In die praktyk word hulle selde ervaar.[232] Die bespreking hierbo in verband met *Klerck v Van Zyl and Maritz*[233] en *Gounder v Saunders & others*[234] wys nietemin dat foutiewe registrasies wel voorkom

230 In 'n positiewe stelsel gaan die beskerming van derdes te goeder trou veel verder omdat hulle teen enige fout beskerm word, ongeag die oorsaak van die fout. Pitlo-Brahn *Zakenrecht* 210.

231 Dit skets 'n taamlike volledige prentjie van die regte wat op 'n spesifieke stuk grond van toepassing is. Sien ook Pienaar 1986 *CILSA* 238.

232 In teorie is die stelsel vol slaggate, maar in praktyk is dit taamlik veilig. *Bona fide* derdes geniet beskerming wat in 'n groot mate ooreenstem met dié wat die positiewe stelsel bied. Sien ook Carey Miller en Pope *Land Title* 63 vn 103.

233 *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK).

234 *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219. Sien ook *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A); *Menezes v McGaili* 1971 2 SA 12 (K); *Mngadi v Ntuli* 1981 3 SA 478 (D).

en dat dit moontlik is om registrasie te bewerkstellig indien een of beide partye bedrieglik opgetree het. Dit is sekerlik een van die grootste gebreke in die stelsel.

13.5.4 Is 'n saaklike ooreenkoms 'n vereiste?

Hierbo[235] is aangetoon dat 'n regsgeldige *causa* in die betekenis van 'n verbintenis of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om te lewer, materieelregtelik nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed is nie. Registrasie kan plaasvind en eiendomsreg sal oorgaan, selfs al is die *causa* nietig of bloot putatief. Die deurslaggewende vraag is of daar aan die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg voldoen is, onder andere of daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is.[236]

Daar word nog dikwels opmerkings in die regsliteratuur aangetref wat twyfel skep of hierdie beginsels wel deel vorm van die Suid-Afrikaanse reg. Die standpunt word byvoorbeeld aangetref dat, indien dit uit die dokumente wat vir registrasie ingedien is, sou blyk dat die *causa* op die oog af onwettig, ongeldig, nietig, vernietigbaar of *contra bonos mores* is, die registrateur kan weier om oordrag te registreer, selfs al blyk dit uit die dokumente dat die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.[237] In die aktespraktyk is die *causa* dus van groter belang as die bedoeling van die partye (of die saaklike ooreenkoms). Die kritiek teen hierdie standpunt is dat dit strydig is met uitsprake van die appèlafdeling[238] waar beslis is dat 'n abstrakte stelsel van toepassing is en dat eiendomsreg oorgaan indien dit die partye se bedoeling is, selfs al is die *causa* byvoorbeeld nietig of vernietigbaar. Indien die registrateur registrasie summier sou kon weier indien hy nie met die *causa* tevrede is nie, sou die werklike bedoeling van die partye verontagsaam kon word, terwyl te veel waarde aan die *causa* geheg word. As hierdie standpunt tot sy logiese konsekwensies deurgevoer word, sou dit beteken dat 'n voorafgaande verbintenis of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om te

235 Sien hfst 13.5.2.
236 Sien ook Carey Miller *Acquisition* 164, 177; Badenhorst ea *Property* 221.
237 Sien bv Heyl *Grondregistrasie* 208, 210, 211-212, 213.
238 Sien die bespreking hierbo by hfst 13.3 en 13.5.2.

lewer ('n *iusta causa*), 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is, terwyl 'n saaklike ooreenkoms nie 'n vereiste is nie.

Daar moet egter in gedagte gehou word dat die abstrakte stelsel nie in sy absolute vorm in Suid-Afrika toegepas word nie. Die partye se bedoeling is nie altyd deurslaggewend nie. Daar mag omstandighede wees waar eiendomsreg selfs in 'n abstrakte stelsel nie oorgaan nie indien die *causa* nietig is. Soms het nietigheid van die *causa* ook nietigheid van die saaklike ooreenkoms tot gevolg. In hierdie gevalle sal die registrateur wel geregtig wees om registrasie te weier. Hy moet hom dus laat lei deur die aard van die gebrek.[239] Indien hy onregmatig sou weier om te registreer,[240] sou hy deur die hof verplig kon word om dit wel te doen. Die registrateur sou byvoorbeeld heeltemal regmatig kon weier om te registreer indien die grond oorgedra word as tydelike sekuriteit vir 'n skuld omdat eiendomsoordrag ter versekering van 'n skuld as vorm van saaklike sekerheid nie in die Suid-Afrikaanse reg erken word nie.[241] Hy sal waarskynlik ook kan weier om te registreer indien die *causa* 'n dobbelkontrak is, selfs al het die partye die ernstige bedoeling om eiendomsreg oor te dra.[242] Selfs al is beide partye bereid en gewillig om die dobbelkontrak uit te voer, sal hulle waarskynlik ook nie 'n hofbevel kan kry wat die registrateur verplig om te registreer nie omdat die howe op grond van die *par delictum*-reël kan weier om regshulp te verleen ('n dobbelskuld is nie afdwingbaar nie).

Verdere aanduidings daarvan dat die partye se bedoeling aan die *causa* ondergeskik gestel word, kom na vore in die standpunt dat as die *causa* in orde blyk te wees, die bedoeling om oordrag te gee van min belang is, want dan is dit hoogs onwaarskynlik dat 'n beswaar teen die bedoeling in-

239 Die probleem is egter dat daar nie absolute sekerheid is oor wanneer die gebrek in die *causa* sal verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie.

240 Bv omdat die vormvereistes soos vervat in die *Wet op Vervreemding van Grond* 68 van 1981 nie nagekom is nie, maar beide partye tog die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra.

241 Die howe is nie bereid om sekerheidstelling as regsgrond (*causa*) vir eiendomsoordrag te aanvaar nie. Sien Van der Merwe *Sakereg* 689-690; Heyl *Grondregistrasie* 211-212.

242 Heyl *Grondregistrasie* 205, 211-212 en 213.

gebring sal kan word.[243] Hierdie standpunt is onhoudbaar omdat dit in stryd is met die beginsels van die abstrakte stelsel, soos wat die volgende voorbeeld aantoon.[244] Veronderstel die koopkontrak of skenking (*causa*) is op die oog af heeltemal in orde, maar as gevolg van 'n gebrek aan wilsooreenstemming het die partye nie werklik die bedoeling om eiendomsreg oor te dra nie – daar is met ander woorde nie 'n saaklike ooreenkoms nie.[245] Die registrateur is nie van die gebrek bewus nie en registreer die oordrag. Hierdie standpunt sal tot gevolg hê dat eiendomsreg oorgaan, selfs al is daar geen saaklike ooreenkoms nie.

Die kritiek teen hierdie standpunt is dat die verbintenisskeppende regsfeit (*causa*) gesien word as 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg, wat dit nie is nie. Daar word uit die oog verloor dat die funksie van die voorafgaande verbintenis vir die sakereg is om te dien as bewys van die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die probleem in hierdie verband, is dat die inligting waarop die registrateur steun as sou dit dien as bewys van die partye se bedoeling om eiendomsreg oor te dra, nie altyd betroubaar is nie. Dit gaan hier dus eintlik oor 'n bewysregtelike probleem – die bewys van die saaklike ooreenkoms. Die vraag of 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het, sal gewoonlik beantwoord kan word met verwysing na die omstandighede wat met registrasie gepaard gaan en die dokumentasie wat vir registrasie ingedien word. Die oordraggewer se bedoeling kan byvoorbeeld afgelei word uit die feit dat hy die volmag onderteken het waardeur 'n aktebesorger aangestel is om oordrag aan die verkryger te bewerkstellig. Die verkryger se bedoeling kan weer afgelei word van die feit dat hy die no-

243 Heyl *Grondregistrasie* 210, 213. Sien ook Heyl *Grondregistrasie* 217: "... die bedoeling van die oordraggewer is ook maar van relatiewe belang of betekenis". Dieselfde siening word ook by Badenhorst ea *Property* 222 vn 227 aangetref: "However, if the *causa* seems to be in order, the true intention behind the transfer is not important, because of the improbability of any objection being raised against the transfer".

244 Die skrywers in die voetnoot direk hierbo, hou nie rekening daarmee nie dat enigeen van die partye later kan aantoon dat hy nooit die bedoeling gehad het nie. Hulle standpunt hou verband met sy siening dat registrasie eintlik maar die enigste vereiste is, wat hieronder (sien hfst 13.5.5) bespreek sal word.

245 Soos bv die geval sal wees indien die vervreemder die volmag onderteken, terwyl hy onder die indruk verkeer dat hy eintlik 'n opsie om te verkoop onderteken, of waar die vervreemder oordra omdat hy dink hy verkoop, maar die verkryger dink hy huur.

dige reëlings getref het ten einde 'n bankwaarborg vir die betaling van die koopprys te bekom, of die feit dat hy hereregte betaal het.[246] Hierdie omstandighede en dokumentasie regverdig gewoonlik die afleiding dat die partye bedoel om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[247] Hierdie afleiding kan ook uit die *causa* gemaak word.[248] Indien die volmag om transport te gee byvoorbeeld aandui dat die *causa* 'n koopkontrak was, dan behoort dit duidelik te wees dat die partye bedoel om eiendomsreg oor te dra.[249]

Daar moet egter versigtigheid aan die dag gelê word. Die omringende omstandighede (die dokumente wat vir registrasie ingedien word en die *causa*) regverdig nie noodwendig die afleiding dat die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie. So 'n afleiding is nie vanselfsprekend nie omdat die werklike bedoeling nie met sekerheid daaruit afgelei kan word nie. Die spesifieke omstandighede en dokumentasie kan nooit opsigself die deurslag gee nie. Die vraag of 'n geldige saaklike ooreenkoms inderdaad tot stand gekom het, moet telkens beantwoord word met verwysing na die vereistes wat op sodanige ooreenkoms van toepassing is. Daar moet byvoorbeeld wilsooreenstemming wees dat eiendomsreg oorgaan. Indien die vervreemder die volmag byvoorbeeld onderteken, terwyl hy as gevolg van dwaling onder die indruk was dat hy eintlik 'n heel ander dokument onderteken, soos 'n opsie om te koop, kom geen saaklike ooreenkoms tot stand nie. Die blote feit dat die vervreemder die volmag onderteken het, bewys dus nie met sekerheid dat daar wilsooreenstemming is betreffende die oordrag van eiendomsreg nie. Die

246 Soos blyk uit die feit dat 'n hereregte kwitansie saam met die transportakte ingedien word. Raadpleeg Carey Miller *Acquisition* 164; Badenhorst ea *Property* 221; Van der Merwe *Sakereg* 303-304; Heyl *Grondregistrasie* 211.

247 Carey Miller *Acquisition* 168.

248 Sien bv *Concor Construction v Santambank* 1993 3 SA 930 (A). Die belang van die *causa* in 'n abstrakte stelsel is juis daarin geleë dat dit bewys verskaf van die partye se bedoeling. Die vereiste dat elke akte 'n *causa* moet openbaar, hang dus saam met die bedoeling van die partye. Heyl *Grondregistrasie* 213-214 wys daarop dat die doel van die *causa* ook is om vir onaanvegbaarheid van titel na registrasie te sorg. Die vraag is natuurlik of hierdie doel bereik word indien die *causa* bloot op sigwaarde aanvaar word?

249 Daarteenoor, as uit A se volmag om 'n verband tgv B te passeer blyk dat A by B geld geleen het, dan beduie daardie *causa* dat die bedoeling van die partye is dat A sy grond aan B as sekuriteit vir die lening moet verbind. Sien Heyl *Grondregistrasie* 205, 210-211.

probleem is dat die Suid-Afrikaanse aktesregistrasiestelsel en praktyk nie daarop ingestel is om gebreke in die saaklike ooreenkoms aan die lig te bring nie en dat registrasie nieteenstaande sodanige gebreke wel moontlik is. Hierdie gebreke in die stelsel word geïllustreer deur sake soos *Klerck v Van Zyl and Maritz*[250] en *Gounder v Saunders*,[251] wat wys hoe maklik dit is om eiendomsoordrag op grond van bedrieglike handelinge te registreer, sonder dat die partye werklik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra. Daar word nie genoeg gedoen om vas te stel of die partye inderdaad die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie.[252]

Samevattend kan gesê word dat die saaklike ooreenkoms 'n selfstandige vereiste is, ook in geval van die oordrag van onroerende goed en dat dit nie aan die voorafgaande verbintenis of ander regsfeit wat tot lewering verplig (*causa*) ondergeskik is nie. Inteendeel, so 'n *causa* is nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie, ook nie in geval van die oordrag van onroerende goed nie. Eiendomsreg sal oorgaan selfs al is die *causa* nietig, mits daar 'n geldige saaklike ooreenkoms is wat op verskeie wyses bewys kan word. Die doel van die *causa* is gewoonlik dat dit slegs dien as bewys van die saaklike ooreenkoms.

13.5.5 Is registrasie die enigste vereiste?

Registrasie, dit wil sê ondertekening van die transportakte of 'n endossement deur die registrateur, is die heel laaste stap in die oordragsproses en gewoonlik ook die tydstip waarop oordrag plaasvind.[253] Dit is egter nie die enigste vereiste vir die oordrag van onroerende goed nie; soos wat reeds hierbo aangetoon is,[254] is daar ook ander vereistes waaraan voldoen moet word. As een van die vereistes ontbreek, soos byvoorbeeld as die partye nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie en daar

250 *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK).
251 *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219. Sien ook *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A).
252 Hierdie stelling word bv bevestig deur die volgende opmerkings deur Heyl *Grondregistrasie* 198-199: "Dit is nie die registrateur se funksie om na bedekte bedoelings of ooreenkomste te soek of voorafgaande leemtes of knoeiery oop te spalk nie ...". Hiermee is geen probleem nie, maar dit bewys net dat die stelsel en praktyk nie daarop gerig is om die werklike bedoeling vas te stel nie.
253 Sien Badenhorst ea *Property* 222-223; Heyl *Grondregistrasie* 193; Laurens *Saaklike Regte* 99.
254 Sien hfst 13.1.

dus nie 'n geldige saaklike ooreenkoms is nie, sal eiendomsreg ook nie oorgaan nie, selfs al het registrasie plaasgevind. In 'n negatiewe stelsel is die beginsel dat registrasie nie enige gebreke regstel nie:[255]

> ... a mere deed of transfer of land does not of itself pass the *dominium* unless there is an intention on the part of the transferor to divest himself of ownership and an intention on the part of the transferee to acquire it.[256]
>
> It is also true that in respect of the transfer of ownership in land the critical requirement is that of intention. ... Accordingly, although the act of registration – like *traditio* in respect of movables – is the dominant, active element it will be effective only if the necessary preconditions for the passing of ownership are present and, importantly, if the parties intend that ownership should pass.[257]

Die praktiese gevolg van hierdie standpunt is die volgende: indien A sy saak aan B oordra en die saak word in B se naam geregistreer, sal A nieteenstaande registrasie nogtans eienaar bly indien een van die vereistes nie nagekom is nie. Op grond van die *nemo plus iuris*-reël, kan B ook nie eiendomsreg aan C oordra nie, selfs al is C *bona fide*. A sal dus sy saak met die *rei vindicatio* van die verkryger (B) of enige derde (C) aan wie laasgenoemde oorgedra het, kan terugvorder.[258]

Dit wil nou nie sê dat foutiewe registrasie bloot geïgnoreer kan word nie. Registrasie het tot gevolg dat die persoon in wie se naam 'n stuk grond geregistreer is, vermoed word eienaar te wees. Die ware eienaar sal dus nie na goeddunke met sy grondstuk kan handel nie. Hy sal eers by die hof moet aansoek doen om die foutiewe registrasie ter syde te stel en registrasie sal daarna weer in sy naam moet geskied.[259] Die *Wet op Registrasie van Aktes*[260] verleen sekere regsmiddels waarvan die verontregte persoon gebruik kan maak, naamlik:[261] (1) vrywillige regstelling by wyse van 'n regstellingstransport; (2) regstelling kragtens 'n hofbevel, op-

255 Carey Miller *Acquisition* 174-175; *Cassim v Menam Mosque* 1917 AD 154 op 162: "The registration in itself cannot validate a deed which is in fact invalid". In 'n positiewe stelsel daarteenoor, het registrasie wel tot gevolg dat gebreke in die titel reggestel word. Die persoon wat as eienaar aangeteken is, is werklik eienaar, selfs al het sy regsvoorganger slegs 'n gebrekkige titel gehad, of selfs al was daar gebreke in die proses waardeur hy verkry het. Sien Badenhorst ea *Property* 230.

256 *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219 op 224-225.

257 Carey Miller *Acquisition* 164. Ook Schoeman *Property* 110, Carey Miller en Pope *Land Title* 51, 55-58 en Van der Merwe *LAWSA* 294 huldig hierdie standpunt.

258 Hy sal terselfdertyd moet aansoek doen om 'n hofbevel wat die registrateur beveel om die grondstuk in naam van die ware eienaar te registreer.

259 *Knysna Hotel v Coetzee* 1998 2 SA 743 (HHA) 754.

260 Die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937.

gevolg deur voorgeskrewe registrasiehandelings ingevolge artikel 6 van die *Wet op Registrasie van Aktes*;[262] (3) regstelling kragtens statutêre magtiging vir daardie gevalle waar registrasie plaasgevind het in stryd met die bepalings van 'n wet.[263]

Tot tyd en wyl die foutiewe registrasie reggestel is, kan die persoon wat foutiewelik as eienaar geregistreer is die saak aan iemand anders oordra, maar hy kan nie meer regte oordra as wat hyself het nie.[264] Daar moet nietemin daarop gelet word dat in die akteskantoor besondere moeite gedoen word om, sover moontlik, te verseker dat al die vereistes nagekom is voordat registrasie plaasvind. Dit is slegs in uitsonderlike gevalle dat registrasie nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg sal hê nie, soos byvoorbeeld in geval van foute in die akteskantoor, of indien die partye nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie.[265]

Gesag vir hierdie standpunt word in die regspraak aangetref.[266] In *Preller v Jordaan*[267] word in 'n *obiter dictum* opgemerk, dat indien die vervreemder nie werklik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie[268] en geen saaklike ooreenkoms tot stand gekom het nie, eiendomsreg nie oorgaan nie, selfs al het registrasie plaasgevind. In *Mngadi v Ntuli*[269] het die eksekutrise van 'n bestorwe boedel onroerende goed verkoop, wat daarna in die koper se naam geregistreer is. Die koper het die grond weer aan iemand anders verkoop en getransporteer. Later het dit aan die lig

---

261 Sien Heyl *Grondregistrasie* 193-196; 198; 218.

262 Die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937.

263 Die grondslag vir tersydestelling van registrasie is dat eiendomsreg nie op die persoon wat as eienaar aangeteken is oorgegaan het nie omdat die vereistes vir oordrag nie nagekom is nie.

264 Carey Miller *Acquisition* 175 vn 89.

265 Carey Miller *Acquisition* 164: "However, this said, one must acknowledge that, in practice, the system of registration tends to ensure that the essential requirements of the passing of ownership are present; consequently registration *de facto* amounts to the consummate act which effectively passes ownership".

266 Afgesien van die sake wat in die teks genoem word, kan die volgende ook geraadpleeg word, nl: *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219; *Britz v De Wet* 1965 2 SA 131 (O) 134A, 134 A-B; *Barclays Nasionale Bank v Registrateur van Aktes* 1975 4 SA 936 (T); *Standard Bank van SA v Breitenbach* 1977 1 SA 151 (T).

267 *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) 496.

268 Soos wanneer hy die volmag onderteken terwyl hy, as gevolg van dwaling, onder die indruk is dat hy eintlik 'n heel ander dokument teken. Sien Carey Miller *Acquisition* 164, 167-168.

269 *Mngadi v Ntuli* 1981 3 SA 478 (D).

gekom dat die eksekutrise se aanstelling *ab initio* nietig was[270] en dat sy eintlik geen bevoegdheid gehad het om die grond oor te dra en te transporteer nie. Nieteenstaande die feit dat registrasie reeds plaasgevind het, het eiendomsreg dus nie oorgegaan nie. Eiseres (oorledene se eerste vrou) wat uit hoofde van die oorledene se testament wettiglik as eksekutrise deur die Meester aangestel is, is toegelaat om die saak met die *rei vindicatio* terug te vorder.[271]

Die standpunt van Carey Miller wat hierbo uiteengesit is, naamlik dat nienakoming van een van die materieelregtelike vereistes verhinder dat eiendomsreg oorgaan selfs al het registrasie plaasgevind, word nie algemeen aanvaar nie. Heyl[272] is byvoorbeeld van oordeel dat daar net een vereiste is vir die oorgang van eiendomsreg en dit is registrasie. Voor registrasie kan plaasvind, moet die registrateur uit die dokumente wat vir registrasie ingedien is, bepaal of aan die vereistes vir oordrag van eiendomsreg voldoen is.[273] Indien daar nie aan al die vereistes voldoen is nie, sal die registrateur nie bereid wees om te registreer nie en gevolglik sal geen oorgang van regte plaasvind nie. Indien geen beswaar teen registrasie opgewerp word nie, volg oorgang van regte by registrasie volgens hom outomaties.[274] Hy gee nietemin toe dat dit in die praktyk kan gebeur dat registrasie plaasvind, selfs al word daar nie aan al die vereistes voldoen nie, maar ook in hierdie geval gaan eiendomsreg outomaties oor sodra registrasie plaasvind:

---

270 Aangesien die oorledene se eerste vrou, van wie hy geskei is, ingevolge sy testament (wat hy nooit herroep het nie) as eksekutrise benoem is, het die Kommissaris geen bevoegdheid gehad om die oorledene se tweede vrou aan te stel nie. Sy bevoegdheid om mense aan te stel, het slegs betrekking op situasies waar swart mense sonder 'n testament te sterwe kom.

271 Maar sien Badenhorst ea *Property* 223-224 wat argumenteer dat sake soos *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219, *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) en *Britz v De Wet* 1965 2 SA 131 (O) 134 A-B wat op die oog af steun verleen aan die standpunt dat registrasie opsigself nie absolute werking het nie, anders verstaan moet word. Dit is egter nie heeltemal duidelik presies hoe hulle die sake verstaan nie en daar word aan die hand gedoen dat die sake wel gesag is vir die standpunt dat registrasie opsigself nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg het nie.

272 Heyl *Grondregistrasie* 197-198; 217. Sien ook Jones *Conveyancing* 388-389: "The person to whom transfer has been passed in error becomes the legal owner and an aggrieved party can either come to an agreement with him to transfer the property to the correct owner by way of rectification transfer or must seek an injunction from the court".

273 Hy sien dit as die verantwoordelikheid van die partye en hulle regsverteenwoordigers om toe te sien dat aan hierdie vereistes voldoen word.

> Uit die bogemelde vereistes volg algemeen gesproke dat as oordrag van eiendomsreg op grond plaasvind terwyl een of ander van die vereistes ontbreek, bv as die nodige bedoeling van die transportgewer nie daar is nie, daar nie oorgang van eiendomsreg is nie. Hierdie toedrag van sake geld nie vir grond nie want oordrag vind by registrasie plaas en registrasie gaan gepaard met formaliteite en aantekeninge in amptelike bewysstukke wat eiendomsreg soos beliggaam in 'n gegewe akte uitwis en in 'n ander akte opneem.[275]

Ook Badenhorst[276] is van mening dat eiendomsreg oorgaan sodra registrasie plaasgevind het, selfs al is daar nie aan al die ander vereistes voldoen nie. Die doel van die vereistes is om te voorkom dat registrasie plaasvind indien nie daaraan voldoen is nie.[277] Maar indien registrasie tog sou plaasvind, selfs al is daar nie aan al die vereistes voldoen nie, is die oordrag van eiendomsreg onvermydelik voltooi. Registrasie bly van krag en die verkryger bly die geregistreerde eienaar totdat registrasie, op inisiatief van die reghebbende, deur 'n hofbevel of deur ooreenkoms tussen die partye, ongedaan gemaak word deur gepaste inskrywings in die register (rektifikasie).[278]

Hierdie standpunt kom dus daarop neer dat 'n foutiewe registrasie vernietigbaar is en dat die werklike eienaar die keuse het om dit aan te veg. As hy egter nie vir tersydestelling van registrasie en vir rektifikasie van die registers aansoek doen nie, sal die "foutiewe" registrasie van krag bly en dan is oordrag van eiendomsreg 'n voldonge feit. Die persoon in wie se naam registrasie plaasgevind het, is eienaar, soos sy titelakte en die oorkondes in die akteskantoor bewys:

> The registrar will take all possible steps to ensure that registration does not take place if all these requirements are not fulfilled. However, if registration of transfer nevertheless occurs, in spite of non-compliance with these requirements, the transfer of ownership has inevitably been completed. It can only be undone by a further series of formalities. Of course, non-compliance with the transfer requirements will enable the affected party to contest

274 Sien Heyl *Grondregistrasie* 197 ev, 217-218.

275 Heyl *Grondregistrasie* 197-198 en 217: "... (hier) word standpunt ingeneem dat daar net een vereiste vir sodanige oorgang is en dit is registrasie".

276 Badenhorst ea *Property* 221-223. Maar sien 231 (vn 301) en 237-238, waar weer gesê word dat registrasie opsigself nie voldoende is om oordrag te bewerkstellig nie, daar moet ook nog 'n saaklike ooreenkoms wees.

277 Badenhorst ea *Property* 223. Sien ook Heyl *Grondregistrasie* op 218: "Hulle nut en waarde vir ons reg aangaande onroerende goed is daarin geleë dat hulle sal verhoed of behoort te verhoed dat registrasie plaasvind as aan al die vereistes ... nie voldoen is nie".

278 Badenhorst ea *Property* 223; Jones *Conveyancing* 388-390; *Brits v Eaton* 1984 4 SA 728 (T); Heyl *Grondregistrasie* 197-199; 217-218. Sien ook *Radebe v Government of the Republic of South Africa* 1995 3 SA 787 (NPD) 803 E.

> the registration, and to obtain a court order for rectification of the records. However, the registration under such circumstances remains effective, and the transferee remains the registered owner until such time as it is reversed ... with a further set of actions in the deeds registry.[279]

Die praktiese gevolg van hierdie standpunt, in teenstelling met dié wat deur Carey Miller ingeneem word, is dat eiendomsreg van A (vervreemder) na B (verkryger) sal oorgaan indien registrasie in naam van B plaasgevind het, selfs al is daar nie aan al die vereistes voldoen nie.[280] Eiendomsreg sal in die volgende gevalle dus wel oorgaan: indien die hof nie toestemming verleen het tot die vervreemding van 'n minderjarige se onroerende eiendom nie;[281] indien 'n minderjarige sonder die bystand van sy voog, of sonder nakoming van die bepalings van die *Boedelwet*[282] sy goed verkoop het en wil oordra; indien oordrag deur 'n handelingsonbevoegde persoon plaasgevind het;[283] indien die vervreemder nie vervreemdingsbevoegdheid het nie;[284] indien die partye nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie (al het daar dus nie 'n saaklike ooreenkoms tot stand gekom nie). Op sy beurt sal B weer eiendomsreg aan die *bona fide* C kan oordra, met die gevolg dat A geen remedie teen C het nie (hy sal nie fisiese beheer met die *rei vindicatio* van C kan opeis nie). Hy sou slegs 'n persoonlike aksie teen B gehad het. Indien B gesekwestreer sou word terwyl hy eienaar is, sou dit ook beteken dat die saak in sy insolvente boedel val, wat nie die geval sou wees nie indien eiendomsreg nie oorgegaan het nie.[285]

Daar kan egter nie met hierdie standpunt saamgestem word nie.[286] Die kritiek is dat registrasie in isolasie beskou word, dat dit verhef word tot die

---

279 Badenhorst ea *Property* 223. Sien ook Badenhorst ea *Property* 221 vn 214.

280 Die voorstanders van hierdie standpunt argumenteer waarskynlik dat 'n deeglike ondersoek in die akteskantoor gedoen word en dat registrasie nie sal plaasvind nie, indien daar nie aan die vereistes wat hier genoem word voldoen is nie. Die gerapporteerde sake waarna reeds verwys is, toon egter aan dat die moontlikheid van foutiewe registrasies nie uitgesluit kan word nie.

281 Soos bv die geval was in *Breytenbach v Frankel* 1913 AD 390 op 401. Sien ook Carey Miller *Acquisition* 175 vn 93.

282 Art 80 van die *Boedelwet* 66 van 1965.

283 Sien Badenhorst ea *Property* 220.

284 Bv omdat die eksekutrise van 'n bestorwe boedel se aanstelling nietig was.

285 Badenhorst ea *Property* 223 vn 238.

286 Sien ook Schoeman *Property* 111; Kleyn en Boraine *Property* 108-109; Carey Miller *Acquisition* 164; Van der Merwe *Sakereg* 305 en Laurens *Saaklike Regte* 240-241 wat almal die standpunt verwerp. Dit is ook verwerp in *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK) 274 A-B, *Brits v Eaton* 1984 4 SA 728 (T) 731 C-D en 734 A,

enigste effektiewe element in die oordragsproses en dat te veel waarde aan die (foutiewe) registrasiehandeling geheg word. Daarteenoor word die materieelregtelike vereistes vir die oordrag van eiendomsreg wat uit die gemenereg ontwikkel het buite rekening gelaat.[287] Dit kan eenvoudig nie wees dat eiendomsreg noodwendig met registrasie oorgaan nie.[288] Indien die oordrag A-B geregistreer sou word selfs al was daar byvoorbeeld nie 'n saaklike ooreenkoms nie[289] en die oordrag B-C word geregistreer, beteken hierdie standpunt dat C eienaar geword het. Dit sou A dan niks baat om die foutiewe registrasie in B se naam aan te veg en te poog om die foutiewe inskrywing reg te stel nie.[290] Boonop is die standpunt strydig met regspraak waar beslis is dat eiendomsreg nie deur registrasie oorgaan nie indien daar nie aan die ander vereistes voldoen is nie.[291]

'n Verdere punt van kritiek is dat die standpunt strydig is met die negatiewe stelsel wat in Suid-Afrika toegepas word. Indien die standpunt reg was, sou registrasie 'n absolute waarborg verskaf het dat die aantekening in die registers korrek is, want dan sou derdes kon aanvaar dat die persoon wat as eienaar aangeteken is, inderdaad die eienaar is. Dit word egter algemeen aanvaar dat die stelsel geen uitdruklike of stilswyende waarborg verskaf dat die inligting in die aktesregister inderdaad die regsposisie korrek weergee nie.[292] Dit is ironies dat Badenhorst[293] hierdie eins-

---

Rasi v Madaza 2001 1 All SA 498 (Tk). Daarteenoor wil dit voorkom of steun vir Badenhorst ea se standpunt gevind kan word in *Freye's v Ries* 1957 3 SA 575 (A) 582 A.

287 Die vereistes en praktyk van aktesregistrasie, geniet voorkeur bo die vereistes van die materiële sakereg.

288 Net so min as wat eiendomsreg van roerende goed deur lewering oorgaan indien daar nie aan die ander vereistes voldoen is nie.

289 Of selfs al is die persoon wat oordra regtens onbevoeg om 'n oordrag te bewerkstellig.

290 Anders as wat die voorstanders van die standpunt te kenne gee, sal die remedies waarvoor in die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937 voorsiening gemaak is om 'n foutiewe inskrywing te rektifiseer, hom dus niks baat nie. Die grondslag van die remedies is dat 'n persoon in die registers as eienaar aangeteken is, terwyl hy nie werklik eienaar is nie. Maar as eiendomsreg oorgegaan het, is B sowel as C werklik eienaar. Daar sou dus geen grondslag wees uit hoofde waarvan A teen B of C sou kon ageer nie.

291 Sien *Gounder v Saunders* 1935 NPD 219 op 224-225; *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A) en *Britz v De Wet* 1965 2 SA 131 (O) 134 A-B: "Hoewel die koper van grond slegs eienaar word wanneer die grond formeel in sy naam geregistreer word volg dit nie dat hy noodwendig eienaar word sodra grond in sy naam geregistreer word nie. Hy sal immers slegs eienaar word indien hy ... die bedoeling het om eienaar te word".

292 Sien Carey Miller *Acquisition* 171, 173 ev.

te standpunt[294] aan kritiek onderwerp, sonder om te besef dat dit in wese sy eie standpunt is. Hy stel homself dus bloot aan dieselfde kritiek wat hy teen die standpunt uitspreek, naamlik dat dit uit die oog verloor dat oordrag van eiendomsreg 'n proses is wat in die registrasiehandeling kulmineer. Registrasie is nie 'n afsonderlike wyse van verkryging nie, maar bloot 'n gespesialiseerde vorm van lewering.

Die voorstanders van hierdie standpunt argumenteer dat indien die oordraggewer geen stappe neem om 'n foutiewe registrasie te rektifiseer nie, daar aanvaar moet word dat die persoon in wie se naam die grondstuk geregistreer is, wel eienaar is. Hulle wys daarop dat indien eiendomsreg nie deur registrasie oorgaan nie, die verkryger onder sulke omstandighede nooit eienaar sal word nie. Daar kan egter nie hiermee saamgestem word nie. Die verkryger sal wel eienaar kan word, maar eers deur verjaring. Tot tyd en wyl verjaring plaasgevind het, word die persoon in wie se naam registrasie plaasgevind het wel vermoed eienaar te wees, maar enige belanghebbende kan die vermoede weerlê en registrasie aanveg.

13.6 Samevatting

1. Die bespreking in hierdie hoofstuk het aan die lig gebring dat 'n kousale benadering aanvanklik in die Suid-Afrikaanse regspraak gevolg is. Daar is beslis dat 'n objektief geldige *causa* in die betekenis van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms of regsfeit wat die vervreemder verplig om te lewer, 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is. Hierdie sake het aansluiting gevind by die standpunt van Voet in die Romeins-Hollandse reg. Die appèlafdeling het egter van die kousale benadering wegbeweeg en by die algemeen aanvaarde standpunt in die Romeins-Hollandse reg aansluiting gevind, deur te beslis dat 'n objektief geldige *causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie; die deurslaggewende vraag is of die partye onderskeidelik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Vandag word algemeen aanvaar dat 'n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag

293 Sien Badenhorst ea *Property* 223-224.
294 Naamlik, dat registrasie die enigste vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is.

in die Suid-Afrikaanse reg op die oordrag van roerende en onroerende goed van toepassing is.[295]

2. Die beginsel van die inhoudelike abstraksie vind in die Suid-Afrikaanse reg toepassing. Dit wil sê dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms gekonstrueer word, wat inhoudelik van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei kan word en aan sy eie geldigheidsvereistes moet voldoen. In hierdie opsig volg die Suid-Afrikaanse reg nie die Romeins-Hollandse reg na nie; daar word aansluiting gevind by Savigny en die *Pandektenwissenschaft*.[296] Die vereiste dat daar 'n geldige saaklike ooreenkoms moet wees, is ook op die oordrag van onroerende goed van toepassing.[297] Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, kan gewoonlik uit die omringende omstandighede afgelei word, soos byvoorbeeld die aard van die voorafgaande verbintenisskeppende ooreenkoms. In geval van die oordrag van onroerende goed, kan die bedoeling afgelei word uit die feit dat die vervreemder die volmag onderteken het, die feit dat die verkryger hereregte betaal het, of 'n bankwaarborg vir die betaling van die koopprys verkry het. Hierdie omstandigheidsgetuienis is egter nie noodwendig 'n aanduiding daarvan dat die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie. Selfs teen die agtergrond van hierdie omstandighede kan dit wees dat geen saaklike ooreenkoms tot stand gekom het nie omdat een van die partye nie werklik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie en daar dus nie wilsooreenstemming is nie. Die gevaar bestaan dus dat iemand wat nie werklik eienaar is nie, in die registers as eienaar aangeteken kan

295 As gesag vir sy standpunt dat 'n abstrakte stelsel van toepassing is, het regter Watermeyer in *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 onder andere na Voet verwys. Voet was egter nie 'n voorstander van die abstrakte leer nie, wel van die kousale leer (sien hfst 7.4.2). Dit wil dus voorkom of die regter se verwysing na Voet nie gepas is nie. Die regter laat ook na om na die teenoorstaande standpunt wat hy wel toepas, te verwys, nl dat 'n *iusta causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie.

296 In die Romeins-Hollandse regstelsels is hierdie beginsel bloot uitgedruk met die begrippe *animus transferendi dominii* en *animus accipiendi dominii*.

297 Die indruk wat soms geskep word dat die *causa* in praktyk belangriker as die saaklike ooreenkoms is, moet verwerp word omdat dit strydig is met die beginsels van die abstrakte stelsel.

word. Die moontlikheid van benadeling teenoor derdes is ooglopend, veral gesien in die lig van die feit dat geen waarborg verskaf word nie.[298]

3. Ook die beginsel van die uitwendige abstraksie word in Suid-Afrika toegepas. Dit wil sê dat 'n objektief geldige verbintenisskeppende ooreenkoms of regsfeit wat die vervreemder tot lewering verplig ('n *iusta causa*), nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie. Nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms beïnvloed nie die saaklike ooreenkoms nie en verhinder ook nie dat eiendomsreg op die verkryger oorgaan nie.

4. Daar bestaan nie eenstemmigheid betreffende die betekenis van die *causa*-begrip in die Suid-Afrikaanse reg nie. Die volgende betekenisse is al aan die begrip toegeken: (i) die *causa* is 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms, wat ook 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is;[299] (ii) die *causa* verwys na 'n voorafgaande ooreenkoms of ander regsfeit wat die vervreemder verplig om die saak te lewer, waaruit afgelei kan word dat die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra; die ooreenkoms hoef egter nie regtens geldig te wees nie en dit is ook nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg nie (dit is voldoende indien die partye foutiewelik dink daar is regtens 'n verpligting op die vervreemder - 'n putatiewe *causa*);[300] die *iusta causa* is dus bloot 'n geskikte rede vir oordrag; (iii) die *causa* is enige omstandigheid waaruit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra afgelei kan word;[301] (iv) die *iusta causa* is die bedoeling om eiendomsreg oor te dra – die *causa* en bedoeling is sinonieme.[302]

---

298 Hierdie leemte in die Suid-Afrikaanse reg sal in die volgende hoofstuk aangespreek word.

299 Sien bv *Kleudgen v Rabie* 1880 Foord 63, *Beyers v McKenzie* 1880 Foord 125, *Preston and Dixon v Biden* 1883 1 BAC 322 en die ander sake waarna in hfst 13.2 verwys is.

300 *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 398-399 en 411; Cronjé 1978 *THRHR* 240; Laurens *Saaklike Regte* 263.

301 *MCC Bazaar v Harris and Jones* 1954 3 SA 158 (T) op 161 F. Sien ook *Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson* 1941 AD 369 op 411.

302 *Cape Explosive Works v Denel* 2001 3 SA 569 (HHA) 577 H; Laurens *Saaklike Regte* 263; Cronje *Eiendomsoorgang* 98.

Die eerste betekenis ('n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms) kan vandag nie meer aanvaar word nie omdat dit met 'n kousale stelsel vereenselwig word. Die derde betekenis (enige omstandigheid waaruit die bedoeling afgelei kan word) moet ook verwerp word omdat dit regshistories en taalkundig nie regverdig kan word nie. Die vierde betekenis kan wel histories en taalkundig verantwoord word, maar in effek kom dit daarop neer dat die *causa*-vereiste in die saaklike ooreenkoms opgegaan het en dat dit nie 'n afsonderlike bestaansreg het nie. Daar word aan die hand gedoen dat die begrip *iusta causa* in Suid-Afrika bloot verwys na een of ander regsfeit of regsgrond uit hoofde waarvan die vervreemder die saak aan die verkryger lewer. Die ooreenkoms hoef egter nie regtens geldig te wees nie, 'n putatiewe *causa* is voldoende.

5. Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nie geldig hoef te wees nie en indien eiendomsreg kan oorgaan selfs al is 'n putatiewe *causa* voldoende (selfs al is daar regtens geen verpligting op die vervreemder om die saak oor te dra nie), het dit hoegenaamd geen sin om enigsins op 'n *causa* as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg aan te dring nie. Daar word dus aan die hand gedoen dat 'n *causa* nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg in die Suid-Afrikaanse reg is nie.[303] In geval van die oordrag van onroerende goed word daar in praktyk egter daarop aangedring dat die dokumentasie wat vir registrasie ingedien word (byvoorbeeld die transportakte), een of ander geskikte *causa* sal openbaar. Indien geen *causa* geopenbaar word nie, sal die registrateur weier om te registreer. Daar word egter nie aangedring op 'n geldige *causa* nie en geen ondersoek word gedoen om vas te stel of die *causa* geldig is, al dan nie.[304]

6. Die Suid-Afrikaanse reg verskil van die Romeins-Hollandse reg sover dit gevalle van bedrog betref. In die Romeins-Hollandse reg was die algemeen aanvaarde siening dat 'n kontrak wat deur bedrog teweeg

303 Sien ook die bespreking in hfts 1.6.3 en 1.6.4.

304 Sake soos *Klerck v Van Zyl and Maritz* 1989 4 SA 263 (SOK), *Gounder v Saunders* 1935 NPD SA 219 en *Mvusi v Mvusi* 1995 4 SA 994 (Tk) wys dat oordrag geregistreer kan word selfs al is daar geen *causa* nie.

gebring is nietig is en dat eiendomsreg nie oorgaan nie. 'n Kousale stelsel is nagevolg. In die Suid-Afrikaanse reg het bedrog as algemene reël nie nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms tot gevolg nie, die ooreenkoms is vernietigbaar. Eiendomsreg word dus wel deur lewering op die verkryger oorgedra en hy kan dit op sy beurt weer aan 'n derde oordra.[305] Selfs al het bedrog in uitsonderlike omstandighede nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms tot gevolg, verhinder dit nie dat eiendomsreg oorgaan nie. 'n Abstrakte stelsel word dus ook in geval van bedrog toegepas.

7. 'n Negatiewe registrasiestelsel word in die Suid-Afrikaanse reg toegepas. Dit beteken dat die korrektheid van die gegewens in die registers nie gewaarborg word nie en dat derdes die risiko loop om deur foutiewe of onvolledige registers benadeel te word. Alhoewel die registers tot 'n groot mate akkuraat is en die regsposisie korrek weergee, bestaan die moontlikheid dat derdes benadeel kan word aangesien die registers vanweë verskeie redes onvolledig of foutief kan wees.[306] Een van die faktore wat vir die onderhawige onderwerp van belang is, is die feit dat die stelsel nie daarop gerig is om gebreke in die saaklike ooreenkoms aan die lig te bring nie, soos wat deur verskeie gerapporteerde hofsake geïllustreer word. Dit mag dus gebeur dat A aan B verkoop en dat oordrag in naam van B geregistreer word. C wat die registers raadpleeg sal dus onder die indruk verkeer dat B inderdaad die eienaar is, selfs al is dit nie die geval nie (byvoorbeeld omdat die saaklike ooreenkoms nietig is). Indien B aan C verkoop, sal hy nie eienaar word nie omdat hy van 'n beskikkingsonbevoegde persoon verkry het, selfs al is hy *bona fide*. Die benadeling vir C is ooglopend. *Bona fide* derdes wat van 'n beskikkingsonbevoegde persoon verkry, geniet slegs beperkte beskerming in die Suid-Afrikaanse reg ingevolge die leerstuk van estoppel.[307] In hierdie omstandighede ver-

305 Daar word dus aansluiting gevind by die minderheid standpunt in die Romeins-Hollandse reg.

306 Geen waarborg word gegee nie juis omdat die geregistreerde titel gebrekkig kan wees.

307 Selfs al word die werklike eienaar (A) met 'n beroep op estoppel belet om aan te toon dat hy eienaar is, word die derde (C) nie eienaar van die saak nie. Die eienaar

vul die abstrakte stelsel 'n belangrike funksie in die Suid-Afrikaanse reg, waar eiendomsverkryging deur *bona fide* derdes nie erken word nie aangesien dit tog 'n mate van beskerming aan derdes verleen (bykomstig tot die leerstuk van estoppel) en sodoende die risiko's wat die negatiewe stelsel inhou verminder.[308] Die feit dat die oordrag van A (oorspronklike eienaar) na B (die tweede hand) plaasgevind het uit hoofde van 'n nietige *causa* wat nie uit die registers vasgestel kan word nie, sal nie verhinder dat C (die derde wat van B verkry het) eienaar word nie.[309] As eienaar, is die derde beskerm teen enige aansprake van die vorige eienaar. 'n Groter mate van regsekerheid word sodoende bewerkstellig.

8. Die vereistes vir die oordrag van eiendomsreg op roerende goed is ook op die oordrag van *on*roerende goed van toepassing, behalwe dat die vereiste van lewering deur registrasie vervang word. Al hierdie vereistes moet nagekom word alvorens eiendomsreg kan oorgaan. Die standpunt dat eiendomsreg outomaties oorgaan indien registrasie plaasvind, selfs al is van die ander vereistes vir oordrag nie nagekom nie, moet verwerp word. Dit verhef registrasie tot enigste vereiste vir die oordrag van eiendomsreg, dit ignoreer die gemeenregtelike vereistes vir oordrag en dit is strydig met regspraak en die negatiewe abstrakte stelsel wat in Suid-Afrika toegepas word. In 'n negatiewe stelsel is die beginsel dat registrasie nie enige gebreke regstel nie. Indien registrasie foutiewelik plaasgevind het, moet die eienaar die nodige stappe neem om die fout reg te stel. Totdat dit gebeur, kan hy sy grond nie aan iemand anders oordra nie. Die persoon wat foutiewelik

---

word slegs verhinder om sy saak wat in beheer van die derde is, met die *rei vindicatio* op te eis. Sien Sonnekus *Estoppel* 209 ev; Badenhorst ea *Property* 79; Cronjé 1978 *THRHR* 244 vn 114 en 115; Van der Merwe *Sakereg* 311 vn 77, 368 ev.

308 Die regte van derdes kan op twee wyses beskerm word: (1) deur 'n positiewe registrasiestelsel; (2) deur 'n negatiewe registrasiestelsel wat met die abstrakte leweringsteorie gekombineer word.

309 Indien die derde nie geweet het dat oordrag aan sy voorganger ingevolge 'n gebrekkige titel plaasgevind het nie, word hy nieteenstaande die gebrek tog eienaar. In 'n kousale stelsel sal hy nie eienaar word nie omdat die nietige *causa* verhinder dat die tweede hand eienaar word. In hierdie opsig is 'n abstrakte stelsel dus billiker as 'n kousale stelsel.

as eienaar geregistreer is, sal die saak aan iemand anders kan vervreem, maar hy kan nie meer regte oordra as wat hyself het nie.

Die gevolgtrekking is dat daar in die Suid-Afrikaanse reg duidelik tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en lewering onderskei word. Die verbintenisskeppende ooreenkoms bring verbintenisse tot stand, maar dit het geen verandering in die sakeregtelike posisie van die partye tot gevolg nie. Eiendomsreg sal slegs oorgaan indien die saak aan die verkryger gelewer word, of indien registrasie plaasgevind het.[310] Lewering of registrasie het egter nog nie opsigself oorgang van eiendomsreg tot gevolg nie, die partye moet onderskeidelik die bedoeling hê om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[311] Hierdie wedersydse bedoeling word as 'n selfstandige saaklike ooreenkoms gekonstrueer, wat inhoudelik en uitwendig onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms funksioneer. Dit beteken dat dit nie voldoende is indien slegs die vervreemder die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie, ook die verkryger moet die bedoeling hê om eiendomsreg te ontvang (daar moet wilsooreenstemming wees). Hierdie bedoeling is nie deel van die verbintenisskeppende ooreenkoms nie, dit bestaan onafhanklik van die bedoeling wat in daardie ooreenkoms vervat is. Dit beteken voorts dat 'n geldige verbintenisskeppende ooreenkoms nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is nie; die saaklike ooreenkoms moet wel geldig wees aangesien dit moet voldoen aan die geldigheidsvereistes wat vir ooreenkomste in die algemeen geld.

Noudat daar sekerheid is oor die feit dat 'n abstrakte stelsel van eiendomsoordrag in Suid-Afrika van toepassing is en dat 'n saaklike ooreenkoms 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed is, sal die regsaard, kenmerke en juridiese konstruksie van die saaklike oor-

310 Die doel van lewering is tweeledig: enersyds, om aan die hele wêreld kennis te gee dat 'n saaklike reg oorgedra is; andersyds, om die verkryger in staat te stel om sy eienaarsbevoegdhede uit te oefen. Schoeman *Property* 73 vn 6; Van der Merwe *Sakereg* 302-303 vn 31.

311 Die subjektiewe ingesteldheid waarmee lewering plaasvind, speel altyd 'n belangrike rol. Nie elke lewering het eiendomsoordrag ten doel nie. Die bedoelingsvereiste word juis gestel om oorhandiging met die doel om eiendomsreg oor te dra, te onderskei van oorhandiging met 'n ander doel waardeur eiendomsreg nie oorgedra word nie. Die subjektiewe element bepaal dus onder andere die aard van die saaklike reg wat oorgedra word, nl eiendomsreg of 'n beperkte saaklike reg.

eenkoms vervolgens ondersoek word. Daar sal ook vasgestel word wat die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms en registrasie is en of die saaklike ooreenkoms aan enige formaliteite onderworpe is.

HOOFSTUK 14

DIE SAAKLIKE OOREENKOMS BY OORDRAG VAN ONROERENDE GOED

14.1 Inleiding 700

14.2 Die regsaard en kenmerke van die saaklike ooreenkoms 703
14.2.1 'n Selfstandige ooreenkoms 703
14.2.2 Een van twee elemente 706
14.2.3 'n Abstrakte regshandeling 706
14.2.4 Inhoud van die saaklike ooreenkoms 707
14.2.5 Vormvereistes op die saaklike ooreenkoms van toepassing 710
14.2.6 Saaklike ooreenkoms is 'n regshandeling 711
14.2.7 Partye aan die saaklike ooreenkoms gebonde 712
14.2.8 Verteenwoordiging en voorwaardes 718
14.2.9 Samevatting 719

14.3 Die juridiese konstruksie van die saaklike ooreenkoms 721
14.3.1 Konsensuele saaklike ooreenkoms met saaklike werking 721
14.3.2 Reële saaklike ooreenkoms 724
14.3.3 Konsensuele saaklike ooreenkoms sonder saaklike werking 727

14.4 Die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms, lewering en registrasie 730
14.4.1 Funksie van die saaklike ooreenkoms 731
14.4.2 Doel van registrasie 732
14.4.3 Die registrasieprosedure 733
14.4.4 Oordrag van eiendomsreg vind plaas met registrasie 737
14.4.5 Registrasie moet met saaklike ooreenkoms ooreenstem 739
14.4.6 Materiële reg teenoor formele reg 741

14.5 Behoefte aan vormvereistes vir die saaklike ooreenkoms in Suid-Afrika 742
14.5.1 Bewys van saaklike ooreenkoms in Suid-Afrika 742
14.5.2 Omringende omstandighede nie voldoende bewys nie 743
14.5.3 Gevolge van onvoldoende getuienis 748
14.5.4 Samevatting 750

14.6 Vormvereistes in Nederland en in Duitsland van toepassing 751
14.6.1 Nederland 751
14.6.2 Duitsland 753

14.7 Voorstelle vir veranderinge in die Suid-Afrikaanse reg 758
14.7.1 Saaklike ooreenkoms op skrif gestel 758
14.7.2 Saaklike ooreenkoms in transportakte vervat 761

14.8 Slotbeskouing en aanbevelings 764

14.1 Inleiding

Die oordragshandeling waardeur saaklike regte gevestig of oorgedra word, bestaan in Nederland, Duitsland en in Suid-Afrika uit twee elemente naamlik:

(1) Lewering of registrasie, wat die objektiewe element is. Die vorm van lewering verskil afhangende van die aard van die saak wat oorgedra word. In geval van oordrag van roerende goed, moet fisiese beheer verskaf word, of daar moet van een van die wyses van konstruktiewe lewering gebruik gemaak word (*traditio*). By die oordrag van onroerende goed bestaan lewering (in al drie stelsels) uit registrasie (*inschrijving*) in die akteskantoor.[1] Gewoonlik word in die koopkontrak ooreengekom dat die vervreemder (benewens registrasie) ook nog die verkryger fisies in beheer van die grondstuk moet stel, sodat hy

1 §873 *BGB*; §20 *Grundbuchordnung* (*GBO*); Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 4; Westermann *Sachenrecht* 254; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 95.

die gebruiks, genots en beskikkingsbevoegdheid oor die saak kan verkry.[2]

(2) Die saaklike ooreenkoms, of wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, wat die subjektiewe element is.[3] Alhoewel die *Nieuw Burgelijk Wetboek* van 1992 (hierna die *NBW*) dit nie as 'n vereiste stel nie, word in die regsliteratuur algemeen aanvaar dat die saaklike ooreenkoms in Nederland wel 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg is en dat dit deel van die oordragshandeling vorm.[4] In die Duitse reg stel die *Bürgerliches Gesetzbuch* van 1900 (hierna die *BGB*) wel 'n saaklike ooreenkoms as vereiste vir die oordrag van eiendomsreg,[5] maar die begrip *saaklike ooreenkoms* of *kontrak* word nie gebruik nie. Die wetboek vereis dat die partye eenstemmig moet wees (*einig sind*) daaroor dat eiendomsreg oorgaan.[6] Gevolglik word

---

2 Alhoewel dit nie 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg by onroerende goed is nie, is dit 'n verpligting wat uit die koopkontrak voortspruit. Vergelyk art 7:9 (1) *NBW*; §873 I *BGB;* Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 221; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 190; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 10 en 109; Wieling *Sachenrecht* 1992 258; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 129; 228; Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht* 76 ev. Maar sien Lötz *Onroerende Goed* 5 vn 9 wat die stelling maak dat fisiese beheer wel 'n vereiste is. Sien ook Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR* 113. In Duitsland word aanvaar dat indien die verkryger in 'n posisie is om beheer oor die saak uit te oefen, die saaklike ooreenkoms (*Auflassung*) tegelykertyd ook die ooreenkoms betreffende verskaffing van fisiese beheer bevat. Sien Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 10.

3 Nederland: Art 3:84 (1) *NBW*; Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 162; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 69; Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 270. Duitsland: §§873, 925 en 929 *BGB;* Wilhelm Sachenrecht 287; Baur *Sachenrecht* 36, 567-568; Westermann *Sachenrecht* 253 ev.

4 Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 162, 164; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 69; Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 270; Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht* 69. In Nederland word die begrip *lewering* gebruik vir die oordragshandeling. Sien bv Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 162, 164. In hierdie hoofstuk word die begrip lewering gebruik met verwysing na die verskaffing van fisiese beheer (werklik of fiktief) en registrasie.

5 Vergelyk §§873, 925 en 929 *BGB*.

6 §929 *BGB* wat op die oordrag van roerende goed van toepassing is lui soos volg: "Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eingentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll." ["Vir die oordrag van eiendomsreg op roerende sake is dit nodig dat die eienaar die saak aan die verkryger oorhandig en dat beide daaroor eensgesind is dat eiendomsreg sal oorgaan" (eie vertaling)]. §873 I *BGB* wat op die oordrag van onroerende goed van toepassing is lui soos volg: "Zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke ... ist die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt." ["Vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende sake, word vereis dat die reghebbende en die verkryger eenstemmig sal wees betreffende die

daar in die regsliteratuur na die saaklike ooreenkoms as die *Einigung* verwys. In geval van onroerende goed staan die saaklike ooreenkoms as *Auflassung* bekend.[7]

In die vorige hoofstuk is aangetoon dat die saaklike ooreenkoms ook in die Suid-Afrikaanse reg 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op roerende sowel as onroerende goed is. Daar word aanvaar dat die saaklike ooreenkoms 'n selfstandige ooreenkoms is, wat inhoudelik en uitwendig onafhanklik van die verbintenisskeppende ooreenkoms bestaan en wat aan sy eie vereistes moet voldoen. Die bespreking in hierdie hoofstuk is daarop gerig om die regsaard, kenmerke en juridiese konstruksie van die saaklike ooreenkoms by die oordrag van onroerende goed te bespreek.[8] Enkele aspekte wat hiermee in verband staan, sal ook bespreek word. Uit die bespreking sal byvoorbeeld blyk, dat die saaklike ooreenkoms in Duitsland en in Nederland, in geval van oordrag van onroerende goed in 'n notariële akte vervat moet word, maar dat geen vormvereistes in Suid-Afrika op die saaklike ooreenkoms van toepassing is nie. Gevolglik sal die vraag of daar enige behoefte aan soortgelyke vormvereistes in Suid-Afrika is, ook aan die orde gestel word. Die beantwoording van hierdie vraag vereis dat regsbeginsels wat in die Nederlandse en die Duitse regstelsels op hierdie onderwerp van toepassing is, oorsigtelik bespreek moet word om vas te stel of daardie beginsels ook in die Suid-Afrikaanse reg oorgeneem kan word.[9] Aangesien die registrasieproses die antwoord op hierdie vraag kan beïnvloed, sal enkele relevante aspekte van die proses ook ter sprake kom. Die regsaard en kenmerke van die saaklike oor-

---

regsverandering en die inskrywing van die regsverandering in die grondregister, sover hierdie wet nie 'n andersluidende bepaling bevat nie" (eie vertaling)].

7 Baur *Sachenrecht* 36; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 98; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 2 en 9.

8 Alhoewel die saaklike ooreenkoms ten opsigte van roerende goed reeds in Suid-Afrika nagevors is, is bykans nog geen navorsing gedoen oor die saaklike ooreenkoms by die oordrag van onroerende goed nie.

9 Die rede waarom na die Nederlandse en Duitse reg verwys word, is omdat hierdie regstelsels, soos die Suid-Afrikaanse reg, uit die Romeinse reg ontwikkel het en wesenlik dieselfde vereistes vir die oordrag van eiendomsreg in al drie stelsels aangetref word. Ooreenkomste en verskille in die onderskeie stelsels (naamlik Nederland, Duitsland en Suid-Afrika), vir sover as wat dit vir die onderhawige bespreking van belang mag wees, sal uitgelig word, maar 'n in diepte vergelyking is nie werklik moontlik nie. Daar sal slegs gekonsentreer word op faktore wat 'n invloed uitoefen op die relevante aspekte van die saaklike ooreenkoms.

eenkoms sal vervolgens aangetoon word, waarna die juridiese konstruksie van die ooreenkoms bespreek sal word.

14.2 Die regsaard en kenmerke van die saaklike ooreenkoms

Die saaklike ooreenkoms vorm deel van die oordragshandeling waardeur die sakeregtelike posisie ten opsigte van 'n saak verander word. Dit is daarom vanselfsprekend dat die beginsels van die sakereg en meer spesifiek die beginsels van die afgeleide wyses van eiendomsverkryging, ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing sal wees. Die saaklike ooreenkoms vertoon daarom hoofsaaklik sakeregtelike kenmerke. Omdat die saaklike ooreenkoms 'n regshandeling is, word die aard en kenmerke daarvan egter ook beheers deur die algemene beginsels wat op alle regshandelinge van toepassing is.[10] Die eiesoortige kenmerke van die saaklike ooreenkoms sal vervolgens oorsigtelik bespreek word. Terwyl die onderhawige studie op onroerende goed afgestem is, sal daar op die kenmerke van die saaklike ooreenkoms in geval van onroerende goed gekonsentreer word.

14.2.1 'n Selfstandige ooreenkoms

Die saaklike ooreenkoms is 'n twee- of meersydige[11] regshandeling wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei en geskei moet word.[12] Laasgenoemde ooreenkoms bring verbintenisse tot stand, maar het nog nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg nie. Eiendomsreg word slegs oorgedra deur lewering of registrasie, gepaard met die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (saaklike ooreenkoms).[13] Anders as die verbintenisskeppende ooreenkoms, het die saaklike ooreen-

10 Raadpleeg Wieling *Sachenrecht* 1990 37 ev; Westermann *Sachenrecht* 21 ev.

11 'n Ooreenkoms is altyd meersydig omdat dit die medewerking van twee of meer persone vereis. 'n Regshandeling is eensydig indien dit deur 'n enkeling verrig word (bv 'n testament, aanmaning, terugtrede). Sien De Wet en Van Wyk *Kontraktereg* 6; Hosten *Inleiding* 405.

12 Die *Trennungsprinzip* is dus op die saaklike ooreenkoms van toepassing. Ingevolge hierdie beginsel moet die saaklike ooreenkoms van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei word en moet die reëls wat op regshandelinge in die algemeen van toepassing is, afsonderlik op elkeen van die ooreenkomste toegepas word. Sien Wieling *Sachenrecht* 1990 278; Wilhelm *Sachenrecht* 308.

13 Die saaklike ooreenkoms word dus beheers deur die *Traditionsprinzip*, in teenstelling met die *Vertragsprinzip*. Dit beteken dat eiendomsreg nie deur die verbintenisskeppende ooreenkoms oorgedra word nie, daar moet ook 'n afsonderlike leweringshandeling wees. Sien Wieling *Sachenrecht* 1990 278.

koms nie verbintenisse of vorderingsregte tot gevolg nie. Dit bring geen verpligtinge vir enige van die partye tot stand nie. Dit verplig hulle nie om tot registrasie mee te werk, of om verklarings af te lê, of om handelinge te verrig wat vir registrasie vereis word nie. Die ooreenkoms verbied die partye ook nie om iets te doen wat oordrag sal verhinder nie.[14] Die saaklike ooreenkoms is deel van die oordragshandeling en het ten doel om oordrag van saaklike regte te bewerkstellig.[15] Die praktiese betekenis van 'n selfstandige ooreenkoms, blyk onder andere daaruit dat eiendomsreg nie oorgaan indien die koper, wat ingevolge 'n koopkontrak 'n reg op lewering van die koopsaak verkry het, die reg in eie hande neem en beheer oor die saak teen die wil van die oordraggewer neem nie.[16] Hy sal slegs eienaar word as die verkoper daartoe instem dat hy die saak neem.[17] Eiendomsreg sal ook nie oorgaan nie, indien die vervreemder die saak aan die verkryger lewer, maar laasgenoemde weier om die saak in ontvangs te neem omdat dit byvoorbeeld gebreke openbaar. Die vereiste van 'n saaklike ooreenkoms gee uiting aan die beginsel dat niemand sonder of teen sy wil, 'n saaklike reg verkry of verloor nie.

In geval van die oordrag van onroerende goed, het die onderskeid onder andere tot gevolg dat die twee ooreenkomste in verskillende dokumente tot uiting kom. In Nederland en in Suid-Afrika, word byvoorbeeld onderskei tussen die koopakte wat die verbintenisskeppende ooreenkoms bevat en die transportakte (wat in Nederland ook die saaklike ooreenkoms bevat).[18] Dit is twee verskillende dokumente met uiteenlopende funksies.[19] Sodra die partye op die terme en voorwaardes van die koop ooreengekom het, wil hulle, om verstaanbare redes, so spoedig moontlik 'n bewysstuk van hulle ooreenkoms opstel. Die koopakte dien dus slegs as bewys van die feit dat 'n kontrak tot stand gekom het en dat die partye 'n

14 Hierdie is alles verpligtinge wat uit die verbintenisskeppende ooreenkoms voortspruit. Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 33.
15 Raadpleeg Scott 1979 *TSAR* ivm die vraag of sessie 'n saaklike ooreenkoms is.
16 Hy word as *mala fide possessor* beskou.
17 Carey Miller *Acquisition* 122; Van der Merwe *Sakereg* 303.
18 Niks verhinder egter dat die koopkontrak en die transportakte in een dokument vervat word nie, maar in praktyk sal dit nie dikwels gebeur nie. Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 118; Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 224-225.
19 Hierdie onderskeid hou ook verband met die onderskeid tussen die materiële reg en die formele reg en die onderskeid tussen kontraktereg en sakereg.

ooreenkoms bereik het, onder andere met betrekking tot die saak wat verkoop is en die koopprys wat betaal moet word. Dit het dus hoofsaaklik 'n bewysfunksie en moet aan sy eie geldigheidsvereistes voldoen. In Nederland is die koopkontrak van onroerende goed nie aan formaliteitsvereistes onderhewig nie, dit kan ook mondeling gesluit word.[20] In Duitsland moet die verbintenisskeppende ooreenkoms egter op skrif gestel en notarieel verly word, maar 'n gebrekkige vorm, kan later deur die saaklike ooreenkoms en registrasie reggestel word.[21]

Die akte waarin die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat is, word in Nederland dikwels die *voorlopige* koopkontrak genoem. Hierdie spraakgebruik is misleidend omdat daar niks voorlopig aan die koopkontrak is nie, dit is finaal. Die term *voorlopig* dui slegs daarop dat die akte nie as transportakte gebruik kan word nie en dat dit nie vir registrasie aangebied kan word nie. Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms (koopkontrak) geregistreer sou kon word, sou die verkryger/koper dit vir registrasie kon aanbied en oordrag van eiendomsreg in sy naam bewerkstellig, sonder dat die vervreemder daarvan bewus is[22] en selfs al is die koopprys nog nie betaal nie. Die vereiste dat 'n transportakte opgestel moet word, voorkom dat dit gebeur en is onder andere daarop gerig om die vervreemder te beskerm.[23] Dit verseker dat hy die mag behou totdat hy daarvan seker is dat die koopprys betaal is, of dat reëlings getref is vir die betaling daarvan en dit voorkom dat oordrag teen sy wil en wete plaasvind.[24] 'n Verdere rede waarom die verbintenisskeppende ooreenkoms nie geregistreer kan word nie, is omdat dit nie uit die dokument duidelik is

20 Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 224-225; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 119.

21 §311 *BGB* (vroeër §313 *BGB*); Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 110; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 106; Wilhelm *Sachenrecht* 288.

22 Anders as wat die posisie in Suid-Afrika is, kan enige van die partye om registrasie aansoek doen. Art 3:89 (1) *NBW* magtig die koper uitdruklik om die akte eensydig te laat registreer.

23 Die uitgangspunt is dat die koopprys by die notaris inbetaal of gewaarborg moet word, voordat die transportakte verly word. Eers daarna kan die verkryger eiendomsoordrag bewerkstellig deur die transportakte te laat inskryf. Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 118; art 7:26 (3) *NBW*. Sien ook Carey Miller *Acquisition* 169 en 221 wat betref die betaling van die koopprys in die Suid-Afrikaanse reg.

24 Daar moet ook in gedagte gehou word dat betaling van die koopprys deur finansiële instellings gefinansier word en dat hulle daarom op sekuriteit aandring, wat eers verskaf kan word indien die koper eienaar is. Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 118; Wilhelm *Sachenrecht* 294.

of die partye ook ooreengekom het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang nie. Dit bevat nie die saaklike ooreenkoms nie.

In Duitsland hoef die saaklike ooreenkoms nie op skrif gestel te word om geldig te wees nie. Al wat vereis word, is dat beide partye in mekaar se teenwoordigheid voor die notaris verskyn en uitdruklik verklaar dat hulle bedoel om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.[25] Alvorens die oordrag egter geregistreer sal word, moet bewys aan die registrateur voorgelê word dat daar wel 'n saaklike ooreenkoms is. Dit geskied deur voorlegging van 'n notariële akte wat deur die notaris voor wie die verklarings afgelê is, opgestel is. Daar word dus wel onderskei tussen die dokument wat die koopkontrak beliggaam en die dokument waarin die saaklike ooreenkoms (*Auflassung*) tot uiting kom. Die saaklike ooreenkoms word egter nie in die transportakte vervat nie, maar wel in 'n afsonderlike notariële akte.

14.2.2 Een van twee elemente

Die saaklike ooreenkoms het nie opsigself saaklike regsgevolge nie, daarvoor word die verskaffing van fisiese beheer (by roerende sake) of registrasie (by *onroerende* sake) vereis. Die omgekeerde is ook waar, blote lewering of registrasie het nog nie saaklike werking nie, daar moet ook 'n geldige saaklike ooreenkoms wees. Die saaklike ooreenkoms is dus een van twee elemente van die regshandeling eiendomsoordrag. Elkeen van hierdie elemente het sy eie doel en verskillende vereistes is op elkeen van toepassing.[26]

14.2.3 'n Abstrakte regshandeling

Die saaklike ooreenkoms is 'n abstrakte regshandeling. Dit beteken (1) dat dit inhoudelik bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, welke bedoeling 'n selfstandige bestaan voer en nie in die voorafgaande verbintenis geleë is nie (dit is inhoudelik abstrak);[27] (2) dat die ooreenkoms aan sy eie geldigheidsvereistes moet

25 Sien §925 *BGB*.
26 Die juridiese konstruksie en die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms en registrasie sal hieronder by hfst 14.3 en hfst 14.4 bespreek word.
27 Vergelyk die bespreking hierbo by hfst 14.2.2 en hieronder by 14.2.4.

voldoen en dat dit nie van die geldigheid van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms afhanklik is nie. Nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms verhinder daarom nie dat 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand kom nie en dit verhinder ook nie dat eiendomsreg oorgaan nie.[28] Dit is ook uitwendig abstrak.[29] Indien die vervreemder sy saak sonder 'n regsgrond (*sine causa*) oordra, kan hy dit met 'n verrykingsaksie terugvorder.

14.2.4 Inhoud van die saaklike ooreenkoms

Die saaklike ooreenkoms bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, wat ten tyde van lewering en registrasie moet bestaan en wat onderskei moet word van die bedoeling wat in die verbintenisskeppende ooreenkoms vervat is - dit is inhoudelik abstrak.[30] Aangesien die saaklike ooreenkoms op wilsooreenstemming gegrond is, spreek dit vanself dat die ooreenkoms 'n verklaring deur die vervreemder sal bevat dat hy eiendomsreg aan die verkryger oordra en 'n ooreenstemmende verklaring deur die verkryger dat hy oordrag aanvaar.[31] Die verklarings kan uitdruklik of stilswyend wees en dit kan uit die omstandighede afgelei word, maar by die oordrag van onroerende goed moet dit uitdruklik wees.[32] Die partye moet wilsooreenstemming bereik betreffende elke wesenlike aspek van die beoogde verandering aan die regsposisie. Indien daar oor 'n wesenlike aspek nie ooreenstemming tussen die partye is nie, kom geen saaklike ooreenkoms tot stand nie.[33] In

---

28 In Duitsland staan die beginsel dat die saaklike ooreenkoms uitwendig van die verbintenisskeppende ooreenkoms losgemaak is bekend as die *Abstraktionsprinzip*. Baur *Sachenrecht* 567-568; Wilhelm *Sachenrecht* 308; Westermann *Sachenrecht* 25 29; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 96; Wieling *Sachenrecht* 1990 37 255, 278.

29 In Nederland word egter nie erkenning gegee aan die beginsel van die uitwendige abstraksie nie. Eiendomsreg sal nie oorgaan nie indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is, selfs al is daar 'n geldige saaklike ooreenkoms.

30 Sien Baur *Sachenrecht* 47; Wilhelm *Sachenrecht* 302; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 32, 33. By pand, huur ens het die ooreenkoms vanselfsprekend 'n ander inhoud.

31 Kuntze *Grundbuchrecht* 524; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 34; Staudinger *Sachenrecht* II § 925 Rdn 35-37, 41; Wieling *Sachenrecht* 1990 31 ev, 278, 281-282; Westermann *Sachenrecht* 256; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 96; Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 229.

32 Sien die bespreking hieronder by hfst 14.2.5.

33 Raadpleeg Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 64; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 35.

geval van die oordrag van onroerende goed waar die saaklike ooreenkoms gewoonlik op skrif gestel word,[34] behoort die dokument dus die volgende wesenlike besonderhede te bevat:

(a) Die aard, omvang en inhoud van die reg wat gevestig of oorgedra word (byvoorbeeld eiendomsreg, of 'n verband ter waarde van 'n vasgestelde bedrag geld).

(b) Die aard van die regshandeling wat verrig moet word (byvoorbeeld vestiging of oordrag van 'n spesifieke reg).

(c) Die persoonlike gegewens van die vervreemder en die verkryger, waardeur hulle geïdentifiseer kan word (soos byvoorbeeld identiteit, volle naam, geboortedatum en status), sodat daar duidelikheid is oor wie oordra en aan wie oorgedra word. Hierdie inligting is noodsaaklik ten einde te verseker dat die vervreemder eienaar is[35] en dat registrasie in die regte persoon se naam gedoen word. Dit moet ook duidelik wees of die partye in eie naam, dan wel namens iemand anders optree, want geen saaklike ooreenkoms kom tot stand indien die vervreemder eiendomsreg aan die verkryger in sy hoedanigheid as verteenwoordiger van 'n derde oordra, maar die verkryger bedoel om eiendomsreg vir homself te verkry nie.[36]

(d) Ooreenkomstig die spesialiteitsbeginsel (ook bepaaldheidsbeginsel), moet die saaklike ooreenkoms besonderhede bevat betreffende die saak wat oorgedra word. By die verbintenisskeppende ooreenkoms (byvoorbeeld koop) is dit voldoende indien die saak bepaalbaar is, soos wanneer dit deel vorm van 'n *genus* of 'n soort. By die saaklike ooreenkoms is dit egter nie voldoende nie, want die ooreenkoms kan slegs op 'n bepaalde saak betrekking hê.[37] Die saak moet voorts geïn-

---

34 Dit is die geval in Nederland en in Duitsland maar nie in Suid-Afrika nie.

35 Dit is 'n geldigheidsvereiste vir die saaklike ooreenkoms dat die vervreemder beskikkingsbevoeg moet wees. Ook die verkryger moet regtens bevoeg wees om die saak te verkry. Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 34 en 47.

36 Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 385-387; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 118, 120; Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 303; Wieling *Sachenrecht* 1990 282; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 43, 47.

37 Art 3:84 (2) *NBW* vereis uitdruklik dat die saak bepaald moet wees. Wieling *Sachenrecht* 1990 182, 322 (bb) meen egter dat die saak nog nie op die tydstip waarop die saaklike ooreenkoms tot stand kom bepaald hoef te wees nie, dit is voldoen-

dividualiseer wees. Terwyl 'n persoon homself daartoe mag verbind (koopkontrak) om sy ganse vermoë aan 'n ander oor te dra, kan lewering slegs plaasvind deur elke saak individueel oor te dra.[38] Die saak moet dus presies en noukeurig omskryf word, sodat daar ooreenkomstig objektiewe maatstawwe vasgestel kan word watter goed gelewer moet word en daar geen twyfel kan bestaan nie. Dit bevorder regsekerheid.[39]

Indien die grondstuk foutiewelik omskryf word en die partye daarvan bewus is (hulle sê byvoorbeeld dat die hele grondstuk oorgedra word, terwyl die bedoeling is dat net 'n gedeelte oorgedra word), is die saaklike ooreenkoms nietig. As die partye nie eenstemmig is oor die stuk grond wat oorgedra moet word nie en beide is daarvan bewus, is daar geen saaklike ooreenkoms nie. Indien een van die partye dwaal betreffende die grondstuk wat oorgedra staan te word, is die saaklike ooreenkoms geldig maar vernietigbaar.[40] Indien dit wel vernietig word, is die ooreenkoms van die begin af nietig. Indien die partye eens is oor die grondstuk wat oorgedra word, maar die omskrywing in die saaklike ooreenkoms daarvan afwyk en die partye nie daarvan bewus is nie, is die saaklike ooreenkoms nogtans geldig.[41]

(e) Alle voorwaardes en beperkings waaraan die oordrag onderworpe is, is deel van die saaklike ooreenkoms. Die partye se bedoeling is om

---

de indien dit bepaalbaar is. Die saak moet egter bepaald wees wanneer fisiese beheer verskaf word. Ook Kuntze *Grundbuchrecht* 529 meen dat 'n bepaalde omskrywing nie 'n materieelregtelike vereiste vir die geldigheid van die saaklike ooreenkoms is nie.

38 Die ooreenkoms kan dus nie op 'n meerheid van sake betrekking hê nie. Van der Merwe *Sakereg* 15; Westermann *Sachenrecht* 21-22; Wieling *Sachenrecht* 1990 37; Wilhelm *Sachenrecht* 303; Baur *Sachenrecht* 34.

39 Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 60-61 sê dit is verkieslik dat die omskrywing ooreenstem met dié in die grondregister, maar dit is nie 'n geldigheidsvereiste vir die saaklike ooreenkoms nie. Sien verder Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 174-175; 227-228 385-386; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 121; Wieling *Sachenrecht* 1990 281-282; Wieling *Sachenrecht* 1992 255; Westermann *Sachenrecht* 256; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 96; Staudinger *Sachenrecht* II §929 Rdn 11.

40 Die grondstuk word in die saaklike ooreenkoms bv as perseel nr 1 omskryf, terwyl B dink dit is perseel nr 2 wat aan hom oorgedra word; of indien die vervreemder die hele stuk grond wil oordra en dit ook so in die ooreenkoms vermeld word, maar B dink dat net 'n gedeelte oorgedra word.

41 Raadpleeg Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 64 ev vir 'n meer volledige bespreking.

eiendomsreg slegs onderworpe aan die bepaalde voorwaardes of beperkings oor te dra.

(f) Registrasie staan los van die saaklike ooreenkoms. Dit is daarom nie deel van die inhoud van die saaklike ooreenkoms dat die partye oor registrasie ooreenkom nie.[42]

14.2.5 Vormvereistes op die saaklike ooreenkoms van toepassing

In geval van oordrag van *roerende* goed, is geen vormvereistes in enige van die drie stelsels onder bespreking, op die saaklike ooreenkoms van toepassing nie. Die ooreenkoms kan mondeling of stilswyend tot stand kom, of dit kan uit die omstandighede afgelei word.[43] In Suid-Afrika is dit ook die situasie by die oordrag van *onroerende* goed, maar in Nederland en in Duitsland is dit nie voldoende dat die ooreenkoms uit die omstandighede afgelei word nie. As gevolg van die besondere belang van grondeiendom en die behoefte aan sekerheid betreffende regshandelinge waardeur grond vervreem word, word die saaklike ooreenkoms aan vormvereistes onderwerp.[44]

In Nederland moet die notaris 'n notariële akte opstel (wat ook transportakte is), wat die saaklike ooreenkoms bevat en wat deur beide partye onderteken moet word. Die ooreenkoms kom tot stand met ondertekening van die akte. Die transportakte is dus tweesydig aangesien beide partye hulle medewerking gee by die opstel daarvan.[45] In Duitsland word onderskei tussen materieelregtelike geldigheidsvereistes vir die saaklike ooreenkoms en die vereistes wat deur die formele reg vir registrasie voorgeskryf word. 'n Geldige saaklike ooreenkoms kom tot stand, sodra die partye in mekaar se teenwoordigheid en voor 'n notaris, uitdruklik verklaar dat hulle eiendomsreg oordra en ontvang, van welke tydstip af die ooreenkoms bindend is. Dit hoef nie notarieel verly te word nie. Ten einde registrasie te bewerkstellig, moet egter bewys word dat die saaklike

42 Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 35.
43 Baur *Sachenrecht* 570; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 59 ev. Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 162, 164, 168-169 is van oordeel dat verskaffing van fisiese beheer die vorm is waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom, maar Baur *Sachenrecht* 568 vn 3 verskil daarvan.
44 Die vormvereistes word hieronder by hfst 14.6 meer volledig bespreek.
45 Art 3:89 (1) *NBW* vereis 'n *tussen partijen opgemaakte notariële akte.*

ooreenkoms bestaan. Dit geskied deur voorlegging van 'n notariële akte aan die registrasiebeampte, waarin die notaris bevestig dat die saaklike ooreenkoms voor hom tot stand gekom het.

14.2.6 Saaklike ooreenkoms is 'n regshandeling

In die Duitse regsliteratuur word die saaklike ooreenkoms met die begrip *dinglichen Vertrag* aangedui.[46] Die begrip *Vertrag* is egter dubbelsinnig omdat dit met *kontrak* of met *ooreenkoms* vertaal kan word.[47] Dit is insiggewend dat die begrip *Vertrag* nie in die *BGB* gebruik word nie, maar wel *Einigung*. Die kommissie wat die wetboek voorberei het, was van oordeel dat *Vertrag* nie 'n geskikte term is nie omdat een deel van die regshandeling *eiendomsoordrag*, naamlik die verskaffing van fisiese beheer nie 'n ooreenkoms is nie.[48] Die begrip *Vertrag* is waarskynlik ook vermy omdat dit gewoonlik met verbintenisse geassosieer word en die saaklike ooreenkoms nie verbintenisse tot stand bring nie. Dit het egter nie verhinder dat die saaklike ooreenkoms in die regsliteratuur as 'n *Vertrag* beskryf word nie.

Aangesien die saaklike ooreenkoms 'n regshandeling met regsgevolge is, is die reëls wat in die algemene deel van die *BGB* vervat is en wat op regshandelinge en ooreenkomste van toepassing is, ook op die saaklike ooreenkoms toepaslik.[49] Dit beteken dat die regsreëls betreffende regsbevoegdheid, handelingsbevoegdheid, wilsooreenstemming, dwaling, bedrog, geoorloofdheid, nietigheid in geval van strydigheid met wetgewing, nietigheid in geval van woeker, voorwaardes en tydsbepalings,

---

46 Baur *Sachenrecht* 37; Wilhelm *Sachenrecht* 308; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 32; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 96, Wieling *Sachenrecht* 1990 32 en 278-279; Wieling *Sachenrecht* 1992 255; Staudinger *Sachenrecht* I *einleitung zu* §854 Rdn 27, Rdn 77 Staudinger *Sachenrecht* II §929 Rdn 8 ev.

47 Die vraag of die saaklike ooreenkoms, wat nie verbintenisse of vorderingsregte tot stand bring nie, as 'n kontrak beskryf behoort te word, is 'n kwessie van terminologie wat nie hier bespreek sal word nie. Daar word dus net met enkele opmerkings volstaan met verwysing na standpunte wat in die Duitse regsliteratuur aangetref word.

48 Fisiese beheer en registrasie is nie 'n regshandeling nie en daarom ook nie ooreenkomste nie. Dit is bloot regsfeite. Die vereistes vir regshandelinge is daarom nie op hierdie elemente van toepassing nie. Dit kan nóg geldig nóg ongeldig wees, maar dit kan as feit wel bestaan, of nie bestaan nie.

49 Dws die voorskrifte vervat in §§104-185 *BGB*. Die voorskrifte met betrekking tot gebondenheid aan die ooreenkoms (§§145-152), is egter nie van toepassing nie. Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 36-37.

verteenwoordiging, toestemming en bekragtiging ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing is en dat die notaris moet toesien dat die betrokke vereistes nagekom is.[50]

Die toepassing van bogenoemde reëls op die saaklike ooreenkoms is heeltemal geregverdig in 'n abstrakte stelsel, waar eiendomsreg oorgaan indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is. Indien die vereistes vir regshandelinge en ooreenkomste nie op die saaklike ooreenkoms van toepassing was nie, sou eiendomsreg kon oorgaan selfs al is dit strydig met die goeie sedes en al word dit deur wetgewing verbied ensovoorts. In 'n kousale stelsel soos wat in Nederland toegepas word, is die toepaslikheid van gemelde reëls vir die saaklike ooreenkoms van belang slegs indien die verbintenisskeppende ooreenkoms geldig is en slegs vir sover as wat dit aantoon dat een van die partye nie werklik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie. Indien die verbintenisskeppende ooreenkoms nietig is, gaan eiendomsreg in elk geval nie oor nie, of daar nou 'n geldige saaklike ooreenkoms is, al dan nie. Die nut van die saaklike ooreenkoms is dus meer beperk as in 'n abstrakte stelsel soos Duitsland.

14.2.7 Partye aan die saaklike ooreenkoms gebonde

Dit is 'n omstrede vraag of die saaklike ooreenkoms bindend is. In Nederland en in Duitsland is die algemeen aanvaarde standpunt dat die partye in geval van die oordrag van *roerende* goed nie aan die saaklike ooreenkoms gebonde is nie en dat die bedoeling om eiendomsreg oor te dra of te ontvang, te enige tyd voordat lewering plaasgevind het na goeddunke herroep kan word. Die partye kan ook nie kontraktueel ooreenkom dat die saaklike ooreenkoms wel bindend sal wees en nie herroep kan word nie. 'n Eensydige wilsverandering verhinder dat eiendomsreg met lewering oorgaan omdat daar nie meer 'n saaklike ooreenkoms is nie.[51]

---

50 Die voorskrifte wat op regshandelinge in die algemeen (§242 *BGB*) en op ooreenkomste in die besonder (§§305 ev) van toepassing is, is ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing tensy dit met die reëls van die sakereg strydig is. Die besondere reëls van die verbintenisreg, soos bv afstanddoening en terugtrede, is nie toepaslik nie. Baur *Sachenrecht* 37, 43, 204-205, 570; Staudinger *Sachenrecht* I *einleitung zu* §854 Rdn 77; §873 Rdn 32; Staudinger *Sachenrecht* II § 925 Rdn 34; Pienaar 1986 *CILSA* 243.

51 Baur *Sachenrecht* 45-46, 205, 570; Wieling *Sachenrecht* 1992 255. 'n Minderheid standpunt is egter van oordeel dat die partye wel aan die ooreenkoms gebonde is;

Die effek daarvan dat die saaklike ooreenkoms na willekeur herroep kan word, word in 'n mate deur die volgende faktore getemper: die feit dat die party wat hom aan die ooreenkoms onttrek, dit aan die ander party moet meedeel;[52] die feit dat die voortbestaan van die saaklike ooreenkoms vermoed word; die feit dat die persoon wat beweer dat hy hom onttrek het, dit moet bewys.[53] Daarbenewens kan die persoon wat die ooreenkoms herroep het, by wyse van 'n hofbevel verplig word om 'n nuwe ooreenkoms te sluit.[54]

Die sakereg wyk hier af van die beginsel van die kontraktereg, naamlik dat regshandelinge (ooreenkomste) wat reeds tot stand gekom het, bindend is, dat dit bly voortbestaan totdat dit uitgevoer is en dat nie een van die partye die ooreenkoms goedsmoeds en eensydig kan herroep nie.[55] Die is een van die redes waarom die saaklike ooreenkoms nie as 'n kontrak beskryf kan word nie.[56] Indien dit 'n kontrak was, sou dit bindend gewees het en sou die party wat hom daaraan onttrek kontrakbreuk pleeg. Daarteenoor, as van die standpunt uitgegaan sou word dat die ooreenkoms nie 'n kontrak is nie en dat dit nie bindend is nie, moet ook aanvaar word dat 'n geldige saaklike ooreenkoms goedsmoeds beëindig kan word sonder dat die betrokke party hom aan kontrakbreuk skuldig maak. Die gevaar bestaan dus altyd dat enige van die partye agterna kan aanvoer dat hy nooit die bedoeling gehad het om eiendomsreg oor te dra nie.[57]

In Suid-Afrika kan die saaklike ooreenkoms ook in geval van oordrag van *onroerende* goed te enige tyd voor registrasie herroep word,[58] maar in

---

dit kan nie herroep word nie. Die verskillende standpunte in geval van roerende goed kan ongelukkig nie volledig bespreek word nie.

52 Hy kan dit nie in die geheim doen en hom later daarop beroep nie.

53 Westermann *Sachenrecht* 259; Wieling *Sachenrecht* 1990 33-34 vn 82.

54 Baur *Sachenrecht* 45; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 120 ev.

55 Wilhelm *Sachenrecht* 307; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 100; Kuntze *Grundbuchrecht* 470; Westermann *Sachenrecht* 258-259; Wieling *Sachenrecht* 1990 33.

56 Sien hfst 10.3.3 vn 58 hierbo.

57 As hy (sonder 'n geldige rede) sou weier om die verbintenis na te kom en aanvoer dat hy nie meer die bedoeling het nie, kan hy deur 'n hofbevel verplig word om die verbintenis na te kom. Die bedoeling is dus nie altyd deurslaggewend nie.

58 Dit staan die vervreemder bv vry om die volmag terug te trek, wat 'n aanduiding daarvan is dat hy nie meer die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie. Carey Miller en Pope *Land Title* 78-79.

Nederland[59] en in Duitsland is die ooreenkoms bindend (in Duitsland slegs in duidelik omskrewe gevalle, wat hieronder bespreek sal word).[60] Voordat dit bindend geword het kan die ooreenkoms deur enige van die partye herroep word. Dit spreek vanself dat die ooreenkoms na registrasie nie meer herroep kan word nie want dan sou niks oorbly van die publisiteitsbeginsel en die strewe dat die grondregister sekerheid betreffende die regsposisie bied nie.[61] Die rede waarom die ooreenkoms net in hierdie gevalle bindend is, is om die partye te beskerm teen oorhaastige vervreemdings in geval van die vervreemding van grond. Die partye moet voldoende geleentheid hê om die ooreenkoms te heroorweeg en te onttrek indien hulle sou wou.[62] Aan die ander kant sou dit weer onregverdig wees indien die partye toegelaat word om voor registrasie eensydig terug te tree omdat dit inbreuk maak op die beginsel van goeie trou en omdat dit regsekerheid sal belemmer.[63] Die omstandighede waaronder die ooreenkoms in Duitsland bindend is, is die volgende:[64]

(a) Sodra die vereistes vervat in §925 *BGB* nagekom is, naamlik wanneer beide partye in mekaar se teenwoordigheid hulle wedersydse verklarings om eiendomsreg oor te dra en te ontvang voor 'n notaris afgelê het, word die ooreenkoms bindend. Alhoewel §873 *BGB* bepaal dat die ooreenkoms eers bindend sal wees indien dit notarieel verly is, toon Staudinger[65] oortuigend aan dat die partye reeds vroeër gebonde

59 Pitlo-Brahn *Zakenrecht* 22, 245; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 123; Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 230, 231; Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 304; Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht* 75-76.

60 Die vraag ontstaan hoe dit moontlik is dat die saaklike ooreenkoms bindend kan wees as dit nie 'n verbintenis (regsband) tot stand bring nie.

61 Baur *Sachenrecht* 205; Wilhelm *Sachenrecht* 307; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 33; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 90; Wieling *Sachenrecht* 1992 255; Bassenge 1977 *Rechtspfleger* 8.

62 Die algemene reël is dat die ooreenkoms herroepbaar is, behalwe in daardie uitsonderlike gevalle wanneer dit bindend is. Wieling *Sachenrecht* 1990 33 vn 79; Wieling *Sachenrecht* 1992 255; Bassenge 1977 *Rechtspfleger* 8-9. As 'n party aan die saaklike ooreenkoms sou onttrek, stel hy homself natuurlik aan kontrakregtelike remedies bloot weens sy versuim om ingevolge die verbintenisskeppende ooreenkoms te presteer (indien daar wel 'n geldige ooreenkoms was).

63 Bassenge 1977 *Rechtspfleger* 8-9.

64 §873 II *BGB*.

65 Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 111.

is.[66] Indien gebondenheid eers sou intree wanneer die notariële akte opgestel is, sal regsekerheid in gevaar gestel word en sal die handelsverkeer in onroerende goed belemmer word. Die bindende saaklike ooreenkoms sal wel eers teenoor derdes werking hê, indien die notaris 'n notariële akte van die ooreenkoms opgestel het wat voldoen aan die vereistes van §29 *Grundbuchordnung* (*GBO*).[67]

(b) Die saaklike ooreenkoms sal ook bindend wees, sodra die dokument wat die ooreenkoms bevat by die akteskantoor ingedien word, of indien die verklarings voor die registrateur afgelê word. In praktyk kom hierdie moontlikheid bykans nooit ter sprake nie omdat slegs notarisse tans bevoeg is om verklarings af te neem en notarieel te verly. Die ooreenkoms is in elk geval bindend sodra die verklarings voor die notaris afgelê is of indien dit notarieel verly is ((a) hierbo). Hierdie alternatief is daarom slegs van belang indien die saaklike ooreenkoms nie notarieel verly is nie, of indien die vereistes vervat in §925 *BGB* of §29 *GBO* nie nagekom is nie.[68]

(c) In geval van die vestiging van beperkte saaklike regte, word die saaklike ooreenkoms bindend sodra die vervreemder 'n skriftelike toestemming om te registreer (*Eintragungsbewilligung*) aan die verkryger oorhandig.[69] Die verbandnemer wat reeds die geld voorgeskiet het voordat die verband geregistreer is, word byvoorbeeld hier beskerm, deurdat die saaklike ooreenkoms bindend word sodra die verbandgewer toestemming tot registrasie verleen. Laasgenoemde mag hom nou nie meer aan die saaklike ooreenkoms onttrek en registrasie sodoende verhoed nie. Die saaklike ooreenkoms is bindend sodra die akte wat die toestemming bevat, deur die notaris opgestel is.[70]

---

66 Raadpleeg ook Wilhelm *Sachenrecht* 291; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 101; Wieling *Sachenrecht* 1992 256; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 98. Bassenge 1977 *Rechtspfleger* 8-9 huldig 'n ander standpunt.

67 'n Notariële akte is slegs 'n vereiste van die formele reg vir doeleindes van registrasie.

68 Wieling *Sachenrecht* 1992 256 vn 11; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 105-106.

69 By registrasie van beperkte saaklike regte, is die eensydige toestemming van die vervreemder ingevolge §19 *GBO* (*formelles Konsensprinzip*) voldoende om registrasie te bewerkstellig. Die saaklike ooreenkoms hoef nie notarieel verly te word nie. Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 107.

70 Westermann *Immobiliarsachenrecht* 98-99; Wieling *Sachenrecht* 1992 256.

Anders as in Suid-Afrika, kom die saaklike ooreenkoms in Nederland tot stand met ondertekening van die notariële akte (transportakte); in Duitsland kom dit tot stand wanneer die partye in mekaar se teenwoordigheid hulle verklarings voor die notaris aflê.[71] Van daardie oomblik af is die partye aan die ooreenkoms gebonde en nie een mag nou meer van mening verander en hom daaraan onttrek of dit herroep nie.[72] Die ooreenkoms word deur oordrag (registrasie) beëindig, maar die partye kan ook ooreenkom dat dit vroeër tot 'n einde kom. Die feit dat die saaklike ooreenkoms bindend is, beteken egter nie dat enige aksies daaruit voortvloei nie. Geen aksie vir nakoming kan byvoorbeeld op die ooreenkoms gegrond word nie, want dit bring geen verbintenis tot stand nie. Die verkryger kan die vervreemder ook nie verplig om die oordrag te registreer, of ander stappe te neem ten einde oordrag te bewerkstellig nie. Hy kan die vervreemder ook nie op grond van die saaklike ooreenkoms dwing om hom van optrede te weerhou wat registrasie in die wiele sal ry nie.[73] Die verkryger sou wel kon weier om die koopsaak te ontvang omdat dit in 'n gebrekkige toestand is, of omdat 'n ander saak as waarop ooreengekom is gelewer is. In so 'n geval herroep hy nie die ooreenkoms nie, hy dring daarop aan dat die teenparty dit waarop ooreengekom is sal lewer – hy hou die saaklike ooreenkoms juis in stand. Hy sou die ooreenkoms egter nie kon afdwing nie, daarvoor sal hy hom op die verbintenisskeppende ooreenkoms moet beroep.[74]

---

71 Situasie (a) hierbo wat in praktyk die meeste voorkom. In die ander gevalle kom die ooreenkoms op 'n ander tydstip tot stand.

72 Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 168-169: "Hun wil is by wijze van spreken in goederenrechtelijke zin gebonden". Wilhelm *Sachenrecht* 291, 295: "Die Bindung an die Auflassung ist ... nur eine Bindung im Sinne einer Unwiderruflichkeit (d.h. daß die ... Auflassung nicht einseitig zu beseitigen ist)".

73 Dit kan ook nie die grondslag vorm vir 'n saaklike aksie, of 'n aksie vir skadevergoeding nie. Wilhelm *Sachenrecht* 291; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 77, 113; Wieling *Sachenrecht* 1990 34 vn *88*, *89*, *90*.

74 Wieling *Sachenrecht* 1990 33, 279-280. Anders as die heersende standpunt, meen Wieling dat die saaklike ooreenkoms ook in geval van roerende goed bindend is. Die beginsel dat die verkryger kan weier om lewering te aanvaar, word in die Suid-Afrikaanse reg in die volgende sake bevestig: *Greenshields v Chisholm* (1884) 3 SC 220 op 228; *Groenewald v Van der Merwe* 1917 AD 233 op 239; *Ex parte Smith* 1956 1 SA 252 (SR); *Weeks v Amalgamated Agencies* 1920 AD 218 op 230. Verder Silberberg *Property* 134 vn *4*, 135; Carey Miller *Acquisition* 121-122; Maasdorp *Property* 64-65.

Die praktiese implikasie van gebondenheid aan die saaklike ooreenkoms, is daarin geleë dat die verkryger 'n *Anwartschaft* verkry, dit wil sê, 'n aanspraak of vooruitsig om eienaar te word.[75] Hy verkry egter nog geen saaklike reg of *Anwartschaftsrecht* nie. Saaklike regte op grond kom nie bloot deur die saaklike ooreenkoms tot stand nie, daar moet registrasie wees.[76] Die *Anwartschaft* stel die verkryger in staat om self, sonder medewerking van die vervreemder,[77] aansoek te doen om registrasie, waarna hy eienaar sal word.[78] Die vervreemder kan hom nie verhinder om aansoek te doen nie.[79]

Die feit dat die saaklike ooreenkoms bindend is, beteken nie dat die eienaar se vervreemdingsbevoegdheid beperk word nie. Hy is steeds reghebbende en kan die saak aan 'n derde verkoop en in sy naam registreer.[80] Die verkryger geniet dus nog nie absolute beskerming nie.[81] Derhalwe word hy deur §17 *Grundbuchordnung* (*GBO*) te hulp gekom, wat bepaal dat indien aansoek om registrasie by die registrasiekantoor ingedien is, dit voorrang geniet bo latere aansoeke, of beperkings op oordrag wat byvoorbeeld deur insolvensie bewerkstellig sou word.[82]

---

75 In die Nederlandse regsliteratuur word die begrippe *wilsreg* of *reg tot regsvorming* gebruik.

76 Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 121-125 ev, 133, 137; Wieling *Sachenrecht* 1992 256; Creifelds *Rechtswörterbuch* by *Anwartschaft* en *Anwartschaftsrecht*. Die *Bundesgerichtshof* neem die standpunt in dat die verkryger wel 'n *Anwartschaftsrecht* verkry nadat die aansoek vir registrasie by die registrasiekantoor ingedien is. Wilhelm *Sachenrecht* 296 kritiseer hierdie standpunt omdat die aansoek om registrasie terugverwys kan word. Dit sou dan beteken dat die reg tot niet gaan.

77 Hy het reeds met ondertekening van die saaklike ooreenkoms toestemming tot registrasie gegee. In Duitsland word 'n afsonderlike toestemming (*Eintragungsbewilligung*) naas die saaklike ooreenkoms nogtans vereis.

78 Hy kan homself as eienaar laat registreer en die vervreemder se verpligting uitwis.

79 Nederland: Art 3:89 (1) *NBW*; Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 168-169, 230-231; Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 268-269; Köster *Cessie* 95; Meijers *Algemene Begrippen* 85, 146, 266; Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht* 59-60; Pitlo-Brahn *Zakenrecht* 22, 245; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 125. Duitsland: Baur *Sachenrecht* 25, 205; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 121-125 ev, 133, 137; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 99; Wieling *Sachenrecht* 1992 247-248, 256-257; Wilhelm *Sachenrecht* 215, 291, 296; Ertl 1980 *Rechtspfleger* 49.

80 Kuntze *Grundbuchrecht* 512-513; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 77; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 9.

81 Hy is dus in 'n swakker posisie as die huurkoopkoper wat die saak onderhewig aan eiendomsvoorbehoud koop. Laasgenoemde verkry wel 'n saaklike reg (§161 *BGB*) en die verkryging van die volle reg hang net van hom af en kan deur niemand verhinder word nie.

82 Hierdie beskerming is egter beperk en word aangevul deur die beskerming wat deur die *Vormerkung* gebied word. Sien Wilhelm *Sachenrecht* 295, 296; Wieling *Sachenrecht* 1992 248-249; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 118.

Die feit dat die saaklike ooreenkoms bindend is en bly voortbestaan tot op die tydstip waarop registrasie plaasvind, het ook tot gevolg dat die feit dat die vervreemder sy handelingsbevoegdheid verloor nadat die saaklike ooreenkoms tot stand gekom het (transportakte opgestel is), nie verhinder dat eiendomsreg deur registrasie oorgaan nie. Indien hy byvoorbeeld kranksinnig verklaar word of onder kuratele geplaas word, kan die verkryger steeds registrasie bewerkstellig, want die ooreenkoms word nie daardeur beëindig nie en die medewerking van die vervreemder is nie meer nodig nie.[83] Indien die saaklike ooreenkoms reeds bindend geword het kan die kurator registrasie nie verhinder nie (hy is ook gebonde), maar indien dit nog nie bindend is nie, kan hy die saaklike ooreenkoms wel herroep.[84]

14.2.8 Verteenwoordiging en voorwaardes

Terwyl die saaklike ooreenkoms uit wilsverklarings bestaan en die voorskrifte met betrekking tot regshandelinge en ooreenkomste van toepassing is, kan enige van die partye by sluiting van die ooreenkoms verteenwoordig word. Die saaklike ooreenkoms kan dus deur 'n verteenwoordiger gesluit word. In geval van handelingsonbevoegde persone, beperk handelingsbevoegdes en regspersone, moet die betrokke party noodwendig verteenwoordig word ('n minderjarige moet byvoorbeeld deur sy voog verteenwoordig word).[85] In geval van die oordrag van roerende goed, kan die ooreenkoms aan ontbindende en opskortende voorwaardes, asook tydsbepalings onderwerp word,[86] is 'n

---

83 Die partye moet slegs op die tydstip van die saaklike ooreenkoms handelingsbevoeg wees en nie ook op die tydstip van lewering (registrasie) nie, want laasgenoemde is geen regshandeling nie. Sien Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 112; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 103; Wieling *Sachenrecht* 1990 36, 280 vn 23, Wieling *Sachenrecht* 1992 259 (e).

84 Baur *Sachenrecht* 210.

85 Baur *Sachenrecht* 570-571; Wilhelm *Sachenrecht* 303; Kuntze *Grundbuchrecht* 518 ev; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 57; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 69 ev. Raadpleeg ook reg 65 van die regulasies uitgevaardig ingevolge die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937 en ook Heyl *Grondregistrasie* 27-28, 134, 136 ev.

86 Dit is nie die saaklike ooreenkoms as sodanig wat aan die voorwaarde onderworpe is nie, maar wel die regsgevolg eiendomsoorgang. Baur *Sachenrecht* 205, 570; Wilhelm *Sachenrecht* 301-302; Westermann *Sachenrecht* 259; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 96; Wieling *Sachenrecht* 1990 281, Wieling *Sachenrecht* 1992 255; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 68. Sien ook Cronjé 1979 *THRHR* 142 ev.

saaklike ooreenkoms ten gunste van 'n derde moontlik[87] en kan die verklarings van die partye deur 'n hofbevel vervang word.[88] Die belangrikste voorbeeld van die saaklike ooreenkoms onderworpe aan 'n opskortende voorwaarde, is lewering met eiendomsvoorbehoud. Indien 'n saak oorhandig word terwyl die oorgang van eiendomsreg aan 'n voorwaarde onderworpe is, gaan eiendomsreg outomaties oor sodra die voorwaarde vervul is.[89]

In geval van die oordrag van eiendomsreg op *onroerende* goed, kan die saaklike ooreenkoms egter *nie* aan voorwaardes of tydsbepalings onderhewig gestel word nie. Indien dit wel afhanklik gemaak word van die plaasvind of nie-plaasvind van 'n onsekere toekomstige gebeurtenis, is dit nietig.[90] Die verkoop van grond onder eiendomsvoorbehoud is dus onmoontlik.[91] Die doel met die verbod is om die juistheid van die register te verseker en sodoende regsekerheid te bewerkstellig. Anders sou dit geen publisiteitswaarde hê nie.[92]

14.2.9 Samevatting

1. Die bespreking hierbo het aan die lig gebring dat die saaklike ooreenkoms 'n selfstandige ooreenkoms is, wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms geskei en onderskei moet word. Omdat dit 'n abstrakte handeling is, is dit nie van die geldigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms afhanklik nie, dit moet aan sy eie geldigheidsvereistes voldoen. In Duitsland word aanvaar dat die saaklike ooreenkoms 'n regshandeling is en dat die reëls wat op regshan-

87 Dit is egter 'n omstrede vraag. In geval van die oordrag van onroerende goed is die saaklike ooreenkoms ten gunste van 'n derde egter nie moontlik nie. Sien Baur *Sachenrecht* 43-44, 207; Kuntze *Grundbuchrecht* 514-515; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 57; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 52.

88 §894-897 van die *Zivilprozeßordnung (ZPO);* Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 120; Wieling *Sachenrecht* 199O 278-279; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 96.

89 Cronjé 1979 *THRHR* 142 ev.

90 §925 *BGB*; Baur *Sachenrecht* 248; Kuntze *Grundbuchrecht* 530; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 91; Wieling *Sachenrecht* 1992 333; Wilhelm *Sachenrecht* 289; Westermann *Sachenrecht* 260; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 57-58.

91 Maar sien Baur *Sachenrecht* 248-249 vir metodes om hierdie verbod te omseil. Die partye kan bv die notaris opdrag gee om eers na plaasvind van 'n bepaalde gebeurtenis (soos betaling van die koopprys), of na verloop van 'n vasgestelde tydperk, aansoek te doen vir registrasie.

delinge, wilsverklarings en ooreenkomste van toepassing is, ook vir die saaklike ooreenkoms geld.

2. Die saaklike ooreenkoms opsigself het nog nie vestiging of oordrag van saaklike regte tot gevolg nie, maar dit vorm naas lewering of registrasie deel van die oordragshandeling. Die ooreenkoms bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Daarbenewens, moet daar ook eenstemmigheid wees betreffende die persoon van die vervreemder, die persoon van die verkryger en die saak wat oorgedra word (wat ook bepaald moet wees).

3. In Nederland en in Duitsland, word die saaklike ooreenkoms aan vormvereistes onderwerp. In Nederland moet die notaris 'n notariële akte opstel (wat ook transportakte is), wat die saaklike ooreenkoms bevat en wat deur beide partye onderteken moet word. Die ooreenkoms kom tot stand met ondertekening van die akte. In Duitsland word vereis dat die partye in mekaar se teenwoordigheid voor 'n notaris uitdruklik verklaar dat hulle eiendomsreg oordra en ontvang, van welke tydstip af die ooreenkoms bindend is. Dit hoef nie notarieel verly te word ten einde geldig te wees nie, maar registrasie sal slegs uitgevoer word indien bewys voorgelê word dat die saaklike ooreenkoms bestaan. Dit geskied deur voorlegging van 'n notariële akte aan die registrasiebeampte.

4. Die bindende saaklike ooreenkoms verleen aan die verkryger 'n *Anwartschaft* wat hom in staat stel om, sonder medewerking van die vervreemder, die nodige prosedurele stappe te neem om registrasie in sy naam te bewerkstellig. Aangesien die ooreenkoms bindend is kan die vervreemder dit nie meer eensydig herroep nie.[93] Die saaklike ooreenkoms omvat ook die toestemming van die vervreemder dat die verkryger oor die saak kan beskik, selfs al is dit nog nie in sy naam geregistreer nie.[94]

---

92 Westermann *Immobiliarsachenrecht* 57-58. In plaas van voorwaardes en tydsbepalings, kan die *Vormerkung* gebruik word om die koper te beskerm. §16 (2) *Grundbuchordnung* (*GBO*).

93 Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 79; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 133.

94 §185 *BGB*; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 133.

5. In Suid-Afrika is geen vormvereistes op die saaklike ooreenkoms van toepassing nie.[95] Dit kom nie in die transportakte tot uiting nie en dit word ook nie notarieel verly nie. Om die waarheid te sê, daar is geen uitdruklike verklarings ten effekte dat eiendomsreg oorgedra en ontvang word nie. Die bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, word uit die omstandighede afgelei. Die praktyk is dat registrasie plaasvind op versoek van die vervreemder. Die probleem is egter dat die vervreemder registrasie kan bewerkstellig, sonder dat die verkryger daarvan bewus is of daaraan meegewerk het en selfs teen sy wil. Die partye is ook nie aan die ooreenkoms gebonde nie.

Die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms en registrasie vereis 'n meer volledige bespreking, maar alvorens dit gedoen word, sal die juridiese konstruksie van die saaklike ooreenkoms eers bespreek word.

14.3 Die juridiese konstruksie van die saaklike ooreenkoms

Geen bespreking betreffende die saaklike ooreenkoms kan sinvol gevoer word, tensy daar duidelikheid betreffende die juridiese konstruksie van die ooreenkoms bestaan nie. Alhoewel daar vandag grotendeels eenstemmigheid is betreffende die juridiese konstruksie, is dit nogtans belangrik om aandag te gee aan die verskillende konstruksies wat aangetref word, omdat mens dan 'n duidelike beeld verkry van die aspekte waaroor daar nie eenstemmigheid bestaan nie, die aard van die ooreenkoms en die verband tussen die ooreenkoms en die ander regshandelinge in die oordragsproses. Die verskillende konstruksies sal vervolgens bespreek word.

14.3.1 Konsensuele saaklike ooreenkoms met saaklike werking

Volgens hierdie konstruksie is die enigste inhoud van die saaklike ooreenkoms die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die saaklike ooreenkoms kom tot stand sodra wilsooreenstemming bereik is. Wilsooreenstemming en ooreenkoms is sinonieme. Voorts word die standpunt ingeneem dat die saaklike ooreenkoms reeds oordrag

95 Maar sien Badenhorst ea *Property* 202, 208-210 ivm die vormvereistes vir transportaktes in Suid-Afrika.

van eiendomsreg tot gevolg het omdat dit 'n kenmerk van alle ooreenkomste is dat dit regsgevolge het en nie net beoog nie. By die verbintenisskeppende ooreenkoms het die blote wilsooreenstemming sonder meer regsgevolge, want 'n verbintenis kom tot stand. 'n Saaklike ooreenkoms moet derhalwe 'n ooreenkoms wees wat 'n saaklike reg tot stand bring.[96]

Oordrag van onroerende goed verskil, onder andere, in die volgende opsigte van oordrag van roerende goed: verskaffing van fisiese beheer word deur registrasie vervang; die saaklike ooreenkoms moet in Nederland notarieel verly word; in Duitsland moet dit voor 'n notaris afgelê word.[97] As die onderhawige konstruksie met hierdie verskille in gedagte op die oordrag van onroerende goed van toepassing gemaak word, beteken dit dat die saaklike ooreenkoms tot stand kom, sodra die notariële akte verly word. Eiendomsreg gaan op hierdie tydstip oor, selfs al het registrasie nog nie plaasgevind nie.

Savigny word beskou as 'n eksponent van hierdie konstruksie by oordrag van roerende goed omdat hy die saaklike ooreenkoms omskryf as 'n regsfeit waardeur die begin of die einde van 'n regsverhouding *bewerkstellig word*. Die saaklike ooreenkoms het dus reeds saaklike regsgevolge.[98] In geval van die vestiging van 'n erfdiensbaarheid, erfpag en opstal, het die saaklike ooreenkoms in die Duitse reg in die tyd van Savigny wel onmiddellik sakeregtelike gevolge tot stand gebring.[99] By die oordrag van eiendomsreg het die saaklike ooreenkoms egter nie onmiddellike sakeregtelike gevolge nie omdat verskaffing van fisiese beheer (roerende

96 In Nederland het die vraag of mens met 'n *ooreenkoms* te make het indien die afspraak opsigself nog nie regsgevolge teweeg bring nie, maar net daarop gerig is, 'n groot bespreking uitgelok. Daar kan ongelukkig nie hier in meer besonderhede daarop ingegaan word nie, maar sien oa Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 234 en Cronjé 1984 *THRHR* 200-201.

97 In Suid-Afrika hoef die saaklike ooreenkoms nie in die notariële akte vervat te wees nie. Die konstruksie by oordrag van onroerende goed verskil dus nie werklik van dié wat op roerende goed van toepassing is nie.

98 Die saaklike ooreenkoms is vir hom 'n *juristische Tatsache* (regsfeit) en dit word weer omskryf as 'n "Ereignis wodurch der Anfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird". Savigny *System* III op 3. Sien ook die bespreking in hfst 10.3.3 en Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 231-232, 234. Suid-Afrikaanse skrywers wat hier tuisgebring kan word, is Scott *Sessie* 94, 179 en Hosten *Inleiding* 405-406.

99 Sien Savigny *System* III 312. Dit kan ook van die skenking aan 'n bedelaar gesê word.

sake) of registrasie (onroerende sake), benewens die saaklike ooreenkoms, ook vereistes vir die oordrag van eiendomsreg is. In hierdie geval was Savigny dus genoodsaak om sy omskrywing van die saaklike ooreenkoms aan te pas, sodat die blote wilsooreenstemming nog nie regsgevolge het nie (dit bewerkstellig nie onmiddellik die oordrag van eiendomsreg nie), dit het slegs die uiteindelike oordrag van eiendomsreg ten doel.[100] Die probleem is natuurlik dat hierdie omskrywing in stryd is met Savigny se eie uitgangspunt, waarvolgens die saaklike ooreenkoms reeds sakeregtelike werking het.

In geval van die oordrag van onroerende goed, kan Hamaker[101] en Scholten[102] voorgehou word as eksponente van hierdie konstruksie. Hulle het die standpunt verkondig dat eiendomsreg reeds op die verkryger oorgaan, sodra die transportakte onderteken is en nie eers wanneer *inschrijving* (registrasie) plaasgevind het nie. Die saaklike ooreenkoms wat op skrif gestel en onderteken is, het dus reeds sakeregtelike werking. Alhoewel Scholten[103] later erken het dat hierdie standpunt verkeerd is, het hy nie daarvan afgesien nie. Hy het beswaar gehad teen 'n konstruksie waarvolgens oordrag van eiendomsreg plaasvind deur 'n handeling van 'n staatsamptenaar op versoek van die verkryger waarby die vervreemder nie betrokke is nie. Sy standpunt was dat registrasie nie 'n vereiste vir oordrag van eiendomsreg is nie. Dit is geen leweringshandeling nie, maar bloot 'n bekendmaking van dit wat tussen die vervreemder en verkryger plaasgevind het. Dit word slegs vereis ten einde aan eiendomsoordrag ook werking ten aansien van derdes te laat toekom.[104] Scholten se standpunt is egter verwerp.[105] Die algemeen aanvaarde standpunt in Nederland is dat registrasie 'n voorvereiste vir die oordrag van eiendomsreg is.

---

100 "So ist die Tradition ein wahrer Vertrag, da alle Merkmale des Vertragbegriffs darin wahrgenommen werden: denn sie enthält von beiden Seiten die auf gegenwärtige Uebertragung des Besitzes und des Eigenthums gerichtete Willenserklärung". Savigny *System* III 312 (eie beklemtoning).

101 Hamaker *Negatiewe Stelsel* 72 ev.

102 Asser-Scholten *Zakenrecht* 192-193, 194 vn 1.

103 Asser-Scholten *Zakenrecht* 122.

104 Raadpleeg Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 229-230.

105 Raadpleeg bv Eggens *Oude Vraag* 195-216; Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 230-231; Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 49-51; Cerutti *Rechtsgeschiedenis* 201.

Die kritiek teen die konsensuele saaklike ooreenkoms as synde 'n regsfeit wat sakeregtelike gevolge het, is dat dit nie op eiendomsoordrag (die belangrikste geval waarvoor dit ontwerp is) toegepas kan word nie - die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang is nie opsigself voldoende om oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig nie. Vir die oordrag van eiendomsreg is meer nodig as bloot net die bedoeling van die partye. In geval van roerende goed moet fisiese beheer ook nog verskaf word en in geval van onroerende goed word registrasie vereis.[106] Solank as wat fisiese beheer nie verskaf is nie, of registrasie nog nie plaasgevind het nie, het die ooreenkoms nog geen sakeregtelike gevolge nie.[107] Indien die begrip saaklike ooreenkoms tot so 'n eng inhoud beperk word, sal daar vir die ooreenkoms wat by eiendomsoordrag en elders figureer 'n naam gevind moet word. Waar dit oor 'n sakeregtelike gevolg gaan, is die begrip *saaklike ooreenkoms* juis 'n geskikte term.[108]

Hierdie gebrek in die konstruksie van die saaklike ooreenkoms is reeds deur Van Oven blootgelê.[109] Hy het ook aangetoon dat hierdie konstruksie wel op die oordrag van roerende goed by wyse van by *traditio brevi manu* en *constitutum possessorium* toegepas kan word omdat die verskaffing van fisiese beheer nie in hierdie gevalle 'n vereiste is nie en die ooreenkoms sonder meer regsgevolge het.[110]

14.3.2 Reële saaklike ooreenkoms

Die siening dat 'n ooreenkoms 'n meersydige regshandeling is wat regsgevolge *het* en nie slegs beoog nie, lê ook ten grondslag van die konstruksie van die reële saaklike ooreenkoms.[111] Ingevolge hierdie konstruk-

106 Dit is 'n amptelike handeling wat nie deur die partye verrig word nie en wat onafhanklik van die partye se wilsooreenstemming kan plaasvind.
107 Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 163; Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 231-232.
108 Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 233.
109 Van Oven 1935 *WPNR* 521 vn 11.
110 Sien Van Oven 1935 *WPNR* op 520-521. In hierdie gevalle het mens volgens Van Oven inderdaad met 'n saaklike ooreenkoms te doen in die betekenis wat Savigny aan die begrip heg – die ooreenkoms opsigself het reeds saaklike werking.
111 Eksponente van hierdie standpunt is Rutten 1949 *WPNR* 68-69; Asser-Rutten *Verbintenissenrecht* II 14-15, 17; De Groot 1978 *WPNR* 93; Von Tuhr *Allgemeine Teil* 221; Wolff *Sachenrecht* 119, 235; Enneccerus-Nipperdey *Allgemeiner Teil* 910; Raghoebarsingh *Overdracht* 3. Raadpleeg verder Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 18-19; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 161; Kuntze *Grundbuchrecht* 73;

sie moet die saaklike ooreenkoms, om hoegenaamd as 'n *ooreenkoms* beskryf te kan word, dus regsgevolge hê – dit moet reeds die totstandkoming of oordrag van subjektiewe regte tot gevolg hê.[112]

Anders as in geval van die konsensuele saaklike ooreenkoms, is die voorstanders van die reële saaklike ooreenkoms egter van oordeel dat die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (blote wilsooreenstemming) nog geen saaklike ooreenkoms kan wees nie omdat dit opsigself geen sakeregtelike gevolge teweegbring nie - dit het slegs oordrag ten doel. Ten einde regsgevolge te bewerkstellig, moet daar iets by die wilsooreenstemming bykom, naamlik die verskaffing van fisiese beheer in geval van roerende sake en registrasie in geval van onroerende sake.[113] Hulle wys daarop dat dit so mag wees dat wilsooreenstemming 'n wesenlike element van alle ooreenkomste is, maar dit is nie te sê dat as daar wilsooreenstemming is, daar noodwendig ook 'n ooreenkoms tot stand gekom het nie. 'n Ooreenkoms kan uit meer as net wilsooreenstemming bestaan. Daar kan ook ander *essentialia* voorgeskryf word, soos byvoorbeeld 'n akte, oorhandiging van 'n saak, die medewerking van 'n amptenaar (byvoorbeeld by huwelike en registrasie). Wilsooreenstemming en ooreenkoms is dus nie noodwendig sinonieme nie.

Die saaklike ooreenkoms bestaan vir hulle dus uit wilsooreenstemming dat eiendomsreg oorgedra en ontvang word, wat in geval van die oordrag van onroerende goed in die transportakte (notariële akte) vervat word, plus die verskaffing van fisiese beheer of registrasie.[114] Dit beteken dat die ooreenkoms eers tot stand kom wanneer die transportakte en/of notariële akte geregistreer word.

Streuer 1988 *Rechtspfleger* 513; Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 233; Laurens *Saaklike Regte* 250-252; Scott *Sessie* 94, 179.

112 'n Ooreenkoms is 'n regshandeling en 'n regshandeling is 'n regsfeit wat regsgevolge het. Indien die saaklike ooreenkoms geen regsgevolge het nie kan dit nie met die begrip *ooreenkoms* beskryf word nie.

113 Asser-Rutten *Verbintenissenrecht* II 14 ev. Verder Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 20-21; Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht* 18-19; Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 233-235; Laurens *Saaklike Regte* 251-252, 257.

114 Die saaklike ooreenkoms kom eers tot stand wanneer aan al die vereistes vir oordrag voldoen is. Dit kan dus nie voor registrasie tot stand kom nie. Raadpleeg Asser-Rutten *Verbintenissenrecht* II 19.

Wiarda[115] se standpunt kan ook onder die reële saaklike ooreenkoms tuisgebring word alhoewel sy siening effens anders daar uitsien as dié wat hierbo verduidelik is. Ook hy is van oordeel dat die saaklike ooreenkoms bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en die verskaffing van fisiese beheer of registrasie. Anders as die ander skrywers, is hy egter van oordeel dat fisiese beheer of transportakte (notariële akte) in geval van registrasie die regtens voorgeskrewe vorm is waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom – dit is die uiterlik waarneembare demonstrasie van die wilsooreenstemming.[116] Die saaklike ooreenkoms het dus eers regsgevolge indien die formaliteite wat die reg stel nagekom is.[117]

Van der Merwe se siening betreffende die inhoud van die saaklike ooreenkoms en die onderskeid tussen die verskillende komponente in die oordragsproses is nie baie duidelik nie, maar dit wil tog voorkom of hy 'n eksponent van die reële saaklike ooreenkoms is. Hy onderskei bloot tussen verbintenisskeppende ooreenkoms en die sakeregtelike oordragshandeling. Die leser kry die indruk dat die saaklike ooreenkoms die oordragshandeling is, dit wil sê lewering plus bedoeling.[118]

Kritiek teen die konstruksie van die reële saaklike ooreenkoms is gerig teen die siening dat 'n ooreenkoms noodwendig regsgevolge moet hê, alvorens dit as sodanig beskou kan word. Die kritici gaan van die standpunt uit dat die saaklike ooreenkoms as 'n ooreenkoms beskou kan word, selfs al het dit opsigself nog geen regsgevolge nie.[119] Verdere kritiek is

---

115 Wiarda *Cessie* 105. Sien ook De Groot 1978 *WPNR* 93. Hofmann *Verbintenissenrecht* 168 en Hofmann *Zakenrecht* 261 se omskrywing van die saaklike ooreenkoms stem wesenlik ooreen met dié van Wiarda. Van Eikema Hommes 1962 *WPNR* 37 is van oordeel dat Wiarda Rutten se standpunt onderskryf, maar Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 22 meen dat dit nie die geval is nie.

116 In hierdie opsig sluit hy aan by Savigny se siening van die konstruksie van die saaklike ooreenkoms. Dit wil voorkom of Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 62, 164, 168-169 hierdie standpunt oorneem. Die verskaffing van fisiese beheer word beskryf as die regtens voorgeskrewe vorm waarin die wilsooreenstemming (saaklike ooreenkoms) tot uiting kom. Soos hieronder aangetoon sal word, beteken dit nog nie dat hy 'n voorstander van die konstruksie van die reële saaklike ooreenkoms is nie. Die saaklike ooreenkoms is vir hom maar een van twee elemente van die oordragshandeling.

117 Raadpleeg verder Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 234; Laurens *Saaklike Regte* 252, 257-258; Scott *Sessie* 94 vn 8; Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 22.

118 Van der Merwe *Sakereg* 16-17; 301, 303, 306.

119 Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 162, 164; Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 234-235.

dat indien die saaklike ooreenkoms eers tot stand kom wanneer die transportakte (notariële akte) geregistreer is, dit naas registrasie geen selfstandige bestaansreg het nie.[120] Nog 'n probleem is dat indien wilsooreenstemming en registrasie een en dieselfde handeling is, nietigheid van die wilsooreenstemming noodwendig ook nietigheid van registrasie moet meebring. Hieronder[121] sal aangetoon word dat verskillende vereistes op elkeen van toepassing is.[122] Kritiek teen die standpunt van Wiarda, is dat dit nie geregverdig is om verskaffing van fisiese beheer of die transportakte as die regtens voorgeskrewe vorm waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom, te beskou nie. Verskaffing van beheer en die saaklike ooreenkoms is twee gelyke komponente van die regshandeling eiendomsoordrag.[123]

In die praktyk is daar weinig verskil tussen die opvatting dat die saaklike ooreenkoms uit wilsooreenstemming plus die feitlike handeling bestaan (die reële saaklike ooreenkoms) en die beskouing dat die saaklike ooreenkoms slegs bestaan uit wilsooreenstemming (die konsensuele saaklike ooreenkoms). In albei gevalle word wilsooreenstemming plus verskaffing van fisiese beheer vir die oordrag of vestiging van 'n saaklike reg vereis.[124]

14.3.3 Konsensuele saaklike ooreenkoms sonder sakeregtelike werking

Ingevolge hierdie konstruksie, wat algemeen aanvaar word en wat ook hier ondersteun word, bestaan die regshandeling *eiendomsoordrag* uit twee gelyke komponente, naamlik die saaklike ooreenkoms en verskaffing van fisiese beheer (roerende goed) of registrasie (onroerende goed). Die saaklike ooreenkoms bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang (die *animus transferendi et acquirendi*

120 Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 168.
121 Sien hfst 14.4.
122 Raadpleeg Kuntze *Grundbuchrecht* 73.
123 Sien Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 234-235. Hierdie kritiek is slegs geldig ten opsigte van die Suid-Afrikaanse en die Duitse reg. Wat die Nederlandse reg betref, is dit heeltemal geregverdig om die transportakte of notariële akte as die regtens voorgeskrewe vorm te sien waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom. Sien die bespreking hierbo by hfst 14.2.5 en verder ook Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 162, 164.

dominii), wat in geval van die oordrag van onroerende goed in die transportakte (notariële akte) tot uiting kom.[125] Die saaklike ooreenkoms opsigself het egter nog nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg nie; dit het slegs die vestiging of oordrag van 'n saaklike reg ten doel.[126] Benewens die saaklike ooreenkoms word lewering of registrasie ook vereis.[127] Beide elemente moet teenwoordig wees om die beoogde regsgevolg teweeg te bring. Hierdie konstruksie word by Nederlandse skrywers,[128] Suid-Afrikaanse skrywers en regspraak,[129] en ook Duitse skrywers[130] aangetref. Die stelling kan selfs gemaak word dat dit die algemeen aanvaarde standpunt in al drie die stelsels is.

Soos in geval van die konsensuele saaklike ooreenkoms wat hierbo bespreek is, is die wilsooreenstemming opsigself die saaklike ooreenkoms. Dit verskil egter van daardie konstruksie deurdat die saaklike ooreenkoms (wilsooreenstemming) nog nie eiendomsoordrag tot gevolg het nie. Die onderhawige konstruksie verskil ook van die reële saaklike ooreenkoms in dié opsig, naamlik dat die saaklike ooreenkoms hier slegs uit die wedersydse bedoeling bestaan, terwyl dit by daardie konstruksie uit wils-

---

124 Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 234.

125 Soos Wiarda, is Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 162, 164 van oordeel dat fisiese beheer en registrasie die regtens voorgeskrewe vorm is waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom. In die vorige uitgawes, naamlik Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 159 en Asser-Beekhuis *Zakenrecht* I 161 was dit bloot formaliteite wat nagekom moet ten einde oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig.

126 Dit is 'n ooreenkoms om eiendomsreg (onmiddellik of in die toekoms) oor te dra. Carey Miller *Acquisition* 130 vn 87: "The Afrikaans 'saaklike ooreenkoms', following the Dutch 'zakelijke overeenkomst', is preferable because the syllable 'like' conveys the meaning that the agreement is not itself the source of a real right".

127 Die saaklike ooreenkoms is maar een van twee elemente van die regshandeling eiendomsoordrag. Die vereistes wat op regshandelinge en ooreenkomste van toepassing is, is dan ook net op die saaklike ooreenkoms en nie registrasie nie, van toepassing. Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 78.

128 Bv Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 162, 164, 166, 168-169, 171-172; Pitlo *Zakenrecht* 194-197; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 69, 83-85, 136; Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht* 59-61, 89; Houding *Toekomstige Hechter* 45-47; Schut *Rechtshandeling* 27-28; Asser-Scholten *Zakenrecht* 163. Verder Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 16, 22.

129 Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 237-238, 240, 244; Carey Miller *Acquisition* 121, 124-125, 130; Scholtens 1957 *SALJ* 280 op 290-291; Laurens *Saaklike Regte* 257, 266; Delport en Olivier *Vonnisbundel* 275; Badenhorst ea *Property* 73-74, 79; Schoeman *Property* 73, 74, 77; Van der Walt en Pienaar *Property* 126. Sien ook *Air-Kell h/a Merkel Motors v Bodenstein* 1980 3 SA 917 (A) 922 F; *Trust Bank v Western Bank* 1978 4 SA 281 (A) 301 H – 302 A.

130 Baur *Sachenrecht* 35, 44; Staudinger *Sachenrecht* I *einleitung zu* §873 Rdn 27; §873 Rdn 6, 35 en 161; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 2; Wieling *Sachen-*

ooreenstemming plus lewering of registrasie bestaan. Daar het die saaklike ooreenkoms reeds sakeregtelike gevolge, hier is dit nie die geval nie.

Die konstruksie onder bespreking verskil dus van beide ander konstruksies sover dit die betekenis van die begrip *ooreenkoms* betref. Die aanhangers van daardie twee konstruksies gaan van die standpunt uit dat dit kenmerkend van alle ooreenkomste is dat dit regsgevolge het. Daar kan slegs van 'n saaklike ooreenkoms gepraat word, as dit die ontstaan van die saaklike reg tot gevolg het - as die saaklike ooreenkoms reeds sakeregtelike werking het. As dit nie die geval is nie kan mens nie van 'n (sakeregtelike) ooreenkoms praat nie.

Daarteenoor is die eksponente van die onderhawige konstruksie van oordeel dat 'n ooreenkoms nie noodwendig regsgevolge het nie en ook nie hoef te hê nie. Hoe 'n mens *ooreenkoms* omskryf, is 'n kwessie van terminologie. In die privaatreg is daar 'n behoefte aan 'n benaming vir die meersydige en ooreenstemmende wilsverklarings wat op die inwerkingtrede van die regsgevolg gerig is, onverskillig of dit inderdaad intree soos die partye dit beoog het al dan nie. Vir hierdie begrip word in die regswetenskap die uitdrukking *ooreenkoms* gebruik, ook al tree die regsgevolge glad nie of slegs gedeeltelik in. Cronjé[131] wys daarop dat dit gebruiklik is om te praat van *nie-bindende*, *nietige* of *vernietigbare* ooreenkomste. Hierdie benamings sal egter onbestaanbaar wees as elke ooreenkoms noodwendig regsgevolge moet hê. As van 'n *nietige* ooreenkoms gepraat kan word, kan die wilsooreenstemming wat op die regsgevolg gerig is, ook 'n ooreenkoms genoem word, selfs al tree die gevolg eers in as 'n verdere vereiste bykom wat deur die reg voorgeskryf word. Dit is dus heeltemal in orde om van 'n saaklike ooreenkoms te praat, selfs al het dit nog nie regsgevolge nie.[132]

Daar moet ook in gedagte gehou word dat, alhoewel die saaklike ooreenkoms opsigself nie 'n verandering in die sakeregtelike posisie be-

---

recht 1992 255 vn 5; Wieling *Sachenrecht* 1990 32 vn 62 en 63; Kuntze *Grundbuchrecht* 73; Ertl 1980 *Rechtspfleger* 48.

131 Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 233.

werkstellig nie, dit in Nederland en in Duitsland by die oordrag van *onroerende* goed wel regsgevolge het. Die ooreenkoms is byvoorbeeld bindend en enigeen van die partye (die vervreemder of die verkryger) kan die nodige stappe neem om registrasie te bewerkstellig sonder, dat die ander party verder daaraan hoef mee te werk. Die teenparty sal hom ook nie kan verhinder om dit te doen nie.[133]

Kritiek teen die onderhawige konstruksie is dat indien die saaklike ooreenkoms slegs eiendomsoordrag ten doel het maar nog nie bewerkstellig nie, dit nie van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei kan word nie. Ook die verbintenisskeppende ooreenkoms, soos byvoorbeeld die koopooreenkoms, het die uiteindelike oordrag van eiendomsreg ten doel. Ten einde hierdie beswaar uit die weg te ruim, neem Asser-Mijnssen die woorde "ter uitvoering van een daartoe strekkende verbintenis" in die omskrywing van die saaklike ooreenkoms op. Dit maak duidelik dat die partye met die sluiting van die saaklike ooreenkoms nie 'n verbintenis in die lewe roep nie, maar dat hulle aan sodanige verbintenis uitvoering wil gee.[134]

14.4 Die verhouding tussen die saaklike ooreenkoms, lewering en registrasie

In nie een van die stelsels onder bespreking, het die verbintenisskeppende ooreenkoms oordrag van eiendomsreg tot gevolg nie. Daarvoor word 'n afsonderlike oordragshandeling vereis. Dit is reeds bekend dat die regshandeling *eiendomsoordrag* in al drie stelsels uit twee elemente bestaan, naamlik (1) lewering in geval van roerende goed en registrasie in geval van onroerende goed (objektiewe element); (2) die saaklike ooreenkoms (subjektiewe element).[135] Lewering of registrasie opsigself het dus nog nie eiendomsoordrag tot gevolg nie, daar moet ook 'n saaklike

132 Raadpleeg Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 233-235. Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 1992 163-164 het 'n soortgelyke standpunt. Sien ook Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 33.

133 Sien die bespreking hierbo by hfst 14.2.7. Verder Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 168-169.

134 Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 162-164; Asser-Beekhuis *Zakenrecht* I 162. Sien ook Van Eikema Hommes 1962 *WPNR* 38 vir kritiek op hierdie definisie en Bleeker 1964 *WPNR* 81 se antwoord daarop.

135 Sien die bespreking hierbo by hfst 14.2.2.

ooreenkoms wees. Die saaklike ooreenkoms opsigself het ook nie eiendomsoordrag tot gevolg nie, die saak moet gelewer word of daar moet registrasie wees. Die saaklike ooreenkoms en registrasie is dus twee afsonderlike, van mekaar onafhanklike en gelykwaardige vereistes vir die oordrag van eiendomsreg. Die een is 'n regshandeling (ooreenkoms) tussen twee individue wat tot die privaatreg hoort, die ander is 'n amptelike handeling van owerheidsweë wat tot die publiekreg hoort. Verskillende vereistes is op elkeen van die elemente van toepassing. Terwyl die saaklike ooreenkoms deur die reëls van die materiële reg beheers word, word registrasie deur die reëls van die formele reg (aktesregistrasie) beheers.[136] Hulle het ook verskillende regsgevolge wat onafhanklik van mekaar kan intree: die saaklike ooreenkoms verleen (in Nederland en in Duitsland) aan die verkryger die reg om sonder medewerking van die vervreemder aansoek te doen vir registrasie, terwyl registrasie weer die rangorde van teenstrydige regte wat geregistreer is bepaal. Die verhouding tussen hierdie elemente van eiendomsoordrag sal vervolgens verder ontleed word.

14.4.1 Funksie van die saaklike ooreenkoms

Die saaklike ooreenkoms is 'n vereiste vir die oordrag van eiendomsreg omdat niemand sy saak sonder sy toestemming ontneem mag word nie. Die ooreenkoms stel dit bo twyfel dat die vervreemder bedoel om sy saak in eiendomsreg oor te dra en dat die verkryger bedoel om eiendomsreg te ontvang.[137] Die subjektiewe ingesteldheid waarmee lewering geskied (saaklike ooreenkoms), speel 'n belangrike rol om lewering met die doel om eiendomsreg oor te dra, te onderskei van lewering met 'n ander doel waardeur eiendomsreg nie oorgedra word nie, soos byvoorbeeld in geval van pand, huur, bewaargewing, ensovoorts. Dit bepaal dus die aard van

136 Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 5-6, 161; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 106, 118; Streuer 1988 *Rechtspfleger* 513.

137 Ertl 1980 *Rechtspfleger* 48: "Die Einigung dient als 'Willenselement' der Verwirklichung der Privatoutonomie".

die saaklike reg wat oorgedra word, naamlik eiendomsreg of 'n beperkte saaklike reg.[138]

Alhoewel die saaklike ooreenkoms opsigself nog nie die vestiging of oordrag van saaklike regte tot gevolg het nie, het dit (in Nederland en in Duitsland) die volgende regsgevolge, selfs al het registrasie nog nie plaasgevind nie:[139] (1) Die bindende saaklike ooreenkoms verleen aan die verkryger 'n *Anwartschaft*; dit wil sê dat die verkryger sy reg om aansoek te doen vir registrasie aan die saaklike ooreenkoms ontleen. Dit stel hom in staat om sonder medewerking van die vervreemder, die nodige prosedurele stappe te neem om registrasie in sy naam te bewerkstellig. Aangesien die ooreenkoms bindend is, kan die vervreemder dit nie meer eensydig herroep nie.[140] (2) Die saaklike ooreenkoms omvat die toestemming van die vervreemder dat die verkryger oor die saak kan beskik, selfs al is dit nog nie in sy naam geregistreer nie.[141]

14.4.2 Doel van registrasie

Lewering en registrasie het weer die volgende funksies: dit het die verandering van saaklike regte tot gevolg (dit bewerkstellig byvoorbeeld oordrag van eiendomsreg) en bepaal die tydstip waarop die regsverandering in werking tree.[142] Gewoonlik word gesê dat dit 'n publisiteitsfunksie het aangesien dit aan buitestanders kennis gee dat 'n saaklike reg gevestig of oorgedra is,[143] maar in werklikheid verskaf die oordragshandeling (verskaffing van beheer en registrasie) nie publisiteit nie. Die inskrywing in die register word dikwels nooit deur 'n buitestander gesien nie, terwyl die verskaffing van beheer 'n kortstondige handeling is, met 'n geringe openbaarmakende uitwerking. Publisiteit is nie soseer in die oordrags-

138 Westermann *Sachenrecht* 256; Cronjé 1978 *THRHR* 227 op 231; Carey Miller *Acquisition* 121; Schoeman *Property* 73, 78; Van der Merwe *Sakereg* 302-303; *Forsdick Motors v Lauritzen* 1967 3 SA 249 (N) 253 E.

139 Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 78. In Suid-Afrika vertoon die saaklike ooreenkoms nie hierdie kenmerke nie.

140 Raadpleeg hfst 14.2.7. Verder Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 79; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 133.

141 §185 *BGB*; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 133.

142 Schoeman *Property* 73; Van der Merwe *Sakereg* 302-303; Carey Miller en Pope *Land Title* 48, 55; *Ex Parte Menzies et Uxor* 1993 3 SA 799 (K) 805-806; Kuntze *Grundbuchrecht* 62; Westermann *Sachenrecht* 256.

143 Wieling *Sachenrecht* 1992 252 (e); Westermann *Immobiliarsachenrecht* 100; Schmitz 1994 *JuS* 962; *Schoeman Property* 73.

handeling geleë nie, maar eerder in die feit dat die reg geregistreer is en die register vir buitestanders toeganklik is,[144] of in die feit dat die verkryger vir 'n tydperk na oordrag fisiese beheer oor die saak uitoefen.[145] Die funksie van die register is dat dit inligting aan die publiek gee betreffende die regte wat ten opsigte van 'n bepaalde stuk grond bestaan, daarom moet dit so volledig as moontlik en so korrek as moontlik wees.[146] Voorts kan daarop gewys word dat registrasie die verkryger in staat stel om sy eienaarsbevoegdhede uit te oefen, af te dwing en om sy reg te bewys. Die vermoede dat die register korrek is en die openbare vertroue in die korrektheid van die register, is 'n waarborg vir regsekerheid.

14.4.3 Die registrasieprosedure

In Suid-Afrika vind registrasie plaas deurdat die registrateur die transportakte en direk daarna die endossement op die ou akte, in teenwoordigheid van die transportbesorger, wat in opdrag van die vervreemder voor hom verskyn, onderteken.[147] Die nuwe akte word met die vorige een gekoppel deur middel van 'n endossement op laasgenoemde, wat meld dat die grondstuk aan die verkryger oorgedra is. Dit is alles een registrasiehandeling. Die bestaande titelakte is nou uitgedien en die nuwe akte tree in die plek daarvan as bewys van eiendomsreg. Dit is dus die akte wat geregistreer word aangesien registrasie in die transportakte plaasvind wanneer die registrateur dit attesteer.[148] In werklikheid is dit nie die transportakte wat geregistreer word nie, maar wel die regte wat oor-

144 Die registers is openbare dokumente. Die publiek kan te enige tyd insae verkry en die nodige ondersoeke doen.

145 Wieling *Sachenrecht* 1990 37.

146 Kuntze *Grundbuchrecht* 62; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 65; Ertl 1980 *Rechtspfleger* 48: "... die Eintragung (dient) als 'Sichtbarmachungselement' im öffentlichen Interesse der Offenkundigkeit dinglicher Rechte, die wegen ihrer absoluten Wirkung gegen jedermann allgemein sichtbar sein müssen." ["Die doel van registrasie is om die bestaan van saaklike regte, wat weens hulle absolute werking teenoor alle mense sigbaar moet wees, in die openbare belang bekend te maak" (eie vertaling)].

147 Die registrateur onderteken die transportakte nadat die transportbesorger dit in sy teenwoordigheid verly het. Tegnies vind registrasie plaas wanneer die laaste akte in die stel geteken is. Sien *Desai v Desai* 1996 1 SA 141 (A) 148.

148 In die beginjare het registrasie in die register plaasgevind, want die hele transportakte is in die register ingeskryf. Heyl *Grondregistrasie* 54, 61; Badenhorst ea *Property* 224.

gedra word. Die akte is bloot die middel ter verkryging van die reg.[149] Na registrasie word enkele besonderhede uit die nuwe akte op die bladsye in die grondregister wat vir die betrokke grondstuk ingeruim is, aangeteken.[150] Die grondregister is dus niks anders nie as 'n kronologiese indeks, wat slegs na die verskillende registrasiehandelinge wat ten opsigte van 'n bepaalde stuk grond uitgevoer is, verwys. Indien meer inligting verlang word,[151] moet die spesifieke transportakte geraadpleeg word.[152]

In Nederland vind registrasie (*inschrijving*)[153] plaas, wanneer 'n outentieke afskrif of uittreksel van die transportakte (dit wil sê die notariële akte wat die saaklike ooreenkoms bevat) by die registrasiekantoor ingedien word en deur die personeel in bewaring geneem word.[154] Relevante inligting soos die kantoor waar registrasie plaasgevind het, die dag, uur en minuut van aanbieding, asook die nommer van die inskrywing word op die afskrifte aangeteken en een daarvan word aan die notaris terugbesorg.[155] Noodsaaklike inligting wat in die akte vervat is, word daarna in die registers ingeskryf.[156] Registrasie (*inschrijving*) is 'n konstitutiewe vereiste vir die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed. Eiendomsreg kan nie daarsonder oorgaan nie.[157]

Anders as wat in Suid-Afrika en in Duitsland die geval is, is die registrateur (*bewaarder van de openbare registers*) in Nederland passief (*leij-*

149 Sien Lötz *Onroerende Goed* 14, 63; Heyl *Grondregistrasie* 67. Hulle meen daarom dat registrasie, soos in die Germaanse reg, die simboliese oordrag van regte is.

150 Soos bv die nommer en datum van die transportakte, die name van die vervreemder en verkryger, besonderhede in verband met verbande, onderverdelings, interdikte en kruisverwysings. Heyl *Grondregistrasie* 61.

151 Soos bv watter verband en ander saaklike regte geregistreer is, watter voorwaardes en beperkings bestaan.

152 Carey Miller en Pope *Land Title* 93-94; Badenhorst ea *Property* 211. In Duitsland kan van die *Eintragungsbewilligung* kennis geneem word. Sien Baur *Sachenrecht* 208.

153 Toe die *BW 1838* van toepassing was, is gepraat van *overschrijving* omdat die betrokke aktes woordeliks met die hand oorgeskryf is. Vandag word die akte nie meer oorgeskryf nie, maar ingeskryf.

154 Art 3:19 (2) *NBW*; Art 12 *Kadasterwet*.

155 Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 122-123; Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 385, 387.

156 Anders as in Suid-Afrika, waar die akte geregistreer word, word die titel (reg) in Nederland geregistreer. Die spraakgebruik is egter dat die transportakte ingeskryf word.

157 In geval van die *fideicommis*, boedelskeiding, herroeping van skenkings en inbeslagneming van onroerende sake, is registrasie nie 'n geldigheidsvereiste nie. Dit word slegs vereis sodat dit teenoor derdes werking kan hê. Asser-Mijnssen *Zaken-*

delijk). Hy doen geen selfstandige ondersoek na die regsgeldigheid van die oordrag nie en is ook nie bevoeg om dit te doen nie. Dit is die taak van die notaris.[158] Die notaris moet seker maak dat alles in orde is vir registrasie, deur byvoorbeeld 'n behoorlike ondersoek in die registers te doen, die nodige dokumentasie (insluitende die transportakte of notariële akte) op te stel en te verly en dit saam met die aansoek om registrasie by die akteskantoor in te dien.[159] In Suid-Afrika word die taak nie deur 'n notaris nie, maar wel deur 'n transportbesorger vervul,[160] wat optree in opdrag van die vervreemder, alhoewel hy die belange van beide partye moet behartig.[161] Die transportbesorger in Suid-Afrika is dus min of meer die eweknie van die Nederlandse en Duitse notaris.

Die feit dat die notariële akte in Nederland tegelyk ook transportakte is en dat die saaklike ooreenkoms daarin vervat word, beteken dat dit die saaklike ooreenkoms is wat ingeskryf word. Ingevolge die *BW 1838* was dit die verbintenisskeppende ooreenkoms en nie die saaklike ooreenkoms nie, wat ingeskryf moes word.[162] Die standpunt was dat die partye reeds by die verbintenisskeppende ooreenkoms die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en dat daardie bedoeling bly voortbestaan, totdat prestasie plaasgevind het.[163] Daar is aanvaar dat die vervreemder met totstandkoming van die verbintenisskeppende ooreenkoms, tegelyk ook toestemming gee tot oordrag van eiendomsreg, tensy

---

recht 163-164, 265, 268; Asser-Beekhuis *Zakenrecht* I 244-246; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 69; Konings *Openbare Registers* 35-36, 43 ev.

158 Die notaris kan deur enige van die partye aangestel word, maar gewoonlik tree hy op in opdrag van die verkryger. Beide partye kan ook gesamentlik opdrag gee.

159 Die registrateur kan die partye wel waarsku indien daar een of ander fout is. Raadpleeg Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 118, 123; Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht* 298-299; Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht* 82, 83, 87.

160 Art 15A van die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937.

161 Raadpleeg Carey Miller en Pope *Land Title* 124; Badenhorst ea *Property* 216-218; Heyl *Grondregistrasie* 32, 136; Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 222.

162 Art 671 (2) *BW* 1838 het vereis dat die *verbintenisskeppende ooreenkoms*, of 'n uittreksel daarvan, in die registers oorgeskryf moes word.

163 Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 222; Asser-Beekhuis *Zakenrecht* I 239; Hofmann *Zakenrecht* 212, 262; Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 32; Eggens *Oude Vraag* 195 ev; Van der Ploeg 1947 *WPNR* 305 ev, 320 ev, 325 ev, 333 ev. Dit was ook die standpunt van die Hoge Raad in die uitsprake van 7 November 1862, *W* 2431 en 14 Mei 1875, *W* 3853 (sien Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst* 32).

uitdruklik of stilswyend anders ooreengekom word.[164] Afsonderlike verklarings om eiendomsreg oor te dra en te ontvang was dus nie nodig nie.[165]

In Duitsland vind registrasie plaas deurdat 'n inskrywing (*Eintragungsvermerk*) op die bladsy in die *Grundbuch* wat vir die betrokke grondstuk ingerig is, gemaak word. Elke inskrywing in die grondregister moet die volgende inligting weergee: die datum waarop die inskrywing gedoen is, besonderhede betreffende die grondstuk, die aard, inhoud en omvang van die reg wat geregistreer word, persoonlike besonderhede betreffende die nuwe eienaar,[166] en die grondslag vir registrasie, naamlik die datum en tyd van die saaklike ooreenkoms (*Auflassung*).[167] Die naam van die vorige eienaar word met rooi onderstreep. Die inskrywing moet deur twee registrasiebeamptes[168] onderteken word, op welke tydstip registrasie voltooi is.[169]

'n Opvallende verskil tussen die registrasieproses in Nederland en Duitsland aan die een kant en dié in Suid-Afrika aan die ander kant, is dat die transportbesorger as verteenwoordiger van die vervreemder[170] voor die registrateur verskyn en in sy teenwoordigheid verklaar dat eiendomsreg aan die verkryger oorgedra word, terwyl dit in die ander twee stelsels nie die geval is nie. Indien die voorstelle wat later bespreek word geïmplementeer word,[171] naamlik dat die saaklike ooreenkoms op skrif gestel word of in die transportakte vervat word, sou maklik van hierdie verouderde en uitgediende praktyk, wat op die Germaansregtelike stelsel van

164 Indien bv in die koopakte ooreengekom word dat dit nie vir registrasie aangebied mag word nie en dat 'n transportakte nog deur 'n notaris opgestel moet word. Asser - Beekhuis *Zakenrecht* I 238-239, 244; Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 259-260.

165 Daar kan gesê word dat die saaklike ooreenkoms reeds in die verbintenisskeppende ooreenkoms tot uiting kom.

166 Wilhelm *Sachenrecht* 291 maak die opmerking dat dit nie die oordrag is wat geregistreer word nie, maar wel die nuwe eienaar.

167 Geen inligting betreffende die verbintenisskeppende ooreenkoms word aangeteken nie. Dit gebeur egter dikwels dat die verbintenisskeppende ooreenkoms en saaklike ooreenkoms (*Auflassung*) in dieselfde dokument vervat word.

168 Die *Rechtspfleger* en die *Grundbuchführer*.

169 §3 en 44 *Grundbuchordnung* (GBO); Baur *Sachenrecht* 172, 174; Kuntze *Grundbuchrecht* 765, 1062-1066, 1077-1079; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 162; Schmitz 1994 *JuS* 964, 1056-1057; Pienaar 1986 *CILSA* 246.

170 Alhoewel die vervreemder ook persoonlik kan verskyn, gebeur dit in die praktyk maar selde.

171 Sien hfst 14.7.

oordrag voor die gereg (*coram lege loci*) gegrond is, afgesien kan word.[172] Dit sal reeds uit die transportakte duidelik wees dat die partye wedersyds die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en die beginsel dat oordrag van eiendomsreg die medewerking van beide partye veronderstel, sal dan in Suid-Afrika ook by die oordrag van onroerende goed tot sy reg kom. Sodoende sal waardevolle tyd en onnodige onkoste bespaar word. Ook in Duitsland moes beide partye aanvanklik voor die registrasiebeampte verskyn en die saaklike ooreenkoms sy teenwoordigheid aflê, maar daar is lankal van die praktyk afgesien.

14.4.4 Oordrag van eiendomsreg vind plaas met registrasie

Die tydstip van registrasie is ook die tydstip waarop eiendomsreg op die verkryger oorgaan. In Suid-Afrika gaan eiendomsreg dus oor wanneer die transportakte deur die registrateur geattesteer word, in Nederland wanneer die transportakte by die registrasiekantoor ingedien word en in Duitsland wanneer die inskrywing in die grondregister deur twee registrasiebeamptes onderteken word. Eiendomsreg sal egter slegs met registrasie oorgaan, indien daar op die tydstip van registrasie ook aan al die ander vereistes vir oordrag van eiendomsreg voldoen is. Oordrag van eiendomsreg word deur al die vereistes gesamentlik bewerkstellig, mits hulle almal gelyktydig aanwesig is. Die vervreemder moet byvoorbeeld beskikkingsbevoeg wees en daar moet 'n geldige saaklike ooreenkoms wees.[173]

Indien die vervreemder, nadat die saaklike ooreenkoms tot stand gekom het maar voor registrasie, sy beskikkingsbevoegdheid verloor omdat hy byvoorbeeld gesekwestreer word, of omdat daar op die grond beslag

172 Sien Heyl *Grondregistrasie* 10-11; Badenhorst ea *Property* 203, 205-206, 216-217; *Harris v Buissinne's Trustee* 1840 2 Menz 105 op 107. Verder Laurens *Saaklike Regte* 261; Van der Merwe *Sakereg* 338-339; Lötz *Onroerende Goed* 14.

173 Ertl 1980 *Rechtspfleger* 48: "Erst wenn beide Elemente (di Einigung en Eintragung) wirksam vorliegen, inhaltlich übereinstimmen und zeitlich zusammentreffen (gleich in welcher Reihenfolge) tritt die materielle Rechtsänderung ein." ["Die materiële regsverandering tree eers in werking wanneer beide elemente (die saaklike ooreenkoms en registrasie) gelyktydig bestaan (ongeag die volgorde waarin hulle tot stand gekom het), hulle geldig is en hulle inhoudelik ooreenstem" (eie vertaling)]. Sien ook Westermann *Immobiliarsachenrecht* 102; Wilhelm *Sachenrecht* 289, 302; Baur *Sachenrecht* 252; Wieling *Sachenrecht* 1990 36; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 5 en 180; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 107.

gelê word, of omdat daar 'n hofbevel is wat hom verbied om te vervreem, sal registrasie nie oordrag van eiendomsreg tot gevolg hê nie.[174] Hy moet op die tydstip waarop die reg oorgaan (registrasie), die bevoegdheid hê om oor die saak te beskik.[175] Die saaklike ooreenkoms wat reeds tot stand gekom het, is nou irrelevant, want die vervreemder se bedoeling of toestemming is nie meer ter sprake nie.[176] 'n Nuwe saaklike ooreenkoms tussen die persoon wat oor die bevoegdheid beskik om te vervreem, soos byvoorbeeld die kurator van die insolvente boedel en die verkryger moet gesluit word.[177] Hierdie situasie[178] kan natuurlik onbillik wees teenoor die verkryger, byvoorbeeld indien die aansoek om registrasie voor sekwestrasie ingedien word, maar as gevolg van 'n oponthoud in die aktekantoor nie dadelik geregistreer word nie. In Duitsland word hy tegemoet gekom, deurdat bogenoemde gebeurlikhede nie verhinder dat eiendomsreg met registrasie oorgaan nie indien die saaklike ooreenkoms bindend is en die aansoek om registrasie reeds voor die verlies aan vervreemdingsbevoegdheid ingedien is.[179]

Die feit dat die saaklike ooreenkoms in Nederland en in Duitsland in 'n notariële akte vervat moet word en dat dit as bewys aan die registrateur voorgelê moet word alvorens registrasie kan plaasvind, impliseer dat die ooreenkoms noodwendig registrasie sal voorafgaan.[180] Dit is egter ook

---

174 In Nederland sal eiendomsreg wel oorgaan indien registrasie op die eerste dag na beslaglegging plaasvind. Sien Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 124 en Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 171 vir die verskillende moontlikhede in hierdie verband.

175 Baur *Sachenrecht* 44-45, 211; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 180-181; Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 170-171; Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht* 59; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 123-124, 125. Die verhouding materiële reg en formele reg speel dus ook hier 'n rol.

176 Sy volmag aan die transportbesorger het ook tot 'n einde gekom. Carey Miller en Pope *Land Title* 80-81.

177 Daar kan ook geargumenteer word dat toe die vervreemder sy beskikkingsbevoegdheid verloor het, die bestaande saaklike ooreenkoms tot niet gegaan het. In hierdie opsig verskil die sakereg van die kontraktereg – 'n verbintenis bly voortbestaan selfs al verloor die vervreemder sy beskikkingsbevoegdheid.

178 Waar die vervreemder sy beskikkingsbevoegdheid verloor.

179 Die tydstip waarop die aansoek om registrasie ingedien is, is deurslaggewend. §878 *BGB*; Baur *Sachenrecht* 164, 211; Kuntze *Grundbuchrecht* 356; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 137-139; Wieling *Sachenrecht* 1992 260; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 103. Maar sien Ertl 1980 *Rechtspfleger* 43-44 wat die standpunt inneem dat eiendomsreg in hierdie gevalle slegs oorgaan indien die aansoek deur die verkryger gedoen is. Indien die vervreemder aansoek gedoen het, verloor hy sy beskikkingsbevoegdheid en is die aansoek nietig.

180 Alhoewel geen volgorde voorgeskryf word nie, kan die registrateur ingevolge §20 *GBO* (formele reg) slegs registreer, indien bewys van die saaklike ooreenkoms

moontlik dat die ooreenkoms eers na registrasie tot stand kom, soos wanneer registrasie plaasvind uit hoofde van 'n gebrekkige saaklike ooreenkoms wat agterna reggestel word, sodat dit dan geldig is.[181] Die ooreenkoms kan byvoorbeeld nietig wees omdat die vervreemder nie eienaar is nie (hy is nie beskikkingsbevoeg nie), of omdat die vervreemder nie handelingsbevoeg is nie (minderjarig). Registrasie sal wel eiendomsoordrag bewerkstellig indien die vervreemder later eienaar word, of indien 'n nuwe saaklike ooreenkoms tussen die voog van die minderjarige vervreemder en die verkryger gesluit word. 'n Nuwe inskrywing is nie nodig nie solank as wat registrasie met die ooreenkoms ooreenstem.[182] Die register is aanvanklik foutief omdat iemand as eienaar geregistreer is wat nie werklik eienaar is nie, maar wanneer die saaklike ooreenkoms later aangesuiwer word, gee die register wel die werklike toedrag van sake weer.

In geval van die oordrag van roerende goed is verskillende situasies moontlik. By alledaagse transaksies (soos byvoorbeeld by 'n kontantkoop) val die verbintenisskeppende ooreenkoms, saaklike ooreenkoms en verskaffing van fisiese beheer saam. In ander gevalle kom die saaklike ooreenkoms eers tot stand wanneer fisiese beheer verskaf word, maar dit kan ook voor die verskaffing van fisiese beheer tot stand kom.[183]

14.4.5 Registrasie moet met saaklike ooreenkoms ooreenstem

Eiendomsreg sal slegs met registrasie oorgaan, indien registrasie en die saaklike ooreenkoms met mekaar ooreenstem. Indien dit nie die geval is nie, kom geen reg tot stand nie of word geen reg oorgedra nie. Die vol-

---

voorgelê word. Maar dit is slegs 'n *Ordunungsvorschrift* wat nie die geldigheid van registrasie raak nie. Raadpleeg Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 101, 108; Baur *Sachenrecht* 570; Wilhelm *Sachenrecht* 302.

181 Die volgorde waarin saaklike ooreenkoms en registrasie plaasvind, maak nie werklik saak nie, solank as wat die twee elemente gelyktydig bestaan. Baur *Sachenrecht* 212; Kuntze *Grundbuchrecht* 499; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 149; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 108; Ertl 1980 *Rechtspfleger* 48; Streuer 1988 *Rechtspfleger* 513; Westermann *Sachenrecht* 256; Wieling *Sachenrecht* 1992 259; Wieling *Sachenrecht* 1990 279. Sien ook §892 *BGB*.

182 Sien Streuer 1988 *Rechtspfleger* 515. Hy vermeld ook die geval waar die saaklike ooreenkoms nietig is omdat die verteenwoordiger nie volmag gehad het nie. Hy wys ook op enkele voorbeelde van gevalle waar 'n nuwe registrasie wel nodig is.

183 Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 101; Baur *Sachenrecht* 570; Wilhelm *Sachenrecht* 302.

gende is enkele voorbeelde van gevalle waar eiendomsreg nie sal oorgaan nie omdat registrasie en saaklike ooreenkoms van mekaar verskil:

(a) Indien die saaklike ooreenkoms voor registrasie tot 'n einde kom, byvoorbeeld omdat die partye ooreenkom om dit te beëindig, of omdat dit vernietig word, of omdat daar tussen totstandkoming van die saaklike ooreenkoms en die tydstip waarop registrasie plaasvind, 'n verandering intree in die persoonlike omstandighede van die vervreemder, soos wanneer hy sy vervreemdingsbevoegdheid of eiendomsreg verloor.[184]

(b) Indien die grondstuk geregistreer word in die naam van iemand anders as die persoon wat die saaklike ooreenkoms as verkryger gesluit het. Die vervreemder-eienaar kom byvoorbeeld met Hans Meyer ooreen om eiendomsreg aan hom oor te dra, maar registrasie geskied in die naam van Karl Meyer.

(c) Indien registrasie en die saaklike ooreenkoms slegs gedeeltelik met mekaar ooreenstem, kan die regsverandering slegs plaasvind tot die mate waarin daar wel ooreenstemming is. Indien die partye byvoorbeeld ooreenkom om 'n verband te registreer vir 'n bedrag van R100 000, maar registrasie vind plaas vir 'n bedrag van R50 000, kom 'n verband net vir die bedrag van R50 000 tot stand.[185]

(d) Indien 'n ander saak geregistreer word as die een waarop ooreengekom is. Die partye kom byvoorbeeld ooreen om perseel A aan die verkryger oor te dra, maar die registrasiekantoor registreer perseel B. Die reg waarop ooreengekom is, kan nie oorgaan nie omdat dit nie geregistreer is nie en die reg wat geregistreer is, kan ook nie oorgaan nie omdat daar geen saaklike ooreenkoms is nie. Die saak wat geregistreer word, moet identies wees aan die saak waarop in die saaklike

184 Baur *Sachenrecht* 209-213; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 113.

185 Raadpleeg Wieling *Sachenrecht* 1992 259; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 183-184; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 114-117; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 103; Ertl 1980 *Rechtspfleger* 48.

ooreenkoms ooreengekom is. Die partye het egter geleentheid om die fout agterna reg te stel.[188]

14.4.6 Materiële reg teenoor formele reg

Die verhouding tussen saaklike ooreenkoms en registrasie word voorts bepaal deur die onderskeid tussen materiële reg en formele reg, wat verskillende vereistes vir die saaklike ooreenkoms en registrasie voorskryf. Die materiële reg bepaal byvoorbeeld, dat 'n saaklike ooreenkoms en registrasie vereistes vir die oordrag van saaklike regte op grond is. Dit bepaal ook die geldigheidsvereistes waaraan die saaklike ooreenkoms moet voldoen. Daarteenoor word die vereistes vir registrasie (dit wil sê, die prosedurereëls wat op aktesregistrasie van toepassing is) deur die formele reg voorgeskryf.[187]

Die materiële reg geniet voorkeur bo die formele reg. Indien daar nie aan die voorvereistes van die materiële reg voldoen is nie, sal geen regsverandering plaasvind nie, selfs al is die reëls van die formele reg nagekom. Indien daar byvoorbeeld nie 'n geldige saaklike ooreenkoms is nie, sal eiendomsreg nie oorgaan nie, selfs al het registrasie plaasgevind.[188] Daarteenoor, indien een of ander reël van die formele reg nie nagekom is nie, sal die registrateur weier om te registreer. Indien registrasie nogtans plaasvind, verhinder nie-nakoming egter nie dat eiendomsreg oorgaan nie, mits die vereistes van die materiële reg wel nagekom is.[189]

---

186 Sien §28 *Grundbuchordnung*; Baur *Sachenrecht* 209; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 182; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 97, 106. Maar sien Wieling *Sachenrecht* 1990 281-282. Hy wys daarop dat die algemeen aanvaarde standpunt is dat 'n foutiewe omskrywing nie verhinder dat eiendomsreg oorgaan nie aangesien die bedoeling van die partye deurslaggewend is.

187 In Duitsland is die *Grundbuchordnung* (*GBO*) en aanvullende voorskrifte van die *Grundbuchverfügung* (*GBV*), die *Grundbuchverfahrensordnung* (*GBVO*) en die *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (*FGG*) van toepassing.

188 Raadpleeg hfst 13.5.5.

189 Sien Baur *Sachenrecht* 144; Wilhelm *Sachenrecht* 214; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 67 ev; Wieling *Sachenrecht* 1992 247 ev; Kuntze *Grundbuchrecht* 64 ev, 73; Ertl 1980 *Rechtspfleger* 41-42.

14.5 Behoefte aan vormvereistes vir die saaklike ooreenkoms in Suid-Afrika

14.5.1 Bewys van saaklike ooreenkoms in Suid-Afrika

In Duitsland en in Nederland, moet bewys aan die registrateur gelewer word dat 'n saaklike ooreenkoms tot stand gekom het. Dit geskied deur voorlegging van 'n notariële akte, wat aan die voorgeskrewe vormvereistes voldoen.[190] In geval van die oordrag van onroerende goed, is die omringende omstandighede dus nie voldoende getuienis van die bestaan van die saaklike ooreenkoms nie.[191] Anders as in Nederland en in Duitsland, is geen vormvereistes in Suid-Afrika op die saaklike ooreenkoms van toepassing nie. Die ooreenkoms word nie op skrif gestel of notarieel verly nie en dit word ook nie in die transportakte vervat nie. Die verkryger het geen aandeel aan die transportakte nie en dit bevat ook geen verklaring deur hom dat hy eiendomsreg aanvaar nie.[192] Daar kom dus nie veel tereg van die beginsel dat beide partye hulle medewerking moet gee by die oordrag van eiendomsreg nie.

Die Suid-Afrikaanse aktespraktyk is gegrond op die *Plakkaat* van 10 Mei 1529, wat sedert 1652 in die Kaap op die oordrag van onroerende goed van toepassing was en wat voorgeskryf het dat oordrag van onroerende goed voor die gereg moet plaasvind (*coram lege loci*). Hierdie *Plakkaat*, aangevul deur Britse gewoontes, vorm die grondslag van die stelsel van oordrag van eiendomsreg op onroerende goed wat in Suid-Afrika toegepas word en het ook 'n invloed gehad op die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937.[193] Aangesien die aktespraktyk op die Romeins-Hollandse reg gegrond is, is dit nie vreemd dat geen spoor van die saaklike ooreenkoms in die transportakte gevind kan word nie, want die ooreenkoms was nog nie aan die Romeins-Hollandse reg bekend nie. Die aktespraktyk het egter nie tred gehou met ontwikkelinge wat in die materiële

190 Sien die bespreking hierbo by hfst 14.2.5 en hieronder by 14.6.
191 Sien ook hfst 13.5.4.
192 Verlyding van die transportakte vind plaas deurdat die transportbesorger as verteenwoordiger van die vervreemder, voor die registrateur verskyn en in sy teenwoordigheid die dokument onderteken terwyl die registrateur dit attesteer.

sakereg plaasgevind het nie, in besonder die konstruksie van oordrag deur die saaklike ooreenkoms wat aan Savigny ontleen is en wat in die Suid-Afrikaanse reg oorgeneem is. Dit is opvallend dat die transportakte nie uiting gee aan die beginsels van die materiële sakereg nie.

Omdat die saaklike ooreenkoms in Suid-Afrika nie op skrif gestel word nie, word dit afgelei uit die omringende omstandighede, wat met registrasie gepaard gaan. Die vervreemder se bedoeling word byvoorbeeld afgelei uit die volmag waardeur hy opdrag gee aan die transportbesorger om oordrag te bewerkstellig,[194] die feit dat hy die bestaande titelakte wat in sy beheer is beskikbaar stel, die feit dat hy die verkryger uit hoofde van die verbintenisskeppende ooreenkoms fisies in beheer van die saak stel en die verklarings wat die transportbesorger as sy verteenwoordiger teenoor die registrateur maak.[195] Die verkryger se bedoeling kan afgelei word uit die feit dat hy 'n verbintenisskeppende ooreenkoms gesluit het wat die uiteindelike verkryging van eiendomsreg ten doel het, dat hy uit hoofde van daardie ooreenkoms fisies in beheer van die grondstuk gestel is, dat hy reëlings tref vir die verskaffing van waarborge om sy finansiële verpligtinge na te kom, dat hy die koopprys betaal en uit die feit dat hy hereregte betaal en die daarmee gepaardgaande verklaring aflê wat aan die Ontvanger van Inkomste gerig is.[196] Daaruit, kan afgelei word dat hy hom met die oordrag vereenselwig.

14.5.2 Omringende omstandighede nie voldoende bewys nie

Die omringende omstandighede waarna hierbo verwys is, is nie werklik betroubare maatstawwe om vas te stel wat die partye se werklike bedoeling was nie. Dit is dus nie noodwendig bewys daarvan dat 'n geldige saaklike ooreenkoms inderdaad tot stand gekom het nie. Vervolgens sal aangetoon word dat dit heeltemal moontlik is dat geen saaklike oor-

193 Raadpleeg Badenhorst ea *Property* 202-203; Jones *Conveyancing* 3-4; Heyl *Grondregistrasie* 4, 5 ev, 18, 68; Van der Merwe *Sakereg* 333; Laurens *Saaklike Regte* 74 ev; Lötz *Onroerende Goed* 11, 22 ev.

194 Die volmag is die enigste dokument wat 'n verklaring deur die vervreemder persoonlik bevat en wat deur sy handtekening bevestig word. Dit is dus 'n belangrike bron van inligting vir die registrateur. Raadpleeg Carey Miller en Pope *Land Title* 78; Jones *Conveyancing* 99.

195 Dit verskaf *prima facie* bewys van sy bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Sien Laurens *Saaklike Regte* 262.

eenkoms bestaan nie, selfs al het die vervreemder volmag verleen en al het die verkryger byvoorbeeld hereregte betaal.

Die feit dat die vervreemder volmag verleen aan 'n transportbesorger om registrasie te bewerkstellig, is nou wel 'n aanduiding daarvan dat hy die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, maar dit is nog nie deurslaggewend nie. Dit bevat geen verklaring deur die vervreemder dat hy inderdaad eiendomsreg oordra nie. Dit kan dus nie as die saaklike ooreenkoms of daardie deel van die ooreenkoms wat die vervreemder se verklaring bevat, gesien word nie. Die verklaring wat die transportbesorger namens die vervreemder teenoor die registrateur maak en waarin hy sê dat die vervreemder eiendomsreg oordra, kan ook nie as die saaklike ooreenkoms of 'n deel daarvan beskou word nie. Dit sou beteken dat die saaklike ooreenkoms tussen die vervreemder (transportbesorger) en die registrateur gesluit word en dat dit eers tot stand kom wanneer registrasie plaasvind.[197] Dit mag ook wees dat die vervreemder nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie, selfs al het hy die volmag onderteken. Indien hy die volmag byvoorbeeld onderteken, terwyl hy as gevolg van dwaling onder die indruk is dat hy eintlik 'n heel ander dokument teken (byvoorbeeld 'n opsie om te koop),[198] kom geen saaklike ooreenkoms tot stand nie omdat die vervreemder nie die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra nie.[199] Die vervreemder mag ook nog te enige tyd voor registrasie en om watter rede ook al, van mening verander en die volmag herroep, in welke geval registrasie nie oordrag van eiendomsreg sal bewerkstellig nie, want hy het op daardie tydstip nie meer die bedoeling om eiendomsreg oor te dra nie.[200] As gevolg van 'n oorsig of 'n fout kan dit ook gebeur dat die transportakte geregistreer word sonder dat die verband-

196 Sien Heyl *Grondregistrasie* 200.

197 Mens is dan terug by Rutten se standpunt van die reële saaklike ooreenkoms. Sien die bespreking hierbo hfst 14.3.2.

198 Of as hy onder die indruk verkeer dat hy onontwikkelde grond oordra, terwyl hy in werklikheid grond met geboue daarop oordra ('n geval van *error in corpore*).

199 Carey Miller *Acquisition* 167-168; *Preller and Others v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A).

200 Anders as in Nederland en in Duitsland waar die partye aan die saaklike ooreenkoms gebonde is, kan die vervreemder nog te eniger tyd voor registrasie sy bedoeling verander of die volmag herroep omdat dit 'n eensydige dokument is. Indien hy regtens geen rede het om sy bedoeling te herroep nie, sal hy natuurlik op grond van die verbintenisskeppende ooreenkoms verplig kan word om eiendomsreg oor te dra.

akte gelyktydig geregistreer word, of sonder dat die waarborg vir betaling van die koopprys gelewer is. Ook hier kan geargumenteer word dat die vervreemder nie die bedoeling het dat eiendomsreg deur registrasie oorgaan nie, selfs al het hy die volmag onderteken.[201]

Dit is veral die feit dat daar geen aanduiding is daarvan dat die verkryger inderdaad oordrag van eiendomsreg aanvaar nie, wat problematies is. Die hereregte verklaring en - kwitansie is niks anders nie as fiskale dokumente. Die doel daarmee is om te verseker dat die volle hereregte betaal word en om te voorkom dat die betaling van hereregte ontwyk word deur kansellasie van 'n vorige koop en die substitusie van 'n nuwe kontrak.[202] Dit verskaf nog nie bewys daarvan dat die verkryger inderdaad die bedoeling het om eiendomsreg deur registrasie te aanvaar nie. Selfs al het hy op die stadium waarop hereregte betaal is die bedoeling om eiendomsreg (op 'n onbekende dag in die toekoms) te ontvang, kan sy bedoeling daarna, om watter rede ook al, verander, sodat hy op die tydstip van registrasie nie meer die bedoeling het om eiendomsreg te ontvang nie. Dit mag byvoorbeeld wees dat hy intussen, nadat hereregte betaal is, fisies in beheer van die saak geplaas word, maar dat hy weier om oordrag te aanvaar omdat die grondstuk nie voldoen aan die kenmerke waarop ooreengekom is nie. Selfs al sou hy fisiese beheer aanvaar, sou dit ook nie noodwendig deurslaggewend wees nie. In elk geval sou dit in baie gevalle beteken dat die saaklike ooreenkoms eers tot stand kom nadat registrasie plaasgevind het. Daar is dus nie werklik enige getuienis dat die verkryger eiendomsreg inderdaad aanvaar nie.[203]

Dit is opvallend dat die verkryger bykans geen aandeel aan die registrasieproses het nie. Nêrens in die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937 word iets gesê omtrent aanvaarding van die oordrag deur die verkryger nie. Hy vervul ook geen rol by die registrasiehandeling nie. Die transportbesorger verskyn as verteenwoordiger van die vervreemder voor die registrateur en verly in sy teenwoordigheid die transportakte, terwyl

201 Sien ook Heyl *Grondregistrasie* 212.
202 Carey Miller en Pope *Land Title* 112.

die registrateur dit attesteer en sy ampseël daarop aanbring.[204] Heyl doen selfs aan die hand dat die vereiste dat die verkryger die oordrag moet aanvaar, in geval van oordrag van eiendomsreg op onroerende goed laat vaar kan word, omdat sy medewerking nie nodig is nie.[205] Daar kan egter nie met hierdie standpunt saamgestem word nie aangesien dit neerkom op 'n verwerping van die saaklike ooreenkoms.[206]

Die vervreemder self vervul slegs 'n indirekte en ondergeskikte rol, want die transportbesorger tree as sy verteenwoordiger op wanneer hy die transportakte opstel, dit voor die registrateur verly en teenoor hom verklaar dat die vervreemder eiendomsreg aan die verkryger oordra.[207] Gesien in die lig van die beginsel dat beide partye hulle samewerking moet gee om oordrag te bewerkstellig, is dit ironies dat die partye se betrokkenheid tot die minimum beperk is: hulle maak geen wedersydse verklarings nie, hulle neem nie deel aan die opstel en verlyding van die akte nie en het ook nie direk deel aan die registrasiehandeling nie.[208] Die partye

203 Ook Lötz *Onroerende Goed* 6 meen dat daar niks is wat die verkryger se bedoeling kan staaf nie. Daar kan slegs afleidings gemaak word uit die feit dat hy hom met oordrag vereenselwig.

204 Sien arts 20 en 50 van die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937; Carey Miller *Acquisition* 181; Carey Miller en Pope *Land Title* 84; Badenhorst ea *Property* 210, 214-215; *Desai v Desai* 1996 1 SA 141 (A) 148-149.

205 Heyl *Grondregistrasie* 215.

206 Voet *ad Digesta* 41.1.38 huldig die mening dat aanvaarding deur die verkryger in geval van oordrag van onroerende goed voor die gereg nie nodig is nie. Sien ook Heyl *Grondregistrasie* 157. Anders as wat die geval in die Romeins-Hollandse reg was, is 'n geldige saaklike ooreenkoms in Suid-Afrika 'n vereiste. Aanvaarding deur die verkryger is dus wel nodig, sodat dit duidelik sal wees dat daar wilsooreenstemming is.

207 Laurens *Saaklike Regte* 262; Heyl *Grondregistrasie* 157-158. Die vervreemder se persoonlike betrokkenheid eindig wanneer hy die volmag onderteken waardeur die transportbesorger opdrag gegee word. Hy onderteken die transportakte nie persoonlik nie en hy maak ook nie persoonlik enige verklarings in die akte nie. Die transportakte bevat slegs 'n verklaring deur die registrateur van aktes in die vorm van 'n monoloog.

208 Die transportbesorger as verteenwoordiger van die vervreemder en die registrateur van aktes, is die aktiewe partye tydens die registrasiehandeling. Lötz *Onroerende Goed* 12-13 beskryf registrasie as 'n vorm van konstruktiewe lewering omdat die enigste betrokkenheid van die partye bestaan uit die bedoeling om eiendomsreg oor te dra. Verder *Weeks v Amalgamated Agencies* 1920 AD 218; *Erikson Motors v Protea Motors* 1973 3 SA 685 (A) 694; Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *TH RHR* 113; Schoeman *Property* 110; Heyl *Grondregistrasie* 197-198.

wat direk betrokke is, is die transportbesorger in sy hoedanigheid as verteenwoordiger van die vervreemder en die registrateur van aktes.[209]

Die gevolgtrekking uit die bespreking hierbo, is dat die omstandigheidsgetuienis (soos die volmag en hereregtekwitansie) die saak niks verder neem as wat die verbintenisskeppende ooreenkoms reeds doen nie. Alhoewel dit die afleiding regverdig dat die partye die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra, is dit nog nie bewys dat 'n afsonderlike saaklike ooreenkoms, waar ooreengekom is dat eiendomsreg deur registrasie oorgedra word, tot stand gekom het nie.[210] Daar is nog geen getuienis dat wilsooreenstemming deur bewustelike samewerking tussen die partye bereik is nie.[211] Dit is dus heeltemal moontlik dat 'n saaklike ooreenkoms ontbreek, selfs al is volmag verleen en al is hereregte betaal.[212] Daar is derhalwe ook nie duidelikheid betreffende die presiese tydstip waarop die saaklike ooreenkoms tot stand kom nie, byvoorbeeld op die tydstip waarop die volmag onderteken word, of die tydstip waarop die hereregte betaal word, of die tydstip waarop die verkryger fisiese beheer oor die saak neem.

Dit is natuurlik van die allergrootste belang dat daar wel sekerheid moet wees betreffende die tydstip waarop die saaklike ooreenkoms tot stand kom. Van daardie oomblik af is die ooreenkoms bindend en dit bly voortbestaan tot op die tydstip waarop registrasie plaasvind. Dit is ook makliker om vas te stel of die geldigheidsvereistes nagekom is aangesien hierdie vraag slegs met verwysing na 'n bepaalde tydstip beoordeel kan word. Indien die vervreemder byvoorbeeld sy handelingsbevoegdheid verloor (indien hy kranksinnig verklaar word, of onder kuratele geplaas word), kan hy nie meer 'n geldige saaklike ooreenkoms sluit nie. Mens sal

209 Hy verwys onder andere na die feit dat die transportbesorger voor hom verskyn en verklaar dat hy namens die vervreemder eiendomsreg aan die verkryger oordra. Vergelyk die oordragsklousule en die ontheffingsklousule.

210 Die omstandigheidsgetuienis sou waarskynlik voldoende gewees het indien die vraag, soos in die Romeins-Hollandse reg, bloot was of die partye wedersyds die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang.

211 Om uit die volmag en betaling van hereregte die afleiding te maak dat die partye 'n ooreenkoms bereik het, doen die reëls met betrekking tot die totstandkoming van regshandelinge geweld aan.

dus wil weet op watter tydstip die ooreenkoms tot stand kom, sodat jy kan beoordeel of die verlies aan handelingsbevoegdheid enige invloed het.[213]

14.5.3 Gevolge van onvoldoende getuienis

Die feit dat daar nie oortuigende skriftelike getuienis betreffende die totstandkoming van 'n geldige saaklike ooreenkoms is nie en dat dit uit twyfelagtige omstandigheidsgetuienis afgelei moet word, het tot gevolg dat die registrateur, wat 'n aktiewe rol in die registrasieproses vervul, nie sy opdrag na behore kan uitvoer nie. Hy het naamlik 'n sorgsaamheidsplig om toe te sien dat die registers akkuraat saamgestel en in stand gehou word, sodat dit strek tot regsekerheid. Dit is derhalwe sy taak om seker te maak dat registrasie toelaatbaar en onaanvegbaar is. Hy moet nie net toesien dat die voorgeskrewe formaliteite en prosedure vir registrasie nagekom is nie, maar ook dat die vereistes van die materiële reg vir die oordrag van eiendomsreg nagekom is. Indien dit nie nagekom is nie, moet die aansoek vir registrasie verwerp word en gebreke moet eers reggestel word voordat dit weer ingedien word.[214]

In Suid-Afrika moet die registrateur hom verlaat op die inhoud van die transportakte en die ondersteunende dokumente, ten einde vas te stel of gemelde vereistes wel nagekom is.[216] Die probleem is egter dat die saaklike ooreenkoms in nie een van hierdie dokumente tot uiting kom nie. Soos wat reeds aangetoon is, bevat die transportakte nie die saaklike ooreenkoms nie en die volmag en hereregtekwitansie is ook nie afdoende bewys van die ooreenkoms nie. Die registrateur doen ook nie enige ondersoek buite hierdie dokumente om nie.[216] Die feit dat die saaklike ooreenkoms nie op skrif gestel word nie (en nie in die transportakte vervat is nie), ontneem die registrateur dus van waardevolle inligting. Hy is

212 Maar sien Carey Miller *Acquisition* 164, 168 wat die mening uitspreek dat die omringende omstandighede byna altyd die afleiding sal regverdig dat daar 'n saaklike ooreenkoms was. Dit is volgens hom afdoende bewys.

213 Dieselfde geld ten opsigte van al die ander geldigheidsvereistes.

214 Carey Miller en Pope *Land Title* 123-125; Badenhorst ea *Property* 210; 215, 218.

215 Die betrokke dokumente is 'n veiligheidsklep om te verseker dat 'n regmatige registrasiehandeling plaasvind. Lötz *Onroerende Goed* 64.

216 Badenhorst ea *Property* 221-222; Heyl *Grondregistrasie* 198-199. Vergelyk in hierdie verband ook *Gardens Estate v Lewis* 1920 AD 144 op 148-150 waar die hof beslis het dat die bedoeling van die partye bepaal moet word na aanleiding van wat in die tersaaklike transportakte openbaar word.

nie werklik in 'n posisie om met sekerheid te bepaal of 'n geldige saaklike ooreenkoms inderdaad tot stand gekom het nie. Dit is daarom heeltemal moontlik dat registrasie kan plaasvind sonder dat daar 'n geldige saaklike ooreenkoms was. Indien dit wel sou gebeur, gaan eiendomsreg natuurlik nie oor nie omdat die vereistes vir oordrag van eiendomsreg ontbreek. Registrasie het dan tot gevolg dat die registers foutief is aangesien iemand in die registers as eienaar aangeteken word terwyl hy dit nie is nie.[217]

Hierdie gebrek aan bewys van die saaklike ooreenkoms in geval van die oordrag van eiendomsreg op onroerende goed, is onverstaanbaar as dit vergelyk word met die praktyk wat in die akteskantoor gevolg word wanneer beperkte saaklike regte geregistreer word. In hierdie geval word aangedring op skriftelike magtiging deur die partye wat dien as bewys daarvan dat 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het.[218] Daar word aan die hand gedoen dat dit ook in geval van die oordrag van eiendomsreg gedoen behoort te word.

Dit is natuurlik een van die kenmerke van 'n negatiewe stelsel dat daar nie met sekerheid gesê kan word dat die persoon wat as eienaar geregistreer is, werklik eienaar is en of hy oor die bevoegdheid beskik om die saak te vervreem nie.[219] Dit is waarskynlik ook die rede waarom die staat in 'n negatiewe stelsel nie bereid is om enige waarborge betreffende die korrektheid van die registers te gee nie.[220] Dit spreek vanself dat indien hierdie negatiewe eienskappe, wat by afgeleide wyses van eiendomsverkryging onsekerheid skep, uit die weg geruim kan word, dit gedoen be-

---

217 Sien Baur *Sachenrecht* 166; Kuntze *Grundbuchrecht* 68.

218 Carey Miller en Pope *Land Title* 100-101: "... the registrar requires the written authority of the parties involved and this ensures that the intention requirement is satisfied". Verder Carey Miller *Acquisition* 203; Jones *Conveyancing* 207-211, 248-252. Daar is egter ook uitsonderings, soos bv in geval van 'n sessie van 'n vruggebruik uit 'n boedel en die eerste sessie van 'n uitsluitlike gebruiksgebied deur 'n ontwikkelaar wat eensydige oordragte is.

219 Sien hfst 13.5.4 vir 'n bespreking van die faktore wat daartoe meewerk dat die registers onvolledig is.

220 Sien Pienaar 1986 *CILSA* 238. Volgens Carey Miller *Acquisition* 169 is dit juis die vereiste dat die bedoeling van die partye in ag geneem moet word, wat tot gevolg het dat daar onsekerheid heers en dat die staat nie bereid is om waarborge te gee nie. Die vereiste van 'n saaklike ooreenkoms is dus in stryd met 'n positiewe stelsel waar wel waarborge gegee word.

hoort te word.[221] Die feit dat die registrateur nie werklik enige kennis het betreffende die saaklike ooreenkoms nie (wat deur die huidige aktespraktyk teweeg gebring word), werk juis die onsekerhede wat die negatiewe stelsel meebring, in die hand. Die oogmerke wat met registrasie nagestreef word, naamlik regsekerheid en sekuriteit van titel, die akkuraatheid en volledigheid van die registers, word dus deur die bestaande praktyk ondermyn. Registrasie is juis bedoel om twyfel rakende die regte van die persoon wat as eienaar geregistreer is, uit die weg te ruim.[222]

Een rede waarom die staat die korrektheid van die registers kan waarborg in 'n positiewe stelsel soos wat in Duitsland toegepas word, is waarskynlik omdat daar duidelikheid bestaan oor die vraag of 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het, al dan nie. Die feit dat 'n abstrakte stelsel in Suid-Afrika toegepas word, verminder darem die onsekerhede wat met 'n negatiewe stelsel gepaard gaan: as nietigheid van die grondliggende ooreenkoms irrelevant is, is die kans dat oordrag aanvegbaar sal wees soveel kleiner.

14.5.4 Samevatting

Bogenoemde bespreking het aan die lig gebring dat daar geen skriftelike bewys van die saaklike ooreenkoms in die Suid-Afrikaanse reg is nie. Die saaklike ooreenkoms word afgelei uit die omringende omstandighede wat met registrasie gepaard gaan. Daar is egter aangetoon dat die omringende omstandighede nie afdoende bewys verskaf daarvan dat 'n geldige saaklike ooreenkoms wel bestaan nie. Die feit dat daar onvoldoende getuienis is betreffende die bestaan van die saaklike ooreenkoms verhinder die registrateur om sy werk behoorlik uit te voer en dit bring weer mee dat registrasie kan plaasvind sonder dat daar aan die materieelregtelike vereistes vir die oordrag van eiendomsreg voldoen is. Die moontlikheid bestaan dus dat die registers foutief kan wees en nie 'n getroue weergawe van die werklike regsposisie is nie. Daar bestaan derhalwe 'n behoefte in die Suid-Afrikaanse reg aan groter duidelikheid betreffende die vraag of

221 Die wysigings wat in Nederland deur die *NBW* teweeggebring is, was juis daarop gerig om die onsekerhede van die negatiewe stelsel uit te skakel en groter sekerheid te skep.

222 *Freye's v Ries* 1957 3 SA 575 (A) 582 ev.

en indien wel op watter tydstip, 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het. Hierdie behoefte word veral deur die toepassing van die negatiewe stelsel op die voorgrond geplaas.[223] Alhoewel die Suid-Afrikaanse stelsel relatief betroubaar is,[224] is daar wel ruimte vir verbetering.

14.6 Vormvereistes in Nederland en in Duitsland van toepassing

Hierbo is aangetoon dat registrasie in Suid-Afrika kan plaasvind, selfs al is daar nie aan die vereistes van die materiële reg voldoen nie, in besonder as daar nie 'n geldige saaklike ooreenkoms is nie. Alhoewel eiendomsreg nie oorgedra word nie, sal 'n foutiewe registrasie meebring dat die registers foutief is, wat derdes weer kan benadeel. By die oordrag van onroerende goed bestaan daar dus 'n behoefte aan voldoende bewys dat 'n saaklike ooreenkoms inderdaad tot stand gekom het. Vervolgens sal die regsposisie in die Nederlandse en die Duitse reg ondersoek word, ten einde vas te stel hoe hierdie vraagstuk daar aangespreek word. Die oogmerk is om aanbevelings te doen oor hoe die leemte in die Suid-Afrikaanse reg gevul kan word.[225] Wat opval, is dat die saaklike ooreenkoms in hierdie twee stelsels nie uit die omstandighede afgelei word nie. As gevolg van die besondere belang van grondeiendom en die behoefte aan sekerheid betreffende regshandelinge waardeur grond vervreem word, moet skriftelike bewys in hierdie verband aan die registrateur voorgelê word. Die saaklike ooreenkoms word dus aan vormvereistes onderwerp.

14.6.1 Nederland

In Nederland word onroerende goed deur "inschrijving van een daartoe bestemde, tussen partijen opgemaakte notariële akte" in die openbare registers gelewer. Daar word aanvaar dat die notariële akte, wat tegelyk ook transportakte (of *akte van levering*) is en moet voldoen aan die vormvoorskrifte wat vir notariële aktes voorgeskryf word,[226] die saaklike oor-

223 In 'n negatiewe stelsel verskaf die staat geen waarborg betreffende die korrektheid van die registers nie. Indien daar registrasiefoute gemaak word, geskied dit ten koste van *bona fide* verkrygers.
224 Pienaar 1986 *CILSA* 238.
225 Sien die bespreking in hfst 14.7.
226 Raadpleeg arts 1, 25, 26 en 30 van die *Wet op het Notarisambt* en art 18 van die *Kadasterwet*.

eenkoms bevat.[227] Aangesien die saaklike ooreenkoms bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang, moet die notariële akte (transportakte) 'n verklaring deur die vervreemder bevat dat hy eiendomsreg oordra en ook 'n verklaring deur die verkryger dat hy eiendomsreg aanvaar.[228] Die verklarings word voor die notaris wat die akte opstel afgelê en die akte moet deur beide partye onderteken word.[229] Die transportakte is dus tweesydig aangesien beide partye hulle medewerking gee by die opstel daarvan en dit uit die akte duidelik is dat daar wilsooreenstemming is betreffende die oordrag van eiendomsreg.

Die ooreenkoms kom tot stand met ondertekening van die akte. Van daardie tydstip af is die ooreenkoms bindend, met die gevolg dat die partye hulle nie meer daaraan kan onttrek nie en enigeen van die partye die nodige stappe kan neem om registrasie te bewerkstellig. Indien die verkoper sou weier om die akte te teken nadat die koper sy verpligtinge nagekom het, maak hy homself skuldig aan wanprestasie.[230] Indien die koper sou weier om sy samewerking te gee tot die opstel van die akte, is hy in versuim.[231] In geval van oordrag van onroerende goed, is dit dus wel geregverdig om, wat die Nederlandse reg betref, die transportakte wat die wilsverklarings van die partye bevat, as die regtens voorgeskrewe vorm te sien waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom.[232]

---

227 Art 3:89 *NBW;* Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 169, 223-224; Pitlo-Reehuis *Goederenrecht* 118; Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht* 73; Algra *Burgerlijk Recht* op 187. Asser-Beekhuis *Zakenrecht* I 237, 239.

228 Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 223; Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 257. Die skrywers merk op dat indien die akte slegs die verklaring van die vervreemder bevat, hy die akte sou kon laat registreer en eiendomsreg op die verkryger oordra, sonder dat laasgenoemde daarvan bewus is of daartoe meegewerk het.

229 Art 3:89 (1) *NBW* vereis 'n *tussen partijen opgemaakte notariële akte*. Dit is nietemin moontlik dat die onderskeie verklarings in afsonderlike dokumente vervat kan word.

230 Die koper kan die kontrak kanselleer, of hy kan reële eksekusie afdwing en die verkoper regstreeks tot nakoming verplig. Art 3:300, 6:74 en 6:265 *NBW*; Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 233-234; Asser-Beekhuis *Zakenrecht* I 240. Sien ook Wilhelm *Sachenrecht* 2912-293 ivm die vraag of die vervreemder op grond van die verbintenisskeppende ooreenkoms verplig kan word om die saaklike ooreenkoms (*Auflassung*) te sluit.

231 Hy is verplig om sy samewerking te gee. Asser-Mijnssen *Zakenrecht* 263.

232 Asser-Mijnssen *Goederenrecht* 162, 164. Dit wil voorkom of hy die standpunt van Wiarda en Van Oven in hierdie opsig oorgeneem het. Hierdie siening kan nie op die Suid-Afrikaanse reg van toepassing gemaak word nie omdat die saaklike ooreenkoms nie in die transportakte opgeneem word nie.

14.6.2 Duitsland

In Duitsland word onderskei tussen materieelregtelike geldigheidsvereistes vir die saaklike ooreenkoms en die vereistes wat deur die formele reg vir registrasie voorgeskryf word. Ingevolge §925 *BGB* moet die volgende materieelregtelike vereistes nagekom word alvorens 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand kan kom: beide partye moet in mekaar se teenwoordigheid teenoor 'n notaris of ander bevoegde persoon verklaar dat hulle die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Van hierdie tydstip af is die ooreenkoms bindend. Dit is moontlik dat die partye verteenwoordig kan word. Dit gebeur byvoorbeeld dikwels dat 'n notaris (maar nie die notaris voor wie die verklaring afgelê word nie) een, of selfs beide, partye verteenwoordig en dit is ook moontlik dat die koper optree as verteenwoordiger van die verkoper.[233]

Aangesien die aktespraktyk uit die Germaanse stelsel van oordrag voor die gereg ontwikkel het,[234] moes die partye aanvanklik voor die registrasiebeampte (*gereg*) verskyn en die saaklike ooreenkoms in sy teenwoordigheid aflê. Vandag verskyn die partye of hulle verteenwoordigers egter nie meer voor die registrateur nie en hulle maak ook geen verklarings in sy teenwoordigheid nie. Die verklarings waaruit die saaklike ooreenkoms manifesteer, word voor die notaris afgelê. Hy moet toesien dat alle stappe wat vir registrasie vereis word, gedoen is en hy moet die relevante dokumentasie by die registrasiekantoor indien. Dit is belangrik om daarop te let dat §925 *BGB* (materiële reg) nie voorskryf dat die ooreenkoms op skrif gestel of notarieel verly moet word om geldig te wees nie. Dit is dus voldoende indien die verklarings mondelings afgelê word.[235]

Notariële verlyding van die saaklike ooreenkoms word nietemin deur die formele reg (aktesregistrasie) voorgeskryf as vereiste vir registrasie. In-

---

233 Verg §§167, 177 en 925 *BGB*; Baur *Sachenrecht* 248; Wilhelm *Sachenrecht* 287, 290-291; Kuntze *Grundbuchrecht* 532-533; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 83; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 106; Wieling *Sachenrecht* 1992 333.

234 Sien Baur *Sachenrecht* 247-248; Wilhelm *Sachenrecht* 289; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 77-79, 111.

235 Daar kan nie gesê word dat die notariële akte die regtens voorgeskrewe vorm is waarin die saaklike ooreenkoms tot uiting kom nie. Kuntze *Grundbuchrecht* 531; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 76, 86; Fuchs-Wissermann 1977 *Rechtspfleger* 10, 1978 *Rechtspfleger* 431-432; Pienaar 1986 *CILSA* 243.

gevolge §29 *Grundbuchordnung* (*GBO*) kan oordrag slegs geregistreer word indien daar in die voorgeskrewe vorm bewys gelewer word dat die saaklike ooreenkoms bestaan omdat die registrateur daarvan oortuig moet word dat die vereistes van die materiële reg nagekom is.[236] Die vorm wat voorgeskryf word, is naamlik dat 'n *öffentliche Urkunde* of 'n *öffentlich beglaubigte Urkunde* van die saaklike ooreenkoms opgestel en aan die registrateur voorgelê moet word. As dit nie gedoen word nie, moet die aansoek om registrasie afgewys word.[237] 'n *Öffentlichen Urkunde* word opgestel deur 'n notaris, of ander openbare amptenaar (*öffentliche Behörde*) wat met die bevoegdheid beklee is om openbare dokumente op te stel.[238] Die akte moet voldoen aan die voorgeskrewe vormvereistes wat vir notariële aktes voorgeskryf word, soos byvoorbeeld dat die notaris sy seël of stempel daarop moet aanbring en dit moet onderteken.[239] In die akte moet die notaris bevestig dat die partye voor hom verskyn het en die betrokke verklarings afgelê het.[240] Die *öffentlichen Urkunde* dien dus as bewys daarvan dat die saaklike ooreenkoms tot stand gekom het, 'n feit wat deur die registrateur by voorlegging van die dokument aanvaar word.[241] In 'n *öffentlich beglaubigte Urkunden*, word die egtheid van die partye se handtekeninge of die feit dat die dokument deur

236 §29 *Grundbuchordnung* (*GBO*) moet saamgelees word met §20 *GBO* wat bepaal dat registrasie slegs kan plaasvind indien daar 'n saaklike ooreenkoms is (die partye moet hulle bedoeling om eiendomsreg oor te dra verklaar). Dit neem die saak eintlik nie veel verder as wat §§873 en 925 reeds doen nie. Raadpleeg Baur *Sachenrecht* 165, 168, 247; Wilhelm *Sachenrecht* 215, 289; Kuntze *Grundbuchrecht* 93-94, 108, 110, 498, 517; Wieling *Sachenrecht* 1992 252, 255, 333; Westermann *Sachenrecht* 106-107; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 69, 96, 107; Fuchs-Wissermann 1977 *Rechtspfleger* 9 ev, 1978 *Rechtspfleger* 431 ev; Ertl 1980 *Rechtspfleger* 49; Huhn 1977 *Rechtspfleger* 199. Maar sien Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 148-149.

237 Notariële verlyding is dus nie 'n geldigheidsvereiste vir die saaklike ooreenkoms nie, maar dit word wel vereis vir registrasiedoeleindes. Sien Baur *Sachenrecht* 248.

238 *Beurkundung* deur 'n notaris is 'n amptelike handeling van staatsweë, soortgelyk aan die optrede deur 'n huweliksbevestiger.

239 Sien §29 *Grundbuchordnung*. Voorts moet die vormvereistes betreffende die opstel van *öffentliche Urkunden* soos vervat in §6 ev van die *Beurkundungsgesetz* (*BeurkG*) van 1969 en §168 *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (*FGG*) van 1898 nagekom word. Kuntze *Grundbuchrecht* 656-657, 660; Wieling *Sachenrecht* 1992 333; Fuchs-Wissermann 1978 *Rechtspfleger* 432; Haegele 1967 *Rechtspfleger* 35-36.

240 Hy bevestig die egtheid van die verklarings.

241 In geval van eksekusie word die verklaring van een party deur die hofbevel vervang. §925 *BGB*; §894 *Zivilprozeßordnung* (*ZPO*); Baur *Sachenrecht* 248; Wilhelm *Sachenrecht* 312; Westermann *Sachenrecht* 256; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 106; Wieling *Sachenrecht* 1990 279; Wieling *Sachenrecht* 1992 333.

die betrokke persone onderteken is, bevestig en nie die egtheid van die verklarings nie. Dit dien as bewys daarvan dat die verklarings wat in die dokument vervat is, werklik deur die persone wat daarin genoem word gemaak is.[242]

Die bespreking hierbo het aangetoon dat dit in Nederland en in Duitsland nie voldoende is om uit die omstandighede afleidings te maak nie; skriftelike bewys moet aan die registrateur voorgelê word sodat hy oortuig sal wees van die bestaan en inhoud van die saaklike ooreenkoms. Die volgende redes word aangevoer ter regverdiging van die vereiste dat bewys van die saaklike ooreenkoms in die voorgeskrewe vorm aan die registrateur voorgelê moet word:[243]

(a) Die registrateur vervul 'n aktiewe rol in die registrasieproses en moet toesien dat die dokumentasie wat ingedien word, korrek is en dat registrasie onaanvegbaar is. Hy moet derhalwe daarvan oortuig word dat die saaklike ooreenkoms, wat deur die materiële reg voorgeskryf word, wel bestaan.

(b) Dit maak duidelik dat die partye inderdaad bedoel om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en daar word verseker dat hulle die gevolge van hulle handelinge deeglik oorweeg het.[244]

(c) Die vormvereistes dra daartoe by om bedrieglike vervreemdings in die tydperk tussen totstandkoming van die saaklike ooreenkoms en registrasie te voorkom.[245]

(d) Dit is in belang van die regsverkeer dat die grondregister met die ware toedrag van sake ooreenstem omdat eiendomsreg in onroerende goed 'n belangrike privaatregtelike en publiekregtelike funksie in die samelewing vervul. Indien daar sekerheid is oor die feit dat 'n saaklike ooreenkoms tot stand gekom het, asook die tydstip waarop dit gebeur

242 §129 *BGB*; §167 *Zivilprozeßordnung* en §20 *Bundesnotarordnung* van 1961 (*BnotO*); Kuntze *Grundbuchrecht* 665-668; Haegele 1967 *Rechtspfleger* 35.
243 Raadpleeg Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 156; Staudinger *Sachenrecht* II §925 Rdn 75; Kuntze *Grundbuchrecht* 531, 646; Wilhelm *Sachenrecht* 289; Wieling *Sachenrecht* 1992 333.
244 Die notaris wat 'n regskundige persoon is, moet die partye behoorlik inlig oor die gevolge van hulle optrede en die verloop van die proses.
245 Sien Wilhelm *Sachenrecht* 289.

het, word die moontlikheid van foutiewe inskrywings in die register uitgeskakel. Die vormvereistes is in die openbare belang omdat dit die registrateur help om toe te sien dat die grondregister ooreenstem met die werklikheid, wat weer openbare vertroue in die register bevorder.[246]

Bewys van die saaklike ooreenkoms bring egter nog geen sekerheid dat die vervreemder op die tydstip van registrasie inderdaad ingestem het tot registrasie nie (dat sy toestemming nog bestaan nie). Afgesien daarvan dat die vervreemder en die verkryger voor die notaris moet verklaar dat hulle bedoel om eiendomsreg oor te dra (saaklike ooreenkoms), moet die vervreemder in Duitsland ook nog toestemming verleen tot registrasie (die *Eintragungsbewilligung* ingevolge §19 *GBO*), sodat die registrateur absoluut seker sal wees dat registrasie mag plaasvind.[247] Die doel is om te verseker dat die register in ooreenstemming is met die feitlike regsposisie. Dit sal dan net in uitsonderlike gevalle gebeur dat die register foutief is.[248]

Wilhelm[249] argumenteer egter dat toestemming behoudens enkele uitsonderings onnodig is. In die lig van die feit dat *Auflassung* (saaklike ooreenkoms) 'n vereiste is, is verdere toestemming deur die vervreemder nie nodig nie. Die Duitse juriste is nie eenstemmig oor hierdie aangeleentheid nie, maar daar kan ongelukkig nie hier in meer diepte op hierdie kwessie ingegaan word nie. Daar word volstaan met die opmerking dat toestemming tot registrasie, afgesien van bewys van die saaklike ooreenkoms, 'n afsonderlike vereiste vir registrasie is. Alhoewel die verbintenisskeppende ooreenkoms (koopkontrak), die saaklike ooreenkoms (*Auflassung*) en die *Eintragungsbewilligung* verskillende regshandelinge is, word

246 Haegele 1967 *Rechtspfleger* 34; Kuntze *Grundbuchrecht* 656, 660, 664; Fuchs-Wissermann 1978 *Rechtspfleger* 432.

247 §19 *Grundbuchord*nung (*GBO*); Wilhelm *Sachenrecht* 215; Wieling *Sachenrecht* 1992 249-250; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 69. Die *Eintragungsbewilligung* is eensydig en word deur die vervreemder afgelê, maar hy kan aan die verkryger volmag verleen. Sien Wilhelm *Sachenrecht* 215. Dit wil voorkom asof hierdie dokument min of meer ooreenstem met die transportakte van die Suid-Afrikaanse en Nederlandse reg.

248 Daar word deurgaans daarna gestrewe om te verseker dat die registers met die werklikheid in ooreenstemming is. Schmitz 1994 *JuS* 962; Westermann *Immobiliarsachenrecht* 69; Wieling *Sachenrecht* 1992 249-250.

dit dikwels gelyktydig opgestel en in dieselfde dokument vervat,[250] maar die saaklike ooreenkoms kan egter ook eers later opgestel word.[251]

Indien die verskillende handelinge nie in dieselfde dokument vervat is nie, moet die akte wat die verbintenisskeppende ooreenkoms beliggaam uit hoofde van §925a *BGB* aan die notaris voorgelê word. Indien dit nie gedoen word nie, mag die notaris nie die saaklike ooreenkoms opstel nie.[252] Dit is nie die notaris se taak om vas te stel of die verbintenisskeppende ooreenkoms geldig is nie, maar indien daar iets is wat hom laat twyfel, of indien die gebrek ook die saaklike ooreenkoms sou kon beïnvloed, moet hy stappe neem om die gebrek uit die weg te ruim.[253] Die doel met §925a *BGB* is om die vormvereistes in §311 *BGB* (voorheen §313), wat op die verbintenisskeppende ooreenkoms van toepassing is (*Beurkundung*), af te dwing. Enersyds kan die saaklike ooreenkoms nie sonder die medewerking van 'n notaris (geskikte ampspersoon) tot stand kom nie, andersyds moet die betrokke amptenaar (notaris) sy medewerking weier indien die verbintenis nie voorgelê word nie. As dit nie vir hierdie bepaling was nie, sou die partye weens toepassing van die abstraktheidsbeginsel, die vormvereistes bloot kon ignoreer, want eiendomsreg sou nieteenstaande nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms (weens nie-nakoming van die vormvereistes) tog oorgaan en die gebreke sou uit hoofde van §311 *BGB* herstel kon word.[254] Verdere oogmerke met §925a *BGB*, is om die notaris in staat te stel om die partye in te lig betreffende die gevolge van die saaklike ooreenkoms, om dwaling te voorkom en om twyfel uit die weg ruim. Hy kan sy pligte in hierdie opsig slegs nakom, indien hy op hoogte is van die inhoud van die verbintenisskeppende ooreenkoms.

---

249 Wilhelm *Sachenrecht* 215-216, 291.

250 Vgl §925 *BGB*; Wieling *Sachenrecht* 1992 333 vn 5; Wilhelm *Sachenrecht* 308. Die rede waarom daar ook nog 'n afsonderlike *Bewilligung* (toestemming) moet wees, is waarskynlik juis gerig op daardie gevalle waar die koopkontrak en die saaklike ooreenkoms gelyktydig tot stand kom.

251 Vgl §925 a *BGB*; Wieling *Sachenrecht* 1992 333 vn 5.

252 Sien §925 a *BGB*. Indien hy dit nogtans doen, sal die ooreenkoms egter nie nietig wees nie, want dit is bloot 'n *Ordnungsvorschrift*. Raadpleeg Wieling *Sachenrecht* 1992 333.

253 Staudinger *Sachenrecht* II §925 a Rdn 8.

254 Die abstraktheidsbeginsel word sodoende beperk. Staudinger *Sachenrecht* II §925 a Rdn 3, 8.

14.7 Voorstelle vir veranderinge in die Suid-Afrikaanse reg

Die bespreking hierbo betreffende die posisie in Nederland en in Duitsland, het aan die lig gebring dat daar twee moontlikhede is waarop die onduidelikheid in die Suid-Afrikaanse reg betreffende die bestaan van 'n geldige saaklike ooreenkoms in geval van die oordrag van onroerende goed, aangespreek kan word.

14.7.1 Saaklike ooreenkoms op skrif gestel

Die eerste moontlikheid is dat die saaklike ooreenkoms, na analogie van die posisie in Duitsland, tot stand kom deurdat beide partye voor 'n transportbesorger[255] verskyn en in mekaar se teenwoordigheid teenoor hom verklaar dat hulle onderskeidelik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang en dat eiendomsreg met registrasie sal oorgaan (materiële reg). Die transportbesorger moet as deel van sy ampspligte die implikasies van die saaklike ooreenkoms en die registrasieproses aan die partye verduidelik. Hy moet ook daarvan seker maak dat aan die materieelregtelike geldigheidsvereistes vir die saaklike ooreenkoms voldoen is (byvoorbeeld handelingsbevoegdheid, wilsooreenstemming, afwesigheid van bedrog ensovoorts). Gebreke in die ooreenkoms en die daarmee gepaardgaande onsekerheid, sal sodoende tot die minimum beperk word.

Dit is nie 'n geldigheidsvereiste dat die ooreenkoms op skrif gestel moet word nie. Die verklarings kan dus mondeling afgelê word. Ten einde registrasie te bewerkstellig, moet die transportbesorger egter 'n sertifikaat opstel waarin hy bevestig dat die partye voor hom verskyn het en die onderskeie verklarings afgelê het, welke dokument saam met die aansoek om registrasie by die akteskantoor ingedien moet word. Dit dien as bewys daarvan dat die saaklike ooreenkoms tot stand gekom het (formele reg).[256]

---

255 In Nederland en in Duitsland word die notaris by die registrasieproses betrek. Hierdie notaris verskil hemelsbreed van die notaris in Suid-Afrika waar die transportbesorger min of meer die eweknie van die Duitse en Nederlandse notaris is.

256 In Duitsland moet 'n *öffentliche Urkunde* wat deur 'n notaris opgestel is, ingedien word. Notariële verlyding word egter nie vir Suid-Afrika voorgestel nie, 'n sertifikaat deur die transportbesorger behoort voldoende te wees. Raadpleeg Carey Miller en

Die feit dat daar behoorlik tussen materiële reg en formele reg onderskei word, kan aangevoer word ter regverdiging van hierdie moontlikheid.[257] Die materiële reg skryf die vereistes voor waaraan voldoen moet word ten einde oordrag van eiendomsreg te bewerkstellig, onder andere 'n geldige saaklike ooreenkoms en registrasie. Die formele reg lê weer die prosedure neer wat gevolg moet word en dit skryf voor watter dokumente voorgelê moet word ten einde registrasie te bewerkstellig. Dit vereis byvoorbeeld dat bewys van die saaklike ooreenkoms in die voorgeskrewe vorm aan die registrasiebeampte voorgelê moet word, alvorens registrasie bewerkstellig kan word. 'n Praktiese gevolg van die onderskeid tussen materiële reg en formele reg is dat, indien registrasie sou plaasvind sonder dat die vereistes van die materiële reg nagekom is (indien daar byvoorbeeld nie 'n saaklike ooreenkoms is nie), eiendomsreg nie sal oorgaan nie. Daarteenoor sal eiendomsreg wel oorgaan indien registrasie sou plaasvind, selfs al is daar nie aan al die vereistes van die formele reg voldoen nie (indien bewys van die saaklike ooreenkoms in die voorgeskrewe vorm byvoorbeeld nie voorgelê word nie).

Kritiek wat teen hierdie eerste moontlikheid geopper kan word, is die volgende: (1) Dit kan tot onnodige duplikasie aanleiding gee van die dokumente wat vir registrasie ingedien word. Die inhoud van die saaklike ooreenkoms is hierbo bespreek.[258] Daar is aangetoon dat die saaklike ooreenkoms, onder andere, die volgende inligting bevat: die persoonlike gegewens van die partye, 'n omskrywing van die grondstuk wat oorgedra word, besonderhede van enige voorwaardes of beperkings waaraan eiendomsreg onderworpe is. Die sertifikaat wat deur die transportbesorger opgestel sal moet word, sal dus noodwendig hierdie inligting moet weergee, maar dit word reeds in die transportakte vervat.[259] (2) Dit is om-

---

Pope *Land Title* 113-114 ivm die rol wat sertifikate wat deur die transportbesorger opgestel is, in die registrasieproses vervul.

257 'n Onderskeid wat in die Duitse reg beklemtoon word. Raadpleeg Baur *Sachenrecht* 165-166; Staudinger *Sachenrecht* I §873 Rdn 124-125; Kuntze *Grundbuchrecht* 419; Ertl 1980 *Rechtspfleger* 41-42, 46. Soos hieronder aangetoon sal word, onderskei die tweede moontlikheid nie behoorlik tussen hierdie twee vakgebiede nie.

258 Sien die bespreking hierbo by hfst 14.2.4 ivm die inhoud van die saaklike ooreenkoms.

259 Reg 82 uitgevaardig kragtens die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937 skryf voor dat die transportakte aan vorm E moet voldoen. Sien voorts reg 18 24 26 28

slagtig en kunsmatig om die maak van die verklarings deur die partye voor die notaris (mondelinge totstandkoming van die saaklike ooreenkoms) en die skriftelike bevestiging deur die notaris van dit wat die partye vir hom gesê het, van mekaar te skei. Dit skep ruimte vir misverstand en geleentheid om die ooreenkoms later aan te veg.[260] (3) Die voorstel dat die partye hulle verklarings in mekaar se teenwoordigheid voor die notaris moet aflê is onprakties, veral wanneer een of beide partye in die buiteland is.

In die lig van hierdie kritiek word aan die hand gedoen dat dit nie prakties is om hierdie moontlikheid, wat op die posisie in Duitsland gegrond is, net so in Suid-Afrika van toepassing te maak nie. As alternatief tot hierdie opsie word voorgestel dat die transportbesorger die verklarings wat die partye voor hom aflê op skrif stel en dat dit deur hom en die partye onderteken moet word. Die saaklike ooreenkoms sal dan in die dokument vervat word en met ondertekening van die dokument tot stand kom. Die partye hoef die verklarings nie in mekaar se teenwoordigheid af te lê, of die dokument in mekaar se teenwoordigheid te onderteken nie. Hulle kan ook verteenwoordigers gebruik wat met die nodige volmag namens hulle kan optree. Anders as wat in Duitsland die geval is, behoort skrif dus 'n geldigheidsvereiste vir die saaklike ooreenkoms te wees. Die rede waarom regshandelinge op skrif gestel word, is immers om regsekerheid te bewerkstellig en om te dien as bewys van die betrokke feit. Hier het dit nog 'n bykomende voordeel, naamlik om te verseker dat registrasie met die saaklike ooreenkoms ooreenstem.[261] Hierdie dokument kan terselfdertyd dien as bewys van die saaklike ooreenkoms en dit kan saam met

---

en 32. Raadpleeg verder Carey Miller en Pope *Land Title* 72-73, 87-89 92 ev; Carey Miller *Acquisition* 197 ev; Heyl *Grondregistrasie* 40, 121, 309.

260 Dit is nie duidelik waarom skrif (maw die *öffentliche Urkunde*) nie in Duitsland 'n geldigheidsvereiste vir die saaklike ooreenkoms is nie, maar daar is sekerlik niks wat dit behoort te verhinder nie. 'n Moontlike rede is dat indien skrif 'n geldigheidsvereiste is, die saaklike ooreenkoms aangeveg kan word indien die formaliteite nie nagekom is nie. Hierdie argument is egter nie besonder sterk nie omdat die *BGB* in elk geval vormvereistes voorskryf. Indien dit verontagsaam word, kan dit tot gevolg hê dat geen saaklike ooreenkoms tot stand kom nie.

261 Sien die bespreking hierbo by hfst 14.4.6 in hierdie verband.

die transportakte en ander ondersteunende dokumente by die akteskantoor ingedien word vir doeleindes van registrasie.[262]

14.7.2 Saaklike ooreenkoms in transportakte vervat

'n Tweede moontlikheid is dat die saaklike ooreenkoms soos wat in Nederland die geval is, in die transportakte vervat word. Indien hierdie moontlikheid in Suid-Afrika geïmplementeer sou word, sou daar benewens die oordrags- en ontheffingsklousules,[263] 'n verdere klousule tot die transportakte bygevoeg moet word, waarin die verkryger uitdruklik verklaar dat hy eiendomsreg aanvaar.[264] Die partye moet hulle onderskeie verklarings voor die transportbesorger[265] wat die akte opstel onderteken, op welke tydstip die ooreenkoms ook tot stand kom.[266] Hulle kan ook aan verteenwoordigers volmag verleen om namens hulle op te tree. Soos wat by die eerste moontlikheid hierbo voorgestel is, moet die transportbesorger die implikasies van die saaklike ooreenkoms en die registrasieproses aan die partye verduidelik en hy moet seker maak dat aan die geldigheidsvereistes vir die saaklike ooreenkoms voldoen is. Hierdie tweede moontlikheid, kan egter ook op verskeie gronde gekritiseer word:[267]

(a) Dit onderskei nie behoorlik tussen materiële en formele reg nie.[268] Indien die saaklike ooreenkoms in die transportakte vervat sou word, sal

---

262 Die regulasies wat ingevolge die *Wet op Registrasie van Aktes* uitgevaardig word, behoort te vereis dat bewys van die saaklike ooreenkoms voorgelê moet word alvorens registrasie kan plaasvind.

263 Waarin die vervreemder of transportbesorger as sy verteenwoordiger verklaar dat hy van sy regte op die grondstuk afstand doen en dit aan die verkryger oordra.

264 Hierdie klousule kan ook met die oordragsklousule saamgevoeg word in een enkele klousule.

265 Die eweknie van die Nederlandse notaris. In Nederland moet die transportakte deur 'n notaris opgestel word (dit moet notarieel verly word).

266 'n Verteenwoordiger kan namens die partye optree, maar dit behoort nie die transportbesorger te wees voor wie die verklarings onderteken is nie.

267 Laurens *Saaklike Regte* 260-262 en Lötz *Onroerende Goed* 14, 19 en 82 is van oordeel dat die saaklike ooreenkoms nie in die transportakte vervat behoort te word nie. Lötz *Onroerende Goed* 101 en 103 stel voor dat die saaklike ooreenkoms notarieel verly moet word.

268 Sien bv Laurens *Saaklike Regte* 260-262 en Lötz *Onroerende Goed* 14, 19 en 82. Maar Lötz *Onroerende Goed* 101, 103 sê ook dat alle ooreenkomste wat eiendomsoorgang tot gevolg het (waarby die saaklike ooreenkoms sekerlik ingesluit is), onafskeidbaar *deel vorm van die aktesregistrasieproses* en notarieel verly moet word. Dit lyk strydig met sy standpunt dat die saaklike ooreenkoms nie in die transportakte vervat behoort te wees nie.

die onderskeid tussen materiële reg (saaklike ooreenkoms) en formele reg (lewering/registrasie) vervaag.

(b) Die transportakte is 'n vereiste van die formele reg (aktesregistrasie) en vorm 'n integrale deel van die registrasiehandeling (oordragshandeling) aangesien registrasie van die akte oordrag van eiendomsoordrag bewerkstellig.[269] As sodanig vervul dit 'n leweringsfunksie. Dit is die geleibuis deur middel waarvan die reg van die vervreemder op die verkryger oorgedra word.[270]

(c) Aangesien die transportakte 'n vereiste van die formele reg (aktesregistrasie) is, is dit nie bedoel om materieelregtelike vereistes soos die saaklike ooreenkoms te beliggaam nie.

(d) Die transportakte is die eienaar se titelakte wat na registrasie dien as bewys van sy eiendomsreg[271] en is nie veronderstel om regshandelinge tussen die partye te beliggaam nie. Dit behoort nie op grond van nietigheid van die regshandeling aangeveg te kan word nie.

(e) Die saaklike ooreenkoms behoort nie in die transportakte vervat te word nie omdat verskillende geldigheidsvereistes op onderskeidelik die saaklike ooreenkoms en die transportakte van toepassing is.[272]

Nieteenstaande hierdie kritiek, kan die volgende argumente weer aangevoer word ter regverdiging van die voorstel dat die saaklike ooreenkoms in die transportakte vervat word:

(aa) Die transportakte is meer as net 'n vereiste van die formele reg wat vir doeleindes van registrasie aangewend word.[273] Afgesien daarvan dat dit dien as titelakte waardeur die vervreemder se eiendomsreg bewys word, bevat dit ook materieelregtelike bepalings wat die sake-

269 Art 16 van die *Wet op Registrasie van Aktes* 47 van 1937 bepaal dat grond slegs oorgedra kan word deur middel van 'n transportakte wat deur die registrateur onderteken of geattesteer word. Verder Carey Miller en Pope *Land Title* 70-71, 82-83; Heyl *Grondregistrasie* 22.

270 Dit kan ook gesien word as 'n simbool van die reg wat oorgedra word. Registrasie is dus 'n vorm van simboliese lewering.

271 Sien Carey Miller en Pope *Land Title* 70-71, 82.

272 In Duitsland is die vereistes van die materiële reg betreffende regshandelinge nie op die *toestemming* van toepassing nie en dit behoort ook nie op die transportakte van toepassing te wees nie. Maar sien *Meyers v Van Heerden* 1966 2 SA 649 (K) 655-656.

regtelike verhouding ten opsigte van 'n bepaalde grondstuk wesenlik kan beïnvloed,[274] soos byvoorbeeld voorwaardes waardeur eiendomsreg beperk word. In elk geval is die verklaring in die transportakte deur die vervreemder dat hy eiendomsreg oordra, die vergestalting van 'n vereiste van die materiële reg.

(bb) Daar bestaan in Suid-Afrika ook ander situasies waar materiële reg en formele reg met mekaar vermeng word.[275] Die vestiging of oordrag van beperkte saaklike regte geskied byvoorbeeld deur die registrasie van 'n notariële akte wat nie net die materieelregtelike ooreenkoms tussen die partye bevat nie, maar ook die saaklike ooreenkoms.[276] Gewoonlik aanvaar die verkryger die reg wat oorgedra word aan die einde van die akte. Dit is dus gewoonlik 'n tweesydige akte waaraan beide partye meewerk, deurdat hulle verskyn voor die notaris in wie se teenwoordigheid die akte verly word. Die feit dat die saaklike ooreenkoms in die transportdokument vervat word, is dus nie 'n vreemde verskynsel in Suid-Afrika nie.[277]

(cc) 'n Verdere aanknopingspunt kan gevind word by die praktyk wat op skenkings van toepassing is, in welke geval vereis word dat die skenking deur die verkryger aanvaar moet word (wat ook 'n vereiste van die materiële reg is).[278] Vorm E maak daarvoor voorsiening dat die skenking in die transportakte (aan die end daarvan) deur 'n transportbesorger (wat vir hierdie doel aangestel is) aanvaar word, of daar kan in die relaas van die akte gesê word dat die skenking aanvaar is en bewys kan gelewer word dat dit wel gedoen is.[279]

---

273 Dit is meer as 'n element van die oordragshandeling en nie bloot 'n geleibuis nie.

274 In hierdie opsig verskil dit van die dokument wat die verbintenis beliggaam en die verbintenisregtelike verhouding tussen die partye tot uiting bring.

275 Vermenging van die twee vakgebiede, is blykbaar ook in Nederland geen probleem nie.

276 Dit is dus 'n dokument wat tot die materiële reg en die formele reg behoort.

277 Die feit dat notariële akte die verbintenisregtelike ooreenkoms tussen die partye beliggaam, terwyl die transportakte geen ooreenkoms is nie, mag 'n rede wees waarom hierdie voorstel nie algemene aanvaarding sal vind nie.

278 Aanknopingspunte vir die standpunt dat die bedoeling uit die transportakte moet blyk, kan ook in die regspraak gevind word. Vergelyk bv *Gardens Estate v Lewis* 1920 AD 144 en *Meyers v Van Heerden* 1966 2 SA 649 (K) 655-656.

279 Sien Heyl *Grondregistrasie* 159.

(dd) Hierdie voorstel is nie verreikend nie en maklik om te implementeer. Aspekte wat op die inhoud van die saaklike ooreenkoms betrekking het, is byvoorbeeld reeds in die transportakte vervat, naamlik:[280] die persoonlike gegewens van die partye, 'n omskrywing van die saak wat oorgedra word, besonderhede van enige voorwaardes of beperkings waaraan eiendomsreg onderworpe is. Soos hierbo aangetoon is, sal slegs geringe wysigings aan die transportakte aangebring hoef te word en sal beide partye voor die transportbesorger moet verskyn.

Indien dit so is dat die materiële reg en die formele reg ten alle koste uitmekaar gehou moet word en indien die feit dat die saaklike ooreenkoms in die transportakte vervat is die twee vakgebiede sal vermeng, is daar een van twee opsies: (1) die saaklike ooreenkoms moet op skrif gestel word (die alternatief by die eerste moontlikheid hierbo) of (2) daar kan vereis word dat die partye hulle mondelinge verklarings in mekaar se teenwoordigheid voor die transportbesorger aflê[281] en dat hy in die transportakte bevestig dat die saaklike ooreenkoms tot stand gekom het.[282] Hierdie voorstel is soortgelyk aan die eerste moontlikheid, behalwe dat bevestiging deur die transportbesorger in die transportakte en nie by wyse van 'n sertifikaat plaasvind nie.

14.8 Slotbeskouing en aanbevelings

Die navorsingsvraag wat in hoofstuk een geformuleer is, kan na aanleiding van die voorafgaande studie, soos volg beantwoord word. Die regshandeling *eiendomsoordrag* bestaan in Suid-Afrika uit twee onafhanklike en gelykwaardige komponente, elkeen met sy eie vereistes, naamlik (1) die saaklike ooreenkoms en (2) die verskaffing van fisiese beheer in geval van roerende goed (*traditio vera* of *traditio ficta*), of registrasie by onroerende goed. Die saaklike ooreenkoms opsigself het nog nie oordrag van eiendomsreg *tot gevolg nie*; dit dui slegs op die bedoelingsvereiste, wat die vestiging of oordrag van 'n saaklike reg *ten doel* het (maar nie be-

280 Sien die bespreking in hfst 14.2.4 ivm die inhoud van die saaklike ooreenkoms.
281 Op welke wyse en tydstip die saaklike ooreenkoms tot stand kom.
282 Die transportakte dien dan as bewys daarvan dat die saaklike ooreenkoms tot stand gekom het. Die verkryger sal in hierdie geval ook 'n skriftelike volmag aan die

werkstellig nie). Benewens die saaklike ooreenkoms, word lewering (*traditio*) of registrasie ook vereis. Beide elemente moet dus teenwoordig wees om die beoogde regsgevolg teweeg te bring. Die beginsel van *traditionalisme*, in teenstelling met *konsensualisme* is van toepassing.

Die saaklike ooreenkoms is 'n selfstandige ooreenkoms, wat van die verbintenisskeppende ooreenkoms onderskei moet word. Terwyl laasgenoemde ooreenkoms, onder andere, die bedoeling om verbintenisse tot stand te bring tot inhoud het, bestaan die saaklike ooreenkoms uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die partye moet wilsooreenstemming bereik betreffende elke wesenlike aspek van die beoogde verandering aan die sakeregtelike posisie. Indien daar oor 'n wesenlike aspek nie ooreenstemming tussen die partye is nie, kom geen saaklike ooreenkoms tot stand nie.

Aangesien die saaklike ooreenkoms 'n selfstandige ooreenkoms is, moet dit aan sy eie geldigheidsvereistes voldoen. Die algemene reëls wat op regshandelinge en ooreenkomste van toepassing is, is ook op die saaklike ooreenkoms toepaslik. Dit beteken dat die regsreëls betreffende regsbevoegdheid, handelingsbevoegdheid, wilsooreenstemming, dwaling, bedrog, geoorloofdheid, nietigheid in geval van strydigheid met wetgewing, nietigheid in geval van woeker, voorwaardes en tydsbepalings, formaliteite (soos skrif), verteenwoordiging, toestemming en bekragtiging ook op die saaklike ooreenkoms van toepassing is.

Anders as die verbintenisskeppende ooreenkoms, het die saaklike ooreenkoms nie verbintenisse tot gevolg nie. Dit bring geen verpligtinge vir enige van die partye tot stand nie. In Suid-Afrika kan die saaklike ooreenkoms in geval van oordrag van *onroerende* goed te enige tyd voor registrasie herroep word, maar daar word aan die hand gedoen dat dit (soos in Nederland en Duitsland) bindend behoort te wees, met die gevolg dat dit nie deur enige van die partye herroep sal kan word nie.

Die saaklike ooreenkoms is 'n abstrakte regshandeling. Dit beteken (1) dat dit inhoudelik bestaan uit die wedersydse bedoeling om eiendomsreg

---

transportbesorger moet verleen om namens hom op te tree. Die praktyk op die

oor te dra en te ontvang, welke bedoeling 'n selfstandige bestaan voer en nie in die voorafgaande verbintenis geleë is nie (dit is inhoudelik abstrak); (2) dat die ooreenkoms aan sy eie geldigheidsvereistes moet voldoen en dat dit nie van die geldigheid van 'n verbintenisskeppende ooreenkoms afhanklik is nie. Nietigheid van die verbintenisskeppende ooreenkoms verhinder daarom nie dat 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand kom nie en dit verhinder ook nie dat eiendomsreg oorgaan nie. Dit is ook uitwendig abstrak.

Geen vormvereistes is in Suid-Afrika op die saaklike ooreenkoms van toepassing nie, met die gevolg dat dit nie in 'n uiterlik waarneembare handeling of dokument tot uiting kom nie. Dit kan as 'n leemte in die Suid-Afrikaanse reg aangemerk word. Die bespreking in hierdie hoofstuk het duidelik aangetoon dat daar in die Suid-Afrikaanse reg 'n behoefte bestaan aan bewyskragtige getuienis betreffende die vraag, of en indien wel op watter tydstip, 'n geldige saaklike ooreenkoms tot stand gekom het. Daar word gevolglik aan die hand gedoen dat vormvereistes op die saaklike ooreenkoms by die oordrag van onroerende goed van toepassing gemaak behoort te word. Daar is een van twee moontlikhede:

(1) Die partye kan voor 'n transportbesorger wat die transportakte opstel verskyn en uitdruklik voor hom verklaar dat hulle onderskeidelik die bedoeling het om eiendomsreg oor te dra en te ontvang. Die transportbesorger moet die verklarings op skrif stel en die dokument moet deur hom en die partye onderteken word. Hy moet ook seker maak dat aan die materieelregtelike geldigheidsvereistes vir die saaklike ooreenkoms voldoen is. Die saaklike ooreenkoms sal dan tot stand kom met ondertekening van die dokument. Die partye kan die dokument persoonlik onderteken of van 'n behoorlik skriftelik gemagtigde verteenwoordiger gebruik maak. Hierdie dokument moet aan die registrateur voorgelê word as bewys daarvan dat die ooreenkoms inderdaad tot stand gekom het.[283]

---

oomblik is dat hy optree uit hoofde van 'n skriftelike volmag deur die vervreemder.

283 Hierdie voorstel stem ooreen met die alternatief tot die eerste moontlikheid wat hierbo bespreek is. Indien dit sou blyk dat hierdie voorstel nie prakties uitvoerbaar is nie, kan die aktevervaardiger bloot 'n sertifikaat opstel waarin hy sertifiseer dat albei

(2) Die saaklike ooreenkoms kan in die transportakte vervat word, in welke geval die akte soos hy tans daar uitsien in 'n geringe mate gewysig sal moet word sodat dit verklarings deur beide partye bevat te dien effekte dat eiendomsreg oorgedra en verkry word. Daar word voorgestel dat 'n verdere klousule, benewens die oordrags- en ontheffingsklousules, tot die transportakte bygevoeg moet word waarin die verkryger uitdruklik verklaar dat hy eiendomsreg aanvaar. Die transportakte (of die betrokke klousules wat hulle verklarings bevat) moet deur beide partye onderteken word.[284] Ook hier behoort dit moontlik te wees dat die partye verteenwoordig kan word ingevolge 'n skriftelike volmag.

In beginsel is daar nie werklik enige rede waarom die een bo die ander verkies moet word nie. Enige van hierdie opsies sal die moontlikheid van 'n foutiewe register by die afgeleide wyses van eiendomsverkryging verskraal en die negatiewe eienskappe van die stelsel uitskakel. Aangesien daar geen twyfel betreffende die bestaan van die saaklike ooreenkoms meer sal wees nie, kan makliker aanvaar word dat die registers inderdaad die regsposisie ten opsigte van 'n bepaalde grondstuk korrek weergee, wat regsekerheid in die hand sal werk.

---

partye ingestem het tot oordrag, welke sertifikaat saam met die ander dokumente vir registrasie ingedien moet word.

284 Dit vervang nie die huidige praktyk wat vereis dat die transportbesorger voor die registrateur verskyn en die dokument deur hom verly word nie, dit is aanvullend daartoe.

BIBLIOGRAFIE

A

Accursius op verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis*
Accursius (1182-1260) *Accursii Glossa* (Venesië 1487-1488) in *Corpus Glossatorum Iuris Civilis* VII-XI (Turyn 1966-1973)

Achilles *Protokolle*
Achilles A, Gebhard A en Spahn P *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Burgerlichen Gesetzbuchs* Band III *Sachenrecht* (Berlyn 1899)

Albericus de Rosate *ad Codex*
Albericus de Rosate (Rosciate) op die verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis* in *Opera Omnia* (Venesië 1585-1586 herdruk Bologna 1979)

Albrecht *Gewere*
Albrecht WE *Die Gewere als Grundlagen des Älteren Deutschen Sachenrechts* (Königsberg 1828)

Algra *Burgerlijk Recht*
Algra NE *Inleiding tot het Nieuw Burgerlijk Recht* 1 4e uitg (Gröningen 1983)

Andreas Tiraqueau *Tractatus*
Andreas Tiraqueau (1488-1558) *De Iure Constituti Possessorii Tractatus* (1549) in *Opera Omnia* III (Parys 1674)

Ankum *Actio Pauliana*
Ankum JA *De Geschiedenis van de Actio Pauliana* (Zwolle 1962)

Ankum en De Smidt *Mini-Plakaatboek*
Ankum JA en De Smidt J Th *Mini-Plakaatboek: Zeven van de Belangrijkste Wetten uit het Oud-Vaderlandse Recht* (Leiden 1968)

Apel *Isagoge* en *Methodica*
Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Arndts *Pandekten*

Arndts von Arnesberg KL *Lehrbuch der Pandekten* 14e uitg deur Pfaff L en Hofmann F (Stuttgart 1889)

Asser-Beekhuis *Zakenrecht* I
Asser C *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Zakenrecht Algemeen Deel* 11e uitg bewerk deur Beekhuis JH (Zwolle 1980)

Asser-Hartkamp *Verbintenissenrecht*
Asser C *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Verbintenissenrecht* II *Algemene Leer der Overeenkomsten* 9e uitg deur Hartkamp AS (Zwolle 1993)

Asser-Mijnssen *Zakenrecht*
Asser C *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Zakenrecht Deel I Algemeen Goederenrecht* 13e uitg bewerk deur Mijnsen FHJ en De Haan P (Zwolle 1992)

Asser-Mijnssen *Goederenrecht*
Asser C *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht: Derde Deel Goederenrecht* 14e uitg bewerk deur Mijnssen FHJ, De Haan P ea (Deventer 2001)

Asser-Rutten *Verbintenissenrecht* II
Asser C *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht*: *Verbintenissenrecht* II *Algemene Leer der Overeenkomsten* 5e uitg bewerk deur Rutten LEH (Zwolle 1979)

Asser-Scholten *Zakenrecht*
Asser C *Handleiding tot de Beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht Zakenrecht Algemeen Deel* 8e uitg bewerk deur Scholten P en Beekhuis JH (Zwolle 1945)

Azo *Lectura*
Azo Portius (1150-1220) *Lectura super Codicem* (Parys 1577) in *Corpus Glossatorium Iuris Civilis* III (herdruk Turyn 1966)

Azo *Summa*

Azo Portius (1150-1220) *Summa Super Codice et Institutionibus* (Pavia 1484) in *Corpus Glossatorum Iuris Civilis* II (Turyn 1966)

B

Badenhorst ea *Property*

Badenhorst PJ, Pienaar JM en Mostert H *Silberberg and Schoeman's The Law of Property* 5e uitg (Durban 2006 Pienaar JM)

Bähr *Anerkennung*

Bähr O *Die Anerkennung als Verpfligtungsgrund* (Kassel 1855 herdruk Aalen 1970)

Baldus *Consilia*

Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Baldus op verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis*

Baldus de Ubaldis (Perusinus) op die verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis* in *Opera Omnia* (Venesië 1586)

Bark 1973 *KJ*

Bark T "Die Entstehung des BGB im Spiegel der Bürgerlichen Rechtsgeschichte" 1973 *Kritische Justiz* 158-165

Bartholomeus Socinus *Consilia*

Bartholomeus Socinus (1436-1507) *Consilia* (Venesië 1571)

Bartolus *ad* verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis*

Bartolus de Saxoferrato (1314-1357) op die verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis* in *Iuris Omnia, Quae Extant, Opera* (Venesië 1596)

Bassenge 1977 *Rechtspfleger*

Bassenge P "Der Eintritt der Bindung an die Auflassung" 1977 *Der Deutsche Rechtspfleger* 8

Bassianus

Sien Johannes Bassianus

Baur *Sachenrecht*

Baur F *Sachenrecht* 17e uitg deur Baur JF en Stürner R (München 1999)

Baus *Kausale Verfügung*

Baus Gerd *Kausale Verfügung und gutglaubiger Erwerb* (Berlyn 1939)

Bechmann *Kauf*

Bechmann A *Der Kauf nach Gemeinem Recht* verwerk deur Oertmann P 1905-1908 Bande I, II en III (Erlangen/Leipzig 1876-1884 herdruk Aalen 1965)

Becker *Handwörterbuch*

Becker HJ *Investitur* in Erler A, Kaufmann E en Werkmüller D (red) *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlyn 1971-1998)

Berger *Electa*

Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Berger *Oeconomia*

Berger JH de *Oeconomia Iuris ad Usum Hodiernum Accommodati* II 7e uitg (Leipzig 1771)

Bernhöft *Besitztitel*

Bernhöft F *Der Besitztitel im Römischen Recht* (Halle 1875)

Biermann *Traditio Ficta*

Biermann J *Traditio Ficta: ein Beitrag zum Heutigen Zivilrecht auf Geschichtlicher Grundlage* (Stuttgart 1891 herdruk Amsterdam 1968)

Bleeker 1964 *WPNR*

Bleeker HJ "Nogmaals: de Zakelijke Overeenkomst" 1964 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ampt en Registrasie* 4800 69, 4801 81

Böcking *Pandekten*

Böcking E *Pandekten des Römischen Privatrechts* Band 1 (Bonn 1853) Band 2 (Leipzig 1855)

Böhmer *ad Digesta*

Böhmer JH *Introductio in Ius Digestorum* 14e uitg (Halle 1791)

Böhmer *ad Pandectas*

Böhmer JH *Exercitationes ad Pandectas* V uitg deur GL Böhmer (Hannover/Göttingen 1741-64)

Brachylogus

Böcking E (red) *Corpus Legum Sive Brachylogus Iuris Civilis* (Berlyn 1829)

Brandt *Eigentumserwerb*

Brandt H *Eigentumserwerb und Austauschgeschäft* (Leipzig 1940)

Brandt *Eigentumstheorien*

Brandt R *Eigentumstheorien von Grotius bis Kant* (Stuttgart 1974)

Bremer 1863 *ZZP*

Bremer J "Beitrag zur Lehre von dem Besitzerwerbe durch Stellvertreter: Unterschied zwischen dem Besitzerwerbe durch einen Stellverterter und dem Besitzerwerbe mittelst Tradition von Seiten einer Mittelsperson" Band 20 1863 *Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß* 25

Bronkhorst *Enantiophanôn*

Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Brunnemann *ad Codex*

Brunnemann J *Commentarius in Codicem Justinianeum* (Leipzig 1717)

Brunnemann *ad Digesta*

Brunnemann J *Commentarius in Quinquaginta Libros Pandectarum* (Frankfurt 1692)

Brunner *Rechtsgeschichte*

Brunner Heinrich *Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte* verwerk deur Hehmann E (München 1925)

Brunner *Resensie*

Brunner H Resensie van "Trauung und Verlobung" deur Sohm R in Rauch K *Abhandlungen zur Rechtsgeschichte Gesammelte Aufsätze von Heinrich Brunner* Band II (Weimar 1931); oorspronklik verskyn in 1876 *Jenaer Literaturzeitung* III no 439 op 498

Brunner *Urkunde*

Brunner H *Zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde* (Berlyn 1880)

Buchholz *Abstraktionsprinzip*

Buchholz S *Abstraktionsprinzip und Immobiliarrecht: Zur Geschichte der Auflassung und der Grundschuld* (Frankfurt 1978)

Buckland *Textbook*
Buckland WW *A Text-book of Roman Law from Augustinus to Justinian* 3e uitg (Cambridge 1963 herdruk 1975)

Bulgarus *Summula*
Bulgarus (1167) *De Dolo Summula* gepubliseer in Kantorowicz *Glossators* 73 en 243

Buschmann 1980 *JuS*
Buschmann A "Das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1863/65 - Vorläufer und Muster des BGB" (20) 1980 *Juristische Schulung* 553

Butrigarius *ad Codex*
Butrigarius Jacobus *Lectura super Codice* (Parys 1516 herdruk Bologna 1973)

Butrigarius *ad Digesta*
Butrigarius Jacobus *In primam et secundam veteris Digesti* (Rome 1606 herdruk Bologna 1978)

C

Carey Miller *Acquisition*
Carey Miller DL *The Acquisition and Protection of Ownership* (Kaapstad 1986)

Carey Miller *Transfer of Ownership*
Carey Miller DL "Transfer of Ownership" in Feenstra R en Zimmermann R (reds) *Das Römisch-Holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. Und 18. Jahrhundert* (Berlyn 1992)

Carey Miller en Pope *Land Title*
Carey Miller DL en Pope A *Land Title in South Africa* (Kenwyn 2000)

Cerutti *Rechtsgeschiedenis*
Cerutti F *Hoofdstukken uit de Nederlandse Rechtsgeschiedenis: samenvatting en teksten van zes colleges over bijzondere onderwerpen* (Nijmegen 1972)

Chao-Duivis *Dwaling*

Chao-Duivis MAB *Dwaling bij de Totstandkoming van de Overeenkomst* (Deventer 1996)

Chorus *Verboden Rechtshandeling*

Chorus JMJ *Handelen in Strijd met de Wet, de Verboden Rechtshandeling bij de Romeinse Juristen en de Glossatoren* (Leiden 1976)

Christie *Contract*

Christie RH *The Law of Contract* 4e uitg (Durban 2001)

Cocceji *ad Grotius*

Cocceji H de *Grotius Illustratus seu Commentarii ad Hugonis Grotii De jure belli et pacis* (Breslau 1744-1752)

Cocceji *Novum Systema*

Cocceji S *Novum Systema Iustitiae Naturalis et Romanae* (Halle 1748)

Codex

Codex Iustinianus (red) Krüger P *Corpus Iuris Civilis* vol II (Berlyn 1915)

Coing *Europäisches Privatrecht*

Coing H *Europäisches Privatrecht 1500-1800* Band I *Älteres Gemeines Recht* (München 1985)

Coing *Savigny*

Coing H *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft* in Coing H *Ius Commune* VIII (Frankfurt 1979)

Collins *Grosswörterbuch*

Collins *Deutsch-English, English-Deutsch Grosswörterbuch* deur Terrel P (red) et al 2e uitg (Stuttgart 1991)

Conrad *Rechtsgeschichte*

Conrad H *Deutsche Rechtsgeschichte* I *Frühzeit und Mittalalter* 2e uitg (Karlsruhe 1962); II *Neuzeit bis 1806* 2e uitg (Karlsruhe 1966)

Contius *Iuris Civilis*

Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Corpus Glossatorium Iuris Civilis

Corpus Glossatorium Iuris Civilis curante Juris Italici Historiae Instituto Taurinensis Universitatis (herdruk Turyn 1963-1973)

Corpus Iuris Civilis
Corpus Iuris Civilis (reds) Spruit JE, Feenstra R en Bongenaar KEM (Zutphen 1993-2001)

Corpus Iuris Civilis vol I (reds) Krüger P en Mommsen T (Berlyn 1920); vol II (red) Küger P (Berlyn 1915); vol III (reds) Scholl R en Kroll W (Berlyn 1895)

Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Accursii
Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Accursii, Scholiis Contii, et D Gothofredi Lucubrationibus ad Accursium in Quibus Glossae Obscuriores Explicantur, Similes et Contrariae Afferuntur, Vitiosae Notantur (Lyon 1627)

Cothmann *Consilia*
Cothmann E *Responsorum Iuris Seu Consiliorum Ac Consultationum* III (Frankfurt 1618)

Creifelds *Rechtswörterbuch*
Creifelds C *Rechtswörterbuch* 12e uitg deur Kauffmann H ea (München 1994)

Cronjé *Eiendomsoorgang*
Cronjé DSP *Eiendomsoorgang by Verdiskontering van 'n Huurkoopkontrak* (LL M-verhandeling RAU 1975)

Cronjé *Eiendomsvoorbehoud*
Cronjé DSP *Eiendomsvoorbehoud by 'n Huurkoopkontrak van Roerende Sake* (LL D-proefskrif RAU 1978)

Cronjé 1978 *THRHR*
Cronjé DSP "Die Saaklike Ooreenkoms by die Eiendomsoordrag van Roerende Sake" 1978 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 227-251

Cronjé 1979 *THRHR*

Cronjé DSP "Die Juridiese Konstruksie van Eiendomsvoorbehoud" 1979 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 142-154

Cronjé 1984 *THRHR*
Cronjé DSP "Die Belang van die Saaklike Ooreenkoms by Roerende Sake in 'n Abstrakte en Kousale Stelsel van Eiendomsoordrag" 1984 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 200

Cujacius *ad Codex/Digesta*
Cujacius (Jacques Cujas 1522-1590) op verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis* in *Opera Omnia* vol 4 en 9 (Napels 1758)

Cujacius *Observationum*
Cujacius J *Observationum et emendationem* (Halle 1737) opgeneem in *Opera Omnia* vol 3 (Napels 1758)

Cynus de Pistoa *ad Codex*
Cynus de Pistoia (Cinus Pistoriensis) *Commentarius in Codicem* (Frankfurt 1578 herdruk Turyn 1964)

D

Dabelow *Rechtswissenschaft*
Dabelow CC *Einleitung in die Deutsche Positive Rechtswissenschaft* II (Halle 1793)

Daries *Jus Naturae*
Daries JG (ook Darjes) *Institutiones Jurisprudentiae Universalis, in quibus omnia juris naturae, socialis et gentium* 5e uitg (Jena 1757)

Daries *Natur und Völkerrecht*
Daries JG *Natur und Völkerrecht* (Jena 1763)

De Beer *Deeds Registration*
De Beer WV en Rorke RF *Newall's Law and Practice of Deeds Registration* 2e uitg (Durban 1978)

De Blécourt *Bewijsstukken*
De Blécourt AS *Bewijsstukken Behoorende bij het Kort Begrip van het Oud-Vaderlandsch Burgerlijk Recht* 2e uitg (Gröningen 1937)

De Blécourt *Oud-Vaderlands Recht*
De Blécourt AS *Kort Begrip van het Oud-Vaderlands Burgerlijk Recht* 6e uitg deur Fischer HFWD (Gröningen 1950)

De Groot *De Iure Belli*
De Groot Hugo *De Iure Belli ac Pacis in Quibus Ius Naturae et Gentium item Juris Publici Praecipua Explicantur* (Amsterdam 1689)

De Groot *Inleidinge*
De Groot Hugo *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleertheyt* (Amsterdam 1631)

De Groot JJA *Onroerend Zaken*
De Groot JJA "Overdracht van Onroerend Zaken onder het NBW" in De Groot JJA ea *De Levering van Onroerend Goed: vijf Opstellen over de Overdracht van Onroerend Goed vanaf het Romeinse Recht tot het Nieuw Burgerlijk Wetboek* Ars Notariatus 32 (Deventer 1985) 91

De Groot 1978 *WPNR*
De Groot JJA "Zakelijke Overeenkomst" 1978 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ampt en Registrasie* 5421 92

De Monté ver Loren *Rechterlijke Organisatie*
De Monté ver Loren J Ph *Hoofdlijnen uit de Ontwikkeling der Rechterlijke Organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse Omwenteling* 6e uitg deur JE Spruit (Deventer 1982)

De Vos 1964 *Acta Juridica*
De Vos W "Bespreking van Sekere Aspekte van die Regsposisie van Besitters" 1959 *Acta Juridica* 184-199

De Vos 1976 *TSAR*
De Vos W "*Solutio Indebiti* en Eiendomsoorgang" 1976 *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 79

De Vos *Verrykingsaanspreeklikheid*
De Vos W *Verrykingsaanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitg (Kaapstad 1971)

De Wet en Van Wyk *Kontraktereg*

De Wet JC en Van Wyk AH *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* Vol 1 *Kontraktereg* 5e uitg (Durban 1992)

Delport en Olivier *Vonnisbundel*
Delport HJ en Olivier NJJ *Sakereg Vonnisbundel* 2e uitg (Kaapstad 1985)

Delport 1980 *Obiter*/1981 *Obiter*
Delport JT "Die Oordrag van Eiendomsreg op Onroerende Goed: 'n Historiese Perspektief" 1980 *Obiter* 102-117; vervolg in 1981 *Obiter* 20-35

Delport *Lewering en Registrasie*
Delport JT *Lewering en Registrasie as Eiendomsoordragshandelinge in die Suid-Afrikaanse Reg* (LL D-proefskrif Universiteit van Port Elizabeth 1976)

Den Dulk *Zakelijke Overeenkomst*
Den Dulk JL *De Zakelijke Overeenkomst* Reeks *Privaatrechtelijke Begrippen* deel 10 onder redaksie van Van der Burght G (Alphen 1979)

Dernburg 1857 *AcP*
Dernburg H "Beitrag zur Lehre von der Justa Causa bei der Tradition" 1857 *Archiv für die civilistische Praxis* 151 Band 40 1-23

Dernburg *Pandekten*
Dernburg H *Pandekten* Band I boeke 1 en 2 6e uitg bewerk deur Biermann J (Berlyn 1900)

Diesselhorst *Hugo Grotius*
Diesselhorst M *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (Köln 1959)

Digesta
Digesta Iustiniani (reds) Spruit JE, Feenstra R en Bongenaar KEM *Corpus Iuris Civilis* Vol II-VI (Zutphen 1993-2001)

Diósdi *Ownership*
Diòsdi G *Ownership in Ancient and Pre-Classical Roman Law* (Boedapest 1970)

Diósdi *Contract*

Diósdi GY *Contract in Roman Law: From the Twelve Tables to the Glossators* (Boedapest 1981)

Döhring *Handwörterbuch*
Döhring E *Freiwillige Gerichtsbarkeit* in Erler A, Kaufmann E en Werkmüller D (red) *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlyn 1971-1998)

Dolezalek 1967 *ZSS*
Dolezalek G "Der Glossenapparat des Martinus Gosia zum Digestum Novum" in 1967 *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* (Rom) 244

Dondorp en Schrage *Levering*
Dondorp JH en Schrage EJH *Levering Krachtens Geldige Titel: Enige Grepen uit de Geschiedenis van de Vereisten Voor Eigendomsoverdracht* (Amsterdam 1991)

Donellus *Iure Civili*
Donellus Hugo (Hugues Doneau 1527-1592) *Iurisconsulti Commentariorum de Iure Civili Libri Viginti Octo* (Frankfurt 1590-1596)

Duranti Guillelmus
Sien Guillelmus Duranti

E

Eckert *Handwörterbuch*
Eckert J "Verfügung" in Erler A, Kaufmann E en Werkmüller D (red) *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlyn 1971-1998)

Eggens *Oude Vraag*
Eggens J "Eene Oude Vraag Naar Aanleiding van Eene Nieuwe" in *Verzamelde Privaarechtelijke Opstellen* I (Alphen 1959)

Ehrenzweig *Privatrechts*
Ehrenzweig A *System des Österreichische Allgemeinen Privatrechts* Band 1 boek 2 2e uitg (Wenen 1957)

Ehrhardt *Iusta Causa*

Ehrhardt A *Justa Causa Traditionis. Eine Untersuchung Über den Erwerb des Eigentums nach Römischem Recht* (Berlyn 1930)

Enneccerus-Nipperdey *Allgemeiner Teil*
Enneccerus L en Nipperdey HC *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* II 15e uitg (Tübingen 1959)

Eisele 1885 *JhJ*
Eisele "Civilistische Kleinigkeiten: Das Verhältnis von 1.18 pr de rebus creditus (12,1) zu 1.36 de adquirendi rerum dominium (41,1)" 1885 (23) *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts* 1-18

Eisenhardt *Rechtsgeschichte*
Eisenhardt U *Deutsche Rechtsgeschichte* (München 1984)

Endemann 1891 *ZfHK*
Endemann J "Rezension: Kindel W Das Recht an der Sache" 1891 *Zeitschrift für das Gesammte Handelsrecht und Konkursrecht* 318-329

Ertl 1980 *Rechtspfleger*
Ertl R "Antrag, Bewilligung und Einigung im Grundstücks- und Grundbuchrecht" 1980 *Der Deutsche Rechtspfleger* 41-51

Exner *Tradition*
Exner A *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition nach Österreichischem und Gemeinem Recht* (Wene 1867)

F

Faber *De erroribus*
Faber *De Erroribus Pragmaticorum Interpretum Iuris* (Genève 1613)

Faber *ad Digesta*
Faber A (Antoine Favre 1557-1624) *Rationalia in primam et secundam partem Pandectarum* (1631 Genève)

Feder *Philosophie*
Feder JG *Lehrbuch der Practischen Philosophie* (Göttingen 1770)

Feenstra *Grondslagen*

Feenstra R *Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht* 5e uitg (Leiden 1990)

Feenstra *Europese Rechtswetenskap*
Feenstra R "Romeins Recht en Europese Rechtswetenschap" in Spruit JE (red) *Coniectanea Neederlandica Iuris Romani – Inleidende Opstellen Over Romeins Recht* (Zwolle 1974) 101-137

Feenstra *Reclame en Revindicatie*
Feenstra R *Reclame en Revindicatie: Onderzoekingen Omtrent de Rol in de Ontwikkelingsgeschiedenis van het Recht van Reclame Gespeeld Door den Romeinsrechtelijken Regel Omtrent Eigendomsovergang en Prijsbetaling bij Koop* (Haarlem 1949)

Feenstra en De Smidt *Tekstenboek*
Feenstra R en De Smidt J *Geschiedenis van het Vermogensrecht: Tekstenboek* (Deventer 1978)

Felgentraeger *Savignys Einfluß*
Felgentraeger W *Friedrich Carl von Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre* (Berlyn 1927)

Fischer HFWD *Reëele Executie*
Fischer HFWD *De Geschiedenis van de Reëele Executie bij Koop* (Haarlem 1934)

Fitting H en Suchier H *Lo Codi: Eine Summa Codicis in Provenzalischer Sprache aus der Mitte des XII Jahrhunderts* Latynse vertaling van Ricardus Pisanus (Halle 1906 herdruk Aalen 1968)

Fockema Andreae *Burgerlijk Recht*
Fockema Andreae SJ *Het Oud-Nederlandsch Burgerlijk Recht* Deel I en II (Haarlem 1906)

Fockema Andreae *ad De Groot*
Fockema Andreae SJ *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid, Beschreven bij Hugo de Groot met Aantekeningen deur SJ Fockema Andreae* 4e uitg deur Van Apeldoorn LJ (Arnhem 1939)

Fockema Andreae *Recht van den Kooper*

Fockema Andreae SJ "Het Recht van den Kooper in het Oude Nederland" in *Bijdragen tot de Nederlandsche Rechtsgeschiedenis* Band V (Haarlem 1914) 284-305 (oorgedruk uit *Verslagen en Mededelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen Afdeling Letterkunde* 4e Reeks Deel VI 1904 op 266-287)

Förster *Privatrecht*

Förster F *Preußisches Privatrecht* Band 3 deur Eccius M 7e uitg (Berlyn 1896)

Fourie *Conveyancing*

Fourie DR *Conveyancing Practice Guide* (Durban 1992)

Frenz *Handwörterbuch*

Frenz Th *Urkunde* en *Urkundenlehre* in Erler A, Kaufmann E en Werkmüller D (red) *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlyn 1971-1998)

Fromman *Quasi Traditio*

Sien lys van aangehaalde werke uit sekondêre bronne

Fuchs *Iusta Causa*

Fuchs JG *Iusta Causa Traditionis in der Romanistischen Wissenschaft* (Basel 1952)

Fuchs-Wissermann 1977 *Rechtspfleger*

Fuchs-Wissermann H "Zur Form der Auflassung nach § 925 Abs. 1 Sätze 1 u. 2 BGB und der Einigung nach den § 20, 29 Abs. 1 GBO" in 1977 *Der Deutsche Rechtspfleger* 8-12

Fuchs-Wissermann 1978 *Rechtspfleger*

Fuchs-Wissermann H "Abermals: Form und Nachweis der Auflassung" in 1978 *Der Deutsche Rechtspfleger* 431-433

Fulgosius *ad Digesta*

Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

G

Gaius *Institutiones*

The Institutes of Gaius translated by Gordon WM and Robinson OF (London 1988)

Gai Institutiones Secundam Codicis Veronensis Apographum Studemundianum et Reliquias in Aegypto Repertas editio minor (red) David M (Leiden 1948)

Gane *The Selective Voet*

Gane PC *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects (Paris ed of 1829) and the supplement to that work by Johannes van der Linden* 'n vertaling van Voet *Commentarius ad Pandectas* 5e uitg 1829 (Durban 1955)

Gerbenzon en Algra *Voortgangh*

Gerbenzon P en Algra NE *Voortgangh des Rechtes: De Ontwikkeling van het Nederlandsche Recht tegen de Achtergrond van de Westeuropese Cultuur* 6e uitg (Alphen 1987)

Gerson 1889 *ArchBürgR*

Gerson R "Einige Bemerkungen Betreffende die Angabe des Rechtsgrundes bei dem Uebereignungsvertrag" Band 2 1889 *Archiv für Bürgerliches Rechts* 63

Gesterding *Eigenthum*

Gesterding FC *Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum und Solchen Rechten* (Greiswald 1817)

Gierke *Privatrecht*

Gierke O von *Deutsches Privatrecht* Band II *Sachenrecht* (Leipzig 1905)

Gierke *Schuld und Haftung*

Gierke O von *Schuld und Haftung im Älteren Deutschen Recht Insbesondere die Form der Schuld- und Haftungsgeschäfte* (Breslau 1910)

Gierke *Entwurf*

Gierke O von *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das Deutsche Recht* (Leipzig 1889)

Giesen *Rechtsgeschäftslehre*

Giesen D *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre* (Berlyn 1991)

Gilissen *Inleiding*
Gilissen J *Historische Inleiding tot het Recht* 2e uitg (Antwerpen 1984)

Giphanius *ad Digesta*
Giphanius H (Hubert van Giffen) *Lecturae Altorphinae in titulos Digestorum et Codicis* (Frankfurt 1605)

Glossa Ordinaria
Sien *Corpus Iuris Civilis Iustinianei, cum Commentariis Accursii*

Glück *Pandectencommentar*
Glück CF *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld: ein Commentar* verskeie bande (Erlangen 1797-1843)

Gordon *Traditio*
Gordon WM *Studies in the Transfer of Property by Traditio* (Aberdeen 1970)

Gosia Martinus
Sien Martinus Gosia

Gordon *Gaius*
Gordon WM and Robinson OF *The Institutes of Gaius* (London 1988)

Göschen *Vorlesungen*
Göschen JFL *Vorlesungen über das Gemeine Civilrecht* II 2e uitg (Göttingen 1843)

Groenewegen *ad De Groot*
Groenewegen van der Made S *Inleydinge tot de Hollandsche Rechtsgeleertheyt Beschreven by Hugo de Groot* (Middelburg 1767)

Groenewegen *ad Institutiones*
Groenewegen van der Made S *Tractatus de Legibus Abrogatis et Inusitatis in Hollandia Vicinisque Regionibus* (Amsterdam 1669)

Groot *Placaet-Boeck*
Cau Cornelis *Groot Placaet-Boeck vervattende de placaten, ordonnantien en de edicten vande Doorluchtige, Hoogh Mog. Heeren Staten Generael der Vereenighde Nederlanden ende van de Groot Heeren Staten van*

Hollandt en West-Vrieslandt Band I ('s-Gravenhage 1658) – sien ook Van de Water

Groß *Naturrechts*
Groß KH *Lehrbuch des Philosophischen Rechtswissenschaft oder des Naturrechts* 6e uitg (Tübingen 1841)

Gruchot 1864 *Gruch*
Gruchot JA "Von der Mittelbaren Erwerbung des Eigenthums" in 1864 (8) *Gruchot Beiträge zur Erlauterung des Deutsches Rechts* 402

Gryphiander *Oeconomicorum*
Gryphiander J *Oeconomicorum Legalium, Sive de Arte Acquirendi et Conservandi Partimonii Libri Duo* I (Bremen 1662)

Guillelmus de Cugno *ad Codex*
Guillelmus de Cugno (Guillaume de Cunh; ook Cuneo) *Lectura SuperCodice* (Lyon 1513 herdruk in *Opera Iuridica Rariora* VIII Bologna 1968)

Guillelmus Duranti *Speculum*
Guillelmus Duranti 1230-1296 (Guillaume Durand of Wilhelm Durantis) *Speculum Iudiciale* uitg met kommentaar van Johannes Andreae en Baldus de Ulbaldis (Basel 1574 herdruk Aalen 1975)

H

Haegele 1967 *Rechtspfleger*
Haegele K "Urkundenvorlage beim Grundbuchamt" 1967 *Der Deutsche Rechtspfleger* 33-37

Hahlo en Kahn *Legal System*
Hahlo HR en Kahn E *The South-African Legal System and its Background* (Kaapstad 1968)

Hallebeek 2004 *Codicillus* 6 ev
Hallebeek J "Transfer of Ownership: Traditionalism or Consensualism?" 2004 *Codicillus* 6-16

Hamaker *Negatiewe stelsel*

Hamaker HJ "Het Negatieve en het Positieve Stelsel Omtrent Eigendom van den Grond" in Molengraaf WLPA en Star Busmann CW (reds) *Verspreide Geschriften* II (Haarlem 1911) 72-113

Handwörterbuch (*HRG*)
Erler A, Kaufmann E en Werkmüller D (red) *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlyn 1971-1998)

Hammen *Savigny*
Hammen H *Die Bedeutung Friedrich Carl von Savignys für die Allgemeinen Dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches* (Berlyn 1983)

Hazewinkel-Zuringa *Mancipatio*
Hazewinkel-Zuringa D *Mancipatio en Traditio Bijdrage tot de Kennis van de Eigendomsoverdracht in het Romeinsche Recht* (Proefskrif Universiteit Amsterdam 1931)

Heck *Sachenrechts*
Heck P *Grundriss des Sachenrechts* (Tübingen 1930 herdruk 1960)

Heineccius *ad Digesta*
Heineccius JG *Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Pandectarum* (Amsterdam 1731)

Heineccius *ad Institutiones*
Heineccius JG *Elementa Iuris Civilis Secundum Ordinem Institutionum* (Amsterdam 1725 5e uitg Göttingen 1806)

Heineccius *Praelectiones*
Heineccius JG *Praelectiones Academicae in S Pufedorfii De Officio Hominis et Civis* in *Opera ad Universam Iurisprudentiam Philosophiam et Litteras Humaniores Pertinentia* vol 8 (Geneve 1744-1749)

Heusler *Gewere*
Heusler A *Die Gewere* (Weimar 1872)

Heusler *Institutionen*
Heusler A *Institutionen des Deutschen Privatrechts* Band II (Leipzig 1886)

Heyl *Grondregistrasie*

Heyl JWS *Grondregistrasie in Suid-Afrika* (Pretoria 1977)

Hijmans *Zakenrecht*

Hijmans IH *Romeinsch Zakenrecht* 2e uitg (Zwolle 1926)

Hirsch *Sachsenspiegel*

Hirsch HC *Der Sachsenspiegel (Landrecht)* (Berlyn 1936)

Hofacker *Principia Iuris Civilis*

Hofacker C *Principia Iuris Civilis Romano-Germanici* II 2e uitg (Tübingen 1800)

Hofmann *Titulus und Modus*

Hofmann F *Die Lehre vom Titulus und Modus Adquirendi und von der Iusta Causa Traditionis* (Wene 1873)

Hofmann *Zakenrecht*

Hofmann LC *Het Nederlandsch Zakenrecht* 3e uitg (Gröningen 1944)

Hofmann *Verbintenissenrecht*

Hofmann LC *Het Nederlandsche Verbintenissenrecht: de Algemene Leer van de Verbintenissen* II 9e uitg deur Van Opstall SN en Abas P (Gröningen 1976)

Holdsworth *English Law*

Holdsworth WS *A History of English Law* Band II 3e uitg (Londen 1923)

Hommes 1962 *WPNR*

Hommes HJ "De Zakelijke Overeenkomst" 1962 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ampt en Registrasie* 4706 25-28, 4707 37-41

Honsell *Römisches Recht*

Honsell H, Mayer-Maly T en Selb W *Römisches Recht* 4e uitg (Berlyn 1987) (voortsetting van Jörs P en Kunkel W)

Höpfner *Commentar*

Höpfner LJF *Theoretisch–Practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen* 4e uitg (Frankfurt 1793)

Höpfner *Naturrecht*

Höpfner LJF *Naturrecht des Einzelnen Menschen, der Gesellschaften und der Völker* (Gießen 1780)

Hoppe *ad Institutiones*
Hoppe J *Commentatio Succincta ad Institutiones Justinianeas* (Frankfurt 1721)

Horn *Handbuch PRG*
Horn N "Die Legistische Literatur der Kommentatoren und der Ausbreiting des Gelehrten Rechts" in Coing H (red) *Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte* I (München 1977 261

Horst *Jurisprudentia*
Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Hosten *Inleiding*
Hosten WJ ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Reg en Regsleer* (Durban 1979)

Houwing *Toekomstige Rechten*
Houwing PAN *Overdracht van Toekomstige Rechten* in Drion H ea (red) *Geschriften van Houwing* (Deventer 1972) 21-76

Howald *Dingliche Vertrag*
Howald M *Der Dingliche Vertrag* (Zürich 1946)

Huber *Privatrecht*
Huber E *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes* Band IV (Basel 1893)

Huber op verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis*
Huber U *Praelectionum Iuris Civilis Secundum Institutiones et Digesta Justiniani* (Frankfurt/Leipzig 1749)

Huber *Digressiones*
Huber U *Digressiones Justinianeae* 3e uitg (Franeker 1696)

Huber *Rechtsgeleertheyt*

Huber U *Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt Soo elders, als in Frieslandt Gebruikelijk* (Leeuwaarden 1686) 3e uitg verwerk deur Zacharias Huber (Amsterdam 1726)

Huber *Tractatus De Jure*

Huber U *Tractatus de Jure in Re et ad Rem Quid Dicitur Repetitae Animadversiones* invoegsel in *Digressiones Justinianae* 3e uitg op 269 (Franeker 1696)

Hübner *Privatrecht*

Hübner R *Grundzüge des Deutschen Privatrechts* 4e uitg (Leipzig 1922)

Hugo *Civilistisches Magazin*

Hugo G (red) *Civilistisches Magazin* I en IV (Berlyn 1803)

Hugo *Institutionen*

Hugo G *Institutionen des Heutigen Römisches Recht* (Berlyn 1789)

Hugo *Pandecten*

Hugo G *Lehrbuch der Pandecten oder das Heutigen Römischen Rechts* IV (Berlyn 1805)

Huhn 1977 *Rechtspfleger*

Huhn D "Nochmals: Form und Nachweis der Auflassung" 1977 *Der Deutsche Rechtspfleger* 199-201

Huschke 1879 *AcP*

Huscke PE "Kritische Versuche über Streitige Pandektenstellen und Materien" 1879 (62) *Archiv Für Die Civilistische Praxis* 320

I

Ihering

Sien Jhering

Institutiones

Institutiones Iustiniani (red) Krüger P (Berlyn 1920) - sien ook Thomas JAC

J

Jacques de Révigny *ad Codex*

Jacques de Révigny (Jacobus de Ravanis) *Lectura super Codice* (Parys 1519 herdruk in *Opera Iuridica Rariora* Bologna 1967)

Johannes Andreae *Speculum Iudiciale*
Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Jahr 1963 *ZSS*
Jahr "Zur Iusta Causa Traditionis" 1963 *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abt)* 141

Jakobs en Schubert *Beratung*
Jakobs H en Schubert W *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Systematischer Zusammenstellung der Unveröffentlichen Quellen Sachenrecht* I (Berlyn 1985) §§854-1017

Jasonis de Mayno *ad Digesta*
Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Jhering *Geist*
Jhering R von *Geist des Römischen Rechts auf den Verschiedenen Stufen Seiner Entwicklung* Band III Boek 1 (Leipzig 1873-1877)

Jhering *Allerlei*
Jhering R von "Kritisches und Exegetisches Allerlei" weergegee in *Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts* Band 2 (Jena 1882 herdruk Aalen 1969) 420

Johow *Entwurf*
Johow R *Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Sachenrecht* (Berlyn 1880-1882) in Schubert W *Die Vorlage der Redaktoren* für die erste *Komission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches* Band I en Band II (Berlyn 1982)

Jones *Conveyancing*
Jones RJM *Conveyancing in South Africa* 4e uitg deur HS Nel (Kaapstad 1991)

Jordan *Handwörterbuch*

Jordan K *Carta* in Erler A, Kaufmann E en Werkmüller D (red) *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlyn 1971-1998)

K

Kahn *Contract*
Kahn E *Contract and Mercantile Law through the Cases* (Kaapstad 1971)

Kaiser *Iusta Causa*
Kaiser S *Die Justa Causa Traditionis* (Berlyn 1870)

Kantorowicz *Savigny*
Kantorowicz H "Savigny and the Historical School of Law" in Coing H en Immel G *Rechtshistorische Schriften* (Karlsruhe 1970) 419-434

Kantorowicz *Glossators*
Kantorowicz H *Studies in the Glossators of the Roman Law: Newly Discovered Writings of the Twelth Century* (Cambridge 1938 herdruk Aalen 1969)

Karlowa *Rechtsgeschäft*
Karlowa O *Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung* (Berlyn 1877 herdruk Aalen 1968)

Kaser 1961 *BIDR*
Kaser "Zur Iusta Causa Traditionis" 1961 *Bullitino dell'Istituto di Diritto Romano Mailand* 61

Kaser *Eigentum und Besitz*
Kaser M *Eigentum und Besitz im Älteren Römischen Recht* (Weimar 1943)

Kaser *Privatrecht* I en II
Kaser M *Das Römische Privatrecht* 2e uitg (München 1971-1975)

Keller *Pandekten*
Keller FL *Pandekten Vorlesungen* (Leipzig 1861)

Kerr *Contract*
Kerr AJ *The Principles of the Law of Contract* 6e uitg (Durban 2002)

Kerr 1989 *SALJ*

Kerr AJ "Some Problems Concerning the Beginning and Ending of Contracts" 1989 *SALJ* 97

Ketelaar *Pertinent Register*
Ketelaar FCJ "Van Pertinent Register en Ordentelijk Protocol: Overdracht van Onroerend Goed in de Tijd van de Republiek" in De Groot JJA ea *De Levering van Onroerend Goed* Ars Notariatus 32 (Deventer 1985) 39-56

Kindel *Recht an der Sache*
Kindel W *Das Recht an der Sache* (Breslau 1889)

Kindel 1890 *JhJ*
Kindel W "Konsensprinzip oder §1.I.10 ALR" 1890 (29) *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts* 397

Kindel *Rechtsgeschäft*
Kindel W *Rechtsgeschäft und Rechtsgrund* (Berlyn 1892)

Kleine *Historische Bedingtheit*
Kleine H *Die Historische Bedingtheit der Abstraktion von der Causa* (Berlyn 1853)

Kleyn en Boraine *Property*
Kleyn DG en Boraine H *Silberberg and Schoeman's The Law of Property* 3e uitg (Durban 1992)

Kolbe *Constitutum Possessorium*
Kolbe KW *Die Wiksamkeitsvoraussetzungen des Constitutum Possessorium nach der Pandektistik* (Frankfurt 1957)

Konings *Openbare Registers*
Konings PGHT *De Openbare Registers Ten Hypotheekkantore* Proefskrif Katholieke Universiteit Nijmegen (Deventer 1990)

Kop *Vulgaire Recht*
Kop PC *Beschouwingen over het zogenaamde 'Vulgaire' Romeinse Recht* (Zwolle 1980)

Koschaker *Europa*
Koschaker P *Europa und das Römische Recht* 3e uitg (München 1947)

Köster *Cessie*
Köster HK en Verpaalen O *Cessie naar Huidig en Wordend Recht:* Preadvies Algemene Vergadering Broederschap Candidaat-Notarissen 29-5-1964 (Amsterdam 1964)

Krause 1939 *AcP*
Krause H "Das Einigungsprinzip und die Neugestaltung des Sachenrechts" 1939 *Archiv für civilistische Praxis* 312

Krückmann 1897 *ArchBürgR*
Krückmann P "Ueber Abstrakte und Kausale Tradition und §929 BGB" 1897 (13) *Archiv für Bürgerliches Rechts* 1

Kunst *Historische Ontwikkeling*
Kunst AJM *Historische Ontwikkeling van het Recht* I en II (Zwolle 1967-1968)

Kuntze *Grundbuchrecht*
Kuntze J ea *Grundbuchrecht* 4e uitg (Berlyn 1991)

L

Laband 1873 *KrVJSchr*
Laband P Resensie van "Die Gewere" deur Andreas Heusler in 1873 *Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 378

Landsberg *Geschichte*
Landsberg E *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft* voortsetting van Stintzing R (München 1898 -1910 herdruk Aalen 1957) Band 3 Boek 2

Lange *Kausale Element*
Lange H *Das kausale Element im Tatbestand der Klassischen Eigentumstradition* (Leipzig 1930)

Larenz *Bürgerlichen Rechts*
Larenz K *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* 9e uitg deur Wolf M (München 2004)

Laurens *Saaklike Regte*

Laurens RC *Die Ontstaan en Tenietgaan van Saaklike Regte in die lig van die Suid-Afrikaanse Stelsel van Aktesregistrasie* (LL D-proefskrif UNISA 1980)

Lauterbach *ad Digesta*
Lauterbach WA *Collegium Pandectarum Theoretico-Practicum* 1711 6e uitg (Tübingen 1784)

Lee *Roman Dutch Law*
Lee RW *An Introduction to Roman-Dutch Law* 9e uitg (Oxford 1953)

Leist *Eigenthumstradition*
Leist BW *Mancipation und Eigenthumstradition* (Jena 1865)

Lenel 1881 *JhJ*
Lenel Otto "Parteiabsicht und Rechtserfolg" 1881 (19) *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts* 154

Lenz *Recht des Besitzes*
Lenz G *Das Recht des Besitzes und Seiner Grundlagen* (Berlyn 1860)

Levy *Vulgar Law*
Levy E *West-Roman Vulgar Law: The Law of Property* (Philidelphia 1951)

Leyser *Meditationes*
Leyser A von *Meditationes ad Pandectas* VII (Leipzig 1717-1748)

Lindsay *History of Culture*
Lindsay J *A Short History of Culture from Prehistory to the Renaissance* (New York 1939)

Lo Codi
Sien Fitting H *Lo Codi*

Loenius *Decisien*
Loenius J *Decisien en observatien; Beschreeven en by een Versameld met Byvoeginge van Eenige Aanteekeningen* 2e uitg bewerk deur Boel T (Rotterdam 1735)

Lokin *Dwalingsregeling*

Lokin JHA *Enige Beschouwingen Omtrent Dwalingsregelen bij Verbintenisskeppende Overeenkomste* (Amsterdam 1973)

Lokin *Leerstukken*
Lokin JHA *Vermogensrechtelijke Leerstukken Aan de Hand van Romeinsrechtelijke Teksten* (Gröningen 1991)

Lokin *Overdracht*
Lokin JHA "De Overdracht van Onroerend Goed in het Romeinse Recht" in De Groot JJA ea *De Levering van Onroerend Goed: Vijf Opstellen Over de Overdracht van Onroerend Goed Vanaf het Romeinse Recht tot het Nieuw Burgerlijk Wetboek* Ars Notariatus 32 (Deventer 1985)

Lötz *Onroerende Goed*
Lötz DJ *Lewering van Onroerende Goed in die Suid-Afrikaanse Reg: 'n Kritiese Vergelyking Tussen Oordrag by wyse van Endossement en by wyse van Transportakte* (LLM-verhandeling WITS 1987)

Löwisch *Rechtsgeschäft*
Löwisch M *Das Rechtsgeschäft* 2e uitg (München 1974)

Lubbers *Eigendomsoverdracht*
Lubbers AG "Rechtsvergelijkende Notisies Omtrent Eigendomsoverdracht van Onroerend Goed" in Houwing AN (red) *Onroerend Goed* (Deventer 1968)

Lubbers *Onroerend Goed*
Lubbers AG "Overdracht van Onroerend Goed Naar het BW sinds 1838" in De Groot JJA ea *De Levering van Onroerend Goed* Ars Notariatus 32 (Deventer 1985) 59-89

Ludovici *Dominio*
Ludovici JF *De Dominio ex Contractu Doloso non Translato: Dissertatio Inauguralis Juridica* respondent Hägemeister JA (Halle 1720)

Luig *Irrtumslehre*
Luig K "Savignys Irrtumslehre" in Coing H *Ius Commune* VIII (Frankfurt 1979)

M

Maasdorp *Property*

Maasdorp AFS *Institutes of South African Law: The Law of Property* II 10e uitg deur Hall CG (Kaapstad 1976)

Martinus Gosia *ad Digesta*

Martinus Gosia glosse op die *Digesta* gepubliseer in Dolezalek G "Der Glossenapparat des Martinus Gosia zum Digestum Novum" in 1967 *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* (Rom) 244 op 308

Matthaeus *ad Institutiones*

Matthaeus A *Notae et Animadversiones in Libros IV Institutionum Juris Justiniani* (Amsterdam 1657)

Mathews 1963 *SALJ*

Mathews AS "The Seller's Right to Vindicate in Credit Sales" 1963 *SALJ* 135

Mayer *Iusta Causa*

Mayer O *Die Justa Causa bei Tradition und Usukapion* (Erlangen 1871)

Mayer-Maly *Handwörterbuch*

Mayer-Maly T *Vertrag* in Erler A, Kaufmann E en Werkmüller D (red) *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlyn 1971-1998)

Meijers *Levering en Rechtstitel*

Meijers EM "Levering en Rechtstitel" 1916-1917 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ampt en Registrasie* no 2452-2456 herduk in Meijers EM *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* deel II (Leiden 1955) 80-104

Meijers *Rechtsverhouding*

Meijers EM *Levering en Onderliggende Rechtsverhouding* II *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* deel II (Leiden 1955) 131-137

Meijers *Algemene Begrippen*

Meijers EM *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht* (Leiden 1948)

Meinig *Handschenkung*

Meinig I *Die Entwicklung der Lehre von den Handschenkung* dissertasie (Frankfurt 1972)

Middelberg *Houderschap*
Middelberg AWF *Bescherming van het Houderschap* (LL D-proefskrif Universiteit van Pretoria 1953)

Mijnssen en Schut *Levering en Overdracht*
Mijnssen FHJ en Schut GHA *Bezit, Levering en Overdracht* 3e uitg (Zwolle 1991)

Mitteis *Privatrecht*
Mitteis H *Deutsches Privatrecht: ein Studienbuch* 7e uitg verwerk deur Lieberich H (München 1978)

Molkenteller *Dinglichen Vertrag*
Molkenteller DH *Die These vom Dinglichen Vertrag: Zur Formalen Struktur der Eigentumsübertragung nach §929 Satz 1 BGB* (Frankfurt 1991)

Mudaeus *ad Digesta*
Mudaeus G (Gabriel van der Muyden) *De Contractibus Quatuor Digestorum Tituli Facile Praecipui* I (Frankfurt 1586)

Mügel 1893 *Gruch*
Mügel "Bemerkungen zum Sachenrecht des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs" 1893 (37) *Gruchot Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts* 334

N

Nanz *Vertragsbegriff*
Nanz KP *Die Entstehung des Allgemeinen Vertragsbegriffs im 16 bis 18 Jahrhunderts* (München 1985)

Neostadius
Nieustad Cornelius van *Utriusque Hollandiae, Zelandiae, Frisiaeque Curiae Decisiones* dec. 70 (Den Haag 1667)

Nettelbladt *Systema Naturalis*
Nettelbladt D *Systema Elementare Universae Jurisprudentiae Naturalis* I 4e uitg (Halle 1785)

Nève *Overdracht*

Nève PL "De Overdracht van Onroerend Goed in de Middeleeuwen" in De Groot JJA ea *De Levering van Onroerend Goed* Ars Notariatus 32 (Deventer 1985) 23-38

Noodt *ad Digesta*

Noodt G *Commentarium in D Justiniani* in *Opera Omnia* Band II 2e uitg (Leiden 1735)

Noodt *Iuris Civilis*

Noodt G *Probabilium Juris Civilis Libri IV* in *Opera Omnia* Band I 1-79 (Leiden 1735)

Novellae

Novellae Iustiniani (reds) Scholl L en Kroll W (Berlyn 1895)

O

Obrecht *Dissertasie Reusner*

Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Odofredus *ad* verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis*

Odofredus Denari (1265) *Lectura* op die verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis* (Lyon 1550-1552 herdruk in *Opera Iuridica Rariora* II-V Bologna 1967-1969)

Ogris *Handwörterbuch*

Ogris W *Auflassung*, *Besitz*, *Besitzeinweisung*, *Dominium*, *Festuca*, *Gewere* en *Übereignung* in Erler A, Kaufmann E en Werkmüller D (red) *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlyn 1971-1998)

Oldendorp *Opera Omnia*

Oldendorp J *Opera Omnia* II (Basel 1559 herdruk Aalen 1966)

Oldradus *Consilia*

Oldradus de Ponte (Oldradus de Ponte de Laude 1335) *Consilia Seu Responsa et Quaestiones* (Venesië 1571)

Oosterga *ad Institutiones*

Oosterga C *Censura Belgica Seu: Novae Notae et Animadversiones in Libros Quattour Institutionum* (Utrecht 1648)

P

Paulus de Castro *ad Codex*

Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Pernice 1880 *ZHR*

Pernice A "Kritische Beiträge zur Lehre von den Rechtsgeschäften" 1880 (25) *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht* 77

Pflüger *Zwei Digestenstellen*

Pflüger H "Zwei Digestenstellen" in *Bonner Festgabe für Ernst Zitelmann* 41-48 (München 1923)

Pflüger *Eigentum*

Pflüger HH *Zur Lehre vom Erwerbe des Eigentums nach Römischen Rechts* (München 1937)

Pienaar 1986 *CILSA*

Pienaar GJ "A Comparison between Some Aspects of South African Deeds Registration and the German Registration System 1986 *CILSA* 236

Pitlo *Notarisboeken*

Pitlo A *De Zeventiende en Achttiende Eeuwsche Notarisboeken* (Haarlem 1948)

Pitlo *Zakenrecht*

Pitlo A *Het Zakenracht naar het Nederlands Burgerlijk Wetboek* 6e uitg in samewerking met Bolweg MFHJ (Gröningen 1972)

Pitlo-Brahn *Zakenrecht*

Pitlo A *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek* Deel 2 *Zakenrecht* 7e uitg bewerk deur Brahn OK ea (Arnhem 1977)

Pitlo-Reehuis *Goederenrecht*

Pitlo A *Nederlands Burgerlijk Recht* Deel 3 *Goederenrecht* 10e uitg verwerk deur Reehuis WHM en Heisterkamp AHT (Arnhem 1994)

Placentinus *ad Codex*

Placentinus Petrus (1192) *Summa Codicis* (Turyn 1962 herdruk van die 1536 uitg)

Planitz *Privatrecht*
Planitz H *Deutsches Privatrecht* 3e uitg (Wene 1948)

Planitz *Rechtsgeschichte*
Planitz H *Deutsche Rechtsgeschichte* 3e uitg deur Eckhardt K (Köln 1971)

Pringsheim 1933 *LQR*
Pringsheim F "*Animus* in Roman Law" 1933 *Law Quaterly Review* 43-60

Pringsheim 1930 *ZSS*
Pringsheim F *Eigentumsübergang beim Kauf* 1930 *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abt)* 333

Puchta *Institutionen*
Puchta GF *Cursus der Institutionen: System und Geschichte des Römischen Privatrechts* Band II 9e uitg deur Krüger P (Leipzig 1881)

Puchta *Pandekten*
Puchta GF *Pandekten* 7e uitg verwerk deur Rudorff A (Leipzig 1853)

Puchta *Vorlesungen*
Puchta GF *Vorlesungen über das Heutigen Römische Recht* Band I 4e uitg verwerk deur Rudorff A (Leipzig 1854)

Pufendorf *De Jure Naturae*
Pufendorf S *De Jure Naturae et Gentium* (Frankfurt 1684)

Pugsley 1974 *THRHR*
Pugsley DF "Was *Justa Causa* Necessary for *Traditio* in Roman law" 1974 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 13-17

Pugsley 1975 *THRHR*
Pugsley D "*Justa Causa* and *Traditio*" 1975 *Tydskrif vir die Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 323-332

R

Raghoebarsingh *Overdracht*
Raghoebarsingh I *Overdracht van Roerende Zaken* Proefskrif Vrije Universiteit Amsterdam (Haarlem 1964)

Ranieri *Abstrakte Übereignung*

Ranieri F "Die Lehre der Abstrakten Übereignung in der Deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts" in Coing H *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert* II (Frankfurt 1977)

Regenbrecht *Commentatio*

Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Reutter *De Dominio*

Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Rittershausen *ad Institutiones*

Rittershausen K *Commentarius Novus in Quatuor Libros Institutionum* (Straatsburg 1618)

Rogerius *Enodationes*

Rogerius *Enodationes Quaestionum Super Codice* in Kantorowicz *Glossators* (Aalen 1969) 281

Rogerius *Summa/ad Codex*

Rogerius *Summa Codicis* in Bibliotheca Iuridica Medii Aevi I uitg deur Palmerius JB (Bologna 1914 herdruk Turyn 1962)

Rückert *Idealismus*

Rückert J *Idealismus, Jurisprudenz und Politiek bei Friedrich Carl von Savigny* (Ebelsbach 1984)

Rutten 1949 *WPNR*

Rutten LEH "De Zakelijke Overeenkomst" 1949 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ampt en Registrasie* 4072 67

S

Savigny *Recht des Besitzes*

Savigny FC von *Das Recht des Besitzes: eine Civilistische Abhandlung* 1803 5e uitg (Stuttgart 1837)

Savigny *Beruf*

Savigny FC von *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 3e uitg (Heidelberg 1840)

Savigny *System*
Savigny FC von *System des Heutigen Römischen Rechts* Bande I-V (Berlyn 1840-1841)

Savigny *Obligationenrecht*
Savigny FC von *Das Obligationenrecht als Theil des Heutigen Römischen Rechts* Band II (Berlyn 1853)

Savigny *Methodenlehre*
Savigny FC von *Juristische Methodenlehre* deur Wesenberg G (Stuttgart 1951)

Scheer *Juridisch Woordenboek*
Scheer MK et al *Juridisch Woordenboek* Deel II *Duits-Nederlands* (Deventer 1989)

Schellhammer *Schuldrecht*
Schellhammer K *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil* 5e uitg (Heidelberg 2003)

Scheuermann *Einflüsse*
Scheuermann R *Einflüsse der Historischen Rechtschule auf die Oberstrichterliche Gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861* Münsterische Beiträge 3 Rechts- und Staatswissenschaft heft 17 (Berlyn 1972)

Scheurl *Römischen Rechts*
Scheurl C *Beiträge zur Bearbeitung des Römischen Rechts* I (Erlangen 1853)

Schindler *Kaufpreiszahlung*
Schindler K "Die Bedeutung der Kaufpreiszahlung im Nachklassischen Römischen Rechts" *Festschrift Konrad Duden* (München 1977) 555

Schlosser *Privatrechtsgeschichte*
Schlosser H *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte* 4e uitg (Heidelberg 1982)

Schloßmann *Vertrag*
Schloßmann S *Der Vertrag* (Leipzig 1876 herdruk Aalen 1980)

Schmitz 1994 *JuS*
Schmitz K "Methodik der Fallbearbeitung für Referendare: Wegweiser durch das Grundbuchverfahren" 1994 *Juristische Schulung* 962

Schoeman *Property*
Silberberg H en Schoeman J *The Law of Property* 2e uitg (Durban 1983)

Scholtens 1953 *SALJ*
Scholtens JE "Double Sales" 1953 *SALJ* 22-34

Scholtens 1954 *SALJ*
Scholtens JE "*Difficilis Nugae* – Double Sale again" 1954 *SALJ* 71-86

Scholtens 1957 *SALJ*
Scholtens JE "*Iusta Causa Traditionis* and Contracts Induced by Fraud" 1957 *SALJ* 280-295

Schoordijk *Vermogensrecht*
Schoordijk HCF *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek* (Deventer 1986)

Schorer *ad De Groot*
Schorer W *Aantekeningen over de Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-geleerdheyd van Hugo de Groot* (Middelburg 1767)

Schröder *Rechtsgeschichte*
Schröder R *Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte* 7e uitg deur Von Künßberg EF (Berlyn 1932)

Schubert *Entstehung*
Schubert W *Die Entstehung der Vorschriften des BGB über Besitz und Eigentumsübertragung* (Berlyn 1966)

Schuckmann *De Dominio*
Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Schut *Rechtshandeling*
Schut GHA *Rechtshandeling, Overeenkomst en Verbintenis volgens BW en NBW* 2e uitg (Zwolle 1977)

Scott *Sessie*
Scott S *Sessie in die Suid-Afrikaanse Reg* (LL D-proefskrif UNISA 1978)

Scott 1979 *TSAR*
Scott S "Sessie en die Saaklike Ooreenkoms" 1979 *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 48-52

Silberberg *Property*
Silberberg H *The Law of Property* (Durban 1975)

Sintenis *Civilrecht*
Sintenis CFF *Das Practische gemeine Civilrecht* I (Leipzig 1866)

Smith 1998 *JBL*
Smith A "The Power of a Real Agreement" 1998 *Juta's Business Law* 98

Snijders en Rank-Berenschot *Goederenrecht*
Snijders HJ en Rank-Berenschot EB *Goederenrecht* (Deventer 1994)

Sohm *Eheschließung*
Sohm R *Das Recht der Eheschließung aus dem Deutschen und Canonischen Recht Geschichtlich Entwickelt* (Böhlau 1875)

Sohm *Institutionen*
Sohm R *Institutionen: Geschichte und System des Römischen Privatrechts* 17e uitg bewerk deur Mitteis L (Berlyn 1939)

Sohm 1880 *ZSS*
Sohm R "Fränkisches Recht und Römisches Recht" in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* (*Germanistische Abteilung*) 1880 1-84

Sohm *Trauung und Verlobung*
Sohm R *Trauung und Verlobung: eine Entgegnung auf Friedberg* (Böhlau 1876)

Sohm 1873 *ZGH*
Sohm R "Ueber Vertragschluß unter Abwesenden und Vertragschluß mit einer *Persona Incerta*" Band 17 1873 *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht* 16

Söllner *Partikularen Recht*
Söllner A "Die Literatur zum Gemeinen und Partikularen Recht in Deutschland, Östreich, den Niederlanden und der Schweiz" in Coing H (red)

Handbuch der Quellen und Literatur der Neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte Band II Deel 1 (München 1977) 501-614

Söllner *Usus Modernus*
Söllner A "Zu den Literaturtypen den Deutschen *Usus Modernus*" in Coing H *Ius Commune* II (Frankfurt 1967-1979) 167

Sonnekus *Vonnisbundel*
Sonnekus JC *Sakereg Vonnisbundel* 2e uitg (Durban 1994)

Sonnekus *Estoppel*
Sonekus JC *Die Estopelleerstuk in die Suid-Afrikaanse Reg* 2e uitg (Durban 2000)

Sonnekus 1979 *TSAR*
Sonnekus JC "*Constitutum Possessorium* en die Oordrag van Saaklike Regte" 1976 *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Reg* 41-52, 119-139

Staudinger *Sachenrecht* I
Staudinger J von *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* Drittes Buch *Sachenrecht* Einleitung zu § 854ff, §§ 854-902 12e uitg (Berlyn 1989)

Staudinger *Sachenrecht* II
Staudinger J von *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* Drittes Buch *Sachenrecht* §§ 903-931, Anhang zu §§929-931, §§932-936 12e uitg (Berlyn 1989)

Stintzing *Geschichte*
Stintzing JAR *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft* (München 1880-1910 herdruk Aalen 1957)

Stobbe *Vertragsrecht*
Stobbe O *Zur Geschichte des Deutschen Vertragsrechts* (Leipzig 1855)

Strempel *Iusta Causa* 25-47
Strempel GL *Ueber die Justa Causa bei der Tradition* (Weimar 1856)

Streuer 1988 *Rechtspfleger*
Streuer R "Die Grundbucheintragung als Voraussetzung der Rechtsänderung" 1988 *Der Deutsche Rechtspfleger* 513-518

Strohal 1889 *JhJ*

Strohal E "Rechtsübertragung und Kausalgeschäft im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Recht" 1889 (27) *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts* 335-391

Struve *Jurisprudentia Forensis*
Struve GA *Jurisprudentia Romano-Germanici Forensis* 5e uitg (Jena 1685)

Struve *ad Digesta*
Struve GA *Syntagma Jurisprudentiae Secundum Ordinem Pandectarum Concinnatum* (Jena 1678)

Struve *De Dominio*
Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Stryk *Investitura*
Stryk S *Disputatio de Investitura Abusiva* dissertasie Gunther JF (Halle / Leipzig 1704)

Stryk *Opera*
Stryk S *Opera Omnia* (Frankfurt/Leipzig 1744-1753)

Stryk *Specimen*
Stryk S *Specimen Usus Moderni Pandectarum* (Halle 1737-1745)

Suarez *De Legibus*
Suarez F *Tractatus De Legibus et Deo Legislatore* (1613 Antwerpen)

Swoboda *Gesetzbuch*
Swoboda E *Österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch* II (Wene 1941)

T

Tartagnus *Consilia*
Alexander Tartagnus Imolensis (1424-1477) *Consiliorum Seu Responsorum Alexandri Tartagni Imolensis* I (Frankfurt 1610)

Thibaut *Besitz und Verjährung*
Thibaut AFJ *Ueber Besitz und Verjährung* (Jena 1802 herdruk Frankfurt 1985)

Thibaut *Pandectenrechts*

Thibaut AFJ *System des Pandecten-Rechts* IV 8e uitg (Jena 1834)

Thibaut *Theorie des Rechts*

Thibaut AFJ *Versuche über Einzelne Theile der Theorie des Rechts* Band I (Jena 1798)

Thieme 1953 *ZSS*

Thieme H "Natürliches Privatrecht und Spätscholastik" 1953 *Zeitschrifft der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte (Germanistische Abteilung)* 230-266

Thomas JAC *The Institutes of Justinian: Text, Translation and Commentary* (Kaapstad 1975)

Thomasius *De Dominio*

Thomasius C *De Dominio et Ejus Natura in Genere Intuitu Juris Germanici Privati: Dissertatio Inauguralis Juridica* respondent Franck JG (Halle 1721)

Thomasius *Institutionum*

Thomasius C *Institutionum Jurisprudentiae Divinae* (Halle 1717 herdruk Darmstadt 1963)

Tolosanus *Syntagma*

Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

U

Ubaldis *ad* verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis*

Angelus de Ubaldis (de Perusio) *Commentaria* op die verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis* (Venesië 1579)

V

Vacarius *ad Digesta*

Vacarius (115-1200) op verskillende dele van die *Corpus Iuris* Civilis gepubliseer in Zuluetta F de *The Liber Pauperum of Vacarius* (Londen 1927)

Van Apeldoorn 1929 *WPNR*

Van Apeldoorn LJ "Levering en Titel van Eigendomsovergang in het Oude Nederlandse Recht" 1929 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ampt en Registrasie* no 3130 op 711; no 3131 op 723

Van Bijnkershoek *Iuris Privati*
Van Bijnkershoek C *Quaestionum Juris Privati Libri Quatuor* (Leiden 1752)

Van Bijnkershoek *Iuris Romani*
Van Bijnkershoek C *Observationes Iuris Romani Libri Quatuor in Quibus Plurima Juris Civilis* (Leiden 1733)

Van Bijnkershoek *Observationes Tumultuariae*
Van Bijnkershoek C *Senatus Supremi Hollandiae, Zelandiae et Frisiae Praesidis Observationes Tumultuariae* uitg deur Meijers EM, de Blécourt AS en Bodenstein HDJ (Haarlem 1926-1962)

Van den Brink *Legal History*
Van den Brink H *The Charm of Legal History* (Amsterdam 1974)

Van der Hejden *Vaderlandse Recht*
Van der Heijden EJJ *Aantekeningen bij de Geschiedenis van het oude Vaderlandse Recht* 8e uitg deur Hermesdorf BHD (Utrecht 1968)

Van der Keessel *ad De Groot*
Van der Keessel DG *Praelectiones Iuris Hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad Jurisprudentiam Hollandicam* II uitg deur Van Warmelo P, Coertze LI en Gonin HL (Amsterdam/Kaapstad1961-1974)

Van der Linden *Koopmans Handboek*
Van der Linden J *Rechtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* (Amsterdam 1806)

Van der Linden *Supplementum ad Voet*
Sien Gane

Van der Ploeg 1947 *WPNR*
Van der Ploeg PW "Lewering van Onroerende Goed" 1947 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ampt en Registrasie* no 3999 op 305-307; no 4002 op 325-327

Van der Merwe *Sakereg*
Van der Merwe CG *Sakereg* 2e uitg (Durban 1989)

Van der Merwe *LAWSA*
Van der Merwe CG in Joubert WA (red) *LAWSA* vol 27 (Durban/Pretoria 1976)

Van der Walt 1986 *THRHR*
Van der Walt AJ "Bartolus se Omskrywing van Dominium en die Interpretasies daarvan sedert die Vyftiende Eeu" 1986 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 305

Van der Walt *Houerskap*
Van der Walt AJ *Ontwikkeling van Houerskap* (LL D-proefskrif Potchefstroomse Universiteit vir Christelike Hoër Onderwys 1985)

Van der Walt en Kleyn *Duplex Dominium*
Van der Walt AJ en Kleyn DG *Duplex Dominium: The History and Significance of the Concept of Divided Ownership* in Visser DP (red) *Essays on the History of Law* (Kaapstad 1989) 213

Van der Walt en Pienaar *Property*
Van der Walt AJ en Pienaar GJ *Introduction to the Law of Property* 5e uitg (Lansdowne 2006)

Van de Water *Groot Placaatboek*
Van de Water J *Groot Placaatboek Vervattende alle de Placaten, Ordonnantien en Edicten der Edele Mogende Heeren Staten's Lands van Utrecht* II (Utrecht 1729) – sien ook Cau C

Van Eck *ad Digesta*
Van Eck C *Principia Juris Civilis Secundum Ordinem Digestorum* 5e uitg (Utrecht 1724)

Van Leeuwen *Censura Forensis*
Van Leeuwen Simon *Censura Forensis Theoretico-Practica* (Leiden 1678)

Van Leeuwen *Rooms-Hollands Regt*

Van Leeuwen Simon *Het Rooms-Hollands-Regt* 5e uitg (Amsterdam 1678)

Van Oven *Besitsbescherming*
Van Oven JC *De Bezitsbescherming en Hare Functies* (Proefskrif Universiteit van Amsterdam 1905)

Van Oven *Causa en Levering*
Van Oven JC *Preadvies over Causa en Levering* te behandelen op de Algemene Vergadering der Broederschap van Candidaat-Notarissen in Nederland en Zijne Koloniën (Den Haag 1924)

Van Oven *Romeinsch Privaatrecht*
Van Oven JC *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht* 3e uitg (Leiden 1948)

Van Oven 1935 *WPNR*
Van Oven JC "Zakelijke Overeenkomst en Huwelijksvoorwaarden" 1935 *Weekblad voor Privaatrecht, Notaris-ampt en Registrasie* 3439-3441 520

Van Rensburg en Van der Merwe 1978 *THRHR*
Van Rensburg ADJ en Van der Merwe CG "Die Aard van Besit en die Animus-element daarvan" 1978 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 113-130

Van Zyl *Romeinse Privaatreg*
Van Zyl DH *Geskiedenis en Beginsels van die Romeinse Privaatreg* (Durban 1977)

Van Zyl *Romeins-Hollandse Reg*
Van Zyl DH *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg* (Durban 1979)

Verburgt *Levering te Leiden*
Verburgt JW *Levering van Onroerende Zaken te Leiden* (Proefskrif Rijksuniversiteit Leiden 1930)

Vinnius *ad Institutiones*
Vinnius A (1588-1657) *In Quattuor Libros Institutionum Imperalium Commentarius Academicus et Forensis* 2e uitg (Amsterdam 1655)

Vinnius *Jurisprudentiae Contractae*

Vinnius Arnold *Jurisprudentiae Contractae, sive, Partitionum Juris Civilis Libri IV* (Rotterdam 1663)

Vinnius *Selectarum Iuris*
Vinnius A *Selectarum Iuris Questionum Libri Duo Additae Sunt Simonis Vinnii Orationes Duae & Alia Quaedam* (Leiden 1660)

Vinogradoff *Medieval Europe*
Vinogradoff P *Roman Law in Medieval Europe* (Cambridge 1968)

Visagie *Leenreg*
Visagie CG *Die Leenreg in Holland* (Kaapstad 1974)

Voet *ad Digesta*
Voet J (1647-1713) *Commentarius ad Pandectas* (Leiden 1698)

Voet *ad Institutiones*
Voet J *De Beginselen des Rechts Volgens de Schikking van de Vier Boeken der Onderwyzingen des Rechts van den Keizer Justinaen* deur Vinnius A verwerk en deur AM uit Latyn vertaal ('s-Gravenhage 1729)

Voet Paulus *ad Institutiones*
Voet Paulus *In Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius* (Ultrecht 1668)

Voigt *Condictiones*
Voigt M *Ueber die Condictiones ob Causam und über Causa und Titulus im Allgemeinen* (Leipzig 1862)

Von Amira *Germanischen Rechts*
Von Amira K *Grundriss des Germanischen Rechts* 2e uitg (Straatsburg 1901)

Von Tuhr *Allgemeine Teil*
Von Tuhr A *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* Band 2.1 (Berlyn 1914)

Voß *Recht und Rhetorik*
Voß WE *Recht und Rhetorik in den Kaisergesetzen der Spätantike* (Frankfurt 1982)

Wacke *Besitzkonstitut*
Wacke A *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat ins Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik* (Köln 1974)

Wamkönig 1831 *AcP*
Wamkönig LA "Bemerkungen über den Begriff der *Iusta Causa* bei der *Tradition*" 1823 *Archiv für Civilistische Praxis* 111

Wassenaer *Practyk Judicieel*
Wassenaer G *Practyk Judicieel in twee Onderscheyden Vervat* (Utrecht 1746)

Weber *Pandektenkommentar*
Weber AD *Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld* I (Leipzig 1820)

Weiss *Institutionen*
Weiss E *Institutionen des Römischen Privatrechts* 2e uitg (1949 Stuttgart)

Wendt 1890 *JhJ*
Wendt O "Rechtssatß und Dogma: Glossen zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches" 1890 *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des Heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts* 29-55

Werkmüller *Handwörterbuch*
Werkmüller D *Traditio* en *Umgehen* in Erler A, Kaufmann E en Werkmüller D (red) *Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte* (Berlyn 1972-1998)

Wesenberg-Wesener *Privatrechtsgeshichte*
Wesener G *Neuere Deutsche Privatrechtsgeshichte im Rahmen der Europäischen Rechtsentwicklung* (Lahr/Schwarzwald 1985)

Wessels Boer *Eigendomsoverdracht*
Wessels Boer J *Bijdrage tot de Kennis van de Ontwikkeling der Eigendomsoverdracht van Onroerend Goed in Nederland* (Proefskrif Rijksuniversiteit Leiden 1887)

Westermann *Immobiliarsachenrecht*

Westermann H *Sachenrecht* Band II *Immobiliarsachenrecht* 6e uitg bewerk deur Eickmann D en Pinger W (Heidelberg 1988)

Westermann *Sachenrecht*
Westermann H *Sachenrecht* Band I *Grundlagen und Recht der Beweglichen Sachen* 6e uitg bewerk deur Westermann HP, Gursky K en Pinger W (Heidelberg 1990)

Westphal *Ius Naturalis*
Westphal EC *Institutiones Juris Naturalis* (Leipzig 1776)

Westphal *Römischen Rechts*
Westphal EC *System des Römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung* (Leipzig 1788)

Westphal *Übergabe und Belehnung*
Westphal EC *Rechtliche Abhandlung von der Übergabe und Belehnung* (Halle 1799)

Wiarda *Cessie*
Wiarda J *Cessie of Overdracht van Schuldvorderingen op Naam naar Nederlandsch Burgerlijk Recht* (Zwolle 1937)

Wieacker *Privatrechtsgeschichte*
Wieacker F *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* 2e uitg (Göttingen 1967)

Wieling *Sachenrecht* 1990
Wieling HJ *Sachenrecht* Band I *Sachen, Besitz und Rechte an Beweglichen Sachen* (Berlyn 1990)

Wieling *Sachenrecht* 1992
Wieling HJ *Sachenrecht* (Berlyn 1992)

Wilhelm *Sachenrecht*
Wilhelm J *Sachenrecht* 2e uitg (Berlyn 2002)

Willoweit 1974 *HJGG*
Willoweit D "*Dominium* und *Proprietas* – zur Entwicklung des Eigentumsbegriffs in der mittelalterlichen und neuzeitlichen Rechtswissenschaft" 1974 *Historisches Jahrbuch des Görres-Gesellschaft* 131-156

Windscheid *Pandektenrechts*

Windscheid B *Lehrbuch des Pandektenrechts* Band I en II 7e uitg (Frankfurt 1891) 9e uitg deur Kipp (Frankfurt 1906)

Windscheid *Die Actio*
Windscheid B *Die Actio des Römischen Zivilrechts* (Düsseldorf 1857)

Wissenbach *Diatriba*
Wissenbach JJ *Diatriba De Mutuo Esse Alienationem Ejusque Vindiciae* (Franeker 1660)

Woldenberg C *Disputationes*
Sien lys van aangehaalde werke hieronder uit sekondêre bronne

Wolff *Ius Naturae*
Wolff CF von *Ius Naturae Methodo Scientifica Pertractum* I-III 1740-1748 Halle uitg deur Thomann M in *Gesammelte Werke* Bande 17-19 (Hildesheim 1968-1972)

Wolff *Ius Naturae et Gentium*
Wolff CF von *Institutiones Juris Naturae et Gentium* (Halle 1743) uitg deur Thomann M in *Gesammelte Werke* Band 26 (Hildesheim 1969)

Wolff *Natur- und Völckerrechts*
Wolff CF von (1679-1754) *Grundsätze des Natur- und Völckerrechts* (Halle 1754) uitg deur Thomann M in *Gesammelte Werke* Band 19 (Hildesheim 1980)

Wolf *Error*
Wolf JG *Error im Römischen Vertragsrecht* (Köln 1961)

Wolff-Raiser *Sachenrecht*
Wolff M en Raiser L *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts: Sachenrecht* 10e uitg (Tübingen 1957)

Wubbe *Privaatrecht*
Wubbe FBJ Nederlandse vertaling van Kaser M *Romeins Privaatrecht* 2e uitg (Zwolle 1971)

Z

Zasius *ad Digesta*

Zasius U (1461-1535) *Opera Omnia* (Lyon 1550 herdruk Aalen 1964)

Zeiller *Natürliches Privatrecht*
Zeiller F von *Natürliches Privatrecht* 3e uitg (Wene 1819)

Zimmermann *Obligations*
Zimmerman R *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Kaapstad 1990)

Zimmermann *Römisch-Holländische Recht*
Zimmermann R "Römisch-Holländische Recht – ein Überblick" in Feenstra R en Zimmermann R (reds) *Das Römisch-Holländische Recht: Fortschritte des Zivilrechts im 17. Und 18. Jahrhundert* (Berlyn 1992) 9-58

Zulueta *Gaius*
Zulueta F de *The Institutes of Gaius* Part II Commentary (Oxford 1967)

Zuluetta *Liber Pauperum*
Zuluetta F de *The Liber Pauperum of Vacarius* (Londen 1927)

Zwalve *Europese Privaatrecht*
Zwalve WJ *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht I Inleiding en Zakenrecht* (Gröningen 1993)

AANGEHAALDE WERKE VERKRY IN SEKONDÊRE BRONNE

Die oorspronklike van die onderstaande bronne wat aangehaal is, was nie beskikbaar nie; die verwysings is verkry in die betrokke bronne soos aangedui

Apel *Isagoge*
Apel J *Isagoge per Dialogum in Quattuor Libri Institutionum* (Lugduni 1543) – verwysing en aanhaling in Hofmann *Titulus und Modus* 59; sien ook Böcking E (red) *Corpus Legum Sive Brachylogus Iuris Civilis* (Berlyn 1829)

Apel *Methodica*

Apel J *Methodica Dialectices Ratio ad Jurisprudentiam Accommodata* (Königsberg 1533; Basel 1545) – aanhaling en verwysings gevind in Fuchs *Iusta Causa* 74 en Hofmann *Titulus und Modus* 58 vn 22

Baldus *Consilia*

Baldus de Ubaldis *Consilia* I (Frankfurt 1589) – verwysing gevind in Gordon *Traditio* 139 vn 2

Berger *Electa*

Berger JH de *Electa Disceptationum Forensium Supplementa* II (Leipzig 1740) –aanhaling gevind in Biermann *Traditio Ficta* 275

Bronkhorst *Enantiophanôn*

Bronkhorst E *Enantiophanôn centuriae quatuor et conciliationes eorundem: iuxta seriem Pandectarum dispositae* III (Hanover 1601-1604) – die verwysing is nie na die bladsy nommers nie, maar na die *assertio*

Contius *Iuris Civilis*

Contius A (Antoine Leconte 1517-1586) *Disputationes Iuris Civilis* in *Opera Omnia* (Parys 1616) – verwysing gevind in Gordon *Traditio* 165

Corasius op die *Codex*

Corasius (Jean de Coras 1513-1572) in *L. Quoties, C. de rei vindicatio commentarii* (Lyon 1549) - aanhaling en verwysing gevind in Dondorp en Schrage *Levering* 77 vn 19

Duarenus *ad Digesta*

Duarenus F (Francois Le Douaren 1509-1599) *Omnia quae quidem hactenus edita fuerunt opera* (Frankfurt 1607) – aanhaling gevind in Fuchs *Iusta Causa* 57-58

Fromman *Quasi Traditio*

Fromman JA *Disputationes de Ficta seu Quasi Traditione* respondent EF Schnepff (Tübingen 1662) - verwysings gevind in Hofmann *Titulus und Modus* 61; Biermann *Traditio Ficta* 285-286; die verwysing is nie na die bladsynommers nie, maar wel na die *these*

Fulgosius *ad Digesta*

Fulgosius Raphael *In primam Pandectarum partem Commentariorum* (Lugduni 1554) - aanhaling gevind in Fuchs *Iusta Causa* 52

Horst *Jurisprudentia*

Horst D *Tribonianea Jurisprudentia authore Dethrdo Horstio Frisio* (Helmstadt 1579) - verwysings in Stintzing *Geschichte* I 451, Fuchs *Iusta Causa* 78 en Hofmann *Titulus und Modus* 19-20

Johannes Andreae *Speculum Iudiciale*

Johannes Andreae *Additiones ad Durantis Speculum Iudiciale* (1574 Basel herdruk Aalen 1975) - aanhaling gevind in Dondorp en Schrage *Levering* 57 vn 17

Jasonis de Mayno *ad Digesta*

Jasonis de Mayno (Jason Mainus) *Commentaria* op die verskillende dele van die *Corpus Iuris Civilis* (Venesië 1598) - verwysing gevind in Van der Walt *Houerskap* 199-200

Lessius *De Iustitia*

Lessius L *De Iustitia et Iure Ceterisque Virtutibus Cardinalibus Libri IV* (Parys 1628)

Obrecht *Dissertasie Reusner*

Obrecht G *Disputatio de Traditionibus Modo Adquirendi Dominii Naturali et Frequenti* dissertasie Bartholomaeus Reusner (Strassburg 1587) – aanhaling is gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 7 vn 3; die verwysing is nie na die bladsynommer nie, maar wel na die *these*

Paulus de Castro *ad Codex* 4.19.4

Paulus de Castro *Codicis Iustiniani ex repetita praelectione libri nouem priores* (Lugduni 1567) - verwysing gevind in Van der Walt *Houerskap* 199-200

Regenbrecht *Commentatio*

Regenbrecht EM *Commentatio ad legem 36 de acquirendi rerum dominium et legem 18 de rebus creditus* (Berlyn 1820) – verwysings gevind in Fuchs *Iusta Causa* 87-88 en Hofmann *Titulus und Modus* 61

Reutter *De Dominio*

Reutter G *Dissertation De Dominio* respondent Johann Crato (Wittenberg 1622) - aanhaling gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 9 vn 1

Schuckmann *De Dominio*

Schuckmann C *Disquisitio Academica De Dominio* respondent Christian Klein (Rostock 1653) – aanhaling gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 9 vn 4; die verwysing is nie na die bladsy nommer nie, maar na die *these*

Struve *De Dominio*

Struve GA *Dissertation De Dominio* respondent CA Gribius (Jena 1662) – aanhalings gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* op 11 vn 2; die verwysing is na *these* LVII II

Tolosanus *Syntagma*

Tolosanus G *Syntagma Iuris Universalis* (Frankfurt 1591/1599) –aanhaling gevind in Hofmann *Titulus und Modus* 59

Woldenberg *Disputationes*

Woldenberg C *Disputationes Juridica de ARD* dissertasie respondent Erlandus Camaenius (Rostock 1655) – aanhalings gevind in Felgentraeger *Savignys Einfluß* 10 vn 1

HOFSAKE

Air-Kel (Edms) Bpk h/a Merkel Motors v Bodenstein en 'n ander 1980 3 SA 912 (A)

Bank Windhoek Bpk v Rajie 1994 1 SA 115 (A)

Barclays Nasionale Bank Bpk v Registrateur van Aktes, Tvl 1975 4 SA 936 (T)

Beyers v McKenzie 1880 Foord 125

Botha v Mazeka 1981 3 SA 191 (A)

Brand NO v Volkskas Bpk and another 1959 1 SA 494 (T)

Breytenbach v Frankel & another 1913 AD 390

Brits and another v Eaton NO and others 1984 4 SA 728 (T)

Britz v De Wet 1965 2 SA 131 (O)

Cape Explosive Works Ltd and another v Denel (Pty) Ltd and others 2001 3 SA 569 (HHA)

Carlis v McCusker 1904 TS 917

Cassim & others v Menam Mosque Trustees 1917 AD 154

Cetane Distribution and Wholesalers (Pty) Ltd and others v Bontsi (ongerapporteer - 18 Maart 1982)

Cohen v Shires 1 ZAR 41

Commissioner of Customs and Excise v Randles, Brothers and Hudson Ltd 1941 AD 369

Concor Construction (Cape) (Pty) Ltd v Santambank 1993 3 SA 930 (A)

Conradie v Rossouw 1919 AD 279

Cornelissen NO v Universal Caravan Sales (Pty) Ltd 1971 3 SA 158 (A)

Dalrymple, Frank and Feinstein v Friedman (2) 1954 4 SA 649 (W)

Desai NO v Desai and others 1996 1 SA 141 (A)

Dryer NO and another v AXZS Industries (Pty) Ltd 2005 JOL 15566 (HHA)

Eriksen Motors (Welkom) Ltd v Protea Motors, Warrenton 1973 3 SA 685 (A)

Estate Schickerling v Schickerling 1936 CPD 269

Ex Parte Menzies et Uxor 1993 3 SA 799 (K)

Ex parte Smith 1956 1 SA 252 (SR)

Forsdick Motors Ltd v Lauritzen and another 1967 3 SA 249 (N)

Freye's (Pty) Ltd v Ries 1957 3 SA 575 (A)

Gardens Estate Ltd v Lewis 1920 AD 144

Gounder v Saunders and others 1935 NPD 219

Greenshields v Chisholm (1884) 3 SC 220

Groenewald v Van der Merwe 1917 AD 233

Harris v Buissinne's Trustee 1840 2 Menz 105

Info Plus v Scheelke 1998 3 SA 184 (HHA)

Kerkeraad of Boshof (1893) 10 *CLJ* 252

Klerck NO v Van Zyl and Maritz NNO and another and related cases 1989 4 SA 263 (SOK)

Knysna Hotel CC v Coetzee NO 1998 2 SA 743 (HHA)

Kleudgen and Co v Trustees in Insolvent Estate of Rabie 1880 Foord 63

Kopelowitz v West and others 1954 4 SA 296 (W)

Krapohl v Oranje Koöperasie Bpk 1990 3 SA 848 (A)

Kriel v Terblanche NO 2002 6 SA 132 (NK)

Lottering v Leonard Motors (Pty) Ltd and SAMAC 1963 2 PH A47 (GW)

Lucas' Trustee v Ismail and Amod 1905 TS 239

Marcus v Stamper and Zoutendijk 1910 AD 58

MCC Bazaar v Harris and Jones (Pty) Ltd 1954 3 SA 158 (T)

McGregor v Jordaan 1921 CPD 301 308

Menezes v McGaili 1971 2 SA 12 (K)

Meyers v Van Heerden 1966 2 SA 649 (K)

Mngadi NO v Ntuli and Others 1981 3 SA 478 (D)

Mnisi v Chauke & others; Chauke v Provincial Secretary, Transvaal & others 1994 4 SA 715 (T)

Mvusi v Mvusi NO and Others 1995 4 SA 994 (Tk)

Preller and others v Jordaan 1956 1 SA 483 (A)

Preston and Dixon v Biden's Trustee 1883 1 BAC 322

Quenty's Motors v Standard Credit Corporation 1994 3 SA 188 (A)

Radebe v Government of the Republic of South Africa and others 1995 3 SA 787 (NPD)

Rasi v Madaza and another 2001 1 All SA 498 (Tk)

Service v Pondart Diana 1964 3 SA 277 (D)

Standard Bank van SA v Breitenbach 1977 1 SA 151 (T)

Trust Bank van Afrika Bpk v Western Bank Bpk en andere NNO 1978 4 SA 281 (A)

Van der Merwe v Van der Merwe 2000 2 SA 519 (K)

Weeks and another v Amalgamated Agencies Ltd 1920 AD 218

Wilken v Kohler 1913 AD 135

Wolf v Richards (1884) 3 HCG 102

WETGEWING

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie van 1874 (*ABGB)*

Bayerischen Zivilgesetzbuch (*Codex Maximilaneus Bevaricus Civilis*) van 1756

Beurkundungsgesetz (*BeurkG*) van 1969

Boedelwet 66 van 1965

Bundesnotarordnung van 1961 (*BnotO*)

Bürgerliches Gesetzbuch (*BGB*) van 1900

Burgerlijk Wetboek 1838

Code Civil van 1804

Codex Theresianus 1766

Ewige Edik van Karel V van 4 Oktober 1540

Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (*FGG*) van 1898

Grundbuchordnung (GBO)

Grundbuchverfahrensordnung (*GBVO*) van 1975

Grundbuchverfügung (*GBV*) van 1935

Insolvensiewet 24 van 1936

Kadasterwet van 1989

Koöperasiewet 91 van 1981

Nieuw Burgerlijk Wetboek 1992 (NBW)

Plakkaat van 22 Desember 1598

Politieke Ordonnansie van Holland van 1 April 1580

Preußischen Allgemeinen Landrecht van 1794

Wetboek Napoleon 1809

Wet op het Notarisambt van 1956

Wet op Huurkoop 36 van 1942

Wet op Registrasie van Aktes 47 van 1937

Wet op Vervreemding van Grond 68 van 1981

Zivilprozeßordnung (*ZPO*) van 1966