



WETENSKAPLIKE BYDRAES VAN DIE PU VIR CHO
Reeks H: Inougurele rede, nr. 87

**ENKELE GEDAGTES OOR DIE REGSPON-
SISIE VAN DIE *BONA FIDE*-ONTVANGER
VAN 'N TJEK WAT VAN 'N DIEF OF BE-
DRIEËR VERKRY IS**

Prof. C.R. de Beer

**Die Sentrale Publikasie-afdeling
Potchefstroomse Universiteit vir CHO
Potchefstroom
1981**

ENKELE GEDAGTES OOR DIE REGSPOSISIE VAN DIE *BONA FIDE*-ONTVANGER VAN 'N TJEK WAT VAN 'N DIEF OF BEDRIEËR VERKRY IS

1. PRINSIPIËLE BESKOUIING

In die Wisselwet 34 van 1964 word die tjek omskryf as 'n wissel wat op 'n bank getrek is en wat op aanvraag betaalbaar is.¹ Die wissel op sy beurt word omskryf as 'n onvoorwaardelike skriftelike opdrag gerig deur een persoon aan 'n ander en onderteken deur die opdraggewer, waarin van die persoon aan wie die opdrag gerig is, vereis word dat hy op aanvraag of op 'n bepaalde of bepaalbare toekomstige tydstip 'n vasgestelde bedrag geld aan 'n vermelde persoon of sy order of aan toonder betaal.² Aan die ander kant sou diegene wat nie oor 'n besondere kennis van die wisselwetgewing beskik nie, die wissel en tjek ongeforceerd kon beskryf as 'n stuk papier waarin 'n opdrag in verband met die betaling van geld vervat is.

Dit sou onverstandig wees om voormelde populêre omskrywing te verontagsaam. Deur dit te doen sal die kommentator hom aan die verwyte blootstel dat hy weinig begrip het vir die grondreëls van die waardepapierreg. Hierdie omskrywing wys weliswaar nie op die besondere kenmerke van die waardepapier nie maar bevat, meer as die omskrywing vanuit die wisselwetgewing, 'n verwysing na die noodsaaklike komponente daarvan, naamlik die *stoflike saak* en die *vordering* wat daarin vervat is. Met die omskrywing in die wisselwetgewing as grondslag moet via die voorskrif dat die onderskeie dokumente op skrif moet wees, na artikel 3 van die *Interpretasiewet 33 van 1957* verwys word om te kan verklaar dat die materiaal of stof waarop die wissel en tjek getrek moet word, ten minste die eienskap moet vertoon dat dit skrif in 'n sigbare vorm kan weergee.

In die hedendaagse gedagtegang word dit beklemtoon dat die wissel en tjek *waardepapiere* is³ wat ook die besondere eienskap vertoon dat dit *verhandelbaar* is. Die waardepapier, so verklaar sommige, is 'n dokument waarin 'n vordering op so 'n wyse beliggaam is dat dit in beginsel nie anders as deur die besit van die dokument uitgeoefen kan word nie.⁴ Andere is weer van mening dat die waardepapier 'n dokument is waarin die gematerialiseerde vordering aan die eiendomsreg of ander toepaslike saaklike reg op die papier gekoppel is. Hoe dit ook al sy, uit die voorgaande omskrywinge kom dit na vore dat 'n noue verband of *nexus* bestaan tussen die *stoflike saak* en die *vordering* as onderskeibare komponente van die waardepapier, saamgevoeg in 'n *ad hoc*-eenheid weens die onvermoë van die vordering (waarom dit primêr gaan) om op sigself sigbaar in die handelsverkeer te bestaan.

Die *versaakliking* van die vordering het in die *eerste plek* 'n begrensende inwerking op die inhoud van die vordering. *Jan Ronse*,⁵ 'n Belgiese regsgeleerde, stel dit so:

“De verkrijger verkrijgt met het papier de daarin belichaamde rechten, overeenkomstig de inhoud van het papier”

Die materialisering van die vordering in 'n saak het verder tot gevolg dat die *norme van die sakereg*, toepassing vind. In welke mate sakeregtelike norme geld en of dit onveranderd in die regsverkrygingsproses by die waardepapier toepassing vind, sal in die verloop van my betoog nog na vore gebring word.

Voorgaande perspektiewe lei in die *moderne wisselreg* tot die uitgangspunt:

“Das Recht aus dem Papier folgt dem Recht am Papier”.⁶

In die geval van die *trekker*, waar nog geen wisselverbintenis uit die dokument ontstaan het nie, beteken dit dat deur die behoud van die saaklike aansprake op die dokument doelmatige beheer oor die vorm en daadwerklike konkretisering van die vordering behou word. *Andersins* hou hierdie uitgangspunt in dat vorderingsreghebbende uit die dokument (of, as u wil, skuldeiser) eers saaklikreghebbende moet wees. Vanuit die *gesigspunt van die waardepapierreg* kan die aansprake op die *ad hoc*-eenheid in beginsel dus deur die aanwending van sakeregtelike norme uitgemaak word.

Die vereiste saaklike reg wat op die dokument gevestig moet word, is nie tot eiendomsreg beperk nie. Dit sluit ook pandreg, 'n *ius in re aliena* wat vir hierdie uiteensetting ter sake is, in.⁷ Die uiteindelijke oogmerk in die geval van verpanding is die verkryging van die beheer oor die vordering, maar die saaklike aanspraak gaan voor: *Van Nierop*,⁸ 'n Nederlandse skrywer, stel dit so:

“Partijen willen toch een zakelijk recht op het papier vestigen, vooral de pandhouder. Deze wil bij verlies of ontvreemding van den wissel de actie uit art 1198 B.W. kunnen instellen. Het papier in de eerste plaats is voorwerp van verpanding ... Met het pandrecht op het papier ontstaat het pandrecht op de vordering”.

Maar dit is juis die toekenning van skuldeiserskap aan die pandhouer, al word dit in 'n sekere sin deur die omvang van sy vordering begrens,⁹ wat my daartoe noop om die reg uit die dokument finaal toe te ken aan daardie *persoon of instansie wat op 'n bepaalde moment beskik oor die (onbegrensde of sterkste) besitsaanspraak as inhoudsbevoegdheid van 'n saaklike reg*. Deur hierdie benade

ring word aan die verskynsel van elasticiteit van eiendom as 'n sogenaamde moederreg¹⁰ uiting gegee en word praktiese betekenis gegee aan wat Silberberg¹¹ die "diminution" of "subtraction" van die *dominium* van die eienaar deur die beperkte saaklike reg noem.

Die voorgaande betoog moet u egter nie vertolk as sou dit uitspraak wil gee oor die gebeure tydens die oordrag van regte uit die dokument kragtens die burgerlike metode van sessie nie. 'n Bespreking daarvan sou te veel ruimte in beslag neem.

Hierdie betoog moet ook nie as 'n pleidooi vir die onverbiddelike toepassing van die eiendomsteorie verstaan word nie.¹² Regsverkryging uit die dokument as waardepapier is geen noodwendige gevolg van saaklike beregtiging nie. Dit gaan primêr om regsverkryging van die *ad hoc*-eenheid, binne welke verband 'n bepaalde regsverkrygingsproses teoreties bestaan, en nie om die vestiging van aansprake op die komponente daarvan buite die *ad hoc*-verband nie. Sodanige regsverkryging vereis 'n toetredende tot die dokument as waardepapier, en dit geld ook vir die saaklik geregtigde buite die *ad hoc*-verband. Vir 'n toetredende tot die *ad hoc*-eenheid word, na gelang van die geval, die ontvangs van die dokument met die bedoeling om skuldeiser daaruit te word (in geval van verhandeling van die dokument) of die bewuste ondertekening daarvan (in geval van die trekker) vereis.

2. PROBLEEMSTELLING VANUIT DIE GESIGSPUNT VAN DIE WAARDEPAPIERREG

Konsekwent toegepas hou die standpunt van die waardepapierreg in dat die evaluering van die regte van 'n nuwe verkryger uit die dokument wat van die dief of bedrieër ontvang is, eweneens via sy aansprake op die stoflike saak moet plaasvind. Die ontvanger van die dief of bedrieër sal dan slegs die aansprake uit die dokument verwerf in daardie geval waar die oordrag-vernietigende werking van die *nemo plus iuris*-prinsiep tot halt geroep word, behalwe in die geval waar die oordraer self saaklike aansprake op die dokument gevestig het.

Die voormelde voorbehoud wil voorsiening maak vir besondere gevalle waar die tjek van 'n oordraer verkry word wat dit deur middel van die *misleiding* van die reghebbende verkry het. Dit is so omdat die diefstal van 'n tjek nie diefstal van geld is nie, en die stelling dat diefstal deur toeëiening slegs gepleeg kan word ten opsigte van goed wat nie aan die dader behoort nie, kan dus hier ongekwalifiseerd aanvaar word.¹³ Nogtans beland ons hiermee onwillekeurig binne die problematiek wat in die strafreg figureer

rondom die bestaansreg van die misdaad “diefstal deur valse voorwendsels” en die onderskeid tussen bedrog en diefstal. Oor hierdie problematiek laat *De Wet en Swanepoel*¹⁴ hulle soos volg uit:

“(T)heft by means of false pretences’ (word) soms as ’n *species* van die *genus* bedrog beskou, en dan weer as diefstal. Of mens met die een dan wel die ander te doen het, hang daarvan af of die slagoffer deur die misleiding beweeg is om die saak aan die verdagte in eiendom oor te dra of nie. Het hy die saak in eiendom oorgedra, kan daar van diefstal geen sprake wees nie, maar wel van bedrog. Is die saak nie in eiendom oorgedra nie, selfs al is besit of beheer daarvan deur misleiding verkry, is diefstal wel moontlik. Tussen die twee moontlikhede bestaan daar nie ruimte vir ’n misdaad wat nie diefstal is nie en ook nie bedrog nie en tog ook altwee is nie”.

Oor die vraag of die onderskeidingskriterium van die gevierde skrywers binne die sistematiek van die strafreg steek hou, wil ek my nie uitspreek nie. Vir ’n beslissing van die aansprake van die verkryger wat die tjek verkry het van ’n misleier volgens die benadering van die waardepapierreg is hierdie problematiek glad nie ter sake nie. Waar misleiding ter sprake is, bly die primêre vraag steeds of eiendomsreg of ’n ander beperkte saaklike reg in die beweerde reghebbende uit die dokument gevestig is of gesetel gebly het. Om dit uit te maak moet sakeregtelike norme aangewend word¹⁵ en is dit volstrek ontoelaatbaar om enige betekenis te heg aan die gewraakte gedagtegang dat saaklike aansprake, anders as wat volgens sakeregtelike norme gebeur het, volgens die strafreg oorgegaan het. Teen hierdie kompartementalisme waarsku *De Vos*¹⁶ pertinent waar hy verklaar:

“Dit kan tog nie aanvaarbaar wees dat eiendomsreg in ’n saak onder bepaalde omstandighede volgens die sakereg oorgaan, maar volgens die strafreg nie oorgaan nie. Wat word van die organiese eenheid van ’n regstelsel wat so ’n sonderlinge oplossing aanvaar?”

Met die materiële inhoud van die sakeregtelike norme wat hier geld, wil ek u nie onnodig vermoei nie. Dat sakeregtelike norme in hierdie verband deurslag gee, kan na analogie van die Rhodesiese beslissing *Pafitis v Naoumoff*¹⁷ aanvaar word. Daarin is die vraag wie ware eienaar is van ’n tjek wat deur valse voorwendsels van die trekker verkry is, vir die doeleindes van artikel 86(1) Bills of Exchange Act, chapter 218 (wat vergelyk kan word met Wisselwet, 1964, art. 81) afhanklik gestel van die vraag wie eiendomsreg op die saak verkry of behou het. Volgens die sistematiek van *De Wet en Swanepoel*¹⁸ kan die ontvanger van die bedrieër dus selfs regte uit die dokument verwerf onder omstandighede waar die oordragvernietigende werking van die *nemo plus iuris-beginsel* nie halt geroep word nie.

Hierdie moontlikheid bring onwillekeurig die vraag na vore of dit wenslik is dat aansprake uit die dokument aan die bedrieër toegeken word. Vanuit die gesigspunt van die waardepapierreg roep hierdie vraag die norme van die sakereg enigsins op tot verantwoording. Maar hierdie vraag moet myns insiens nie beantwoord word alleen deur die beklemtoning van die onwenslikheid daarvan om aansprake aan sodanige bedrieër toe te ken nie. Die belang van regsekerheid en derde verkrygers wat nie aan die bedrog deel het nie, moet ook in ag geneem word. Wat hieronder verstaan word, sal nog verduidelik word. Die uitvoering van die aansprake van die bedrieër uit die dokument *anders* as by wyse van die oordrag en verhandeling daarvan moet teëgewerk word. Die feit dat die bedrieër regte op die dokument gevestig het, kan binne die sistematiek van die waardepapierreg as geleibuis vir opvolgende regsverkryging uit die dokument 'n belangrike funksie vervul.

Word die tjeek aan die ander kant van die *dief* in ontvangs geneem, kan die aansprake uit die dokument slegs verwerf word in daardie geval waar die oordragvernietigende werking van die *nemo plus iuris*-beginsel halt geroep word. Dit vind plaas wanneer die dokument as reëlmatige houer verkry word, en die eienskap van verhandelbaarheid van die dokument in die ware (of enge) sin kom meteens ook na vore. Ingevolge artikel 36(b) Wisselwet, 1964 besit die houer, indien hy 'n reëlmatige houer is, die wissel vry van enige gebrek in die titel van vorige partye en ook vry van bloot persoonlike verwerf wat vir vorige partye onderling beskikbaar is. Daar die Wisselwet 1964 geen afdoende antwoord gee op die vraag wat onder 'n titelgebrek verstaan moet word nie (dit gee slegs algemene voorbeelde van wat daaronder begryp moet word), is ek, in navolging van *Malan*,¹⁹ van mening dat die woord *titel* slegs sin kan hê indien dit ook met verwysing na die regte van die houer op en uit die dokument uitgelê word.

Word vasgehou aan die grondgedagte van die waardepapierreg, moet verklaar word dat die reëlmatige houer in beginsel ook eienaar van die stoflike papier geword het. Hoewel hierdie standpunt aanvanklik vreemd voorgekom het, word dit tans deur verskillende kommentators gepropageer. Binne die tradisionele terminologie van die sakereg is die betekenis hiervan dat dit hier gaan om die verkryging van 'n saaklike reg op oorspronklike wyse²⁰ en dat aanpassing van die tersaaklike sakeregtelike norme aan die orde is. Verder kan in die Wisselwet 1964²¹ en die regspraak²² gesag gevind word daarvoor dat die grondreëls van die waardepapierreg versoenbaar is met die benadering hier te lande. Hierdie gedagtegang pas daarom inderwaarheid in binne die breë raamwerk waarbinne die hedendaagse ontwikkelinge en gedagtegang in die sakereg opeëer. 'n Standpunt dus, soos die van *N. J. van der Merwe*,²³ wat daarop neerkom dat die reëlmatige

houer nie sakereglik nie maar slegs verbintenisreglik in 'n beter posisie geplaas word, druis in teen die grondgedagtes van die waardepapierreg. Deur hierdie standpunt word die tradisionele benadering ingevolge waarvan alleen maar die *rei vindicatio* van die eienaar in die geval waar diesaak in vreemde hande beland, onder sekere omstandighede langelê word, in ere gehou. Maar daardeur word versuim om die moontlikhede wat in die wisselwetgewing gebied word vir die ontwikkeling van 'n proses van eiendomsverkryging waardeur die eise van die handelsverkeer gedien word, te benut.

In die wisselwetgewing is die steierwerk (dit is die instrument wat aangewend word om regsontwikkeling te stimuleer) reeds verwyder en behoort daartoe oorgegaan te word om vas te stel in watter mate die eise van die handelsverkeer deur die eiendomsverkryging van 'n nie-eienaar deur middel van die strenge vereistes vir reëlmatige houerskap gedien word.

3. DIE BELANG VAN DIE NIE-KENBARE *EX FACIE* DIE DOKUMENT BINNE DIE REGSVERKRYGINGSPROSES

Vanaand wil ek slegs enkele gedagtes in u midde lê oor die waarde wat, nadat die verrekening van die eise van die regsverkeer in handelsdokumente plaasgevind het, geheg behoort te word aan oorsake wat aan die beskikkingsonbevoegdheid ten grondslag lê maar wat nie uit hoofde van die dokument kenbaar is nie. Voordat ek die regsposisie in Suid-Afrika aan u voorhou, wil ek die benadering wat in die Nederlandse reg gevolg word kortliks onder u aandag bring.

3.1 Die Nederlandse Reg

3.1.1 Die Burgerlijk Wetboek (BW)

Die besondere sterk beskerming van eiendomsreg in die Suid-Afrikaanse reg word nie in die Nederlandse reg aangetref nie. In die Nederlandse reg word regsverkryging van roerende sake *in die algemeen* (waaronder ook daardie order- en toonderdokumente gereken word wat nie binne die trefwydte van die *Wetboek van Koophandel* val nie) *via* 'n beskikkingsonbevoegde tans gereël deur artikel 2014 saamgelees met artikel 639, 668(3) en 1198(5) van die *Burgerlijk Wetboek*. Na voltooiing van die nodige invoeringswetgewing sal hierdie aangeleentheid deur artikel 3.4.2.3(a) *Nieuwe Burgerlijk Wetboek* (wat in sekere opsigte drasties van artikel 2014 BW afwyk) gereël word.

Die historiese oorsprong van artikel 2014 BW (asook die soortgelyke bepalinge in ander kontinentale kodifikasies) is die Germaansregtelike

beginsel²⁴ soos vervat in die spreuk *mobilia non habent sequelam*.²⁵ 'n Uitgebreide historiese oorsig is hier onnodig.²⁶ Wat vir ons van belang is, is die feit dat regsverkryging op order- en toondervorderinge in die algemeen deur die bepalinge van die BW beheers word. Dit bring in die eerste plek mee dat eiendomsverkryging van die dokument moet plaasvind ingevolge artikel 639 BW saamgelees met artikel 668(3) BW. *In casu* is eiendomsverkryging deur

“levering ten gevolge van eenen rechtstitel van eiendomsovergang afkomstig van dengenen die gerechtigd waren over den eigendom te beskikken”,

van besondere belang.

Aansienlike meningsverskil bestaan oor die vereistes vir regsgeldige lewering.²⁷ Die oorsaak vir die uiteenlopende opvattinge word daarin verklaar dat die saaklike ooreenkoms nie in die BW as vereiste vir lewering vermeld word nie; geen inhoud in die BW aan die begrip regstittel gegee word nie en dit eweneens onvermeld gelaat word of 'n geldige regstittel ooreenkoms. Volgens die heersende opvatting word, naas die *obligatoire* ooreenkoms, inderdaad 'n saaklike ooreenkoms vereis.²⁸ Daarbenewens word vereis dat die dokument deur lewering (toonderdokument) of lewering en geldige endossement (orderdokument)²⁹ kragtens 'n geldige regstittel van eiendoms-oorgang³⁰ deur iemand wat gerechtig is om oor die dokument te beskik,³¹ verkry moet word. Slegs artikel 2014 BW saamgelees met artikel 637 BW bring aan hierdie gestelde vereistes 'n korreksie aan.

Verskil van mening bestaan oor die korrektiewe werking van artikel 2014 BW. *Van Oren*³² verklaar by geleentheid:

“Als de uitspraak van een sijn klinken die woorden; zij zeggen niets en men kan er uit halen wat men verkiest”.

Die uiteensetting van bestaande standpunte is hier onnodig. Die heersende opvatting volgens die legitimasiëleer³³ kan soos volg weergegee word: In die geval van *onwryllige besittingsverlies* (byvoorbeeld verduistering) van 'n saak geld artikel 2014(1) BW. Saamgevat is die uitwerking daarvan, wat ook as die materiële funksie van artikel 2014 BW beskryf word,³⁴ dat wie te goeder trou, “anders dan om niet” (onder beswarende titel of “om baat”), 'n roerende saak van 'n beskikkingsonbevoegde deur *traditio* verkry, in beginsel eienaar daarvan word indien die oordrag andersins aan die vereistes vir eiendoms-oorgang voldoen. In geval van *onwryllige besittingsverlies* (verlies of ontvreemding) geld artikel 2014(2) BW. Dit hou in (a) 'n derde verkryger wat die

dokument van 'n beskikkingsonbevoegde oordraer verkry onder omstandighede wat in geval van “verduistering” eiendomsverkryging tot gevolg sou hê, vir 'n tydperk van drie jaar eiendomsreg en skuldeiserskap ontbeer. Die bestolene kan die dokument, met inagneming van die voorskrifte vervat in artikel 637 BW, as sy eiendom terugvorder. Derde verkrygers wat nie binne die gestelde kader teregkom nie, is vir 'n tydperk van 30 jaar aan die *rei vindicatio* van die eienaar blootgestel.³⁵

Die verskillende beoordeling van gevalle van vrywillige en onvrywillige besitsverlies kan histories verklaar word.³⁶ Verder is dit vir die doeleindes van hierdie rede belangrik om aan te toon dat die opvatting gehuldig word dat gebreke ten aansien van die endossementsvereiste by die orderdokument buite die geldingsfeer van artikel 2014 BW val.³⁷ Ten opsigte van orderdokumente in die algemeen moet die dokument kragtens 'n aaneensluitende reeks van egte endossemente verkry word. Volgens die legitimasieleer is die korrektiewe werking van artikel 2014 BW beperk tot die beskikkingsonbevoegdheid van die oordraer wat nie deur 'n vervalste endossement medebepaal word nie.

Die kondonering van die beskikkingsonbevoegdheid van die oordraer is vir derde verkrygers van order- en toonderdokumente van wesenlike belang. 'n Volledige ondersoek na die beskikkingsonbevoegdheid van die oordraer *kan en mag* as gevolg van die snelle en ongestoorde gang van die regsverkeer nie vereis word nie. Maar volgens die geldende norme vind onvoldoende verkeersbeskerming in hierdie geval plaas. Die beskerming wat derde verkrygers geniet, is nie die reflekswerking van verkeersbeskerming nie maar die resultaat van die billike afweging van die belange van die eerste en die derde hand.³⁸ Daarom gaan dit in artikel 2014 BW en die toepassing daarvan volgens die legitimasieleer.³⁹ Hierdie konkrete wetstoepassing gee besondere momentum aan die gedagte dat die *ratio* vir artikel 2014 BW eerder in billikheid⁴⁰ as in die verkeersbelang⁴¹ gesoek moet word.

Die beperkte bevrediging van die eise van die regsverkeer wanneer hierdie konstellasië van norme op die handelsdokument toepassing vind, lê egter nie daarin dat *slegs* die beskikkingsonbevoegdheid van die oordraer gekondoneer word nie, maar in die *voorwaardes* waaraan dit onderhewig is. Opvolgende regsverkryging word eerstens medebepaal deur die vraag of vrywillige of onvrywillige besitsverlies plaasgevind het. Tweedens moet die orderdokument kragtens 'n aaneensluitende reeks van *egte* endossemente verkry word. Regsverkryging uit die dokument word hierdeur van 'n gedraging van die eienaar afhanklik gestel en word ook beslis deur inagneming van omstandighede wat nie *ex facie* die dokument kenbaar is nie.

Die verkeersbelang, wat grootliks in regsekerheid veranker lê, vereis egter 'n ander benadering. Die benadering soos beskryf deur *Van Oven*⁴² is toepaslik:

“Ik geloof ... dat men juist omgekeerd te werk moet gaan: dat is, dat den derde die van den niet-eigenaar verwerft, eigendom moet geven op grond van factoren die hem en niet den eigenaar betreffen ... Het zwaartepunt ligt dan in de formulering der goede trouw”.

Volgens hierdie benadering gaan dit nie primêr om die skuld of die gedraging van die besitsontneemde nie. Dit gaan ook nie om die billike afweging van die belange van die eerste en die derde hand nie. Die vereiste is, volgens die uitspraak van *Pitlo*,⁴³ dat

“tegenover de derde te goeder trouw de (door het bezit van de vervreemder gewekte) schijn van beschikkingsbevoegdheid voor werkelijke beschikkingsbevoegdheid (geldt)”.

Toegepas op die handelsdokument hou hierdie standpunt in dat die skyn van beskikkingsbevoegdheid van die oordraer, soos dit *ex facie* die dokument kenbaar is, teenoor die verkryger te goeder trou gehandhaaf moet word.

3.1.2 Die Nieuwe Burgerlijk Wetboek (NBW)

Deur artikel 3.4.2:3(a) NBW word in ooreenstemming met die eise van die regsverkeer ingrypende koersaanpassinge in die Nederlandse reg in *die algemeen* aangebring. Daarvolgens verkry iemand wat te goeder trou kragtens geldige titel 'n roerende saak van 'n beskikkingsonbevoegde verkry, sonder meer die eiendomsreg op die saak. Die enigste kwalifisering lê daarin dat die gewese eienaar die bevoegdheid behou om binne drie jaar na die verlies van sy saak dit, teen vergoeding van die waarde van die nuwe eienaar se teenprestasie vir die saak, terug te verkry. Volgens hierdie benadering word geen onderskeid tussen vrywillige en onvrywillige besitsverlies getref nie en word die verkryging van die saak vir waarde nie statutêr as vereiste gestel nie.

Vir die juris wat opgegroeï het binne 'n milieu waarin 'n hoë premie op die beskerming van eiendomsreg geplaas word, blyk hierdie benadering te radikaal te wees. 'n Plaaslike kommentator⁴⁴ is van mening dat dit 'n bespotting maak van die waarde wat eiendomsreg in die gemeenskap behoort te hê; dat die motivering daarvoor, naamlik dat die openbare belang in sekerheid in die handelsverkeer van deurslaggewende belang is, asembenemend is in sy ontkenning en negering van die eienaar se belang in

die behoud van sy eiendomsreg; dat teenoor titelsekerheid vir verkrygers in die verkeerstroomband ook die sekerheid van titelbehoud vir ander deelnemers in die handelsverkeer staan; dat dit potensieel belemmerend is vir die vlotte verkeersvloei as 'n eienaar wat te goeder trou en redelikerwys sy saak uit sy hande laat gaan vir sosiaal toereikende doeleindes sy eiendomsreg en titelsekerheid verloor bloot omdat 'n derde te goeder trou besit verkry het.

Die meriete van kommentaar wat teen 'n eensydige verabsoluttering van die verkeersbehoefte waarsku, kan, waar dit gerig is teen 'n konstellasie van norme wat op roerende sake *in die algemeen* toepassing vind, nie ontken word nie.⁴⁵ Maar die geldigheid daarvan waar handelsdokumente ter sprake kom, staan, soos nog aangetoon sal word, enigszins onder verdenking. Vanuit die gesigspunt van die handelsdokumentereg is hierdie benadering te verkies bo die estoppelbenadering van die *common law* deurdat daardeur aan die skuld- en skynverwekkingsvereistes van estoppel ontkom word.⁴⁶ Dat die handhawing van hierdie vereistes onversoenbaar is met die eise wat in die regsverkeer aan handelsdokumente gestel word,⁴⁷ word duidelik geïllustreer in die *Eenvormige Geneefse Tjekwet, 1931* (EGT), waarin die omstandighede waaronder die besitsverlies deur die geregtigde plaasvind, in die regsverkrygingsproses buite spel geplaas word.

3.1.3 Die Eenvormige Geneefse Tjekwet 1931 En Die Wetboek van Koophandel

In die EGT word die skyn van beskikkingsbevoegdheid soos dit *ex facie* die dokument blyk, teenoor die derde verkryger te goeder trou gehandhaaf sonder dat die omstandighede waaronder die besitsverlies deur die geregtigde plaasgevind het, of enige ander oorsaak wat aan die beskikkingsonbevoegdheid ten grondslag lê en wat nie uit hoofde van die dokument kenbaar is nie, in aanmerking geneem word.

Kommentators is dit eens dat die EGT, 1931 'n gelyke beoordeling beoog van gevalle waar vrywillige sowel as onvrywillige besitsverlies van die dokument plaasgevind het. Verder word dit, alhoewel dit nie uitdruklik vermeld word nie, aanvaar dat indien die dokument met die vereiste gesindheid verkry word, in beginsel eiendomsreg op die saak verwerf word.⁴⁸ Dit veronderstel onder meer 'n kondonering van die beskikkingsonbevoegdheid van die oordraer, ook waar 'n vervalste endossement in die orderdokument daaraan ten grondslag lê. Daar bestaan eenstemmigheid daaroor dat regsverkryging uit die orderdokument moontlik is solank dit *inter alia* kragtens 'n aaneensluitende reeks van uiterlik reëlmatige endossemente verkry is.⁴⁹ Die bedoeling is dan verder ook dat indien die valsheid van 'n bepaalde endossement deur die goeie trou van 'n latere verkryger

geheel is, die kennis van daaropvolgende skuldeisers van sodanige gebrek nie regsverkryging in die weg staan nie.⁵⁰ Slegs die kwade trou wat die bedrog of onreëlmatigheid bevorder het, word getref.⁵¹

Dit is egter ook nodig dat ek u daarop wys dat die EGT, 1931 aanvaar is sonder dat 'n finale aanduiding gegee is van die gebreke in die regsverkrygingsproses wat andersins deur die onderhawige statutêre bepaling gekorrigeer word. Die uitwerking van hierdie bepalinge word dikwels tot die ondervanging van die beskikkingsonbevoegdheid van die oordraer beperk. Hiervolgens het die tersaaklike bepalinge van die EGT niks te make met die vereistes soos die verkryging kragtens 'n geldige titel vir eiendoms-oorgang en die vereiste saaklike ooreenkoms nie. Hierdie benadering is in ooreenstemming met die eise van die handelsverkeer. Immers, deur die stel van hierdie vereistes word die skyn van beskikkingsbevoegdheid uit hoofde van die dokument nie weerspreek nie.

Die EGT, 1931 is opgestel tydens die tweede sitting van die *Conference Internationale* (23 Februarie tot 19 Maart 1931) te *Genève* onder die beskerming van die ou Volkebond. Die EGT, 1931 is in Nederland ter uitvoering van die ondertekende volkeregtelike verdrag — die *Convention portant loi uniforme sur le chèque* — in die *Wetboek van Koophandel* opgeneem deur die wet van 17 November 1933, vir inwerkingtreding na bepaling deur die *Kroon* op 1 Julie 1934. Die aanvaarding van hierdie gedagtegang in Nederland ten aansien van die “wissel- en orderbriefje” het die Nederlandse reg ingrypend verander.

Ingevolge artikel 137 (Oud-) WVK was 'n ononderbroke reeks van egte endossemente vir opvolgende skuldeiserskap van die “wissel- en orderbriefje” vereis. Die feit dat hierdie probleemvraag van die wisselreg tot voordeel van die oorspronklike reghebbende beslis is,⁵² is allermens beskou as 'n beslissing wat die bevordering van die aanwending van die orderwissel en “orderbriefje” as verkeersinstrument in die hand werk. *Boerlage*⁵³ stel dit skerp:

“Al vatten wij artikel 137 zoo beperkt mogelijk op dus als uitzondering op den normalen regel, toch moet o.i. eene dergelijk bepaling, strijdig met de levensvoorwaarden van het handelspapier: zekerheid en gewettigd vertrouwen, uit ons recht verdwijnen, en wel zoo spoedig mogelijk”.⁵⁴

Die aanvanklike beslissing tot voordeel van die eienaar blyk egter mettertyd onvanpas. Die voortdurende beweging in die regsverkeer word bevestig in

die rigting wat in die Eenvormige Geneefse Wette in hierdie verband ingeslaan word.

3.2 Die Suid-Afrikaanse reg

Hierbo het ek u daarop gewys dat die probleem van regsverkryging *a non domino* in die tjekreg in die Anglo-Amerikaanse reg met verwysing na die figuur van die reëlmatige houer opgelos word. Die vereiste wat in die Suid-Afrikaanse reg vir reëlmatige houerskap gestel word, blyk uit artikel 27 Wisselwet, 1964.

Die reëlmatige houer is 'n houer wat 'n voltooide en oënskynlike reëlmatige wissel onder die volgende omstandighede geneem het: (a) hy moet die houer daarvan geword het voordat dit verval het en, indien dit voorheen gedishonoreer is, sonder kennis daarvan, en (b) hy moet die wissel te goeder trou en vir waarde geneem het, en toe die wissel aan hom verhandel is, moet hy geen kennis gedra het van enige gebrek in die titel van die persoon wat dit aan hom verhandel het nie. Die klem val vanaand op die waarde wat geheg behoort te word aan oorsake wat aan die beskikkingsonbevoegdheid ten grondslag kan lê maar wat nie uit hoofde van die dokument kenbaar is nie. Daarom is 'n uitvoerige bespreking van ál die vereistes vir reëlmatige houerskap onnodig: dit sou in meer as een opsig ons aandag vra vir die vereistes waaraan die derde verkryger moet voldoen en dit is in stryd met my verklaarde oogmerk.

Die tersaaklike vereiste kan ek aan die orde stel deur u aandag daarop te vestig dat die problematiek wat in die kontinentale regstelsels figureer rondom die onderskeiding wat tradisioneel tussen vrywillige en onvrywillige besitsverlies gemaak word, nie in die Suid-Afrikaanse tjekreg teruggevind word nie. Onregstreeks kan die omstandighede waaronder die tjek uit die besit van die geregtigde geraak het, wel by die orderdokument ter sprake kom. Daar kan gesê word dat in die geval van onvrywillige besitsverlies die verhandeling van die dokument waarskynlik deur middel van 'n vervalste of ongemagtigde endossement plaasgevind het. Hoewel hierdie feit nie *ex facie* die dokument kenbaar is nie, gaan die Anglo-Amerikaanse wisselreg (waaronder die Suid-Afrikaanse ervaring ingedeel word), anders as die Europese eenvormige stelsel, van die beginselstandpunt uit dat houerskap en opvolgende regsverkryging *via* sodanige endossement nie moontlik is nie. Hierdie vyandigheid teenoor die vervalste en ongemagtigde endossement is kenmerkend van die Anglo-Amerikaanse tjekreg. Teenoor die derde verkryger te goeder trou word die skyn van beskikkingsbevoegdheid soos dit *ex facie* die dokument kenbaar is, nie gehandhaaf indien 'n vervalste of ongemagtigde endossement *inter alia* die beskikkingsonbevoegdheid van die ordraer onderlê nie.

Met ons gedagtes nog binne die grense van die tradisionele sisteem van die Suid-Afrikaanse reg ontplooi moet daar na middele gegryp word waardeur die strengheid van die reg getemper kan word. In hierdie proses kan die werking van die leerstuk van estoppel, as 'n instrument waardeur regsontwikkeling bewerkstellig word, treffend geïllustreer word. Die betekenis van hierdie gedagtegang vir die tjekreg in sy geheel regverdig 'n afsonderlike ondersoek. Ek sou uitvoerig aan u verslag kon doen oor die rol van die leerstuk van estoppel in die algemeen⁵⁵ en die aanwending van die regslynprinsiep in die tjekreg in die besonder⁵⁶ om die aanspreeklikheid van tjekpartye te beslis of om die verplasing van die skade na die besteelde te bewerkstellig. Vir hierdie uiteensetting is dit egter onnodig. Waarna wel verwys moet word, is die betekenis van die hedendaagse gedagtegang dat estoppel 'n nuwe wyse van eiendomsverkryging kan skep vir die tjekreg.

Volgens die Suid-Afrikaanse benadering het die eienaar in beginsel die reg om op sterkte van die reël *ubi rem meam invenio ibi vindico* sy goed van derdes op te vorder. Die eienaar kan dus sy saak met die *rei vindicatio* opvorder van enige derde wat in besit daarvan is, al het die derde dit te goeder trou en vir waarde verkry. Soos in die Romeins-Hollandse reg bestaan daar egter 'n aantal uitsonderingsgevalle waar die *rei vindicatio* van die eienaar aan bande gelê word.⁵⁷ Sommige gevalle het in onbruik verval, maar die geval gebaseer op estoppel het in die Suid-Afrikaanse reg aansienlik uitgebrei. Kortliks hou die bekende standpunt in dat in die geval waar 'n eienaar by die oordrag van sy saak die skyn verwek het dat hy nie eienaar van die saak is nie, hy as gevolg van die werking van estoppel belet word om hom op die *rei vindicatio* tot terugvordering van die saak te beroep.⁵⁸ Volgens die meer realistiese benadering wat deur sommige gepropageer word,⁵⁹ behoort daartoe oorgegaan te word om die eienaar juridies sy eiendom te laat verbeur, sodat die eiendomsreg dan op grond van regsreëls na die verkryger oorgaan. Die openlike sanksionering van hierdie benadering sal 'n dringende behoefte vervul.

Deur die estoppelbenadering word 'n toestand van onsekerheid geskep. Die estoppel-opwerper geniet byvoorbeeld slegs besitsbeskerming teen die eienaar; omdat hy nie eiendomsreg verwerf nie, kan hy geen titel op 'n derde verkryger oordra nie, ensovoorts. Daarom wil ek my skaar by die standpunt van *J.C. van der Walt*⁶⁰ waar hy sê dat as 'n mens eenmaal aanvaar dat estoppel 'n leerstuk van die materiële reg is,⁶¹ die aanvaarding van 'n standpunt dat estoppel 'n nuwe wyse van eiendomsverkryging kan skep, 'n verantwoorde stap is.⁶² Maar hierdie ontwikkeling moet plaasvind volgens die perspektief wat deur *Louw*⁶³ uitgewys word. Estoppel is 'n instrument waardeur regsontwikkeling plaasvind. Sodra die ontwikkeling voltooi is en die nuwe regsreël uitgekien kan word, moet estoppel, die instrument

waardeur die ontwikkeling plaasgevind het, verdwyn. Die eindontwikkeling is dan die erkenning van 'n nuwe wyse van eiendomsverkryging wat genoem kan word eiendomsverkryging deur 'n derde wat te goeder trou is, of *bona fide*-eiendomsverkryging. Die vereistes vir sodanige regsverkryging moet onbevang ontwikkel en ontplooi word sonder dat dit telkens met betrekking tot die vereistes en sisteem van estoppel verantwoord moet word.

Dit is besonder insiggewend dat in die Amerikaanse wisselreg deur middel van die sogenaamde "validation provisions" van die *Uniform Commercial Code* (UCC) by wyse van statutêr bepaalde estoppels opvolgende regsverkryging soms moontlik gemaak word in die geval waar 'n vervalste endossement op die dokument aanwesig is. Met verwysing na die "validation provisions" van die UCC verklaar die Amerikaanse skrywer *Dugan*:⁶⁴

"The Code ... contains numerous provisions that, by way of exception, repair the initial defective indorsement and thus permit successive transferees to acquire holder status".

Hoewel sommige kommentators oor die UCC van hierdie opvatting verskil, stel die skrywers *White* en *Summers*⁶⁵ die uitwerking van §3-406, 4-406 en 3-405 UCC, almal bekende "validation provisions", onomwonde:

"When these exceptions apply, the forged indorsement is effective as though it were the indorsement of the owner ... That is, title to the instrument passes as though there had been no forgery..."

Die estoppelbenadering van die *common law*, soos dit in die algemeen gesproke (met enkele afwykings)⁶⁶ in die Suid-Afrikaanse reg gevolg word,⁶⁷ kom ten aansien van die vervalste en ongemagtigde handtekening op die wissel, tjek en promesse tot uitdrukking in die Engelse Bills of Exchange Act, 1882, bepalinge wat *verbatim* in die Wisselwet, 1964 oorgeneem is. Artikel 22 Wisselwet, 1964 (die ooreenstemmende bepaling van die BEA, 1882 is artikel 24) bepaal *inter alia* dat 'n vervalste en ongemagtigde handtekening op 'n wissel geheel en al kragteloos is en dat niemand deur middel van of kragtens daardie handtekening enige reg kan verkry om die wissel te behou of om bevryding daarvan te verleen of om betaling daarvan af te dwing nie, tensy die party teenoor wie gepoog word om die wissel te behou of betaling daarvan af te dwing, belet word om die vervalsing of gebrek aan magtiging op te werp. Die beletsel wat op 'n party geplaas kan word, berus nie net op gemeenregtelike gronde nie maar spruit ook uit die "statutêre estoppels" soos vervat in artikel 52 en 53 Wisselwet, 1964. Getrou aan die tradisionele estoppelbenadering verkry die ontvanger *via* die vervalste of ongemagtigde handtekening nie houerskap en die regte uit die dokument

nie. *Mutatis mutandis* staan hierdie benadering bloot aan dieselfde verwyte wat ten aansien van die estoppelbenadering in die *algemeen* geopper word.

4. STANDPUNT EN MOTIVERING

Die wisselreg mag nie van die moderne ontwikkelinge op daardie gebied van die reg (naamlik die sakereg) wat aan die regsverkrygingsproses ten grondslag lê, afgesonder word nie. Die betekenis van die meer realistiese benadering ten opsigte van die uitwerking van die leerstuk van estoppel vir die tjekreg moet versigtig in oënskou geneem word. Word aansluiting gevind by die gedagtegang van die Amerikaanse skrywers na aanleiding van die “validation provisions” van die UCC, beteken dit nuwe perspektiewe van ’n aantal statutêre bepalinge in die Wisselwet, 1964. Daar sal ook deeglik besin moet word of regsverkryging uit die dokument via die vervalste of ongemagtigde handtekening *in beginsel* moontlik is indien die persoon wie se handtekening dit voorgee te wees, kragtens die gemenerereg onder belet geplaas word. Maar die eindontwikkeling moet afgestem wees op die ontwikkeling van ’n nuwe wyse van eiendomsverkryging wat die verdwyning van estoppel en die “statutêre estoppels” tot gevolg het. Dit moet egter in gedagte gehou word dat die aftakeling van die gevolge van die vervalste en ongemagtigde handtekening slegs regsverkryging in beginsel daardeur moontlik sou maak. Vir regsverkryging van ’n nie-eienaar is dit steeds nodig om die dokument onder omstandighede te verkry waarin *andersins* aan die vereistes vir reëlmatige houerskap voldoen word.

Deur die figuur van die reëlmatige houër het die tjekreg in beginsel reeds met die estoppelbenadering gebreek. Teenswoordig is die vraag egter of die verkeersbelang in handelsdokumente bevredigend gedien word deur regsverkryging van ’n nie-eienaar van die *streng* vereistes van reëlmatige houerskap afhanklik te stel. Die vraag wat vanaand pertinent gestel word, is of opvolgende regsverkryging *via* ’n vervalste endossement by die orderdokument nie ’n dwingende verkeerseis is nie. Dit gaan ten diepste daarom of ’n benadering waardeur die regte uit die dokument aan ’n nuwe verkryger toegeken word, in die woorde van *Van Oven*⁶⁸ “op grond van faktore wat hem en niet den eigenaar betreffen”, in ooreenstemming is met die eise van die regsverkeer in handelsdokumente en daarom nie sonder meer getref behoort te word deur die besware wat teen sodanige sisteem by roerende goedere in die algemeen ingebring word nie.

In die handelsverkeer word die tjek hedendaags hoofsaaklik as betalingsmiddel aangewend. Om hierdie funksie te kan vervul is die oordraagbaarheid en verhandelbaarheid daarvan, behalwe vir sover dit vir die doeleindes van invordering van die tjek van belang mag wees, nie ’n onontbeerlike

voorvereiste nie. Nogtans is die *statutêre* bestemmingsfunksie van die tjek dié van verkeersinstrument.⁶⁹ Dit skep die moontlikheid vir die sirkulêre van 'n tjek wat na die uiterlike daarvan reëlmatig is, juis in gevalle van diefstal of 'n ander onreëlmatigheid. In die lig van die heersende handelsituasie kan die verhandelbaarheid en oordraagbaarheid van die tjek dus tereg bevestig word. Daar bestaan egter maatreëls waardeur dit uitgesluit kan word. In hierdie verband bestaan daar heelwat wanopvattinge by tjekgebruikers en dit is nodig dat ek kortliks na die gebruiklike toevoeging op die tjek en die invloed daarvan op die oordraagbaarheid en verhandelbaarheid daarvan verwys.

Die kruising van die tjek as sodanig, hetsy dit 'n algemene of 'n besondere kruising is, het geen invloed op die oordraagbaarheid en verhandelbaarheid van die dokument nie.⁷⁰ Die toevoeging van woorde soos "en maatskappy" of enige afkorting daarvan⁷¹ of die woorde "rekening begunstigde/alleen"⁷² tot die kruising wat bestaan uit twee parallelle lyne (algemene kruising)⁷³ oftwee parallelle lyne tesame met die naam van 'n bankier (besondere kruising)⁷⁴ bring hieraan geen verandering nie. Word die woorde "nie verhandelbaar nie" tot die kruising toegevoeg, word die verhandelbaarheid van die dokument in die engé of ware sin uitgeskakel.⁷⁵ Iemand wat so 'n tjek neem, verkry nie 'n beter titel daarop as wat die persoon gehad het van wie hy dit geneem het nie, en hy kan nie so 'n beter titel gee nie. Die verwisseling van die aansprake uit sodanige tjek kan wel plaasvind deur middel van die voorgeskrewe metode vir verhandeling in die Wisselwet, 1964, maar die nuwe verkryger kan nie op 'n oorspronklike wyse aansprake op die dokument vestig nie.⁷⁶ Die verwisseling van die aansprake uit die dokument krágtens die wisselregtelike metode van verhandeling kan voorkom word deur die toevoeging van woorde op die dokument waaruit 'n bedoeling blyk dat die verwisseling nie beoog word nie.⁷⁷ Die gebruiklike woorde wat toegevoeg word, is "nie oordraagbaar nie", maar dieselfde resultaat kan ook bereik word deur die dokument betaalbaar te maak aan "X alleen".⁷⁸ Die vereiste bedoeling moet egter kenbaar word deur middel van woorde wat op die dokument aangebring is. Daarom sal hierdie bedoeling nie afgelei word waar alleen maar 'n skrapping van woorde soos "of toonder" en "of order" plaasvind nie. Die verwisseling van die aansprake uit die dokument is ook uitgeskakel in die geval waar die dokument, naas die woorde wat die verwisseling verbied, ook woorde bevat ingevolge waarvan verwisseling gemagtig word.⁷⁹ 'n Heel ander vraag, waarop nie nou ingegaan kan word nie, is of die aansprake uit die dokument in daardie geval waar die verwisseling wisselregtelik verbied word, krágtens die burgerlike metode van sessie oorgedra kan word.

Die snelle en ongesteurde gang in die handelsverkeer vereis dat die geskiedenis so min moontlik by regsverkryging van die order- en toonderdokument 'n rol speel. Die verkeerslewe kan nie sinvol funksioneer as dit

wat geldig voorkom, nie ook as sodanig gehandhaaf word nie. As onomstootlike feit konstateer *De Haan*⁸⁰ dat in die verkeer met roerende sake na wettiging eenvouding nie gevra word nie. Op die skyn van reg word die vertrou geplaas. Stem die skyn en die werklikheid nie ooreen nie, moet die derde verkryger, aldus *De Haan*,⁸¹ in beginsel die risiko daarvan dra. Maar — en dit geld by uitstek vir die wissel en die tjek as verkeersinstrumente — gebeur dit dat die omstandighede van 'n bepaalde geval sodanig is dat redelikerwys nie van die derde verkryger verwag *kan of mag* word om aan die regslyn onderliggende verhoudinge te ondersoek nie, geld die beginsel dat die derde verkryger op die uiterlike kan vertrou.⁸²

Geniet derde verkrygers in feite beskerming, moet bepaal word of die beskerming die resultaat is van maatreëls gerig op die beskerming van *bepaalde derdes* deur die toepassing van *billikheid* in die afweging van die belange van die eerste en die derde hand, of die gevolg is van verkeersmaatreëls gerig op *regsekerheid* in die handelsverkeer.⁸³ Deur maatreëls gerig op regsekerheid geniet derde verkrygers beskerming, nie omdat hulle belange bo die van die eenaar gestel word nie maar omdat dit met die van die verkeer saamval.⁸⁴ Dit beteken dus nie noodwendig 'n billike afweging van die belange van die eerste en derde hand nie. Die eenaar of skuldeiser word sy eiendomsreg in belang van regsekerheid en verkeersbeskerming ontsê. *Kisch*⁸⁵ merk op:

“Het beginsel van kenbaarheid, van gehonoreerden schijn, van werkzame voorstelling, is een beginsel van rechtzekerheid”.

Gaan dit in die besonder om opvolgende skuldeiserskap by die tjek, vereis regsekerheid, by monde van *Zevenbergen*,⁸⁶ dat derde verkrygers moet

“kunnen afgaan op den schijn van recht, die het bezit van het suk aan dengene, die het hem overdroeg, verleende. Hij moet den eigendom van het papier en daarmee het recht uit het papier van dezen kunnen verwerven, ook al is hij tot de overdracht niet gerechtigd, evenals wanneer hij van den werkelijk rechthebbende had verkregen”.

Regsekerheid vereis — en dit moet beklemtoon word — dat die skyn van reg (die skyn van beskikkingsbevoedheid) van die oordraer soos dit *ex facie* die dokument kenbaar is en deur 'n beskikkingshandeling bevestig word, gehandhaaf word.⁸⁷ In hierdie sin kan die woord *titulariteitsvoorstelling* gewaag word.⁸⁸

Handhawing van die titulariteitsvoorstelling beteken die kondonering van moontlike gebreke in die reg van die oordraer ten opsigte van die tjek. As

uitgangspunt moet aanvaar word dat alle omstandighede wat nie *ex facie* die dokument kenbaar is nie en wat nie regstreks met die relasie cordraer- verkryger verband hou nie,⁸⁹ nie as medebepalende faktore in aanmerking geneem kan word by die beslissing van die saaklike aansprake en opvolgende skuldeiserskap van 'n derde verkryger nie. Dit is die resultaat wat met 'n beroep op die regsekerheid in die besondere verhouding tot die verkeersinstrument beoog word. Met 'n beroep op die regsekerheid in hierdie besondere konteks word nie gepleit vir 'n negering van daardie vereistes, na gelang van die aanvaarde sisteem van oordrag van saaklike aansprake op roerende goedere en die statutêre voorskrifte ten opsigte van die oordrag en verhandeling van order- en toonderdokumente, die afdwining waarvan nie die skyn van beskikkingsbevoegdheid *ex facie* die dokument weerspreek nie. Dat die hier gestelde vereistes 'n stremende inwerking op die regsverkeer en regsekerheid in breër verband in die optrede met roerende goedere kan hê, word hier geensins ontken nie. Die eise van die regsverkeer vereis ook 'n voortdurende herwaardering van hierdie geldende vereistes.⁹⁰ Maar regsekerheid vereis die handhawing van die skyn van beskikkingsbevoegdheid soos bevestig deur 'n beskikkingshandeling van die formeel gelegitimeerde. Dit beteken dat 'n verband tussen die titulariteitsvoorstelling *ex facie* die dokument en die identiteit van die dader gelê moet word.⁹¹ Word hierdie vereiste gestel, word in praktyk die resultaat verkry dat die derde verkryger *normaliter* die orderdokument kragtens 'n geldige opvolgende endossement ontvang.

Hierdie standpunt vereis 'n finale breuk met die opvatting⁹² verkleef aan die *Veranlassungsprinzip*,⁹³ waardeur vertrouensbeskerming afhanklik gestel word van 'n gedragswyse van diegene wie se regte aan die derde opgeoffer moet word.⁹⁴ Dit beteken 'n afwysing van die sisteem waarvolgens die verlies van skuldeiserskap van die besteelede of misleide bepaal word deur die vraag of vrywillige of onvrywillige besitsverlies van die dokument plaasgevind het.⁹⁵ Die tersaaklike vraag is ook nie of die oordraer van die orderdokument (die formeel gelegitimeerde) die dokument deur of kragtens 'n aaneensluitende reeks van egte endossemente verkry het nie, maar of die legitimasie na die uiterlike formeel in orde is. Is die waardepapier in die hande van 'n vreemde, spreek die skyn dat die formeel gelegitimeerde beskikkingsbevoeg is. 'n Titulariteitsvoorstelling deur die beskikkingsonbevoegde is moontlik sodra die geregtigde besit van die dokument verloor het. Die grondslag vir die skadedraging is nie skuld of billikheidsoorweging nie.⁹⁶ Die gedagte van die aanvaarding van die risiko van benadeling by toetrede tot die dokument onderlê hierdie skadedraging.⁹⁷

Die omvang van die risiko van benadeling van die reghebbende, wat uiteraard bepalend is vir sy voortgesette deelname aan die tjeekverkeer, word nie primêr deur die beskerming van derde verkrygers te goeder trou bepaal

nie maar deur die beskikbare maatreëls ter beveiliging van bestaande aansprake. Daardie maatreëls wat die ware eienaar kan aanwend om die behoud van sy aansprake uit die dokument te waarborg, het ek hierbo aan die orde gestel. Dit is juis hierdie maatreëls wat by die handelsdokument toegepas kan word wat die kritiek wat teen die voorgestelde benadering ten aansien van roerende goedere *in die algemeen* geopper word, ontoepaslik maak. Prinsipiël gesien moet die beskermende maatreëls egter *ex facie* die dokument kenbaar wees. Dit gaan om maatreëls, in die woorde van *Kisch*,⁹⁸

“die A (eienaar) kan nemen om een mogelijke voorstelling van B's (houer) titulariteit, gewekt bij C (derde verkryger) te verbreken”.

’n benadeling van derde verkrygers te goeder trou is dan geen sprake nie. Wat die eienaar betref:

“Is hij zoo slordig of onverstandig om de aanwending van dat middel na te laten, dan is het niet meer dan billijk, dat de gevolgend van zijn verzuim ook hem zelve treffen, en hoogst onbillijk om den (derden verkrijger) ... onder’s eigenaars verzuim te laten lijden...”⁹⁹

Artikel 137 (oud-) WVK en soortgelyke bepalinge in die wetgewing wat die Anglo-Amerikaanse wisselreg verteenwoordig, verskans in wese bestaande skuldeiserskap. As beveiligingsmaatreël is dit sonder meer verwerplik. Dit is nie *ex facie* die dokument kenbaar nie, en op sigself verseker hierdie statutêre maatreëls geensins die deugdelike optrede van die eienaar om die diefstal en vervalsing te voorkom nie. Die toekenning van skuldeiserskap aan die derde verkryger ingevolge die EGT, 1931 waarborg, aan die ander kant, teen verlies van skuldeiserskap die deugdelike optrede van die eienaar, wat ook met die bewys van die *kwade trou* en *groeve schuld* van die derde verkryger belas is. Maar vind die diefstal van die tjek nogtans plaas, neem die besteelde en behoort hy dit ook in die geval waar die uitwerking van die beskermende maatreëls *ex facie* die dokument deur die toedoen van die vervalser kragteloos word, die voortvloeiende skade vir sy rekening te neem. Die grondslag vir die skadedraging is nie skuld of billikheidsoorweging nie. Maar die titulariteitsvoorstelling deur die dief is nie die enigste voorwaarde vir die verlies van die aansprake uit die dokument nie. ’n Beroep word op die goeie trou van die verkryger gedoen, en die praktyk vereis in die reël dat die dokument ook vir waarde ontvang moet word. ’n Evaluering van hierdie vereistes in die lig van die eise van die handelsverkeer val buite die verklaarde oogmerk met hierdie rede en ek laat dit vir eers daar.

VOETNOTAS

1. A1 sv "tjek"
2. A2 (1)
3. Kyk by Rehfeldt — Zöllner 7 ev vir 'n indeling van die waardepapiere. Die indelingsbeginsel is enersyds die "nach der Art des verbrieften Rechts" (Mitgliedshaftspapiere, Sachenrechtliche Wertpapiere, Forderungsrechtliche Wertpapiere) en andersyds die "nach der Art in der Berechtigte aus dem Wertpapier bestimmt wird" (Inhaberpapiere, Rectapapiere, Orderpapiere). Kyk ook die indeling by Baumbach — Hefermehl 6 ev.
4. Bv Rehfeldt — Zöllner 15
5. 157
6. Kyk volledig by Malan 213 ev.
7. Kyk Malan 409 ev; Ronse 206 ev; *Netherlands Bank of South Africa Ltd v Smith* 1971 (3) SA 647 (W) 651-2; *National Bank v Tayob and Co* 1919 TPD 133, 135; *Hertz v Fels Assignees* 1922 TPD 231, 232.
8. "Verpanding van Wissels" 1933 (64) *WPNR* 3296; vgl ook HR 20-5-32 *NJ* 1932, 1448, 1458.
9. Volledig by Malan 409 ev.
10. Kyk by Van der Merwe, 113.
11. 43 ev.
12. Kyk oor die eiendomsteorieë by Malan 213 ev; Molengraaf 380-1. Die belang van die eiendomsteorieë vir die moderne reg, aldus Malan, is daarin geleë dat die noue verband tussen vordering en saak daarmee uitgeruk word, en nie soseer daarin dat die wisselverbintenis deur die verkryging in eiendom van die oorkonde tot stand kom nie.
13. De Wet — Swanepoel, 310 ev.
14. Op 401.
15. Van der Merwe 3 stel dit so:
"Die sakereg bepaal naamlik in watter gevalle saaklike regte soos eiendom ten opsigte van 'n saak gevestig word, in watter gevalle 'n saaklike reg van een regsobjek op 'n ander oorgaan..."
16. "*Solutio Indebiti* en Eiendomsorgang" 1976 (1) *TSAR* 79, 86
17. 1965 (4) SA 591 (R)
18. Supra 4
19. 288 ev.

20. Van der Merwe 137 verduidelik:
 “Eiendomsverkryging is oorspronklik indien die verkryger nie sy reg ontleen aan dié van ’n voorganger nie. ... Die verkryger verkry nuwe regte vry van die eienaardighede, verpligtinge of voordele wat aan die reg van sy voorganger kleef”.
21. Kyk a19(2) en 32(1).
22. Vgl by *Freeman v Standard Bank of South Africa Ltd* 1905 TH 26, 31; *Volkskas Bpk v Zagnoev* 1958 (2) SA 550 (W); *Fonds Adviseurs Bpk v Trust Bank van Afrika Bpk* 1974 (4) SA 883 (A), 891.
23. “*Nemo Plus Iuris*” 1964 (27) *THRHR* 300, 303.
24. Hieroor bestaan daar egter nie volslae eensgesindheid nie. Daar is sommige wat beweer dat dit volgens die eise van die handelsverkeer in die regspraktyk in die agtiende eeu in Frankryk geformuleer is. Kyk volledig by Wittewaal G, “Artikel 2014 BW” 1916 *Themis* 175; Hoffman LC, “Eenige Opmerkingen over de Betekenis van Artikel 2014 BW,” 1928 (59) *WPNR* 3059/3060; Meijers EM, “De Rechtspraak van den Hoogen Raad Omtrent ‘Bezit Geldt Als Volkomen Titel’, ” 1927 (58) *WPNR* 3026/3027;.
25. Die *mobilia*-reël het, afgesien van ’n enkele uitsonderingsgeval (*mobilia non habent sequelam ex causa hypothecae*) nie in die Suid-Afrikaanse reg gelding verkry nie; Van der Merwe 470.
26. Daar word gesê dat die beginsel “bezit geldt als vokomen titel” of “*possession vaut titre*”, wat in a2014 BW opgeneem is by wyse van a2279 Code Civil in die agtiende eeu in Frankryk bekend was. Volgens die getuienis van *Bourjon* is dit ontleen aan die regspraak van die Châtelet. Dit is in wetgewing opgeneem op aandrang van die handelswêreld ter beveiliging van die regsverkeer. Hierdie beginsel is vervat in die bekende sitasie by *Bourjon*, wat lui: *En matière de meubles possession vaut titre de propriété*. Die werk van *Bourjon* waarna verwys word, is getiteld *Le Droit Commun de la France et de la coutume de Paris réduit en principes*.
27. Kyk by Asser-Beekhuis 147 ev; Pitlo 197 ev.
28. Kyk by Pitlo 201; HR 7-6-1946 *NJ* 1946, 465; HR 29-9-1961 *NJ* 1962 nr 14; HR 10-5-1968 *NJ* 1969 nr 72; HR 8-3-1972 *NJ* 1973 nr 482; HR 8-6-1973 *NJ* 1974 nr 346.
29. A668 (3) BW.
30. Asser-Beekhuis 157; Pitlo 197-8. In die Nederlandse reg word die kousale stelsel van eiendomsorgang aanvaar — kyk Asser-Beekhuis 157; HR 9-2-1939 *NJ* 1939 865 (Woldijk - Nijman); HR 5-5-1950 *NJ* 1951 nr. 1 (Damhof-De Staat). In die NBW word ’n geldige titel vir eiendomsorgang uitdruklik vereis.

31. Die vereiste van beskikkingsbevoegdheid beteken niks anders as dat niemand meer regte kan oordra as wat hy self het nie (Pitlo 203 ev). Beskikkingsbevoegdheid is nie tot die eenaar van die saak beperk nie. (*Ibid.*) Kyk ook by Asser-Beekhuis 268; HR 6-1-1961 *NJ* 1962 nr 19 (Seneca-arrest) Brahn OK “De Beschikkingsbevoegdheid van de houder van roerend goed”; 1974 (106) *WPNR* 5260.
32. “Artikel 2014 BW en de Bezitsbescherming van Roerende Goed” 1908 (39) *WPNR* 2016/2017. Kyk in dieselfde trant by Schut GHA “Het Nieuwe 2014” 1972 (102) *WPNR* 5176.
33. Die legimitasie leer is aanvaar in die bekende beslissing 5-5-1950 *NJ* 1951 nr 1 (Damhof-De Staat). Hierdie standpunt word egter verwerp deur De Grooth G “Rondom het Damhof-arrest” 1952 *RM Themis* 117.
34. Benewens die materiële funksie van a2014 BW word die prosessuele funksie onderskei — kyk by Asser-Beekhuis 128-30, 244 ev.
35. Kyk a2004 BW; kyk t.a.v. die regsposisie van die verkryger te kwader trou by Schut 25; vgl HR 14-11-1969 *NJ* 1970 nr 283.
36. Volgens die opvatting dat die reël *possession vaut titre* van Germaanse oorsprong is en uitdrukking gee aan ’n reël rondom die beskerming van *Gewere* — die feitlike heerskappy oor ’n saak — word die volende verklaring gegee: Die houder van *Gewere* word in ’n aksie as saaklikgeregtigde beskou, ongeag of hy as eiser of as verweerder optree, totdat die skyn van reg deur ’n beter materiële reg verbreek word. Ten opsigte van roerende goedere het die opvatting bestaan dat *Gewere* slegs by ’n derde verkryger verbreek kan word indien verlies, diefstal of roof van die saak plaasgevind het. Deur die afkondiging van die sg *harokreet* in die gemeenskap in hierdie geval is verkryging te goeder trou deur derdes nie moontlik nie. In geval van vrywillige afgifte van die saak daarenteen vind die openbare bekendmaking (publisiteit) nie plaas nie en is verkryging te goeder trou gevolglik moontlik. Nou geld die beginsel *wo einder seinen Glauben gelassen hat, da muss er um wieder suchen* — kyk by Asser-Beekhuis 239. Die verskillende beoordeling van gevalle van vrywillige en onvrywillige besitsverlies kom in verskeie Europese kodes na vore — kyk by Sauveplanne *De beskerming van de derde verkrijger te goeder trouw van roerende lichamelijke zaken*: Preadvies vir die Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 1968, 18 ev.
37. Scheltema — Wiarda 108
38. Kyk by Houwing Ph AN “De gebondenheid van rechtspersonen door onbevoegd verrichte vertegenwoordigingshandelingen” 1943 (74) *WPNR* 3841.
39. *Ibid.* vgl De Grooth 122 ev.
40. Kyk by Asser-Beekhuis 250 ev.

41. By De Groot 117 ev; Scheltema "Het stelsel van roerend goed in het BW van 1938 tot heden" *Gedenkboek Burgelijk Wetboek 1838-1938*, 393, 408, ev.
42. "Eigendom van Gestolen Goed" 1927(2) *NJB* 785, 789.
43. Op 118.
44. Van der Walt "De beskerming van die *bona fide*-besitsverkryger. 'n Vergelyking tussen die Suid-Afrikaanse en Nederlandse reg," *JC. Noster* 73, 95.
45. Louw, 89 ev.
46. Kyk Louw 32 ev; Van der Walt 73 ev.
47. Ten-opsigte van roerende goedere in die algemeen word die skuldvereiste soms bevraagteken, maar vir die behoud van die skynverwekkingsvereiste word meestal gepleit; vgl. die literatuur aangehaal in voetnoot 46.
48. Vgl. Henrichs 25 ev.
49. Scheltema-Wiarda 109-10; Molengraaf II 416, 468;
50. Vgl. Henrichs 122, Scheltema-Wiarda 110
51. 'n Opvatting wat reeds deur Borret 120-1 gepropageer is.
52. Kyk by Boerlage 65, waar gesê word:
 "(M) en (heeft) de mogelijkheid, dat de (eerste geëndosseerde na 't valsche endossement) zicht op den vervalscher verhalen kan, grooter geacht dan die, dat de bedrogene het zou kunnen doen ..." Verder by Land 172 ev.
53. Op 67.
54. Anders gestel by monde van Wiarda (Scheltema-Wiarda) 128; "Wie zal orderpapieren willen verkrijgen, wanneer hij weet het resico te lopen, dat de eventuele valsheid van enig voorafgaand endossement zijn vorderingsrecht zal aantasten."
55. By *Liquidators of the Union Bank v Beit* (1892) 9 SC 109 123 ev; *Standard Bank v Kaplan* 1922 CPD 214, 222; *Universal Stores Ltd v OK Bazaars* (1929) Ltd 1973 (4) SA 747 (A), 761-762.
56. Kyk art. 19 Wisselwet 1964.
57. Volledig by Van der Merwe, 245 ev.
58. By *Governor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas* 1956 (3) SA 420(A); *Johaadien v Stanley Porter (Paarl) Ltd* 1970 (1) SA 394(A); *Akojee v Sibanyoni* 1976 (3) SA 440 (W). Ook by de Wet 63 ev.
59. Van der Merwe 252-3; Van der Walt, 73 ev; *West v Pollack and Freemantle* 1937 TPD-64, 68-9.
60. 96.
61. Kyk De Wet 106 ev; Schmidt *Bewys* g 1972 Durban, 7-8, 440 ev; Hoffman *South African Law of Evidence* (2de uitg) 1970 Durban, 386-7.

62. Ook Louw 70 ev; van Heerden, "Estoppel: 'n Wyse van eiendomsverkryging?", 1970 *THRHR* 19.
63. Louw 3-12, 88 ev.
64. "The Validation Provisions in Article Three of the Uniform Commercial Code", 1971 (3) *Rutgers-Camden LJ* 203, 207.
65. 541 ev.
66. Bv die afwyking in verband met die skuldvereiste: kyk bv. De Wet, 38-45; *Grovenor Motors (Potchefstroom) Ltd v Douglas* 1956 (3) SA 420 (A); *Johaadien v Stanley porter (Paarl) (Pty) Ltd* 1970 (1) SA 394 (A); *Oakland Nominees (Pty) Ltd v Gelria Mining Investment Co (Pty) Ltd* 1976 (1) SA 441 (A); *Contra: Bv Connock's (SA) Motor Co Ltd v Sentraal Westelike Ko-operatiewe Maatskappy Bpk* 1964 (2) SA 47 (T); *Akojee v Sibanyoni* 1976 (3) SA 440 (W)
67. De Wet 10-5.
68. Supra 9
69. Kyk a6 en 29 Wisselwet 1964.
70. A78 Wisselwet, 1964.
71. A75 Wisselwet, 1964.
72. *Standard Bank of South Africa Ltd v Snam Magazine Centre* 1977 (1) SA 484 (A), 504; *Contra: Dungarvin Trust Ltd v Import Refrigeration Co Ltd* 1971 (4) SA 300 (W) 305-306; *Rhostar (Pvt) Ltd v Netherlands Bank of Rhodesia Ltd* 1972 (2) SA 703 (R).
73. A75(1) Wisselwet 1964.
74. A75(2) Wisselwet 1964.
75. A80 Wisselwet, 1964.
76. *Standard Bank of South Africa Ltd v Sham Magazine Centre* 1977 (1) SA 484 (A), 504.
77. A6(5) Wisselwet, 1964.
78. Kyk *Standard Bank of SA Ltd v Sham Magazine Centre* 1977(1)SA 484 (A) 493; *Volkskas Bpk v Johnson* 1979 (4) SA 775 (K), 778.
79. *Aboobaker v Gableite Distributors (Pty) Ltd*, 1978 (4) SA 615 (D)
80. 24 ev.
81. Op 21.
82. *Ibid.*; ook by Houwing *WPNR* 3841; De Grooth 128, Henrichs 67 ev.
83. Houwing *WPNR* 3841; De Grooth 124-128.
84. *Ibid.* Anders by Hoetink HR, "Rechtsschiin en goede trouw" 1940 (71) *WPNR* 3685
85. 267.
86. 28; vgl. ook by Scheltema-Wiarda 96; Henrichs 68 ev..
87. Vgl Jacobi 46 ev.

88. Kyk hieroor by Kisch 261 ev.
89. Vgl die insiggewende formulering in §3-305 (2) UCC t.o.v. die reëlmatige houër wat die dokument ontvang “free from all defences of any party to the instrument with whom the holder has not dealt with” Verder by White - Summers 486-7.
90. Kyk by De Grooth 124 ten aansien van die onverbiddelike vereiste van regsverkryging kragtens ’n *geldige* titel vir eiendomssoorgang in die Nederlandse reg.
91. Vg Jacobi 62-3; Henrichs 159-62.
92. Bv die leer van die opgewekte vertroue en die van skadeverooraking — kyk by Kisch 322 ev; Van Oven, “Eigendom van Gestolen Goed” 1927 (2) *NJB* 785 ev.
93. Vgl volledig by Hoetink *WPNR* 3685; Beekhuis, “Beschermt van de rechten van derden” 1948 (79) *WPNR* 4047
94. Anders by Louw 91 ev. ten opsigte van roerende goedere in die algemeen.
95. A2014 (2) BW is onversoenbaar met hierdie gedagte.
96. Houwing *WPNR* 3841; Hoetink *WPNR* 3685.
97. Wiarda (Scheltema-Wiarda) 128
98. Op 286
99. ’n Verklaring van Koster 123 met verwysing na a164 (oud) WvK t a v die skuldenaar-skuldeiserverhouding. Dit is nie minder geldig t a v die skuldeiser-derdeverkygerverhouding nie.

BIBLIOGRAFIE

1. BAUMBACH, A. & HEFERMEHL, W. 1973. *Wechselgesetz und Scheckgesetz*. 11 Aufl. München: Beck.
2. BEEKHUIS, J.H. 1975. *Asser's handleiding tot de beoefening van het nederlands burgerlijk recht*. Algemene Deel: Zakenrecht 10e dr. Arnhem: Tjeenk Willink.
3. BOERLAGE, F. 1918. *Wissel en onderliggende verbintenis*. Amsterdam: (Proefskrif).
4. BORRET, A.H. 1872. *Onderzoek naar de gevolgen der valsheid in wissels gepleegd*. Amsterdam: (Proefskrif)
5. DE HAAN, C.J. 1946. *Eigendomsovergang van roerende zaken*. Amsterdam: (Proefskrif)
6. DE WET, J.C. 1939. "Estoppel by representation" in die Suid-Afrikaanse reg. Leiden: (Proefskrif)
7. DE WET, J.C. & SWANEPOEL, H.L. 1975. *Strafreg*. 3e uitg. Durban: Butterworths.
8. HENRICHS, H. 1962. *Der Schutz des Gutgläubigen Wechselwerbers nach dem Einheitlichen Wechselgesetz der Genfer Verträge unter Besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in den Vertragsstaaten*. Frankfurt: (Proefskrif).
9. JACOBI, E. 1955. *Wechsel- und Scheckrecht unter Berücksichtigung der Ausländischen Rechts*. Berlin: W de Gruyter
10. KISCH, I. 1932. *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten*. Amsterdam: (Proefskrif)
11. KOSTER, M.S. 1890. *Een paar rechtsvragen betreffende order- en toonderpapier*. Utrecht: (Proefskrif)
12. LAND, N.K.F. 1881. *Beginselen van het hedendaagsche wisselrecht*. Leiden: (Proefskrif)
13. LOUW, J.W. 1974. *Estoppel en die rei vindicatio Johannesburg*. (Ongepubliceerde LL M-verhandeling-RAU).
14. MALAN, F.R. 1975. *Die reëlmatige houër in die wisselreg*. Pretoria (Ongepubliceerde proefskrif-UP)
15. MOLENGRAAF WLPA 1954 *Leidraad bij de beoefening van het Nederlandse handelsrecht* Vol II 9e uitg Haarlem: Bohn.
16. PITLO A 1977 *Het zakenrecht* Deel II 7e druk Arnhem: Tjeenk Willink.
17. REHFELDT B & ZÖLLNER W 1975 *Wertpapierrecht* 11e uitg München: Beck.
18. RONSE J 1972. *Wisselbrief en orderbriefje* Gent-Leuven: Wetenskaplike Uitgeverij.
19. SCHELTEMA F.G. 1969 *Mr M Polak's handboek voor het Nederlandse handels- en faillissementsrecht* Deel III 4e druk Gronigen: Tjeenk Willink.

20. SILBERBERG H 1975. *The Law of Property* Durban: Butterworths
21. VAN DER MERWE C.G. 1979 *Sakereg* Durban: Butterworths
22. WHITE J.J. & SUMMERS R.S. 1972 *Handbook of the law under the Uniform Commercial Code* Minnesota: West. Publ. Co.