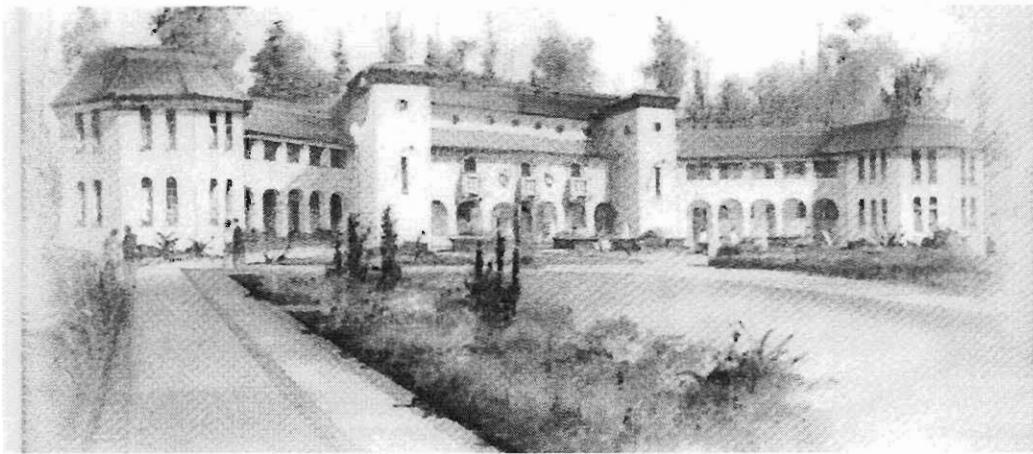


DIE *MODUS* AS BOEDELBEPLANNINGSINSTRUMENT IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Skripsie voorgelê ter gedeeltelike nakoming van die vereistes vir die
graad Magister Legum in Boedelbeplanning aan die Noordwes
Universiteit – Potchefstroom Kampus



deur

Madeleine Ebersohn

12131598

Studieleier: Prof Christa Rautenbach

Vakke geslaag: Erfreg

Belastingreg

Sakereg en Eiendomswetgewing

Boedelbeplanning

Huweliksreg

Februarie 2006

INHOUDSOPGAWE

<i>Abstract</i>	4
1 INLEIDING	6
1.1 <i>Agtergrond</i>	6
1.2 <i>Terreinafbakening</i>	8
2 DIE MODUS IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG	9
2.1 <i>Inleiding</i>	9
2.2 <i>Definisie van die modus</i>	9
2.3 <i>Oogmerke van die soorte modusse</i>	13
2.3.1 <i>Die modus in belang van die begunstigde self</i>	13
2.3.2 <i>Die modus ten bate van 'n onpersoonlike doel</i>	14
2.3.3 <i>Die modus in belang van 'n derde</i>	15
2.4 <i>Gevolgtrekking</i>	15
3 MODUS EN ANDER REGSFIGURE	17
3.1 <i>Inleiding</i>	17
3.2 <i>Modus en stipulatio alteri</i>	17
3.3 <i>Modus en voorwaardes</i>	19
3.4 <i>Modus en fideicommissum</i>	21
3.5 <i>Modus en trust</i>	23
3.6 <i>Gevolgtrekking</i>	25
4 REGSPRAAK	26
4.1 <i>Inleiding</i>	26
4.2 <i>Ex Parte the Dutch Reformed Church of Dewetsdorp</i> 1938 OPD 139	26
4.3 <i>Wessels v DA Wessels</i> 1987 3 SA 530 (T) 132.	27
4.4 <i>Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein</i> 1999 2 SA 367 (HHA) 387 en <i>Holley v Commissioner</i> <i>for Inland Revenue</i> 1947 3 SA 119 (A) 125	28
4.5 <i>Gevolgtrekking</i>	32

5 OPINIES VAN SKRYWERS	33
5.1 <i>Inleiding</i>	33
5.2 <i>Van der Merwe en Rowland</i>	33
5.3 <i>Swanepoel</i>	34
5.4 <i>Gevolgtrekking</i>	36
6 GEVOLGTREKKING	37

Abstract

The *modus* is defined as a provision in a will whereby the testator bequeathes property to a person. The testator then imposes a charge on that person to employ the bequest or the value thereof, for a certain specified purpose, or places a duty on the person to do something else to the benefit of a third person or persons.

The application of the *modus* plays a prominent part in the estate planning process. Because of this fact, it is essential that both the estate planner and the testator have extensive knowledge of the nature, application and legal consequences of the *modus*. It is also important that the estate planner knows about the different variations of the *modus*. The estate planner should also be familiar with the types of *modus* that could be applied under different circumstances. The estate planner should be well-acquainted with the legal implications if the *modus* should be regarded as a *nudum praeceptum* or a "nude bequest". Under these circumstances it will be invalid, and the will of the testator will be defeated.

There is a close resemblance between the *modus*, *fideicommissum*, *stipulatio alteri*, trust and a condition. These legal figures are similar with regard to their characteristics and it is easy to confuse them with each other. In the past, the confusion between these legal figures has led to diverse judgments. The courts have the tendency to place one legal figure on equal footing with another similar legal figure and to neglect to draw a clear distinction between them.

In order to remedy this turn of events, it is necessary that the estate planner differentiate between each of the legal figures. The differentiation is achieved by comparing the definition and characteristics of the *stipulatio alteri*, *fideicommissum*, conditions and trust respectively, with the characteristics of the *modus*. Throughout this examination reference is made to the opinion of writers and case law to achieve an understanding of the legal problem. Once

this legal uncertainty is eliminated, it is possible to form a complete view of the effect of the *modus* on estate planning.

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1. 1 Agtergrond

Die beginsel van testeervryheid word vervat in die spreuk *voluntas testatoris servanda est*.¹ Daarvolgens staan dit 'n testateur vry om enige tipe bepaling² in sy³ testament betreffende die vererwing van sy aardse besittings te maak.

Dit is belangrik dat 'n testament noukeurig opgestel moet word ten einde uitting te gee aan die werklike bedoeling van die testateur.⁴ 'n Testateur kan besluit om van die dienste van 'n boedeladviseur⁵ gebruik te maak indien hy 'n ingewikkelde boedel het.

'n Testateur kan sy boedel beplan met verskeie oogmerke in gedagte,⁶ byvoorbeeld om:

- (a) voldoende fondse vir oorlewing van sy afhanklikes beskikbaar te stel;
- (b) voldoende fondse vir die versorging van afhanklikes beskikbaar te stel;
- (c) boedelbates na behore teen ongewenste vervreemding of die betaling van onnodige boedelbelasting te beskerm;
- (d) die vererwingsproses op die begunstigdes te bespoedig en te vergemaklik;
- (e) die voortlewing van 'n familieryk wat reeds deur die testateur op die been gebring is, te verseker;

¹ Dit beteken dat die wil van die testateur nagekom moet word en dat die testateur oor die vryheid beskik om enige tipe bepaling in sy testament te voeg.

² Daar bestaan wel 'n aantal gemeenregtelike beperkings wat 'n testateur se testeervryheid aan bande kan lê, byvoorbeeld dat die bemaakings nie *contra bonos mores*, oftewel in stryd met die reg moet wees nie.

³ Die manlike vorm sluit *mutatis mutandis* die vroulike vorm in.

⁴ Jamneck 2002 *THRHR* 83.

⁵ 'n Boedeladviseur is 'n persoon wat oor die nodige kundigheid en vaardigheid beskik om die testateur behulpsaam te wees met die uitoefening van sy testeervryheid. Die adviseur moet ook moontlike slaggate in die opstellingsfase van die testament kan identifiseer en alternatiewe aan die testateur verskaf.

⁶ Abrie, Graham en Van der Linde *Finansiële Beplanning* 128.

- (f) verskeie liefdadigheidsorganisasies of kerklike instellings van sy keuse finansieel te bevoordeel, of
- (g) voorsiening te maak vir onderhoud van die langsewende gade.⁷

Afhangende van die doelwit of doelwitte wat die testateur uiteindelik in gedagte het met die hele boedelbeplanningsproses, kan 'n *modus*, trust, *fideicommissum*, *stipulatio alteri* of voorwaarde in onderskeie gevalle en vir verskeie redes die aangewese boedelbeplanningsinstrument- of instrumente vir die testateur wees.

Indien 'n testateur in sy testament 'n begunstigde verplig om 'n bemaakte voordeel of die opbrengs daarvan vir 'n bepaalde doel aan te wend, kom 'n *modus* tot stand. Sodra die begunstigde sodanige bemaking aanvaar sal daar in sommige gevalle 'n verbintenis ontstaan in terme waarvan hy verplig is om die bepaling van die *modus* na te kom.

'n Voorbeeld van die totstandkoming van 'n *modus*, asook die verwarring daarvan met soortgelyke instrumente kan gevind word in die *Wessels*⁸ -saak. In hierdie saak het die testateur aandele in 'n maatskappy aan sy eggenote bemaak onderworpe aan die voorwaarde dat die aandele by haar dood in gelyke dele aan die twee dogters toekom. Die bewoording het gelui:

... die plaas word aan die maatskappy bemaak onderhewig aan die voorwaarde dat die gemelde maatskappy aan my twee dogters 'n kontantbedrag betaal.

Op die oog af kom hierdie bepaling neer op 'n voorwaarde, maar die hof het beslis dat 'n *modus* hier in die lewe geroep is, want die testateur het aan die maatskappy opdrag gegee om 'n bepaalde bedrag kontant aan sy dogters te

⁷ Ingevolge die *Wet op Onderhoud van die Langsewende Gade* 27 van 1990 moet die eerssterwende gade voorsiening maak vir die redelike onderhoudsbehoefes van die langsewende gade indien die langsewende gade nie uit eie middele in staat is om homself te onderhou nie.

⁸ *Wessels v DA Wessels* 1987 3 SA 131 (T) 530. In hierdie saak het die testateur 'n plaas aan 'n maatskappy bemaak onderworpe aan die verpligting dat die maatskappy aan sy twee dogters 'n kontantbedrag betaal. Daar is beslis dat die gemelde "verpligting" in der waarheid 'n *modus* is en dat die dogters daardeur 'n persoonlike vorderingsreg teen die maatskappy verkry het.

betaal. Sodanige bepaling het die maatskappy verplig om die opdrag van die testateur na te kom tot voordeel van die derdes. Dit is duidelik dat dit maklik is om die twee instrumente, die *modus* en voorwaarde, met mekaar te verwar.

1. 2 Terreinafbakening

Aangesien die *modus* dikwels in die boedelbeplanningsproses aangetref word, is dit noodsaaklik dat beide die boedeladviseur en die voornemende testateur hulleself vergewis van die presiese aard van die *modus*.⁹ Voorts moet die boedeladviseur op hoogte te wees van die verskyningsvorme van die *modus*,¹⁰ asook die oogmerke van elke verskyningsvorm.¹¹ Die testateur moet ook deeglike kennis dra van die vereistes en aanwendingsmoontlikhede van die *modus*,¹² asook die implikasies indien die *modus* as 'n *nudum praeceptum* aangemerkt sou word.¹³ Gevolglik is dit belangrik dat die onderskeid tussen die *modus*, opskortende- en ontbindende voorwaardes, die *fideicommissum*, trust en die *stipulatio alteri* uitgelig word.¹⁴

In die verlede het die verwarring tussen die regsfigure tot teenstrydige uitsprake deur die howe gelei en bestaan daar tans regsonsekerheid in die verband.¹⁵

Indien 'n *modus* die aangewese instrument is om een of meer van die oogmerke hierbo¹⁶ genoem, te bereik, is dit belangrik dat 'n boedelbeplanner weet wat 'n *modus* is¹⁷ en hoe dit in die regspraak gefigureer het.¹⁸ Die rol wat die *modus* as boedelbeplanningsinstrument in die Suid-Afrikaanse reg speel is die hooftema van hierdie ondersoek.

⁹ Sien paragraaf 2.2.

¹⁰ Sien paragraaf 2.2.

¹¹ Sien paragraaf 2.2.

¹² Sien paragraaf 2.1.

¹³ Sien paragraaf 2.2.

¹⁴ Sien hoofstuk 3.

¹⁵ Sien hoofstuk 4.

¹⁶ Sien hoofstuk 2.

¹⁷ Sien hoofstukke 2 en 3.

¹⁸ Sien hoofstuk 4.

HOOFSTUK 2

DIE *MODUS* IN DIE SUID AFRIKAANSE REG

2.1 *Inleiding*

Die aanwending van die *modus* as boedelbeplanningsinstrument beklee 'n prominente plek in die hedendaagse boedelbeplanningspraktyk. Die doeltreffende aanwending van die *modus* kan voordelige gevolge vir 'n testateur inhou. Dit is belangrik dat die boedeladviseur of -beplanner die aard, omvang en aanwendingsmoontlikhede daarvan behoorlik begryp en kan toepas.

2.2 *Definisie van die modus*

Die *modus* (of lasbepaling) is 'n benaming vir die verskynsel waar 'n prestasieverpligting op die skouers van 'n begunstigde *ex testamento*¹⁹ of *ex contractu*²⁰ opgelê word. Die een party lê dus aan die ander die las op om iets te gee, iets te doen (in die positiewe sin) of om nie iets te doen nie (in die negatiewe sin).²¹

Corbett²² beskryf 'n *modus* soos volg:

... a provision in a will whereby the testator imposes upon a person to whom property has been bequeathed the charge of employing it or the value thereof, wholly or in part, for a certain specified purpose, or the duty of doing something else which restricts or diminishes the extent of the bequest.

¹⁹ Dit beteken dat die testateur die bepaling in sy testament gevoeg het.

²⁰ Dit beteken dat die kontraksparty die bepaling in 'n kontrak gevoeg het. 'n Bespreking van die *modus ex contractu* val buite die omvang van hierdie studie.

²¹ Corbett *Succession* 348.

²² Corbett *Succession* 348.

Jamneck²³ is van mening dat

... 'n mens met 'n *modus* te make het waar 'n testateur 'n begunstigde verplig om 'n bemaakte voordeel of die opbrengs daarvan vir 'n bepaalde doel aan te wend.

Indien 'n begunstigde 'n bemaking (onderworpe aan 'n *modus*) ten gunste van 'n derde²⁴ aanvaar, ontstaan daar 'n verbintenis tussen die begunstigde en die derde in terme waarvan die begunstigde verplig is om die lasbepaling of *modus* na te kom.²⁵ Die begunstigde kan ook verplig word om die bemaakte voordeel of die opbrengs daarvan vir 'n bepaalde doel aan te wend.²⁶ 'n *Modus* kan gekombineer word met 'n eenvoudige bemaking,²⁷ of met 'n fideikommissêre bemaking.²⁸

Die bevoorreedes in terme van die *modus* kan bepaald of bepaalbaar wees en die *modus* kan bestaan uit die verpligting om eiendom oor te dra,²⁹ byvoorbeeld soos wanneer die *modus* bepaal dat die plaas aan A sal gaan onderworpe aan die verpligting dat A 'n gedeelte van die plaas aan B moet oordra. 'n *Modus* kan 'n persoon ook verplig om 'n bedrag geld aan 'n ander te betaal, eenmalig of in paaiemente, byvoorbeeld wanneer die testament bepaal dat die plaas na A gaan, maar dat A vir B 'n bedrag van R 10 000 moet betaal.³⁰

²³ Jamneck 2001 *THRHR* 83.

²⁴ Jamneck 1991 *THRHR* 320.

²⁵ *Jewish Colonial Trust v Estate Nathan* 1940 AA 176. In hierdie saak het die vraag ontstaan of die byvoeging van 'n *modus* in 'n testament die vestiging van regte in die begunstigde uitstel. Daar is beslis dat die eiendomsreg op die bates met die dood van die testateur reeds vestig in die begunstigde.

²⁶ Dit beteken dat die erflating op die gewone wyse aan die begunstigde vererf.

²⁷ 'n Fideikommissêre bemaking kom tot stand indien die testateur 'n voordeel bemaak aan een persoon en bepaal dat die bemaking na die eerste persoon se dood aan 'n volgende persoon moet vererf. Sien ook paragraaf 3.3.

²⁸ Met ander woorde hulle kan in die testament self genoem word of die testament kan bepaal dat die begunstigdes uit 'n bepaalde groep persone aangewys moet word. Sien paragraaf 2.2.

²⁹ Corbett *Succession* 348.

³⁰ Byvoorbeeld wanneer 'n persoon R 1 000-00 aan 'n universiteit skenk met die bepaling dat die geld aangewend moet word om boeke vir die biblioteek aan te koop.

'n *Modus* kan ook by handeling onder lewendes as 'n toevoeging tot 'n skenkingsooreenkoms aangetref word, byvoorbeeld as A 'n skenking aan B maak met die opdrag dat B die goed op 'n bepaalde manier moet aanwend.³¹

Die *modus* kan deel wees van 'n wederkerige ooreenkoms, byvoorbeeld indien die testateur sy onroerende eiendom teen 'n lae prys aan die kerk verkoop met die opdrag dat 'n kerk daarop gebou moet word.³² In hierdie skripsie val die fokus egter op 'n *modus* wat deel van 'n testamentêre bemaking vorm.

Net soos in die geval met enige ander testamentêre bepaling, sal die *modus* as *pro non scripto* geag word indien dit *contra bonos mores* is, onmoontlik is om uit te voer, of in stryd met die reg is.³³ Die *modus* kan ook as 'n *nudum praeceptum*, oftewel 'n "naakte bemaking", beskou word en gevolglik onafdwingbaar wees indien daar niemand is om toe te sien dat die verpligting wat op die skouers van die erfgenaam rus, nagekom word nie.³⁴ Die *nudum praeceptum* hou ernstige gevolge vir boedelbeplanning in aangesien die *modus* dan ongeldig en onafdwingbaar sal wees.³⁵ Die *nudum praeceptum* sal tot gevolg hê dat die "wil" van die testateur nie nagekom word nie.

In sekere gevalle kan die hof ook gelas dat die *modus* opgehef of gewysig moet word.³⁶ In die *Ex Parte Stümpfer*³⁷ saak het die uitvoerbaarheid van die *modus* onmoontlik geword en die enigste alternatief was opheffing. Die rede vir opheffing was die versuim van die begunstigde om sekuriteit te stel ter nakoming van die bepalings van die *modus*. Regter De Beer merk in die *Ex Parte Stümpfer*³⁸ saak soos volg op:

³¹ Van der Merwe *Erfreg* 298.

³² Beinart 1968 *Acta Juridica* 187.

³³ Sien paragraaf 2.3.

³⁴ Van der Merwe en Rowland 2001 *Erfreg* 312.

³⁵ Dit beteken dat die begunstigde 'n gevestigde reg op die goedere verkry.

³⁶ *Wessels v DA Wessels* 1987 3 SA 131 (T) 530.

³⁷ Byvoorbeeld as die testateur aan A 'n bedrag van R 10 000-00 skenk en opdrag gee dat A vir hom beeste met die geld moet koop. So 'n tipe *modus* is onafdwingbaar omdat daar geen persoon is wat kan toesien of A wel die morele verpligting nagekom het nie. Sien ook paragraaf 2.2.

³⁸ *Ex parte Stümpfer* 1945 OPD 274. In hierdie saak het die testateur twee erwe aan twee kerke geskenk. Die skenkings was onderworpe aan die opdrag dat die

Indien die dwangmiddels noukeurig nagegaan word, is dit opmerklik om te vind dat daar nêrens bepaal word hoe of deur wie die sekuriteit vasgestel moet word nie of wie daarvoor toesig moet hou nie.³⁹

Indien 'n *modus* nie uitgevoer kan word op die wyse waarop die testateur wou gehad het nie, kan 'n hof gelas dat die *modus* op 'n soortgelyke, maar moontlike en geoorloofde wyse, nagekom word.⁴⁰ Dit dien ook daarop te let dat, indien die *modus* as *pro non scripto* geag word, of andersins onafdwingbaar geword het, die restant van die bemaakte eiendom sal terugval na die persoon wat aanvanklik met die *modus* belas is.⁴¹ Indien dit duidelik is dat die testateur nie bedoel het om aan die begunstigde 'n belang in die eiendom te gee nie, maar die begunstigde slegs as geleibuis ter voldoening aan die bepalings van die *modus* wou gebruik, sal die eiendom wel terugval in die bestorwe boedel van die testateur.⁴²

Die testateur wat 'n *modus* oplê aan 'n ander, koppel gewoonlik 'n opdrag daaraan in terme waarvan die begunstigde verplig word om uitvoering te gee aan die opdrag van die testateur. Volgens die Leerstuk van Keuse⁴³ moet die begunstigde besluit of hy die bemaking wil aanvaar of nie. Hy kan dit doen deur te adieer of te repudieër.⁴⁴ Indien die begunstigde adieer, word sy regte in die bemaking gevestig, maar hy verkry ook 'n verpligting wat nagekom

kerke sekere geboue op die grond moes oprig. Die testateur het verder bepaal dat geeneen van die erwe beswaar of verkoop mag word nie. Die kerke het aansoek gedoen om opheffing van die opdrag aangesien dit onmoontlik was om uitvoering daaraan te gee. Die hof het besef dat die bepaling van die *modus* onmoontlik was om uit te voer en het die aansoek van die kerke toegestaan.

³⁹ *Ex parte Stümpfer* 1945 OPD 274.

⁴⁰ *Ex parte Stümpfer* 1945 OPD 274.

⁴¹ *Ex parte Executor Estate Gluckmann* 1946 WLD 191. In hierdie saak het die testateur bepaal dat die bemaking aangewend moet word om verskeie onderrig-beurse te skep tot voordeel van 'n bepaalde groep persone. Die vraag het ontstaan of sodanige bemaking 'n *modus* of *fideicommissum* in die lewe geroep het. Die hof het beslis dat so 'n tipe bemaking 'n *modus* is aangesien daar 'n verpligting ontstaan het om die onderrig-beurse vir 'n bepaalde doel en tot voordeel van 'n bepaalde groep persone aan te wend.

⁴² *Ex parte Bruton* 1970 4 SA 154 (O) 248. In hierdie saak het die begunstigde versuim om die opdrag van die testateur na te kom. Die hof het beslis dat die eiendom moet terugval na die begunstigde wat aanvanklik met die *modus* belas was.

⁴³ *Ex parte Bruton* 1970 4 SA 154 (O) 248.

⁴⁴ Dit staan 'n voornemende erfgenaam vry om te besluit of hy 'n erfenis wil aanvaar of wil verwerp.

moet word.⁴⁵ Indien die begunstigde nie die verpligting nakom nie, kan die begunstigde gedwing word om die reeds bemaakte voordeel terug te gee aan die boedel van die testateur.⁴⁶

Indien die begunstigde repudieër, verval die bemaking saam met die verpligting. Afhangende van die tipe bemaking⁴⁷ sal dit dan op 'n substituuat vererf. Dit is net moontlik indien die testateur uitdruklik vir substitusie voorsiening gemaak het in die testament. Indien die bemaking nie aan 'n substituuat vererf nie, val dit terug in die restant van die boedel⁴⁸ van die testateur, of dit vererf op die intestate erfgename.⁴⁹

2.3 Oogmerke van die soorte modusse

Die testateur kan die *modus* in sy testament inkorporeer met 'n spesifieke oogmerk ten doel. Daar bestaan verskeie oogmerke in terme waarvan 'n *modus* tot stand kan kom. Hierdie gevalle kom vervolgens onder die loep.

2.3.1 'n Modus in belang van die begunstigde self

Die testateur kan bepaal dat die begunstigde die bemaking ontvang onderworpe aan die verpligting dat die bemaking in belang van of tot voordeel van die begunstigde self,⁵⁰ aangewend moet word, byvoorbeeld om vir sy studies te betaal.⁵¹ Beinart is oortuig dat in hierdie geval geen verbintenis ontstaan ten einde die *modus* uit te voer nie. Die beswaarde begunstigde kan ook nie verplig word om enigsins uitvoering daaraan te gee nie. Die rede

⁴⁵ Indien die begunstigde die voordeel adieër of aanvaar, sal hy verplig wees om die opdrag wat deur die testateur aan hom opgelê is, uit te voer. Indien die begunstigde die voordeel repudieër, verwerp hy die bemaking in die geheel en sal hy nie geregtig wees om enige gedeelte van die voordeel op te eis nie.

⁴⁶ Beinart 1968 *Acta Juridica* 189.

⁴⁷ Beinart 1968 *Acta Juridica* 186.

⁴⁸ 'n Legaat of 'n erfenis.

⁴⁹ Indien die bemaking 'n legaat is.

⁵⁰ *Ex parte Gardner* 1940 EDL 178 waar beslis is dat 'n *modus* onuitvoerbaar sal wees indien dit in die lewe geroep word tot voordeel van 'n begunstigde en indien die testateur dieselfde bemaking sou maak selfs indien die begunstigde nie die opdrag sou uitvoer nie. Die hof is oortuig dat die *modus* onder hierdie omstandighede onafdwingbaar geword het omrede skuldvermenging veroorsaak het dat die verpligting uitgewis is.

hiervoor is dat daar geen persoon bestaan wat kan toesien dat die verpligting nagekom word nie. Hierdie is dus 'n voorbeeld van 'n *modus* wat as 'n *nudum praeceptum* aangemerkt sal word.⁵²

2.3.2 'n *Modus* ten bate van 'n onpersoonlike doel

Die testateur kan bepaal dat die erflating vir die een of ander onpersoonlike doel aangewend moet word. Hy kan byvoorbeeld 'n bemaking onderhewig stel aan die oprigting van 'n monument of vir die instandhouding van 'n grafsteen. In die bogenoemde gevalle sal dit moeilik wees om te kontroleer of die begunstigdes wel die opdrag in terme van die *modus* uitvoer, of nie.⁵³

Indien die *modus* wel in die lewe geroep is vir 'n onpersoonlike doel, kan die Meester van die Hoë Hof aandrang dat die begunstigde sekuriteit⁵⁴ vir die uitvoering van sy verpligting in terme van die *modus* stel en in sodanige geval kan die eksekuteur van die boedel of die Meester die nakoming van die *modus* eis.⁵⁵ In *Ex parte Stümpfer*⁵⁶ het die hof beslis dat daar nie bepaal kan word hoe, of deur wie, die sekuriteit vasgestel moet word of wie oor die nakoming van die verpligting toesig moet hou nie.⁵⁷ Die gevolg was dat die *modus* ongeldig en onuitvoerbaar was.

⁵¹ Indien die bemaking 'n erfenis is.

⁵² *Ex parte Gardner* 1940 EDL 178 waar beslis is dat 'n *modus* onuitvoerbaar sal wees indien dit in die lewe geroep word tot voordeel van 'n begunstigde en indien die testateur dieselfde bemaking sou maak selfs indien die begunstigde nie die opdrag sou uitvoer nie. Die hof is oortuig dat die *modus* onder hierdie omstandighede onafdwingbaar geword het omrede skuldvermenging veroorsaak het dat die verpligting uitgewis is.

⁵³ Beinart 1968 *Acta Juridica* 188.

⁵⁴ *Ex parte Stümpfer* 1945 OPD 274.

⁵⁵ *Ex parte the Dutch Reformed Church of Dewetsdorp* 1938 OPD 139. In hierdie saak het die testateur twee plase aan 'n kerk bemaak onderworpe aan die opdrag dat die eiendom nie beswaar of vervreem mag word nie. Die testateur het bepaal dat die kinders van die testateur die grond teen 'n vasgestelde bedrag kon huur van die kerk. Die kerk het aansoek gedoen om opheffing van die bepalings van die *modus*. Die hof het die aansoek van die hand gewys en beslis dat die bepalings van die testament aan die kinders 'n saaklike reg verskaf het en dat sodanige regte registreerbaar was teen die titelakte van die grond.

⁵⁶ *Ex parte Stümpfer* 1945 OPD 274.

⁵⁷ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 285.

2.3.3 'n Modus in belang van 'n derde

'n Testateur kan bepaal dat 'n bemaking aangewend moet word tot voordeel van 'n derde persoon of persone. Hierdie verskyningsvorm van die *modus* kan as die primêre vorm beskou word. In hierdie geval kan die testateur byvoorbeeld 'n bemaakte voordeel onderworpe stel aan die verpligting dat 'n bedrag kontant aan 'n derde betaal word.⁵⁸ Die verpligting om die kontant aan die derde te betaal kan deur die eksekuteur, die Meester of die derde in wie se guns die *modus* gemaak is, afgedwing word.⁵⁹

Die erfgenaam wat die bevoordeling met die verpligting erf, moet sekerheidstelling vir die uitvoering van die *modus* aan die derde stel.⁶⁰ Indien 'n *modus* ten gunste van 'n derde in die lewe geroep is, en die begunstigde versuim om die bepaling van die *modus* na te kom, kan die derde hom beroep op 'n persoonlike vorderingsreg teenoor die begunstigde met die gevolg dat enige aksies wat voortspruit uit die erflating persoonlik van aard sal wees.⁶¹ Indien die begunstigde versuim om die bepaling van die *modus* in belang van 'n derde uit te voer, kan die begunstigde gedwing word om die erflating terug te gee, veral indien dit 'n uitdruklike voorwaarde ingevolge die testament was.⁶²

2.4 Gevolgtrekking

Indien 'n testateur 'n *modus* skep en versuim om in sy testament te bepaal wat met die voordeel moet gebeur indien die begunstigde nie die verpligting sou nakom nie, ontstaan die gevaar dat die bepaling as 'n *nudum praeceptum*

⁵⁸ *Ex parte the Dutch Reformed Church of Dewetsdorp* 1938 OPD 139.

⁵⁹ *Ex parte Wessels* 1946 OPD 132 waar beslis is dat die afdwinging van die *modus* van die *stipulatio alteri* verskil. By die *stipulatio alteri* is die derde bloot 'n "vorderingsadres", en geensins 'n vorderingsreghebbende nie. By die *modus* is die derde 'n vorderingsreghebbende wat sy vorderingsreg deur middel van 'n persoonlike aksie van die begunstigde kan afdwing.

⁶⁰ *Benoni Town Council v Minister of Agricultural Credit and Land Tenure* 1978 1 SA 978 (T) 230. In hierdie saak is beslis dat 'n *modus inter vivos* deur middel van 'n kontrak tot stand kom en dat die betrokke party wat versuim om die opdrag uit te voer, kontrakbreuk pleeg.

⁶¹ *Ex parte Esterhuyse* 1971 4 SA 261 (O) 285.

⁶² *Ex Parte Esterhuyse* 1971 4 SA 261 (O) 285.

beskou kan word en dat dit onafdwingbaar kan wees. Die *modus* in belang van die begunstigde self is nie in beginsel onuitvoerbaar nie, want die begunstigde kan moontlik verplig voel om uitvoering daaraan te gee. Die *modus* in belang van die begunstigde self is egter onafdwingbaar omdat daar geen wyse is om toe te sien dat die begunstigde die verpligting nakom nie.

'n *Modus* in belang van 'n derde is wel afdwingbaar. Ten einde te verseker dat die verpligting nagekom word, behoort die testateur 'n ontbindende voorwaarde aan die *modus* te koppel. Die testateur kan byvoorbeeld bepaal dat die *modus* in belang van 'n derde tot stand kom en dat die begunstigde 'n kontantbedrag aan die derde moet betaal. Die testateur kan verder bepaal dat die begunstigde die voordeel moet teruggee aan die boedel indien hy nie die opdrag nakom nie. Indien die testateur die *modus* aan 'n ontbindende voorwaarde koppel, kan hy in 'n geredelike mate gerus voel dat die begunstigde die opdrag in terme van die *modus* sal uitvoer.⁶³

Die boedeladviseur moet toesien dat die bedoeling van die testateur nagekom word. Indien die bedoeling van die testateur verydel word, is daar geen sin aan die boedelbeplanningsproses nie. Die boedeladviseur moet vertrouwd wees met die onderskeid tussen die soorte *modusse* ten einde die belange van die testateur te beskerm en toe te sien dat die testateur nie 'n onafdwingbare bepaling of bepalinge in sy testament voeg nie.

⁶³ Die testateur kan seker wees dat die begunstigde die bepaling sal nakom want in terme van die ontbindende voorwaarde sal die begunstigde die voordeel verbeur indien die opdrag nie nagekom word nie.

HOOFSTUK 3

MODUS EN ANDER REGSFIGURE

3.1 Inleiding

Uit die opvolgende hoofstukke⁶⁴ is dit duidelik dat die *modus, stipulatio alteri, fideicommissum*, trust en voorwaardes tot op hede nie deeglik van mekaar onderskei is nie. Dit het daartoe gelei dat sommige van die regsfigure nie oor 'n selfstandige bestaansreg in die Suid-Afrikaanse reg beskik nie.⁶⁵ Howe is huiwerig om die probleem aan te spreek, soos gesien kan word in die bespreking van die *Van Blommenstein*⁶⁶ en *Holley* sake.⁶⁷ Die menings van skrywers verskil ook aansienlik in hierdie verband.⁶⁸

In die bespreking wat hierna volg, sal die *stipulatio alteri, fideicommissum*, trust en voorwaardes telkens met die *modus* vergelyk word. Daar sal telkens na die standpunte van skrywers en die regspraak verwys word.

3.2 Modus en stipulatio alteri

'n *Stipulatio alteri* kan omskryf word as 'n ooreenkoms waarvolgens die een party, (die *promissor, promittens*, belower of skuldenaar) hom teenoor sy teenparty (die bedinger of *stipulator*) verbind tot 'n prestasie teenoor 'n derde en die derde 'n onbestendige⁶⁹ vorderingsreg bekom ten einde daardie prestasie in eie naam te kan vorder.⁷⁰ Die blote feit dat teenoor 'n derde presteer kan word, verhef nie 'n gegewe regsfeit noodwendig tot 'n *stipulatio alteri* nie. Die derde is 'n blote "vorderingsadres" en geensins 'n

⁶⁴ Sien hoofstukke 4 en 5.

⁶⁵ Jamneck 2001 *THRHR* 65.

⁶⁶ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 387. Sien paragraaf 4.4.

⁶⁷ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125. Sien paragraaf 4.4.

⁶⁸ Sien hoofstuk 5.

⁶⁹ 'n Onbestendige reg beteken dat die derde nie oor 'n waarborg beskik met betrekking tot die ontvangs van die voordeel nie.

⁷⁰ Sonnekus 1999 *TSAR* 59.

vorderingsreghebbende nie.⁷¹ Slegs indien die derde aksepteer,⁷² sal daar 'n afdwingbare ooreenkoms tot stand kom.

Die *stipulatio alteri* verskil van die *modus* in dié sin dat by die *modus* die begunstigde verplig is om die opdrag van die testateur tot voordeel van 'n derde uit te voer. Die derde verkry 'n persoonlike reg om die voordeel te eis vanaf die begunstigde. Die begunstigde kan selfs verplig word om die voordeel terug te gee indien hy nie presteer teenoor die derde nie. By die *stipulatio alteri* is die reg wat die derde verkry, onbestendig van aard en kan dit ter enige tyd deur die *promissor* opgehef word. Die derde kan dus nie as 'n vorderingsreghebbende beskou word alvorens hy die voordeel geaksepteer het nie.⁷³

'n Praktiese voorbeeld van die *stipulatio alteri* is as A vanaf B 'n voordeel ten gunste van C beding. C verkry 'n onbestendige reg omrede A vir B van sy verpligtinge teenoor C kan ontslaan. C kan dit verhoed deur die voordeel te aksepteer vanaf A. Indien A dan vir B van sy verpligting teenoor C ontslaan, pleeg hy kontrakbreuk teenoor C.⁷⁴

In die Suid-Afrikaanse regspraak⁷⁵ word aanvaar dat 'n verbintenis tussen die *promissor* en die derde eers met aanvaarding van die voordeel deur die derde tot stand kom.⁷⁶ By die *modus* beskik die derde oor 'n persoonlike vorderingsreg teenoor die begunstigde sodra die begunstigde die voordeel aksepteer.

⁷¹ *Crookes v Watson* 1956 1 SA 277(A) 468.

⁷² Indien die derde die voordeel aanvaar.

⁷³ Swanepoel 1956 *THRHR* 207.

⁷⁴ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 390.

⁷⁵ *McCulloch v Fernwood Estate Ltd* 1920 AD 208. In hierdie saak het 'n persoon in private hoedanigheid 'n voordeel ingevolge 'n kontrak beding. Daar is beslis dat 'n maatskappy deur aanname of ratifikasie 'n kontraksvoordeel waarop dit geregtig is, kan ontvang. Die persoon wat die voordeel ontvang het, moes dit in sy persoonlike hoedanigheid beding het, en nie as agent van die maatskappy opgetree het nie.

3.3 Modus en voorwaardes

'n Testamentêre voorwaarde is 'n bepaling in 'n testament waarvolgens die ontstaan of voortbestaan van 'n begunstigde se reg ten opsigte van die bevoordeling wat aan hom toegewys is, onderhewig gestel word aan die plaasvind al dan nie van 'n onsekere en toekomstige gebeurtenis. Met 'n "onsekere en toekomstige gebeurtenis" word bedoel dat dit onseker is of sodanige gebeurtenis sal plaasvind al dan nie.⁷⁷

Die testateur kan byvoorbeeld bepaal dat die restant van sy boedel aan sy seun en dogter bemaak word onderworpe aan 'n vruggebruik ten gunste van sy vrou met die voorwaarde

... provided that if at any time after my death my wife shall remarry, her income from my estate shall be limited to the sum of £ 30. Provided further that if my unmarried children continue to reside with my wife after her marriage, she shall continue to enjoy the usufruct.⁷⁸

Daar word onderskei tussen opskortende en ontbindende voorwaardes. In geval van die opskortende voorwaarde word *dies cedit*⁷⁹ en *dies venit*⁸⁰ uitgestel totdat die onsekere en toekomstige gebeurtenis plaasvind.⁸¹ By die ontbindende voorwaarde vind *dies cedit* asook *dies venit* by die dood van die testateur plaas. Dit is belangrik om in gedagte te hou dat die testateur moet bepaal wat van die voordeel sal word indien die voorwaarde nie vervul sou word nie. Indien gevolg van nie-nakoming van sodanige voordeel nie

⁷⁶ 'n Verbintenis word omskryf as 'n vermoënsregtelike verhouding tussen twee partye waarkragtens die krediteur jeens die debiteur op prestasie geregtig is en die debiteur teenoor die krediteur prestasiepligtig is.

⁷⁷ Jamneck 2001 *THRHR* 66.

⁷⁸ *Grusd v Grusd* 1946 AD 465. In hierdie saak het die hof beslis dat die weduwee van die testateur geregtig sal wees om 'n voordeel uit die boedel van die testateur te ontvang indien sy die bepalings van die voorwaarde, soos geskep in die testament, nakom.

⁷⁹ Die tydstip waarop die reg in 'n sekere persoon of persone vestig.

⁸⁰ Die tydstip waarop die gevestigde reg deur die begunstigde afdedwing kan word.

⁸¹ *Jewish Colonial Trust v Estate Nathan* 1940 AA 163.

