DIE NUDUM PRAECEPTUM IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

Skripsie aangebied deur **KARIN IRIS RAFFERTY** ter gedeeltelike nakoming van die vereistes vir die verwerwing van die graad

MAGISTER LEGUM

met Boedelreg as hoofstudierigting

aan die

POTCHEFSTROOMSE UNIVERSITEIT VIR CHRISTELIKE HOëR ONDERWYS

ná voltooiing van 'n voorgeskrewe studieprogram oor twee akademiese jare en die suksesvolle aflegging van gevorderde eksamens in

HUWELIKSGOEDEREREG
SAKEREG EN EIENDOMSWETGEWING
ERFREG
BELASTINGREG
BOEDELBEPLANNING

STUDIELEIER: Prof I Vorster

INHOUDSOPGAWE

1	**Inleiding**	**1**
2	**Gemeenregtelike agtergrond**	**3**
3	**Die aard, inhoud en gevolge van die begrip in die Suid-Afrikaanse reg**	**14**
4	**Die interpretasie en toepassing van die nudum praceptum in die Suid-Afrikaanse reg**	**22**
	4.1 "Protective" trusts	22
	4.2 Bewindtrusts	39
5	**Gevolgtrekking**	**45**
6	**Bibliografie**	**iii**
	6.1 Handboeke	iii
	6.2 Register van regspraak	iv
	6.3 Register van wetgewing	vi

1 Inleiding

Dit gebeur dikwels dat testateurs vermoënsbestandele (gewoonlik onroerende eiendom) aan begunstigdes bemaak en die bemaking dan aan voorwaardes koppel waardeur die vrye beskikking van die erfgenaam oor die bemaakte voordeel op een of ander wyse beperk word. Dit blyk veral die neiging te wees by vermoënde boedeleienaars wat klaarblyklik traag of onwillig is om veral waardevolle eiendom onvoorwaardelik aan 'n bepaalde begunstigde na te laat. Die erflaters se beweegredes hiervoor verskil van geval tot geval maar hou normaalweg verband met een of meer van die volgende oorwegings, naamlik:

(a) 'n persoonlike, emosioneel- sentimentele betrokkenheid van die erflater met betrekking tot die betrokke eiendom soos byvoorbeeld 'n familieplaas wat hy nie in "vreemde hande" wil laat val nie. Die erflater wil dus die bestemming van die eiendom tot 'n mate na sy dood steeds beheer;[1]

(b) 'n bekommernis, heel dikwels geregverdig, oor die vermoë van 'n begunstigde om 'n waardevolle bate sinvol vir sy eie voordeel te besit en te bestuur;[2]

(c) 'n bekommernis, ook dikwels geregverdig, oor die finansiële stabiliteit van 'n bepaalde begunstigde wat óf op die stadium wanneer hy of sy moet erf insolvent is óf finansieel tot so 'n mate in die knyp is dat daar 'n sterk moontlikheid bestaan dat sy boedel deur 'n skuldeiser gesekwestreer mag word; [3]

---

[1] **Ex parte Schoeman and Others** 1954 4 SA 713 (T); **Ex parte Dell** 1957 3 SA 416 (C).

[2] **Robertson v Robertson's Executors** 1914 AD 503.

[3] **Vorster v Steyn NO en Andere** 1981 2 SA 831 (O); **Ruskin NO v Sapire NO** 1966 2 SA 306 (W); **Hiddingh's Trustee v Colonial Orphan Chamber and Hiddingh** (1883) 2 SC 273; **Pritchard's Trustee v Estate Pritchard** 1912 CPD 87; **Wood v Petrie** 1923 AD 420; **In re Allen Trust** 1941 NPD 147; **CIR v Sive's Estate** 1955 1 SA 249 (AD); **CIR v Smollan's Estate** 1955 3 SA 266 (AD).

(d) die huldiging van sterk standpunte oor morele, godsdienstige, politieke of kulturele aangeleenthede wat 'n erflater daartoe beweeg om 'n erflating aan 'n bepaalde begunstigde so in te klee dat laasgenoemde beperk word in sy/haar keuse van 'n huweliksmaat of verplig word tot, deur die testateur voorgeskrewe, morele- en gedragskodes wat by verontagsaming daarvan deur die begunstigde deur 'n verlies van die erfenis gesanksioneer word.[4]

Erflaters probeer bogemelde resultate bereik deur feitlik deurgaans van opskortende of ontbindende willekeurige (of potestatiewe) voorwaardes wat verbiedend ingeklee is gebruik te maak.[5]

Met die opkoms van die trust as boedelbeplanningsinstrument kom sodanige voorwaardes ter bereiking van die genoemde oogmerke van die testateur ook baie dikwels in trustaktes voor.

Testamentêre voorwaardes wat vaag, onmoontlik, onwettig, teen die goeie sedes en teen die openbare belang is word in die Suid-Afrikaanse reg as **pro non scripto** en derhalwe as ongeldig beskou.[6] Dit gebeur dan ook heel dikwels dat testamentêre-of trustbegunstigdes wie se bevoordeling deur 'n testateur of 'n trustoprigter aan voorwaardes gekoppel is die geldigheid van die bemaking op hierdie gronde betwis. Daar word gereeld in hierdie verband aangevoer dat 'n bepaalde voorwaarde sogenaamd "naak" is omdat dit binne die trefwydte van 'n **nudum praeceptum** val.[7] Dit is verder uit die regspraak duidelik dat baie testateurs en trustoprigters (of hulle boedelbeplanners) nie altyd rekening hou met die regsaard en regsgevolge van die **nudum praeceptum** nie en in allerlei

---

4 **Barnett v Estate Schereschewske and Others** 1957 3 SA 679 (K); **Ex parte Mostert: in re Estate Late Mostert** 1975 3 SA 312 (T); **Aronson v Estate Hart and Others** 1950 1 539 (AD); **Ex parte Dessels** 1976 1 SA 851 (D).

5 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 272 ev.

6 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 187.

7 **Morley and Others v Standard Bank Trustees Department** 1970 4 SA 299 (W).

slaggate trap.[8] Dit wil verder voorkom asof daar nie volkome sekerheid oor die begrip is nie.

Die oogmerk met hierdie studie is om eerstens die gemeenregtelike wortels van die **nudum praeceptum** na te speur na aanleiding van die werk van gemeenregtelike skrywers wat hulle oor die **nudum praeceptum** uitgelaat het. Vervolgens sal alles wat oor die **nudum praeceptum** in die Suid-Afrikaanse reg gesê is by wyse van 'n literatuuroorsig 'n slag georden en saamgevat word met die oog op 'n gevolgtrekking en standpuntstelling.

2 Gemeenregtelike agtergrond

Nudum praeceptum is 'n Latynse uitdrukking wat reeds in die Romeinse reg voorgekom het.[9] Die inhoud van die begrip kom daarop neer dat as 'n erflater goed in eiendom aan 'n legataris of erfgenaam nalaat met voorskrifte, beperkings of voorbehoude oor hoe die goed aangewend moet word of 'n verbod teen sekere handelinge met die goed, sodanige voorskrifte nietig is tensy dit gepaard gaan met 'n aanduiding dat iemand anders bevoordeel sal word as daar nie streng aan die voorskrifte gehou word nie.

'n Testamentêre verbod op vervreemding is "naak" kragtens die Romeinse- en Romeins-Hollandse reg indien die verbod op geen oënskynlike rede gebaseer is nie en indien die testateur nie 'n persoon of persone gespesifiseer het (**nominatim**) aan wie die eiendom oorgedra moet word indien die verbod verbreek word nie.[10] 'n Geldige **fideicommissum** word geskep wanneer die persoon ten gunste van wie die verbod op vervreemding opgelê word duidelik aangedui word. Die persoon wat verbied word om te vervreem word die **fiduciarius** genoem en die begunstigde van die verbod op wie die eiendom sal

---

8 **Ruskin NO v Sapire NO** 1966 2 SA 306 (W); **Vorster v Steyn NO en Andere** 1981 2 SA 831 (O); **Pritchard's Trustee v Estate Pritchard** 1912 CPD 87; **Kock v Estate Kock** 1946 CPD 27; **Estate Freedman v Freedman and Others** 1962 3 SA 79 (W).

9 Sandé **Alienation** 168.

oorgaan indien die verbode vervreemding plaasvind word die **fideicommissarius** genoem.[11]

'n Uitdruklike **fideicommissum** word geskep in die geval van 'n bemaking aan A en by sy afsterwe aan B terwyl 'n stilswyende **fideicommissum** kan voortspruit uit 'n uitdruklike verbod op vervreemding byvoorbeeld in die geval van 'n bemaking aan A onderworpe aan 'n verbod op vervreemding en indien A sou vervreem aan B of 'n bemaking aan A onderworpe aan 'n verbod op vervreemding uit A se familie.[12]

'n **Fideicommissum** word nie geskep deur 'n blote verbod op vervreemding indien geen persoon aangedui word ten gunste van wie so 'n verbod deur die testateur gemaak is nie.[13] So 'n bepaling in 'n testament dra geen gewig nie en kom neer op 'n "naakte" opdrag of bevel van die testateur wat nie nagekom hoef te word nie.

Selfs waar die eiendom wat nie vervreem mag word nie 'n spesiale betekenis vir die testateur het sal so 'n verbod geen regsuitwerking hê nie.[14] As voorbeeld word die geval genoem waar Julius Agrippa in sy testament bepaal dat sy erfgename nie op enige wyse sy begraafplaas, plattelandse woning of dorpswoonhuis sal verpand of vervreem nie. Julius Agrippa se kleindogter het hierdie eiendomme wat sy van haar moeder, Julius Agrippa se dogter, geërf het aan sekere persone bemaak wat nie deel van haar familie was nie. Die vraag is toe gestel of die vreemdeling wat as erfgenaam aangestel is die eiendomme moet verkry en of die boedel aan Julia Domna, die kleinniggie van Julius Agrippa, behoort. Volgens Scaevola moet die eiendomme aan die benoemde erfgename oorgedra word aangesien die verbod op vervreemding 'n suiwer

---

10 Sandé **Alienation** 168; Gane **Jurisprudence** 190; **Voet** 371; Nadaraja **Fideicommissa** 99.

11 Nadaraja **Fideicommissa** 98.

12 Nadaraja **Fideicommissa** 107.

13 **Voet** 370.

14 **Voet** 371.

"naakte" opdrag was.[15] Marcianus, Severus en Antonius huldig die mening dat die testateur wat die vervreemding van enigiets in sy testament verbied sonder om die rede daarvoor aan te dui of om die persoon te spesifiseer in wie se belang die bepaling gemaak word 'n beskikking maak wat nie afdwingbaar is nie selfs al het die testateur ongetwyfeld groot toegeneentheid gehad vir die graf waarin sy stoflike oorskot ter ruste gelê sal word.[16]

'n Verbod op die vervreemding van eiendom is geldig wanneer die testateur vervreemding verbied ter wille van sekere gespesifiseerde persone wie se belange hy in aanmerking neem. Die benoeming van die begunstigdes mag ook by wyse van beskrywing gedoen word.[17] Voorbeelde hiervan is waar die testateur vervreemding verbied en byvoeg dat die eiendom moet oorgaan op sekere individue in die geval van vervreemding of indien hy vervreemding verbied sodat die eiendom in die familie sal bly. Dieselfde resultaat word bereik indien die testateur die verkoop van eiendom aan sekere individue toelaat en die vervreemding daarvan aan enige ander persone verbied.[18]

Die verbod op vervreemding hoef met ander woorde nie onvoorwaardelik te wees nie, maar mag vervreemding slegs aan sekere persone of aan 'n groep persone verbied word. Dit maak geen verskil of die testateur die verbod teen vervreemding in onbeperkte terme maak of enige tipe vervreemding aan sekere persone verbied ten gevolge van 'n gegronde haat vir daardie persone nie. In so 'n geval word daar afgelei dat die testateur die persone aan wie vervreemding nie verbied is nie stilswyend aangewys het as die begunstigdes van die verbod. Die klas moet natuurlik nie te groot wees om met redelike sekerheid vasgestel te word nie.[19]

---

15 Sandé **Alienation** 169.

16 Sandé **Alienation** 168 en 169.

17 Nadaraja **Fideicommissa** 98 en 108.

18 Nadaraja **Fideicommissa** 99.

19 Nadaraja **Fideicommissa** 108 en 109.

Die beste voorbeeld van 'n verbod op vervreemding wat nie onvoorwaardelik is nie maar beperk is, is 'n verbod op vervreemding uit 'n familie. Die beginsel dat 'n verbod waarvan die begunstigdes nie uitdruklik nie maar slegs stilswyend aangewys is geldig is, is nie beperk alleenlik tot die geval waar die verbod teen vervreemding uit 'n familie is nie. Indien die groep persone aan wie vervreemding toegelaat is nie so groot is dat dit onmoonlik is om te bepaal wie die **fideicommissarii** is nie is die verbod geldig. Sodoende sal 'n bemaking aan A, B, C en D onderworpe aan die voorwaarde dat hulle die eiendom aan niemand anders as aan een van hulle mag vervreem nie 'n geldige **fideicommissum** skep selfs al is A, B, C en D nie lede van dieselfde familie nie.[20]

'n Verbod op vervreemding is geldig wanneer dit as gevolg van 'n sekere uitdruklike of stilswyende beweegrede gemaak word en die persoon gespesifiseer word in wie se guns die verbod gemaak is.[21] 'n Voorbeeld hiervan is waar 'n testateur vervreemding aan sekere persone verbied as gevolg van sy haat vir hulle en daarbenewens ander persone aanwys wat hy graag wil versorg. Die testateur het sy moeder en eggenote as sy erfgename benoem en sy eggenote versoek om nie enigiets aan haar broers na haar afsterwe te bemaak nie. Verder het hy haar versoek om eerder haar susters se seuns as erfgename te benoem aangesien een van haar broers hul seun doodgemaak het en haar ander broer hom nog 'n groter onreg aangedoen het. Die voormelde verbod op vervreemding aan die onwaardige broers is geldig aangesien die testateur sy skoonsusters se seuns aangewys het as die persone ten gunste van wie die verbod op vervreemding gemaak is. Die testateur se haat vir sy eggenote se broers sou nie voldoende gewees het ten einde 'n geldige verbod op vervreemding daar te stel nie indien die persone in wie se guns die verbod gemaak is nie gespesifiseer is nie.[22]

---

20 Nadaraja **Fideicommissa** 109.

21 Sandé **Alienation** 171.

22 Sandé **Alienation** 171.

Die verbod kan ook in voorwaardelike en nie slegs in aanwysende woorde gemaak word nie.[23] 'n Voorbeeld is die geval waar die testateur sy grond aan Titius bemaak en bepaal dat indien Titius dit sou vervreem dit die testateur se wens is dat die grond na Seius sal gaan. Titius is voorwaardelik belas met 'n **fideicommissum** indien hy sou vervreem omdat die voorwaarde en die persoon aan wie die eiendom moet oorgaan indien vervreemding sou plaasvind die plek inneem van 'n uitdruklike beweegrede.[24]

Indien die testateur nie slegs vervreemding verbied nie maar 'n sanksie aan die oortreding van die verbod koppel is so 'n verbod geldig. As voorbeeld kan die geval genoem word waar die testateur bepaal dat die erfgenaam of legataris wat in stryd met die verbod vervreem, ontneem sal word van sy gedeelte van die erfenis of legaat en dat die gedeelte sal oorgaan op die mede-erfgename. Die afleiding word gemaak dat so 'n verbod in die belang van die mede-erfgename gemaak is.[25]

'n Voorbeeld hiervan is waar die testateur sy seun verbied om sy erfenis gedurende sy leeftyd te skenk, te vervreem of te verpand en byvoeg dat indien sy seun teen sy wense sou optree sy erfenis na die skatkis sal gaan. In so 'n geval sal die testateur se boedel nooit sy naam verloor nie. Indien die seun in stryd met die verbod op vervreemding optree ontvang die skatkis die vervreemde eiendom as 'n strafmaatreël, uit vrees waarvoor hy gedwing mag word om nie teen sy vader se wense te handel nie.[26]

Nog 'n geval waar 'n strafmaatreël aan 'n verbod op vervreemding gekoppel is, is waar die testateur eiendom aan vyftien vrygemaakte slawe bemaak onderworpe aan die voorwaarde dat niemand sy gedeelte mag vervreem, skenk of op enige ander wyse aan 'n vreemdeling oordra nie.[27] Indien enige van die vrygemaakte

---

23 Sandé **Alienation** 172; Nadaraja **Fideicommissa** 108.

24 Sandé **Alienation** 172; Nadaraja **Fideicommissa** 108.

25 Sandé **Alienation** 173.

26 Sandé **Alienation** 173.

27 Sandé **Alienation** 173.

slawe nie aan die voorwaarde voldoen nie sal daardie slawe se gedeeltes oorgedra word aan die "Town of the Tusculans". In hierdie geval word die "Town of the Tusculans" kragtens 'n **fideicommissum** geregtig op die gedeeltes van die vrygemaakte slawe wat die vervreemdingsverbod oortree het, welke **fideicommissum** ook as 'n strafmaatreël beskou word. 'n Verbod op vervreemding is geldig indien 'n persoon aangewys word ten gunste van wie die verbod opgelê word selfs al word geen uitdruklike rede daarvoor vermeld nie.[28]

Wanneer 'n testateur verskeie persone verbied om hulle erfenis te vervreem word daar afgelei dat die verbod slegs van toepassing is op die gedeelte wat elke persoon van die testateur verkry het en nie dit wat verkry is van 'n mede-erfgenaam of van iemand wat terselfdertyd verbied is nie tensy 'n ander bedoeling deur die testateur duidelik blyk.[29]

Castrensis, Gomezius en Caldas na wie daar as "die doktore" verwys word, verklaar dat indien 'n testateur vervreemding van 'n voorwerp verbied slegs as gevolg van sy toegeneentheid daarvoor die verbod geldig is, selfs indien die persoon ten gunste van wie die verbod opgelê word nie vermeld word nie soos byvoorbeeld waar 'n testateur die vervreemding verbied van 'n voorwerp wat aan sy voorvaders behoort het of deur die koning aan hom gegee is.[30]

Verder huldig die "doktore", Graffus, De Praetis, Oddus en De Petra die mening dat 'n verbod op vervreemding gebaseer is op 'n goeie rede en afdwingbaar is indien dit opgelê word as gevolg van die kwaliteit van die voorwerp wat nie vervreem mag word nie. Voorbeelde hiervan is waar die testateur die vervreemding van 'n kasteel, 'n paleis of 'n vesting wat die toevlugsoord of trots van sy familie is verbied. Volgens die voormelde "doktore" het die testateur die

---

28 Sandé **Alienation** 174.

29 Nadaraja **Fideicommissa** 113; **Voet** 372.

30 Sandé **Alienation** 174.

verbod gemaak met die doel om die eiendom in die familie te hou en is dit die stilswyende rede wat die verbod geldig maak.[31]

Sandé bevraagteken die bogemelde leerstellings van die "doktore" en wys daarop dat volgens Scaevola die verbod op vervreemding "naak" en nie afdwingbaar is nie indien die persoon in wie se guns die verbod opgelê is nie gespesifiseer is nie selfs al het die testateur groot toegeneentheid vir die voorwerp gehad.[32]

Wanneer daar met vrae omtrent 'n verbod op vervreemding gehandel word moet begin word deur die stelreël **in obscuris semper quod minimum sequimur** te aanvaar. Dit beteken dat die gemene reg 'n persoon toelaat om sy eiendom uit vrye wil te vervreem. Indien 'n vervreemdingsverbod op 'n persoon wat eiendom verkry geplaas word is dit die plig van die persoon wat die verbod oplê om die omvang daarvan in duidelike en ondubbelsinnige terme aan te toon. Indien daar enige twyfel bestaan oor die geldigheid van die verbod moet die interpretasiereël dat in die geval van twyfel die verbod ongeldig is toegepas word. Verder moet die verbod so geïnterpreteer word dat dit so min as moontlik beswarend is.[33]

Die toepassing van die bogemelde beginsels kan soos volg toegelig word. Eerstens sal 'n vervreemdingsverbod as ongeldig beskou word indien dit nie in duidelike en gebiedende terme opgelê is nie soos in die geval van 'n emosionele wens teenoor 'n testamentêre voorskrif. Woorde waarvolgens 'n aanbeveling gemaak word het geen regsuitwerking nie veral as dit beperkend van aard is. Aan die ander kant sal 'n verbod wat in gebiedende terme opgelê is nie ongeldig wees as gevolg van die feit dat die benoeming van die begunstigdes slegs afgelei kan word van 'n klousule wat in die vorm van 'n wens uitgedruk is nie.[34]

---

31 Sandé **Alienation** 175.

32 Sandé **Alienation** 174.

33 Nadaraja **Fideicommissa** 100.

34 Nadaraja **Fideicommissa** 100.

Tweedens sal daar nie 'n geldige vervreemdingsverbod geskep word indien daar glad nie begunstigdes benoem word ten gunste van wie die verbod opgelê word nie of waar die benoeming nie duidelik genoeg is dat die identiteit van die begunstigdes sonder enige twyfel vasgestel kan word nie.[35]

Derdens sal die verbod beperkend uitgelê word indien daar enige twyfel bestaan op welke persone die verbod van toepassing is, so byvoorbeeld sal 'n verbod teen vervreemding wat op seuns gelê word nie na kleinseuns uitgebrei word nie.[36]

Indien daar enige twyfel bestaan of die verbod op 'n klein of 'n groot klas persone betrekking het behoort daar vierdens tot die gevolgtrekking gekom te word dat dit die testateur se bedoeling is dat sy erfgename die eiendom aan die groter eerder as aan die kleiner klas persone mag vervreem.[37]

Vyfdens sal die verbod beperkend geïnterpreteer word in die geval van twyfel omtrent die omvang van die eiendom waarop die verbod betrekking het.[38]

Ten slotte in soverre dit die wyses van vervreemding aanbetref word die verbod streng geïnterpreteer en nie uitgebrei na ander wyses van vervreemding as dié wat spesifiek deur die testateur genoem is nie. Ten einde vas te stel of enigiets in stryd met 'n verbod teen vervreemding gedoen is, is die belangrikste kwessie wat in aanmerking geneem moet word of die testateur slegs 'n spesifieke soort vervreemding of vervreemding in die algemeen verbied het.[39]

Indien die rede vir 'n vervreemdingsverbod en die persoon in wie se belang die verbod opgelê is nie vermeld word nie word die testateur geag die verbod in die belang van die persoon op wie die verbod rus te gemaak het. 'n Persoon kan afstand doen van 'n voorskrif of beperking wat in sy eie belang gemaak is. So 'n

---

35 Nadaraja **Fideicommissa** 100.

36 Nadaraja **Fideicommissa** 100.

37 Nadaraja **Fideicommissa** 101.

38 Nadaraja **Fideicommissa** 101.

39 Nadaraja **Fideicommissa** 101.

bepaling wat sonder enige uitdruklike rede gemaak word is vir 'n persoon met gesonde verstand blote advies eerder as 'n opdrag en gee daarom nie aanleiding tot enige verpligting nie.[40]

Die rede hiervoor is dat die testateur deur 'n erfgenaam of legataris te benoem by sy afsterwe die **dominium** aan die erfgenaam of legataris wil oordra. Indien die **dominium** eenmaal oorgedra is gaan die volle reg tot vervreemding ook oor op grond van die wesensaard van **dominium**. Die testateur vernietig die ware aard van **dominium** deur sy verbod op, weerhouding of beperking van die reg van vrye vervreemding en tree eintlik in stryd met homself op omdat hy enersyds aan 'n ander persoon die **dominium** wil gee en dit andersyds in effek nie doen nie. So 'n verbod op vervreemding het geen uitwerking wanneer die testateur te sterwe kom en die eiendom nie meer aan hom behoort nie.[41]

Indien die vervreemdingsverbod gefundeer is op een of ander goeie rede (**justam causam habeat**), soos byvoorbeeld indien die testateur daardeur vir sy kinders, afstammelinge of familie wil sorg, is die verbod regsgeldig en effektief. Indien die erfgenaam of legataris die eiendom in stryd met 'n geldige verbod op vervreemding vervreem is die vervreemding nie geldig nie en word die **dominium** ook nie oorgedra nie. Die rede hiervoor is dat selfs al is die testateur 'n private individu en nie 'n wetgewer nie, sy verbod gesien word as soortgelyk aan een wat deur 'n wetgewer opgelê word omdat die reg aan hom die bevoegdheid verleen om voor te skryf hoe sy eiendom moet vererf. Die standpunt is dus dat net soos **dominium** sonder meer deur blote regswerking testamentêr oorgedra kan word, kan ook vervreemding en die oordrag van **dominium** op dieselfde wyse deur middel van 'n testament verhoed word.[42]

Volgens Sandé moet daar by die nadere beskouing van hierdie aangeleentheid onderskei word tussen die Antieke reg en die latere Justiniaanse reg. Kragtens

---

[40] Sandé **Alienation** 169.

[41] Sandé **Alienation** 206.

[42] Sandé **Alienation** 207.

die Antieke reg het die verbreking van 'n geldige vervreemdingsverbod aanleiding gegee tot 'n **fideicommissum** sowel as 'n regsaksie gebaseer op die **fideicommissum**. Cujacius was foutiewelik onder die indruk dat hierdie regsaksie (**petitio**) 'n aksie **in rem** of selfs 'n aksie teen enige persoon in besit was. Dit was 'n buitengewone remedie teen die persoon wat vervreem het. Faber wys daarop dat daar in hierdie geval noodwendig sekuriteit verkry is vir die teruggawe van grond wat die testateur bepaal het in die familie moet bly. Uit voormelde blyk dit dat 'n vervreemdingsverbod vroeër nie verhoed het nie dat die **dominium** van eiendom oorgedra word vanaf die persoon op wie die verbod rus na die persoon wat die eiendom verkry.[43]

Kragtens die Justiniaanse reg waarvolgens legate en **fideicommissa** gelykgestel is was daar 'n aksie **in rem**, wat ook voortgespruit het uit die vervreemdingsverbod en die verbreking daarvan, teen enige persoon wat in besit van die vervreemde eiendom was.[44] Die persoon wat 'n eis instel op grond van 'n **fideicommissum** kan nie 'n aksie **in rem** hê tensy hy die eienaar van die belaste vermoë is nie. Die eiser kan nie die eienaar van die belaste vermoë wees op enige ander grond as dat die **dominium** nie oorgegaan het na die persoon wat die eiendom verkry het nie. Andersins sal dit gebeur dat daar op dieselfde tyd twee eienaars **in solidum** van dieselfde voorwerp is en die reg laat dit nie toe nie.[45]

Daarom is die eerste gevolg van 'n geldige verbod op vervreemding ooreenkomstig die Justiniaanse reg dat die oordrag van **dominium** verhoed word. Volgens Cacheranus en Marescotus is daar steeds 'n geldige kontrak aangegaan met betrekking tot die vervreemde eiendom waarvolgens die

---

43 Sandé **Alienation** 207.

44 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 301 ev.

45 Sandé **Alienation** 208.

verkoper aanspreeklik is teenoor die koper om óf die kontrak uit te voer óf die koper te vergoed vir enige skade wat hy mag ly (**id quod interest praestet**).[46]

Die tweede gevolg is dat indien 'n persoon wat verbied is om die eiendom buite 'n bepaalde familie te vervreem dit wel gedurende sy leeftyd sou doen, hy onmiddellik van sy **dominium** ontneem word en die eiendom word verkry deur daardie persone in wie se guns die verbod ingestel is.[47]

Die feit dat die vervreemder die eiendom terugkoop, doen geensins afbreuk aan die feit dat hy die **dominium** ontneem is nie want indien die fideikommissêre voorwaarde eenmaal vervul is, kan dit nie ongedaan gemaak word nie. Die reg wat nou deur die familielede verkry is kan hulle nie ontneem word nie. Kragtens Marescotus en De Petra word voormelde gevolg algemeen aanvaar maar sal dit nie die geval wees indien die eiendom verkoop is met die reg om dit terug te koop en dit wel op hierdie basis teruggekry is nie. Volgens Ruinus, Matthaeacius en Marescotus verloor die vervreemder nie die hele eiendom nie maar slegs die gedeelte wat vervreem is indien die eiendom nie in die geheel nie maar slegs gedeeltelik vervreem is. De Petra wys daarop dat heelwat skrywers 'n teenoorgestelde opvatting huldig.[48]

Die derde gevolg is dat 'n vervreemding in stryd met die testateur se verbod 'n **fideicommissum** daarstel ten gunste van daardie persone in wie se belang die verbod opgelê is sodat hulle onmiddellik op grond daarvan 'n eis kan instel. So 'n aksie kan reeds gedurende die lewe van die persoon wat vervreem het ingestel word.[49] In hierdie opsig verskil 'n uitdruklike **fideicommissum** van 'n stilswyende **fideicommissum** wat onderworpe is aan 'n opskortende

---

46 Sandé **Alienation** 208.

47 Sandé **Alienation** 209.

48 Sandé **Alienation** 209.

49 Sandé **Alienation** 210.

voorwaarde deurdat die eiendom in laasgenoemde geval vervreem mag word en 'n regsaksie nie ontvanklik is totdat die voorwaarde vervul is nie.[50]

3 Die aard, inhoud en gevolge van die begrip in die Suid-Afrikaanse reg

'n Testateur of trustoprigter kan in 'n testament of trustakte bepaal dat die bevoordelings suiwer op die begunstigdes oorgaan of die bevoordelings kan aan voorwaardes (**dies incertae**) en termyne gekoppel word. 'n Bevoordeling is suiwer indien die voordeel onvoorwaardelik en dadelik in die begunstigde vestig by die dood van die testateur of die oprigting van die trust na gelang van die geval. Indien **dies cedit** wat betref die bevoordeelde se vorderingsreg op oordrag of sessie van die betrokke boedel- of trustgoed met ander woorde plaasvind by sodanige dood of oprigting. Daar word egter nie te doen gekry met 'n suiwer bevoordeling indien die ontstaan of voortbestaan van 'n reg op, of ten opsigte van, die bepaalde boedel- of trustgoed onderhewig gemaak is aan 'n toekomstige onsekere gebeurtenis (**dies incertus an**) of die verloop van 'n termyn nie.[51]

Wat die uitwerking van 'n voorwaarde betref moet onderskei word tussen opskortende en ontbindende voorwaardes. 'n Voorwaarde is opskortend indien geen regte vestig by die dood van die testateur of die oprigting van 'n trust nie maar word die begunstigde eers bevoordeel sodra die onsekere toekomstige gebeurtenis plaasvind of nie plaasvind nie met ander woorde as die voorwaarde vervul word. 'n Ontbindende voorwaarde het tot gevolg dat regte wat gevestig het by die dood van die testateur of die oprigting van die trust verdwyn indien die voorwaarde vervul word. So 'n voorwaarde skort met ander woorde nie die regte van die bevoordeelde op nie, maar maak die voortbestaan van die reg

---

50 Sandé **Alienation** 345.

51 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 272 en 273.

onderhewig aan die plaasvind aldan nie van 'n toekomstige onsekere gebeurtenis.[52]

Met verwysing na die mag aldan nie van die begunstigde om die vervulling van die voorwaarde te bewerkstellig word verder onderskei tussen willekeurige (of potestatiewe), toevallige en gemengde voorwaardes. 'n Testamentêre- of trustvoorwaarde is willekeurig indien die vervulling aldan nie van die voorwaarde in die mag van die bevoordeelde rus.[53]

Indien eiendom aan 'n persoon nagelaat word onderhewig aan 'n beperking dat hy dit nooit mag vervreem nie sonder om daarvoor voorsiening te maak dat die eiendom op 'n ander persoon sal oorgaan indien die beperking nie nagekom word nie, het die verbod geen regskrag nie. So 'n voorwaarde, wat as 'n ontbindende potestatiewe voorwaarde geklassifiseer kan word, sal as 'n **nudum praeceptum** beskou word aangesien die testateur nie vir 'n verdere begunstigde of sekere groep begunstigdes voorsiening gemaak het nie.[54] Regter Fagan in **Ex parte Sieberhagen**[55] beskryf dit soos volg:

> A direction which cannot be enforced by process of law, eg because there is no one who has such an interest in its enforcement that he would have **locus standi** to seek a remedy at law if it is disobeyed, is obviously of no legal validity whatever moral obligation the beneficiary may or may not feel in regard to it.

'n Vervreemdingsverbod kan uitdruklik of stilswyend in die lewe geroep word. Die verbod is uitdruklik wanneer daar 'n duidelik omskrewe opdrag teen vervreemding is en dit is stilswyend wanneer die vervreemdingsverbod 'n noodwendige gevolg van 'n fideikommissêre beskikking is.[56]

---

52 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 274 tot 276.

53 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 277.

54 Corbett *ea* **Succession** 113.

55 1946 CPD 83 104.

56 Steyn **Law of Wills** 338.

'n Verbod op vervreemding kan ook geklassifiseer word as **unicum**, dit wil sê persoonlik of as **duplex (multiplex)**, dit wil sê reëel. 'n Verbod is **unicum** indien dit slegs betrekking het op die persoon wat uitdruklik belet is om te vervreem. Die verbod is derhalwe nie van toepassing op die **fideicommissarius** nie. Indien die vervreemdingsverbod reëel is word die **fideicommissarius** op sy beurt weer **fiduciarius** onderhewig aan dieselfde verpligting as sy voorganger. In dié verband moet rekening gehou word met artikel 6 van die **Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed** [57] waarvolgens 'n **fideicommissum** oor onroerende goed tot slegs twee fideikommissêre substitusies beperk word en voer artikel 7 'n soortgelyke reëling in vir **fideicommissa** wat voor die inwerkingtreding van die Wet tot stand gekom het.[58]

Normaalweg sal die geregshowe 'n vervreemdingsverbod handhaaf aangesien dit in ooreenstemming is met die uitdruklike bedoeling van die testateur ingevolge die stelreël **voluntas testatoris servanda est**. In sommige gevalle mag 'n vervreemdingsverbod egter nie toegepas word nie.[59] 'n Verbod op vervreemding **simpliciter** of een wat andersins nie voldoen aan die vereistes vir 'n geldige **fideicommissum** nie, is 'n **nudum praeceptum** en het geen regskrag nie. Sandé verduidelik die rede hiervoor soos volg:

> ... the testator, by instituting an heir or by giving a legacy, wishes on his death to transfer the **dominium** to the heir or the legatee, and when the **dominium** is once transferred, there also, from the very nature of **dominium**, passes the full power of alienating and of disposing. The testator, by his prohibition withholding or restricting this power of free disposal in the heir or legatee, destroys the very nature of **dominium**, and is at variance with himself, for he wishes to give another man the **dominium** and he does not do so. Such prohibition, therefore, loses its effect on the death of the testator, at which time the prohibited thing is no longer the property of the testator.[60]

---

57 Wet 94 van 1965.

58 Steyn **Law of Wills** 338; Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 315.

59 Steyn **Law of Wills** 338.

60 Soos aangehaal deur Corbett *ea* **Succession** 353.

Indien geen persoon met ander woorde aangewys word nie op wie die eiendom moet oorgaan indien die vervreemdingsverbod verbreek word of in wie se guns die verbod opgelê is, is die verbod "naak" (**nudum**) en nie afdwingbaar nie. Die rede hiervoor is dat daar vermoed word dat die testateur die bedoeling gehad het om al die regte inbegrepe by eiendomsreg, insluitende die reg tot vervreemding, aan die erfgenaam of legataris oor te dra. Die testateur kan die erfgenaam of legataris se eiendomsreg slegs beperk indien dit sy bedoeling is dat die **dominium** aan iemand anders behoort maar aangesien hierdie ander persoon nie aangewys is nie moet die verbod as **pro non scripto** beskou word.[61]

In **Ex parte Schoeman**[62] verklaar regter Clayden nietemin dat dit 'n algemene uitgangspunt van ons reg is :

> ... to give effect to the intention of the testator and to enforce restraints on alienation - see Steyn **Law of Wills in South Africa**, 2nd edition p 338 - and if a position is found in which there is a person specified in the will who can benefit by an insistence on the prohibition then there seems to be no reason why the rule of the law, by which the testator's expressed intention is disregarded, should be applied. It may be that the testator had as his reason for the prohibition a reason other than that the property should be preserved for the fideicommissaries; but the Court is able to give effect to his intention to prohibit alienation because in the will can be found specified persons to whom the property can belong.

'n Verbod op vervreemding mag voorkom as 'n beperking opgelê by wyse van 'n aanvullende bepaling tot 'n uitdruklike **fideicommissum** of as 'n beperking wat alleen opgelê word. In die eerste geval stel die verbod slegs uitdruklik wat andersins deur die reg veronderstel word. In die laasgenoemde geval waar die verbod op sy eie staan skep dit, by implikasie, 'n **fideicommissum** met dien verstande dat al die vereistes vir 'n **fideicommissum** teenwoordig is.[63] 'n

---

61 Steyn **Law of Wills** 338.

62 1954 4 SA 713 (T) 718.

63 Corbett *ea* **Succession** 352.

Vervreemdingsverbod kan inderdaad slegs by wyse van 'n **fideicommissum** geldiglik opgelê word.[64]

'n **Fideicommissum** kan uitdruklik of stilswyend geskep word. Ooreenkomstig hierdie wyses van ontstaan, word onderskei tussen 'n uitdruklike **fideicommissum**, **fideicommissum expressum** genoem en 'n stilswyende **fideicommissum**, die sogenoemde **fideicommissum tacitum.**[65]

'n **Fideicommissum tacitum** ontstaan onder andere wanneer boedelgoedere aan 'n persoon nagelaat word onderhewig aan 'n vervreemdingsverbod gepaard met 'n bepaling dat by verontagsaming van die verbod die goed na 'n derde moet gaan. Waar die erflater dus sy plaas aan A bemaak en bepaal dat indien A die plaas sou vervreem, dit dan na B moet gaan, word A as **fiduciarius** en B as **fideicommissarius** ingevolge 'n **fideicommissum tacitum** beskou. Die **fideicommissarii** hoef nie by name vermeld te word nie, maar kan as 'n klas aangedui word, soos byvoorbeeld waar 'n testateur sy plaas aan sy seun nalaat onderworpe daaraan dat hy dit nooit uit die familie sal vervreem nie. In hierdie geval word 'n **fideicommissum** ten gunste van die testateur se afstammelinge geskep. Die klas wat begunstig word moet egter duidelik gespesifiseer word ten einde 'n **fideicommissum** daar te stel.[66]

'n **Fideicommissum tacitum** kan ook deur 'n beperkte vervreemdings-bevoegdheid in die lewe geroep word. So kan bepaal word dat die **fiduciarius** die fidusiêre goed net aan sekere persone mag vervreem. Indien die **fiduciarius** die verbod skend deur die betrokke goed aan iemand anders te vervreem, kan die goed deur die persone wat spesifiek aangewys is as die begunstigdes van

---

64 Steyn **Law of Wills** 338; Corbett *ea* **Succession** 352.

65 Indien die testateur duidelik verklaar dat sy bedoeling is om 'n **fideicommissum** in die lewe te roep word 'n uitdruklike **fideicommissum** daargestel. Met 'n stilswyende **fideicommissum** word te doen gekry waar 'n **fideicommissum**, ten spyte van die vermoede teen **fideicommissa**, as ingestel geag word. Die vermoede teen **fideicommissa** bring egter nie mee dat dit nooit vermoed word nie. Sien Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg**: 297 ev en 309 ev.

66 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 313; Hutchinson *ea* **Wille's Principles** 392.

die verbod as **fideicommissarii** opgeëis word. So 'n verbod of beperking mag derhalwe gegiet word in absolute terme soos waar alle vorme van vervreemding aan enige persoon verbied word, of dit mag gekwalifiseer word soos byvoorbeeld waar slegs sekere vorme van vervreemding verbied word, vervreemding slegs aan 'n sekere persoon of klas persone toegelaat word of vir 'n omskrewe periode verbied word. Die verbod mag ook voorwaardelik ingeklee word soos wanneer vervreemding toelaatbaar is indien sekere begunstigdes toestem.[67]

Geen **fideicommissum tacitum** word in die lewe geroep uit 'n blote vervreemdingsverbod sonder enige aanduiding in wie se belang die verbod opgelê is of na wie die goed moet gaan indien die verbod nie nageleef word nie. Die verbod is dus nietig indien daar geen persoon is ten gunste van wie dit opgelê is nie.[68] Daar kan immers nie sprake wees van 'n **fideicommissum** sonder 'n **fideicommissarius** nie. In **Ex parte Estate Wienand**[69] verduidelik waarnemende regter Hall dit soos volg:

> A mere prohibition of alienation is something which differs greatly from fideicommissary substitution, especially, as is the case here, when the prohibition cannot benefit anyone and is therefore a **nudum praeceptum**.

Hieraan voeg regter Erasmus toe in **Ex parte Roads**[70] dat die feit dat

> there is a prohibition against alienation except by will is in itself not sufficient to create a **fideicommissum**.

In **Elliott v Spheris NO and Another**[71] het die hof bevind dat 'n verbod op vervreemding in 'n testament tot gevolg mag hê dat 'n **fideicommissum** geskep word indien daar 'n duidelike aanduiding is dat die verbod gemaak word in die

---

67 Corbett *ea* **Succession** 351; **Ex parte McClung** 1983 3 SA 446 (O) waar die verkoop van plase sonder die toestemming van die meerderheid aandeelhouers van die maatskappy verbied is, is afgelei dat 'n **fideicommissum** geskep is om die minderheid aandeelhouers te beskerm.

68 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 314.

69 1965 1 SA 576 (K) 580.

70 1978 4 SA 649 (O) 651.

71 **Elliott v Spheris NO and Another** 1977 1 SA 190 (W).

belang van 'n spesifieke persoon of klas persone. Indien niemand egter gespesifiseer word aan wie die eiendom moet gaan indien die verbod verbreek word of in wie se guns die verbod gemaak word nie, is dit 'n **nudum praeceptum** en het dit geen regsuitwerking nie.

In **Ex parte Mostert: in re Estate Late Mostert**[72] het die testateur die bemaking van sy plaasopstal gekoppel aan die voorwaarde dat die persoon wat dit erf slegs met iemand mag trou wat in Suid-Afrika uit blanke ouers van Europese afkoms gebore is. In die afwesigheid van enige waarneembare aanduiding deur die testateur van die gevolge wat sal intree indien daar nie aan die voorwaarde voldoen word nie, bevind die hof dat 'n **nudum praeceptum** voorhande is en dat die voorwaarde as **pro non scripto** beskou moet word.[73]

In **Ex parte McClung and Others**[74] word dit egter duidelik gestel dat 'n vervreemdingsverbod nie as 'n **nudum praeceptum** beskou sal word bloot vanweë die feit dat dit nie uitdruklik vermeld word na wie die goed by verbreking van sodanige verbod moet gaan nie. Wat wel vereis word is dat die verbod 'n aanduiding moet bevat in wie se belang dit opgelê is. Regter Van Coller verklaar as volg:

> It is true that the will does not specify upon whom the property is to devolve upon a breach of the prohibition but it does not appear to me that the restraint on alienation is only valid in those instances where a person or persons are indicated to whom the property is to devolve upon a breach of the prohibition. It seems to me that, if a person or a class of persons is indicated in whose interest the prohibition is made, the prohibition will also not be regarded as nude.[75]

Indien die beperkings wat op die bevoordeelde gelê word egter net daarop gemik is om voorskrifte aan die bevoordeelde te gee sonder dat iemand anders

---

72 1975 3 SA 312 (T).

73 Vergelyk Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 186 en 187.

74 1983 3 SA 446 (O).

75 **Supra** op 450.

daardeur bevoordeel kan word, is die voorskrifte nietig.[76] In **Aronson v Estate Hart**[77] verklaar appèlregter Van den Heever soos volg:

> The reason for the rule against the validity of nude prohibitions against alienation is clear. Unless a testator indicates some event or cause which should bring about forfeiture and some person who shall be entitled to the subject-matter of the bequest if and when the event occurs, the prohibition hangs in the air : there is no one to enforce it and 'waar geen klager is, is geen wet' (Sandé **de Prohibit. Rer.** alienat. Pt. 3 cap. 1.7).

'n Regstreekse bemaking wat aan allerhande beperkings gekoppel is, soos byvoorbeeld 'n verbod teen vervreemding, verpligte bewoning en voorskrifte oor huwelike wat die bevoordeelde mag of nie mag aangaan nie, om die bevoordeelde teen homself te beskerm en wat nie met 'n verdere bemaking gepaardgaan indien die bevoordeelde hom nie aan die betrokke verbodsbepalings hou nie, is nietig. Indien daar derhalwe nie 'n oorbemaking of 'n substitusie is nie, is die beoogde **fideicommissum** nietig en onafdwingbaar.[78] Dit volg uit die algemene beginsel dat :

> ... if the ownership of property is bequeathed to a beneficiary, then any curtailment of the rights of ownership appearing in the will, such as a prohibition against alienation or a conditional deprivation of the rights of enjoyment, is of no legal effect unless a third party is indicated in whose favour such curtailment is to operate.[79]

By die gebrek aan substitusie of 'n oorbemaking word die **fideicommissum** wat die testateur beoog het om te skep gevolglik as **nudum** beskou, met die gevolg dat die begunstigde volle en onvoorwaardelike eiendomsreg verkry[80] en vryelik daarmee mag handel.[81] Die eiendom vorm deel van die begunstigde se boedel

---

76 Olivier **Trustreg en Praktyk** 113.

77 1950 1 SA 539 (AD) 552.

78 Corbett *ea* **Succession** 270 en 271.

79 Per appèlregter Watermeyer in **Jewish Colonial Trust Ltd v Estate Nathan** 1940 AD 163, 180.

80 Behalwe indien daar byvoorbeeld 'n vruggebruik of dergelike beperkte saaklike reg in die testament geskep is.

81 **Estate Freedman v Freedman and Others** 1962 3 SA 79 (W).

en is derhalwe vatbaar vir beslaglegging deur sy skuldeisers en sal ook in sy kurator vestig in die geval van sy insolvensie. Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn[82] wys daarop dat:

> It is true that these consequences run directly counter to the expressed intention of the testator, but effect can be given to a testator's intention only within the framework of legally recognized forms of disposition. As it has been expressed: 'A testator can bequeath rights but he cannot make a law which the Courts must enforce.'

4 Die interpretasie en toepassing van die nudum praeceptum in die Suid-Afrikaanse reg

4.1 "Protective" trusts

Dit het algemene praktyk geword met die verloop van die jare vir testateurs en trustoprigters om te poog om by wyse van sogenaamde "verbeuringsklousules" in testamente en trustaktes die bevoordelings wat toeval aan begunstigdes te beskerm teen hulle skuldeisers of kurators in die geval van insolvensie.[83] 'n Testateur mag gevolglik in sy testament poog om 'n **fideicommissum** te skep ingevolge waarvan die bevoordeling op A oorgaan onderworpe daaraan dat indien 'n sekere gebeurtenis sou plaasvind (soos 'n sessie van regte of insolvensie), A die bevoordeling sal verbeur en dit dan sal oorgaan op B (byvoorbeeld 'n testamentêre trust). 'n Trustoprigter mag op 'n soortgelyke wyse probeer om, in die geval van 'n **inter vivos** trust, dieselfde oogmerk te bereik deur aan die trustee die bevoegdheid te verleen om die trustinkomste en/of -kapitaal op so 'n wyse aan te wend dat die trust kan voortduur sonder dat die begunstigde in werklikheid bevoordeel word, indien 'n sekere gebeurtenis sou plaasvind. Die testamentêre - of **inter vivos** trust wat in so 'n geval geskep word, word gewoonlik 'n "protective" trust genoem.

---

82 Corbett *ea* **Succession** 276 en die gesag daar aangehaal.

83 **Hiddingh's Trustee v Colonial Orphan Chamber and Hiddingh** (1883) 2 SC 273; **Pritchard's Trustee v Estate Pritchard** 1912 CPD 87.

Alhoewel die testateur die bedoeling mag hê om 'n bemaking met 'n **fideicommissum** te belas, word daar geen geldige **fideicommissum** in die lewe geroep nie tensy die erflater bepaal dat die bevoordeling eers na een persoon, die **fiduciarius** genoem, moet gaan en by die vervulling van die fideikommissêre voorwaarde of die afloop van die termyn na 'n ander persoon, bekend as die **fideicommissarius**. Hier word derhalwe te doen gekry met opeenvolgende substitusie of 'n oorbemaking (die sogenaamde "gift over").

In die geval van 'n trust mag die testateur of trustoprigter poog om boedel- of trusteiendom aan 'n begunstigde te gee met 'n oorbemaking aan die trustees in die geval van die begunstigde se insolvensie, boedeloorgawe, uitreiking van 'n interdik teen die begunstigde, beslaglegging op sy eiendom of 'n soortgelyke finansiële onheil wat die begunstigde mag tref. Aangesien die begunstigde die eiendom besit en die beperking slegs ingestel is vir die begunstigde se voordeel mag dit neerkom op 'n **nudum praeceptum** wat nie bindend op die begunstigde is nie.[84]

In **Zeederberg v SA Association**[85] het die testateur sy seun aangewys as begunstigde onderhewig aan 'n **fideicommissum** ten gunste van die begunstigde seun se kinders by sy afsterwe. Die bemaking kon nie aangewend word ter delging van die seun se skulde nie, maar moes gebruik word vir die onderhoud van die seun en sy kinders. Dit is egter deur die hof beslis dat die woorde wat in die testament gebruik is met verwysing na die seun se leeftyd slegs 'n versoek was en dat daar geen trust tot stand gekom het nie. Daar was verder ook geen oorbemaking in die geval van die insolvensie van die seun nie en gevolglik was die klousule wat bepaal het dat die boedelbates nie vir beslaglegging vatbaar was nie, as ongeldig beskou. In hierdie geval was daar 'n stilswyende regstreekse bemaking van die eiendomsreg in die boedelbates aan die seun.

---

84 Honoré **Law of Trusts** 118.

85 (1867) 5 Searle 266; (1883) 2 SC 431.

In **Hiddingh's Trustee v Colonial Orphan Chamber and Hiddingh**[86] het daar 'n soortgelyke regstreekse bemaking aan 'n kind van die testateur plaasgevind. In die geval van die insolvensie van die kind sou die erfenis oorgaan op die verweerder trustees wat dit moes administreer vir die onderhoud van die kind en die kapitaal sou by sy afsterwe na sy erfgenaam gaan. Daar is beslis dat daar nie 'n geldige trust tot stand gekom het by die insolvensie van die kind nie aangesien die trustees geen diskresie gehad het ten opsigte van watter gedeelte van die inkomste van die boedel aan die insolvente kind betaal moet word nie en daar was geen oorbemaking van dié gedeelte wat nie vir sy onderhoud nodig was nie.

Honoré[87] stel dit soos volg:

> If, for instance, the trustee is given a discretion merely as to the mode in which he is to apply the income of a trust fund for the benefit of the beneficiary, the latter will have a vested right to the income, since he will be entitled to insist that the income is applied, one way or another, for his benefit. One consequence is that such a right falls into the beneficiary's insolvent estate and must be administered by his trustee in insolvency to the exclusion of the trustee appointed by the trust document.

In **Ruskin NO v Sapire NO**[88] het die testateur sy dogters by wyse van 'n testamentêre trust begunstig en aan die trustees opdrag gegee om die rente verdien in die boedel aan hulle te betaal, maar in die geval van 'n dogter se insolvensie is die trustees met 'n absolute diskresie beklee om aan sodanige insolvente dogter die bedrag te betaal wat die trustees sou bepaal. Die betrokke klousule van die testament het soos volg gelees:[89]

> That the amounts accruing to any heir, heiress or legatee under this our will shall not be subject to interdict or attachment, nor shall they in any way be assignable, and in the event of interdict or attachment or attempted interdict or attachment, of any such amounts or upon the cession or assignment of the estate of any heir, heiress or legatee, or

86 (1883) 2 SC 273.

87 Honoré **Law of Trusts** 431.

88 1966 2 SA 306 (W).

89 Op 307B tot C.

> upon insolvency or assignment of the estate of any heir, heiress or legatee, our executors and trustees are granted discretionary power to cease payment of such amounts interdicted or attached or ceded or assigned or such amounts accruing to any heir, heiress or legatee declared insolvent, or who shall have assigned his or her estate during all such time as our executors and trustees may deem fit, with power however to pay such decreased amount to any heir, heiress or legatee so affected as our executors or trustees in their absolute discretion may determine.

By die insolvensie van een van die dogters het die kurator in haar insolvente boedel geëis dat die volle rente wat haar toeval, betaal moet word tot voordeel van haar skuldeisers. Regter-president De Wet beslis dat die skuldeisers wel geregtig is op die inkomste aangesien:

> ... it is clear from the terms of the will that the interest accruing to Pamela vests in her as it accrues. There is no gift over to a third person. If, for instance, she is rehabilitated she can at once demand payment of the accumulated interest which has not been paid to her by her trustee. Under the circumstances it seems to me that the principle stated above requires the provisions of clause 10 of the will to be disregarded.[90]

Ten einde 'n geldige en afdwingbare substitusie daar te stel, is dit noodsaaklik dat die testamentêre voorwaarde sodanig ingeklee moet wees dat die **fiduciarius** effektief van sy belang in die fideikommissêre vermoë onthef word by die vervulling van die voorwaarde. Dit word soos volg gestel deur regter-president De Wet:

> It seems that the only way that this object can be achieved is by completely depriving a beneficiary who becomes insolvent from all interest in the estate.[91]

In **Vorster v Steyn NO en Andere**[92] het die applikant aansoek vir sy rehabilitasie gedoen en ook gevra vir 'n uitwysingsbevel dat 'n sekere bedrag en ook sekere vaste eiendom wat hy ingevolge sy vader se testament geërf het, die applikant se eiendom was. Die bepaling in die testament het as volg gelees:

---

90 Te 307H.

91 Op 308.

92 1981 2 SA 831 (O).

> I hereby bequeath my entire estate, movable and immovable, to my son (die applikant) the proviso being that, if at the time of my death the said (son) happens to be an insolvent, the proceeds of my estate should go into a trust until such time as the said (son) is rehabilitated.[93]

Die aansoek om rehabilitasie is toegestaan, maar ten opsigte van die vestigingsbevel het die hof beslis dat die erfenis nie buite die bereik van die applikant se skuldeisers geplaas is nie en dat die bepaling in die testament 'n **nudum praeceptum** was. Die erfenis het gevolglik ingevolge artikel 20(2) van die **Insolvensiewet**[94] in die insolvente boedel gevestig. Daar is verder beslis dat die hof nie 'n diskresie het om enige gedeelte van die erfenis wat 'n boedelbate by die rehabilitasie was, aan die applikant toe te wys nie. Regter Steyn het dit soos volg toegelig:

> Dit is duidelik dat die testateur se bedoeling was om 'n trust te skep slegs om sy seun, die applikant, teen sy skuldeisers te beskerm, indien hy ten tyde van die vestiging van die erfenis insolvent sou wees, wat hy inderdaad was. Die testament het dan ook nie bepaal vir wie se voordeel die erfenis aangewend moes word, indien daardie gebeurtenis, naamlik insolvensie, sou plaasvind nie, maar die erfenis bly in bewaring in trust tot sy rehabilitasie. Sodanige skemas kan egter nie 'n erfenis buite die bereik van sy skuldeisers plaas nie, en die bepaling dat die erfenis by sy insolvensie tydelik oorgaan na 'n trustfonds, is 'n **nudum praeceptum** sonder enige regskrag.[95]

Die regter wys verder daarop dat die huidige regsposisie soos volg opgesom kan word:

> It may now be regarded as settled that a direction in a will merely that a bequest shall not be liable to attachment at the instance of the beneficiary's creditors is of no effect in law, but if in addition there is a further direction that on the beneficiary's insolvency the bequest shall pass to some other person, or that the executors may in their absolute discretion divert it to some other person, the effect is to oust the beneficiary's trustee.[96]

---

93 Te 832.

94 Wet 24 van 1936.

95 Op 832.

96 Te 833 en soos aangehaal in Mars **Insolvency** 189.

Honoré[97] verduidelik dit as volg:

> When a testator by his will gives someone the ownership of property or an immediate right to the **corpus** or capital of the property he cannot then proceed to impose restrictions on the use of the property by the heir or legatee or any other inroad on his freedom unless he does so in favour of a person or persons other than the beneficiary or for a defined impersonal object. ... A restriction imposed purely in the interests of the beneficiary does not bind him, and is termed a nude prohibition (**nudum praeceptum**). If the testator purports to impose such a prohibition by way of trust, the trust is not in general invalid, but it does not bind the beneficiary, who may insist on administering the property himself to the exclusion of the trustee, as may his trustee in insolvency.

Die gevalle wat tot dusver bespreek is waar 'n **nudum praeceptum** voorgekom het, het almal betrekking gehad op voorwaardes wat daarop gemik was om 'n persoon in bepaalde omstandighede van sy eiendomsreg te ontneem. Die beginsels met betrekking tot die **nudum praeceptum** geld eweneens indien die verbod ten doel het om terselfdertyd in werking te tree as die skenking van die eiendom.

In **Kock v Administrator Estate Kock**[98] het die testateur en testatrise 'n legaat aan hulle seun G bemaak en hom ook benoem as een van die erfgename van die restant van die boedel. Die erflaters het verder bepaal dat die legaat en erfenis by die afsterwe van die langslewende "free and unencumbered" aan hom toegeken sal word. In 'n kodisil wat daarna deur hulle verly is het hulle bepaal dat

> "the said amounts shall not be paid to their son ... but the whole sum shall be invested by their executors ... and the interest alone shall be paid to [him] while he lives. However [he] shall be entitled to dispose of the said amounts previously mentioned by will, free and unencumbered."

Regter Fagan beslis dat die kodisil 'n "naakte" verbod geskep het:

---

97 Honoré **Law of Trusts** 117 en 118.

98 1946 CPD 27.

> The testators here wish the legatee to be protected against himself, but they wish it merely in his own interest, and if he will not have the protection the court cannot force it on him.[99]

Die bepalings van die kodisil het, in die afwesigheid van 'n oorbemaking, neergekom op 'n **nudum praeceptum** wat geen regsuitwerking het nie en het die hof beveel dat die legaat en erfenis aan G uitbetaal moet word. Die bepaling waarvolgens G geregtig was om die kapitaal testamentêr te vervreem, is nie deur die hof geïnterpreteer as 'n bepaling deur die erflaters met betrekking tot die vervreemding van die kapitaal na G se afsterwe nie, sodat dit sou neerkom op 'n effektiewe oorbemaking nie. Die hof het dit ook benadruk dat die **dominium** in die kapitaal in G vestig deurdat die beperkings wat in die kodisil vervat is, alleenlik in G se eie belang opgelê is ten einde hom teen homself te beskerm. G was geregtig om afstand te doen van hierdie bepalings wat in sy eie belang opgelê is. Honoré[100] wys daarop dat:

> Still more clearly is there a valid bequest of the capital if there is a gift of property directly to or in trust for the beneficiary and the testator then purports to restrict the gift without designating any further beneficiary in whose favour the restriction is imposed. In this case the **nudum praeceptum** rule applies.

In **Morley and Others v Standard Bank Trustees Department**[101] het die testatrise kragtens haar testament (i) haar seun H as erfgenaam van die restant van haar boedel benoem onderworpe aan 'n trust ingevolge waarvan die trustees die trustbates moes belê en 'n jaargeld aan H gedurende sy leeftyd moes betaal en (ii) bepaal dat die boedel by H se afsterwe gelykop verdeel moet word tussen sy kinders en

> "shall in like manner continue to be retained under the control of my administrators and shall be paid by them to each of my grandchildren in amounts not exceeding five pounds per month and that during the minority of the grandchildren the administrators shall utilise the amount so

---

99 **Supra** op 33; Sandé **Alienation "De prohibita rerum alienatione"** 3.1.4, 6. word aangehaal.

100 Honoré **Law of Trusts** 452.

101 1970 4 SA 299 (W).

> due to my grandchildren for their maintenance, education and upbringing..."

Die hof beslis dat die trustbepalings wat opgesom is onder (ii) 'n **nudum praeceptum** daarstel en gevolglik ongeldig is, aangesien daar nie 'n derde persoon is in wie se guns die beperkings, wat daarin vervat is, opgelê is nie. Die kleinkinders was gevolglik onmiddellik geregtig op die onbeperkte eiendomsreg van hulle onderskeie gedeeltes van die erfenis. Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn[102] stel dit soos volg:

> ... a trust which fails to provide for the ultimate destination of the **corpus** of the trust or impresses property bequeathed with a trust without indicating in whose favour the restrictions inherent in the trust provisions are imposed is a **nudum praeceptum** and of no force or effect. The same situation arises where a **fideicommissum** fails to provide for a gift over.

Die substitusie of oorbemaking mag die vorm aanneem van die aanstelling van 'n fideikommissêre begunstigde deur die testateur of dit mag die vorm aanneem van 'n "power of appointment" waar die testateur die bevoegdheid aan iemand anders delegeer om namens hom 'n fideikommissêre begunstigde aan te wys. In **Estate Watkins-Pitchford and Others v Commissioner for Inland Revenue**[103] het appèlregter Schreiner hierdie verskynsel soos volg toegelig:

> Power of appointment is the term applied to a lawful and not uncommon provision in wills whereby the testator directs, in one form of language or another, that his property or part of it shall go to such persons as some other person shall appoint.

Hoewel die uitoefening van testeerbevoegdheid aan die testateur persoonlik kleef en as 'n algemene reël nie vir delegasie vatbaar is nie, kan dit wel in bepaalde gevalle deur middel van 'n "power of appointment" aan iemand anders oorgedra word.[104]

---

102 Corbett *ea* **Succession** 411.

103 1955 2 SA 437 (A) 453.

104 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 212 tot 217; Corbett *ea* **Succession** 368 tot 377; Honoré **Law of Trusts** 116 en 117.

In **Pritchard's Trustee v Estate Pritchard**[105] het die testateurs, 'n egpaar getroud binne gemeenskap van goedere, 'n gesamentlike testament verly waarvolgens hulle 'n spesiale legaat aan een van hulle seuns bemaak het en die restant van hulle boedel aan hulle kinders en die afstammelinge van enige vooroorlede kind, onderhewig aan die vruggebruik oor die hele gesamentlike boedel ten gunste van die langslewende. Daar is bepaal deur middel van 'n kodisil[106] dat indien daar enige poging sou wees om op 'n erflating van 'n begunstigde beslag te lê uit hoofde van sy of haar insolvensie of andersins, voordat die begunstigde daarop geregtig geword het en voordat enige gedeelte aan die begunstigde betaal is, sal sodanige gedeelte of gedeelte waarop beslag gelê wil word, nie betaalbaar wees aan die begunstigde nie maar sal die eksekuteurs sodanige gedeelte volgens hulle uitsluitlike diskresie aanwend. Nadat die testateur te sterwe gekom het maar voor die afsterwe van die testatrise, wat onder die testament geadieer het, het een van die seuns insolvent geraak. Die hof beslis dat in die afwesigheid van enige bepaling in die kodisil ten opsigte van 'n substitusie van die gedeelte van enige van die begunstigdes in die geval van sy of haar insolvensie of 'n eis ingestel deur krediteure, is die kurators van die seun se insolvente boedel of sy krediteure geregtig om die balans verskuldig aan hom by die afsterwe van die testatrise aan te wend tot voordeel van sy insolvente boedel of sy krediteure. Regter-president Maasdorp stel dit soos volg:

> A testator may confer upon the fiduciary the power of selecting the person upon whom the property shall devolve in which case the due exercise of such power has the same effect as if the testator had himself made the selection in his will. But it is a necessary condition to the validity of such a disposition that it must not be left to the fiduciary whether or not he will pass on the property, for in that case the disposition is of no effect. That is exactly the case here. The executors are not obliged to pass on the inheritance to anyone, nor is this a case in which a person receiving a benefit under the will is directed to pass it on to another because the direction is given to the executors in their capacity as executors.

---

[105] 1912 CPD 87.

[106] Volledig aangehaal op 89 en 90 van die verslag.

In **In re Estate Ansaldi**[107] het die testateur sekere persone as erfgename benoem en bepaal dat hulle gedurende hulle lewe slegs geregtig sal wees op die inkomste van die boedel. By die afsterwe van elke erfgenaam sou sy gedeelte van die boedelgoedere deel van sy bestorwe boedel vorm. Die hof het beslis dat slegs die erfgename 'n belang in die erfenis het. Die rede hiervoor is dat daar 'n regstreekse bemaking van die **dominium** aan die begunstigdes was sodat enige daaropvolgende beperking van hulle reg om onmiddellik oor die boedelgoedere te beskik, sonder om 'n geldige en afdwingbare substitusie daar te stel, neerkom op 'n **nudum praeceptum**. Die eksekuteurs van die erfgename se bestorwe boedels was, behalwe vir die normale eksekuteursvergoeding, nie geregtig op enige voordeel uit die boedel van die oorledene nie en kon daarom nie beskou word as begunstigdes van die erfgename nie. Regter Fagan wys daarop dat:

> Now in the present case, clause 18 seems to me, with reference to the duly appointed executor, merely to mean that on the death of an heir the inheritance is to fall into that heir's estate. The property is not given to the duly appointed executor personally, nor is there any direction as to what he should do with it, and therefore the clause can only mean that the property is to form part of the beneficiary's estate. That being so, I cannot see that any party can on the death of a beneficiary have any claim to the inheritance other than by inheritance from the beneficiary's estate, in other words, he can have no greater right than the beneficiary himself had.[108]

Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn[109] stel die posisie duidelik:

> ... inasmuch as an obligation upon the fiduciary to pass on the property in question to the fideicommissary is of the essence of a **fideicommissum**, a provision whereby the testator confers upon the person to whom the property is initially bequeathed, or entrusted, an unfettered discretion as to whether to pass it on or not does not create a valid **fideicommissum**. ... Where, however, the disposition is to a person who is not intended to have any personal beneficial interest therein, as, for example, a disposition to executors to be held in trust and distributed by them at their discretion,

---

107 1950 4 SA 417 (K).

108 Op 419G.

109 Corbett *ea* **Succession** 269 en 270.

> then the entire disposition fails and is regarded as being **pro non scripto.**

In **Handley v Handley**[110] en **Ex parte Bowie**[111] word die beginsel uitgelig dat indien 'n "power of appointment" (delegasie van testeerbevoegdheid) aan 'n **fiduciarius** verleen word en hy sterf voor die uitoefening van dié bevoegdheid, vererf die goed op die intestate erfgename van die **fiduciarius**. Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn[112] wys daarop dat:

> ... a direct substitution may arise not only by express creation but also by implication. Such a substitution, however, will be implied only in cases where, applying the ordinary principles relating to the implication of testamentory provisions, it is clear, as a matter of 'necessary implication', that the testator so intended in respect of an event which was in fact contemplated by him.

Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn[113] stel dit verder duidelik dat die hofbeslissings:

> ... dealing with the failure of a fideicommissary substitution for want of an effective gift over, must be distinguished from another line of cases wherein the testator has bequeathed property to administrators in trust and has provided that it be administered by them, that the income derived therefrom be paid to a beneficiary and that upon the beneficiary's death (or upon some other contingency) the capital be paid to such person as the beneficiary might by will have appointed.

In **Robertson v Robertson's Executors**[114] het die testateur die restant van sy boedel bemaak aan sy eksekuteurs as trustees om die inkomste daarvan aan sy eggenote te betaal gedurende haar lewe en bepaal dat die trustees by haar afsterwe met die kapitaal van die boedel moes handel "as she may by will, or otherwise in writing, have appointed". Die testateur het verder bepaal dat dit sy bedoeling is dat sy eggenote geen beheer oor sy boedel gedurende haar lewe sal hê nie, maar dat sy sodanige inkomste sal ontvang as wat beskikbaar mag

---

110 1919 NPA 154.

111 1955 2 SA 641 (O).

112 Corbett *ea* **Succession** 211 en 212.

113 Corbett *ea* **Succession** 276.

114 1914 AD 503.

wees. Die testateur se weduwee het aangevoer dat sy geregtig was op die oordrag van die **corpus** van die boedel op grond daarvan dat die testateur in werklikheid die volle **dominium** aan haar bemaak het. Die hof het beslis dat die testateur die blote eiendomsreg van die boedelbates in die trustees gevestig het onderworpe aan sy eggenote se lewenslange reg van vruggebruik en dat die eiendom mettertyd deur die trustees aan die toekomstige begunstigdes, wat nog nie vasgestel is nie, oorgedra sal word. Appèlregter Innes wys verder daarop:

> Now the golden rule for the interpretation of testaments is to ascertain the wishes of the testator from the language used. And when these wishes are ascertained, the Court is bound to give effect to them, unless we are prevented by some rule or law from doing so. In the present instance the testator clearly and plainly directs that his wife shall have no control over his estate during her life; but she comes into a court of law and demands such control. To grant her request would be to vary the express provisions of the will, and it lies upon her to advance some compelling reason for what, upon the face of it, would be an improper order.[115]

Volgens Corbett, Hahlo, Hofmeyr en Kahn[116] kan die **Robertson**-saak en die ander hofbeslissings wat hierbo bespreek is op twee gronde onderskei word. Eerstens was daar in die geval van die **Robertson**-saak 'n regstreekse bemaking van die eiendomsreg in die boedelgoedere aan die trustees ten behoewe van die trustbegunstigde vir die duur van haar lewe terwyl die boedelgoedere kragtens die ander hofbeslissings aanvanklik direk aan die begunstigde(s) self vir die duur van sy/haar/hulle lewe(ns) bemaak is. Die belangrikheid van hierdie onderskeid is geleë in die feit dat daar by die **Robertson**-saak uit die regstreekse bemaking aan die trustees afgelei word dat die eiendomsreg in die boedelgoedere nie in die begunstigde moet vestig nie en boonop dat hierdie nie 'n geval is waar die eiendomsreg aan die begunstigde bemaak is en die testateur dan in sy testament poog om die bemaking te beperk nie. Tweedens het die testateur in die **Robertson**-saak van 'n "power of

---

115 **Supra** op 507.

116 Corbett *ea* **Succession** 277 en 278.

appointment" gebruik gemaak wat, soos voorheen aangetoon, op 'n effektiewe oorbemaking kan neerkom.

In **Jewish Colonial Trust, Ltd v Estate Nathan**[117] het die testateur sy boedel aan sy trustees in trust nagelaat en bepaal dat sekere jaargelde vir vyftig jaar lank uit die inkomste betaal moes word. Na verloop van hierdie periode moes die restant van die boedel aan die Jewish Colonial Trust uitbetaal word. Die trust moes 'n fonds, die "Solomon Nathan Family Fund" met die geld stig. Nadat vyftien jaar van die tydperk verstryk het, het die Jewish Colonial Trust geëis dat die trustees die deel van die restant van die boedel wat nie vir die uitbetaling van die jaargelde nodig was nie aan hulle moes oorbetaal. Ter ondersteuning van hulle aansoek het hulle ondermeer aangevoer:

> Plaintiff [die Jewish Colonial Trust] is the residuary heir or legatee ... and its interest as such is in law vested in it.

Hierteen het die trustees beswaar aangeteken op grond daarvan dat:

> [t]he Jewish Colonial Trust ... is not the residuary heir or legatee but a trustee or fiduciary without beneficial interest.

Appèlregter Watermeyer wys daarop dat:

> The question for decision is whether the rights bequeathed to the plaintiff were vested rights.[118]

Appèlregter Watermeyer vervolg as volg:

> Now whenever a bequest is made in words which indicate that the right bequeathed is not to be enjoyed or exercised until some future date (that is some date after the testator's death), then the question always arises whether the words indicating future enjoyment were inserted for the purpose of making the bequest conditional or merely for the purpose of postponing the enjoyment of the bequest. The answer to that question depends ultimately upon the intention of the testator as gathered from the terms of the will, but there are many rules of construction which assist in the decision of the question. If the bequest is unconditional, then the legatee

---

117 1940 AD 163.

118 Op 175; Sien Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 274 en 275 in verband met die vestiging van regte in die geval van 'n opskortende voorwaarde.

> acquires a vested right in the bequest from the date of the death of the testator (**dies cedit**) though he cannot enjoy it until the time arrives for enjoyment (**dies venit**); if on the other hand the bequest is conditional, he acquires no vested right.[119]

Die hof het beslis dat die regte van die Jewish Colonial Trust onvoorwaardelik in die trust gevestig het by die afsterwe van die testateur maar onderworpe aan 'n **modus is.** Die **modus** moet nie met die voorwaarde verwar word nie. 'n Opskortende voorwaarde verskil van die **modus** deurdat die **modus** nie 'n vertraging van die **dies cedit** tot gevolg het nie.[120] In die geval van die **modus** word die begunstigde na die dood van die erflater onverwyld reghebbende ten opsigte van die nagelate voordeel en is dan onderhewig aan die verpligting om aan die **modus** uitvoering te gee.[121]

Honoré[122] som die situasie as volg op:

> ... the **nudum praeceptum** rule does not apply where the founder has conferred on the beneficiary something which falls short of an immediate right to the ownership or **corpus** of the property, eg by giving him an interest limited to his lifetime or by conferring on him the capital or **corpus** only from a future date.

Volgens Honoré[123] is dit in die Engelse reg wel moontlik om 'n trust op te rig wat ten doel het om die begunstigde teen homself te beskerm. Die trustee se pligte en bevoegdhede word sodanig uiteengesit dat hy in staat gestel word om die trust- inkomste en -kapitaal op 'n geldige wyse en in ooreenstemming met die trustdoel toe te ken sonder om die insolvent enigsins te begunstig. In **Vickers' Trustees v Cloete and Others**[124] stel regter Searle dit soos volg:

---

119 Te 176.

120 Per Appèlregter Watermeyer in **Jewish Colonial Trust Ltd v Estate Nathan** 1940 AD 163 177: "The important point to notice is that the addition of a **modus** to a bequest does not make it conditional and therefore does not affect the vesting."

121 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 282.

122 Honoré **Law of Trusts** 123 en 124.

123 Honoré **Law of Trusts** 119.

124 1914 CPD 575.

> ... also that where property is, under a will, vested in trustees to whom a clear and absolute discretion is given with regard to the payment of capital or interest, so that they can at will withhold it completely from the beneficiary should they so decide, the English Courts have recognised such a trust and allowed it to be given effect to, and have refused relief to creditors who have attempted to attack such fund.[125]

Die geldigheid van so 'n trust in die Suid-Afrikaanse reg berus op twee beginsels. Eerstens mag geen gevestigde reg ten opsigte van enige gedeelte van die trustinkomste of -kapitaal aan die insolvente begunstigde toegeken word nie sodat daar niks is wat in sy insolvente boedel kan val nie. Tweedens moet daar 'n definitiewe verpligting op die trustees rus om uitvoering aan die doelstelling van die trust te gee en mag dit nie aan hulle diskresie oorgelaat word nie. Om dit te bewerkstellig is dit noodsaaklik dat die trustbegunstigdes nie beperk moet wees tot die insolvent nie, anders sal die trustees verplig wees om die trustinkomste of -kapitaal tot sy voordeel aan te wend en sou hy in effek 'n gevestigde reg daartoe verkry.[126] Honoré[127] wys daarop dat:

> In order that the trust may be valid the trustees should therefore be given a discretion to apply the income for purposes other than the benefit of the insolvent. If, however, they are given an entirely unfettered discretion, the trust will fail for want of a defined object.

Diskresionêre "protective" trusts word daarom in die praktyk geskep deur aan die trustee 'n diskresie te verleen om die trustinkomste of -kapitaal vir die voordeel van die insolvent of ander lede van sy familie aan te wend. Die reg erken 'n substitusie deur middel van 'n **fideicommissum** by die plaasvind van 'n sekere gebeurtenis en insolvensie is slegs een so 'n gebeurtenis. Dit laat ook toe dat trusts opgerig word vir onpersoonlike doeleindes, soos byvoorbeeld die toestaan van 'n studiebeurs wat alhoewel dit in werklikheid individuele persone mag

---

125 Op 580.

126 Honoré **Law of Trusts** 119 en 120.

127 Honoré **Law of Trusts** 119.

bevoordeel geen afdwingbare regte tot die trustinkomste of -kapitaal in sodanige persone vestig nie.[128]

Die praktiese implikasie van bogenoemde beginsels is dat by A se insolvensie of die beslaglegging van A se erfenis, die eiendom in B as trustee vestig om volgens B se onbelemmerde diskresie vir die voordeel van A, sy eggenote en kinders aangewend te word. Nòg A nòg enige van sy familielede het 'n reg op enige gedeelte van die trustgoed, maar B is nietemin verplig om die eiendom aan te wend onderhewig aan die trustdoel soos in die trustakte omskryf.

'n Ander geval is waar die testateur bepaal dat geen erfenis wat enige van sy erfgename mag toeval ooit deel sal vorm van enige insolvente boedel van sodanige erfgenaam nie. Indien enige van sy begunstigdes voor sy dood of voordat enige erfenis aan sodanige begunstigde uitbetaal is insolvent verklaar word, word die bemaking herroep en sal dit oorgaan op die trustees van 'n trust ten behoewe van sodanige begunstigde. Die trust sal staak sodra die begunstigde gerehabiliteer is waarna die volle bemaking met opgeloopte inkomste aan hom uitbetaal sal word. Indien die begunstigde voor sy rehabilitasie te sterwe sou kom sal die trust by sodanige begunstigde se dood beëindig word en die volle bedrag tot beskikking van die trust aan die kinders van sodanige begunstigde toekom.

Steyn[129] wys daarop dat:

> A condition that an inheritance or bequest shall lapse if the heir or legatee goes insolvent or if his goods are attached in execution of a judgement is not invalid. It is not **contra bonos mores** even though its object is to defeat the claims of creditors of the beneficiary. Its effect is analogous to the repudiation by an heir of his inheritance before the sequestration of his estate with the very object that the amount which would otherwise go into his estate should be lost to his creditors. This repudiation is not considered in law as an alienation in fraud of creditors, as there can be no alienation of what is omitted to be acquired.

---

128 Honoré **Law of Trusts** 120.

129 Steyn **Law of Wills** 104.

Die kernvraag lê daarin of die begunstigde by die testateur se afsterwe gevestigde regte uit hoofde van laasgenoemde se testament gekry het aldan nie. Dit staan 'n testateur of trustoprigter volkome vry om die oorgaan van boedel- of trustgoedere aan onder andere voorwaardes te koppel. Dit is 'n geldige en afdwingbare bepaling waaraan ingevolge die stelreël **voluntas testatoris servanda est** gevolg gegee moet word indien die testateur bepaal dat 'n begunstigde wat voor sy dood insolvent sou raak nie erf nie. So 'n bepaling het 'n effektiewe onterwing van die begunstigde tot gevolg. Die voordeel wat die begunstigde sou toeval indien hy nie voor die testateur se dood insolvent verklaar was nie kan hom egter moontlik op 'n later stadium tog wel toeval indien hy nie te sterwe kom voordat hy gerehabiliteer is nie. Indien hy wel voor hierdie stadium te sterwe sou kom word sy kinders as sy substitute aangewys. Die uiteindelike vestiging van die voordeel is derhalwe onderhewing aan die plaasvind van 'n onsekere toekomstige gebeurtenis. Niemand kan met sekerheid sê of hy ooit die datum (onseker) van sy rehabilitasie (onseker) sal beleef nie (onseker). Sy bemaking is dus onderhewing aan 'n opskortende voorwaarde waardeur beide **dies cedit** sowel as **dies venit** uitgestel word totdat die voorwaarde inderdaad vervul word. Tot en met die vervulling van die voorwaarde het die begunstigde geen regte nie.[130] In **Botha v Botha en 'n Ander**[131] word dit soos volg gestel:

> ... is dit duidelik dat, indien die bevoordeling onderhewing gestel is aan 'n gebeurtenis wat moontlik nie gedurende die lewe van die bevoordeelde sal plaasvind nie, **dies cedens legati** aanbreek by die plaasvind van die gebeurtenis.

Steyn[132] wys daarop dat:

> Where the inheritance or bequest is in favour of a person in existence at the date of the testator's death, without any intimation of a desire to suspend or postpone the operation of the inheritance or bequest, there exists a presumption that the testator intended to confer an immediately vesting interest; but where the appointment or bequest is conditional,

---

130 Corbett *ea* **Succession** 134.

131 1979 3 SA 792 (T).

132 Steyn **Law of Wills** 225.

> then vesting occurs only upon the fulfilment of the condition, unless the condition is of such a nature that it can be regarded as **pro non scripto** ...

Steyn[133] verklaar ook:

> If the future date is not certain to arrive before the death of the heir or legatee, the general rule is that the inheritance or bequest is conditional upon the day so arriving.

Die insolvente begunstigde se kurator het gevolglik geen reg om op die erfenis beslag te lê ten gunste van sy skuldeisers nie: **nemo ad alium transferre potest quam ipse haberet**.

Steyn[134] verduidelik verder soos volg:

> Similarly, where the will vests the **dominium** of the inheritance or bequest in the heir or legatee and the will contains provisions for the lapse of such inheritance or bequest on certain contingencies after the testator's death, as, for example, the insolvency of the heir, judgment taken against him or attachment of his goods, etc., and there is no positive direction in the will as to the disposal of the heir or legatee's interests to other persons (i.e., there is no gift over) on the happening of such event, the provisions as to such lapse must be disregarded.

4.2 Bewindtrusts

Die **nudum praeceptum** word ook by die bewindtrust aangetref.[135] As A sy plaas aan 'n trust bemaak en bepaal dat alle inkomste uit die plaas aan sy vrou V gedurende haar lewe betaal moet word en by haar dood beëindig die trust en word die plaas aan A se seun S oorhandig, kom dit neer op 'n bemaking aan S onderhewing aan V se vruggebruik. Al die trustvoorwaardes is nie-gebiedende voorskrifte en V en/of S kan die trust beëindig indien hulle so verkies.[136]

---

133 Steyn **Law of Wills** 226.

134 Steyn **Law of Wills** 288.

135 **Ex parte Gibson** 1932 WLD 38.

136 Olivier en Van den Berg **Boedelbeplanning** 132 en die gesag daar aangehaal.

'n Bewindtrust verwys na 'n trust in wye sin waar die goedere in die begunstigde vestig maar die beheer en handelingsbevoegdheid berus by 'n administrateur.[137] Honoré is nie slegs die skepper van die benaming 'bewindtrust' nie, maar hy is ook entoesiasties oor die gebruik van dié soort trust. Sy benaming vir dié soort regsverskynsel waar goedere in die begunstigde vestig maar vir hom deur bewindhebbers beheer word, is 'n bewindtrust.[138] Honoré[139] verduidelik soos volg:

> There are instances in which the founder instead of transferring the assets to the trustee makes a gift or bequest to the beneficiary, whether an individual or juristic person, but vests the administration of the assets in an administrator or trustee. This arrangement corresponds to the appointment of an administrateur in Roman-Dutch or a bewindhebber in modern Dutch law and may conveniently be called a bewind. Whether a bewind is to be classed as a trust is disputed. According to the definition set out above a bewind under which the bewindvoerder holds an office is a trust, since it is control by the trustee or administrator, not ownership, which is the essential feature of a trust, and ownership is merely the form which such control most commonly and conveniently takes. On this view the trust is a single institution under which the ownership of the trust assets may or may not be vested in the administrator or trustee according to the form of the trust instrument. The reasons for taking this view are terminological, administrative and functional.

Die howe verleen ook erkenning aan so 'n trust en bevraagteken nie die bestaanbaarheid daarvan nie. In **Schaumberg v Stark NO**[140] het regter Centlivres dit soos volg gestel:

> I have not been able to find any authority which supports the contention that merely because a trustee is appointed by will the testator intended to vest the estate in him.

Die testateur het in hierdie saak sy hele boedel aan sy eggenote bemaak en bepaal dat die boedel deur H as trustee (**Treuhänder**) beheer moet word. Die hof het beslis dat die eggenote 'n fidusiêre eienaar van die boedel was. Dit is in

---

137 **Schaumberg v Stark NO** 1956 4 SA 462 (A).

138 Olivier en Van den Berg **Boedelbeplanning** 132.

139 Honoré **Law of Trusts** 3 en 4.

140 1956 4 SA 462 (A) 468.

ooreenstemming met die definisie van 'trustee' volgens regter Innes in **Estate Kemp and Others v McDonald's Trustee**:[141]

> persons entrusted (as owners **or otherwise**) with the control of property with which they are bound to deal for the benefit of others.

In artikel 1 van die **Wet op die Beheer oor Trustgoed**[142] word 'n trust vir die doeleindes van daardie wet omskryf as:

> die reëling waardeur een persoon se goed uit hoofde van 'n trustdokument-
>
> a) aan iemand anders, die trustee, in die geheel of gedeeltelik in eiendom oorgemaak of nagelaat word om ooreenkomstig die voorskrifte van die trustdokument geadministreer te word of oor beskik te word tot voordeel van die persoon of klas van persone in die trustdokument aangewys of ter bereiking van die doel in die trustdokument omskryf; of
>
> b) aan die bevoordeeldes in die trustdokument aangewys in eiendom oorgemaak of nagelaat word, welke goed ingevolge die trustdokument onder die beheer gestel word van iemand anders, die trustee, om ooreenkomstig die voorskrifte van die trustdokument geadministreer te word of oor beskik te word tot voordeel van die persoon of klas van persone in die trustdokument aangewys of ter bereiking van die doel in die trustdokument omskryf, maar nie ook die geval waar iemand die goed van 'n ander moet administreer as eksekuteur, voog of kurator ingevolge die bepalings van die Boedelwet, 1956 (Wet No. 66 van 1956), nie.

Uit die omskrywing van trust in artikel 1 is dit duidelik dat 'n trustee nie eienaar of ander reghebbende van die trustgoed hoef te word nie. Die definisie van trustee in die **Wet op die Beheer oor Trustgoed**[143] omvat ook 'n trustee en administrateur. 'n Trustee in die wye sin van die woord is dus voorhande. Telkens sal ooreenkomstig die bepalings van die trustdokument vasgestel moet

---

141 1915 AD 491 499.

142 Wet 57 van 1988.

143 Wet 57 van 1988.

word of die trustee reghebbende van die trustgoed is of slegs die beheer daaroor uitoefen.[144]

Honoré[145] wys daarop dat:

> Both statute and case law, however, suggest that at the present day there is a single institution by which the trustee / administrator administers the trust property as owner or as non-owner, depending on the terms of the will or trust instrument. ... It is a question of construction whether in a particular case there is a gift to the administrators or trustees of the **dominium**. The great merit of this view, as opposed to one which holds that the ownership is in the trust considered as a legal person, or that it must necessarily vest in the trustee, is that it gives effect to the intention of the testator or of the contracting parties **inter vivos** according to the tenor of their words. ... There are a number of cases in which despite the existence of a trust the **dominium** was found not to be vested in the trustees. Such trusts administered by non-owning trustees resemble the Dutch bewind and may for convenience be called bewind-trusts.

Indien die beginsels van die **nudum praeceptum** op 'n bewindtrust toegepas word, het dié soort trust miskien 'n bestaansreg, maar die bruikbaarheid daarvan is beperk. Al die bepalings wat in die trustakte in die belang van die begunstigde opgeneem is, is van 'n nie-gebiedende aard en in die afwesigheid van 'n oorbemaking in die trust, kan die begunstigde te enige tyd van die trustee ontslae raak en die trustgoed opeis.[146] Honoré[147] verduidelik dit soos volg:

> There is one type of case in which a trust which amounts to a **nudum praeceptum** is itself invalid, viz when property is given to a beneficiary with a gift over to trustees in the event of the beneficiary's insolvency, the assignment of his estate, the issue of an interdict against him, the attachment of his property or some similar financial misfortune, to hold on trust for the beneficiary. Since the beneficiary owns the property and the restriction is imposed purely in his own interests, it does not bind him. He can therefore insist on administering it himself, and in consequence his trustee in insolvency can insist on doing the same, for it would be a fraud on the

---

144 Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg** 349.

145 Honoré **Law of Trusts** 212 en 213.

146 Olivier en Van den Berg **Boedelbeplanning** 132.

147 Honoré **Law of Trusts** 118.

insolvency law to withdraw the property from the claims of the beneficiary's creditors.

In die praktyk word testamente dikwels aangetref waarin bepaal word dat goed aan kinders bemaak word en indien die kinders by die dood van die erflater jonger as 'n bepaalde ouderdom is, die goed aan 'n trust oorgedra moet word ten behoewe van die kinders todat hulle die bepaalde ouderdom bereik het. Dit is die aanvanklike regstreekse bemaking en die vermeende trustoprigting daarna wat die vraag laat ontstaan of die goed in die trustees of dan wel in die begunstigdes vestig. Volgens bogenoemde voorbeeld, en as die testament in die geheel hom nie tot 'n ander interpretasie leen nie, is die dominante bedoeling van die erflater waarskynlik die bevoordeling van sy kinders wat meebring dat hulle op die datum van die dood van die erflater of trustoprigter 'n vorderingsreg ten opsigte van die goed verkry. Die vraag ontstaan of die trust tot by die bepaalde ouderdom moet voortduur, ondanks die vestiging van die vorderingsregte in die begunstigdes.

Daar is dikwels in die Romeins-Hollandse reg van 'n administrateur gebruik gemaak om bates wat aan 'n minderjarige nagelaat is, tydens sy minderjarigheid namens hom te administreer. Wat minderjarige bevoordeeldes betref, is daar in Suid-Afrika 'n soortgelyke praktyk. Gemeenregtelik is dit derhalwe geoorloof om 'n minderjarige van sy beskikkingsreg oor goed wat aan hom geskenk of nagelaat is, te ontneem. Hierdie reël van die gemene reg geld ook in Suid-Afrika.[148]

Indien 'n erflater 'n volkome handelingsbevoegde meerderjarige erfgenaam van sy beskikkingsreg ten opsigte van sy erfenis wil ontneem deur die bemaakte goed onder die beheer van 'n administrateur te plaas, of om die bevoordeelde te verbied om die goed te vervreem, is die standpunt van ons gemene reg dat dit op 'n **nudum praeceptum** neerkom wat die erfgenaam nie bind nie. Dit is 'n fundamentele beginsel van die Romeins-Hollandse reg dat:

---

148 Olivier **Trustreg en Praktyk** 112 en die gesag daar aangehaal.

> Without legal authority no man should be deprived of the free administration of his own affairs.[149]

Die persone in wie se guns die erflater 'n bepaalde begunstigde die beskikkingsreg oor 'n legaat of erfenis ontneem, moet duidelik aangedui word indien die erflater wil verseker dat sy beperkings op die begunstigde bindend is. Daar moet dus in die testament bepaal word dat indien die erfgenaam sou probeer om van die administrateur ontslae te raak of die goed te vervreem, hy sy voordele sal verbeur en dat die goed dan aan 'n alternatiewe begunstigde of klas van begunstigdes sal toeval. Die benoeming van 'n opvolgende begunstigde of groep begunstigdes staan bekend as 'n "gifte oor die hand" of "gift over". Dit word soms ook 'n "oorbemaking" genoem.[150]

In **Jewish Colonial Trust, Ltd v Estate Nathan**[151] stel appèlregter Watermeyer dit soos volg:

> This doctrine, I apprehend, underlies the rule laid down in **Saunders v Vautier**, and enunciated with great clearness by Vice-Chancellor Wood in **Gosling v Gosling**. Vice-Chancellor Wood says this: 'The principle of this Court has always been to recognise the right of all persons who attain the age of twenty-one to enter upon the absolute use and enjoyment of the property given to them by a will, notwithstanding any directions by the testator to the effect that they are not to enjoy it until a later age: unless, during the interval, the property is given for the benefit of another. If the property is once theirs, it is useless for the testator to attempt to impose any fetter upon their enjoyment of it in full as soon as they attain twenty-one. And upon that principle, unless there is in the will, or in some codicil to it, a clear indication of an intention on the part of the testator, not only that his devisees are not to have the enjoyment of the property he has devised to them until they attain twenty-five, but that some other person is to have that enjoyment - or unless the property is so clearly taken away from the devisees up to the time of their attaining twenty-five as to induce the Court to hold that, as to the previous rents and profits there has been an intestacy - the Court does not hesitate to strike out of the will any direction that the

149 Olivier **Trustreg en Praktyk** 113 en die gesag daar aangehaal.

150 Vir 'n verduideliking van die betekenis van "gift over" sien Corbett *ea* **Succession** 270 tot 278. Sonder 'n oorbemaking is die bemaking of beskikking 'n **nudum praeceptum** wat geen regskrag het nie.

151 1940 AD 163 179.

> devisees shall not enjoy it in full until they attain the age of twenty-five years.'

Appèlregter Watermeyer vervolg:

> In the House of Lords the Lord Chancellor (Lord Herschell), in dealing with this quotation from **Gosling v Gosling** (1895, A.C. at p.193), made the following important comment: 'The point seems, in the first instance, to have been rather assumed than decided. It was apparently regarded as a necessary consequence of the conclusion that a gift had vested, that the enjoyment of it must be immediate on the beneficiary becoming **sui juris**, and could not be postponed until a later date unless the testator had made some other destination of the income during the intervening period. It is needless to enquire whether the Courts might have given effect to the intention of the testator in such cases to postpone the enjoyment of his bounty to a time fixed by himself subsequent to the attainment of the objects of his bounty of their majority.' [152]

Die bewindtrust het moontlikhede vir minderjariges en kan voortduur totdat die minderjarige begunstigdes meerderjarig word. Dit is egter nie die beste vorm van beplanning om 'n bewindtrust vir minderjariges te skep nie, aangesien die bemaakte goed in die begunstigdes vestig. Daar kan net so wel van 'n trust in regstegniese sin gebruik gemaak word wat veel meer geskik is om die minderjariges teen hulle gebrek aan ervaring te beskerm. Dit wil voorkom asof 'n bewindtrust miskien eerder tot stand kom vanweë 'n gebrek aan insig van die testament- of trust opsteller en nie soseer omdat doelbewus so beplan is nie.[153]

Die bewindtrust is wel bruikbaar in die vorm van 'n beleggingstrust wat ook 'n vorm van 'n besigheidstrust is. Olivier[154] noem as voorbeeld die geval waar die lede van byvoorbeeld 'n prokureursfirma hulle eie gebou in die naam van die "Omega Trust" oprig. Die onderskeie vennote of hulle familietrusts is die trustbegunstigdes en die kapitaal, inkomste en verliese van die Omega Trust vestig in die begunstigdes. Alhoewel daar in die trustakte van die Omega Trust geen sprake van 'n oorbemaking is nie, skep dit nie 'n probleem nie aangesien

---

[152] Op 180.

[153] Olivier **Trustreg en Praktyk** 114.

[154] Olivier **Trustreg en Praktyk** 114.

die partye dit so wil hê. Omega Trust dien suiwer as 'n geleibuis en hierdie besondere eienskap gekoppel aan die kontinuïteit van die trust maak dit aantrekliker om te gebruik as byvoorbeeld 'n vennootskap of 'n maatskappy.[155]

5 Gevolgtrekking

Reeds in die Romeinse- en Romeins-Hollandse reg het die **nudum praeceptum**-reël gegeld soos dit vandag in die Suid-Afrikaanse reg van toepassing is. Die **nudum praeceptum-reël** kom ter sprake by testamente sowel as trusts. Indien 'n testateur of trustoprigter voorskrifte, beperkings of voorbehoude ten opsigte van 'n erfenis, legaat, trustinkomste of -kapitaal oplê sonder om 'n persoon aan te wys op wie die erfenis of trustbelang sal oorgaan indien die verbodsbepalings nie nagekom word nie, is so 'n voorskrif, beperking of voorbehoud "naak" en het dit geen regsuitwerking nie. Die uitgangspunt van ons reg is om aan die wense van die erflater, soos in sy testament beliggaam, uitvoering te gee: **voluntas testatoris servanda est**. Die **nudum praeceptum**-reël is 'n uitsondering hierop en kan besondere klousules in 'n testament as nietig verklaar word want "waar geen klager is, is geen wet" sonder dat die testament as geheel in die gedrang kom. Daar moet derhalwe voldoen word aan die vereistes vir 'n **fideicommissum** voordat verbodsbepalings afdwingbaar sal wees.

Wat die trust aanbetref vind die **nudum praeceptum-reël** toepassing by "protective" trusts en bewindtrusts. "Protective" trusts word gewoonlik geskep om 'n begunstigde te beskerm indien 'n sekere gebeurtenis sou plaasvind, soos byvoorbeeld insolvensie. Indien die trustees egter nie beklee is met 'n diskresie omtrent die aanwending van die trustinkomste of -kapitaal nie, verkry die begunstigde 'n gevestigde reg daarop en is enige trustbepalings wat die begunstigde se regte probeer beperk "naak" en nie afdwingbaar nie.

---

155 Vir die voordele van 'n trust teenoor 'n maatskappy, beslote korporasie en vennootskap sien Olivier **Trustreg en Praktyk** 252 tot 257.

Indien daar derhalwe van 'n "protective" trust by boedelbeplanning gebruik gemaak wil word, moet die trust diskresionêr wees deurdat die trustees beklee is met 'n diskresie omtrent die verdeling van die trustinkomste of -kapitaal tussen meerdere trustbegunstigdes sodat geen begunstigde 'n gevestigde reg in die trustinkomste of -kapitaal verkry, waarop beslag gelê kan word of wat deel van sy insolvente boedel kan vorm nie. Daar moet verder voorsiening gemaak word vir 'n oorbemaking aan meerdere kapitaalbegunstigdes indien die insolvente begunstigde nie gerehabiliteer word voor die beëindiging van die trust nie.

'n Bepaling in 'n testament waarvolgens 'n testateur bepaal dat indien 'n erfgenaam of legataris insolvent sou word of wees tydens die testateur se afsterwe, daardie erfgenaam se erfenis nie op hom sal vererf nie maar sal oorgaan op trustees om in trust gehou te word ten gunste van die insolvent, sy eggenote en kinders en dat die trust beëindig sal word wanneer die insolvent gerehabiliteer word, of indien hy nie voor sy afsterwe gerehabiliteer word nie, dat die kapitaal aan sy kinders sal oorgaan, sal nie 'n **nudum praeceptum** daarstel nie omdat die insolvent geen gevestigde regte in die trustbates verkry het nie en daar 'n oorbemaking aan sy kinders is.

'n "Protective" trust kan derhalwe met vrug as 'n boedelbeplanningsinstrument aangewend word ten einde 'n erfgenaam se erfenis teen homself en sy krediteure te beskerm.

Die bruikbaarheid van die bewindtrust is in die praktyk beperk. Die trustbates vestig in die trustbegunstigdes en daarom is enige beperking ten opsigte van die beheer oor die trustbates en die handelingsbevoegdheid van die begunstigde 'n **nudum praeceptum** en nie afdwingbaar nie. By boedelbeplanning kan die bewindtrust aangewend word in die vorm van 'n beleggingstrust of 'n besigheidstrust deurdat die trust in die meeste gevalle 'n beter werktuig is as 'n vennootskap, beslote korporasie of maatskappy en die trustbegunstigdes se belange beskerm word omdat dit reeds in hulle gevestig is en nie aan trustees se diskresie oorgelaat word nie.

Waar testamentêre trusts ten gunste van minderjariges geskep word kan eerder van 'n trust in regstegniese sin gebruik gemaak word as 'n bewindtrust aangesien die trustbates in die trustees vestig, welke tipe trust veel meer geskik is om die minderjariges teen hulle gebrek aan ervaring te beskerm. In die geval van 'n bewindtrust vestig die trustbates in die begunstigdes wat waarskynlik nie die beste vorm van boedelbeplanning is nie.

Die regsbeginsel wat die **nudum praeceptum** ten grondslag lê, behoort deeglik deur boedelbeplanners en die opstellers van testamente en trustaktes in gedagte gehou te word. Dit blyk uit onder andere die regspraak wat in hierdie studie bespreek is, dat daar heelwat slaggate en vangplekke in die **nudum praeceptum**-beignsel opgesluit lê wat in bepaalde gevalle uiters ongelukkige gevolge vir 'n erflater of 'n trustoprigter se skema kan hê en die erfgename of trust begunstigdes benadeel.

SUMMARY

The nudum praeceptum in South African law

It has become relatively common practice for testators and the settlors of trusts to give someone the ownership of property or an immediate right to the capital of the property (usually immovable property) and then to proceed to impose restrictions on the use of same by the heir or beneficiary, for example a prohibition on alienation. Such a restriction imposed purely in the interests of the beneficiary does not bind him and it termed a nude prohibition (**nudum praeceptum**).

In the Roman and Roman-Dutch law a provision was termed "nude" if it is based on no apparent reason and when those persons in whose favour the prohibition is made are not specified.

A prohibition on alienation **simpliciter** or one which otherwise lacks the requirements of a valid **fideicommissum** is of no force or effect and regarded as **pro non scripto**. It is indeed only by way of a **fideicommissum** that such a prohibition can validly be imposed.

Testators and the settlors of trusts frequently endeavour by way of so-called "forfeiture" clauses to protect the benefit accruing to a beneficiary against his creditors or the trustee of his insolvent estate. Protective discretionary trusts which are intended to protect a beneficiary against himself in the event of the beneficiary's insolvency, the attachment of his property or some similar financial misfortune may validly be created by directing the trustee to devote the interest or capital of the trust property in such a way that he can validly carry out the trust because the insolvent beneficiary cannot assert a right to any part of the trust property and the trustee is placed under a definite obligation to give effect to the trust. It is essential that the trust beneficiaries should not be limited to the insolvent to obtain this position.

If the principles of the **nudum praeceptum** are applied to the "bewindtrust" it may have a right of existence but the use thereof is limited. The "bewindtrust" has feasibility regarding minor beneficiaries and may continue until they attain majority. It can also be applied in the form of an investment trust.

In view of the above, estate planners and drafters of wills and trust deeds should have due regard to the legal principles underlying the **nudum praeceptum** and its practical effects in particular circumstances.

6 Bibliografie

6.1 Handboeke

Corbett *ea* **Succession**

Corbett MM, Hahlo HR, Hofmeyr G en Kahn E **The Law of Succession in South Africa** 1e uitg (Juta Kaapstad 1980)

Gane **Jurisprudence**

Gane P "The Jurisprudence of my Time" in Huber U **Heedensdaegse Rechtsgeleertheyt (1636-1694)** (Butterworth & Co (Africa) Ltd Durban 1939)

Voet

Voet J (1647-1713) **The Selective Voet** being the Commentary on the Pandects (Paris edition of 1829) and the supplement to that work by Johannes van der Linden (1756-1835) Vol 5 Vertaal en geannoteer deur Percival Gane (Butterworths Durban 1956)

Honoré **Law of Trusts**

Honoré T **The South African Law of Trusts** 3e uitg (Juta Kaapstad 1985)

Hutchinson *ea* **Wille's Principles**

Hutchinson D, Van Heerden B, Visser DP en Van der Merwe CG **Wille's Principles of South African Law** 8e uitg (Juta Kaapstad 1991)

Mars **Insolvency**

Hockly HE **Mars The Law of Insolvency in South Africa** 8e uitg (Juta Kaapstad 1988)

Nadaraja **Fideicommissa**

Nadaraja T **The Roman-Dutch Law of Fideicommissa as Applied in Ceylon and South Africa** (Colombo 1949)

Olivier en Van den Berg **Boedelbeplanning**

Olivier PA en Van den Berg GPJ **Praktiese Boedelbeplanning** 1e uitg (Juta Kaapstad 1991)

Olivier **Trustreg en Praktyk**

Olivier PA **Trustreg en Praktyk** 1e uitg (De Jager-HAUM Pretoria 1989)

Sandé **Alienation**

Sandé J **A Treatise upon Restraints upon the Alienation of Things** (Juta Kaapstad1892)

Steyn **Law of Wills**

Steyn G **The Law of Wills in South Africa** 2e uitg (Juta Kaapstad 1948)

Van der Merwe en Rowland **SA Erfreg**

Van der Merwe NJ en Rowland CJ **Die Suid-Afrikaanse Erfreg** 6e uitg (JP van der Walt en Seun (Edms) Bpk Pretoria 1990)

6.2 Register van Regspraak

Aronson v Estate Hart and Others 1950 1 539 (AA)

Barnett v Estate Schereschewske and Others 1957 3 SA 679 (K)

Botha v Botha en 'n Ander 1979 3 SA 792 (T)

CIR v Sive's Estate 1955 1 SA 249 (AD)

CIR v Smollan's Estate 1955 3 SA 266 (AD)

Elliott v Spheris NO and Another 1977 1 SA 190 (W)

Estate Freedman v Freedman and Others 1962 3 SA 79 (W)

Estate Kemp and Others v McDonald's Trustee 1915 AD 491 499

Estate Watkins-Pitchford and Others v Commissioner for Inland Revenue 1955 2 SA 437 (A) 453

Ex parte Bowie 1955 2 SA 641 (O)

Ex parte Dell 1957 3 SA 416 (K)

Ex parte Dessels 1976 1 SA 851 (D)

Ex parte Estate Wienand 1965 1 SA 576 (K) 580

Ex parte Gibson 1932 WLD 38

Ex parte McClung and Others 1983 3 SA 446 (O)

Ex parte Mostert: in re Estate Late Mostert 1975 3 SA 312 (T)

Ex parte Roads 1978 4 SA 649 (O)

Ex parte Schoeman and Others 1954 4 SA 713 (T)

Ex parte Sieberhagen 1946 CPD 83

Handley v Handley 1919 NPA 154

Hiddingh's Trustee v Colonial Orphan Chamber and Hiddingh (1883) 2 SC 273

In re Allen Trust 1941 NPD 147

In re Estate Ansaldi 1950 4 SA 417 (K)

Jewish Colonial Trust Ltd v Estate Nathan 1940 (AA) 163, 180

Kock v Estate Kock 1946 CPD 27

Morley and Others v Standard Bank Trustees Department 1970 4 SA 299 (W)

Pritchard's Trustee v Estate Pritchard 1912 CPD 87

Robertson v Robertson's Executors 1914 AD 503

Ruskin NO v Sapire NO 1966 2 SA 306 (W)

Schaumberg v Stark NO 1956 4 SA 462 (A)

Vickers' Trustees v Cloete and Others 1914 CPD 575

Vorster v Steyn NO en Andere 1981 2 SA 831 (O)

Wood v Petrie 1923 AD 420

Zeederberg v SA Association (1867) 5 Searle 266

6.3 Register van Wetgewing

Insolvensiewet 24 van 1936

Wet op die Beheer oor Trustgoed 57 van 1988

Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed 94 van 1965