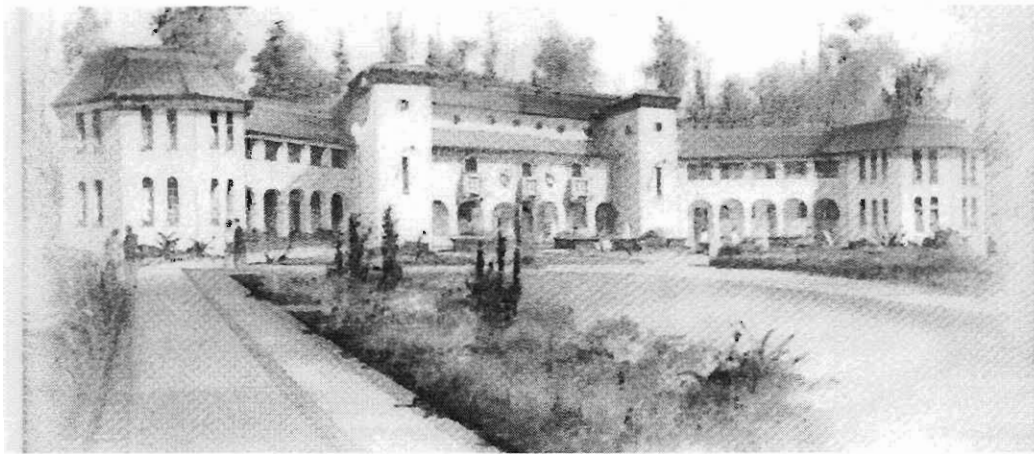


DIE *MODUS* AS BOEDELBEPLANNINGSINSTRUMENT IN DIE SUID-AFRIKAANSE REG

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



deur

Madeleine Ebersohn

12131598

Studieleier: Prof Christa Rautenbach

Vakke geslaag: Erfreg

Belastingreg

Sakereg en Eiendomswetgewing

Boedelbeplanning

Huweliksreg

Februarie 2006

INHOUDSOPGAWE

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

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

Abstract

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

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

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

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

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

HOOFSTUK 1

INLEIDING

1. 1 Agtergrond

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Jamneck 2002 *THRHR* 83.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. 2 Terreinafbakening

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

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

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

⁹ Sien paragraaf 2.2.

¹⁰ Sien paragraaf 2.2.

¹¹ Sien paragraaf 2.2.

¹² Sien paragraaf 2.1.

¹³ Sien paragraaf 2.2.

¹⁴ Sien hoofstuk 3.

¹⁵ Sien hoofstuk 4.

¹⁶ Sien hoofstuk 2.

¹⁷ Sien hoofstukke 2 en 3.

¹⁸ Sien hoofstuk 4.

HOOFSTUK 2

DIE *MODUS* IN DIE SUID AFRIKAANSE REG

2.1 *Inleiding*

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

2.2 *Definisie van die modus*

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

Corbett²² beskryf 'n *modus* soos volg:

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

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

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

²¹ Corbett *Succession* 348.

²² Corbett *Succession* 348.

Jamneck²³ is van mening dat

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

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

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

²³ Jamneck 2001 *THRHR* 83.

²⁴ Jamneck 1991 *THRHR* 320.

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

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

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

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

²⁹ Corbett *Succession* 348.

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

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

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

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

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

³¹ Van der Merwe *Erfreg* 298.

³² Beinart 1968 *Acta Juridica* 187.

³³ Sien paragraaf 2.3.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁹ *Ex parte Stümpfer* 1945 OPD 274.

⁴⁰ *Ex parte Stümpfer* 1945 OPD 274.

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

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

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

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

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

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

2.3 Oogmerke van die soorte *modus*

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

2.3.1 'n *Modus* in belang van die begunstigde self

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

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

⁴⁶ Beinart 1968 *Acta Juridica* 189.

⁴⁷ Beinart 1968 *Acta Juridica* 186.

⁴⁸ 'n Legaat of 'n erfenis.

⁴⁹ Indien die bemaking 'n legaat is.

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

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

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

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

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

⁵¹ Indien die bemaking 'n erfenis is.

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

⁵³ Beinart 1968 *Acta Juridica* 188.

⁵⁴ *Ex parte Stümpfer* 1945 OPD 274.

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

⁵⁶ *Ex parte Stümpfer* 1945 OPD 274.

⁵⁷ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 285.

2.3.3 'n *Modus* in belang van 'n derde

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

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

2.4 Gevolgtrekking

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

HOOFSTUK 3

MODUS EN ANDER REGSFIGURE

3.1 Inleiding

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

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

3.2 Modus en stipulatio alteri

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

⁶⁴ Sien hoofstukke 4 en 5.

⁶⁵ Jamneck 2001 *THRHR* 65.

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

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

⁶⁸ Sien hoofstuk 5.

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

⁷⁰ Sonnekus 1999 *TSAR* 59.

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

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

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

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

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

⁷² Indien die derde die voordeel aanvaar.

⁷³ Swanepoel 1956 *THRHR* 207.

⁷⁴ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 390.

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

3.3 Modus en voorwaardes

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

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

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

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

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

⁷⁷ Jamneck 2001 *THRHR* 66.

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

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

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

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

behoorlik verwoord is nie, sal dit as 'n *nudum praeceptum* aangeteken word en gevolglik nietig wees.⁸²

Die belangrikste onderskeid tussen opskortende en ontbindende voorwaardes en die *modus* is geleë in die tydstip wat die regte in die bemakings in die bevoordeelde vestig. By 'n opskortende voorwaarde vind *dies cedit* en *dies venit* plaas sodra die voorwaarde vervul is.⁸³ 'n Voorbeeld van 'n opskortende voorwaarde is byvoorbeeld indien die testateur in sy testament bepaal:

Ek bemaak my plaas aan my neef onderworpe aan die voorwaarde dat hy binne 6 jaar na my afsterwe 100 beeste koop en op die plaas laat wei.⁸⁴

By 'n ontbindende voorwaarde vind *dies cedit* en *dies venit* plaas by die dood van die testateur, maar alle verkreeë regte verval sodra die voorwaarde vervul word.⁸⁵ 'n Voorbeeld van 'n ontbindende voorwaarde sal wees indien die testateur bepaal:

... that should any of my sons marry and elect to leave the parental roof and establish a home elsewhere he shall forfeit all interest under this will.⁸⁶

Geen opheffing van regte vind by nie-nakoming van die *modus* soos in die geval van 'n ontbindende voorwaarde plaas nie. In terme van die *modus* sal sal die begunstigde steeds geregtig wees om die voordeel in eie naam te

⁸² *Vorster v Steyn* 1981 2 SA 831 (O) 316. In hierdie saak het die insolvent eiendom van sy vader geërf. Die testateur het bepaal dat indien die erfgenaam by sy dood insolvent is, die eiendom in 'n trust geplaas moet word. Die hof het beslis dat hierdie tipe bepaling neerkom op 'n *nudum praeceptum* omrede die hof geen diskresie het om enige deel van die erfenis, wat 'n boedelbate by rehabilitasie was, aan die insolvent toe te wys nie.

⁸³ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 394.

⁸⁴ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 394.

⁸⁵ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 394.

⁸⁶ *Ex parte Higgs: In re Estate Rangasami* 1969 1 SA 56 (D) 213. In hierdie saak het die hof beslis dat die seuns wat verkies het om die voorwaarde in die testament na te kom, en die gemeenskaplike woning te verlaat, hulle erfenis verbeur het. Die testateur het 'n geldige ontbindende voorwaarde geskep en

vorder. Beinart⁸⁷ verwys na Voet wat van mening was dat die versuim van die erfgenaam om die bepalings van die *modus* na te kom, daartoe kan lei dat hy die bemaakte voordeel moet teruggee indien die testateur so bepaal het.

3.4 *Modus en fideicommissum*

In die *Estate Kemp v Mc'Donalds Trustee*⁸⁸ saak is die *fideicommissum* soos volg beskryf:

... a testator may, if such is his intention and by means of a *fideicommissum*, separate the bare *dominium* from the beneficial enjoyment of property, while entrusting the *fiduciary* with certain powers of administering that property; he may do this so effectually that even if the *fideicommissary* dies before the *fiduciary* or before the fulfilment of the condition upon which the *fideicommissum* is to take effect, the *fiduciary* does not acquire ownership of the property.

Fideikommissêre substitusie word aangetref waar die erflater beveel dat 'n reeks erfopvolgers dieselfde eiendom agtereenvolgens moet ontvang.⁸⁹ In *Loock v Steyn*⁹⁰ het die testateur byvoorbeeld bepaal dat:

By my seun se dood sal die gemelde plase oorgaan en die uitsluitlike eiendom word van die twee kinders van elk van hulle wat die name dra van hul oorgrootouers.

Die erflating moet eers in een persoon (die *fiduciarius*) vestig, en daarna sal dit in 'n ander persoon (die *fideicommissarius*)⁹¹ vestig. Dit sal gebeur by die vervulling van 'n spesifieke voorwaarde of by die aanbreek van 'n bepaalde tydstop. Die *fiduciarius* word as reghebbende van die saak beskou, maar sy eiendomsreg word deur die reg van die *fideicommissarius* beperk.⁹²

indien sodanige voorwaarde verbreek word, verval die reg van die begunstigde om te kan erf.

⁸⁷ Beinart 1968 *Acta Juridica* 186.

⁸⁸ *Estate Kemp v Mc'Donalds Trustee* 1915 AD 491.

⁸⁹ Jamneck 1991 *THRHR* 90.

⁹⁰ *Loock v Steyn* 1968 1 SA 602 (A) 215. In hierdie saak het die Applikante aansoek gedoen om 'n verklarende bevel dat die voorwaardes van die testament nie regsgeldig is. Hulle het geweier om hul kinders na die testateurs te vernoem. Die hof het beslis dat die ontbindende voorwaarde regsgeldig was en het die aansoek van die hand gewys.

⁹¹ Die vervreemdingsbevoegdheid van die *fiduciarius* word beperk deur die bepaling ten gunste van die *fideicommissarius*.

⁹² Jamneck 1991 *THRHR* 93.

Joubert⁹³ verduidelik die aard van die *fideicommissum* soos volg:

Die doel van die fideicommissêre (*sic*) substitusie is dus om te voorsien dat 'n erflater sy nalatenskap agtereenvolgens aan 'n reeks erfopvolgers kan bemaak sodat die nalatenskap van die een erfopvolger op 'n ander erfopvolger kan oorgaan. Daarom het die Nederlandse juriste fideicommissêre (*sic*) substitusie erfstelling oor die hand genoem, in teenstelling met direkte substitusie wat erfstelling uit die hand is.

Van der Merwe en Rowland⁹⁴ is van mening dat dit belangrik is dat die testateur se bemaking 'n effektiewe "gift-over" bewerkstellig. Daar moet 'n oorgang van die testamentêre voordeel vanaf die *fiduciarius* na die *fideicommissarius* plaasvind.

By die *modus* is die begunstige die reghebbende ten opsigte van die erflating, onderhewig aan die verpligting waaraan uitvoering gegee moet word. Die eiendomsreg van die reghebbende word nie beperk deur die regte van die derde (of die begunstigde), soos in die geval van die *fideicommissarius* by die *fideicommissum*, nie.⁹⁵ Die begunstigde by die *modus* geniet onverstoorde gebruik en genot van sy saak, maar moet die opdrag van die testateur uitvoer. By die *fideicommissum* geniet die *fiduciarius* ook onverstoorde gebruik en genot oor die eiendom, en verkry onbelemmerde eiendomsreg indien die testateur so bepaal het. Die eiendom moet egter by die dood van die *fiduciarius* vestig in die *fideicommissarius*. Die *fideicommissarius* beskik ook oor 'n vorderingsreg soos in die geval van die derde by die *modus*. Indien die *fiduciarius* byvoorbeeld die eiendom op 'n ongeoorloofde wyse vervreem aan 'n derde, kan die *fideicommissarius* die eiendom vanaf die derde opeis. Hierdie bevoegdheid kom nie die *fideicommissarius* toe as eienaar van die eiendom nie, maar wel as vorderingsreghebbende.⁹⁶

Opsommend kan gesê word dat die ooreenkoms tussen die *modus* en die *fideicommissum* is dat die derde en die *fideicommissarius* albei as

⁹³ Joubert 1958 *THRHR* 246.

⁹⁴ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 398.

⁹⁵ Indien sodanige voordeel nie effektief oorgaan op 'n volgende persoon nie, sal die bepaling geklassifiseer word as 'n *nudum praeceptum* en ongeldig wees.

vorderingreghebbendes beskou kan word. Die verskil tussen die regsfigure is dat die derde by die *modus* slegs geregtig is op 'n voordeel soos deur die testateur bepaal, terwyl die *fideicommissarius* geregtig is op eiendomsreg oor die betrokke eiendom by die afsterwe van die *fiduciarius*.⁹⁷

3.5 *Modus en trust*

Ingevolge artikel 1 van die *Wet op Beheer oor Trustgoed*⁹⁸ kan 'n trust omskryf word soos volg:

... die reëling waardeur een persoon se goed uit hoofde van 'n trustdokument 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 aan die bevoordeeldes in die trustdokument 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 nie.

In die *Estate Kemp v McDonald's Trustee*⁹⁹ saak word die beginsel van 'n trust soos volg verduidelik:

... the underlying conception in these and other cases is that while the legal dominium of property is vested in the trustees, they have no beneficial interest in it but are bound to hold and apply it for the benefit of some person or persons or for the accomplishment of some purpose.

'n Voorbeeld van 'n trust sal wees indien 'n testateur (A) bepaal dat by sy afsterwe R 40 000 aan 'n trustee (B) oorbetal word wat dan die kapitaal en rente daarop van tyd tot tyd ter bevordering van spesifieke doel of tot voordeel van 'n begunstigde (C) moet aanwend.

⁹⁶ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 285.

⁹⁷ Van der Merwe 1962 *THRHR* 155.

⁹⁸ *Wet op Beheer oor Trustgoed* 57 van 1988.

⁹⁹ *Estate Kemp v McDonald's Trustee* 1915 AD 491.

'n Mens het dus met 'n trust te make ongeag of die trustee of die begunstigde ingevolge die trust die eienaar van die trustbates is. Die trustee is ook die reghebbende ten behoeve van die begunstigdes en nie ten behoeve van homself nie.¹⁰⁰ Die trustee is verplig om die trustbates in stand te hou, en kan die trustbates verkoop en die opbrengs belê indien die testateur aan hom die diskresie verleen het.¹⁰¹

Indien 'n trust met 'n *modus* vergelyk word, is dit duidelik dat die onderskeidende kenmerk die feit is dat die reghebbende by die trust nie ten behoeve van homself of sy voordeel handel nie, maar juis ten behoeve van 'n begunstigde. By die *modus* handel die persoon wat die voordeel ontvang tot sy eie voordeel, maar moet die verpligting wat deur die *modus* tot stand gekom het, nakom.

Die trust kan verder van die *modus* onderskei word op grond van die feit dat die trust voorsiening maak vir 'n effektiewe "gift-over".¹⁰² By die trust word die eiendomsreg van die bates aan die trust oorgedra en die trustee moet dit in trust hou tot voordeel van die begunstigdes.¹⁰³ Die trustee verkry nie eiendomsreg oor die bates nie. By die *modus* verkry die begunstigde die eiendomsreg op die bates, en die begunstigde hoef nie die eiendomsreg aan die derde oor te dra nie.

'n Verdere onderskeid tussen die *modus* en die trust die feit dat die begunstigde in die geval van die *modus* 'n prestasieverpligting het ingevolge waarvan hy verplig is om die bepalinge van die *modus* na te kom ten gunste van 'n derde persoon of in sekere gevalle die begunstigde self.¹⁰⁴ By die trust moet die trustee toesien dat die bates in stand gehou word en finansieel groei tot voordeel van die trustbegunstigdes.¹⁰⁵

¹⁰⁰ *Estate Kemp v McDonald's Trustee* 1915 AD 491.

¹⁰¹ *Estate Kemp v McDonald's Trustee* 1915 AD 491.

¹⁰² 'n "Gift-over" beteken dat daar 'n effektiewe oorgang van regte tussen die trustee en die begunstigde plaasvind.

¹⁰³ Jamneck 2001 *THRHR* 65.

¹⁰⁴ Jamneck 2001 *THRHR* 65.

¹⁰⁵ Jamneck 2001 *THRHR* 66.

Die ooreenkoms tussen die *modus* en die trust is geleë in die feit dat by die *modus* die begunstigde nooit die reghebbende van die bates word nie. Die trustee is ook nie reghebbende ten opsigte van die trustbates nie, hy beheer en administreer dit slegs tot voordeel van die begunstigde(s).¹⁰⁶

3.6 Gevolgtrekking

Dit is duidelik dat daar 'n duidelike onderskeid tussen die *modus* en die *stipulatio alteri*, *fideicommissum*, trust en voorwaardes is. Sommige van die eienskappe van die betrokke regsfigure stem met mekaar ooreen en daarom is dit te verstane dat sommige skrywers aandui dat sekere van die regsfigure spesies van 'n genus is.¹⁰⁷ Aangesien die regsfigure duidelike ooreenkomste toon, is dit maklik om die regsfigure met mekaar te verwar. Daarom is dit van belang dat die boedeladviseur deeglik kennis neem van die onderskeidende kenmerke van die onderskeie regsfigure. Hy moet die onderskeid op 'n verstaanbare wyse aan die testateur kan oordra ten einde die testateur in staat te stel om 'n ingeligte besluit te neem.

In die volgende twee hoofstukke word verwys na die verwarring in die regspraak¹⁰⁸ en die verskillende standpunte van skrywers¹⁰⁹ met betrekking tot die onderskeid en/of ooreenkomste tussen die *modus*, *fideicommissum*, *stipulatio alteri*, trust en voorwaardes.

¹⁰⁶ Murray 1958 *Acta Juridica* 64.

¹⁰⁷ Sien paragraaf 5.2.

¹⁰⁸ Sien hoofstuk 4.

HOOFSTUK 4

REGSPRAAK

4.1 Inleiding

Indien die *modus*, *fideicommissum*, voorwaardes, *stipulatio alteri* en die trust met mekaar vergelyk word, is dit duidelik dat daar 'n noue verwantskap tussen hierdie regsfigure bestaan en dat die kenmerke wat hierdie regsfigure van mekaar onderskei in sekere gevalle moeilik bepaalbaar is. Dié verwarring het ook nie in die regspraak agterweë gebly nie. Die onderskeid is nie altyd konsekwent in die Suid Afrikaanse regspraak toegepas nie. Ten einde hulle taak te vergemaklik het die hof telkens gepoog om een regsfiguur aan 'n ander wat vir die hof bekend is, gelyk te stel.¹¹⁰ Sodanige gelykstelling het dikwels die probleem tydelik opgelos, maar dit het ten koste van regsekerheid geskied.

4.2 *Ex Parte the Dutch Reformed Church of Dewetsdorp* 1938 OPD 139¹¹¹

In die *Ex Parte the Dutch Reformed Church*¹¹² saak het die hof bepaal dat die *modus* in belang van 'n derde gelykstaande aan 'n *fideicommissum* is. Dié saak is 'n duidelike voorbeeld van hoe die hof een bepaalde regsfiguur se eienskappe aan 'n soortgelyke regsfiguur waaroor die hof oor 'n breër kennis en ervaringsveld beskik, gelyk stel.¹¹³ Die wense van die testateur word sodoende verydel. In die *Cumming*¹¹⁴ saak is beslis dat die beweegrede vir

¹⁰⁹ Sien hoofstuk 5.

¹¹⁰ Jamneck 2001 *THRHR* 67.

¹¹¹ Sien paragraaf 2.3.2.

¹¹² *Ex parte the Dutch Reformed Church of Dewetsdorp* 1938 OPD 139.

¹¹³ Soos in die *Kemp* saak beslis is.

¹¹⁴ *Cumming v Cumming* 1945 AD 201. In hierdie saak het die testateur sekere eiendom aan begunstigdes bemaak. Die vraag wat ontstaan het was of ekstrasieke getuienis gebruik mag word om die inhoud van 'n testament te wwerspreek. Die hof het beslis dat indien die bedoeling van die testateur duidelik uit die testament blyk, geen getuienis buite die testament toelaatbaar is nie.

boedelbeplanning juis 'n noukeurig opgestelde testament is wat die ware bedoeling van die testateur verwoord.¹¹⁵

4.3 *Wessels v DA Wessels* 1987 2 SA 131 (T) 530¹¹⁶

Die *modus* het verskeie verskyningsvorme.¹¹⁷ Oor die algemeen word daar gepoog om die onderskeid tussen die *modus* en ander regsfigure te handhaaf.¹¹⁸ In die *Wessels*¹¹⁹ saak het die testateur 'n *fideicommissum* met 'n vruggebruik en 'n *modus* gekombineer.¹²⁰ Die testateur het ook 'n testamentêre *modus* aan die legataris¹²¹ of erfgenaam opgelê. Sodanige prestasieverpligting is *ex testamento*¹²² opgelê en die bevoordeelde het 'n vorderingsreg *ex testamento* teen die erfgenaam of legataris verkry ten einde die prestasie wat in die *modus* beliggaam is, af te dwing. Omrede 'n testateur verskeie regsfigure in een testament kan kombineer, is dit duidelik dat dit tot verwarring kan lei vir die persoon wat die testament moet interpreteer. Die verskil tussen die regsfigure moet nooit uit die oog verloor word nie.¹²³

Die belang van die onderskeid tussen die verskillende regsfigure asook hulle gevolge is onlangs weer beklemtoon in die *Van Blommenstein*¹²⁴ saak en die *Holley*¹²⁵ saak. In beide sake is die *modus* gelyk gestel aan die *fideicommissum* en sodoende is die ware bedoeling van die testateur uit die oog verloor.¹²⁶

¹¹⁵ Die hof het ook in *Campbell v Daly* 1988 4 SA 714 (T) 236 die uitspraak in die *Cumming* saak bevestig.

¹¹⁶ Sien paragraaf 1.1.

¹¹⁷ Sien paragraaf 2.3.

¹¹⁸ Jamneck 2001 *THRHR* 69.

¹¹⁹ *Wessels v DA Wessels* 1987 3 SA 131 (T) 530.

¹²⁰ Sien paragraaf 1.1.

¹²¹ 'n Legataris is 'n persoon of instansie wat geregtig is om 'n legaat of erfenis in terme van 'n testament te ontvang.

¹²² 'n Prestasieverpligting wat by wyse van 'n testament opgelê is.

¹²³ Sien hoofstuk 3.

¹²⁴ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 387.

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

¹²⁶ 'n Volledige bespreking van hierdie sake word aangetref in paragraaf 4.4.

4.4 *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 137 en *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 128

In die *Van Blommenstein*¹²⁷ saak het die testateur twee plase, asook aandele in 'n maatskappy wat die twee plase van hom gehuur het, aan sy seun bemaak. Die seun moes 'n verband oor die eiendomme registreer en die rente moes aan die testateur se vrou oorbetaal word. Die seun het gepoog om hierdie rente as "aftrekbare inkomste" in terme van artikel 11 van die *Inkomstebelastingwet*¹²⁸ vanaf sy belasting af te trek, welke aftrekking deur die Ontvanger van Inkomste verbied is. In die meerderheidsuitspraak het Appèlregter Hoexter gevra of mens hier met 'n *modus* of *fideicommissum* te make het en het ook na die veelbesproke *Holley*¹²⁹ saak verwys.

In die *Holley*¹³⁰ saak het die testateur sy onverdeelde aandeel aan die Appellant bemaak, welke bemaking bepaal het dat die Appellant sekere bedrae op 'n jaarlikse basis aan die weduwee van die testateur moes oorbetaal. Die twispunt wat ontstaan het was die vraag of die Appellant hierdie bedrae in sy persoonlike hoedanigheid ontvang het. Die hof het beslis dat die bemaking aan 'n *fideicommissum* ten gunste van die weduwee onderworpe was en dat die Appellant dus nie belas kon word op die bedrae nie.

Die Ontvanger van Inkomste het betoog dat die bepaling nie 'n *fideicommissum* daarstel nie, maar regter Davis het in die *Holley*¹³¹ saak die standpunt van die Ontvanger van Inkomste met die volgende woorde verwerp:

¹²⁷ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 387.

¹²⁸ *Inkomstebelastingwet* 58 van 1972.

¹²⁹ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹³⁰ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹³¹ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

How can it be suggested that this is not apt language to impose a *fideicommissum* is somewhat difficult to appreciate. I can see no difference between a bequest to A of £ 1000-00 with a direction that he shall hand over £ 500-00 to B and a bequest of £ 1000-00 to A on condition that he shall hand over £ 500-00 to B.¹³²

Jamneck¹³³ doen aan die hand dat die bogenoemde stelling deur die geleerde regter foutief is in dié sin dat 'n voorwaarde die vestiging van regte affekteer,¹³⁴ hoewel 'n *modus* nie sodanige vestiging van regte affekteer nie.¹³⁵

Die redes waarom die Hoë Hof beslis het dat daar in die *Holley*¹³⁶ saak met 'n *fideicommissum* te doen gekry is, is die feit dat die testateur bepaal het dat sy testamentêre bepalings voortspruit uit die testateur se behoefte om die voortbestaan van die landgoed te verseker. 'n Verdere bepaling van die testament was dat, indien die Appellant die eiendom binne 'n sekere tydperk sou vervreem, die opbrengs in trust gehou moet word en die inkomste aan die weduwee moes gaan.¹³⁷

Die bepaling, dat die weduwee 'n inkomstebegunstigde van die trust sou wees, het 'n geldige ontbindende voorwaarde geskep. Die testateur het bepaal wat met die eiendom moet gebeur indien die voorwaarde nie vervul word nie. Hier word nie met 'n *fideicommissum* te doene gekry nie, aangesien 'n *fideicommissum* slegs ontstaan indien die vervreemdingsverbod duidelik aandui welke persoon die begunstigde sal wees.¹³⁸

¹³² *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 137.

¹³³ Jamneck 2001 THRHR 69.

¹³⁴ Sien paragraaf 2.2.

¹³⁵ Sien paragraaf 2.2.

¹³⁶ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹³⁷ Jamneck 2001 THRHR 69.

¹³⁸ *Ex parte Van Schalkwyk* 1968 4 SA 441 (O) 245. In hierdie saak het die Applikant se ouers ingevolge 'n gesamentlike testament 'n plaas aan hom bemaak onderworpe aan die voorwaarde dat ingeval hy sou sterf sonder om 'n weduwee of kinders na te laat, die erflating in die boedel van die testateurs sou terugval. Die Applikant het die testateurs oorleef, en was getroud met vier kinders. Daar is beslis dat die voorwaarde geen *fideicommissum* ten gunste van die Applikant geskep het nie en dat die plaas die boedel van die Applikant moes toekom na sy afsterwe.

Volgens Jamneck¹³⁹ bepaal die testateur in die *Holley*¹⁴⁰ saak dat die erfgenaam die eiendom kan vervreem, maar dat 'n trust geskep moet word waarin die opbrengs sal vestig. Selfs al sou 'n mens uit die bepalings van die testament kon aflei dat die testateur wel bedoel het dat die eiendomme in die familie moet bly (en sodoende 'n *fideicommissum* in die lewe geroep het), sal dit steeds nie betrekking hê op die bedrae waaroor die geskil handel nie. Die bepalings waaraan die Appellant moet voldoen skep duidelik 'n *modus*, aangesien daar 'n prestasieverpligting op die skouers van die Appellant rus om die bepalings van die testament tot voordeel van 'n spesifieke persoon na te kom.

Dit is duidelik dat verskeie skrywers¹⁴¹ die volgende stelling kritiseer:

I can see no difference between a bequest to A of £ 1000-00 with a direction that he shall hand over £ 500-00 to B and a bequest of £ 1000-00 to A on condition that he shall hand over £ 500-00 to B.¹⁴²

In die *Van Blommenstein*¹⁴³ saak het die Appélhof 'n gulde geleentheid gehad om ook bogemoemde stelling te kritiseer. Dit is duidelik dat die stelling onsekerheid geskep het deurdat die hof versuim het om 'n duidelike onderskeid tussen die regsfigure te handhaaf. In die *Van Blommenstein*¹⁴⁴ saak het die Appélhof die geleentheid deur sy vingers laat glip deur nie die korrektheid van die *Holley*¹⁴⁵ saak aan te veg nie. Daar is bevind dat die *Holley*¹⁴⁶ saak nie onder die bepaalde omstandighede in die *Van Blommenstein*¹⁴⁷ saak toepassing vind nie.¹⁴⁸

¹³⁹ Jamneck 2001 *THRHR* 70.

¹⁴⁰ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹⁴¹ Die stelling word onder andere gekritiseer deur Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 398.

¹⁴² Jamneck 2001 *THRHR* 69.

¹⁴³ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 387.

¹⁴⁴ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 387.

¹⁴⁵ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹⁴⁶ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹⁴⁷ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 387.

¹⁴⁸ Jamneck 2001 *THRHR* 71.

Die spesifieke regsfiguur wat sy verskyning gemaak het in beide die *Van Blommenstein*¹⁴⁹ en *Holley*¹⁵⁰ sake word gevolglik deur die hof as 'n *modus* getipeer. Die Hoë Hof het verder in die *Holley*¹⁵¹ saak bevind dat die weduwee nie die geld vanaf die boedel van die erflater ontvang het nie, maar vanaf die Respondent, en daarom kan die Respondent die bedrag nie vir belastingdoeleindes vanaf sy belasbare inkomste aftrek nie. 'n Mens kan gelyk gee dat hierdie tipe bemaking wel 'n *modus* tot stand bring, maar daar kan nie saamgestem word dat die Respondent verantwoordelik is vir die jaarlikse bedrae nie.¹⁵² In die *Holley*¹⁵³ saak het die Hooggeregshof beslis dat die hof *a quo* gefouteer het met sy bevinding dat die bedrae aan die weduwee betaal, deur die Respondent ontvang is in sy hoedanigheid as *fiduciarius* en dat die bedrae dus by die Respondent se bruto inkomste ingesluit moes word. Die Respondent is na hul mening net 'n geleibuis ten einde die bedrae aan die weduwee oor te betaal.¹⁵⁴

In die *Van Blommenstein*¹⁵⁵ saak het Appèlregter Smalberger gedurende die minderheidsuitspraak uiteindelik die werklike bedoeling van die erflater raakgesien. Hy het bepaal dat daar geen verskil is tussen die feite van die saak onder bespreking en die feite van die *Holley*¹⁵⁶ saak nie. Hy was ook huiwerig om 'n beslissing rakende die korrektheid van die *Holley*¹⁵⁷ saak te fel met dié bevinding:

Uit die beleidsoorweging sal ek ook huiwer om na verloop van meer as vyftig jaar dit omver te werp gesien die feit dat die moontlikheid bestaan dat menige testateurs bemakings kon gedoen het in navolging van die beslissing.¹⁵⁸

¹⁴⁹ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 387.

¹⁵⁰ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹⁵¹ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹⁵² Jamneck 2001 THRHR 72.

¹⁵³ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹⁵⁴ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 387.

¹⁵⁵ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 387.

¹⁵⁶ Jamneck 2001 THRHR 72.

¹⁵⁷ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹⁵⁸ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 393.

Regter Smalberger volg 'n benadering wat tot 'n billike resultaat sou gelei het indien dit die meerderheidsuitspraak sou wees. Sy vraag is of die jaargelde wat die Respondent aan die weduwee moes betaal het, deel was van sy bruto inkomste. Die vraag behoort te wees of die gelde bedrae verteenwoordig wat "ontvang deur of toegeval het aan of ten gunste van die Respondent".

Dit maak geen verskil dat die bedrag kragtens 'n *fideicommissum* of *modus* oorbetaal moes word nie. Wat van belang is, is die vraag of die bedrae die moeder van die Respondent, of die Respondent self, toegeval het. In hierdie geval het die bedrae die Respondent toegeval. Adviseurs moet sorg dra dat hulle die onderskeid tussen die regsfigure en hulle onderskeie regsgevolge behoorlik begryp ten einde die korrekte advies aan testateurs te kan gee.

4.5 Gevolgtrekking

Uit die regspraak is dit duidelik dat die verskillende regsfigure die vestiging van regte op 'n andersoortige wyse beïnvloed en daarom is dit van belang dat die howe 'n duidelike onderskeid tussen die regsfigure tref ten einde verwarring te voorkom en gevolg te gee aan die ware bedoeling van die testateur. Foutiewe klousules wat in howe aangeveg moet word kan aanleiding gee tot 'n verspilling van tyd. Dit kan ook aanleiding gee tot hoë uitgawes vir die begunstigdes wat uiteindelik moet erf.

HOOFSTUK 5

OPINIES VAN SKRYWERS

5.1 Inleiding

As voorbeeld van die verwarring wat steeds bestaan tussen die regsfigure is die uitsprake van die *Van Blommenstein*¹⁵⁹ en *Holley*¹⁶⁰ sake bespreek.¹⁶¹ Beide uitsprake dui daarop dat die ooreenkomste tussen die *modus* en die *fideicommissum* nou verweef is. In *Crookes v Watson*¹⁶² het die hof bevind dat die trust, *stipulatio alteri* en *fideicommissum* gelyksoortig is.

Na aanleiding van die onsekerheid wat ontstaan het met betrekking tot die regsraad van die verskillende regsfigure het verskeie skrywers¹⁶³ van naderby ondersoek ingestel na die regsraad en gevolge van die *modus*, *fideicommissum*, die trust, *stipulatio alteri* en voorwaardes.

5.2 Van der Merwe en Rowland

Van der Merwe en Rowland¹⁶⁴ is van mening dat daar deur die implementering van die regsfigure dieselfde ekonomiese resultate bereik kan word. Hulle is oortuig dat, met verwysing na die gemelde regsfigure, daar talle moontlike interpretasies kan ontstaan, naamlik:

- (a) Die vermelde regsfigure kan moontlik nie juridies gekoppel wees nie.¹⁶⁵

¹⁵⁹ *Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein* 1999 2 SA 367 (HHA) 387.

¹⁶⁰ *Holley v Commissioner for Inland Revenue* 1947 3 SA 119 (A) 125.

¹⁶¹ Sien paragraaf 3.3.

¹⁶² *Crookes NO v Watson* 1956 (1) SA 468. In hierdie saak het die testateur 'n voorwaardelike trust geskep en sekere aandele aan die trust geskenk. Die fondse moes aangewend word as onderhoud vir sy kleindogter. Die kleindogter moes egter eers die voordeel aanvaar en daar is beslis dat sy geen regte verkry alvorens sy nie die voordeel aanvaar het nie.

¹⁶³ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 156.

¹⁶⁴ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 156.

¹⁶⁵ Soos die benaminge van die regsfigure te kenne gee, word aanvaar dat die regsfigure juridies ongelyksoortige beskikkings is. Sien ook hoofstuk 5.

- (b) Die eienskappe van sommige van die regsfigure kan oorvleuel, en ander eienskappe nie.¹⁶⁶
- (c) Daar kan moontlik bevind word dat die regsfigure, ten spyte van die verskil in benaming, juridies identies is.¹⁶⁷
- (d) Die regsfigure kan spesies van 'n genus wees.¹⁶⁸

5.3 Swanepoel

Swanepoel¹⁶⁹ het baanbrekerswerk met betrekking tot die onderskeid tussen die verskillende regsfigure gedoen. Hy is van mening dat die regsfigure nie selfstandig is nie, maar dat dit uitvloeisels is van die *stipulatio alteri*. Sy konstruksie van die *stipulatio alteri* word dan ook konsekwent op die regsfigure toegepas.

Hy is van mening dat die reg van die begunstigde by die stigting, die reg van die *fideicommissarius* by die *fideicommissum*, die reg van die begunstigde by die trust en die reg van die persoon in wie se guns 'n *modus* opgelê is in beginsel dieselfde is as die reg van die derde by die *stipulatio alteri*.¹⁷⁰ Hy voel dat die vraag nie moet wees of 'n *modus*, *fideicommissum* of trust opgerig is of nie want elkeen is steeds 'n verskyningsvorm van die *stipulatio*

¹⁶⁶ Indien daar 'n vergelyking getref word tussen die *modus*, *fideicommissum*, *stipulatio alteri* en trust is dit duidelik dat die regsfigure voorsiening maak vir 'n derde persoon wat begunstig word. Daar is wel sekere eienskappe van die regsfigure wat verskil. By die *modus*, *fideicommissum* en trust is daar 'n vorderingsreghebbende (die derde persoon) wat sy reg deur middel van 'n persoonlike aksie van die begunstigde of derde kan afdwing. By die *stipulatio alteri* is die derde bloot 'n "vorderingsadres" en nie 'n vorderingsreghebbende nie. Die derde beskik nie oor 'n vorderingsreg alvorens hy nie die voordeel geaksepteer het nie.

¹⁶⁷ Die *modus*, *fideicommissum*, *stipulatio alteri*, trust en voorwaardes is as regsfigure ontwikkel omdat die testateur 'n verpligting op 'n persoon (die begunstigde by die *modus*, die *fiduciarius* by die *fideicommissum*, die *promissor* by die *stipulatio alteri*, die trustee by die trust en die begunstigde by die voorwaarde) wou plaas om toe te sien dat 'n derde persoon 'n voordeel uit die boedel van die testateur sal ontvang. Die resultaat wat met elk van die regsfigure bereik word, is nie juridies identies nie. Sien ook hoofstuk 5.

¹⁶⁸ Die genus word beskou as die ontstaansbron van die verskynsel waaruit die spesies (die verskyningsvorme) verder ontwikkel en aangepas word om 'n soortgelyke doel te dien.

¹⁶⁹ Swanepoel 1956 *THRHR* 49.

¹⁷⁰ Swanepoel 1956 *THRHR* 49.

alteri. Die vraag moet dus eerder wees of 'n verskyningsvorm van die *stipulatio alteri* opgerig is al dan nie.

Daar word verskil met Swanepoel se siening in hierdie verband. Die *modus* is 'n selfstandige regsfiguur uit eie reg en kan nie as 'n blote uitvloeisel van die *stipulatio alteri* beskou word nie.¹⁷¹ Die *stipulatio alteri* kan eerder as spesie van die *modus* beskou word.¹⁷²

Volgens Van der Merwe en Rowland¹⁷³ het Swanepoel 'n waardevolle bydrae gelewer deurdat hy aangedui het dat 'n mens met soortgelyke beginsels te doen kry in die geval van die *fideicommissum*, *modus*, *stipulatio alteri* en die trust. Hulle is van mening dat dit hier gaan om spesies van 'n genus. Van der Merwe en Rowland verskil van Swanepoel ten opsigte van wat die genus moet wees. Hulle is van mening dat die genus nie die *stipulatio alteri* is nie, maar wel die *modus* is.¹⁷⁴ Met ander woorde die betrokke regsfiguur is nie 'n verskyningsvorm van die *stipulatio alteri* nie, maar wel van die *modus*.

Daar word aan die hand gedoen dat die standpunt van Van der Merwe en Rowland korrek is. Die belangrikste onderskeid tussen die *modus* en die *stipulatio alteri* is, dat die derde by die *modus* 'n vorderingsreghebbende is. Die derde verkry 'n persoonlike reg om die voordeel te vorder vanaf die begunstigde. By die *stipulatio alteri* verkry die derde geen sodanige vorderingsreg teenoor die *promissor* of *stipulator* nie en kan nie as 'n vorderingsreghebbende beskou word soos in die geval van die *modus* nie.¹⁷⁵

Indien die *modus* as die genus beskou word, ontstaan daar in beginsel 'n las wat op 'n persoon rus op grond van 'n bepaling in 'n testament. Hiervolgens is die persoon verplig om iets te lewer, iets te doen of iets nie te doen nie. Die spesies van die *modus*, naamlik die trust, die *fideicommissum* en die

¹⁷¹ Sien hoofstuk 5.

¹⁷² Dit is die standpunt van Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 288. Sien die bespreking by paragraaf 5.2.

¹⁷³ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 86.

¹⁷⁴ Van der Merwe 1965 *THRHR* 139.

¹⁷⁵ Die derde verkry 'n persoonlike vorderingsreg indien hy die voordeel aksepteer vanaf die *stipulator*.

voorwaarde het ten doel om die trustee, die *fiduciaruis* en die persoon onderworpe aan die voorwaarde onderskeidelik, te verplig om die bemaakte voordeel van die boedel aan die begunstigde te lewer, hetsy of daardie persoon 'n trustbegunstige, 'n *fideicommissaruis* of die persoon is wat geregtig is op die voordeel. Hoewel die spesies (die trust, *fideicommissum* en voorwaarde) oor verskillende inhoudsbevoegdhede beskik, is dit duidelik dat die derde 'n vorderingsreghebbende in elke geval is, en geregtig is om die voordeel in eie naam te kan vorder.

Dat daar sekere inhoudsverskille tussen die *modus*, *fideicommissum*, *stipulatio alteri*, trust en voorwaardes bestaan, word nie deur Van der Merwe en Rowland ontken nie. Hulle is van mening dat hierdie verskynsels in beginsel tot dieselfde genus behoort. Daar word steeds met 'n *modus* te doen gekry. Indien die werking van die instrumente vanuit hierdie benadering beskou word, is dit makliker om 'n onderskeid tussen die regsfigure te tref en 'n selfstandige bestaansreg aan elke figuur te verleen.¹⁷⁶

5.4 Gevolgtrekking

Skrywers stem saam dat daar noue ooreenkomste tussen die *modus*, *stipulatio alteri*, *fideicommissum* trust en voorwaardes bestaan, maar het verskillende standpunte oor die aard en toepassingsveld van hierdie regsfigure. Hulle verskil oor die vraag of die *stipulatio alteri* of die *modus* as die genus beskou moet word waaruit die ander regsfigure as spesies voortvloei. Daar word aan die hand gedoen dat die standpunt van Van der Merwe en Rowland in hierdie opsig korrek is.

¹⁷⁶ Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 88.

HOOFSTUK 6

GEVOLGTREKKING

Dit *modus* het bewys dat dit 'n nuttige boedelbeplanningsinstrument in die Suid-Afrikaanse kan wees. Indien 'n testateur poog om 'n gelyke verdeling van sy boedelbates te bewerkstellig, of 'n bepaalde persoon of instansie wil bevoordeel, kan hy bepaal dat 'n erfgenaam die boedelbates erf. Hy kan dan die bepaling onderworpe stel aan 'n *modus*. Die begunstigde word op so 'n wyse gedwing om 'n bedrag in kontant of in paaie aan 'n derde te betaal, of om iets te doen of iets nie te doen nie. Daar is 'n prestasieverpligting op die skouers van die begunstigde om die opdrag wat aan die *modus* gekoppel is, uit te voer.

Dit is ook gerusstellend vir die testateur om te weet dat afdwinging van die opdrag in terme van die *modus* geredelik seker is. Die reghebbende van die erflating kan deur die eksekuteur van die boedel of die Meester van die Hoë Hof gedwing word om sekuriteit te stel vir die nakorning van sy prestasieverpligting in terme van die *modus*. Indien die begunstigde versuim om sodanige sekuriteit te verleen, kan hy gedwing word om die erflating terug te besorg aan die boedel. 'n Persoon in wie se guns die *modus* verleen is, het die reg om die *modus* met 'n persoonlike aksie teen die begunstigde af te dwing.

Die *modus* sal handig te pas kom wat die situasie van vererwing van onroerende eiendom aanbetref. Die *Wet op Onderverdeling van Landbougrond*¹⁷⁷ verbied die onderverdeling van landbougrond tussen twee of meer begunstigdes. 'n Testateur word sodoende verbied om onroerende eiendom tussen meerdere begunstigdes te verdeel. Gelyke verdeling van die boedelbates onder die erfgenames word sodoende bemoeilik. In so 'n geval kan 'n alternatief wees om 'n *modus* te skep wat bepaal dat die geheel van die onroerende eiendom aan een begunstigde bemaak word, onderworpe aan

¹⁷⁷ *Wet op die Onderverdeling van Landbougrond* 70 van 1970.

die voorwaarde dat sodanige begunstigde aan die ander begunstigde(s) 'n bedrag in kontant sal betaal.

Die verwarring wat in die verlede met betrekking tot die verskeie regsfigure ontstaan het, asook die gepoogde gelykstelling van hierdie regsfigure, het verreikende gevolge vir die boedelbeplanningsproses ingehou in dié sin dat daar geen regsekerheid bestaan nie.¹⁷⁸ Die hof is traag om die korrektheid van vorige beslissings, wat duidelik foutiewe beslissings tot gevolg gehad het, aan te veg.¹⁷⁹

Dit is belangrik dat 'n boedelbeplanner toesien dat die probleme nie reeds by die opstelfase van die testament ontstaan nie. Die boedelbeplanner moet weet wat die aard, werking en trefwydte van die verskillende boedelbeplanningsinstrumente is en moet sorg dra dat die korrekte regsfigure wat die bedoeling van die testateur weergee, gebruik word.

Die boedelbeplanner moet ook toesien dat die bemakings ingevolge die testament nie 'n sogenaamde "naakte bemaking", oftewel 'n *nudum praeceptum* uitmaak nie. Indien die erflater byvoorbeeld bepaal dat die begunstigde die bemaking moet aanwend om sy studies of iets dergelyks te befonds, kan die *modus* as 'n *nudum praeceptum* beskou word. Dit is dan ongeldig aangesien daar niemand is om toe te sien dat die morele verpligting wat op die skouers van die begunstigde rus, nagekom word nie. Indien die testateur 'n *modus* in die lewe roep, maar versuim om te bepaal wat met die erflating moet gebeur indien die bepaling van die *modus* nie uitgevoer word nie, sal die *modus* ook 'n *nudum praeceptum* wees. In sodanige geval sal die restant van die bemaakte eiendom weer terugval na die persoon wat aanvanklik met die *modus* belas is. Indien die testament verkeerdelik bewoord word, en wel 'n *nudum praeceptum* skep, sal die *modus* ongeldig wees en sal die wense van die testateur nie uitgevoer word nie.

¹⁷⁸ Sien hoofstuk 4.

¹⁷⁹ Sien hoofstuk 4.

In die lig van die bogenoemde argumente is dit duidelik dat die *modus* as boedelbeplanningsinstrument voordelig aangewend kan word in die boedelbeplanningsproses. Deur die slaggate betyds te identifiseer en uit die weg te ruim, sal onnodige litigasie uitgeskakel word. Die vrug van die boedelbeplanner se kennis sal dan die vorm aanneem van 'n deeglik deurdagte en sinvolle testament waarin die ware bedoeling van die testateur duidelik gereflekteer word.

BIBLIOGRAFIE

BOEKE

A

Abrie, Graham en Van der Linde *Boedel en Finansiële Beplanning*

Abrie W, Graham CR en Van der Linde P *Boedel en Finansiële Beplanning* (2000 4de uitgawe ProPlus Pretoria).

Abrie W, Graham CR en Van der Linde P *Boedel en Finansiële Beplanning* (2000 5de uitgawe ProPlus Pretoria) 215-226.

B

Beinart 1968 *Acta Jurida*

Beinart B "*Fideicommissum and modus*" 1968 *Acta Juridica* 214-231.

C

Corbett *Law of Succession*

Corbett (*et al*) *The Law of Succession in South Africa* (1998 Butterworths Durban) 132-195.

D

De Wet en Yeats *Kontraktereg*

De Wet en Yeats *Kontraktereg en Handelsreg* 4de uitgawe (2000 Juta Kenwyn) 138-141.

J

Jamneck 2001 *THRHR*

Jamneck J "Die onderskeid tussen voorwaardes, *modus*, *fideicommissum* en trust in die Suid-Afrikaanse erfreg" 2001 *THRHR* 83-96.

Joubert 1958 *THRHR*

Joubert "Trustreg in Suid Afrika" 1958 *THRHR* 244-251.

M

Mc Gregor 1913 SALJ

Mc Gregor AJ "A chapter on *modus*" 1913 SALJ 277-288.

S

Swanepoel 1957 THRHR

Swanepoel J "Oor stigting, trust, *fideicommissum*, *modus* en beding ten behoewe van 'n derde" 1957 THRHR 87-102.

Sonnekus 1999 TSAR

Sonnekus C "Beding ten behoewe van derde in die Suid-Afrikaanse reg" 1999 TSAR 124-138.

V

Van der Merwe en Rowland *Suid Afrikaanse Erfreg*

Van der Merwe NJ, en Rowland CJ *Suid Afrikaanse Erfreg* 6de uitgawe (2002

Van der Walt en Seuns Pretoria) 272-281.

Van der Merwe 1962 THRHR

Van der Merwe S "Beskerming van Vorderingsregte" 1962 THRHR 156-163.

REGSPRAAK

Benoni Town Council v Minister of Agricultural Credit and Land Tenure 1978 1 SA 978 (T).

Campbell v Daly 1988 4 SA 714 (T).

Crooks v Watson 1956 1 SA 277 (A).

Cumming v Cumming 1945 AD.

Dutch Reformed Church Council v Crocker 1953 4 SA 53 (K).

Estate Kemp v McDonald's Trustee 1915 AD.

Ex parte Bruton NO 1970 (4) SA 154 (O).

Ex parte Esterhuyse 1971 4 SA 261 (O).

Ex parte Executor Estate Gluckmann 1946 WLD.

Ex parte Gardner 1940 EDL.

Ex parte Higgs: In re Estate Rangasami 1969 1 SA (D).

Ex parte The Dutch Reformed Church of Dewetsdorp 1938 OPD.

Ex parte Wessels 1946 OPD.

Ex parte Van Schalkwyk 1968 4 SA 441 (O).

Grusd v Grusd 1946 AD.

Holley v Commissioner for Inland Revenue 1947 3 SA 119 (A).

In re Estate Grayson 1937 AD.

Jewish Colonial Trust v Estate Nathan 1940 AA.

Kommissaris van Binnelandse Sake v Van Blommenstein 1999 2 SA 367 (HHA).

Loock v Steyn 1968 1 SA 602 (A).

Mc' Cullogh v Fernwood Estate Ltd 1920 AD.

Vorster v Steyn 1981 2 SA 831(O).

Wessels v DA Wessels & Seuns (Edms) Bpk 1987 3 SA 530 (T).

WETGEWING

Inkomstebelastingwet 58 van 1972.

Registrasie van Aktes Wet 37 van 1937.

Wet op Beheer oor Trustgoed 57 van 1988.

Wet op Onderhoud van die Langslewende Gade 27 van 1990.

Wet op die Onderverdeling van Landbougrond 70 van 1970.