

LL

Saak No 402/1986

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
APPÈLAFDELING

Insake die appèl van:

R.D. DU PLESSIS N O

Appellant

teen

J.F. STRAUSS

Respondent

CORAM:

CORBETT, JOUBERT, VAN HEERDEN, JACOBS ARR
et NICHOLAS WAR

VERHOORDATUM: 3 SEPTEMBER 1987

LEWERINGSDATUM: 12 NOVEMBER 1987

UITSPRAAK

/VAN HEERDEN AR ...

VAN HEERDEN AR:Inleidend

In sy testament het wyle J.J. Strauss ("Strauss") sy plaas, Simonsium, bemaak aan sy seun, A.L. Strauss ("die insolvent"). Twee ander plase van Strauss is bemaak aan sy twee dogters, H.J. Myburgh en M.M. Sinclair. Hierdie bemakings is onderworpe gestel aan 'n vruggebruik ten gunste van Strauss se eggenote asook aan die volgende bepaling:

"Dit sal 'n kondisie wees dat sou enige van my drie kinders wat die bogenoemde eiendomme erf te sterwe mag kom sonder wettige afstammeling sal sy of haar deel gaan na sy of haar dood na die orige twee kinders in gelyke dele of hulle wettige afstammeling by plaasvervulling."

Sy eggenote en al drie sy kinders het Strauss oorleef en na sy dood is Simonsium na die insolvent oorgedra onderhewig aan die genoemde vruggebruik en voorwaarde. Gedurende 1975 het die Vrystaatse Provinsiale Afdeling egter op aansoek van die insolvent 'n bevel verleen waarvolgens hy gemagtig is om die plaas te vervreem en gelas is dat drie stukke grond, die eiendom van A.L. Strauss (Edms) Bpk

/("die ...

("die maatskappy"), onderhewig aan die vruggebruik en voorwaarde gestel moes word. Ter uitvoering van die bevel is 'n endossement in die maatskappy se titelakte aangeteken. Dit het gelui dat die drie stukke gronde onderworpe was aan die vruggebruik van Strauss se eggenote en aan die volgende bepaling:

"Dat sou Abraham Lodewicus Strauss, gebore 13 Januarie 1929, te sterwe mag kom sonder wettige afstammeling, gemelde eiendomme gaan na sy dood na Hester Johanna Myburgh en Maria Margaretha Sinclair in gelyke dele of hulle wettige afstammeling by plaasvervulling, soos geskep in Testament van wyle Jacob Frederik Strauss gedateer 2 September 1955."

Gedurende 1983 is die maatskappy gelikwideer en die boedel van die insolvent gesekwestreer. Hierna het die appellant in sy tweeledige hoedanigheid as likwidateur van die maatskappy en kurator van die insolvente boedel 'n aansoek in die Vrystaatse Provinsiale Afdeling aanhangig gemaak. Dit het gelei tot die uitreiking van 'n bevel nisi. Vir die doeleindes van hierdie appèl is dit slegs

/nodig ...

nodig om te verwys na para 2 (c) van die bevel waarvolgens belanghebbendes aangesê is om redes aan te toon waarom nie verklaar sou word nie dat:

- "1.1 die insolvente boedel van A L Strauss ... die fiduciarius en die houer van die fiduciêre regte is ingevolge die testament van wyle Jacob Frederik Strauss ...,
- 1.2 die testament van wyle Jacob Frederik Strauss ... geen fideicommissêre regte ten gunste van die afstammeling van die insolvent, Abraham Lodewicus Strauss ..., daarstel nie."

Wat para 2 (c) 1.1 betref, het die appellant in sy aansoek slegs aangevoer dat dit onseker was of die voorwaarde vervat in die testament, soos beliggaam in bogenoemde endossement, tot gevolg gehad het dat die insolvent, dan wel die maatskappy, die fiduciarius van die maatskappy se drie stukke grond was. Wat para 2 (c) 1.2 betref, was dit die appellant se standpunt dat wie ook al die fiduciarius was, volle eienaar van die grond sou word indien Strauss deur sy kinders of verdere afstammeling oorleef sou word.

/Die

Die aansoek en die bevel nisi is beteken op alle meerderjarige belanghebbendes terwyl 'n kurator-ad-litem aangestel is om die belange van moontlike minderjarige en nog te gebore bevoordeeldes te behartig. Dit was egter slegs die huidige respondent, 'n meerderjarige seun van die insolvent, wat die aangevraagde bekragtiging van para 2 (c) van die bevel nisi - en dan ook slegs sub-para 1.2 - teengestaan het. Die kurator-ad-litem het naamlik die houding ingeneem, soos hy ook aanvanklik in hierdie hof gedoen het, dat die testamentêre voorwaarde nie 'n stilswyende fideicommissum ten gunste van die afstammelinge van elk van die fiduciarii daargestel het nie.

In die verbygaan dien gemeld te word dat dit tereg gemene saak was dat die voorwaarde onder bespreking nie 'n direkte substitusie geskep het nie. Dit is trouens reeds in 1981 deur die Vrystaatse Provinsiale Afdeling in 'n ongerapporteerde uitspraak bevind.

Die hof a quo het in eerste instansie beslis dat

/vanweë ...

vanweë die 1975 hofbevel, en die endossement waardeur uitvoering daaraan gegee is, die maatskappy die fidusiêre reghebbende van die drie stukke grond geword het - m a w, dat die voorheen onbelemmerde eiendomsreg van die maatskappy beperk is deur die testamentêre voorwaarde wat op Simon-sium van toepassing was - en dat Strauss geen regte met betrekking tot die grond verkry het nie. Voorts is bevind dat indien Strauss met nalating van kinders (of verdere afstammeling) te sterwe kom, volle eiendomsreg van die grond op die kinders (of verdere afstammeling) oorgaan. Gevolglik is para 2 (c) van die bevel nisi in sy geheel opgehef. Verlof is egter aan die appellant verleen om na hierdie hof te appelleer teen die opheffing van para 2 (c) 1.2 van die bevel nisi. Derhalwe is slegs die tweede bevinding van die hof a quo op appêl aangeveg.

Die gronde waarop bedoelde bevinding berus, kan soos volg saamgevat word: 'n voorwaardelike fideikommissêre

/bepaling ...

bepaling wat gekoppel is aan 'n si sine liberis decesserit-klousule (hierna kortweg 'n sine liberis-bepaling genoem) bring nie sonder meer mee dat indien die fiduciarius wel deur kinders oorleef word hulle as stilswyend benoemde fideicommissarii opvolg nie. Dit sal egter wel die geval wees indien die testament aanduidings bevat dat die testateur die liberi wou bevoordeel. Indien die liberi nie afstammeling van die testateur is nie, is sterker aanduidings nodig as wat vereis word wanneer hulle wel sodanige afstammeling is. In casu is die afstammeling van Strauss na wie in die testamentêre voorwaarde verwys word, klaarblyklik ook afstammeling van die testateur en is daar genoegsame aanduidings dat hy beoog het om hulle te bevoordeel ten opsigte van die grond wat aan hulle voorsaak bemaak is. Dit is naamlik duidelik dat die testateur 'n toegeneentheid teenoor afstammeling van sy kinders gekoester het aangesien bepaal is dat indien een van sy kinders sonder afstammeling te sterwe sou kom, die

/betrokke ...

betrokke grond sou vererf op sy ander kinders "of hulle wettige afstammeling by plaasvervulling". Dit is derhalwe onaanvaarbaar dat die testateur beoog het dat 'n afstammeling van 'n kind 'n moontlike fideicommissarius sou wees ten opsigte van grond wat aan 'n ander kind van die testateur bemaak is, maar geen regte sou hê nie ten opsigte van die grond wat in eerste instansie aan sy of haar eie voorsaak bemaak is.

Die hof a quo het pertinent bevind dat die beslissing van hierdie hof in Estate Cato v Estate Cato and Others¹⁾ nie gesag is nie vir die stelling dat indien die liberi wel afstammeling van die testateur is, 'n sine liberis klousule meebring dat behoudens aanduidings van 'n teenoorgestelde bedoeling, 'n fideicommissum tacitum in hul guns geskep word. Skrywers soos Van der Merwe en Rowland²⁾ en Murray³⁾ huldig egter 'n ander mening, en in

1) 1915 A D 290.

2) Die Suid-Afrikaanse Erfreg, 5de uitg, pp 310-11.

3) 1968 Annual Survey, pp 238-9.

hierdie hof het die advokaat vir die respondent dan ook betoog dat bogenoemde bevinding verkeerd is.

Die Cato-uitsprake

Die testament in Cato het ingewikkelde bepalings bevat, maar vir huidige doeleindes en in die lig van die bevindings waartoe op appèl gekom is, kan die tersaaklike gedeelte van die testament in die volgende, vereenvoudigde vorm weergegee word: Die testateur (Cato) het sy boedel in gelyke dele aan sy kinders bemaak en bepaal dat dit op 'n toekomstige tydstip ("die verdelingsdatum") tussen hulle verdeel sou word. Inmiddels sou die kinders en Cato se eggenote elk geregtig wees op 'n proporsionele gedeelte van die inkomste van die erflating. Indien nie een van die kinders die verdelingsdatum sou oorleef nie, moes die hele boedel in gelyke dele gaan na die oorlewende kinders van Cato se suster ("die Richards-kindere"). Voorts is bepaal dat die dele van Cato se dogters "shall not be liable for the debts of ... [their] ... husbands ..., but my daughters only shall have right to their share

/and ...

and pass the residue to their children or to their brothers' and sisters' children."⁴⁾

Cato is oorleef deur sy eggenote en vyf kinders, maar toe die geding aanhangig gemaak is, was drie van die kinders reeds oorlede. Die tweede kind wat te sterwe gekom het, was 'n dogter, mev Cosnett, en die derde 'n seun, Spensley. Na laasgenoemde se dood, maar voordat die verdelingsdatum aangebreek het, het geskille ontstaan tussen die eksekuteurs van Spensley se boedel en die oorblywende twee kinders van Cato (die derde en vierde verweerders). Die vernaamste geskil wat by wyse van 'n gestelde saak ter beslegting voorgelê is, was of ingevolge Cato se testament sy kinders se regte met betrekking tot die erflating by sy dood gevestig het dan wel of sodanige vestiging eers op die verdelingsdatum sou plaasvind. Die eerste verweerders (die eksekuteurs van Cato se boedel) het die hof egter versoek om te beslis of die afstammeling van die

4) Dié bepaling word nie korrek weergegee in die uitspraak van Innes HR op p 297 nie. Die juiste bewoording verskyn op p 291 van die verslag.

oorlede kinders van Cato tot by die verdelingsdatum gereg-
tig was op 'n deel van die inkomste van Cato se boedel.

Die vyfde verweerder was die voog van mev Cosnett se kin-
ders wat slegs in hierdie hof verteenwoordig was. Die
laaste drie verweerders was die Richards-kindere wat hul
op die standpunt gestel het dat die boedel op hulle sou
vererf indien die oorblywende twee kinders van Cato voor
die verdelingsdatum te sterwe sou kom.

Hierdie hof het bevind dat elk van Cato se kin-
ders reeds by sy dood 'n aanspraak op 'n gedeelte van die
boedel verkry het en dat vestiging nie uitgestel was tot
die verdelingsdatum nie. Die regsposisie was dus dat
die kinders van Cato fidusiêre, en die Richards-kindere
voorwaardelike fideikommissêre, erfgename was. Voorts
is bevind dat laasgenoemde kinders sou erf slegs indien op
die verdelingsdatum geen kind of kleinkind van Cato in die
lewe sou wees nie. Met 'n beroep op die beslissing van
die Geheime Raad in Galliers v Rycroft⁵⁾ is hierdie

5) 1901 A C 130

bevinding gefundeer op 'n regsvermoede dat indien 'n testateur sy kind of kleinkind as fidusiêre bevoordeelde aanwys en bepaal dat die erfenis of legaat by die dood van die kind of kleinkind na 'n derde moet gaan, die fideikommissêre substitusie onderhewig is aan 'n stilswyende voorwaarde dat dit alleen geld indien die eerste bevoordeelde sonder kinders (of verdere afstammeling) te sterwe kom. Anders gestel, word by ontstentenis aan aanduidings van 'n teenoorgestelde bedoeling aanvaar dat die fideikommissêre substitusie onderhewig is aan 'n stilswyende sine liberis-bepaling.

Die vraag of so 'n stilswyende bepaling ook meebring dat 'n fideicommissum tacitum geskep word ten gunste van liberi wat die testateur se kind of kleinkind oorleef, is nie in die gestelde saak geopper nie. In nie een van die uitsprake van Innes HR, De Villiers AR of Juta WAR is hierdie vraag dan ook pertinent oorweeg nie. Dit blyk egter uit die gerapporteerde weergawes van die betoë

/dat ...

dat die advokaat vir die vyfde verweerder (respondent) op appèl aangevoer het dat indien die Cosnett-kindere die enigste afstammelinge van Cato sou wees wat die verdelingsdatum oorleef, die hele boedel op hulle sou vererf. Die grondslag van hierdie betoog was waarskynlik dat Cato stilswyend sy kleinkinders as fideikommissêre erfgename aangewys het,^{5a)} en dit moet in gedagte gehou word wanneer oor die trefwydte van ondergenoemde dicta en bevindings besin word.

Met verwysing na die si sine liberis decesserit-reël het Innes HR die volgende gesê:^{5b)}

"The facts before the Court seem to support rather than to militate against the operation of the presumption. Here unless the condition si sine liberis is implied, not only one set, but several sets of grandchildren would be passed over in favour of more remote

/beneficiaries ...

5a) Die advokaat vir die derde en vierde respondente het dan ook aangevoer (op p 295): "Counsel for the fifth defendant was compelled to rely on a tacit fidei commissary substitution."

5b) Op p 304.

beneficiaries, and it is almost impossible to think that that could have been the testator's intention. And so far from renouncing his grandchildren he seems to have had a benevolent regard for all of them (whether in esse or in posse). For he directed that the residues of his daughter's inheritances should pass over to their children, or if they had none, then to the children of their brothers and sisters. Under all the circumstances, therefore, I come to the conclusion that the fidei commissum in favour of the children of Mrs. Richards can only take effect if there is no surviving child and no surviving grandchild of the testator alive at the date of division."

Anders as wat Murray⁶⁾ aan die hand doen,

meen ek nie dat hierdie dictum noodwendig dui op 'n bevinding van die Hoofregter dat kleinkinders van Cato as moontlike fideicommissarii aangewys was nie. Die sinsnede

/"would ...

6) Op p 304.

"would be passed over in favour of more remote beneficiaries" is weliswaar goed vatbaar vir Murray se vertolking van die dictum, maar Innes HR kon ook ingedagte gehad het dat tensy 'n sine liberis-bepaling in die testament inbegryp word, kleinkinders van Cato van die erflating uitgesluit kon wees in die sin dat hul nie as testate of intestate erfgename van hul ouers aanspraak op 'n deel van Cato se boedel sou kon maak nie.

Aan die einde van sy uitspraak tabuleer Innes HR die bevindinge waartoe hy gekom het. Een daarvan lui soos volg:⁷⁾

"(d) If at such date [d i die verdelingsdatum] any child or the issue of any survives then no fidei commissum operates. The share of any predeceased child would go to his children; in default of children it would form part of his general estate." (My kursivering)

Die fideicommissum waarna verwys word, is klaarblyklik die uitdruklik geskepte een ten gunste van die

/Richards-...

Richards-kindere. Wat nie so duidelik is nie, is waarom bevind word dat indien die voorwaarde vir bevoordeling van hierdie kindere nie vervul word nie - d w s indien n kind of n kleinkind van Cato die verdelingsdatum oorleef - die deel van die boedel wat gevestig het in n kind van Cato wat voor bedoelde datum gesterf het "would go to his children". Soos dit my voorkom, is die enigste moontlike gevolgtrekking egter dat na die mening van die Hoofregter kleinkindere van Cato wat die verdelingsdatum oorleef het versweë aangewese fideikommissêre erfgename was van dié deel van die boedel wat gevestig het in hulle vader of moeder wat voor bedoelde datum gesterf het. Maar was hierdie mening gegrond bloot op die effek van die geïmpliseerde sine liberis-bepaling, of ook op die aanduidings van Cato se bedoeling wat in die aangehaalde dictum vermeld word (soos die hof a quo in casu bevind het)? Gesien die feit dat Innes HR nêrens in sy uitspraak, voordat hy sy bevindings kortweg getabuleer het, uitdruklik bevind

/het ...

het dat Cato se testament 'n fideicommissum tacitum ten gunste van sy kleinkinders geskep het nie, laat die vraag hom nie ligtelik beantwoord nie. Ek meen egter dat Innes HR die stilswyende fideikommis bloot vanweë die veronderstelde sine liberis-bepaling gekonstrueer het en dat hy na aanduidings van Cato se bedoeling verwys het slegs om dit duidelik te maak dat die testament as geheel nie teen die vermoede dat dit wel stilswyend so 'n bepaling bevat het, gespreek het nie, maar inteendeel die vermoede bevestig het.

Op hierdie stadium is enkele opmerkings aangewese. Eerstens dien daarop gelet te word dat die tweede sin van bevinding (d) nie ingelyf is by die bevel wat gemaak is nie. Die rede hiervoor was vermoedelik dat, soos reeds aangedui, die gestelde saak nie die regte van kleinkinders van Cato na die verdelingsdatum te berde gebring het nie, en dat die Cosnett-kindere eers in hierdie hof verteenwoordig was. Aan die ander kant is die

/bevinding ...

bevinding waarskynlik gemaak vanweë die verbreding van die geskilpunte as gevolg van die reeds genoemde betoog van bedoelde kinders se advokaat. Die bevinding moet dus wel as deel van die Hoofregter se ratio decidendi beskou word.

In tweede instansie kan gevra word hoe die uitdruklike testamentêre bepaling betreffende die residuum van die erfenisse van die dogters van Cato te rym was met 'n stilswyende fideikommis ten gunste van kinders van sowel seuns as dogters van Cato. In hierdie verband moet 'n onderskeid getref word tussen die oorlye van 'n kind van Cato voor, en na, die verdelingsdatum. Die voorwaardelike fideikommissêre bevoordeling van die Richards-kinders was gekoppel aan die verdelingsdatum. Indien 'n kind of klein-kind van Cato die datum sou oorleef, sou die bevoordeling verval, en so ook die stilswyende sine liberis-bepaling. 'n Seun van Cato wat op die verdelingsdatum in die lewe was, se aandeel sou hom dan onvoorwaardelik en onbeswaard toekom.

/n ...

'n Dogter van Cato wat aldus in die lewe was, se aandeel sou egter onderhewig wees aan die uitdruklike voorwaarde dat die residuum van haar deel by haar dood toeval aan haar kinders, of by ontstentenis van eie kinders, haar broers en susters se kinders. Daarenteen sou die fidei-commisum tacitum, volgens Innes HR se bevinding, slegs gegeld het ten opsigte van 'n kind van Cato se deel indien daardie kind voor die verdelingsdatum gesterf het met nalating van 'n kind of kinders, en 'n kind of kleinkind van Cato die verdelingsdatum oorleef het.

In derde instansie moet die oorredingskrag van die bevinding onder bespreking beoordeel word in die lig van die feit dat dit nie uit die uitspraak blyk nie dat Innes HR bewus was van 'n omstrede strydvraag in Wes-Europa, waarna vollediger hieronder verwys word, en van 'n beslissing wat reeds in 1908 deur die Kaapse Hof daaromtrent gegee is.⁸⁾ Hierdie vraag was of in

/geval ...

8) Steenkamp v Marais, N O and Others 25 SC 483.

geval van 'n uitdruklike sine liberis-bepaling diegene positi in conditione geag moet word ook positi in dispositione te wees; m a w, of die liberi as stilswyend aangewese fideicommissarii beskou moet word. En dit spreek vanself dat, behoudens aanduidings van die testateur se bedoeling, 'n stilswyende sine liberis-bepaling nie sterker as 'n uitdruklike een ten gunste van bevoordeling van die liberi kan spreek nie.

Ek kom dan by die aparte uitspraak van De Villiers WAR, wat instemming betuig het met die bevel vervat in die uitspraak van die Hoofregter. Hy het ook bevind dat, afgesien van die reël geformuleer deur Voet 36.1.17 wat in Galliers, supra, goedgekeur is, Cato se testament aanduidend was van 'n bedoeling dat die Richards-kindere sou erf slegs indien geen van Cato se kindere of kleinkindere die verdelingsdatum sou oorleef nie. Die woorde wat hy gebruik het, lei egter nog minder as die aangehaalde dictum van Innes HR tot die

/noodwendige ...

noodwendige gevolgtrekking dat na sy mening kleinkinders van Cato moontlike stilswyende fideicommissarii was nie.

Hy het naamlik gesê (op p 308):

"For the testator provides that his daughters are to pass the residue of their shares to their children or their brothers' and sisters' children. There is, it is true, no similar fidei commissum residui imposed on the sons' shares, but the provision is important as showing that the testator was not indifferent to the children of his sons either, as on failure of children of their own the daughters have to pass the residue of their shares, inter alia, to 'their brothers' children.' There is, therefore, an implied condition here that the fidei commissum only vests in the children of Mrs. Richards if there are no lawful descendants of the testator alive at the date of the division. If there are, the fidei commissum lapses."

Die uitspraak van De Villiers WAR, bevat dan ook nie 'n bevinding wat ooreenstem met dié vervat in die tweede sin van paragraaf (d) van die opsomming van die Hoofregter wat hierbo aangehaal is nie. Aan die ander kant kan nie uit die woorde "the fidei commissum lapses" afgelei word dat na die mening van De Villiers

WAR die testament nie 'n fideicommissum tacitum geskep het nie, want die sinsnede verwys klaarblyklik na die uitdruklike, maar voorwaardelike, bevoordeling van die Richards-kindere.

Die uitspraak onder bespreking bevat egter wel die eienaardige bevinding dat "each of the children of the testator, the issue of deceased children per stirpes, and the executors of Spensley Cato are entitled to be paid an equal share of the income of the estate of the testator until ... [die verdelingsdatum]."⁹⁾ Ek sê dit omdat hierdie bevinding sover dit op kindere van 'n oorlede kind van Cato betrekking het, nêrens in die uitspraak gemotiveer word nie en bowendien bots met die volgende slotsom van Innes HR:¹⁰⁾ "Pending the date of division, each such child or (in the event of decease before distribution), his estate is entitled to one-sixth share of the income ..." (My kursivering.) In

/elk ...

9) Op p 309.

10) Op p 305.

elk geval dui bedoelde bevinding nie op 'n fideicommissum tacitum wat op grond van 'n stilswyende sine liberis-bepaling gekonstrueer is nie, want hierdie bepaling het betrekking gehad op die verdelingsdatum en nie op die afsterwe van 'n kind van Cato voor daardie datum nie.

Die derde uitspraak was dié van Juta WAR, wat ten aansien van die vermoede ten gunste van bogenoemde bepaling die volgende gesê het:¹¹⁾

"The words of the will confirm this presumption. In the case of his daughters, the testator burdened their shares with a fidei commissum in favour of their children and their brothers' and sisters' children, and not in favour of the Richards' children.

It may be said that this provision only operates upon the shares of the daughters, and that unless the latter survive the various dates of division it can have no operation; but there is nothing to show why the testator should desire his grandchildren to inherit if his daughter survived the marriage of his widow, and should desire that they should get nothing because their mother died a day before that date."

Hierdie dictum dui myns insiens ook nie noodwendig daarop dat na die mening van Juta WAR die stilswyende sine liberis-bepaling op sy beurt tot 'n fideicommissum tacitum gelei het nie. Die laaste bysin van die dictum is naamlik ook vereenselwigbaar met 'n siening dat Cato nie kon beoog het dat 'n kleinkind wat die verdelingsdatum oorleef het, as testate of intestate erfgenaam van sy vooroorlede moeder van haar deel van die erfenis uitgesluit sou wees nie indien sy 'n dag voor die verdelingsdatum gesterf het. Anders gestel, kan nie sonder meer aanvaar word dat Juta WAR dit as onwaarskynlik beskou het dat Cato kon beoog het dat sodanige kleinkind in die gepostuleerde geval nie sy moeder as fideikommissêre bevoordeelde sou opvolg nie.

Net soos die geval is met die uitspraak van De Villiers WAR, kom Juta WAR nêrens tot dieselfde slot-som as Innes HR in die tweede sin van paragraaf (d) van sy opsomming nie. Dit is egter nodig om die aandag

/op ...

op die volgende te vestig. Die laaste sin van die gerapporteerde uitspraak van Juta WAR lees soos volg: "The appeal must therefore be allowed with costs here and in the Court below."¹²⁾ In die oorspronklike uitspraak is die woorde "with costs here and in the Court below" egter deurgehaal en deur die volgende in manuskrip vervang:

"I agree with the order made by the learned Chief Justice. I may add that having had an opportunity of (? perusing) his judgment I agree with his conclusions of law."

Die regsokonklusies waarna Juta WAR verwys, is klaarblyklik die voormelde getabuleerde bevindings van Innes HR. Uit die oorspronklike stukke in die argief blyk dit egter nie met welke van die uitsprake die ander twee lede van die hof, Solomon AR en Wessels WAR, saamgestem het nie.

Uit bostaande volg dat hierdie hof nie in Cato uitdruklik of by implikasie beslis het dat n

/uitdruklike

12) Op p 313.

uitdruklike of stilswyende sine liberis-bepaling van regs-
 weë aanleiding gee tot 'n vermoede dat die testateur 'n
fideicommissum tacitum ten gunste van die liberi geskep
 het nie. Wat wel gesê kan word, is dat Innes HR en
 Juta WAR, as deel van hul ratio decidendi sulks bevind
 het in 'n geval waarin die liberi afstammelinge van die
 testateur was, en dat hierdie bevinding moontlik deur
 Solomon AR en Wessels WAR onderskryf is. Die beslissing
 in Cato kan derhalwe nie as bindend beskou word ten op-
 sigte van die vraag waarom in die onderhawige appèl be-
 sleg moet word nie. En sover ek kon vasstel, het dié
 vraag nie in enige ander gewysde van hierdie hof ter
 sprake gekom nie.

Die gemene reg

Alvorens op ander Suid-Afrikaanse gewysdes ge-
 let word, is dit dienstig om 'n kort oorsig van die gemene
 reg te gee. Hierbo is reeds verwys na die fel omstrede

/vraag ...

vraag wat soos volg deur Groenewegen¹³⁾ geformuleer word:

"An et quando positus in conditione censeatur positus

in dispositione?" Met ander woorde, is diegene vermeld

in die voorwaarde geroepe tot die beskikking? Sommige

skrywers bestempel hierdie vraag as dié een waaroor die

grootste meningsverskil geheers het. Van Leeuwen sê

dat "the question seems to have been rendered perplexed

by the authorities";¹⁴⁾ Sande meen "there is among

Jurists no question more debated than this;"¹⁵⁾ terwyl

Christinaeus¹⁶⁾ dit 'n moeilike en onoplosbare vraag noem

en sê dat volgens kardinaal Mantica die antwoord nie deur

reënasie gegee kan word nie. Die skrywers het selfs

verskil aangaande die verdere vraag of 'n meerderheid 'n

positiewe dan wel 'n negatiewe antwoord gegee het. So

bv sê Gail¹⁷⁾ en Sande¹⁸⁾ dat die meerderheid ontken dat

/die

13) De Legibus Abrogatis 28.5.85.

14) Cens. For. 1.3.7.18 (Schreiner se vertaling, p 97).

15) Dec. Fris. 4.6.5 (Vos se vertaling, p 101)

16) Band 1, beslissing 37.

17) Practicarum Observationum, band 2, Obs. 136.

18) Op. cit.

die liberi bevoordeeldes is, terwyl Domat¹⁹⁾ en Menochius²⁰⁾ 'n teenoorgestelde mening huldig. Met verwysing na latere skrywers sê Christinaeus (vry vertaal):

"Dan is daar meer resente skrywers wat dan die een en dan die ander steun en so onder mekaar veg en mekaar so weerspreek dat enige een van die twee as die gangbare mening beskou kan word soos berig deur Dom Johannes van Castille waar hy sê dat enige van die menings maklik verdedigbaar is en die ander een volledig weerspreek kan word."²¹⁾

Daar was egter ook 'n derde benadering wat getrag het om die botsende positiewe en negatiewe standpunte te versoen. Diegene wat tot die derde groep behoort het, het naamlik geleer dat indien die liberi afstammelinge van die testateur was, hulle wel bevoordeel was.²²⁾

Romeins-Hollandse skrywers verwys in verband met bogemelde vraag na 'n stuk of veertig regsgeleerdes van die sestiende en vroeë sewentiende eeu; meestal Franse en

/Italianers ...

19) Les Loix Civiles 2.5.3.3.16.

20) Raadpleeg Christinaeus, band 4, beslissing 46.

21) Band 1, beslissing 37.

22) Sien o a Menochius, De Praesumptionibus, 4.76.23; Christinaeus, beslissing 56.

Italianers, maar ook enkele Spanjaarde en Duitsers, soos Cajucius, Duarenus, Boerius, Hartmanus Pistoris, Grivel-
 lus, Fachinaeus, Menochius, Mantica, Hotomanus, Salicetus,
 Maynard, Gail en Anselmus. Die lys sluit ook in skry-
 wers wat hedendaags onbekend of vrywel onbekend is, bv
 Bouvot, Grassus, Forcabilus, Hondedaeus en Autumnus. Die
 groot verskil van mening was te wyte aan die feit dat in
 die Romeinse reg die vraag onder bespreking nooit uit-
 druklik gestel en beantwoord is nie. Daar is dus ge-
 poog om afleidings te maak uit tekste wat vir verskillende
 interpretasies vatbaar was.²³⁾ Soos sal blyk, gaan dit
 in die onderhawige appël egter nie om die juiste gevolg-
 trekkings wat uit sodanige tekste gemaak moet word nie -
 tekste wat in elk geval, vir sover hulle leidrade mag bied,
 vry obskuur is - maar wel om die stand van die Romeins-
 Hollandse reg teen die einde van sy ontwikkeling in sy
 land van herkoms.

/Sover ...

23. Bv D 28.5.86 (85); D 36.1.59 (57).1; C 2.3.1 en
 C 6.25.7 (6) pr.

Sover ek kon vasstel, is die Nederlandse skrywers van die sewentiende en agtiende eeu dit eens dat 'n sine liberis-bepaling nie in sigself en in alle gevalle aanleiding gee tot 'n vermoede dat die liberi versweë aangewese fideicommissarii is nie. De Groot 2.20.5 bied 'n gerieflike vertrekpunt. Hy postuleer die geval waarin die testateur sy goed aan Jan bemaak en bepaal dat indien laasgenoemde sonder kinders sterf die goed na Paul moet gaan. Indien Jan na die testateur sterf, leer De Groot, is die mees algemeen aanvaarde opvatting dat Jan nie verplig is om die goed aan sy kinders na te laat nie tensy hulle (i) afstammeling van die testateur is, of (ii) indien hulle ingevolge die oorspronklike erflater se testament met 'n las beswaar was, of (iii) indien uit ander aanduidings in die testament 'n bedoeling om die kinders te bevoordeel, afgelei kan word.

Nie een van die diegene wat kommentaar op De Groot se Inleiding gelewer het, verskil van bogenoemde

/sienswyse ...

sienswyse nie, en bepaaldelik nie van die stelling dat die liberi stilswyend aangewese fideicommissarii is indien hulle afstammeling van die testateur is nie.

Schorer, Voet en Groenewegen verwys glad nie daarna nie soos hulle stellig wel sou gedoen het indien hulle nie met De Groot akkoord gegaan het nie. In sy Voorlesinge is Scheltinga dit blykbaar met De Groot eens. Hy sê dat die reël liberi positi in conditione, non sunt in positione van toepassing is, maar onderhewig aan 'n uitsondering, vermeld deur De Groot, in geval die kinders die intestate erfgename van die testateur is.²⁴⁾

In Praelectiones, ad Gr. 2.20.5., laat Van der Keessel hom soos volg uit:²⁵⁾

"Maar of Jan ens. Netso, indien in die gestelde geval Jan die erflater oorleef het en sy erfgenaam geword het, word die vraag gestel of met 'n fideikommiss beswaar is ten gunste van daardie kinders wat die erflater in die voorwaarde gestel het. Dit moet ook netso ontken

/word ...

24) Voorlesinge, p 177.

25) Praelectiones, band 2, pp 411-412 (Gonin se vertaling)..

word uit hoofde van dieselfde reël [d i dat kinders genoem in 'n voorwaarde nie daarom bevoordeeldes is nie]; dit was ook die standpunt van die Hof van Holland, behoudens die geval waar daar aanduidings van die teenoorgestelde wil aanwesig was ...

ten waar die kinderen ens. Indien Jan in die gestelde geval die seun van die erflater sou wees en sy kinders dus dieselfde erflater se afstammeling sou wees. Nou word aanvaar dat hulle vir die fideikommis aangewys is, soos die Hof van Holland na bewering beslis het."

Laastens skryf Fockema Andreae in sy aantekeninge

dat wat De Groot in 2.20.5 sê "de gewone leer van schrijvers en jurisprudentie [was], gelijk v. Bynkershoek opmerkt in Observ. 1, no. 1032". Ek kom hieronder op Van Bynkershoek terug.

Van Leeuwen het uit twee monde gespreek. In Cen. For. 1.3.7.18 verwys hy na die mening van sommige dat indien die liberi afstammeling van die testateur is, wel 'n fideicommissum tacitum tot stand kom, maar dat in ander gevalle daar duidelike aanduidings van sodanige bedoeling van die testateur moet wees, en vervolg dan:²⁶⁾

"This distinction however, has justly been disapproved of by others (w)ho hold that the children and grandchildren themselves of the testator mentioned in the condition are no more to be considered as summoned (to the inheritance) than any other people who are no relations would be, unless unmistakable and very evident inferences, and necessary deductions from the testator's intention require this, since the rule as to intention is not different in the case of descendants from what it is in the case of persons who are no relations, and if the testator wish to summon the latter (to the inheritance) by means of a fideicommissum he ought expressly to say so; since in cases of doubt the presumption is always in favour of the heir and against the fideicommissum, and in such a case the testator is not to be presumed to have placed a greater burden on his children, than would have been placed by such a provision on anyone who was no relation"

In sy Het Rooms-Hollands Recht, wat na Censura Forensis verskyn het, wyk Van Leeuwen egter af van sy vorige standpunt. Met verwysing na o a De Groot 2.20.5, sê Van Leeuwen 3.8.12 dat in geval van 'n sine liberis-bepaling 'n onderskeid juis tussen liberi wat kleinkinders van die testateur is, en dié wat in die sylinie verwant of vreemdes is, getrek moet word. Is die liberi wel

/kleinkinders ...

kleinkinders -

"it would be considered from the obviously good intention that the grandchildren are also called to the inheritance ..."²⁷⁾

Wat ander liberi betref, moet daar, aldus Van Leeuwen, duidelike aanduidings wees dat die testateur hulle as bevoorreedes wou betrek het.

Sommige hedendaagse skrywers sê dat Groenewegen, ad D 28.5.85, die opvatting gehuldig in Censura Forensis deel, maar inderdaad verwys hy slegs na uiteenlopende gesag en neem hy nie self standpunt in nie.

Die inleidende gedeelte van Voet 28.2.9 lui soos volg:²⁸⁾

"But as to whether those also are to be considered as passed over who have only been given a place in a condition there are differing views among the commentators. Sande displays an array of them on both sides. But if it behoves us to follow natural reason and the directions of the Civil law, the position is rather that such persons ought to be deemed to have been altogether passed over."

In 28.2.10 noem Voet egter vier uitsonderings

/op ...

27) Kotze se vertaling, band 1, p 383.

28) Gane se vertaling, band 4, p 666.

op die reël dat diegene vermeld in 'n voorwaarde nie self bevoorreedes is nie. Die eerste twee hou verband met afleidings aangaande 'n testateur se bedoeling wat uit sekere bepalinge in 'n testament gemaak kan word, terwyl die derde uitsondering nie hedendaags kan geld nie. Die vierde uitsondering word soos volg geformuleer:²⁹⁾

"Finally Neostadius is authority for saying that with collaterals indeed, such as the children of brothers or of blood-relations and others like them who have been given place under a condition, the view of the Roman law demonstrated above ought in case of doubt to be approved; but that actual descendants of the testator who have been given place by him under a condition appear by our customs to have been summoned by the last will apart from any combination of reasonable inference such as has been already described. Nay it has been clearly enacted in the Spanish Netherlands that those who are given place under a condition must be considered as having been summoned, according to Petrus Stokmans."

In 39.5.44 sê Voet dat in die geval van 'n skenking gemaak onderhewig aan die voorwaarde dat indien die begiftigde sonder kinders sterf die goed na die skenker terugval,

/die ...

die kinders nie fideikommissêre regte op die goed verkry nie. Voet gaan egter voort om dit duidelik te maak dat wat hy in 28.2.9 en 10 gesê het, ook op sodanige skenking van toepassing is, en konkludeer:³⁰⁾

"Hence if there is a rule anywhere by constant practice that those given place in a condition are also deemed to have been embraced in the disposition, or the combination of circumstances suggests some such thing, it ought not to be doubted that in those cases also a right has accrued to them on a donation so framed."

In Peiris v Appu,³¹⁾ n beslissing van die Geheime Raad aangaande die reg van Sri Lanka, word die passasie in Voet 28.2.10 wat hierbo aangehaal is, ook weergegee waarna Lord Wilberforce die volgende sê:³²⁾

"The cautious statement of this fourth proposition is to be noted: it is placed under the authority of Neostadius without direct endorsement by the author. That Voet himself considered the point a doubtful one is shown by a footnote to the passage last cited in which he refers to Grotius and Van Leeuwen on one side and to Sande's disagreement on the other. His own view appears to go no further than acceptance of the relevance of 'various circumstances.'"

/Ek ...

30) Gane se vertaling, band 6, p 138.

31) (1968) A C 869.

32) Op pp 878-9.

Ek kan, met eerbied, nie met hierdie sienswyse akkoord gaan nie, want dit kom my voor dat Voet instemming betuig het met dit wat hy aan Neostadius toegeskryf het. In sy opsomming wat 28.1.10 voorafgaan sê Voet uitdruklik dat hy o a vermeld wat die reg van Holland aangaande diegene positi in conditione is, en indien die gedeelte van 28.2.10 wat hierbo aangehaal is saam met 39.5.44 gelees word, is dit duidelik, meen ek, dat Voet aanvaar het dat volgens die praktyk van Holland afstammeling van 'n testateur wel as positi in dispositione beskou moes word. In 'n nota tot bedoelde gedeelte beroep Voet hom op Neostadius, De Groot en Van Leeuwen, Cens. For., 1.3.7.18, en vermeld hy slegs sydelings dat Sande 'n ander mening huldig. Dit is waar dat, soos hierbo blyk, Van Leeuwen in Cens. For. juis nie 'n onderskeid tussen afstammeling van die testateur en ander liberi trek nie, maar hy vermeld o a 'n beslissing van die Hof van Holland van 31 Julie 1651 waarin so 'n onderskeid blykbaar wel gemaak is, en bes moontlik het Voet

/se ...

se verwysing na Van Leeuwen op hierdie beslissing geslaan.

Die twee Friese skrywers, Sande en Huber, bied gesag vir die stelling dat in geval van 'n sine liberis-bepaling nie vermoed word dat die liberi stilswyend aangewese bevoorreedes is nie. Sande ³³⁾ verwerp pertinent die standpunt dat so 'n vermoede wel geld indien die liberi afstammeling van die testateur is. Hy verlaat hom egter uitsluitlik op sy vertolking van sekere Romeins-regtelike tekste, veral C.6.43.3, en soos blyk uit 28.2.9 het Voet nie van Sande se siening van die Romeinse Reg verskil nie.

Huber ³⁴⁾ skryf dat indien ek my broer as erfgenaam aanwys, en Klaas as alternatiewe erfgenaam benoem in geval my broer sonder kinders sterf, die kinders nie ook moontlike erfgename is nie aangesien "erfstellinge met duidelike woorde moet geskieden". In 2.16.40 voeg Huber egter by "hoewel de stilswijgende wille van

/den ...

33) Dec. Fris. 4.6.5.

34) Hed. Rechtsg. 2.16.39.

den Testateur genoeg saem blijkt, dat hy ook sijn broeders kinderen de goederen liever heeft toegewilt, als aen vreemde lieden."

Opgelet sal word dat in Huber se voorbeeld die liberi nie afstammeling van die testateur is nie. Die enigste gesag waarop Huber hom beroep, is egter dié van Sande, en dit is dus 'n redelike aanvaarding dat hy laasgenoemde se sienswyse ten volle gedeel het.

Wat Sande en Huber betref, moet natuurlik in gedagte gehou word dat daar in Friesland 'n sterker resepsie van die Romeinse Reg as in Holland was; soveel so dat Huber 1.2.47 geskryf het dat die Romeinse Reg in Friesland "suiwerder en platter onderhouden wort, als in eenig deel, land of staet van de Christene wêreld." In 'n geval waarin die reg van Holland wel, maar nie dié van Friesland nie, van die Romeinse reg afgewyk het, kan gevolglik hier te lande nie op die gesag van Friese skrywers gesteun word nie. Soos Van den Heever AR gesê het:^{34a)}

"Since we observe the law of Holland we must exclude the Romanists of other countries as well as the pragmatists from neighbouring regions. Accordingly we leave out of consideration Flemish authorities such as Zoesius (Comment ad. C. 4.44 quaest. 3) and Tulden (ad C.4.44). There is a special reason why we should ignore the Frisians. In Friesland the Roman law was received not merely in subsidio as ratio scripta but as a system which operated proprio vigore."

/Wat ...

34a) Tjollo Ateljees (Eins) Bpk v Small 1949 (1) S A
856 (A) 865-6.

Wat die Suid-Nederlande betref, het art 18 van die Ewige Edik van 1611 bepaal dat liberi wat in 'n voorwaardelike beskikking vermeld is, wel as testamentêre bevoordeeldes beskou moes word. Aldus, sê Stockmans,³⁵⁾ het 'n einde gekom aan "lawaaierige gevegte" wat voorheen in die hof van Brabant geheers het.

Christinaeus het aanvanklik die bogenoemde derde, versoenende, mening verwerp, maar later het hy met klaarblyklike goedkeuring verwys na Mantica se oplossing dat 'n vermoede ten gunste van die liberi wel geld indien hulle afstammeling van die testateur is.³⁶⁾

Wat Utrecht betref, leer Wassenaar dieselfde as De Groot. Hy sê dat in geval van 'n sine liberis-bepaling die primêre erfgenaam nie verplig is om die erfenis aan die liberi na te laat nie "ten ware de kinderen waren afkomelingen van den testateur", ofte dat die kinderen

/ook ...

35) Beslissing 29.

36) Band 4, beslissing 46.

37) Practijk Notariael, hoofstuk 18, no 116 (op p 381).

ook met eenige maekinge ofte conditie belast waren, ofte andersins van des testateurs meyninge so te zijn, uit de despositie quame te blijken ofte aangenomen konde worden." (My kursivering.)

Hoe was dit in die praktyk van Holland gesteld?

Ek het reeds melding gemaak van die beslissing van die Hof van Holland van 31 Julie 1651 hoewel toegegee moet word dat Van Leeuwen se verwysing daarna nie glashelder is nie. Neostadius, Dec. 22, waarop Voet steun, vermeld egter 'n geval waarin 'n testateur sy twee susters as erfgename aangewys het onderhewig aan die bepaling dat indien een van hulle sonder kinders sou sterf, haar deel van die erfenis aan die langslewende suster, of haar kinders, sou toeval. Een van die susters, Margarete, het voor die testateur gesterf maar het 'n kind nagelaat. Die vraag het toe ontstaan of bedoelde kind by wyse van direkte substitusie in die plek van sy moeder getree het. Op grond van sekere conjecturae het die Hof van Holland dié

/vraag ...

vraag bevestigend beantwoord. Wat egter vir huidige doeleindes van belang is, is dat die Hof van Holland blykbaar aanvaar het dat aanduidings van die testateur se bedoeling nodig was omdat Margarete se kind nie 'n afstammelings van die testateur was nie, en dus nie uit die sine liberis-bepaling sonder meer afgelei kon word dat die kind in Margarete se plek moes tree nie.

Dit het in hierdie eeu geblyk dat outeurskap van die Decisiones voorheen verkeerdelik aan Neostadius toegeskryf is, en dat dit die werk was van Pelgrim van Loo, 'n raadsheer van die Hof van Holland. 'n Afskrif van die oorspronklike teks van Van Loo is in 1936 deur Van Apeldoorn op 'n veiling aangekoop, en hy gee die volgende opsomming van Dec. 22 soos dit in Van Loo se teks voorkom (my vertaling):³⁸⁾

"Wanneer iemand by testament sy twee susters as erfgename aanwys met die bepaling dat 'bij kinderloos overlijden' van een van hulle haar

/deel ...

38) Uit de Practijk van het Hof van Holland, p 48.

deel die ander suster sal toekom, en een van die susters voor die erflater met nalating van 'n kind sterf, mag - 'aangezien dit kind den erflater niet in de rechte lijn maar in de zijlijn bestaat' - uit die klousule 'bij kinderloos overlijden' nie sonder meer afgelei word dat die kind as erfgenaam vir sy moeder gesubstitueer was nie. Dit mag slegs aangeneem word indien uit die verdere inhoud van die testament blyk dat dit die bedoeling van die testateur was."

Ek is egter nie seker dat Voet in 28.2.10 op hierdie beslissing gesteun het nie. In nota (a) tot Dec. 22 word verwys na 'n beslissing van die Hof van Holland van 7 Mei 1632 as gesag vir die stelling dat 'n vermoeden gunste van liberi wel geld indien hulle afstammelingen van die testateur is, en moontlik het Voet hierdie latere beslissing in gedagte gehad. Van der Keessel steun dan ook spesifiek op die beslissing van 1632.³⁹⁾

Van Bijnkershoek⁴⁰⁾ vermeld 'n geval wat voor die Hooge Raad van Holland, Zeeland en Wes-Friesland gedien

/het ...

39) Op. cit., band 2, p 515, deel 20, voetnota 7.

40) Observationes Tumultuariae, no 1032.

het. Sempronius het die kinders van sy broers as erfgename aangewys onderhewig aan 'n fideikommissêre substitusie indien een van die erfgename sonder wettige afstammeling sou sterf. Een van die erfgename is insolvent oorlede maar het kinders nagelaat. Bedoelde erfgenaam se krediteure wou hul vorderings bevredig uit goed wat Sempronius aan die oorledene nagelaat het, terwyl die voogde van die kinders van die oorledene beweer het dat 'n stilswyende fideicommissum ten gunste van die kinders geskep was. Van Bynkershoek sê dat die geskil betrekking het op die bekende vraag waarom daar in die literatuur en die praktyk skerp meningsverskil bestaan het, nl of "liberi positi in conditione censeantur vocati?" Meestal, vervolg van Bynkershoek, word beslis dat die antwoord bevestigend is indien die liberi afstammeling van die testateur is, maar dat indien hulle in die sylinie aan die testateur verwant is, daar aanduidings in die testament moet wees dat die testateur hulle as fideicommissarii

/wou ...

wou bevoordeel. Van Bynkershoek sê ook dat hy nie na gesag verwys nie omdat dit reeds so beslis is.

In Obs. 2266 word voorts positief gesê dat dit "ons reg" is, en dat dit dikwels beslis is, dat liberi wat in 'n voorwaardelike beskikking vermeld is wel testamentêr bevoordeel is indien hulle kinders of ander afstammelinge van die testateur is. Amerasinghe⁴¹⁾ sê dan ook tereg dat die Hooge Raad in die verband onder bespreking konstant 'n onderskeid tussen die direkte en die sylinie getrek het.⁴²⁾

Ek is nie bewus van enige uitspraak van die Hof van Holland of die Hooge Raad waarin hierdie reël betwyfel is nie, en dit moet dus aanvaar word dat volgens die praktyk van Holland in die sewentiende en agtiende eeu 'n sine liberis-bepaling, gekoppel aan 'n voorwaardelike fideikommissêre substitusie, die vermoede meegebring het dat die testateur 'n fideicommissum tacitum ten gunste

/van ...

41) Tacit Fideicommissa, p 47, n 233 A.

42) Sien ook Obs. 1979, 2937 en 3099.

van die liberi geskep het mits hulle afstammeling van die testateur was. Indien die liberi nie afstammeling was nie, was hulle bevoordeel slegs indien die testament aanduidings bevat het dat die testateur hulle as stilswyend aangewese fideicommissarii wou betrek.

Met die uitsondering van Van Leeuwen en bogenoemde twee Friese juriste, is dit ook wat Nederlandse skrywers van die sewentiende en agtiende eeu geleer het. Soos reeds genoem, het Van Leeuwen egter in sy latere werk sy vroeëre opvatting laat vaar en was daar dus, wat die reg van Holland betref, geen wanklank nie. Indien aan die heersende gemeenregtelike standpunt gevolg gegee word, geld daar gevolglik in casu 'n vermoede dat die testateur, Strauss, stilswyend die afstammeling van sy kinders as fideikommissêre legatarisse aangewys het. Die appellant se advokaat het dan ook nie betwis dat die meermaal genoemde vermoede in die gemene reg gegeld het nie, maar het op twee gronde betoog dat dit nie in casu toepassing vind nie.

Ek kom later op hierdie gronde terug.

Verdere Suid-Afrikaanse Regspraak

Re Milne's Estate; Ex parte Robinson⁴³⁾ is

die eerste Suid-Afrikaanse saak waarin die onderhawige vraag ter sprake gekom het. Die vraag wat deur Connor HR ondersoek is, is deur hom soos volg geformuleer:⁴⁴⁾

"Is a person made part of a conditional devise, made a devisee?" Hy het na verskeie ou skrywers verwys, maar het uiteindelik die vraag onbeantwoord gelaat.

In Steenkamp v Marais N O and Others⁴⁵⁾ is in

'n gesamentlike testament plase bemaak aan die testateur se seun Carel, onderhewig aan o a die voorwaarde dat indien hy sonder erfgenaam te sterwe sou kom, die grond op die testateur se ander seun, Daniel, sou oorgaan. Die vraag waaroor die hof moes beslis, was of die testament 'n stilswyende fideicommissum ten gunste van Carel se kinders geskep het. Maasdorp R het verwys na De Groot

/2.20.5 ...

43) 3 N L R 56.

44) Op p 57.

45) 25 S C 483.

2.20.5, Van Leeuwen, Cens For. 3.7.16 en R H R 3.8.12, en Voet 36.1.67, 36.1.13, 36.1.14 en 36.1.17, en op grond van hierdie gesag tot die gevolgtrekking gekom dat die kinders van Carel nie fideikommissêre regte verkry het nie. Wat laasgenoemde skrywer betref, was Maasdorp R van oordeel dat:

"Voet all through treats the condition 'if he dies without children' merely as a condition upon which the fideicommissum depends, and not as a disposition in favour of the grandchildren."⁴⁶⁾

Aangesien daar in die testament geen aanduidings was van 'n bedoeling om die kinders van Carel te bevoordeel nie, is gevolglik beslis dat Carel met toestemming van Daniel (dit is per incuriam andersom in die uitspraak gestel) vryelik oor die grond kon beskik.

Alvorens Maasdorp R na bogenoemde bewysplekke in Voet verwys het, het hy genoem dat dit vreemd was "that a question so much discussed by some of the authorities is

/not ...

not, as far as I can find, touched upon by Voet." Hierdie opmerking het van McGregor⁴⁷⁾ die lakonieke uitlating "Quandoque bonus dormitat Homerus" ontlok, want soos reeds aangetoon, bespreek Voet wel die vraag in 28.2.9 en 10 en 35.9.44. Maasdorp R het dus sy beslissing gegrond op die gesag van Van Leeuwen, Cens. For., en wat hy verkeerdelik as Voet se opvatting beskou het. Bowendien ontbreek in die uitspraak enige verwysing na die praktyk van Holland, terwyl latere skrywers soos Van Bynkershoek en Van der Keessel glad nie vermeld word nie. (Obs. Tum. was toe egter nog nie beskikbaar nie.)

Die enigste ander saak waarin getrag is om die stand van die gemene reg te bepaal, is Ex Parte Odendaal.⁴⁸⁾ Die tersaaklike gedeelte van die testament wat ter sprake was, het bepaal dat indien een of meer van die testateurs se erfgename sou sterf sonder om kinders na te laat, hul erfenisse moes terugval na die ander erfgename of hul

/afstammeling ...

47) 1936 S A L J 265 op 273.

48) 1926 O P D 223.

afstammelinge. Hoewel beslis is dat die testament 'n direkte substitusie, en nie 'n fideikommissêre een nie, geskep het, is tog ingegaan op die vraag of die liberi vermeld in die sine liberis-bepaling as fideikommissêre bevoorreedes beskou kon word. McGregor R, met wie De Villiers RP, saamgestem het, het dan ook 'n veel grondiger ondersoek van gemeenregtelike bronne gedoen as wat in Steenkamp die geval was. Hy het o.a. verwys na De Groot, Van Leeuwen se twee werke, Voet 28.2.9 en 10 en 39.5.44, Neostadius Dec. 22, Sande, Dec. Fris. 4.6.5 en Van Bynkershoek, Obs. 1032. McGregor R se uiteindelijke slotsom is soos volg geformuleer:^{48a)}

"One is now in a position to attempt a summary of the way in which the saying an et quando positus in conditione censeatur positus in dispositione should be regarded and applied. I think that prima facie (and without more) the inclusion in the condition does not strictly imply and constitute inclusion in the succession (i.e., in the class of beneficiaries). Where the persons sought to be included are collaterals, i.e., not descendants in the direct line, the indications in the will (conjecturae) would have to be very strong (more or less of the nature indicated in the Censura Forensis, supra) before such inclusion could be approved. Where they are direct descendants, however, the tendency is the other way, and the indications on which it is legitimate to found a manifestation of desire to include may be much slighter. The high authority of Grotius and Bynkershoek seems to support this conclusion."

/Ek ...

Ek kan, met eerbied, nie hierdie slotsom onderskryf nie. De Groot en Van Bynkershoek is na my mening duidelike gesag vir die stelling dat 'n sine liberis-bepaling, gekoppel aan 'n voorwaardelike fideicommissum, sonder meer aanleiding gee tot 'n vermoede dat die liberi fideikommis-sêre bevoorreedes is. Nie een van bogenoemde skrywers nie, en so ook nie o a Voet en Van der Keessel nie (na laasgenoemde skrywer is nie verwys nie), vereis dat daar bowendien aanduidings (sy dit dan ook "much slighter") moet wees van die testateur se bedoeling om 'n stilswyende fideicommissum te skep.

Wat Neostadius betref, wys McGregor R ook nie daarop dat in Dec. 22 die liberi nie afstammeling van die testateur was nie en dat juis daarom nie sonder meer vermoed is dat hulle bevoorreedes was nie. Ook verwys die geleerde regter nie na die beslissing van die Hof van Holland genoem in nota (a) van Dec. 22 of na Obs. Tum.

2266 nie.

In die verbygaan kan genoem word dat regter McGregor na sy aftrede blykbaar van oordeel was dat die vermoede wat hierbo genoem is, wel geld indien die liberi afstammeling van die testateur is.⁵⁰⁾

In latere gewysdes het die Provinsiale en Plaaslike Afdelings sonder uitsondering uitgegaan van die standpunt dat in geval van 'n sine liberis-bepaling die liberi nie stilswyend aangewese fideicommissarii is nie. Meestal is 'n beroep gedoen op die Steenkamp-saak, en soms ook op die Odendaal-saak, en in 'n hele aantal van die gewysdes is nie eens melding gemaak nie van die voorbehoud wat in die beslissings in beide sake gestel is, nl dat ander aanduidings in 'n testament kan lei tot die gevolgtrekking dat die testateur wel

/die ...

50) 1936 S A L J 265 e v.

die liberi wou bevoordeel.⁵¹⁾

Vreemd genoeg, is daar nie 'n enkele gewysde, waarvan ek bewus is, waarin pertinent daarop gewys is dat in Odendaal, anders as in Steenkamp, 'n onderskeid getrek is tussen liberi wat afstammeling van 'n testateur is en dié wat dit nie is nie, betreffende die aard van aanduidings wat vereis word om aan te toon dat 'n testateur wel die liberi as fideikommisssêre bevoordeeldes wou betrek. In E. p. Van Schalwyk⁵²⁾ word egter wel in die verbygaan gemeld dat die liberi in daardie

/saak ...

-
- 51) Gewysdes waarin die liberi afstammeling van die testateur was, sluit in E.p. De Klerk 1912 C P D 388, 389; E. p. De Wet 1921 C P D 812, 813; Bredenkamp v South African Association and Others; 1935 C P D 130, 138; Scholtz's Executors v Roux and Others 1939 C P D 144, 151; E. p. Van der Heyde and Others 1945 C P D 67, 71; E. p. Richter Visser 1945 O P D 297, 299; Engelbrecht N O v Engelbrecht en Andere 1958 (3) S A 571 (O) 574; E. p. Van Tonder 1978 (3) S A 369 (O K A) 369, 371; E. p. Gluckman and Others NN O 1980 (3) S A 1127 (W) 1135, en E. p. Botha 1981 (1) S A 1211 (O) 1214.
- 52) 1968 (4) S A 441 (O) 443.

saak nie afstammeling van die testateur was nie, en word daar dan na Odendaal verwys.

Dit is ook vreemd dat in slegs Van Tonder na Cato verwys word, maar sonder vermelding van die meermaal genoemde bevinding van Innes HR terwyl skrywers soos Hahlo en Kahn,⁵³⁾ Murray,⁵⁴⁾ Cronje⁵⁵⁾ en Van der Merwe en Rowland⁵⁶⁾ reeds sedert die sestigerjare met 'n beroep op Cato aanvaar dat volgens ons positiewe reg die meermaal genoemde vermoede wel geld indien die liberi afstammeling van die testateur is.⁵⁷⁾

/Dit ...

-
- 53) The Union of South Africa, p 636.
 - 54) 1968 A S op pp 238-9.
 - 55) 1978 T H R H R 445.
 - 56) Die Suid-Afrikaanse Erfreg, 5de uitg, pp 310-11.
 - 57) Ander Suid-Afrikaanse skrywers verskil van mekaar oor die vraag of die soort bepaling onder bespreking 'n fideicommissum tacitum daarstel. Raadpleeg o a Lee, An Introduction to Roman Dutch Law 5de uitg, p 379; Wille, Principles of South African Law 7de uitg, p 287; Neethling, Codicillus, vol II, deel 2, pp 17-18; en Corbett, Hahlo and Hofmeyr, The Law of Succession in South Africa, p 263.

Dit blyk dus dat oor 'n tydperk van nagenoeg 80 jaar Provinsiale en Plaaslike Afdelingskonstant beslis, of aanvaar, het dat 'n sine liberis-bepaling nie aanleiding gee tot 'n vermoede dat die liberi testamentêre bevoorreedes is nie, selfs nie indien hulle afstammeling van die testateur is nie. Dit blyk ook dat slegs in Odendaal geleer is dat in geval van liberi wat in die direkte linie aan die testateur verwant is minder aanwysings van 'n andersduidende bedoeling van die testateur benodig word as wat die geval is indien hulle nie afstammeling is nie.

Die appellant se betoë

Die appellant se advokaat het eerstens betoog dat al sou bogenoemde beslissings van Provinsiale en Plaaslike Afdelings op 'n verkeerde vertolking van die gemene reg gefundeer gewees het, hierdie hof weens

/uniformiteit ...

uniformiteit oor 'n tydperk van bykans 80 jaar nie tans
daarvan moet afwyk nie; m a w, communis error facit
jus.

Ten aansien van hierdie spreuk het Innes R
in Webster v Ellison⁵⁸⁾ die volgende gesê:

"This is not a case for the application of that dangerous maxim, with regard to which Lord KENYON remarked: 'I am not driven, nor will I ever resort to the maxim communis error facit jus but uniform and [un?]broken usage facit jus.' The English Courts have refused to interfere with a long established and uniform interpretation of Statutes upon questions materially affecting rights of property ... And there may be cases not concerned with the interpretation of old Statutes in which we might properly regard uniform and unbroken usage as altering the law. But this is not such a case. The question here is, what was the Common Law of Holland with regard to a landlord's

/legal ...

58) 1911 A D 73 op 92-3.

legal rights under certain circumstances? And the fact that there are old decisions in conflict with our view, which have been followed by the Courts of the Province concerned, is no sufficient reason for refusing to give effect to the conclusions at which we now arrive. If it were otherwise, the result would be an unfortunate one. For when does a decision become so venerable that its original error is to be regarded as modifying the Law?"

Solomon R het hom met verwysing na 'n Engelse beslissing soos volg uitgelaat:⁵⁹⁾

"Here also a practice is alleged to have grown up, based upon the original decision of CONNOR, C.J., in Badcock vs. Skeen. That decision was given 27 years ago, and has been acquiesced in ever since; but, if it was wrong, there is no principle, as Lord McNAGHTEN said, which precludes us from correcting the error. To hold otherwise would be to perpetuate an erroneous interpretation of the law merely because it has happened, for some reason or other, to remain unchallenged for 25 years. The only distinction that can be drawn between the two cases is that in the English case the decision turned upon the construction of a Statute, whereas

/in ...

59) Op pp 98-99.

in the Natal case it depended upon the interpretation of the Common Law. But I can see no difference in principle between a wrong decision, based upon an erroneous reading of an Act of Parliament, and one based upon a wrong reading of the Common Law. I am not prepared to say that there may not be circumstances under which we should be justified in holding our hands and in declining to interfere with a course of practice which had been in existence for a very long period of time, and which, in our opinion, may have originally been founded in error. But the present, in my opinion, is certainly not one of such cases."

Ek is dan ook nie bewus van enige gewysde van hierdie hof waarin pertinent besluit is dat aan verkeerde beslissings van laer hof bloot weens uniformiteit oor 'n lang tydperk gevolg gegee moet word nie. Hierdie hof mag traag wees om van so 'n verkeerde siening af te wyk indien dit waarskynlik is dat landsburgers hulle sake ingeklee het in die veronderstelling dat die betrokke beslissings die reg juis weergee,⁶⁰⁾ maar sal dit na my mening tog doen tensy buitengewone omstandighede aanwesig is.

/In ...

60) Holmes' Executors and Others v Rawbone and Others
1954 (3) S A 703 (A) 711.

In die onderhawige geval moet eerstens in gedagte gehou word dat dit nie gaan om 'n regsposisie waaroor daar in Holland 'n verskil van mening was nie. En soos Lee tereg opmerk:⁶¹⁾

"The works of the older writers have a weight comparable to that of the decisions of the courts, or of the limited number of 'books of authority' in English Law. They are authentic statements of the law itself, and, as such, hold their ground until shown to be wrong."

In casu het die Hof van Holland en die Hooge Raad bowendien in die praktyk aan die skrywers se standpunt gevolg gegee.

In tweede instansie is daar in werklikheid nie van volslae uniformiteit sprake nie want, soos blyk uit wat reeds gesê is, is in Odendaal in 'n belangrike opsig van Steenkamp afgewyk.

Derdens geld die oorweging dat die dictum van

/Innes HR ...

61) Introduction to Roman-Dutch Law 5de uitg p 14.

Innes HR in Cato, en veral die mening van skrywers soos Van der Merwe en Rowland aangaande die beslissing in daardie saak, waarskynlik nie onbekend was aan sommige adviseurs wat testateurs in verband met die bewoording van hul testamente van raad bedien het nie.

Vierdens is daar geen ander dwingende rede om van die gemeenregtelike standpunt af te wyk nie. Diegene wat hulle teen die vermoede ten gunste van afstammelinge van die testateur verset, voer in eerste instansie aan dat indien die testateur wel die liberi wou bevoordeel, hy uitdruklik so sou bepaal het. Hierdie oorweging is nie sonder oorredingskrag nie, maar dit is hier te lande 'n regsreël dat indien 'n testateur 'n afstammeling as erfgenaam of legataris aanwys onderhewig daaraan dat dit na sy dood op 'n derde moet vererf, 'n sine liberis-bepaling in die testament ingelees moet word tensy, natuurlik, daar blyke van 'n ander bedoeling is. En ook wat betref hierdie reël van die gemene reg soos bekragtig in Galliers en

/Cato ...

Cato, sou geargumenteer kan word dat indien die testateur wel 'n voorwaardelike fideicommissum beoog het, hy uitdruklik sulks sou bepaal het.

Vervolgens word aangevoer dat hoewel 'n sine liberis-bepaling toe te skryf is aan die testateur se welwillendheid teenoor die liberi, altans as hulle sy afstammeling is, hierdie oorweging nie aanleiding gee tot 'n vermoede dat die testateur hulle uit hoofde van sy testament wou bevoordeel nie. Want, so word geleer, die liberi kan nog steeds as testate of intestate bevoordeeldes van die fiduciarius 'n aanspraak op die testateur se goed verkry, terwyl by ontstentenis van sodanige bepaling die goed op die onvoorwaardelik aangewese fideicommissarii moet oorgaan. Hierby aansluitende word aangevoer dat in die reël die liberi wel die goed, of 'n deel daarvan, uit die boedel van die fiduciarius sal verkry. Die teenargument, wat vir my aanneemliker is, is egter dat indien die testateur nie die liberi uit hoofde van sy testament

/wou ...

wou bevoordeel nie, en dus dit vir die fiduciarius moontlik wou maak om by afsterwe met nalating van liberi die goed aan h derde te laat vererf, daar geen rede was om hoege-naamd h voorwaardelike fideicommissum te skep nie. Anders gestel, waarom sou die testateur beoog het dat indien die fiduciarius wel kinders nalaat hy vryelik in sy testament oor die goed kan beskik, maar nie as hy sonder kinders te sterwe kom nie?

Hierdie oorweging geld natuurlik ook indien die liberi nie afstammeling van die testateur is nie. Dit is dan ook nie heeltemal logies om die vermoede ten gunste van die liberi toe te pas slegs indien hulle afstammeling van die testateur is nie. Indien byvoorbeeld h kinderlose testateur sy goed aan sy enigste suster bemaak met h voorwaardelike fideikommissêre substitusie ten gunste van h vreemdeling indien sy sonder kinders te sterwe kom, sou dit moeilik wees om te aanvaar dat die broer se toegeneentheid teenoor sy suster se kinders noemenswaardig swakker

/is ...

is as die van 'n grootvader ten opsigte van sy kleinkinders.

Die reg is egter nie altyd ten volle logies nie - "the life of the law has not been logic, it has been experience"⁶²⁾ -

en feit is dat die gemeenregtelike gesag eensluidend is dat die meermaal genoemde vermoede geld slegs indien die liberi afstammeling van die testateur is.

In die lig van bostaande oorwegings is ek derhalwe van mening dat die onderhawige nie een van daardie uitsonderlike gevalle is nie waarin hierdie hof vanweë (gedeeltelike) uniformiteit oor 'n lang tydperk in laer hofgevolg sal gee aan 'n verkeerde vertolking van die regsposisie.

Die appellant se advokaat het ook betoog dat die draagwydte van die meermaal genoemde vermoede aan 'n verdere beperking onderhewig is; nl dat dit van toepassing is slegs indien die liberi wel, maar nie die voorwaardelike fideicommissarii nie, afstammeling van die testateur is. Hy kon egter nie op enige gemeenregtelike gesag wys wat

/steun ...

62) Holmes, aangehaal deur Amerasinghe, op. cit. p 54.

steun vir die betoog bied nie, en na my mening toon twee oorwegings aan dat dit nie houdbaar is nie. Eerstens is dit duidelik dat 'n sine liberis-bepaling vermoed word selfs indien die aangewese fideicommissarii wel afstammeling van die testateur is. In sy bekende advies vervat in D. 35.1.102 vermeld Papinianus juis 'n geval waarin die fideicommissarius ook 'n afstammeling van die testateur is, nl 'n testament waarin 'n grootvader sy seun en sy kleinseun (die kind van 'n ander seun) as erfgename aanwys en bepaal dat indien die kleinseun voor sy dertigste verjaarsdag sterf sy deel van die erfenis na sy oom moet gaan. Toe die kleinseun binne die voorgeskrewe tydperk gesterf het maar op sy beurt kinders nagelaat het, het Papinianus geadviseer dat vanweë oorwegings van grootvaderlike pietas die voorwaarde nie vervul is nie, aangesien die testateur nie uitdruklik sy volle bedoeling in die testament weergegee het nie. 'n Sine liberis-bepaling is dus in die testament ingelees.

/Papinianus ...

Papinianus se vertolking is later deur keiserlike dekreet bekragtig en uitgebrei om ook van toepassing te wees indien die erfgenaam nie kinders nie maar wel verdere afstammeling nalaat, asook indien die erfgenaam nie 'n kind nie, maar 'n verder verwyderde afstammeling van die testateur is.⁶³⁾ In verband met die vermoede ten gunste van 'n sine liberis-bepaling leer Voet 36.1.17 dan ook:⁶⁴⁾

"It makes no difference who has been summoned to the fideicommissum, whether a stranger, or on the other hand a blood-relation or even a descendant of the very person imposing the burden, but one who is collateral to the person burdened, as when a grandfather requests a grandson to hand back the inheritance to his uncle."

Aangesien sodanige bepaling vermoed word selfs indien die fideicommissarius ook 'n afstammeling van die testateur is, sou dit beslis vreemd wees indien volgens die gemene reg die verdere vermoede dat in geval

/van

63) C 6.25.6 en 6.42.30.

64) Gane se vertaling, band 5, p 357.

van 'n uitdruklike bepaling die liberi, synde afstammeling
 van die testateur, versweë aangewese fideicommissarii is,
 nie geld nie indien die uitdruklik benoemde fideikommissêre
 bevoorreedes ook afstammeling van die testateur is. Ek
 kon dan ook geen gesag vind wat tot sodanige resultaat lei
 nie.

Voorts is daar geen rede waarom veronderstel
 moet word dat die testateur die liberi wou bevoorreed slegs
 indien die uitdruklik aangewese fideicommissarii nie ook
 in die direkte linie aan hom verwant is nie. Ongetwyfeld
 koester so 'n testateur toegeneentheid ook teenoor sodanige
fideicommissarii ("die gesubstitueerdes"); juis daarom
 wys hy hulle as bevoorreedes aan. Hul bevoordeling is
 egter steeds voorwaardelik - hulle verkry die goed slegs
 indien die eerste erfgenaam of legataris sonder kinders
 (of verdere afstammeling) sterf. Die testateur se wel-
 willendheid teenoor hulle is dus ook voorwaardelik begrens.
 By beantwoording van die vraag of die liberi stilswyend

/aangewese ...

aangewese fideicommissarii is, is die feit dat die gesubstitueerdes ook afstammeling van die testateur is dus van geen betekenis nie. Juis omdat die eerste bevoordeelde kinders nagelaat het, verdwyn die gesubstitueerdes immers uit die prentjie.

Slotopmerkings

Opsommenderwyse is ek dus van mening dat in ons reg 'n sine liberis-bepaling, gekoppel aan 'n voorwaardelike fideicommissum, aanleiding gee tot 'n vermoede dat die testateur die liberi stilswyend as fideikommissêre bevoordeeldes aangewys het, mits die liberi afstammeling van die testateur is. Anders gestel, in geval van afstammeling is 'n sine liberis-bepaling in sigself 'n indicium van die testateur se bedoeling om die liberi te bevoordeel. By ontstentenis van ander indicia word dus aanvaar dat hulle bevoordeeldes is. Vanselfsprekend moet die vermoede egter wyk indien die testament as geheel aandui dat die testateur nie 'n fideicommissum tacitum wou skep nie. Andersom.

/kan ...

kan liberi wat nie afstammeling van die testateur is nie, wel bevind word bevoordeeldes te wees indien die testament genoegsame aanduidings van 'n dusdanige bedoeling bevat.

En in hierdie verband strook die volgende siening van Van Bynkershoek (vry vertaal) met normale menslike ervaring:

"Die erflater is vir [afstammeling] lief as vir aanverwante en hy is vir aanverwante lief as vir buitestaanders."⁶⁵⁾

Daar is ook geen rede waarom die vermoede nie sal geld nie indien 'n sine liberis-bepaling nie in 'n testament voorkom nie maar wel as stilswyend inbegrepe beskou moet word.

In casu is die liberi wel afstammeling van die testateur (Strauss) en geld die vermoede dus wel in hulle guns. Die appellant se advokaat het getrag om aan te toon dat die testament andersduidende indicia bevat, maar die betoog is so klaarblyklik ongegrond dat ek dit

/nie ...

nie nodig vind om dit te behandel nie. Inteendeel gaan ek akkoord met die siening van die hof a quo dat daar in die testament juis 'n aanduiding is dat Strauss die liberi wou bevoordeel. Dit is naamlik onwaarskynlik dat Strauss sy kleinkinders (en verdere afstammelingen) sou aangewys het as moontlike fideikommissêre bevoordeeldes ten aansien van die grond wat aan hulle oom of tante be- maak is, maar nie betreffende die grond wat aan hulle eie ouer nagelaat is nie.

Die appellant het in twee hoedanighede ageer terwyl hy in sy hoedanigheid as kurator van die boedel van die insolvent geen belang by die uitslag van die appèl gehad het nie. Aangesien die partye dit eens was dat, in geval die appèl sou misluk, onderstaande kostebevel gemaak moet word, hoef daar egter nie verder op dié aspek inge- gaan te word nie.

Dit is ten slotte nodig om iets te sê oor die optrede van die kurator-ad-litem. Diegene wat hy moes

/verteenwoordig ...

verteenwoordig het o a kinders wat die insolvent en sy seuns nog mag verwek, ingesluit. Sodanige ongeborenes se belange was dus dieselfde as dié van die respondent in wie se guns die hof a quo uitspraak gegee het. Nogtans het die kurator in h verslag wat hy by hierdie hof ingedien het argumente aangevoer waarom die appèl moes slaag. Hy het gesê dat argumente tot die teendeel volledig deur die respondent aangevoer is en dat dit hierdie hof sou baat indien hy h "meer objektiewe" standpunt inneem.

Hierdie houding was klaarblyklik strydig met sy pligte, want dit is nouliks nodig om te sê dat h kurator-ad-litem se eie siening ontersaaklik is en dat van hom verwag word om alle moontlike argumente ten behoeve van die betrokke minderjariges en ongeborenes aan te voer; soveel te meer indien uitspraak reeds in hulle guns gegee is.⁶⁶⁾

Die kurator is dan ook in kennis gestel dat by

/die ...

66) Vgl E. p. Estate Ortlepp and Another 1966 (1) S A 809 (N) 812.

die verhoor van die appèl redes aangetoon moes word waarom nie beveel sou word dat hy nie op enige fooie geregtig is nie. Dit het meegebring dat hy in 'n verdere verslag 'n verduideliking vir sy optrede verskaf het en ook betoog het dat die appèl afgewys behoort te word. Die essensie van sy verduideliking was dat na sy aanvanklike mening die belange van diegene wat hy verteenwoordig het ten volle deur die respondent se betoog onderskraag is, en dat hy hom as advokaat as't ware as 'n amicus curiae beskou het. Nieteenstaande die kurator se aanvanklike ernstige pligsversuim bestaan daar geen rede om sy bona fides in twyfel te trek nie, en aangesien hierdie hof nog nie vantevore die pligte van 'n kurator-ad-litem uitgestippel het nie, is besluit om geen spesiale bevel aangaande die fooie van die betrokke kurator te maak nie.

Die appèl word afgewys met koste, insluitende die koste van twee advokate. Die koste sal gesamentlik en afsonderlik verhaalbaar wees van die insolvent se boedel

/en ...

en die maatskappy in likwidasie, en wel as deel van die
koste van bereddering en likwidasie.

H.J.O. van Heerden

H.J.O. VAN HEERDEN AR

JACOBS AR

STEM SAAM

NICHOLAS WAR

SUPREME COURT OF SOUTH AFRICA
(APPELLATE DIVISION)

In the appeal of:

ROELOF DAVEL DU PLESSIS N O appellant

in re

INSOLVENTE BOEDEL A L STRAUSS

and

A L STRAUSS LANDGOED (EDMS)

BEPERK (IN LIKWIDASIE) .

CORAM: Corbett, Joubert, Van Heerden, Jacobs JJA, et
Nicholas, AJA.

DATE OF APPEAL: 3 September 1987

DATE OF JUDGMENT: 12 November 1987

J U D G M E N T

CORBETT, JA

I have had the privilege of reading the judgment
of my Brother VAN HEERDEN in this appeal. I agree with
the order made by him and broadly with his reasons for
making the order. There are, however, a few points upon

/ which.....

which I wish to express a somewhat different viewpoint.

Firstly, there is the case of Estate Cato v Estate Cato and Others 1915 AD 290, which has been fully considered in my Brother's judgment. I find the judgment of INNES CJ in this case, and more particularly the statement in the second sentence of para (d) on p 305 of the report, something of an enigma. It would appear that the issues raised by the special case which was submitted for the decision of the court were (a) when the corpus of the estate of G J Cato ("the testator") vested in the nominated beneficiaries (his "surviving children") - whether upon the testator's death or upon the date of division; (b) the interpretation of the express fideicommissum constituted in favour of the children of Mrs Richards ("the Richards children") and in particular whether the fulfilment of the fideicommissary condition required merely that at the time

/ of

of division there should be no surviving child of the testator or whether there should in addition be no surviving grandchild of the testator at that time; and (c) the rights of the issue of deceased children to share in the income of the corpus prior to the date of division and the effect in this connection of the family agreement concerning the allocation of the income, the validity of which was challenged by one of the testator's surviving children (see report pp 298-9).

According to the judgment of INNES CJ (see p 299), the Court below (the Natal Provincial Division) decided that no child took a vested interest in the corpus unless he or she was a survivor as at the date of division; that the interest of any child in the income ceased at his or her death; and that the family agreement was not binding on the parties.

Having stated the facts, the issues and the

/ decision.....

decision on these issues of the Court below, INNES CJ went on to consider "[t]he main point at issue, and the one upon which the various contentions in effect depend", viz whether the corpus vested at the testator's death in the children who then survived him or whether such vesting was postponed until the date of division and operated only in favour of the children then surviving. Having dealt with this issue at some length, INNES CJ came to the conclusion that the effect of the will was to bequeath the corpus of the estate to the children alive at the death of the testator: in other words, that vesting took place at the date of death and not at the date of division. He further held that, pending the date of division, the children alive at the date of death were in law entitled to share the income of the corpus, together with the widow, who was expressly given a life interest to a "proportionate share" of the income (see pp 299-303).

/ The

The learned Chief Justice then proceeded to consider the fideicommissum in favour of the Richards children and the circumstances under which they, as fideicommissary heirs, would inherit. He came to the conclusion that a si sine liberis decesserit provision had to be implied and that, accordingly, the fideicommissum in favour of the Richards children could take effect only if there was no surviving child and no surviving grandchild of the testator alive at the date of division (see pp 303-4).

Finally, INNES CJ dealt with the jus accrescendi and held that it had no application

".....because the surviving children were appointed heirs to equal shares. Their rights to the corpus vested in each case upon the death of the testator, and the share of a child dying before the date of division could not therefore be claimed by the surviving heirs."

(see p 304).

Paragraphs (a), (b) and (c) and the first

/ sentence.....

sentence of para (d) on page 305 of the reported judgment clearly reflect INNES CJ's conclusions in regard to the afore-mentioned issues. Para (e) merely repeats the provisions of the express fideicommissum residui imposed upon shares of the corpus vesting in the testator's daughters (of whom there were apparently three). The second sentence of para (d) does not, however, appear to tie up with any of the issues dealt with in the judgment or any express provision in the will. It has been interpreted by my Brother VAN HEERDEN - and by the academic writers mentioned in his judgment - as a decision that the si sine liberis decesserit provision which was held to be implicit in the express fideicommissum in favour of the Richards children at the same time created a tacit fideicommissum in favour of the surviving child or children of any son or daughter of the testator who predeceased the date of division in respect of such son or daughter's share of the corpus.

/ Though.....

Though this is certainly a possible explanation of the second sentence of para (d), I entertain greater doubts as to its correctness than does my Brother VAN HEERDEN. The question of a tacit fideicommissum does not appear to have been raised by the special case, nor does it seem to have figured in the contentions of the parties; it was not one of the findings of the Court below. It is also not mentioned in the body of the judgment of INNES CJ. This is particularly significant in view of the Chief Justice's well-known jurisprudential method of examining and stating the law before applying it to the facts. What increases the improbability of a finding (without discussion of the point) that the si sine liberis decesserit clause created a tacit fideicommissum are the facts that this was a matter which, as my Brother has indicated, had generated much controversy among the writers on Roman-Dutch law and other cognate legal systems, that in Steenkamp v Marais NO and Others (1908) 25 SC 483, the question had been

/ specifically.....

specifically considered, and the standpoint adopted that a si sine liberis decesserit clause by itself did not create a tacit fideicommissum in favour of the liberi, and that Steenkamp's case had been followed in Ex parte De Klerk, 1912 CPD 388. It is difficult to accept that no member of a Bench consisting of INNES CJ, SOLOMON JA, DE VILLIERS AJA, JUTA AJA and WESSELS Acting AJA would have been aware of these facts; or, if he was aware thereof, that there would have been no discussion of the matter in any of the judgments. In passing, it is of some interest to note that JUTA AJA was an expert on the law of Wills. His book on the subject was published in 1916. It includes three references to Steenkamp's case. According to the preface the book was for the most part written while Mr Justice JUTA was still at the Bar, ie prior to his appointment to the Bench in 1914.

The argument adduced on behalf of the Cosnett

/ children.....

children (at p 294) is not clear to me. It is to the effect that if they are the "only survivors" of the children and grandchildren at the date of division, they will be entitled to the whole of the corpus. The emphasis on their being the "only survivors" appears to have prompted INNES CJ to discuss the applicability of the jus accrescendi. Whether the argument embraced more than this is a matter for conjecture. In his judgment INNES CJ (at p 299) merely stated that counsel for the guardian of the Cosnett children made common cause with the plaintiffs (the executors of one of the deceased sons).

A factor militating against a tacit fideicommissum having been found in Cato's case is the express fideicommissum created in the case of the testator's daughters. It is unusual for the same property to be subjected to two fideicommissa, the one a normal (tacit) fideicommissum, the other an (express) fideicommissum residui.

/ The

The two could be at variance with one another in certain circumstances. Take, for instance the case of a daughter of the testator who survived him, but predeceased the date of division. If she died with issue, then in terms of the express fideicommissum the issue would inherit; if without issue, the children of brothers and sisters would seem to be substituted. This would seem to leave no room for a tacit fideicommissum in favour of surviving issue operative upon the date of division. At all events, one would have expected the Court to deal with these aspects, inter alia, had it intended to hold that there was a tacit fideicommissum.

Finally, in regard to Cato's case, the finding in the second sentence of para (d) does not appear to have been incorporated in the order made by INNES CJ. Inasmuch as the ratio decidendi means the reason for the decision and the decision means the order of court (see Fellner v Minister of the Interior 1954 (4) SA 523 (A), at pp 533 A, 537 A-E, 542 E-G), this portion of para (d) is not

/ part.....

part of the Court's ratio decidendi and must be regarded as being obiter. In any event, therefore, whatever it means it cannot form the basis for a binding precedent.

Turning to the common law, it would seem from the authorities cited by my Brother VAN HEERDEN that the general trend of the authorities relating to the law administered in the Province of Holland favoured the view that where a testator bequeathed property to a descendant subject to a fideicommissary condition that, should the beneficiary die without leaving issue, the property was to pass on to another, then the issue of the beneficiary were regarded as having been not only mentioned in the condition but also called to the disposition - by way of a tacit fideicommissum in their favour; but that this rule did not apply in the case of collaterals. Not all the authorities are equally positive or clear, eg Van Leeuwen, as my Brother points out, expressed differing views in his two works Censura Forensis and Het Rooms-

/ Hollands-Recht;

Hollands-Recht; and Voet (28.2.10 in fine) refers to Neostadius Decis. 22 apparently without approval or dissent. Decis. 22 actually deals with the case of a direct substitution, which differs fundamentally from a fideicommissary substitution. Footnote (a), which refers to a decision of 7 May 1632, appears to be more in point, but the full details and ratio of the decision are not revealed. Nevertheless the general trend is evident. I agree that the rule concerning descendants cannot be regarded as creating more than a presumption which would have to yield to conjecturae to the contrary.

To the extent that the law and practice of other countries having cognate legal systems, such as, for example Friesland, France and the principalities of Germany, may have differed from that in Holland preference must be given to the latter since Holland is from where our

/ common law

common law derives. This rules out reliance upon the views of such authorities as Huber, Sandé, Gail and Domat, to mention but a few.

Nevertheless, were it open to this Court to so hold, I would prefer the approach that in all cases the enquiry is fundamentally one of the intention of the testator and the fact that the beneficiaries are descendants of the testator is simply one of the conjecturae - no doubt a cogent one - that may, possibly in combination with others, lead to the conclusion that a tacit fidei-commissum was intended. As has been emphasized many times in this Court, with reference to the question as to whether a will creates a fideicommissum or not -

"The main rule of construction is to ascertain the intention of the testat[or]. To this, all other canons of construction must give way....."

/ (Per

(Per JUTA JA in Gordon's Bay Estates v Smuts and Others

1923 AD 160, at p 165; see also Ex parte Sadie 1940 AD

26, at p 30; Holley v CIR 1947 (3) SA 119, at p 126;

Van Zyl and Others v Van Zyl and Others 1951 (3) SA 288

(A), at p 291 G). The dictum of JUTA JA must, of course,

be understood as referring to the intention of the testa-

tor as expressed in his will (see Cuming v Cuming and Others

1945 AD 201, at p 206). Moreover, the creation of a

fideicommissum requires clear evidence of the intention

/ of

of the testator to do so (Brits v Hopkinson 1923 AD 492, at 495; Ex parte Sadie, supra, at p 30). This is in accordance with the more general principle that a bequest is to be construed so as to be as little burdensome as possible (Holley v CIR, supra, at p 126).

The consideration which often prompts a testator to attach a si sine liberis decesserit condition to a fideicommissary substitution or which persuades the court to imply such a condition (in the absence of an express provision) where the fiduciary is a descendant of the testator and the fideicommissary a remoter beneficiary, viz. the idea that a testator is normally reluctant to pass over his grandchildren or other descendants in favour of a remoter beneficiary (see Cato's case, supra, at p 303, 308), obviously does not apply when it comes to the question as to whether or not a tacit fideicommissum in favour of liberi who do survive the fiduciary has been created. The si sine liberis decesserit condition, whether express or implied,

/ gives.....

gives expression to this idea and prevents the disinherison of grandchildren, etc. Where, however, the fiduciary dies with surviving issue, the fideicommissary substitution in favour of the remoter beneficiary fails and there is no disinherison of grandchildren, etc. by the testator.

It is true that, in the absence of a tacit fideicommissum in favour of the children of the fiduciary, the fiduciary will then acquire untrammelled dominium of the property bequeathed, but this would not necessarily conflict with the overall intention of the testator. A testator may well wish to ordain the devolution of his bequest should his beneficiary die without children and yet be happy to allow his beneficiary freedom of disposition, if survived by children, no doubt in the anticipation that such children would be likely to benefit, either under the beneficiary's will or ab intestato.

Finally, there is the point that, had the testator

/ intended.....

intended to create a fideicommissum in favour of surviving children of his beneficiary, it is likely that he, with fideicommissa in mind, would have done so expressly and not left it to implication. This argument obviously cannot be pressed too far, but it is relevant to the appropriateness of a rule which creates a presumption in favour of a tacit fideicommissum where descendants are involved.

With some reluctance, therefore, I accept the law of Holland, as propounded by my Brother VAN HEERDEN. And I agree that the South African case law should not be permitted to override the law of Holland.

I would merely add that even if the position under our law were as set forth in Ex parte Odendaal 1926 OPD 223, or even in Steenkamp v Marais, supra, there are, in my view, sufficient conjecturae in the will under con-

/ sideration.....

consideration to justify the deduction of a tacit fidei-
commissum.

I concur in the order proposed by VAN HEERDEN

JA.

M M CORBETT.

JOUBERT JA CONCURS.