

SAFLII Note: Certain personal/private details of parties or witnesses have been redacted from this document in compliance with the law and [SAFLII Policy](#)



NOORD GAUTENG HOë HOF, PRETORIA
(REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA)

SAAK NO: 29658/2012

DATUM: 12/02/2013

In die saak tussen:

Boedel wyle Barend Christiaan Booysen

Applikant

en

Nicolette Erasmus N.O

Respondent

UITSPRAAK

DE VOS R

[1] Hierdie is die keerdag van 'n bevel nisi met keerdatum 17 Augustus 2012, uitgereik deur hierdie Hof, waarin alle belanghebbendes opgeroep word om redes aan te voer waarom die volgende bevel nie finaal gemaak moet word nie:

“1.1 Dat verklaar word dat die fideicommissum ten gunste van Josua Booysen ingestel ingevolge die testament van wyle Johannes Arnoldus Jacobus Booysen, gedateer 20 Maart 1969, en wyle Jacomina Hendrina Booysen, gedateer 26 Maart 1969, met die dood van Josua Booysen op 26 Augustus 2001 beeindig is;

1.2 dat verklaar word dat J B, die dogter van Josua Booysen, nie geregtig is om te erf ingevolge die bovermelde testamente van wyle Johannes Arnoldus Jacobus Booysen en Jacomina Hendrina Booysen nie;

1.3 dat Advokaat Elani Botha aangestel word as curator ad litem oor die minderjarige kind J B om verslag te doen op die keerdatum aan bogemelde agbare hof;

1.4 dat die koste van die curator ad litem en koste van die aansoek betaal word deur die boedel van wyle Barend Christiaan Booysen. Indien die aansoek geopponeer word sal die versoek gerig word dat die koste betaal word deur die party wat die aansoek opponeer”.

[2] Op die keerdatum is die bevel verleng tot 5 November 2012 en is die volgende verdere bevel gemaak:

“1. Nicolette Erasmus (Identity no: ...), in her capacity as mother and natural guardian of J B (Identity no:...) is joined in the application as Respondent

2. ...

3. The Respondent must file an opposing affidavit, alternatively a notice to raise a question of law in terms of Rule 6(5)(d)(iii) on or before 7 September 2012, to which Opposing affidavit (if any) Applicant may reply on or before 28 September 2012.

4. Heads of argument should be filed on behalf of Applicant on or before 5 October 2012, and Heads of Argument on behalf of Respondent on or before 12 October 2012.

5. 5.1 Advocate Elani Botha is discharged as appointed curator ad litem for J B.

5.2 Cost of the curator ad litem must be paid from the estate of the late Barend Christiaan

Booyesen.

6. Cost of extension of the return date shall be paid by the Respondent

[3] On the 7th September 2012 the Respondent, duly represented by her mother, filed a counter-application which reads as follows:

- “1. That it be declared that the fideicommissum created in terms of the wills of the late Johannes Arnoldus Jacobus Booyesen, dated 20th March 1969, and the late Jacomina Hendrina Booyesen, dated 26th March 1969, entitles J B (Identity no: ...), to inherit such bequest as her late father, Josua Booyesen, would have inherited, if he was still alive.
2. That the executor in the estate of the late Barend Christiaan Booyesen be ordered to distribute the property subject to the fideicommissum created by the set wills to Johannes Arnoldus Jacobus Booyesen as first fideicommissarius of his bequest and to J B as second fideicommissarius of her bequest;
3. Declaring that the fideicommissum created in the two wills afore-stated, will terminate in respect to the fideicommissionary bequest to JB, and that she will receive full ownership in respect of the properties bequeathed to her.
4. That the cost of the application, and counter application, be paid by the estate of the late Barend Christiaan Booyesen;
5. That such further and/or alternative relief be granted to the respondent, as the honourable court may be deemed fit”.

[4] Die Respondent word verteenwoordig deur haar moeder, Nicolette Erasmus, in haar verteenwoordigende hoedanigheid. Sy was getroud met wyle Josua Booyesen welke huwelik op 5 Desember 1997 voltrek is. Uit die huwelik is die minderjarige dogter Jonique Booyesen gebore op 13 Januarie 2000.

[5] Dit is gemene saak dat Josua Booysen oorlede is op 26 Augustus 2001. Jonique se moeder is tans haar enigste voog en ook haar natuurlike ouer. Beide die hoofaanzoek sowel as die teenaanzoek het betrekking op die bemaking van 2 plase aan wyle Barend Christiaan Booysen deur sy vader en grootmoeder (soos vermeld in bede 1 van die teenaanzoek) en die verdere vererwing van die plase na sy dood ingevolge bogemelde testamente.

[6] Die testament deur Barend Christiaan Booysen se vader opgestel bepaal soos volg:

[6.1] “Ek bemaak my plaas Grootpan, 378 morges groot, aan my seun Barend Christiaan Booysen onderhewig aan die voorwaarde dat dit by sy dood sal gaan na sy kinders by wie se dood die plaas weer sal oorgaan na my seun se kleinkinders. Indien my seun te sterwe sou kom, sonder om kinders na te laat of indien sy kinders geen kinders nalaat nie sal gemelde plaas oorgaan na Cornelia Maria Bezuidenhout (gebore De Jager), my half suster Johanna de Jager se dogter, by wie se dood die plaas na haar kinders sal oorgaan

[6.2] Barend Christiaan Booysen se grootmoeder het ook haar plaas aan hom bemaak. Haar testament bepaal:

“Ek bemaak my boedel, roerend en onroerend as volg:- My gedeelte van die plaas Grootpan, 100 morges groot, aan my kleinseun Barend Christiaan Booysen onderhewig aan die voorwaarde dat dit by sy dood sal gaan aan sy kinders by wie se dood die plaas weer sal oorgaan na my kleinseun se kleinkinders. Indien my kleinseun te sterwe sou kom sonder om kinders na te laat, sal gemelde plaas oorgaan na Cornelia Maria Bezuidenhout (gebore De Jager), die dogter van Johanna de Jager, by wie se dood die plaas sal oorgaan na haar kinders. Die bemaking is onderhewig aan die verdere voorwaarde dat M J Jansen ‘n lewenslange reg van habitatio sal he ten opsigte van die huis opgerig vir hom en tans deur

hom bewoon op my deel van gemelde plaas".

[7] Die eiendomme is by die dood van die twee testateurs geregistreer in die naam van wyle Barend Christiaan Booysen, onderhewig aan die fideicommissa soos vervat in die onderskeie testamente.

[8] Die oorledene Barend Christiaan Booysen het twee seuns gehad, naamlik, Johannes Arnoldus Jacobus Booysen (die eksekuteur van sy boedel) asook Josua Booysen ("Josua"). Die seun Josua was die natuurlike vader en voog van die dogter J B. Soos reeds gemeld is sy op 13 Januarie 2000 gebore en het hy gesterf op 26 Augustus 2001. Josua se vader, Barend Christiaan Booysen is oorlede op die 22ste Februarie 2009, dit wil se bykans 8 jaar nadat sy seun Josua gesterf het. Voordat Barend Christiaan Booysen tot sterwe gekom het, is sy boedel gesekwestreer en in 1993 is die fidusiëre reg in sy eiendomme verkoop aan J C J en J G Bezuidenhout Boerdery BK. Die regte is verkoop onderhewig aan die voorwaardes vervat in die testamente van sy vader en sy grootmoeder onderskeidelik.

[9] Volgens die dominante bepalinge van die testament is dit gemeensaak dat dit die bedoeling van beide testateurs was om 'n fideicommissum in die lewe te roep. Dit blyk in elk geval ook so aanvaar te gewees het deur die Registrateur van Aktes inaggenome die endossemente wat op die titelaktes aangebring is. 'n Testamentere fideicommissum kan soos volg gedefinieer word: 11A testamentary fideicommissum is a disposition of property by a will to a beneficiary (known as the fiduciary) subject to a provision requiring the fiduciary, either absolutely or upon the fulfillment of a condition to pass on the property either wholly or in part to another beneficiary (known as the fideicommissary)". Sien Raubenheimer vs Raubenheimer, 2012(5) SA 290 SCA paragraaf 23; Van Zyl vs Van Zyl, 1951(3) SA 288 A op

291 G - H; Union Government vs De Kok N.O., 1918 AD 22 op 54; British South African Company vs Bulawayo Municipality, 1919 AD 84 op 95, M M Corbet et al., "The Law of Succession in South Africa" 2nd edition (JUTA) 260.

[10] Die algemene werking van 'n fideicommissum is dat die fiduciarius vervang word met die aangewese fideicommissarius. Dit beteken dat by die afsterwe van Barend Christiaan Booysen (as fideiciarius) op 22 Februarie 2009, 'n substitusie moes plaasvind deurdat hy die testamentere ingestelde bevoordeelde was en by die plaasvind van die testamentere gebeurtenis (sy afsterwe) die eiendomme oorgedra moet word aan sy kinders as fideicommissarii. Die testamente bepaal verder dat testateurs se fideicommissarii weer die eiendomme by hulle dood moet oordra aan hulle kinders. Dit staan bekend as fideicommissere substitusie.

[10.1] Op die algemene werking van die reel bestaan daar egter wel sekere uitsonderings waarmee hieronder gehandel word.

[10.2] Vir doeleindes van hierdie uitspraak word die uitleg van hierdie testamente op dieselfde wyse beoordeel.

[11] Die Applikant in die hoofaansoek se advokaat het betoog dat die algemene beginsel is dat die reg op dominium in die eiendom wat deur 'n commissum beswaar is in die fiduciarius vestig met die dood van die testateur(s). Dit is egter onderhewig aan die uitdruklike voorwaarde dat die fiduciarius dan steeds in lewe moet wees. Dieselfde beginsel is van toepassing op die fideicommissarii. Hulle regte vestig eers met die dood van die fiduciarius Barend Christiaan Booysen (die oorledene). Geen regte vestig in die fideicommissaris voor die dood van die oorledene nie en het hulle bloot 'n hoop of verwagting op die erflating. By die dood van 'n fiduciarius, ontstaan 'n persoonlike reg ten gunste van die fideikommissaris om

die regte soos vervat in die testament teen die fiduciaris of sy boedel af te dwing. Hieruit volg dit dan ook dat die fiduciaris se regte beeindig word wanneer die fideicommissere voorwaarde plaasgevind het.

[12] Dit is die applikant se saak dat geen regte die oorledene, Josua, se dogter toegeval het nie aangesien Josua oorlede is voor sy vader. Daar het dus slegs 'n hoop of 'n spes bestaan dat die regte soos omskryf in die testament aan hom, Josua, sou toeval by die dood van sy vader.

Applikant steun oo die volgende reqsarqumente:

[13] Die applikant steun in sy betoog op die beslissing van Savory vs Savory, 1903 NLR 315 op 316 - 7. Die Hof bestaande uit 3 Regters moes beslis of 'n bemaking 'n direkte substitusie of 'n fideicommissere substitusie is. Die testament lees soos volg. "The remainder of the said capital sum I leave to my dear daughter, Octavia Hariette Mary, and I also give, devise, and bequeath to my said daughter all the residue and remainder of my estate and effects, movable and immovable, and of what nature or amount soever, and whatsoever situated. In making this distribution of my estate and effects I have had regard to the fact that my two eldest sons are otherwise provided for. Should my said daughter die a spinster, it is my wish, and I so direct that the property made to her in this my will shall pass to my next son, Julian William, and my eldest son, Samuel Henry, but with power to my said daughter to direct by last will and testament in what shares or proportions my said sons shall succeed to the said property at her death. "

[13.1] Subsequently, by codicil dated 6 May 1889 she increased the legacy to her son Julian William, and directed that her daughter, the Plaintiff should not "remove her share of my

money lent to the said business so long as my sons pay her £7 (seven pounds) per month unless my sons desire to pay the amount of the capital due to her, or failed to pay the monthly interest of £7 (seven pounds) aforesaid”.

[13.2] Die seun Samuel Henry het gesterf voor sy moeder maar is oorleef deur sy vrou en minderjarige kind wie gebore is voordat die testament en kodisil verly is. Die seun Julian William het afstand gedoen van sy belang in die boedel.

[13.3] Die Hof stel die regspraak soos volg op 317: “The only question is whether the plaintiff who is still unmarried, is entitled to what is called in the statement of facts “the trust estate” absolutely - her brother Samuel Henry Savory having predeceased his mother, and her brother Julian William having renounced.

[13.4] Die Hof definieer as vertrekpunt ‘n fideicommissere substitusie soos volg. “A fideicommissionary substitution is one where the heir or the legatee receives the inheritance from some other person who has been instituted direct heir. A direct substitution is one whereby the heir derives his right immediately from the deceased” en vervolg soos volg op 318 “Where a substitution is direct there is no implied condition, under Roman-Dutch Law, in favour of the institute si sene liberis decesserit. But where the substitution is fidei-commissary, such a condition may be annexed to the fideicommissum, so that unless the condition happens the fidei-commissum does not arise and a substitution fails of effect.

[13.5] Op 319 vervolg die Hof soos volg: “Being, however, satisfied that the fideicommissum has been created, I have next to consider whether by the predecease of Samuel Henry Savory it has been pro tanto defeated, and in order to answer that question I have to consider whether the specific property or any part of it vested in him. The rule, I think, is that generally a fidei-commissum vests in a fidei-commissary at the death of the fiduciary, not before. There can, I think, be no doubt upon the terms of the will that it vested in the Plaintiff but was liable to be divested on the death in certain events” Op 320 gaan die Hof voort: “Now a

fideicommissum fails, I understand, if the fidei-commissary heir dies during the pendency of the condition on which the fideicommissum depends (Mackeldy, sec. 792) for he does not transmit the expectation to its heirs. In the case before us, he predeceased the testatrix. He never was in the position of a fideicommissary heir and unless there be some evidence of a direct intention on the part of the testator it seems difficult to hold that his children would succeed. Hereto is no evidence of such intention”.

[14] Die applikant het ook verwys na die saak van Schaumberg vs Stark N.O., 1956(4) SA 462 (A) op 468 D - E waar die Hof met goedkeuring verwys na die beslissing van Ex Parte Melle and Others, 1954(2) SA 320 AD op 334 waar die volgende beginsel aanvaar is: “Full effect should be given to the dominant clause which bequests’ the legacy or institutes the heir and that its effect should not be modified nor its meaning strained because there are other clauses in the will which, apparently require this to be done, unless it is quite clear from those other clauses that the testator so intended”.

[15] In bogemelde saak het die testateur sy boedel bemaak aan sy vrou met die voorwaarde dat dit na haar dood sal gaan aan hulle 3 kinders. Een seun (Paul) is oorlede en het 4 kinders nagelaat. Die weduwee (oorledene se vrou) het aansoek gedoen vir ‘n bevel dat weens die dood van die seun, die gedeelte van die boedel waarin die oorlede seun ‘n fideicommissere belang gehad het op haar vererf. Die vraag op appel was of die seun ‘n gevestigde belang gekry het by die dood van sy vader, die testateur. WATERMEYER HR het met goedkeuring verwys na die beslissing van Smit and Another vs Estate Smit, 1949(1) SA 534(A) op 543 - 4 waar die beginsel soos volg geformuleer is: “The question whether or not a testamentary gift vest in the beneficiary on the death of the testator depends on the intention of the testator... If property is bequeathed to a beneficiary at some future date subject to an intermediate interest

given to another beneficiary then if the intermediate interest is of a usufructuary character the natural inference is that the testator intended the right of ownership of the property to vest immediately in the ultimate beneficiary. If on the other hand the intermediate interest is of a fiduciary character the natural inference is that the testator intended the right of ownership of the property not to vest on his death in the ultimate beneficiary. But these inferences must necessarily give way to the contrary intention which is disclosed by the will (467 A-C)".

[16] Laastens het die applikant ook verwys na die beslissing van die Ex Parte Van Niekerk, 1942 OPD 178 op 181. Hierdie beslissing, gee die respondent toe, staaf die argument van die applikant.

[16.1] Die feite in die saak was soos volg: 1) wyle Pieter Stephanus van Niekerk was eienaar van twee plase wat op hom vererf het van sy vader, die testateur; 2) op die transportakte van daardie plase is 'n fideicommissum aangeteken in die volgende bewoording:

"Both subject to express burden of fideicommissum in such manner that the said property shall at the death of the said Pieter Stephanus van Niekerk devolve in free property upon his lawful descendants per stirpes, and that in the event of the said Pieter Stephanus van Niekerk dying without leaving lawful issue the same shall accrue to certain other children of the said late Daniel Johannes Albertus van Niekerk (Die Testateur) to wit the lawful descendants by representation of (dan word ses van sy broers en suster by name genoem) subject to the burden of fideicommissum as hereinafter mentioned as set forth in the will of the said late Daniel Johannes Albertus van Niekerk dated 23rd August, 1904"

Die Hof bevind op p180: "Die skema wat die testateur had is duidelik. By die aanvang van sy beskikkings beveel hy dat die grond wat aan elke erfgenaam toegeken en toebedeel word onderhewig is aan fideikommis in dier voege dat by sy of haar oorlye die grond oor sal gaan in die vrye eiendom van sy of haar kinders. Het hy hierdie bepaling nie herhaal nie dan sou

grond wat op mede-erfgename in daardie groep vererf het uit hoofde van kinderloosheid die onbeswaarde eiendom van sulke erfgename geword het, wat nie met sy oogmerke sou strook nie. Gevolglik herhaal hy die bepaling met die gevolg dat fideikommissariese opvolgers van kinderloos sterwende mede-erfgename gebonde is om ook die aanwassende gedeeltes op hulle respektiewe kinders te laat vererf. Hulle erfopvolging is egter uit hoofde van fideikommis en nie direkte substitusie nie. Gevolglik gryp die fiksie van 'n vroeere aanwas van hulle regte nie plaas nie, maar word hulle regsverkrygendes slegs indien hulle die fideiciarius oorleef (Voet 7.1.13). Gevolglik het die broers en susters van Pieter Stephanus wat voor hom te sterwe gekom het geen regte gehad wat uit die fideikommissere substitusie vloei en wat op hulle kinders kan vererf nie”.

[16.2] In navolging van die beslissing beteken dit dat Jonique haar vader Josua se erfopvolger is uit hoofde van die fideicommissum, soos wat dit ook die testateur se bedoeling was. Indien Josua egter voor die ooriëdene (die fideicuaris) tot sterwe kom het die regte wat Josua sou verkry het, tot niet gegaan by Josua se dood. Josua sou dus geen regte verkry het wat op Jonique kon vererf nie.

[16.3] Stawing vir die standpunt word ook gevind in die beslissing van Reek N.O in Registrateur van Aktes, Transvaal, supra op 597 C - F waar BOSHOF R in sy afsonderlike uitspraak van die Volbank beslis het dat ' in so geval is die aanstelling van die fideikommissere erfgename voorwaardelik omdat dit afhanklik is van die feit dat die fideikommissere erfgename die fidusiëre erfgename moet oorleef. Daar is 'n algemene vermoede dat die testatrisse die bedoeling gehad het om enige vestiging in die fideikommissere erfgename uit te stel tot na die dood van die langsl ewend”.

[16.4] Die applikant het ook verwys na die saak van Jewish Colonial Trust Ltd vs Estate Nathan, 1940 AD 163 op 167 waar die Appellof soos volg beslis het:

“In the ordinary form of fideicommissum, created by a will where the fiduciary is a human

being taking a beneficial interest and the fideicommissionary is a human being, there is implied in the bequest to the fideicommissary a condition of survivorship viz that his institution as heir is conditional on his surviving the fiduciary”.

[17] Die Respondent se advokaat (Applikant in die teenaansoek) betoog dat ‘n onderskeid gemaak moet word tussen die begrip “fideicommissum unicum” d.i. waar die testament bepaal dat die eiendom slegs eenmalig oorgedra word vanaf ‘n fideiciarius na ‘n enkele fideicommissarius en daardie gevalle wat bepaal dat ‘n eiendom meer as een keer aan opeenvolgende fideicommissarii oorgedra moet word en wat bekend staan as ‘n “fideicommissum multiplex.” Sien Corbett, Hofmeyer & Khan, “The Law of Succession in South Africa” supra op 262.

[18] Die respondent se advokaat het betoog dat die betrokke fideicommissia wat in beide testamente tot stand gekom het, geskep is vir die maksimum periode soos toegelaat in artikel 6 van Wet 97 van 1965. Josua is die eerste fideicommissaris vis a vis die oorledene Barend Christiaan Booysen as fiduciarius. Laasgenoemde is ook die fiduciarius vis a vis J. J is die finale fideicommissaris van die bemaking aan Josua. Die afsterwe van Josua voor die dood van sy vader Barend Christiaan Booysen het dus tot gevolg dat by die dood van laasgenoemde, J geregtig is op die nalatenskap.

[19] ‘n Fideicommissum multiplex is, soos hierbo reeds na verwys, gevalle waar daar meerdere opeenvolgende opvolgers in regte is. In sodanige gevalle, voer die Respondent aan, bevind die latere fideicommissaris homself in dieselfde posisie as wanneer ‘n fideicommissaris vis a vis die fiduciarius regte verkry. Of anders gestel, die dood van die fiduciarius beëindig nie die bestaan van die fideicommissum nie maar het bloot tot gevolg dat

die regte van die opeenvolgende fideicommissaris versnel word en hy/sy by wyse van substitisie intree in die plek van die persoon wat voor hom die regte sou verkry. In die verband steun die respondent op die beslissing van Ex Parte Swanepoel, 1960(2) SA 357 OPA op 360 A - B waar beslis is dat indien 'n fideikommissaris in die tweede geslag te sterwe kom, voor die fiduciarius van die eerste geslag, dan verval die fideicommissie nie, maar gaan dit oor, by die dood van die fiduciarius, op die fideicommissaris in die derde geslag. Hierdie resultaat is ooreenkomstig die beginsel dat sou die fiduciarius voor die testateur tot sterwe kom, die fideicommissum nie misluk nie omdat die fideicommissaris onmiddellik geregtig word op die betrokke erflating.

[20] Respondent betoog dat ondersteuning vir die standpunt ook gevind word in die saak van Reek N.O vs Registrateur van Aktes, Transvaal, 1969(1) SA 589 (T) op 598 F - G waar die Hof bevind het. "Dit is naamlik die geval waar 'n testateur sy kind as fidusiêre erfgenaam van sy goed instel en dan bepaal dat die goed na laasgenoemde se dood na sy kinders moet gaan: as die fidusiêre erfgenaam nou voor die testateur sterf, sou hy op die bewoording van artikel 24 'n vooroorlede kind genoem kan word wat op 'n bemaking geregtig sou geword het as hy die testateur oorleef het en sou sy afstammeling derhalwe in sy plek daarop geregtig word. So 'n resultaat sou egter niks nuuts wees nie, maar sou daar in teen in ooreenstemming wees met 'n regsposisie wat lank reeds erken word." Soos in Lubbe v Executor of Beukes and Another, 1925 OPD 136 op 139 gese is: "It is, however clear, indeed it is admitted, by all the parties, that a fideicommissary substitute does not fail by reason of the decease of the fideiciary legatee before the testator. "

[20.1] Die Respondent se betoog kan soos volg saamgevat word. Dat die huidige saak onderskeibaar is van die Savory saak deurdat die 2de fideicommissarii (J) nie te sterwe gekom het voor die (fiduciarius) nie. Die Savory saak beklemtoon die beginsel dat die

fideicommissarii in lewe moet wees wanneer die eiendom van die fideiuciarius aan die fideicommissarii oorgedra moet word. Respondent voer aan dat die Hof in die Savory saak slegs moes beslis oor 'n fideicommissum unicum en nie oor 'n fideicommissum multiplex nie. Die regsbeginnsel in casu is derhalwe nie aangespreek nie.

Die Respondent betoog ook dat die Applikant se verwysing na die Jewish Colonial saak ook slegs verwys na n fideicommissum unicum. In die een volgende sin van dieselfde uitspraak se die Hof: "That this implication does not exist in every form of fideicommissum... In particular, as indicated above, the condition of survivorship must yield before the intention, by a testator creating a fideicommissum multiplex to benefit all mentioned fideicommissaries."

Die Respondent voer aan dat die voorwaarde dat n fideicommissarius moet oorleef verval waar dit die uitdruklike bedoeling van die testateur is om in fideicommissum te skep tot voordeel van al die fideicommissarisse.

[20.2] Dieselfde beginsel hierbo na verwys is gehandhaaf in die beslissing van Reek N O vs Registrateur van Aktes Transvaal, 1969(1) SA

589 TPD waar 'n volbank van hierdie Afdeling by monde van BOSHOFF R beslis het.

"Die eerste vraag wat ontstaan is of die vooroorlede kind van die testatrise volgens die bepaling van die testament tot 'n bemaking geregtig sou geword het as hy die testatrise oorlewe het. Soos reeds gemeld is die langsliewende aangstel as fidusiêre erfgenaam en die kinders na sy dood as fideikommissere erfgename. In so 'n geval is die aanstelling van die fideikommissere erfgename voorwaardelik omdat dit afhanklik is van die feit dat die fideikommissere erfgename die fidusiêre erfgename moet oorleef. Daar is 'n algemene vermoede dat die testatrise die bedoeling gehad het om enige vestiging in die fideikommissere erfgename uit te stel tot na die dood van die langsliewende. Totdat dit gebeur berus dominium in die fidusiêre erfgenaam en het die fideikommissere erfgename 'n blote verwagting of 'n spes fideicommissi. Hierdie algemene vermoede moet natuurlik swig voor die

duidelike gestelde strydige bedoeling van die testarise want alles hang van die bedoeling van die testatrise af.”

Die respondent voer aan dat die beslissing weereens gebasseer is op ‘n fideicommissum unicum. Op die feite voor die volhof is dit bevind dat die fideicommissum beeindig word wanneer die fideicommissaris voor die fideicuaris tot sterwe kom. Respondent betoog dat hierdie beslissing ook onderskei kan word van die feite wat in die onderhawige saak van toepassing is.

[20.3] Die Respondent kritiseer ook die Van Niekerk beslissing en voer aan dat hierdie uitspraak gegee is:

(i) In ‘n Ex Parte aansoek waar daar geen opposisie was of argument daarteen aangevoer is nie.

(ii) Die enigste gesag wat daarin aangehaal is, is ‘n verwysing na Voet 7.1.13 soos hierbo na verwys. Respondent gee egter toe dat die gemeneregtelike reel wat steeds algemeen in Suid Afrika aanvaar word in ooreenstemming is met Voet se uiteensetting soos vervat in 7.1.13.

(iii) Respondent kritiseer ook die Van Niekerk uitspraak deur daarop te wys dat daar geen verwysing na ander regspraak is nie.

(iv) Verder voer Respondent ook aan dat die Hof ook nie onderskei het tussen n fideicommissum unicum en n fideicommissum multiplex nie.

[20.4] Op grond van bovermelde argumente betoog die respondent dan dat die applikant se aansoek van die hand gewys word en dat die teenaansoek moet slaag.

[21] Wanneer beide testamente ontleed word is dit duidelik dat die dominante bepalings van die testament bepaal dat dit die bedoeling van die testateurs was dat eiendomsreg by hulle dood moet oorgaan op die fiduciarius met ‘n “intermediate interest of a fiduciary character”.

Die eiendomme is dan ook geregistreer op gemelde Christiaan Barend Booyen (die fiduciaries) se naarn onderhewig aan die fideicommissum.

[22] Die gebruik van die woord “onderhewig” aan die voorwaarde dat dit by sy dood aan sy kinders oorgedra word, dui op ‘n verpligting waaraan voldoen moet word. Die verpligting word op die skouers van die fiduciarius ex testamento gele om ‘n bepaalde aangewese doel te bereik naamlik soos in hierdie geval die verpligting om die plase oor te dra aan die volgende aangewese fideicommissere erfgename, sy kinders.

[23] In beide testamente word Barend Chirstiaan saam met sy lewende afstammeling opeenvolgend as regsverkrygenes aangewys. Daar bestaan geen dubbelsinnigheid in die verband nie. Wanneer ‘n persoon saam met hulle afstammeling in ‘n testament genoem word as erfgename sonder om te bepaal dat hulle opeenvolgende regsverkrygenes is, bestaan daar ‘n vermoede dat die testateurs ‘n bedoeling gehad het dat substitusie moet plaasvind *Leu Ex Parte Rossouw N.O., 1951 (3) SA 681 (A)*. In hierdie saak bestaan daar nie so ‘n dubbelsinnigheid nie.

[24] Die testamente maak geen melding wat met ‘n vooroorlede kind van Barend Christiaan se belang moet gebeur indien so ‘n kind voor Barend Christiaan tot sterwe kom nie.

[25] Die fideicommissarius se beperkte vorderingsreg, en dus ook die beperkende werking daarvan op die fiduciarius se eiendomsreg, word egter beperk deur die gemenereg. Indien die fideicommissarius sterf voor die tydstip waarop oordrag van die belaste goed op hom hom vererf, verval sy vorderingsregte by sy dood. Sterf die fideicommissarius nadat vermelde tydstip aangebreek het, maar voordat vererwing plaasgevind het, vererf sy reg om lewering te

vorder op sy erfgename. Sien Van der Merwe en Olivier supra 336.

[26] Die vraag is of Jonique se reg tot substitusie soos omskryf in die testamente enige uitsondering op die gemeneregtelike reel bevat nl. dat 'n vooroorlede fideicommissarius se regte verval indien hy/sy te sterwe kom voordat die belaste goed aan hom/haar vererf het. Haar reg op substitusie is ex testamento bepaal. Haar reg tot substitusie ex testamento het verval by die dood van haar pa, Josua, aangesien hy geen regte verkry het wat op haar oorgedra kan word nie. Na my mening is die testateurs se bedoeling deurslaggewend. Die regte wat aan J toegese is deur die testateurs sou slegs ontstaan nadat die eiendomme op haar vader, Josua, vererf het. Hierdie reg is by die dood van Josua beeindig deurdat daar nie aan die opskortende voorwaarde soos vervat in die testament voldoen is nie.

[27] Die opskortende voorwaarde is 'n positiewe voorwaarde aangesien dit afhanlik gestel word van 'n onsekere toekomstige gebeurtenis, naamlik die verwekking van kinders en/of kleinkinders.

[28] Josua het dus niks meer as 'n fideicommissiere verwagting gehad tot sy dood nie. Tot die dood van die fiduciarius het Josua geen gevestigde reg verkry of besit wat weer op sy dogter Jonique kon vererf nie. Daar blyk ook geen bedoeling uit die testament dat Josua se regte gevestig word voor die dood van die fiduciarius nie. Die tersaaklike gedeelte van beide testamente is dat die plase by Barend Christiaan Booysen se dood sal gaan aan sy kinders en dat by die kinders se dood die plase sal oorgaan na Barend Christiaan Booysen se kleinkinders. Daar is geen aanduiding dat die bogenoemde tersaaklike gedeelte 'n gewone substitusie is instelle van 'n fideicommissier substitusie is nie. Dit is ook nie die Applikant of die Respondent se saak nie. Sien *Herald v Estate Visser and Others*, 1937 CPD 67. Geen

getuienis van omringende omstandighede wat 'n ander afleiding regverdig is voorgele nie. Ek is dus op die feite gebonde om te bevind dat die enigste vorm van substitusie waarna in die testament verwys word, fideicommissere substitusie is.

[29] Op die feite voor my het geen vestiging uit die fideicommissiere beskikking plaasgevind nie omdat die fideicommissarius voor die fiduciarius gesterf het. Die testamente is duidelik en bepaal dat vestiging sou plaasvind by die dood van die fiduciarius. Tot daardie gebeurtenis plaas gevind het, het die dominium gevestig in die fiduciarius. By die nie-vervulling van die fideicommissiere voorwaarde, word die ontbindende voorwaarde, waaronder die fideicommissaris se "reg" gebuk gaan, vervul en vind dienooreenkomstige uitwissing van die ius in personam plaas. Sien Van der Merne en Rowland, "Die Suid-Afrikaanse Erf reg" 1990 op 335. Hierdie siening verklaar dan ook waarom die persoonlike hoop en verwagting van 'n fideicommissaris wat voor die vervulling van die fideicommissiere voorwaarde sterf, nie aan sy kinders oorgedra word nie.

[30] Die regspraak deur die Respondent na verwys wysig nie die gemeneregtelike posisie nie. Die Respondent het my ook nie na enige gemeneregtelike gesag verwys om sy betoog te ondersteun nie.

[31] Na my mening is daar geen onderskeid te tref tussen 'n fideicommissum multiplex substitusie en 'n fideicommissum unicum substitusie nie, die regsbeginsel bly dieselfde. Gevolglik kan die teenaansoek nie slaag nie en moet dit van die hand gewys word en die bevel nisi bekragtig word soos gewysig.

Ek maak derhalwe die volgende bevel:

1. Die Respondent, Nicolette Erasmus No, se teenaansoek word van die hand gewys.
2. Die bevel nisi gemerk XYZ en gedateer 6 Julie 2012 word bekragtig soos gewysig deur bede 5 van die hofbevel gemerk "X" gedateer 17 Augustus 2012.
3. Dat die koste van hierdie aansoek sowel as die teenaansoek deur die boedel van wyle Barend Christiaan Booysen betaal word.
4. Dat die koste van beide curator ad litem deur die boedel van wyle Barend Christiaan Booysen betaal word.

H J De Vos

Judge of the North & South Gauteng High Courts, Pretoria

Prokureur vir Applikant: Stopforth Swanepoel en Brewis Ing

Parkstraat 729

Arcadia

Pretoria

Prokureur vir Respondent: E J V Penzhorn Attorneys

Suite 206

Brookfield Park

237 Middel straat

Pretoria