

Kronieke / Chronicles

Die behoefte aan 'n wyer artikel 2(3) van die *Wet op Testamente* 7 van 1953 (soos gewysig): 'n Kritiese beskouing

1. Inleiding

Die Hoogste Hof van Appél se uitspraak in *Bekker v Naude en Andere* 2003 (5) SA 173 (HHA) het die posisie aangaande die toepassing van artikel 2(3) van die *Wet op Testamente* 7 van 1953 (soos gewysig)¹ duidelik uiteengesit en alle onsekerheid uit die weg geruim.

Voor hierdie uitspraak het die interpretasie van artikel 2(3) tot regonsekerheid gelei. Die howe het twee benaderings 'ontwikkel', naamlik die 'eng' en 'liberale' ('soepel') benaderings.² In die *Bekker*-saak het appélregter Olivier beslis dat slegs die kondonasie van testamente wat persoonlik deur die oorledene³ opgestel, geskryf, getik, tot stand gebring of verly is, toegelaat sal word. Alhoewel daar saamgestem word met regter Oliver se interpretasie van artikel 2(3) sal daar in hierdie skrywe gepoog word om die deur vir 'n 'wyer' of 'liberale' artikel 2(3) oop te maak.

2. Die toepassing van artikel 2(3)

Op die 1ste Oktober 1992 het die *Wet tot Wysiging van die Erfreg* 43 van 1992 in werking getree. Hierdie wysigingswet het aan die hof 'n kondonasie bevoegdheid verleen om nie-nakoming van formaliteitsvereistes in artikel 2(1) van die *Wet* te kondoneer.

Artikel 2(3) lees as volg:

Indien 'n hof oortuig is dat 'n dokument of die wysiging van 'n dokument wat opgestel of verly is deur 'n persoon wat sedert die opstel of verlyding daarvan oorlede is, bedoel was om sy testament of 'n wysiging van sy testament te wees, gelas die hof die Meester om daardie dokument,

1 Voortaan 'die Wet'.

2 *Schneller NO v Die Meester van die Hooggeregshof en Andere* 1999 (4) SA 1250 (K) op 1258G-J; *Ndebele NO and Others v Master of the Supreme Court and Another* 2001 2 SA 102 (K) op 108A-C.

3 Die woord 'oorledene' in teenstelling met 'testateur' word gebruik, aangesien die dokument eers gekondoneer moet word voordat dit as 'n testament beskryf kan word.

JT Faber is 'n lektor by die Universiteit van die Vrystaat, Posbus 339, Bloemfontein 9300.

PJ Rabie is 'n lektor by die Universiteit van die Vrystaat, Posbus 339, Bloemfontein 9300.

Faber & Rabie/Die behoefte aan 'n wyer artikel 2(3) van die *Wet op Testamente* 7 van 1953 (soos gewysig): 'n Kritiese beskouing

of die dokument soos gewysig, vir die doeleindes van die Boedelwet, 1965 (Wet No. 66 van 1965), as testament te aanvaar ofskoon dit nie aan al die vormvereistes vir die verlyding of wysiging van testamente bedoel in subartikel (1) voldoen nie.

Kort na die inwerkingtrede van dié artikel het daar probleme ontstaan met die interpretasie van sekere woorde en frases.⁴ Die mees problematiese hiervan, die woorde: “opstel of verlyding”.

3. “Opstel of verlyding”

Die houe het twee verskillende interpretasies⁵ van hierdie frase gevolg.

Die eerste benadering is die ‘eng’-benadering. Ingevolge hierdie benadering moet die oorledene die dokument “wat hy of sy bedoel het om 'n testament te wees, self geskryf of getik het of op 'n ander wyse persoonlik tot stand gebring het”.⁶

Die tweede benadering staan die ‘wyer’ of meer ‘liberale’ interpretasie van die woord “opstel” voor deurdat 'n dokument wat 'n oorledene *laat opstel het* en daarna deur die oorledene goedgekeur is, ook vir kondonasie sou kwalifiseer.⁷ Dit moet op 'n oorwig van waarskynlikhede in die Hooggeregshof bewys word dat die oorledene die *bedoeling* gehad het dat die dokument 'n testament moes wees.

4 Van der Linde 1996: 401.

5 Dit is interessant om daarop te let dat sommige skrywers aanvoer dat daar drie benaderings is. Sien Jacobs 2003:16-19. Die derde benadering sou na bewering toepassing vind wanneer die testateur die dokument in sy eie handskrif uitskryf. Hierdie benadering vloei voort uit die beslissing van regter Magid in *Webster v The Master and Others* 1996 (1) SA 34 (D). Hierdie benadering behoort volgens die skrywers nie as 'n afsonderlike benadering beskou te word nie, aangesien dit bloot 'n strengere toepassing van die ‘eng’-benadering is. Hierdie benadering het geen verdere steun by die houe ontlok nie en hou volgens die skrywers nie tred met tegnologiese ontwikkeling nie.

6 *Bekker v Naude* 2003 (5) SA 173 HHA. Verdere gesag ter ondersteuning van die ‘eng’-benadering: *Webster v The Master and Others* 1996 (1) SA 34 (D) op 41B-F per Magid R; *Anderson and Wagner NNO and Another v The Master and Others* 1996 (3) SA 779 (K) op 784F-785H per Thring R; *Olivier v Die Meester en Andere: In re Boedel wyle Olivier* 1997 (1) SA 836 (T) op 844A-E per Smit R; *Henwick v the Master and Another* 1997 (2) SA 326 (K) op 334C-335E per Foxcroft R (Van Reenen R en Pincus Wnde R samestemmend). Sien ook *Ex parte de Swart and Another NNO* 1998 (2) SA 204 (K) op 207 B-F per Foxcroft R.

7 *Back and others NNO v Master of the Supreme Court* [1996] 2 All SA 161 (K) op 167f-175d per Van Zyl R; *Ex parte Laxton* 1998 (3) SA 238 (N) op 241E-244G per Combrinck R; *Ex parte Williams: In re William's Estate* 2000 (4) SA 168 (T) op 172F-178J per Swart R (Van Dyk R en Van der Merwe R samestemmend).

4. Kondonasievereistes

Vir 'n dokument om gekondoneer te word in terme van artikel 2(3), moet daar aan die volgende vereistes voldoen word:

- Daar moet 'n dokument wees (wat skrifstelling as drempel-vereiste impliseer).
- Welke dokument (of wysiging) opgestel of verly is deur die persoon wat sedert die opstel of verlyding daarvan oorlede is.
- Welke dokument (of wysiging) bedoel moes wees om 'n testament (of wysiging daarvan) te wees.
- Die testateur se identiteit vasstaan.⁸

Na die *Bekker*-saak is dit nou duidelik dat daar aan al vier hierdie vereistes voldoen moet word alvorens 'n dokument gekondoneer kan word. Die bedoeling van die oorledene kan nie belangriker geag word as die feit dat die dokument persoonlik opgestel of verly moes word nie.

Volgens die skrywers is hierdie toepassing van artikel 2(3), alhoewel teoreties korrek, te eng. Uit die bespreking wat volg sal aangevoer word waarom 'n wetswysiging aangebring behoort te word om die werking van artikel 2(3) te verbreed.

5. Die behoefte na 'n wyer-benadering

Voor die *Bekker*-beslissing het daar 'n behoefte bestaan na die meer liberale toepassing van artikel 2(3). Indien daar op 'n oorwig van waarskynlikhede vasgestel kon word dat dit die bedoeling van 'n oorledene was dat 'n bepaalde dokument sy testament moes wees, is die dokument gekondoneer, al was die dokument nie deur die oorledene persoonlik opgestel nie. Dit moes egter vasstaan dat daar geen sprake van bedrog was nie.⁹

Die toepassing van artikel 2(3), soos dit tans daar uitsien, het egter onbillikheid tot gevolg, soos duidelik blyk uit *Ex parte Williams: In re William's Estate*. In dié saak is 'n dokument deur iemand namens, en in opdrag van die testatrise, opgestel. Die opsteller het dit aan die oorledene se man oorhandig wat dit met haar bespreek het. Sy het deur die dokument gelees en aangedui dat sy tevrede was. Sy sterf egter onverwags voor sy die dokument kon onderteken. Die volbank van die Transvaalse Provinsiale Afdeling beslis dat die testament wat nie aan die formele vereistes van 'n geldige testament voldoen het nie, gekondoneer kon word.¹⁰

8 Van der Linde 1996:396; sien ook Sonnekus 1995:361-363.

9 Sien *Back and Others NNO v Master of the Supreme Court, Ex Parte Laxton, Ex Parte Williams: In Re Williams' Estate*.

10 Sien verder *Back and Others NNO v Master of the Supreme Court* en *Ex Parte Laxton*.

Kritici van die 'liberale'-benadering het tereg daarop gewys dat indien dié benadering gevolg sou word, dit tot die verheffing van die bedoeling van die oorledene tot 'n 'super'-vereiste sou lei.¹¹ Hierdie probleem sal opgelos word deur die voorgestelde wetswysiging.

Die volgende vrae bly egter steeds onbeantwoord:

Waarom moet die wense van die oorledene verontagsaam word waar dit duidelik blyk dat die dokument bedoel was om 'n testament te wees?¹²

Waarom moet 'n kunsmatige onderskeid getref word tussen die ondertekening van 'n dokument en die mondelinge goedkeuring daarvan indien dit op 'n oorwig van waarskynlikhede in die Hooggeregshof bewys is dat dit die oorledene se bedoeling was dat die dokument sy testament moet wees? Voorstanders van die 'eng'-benadering, wat heel duidelik om elke hoek en draai gevaarlike van bedrog en misverstande sien, sal hierdie vrae as volg beantwoord:

To rely solely on oral evidence to ascertain the deceased's intention outside the document, which the deceased cannot confirm or refute, is to open the door to fraud, misunderstanding and dispute.¹³

Daar word toegegee dat formaliteitsvereistes grootliks bydra tot die bekamping van bedrog. Soos Sonnekus¹⁴ dit stel:

Uiteraard is bedrog altyd 'n moontlikheid. Die bekende verskil tussen die moontlikheid dat die son môre nie oor die oosterkim verrys nie en die waarskynlikheid daarvan moet egter voor oë gehou word. Die reg stel ten aansien van die verlyding van testamente formaliteitsvereistes om te waak teen bedrog. Indien die waarskynlikheid egter in 'n gegewe geval skraal is, kan gerus aan die wil van die testateur gevolg gegee word ...

Sou dit nie makliker wees om 'n handtekening te vervals as om 'n regter in die Hooggeregshof, deur middel van mondelinge getuienis, op 'n oorwig van waarskynlikheid van die geldigheid van 'n testament te oortuig nie?

Indien die 'bedrogspook' steeds loop kan die probleem verder aangespreek word deurdat die wetgewer 'n hoër bewysstandaard, naamlik bo redelike twyfel, vereis vir die kondonasië van testamente waar die dokument nie persoonlik verly of opgestel is deur die oorledene nie. Hierdie verhoogde bewysstandaard word byvoorbeeld in die volgende jurisdiksies vir die kondonasië van testamente vereis: Suid-Australië het in 1975 'n wysiging aangebring wat bepaal dat 'n dokument wat voorgee om die oorledene se testamentêre bedoeling te bevat, niesteenstaande die feit dat dit nie ooreenkomstig die formaliteite verly is nie, geag word 'n testament te wees as die Hooggeregshof *bo enige redelike twyfel* oortuig is dat die oorledene bedoel het dat die dokument sy testament moet wees. Die *Northern Territory of Australia Wills Amendment Act*, 43 van 1984, bepaal dat 'n dokument wat nie aan die

11 Jacobs 2003:18.

12 De Waal 2003:64.

13 Jacobs 2003:18.

14 Sonnekus 1996:387.

formaliteite voldoen nie, maar die bedoeling van die oorledene daarop dui dat die dokument as testament bedoel is, geag word 'n testament te wees indien die hof oortuig is "... that there can be *no reasonable doubt* that the deceased person intended the document to constitute his will."¹⁵ (Eie beklemtoning).

6. Gevolgtrekking

Artikel 2(1) stel formaliteitsvereistes waaraan 'n testament moet voldoen om geldig te wees. Indien 'n dokument nie aan hierdie formaliteitsvereistes voldoen nie, bestaan daar egter nog 'n moontlikheid dat hierdie 'testament' gered kan word, deur middel van artikel 2(3). Alhoewel die *Bekker*-saak alle regsonsekerheid jeens die toepassing van artikel 2(3) uit die weg geruim het, blyk die toepassing van artikel 2(3) tans te eng te wees.

Die kondonasiebevoegdheid maak slegs voorsiening vir 'n enkele 'geval' waar die formaliteitsvereistes nie nagekom is nie en die dokument deur die oorledene persoonlik/self opgestel is. Die bedoeling van die testateur word nou 'teruggeskuif' tot daar vasgestel is of die dokument persoonlik deur die oorledene opgestel is.

Indien die ware bedoeling van die testateur op 'n oorwig van waarskynlikhede¹⁶ in die Hooggeregshof vasgestel kan word, waarom moet sy bedoeling skipbreuk ly as gevolg van uitlegreëls? Al was die woord 'opgestel' in artikel 2(3) verkeerd geïnterpreteer, het dit volgens ons in 'n behoefte voorsien en tot die regte resultate gelei, deurdat dokumente wat bedoel was om testamente te wees, tot testamente gekondoneer is.

Daar word voorgestel dat die wetgewer artikel 2(3) wysig deur die woorde "of laat opstel (*caused to be drafted*)" in te voeg direk voor die woorde "of verly";¹⁷

Dit lees soos volg:

Indien 'n hof oortuig is dat 'n dokument of die wysiging van 'n dokument wat opgestel *of laat opstel* of verly is deur 'n persoon wat sedert die opstel of verlyding daarvan oorlede is, bedoel was om sy testament of 'n wysiging van sy testament te wees, gelas die hof die Meester om daardie dokument, of die dokument soos gewysig, vir die doeleindes van die Boedelwet, 1965 (Wet No. 66 van 1965), as testament te aanvaar ofskoon dit nie aan al die vormvereistes vir die verlyding of wysiging van testamente bedoel in subartikel (1) voldoen nie.

Die Engelse artikel, soos deur regter Van Zyl in die *Back*-saak geformuleer, lees soos volg:

15 Suid-Afrikaanse Regskommissie 1986:15-16.

16 Soos reeds aangevoer kan selfs 'n hoër bewysstandaard vereis word, naamlik bo redelike twyfel.

17 Hierdie betrokke bewoording word alreeds in artikel 2A van die *Wet op Testamente* 7 van 1953 aangetref.

If a court is satisfied that a document or the amendment of a document drafted or executed *or caused to be drafted or executed* by a person who has died since the drafting or execution thereof, was intended to be his will or an amendment of his will, the court shall order the Master to accept that document, or the document as amended, for the purposes of the Administration of Estates Act, 1965 (Act No. 66 of 1965), as a will, although it does not comply with all the formalities for the execution or amendment of wills referred to in subsection (1).

Hierdie wysiging hou tred met die realiteit dat die meeste mense hul testamente deur professionele persone laat opstel en verseker so dat die erfreg nie stagneer nie.

Daar moet tred gehou word met veranderende omstandighede en nuwe tegnologie.¹⁸ Die uitbreiding van artikel 2(3) sal bewys dat die wetgewer ernstig is om die Suid-Afrikaanse erfreg aan te pas by veranderende omstandighede en dus die behoefte na 'n wyer kondonasiebevoegdheid aan te spreek.

18 Die volgende vereiste wat moontlik problematies kan wees, is die skrifvereiste. Alhoewel hierdie aspek buite die bestek van dié artikel val, is dit interessant om daarop te let dat die Suid-Afrikaanse Regskommissie *Hersiening van die Erfreg* 1991 par 2 166 en 2 167 'n aanbeveling dat videotestamente erken behoort te word, verwerp het as gevolg van die prosedure wat deur die meester gevolg word om boedels en testamente te kontroleer.

Bibliografie

CRONJE DSP EN ROOS A

1996. *Erfreg Vonnisbundel/Casebook on the Law of Succession*. Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika.

DE WAAL MJ EN SCHOEMAN MC

1996. *Erfreg Studentehandboek*. Kaapstad: Juta.

DE WAAL MJ EN SCHOEMAN-MALAN MC

2003. *Inleiding tot die Erfreg*. Kaapstad: Juta.

DE WAAL MJ

1999. Verlede maand se Hofverslae. *De Rebus* Vol 381:63.

JACOBS J

2003. The will that could haunt you. *De Rebus* Vol 426:16-19.

SONNEKUS JC

1995. Kondoneringsbevoegdheid van Hof by Vormgebrekkige Testament. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*: 359-364.

1996. Kondoneringsbevoegdheid van Hof by Vormgebrekkige Testament Beginselvertrekpunt tot Regsekerheid. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*: 384-390.

SUID-AFRIKAANSE REGSKOMMISSIE

1986. Hersiening van die Erfreg: Testamentsformaliteit. Projek 22: Werkstuk 14. Pretoria: Staatsdrukkers.

1991. Hersiening van die Erfreg. Projek 22. Pretoria: Staatsdrukker.

VAN DER LINDE A

1996. *Back and others NNO v Master of the Supreme Court* [1996] 2 All SA 161 (K). *De Jure*: 391-401.