'n Begripsmatige beskouing van die testeerhandeling ter toeligting van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse erfreg

James Thomas Faber

Voorgelê ter nakoming van die vereistes ten opsigte van die graad

Doctor Philosophiae

met spesialisering in Privaatreg

in die Departement Privaatreg
Fakulteit Regsgeleerdheid
aan die
Universiteit van die Vrystaat

Promotor: Prof François du Toit

Mede-promotor: Prof Bradley Smith

Maart 2020

Verklaring

Ek, James Thomas Faber, verklaar dat die proefskrif wat ek hiermee vir die graad *Doctor Philosophiae* aan die Universiteit van die Vrystaat inhandig, my selfstandige werk is en dat ek dit nie voorheen vir 'n kwalifikasie aan 'n ander instelling van hoër onderwys ingedien het nie.

JT Faber

1997025554

10/03/2020

Dankbetuigings

- Alle dank en eer aan my Hemelse Vader. Deur U is ons tot alles in staat.
- My promotor, prof François du Toit, hierdie 'proses' was nie moontlik sonder jou leiding nie; my opregte dank vir al jou hulp en bystand. Dit was voorwaar ŉ voorreg om hierdie navorsingsreis saam met jou te onderneem en jou as vriend en akademiese mentor op die bod toe te kry.
- My mede-promotor, prof Bradley Smith, baie dankie vir jou volgehoue aanmoediging en ondersteuning; jou leiding en vriendskap dra groot waarde.
- ŉ Woord van dank aan al my kollegas in die Fakulteit Regsgeleerdheid, maar in besonder my kollegas in die departement Privaatreg, en dan by name Brand Claassen, Marda Horn, Kenneth Mould en Martie Bloem. ŉ Spesiale woord van dank aan Kenneth Mould wat opgetree het as klankbord om my idees te toets, asook vir jou waardevolle kommentaar en aanbevelings.
- ŉ Spesiale woord van dank aan Prof Johan van Schalkwyk. U het nie alleen my passie vir die akademie aangewakker nie, maar my ook die geleentheid gebied om ŉ loopbaan in die akademie te kan volg waar u verder ook u module – erfreg – aan my toevertrou het. Ek is u ewig dankbaar.
- Hesma van Tonder, Navorsingsbibliotekaris: Biblioteek- en Inligtingsdienste, wat my bygestaan het met die navorsingskomponent van die studie. Jou vriendelike en spoedige hulp en bystand was van onskatbare waarde en word opreg waardeer.
- Aan my vrou, Anra, en seuns, Josh en Hugo, baie dankie vir al julle liefde, ondersteuning, aanmoediging en geduld. Hierdie proefskrif word aan julle opgedra.
- Aan my ouers, Hennie en Trix, dankie vir julle onvoorwaardelike liefde, ondersteuning en belangstelling. Ek waardeer opreg alles wat julle vir my gedoen en opgeoffer het ten einde my geleenthede in die lewe te bied.
- ŉ Woord van dank aan my familie en skoonfamilie – in besonder my suster Erika en skoonouers Ardus en Petro – vir jul belangstelling en ondersteuning.

Inhoudsopgawe

Verklaring .... **ii**

Dankbetuigings .... **iii**

Inhoudsopgawe .... **iv**

Figure .... **viii**

Opsomming .... **ix**

Abstract .... **xii**

Hoofstuk 1
Inleiding **1**

1.1 Inleiding 1

1.2 Testateursbedoeling: ’n Prosesmatige benadering en ’n voorgestelde handelingsmodel 3

1.3 Die fases van die testament-maak-proses: ’n Sinoptiese oorsig 4

1.4 Verdere kontekstualisering 8

1.5 Probleemstelling 9

1.6 Navorsingsmetodologie 11

1.7 Hoofstukindeling en uiteensetting 12

Hoofstuk 2
Agtergrond tot die studie: Die testeerhandeling en testateursbedoeling in 'n Suid-Afrikaanse historiese en sosio-ekonomiese konteks **16**

2.1 Inleiding 16

2.2 Historiese kontekstualisering 17

2.2.1 ’n Kort oorsig oor die ontstaan en ontwikkeling van die Romeinse reg en die latere resepsie daarvan in Nederland 17

2.2.2 Die ontstaan van erfopvolging in die vroeë Romeinse reg 22

2.2.3 Die oorgang van intestate erfopvolging na testate erfopvolging in die Romeinse reg 25

2.2.4 Testamentvorme in die Romeinse reg 29

2.3 Die erkenning en beskerming van testateursbedoeling in die Romeinse testate erfreg 36

2.3.1 Testeervryheid 36

2.3.2 Testateursbedoeling 37

2.4 Samevatting 38

Hoofstuk 3
Die behoefte aan begripsuiwerheid in die erfreg binne die breër konteks van die Suid-Afrikaanse reg 40

3.1 Inleiding 40

3.2 Erfreg en erfopvolging in privaatregtelike konteks 41

3.2.1 Erfreg as ’n juridiese begrip 43

3.2.2 Erfopvolging as ’n juridiese begrip 45

3.3 Die erfreg en erfopvolging in ’n grondwetlike konteks 54

3.3.1 ‘Grondwetlike erfreg’ as nuwe juridiese begrip 55

3.4 Samevatting 70

Hoofstuk 4
Begripsmatige beskouing van testateursbedoeling: Bedoeling *begripsmatig* 72

4.1 Inleiding 72

4.2 Testateursbedoeling: ’n Inleidende oorsig en illustrasie van enkele begripsmatige onsekerhede 73

4.2.1 Eerste bedoelingsvorm: Die testateur se bedoeling of wense wat betref die verdeling van boedelbates 73

4.2.2 Tweede bedoelingsvorm: Die testeerbedoeling of *animus testandi* 74

4.2.3 Derde bedoelingsvorm: *Animus revocandi*, synde die bedoeling ter sake by die herroeping van testamente 74

4.3 Testateursbedoeling in regsvergelykende en regsteoretiese konteks 79

4.3.1 Sinoptiese regsvergelykende en regsteoretiese grondslag: Pogings tot die daarstel van ’n ‘intent doctrine’ in die Amerikaanse testate erfreg 79

4.3.2 Die Suid-Afrikaanse reg 83

4.4 Samevatting 96

Hoofstuk 5
Begripsmatige beskouing van testateursbedoeling: Bedoeling *regtens* 98

5.1 Inleiding 98

5.2 Wilsvorming 98

5.2.1 Bevoegdheid 101

5.2.2 Wilsvorming en die motief onderliggend daartoe 110

5.3 Wilsuiting 112

5.3.1 Die onderskeid tussen testeervryheid en testamentêre vryheid 112

5.4 Die proses van wilsvorming tot wilsuiting: Die fases van die voorgestelde handelingsmodel 114

5.5 Samevatting 114

Hoofstuk 6
Die handelingsmodel in die konteks van die testament-maak-proses 116

6.1 Inleiding 116

6.2 ŉ Handelingsmodel-beskouing in die konteks van die testament-maak-proses in teenstelling tot die tradisionele vereistesmodel-beskouing 117

6.2.1 Die tekortkominge van ŉ vereistesmodel in die kontraktereg en die erfreg 117

6.2.2 Handeling in juridiese verband 120

6.2.3 Handeling in die konteks van skrif, dokumentvorm en formaliteitsvereistes 121

6.3 Die handelingsmodel: Die opstelhandeling (of formulerings-handeling) in teenstelling tot die verlydingshandeling 123

6.3.1 Die opstelhandeling (oftewel formuleringshandeling) 123

6.4 Samevatting 132

Hoofstuk 7
'n Begripsmatige beskouing van die testeerhandeling: Die testeerhandeling en die vereistes daarvoor 134

7.1 Inleiding 134

7.2 Die testeerhandeling: Omskrywing en vereistes 134

7.2.1 *Animus testandi* 138

7.2.2 ŉ Volledige of voltooide testeerhandeling 146

7.3 Samevatting 152

Hoofstuk 8
Prognose 155

8.1 Inleiding 155

8.2 Die kernprobleme ten aansien van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse erfreg 156

8.2.1 Die misverstaan van die sleutelbegrippe ‘testateursbedoeling’ en ‘*animus testandi*’ 157

8.2.2 Die problematiese vereistesbenadering om te verklaar wat 'n testament is 158

8.2.3 Die gebrekkige begrip van presies wat 'n testament is........................ 158
8.3 Die handelingsmodel en die testament-maak-proses.................................... 159
8.4 Spesifieke oplossings vir die geïdentifiseerde kernprobleme aan die hand van die handelingsmodel en testament-maak-proses................................... 161
8.4.1 Kernprobleem 1: Begripsverwarring ten opsigte van testateursbedoeling en *animus testandi* 161
8.4.2 Kernprobleem 2: Die tekortkominge van 'n vereistesmodel 162
8.4.3 Kernprobleem 3: Die omskrywing van 'n testament............................. 163
8.5 Die daarstel van 'n bedoelingsleerstuk in die Suid-Afrikaanse erfreg............. 165
8.6 Die bedoelingsleerstuk getoets aan die hand van enkele probleme waarmee die Suid-Afrikaanse testate erfreg tans te kampe het..................... 170
8.6.1 Die bedoelingsvereiste in terme van artikel 2(3)–kondonasiebevoegdheid 170
8.6.2 Antwoorde aan die hand gedoen 172
8.6.3 Rektifikasie van sogenaamde 'kruis-ondertekende testamente'.......... 175
8.6.4 Antwoorde aan die hand gedoen 177
8.7 Slotgedagtes... 179
Bibliografie 181

Figure

Figuur 1.1 Drie fases van uitvoering van testateursbedoeling in die testament-maak-proses 7

Figuur 3.1 Skematiese voorstelling van erfreg en erfopvolging in Suid-Afrikaanse verband 54

Figuur 5.1 Die drie fases van die uitvoer van testeerhandeling 114

Figuur 8.1 Skematiese voorstelling van die bedoelingsleerstuk 169

Opsomming

Die Suid-Afrikaanse erfreg, as deel van die privaatreg, spesifiek die vermoënsreg, opereer aan die hand van die subjektiewe regsleerbenadering en veral die inbegrepe beskikkingsbevoegdheid – as een van die inhoudsbevoegdhede – waaroor ’n regsubjek as die reghebbende van subjektiewe regte beskik. Die beskikkingsbevoegdheid word uitgeoefen aan die hand van ’n beskikkingshandeling – as regshandeling – wat moontlik is weens die uitoefening van die juridiese kompetensies waaroor regsubjekte beskik, vernaam regsbevoegdheid en handelingsbevoegdheid. Die grondwetlik-gefundeerde openbare beleid vereis verder dat die beskikkingshandeling vrylik voltrek word, welke vryheid – as manifestasie van privaatoutonomie – self grondwetlik onderlê word.

Op die gebied van die erfreg, deur die beskikkingshandeling enersyds te onderskei van ander handelinge en aangeleenthede wat inhoudelik in die testament mag voorkom (byvoorbeeld die herroepingshandeling) en andersyds te onderskei van ander handelinge in die testament-maak-proses (byvoorbeeld die verlydingshandelinge ten einde aan die formaliteitsvereistes te voldoen) sal die begripsverwarring wat in die Suid-Afrikaanse erfreg heers, veral wat testateursbedoeling betref *en* gevolglik ook die begrip van testament as sodanig, ten beste aangespreek word. Testateursbedoeling kan slegs teoreties korrek verklaar word aan die hand van ’n voorgestelde handelingsmodel ten opsigte van die deurlopende proses van testament-maak ten einde te toon dat testateursbedoeling ’n saamgestelde, meersydige konsep is, wat meerdere bedoelingsvorme of bedoelingsfasette omvat. Die beskikkingsbedoeling (beskikkingswil) byvoorbeeld, moet ten eerste gevorm word alvorens dit tot uiting kan kom in ’n wilsverklaring, as die ter sake beskikkingshandeling.

Die handelingsmodel-beskouing staan in teenstelling tot die tradisionele beskouing dat ’n testament die gevolg is van die eenmalige aanwesigheid van ’n aantal gestelde vereistes (die sogenaamde ‘vereistesmodel’). In terme van die handelingsmodel-beskouing is ’n testament die gevolg van ’n testament-maak-proses wat die verrigting van spesifieke handelinge met spesifieke gepaardgaande bedoelingsvorme behels, wat deur verskeie partye verrig word ten einde ’n testament daar te stel. Die plek en

rol van, sowel as die wisselwerking tussen, die onderskeie ‘vereistes’ kan slegs teoreties korrek gekontekstualiseer word ooreenkomstig hierdie beskouing. Die *erfreg* reël primêr die oorgang van bates by die oomblik van dood en in die konteks van die *testate erfreg* geskied hierdie oorgang ooreenkomstig die wil van die testateur, soos wat dit verwoord word in ŉ geldige testament. Die erkenning van *testamentêre erfopvolging* beteken gevolglik dat dit ŉ testateur vrystaan om ŉ regsgeldige laaste wilsuiting per testament te kan maak wat betref die beskikking oor bates, mits die testateur oor *testeerbevoegdheid* beskik. Die erkenning van *testeervryheid* – as grondwetlik erkende waarde – vereis dat die beskikking *vrylik* geskied.

Die beskikking oor bates geskied by wyse van ŉ testeerhandeling, as die ter sake regshandeling in die erfreg. Ten einde te kwalifiseer as ’n testeerhandeling, word ’n volledige beskikkingshandeling vereis, in die sin dat al die elemente vir ’n testamentêre beskikking teenwoordig moet wees, sowel as die nodige testeerbedoeling (*animus testandi*), as die bedoeling dat daar by die oomblik van dood, regtens aan die beskikking gevolg gegee moet word. In die konteks van die testate erfreg word ŉ skriftelike wilsuiting, soos beliggaam in ŉ geldige testament, vereis. Die testeerhandeling – as die vergestalting van die beskikkingsbedoeling en testeerbedoeling (*animus testandi*) – laat die dokument wat dit beliggaam, as ’n testament kwalifiseer.

Sodanige prosesmatige beskouing beklemtoon dat uitvoering van testateursbedoeling – soos vergestalt in ŉ testeerhandeling – in drie fases geskied: die eerste fase behels die wilsvorming (innerlike wil), die tweede fase behels die wilsuiting en die derde fase handel met die gevolge wat regtens aan die testateur se wil gekoppel word na sy/haar afsterwe. Die noodsaaklikheid daarvan om begripsverwarring in die Suid-Afrikaanse erfreg aan te spreek en op te los, spreek vanself, tog word dit beklemtoon met die oog op die daarstel van ŉ bedoelingsleerstuk in die Suid-Afrikaanse erfreg om die huidige verwarring uit die weg te ruim. Die belang van begripsuiwerheid – veral met inbegrip van die handelingsmodel en bedoelingsleerstuk – word onderskraag ten einde die impak en toepassing van die Grondwet op die erfreg na behore te begryp. Dit het dan ook ten doel om die begrip ‘grondwetlike erfreg’ in die Suid-Afrikaanse reg te vestig.

Sleutelwoorde: *animus testandi* (testeerbedoeling), begripsverwarring, begripsuiwerheid, beskik oor bates (beskikking), beskikkingsbedoeling, beskikkingshandeling, bedoelingsleerstuk, handelingsmodel, inhoudelike bedoeling, regshandeling, testament, testament-maak-proses, testateursbedoeling, testeerhandeling, testeervryheid, verlydingshandelinge, wil, wilsuiting en wilsvorming.

Abstract

The South African law of succession, as part of private law, more specifically the law of patrimony, operates on the premise of the subjective law theory. A legal subject – as the bearer of subjective rights – has certain entitlements (powers) bestowed on him/her by each of these subjective rights, including the entitlement to dispose of assets. The legal subject may exercise the entitlement to dispose of assets in accordance with the act of disposal – in the guise of a juristic act – which is made possible through the capacities possessed by legal subjects, in particular legal capacity and the capacity to act. The constitutionally founded public policy demands that the act of disposal be performed freely, which freedom – as manifestation of private autonomy – is constitutionally embedded.

In the law of succession, it is important to distinguish the act of disposal both from other testamentary acts as potentially included in the contents of a will (for example the act of revocation) as well as from other acts in the will-making process (for example the necessary execution acts in order to comply with the formality requirements) in order to best address the prevailing conceptual confusion, particularly the confusion pertaining to the intention of the testator (testator's intention) *and* consequently also the concept will as such. The *intention* of the testator can only be explained on a theoretically sound basis in accordance with a suggested 'conduct model' in respect of the continuous process of making a will in order to show that testator's intention is a compounded, multilateral concept, that consists of different forms and facets of intention. For example, the dispositive intention (dispositive will) should first be formed before expression can be given to it through a statement of intention as the relevant act of disposal.

The conduct model viewpoint can be contrasted with the traditional view that a will is the result of the once-off presence of a number of set requirements (the so-called 'requirements model'). In terms of the conduct model viewpoint, a will is the result of a will-making process in which a number of specific acts, with specific accompanying forms of intention, have been performed by different parties in order to make a will. The place and roll of, as well as the interaction between, the different 'requirements' can only be correctly theoretically contextualised in accordance with this view. The *law of succession* primarily controls the devolution of assets at the moment of death and

in the context of the *law of testate succession*, this devolution occurs in accordance with the intention (will) of the testator, as expressed in the words of a valid will. The recognition of *testamentary inheritance* consequently means that a testator is free to make a lawful last expression of intention (declaration of wishes) in a will regarding the disposal of assets, if the testator has *testamentary capacity*. The recognition of *freedom of testation* – as a constitutionally recognised value – requires a *free* disposal of assets.

The disposal of assets occurs by way of an act of testation, as the relevant juristic act in the law of succession. In order to qualify as an act of testation, a complete act of disposal is required in the sense that all the elements of a testamentary disposition should be present, as well as the necessary *animus testandi* (testation intention) as the intention that legal effect should be given to the dispositions at the moment of death. In the context of testate succession, a written statement of intention as embodied in a valid will, is required. The presence of the act of testation – as the manifestation of the dispositive intention and *animus testandi* – in a document, makes the document qualify as a will.

Such a processual view emphasises that the execution of the testator's intention – as embodied in an act of testation – occurs in three phases: the first phase entails the formation of the intention (inner will), the second phase entails the expression of the will and the third phase deals with the legal consequences that are attached to the intention of the testator after his/her death. The importance of addressing and resolving the conceptual confusion in the South African law of succession is self-evident. Nevertheless it is stressed with a view to the introduction of an intent doctrine in the South African law of succession to address the prevailing confusion. The necessity for conceptual clarity – especially in light of the conduct model and intent doctrine – is also underscored by the need to clearly understand the impact and application of the Constitution on the law of succession, with the further of establishing the concept of 'constitutional law of succession' in South African law.

Keywords: act of disposal, act of testation, *animus testandi* (testation intention), conceptual clarity, conceptual confusion, conduct model, disposing of assets (disposition), dispositive intention, execution acts, expression of intention, formation of intention (inner will), freedom of testation, intent doctrine, intention of the testator (testator's intention), intention pertaining to the contents of a will, juristic act (legal act), will (testament) and will-making process

Hoofstuk 1
Inleiding

1.1 Inleiding

Die erfreg vervul die primêre funksie om ’n oorledene se erfopvolgers te identifiseer, sowel as om die bates aan te wys wat die erfopvolgers toekom. Die testate erfreg verseker spesifiek dat dié bates hul bestemming bereik soos deur die testateur bepaal en dat dié bates op ’n regmatige en ordelike wyse aan erfopvolgers oorgedra word.[1]

In Suid-Afrika bestaan meerdere erfregstelsels.[2] Die ‘amptelike’ erfreg, dit wil sê, die erfregstelsels wat staatserkenning geniet, is ’n tweevoudige sisteem wat die gewoonteregtelike erfreg (wat slegs uit die intestate erfreg bestaan)[3] en die gemeenregtelike erfreg (wat uit die testate en die intestate erfreg bestaan) omvat. Beide voorgenoemde stelsels geniet gelyke grondwetlike status.[4] Die gemeenregtelike erfreg[5] word tradisioneel onder die privaatreg geklassifiseer, en meer spesifiek die vermoënsreg.[6] Die erfreg word gewoonlik omskryf as die geheel van regsreëls wat die oorgang van vererfbare bates onder die erfregtelike bevoordeeldes by die afsterwe van die oorledene beheer.[7]

’n Regstelsel wat die reg op privaateiendom en ander vermoënsregte erken, moet noodwendig ook voorsiening maak vir die lotgevalle van die regte in die bates wat die

---

1 De Waal 2007:2.

2 Byvoorbeeld die erfregtelike stelsels ingevolge die gemenereg, gewoontereg, Joodse reg, Islamitiese reg en Hindoereg. Rautenbach *et al* 2018:5-7, 179-180, 298-312, 332-343, 374-382.

3 Rautenbach *et al* 2018:179; Jamneck *et al* 2017:3. Die konsep ‘testament’ – in die formele sin van die woord – is onbekend in die gewoontereg, tog staan dit ’n persoon wat ingevolge ’n gewoonteregtelike stelsel leef, vry om ’n testament te verly en sodoende die reëls van die intestate erfreg op te hef. Sien artikel 2 van die Reform of Customary Law of Succession and Regulation of Related Matters Act 11 of 2009. Sien voorts Rautenbach 2014:141; De Waal 2011(a):383-384; Jamneck *et al* 2017:287, 290. Hierdie posisie blyk ook te geld wat betref enige van die ander ‘nie-amptelike’ erfregstelsels. Sien Rautenbach *et al* 2018:311, 341-342, 381.

4 *Bhe v Magistrate, Khayelitsha* 2005 (1) BCLR 1 (KH) par [148]*; Alexkor Ltd v Richtersveld Community* 2003 (12) BCLR 1301 (KH) par [51]; Rautenbach *et al* 2018:5, 7, 179; Jamneck *et al* 2017:4.

5 Voortaan ‘die erfreg’.

6 Sien Van der Merwe en Rowland 1990:5 vir ’n bespreking van waar die erfreg in die regsisteem ingedeel moet word.

7 Corbett *et al* 2001:1; Van der Merwe en Rowland 1990:1; Du Toit 2001:1; Cronjé *et al* 1996:81.

reghebbende daarvan by afsterwe oorleef.[8] Hoewel die erfreg primêr daarvoor verantwoordelik is om die lotgevalle van bates by die oomblik van dood te bepaal, blyk dit dat erfopvolging ook buite die reëls van die erfreg kan plaasvind.[9] Erfopvolging geskied op drie moontlike wyses: by wyse van intestate erfopvolging;[10] aan die hand van die oorledene se geldige en uitvoerbare testament;[11] en ingevolge kontrak (ŉ geldige *pactum successorium*).[12] Sowel die testate erfreg as kontraktuele erfopvolging vereis ŉ wilsuiting – ŉ regtens erkende handeling – aan die kant van die erflater ten einde sy of haar wil juridies relevant te maak.[13] Dit is juis hierdie handeling – die testeerhandeling as deel van ŉ testament-maak-proses – wat die hooffokus van hierdie studie vorm.

Die testeerhandeling kan in breë trekke as die vergestalting van testateursbedoeling omskryf word. Van der Merwe en Rowland[14] sien dan ook die testate erfreg as ŉ normkompleks wat erfopvolging reël kragtens die bedoeling van die testateur soos uitgedruk in ŉ testament. Die Suid-Afrikaanse reg het as uitgangspunt dat uitvoering gegee word aan die wense van die testateur soos wat dit in sy of haar geldige en uitvoerbare testament tot uitdrukking kom: *voluntas testatoris servanda est*.[15] Hierdie uitgangspunt word sedert 1996 deur artikel 25(1) van die Grondwet[16] onderskraag wat privaateiendomsreg (en die *ius disponendi* inherent daaraan) waarborg. Die Hoogste Hof van Appèl het by verskeie geleenthede bevestig dat erfopvolging, en die beginsel van testeervryheid wat dit onderlê, grondwetlike erkenning en beskerming geniet.[17]

Hierdie studie fokus, soos hierbo getoon, op die testeerhandeling in soverre dit testateursbedoeling vergestalt. Die studie word onderneem, soos hieronder getoon

8 Corbett *et al* 2001:33; Sonnekus 2012(a):1319; Du Toit 2001:3; De Waal en Schoeman-Malan 2015:2; Lehmann 2014:9-10.

9 De Waal 2007:1.

10 In terme van die Wet op Intestate Erfopvolging 81 van 1987.

11 Van der Merwe en Rowland 1990:3-4.

12 *Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie Bpk* 1976 (3) SA 488 (A) by 501.

13 Cronjé *et al* 1996:11 (Engels 1996:11); De Waal en Schoeman-Malan 2015:229; Van Zyl en Van der Vyver 1982:2-3.

14 Van der Merwe en Rowland 1990:1, 115.

15 *Ex parte Jewish Colonial Trust Ltd: In re Estate Nathan* 1967 (4) SA 397 (N).

16 Die Grondwet, 1996.

17 *Harvey v Crawford* 2019 (2) SA 153 (HHA) paras [22] en [56]; *In re BOE Trust* 2013 (3) SA 236 (HHA) par [26].

sal word ten opsigte van die probleemstelling wat die studie onderlê, ten einde voorstelle te maak vir die optimale erkenning, beskerming en uitvoering van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse testate erfreg. Die behoefte aan sodanige voorstelle spruit, soos eweneens getoon sal word, uit die verwarring wat by die Suid-Afrikaanse howe sowel as regskrywers bestaan ten aansien van sleutelbegrippe wat verband hou met testateursbedoeling, en derhalwe ook met die uitvoering daarvan. Hierdie kwessie word vervolgens gekontekstualiseer, waarna die probleemstelling wat die studie onderlê, geformuleer sal word.

1.2 Testateursbedoeling: ’n Prosesmatige benadering en ’n voorgestelde handelingsmodel

Die studie berus wesenlik daarop dat die uitvoering van testateursbedoeling prosesmatig benader moet word, veral in soverre die uitvoering van testateursbedoeling in drie fases geskied. Hierdie drie fases verteenwoordig die testament-maak-proses en die studie doen aan die hand dat die erkenning, beskerming en uitvoering van testateursbedoeling ten beste geskied deur sodanige prosesmatige benadering te volg. Die eerste fase van die testament-maak-proses behels wilsvorming deur die voornemende testateur; die tweede fase het te make met die uiting van die testateur se bedoeling; en die derde fase handel met die gevolge wat regtens aan die testateur se wil gekoppel word.[18] Die beskouing van testateursbedoeling in terme van hierdie fases lei onvermydelik tot die gevolgtrekking dat die maak van ’n testament ’n proses behels (eerder as ’n eenmalige gebeurtenis), welke proses die verrigting van verskillende handelinge deur verskeie partye behels. Hierdie handelinge wat deur die partye betrokke by die testament-maak-proses onderneem word, sal in hierdie studie tot ’n sogenaamde ‘handelingsmodel’ omskep word. Die studie voer aan dat sodanige handelingsmodel, wat die fokus plaas op die handelinge relevant tot die drie fases van die testament-maak-proses, die aangewese metodiek daarstel om optimale uitvoering van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse erfreg te verseker. Hoewel die studie op die testeerhandeling fokus, dit wil sê die handelinge wat tesame tot die daarstel

[18] Fase een en twee vind plaas tydens die testateur se lewe, maar fase drie neem eers ’n aanvang by die afsterwe van die testateur. Tegnies, teoreties, is fase drie nie meer deel van die testament-maak-proses as sodanig nie, maar eerder die gevolg daarvan: die resultaat van die testament-maak-proses is ’n testament waaraan daar regtens gevolg gegee word. Fase drie – as die gevolg van die testament-maak-proses – word egter behandel as deel van die testament-maak-proses.

van ’n testament aanleiding gee, is dit belangrik om die testeerhandeling te onderskei van ander testamentêre handelinge. Die verlydingshandeling en die herroepingshandeling dien as voorbeelde van sodanige ander testamentêre handelinge. Die belang van hierdie onderskeid het veral betrekking op die verskillende bedoelingsvorme wat by die verskillende handelinge betrokke is. Die studie formuleer dus die ware en korrekte betekenis van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse testate erfreg deur dit in verband te bring met ander bedoelingsvorme wat ten aansien van ander testamentêre handelinge tydens die testament-maak-proses relevant mag wees.

1.3 Die fases van die testament-maak-proses: ’n Sinoptiese oorsig

Die studie sal toon, soos hierbo uitgewys, dat die testament-maak-proses wesenlik uit drie fases bestaan. Die eerste fase behels die besluit om te testeer. ’n Natuurlike persoon wat oor die nodige testeerbevoegdheid[19] beskik, kan te eniger tyd tydens sy of haar lewe besluit om ’n testament te maak. Die voornemende testateur neem dus ’n besluit om ’n testament te maak waarin daar bepaal word wie welke bate(s) uit sy of haar boedel by sy of haar afsterwe moet erf. Die redes vir die neem van hierdie besluit is legio, en sluit in ’n behoefte aan boedelbeplanning; weens siekte of gevorderde ouderdom; as gevolg van ’n verandering in persoonlike omstandighede (byvoorbeeld huweliksluiting, die geboorte van ’n kind, of egskeiding); of bloot ’n begeerte om spesifieke bates aan spesifieke persone na te laat.

Die tweede fase hou daarmee verband dat die wilsbesluit juridies relevant gemaak word. ’n Blote besluit om te testeer en selfs ’n mondelinge verklaring van hierdie besluit, geniet immers nie regsbeskerming nie.[20] In *Wessels v Die Meester*[21] stel appèlregter Brand dit soos volg:

> In die konteks van die erfreg, dien dit egter weinig doel om van die ‘duidelike bedoeling van die testateur’ te praat tensy daardie bedoeling uit ’n geldige testament blyk. Of, soos Wessels RP dit gestel het in *Re Estate Marks* 1921 TPD 180 op 185: ‘It seems to me that [the Roman Dutch jurists] attached great importance to the real intention of the testator, provided that his intention

19 Sien artikel 4 van die Wet op Testamente 7 van 1953.

20 Cronjé *et al* 1996:18; Van der Merwe en Rowland 1990:128, 151.

21 [2007] HHA 17 (RSA) (23/03/2007) par [13].

> was expressed in a testamentary disposition executed with such due solemnity as the law requires …' [*sic*].

Wanneer 'n persoon besluit om 'n testament te maak, behels die beginsel van testeervryheid dat dié persoon – die testateur – vry is om self te besluit oor wat die inhoud van sy of haar testament sal wees.[22] Die dokument as sodanig kan deur die testateur self of deur iemand anders in opdrag van die testateur opgestel word. Hier het 'n mens met die opstelhandeling (of formuleringshandeling) te make. Nadat die dokument opgestel is, hetsy deur die testateur self of deur 'n ander, moet die testateur 'n besluit neem of die dokument inderdaad sy of haar wense verteenwoordig en of hy of sy die dokument as sy of haar testament aanvaar. Alhoewel dit geredelik aanvaar kan word dat 'n testament wat die testateur self opgestel het, wel deur daardie testateur aanvaar sal word, is dit tog moontlik dat sodanige testateur *ex post facto* kan besluit dat die testament tog nie (meer) na sy of haar wense is nie en dit dus, ten spyte van die selfopgestelde aard daarvan, nie as sy of haar testament aanvaar nie. Waar 'n testament deur 'n ander opgestel is (byvoorbeeld 'n prokureur of bankamptenaar aan die hand van die testateur se instruksie), spreek dit vanself dat die testateur deur die dokument moet lees of dat die inhoud van die testament aan die testateur voorgelees of verduidelik moet word sodat die testateur hom- of haarself met die inhoud van die dokument kan vereenselwig. In beide gevalle word 'n bewustelike aanvaardingsbesluit deur die testateur vereis ten einde die tersaaklike dokument as sy of haar testament toe te eien.

Dit word algemeen aanvaar dat die testateur oor die *animus testandi* moet beskik ten einde testamentêre status aan 'n bepaalde dokument te gee. Hierdie stelling, alhoewel op die oog af eenvoudig en voor die hand liggend, is egter tekenend van die problematiek wat in hierdie studie aangespreek sal word. Eerstens is daar geen klarigheid oor presies wat 'n testament is nie. Suid-Afrikaanse skrywers[23] definieer wel 'n testament, maar daar bestaan nie 'n eenvormige definisie daarvoor nie. Die Wet op Testamente omskryf ook nie die begrip 'testament' op omvangryke wyse nie.[24] Dit is derhalwe nie presies seker wanneer 'n dokument 'n testament is of word nie. Voorts bestaan daar verskillende standpunte rakende die betekenis van *animus testandi.* In

22 *In re BOE Trust* 2013 (3) SA 236 (HHA) par [26].

23 De Waal en Schoeman-Malan 2015:58-59.

24 Artikel 1 van die Wet op Testamente bepaal slegs dat 'n kodisil en enige ander testamentêre geskrif ook 'n testament is.

Sim v The Master[25] beskou die hof byvoorbeeld die voltooiing van die testamentêre verlydingsformaliteite as aanduidend van die testateur se *animus testandi*, maar in *In re Leedham*[26] is die blote bedoeling om vir vererwing voorsiening te maak, as voldoende gesien. Hierdie onsekerheid bestaan ook onder regskrywers.[27] Dit word in oorweging gegee dat begripsmatige onsekerhede en onduidelikhede soos voorgenoemde nie alleen die erkenning, beskerming en uitvoering van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse erfreg kniehalter nie, maar ook die sistematiek en integriteit van ons testate erfreg ondermyn. Hierdie studie poog derhalwe om suiwerheid ten aansien van hierdie (en ander) begrippe te bewerkstellig, welke begripsmatige verheldering tot die handhawing van testateursbedoeling sal bydra.

Indien die testateur die testament as sy of haar testament aanvaar het en die *animus testandi* aanwesig is, moet daar aan die statutêr-voorgeskrewe formaliteitsvereistes voldoen word. Dit behels wesenlik dat die dokument aan die hand van ’n aantal handelinge verly moet word.[28] Die voltrekking van die formaliteite deur die testateur sowel as ander partye, kan gesien word as die voltooiing van die testament-maakproses en dien as die oomblik waarop die testament regskrag verkry.[29] Indien die dokument nie aan die formaliteitsvereistes voldoen nie, bestaan daar egter nog ’n kans dat dit deur die werking van artikel 2(3) van die Wet op Testamente gekondoneer kan word. Die hof gelas dan die Meester om die dokument, alhoewel dit nie aan (al) die formaliteite voldoen nie, as ’n testament te aanvaar ten einde die oorledene se boedel te beredder. Artikel 2(3) vereis dat die oorledene die bedoeling moes gehad het dat die betrokke dokument sy of haar testament moet wees. Hier het ’n mens derhalwe weer met ’n testateursbedoeling te make. Wat hierdie bedoeling behels en hoe dit onder andere met *animus testandi* verband hou, is eweneens nie geredelik duidelik

[25] 1913 CPD 187.

[26] (1901) 18 SC 450.

[27] Sien Wood-Bodley 2013:244 wat verskil van Jamneck 2009(a):116 wat die inhoud van *animus testandi* betref, veral in die konteks van die Hoogeregshof se kondonasiebevoegdheid ingevolge artikel 2(3) van die Wet op Testamente.

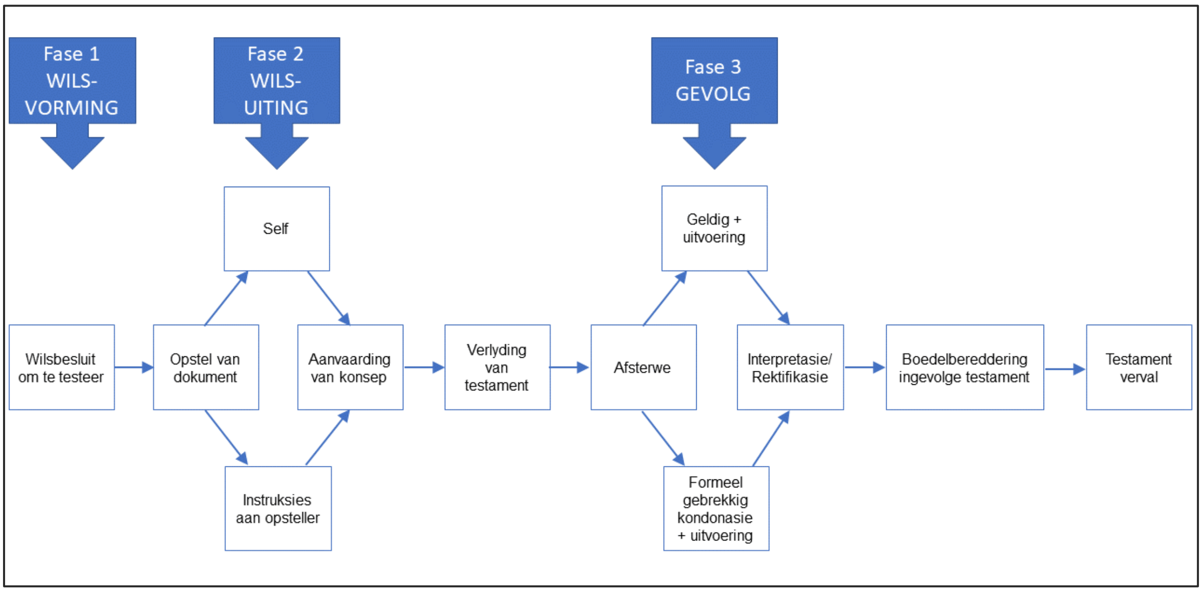
[28] ’n Testament word geldig verly indien daar aan al die formaliteitsvereistes voldoen word, soos gestel in artikel 2 van die Wet op Testamente. *In re Jennett* 1976 (1) SA 580 (A) by 584A; Sonnekus 2003:344; De Waal en Schoeman-Malan 2015:56.

[29] Sonnekus 2003:344 stel dit soos volg: ‘die “verlyding” van ’n testament kom slegs ter sprake by die voldoening aan ál die formele vereistes wat voorgeskryf word om van 'n *dokument* ’n regsgeldige *testament* te maak.’ Eie beklemtoning.

nie, en beklemtoon nogmaals die behoefte aan begripsuiwerheid wanneer met testateursbedoeling omgegaan word.

Die derde fase van die testament-maak-proses behels die interaksie met die testament (dokument) ná die testateur se afsterwe. Die testament tree in werking by die dood van die testateur en dít is die oomblik waarop die geldigheid daarvan, sowel as die bedoeling van die testateur soos wat dit uit die testament blyk, vasgestel word. Die testateur se bedoeling word dan uitgevoer. Waar dié bedoeling onduidelik is, word die testament aan interpretasie onderwerp ten einde testateursbedoeling vas te stel.[30] Waar die testament foute bevat, kan 'n hof die dokument rektifiseer.[31] Die testateur se boedel word dan beredder ooreenkomstig die testament, en ná afhandeling van die boedelberedderingsproses, mits al die bates verdeel is en die testament gevolglik sy doel gedien het, verval die testament.[32]

Die drie fases van die testament-maak-proses waarop die studie fokus, sien dus soos volg daaruit:



Figuur 1.1 Drie fases van uitvoering van testateursbedoeling in die testament-maak-proses

30 De Waal en Schoeman-Malan 2015:135, 229-231.

31 *Henriques v Giles* 2010 (6) SA 51 (HHA) kopnota saamgelees met paras [15]-[16].

32 *Wessels v Die Meester* [2007] HHA 17 (RSA) (23/03/2007) par [11]; De Waal en Schoeman-Malan 2015:92.

1.4 Verdere kontekstualisering

Suid-Afrika het ’n gemengde regstelsel en die erfreg is ’n produk hiervan. Ons gemeenregtelike erfreg is ’n samevoeging van aspekte van die Romeins-Hollandse reg en die Engelse reg.[33] In hierdie verband is dit veral belangrik om daarop te let dat die Wet op Testamente op 1 Januarie 1954 in werking getree het. Dit het onder andere al die verskillende gemeenregtelike testamentvorme afgeskaf (behalwe die soldate-testament) en slegs die Engelse onderhandse testament as gewone testamentsvorm behou.[34] Van meet af aan is egter probleme met die interpretasie en toepassing van hierdie Wet ondervind en selfs ná vier wysigings tot die Wet,[35] het dit nie ’n einde aan die onsekerheid gebring nie. Die studie sal heelwat van hierdie interpretasie- en toepassingsprobleme uitlig, kontekstualiseer, en oplossings daarvoor aan die hand doen in soverre hierdie probleme op die uitvoering van testateursbedoeling betrekking het. Dit is egter belangrik om te onthou dat die Wet op Testamente, en in ’n mindere mate die Boedelwet,[36] nie die totaliteit van die Suid-Afrikaanse testate erfreg reguleer nie. Die oorgrote gedeelte van die testate erfreg is steeds gemeenregtelik van aard en hedendaagse Suid-Afrikaanse howe ervaar steeds interpretasie- en toepassings-probleme ten opsigte van gemeenregtelike reëls, soveel so dat selfs die Hoogste Hof van Appèl steeds foute maak met die toepassing daarvan. Die studie sal eweneens van hierdie interpretasie- en toepassingsprobleme uitlig, kontekstualiseer, en oplossings daarvoor aan die hand doen in soverre hierdie probleme op die uitvoering van testateursbedoeling betrekking het.

’n Tema wat deurlopend in die studie aangespreek word, is die spanning wat tussen formalisme, enersyds, en testamente se formele reëlmatigheid, andersyds, bestaan. Formaliteitsvereistes is meestal statutêre vereistes wat gestel word vir die geldige verlyding of wysiging van ’n testament. Hierteenoor is formalisme die strengheid

---

33 Du Toit 2007:67.

34 De Waal en Schoeman-Malan 2015:56-57.

35 In 1992 het die Suid-Afrikaanse erfreg ingrypende ontwikkeling ondergaan met die inwerking-treding van die Wet tot Wysiging van die Erfreg 43 van 1992. Hierdie laaste wysigingswet is die gevolg van ’n omvattende ondersoek deur die Suid-Afrikaanse Regshervormingskommissie wat verskeie knelpunte in die Suid-Afrikaanse erfreg betref. Die wysigingswet het ’n aantal wysigings en toevoegings tot die bestaande wetgewing tot gevolg gehad. Die ander wysigingswette is die Wysigingswet op Testamente 48 van 1958, die Algemene Regswysigingswet 80 van 1964 en die Wysigingswet op Testamente 41 van 1965.

36 Boedelwet 66 van 1965.

waarmee die Suid-Afrikaanse reg nie-nakoming van dié vereistes sanksioneer. Formalisme is wêreldwyd omstrede en die navorsing sal toon hoe ’n oordrewe verknogtheid aan formalisme onvermydelik lei tot die mislukking van testateursbedoeling. Formalisme, ’n gebrek aan bepaalde formaliteite, onduidelikheid betreffende belangrike gemeenregtelike erfregtelike begrippe, en onsekerheid rakende die interpretasie en toepassing van die bestaande reëls en formaliteite, sowel as die interpretasie en toepassing van wetgewende bepalings, sal in die studie uitgelig word as die primêre oorsake wat die belemmering van die uitvoering van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse testate erfreg tot gevolg het. Hierdie ongewensde toedrag van sake blyk des te meer teen die agtergrond van die grondwetlike konteks waarbinne die erfreg tans opereer. Dit word aan die hand gedoen dat die onsekerheid – veral wat testateursbedoeling betref – slegs behoorlik aangespreek kan word aan die hand van die daarstel van ’n bedoelingsleerstuk in die Suid-Afrikaanse erfreg. Sodanige bedoelingsleerstuk is een van die belangrike uitkomste wat deur hierdie studie opgelewer sal word.

1.5 Probleemstelling

Die sentrale tese van die studie is dat die bestaande opvatting van die testeerhandeling, en dus wesenlik van ’n testament as sodanig, in die Suid-Afrikaanse reg gebrekkig is. Die twee hoofredes vir hierdie gebrek is, eerstens, dat verwarring by sowel die howe as regskrywers bestaan ten opsigte van bepaalde sleutelbegrippe wat met die testeerhandeling verband hou en, tweedens, dat die daarstel van ’n testament verkeerdelik aan die hand van die voldoening aan ’n reeks (hoofsaaklik statutêr-voorgeskrewe) vereistes gesien word. Die gevolg van hierdie gebrekkige opvatting van die testeerhandeling is dat die wyse waarop testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse reg verstaan word, eweneens gebrekkig is. Die navorsingsvraag wat dus in die studie beantwoord sal word, is hoe die beskouing van die testeerhandeling as ’n veelfasige proses (eerder as 'n eenmalige voltrekking van voorgeskrewe vereistes) tesame met die uitskakeling van verwarring ten opsigte van sleutelbegrippe wat met die maak van ’n testament verband hou, tot ’n korrekte konseptualisering van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse reg sal lei. Die beantwoording van hierdie vraag sal meebring dat ’n sogenaamde 'handelingsmodel', in teenstelling tot ’n sogenaamde 'vereistesmodel', aan die hand gedoen word om die testeerhandeling,

en dus ŉ testament as sodanig, te verduidelik. Daar sal voorts getoon word dat elke fase van die voorgestelde handelingsmodel met ŉ spesifieke bedoeling aan die kant van die testateur verband hou. Daar sal ook gewys word hoe testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse reg slegs na behore verstaan, erken en uitgevoer kan word binne die raamwerk van sodanige prosesmatige handelingsmodel, welke raamwerk verder ook die grondslag vorm van waar ŉ bedoelingsleerstuk vir die Suid-Afrikaanse erfreg voorgestel (geskep) sal word. Terselfdertyd sal die begripsverwarring wat tot die wanopvattings rakende die testeerhandeling lei, opgeklaar word deur die gepaste betekenis aan die tersaaklike begrippe te gee.

Hierdie probleemstelling sal aan die hand van die volgende hooftemas aangespreek word:

- ʼn Historiese oorsig rakende die aard van die testeerhandeling sowel as die plek en rol van testateursbedoeling in die testate erfreg, met spesifieke verwysing na die Romeinse reg en, waar relevant, ook die Romeins-Hollandse reg, sowel as die Engelse reg.
- ʼn Ondersoek na die sosio-ekonomiese grondslag van die erfreg en die belang van die handhawing van testateursbedoeling in hierdie konteks.
- ʼn Ontleding van die ondergrawing van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse reg deur regterlike toepassing van gemeenregtelike en statutêre reëls, met besondere verwysing na:
    - begripsverwarring rakende sleutelkonsepte in die Suid-Afrikaanse testate erfreg;
    - die spanning tussen die aandrang op formalisme in die testate erfreg en die handhawing van testateursbedoeling;
    - die rol van testateursbedoeling ten aansien van die kondonasie van vormgebrekkige testamente; en
    - die effek van die omstrede toepassing van rektifikasie op testateursbedoeling, met spesifieke verwysing na die rektifikasie van sogenaamde ‘kruis-ondertekende testamente’.

- ’n Regsvergelykende perspektief op die uitvoering van testateursbedoeling in die testate erfreg met verwysing na die Engelse reg, Amerikaanse reg en Australiese reg.
- Die daarstel van ’n voorgestelde handelingsmodel aan die hand van ŉ testament-maak-proses ten einde ŉ bedoelingsleerstuk te skep vir die handhawing van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse testate erfreg.

1.6 Navorsingsmetodologie

Die studie neem ’n aanvang met ’n historiese ondersoek na die testate erfreg, met ŉ spesifieke fokus op die testeerhandeling en hoe uitvoering aan testateursbedoeling gegee is. Hierdie ondersoek verskaf ’n historiese perspektief op die kernvrae hierbo uiteengesit. Daarna word ’n beskrywende analise gedoen van die drie fases van die uitvoer van testeerhandeling (soos in 1.3 hierbo uiteengesit) ten einde die huidige regsposisie te skets soos vervat in gemeenregtelike reëls en statutêre bepalings, asook die toepassing daarvan deur die howe. Ná identifisering van bepaalde probleemgevalle, volg ’n soeke na toepaslike oplossings in ander jurisdiksies deur middel van ’n sinoptiese regsvergelykende studie. Die resultaat van hierdie ondersoek word in die slothoofstuk aangebied op ’n wyse soortgelyk aan die Amerikaanse *Restatement of the Law*. Die *Restatement* is ’n projek van die American Law Institute wat behels om die reg te verduidelik, te omskryf en op te som ten einde dit te verbeter en meer toeganklik te maak.[37] Die rede vir die gebruik van die Amerikaanse *Restatement*-model om die aanbevelings van hierdie studie te struktureer, is om ŉ opsomming van die studie se kernbevindings op ŉ sinvolle en koherente manier saam te snoer aan die hand van die handelingsmodel en die bedoelingsleerstuk wat in die studie geformuleer word.[38]

---

37 Restatement of the Law Vol 1:ix-x, 3-6.

38 Hoewel dit uit die studie sal blyk dat wysigings tot die bestaande wetgewing ten aansien van testamente noodsaaklik is, sal hierdie studie nie spesifieke wysigings tot die Wet op Testamente voorstel nie. In die slothoofstuk word byvoorbeeld ‘n definisie van ‘n testament voorgehou wat begrond word deur die studie in die voorafgaande hoofstukke onderneem, sonder dat aanbeveel word dat juis hierdie definisie in wetgewing vervat moet word.

1.7 Hoofstukindeling en uiteensetting

Die studie weerspieël die reg tot en met 29 Februarie 2020 en word aan die hand van die volgende hoofstukke georden:

Hoofstuk 2 – Agtergrond tot die studie: Die testeerhandeling en testateursbedoeling in 'n Suid-Afrikaanse historiese en sosio-ekonomiese konteks

Hoofstuk 2 lê die historiese grondslag binne 'n breër sosio-ekonomiese konteks ten einde die ontstaan en die ontwikkeling van die erfreg en spesifieke kernaspekte daarvan, naamlik testateursbedoeling, die testeerhandeling, en die konsep van 'n testament, vanuit hierdie perspektief te beskou. Hierdie gekontekstualiseerde benadering het ten doel om die korrekte historiese onderbou van die genoemde kernaspekte vas te lê ten einde as platform te dien van waar hierdie konsepte behoorlik in die moderne Suid-Afrikaanse erfreg ondersoek kan word ten einde die idee van 'n testament-maak-proses aan die hand van 'n handelingsmodel voor te stel.

Hoofstuk 3 – Die behoefte aan begripsuiwerheid in die erfreg binne die breër konteks van die Suid-Afrikaanse reg

In Hoofstuk 3 word die gemengde aard van die moderne Suid-Afrikaanse gemenereg aan die orde gestel, met 'n fokus op die invloed van hierdie hibriede stelsel op die begrippe 'erfreg' en 'erfopvolging'. Dit word aan die hand gedoen dat heelwat van die begripsverwarring wat ten aansien van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse testate erfreg heers, ten dele toegeskryf kan word aan die stelselverandering wat in die Suid-Afrikaanse reg plaasgevind het toe die Engelsregtelike stelsel van boedelberedderING die Romeins-Hollandse stelsel van universele erfopvolging vervang het. Vanuit hierdie konteks fokus die hoofstuk ook in die breë op die privaatregtelike onderbou van die begrippe 'erfreg' en 'erfopvolging'. Die hoofstuk gee voorts 'n blik op sekere privaatregtelike konsepte binne 'n erfregtelike konteks. Daarna word die erfreg en erfopvolging grondwetlik gekontekstualiseer met 'n besondere fokus op die noodsaaklikheid van begripsmatige suiwerheid in die konteks van die sogenaamde 'grondwetlike erfreg' en selfs 'grondwetlike erfopvolgingsreg' wat voorgestel word.

Hoofstuk 4 – Begripsmatige beskouing van testateursbedoeling: Bedoeling *begripsmatig*

In Hoofstuk 4 word die sleutelkomponente van testateursbedoeling ontleed ten einde die *lacuna* aan te spreek wat bestaan met betrekking tot regsliteratuur wat hierdie allerbelangrike konsep omskryf, verduidelik of kontekstualiseer. Die gebrek aan ’n grondige beskouing van testateursbedoeling, en die begripsverwarring wat dit veroorsaak, blyk tekenend te wees van breër begripsmatige onsekerhede binne die Suid-Afrikaanse erfreg. Die doel van hierdie hoofstuk is om die grondslag te lê vir die daarstelling van ’n bedoelingsleerstuk (‘intent doctrine’) in die Suid-Afrikaanse erfreg, soortgelyk aan ’n verbandhoudende leerstuk in die Amerikaanse erfreg. In hierdie konteks word dit duidelik getoon dat testateursbedoeling ’n meersydige konsep is wat meerdere bedoelingsvorme omvat, met die beskikkingsbedoeling en testeerbedoeling (*animus testandi*) as die twee vernaamste bedoelingsvorme ter sprake by die testeerhandeling.

Hoofstuk 5 – Begripsmatige beskouing van testateursbedoeling: Bedoeling *regtens*

Ten einde die konsep ‘testateursbedoeling’ teoreties korrek te verstaan, word dit in Hoofstuk 5 deurlopend beskou in die proses van testament-maak ten einde die fokus te plaas op die verskillende fases of fasette waardeur die verskillende bedoelingsvorme kan gaan met betrekking tot die verskillende handelinge wat verrig word. Hierdie beskouing is fundamenteel tot die handelingsmodel wat in die studie voorgestel word. In hierdie konteks word testateursbedoeling regtens ondersoek deur die wil van die testateur in verband te bring met die bevoegdheid om regsgevolge deur wilsbesluite teweeg te bring aan die hand van die verrigting van regshandelinge, asook die vryheid waarmee regshandelinge verrig moet word ooreenkomstig die beginsel van privaatoutonomie. Dié hoofstuk toon voorts dat ’n testateur se wil prosesmatig gevorm en uitgedruk word in die proses van wilsvorming tot wilsuiting. Daar word getoon dat in hierdie proses onderskei moet word tussen onderskeidelik die vooraf motief vir die vorming van die wil; die innerlik gevormde wil; die wilsuiting; en die regtens relevante wilsuiting. Die testeerhandeling, as regshandeling, word ook in verband gebring met hierdie konstruksie van die wil in die testament-maak-proses.

Hoofstuk 6 – Die handelingsmodel in die konteks van die testament-maak-proses

In Hoofstuk 6 word die testament-maak-proses aan die hand van ’n handelingsmodel ontleed en beskryf. Die idee van ’n handelingsmodel ter verduideliking van die testament-maak-proses staan in teenstelling tot die tradisionele vereistesmodel. Daar word naamlik aangevoer dat ’n testament nie die gevolg is van die eenmalige aanwesigheid van ’n aantal gestelde vereistes nie, maar eerder die gevolg is van ‘n proses wat die verrigting van spesifieke handelinge met spesifieke gepaardgaande bedoelingsvorme behels, wat deur verskeie partye verrig word ten einde ’n testament daar te stel. In hierdie hoofstuk word onderskei tussen die opstelhandeling (of formuleringshandeling) wat betrekking het op die inhoud van die testament, enersyds, en die verlydingshandelinge wat te make het met die voldoening aan die formaliteitsvereistes, andersyds. Die handeling as sodanig word ondersoek, waarna die testeerhandeling, as ’n skriftelike wilsverklaring in dokumentvorm soos beliggaam in ’n testament, aan die orde kom.

Hoofstuk 7 – Begripsmatige beskouing van die testeerhandeling: Die testeerhandeling en die vereistes daarvoor

In Hoofstuk 7 word die testeerhandeling as sodanig ontleed aan die hand van ’n beskouing van die vereistes wat regtens vir ’n geldige testeerhandeling gestel word. Daar word spesifiek gefokus op een van die vereistes, naamlik die teenwoordigheid van *animus testandi* by ’n testateur, aangesien dit tot begripsverwarring in die testate erfreg aanleiding gee. Met die hoofdoelstelling van die studie in gedagte – om testateursbedoeling aan die hand van ’n handelingsmodel te verklaar en binne die raamwerk van ’n testament-maak-proses te kontekstualiseer – is dit noodsaaklik om klarigheid te verkry rakende die vereistes vir ’n geldige testeerhandeling en om elk van hierdie vereistes na behore te verstaan.

Hoofstuk 8 – Prognose

In Hoofstuk 8 word die kernprobleme ten aansien van testateursbedoeling kortliks uiteengesit waarna dit aangespreek word aan die hand van die voorgestelde handelingsmodel en testament-maak-proses. Dit bied die nodige grondslag ten einde die konsep testament akkuraat te omskryf en dien ook as die fondasie vir die daarstel

van ’n bedoelingsleerstuk in die Suid-Afrikaanse erfreg. Die bedoelingsleerstuk word voorgestel en omskryf, waarna dit getoets word aan die hand van enkele probleme waarmee die Suid-Afrikaanse erfreg tans te kampe het, spesifiek die bedoelingsvereiste in terme van die artikel 2(3)-kondonasiebevoegdheid en die rektifikasie van die sogenaamde ‘kruis-ondertekende testamente’. Die voorgestelde bedoelingsleerstuk verteenwoordig nuwe kennis wat vanuit die studie tot die Suid-Afrikaanse erfreg toegevoeg word omdat dit ’n behoorlike begrip van die testeerhandeling – as die vergestalting van testateursbedoeling – onderlê.

Hoofstuk 2
Agtergrond tot die studie: Die testeerhandeling en testateursbedoeling in 'n Suid-Afrikaanse historiese en sosio-ekonomiese konteks

2.1 Inleiding

Die doel van hierdie hoofstuk is om ’n gekontekstualiseerde grondslag vir die studie te lê deur middel van ’n historiese blik op die erfreg binne ’n breër sosio-ekonomiese konteks. Hierdie breër konteks het ten doel om 'n gepaste perspektief te kry op die ontstaan en die ontwikkeling van die erfreg en spesifieke kernaspekte daarvan, naamlik testateursbedoeling, die testeerhandeling en die konsep van ’n testament.[1]

Omdat die wil of bedoeling van die testateur die deurslaggewende komponent van die moderne testate erfreg vorm, noodsaak dit ’n oorhoofse historiese ondersoek na die ontstaan en ontwikkeling van die testate erfreg ten einde die wilskomponent daarvan beter toe te lig. Daar sal gevolglik gefokus word op die verskillende moontlikhede hoe dié wil histories regtens relevant geraak het, welke fokus noodwendig ’n verdere ondersoek vereis na die ter sake handelinge en testamentsvorme wat dit beliggaam.

Hoewel die gemeenregtelike erfreg in die moderne Suid-Afrikaanse reg ontleen is aan die Romeins-Hollandse reg soos beïnvloed deur die Engelse reg,[2] word die historiese fokus van die studie grotendeels beperk tot die Romeinse reg. Die rede hiervoor hou verband met die feit dat die Romeinse testate erfreg ’n ‘buitengewoon’ groot invloed op die Suid-Afrikaanse testate erfreg gehad het, net soos wat dit dan noodwendig ook op die Romeins-Hollandse reg rakende testamente gehad het.[3] Daar word toegegee dat die ontstaan en toepassing van reëls en gebruike rakende erfopvolging, en testate erfopvolging in die besonder, reeds lank voor die geboorte van die Romeinse reg

---

1 Van Zyl 1979:3-7 wys tereg daarop dat ’n historiese ondersoek altyd vanuit ’n breër konteks gedoen moet word (en nooit ’n arbitrêre beskouing van byvoorbeeld ’n beginsel of reël mag wees nie). De Waal 1997:162-177 maan ook dat 'n studie van die erfreg altyd gedoen moet word met inagneming van sosiale en ekonomiese faktore wat dit ter grondslag lê en deurgaans beïnvloed.

2 De Waal 2011(a):382-385; Du Toit 2007:67-69; Jamneck *et al* 2017:3.

3 Lee 1953:352; Van der Merwe en Rowland 1990:117.

bestaan het.[4] Tog word die studie beperk tot die Romeinse reg omdat dit die grondslag vorm, en steeds dien as geldende bron, van die moderne Suid-Afrikaanse reg[5] asook vanweë die onskatbare waarde en impak wat dié stelsel wêreldwyd op die erfreg gehad het en steeds het.[6]

2.2 Historiese kontekstualisering

2.2.1 ’n Kort oorsig oor die ontstaan en ontwikkeling van die Romeinse reg en die latere resepsie daarvan in Nederland

Dit is belangrik om die ontstaan en ontwikkeling van die Romeinse erfreg te beskou teen die agtergrond van die sosiale, ekonomiese, maatskaplike en politieke toestande tydens die verskillende periodes van die ontwikkelingsgang in Rome, en die reg wat ten tye van dié periodes gegeld het ten einde die Romeinse erfreg volledig te begryp.[7] Die ontwikkeling van die Romeinse reg word normaalweg in die volgende tydperke ingedeel:[8]

- die vroeë reg (753–250 v.C.);
- die klassieke reg[9] (250 v.C.–284 n.C.);
- die na-klassieke reg[10] (284–565 n.C.).

Wat die politieke ontwikkeling betref, word daar meestal na die volgende vier periodes verwys:

- die Monargie of Koningstydperk (753–509 v.C.);
- die Republiek (509–27 v.C.);

4 Volgens Wiechers 1988:3 is die oudste testament reeds in 2548 v.C. in Egipte verly. Alvolgens Sonnekus 1992:117 is die datum egter ongeveer 2850 v.C. Die ontstaan en ontwikkeling van die erfreg in antieke Egipte, sowel as in ander antieke beskawings, val buite die bespreking. Sien egter Kaser 1984:345 wat daarop wys dat die Egiptiese testamente bekend was in die Romeinse reg.

5 Van Zyl 1977:69. Sien ook Edwards 1996:4.

6 Van Zyl 1991:4 en gesag daarin aangehaal; 1979:1; 1977:21, 69-70.

7 Die sogenaamde ‘uitwendige geskiedenis’ van die Romeinse reg. Van Zyl 1977:1; 1979:5; Van Warmelo 1978:13.

8 Die regstelsel soos vanaf 753 v.C. tot 565 n.C. deur die Romeine ontwikkel. Van Zyl 1977:66; Van Warmelo 1978:16. Die sogenaamde ‘eerste lewe’ van die Romeinse reg. Thomas *et al* 2000:17.

9 Hier word ook onderskei tussen die voor-klassieke reg (250–27 v.C.) en die goue era (27 v.C.–284 n.C.). Sien Edwards 1996:4.

10 Die verandering van die reg na die klassieke reg word ook beskryf as die ‘vulgêre Romeinse reg’. Kaser 1984:5; Van Zyl 1979:53; Thomas *et al* 2000:41, 43.

- die Prinsipaat of Keisertydperk (27 v.C.–284 n.C.);
- die Dominaat (284–565 n.C.).[11]

Volgens oorlewering is die stad Rome in 753 v.C. gestig.[12] Die Romeine van hierdie tyd was ’n klein primitiewe landbougemeenskap wat onder die gesag van ’n koning ooreenkomstig eenvoudige gewoontes en gebruike geleef het.[13] Regspleging was in die hande van die priesters (met die koning as hoofpriester) en daar was bykans geen onderskeid tussen ’n regsreël (*ius*) en ’n godsdienstige voorskrif (*fas*) nie.[14] Die reg (*ius civile* of *ius Quiritium*) was slegs van toepassing op Romeinse burgers en is gekenmerk deur streng formalisme; dus het *handelinge* – hetsy simbolies of ritueel van aard –’n belangrike rol gespeel.[15] Alhoewel die vroeë reg (die gewoontes en gebruike wat regsreëls geword het omdat die mense geglo het hulle moet daarvolgens leef) nie vir ’n moderne gemeenskap van veel betekenis sou wees nie, het dit tog die basis gevorm vir die ontwikkeling van die ware Romeinse reg. Die Romeins-Hollandse reg het dan ook sy wortels in hierdie vroeë reg.[16] Belangrike ontwikkeling wat reeds in hierdie tyd plaasgevind het, was die ontstaan van konsepte soos die *familia*, *mancipatio* en die erkenning van privaateiendomsreg.[17]

Die Koningstydperk is in 509 v.C. beëindig nadat die laaste outokratiese koning (Lucius Tarqunius Superbus) deur die volk verdryf is. Die nuwe staatstruktuur in Rome was ’n republiek wat regeer is deur twee konsuls (wat die koning vervang het) met die mag in die hande van die volksvergadering wat bestaan het uit al die Romeinse burgers.[18] Daar was ook ’n senaat (raad van oues) wat in ’n raadgewende hoedanigheid opgetree het, welke raad nagevolg was soos wette, met die gevolg dat dit wel later bindende regskrag verkry het.[19]

---

11 Van Zyl 1977:1-7; Edwards 1996:4; Thomas *et al* 2000:18-25.

12 Edwards 1996:5.

13 Edwards 1996:5.

14 Van Zyl 1977:3, 21.

15 Van Warmelo 1971:10, 216.

16 Van Zyl 1979:1.

17 Edwards 1996:5.

18 Van Zyl 1977:3.

19 Van Zyl 1979:20; 1977:11-13.

Die geweldige uitbreiding van die Romeinse staat en ’n nuwe ekonomiese fokus op handel, sowel as die voortdurende klassestryd tussen die patrisiërs (die adelstand) en plebejers (die onbevoorregte massa), het grotendeels aanleiding gegee tot die spoedige ontwikkeling van die reg. Rome het gegroei van ’n landelike gemeenskap tot ’n wêreldmag.[20] Regsontwikkeling het floreer tydens die tydperk van die Republiek en ’n ongekende bloeitydperk beleef tydens die Prinsipaat; dit is dan ook die tyd van die klassieke reg waartydens regsontwikkeling ’n hoogtepunt bereik het.[21] Regsontwikkeling in hierdie tyd is toe te skryf aan onder meer die kodifikasie van die reg in die Twaalf Tafels (*Lex Duodecim Tabularum*) in 450 v.C.;[22]die werksaamhede van die *praetor*;[23] en veral die bydraes van juriste wat die reg as ’n wetenskap begin bestudeer het.[24] Die streng formalisme en rigiditeit wat die vroeë reg gekenmerk het, is met die verloop van tyd versag; die reg het gevolglik meer wetenskaplik geword en is gekenmerk deur norme van billikheid en goeie trou. Tydens die Prinsipaat het die volksvergadering en senaat hul belangrikheid verloor en het die keiser die funksie van die volksvergadering oorgeneem.[25]

---

20 Van Zyl 1977:3; Thomas *et al* 2000:18-22. Die vroeë reg kon nie meer aan die behoeftes van die vinnig groeiende gemeenskap voldoen nie.

21 Van Zyl 1977:4-5; Thomas *et al* 2000:23.

22 Hierdie kodifikasie van die reg was op aandrang van die plebejers. Hoewel dit meestal primitiewe reëls was wat op ’n primitiewe gemeenskap van toepassing was, het dit ’n finale skeiding van reg en godsdiens tot gevolg gehad. Dit het ook die reg vir almal toeganklik gemaak, regsekerheid geskep en aanleiding gegee tot die begin van die Romeinse regswetenskap (die studie van die reg op ’n sistematiese wyse). Van Zyl 1977:24-26.

23 Met die geweldige gebiedsuitbreiding van die Romeinse Ryk en kontak met ander volkere, was dit noodsaaklik dat die reg by hierdie vooruitgang sou aanpas. In 367 v.C. is die amp van *praetor* (*praetor urbanus*) geskep om regspleging in Rome te behartig en in 242 v.C. was dit noodsaaklik om ’n tweede *praetor*-amp (*praetor peregrinus*) in die lewe te roep om regspleging te behartig waar vreemdelinge betrokke was. Dit is ook veral laasgenoemde wat ’n groot bydrae tot regsontwikkeling gelewer het in soverre die *ius civile* net op Romeinse burgers van toepassing was en dat die *praetor peregrinus* regsreëls moes ontwikkel wat van toepassing sou wees waar vreemdelinge betrokke was. Vir hierdie doel het hy die *ius gentium* (die volkereg) gebruik wat gekenmerk is deur billikheid en wat minder formalisties as die *ius civile* was. Hierdie billikheidsbeginsel het deurgesypel en is deur die *praetor* in die *ius civile* toegepas en sodoende het hy ’n regverdige, billike en minder formele reg geskep (*ius honorarium*). Thomas *et al* 2000:30-32; Van Zyl 1977:27, 208. Sien ook die uitwerking van die belangrike rol wat die *praetor* gespeel het met betrekking tot die ontwikkeling van die testate erfreg hieronder.

24 Van Zyl 1977:5, 21, 31, 33. Die geskrifte van die juriste het veral daartoe bygedra om die reg te sistematiseer en sodoende ’n regswetenskap te ontwikkel. Thomas *et al* 2000:34.

25 Van Zyl 1977:5, 21. Tydens die Prinsipaat was daar bykans sestig miljoen inwoners in die Romeinse Ryk, waarvan ongeveer een miljoen in die stad Rome gebly het. Thomas *et al* 2000:26. Neem kennis van die feit dat burgerskap aan alle vry persone verleen is wat in 212 n.C. binne die ryk gewoon het. Thomas *et al* 2000:19, 31.

In die tydperk van die Dominaat beleef die reg ’n algemene agteruitgang as gevolg van interne en eksterne invloede op die Romeinse Ryk. Hierdie agteruitgang is grotendeels veroorsaak deur die keiser wat bykans die enigste bron van die reg geword het.[26] Die na-klassieke Romeinse reg is vereenvoudig en daar is gepoog om dit in versamelings op te neem en te verkort. Die werksaamhede van die juriste het verswak en afgeneem, en die keiser was alleen verantwoordelik vir regspleging met byna onbeperkte wetgewende mag.[27] Vir bestuursdoeleindes is die Romeinse Ryk in twee dele verdeel, naamlik die Wes-Romeinse Ryk met Rome as hoofstad en die Oos-Romeinse Ryk met Konstantinopel as hoofstad. Na afloop van dié verdeling het die Romeinse Ryk onder politieke onsekerheid gebuk gegaan, wat gelei het tot burger-oorloë sowel as invalle deur Germaanse stamme (*barbari*). Die Wes-Romeinse Ryk is geleidelik deur die Germane ingeneem totdat dit in 476 n.C. finaal verower is – die sogenaamde val van die Wes-Romeinse Ryk. Die klassieke Romeinse reg het sy karakter verloor deurdat dit vereenvoudig is en vermeng geraak het met die Germaanse reg (die sogenaamde ‘vulgarisering’ van die Romeinse reg).[28]

Die verdeling van die Romeinse Ryk het die fokus verskuif na die Ooste waar die Christelike godsdiens ingestel is as staatsgodsdiens en die kerk van daardie oomblik af ’n belangrike rol in regspleging sou speel.[29] Alhoewel die Oos-Romeinse Ryk ’n sterk Oosterse karakter aangeneem het en Hellenisme die reg beïnvloed het, was daar een ligpunt wat toegeskryf word aan die werk van keiser Justinianus. Tydens sy regeringstydperk (527–565 n.C.) het hy die Romeinse reg in geheel laat kodifiseer. Met hierdie bydrae, die *Corpus Iuris Civilis*,[30] het Justinianus volgens Van Zyl[31] ‘daarin

26 Van Zyl 1977:46. Die regskeppende funksie van die keiser het reeds vroeg in die tyd van die Prinsipaat begin. Thomas *et al* 2000:38.

27 Van Zyl 1977:22.

28 Van Zyl 1977:6; Thomas *et al* 2000:24, 42, 53. Hierdie invalle deur die Germaanse stamme was regoor Wes-Europa aan die orde van die dag. Van Zyl 1979:43-45.

29 Die kerk het die Romeinse reg van meet af aan aangeneem en as basis gebruik in die ontwikkeling van ’n stel kerkregsreëls. Die Romeinse reg is aangepas om met die behoeftes van die tyd tred te hou en hier het die Germaanse reg ’n sterk invloed gehad. Met verloop van tyd het hierdie reëls dan die grondslag gevorm vir ’n nuwe regstelsel – die kanonieke reg. Dit is later gekodifiseer en staan bekend as die *Corpus Iuris Canonici.* Du Plessis en Kok 1990:14; Van Zyl 1977:6, 68; 1979:73, 160-162.

30 Hierdie benaming is in 1583 deur Dionysius Gothofredus gegee vir die eerste uitgawe waarin al die dele van Justinianus se kompilasie verskyn het. Van Zyl 1977:66.

31 1977:58.

geslaag om een van die grootste prestasies op regsgebied te lewer wat die wêreld nog ooit gesien het'.[32]

Na die dood van Justinianus het sy enorme werk weinig invloed op die onmiddellike regsontwikkeling in die Romeinse Ryk gehad. In die Oos-Romeinse Ryk het Romeinse reg bly voortbestaan, maar in 'n vereenvoudigde vorm.[33] Dit is egter in die Weste waar die belangrike ontwikkeling ses eeue later sou plaasvind. Hierdie ontwikkeling het aanleiding gegee het tot die uiteindelike resepsie van die Romeinse reg in Wes-Europa, welke herlewing spoedig verder sou versprei totdat bykans die hele Europa onder Romeinsregtelike invloed gestaan het.[34]

Laastens, en volledigheidshalwe, moet daar kortliks op die regsontwikkeling in Nederland gelet word ten einde die Romeinsregtelike invloed daar uit te wys. Du Toit[35] omskryf immers die Romeins-Hollandse reg as '[t]he legal system developed in the Netherlands in consequence of the reception of Roman law and its synthesis with principally Germanic customary law, feudal law and canon law'.

Vanaf die vroegste tye het Nederland in die Germaanse sfeer geval en was die Germaanse reg daar van toepassing.[36] Alhoewel dele van Nederland vir bykans vyf eeue deel gevorm het van die Wes-Romeinse Ryk, het die Romeine nooit die inheemse reg of gebruike probeer verander nie en daarom het die Romeinse reg nooit werklik 'n invloed op die Germaanse reg uitgeoefen nie.[37] Na die val van die Wes-Romeinse Ryk het Nederland weer onder Germaanse beheer gestaan.[38] Van al die Germaanse stamme het die Franke die grootste invloed in Nederland gehad en Frankiese reg is ook daar toegepas. Wat die Frankiese reg betref, kan die invloed van

32 Sien ook Van Zyl 1977:67; 1979:36-37.

33 Van Zyl 1977:67; 1979:36-37. Sien voetnoot 32 hierbo.

34 Kaser 1984:9-10; Van Zyl 1979:4, 7, 25, 81. Hierdie ontwikkeling – die sogenaamde 'tweede lewe' van die Romeinse reg – kan toegeskryf word aan die opbloei van handel in die Weste, wat daartoe aanleiding gegee het dat die Glossatore die Romeinse reg, soos vervat in die *Corpus Iuris Civilis*, wetenskaplik sou bestudeer aan die universiteit van Bologna in Noord-Italië. Thomas *et al* 2000:53.

35 2007:67.

36 Van Zyl 1979:42-43, 290, 317.

37 Van Zyl 1979:293. Du Plessis en Kok 1990:14 voer aan dat die Romeinse reg wel deur die invloed van die kerk die Germaanse reg moontlik tydens die Frankiese periode kon infiltreer.

38 Die Provinsie Holland was nooit deel van die Romeinse Ryk nie.

die kerk nie misken word nie, aangesien die ontstaan en ontwikkeling van die testament juis aan kerklike invloed toegeskryf kan word.[39]

Na die val van die Frankiese Ryk het die feodale tydperk hoogty gevier en sou dit grootliks aan die orde bly tot en met die resepsie van die Romeinse reg. Die resepsie het ’n vermenging van die plaaslike gewoontereg met die Romeinse reg tot gevolg gehad om die Romeins-Hollandse reg te vorm. Lee[40] beskryf hierdie ontstaan as ‘[d]erived from two sources, Germanic Customs and Roman Law, the Roman-Dutch law may be said to have existed so soon as the former of these incorporated elements derived from the latter’. Vanaf die sestiende eeu tot en met die einde van die sewentiende eeu het die Nederlandse regswetenskap ’n bloeitydperk beleef. Dit is dan ook die regsontwikkeling van veral die sewentiende eeu wat van groot belang is vir Suid-Afrika aangesien dit die reg is wat vanaf 1652 aan die Kaap oorgeplant is.[41] Die Kaap het vir 150 jaar onder Nederlandse bestuur gestaan totdat dit deur Brittanje geannekseer is. Alhoewel Brittanje nie die Romeins-Hollandse reg afgeskaf het nie, maar dit steeds as die geldende regstelsel behou het, was die invloed van die Engelse reg onvermydelik en het dit ook ’n daadwerklike invloed op regsontwikkeling in die Suid-Afrikaanse reg gehad.[42]

2.2.2 Die ontstaan van erfopvolging in die vroeë Romeinse reg

Die erfreg was nooit ’n selfstandige onderafdeling van die Romeinse privaatreg nie; dit is oorspronklik beskou as ’n voortsetting van die familiereg[43] en later as deel van die sakereg.[44] Ook blyk dit duidelik dat sekere konsepte wat eie is aan moderne erfregstelsels, byvoorbeeld regshandelinge, subjektiewe regte en wilsverklarings, nie as sodanig in die Romeinse reg bekend was nie.[45] Teen hierdie agtergrond kan die ontstaan en ontwikkeling van die Romeinse materiële erfreg vervolgens beskou word

39 De Waal 1989:310-312.

40 1953:3.

41 Van Zyl 1979:49, 67, 290-291, 297, 345.

42 De Waal 2011(a):382-385; Du Toit 2007:67-69.

43 Sien bespreking wat volg in 2.2.3.

44 Van Zyl 1977:199, 201 voer aan dat Gaius en Justinianus die erfreg gesien het as ’n onderafdeling van die sakereg omdat dit beskou was as ’n wyse van eiendomsverkryging van ’n boedel as geheel (*acquisitio per universitatem*).

45 Kaser 1984:28, 41; Van der Walt en Kleyn 1989:219; Van der Vyver en Joubert 1991:16.

aan die hand van die historiese ontwikkelingsgang soos in die vorige gedeelte uiteengesit.[46]

Die spil waarom die vroeë Romeinse samelewing gedraai het, was die *familia* met ’n manlike onafhanklike (*sui iuris*) *paterfamilias* aan die hoof daarvan. Die *familia* het bestaan uit bloedverwante en aanverwante wat onder die mag en gesag (*patria potestas*) van die *paterfamilias* gestaan het. Die verwantskapsband wat die lede van die *familia* met mekaar verbind het, staan bekend as *agnati* (die persone onder dieselfde *paterfamilias*) in teenstelling met *cognati* (of bloedverwantskap).[47] *Familiae* kon met mekaar verbind om ’n *gens* te vorm. *Gentes* kon saam ’n *curia* vorm en *curiae* weer gesamentlik ’n *tribus*.[48]

Die gesag van die *paterfamilias* was bykans onbeperk en die afhanklikes kon geen bates besit of verwerf nie.[49] Volgens Van Zyl[50] was eiendomsreg in die vroeë Romeinse tyd bloot ‘een van die fasette van die *paterfamilias* se heerskappy oor persone en sake onder sy *patriapotestas*’. Hierdie opmerking sluit aan by Kaser[51] se siening wat die oorsprong van erfopvolging in die Romeinse reg betref, naamlik dat dit ’n voortsetting was van die familiereg deurdat die *paterfamilias* se kinders en *uxor in manu* (die vrou van die *paterfamilias* wat onder sy mag en gesag gestaan het) as sy eie erfgename (*sui heredes*) hom opgevolg het tot die familievermoë en vermoënsregte.[52]

---

46 Sien Van Zyl 1977:1 en gesag daar aangehaal.

47 Van Zyl 1977:7, 81-82.

48 Van Zyl 1977:7. Edwards 1996:5 voer aan dat die *gens* oorspronklik die belangrikste groepering in die baie vroeë tyd gevorm het (voor die *familia*). Van Zyl 1977:127 ondersteun hierdie siening in sy argument dat privaateiendomsreg in die vroeë reg heel moontlik glad nie bestaan het nie en dat eiendomsreg in die *gens* gesetel het.

49 Sien Van Zyl 1977:82-83; 211 vir uitsonderings op dié reël. ’n *Filiusfamilias* (manlike afstammeling) van die *paterfamilias* kon byvoorbeeld sy eie vermoë hê en dit het bekend gestaan as *peculium* (die vermoë wat onder andere bekom is as ’n beroepsman of uit militêre diens). Belangrik vir die erfreg is dat die *filiusfamilias* vrylik oor hierdie vermoë kon beskik.

50 1977:127.

51 1984:331, asook soos na verwys in Van Zyl 1977:199.

52 Van Zyl 1977:199. In teenstelling tot privaateiendomsreg. De Waal 1989:300 maak hierdie afleiding in die konteks dat in argaïese tye privaateiendomsreg nog onbekend was en dat slegs familie-eiendom erken was. Van Zyl 1977:127 noem ook die moontlikheid dat privaateiendom moontlik glad nie in die vroeë reg bestaan het nie. Soos voorts gesien sal word, het die ontstaan van die konsep van privaateiendomsreg in die Romeinse reg ’n belangrike rol gespeel tot die uitbou van die testate erfreg.

De Waal[53] wys tereg daarop dat dit tegnies verkeerd is om ten aansien van hierdie stadium van Romeinsregtelike ontwikkeling te praat van 'erfgename' en 'erfopvolging' omdat daar by afsterwe bloot 'n herverdeling van bates onder die lede van die familie plaasgevind het.[54] Die *paterfamilias* was eienaar van die *familia* se bates en aanspreeklik vir die laste in sy hoedanigheid as hoof van die *familia.*[55] By die *paterfamilias* se dood het hierdie bates en laste by die *familia* gebly en het die boedel die *familia* toegekom.[56] Die eenheid van die *familia* het dus nie tot 'n einde gekom by die afsterwe van die *paterfamilias* nie, maar is voortgesit deur die lede wat *sui iuris* geword het.[57] Daar het soveel nuwe eenhede gevorm as wat daar persone was wat *sui iuris* geword het, maar elkeen van hulle het steeds die wese van die familie voortgesit.[58] Volgens De Waal[59] was hierdie basiese sisteem van familie-opvolging (intestate erfreg) die begin van die Romeinsregtelike erfreg. Kaser[60] beklemtoon dat die belangrikheid hiervan geleë is in die behoud van die familie as 'n eenheid, veral as 'n religieuse eenheid, maar ook as 'n ekonomiese eenheid wat gesamentlik die familiegrond bewerk het.

Die gemeenskap van *sui heredes* as mede-eienaars van die erfenis (*consortium erco non cito*) is ook die vroegste verskyningsvorm van mede-eiendom.[61] Belangrik vir die familie (en ook vir die ontwikkeling van die Romeinsregtelike erfreg) is die feit dat enige lid (mede-eienaar) die opheffing van hierdie gemeenskap kon eis deur gebruik te maak van die *actio familiae erciscundae.* Menige sodanige eise sou egter noodwendig meebring dat die familiegrond in al hoe kleiner dele verdeel word totdat dit in 'n aantal onekonomiese eenhede versplinter het wat uiteindelik die familie en die gemeenskap sou benadeel.[62]

---

53 1989:300.

54 Sien ook Wessels 1908:511.

55 Sien Van Zyl 1977:81 wat aanvoer dat hierdie *familia* ook na die *paterfamilias* se boedel of bates kon verwys, sowel as al die sake van persone wat onder sy gesag gestaan het. Sien ook Rüfner 2011:4-5 in hierdie verband.

56 Clark 1989:159. Die vroeë familie was dus ook 'n ekonomiese eenheid onder die mag van die *paterfamilias*.

57 Van Warmelo 1971:187.

58 De Waal 1989:302; Kaser 1984:331.

59 1989:302.

60 1984:331.

61 Van Zyl 1977:133; Zimmermann 2007:28-29.

62 Kaser 1984:331-332.

Een van die eerste belangrike faktore in die ontwikkeling van erfopvolging hou verband met die behoefte om die nadelige posisie aan te spreek vir gevalle waar daar geen *sui heredes* was wat kon opvolg nie. Dit sou lei tot die tot niet gaan van die familie en dit sou derhalwe ’n negatiewe effek hê op sowel die uitvoering van die *sacra* (‘the cult of the household gods’[63]), as die ekonomiese aspek rakende die familiegrond. Reeds ten tye van die Twaalf Tafels was daar derhalwe voorsiening gemaak vir intestate erfregreëls wat opvolging sou reguleer. Oorspronklik het die naaste *agnati* opgevolg en, in die afwesigheid van *agnati*, het die *gentiles* (stamverwante) geërf.[64]

Alhoewel dit te bespiegel is welke van die testate of intestate erfopvolging eerste in die Romeinse reg ontstaan het, is dit seker dat beide vorme reeds in gebruik was ten tye van die Twaalf Tafels.[65] Dit blyk egter dat die intestate erfreg ouer is as die testate erfreg en die mees oortuigende rede hiervoor is dat die intestate erfreg dateer uit ’n era waar die familie die dominante godsdienstige, sosiale, politieke en ekonomiese eenheid in die Romeinse samelewing gevorm het.[66]

2.2.3 Die oorgang van intestate erfopvolging na testate erfopvolging in die Romeinse reg

Die testament het ook reeds vroeg in die Romeinse reg sy verskyning gemaak en dit was, net soos die intestate erfreg, reeds bekend ten tye van die Twaalf Tafels.[67] Alhoewel die rede vir die ontstaan van testate erfreg nie seker is nie, is daar ’n aantal interessante argumente om die ontstaan daarvan te verduidelik. Kaser[68] voer aan dat die oorspronklike doel van die vroeë (eerste) testamente (*testamentum calatis comitiis* en die *testamentum in procinctu*) was, net soos in die geval van intestate erfreg, om ’n *suus heres* aan te wys vir iemand wat nie een gehad het nie.[69] Hy wys daarop dat

---

63 De Waal 1989:304.

64 Kaser 1984:332; Van Zyl 1977:117.

65 Van Zyl 1977:201.

66 Wessels 1908:511. Sien ook De Waal 1989:300 en gesag daar aangehaal.

67 Van Zyl 1977:199. Wat betref die ontstaan van die testament in die Romeinse reg, voer Schulz 1992:205 aan dat die Griekse reg wat in Athene gegeld het (veral die kode van Solon van 594 v.C.) ’n definitiewe invloed op die reg gehad het, soos wat dit vervat is in die Twaalf Tafels. Hierdie vroeë Griekse reg het voorsiening gemaak vir testamentêre bemakings. Scalise 2011:358 bevestig dat Solon reeds vroeg in die sesde eeu v.C. die testament in Griekeland bekend gestel het.

68 1984:332, 344.

69 Hierdie ontwikkeling verteenwoordig noodwendig ook die aanvanklike ontluiking van testeervryheid, alhoewel dit baie beperk was as gevolg van die primitiewe aard van die vroeë testamentvorme. Du Toit 1999:233-234; Zimmermann 2007:29-30.

hierdie testamente nie ten doel gehad het om ’n erfgenaam in te stel in die plek van die intestate erfgenaam nie, maar eerder ‘to create an heir on intestacy by a process in the family law’.[70] Hy opper egter die moontlikheid dat die testateur sonder *sui heredes* wel die intestate erfregreëls kon ophef deur ’n *bevoordeelde* (nie ’n erfgenaam nie) by wyse van die *testamentum per aes et libram* (*mancipatio*-testament)[71] aan te wys in die vorm van ’n ‘universal legacy’.[72]

Wessels[73] verwys weer na Maine wat die Romeinse testament tipeer as ’n ‘means by which the devolution of the family was regulated’ met die doel om aan te dui wie die hoof van die familie sou wees by die afsterwe van die persoon wat *patria potestas* gehad het. De Waal[74] noem dat godsdienstige oorwegings ’n belangrike rol kon gespeel het in die ontstaan van die testate erfreg en dat die *paterfamilias* ’n spesifieke persoon kon aanwys as erfgenaam om seker te maak dat die *sacra* ononderbroke voortgesit sou word. Hy wys verder ook na die behoud van familiegrond as ’n nóg belangriker rede om die ontstaan van die testament te verduidelik. Soos reeds hierbo genoem, kon enige van die erfgename te eniger tyd die verdeling van die familiegrond versoek wat daartoe aanleiding kon gee dat die grond in onekonomiese eenhede verdeel sou word. Dít kon verhoed word deur ’n *enkele* erfgenaam – by wyse van testament – in te stel.[75] Kaser[76] wys op die belangrike uitwerking en gevolg van hierdie reëling:

> A transaction in the law of succession was now invented for this purpose, viz. the testament for the institution of heirs, by which the *paterfamilias* instituted the future heir of the farm (*heredis institutio*) while disinheriting the remaining members of the family who had succession rights (*exheredatio*) … it was left to the testator’s initiative whether or not he wished to institute a sole heir, and who this would be.

70 Kaser 1984:344. Die oorspronklike testamente hou volgens Kaser in effek verband met die konsep *adrogatio* (sien bespreking hiervan in 2.2.4).

71 Kaser 1984:332-333 verklaar dat die *testamentum per aes et libram* wel reeds bestaan het ten tye van die Twaalf Tafels, maar dit was beperk tot individuele bemakings soos legate en nie vir erfstellings nie.

72 Kaser 1984:332-333. Sien bespreking hieronder by 2.2.4.

73 1908:512.

74 1989:303-304, 307.

75 Zimmermann 2007:29-30; Du Toit 2007:69-70; 1999:233-234; De Waal 1989:304.

76 1984:332.

Sonnekus[77] betoog egter dat hierdie reëling om die versplintering van familiegrond te voorkom, eers later in werking getree het. Zimmermann[78] bevestig Sonnekus se siening en voer aan dat hierdie testamente wat aan die *paterfamilias* die reg gegee het om ’n enkele erfgenaam aan te wys, eers in die tweede helfte van die vierde eeu v.C. aanvaar is. Du Toit[79] wys daarop dat die moontlikheid om ’n enkele erfgenaam testamentêr in te stel en ander potensiële erfgename te onterf, grootliks berus het op die erkenning van privaateiendomsreg in soverre die *paterfamilias* regtens sy eiendomsreg in die familiegoed na ’n enkele opvolger kon oordra.

Met die ekonomiese en sosiale veranderinge in Rome gedurende die tydperk van die Republiek, het die fokus geval op die individu in teenstelling tot die familie.[80] Hierdie was ’n baie belangrike gebeurtenis vir die ontwikkeling van testamente en dus die testate erfreg as sodanig.[81] Met die fokus weg van ’n oordrewe beklemtoning van die belangrikheid van die familie as ’n eenheid en ’n nuwe fokus op die individu, het die familie mettertyd houvas op die erfreg verloor. Hierdie fokusverskuiwing is in die hand gewerk deur die opkoms van die privaateiendomsreg. De Waal[82] noem dat die voorgenoemde ontwikkeling aanvanklik betrekking gehad het op die persoon se persoonlike items (bates) soos klere, juwele en wapens – items wat persoonlik bekom is en waarop die lede van die familie by die afsterwe van die betrokke individu geen reg gehad het nie.[83] Die ontwikkeling van handel en nywerheid gedurende die Republikeinse tydperk het die fokus nog meer op die individu geplaas: Rome het van ’n landelike gemeenskap verander na ’n handelsgemeenskap. Die ekonomiese en sosiale veranderinge wat daarmee gepaard gegaan het, het veral tot gevolg gehad dat die fokus weggeskuif het van die tradisioneel onroerende eiendom (familiegrond) na verhandelbare (en dus roerende) goedere.[84]

---

77 2007:80.

78 2007:29-30.

79 1999:234 en gesag daar aangehaal.

80 Van Zyl 1977:82. Ook het die gesag van die *paterfamilias* mettertyd begin afneem en het die familiebande losser begin geraak. Sien Van Zyl 1977:82-83, 97.

81 De Waal 1989:301.

82 1989:301.

83 Sien ook Thomas *et al* 2000:146.

84 Van Warmelo 1978:63 wys byvoorbeeld daarop dat landbou heeltemal verwaarloos is ten tye van die aanbreek van die Prinsipaat en dat die oorspronklike Romeinse familie in hierdie tyd ‘losser’ geword het en van geaardheid verander het. Hy noem ook dat die *gens*, *curia* en *tribus* volkome

Die oorspronklike doel van die testament (voortsetting van die familie, veral ten aansien van die *sacra*, sowel as later om die versplintering van die familiegrond te voorkom) was derhalwe uitgedien en die testament, aan die hand van die beginsel van testeervryheid, het ’n nuwe belangrike ekonomiese en sosiale rol vervul.[85] Kohler[86] stel dus dat ‘[t]he legal philosophical significance of the will lies in the increased importance of the individual as opposed to the family and in the insistent claims of the family to the property left’.[87] De Waal[88] stel tereg dat ’n testament – as ’n instrument wat die oorgang van bates na afloop van die dood reguleer – slegs kan geld waar privaateiendomsreg erken word. Alhoewel ’n ondersoek na die ontstaan en ontwikkeling van eiendomsreg buite die fokus van hierdie studie val, is dit tog belangrik om kennis te neem van die feit dat die eerste belangrike ontwikkeling in hierdie verband gebeur het toe die konsepte van *dominium* en besit van mekaar geskei is. Dit het die gevolg gehad dat, soos Kaser[89] dit stel, ‘only when the notion of *dominium* came into existence … did ownership become exclusive or individual’. Hierdie ontwikkeling noodsaak logieserwys die ontwikkeling van regsreëls ten aansien van die oordrag van daardie bates by die afsterwe van die individu.[90]

Reeds so vroeg as die derde eeu v.C. het die testate erfreg die intestate erfreg heeltemal oorskadu en het Romeinse burgers onbeperkte testeervryheid geniet.[91] Testate en intestate erfreg was wedersyds uitsluitend en die intestate erfreg was ondergeskik aan die testate erfreg.[92] Die Romeine se hoë dunk van die testament het veroorsaak dat van enige ‘regdenkende Romein’ verwag is om by wyse van ’n testament oor sy boedelbates te beskik.[93]

---

hul betekenis verloor het en so ook het die onderskeid tussen *patricii* en *plebeii* grootliks verlore geraak.

85 De Waal 1989:304.

86 Soos na verwys in De Waal 1989:301.

87 De Waal 1989:300-301, 307.

88 1989:300.

89 Soos na verwys in Van der Walt en Kleyn 1989:223.

90 De Waal 1989:300; Van der Walt en Kleyn 1989:218; Van Zyl 1977:127.

91 Van der Merwe en Rowland 1990:115-116; De Waal 1989:304.

92 Hierdie onderlinge uitsluiting word verwoord in die stelreël *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*: niemand kon deels testaat en deels intestaat sterf nie.

93 De Waal 1989:305; Rüfner 2011:2; Van Zyl 1977:200.

2.2.4 Testamentvorme in die Romeinse reg

Die ontwikkeling van die testament in die Romeinse reg weerspieël ook die sosiale en ekonomiese veranderinge in die Romeinse gemeenskap. Die Romeine was kreatief wat testamentvorme betref, maar was ook bereid om die bestaande vorme te verander indien ontwikkeling dit genoodsaak het.[94] Met die fokus op individualisme in ’n vinnig-groeiende, florerende handelsgemeenskap tydens die Republiek en selfs nog voor die begin van die klassieke reg, was die oorspronklike testamentvorme reeds uitgedien en het slegs die *testamentum per aes et libram* tydens die klassieke reg behoue gebly, maar met ’n nuwe karakter.[95] Die fokus in die bespreking wat volg, val dan ook op hierdie testament aangesien dit die basis gevorm het vir die ontwikkeling van die ander Romeinsregtelike testamente, maar ook omdat dit as grondslag dien vir die moderne onderhandse testament.[96]

Die wesenseienskap van die Romeinsregtelike *testamentum* blyk ’n uiterste wils-verklaring voor getuies te wees – ’n *testatio mentis* as ’n ‘getuienis of bekendmaking van die (uiterste) wil van die erflater’.[97] Kaser[98] wys verder daarop dat die *testamentum* in wese ’n handeling behels het. Uiterste wilsverklarings moes dus in regtens erkende handelinge vervat word, en die relevante handelinge was *testamenta* genoem. Hoewel die konsep ‘regshandeling’ as sodanig nie in die Romeinse reg bekend was nie, benadruk Kaser dat ’n testament in wese ’n handeling behels.[99] Omdat die testeerhandeling en, uiteindelik, ‘n handelingsmodel sentrale temas van hierdie studie is, is dit belangrik om die Romeinsregtelike ontwikkelingsgang van die testeer-handeling en die testamente wat dit tot gevolg gehad het, kortliks in oënskou te neem.

2.2.4.1 *Testamentum calatis comitiis en testamentum in procinctu*

Van die drie testamentvorme wat bekend was ten tye van die Twaalf Tafels, was die *testamentum calatis comitiis* die oudste. Dit kon slegs twee keer per jaar gemaak word

94 Kaser 1989:332; Reid *et al* 2011:444-445; Rüfner 2011:25.

95 Rüfner 2011:5.

96 Reid *et al* 2011:444.

97 De Waal 1989:303; Van Warmelo 1971:188, 199.

98 1984:41, 45, 344. Kaser verwys na die eerste drie testamentvorme en verklaar: ‘Of the three early Roman *acts* which were called *testamenta* ...’. Hy gebruik ‘acts’ en ‘transactions’ as sinonieme.

99 Kaser 1984:41, 45, 344.

aangesien die volksvergadering (*comitia curiata*) in die vorm van die *comitia calata* slegs twee maal per jaar byeengeroep is om spesifiek privaatregtelike aangeleenthede te hanteer, onder andere die maak van testamente.[100] Die *testamentum calatis comitiis* was 'n mondelinge wilsverklaring wat op 'n uiters formele wyse voor die volksvergadering gemaak is. Dit blyk dat die volksvergadering oorspronklik die testament moes goedkeur, maar die rol van die volksvergadering het kort voor lank verander na slegs 'n getuie tot die handeling.[101]

Die *testamentum in procinctu* het ook vroeg reeds sy verskyning gemaak en die vernaamste rede blyk te wees dat daar slegs twee maal per jaar geleentheid was om 'n *testamentum calatis comitiis* te maak.[102] Daar moes gevolglik 'n spesiale reëling getref word ten einde voorsiening te maak vir soldate wat ten tye van oorlog 'n laaste testament wou maak. Die *testamentum in procinctu* – as 'n wisselvorm van die *testamentum calatis comitiis* – is vir hierdie doel geskep en het behels dat die testateur sy laaste wil mondelings bekend gemaak het aan sy medesoldate in slagorde eerder as voor die volksvergadering.[103]

Beide voorgenoemde testamentvorme het ten doel gehad om 'n spesifieke behoefte of leemte aan te spreek, naamlik om 'n *suus heres* aan te wys vir 'n persoon wat geen erfgename gehad het nie, spesifiek dan ook 'n *filius* as erfgenaam vir 'n persoon wat nie 'n seun gehad het nie.[104] Kaser[105] voer verder aan dat beide hierdie testamente eintlik gekoppel is aan *adrogatio*[106] – aanneming wanneer 'n *sui iuris*-persoon onder die beheer (*potestas*) van 'n ander gekom het – maar met die onderskeidende kenmerk dat die persoon in die posisie van seun en erfgenaam geplaas word, *en* dit eers van die oomblik van dood af – 'adrogation in contemplation of death'.[107] Dit verduidelik moontlik hoekom die volksvergadering se goedkeuring oorspronklik verkry

---

[100] Van Zyl 1977:207.

[101] Kaser 1984:310-311, 344; Rüfner 2011:3; Van Zyl 1977:207.

[102] Rüfner 2011:3.

[103] Kaser 1984:311, 344; Rüfner 2011:3; Van Zyl 1977:207.

[104] 1984:311, 332, 344.

[105] 1984:311, 344.

[106] In teenstelling tot *adoptio* as 'n wyse van aanneming van 'n *alieni iuris*. Van Zyl 1977:86.

[107] Kaser 1984:311. Sien ook 344.

moes word aangesien sodanige goedkeuring aanvanklik ’n vereiste vir aanneming was.[108]

2.2.4.2 *Testamentum per aes et libram (mancipatio* testament*)*

Die *testamentum per aes et libram* (*mancipatio* testament)[109] het fundamenteel verskil van bogenoemde twee testamente en dit het ook later as dié twee testamente ontstaan. Uit die aard daarvan, soos vervolgens duidelik sal blyk, was dit meer toeganklik en het derhalwe meegebring dat testamente meer geredelik gemaak kon word.[110] Die *testamentum per aes et libram* vorm dan ook die basis vir die ontwikkeling van alle latere Romeinsregtelike testamentvorme.[111]

Die ontstaan en vroeë ontwikkeling van die *testamentum per aes et libram* was gebaseer op die *mancipatio* ritueel,[112] maar was in effek ’n uitgebreide en onafhanklike toepassing daarvan.[113] Die *testamentum per aes et libram* is hoofsaaklik gebruik om die hele boedel formeel oor te dra[114] by wyse van ’n *mancipatio*-handeling aan ’n vertrouenspersoon (*familiae emptor*) in die teenwoordigheid van ’n skaalhouer (*libripens*) en vyf getuies. Hierdie handeling is voltrek met die meegaande gee van spesifieke mondelinge instruksies (*nuncupationes*) oor hoe die boedel na die erflater se dood onder erfgename verdeel moes word.[115] Die vertrouenspersoon het vervolgens die *mancipatio formula* ter aanvaarding van die instruksies geuiter, waarmee die testament voltrek is.

Twee belangrike kenmerke van *mancipatio* ten einde ’n testament te maak, was eerstens dat die ‘solemn words to be spoken’ aangepas moes word om voorsiening te maak vir die testateur se hele boedel as die objek van die oordrag. Tweedens, moet

---

108 Rüfner 2011:3; Van Zyl 1977:86.

109 Kaser 1984:47 vertaal *per aes et libram* as ‘per copper and scale’.

110 Rüfner 2011:3.

111 Kaser 1984:344; De Waal 1989:305.

112 Kaser 1984:43, 45 beklemtoon dat die gebruik van *mancipatio* – as ’n ritueel – wys hoe belangrik simbole en formele rituele in die vroeë Romeinse reg was ‘[t]o make manifest’ die betrokke resultaat wat beoog was. Die streng formalistiese rituele van die vroeë reg kan verder toegeskryf word aan die invloed van die priester wat verantwoordelik was vir regspleging, waar uitsluitlik ‘oral forms’ en *formulae* met spesifieke voorgeskrewe woorde wat ‘solemnly’ (plegtig) gespreek moes word, die norm was.

113 Kaser 1984:344.

114 Rüfner 2011:4 verklaar: ‘The transfer was effected by means of *mancipatio*.’

115 De Waal 1989:305; Kaser 1984:344; Rüfner 2011:4-5; Van Zyl 1977:208.

daarop gelet word dat die testateur sy mag behou het om tydens sy lewe oor die bates te kon beskik. Die vertrouenspersoon se mag '[t]o fulfil the testator's wishes (*custodela*)' was eers ter sprake by die oomblik van die testateur se dood.[116] Rüfner[117] wys verder daarop dat die vertrouenspersoon gebind was aan die proses ooreenkomstig die mondelinge *nuncupationes*, en gevolglik is dit dan ook hierdie *nuncupationes* '[that] constituted the actual expression of the testator's last will' as die handeling ter sprake.

Die *testamentum per aes et libram* het kort voor lank ook voorsiening gemaak vir die instelling van 'n erfgenaam of erfgename (*heredis institutio*),[118] en dít het mettertyd die sentrale fokus van die testament geword.[119] Alle testamente *moes* die instelling van 'n erfgenaam of erfgename bevat ten einde geldig te wees.[120] 'n Verdere vereiste was dat die erfstelling eerste in die testament opgeneem moes word; dit moes gedoen word ooreenkomstig 'n plegtige formule,[121] en dit moes in Latyn gedoen word.[122] Die testament kon steeds voorsiening maak vir ander beskikkings, maar dit moes geskied na die instelling van die erfgenaam of erfgename.[123]

Reeds gedurende die latere Republikeinse tydperk het die fokus verskuif van die formele na die inhoudelike. Kaser[124] stel dat '[t]he formalities of the mancipation came to be outweighted by the content of the disposition by last will'. Die rol van die vertrouenspersoon het 'n bykans niksseggende formaliteit geword en sy funksie, saam met dié van die skaalhouer en die vyf getuies, 'served purpose of form only'.[125] Die fokus het eerder geval op die instelling van die erfgename, sowel as die ander beskikkings in die testement vervat. De Waal[126] wys tereg daarop dat die '*nuncupatio*,

---

116 Rüfner 2011:4-5; Kaser 1984:344.

117 2011:5.

118 Kaser 1984:332, 344, 349 wys daarop dat hierdie ontwikkeling vermoedelik gebeur het ná die tyd van die Twaalf Tafels.

119 Kaser 1984:349.

120 De Waal 1989:305-306; Kaser 1984:352.

121 Van Zyl 1977:212 wys daarop dat formele voorgeskrewe woorde wat gebiedend van aard was, gebruik moes word. Die blote uitspreek van 'n wens was onvoldoende.

122 Kaser 1984:345, 349; Rüfner 2011:21; Zimmermann 2007:30.

123 Kaser 1984:345, 349.

124 1984:345.

125 De Waal 1989:305.

126 1989:305.

containing as it did the *testamentary instructions*, became the essential element in the process'. De Waal se stelling bevestig dus twee grondslae van hierdie studie: die testateur se wense – oftewel testateursbedoeling – het, eerstens, voorop gestaan in die *nuncupatio* en die handeling rakende die *nuncupationes* was, tweedens, deel van 'n proses waardeur uitvoering aan die bedoeling van die testateur gegee is.

'n Belangrike ontwikkeling wat die handeling betref, was die verskuiwing van die mondelinge wilsverklaring na 'n geskrewe vorm. Alhoewel skrif reeds vroeg in die Romeinse reg gebruik is, was opskrifstelling van private regshandelinge aanvanklik onbekend.[127] Die gebruik van skrif in regstransaksies het ten tye van die latere Republiek toegeneem en in die klassieke reg het skriftelike testamente naas die mondelinge testament bestaan. Die opskrifstelling van testamente het geleidelik die norm geword, tot so 'n mate dat mondelinge testamente later as 'n rare uitsondering beskou is.[128] Opskrifstelling het gedien as bewys van die handeling, maar het ook die geheimhouding daarvan verseker.[129] Wat die skriftelike handeling self betref, het die eertydse mondelinge *nuncupatio* die vorm van 'n geskrewe *formula* aangeneem[130] en die dokument is deur sewe getuies geseël en elke getuie het sy naam langs sy seël geskryf. Die testament is fisies ook geseël deur die sewe seëls wat daarop aangebring is.[131]

Die *testamentum calatus comitiis* sowel as die *testamentum in procinctu* het teen die aanbreek van die klassieke reg reeds in onbruik verval, en die *testamentum per aes et libram* was die enigste testamentsvorm. Die Romeine het betreklik vroeg reeds die probleme verbonde aan formalisme geïdentifiseer en hier het die *praetor* 'n belangrike bydrae tot die ontwikkeling van testamente gemaak op grond van billikheids-oorwegings.[132] Die *praetor* het naamlik die *mancipatio*-ritueel geïgnoreer en *bonorum possessio*[133] van die boedel beloof aan die persoon wat as erfgenaam benoem was

127 Kaser 1984:51-52; Van Warmelo 1978:26-27. Sien voetnoot 122 hierbo.

128 Kaser 1984:345.

129 Kaser 1984:51; 345. Van Zyl 1977:208.

130 Kaser 1984:51, 345.

131 Rüfner 2011:5 9; Kaser 1984:345.

132 Van Zyl 1977:27, 208; Kaser 1984:52, 346.

133 Sien Kaser 1984:335 en Rüfner 2011:7 vir 'n bespreking van hierdie konsep en die ontwikkeling daarvan.

in gevalle waar daar slegs ’n skriftelike testament bestaan het wat deur sewe getuies verseël was (die sogenaamde ‘praetoriese testament’).[134]

Die praetoriese testament en die *mancipatio*-testament het dus naas mekaar bestaan, elk gereguleer deur eie regsreëls – laasgenoemde deur die *ius civile* en eersgenoemde deur die *ius honorarium*. Volgens Rüfner[135] het die onderskeid tussen die twee vorme mettertyd verdwyn, veral wat die instelling van ’n erfgenaam betref. Hy verklaar dat die basiese geldigheidsvereistes vir ’n testament ten tye van die klassieke reg was dat die testament ’n dokument moes wees met die seëls van sewe getuies daarop aangebring in die teenwoordigheid van die testateur. Dit was nie vereis dat die testateur self die dokument moes skryf, seël of onderteken nie. *Mancipatio* was nie meer ’n vereiste nie, maar was egter nog beskikbaar indien die testateur sy testament mondelings of skriftelik wou maak sonder die seëls van sewe getuies. Die *testamentum per aes et libram* met vyf seëls was voorts geldig indien die *mancipatio*-ritueel gevolg was. In die na-klassieke reg het *mancipatio* geheel en al in onbruik verval en het hierdie testamente met vyf seëls geldig gebly naas die gebruiklike praetoriese testament totdat dit deur Justinianus afgeskaf is.[136]

2.2.4.3 *Testamentum tripertitum (drieledige testament)*

In die na-klassieke reg het Theodosius II (439 n.C.) die gewone vorm van die testament beperk tot testamente wat deur sewe getuies geseël was en voorsiening gemaak vir ’n testateur om sy testament self te kon skryf of dikteer. In beide gevalle was dit vereis dat die testateur, soos Kaser[137] dit stel, ‘[h]ad to designate his writing as his will and to add his signature (*subscriptio*)[138] in the presence of all the witnesses who had to be present at the same time’. Die getuies moes ook op daardie selfde dag

---

[134] De Waal 1989:305. Rüfner 2011:7 stel dat ‘[a]pparently the praetors felt that the *mancipatio* ritual had become increasingly meaningless and that the only element of material importance was the written document containing the testator’s last wishes.’

[135] 2011:7-8.

[136] Rüfner 2011:7-8, 18-20.

[137] 1984:347.

[138] Kaser 1984:52 wys dat *subscriptio* ’n Griekse afkoms het en ‘[i]t always consisted of a whole sentence’. Van Zyl 1977:209 wys daarop dat die ‘kort sinnetjie’ dien vir ‘identifikasiedoeleindes’.

die testament seël en teken. Gebrekkige voldoening aan hierdie voorskrifte het tot ongeldigheid van die testament gelei.[139]

Justinianus het heelwat van die onsekerheid wat geheers het ten aansien van testamentvorme en -formaliteite opgeklaar. Hy het hom veral gewend tot die klassieke reg, maar het ook soms gebly by die ontwikkeling wat in die na-klassieke reg plaasgevind het.[140] Justinianus het voortgebou op ’n *constitutio* (439 n.C.) van keisers Theodosius II en Valentinianus III en het ’n standaard testamentvorm ontwikkel – die *testamentum tripertitum* (drieledige testament).[141] Soos die naam aandui, was die vereistes daarvoor afkomstig uit drie verskillende bronne:

- die *ius civile* het as ’n vereiste gestel dat die testament sonder onderbreking (*uno contextu*) in die aanwesigheid van getuies gemaak (opgestel en verseël) moes word;
- die praetoriese reg (*ius praetorium*) het as ’n vereiste gestel dat sewe getuies teenwoordig moes wees en dat die testament deur die getuies verseël moes word; en
- die keiserlike wetgewing het ’n *subscriptio* van die testateur en al die getuies vereis.[142]

Dit was dan ook die *testamentum tripertitum* wat *via* die *Corpus Iuris Civilis* geresipieer is. Hierdie testament kon skriftelik of mondeling gemaak word. Die skriftelike testament moes formeel voltooi word sonder onderbreking en indien dit reeds vooraf opgestel was, moes dit ononderbroke geseël en deur die sewe getuies onderteken word.[143] Die getuies moes die testament verseël en onderteken nadat die testateur bevestig het dat die dokument sy testament bevat en dit self geteken het. Die mondelinge weergawe het ook behoue gebly (*testamentum nuncupativum*) en moes voor sewe getuies voltrek word.[144]

139 Kaser 1984:347.
140 Rüfner 2011:19.
141 Kaser 1984:346-347; Reid *et al* 2011:445; Rüfner 2011:21.
142 Van Zyl 1977:208-209.
143 Van Zyl 1977:208.
144 Reid *et al* 2011:445; Rüfner 2011:20-21.

’n Laaste belangrike ontwikkeling in die na-klassieke reg waarop gewys moet word, is dat enige woorde gebruik kon word om die erfstelling te maak; dit kon enige plek in die testament verskyn; en dit kon in ’n ander taal as Latyn gewees het. Hierdie gebruik het een belangrike voorbehoud gehad, naamlik dat die bedoeling van die erflater duidelik moes blyk.[145] Hierdie ontwikkeling dui op die sogenaamde ‘interne vereistes’ by testamente waar die beginsel *favor testamenti* – om uitvoering aan die testateur se ware bedoeling te gee – van betreklik vroeg af al gevolg is. Dit staan in teenstelling tot die ‘eksterne vereistes’, welke vereistes streng nagevolg moes word ten einde die formele geldigheid van testamente te verseker.[146]

2.3 Die erkenning en beskerming van testateursbedoeling in die Romeinse testate erfreg

2.3.1 Testeervryheid

Hoewel die rede vir die ontstaan van testamente in die vroeë Romeinse reg direk gekoppel kan word aan die instelling van ’n erfgenaam of erfgename – tot so ’n mate dat dit die kern van die testament gevorm het en as ’n geldigheidsvereiste gestel was – sou testeervryheid egter ’n wesenlike effek hê op die keuse van die testateur wat betref wie hierdie erfgenaam of erfgename sou wees.[147]

Ingevolge die *ius civile* moes die testateur al die *sui heredes* as erfgename instel (*heredis institutio*) of hulle uitdruklik onterf (*exheredatio*). Die testateur kon hulle nie bloot net weglaat of oorslaan nie.[148] In die vroeë Romeinse reg en veral as gevolg van die fokus op die familie en die noodsaaklikheid om die versplintering van die familiegrond te voorkom, het testeervryheid die keuse aan die testateur gebied om ’n enkele erfgenaam in te stel en die ander potensiële erfgename te onterf. Hierdie besluit, om slegs ’n enkele erfgenaam in te stel en te bepaal wie daardie erfgenaam sou wees, was ten volle dié van die testateur ooreenkomstig sy wil.[149]

---

145 Rüfner 2011:20-21; Van Zyl 1977:212-214.

146 De Waal 1989:307; 2011:382.

147 De Waal 1989:304, 307-308; Kaser 1984:332-333, 349, 352.

148 Kaser 1984:355; Van Zyl 1977:216.

149 Kaser 1984:332-333. Sien ook De Waal 1989:304, sowel as sy verwysing na Kohler daar.

Tydens die latere Republikeinse tydperk, met die fokus op die individu sowel as die feit dat ’n testateur reeds van die vroegste tye af ander bemakings kon maak naas die instelling van erfgename, word die beginsel van testeervryheid die dominante aspek van die erfregsisteem.[150] De Waal[151] stel dus dat ‘[f]ar from being restricted by the claims of the family, a Roman citizen came to enjoy virtually limitless freedom in disposing of his property by will’. Die gevare hieraan verbonde spreek natuurlik vanself, met die gevolg dat daar teen die einde van die Republikeinse tydperk besef is dat die beperking van testeervryheid noodsaaklik was. De Waal[152] wys in hierdie verband op die misbruik van testeervryheid, byvoorbeeld om persone te straf, eerder as om die ‘sound social or economic goals’ na te volg waarvoor testamentêre beskikking vroeër aangewend is. Daar is gevolglik regtens voorsiening gemaak vir die beperking van testeervryheid, welke beperkings veral ten gunste (en ter beskerming) van bloedverwante ingestel is. Zimmermann[153] kom tereg tot die volgende gevolgtrekking:

> The legal development … reflects changes in social structures, in economic conditions, and in the hierarchy of general values. The development went from family succession to freedom of testation and subsequently led to the establishment of a balance between the testator’s freedom of disposition over his property and the ‘natural claims’ … of his closest relatives to receive at least part of the estate.

2.3.2 Testateursbedoeling

Dit is laastens belangrik om daarop te let hoe die Romeinsregtelike ontwikkelings wat in die voorafgaande gedeeltes van hierdie hoofstuk bespreek is, die testateur se bedoeling as sodanig geraak het. Kaser[154] stel dat dit by die Romeinse testament in die eerste plek gegaan het oor die ‘expression of the will’, maar ook dat dié wilsuiting een was wat in ‘n regshandeling (‘juristic act’) beslag gekry het. Hy omskryf ’n ‘juristic act’, soos die maak van ’n testament, as ’n geval waar ’n persoon deur sy of haar ‘expressions of the will, desire to bring about any result recognised by the legal order’. Kaser bring die wilsuiting in verband met die testateur se bedoeling deur te wys op die onderskeid tussen, enersyds, die wil of bedoeling as sodanig (die sogenaamde ‘inward

150 De Waal 1989:307; Kaser 1984:333.

151 1989:307.

152 1989:308. Sien ook Du Toit 2007:69-71 en Van Zyl 1977:215-218.

153 2007:47-48.

154 1984:41, 54.

element') en, andersyds, die wilsuiting (die sogenaamde 'outward element').[155] In die vroeë Romeinse reg – wat gekenmerk is deur streng formalisme – was die wil of bedoeling van die testateur grootliks irrelevant.[156]

Dit was eers ten tye van die latere Republiek dat betekenis gegee was aan wat die wilsverklaarder in gedagte gehad het en so het die fokus verskuif van die verklaarder se objektiewe *verba* na die wilsuiter se subjektiewe *voluntas.*

Kaser[157] wys ook daarop dat die Romeinse juriste wel met die konsep *animus* gewerk het – 'n konsep van groot belang vir die testate erfreg en vir hierdie studie in die besonder. Volgens Kaser het die begrip *animus* geredelik 'n wye betekenis in die Romeinse reg gehad, naamlik '[t]he intention directed to the achievement of a certain purpose at law'. Ongelukkig bring hy nie die konsep *animus* in verband met die testament nie. Dit blyk dus dat wilsverklaring en *animus* verskillende betekenisse in die Romeinse reg kon gehad het, wat weer daarop dui dat die begrip 'bedoeling' in die Romeinse reg vatbaar was vir meerdere betekenisse.

2.4 Samevatting

Die historiese ondersoek wat in hierdie hoofstuk onderneem is, bring vier aspekte aan die lig wat vir hierdie studie van groot belang is. Die Romeinse testate erfreg het, eerstens, deurgaans op die testeerhandeling gefokus. Hierdie handeling – as 'n 'unilateral and revocable act disposing of property upon death'[158] – was die wesenselement van die Romeinse testament, ongeag die vorm van testament of die formaliteitsvereistes wat vir die betrokke testament gestel was. Die testeerhandeling is deurlopend gesien as die vergestalting van die testateur se bedoeling. Kaser stel dat die Romeine ten aansien van testateursbedoeling onderskei het tussen die wil en die wilsuiting.[159] Hierdie onderskeid dui, tweedens, daarop dat testateursbedoeling reeds in die Romeinse reg as 'n veel- (of multi-) fasettige konsep beskou is. Die Romeinse reg is, derdens, gekenmerk deur 'n stelselmatige versagting ten aansien van testamentvorm ten gunste van 'n groter fokus op testateursbedoeling. Die

155 1984:53-54.

156 Sien Kaser 1984:43, 54.

157 1984:56.

158 De Waal 1989:312.

159 1984:53-54.

aanvanklike absolute aandrang op formalisme in die vroeë Romeinse reg is mettertyd getemper deur ’n toenemende erkenning en uitvoering van die bedoeling van die testateur. Die Romeinsregtelike erfreg in die algemeen, en die testate erfreg in die besonder, moet, vierdens, gekontekstualiseer word teen die agtergrond van veranderende sosio-ekonomiese faktore en realiteite. Trouens, die ontstaan van die Romeinse testate erfreg, en derhalwe die erkenning en uitvoering van testateursbedoeling in die Romeinse reg, kan tot ’n groot mate toegeskryf word aan ekonomiese en sosiale (asook religieuse) faktore.

Hoofstuk 3
Die behoefte aan begripsuiwerheid in die erfreg binne die breër konteks van die Suid-Afrikaanse reg

3.1 Inleiding

In Hoofstukke 1 en 2 is dit gestel dat die fokus van die studie val op die erfreg as deel van die Suid-Afrikaanse gemenereg. Dit is verder uitgewys dat dié gemenereg in sy suiwer vorm uit die Romeins-Hollandse reg bestaan, maar dat die moderne Suid-Afrikaanse gemenereg ’n gemengde stelsel is as gevolg van die invloed wat die Engelse reg op die ontwikkeling daarvan gehad het.[1] Die erfreg is ’n goeie voorbeeld van die gemengde aard van die gemenereg in soverre die Engelse reg ’n groot invloed op testamentvorme en -formaliteite gehad het, terwyl die inhoudelike komponent van testamente nog ’n sterk Romeinsregtelike karakter het.[2]

Die gemengde (of hibriede) aard van die Suid-Afrikaanse gemenereg noodsaak ’n ondersoek na die betekenis van die begrippe ‘erfreg’ en ‘erfopvolging’ in die moderne Suid-Afrikaanse reg. Hierdie begripsmatige ondersoek word onderneem om ’n grondslag te lê vir die soeke later in die studie na begripsuiwerheid in die erfreg in die besonder. ’n Behoorlike begrip van erfreg en erfopvolging is eweneens noodsaaklik ten einde die impak en toepassing van die Grondwet op die erfreg na behore te beoordeel. Dit spreek vanself dat die invloed van die Grondwet op die erfreg en erfopvolging ’n onontbeerlike komponent is van enige hedendaagse studie met betrekking tot vererwing in die moderne Suid-Afrikaanse reg.

Ten einde erfreg en erfopvolging na behore te begryp, verskaf hierdie hoofstuk eerstens ’n breër fokus op die privaatregtelike onderbou van hierdie twee begrippe. Dit behels voorts ook ’n blik op sekere privaatregtelike konsepte in ’n erfregtelike konteks. Daarna word die erfreg en erfopvolging grondwetlik gekontekstualiseer met ’n besondere fokus op die noodsaaklikheid van begripsmatige suiwerheid wanneer die sogenaamde ‘grondwetlike erfreg’ aan die bod kom.

---

1 Van Zyl 1979:1, 420-422, 478; Du Toit 2013:524; Sien Hahlo en Kahn 1960:41-50.

2 De Waal 2011(a):382; Du Toit 2007:67; Jamneck *et al* 2017:3-4.

3.2 Erfreg en erfopvolging in privaatregtelike konteks

Die privaatreg, as deel van die Suid-Afrikaanse objektiewe reg, het in wese te make met die verhoudings tussen regsubjekte *inter se*. Die privaatreg harmoniseer hierdie verhoudings deur die leerstuk van subjektiewe regte.[3] Die uitdaging vir die moderne Suid-Afrikaanse privaatreg is natuurlik om sodanige harmonisering binne ’n grondwetlike paradigma te bewerkstellig.[4] Alle natuurlike persone is regsubjekte en derhalwe die draers van die voorgenoemde subjektiewe regte, maar ook van regsverpligtinge en juridiese kompetensies.[5] ’n Regsobjek, daarenteen, is enigiets waaroor ’n regsubjek ’n reg kan bekom en behou.[6] Geen subjektiewe reg kan bestaan sonder ’n regsubjek waaraan dit kleef nie, en daarom is die reëls wat aandui wat ná afloop van ’n erflater se dood met die nalatenskap gebeur, ’n integrale deel van enige regstelsel wat die leerstuk van subjektiewe regte erken.[7]

Die objektiewe reg verleen, soos hierbo getoon, bepaalde kompetensies aan regsubjekte. Regsbevoegdheid en handelingsbevoegdheid is die kompetensies wat van toepassing is op ’n regsubjek wat wil testeer. Regsbevoegdheid[8] dui op die vermoë van ’n regsubjek om ’n testateur te *kan wees*, en handelingsbevoegdheid, as die bevoegdheid om regshandelinge te kan verrig, bepaal die vermoë van die regsubjek om ’n testament te *kan maak*.[9] Testeerbevoegdheid is ’n komponent van handelingsbevoegdheid, en het spesifiek betrekking op die regshandeling om te testeer.[10] ’n Regshandeling is ’n menslike handeling waaraan die objektiewe reg dieselfde regsgevolge verbind as wat die handelende regsubjek met die handeling bedoel (beoog of gewil) het.[11]

---

[3] Van der Vyver en Joubert 1991:8-58. Sien ook Boezaart 2016:1-3.

[4] Sien die bespreking hieronder by 3.3. Met die impak van die Grondwet op die erfreg, as ’n onderdeel van die privaatreg, word selfs die noodsaaklikheid van ’n nuwe begrip, naamlik ‘grondwetlike erfreg’ aan die hand gedoen.

[5] Van der Vyver en Joubert 1991:38-39. Sien ook Boezaart 2016:3.

[6] Van der Walt en Pienaar 2016:9.

[7] Corbett *et al* 2001:33; Cronjé *et al* 1990:115; Van der Merwe en Rowland 1990:8.

[8] Regsbevoegdheid (as juridiese kompetensie) beklee regsubjekte met regsubjektiwiteit. Davel *et al* 1999:17.

[9] Sonnekus 2004:450; Van Zyl en Van der Vyver 1982:413-414; Boezaart 2016:8, 133.

[10] Sonnekus 2004:450-451; 2012(a):1321-1322.

[11] Davel *et al* 1999:17, 48; Heaton 2012:42; Van der Vyver en Joubert 1991:5.

Die aard van subjektiewe regte is sodanig dat die houer van ’n subjektiewe reg oor sekere inhoudsbevoegdhede beskik.[12] Van der Vyver en Joubert[13] wys daarop dat inhoudsbevoegdheid ‘dui op die geoorloofdheid van ’n handeling: dit wat ’n regsubjek regtens met ’n regsobjek *mag* doen omdat hy [of sy] ’n subjektiewe reg op die objek het.’[14] Indien die reghebbende handelingsbevoeg is, beskik hy of sy, uit hoofde van voorgenoemde inhoudsbevoegdhede, oor die bevoegdheid om onder andere die regsobjek te gebruik (*ius utendi*); te geniet (*ius fruendi*); te abandonneer (*ius abutendi*); te beswaar; te vervreem; of testamentêr daaroor te beskik (*ius testandi*).[15] Sonnekus[16] beklemtoon dat die reghebbende sy of haar bevoegdhede *na keuse* kan uitoefen, en wys verder in hierdie verband op die *vooraf besluit* wat geneem moet word, sowel as die daaropvolgende *beskikkingshandeling* ten einde uitvoering aan die besluit te kan gee.[17] Die spesifieke regsgevolg wat die reghebbende beoog, sal afhang van die aard van die betrokke subjektiewe reg; enige beperkings daarop; sowel as die regshandeling wat vereis word ten einde die beoogde gevolg teweeg te bring.[18] Die regshandeling moet vervolgens ook regmatig uitgeoefen word ten einde juridies relevant te wees. Dit beteken dat die regshandeling in ooreenstemming met die voorskrifte van die reg uitgevoer moet word alvorens die reg gevolge daaraan heg.[19]

---

12 Van der Vyver en Joubert 1991:29. Van der Walt en Pienaar 2016:49 verklaar dat inhoudsbevoegdhede die omvang van ’n betrokke regsverhouding op ’n gegewe tydstip bepaal. Hoewel hierdie opmerking in die konteks van eiendomsreg gemaak word, blyk dit ook van toepassing te wees op ander regte.

13 1991:29.

14 Eie beklemtoning. Sien ook *Raath v Nel* 2012 (5) SA 273 (HHA) by par [15] waar die Hoogste Hof van Appèl duidelik onderskei tussen ’n regsubjek se ‘patrimony (universitas of rights and duties)’ en die regsubjek se beskikkingsbevoegdheid ten einde te beskik oor die bates in sy/haar boedel.

15 Sonnekus 2007:78-79, 85; 2006:434-435. Dit blyk dat die konsep ‘beskik’ ook in ’n wyer konteks gebruik word en dien as ’n versamelnaam of algemene term wat die ander inhoudsbevoegdhede omsluit. Die regsubjek beskik oor sy of haar bate deur dit byvoorbeeld te verkoop of te abandonneer. Daar sou ook bloot gesê kon word ‘die regsubjek verkoop sy of haar bate’ of ‘die regsubjek abandonneer sy of haar bate’. Sien ook De Wet en Van Wyk 1978:6.

16 2006:434.

17 Wat hierdie keuse, die vooraf besluit en die beskikkingshandeling presies behels, sowel as hoe dit met mekaar skakel, vorm van die kernvraagstukke van die studie en sal in die loop van die studie volledig toegelig word.

18 Sien bespreking by 6.2.2 waar daar duidelik onderskei sal word tussen die *beskikkingshandeling* en die *regshandeling.*

19 Van der Vyver en Joubert 1991:5. ’n Mondelinge mededeling waarin ’n testateur sy laaste wil onomwonde bekend maak, word, by gebrek aan nakoming van die Wet op Testamente se vormvoorskrifte, derhalwe nie as ’n geldige testament aanvaar nie: *Olivier v Die Meester* 1997 (1) SA 836 (T) by 843-844.

Die noodwendige gevolg van ’n regsubjek se deelname aan die regsverkeer is die ontstaan en opbou van ’n vermoë of boedel (nalatenskap). Die erfreg, as deel van privaatreg, word derhalwe gekategoriseer onder die vermoënsreg, wat die verhoudings tussen regsubjekte en hul vermoëns reël. Van Zyl[20] merk dus tereg op rakende die erfreg dat ‘[d]ie omstandighede dat ’n persoon deur sy nalatenskap oorleef word, maak die bestaan van die erfreg noodsaaklik: daar moet immers ’n groep regsreëls wees wat die lotgevalle van ’n persoon se nalatenskap reël’.

3.2.1 Erfreg as ’n juridiese begrip

Die presiese inhoud en reikwydte van die erfreg staan nie noodwendig vas nie. Die begrip ‘erfreg’ gee dus op sigself aanleiding tot ’n mate van verwarring. Hierdie verwarring blyk uit die definisies of omskrywings wat Suid-Afrikaanse regskrywers aan dié begrip toedig. Corbett *et al*[21] omskryf erfreg soos volg: ‘The rules governing the devolution of the estate of a person upon death.’ Hierdie omskrywing maak oënskynlik voorsiening vir sowel die materiële reëls van die erfreg wat onder andere bepaal wie die bevoordeeldes is en wat hulle erf, as die formele reëls wat die boedelberedderingsproses voorskryf en reguleer.[22] Jamneck *et al*[23] steun Corbett *et al* se definisie van erfreg en stel dit duidelik dat die reëls van boedelbereddering deel uitmaak van die erfreg. Du Toit[24] wys daarop dat die erfreg ‘handel met die regsreëls wat die oorgang van bates uit die boedel van ’n oorledene as erflater reguleer’ en, derhalwe, dat die erfreg die oorgang van eiendomsreg by afsterwe fasiliteer.[25]

Van der Merwe en Rowland[26] omskryf die erfreg daarenteen as ‘die geheel van regsreëls wat die oorgang van daardie bates van ’n erflater wat vir distribusie onder bevoordeeldes vatbaar is, of dié van ’n ander waaroor eersgenoemde beskik het, beheer’. Hierdie omskrywing skyn enger te wees aangesien dit oënskynlik slegs voorsiening maak vir die materiële reëls van die erfreg. Om die waarheid te sê, Van

[20] 1981:1 (proefskrif).

[21] Corbett *et al* 2001:1, 33.

[22] Sien Jamneck *et al* 2017:1-2.

[23] 2017:1.

[24] 2001:2-3.

[25] *Oorgang* word in teenstelling tot *oordrag* gebruik. Sien bespreking by 3.2.2 hieronder.

[26] Van der Merwe en Rowland 1990:1.

der Merwe en Rowland[27] voer aan dat die erfreg duidelik onderskei moet word van die reëls rakende boedelbeveddering. Hulle argumenteer dat die erfreg te make het met die aanwysing van die bevoordeeldes, sowel as die omvang van hul bevoordelings; die norme van boedelbereddering, daarenteen, handel oor die likwidasie[28] van die bestorwe boedel en die verdeling van bates aan die bevoordeeldes soos deur die erfreg uitgewys.[29] Die erfreg gaan vir dié skrywers kortom oor wie wat kry en die reëls van boedelbereddering, daarenteen, oor 'hoe te werk gegaan moet word om die bevoordeelde sy kado'tjie te laat bekom'.[30] Hierdie siening word inderdaad deur ander kommentators gedeel.[31] Sonnekus[32] verwys byvoorbeeld na 'die eksekuteur [wat] … die boedel … administreer totdat die reëls van die erfreg eventueel in spel *mag* kom'. Ná ’n kort bespreking van die beredderingsproses sê hy dan:

> Pas daarna, indien die boedel solvent is, pas [die eksekuteur] die tersake reëls van die erfreg op die … bates toe … Die erfregtelike bevoordeeldes kom in beginsel pas in spel wanneer die norme van die *erfreg* in spel kom en dit is eers nadat alle skulde van die boedel vereffen is.[33]

Die voorgaande menings van regskrywers toon dat selfs ’n begripsmatige omskrywing van die erfreg vatbaar is vir meerdere interpretasies. Hierdie begripsmatige onsekerheid blyk moontlik ’n gevolg te wees van die Engelsregtelike stelsel van boedelbereddering wat die gemeenregtelike stelsel van universele erfopvolging vervang het.[34] Dit word derhalwe in oorweging gegee dat die begrip 'erfreg' vir sowel ’n eng as ’n breë interpretasie vatbaar is. In die eng sin het die erfreg uitsluitlik te make met die reëls wat die oorgang van bates na bevoordeeldes reël (die wie-kry-wat-vraag), terwyl die erfreg in die breë sin ook die boedelberedderingproses omsluit. Watter betekenis ook al aan die erfreg toegedig word, staan dit vas dat die norme van

---

27 Van der Merwe en Rowland 1990:4.

28 Meyerowitz 2010:12.24 verduidelik likwidasie as 'the estate is liquidated when it is reduced into possessions, cleared of debts and so left free for the enjoyment of the heirs'. Dit geskied natuurlik met inagneming van die reëls met betrekking tot erfopvolging ten einde te bepaal wie die bevoordeeldes is en wat hulle moet erf. Sien bespreking by 3.2.2 hieronder.

29 Hierdie siening blyk te eng te wees aangesien die bevoordeeldes ook kontraktueel aangewys kan word buite die reëls van die testate of intestate erfreg. Sien bespreking by 3.2.2 hieronder.

30 Van der Merwe en Rowland 1990:4.

31 Sien byvoorbeeld De Waal en Schoeman-Malan 2015:1 en Sonnekus 2000:793.

32 Sonnekus 2000:793.

33 In ’n latere artikel benadruk Sonnekus (2006:441) die feit dat die norme van die erfreg slegs van toepassing is op die 'vrye oorskot van die boedel'.

34 Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:10-11. Sien ook De Waal 2007:24-25 vir verdere voorbeelde van onsekerheid wat hierdie stelselverandering teweeggebring het.

die erfreg in twee hoofkategorieë ingedeel kan word, naamlik die testate en die intestate erfreg.[35] De Waal[36] voer tereg aan dat die primêre funksie van die erfreg, hetsy testaat of intestaat, is om daardie erfopvolgers te identifiseer wat geregtig is om van die erflater te erf, sowel as om die bates te identifiseer wat die erfopvolgers toekom. Die Boedelwet[37] reguleer die boedelberedderingsproses, maar dié proses word beïnvloed deur die erfopvolgingsreëls wat van toepassing mag wees. Hierdie erfopvolgingsreëls word normaalweg in die erfreg gevind, maar dit kan ook kontraktueel van aard wees in soverre die Suid-Afrikaanse gemenereg beperkte erkenning gee aan die *pactum successorium*. Gevolglik kan *erfopvolging* sowel binne as buite die reëls van die *erfreg* plaasvind.[38]

3.2.2 Erfopvolging as ’n juridiese begrip

Corbett *et al*[39] verduidelik erfopvolging in die volgende terme: ‘Upon the death of a person others may acquire rights to the property of the deceased and are commonly said to succeed to such property.’[40] In die moderne Suid-Afrikaanse reg kan erfopvolging – die vererwing van bates (‘devolution’/’inheritance of assets’)[41] – aan die hand van drie erkende wyses gereël word, welke vorme nie wedersyds uitsluitend is nie, naamlik:

- die eensydige wense van die erflater soos wat dit vervat is in ’n testament; met ander woorde, erfopvolging ooreenkomstig die norme van die testate erfreg;

35 Corbett *et al* 2001:1; Van der Merwe en Rowland 1990:3-4.

36 De Waal 2007:2.

37 66 van 1965.

38 Sien Corbett *et al* 2001:1. Indien ’n erflater sy of haar hele boedel in hul huweliksvoorwaardekontrak (as geldige verskyningsvorm van die *pactum successorium*) aan ’n eggenoot bemaak, word erfopvolging kontraktueel gereël, maar sal die reëls van die erfreg met betrekking tot die beredderíng van die boedel van toepassing wees. Sien ook Schoeman 1994:159-160 wat daarop wys dat die *donatio mortis causa* (eweneens ’n geldige verskyningsvorm van die *pactum successorium*) soms doelbewus gebruik word om die reëls van die (materiële) erfreg te omseil.

39 2001:33.

40 Bates *vererf* en die bevoordeeldes *erf*. De Waal en Schoeman-Malan 2015:1, 129 vertaal bates vererf as ‘assets pass by inheritance’, ook ‘[assets] devolve’. Corbett *et al* 2001:1 gebruik soortgelyke terminologie in die konteks van kontraktuele erfopvolging: ‘*Property may pass* under the law of contract’ (eie beklemtoning).

41 De Waal en Schoeman-Malan 2015:2-3, 221 (2015:2-3, 211 in die Engelse teks).

- ’n ooreenkoms wat erfopvolging reël (’n *pactum successorium* of *pactum de succedendo*) wat op een van die erkende wyses voltrek is; met ander woorde, kontraktuele erfopvolging; en
- die reëls van intestate erfreg – erfopvolging indien daar nie ’n geldige of uitvoerbare wilsuiting bestaan nie; met ander woorde, erfopvolging ooreenkomstig die norme van die intestate erfreg.[42]

In die moderne Suid-Afrikaanse erfreg is erfopvolging ’n verbintenisskeppende feit en nie ’n wyse van eiendomsverkryging nie.[43] Vir ’n erfopvolger om eiendomsreg in bates te verkry, word ’n oorgang (‘devolution’) van die erflater se bates, sowel as ’n oordrag (‘transfer’) van die bates vereis. Gevolglik moet daar onderskei word tussen die oorgang van bates en die oordrag van bates. Die rede vir hierdie onderskeid hou verband met die meerdere betekenisse wat aan die konsep erfopvolging (‘inheritance’) toegedig kan word, soos uitgewys deur appèlregter Watermeyer in *Estate Smith v Estate Follet.*[44] In die Romeinse en Romeins-Hollandse reg, onder die stelsel van universele erfopvolging, was erfopvolging as sodanig ’n wyse van eiendomsverkryging.[45] Dít staan in teenstelling tot erfopvolging in die moderne Suid-Afrikaanse reg waar ’n Engelsregtelik-geïnspireerde stelsel van boedelbereddering universele erfopvolging vervang het, met die gevolg dat erfopvolging nou bloot ’n verbintenisskeppende feit is.[46]

Hierdie onderskeid hou ook verband met die eng en breë betekenisse wat aan die begrip ‘erfreg’ toegedig kan word. Hierbo is getoon dat erfreg in die eng sin slegs die wie-erf-wat-vraag behels, terwyl erfreg in die breë sin ook die boedelberedderingsproses betrek. Dit blyk dat dieselfde eng-breë-betekenisonderskeid ook ten opsigte van erfopvolging van toepassing kan wees. Erfopvolging het enersyds daarop betrekking dat die bevoordeeldes regte verkry wat mettertyd uitgeoefen kan

42 Corbett *et al* 2001:1; Cronjé *et al* 1996:10-11; Van der Merwe en Rowland 1990:3-4.

43 Sonnekus 2000:794; Van der Merwe en Rowland 1990:11.

44 1942 AD 364 by 383. Sien ook Meyerowitz 2010:18.12.

45 In 1915 bevestig die Appèlhof in *Receiver of Revenue v Hancke* 1915 AD 64 ‘[t]hat heirs acquire *dominium* of the property bequeathed without transfer to them’, soos uitgewys deur Meyerowitz 2010:18.12.

46 De Waal 2007:24; 1989:315 wys daarop dat universele erfopvolging nie uitdruklik afgeskaf is nie, maar eerder indirek mee weggedoen is as gevolg van die onversoenbaarheid van die twee stelsels.

word om die bates te bekom wat deel van die nalatenskap uitmaak. Erfopvolging word in hierdie konteks dus in ’n eng sin gebruik met verwysing na die verkryging van regte wat, by die afdwinging daarvan, die oorgang van bates vanuit die bestorwe boedel na die bevoordeeldes teweeg sal bring. Die uitoefening van hierdie regte deur die bevoordeeldes gee weer aanleiding tot die oordrag na die bevoordeeldes van eiendomsreg in spesifieke bates wat deel van die nalatenskap uitmaak. Dít geskied as deel van die boedelberedderingsproses. Die omskrywing van erfopvolging met verwysing na die feit dat ‘assets pass by inheritance’ blyk dus voorsiening te maak vir die oorgang en die oordrag van regte. Laasgenoemde dui op ’n breër beskouing van erfopvolging wat ook die boedelberedderingsproses insluit. Sodanige breë definisie van erfopvolging skakel dan ook pertinent met die breë betekenis van erfreg waarop vroeër gewys is, in soverre die breë betekenisse van sowel erfreg as erfopvolging nie alleen op die wie-kry-wat-vraag of die wie-kry-regte-op-wat-vraag betrekking het nie, maar ook die boedelberedderingsproses betrek wat die oordrag bewerkstellig van eiendomsreg in bates wat deel van die nalatenskap uitmaak. Dit word dus in oorweging gegee dat erfreg en erfopvolging in die breë sin op sowel die *oorgang* as die *oordrag* van regte betrekking het. Eersgenoemde dui op die verkryging van regte wat, by die afdwinging daarvan, ’n bate-oorgang vanuit die bestorwe boedel na die bevoordeeldes sal bewerkstellig, terwyl laasgenoemde daarop dui dat regte in bates wat deel van die nalatenskap vorm, en eiendomsreg in die besonder, aan bevoordeeldes oorgedra word as deel van die boedelberedderingsproses. Dit is gevolglik noodsaaklik om duidelik te onderskei tussen die konsepte ‘oorgang’ en ‘oordrag’ in hierdie verband.

Wat die konsep ‘oorgang’ in die erfreg betref, staan dit vas dat die norme van die erfreg aan die erfregtelike bevoordeelde ’n subjektiewe reg, te wete ‘n vorderingsreg, verleen. Hierdie reg se objek behels ’n prestasie in die vorm van die *oordrag van bates* deur die boedelberedderaar.[47] Oordrag behels gevolglik ’n oordraghandeling – as ’n regshandeling – deur die boedelberedderaar as deel van die boedelberedderingsproses.[48]

---

[47] Sonnekus 2000:793-795, 800.

[48] De Waal en Schoeman-Malan 2015:11; Van der Merwe en Rowland 1990:6-7. In *Greenberg v Estate Greenberg* 1955 (3) SA 361 (A) bevestig die destydse Appèlhof dat ingevolge die moderne stelsel van boedelbereddering ’n bevoordeelde nie reghebbende van die bemaakte bate by die dood van die erflater word nie, maar slegs ná oordrag van die betrokke bate op die toepaslike wyse. Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:11; Meyerowitz 2010:18.12.

In die testate erfreg verleen die norme van die erfreg aan die bevoordeeldes hul vorderingsregte aan die hand van die testateur se wilsuiting.[49] In die konteks van beskikkingshandelinge, as die gevolg van die inhoudsbevoegdhede verbonde aan die subjektiewe regte op bates, stel De Waal en Schoeman-Malan[50] dit teoreties korrek deur daarop te wys dat, indien ’n persoon ná sy of haar dood oor sy of haar bates wil *beskik,* staan dit dié persoon vry om sodanige beskikking by wyse van ’n testament te doen. Die beskikkingshandeling in ’n testament word ’n bemaking genoem. Hoewel daar dus klaarblyklik ’n onderskeid bestaan tussen beskik (‘dispose’) en bemaak (‘bequeath’) in die tegniese sin van die woord, wys die Appèlhof reeds in 1918 in *Meyer v Rudolph’s Executors*[51] daarop dat die terme ‘to bequeath’ en ‘to dispose of’ in die Suid-Afrikaanse reg as sinonieme gebruik word. Dít blyk ook die posisie in die moderne Suid-Afrikaanse erfreg te wees. De Waal en Schoeman-Malan[52] verwys byvoorbeeld na die elemente van ’n geldige ‘testamentêre beskikking’ (‘testamentary disposition’). Jamneck *et al*[53] verwys na dieselfde elemente, maar noem dit ’n bemaking (‘bequest’) en later ’n erflating (‘bequest’). In *Oosthuizen v Die Weesheer*[54] verwys die hof na hierdie elemente as ’n ‘testamentêre bepaling’. Dit word in oorweging gegee dat hierdie begrippe nie soomloos as sinonieme gebruik kan word nie en die studie stel dit derhalwe ten doel om volledig en grondig tussen die volgende begrippe te onderskei: testament; testamentêre geskrif; testamentêre beskikking; testamentêre bemaking; en testamentêre bepaling. Soos reeds hierbo getoon, is begripsmatige suiwerheid rakende hierdie begrippe noodsaaklik ten einde optimale uitvoering van testateursbedoeling te verseker.[55]

Hierbo is gestel dat die laaste wilsbeskikking van die erflater juridies relevant kan raak aan die hand van ’n testament of ’n *pactum successorium.*[56] In beginsel word die

49 *Estate Smith v Estate Follet* 1942 AD 364 by 383; Sonnekus 2000:794. Die vorderingsregte vestig (ontstaan) dus *ex lege*: omdat ’n testateur ’n geldige testamentêre beskikking gedoen het, verkry die testamentêre begunstigdes van regsweë by *delatio* vorderingsregte op dié bates wat aan hulle bemaak is.

50 2015:2, 38, 134, 221.

51 1918 AD 70 by 79 en 81.

52 2015:59 (2015:56 in die Engelse teks).

53 2017:11, 53 (2017:11, 52 in die Engelse teks).

54 1974 (2) SA 434 (O) by 436.

55 Sien bespreking hierbo by 1.4 en 1.5.

56 In *Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie Bpk* 1976 (3) SA 488 (A) by 501 omskryf die Appèlhof ’n *pactum successorium* soos volg: ‘*Pactum successorium* (of *pactum de*

pactum successorium nie in die Suid-Afrikaanse reg geduld nie omrede dit testeervryheid ondermyn, asook vanweë die feit dat dit die testamentêre formaliteitsvereistes negeer.[57] Daar word wel twee verskyningsvorme van die *pactum successorium* erken, naamlik die *donatio mortis causa* en die huweliksvoorwaardekontrak met erfregtelike bepalings.[58]

Die vraag ontstaan derhalwe of erfopvolging, soos hierbo bespreek, ook die moontlikheid van kontraktuele beskikkings oor nalatenskappe insluit. Die volgende twee vrae illustreer die praktiese belangrikheid van hierdie kwessie:

- Is die gemeenregtelike reëls wat op verlore testamente van toepassing is ten einde testateursbedoeling te beskerm, ook van toepassing op 'n huweliksvoorwaardekontrak met erfregtelike bepalings wat verlore raak na die afsterwe van die kontrakparty wat die kontraktuele erfregtelike beskikkings gedoen het?[59]
- Kan 'n *donatio mortis causa* wat nie aan die testamentsformaliteite voldoen nie, gekondoneer word deur die uitoefening van die howe se statutêre kondonasiebevoegdheid ingevolge waarvan formele gebreke in die verlyding of wysiging van testamente verskoon kan word?[60]

Dit word in oorweging gegee dat die antwoorde op voorgaande vrae ten nouste saamhang met die onderskeid tussen 'n testamentêre beskikking, enersyds, en 'n erfregtelike bepaling in 'n kontrak, andersyds.

---

succedendo) is, kort gestel, 'n ooreenkoms waarin die partye die vererwing (*successio*) van die nalatenskap (of van 'n deel daarvan, of van 'n bepaalde saak wat deel daarvan uitmaak) van een of meer van die partye ná die dood (*mortis causa*) van die betrokke party of partye reël.' Sien Rautenbach en Van der Linde 2012:22.

57 Corbett *et al* 2001:36; Van der Merwe en Rowland 1990:585; De Waal en Schoeman-Malan 2015:221.

58 Van der Merwe en Rowland 1990:3-4, 585-586. Sien ook De Waal en Schoeman-Malan 2015:222.

59 Gegewe die proses van notariële verlyding van 'n huweliksvoorwaardekontrak, blyk hierdie vraag nie 'n probleem in die praktyk te wees nie. Die vraag word bloot hier gevra ten einde die breër kwessie uit te lig, naamlik of erfregtelike reëls en beginsel toepaslik is in die kontraktereg. Sien Jamneck 2002:532 en Joubert 1954:42 vir 'n soortgelyke kwessie in hul besprekings of artikel 2C van die Wet op Testamente, of sy voorganger (artikel 24 van die Algemene Regwysigingswet 32 van 1952), ook van toepassing kan wees op die testamentêre bepalings in huweliksvoorwaardekontrakte.

60 Deur die werking van artikel 2(3) van die Wet op Testamente.

Indien met die *donatio mortis causa* afgeskop word, staan dit vas dat, ten einde gelding te geniet, die *donatio* skriftelik moet wees en aan die testamentsformaliteite moet voldoen. De Waal en Schoeman-Malan[61] bevraagteken dus of daar wel te onderskei is tussen die *donatio mortis causa* en ’n testamentêre bemaking.[62] Schoeman[63] wys daarop dat die onderskeid tussen ’n testament en ’n *donatio mortis causa* oorbodig is aangesien beide aan testamentêre formaliteitsvereistes moet voldoen en dat die ‘testateur’ beide eensydig kan herroep. Schoeman se standpunt het meriete, maar ’n verdere onderskeid bestaan wat verband hou met die aard van die regshandelinge self en die meegaande bedoeling waarmee dit voltrek word. Schoeman[64] self verduidelik immers dat ’n ‘skenking *mortis causa* is ’n *inter vivos* tweesydige regshandeling wat *erfregtelike gevolge* in die lewe roep’. Sou die regsubjek dus besluit om sy of haar bates by wyse van ’n testament (dus ’n eensydige regshandeling) te laat vererf, word die bedoeling om te testeer[65] (*animus testandi*) vereis. Die teenwoordigheid van *animus testandi* by die erflater blyk ter uitsluiting van die bedoeling om te kontrakteer (*animus contrahendi*) te wees wat by die skenker ingevolge ’n *donatio mortis causa* as ’n twee- of meersydige regshandeling vereis word.[66]

Dit word derhalwe in oorweging gegee dat, alhoewel ’n *donatio mortis causa* op skrif moet wees en aan die testamentêre formaliteitsvereistes moet voldoen,[67] dit wesenlik deur ’n twee- of meersydige kontraktuele regshandeling[68] tot stand kom, en derhalwe is testeervryheid en die *animus testandi* nie ter sake by ’n *donatio mortis causa* nie. ’n *Donatio mortis causa* bly wesenlik kontraktueel van aard, wat beteken dat dit ontstaan as gevolg van die uitoefening van kontrakteervryheid met die bedoeling om ’n kontrak te sluit (*animus contrahendi*). Insgelyks word die herroeping daarvan kontraktueel gereël, en geskied dit nie ooreenkomstig testamentêre herroepingswyses nie. Die

---

61 2015:227.

62 Sien ook Schoeman 1994:159.

63 1994:164,166.

64 1994:162.

65 Sien Schoeman 1994:165 en haar verwysing na Gauntlett 1977:51 daar.

66 Dit blyk nie net *animus contrahendi* te wees wat tot uitsluiting van *animus testandi* opereer nie, maar ook ander bedoelingsvorme soos byvoorbeeld *animus donandi* of bloot die bedoeling ‘[t]o dispose of property in future’. Sien *Meyer v Rudolph’s Estate* 1918 AD 70 en *Ex Parte Saunders* 1927 SWA 122.

67 Schoeman 1994:162. Sien ook *Jordaan v De Villiers* 1991 (4) SA 396 (K).

68 Van der Merwe en Rowland 1990:588.

voorafgaande standpunt word versterk deur De Waal[69] se siening dat die Hooggeregshof se kondonasiebevoegdheid ingevolge artikel 2(3) van die Wet op Testamente nie op ’n *donatio mortis causa* van toepassing is nie aangesien die skenking nooit as ’n testament bedoel was nie.[70] Daar word derhalwe, met respek, van De Waal en Schoeman-Malan[71] asook Rautenbach[72] verskil wat aanvoer dat ’n *donatio mortis causa* wat nie aan die formaliteitsvereistes voldoen nie, moontlik gekondoneer kan word.

Soos hierbo genoem, kan kontraktuele erfopvolging tweedens ook geskied aan die hand van ’n erfregtelike bepaling in ’n huweliksvoorwaardekontrak.[73] Dit laat die vraag ontstaan na wat presies hierdie erfregtelike bepaling behels en hoe dit van ’n testamentêre bepaling verskil. Wat die huweliksvoorwaardekontrak met erfregtelike bepalings betref, beklemtoon Van der Merwe en Rowland[74] dat die *pactum successorium* slegs na die erfregtelike gedeelte van ’n huweliksvoorwaardekontrak verwys. Hierdie erfregtelike gedeelte is derhalwe in wese die *pactum successorium* (die erfopvolgings*kontrak*) wat in die huweliksvoorwaardekontrak voorkom. Die huweliksvoorwaardekontrak is die voertuig wat die *pactum successorium* beliggaam en werking daaraan gee, tog wil dit blyk dat die *pactum* ’n selfstandige ooreenkoms is (soos die *donatio mortis causa*) aangesien dit aan al die elemente van ’n kontrak voldoen.[75]

By nadere ondersoek blyk dit dat hierdie erfregtelike bepalings as ’n erfopvolgingsooreenkoms slegs op die *beskikking oor bates* betrekking het.[76] Dít word bevestig in *Radebe v Sosibo*[77] waar die hof moes beslis of die ‘property-exclusion

69 2010:1178.

70 Sien ook *Smith v Parsons* 2010 (4) SA 378 (HHA) by par [22]. Die Hoogste Hof van Appèl stel dit duidelik dat die selfmoordnota ter sake in dié kondonasiesaak nie bedoel was as ’n *donatio mortis causa* nie in soverre ‘[t]he deceased did not have a donation in mind … He did not contemplate a donation that would have to be accepted by the [donee].’

71 2015:227. Hulle wys egter ook op die moontlikheid, aan die hand van die *Smith*-saak en De Waal 2010:1177-1178, dat kondonering nie toepassing vind op ’n *donatio mortis causa* nie.

72 1998:656.

73 Cronjé *et al* 1996:175; De Waal en Schoeman-Malan 2015:3, 95 (2015:3, 89 in die Engelse teks); Jamneck *et al* 2017:273, 281, 286.

74 1990:586.

75 De Waal en Schoeman-Malan 2015:228; Jamneck *et al* 2017:284.

76 De Waal en Schoeman-Malan 2015:89 (Engels).

77 2011 (5) SA 51 (GSJ).

clause in the antenuptial contract constituted some form of testamentary disposition'.[78] Die hof bevind tereg:[79]

> By excluding the immovable (or any other) asset from the accrual in the antenuptial contract, the late Mrs Sosibo did not give any indication that she divested herself of that asset in favour of her parents or anyone else, nor did she give any indication that she bequeathed that asset to her parents or anyone else upon her death. This is not a divesting or transferring or devolving clause at all.

Twee aspekte blyk duidelik uit hierdie aanhaling. Eerstens, dien dit ter bevestiging daarvan dat 'n *pactum successorium* uitsluitlik betrekking het op die *beskikking oor bates* ('disposition of assets'), en, tweedens, bevestig dit dat die konsep 'erfopvolging' verwys na die *vererwing* van bates. Die tweede punt blyk veral belangrik te wees wanneer begrippe van Afrikaans na Engels (en andersom) vertaal word. Die definisie van 'n *pactum* soos neergelê in die *Borman en De Vos*-saak, naamlik 'n 'ooreenkoms waarin die partye die vererwing (*successio*) van die nalatenskap … reël', word byvoorbeeld deur De Waal en Schoeman-Malan[80] vertaal as '[a]n agreement in which the parties regulate the devolution (*successio*) of the inheritance'. Dit word in oorweging gegee dat 'devolution' nie die gepaste vertaling van vererwing is nie en dat 'inheritance' hier 'n beter vertaling sou wees sodat die sin behoort te lui, '[a]n agreement in which the parties regulate the *inheritance* (*successio*) of the *assets*'. Dit is so omrede 'devolution' ook kan verwys na sowel die oorgang as die oordrag ('transfer') van regte.[81] Begripsmatig bestaan daar dus 'n verskil tussen die volgende konsepte: beskikking; bemaking; toedeling; vererwing; oorgang; oordrag; en verdeling. Hierdie vertalingsdilemma beklemtoon eweneens die noodsaaklikheid van begripsuiwerheid in die erfreg, ook ten einde regsekerheid in ander vertakkinge van die reg te bewerkstellig.

Hoewel erfopvolging (of, soos in die vorige paragraaf getoon, die vererwing van bates) wel kontraktueel in 'n huweliksvoorwaardekontrak gereël kan word, waarsku regter Kotzé tereg in *Ladies' Christian Home v SA Association*[82] dat die testamentêre beskikkingshandeling wesenlik verskil van die kontraktuele beskikkingshandeling. Die

---

78 Sleutelwoorde, kopnota en par [29] saamgelees. De Waal 2011(b):1051.

79 Par [51]. Sien ook De Waal 2011(b):1051 wat die hof gelyk gee.

80 2015:212 in die Engelse teks.

81 Sien bespreking hierbo by 3.2.1 en 3.2.2.

82 1915 CPD 467 by 471-472.

regter wys dus daarop dat die teenwoordigheid van ’n erfregtelike bepaling in ’n huweliksvoorwaardekontrak nie die aard of wese van die kontrak verander nie:

> By our law an antenuptial contract may contain valid provisions in regard to property which are to take effect upon the death of either of the intended spouses; but such a disposition of property, although it may resemble a testamentary act, does not deprive the antenuptial contract of its character of an agreement between the parties, and does not give it the character of a last will and testament.

Corbett *et al*[83] skets ’n breër prentjie en maak bogenoemde standpunt van toepassing op alle gevalle waar erfopvolging kontraktueel gereël word. Hulle stel dit onomwonde dat nóg die beskikkingshandeling ’n ‘testamentary act’ is, nóg die dokument wat dit beliggaam, ’n testament is:

> The execution of an antenuptial contract, a trust inter vivos, or a donatio mortis causa containing provisions in relation to the disposal of property to take effect upon the testator’s death are not testamentary acts and a document embodying any one of these transactions will not constitute a will or codicil.

Dit blyk dus duidelik dat erfregtelike bepalings in ’n huweliksvoorwaardekontrak nie ’n testamentêre beskikking is nie en dat die erfregtelike bepalings daarin nie die kontrak in ’n testament omskep nie;[84] gevolglik hoef ’n huweliksvoorwaardekontrak nie aan die testamentsformaliteite te voldoen nie.[85] Hierdie siening geniet wye steun onder kommentators alhoewel daar enkeles is wat betoog dat testamentsformaliteite wel ’n geldigheidsvereiste moet wees.[86] ’n Beslissing soos *Radebe v Sosibo*,[87] waar bevind is dat ’n huweliksvoorwaardekontrak wel aan die testamentêre formaliteitsvereistes moet voldoen, is, gegewe voorgenoemde meerderheidsopinie, duidelik verkeerd.[88]

Bogaande bespreking toon derhalwe dat ’n erfregtelike bepaling in ’n kontrak inderdaad ’n beskikkingshandeling is maar nie ’n *testamentêre* beskikkingshandeling is nie. Die tersake handeling is dus ’n beskikkingshandeling en die tersaaklike regshandeling is ’n kontrak – meer spesifiek ’n erfopvolgingsooreenkoms. Hierdie studie

---

83 2001:35.

84 De Waal 2011(a):387. Sien ook De Waal 2011(b):1051; Corbett *et al* 2001:49; Jamneck *et al* 2017:283-284; Van der Merwe en Rowland 1990:592.

85 Dit moet egter notarieel verly word ooreenkomstig die Registrasie van Aktes Wet 47 van 1937. Cronjé *et al* 1996:175; De Waal en Schoeman-Malan 2015:60; 228.

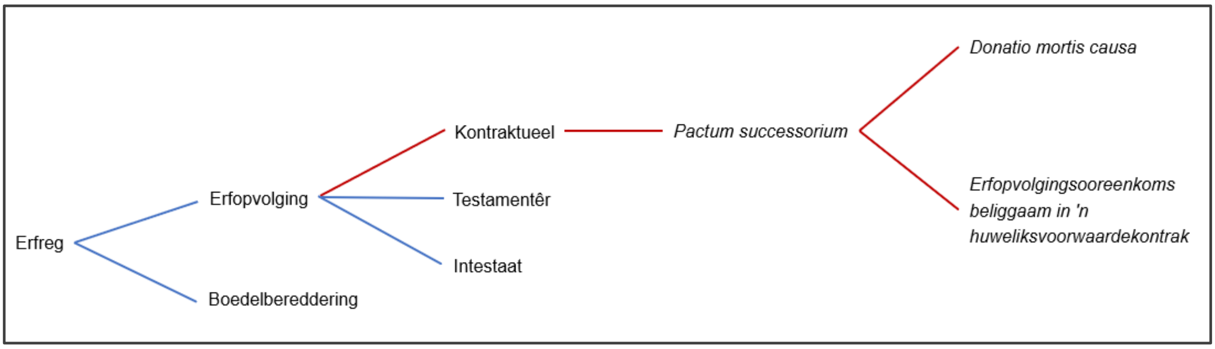
86 Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:60 vir ’n bespreking hiervan.

87 2011 (5) SA 51 (GSJ).

88 De Waal en Schoeman-Malan 2015:228. Sien ook De Waal 2011(b):1050-1052; Jamneck *et al* 2017:284; Rautenbach en Van der Linde 2012:22.

fokus dan ook daarop om die tersaaklike handelinge, sowel as die inhouds-bevoegdhede betrokke by elk, volledig te ondersoek.

Die voorafgaande bespreking ondersteun die volgende tradisionele voorstelling van die erfreg en erfopvolging in Suid-Afrikaanse verband:



Figuur 3.1 Skematiese voorstelling van erfreg en erfopvolging in Suid-Afrikaanse verband

3.3 Die erfreg en erfopvolging in ’n grondwetlike konteks

Die Grondwet moet die vertrekpunt en rigtingwyser vir alle hedendaagse Suid-Afrikaanse regsontwikkeling wees.[89] Hierdie standpunt is noodwendig geskoei op die feit dat die Grondwet van toepassing is op die totaliteit van die Suid-Afrikaanse reg. Die Grondwet vind vertikaal en horisontaal toepassing, en is direk sowel as indirek op alle reg van toepassing. Alle reg is immers onderworpe aan die Grondwet en ontleen regskrag daaraan.[90] In die konteks van die privaatreg, met die gemenereg as ’n bron daarvan, word die gelding van die gemenereg deur die Grondwet erken in soverre dit bestaanbaar met die Grondwet is. Voorts moet die beginsels van die gemenereg ‘uitgelê en toegepas word met behoorlike inagneming van die waardes en beginsels van die Grondwet’.[91]

---

89 *Member of the Executive Council for Health and Social Development, Gauteng v DZ obo WZ* 2017 (12) BCLR 1528 (KH) paras [27]-[34]; *DPP, Transvaal v Minister of Justice* 2009 (4) SA 222 (KH) par [2]; Harms 2004:1/22; Van der Walt en Pienaar 2016:8.

90 Artikels 2 en 8 van die Grondwet (laasgenoemde ten aansien van die Handves van Regte). Sien Neethling en Potgieter 2015:41. In *Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: In Re Ex Parte President Republic of South Africa* 2000 (2) SA 674 (KH); 2000 (3) BCLR 241 (KH) par [44] stel Chaskalson P (soos hy toe was) dit baie duidelik dat die gemenereg nie losstaande en apart van die Grondwet is nie. Hy beklemtoon naamlik dat ‘[t]here is only one system of law. It is shaped by the Constitution which is the supreme law, and all law, including the common law, derives its force from the Constitution and is subject to constitutional control.’

91 Van der Walt en Pienaar 2016:355,358. Sien artikel 39 van die Grondwet.

Die voorafgaande bring noodwendig mee dat die Grondwet van toepassing is op die erfreg – as ’n onderdeel van die Suid-Afrikaanse privaatreg. ’n Aantal grondwetlike bepalings ondersteun en bekragtig die erfreg egter direk en pertinent. In hierdie verband is artikel 10 rakende die reg op menswaardigheid en artikel 25 wat regte in eiendom beskerm, die belangrikste.[92] Beide hierdie artikels is vervat in die Handves van Regte wat beskerming bied teen onbehoorlike staatsinmenging; met ander woorde, die misbruik van staatsgesag, maar die Handves het ook ’n bepalende invloed op die privaatreg in die algemeen[93] en op die erfreg in die besonder.[94]

3.3.1 ‘Grondwetlike erfreg’ as nuwe juridiese begrip

Die begrippe ‘erfreg’ en ‘erfopvolging’ kom nie uitdruklik in die Grondwet voor nie. Die Grondwet verskaf derhalwe geen uitdruklike waarborge ten opsigte van vererwing of erfopvolging nie. Nietemin word in oorweging gegee dat erfopvolging, by uitstek erfopvolging ooreenkomstig die bedoeling van die erflater, inderdaad grondwetlike beskerming geniet. Die hieropvolgende uiteensetting bied derhalwe motivering vir die daarstel van ’n nuwe juridiese begrip, naamlik ‘grondwetlike erfreg’. Hierdie nuutskepping behels dat die Suid-Afrikaanse erfreg en erfopvolging in die algemeen, en die testate erfreg asook testamentêre erfopvolging in die besonder, belyn is met die Suid-Afrikaanse Grondwet en inderdaad deur bepaalde grondwetlike regte begrond en ondersteun word.

3.3.1.1 *Privaateiendomsreg en private erfopvolging*

Erfopvolging is slegs moontlik in ’n eiendomsbestel wat die reg op private eiendom erken.[95] Wat privaateiendomsreg betref, voer Du Toit[96] aan:

> Privaateiendomsreg beteken ruim gestel dat ’n individu eiendomsreg oor bates in sy persoonlike of privaat hoedanigheid uitoefen (eerder as byvoorbeeld in ’n kollektiewe

[92] In *King v De Jager* 2017 (6) SA 527 (WKK) by par [55] wys die hof dat testeervryheid ook waarskynlik in verband gebring kan word met die grondwetlike regte van privaatheid (artikel 14), vryheid van uitdrukking (artikel 16) en vryheid van assosiasie (artikel 18). Sien Du Toit *et al* 2019:34-35.

[93] Mostert *et al* 2010:133; Van der Walt en Pienaar 2016:358.

[94] Du Toit 2001:222.

[95] *Harvey v Crawford* 2019 (2) SA 153 (HHA) par [56]; Corbett *et al* 2001:33; De Waal en Schoeman-Malan 2015:2; Du Toit 2001:3; Du Toit *et al* 2019:34; Jamneck *et al* 2017:278; Khan 1984:132; Lubbe 1989:170; Lehmann 2014:9-10; Sonnekus 2012(a):1319; 2007:78, 2006:436; Van Zyl 1977:127.

[96] 2001:3.

> hoedanigheid saam met ander individue). Dit impliseer insgelyks dat ’n eienaar geregtig is om sodanige eiendomsreg op so ’n wyse aan ’n volgende individu oor te dra dat laasgenoemde eweneens in staat is om eiendomsreg oor dié bates in sy persoonlike of privaat hoedanigheid uit te oefen.[97]

Neethling en Potgieter[98] stel dit duidelik dat die reg nie individuele belange skep nie, maar bloot erkenning verleen ‘aan beskermingsbehoeftige individuele belang wat reeds voor-juridies in die feitlike werklikheid bestaan’, en op hierdie wyse ontstaan subjektiewe regte. Vanuit ’n privaatregtelike perspektief moet die reg bestaanbaar wees met die Grondwet, en vanuit ’n grondwetlike perspektief bied die Grondwet beskerming aan reeds-bestaande regte.[99] Artikel 25 van die Grondwet, die sogenaamde ‘eiendomsklousule’, maak voorsiening vir die beskerming van eiendom as ’n grondwetlik-beskermde reg[100] en bepaal:

> Niemand mag eiendom ontneem word nie behalwe ingevolge ’n algemeen geldende regsvoorskrif, en geen regsvoorskrif mag arbitrêre ontneming van eiendom veroorloof nie.

Alhoewel dit nie seker is watter regte onder die term ‘eiendom’ in terme van artikel 25 verstaan en ingesluit word nie, blyk dit volgens Van der Walt en Pienaar[101] dat die konsep ’n breër betekenis het as wat tradisioneel gemeenregtelik daaraan toegedig was (‘saaklike regte wat betrekking het op liggaamlike sake’) en dat dit waarskynlik ‘alle soorte regte … met betrekking tot alle soorte eiendom’ sal insluit.[102] Hulle omskryf eiendom as alle bates (‘besittings’) ‘wat deel uitmaak van ’n persoon se vermoë of boedel’.[103]

---

97 Lehmann 2014:9 huldig ’n soortgelyke siening in soverre sy stel dat ‘[p]rivate property presupposes that individuals can acquire property. Since property is finite, this in turn requires that individuals be able to dispose of property. Freedom of property is meaningless if it does not include the freedom to dispose of property, which must include the power to dispose both in life and on death.’

98 2015:56.

99 2015:17, 19; Van der Walt en Pienaar 2016:13, 358.

100 Van der Walt en Pienaar 2016:45, 364.

101 2016:27, 366.

102 Sien ook *Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers* 2005 (1) SA 217 (KH) waar die Konstitusionele Hof beslis dat ‘the Constitution imposes new obligations on the courts concerning rights relating to property not previously recognised by the common law’. Sien verder Neethling en Potgieter 2015:19.

103 Van der Walt en Pienaar 2016:1, 9, 13, 25. Sien ook *First Certification Case In re: Certification of the Constitution of South Africa 1996* 1996 (4) SA 744 (KH) paras [71]-[74] en *First National Bank of SA Ltd t/a Wesbank v Commissioner, South African Revenue Service* 2002 (4) SA 768 (KH) par [51] waar die Konstitusionele Hof juis nie eiendom omskryf het nie en dus by implikasie bevind het dat dit die wydste moontlike betekenis moet geniet.

Welke regte grondwetlike beskerming geniet deur onder artikel 25 as regte in eiendom geklassifiseer te word, is egter onseker.[104] Die Konstitusionele Hof het wel al sekere 'tradisionele' regte uitgewys as regte wat onder artikel 25 ingesluit sal word, onder andere eiendomsreg van roerende en onroerende sake,[105] vorderingsregte,[106] sowel as sekere serwitute.[107] Voorts bevestig Van der Walt en Pienaar[108] dat van die ander tradisionele subjektiewe regte, soos sekere immateriëlegoedereregte, vir doeleindes van artikel 25, as eiendom kwalifiseer.[109]

Artikel 25 bevat 'n negatiewe waarborg wat inhou dat die staat nie inbreuk mag maak op eiendom of regte in eiendom nie, behalwe indien daar aan sekere streng vereistes voldoen word.[110] Die gevolg hiervan is dat staatsregulering wel moontlik is, maar dat privaateiendom beskerm word deurdat staatsinmenging streng gereguleer word.[111] Sonnekus[112] verklaar tereg:

> Die sin van grondwetlike beskermde 'menseregte' is in die eerste plek om bepaalde vermoënsbestanddele en die beskikkingsbevoegdheid van die menswaardige burger oor sy bates én homself teen (arbitrêre) staatlike ingrepe te verskans. Daarnaas moet die staat via die wetgewer die grondwetlike funksie vervul om inhoud aan die regtens beskermingswaardige belange te stel wat ook inhou die stel van vereistes en grense waarbinne alle regte en bevoegdhede uitgeoefen kan en durf word.

Die Grondwet gee derhalwe 'n nuwe dimensie aan batebeskerming deur bykomende beskerming te bied, benewens die beskerming wat tradisioneel ingevolge die gemene-reg en wettereg bestaan. Die grondwetlike beskerming van dié regte is natuurlik nie absoluut nie, maar die feit dat dit nou as deel van die fundamentele regte gesien word, beteken dat beperkings daarop ook moet voldoen aan die vereistes soos gestel deur

---

104 Sien verder Currie en De Waal 2013:535-536.

105 *First National Bank of SA Ltd t/a Wesbank v Commissioner for SARS* 2002 (4) SA 768 (KH). Sien Van der Walt en Pienaar 2016:366-368 vir 'n volledige bespreking hiervan.

106 *Law Society of South Africa v Minister of Transport* 2011 (1) SA 400 (KH) par [83] en *National Credit Regulator v Opperman* 2013 (2) SA 1 (KH) par [61].

107 *Ex parte Optimal Property Solutions CC* 2003 (2) SA 136 (K).

108 2016:367.

109 Sien ook Currie en De Waal 2013:535-537.

110 Van der Walt en Pienaar 2016:365.

111 Van der Walt en Pienaar 2016:365-368. Staatsinmenging met private regte in eiendom moet derhalwe in ooreenstemming met die reg wees en mag nie arbitrêr van aard wees nie.

112 2012(a):1321.

artikel 36 van die Grondwet – die sogenaamde ‘beperkingsklousule’.[113] Sonnekus[114] benadruk die feit dat die Konstitusionele Hof die bewaker van die burger se grondwetlik-beskermde belange is en dat geen belange-afweging buite die beskerming van artikel 36 mag plaasvind nie.

Buiten voorgenoemde vertikale werking, blyk dit dat die fundamentele regte ook horisontale toepassing het, wat behels dat die beskerming wat dit bied nie net die individu teen die staat beskerm nie, maar ook individue onderling teen mekaar.[115] Ondanks toenemende ondersteuning vir die horisontale werking van artikel 25 vanuit verskeie privaatregtelike oorde,[116] blyk die daadwerklike horisontale toepassing egter nog onseker te wees en word dit ten beste deur Van der Walt en Pienaar[117] as omstrede bestempel. Mostert *et al*[118] noem dat die horisontale toepassing van die eiendomsklousule baie beperk is omdat artikel 25 staatsbetrokkenheid vereis. Sonnekus[119] wys egter daarop dat daar geen sin in sou wees om net die staat se onteieningsmagte negatief te reguleer sonder om ook die privaatregtelike beskikkings-bevoegdheid van die reghebbende te erken en te beskerm nie. Só het artikel 25 volgens hom horisontale nawerking, deurdat dit beskerming van wilsbevoegdheid teen strydige aansprake van ander belanghebbendes verleen, in teenstelling tot die vertikale beskerming teen staatsvergrype.[120]

Laastens, en in samehang hiermee, word daar met Sonnekus[121] saamgestem wanneer hy daarop wys dat, in die konteks van die grondwetlike beskerming wat in die Duitse reg aan privaatoutonomie[122] verleen word, dit nie *net* gaan oor die

113 *Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority* 2002 (4) SA 294 (KH) par [30]; Currie en De Waal 2013:150; De Waal en Schoeman-Malan 2015:5.

114 2012(a):1321-1323.

115 Mostert *et al* 2010:133. Sien spesifiek artikel 8 van die Grondwet.

116 Boezaart 2016:10; De Waal en Schoeman-Malan 2015:5; Neethling en Potgieter 2015:19-22; Van Huyssteen *et al* 2017:11-14.

117 2016:359.

118 2010:133.

119 2012(a):1333.

120 Sonnekus 2012(a):1333.

121 2012(a):1321.

122 Sonnekus 2012(a):1319 wys dat privaatoutonomie te make het met die ‘[d]ie bevoegdheid om self keuses te kan maak’ en hy wys verder ook op die teensy van dié konsep wat inhou dat die keusegeregtigde self die gevolge vir sy of haar keuses dra. Sien die bespreking van die konsep privaatoutonomie, sowel as hoe dit opereer in die erfreg by 5.2 hieronder.

batebeskermende aspek nie, maar ook oor die beskikkingsbevoegdheid as kernaspek van *dominium*. Die belangrikheid van die grondwetlike beskerming wat sekere regte tans geniet, word beklemtoon deur die feit dat daardie regte wat ten nouste aan die individu gekoppel is, ’n belangrike sosiale waarde, naamlik individuele vryheid, verteenwoordig.[123] Hierdie vryheid manifesteer in die bevoegdheid om met bates te kan handel, byvoorbeeld deur dit vrywillig te vervreem of testamentêr daaroor te beskik (aan die hand van inhoudsbevoegdhede inherent aan elke subjektiewe reg) en daarom is dit vervolgens belangrik om vas te stel wat die impak van hierdie grondwetlike beskerming op die erfreg is.

3.3.1.2 *Begripsmatige kontekstualisering rakende die invloed van artikel 25 van die Grondwet op die Suid-Afrikaanse erfreg*

In teenstelling met byvoorbeeld die Duitse reg, waar privaatoutonomie sowel as privaateiendomsreg en testeervryheid uitdruklik in die Grondwet beskerm word, maak die Suid-Afrikaanse Grondwet nie uitdruklik voorsiening vir ’n testateur se beskikkingsbevoegdheid en testeervryheid nie.[124]

In *In re BOE Trust Ltd*[125] bevestig die Hoogste Hof van Appèl in ’n eenparige uitspraak dat die instelling van erfopvolging, en spesifiek die beginsel van testeervryheid wat testate erfopvolging onderlê, inderdaad grondwetlike beskerming geniet. Die hof maak hierdie bevinding deur die interpretasie van artikel 25, soos deur die hof in *Minister of Education v Syfrets Trust Ltd*[126] gegee, as korrek te aanvaar:

> Section 25(1) of the Constitution provides that no one may be deprived of property, except where the deprivation is done in terms of a law of general application. What is more, it entrenches the principle that no law may permit the arbitrary deprivation of property. The view that s 25 protects a person's right to dispose of their assets as they wish, upon their death, was at least accepted in *Minister of Education v Syfrets*, although no decision to this effect was made. This view is, to my mind, well held.

---

123 Sien Engelbrecht 1995:2 (Van der Walt skripsie student)

124 Artikels 2(1)GG en 14(1)GG van die Duitse Grondwet. Sien Sonnekus 2012(a):1333.

125 2013 (3) SA 236 (HHA) par [26].

126 2006 (4) SA 205 (K) by 216C-E. Die Wes-Kaapse Hooggeregshof bevind dat die strekwydte van artikel 25 wyd genoeg is om die ‘right to dispose of assets upon death’ in te sluit. Dit blyk dus duidelik dat die reg op private eiendom die reg insluit om tydens ’n persoon se lewe, sowel as by die persoon se dood, oor sy of haar bates te beskik. Volgens hierdie interpretasie waarborg artikel 25 die instelling van erfopvolging en die beginsel van testeervryheid wat dit onderlê. Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:4-5; 2008:4-5; Sonnekus 2012(a):1333.

Die Hoogste Hof van Appèl beklemtoon die feit dat, indien hierdie interpretasie nie aanvaar word nie, die gevolg onversoenbaar sal wees met die doel van artikel 25:

> For if the contrary were to obtain, a person's death would mean that the courts, and the state, would be able to infringe a person's property rights after he or she has passed away, unbounded by the strictures which obtain while that person is still alive. It would allow the state, in a way, to benefit from someone's death.[127]

Die hof bevestig dus dat ’n regsubjek tydens sy of haar lewe, sowel as by sy of haar dood, vry is om oor sy of haar bates te beskik.[128] In erfregtelike konteks beskerm artikel 25 gevolglik die ‘right of disposal at time of death’. Die noodwendige afleiding wat gemaak moet word ná hierdie beslissing is dat die ‘right of disposal’ relevant tot handelinge wat tydens die regsubjek se lewe uitgevoer word, ook vervreemdingsbevoegdheid in die algemeen insluit (byvoorbeeld verkoop, skenk of ruil), terwyl ‘right of disposal’ oor bates by die dood, soos wat blyk uit die aanhaling waarna die hof met goedkeuring verwys, beperk is tot ‘disposal upon death by any of the means recognised by the law, including a last will’.[129]

In *Harvey v Crawford*[130] bevestig sowel die minder- as meerderheidsuitsprake van die Hoogste Hof van Appèl die *BOE Trust*-beslissing se siening dat testeervryheid beskerming geniet ingevolge artikel 25 van die Grondwet. In haar minderheiduitspraak span Molemela AR dan ook die net ’n bietjie wyer wat die beskikking van bates betref deur te verklaar dat ‘even in this constitutional dispensation, the law recognises that the testator or donor still has the freedom to dispose of his or her property as he or she wishes’.[131] Dit is opvallend dat die hof in die *Harvey*-saak verskillende terme vir die begrip ‘testeervryheid’ gebruik, naamlik ‘freedom of testation’, ‘testamentary autonomy’ en ‘testamentary freedom’. Dit word aan die hand gedoen dat nie al hierdie terme dieselfde betekenis dra nie. Ten einde begripsverwarring te voorkom, word die onderskeid tussen hierdie terme later volledig bespreek.[132]

---

127 *In re BOE*-saak by par [26].

128 De Waal en Schoeman-Malan 2015:4.

129 *In re BOE*-saak by par [26].

130 2019 (2) SA 153 (HHA) paras [22] en [56].

131 Ongelukkig verwys die hof nie hier na ’n ‘donor’ (skenker) in terme van ’n *pactum successorium* of ’n ‘donor’ (trustoprigter) in terme van ’n testamentêre trust as die verdere moontlikhede in terme van die ‘disposal upon death by any of the means recognised by the law’ nie, maar verwys die hof klaarblyklik wel na ’n ‘donor’ in die konteks van ’n *inter vivos* trust.

132 Sien bespreking by 5.3.1 hieronder.

3.3.1.2.1 *Subjektiefregtelike inhoudsbevoegdhede relevant tot erfopvolging binne grondwetlike verband*

Die inhoudsbevoegdhede wat ter sake kan wees wanneer ’n regsubjek die lot van sy of haar bates na afloop van sy of haar dood wil bepaal, is enersyds beskikkingsbevoegdheid en andersyds vervreemdingsbevoegdheid.[133] Hierdie bevoegdhede blyk ter sake te wees omdat erfopvolging kragtens ’n testament sowel as aan die hand van ’n kontrak gereël kan word (in laasgenoemde geval slegs in die vorm van ’n geldige *pactum successorium*). Gevolglik is daar by kontraktuele erfopvolging sprake van ’n baie beperkte vervreemdingsbevoegdheid. In hierdie konteks is daar dus ’n duidelike onderskeid tussen ‘beskik’ en ‘vervreem’, tog word die konsepte geredelik as sinonieme gebruik.[134] Die reg om te beskik, met beskikkingsbevoegdheid as inhoudsbevoegdheid, sluit die bevoegdheid in om by wyse van ’n testament oor bates te beskik. Erfregtelike beskikking behels dus ’n testamentêre beskikking.

Aangesien erfopvolging ook kontraktueel gereël kan word, ontstaan die vraag na die bestaansreg van ’n begrip soos ‘erfregtelike vervreemding’ as nog ’n wyse van ’n erfregtelike beskikking. Ten einde die vraag te beantwoord of testamentêre beskikkings, sowel as erfregtelike vervreemdings, in die Suid-Afrikaanse reg aanvaar word, is dit noodsaaklik om die begripsmatige onderskeid wat tussen die konsepte ‘beskikkingsbevoegdheid’ en ‘vervreemdingsbevoegdheid’ bestaan, kortliks te ondersoek.[135] Dit is noodsaaklik om die inhoudsbevoegdhede ‘beskik’ en ‘vervreem’ van mekaar te onderskei aangesien ‘vervreem’ geredelik in die konteks van die kontraktereg gebruik word. Alhoewel die konsep ‘beskik’ ook in die konteks van kontraktuele erfopvolging gebruik word, blyk dit dat die konsep ‘vervreem’ nie geredelik in die konteks van testate erfopvolging gebruik word nie.[136]

---

133 Sonnekus 2012(a):1319; 2006:434-435. Hierdie begrippe moet nie verwar word met ’n bemakingsbevoegdheid nie. ’n Bemakingsbevoegdheid (‘power of appointment’) is die bevoegdheid waaroor ’n testateur beskik om aan ’n persoon die bevoegdheid te verleen om namens die testateur, en ná sy of haar dood, bevoordeeldes aan te wys. Die Engelse term hiervoor, naamlik ‘delegation of testamentary power’, is klaarblyklik beter as die verwarrende Afrikaanse eweknie, naamlik ‘delegasie van testeerbevoegdheid’. Sien Jamneck 2008(a):604.

134 Boezaart 2016:2-3, en 2016:2 in die Engelse teks, vertaal beskikking met ‘alienation’.

135 Die fokus van die volgende hoofstukke is juis om te bepaal presies hoe hierdie erfregtelike beskikking tot uitvoering kom.

136 Sien Cronjé *et al* 1996:173; De Waal en Schoeman-Malan 2015:2-3, 224; Jamneck *et al* 2017:272, 280, 286; Mostert *et al* 2010:103-106; Van Huyssteen *et al* 2017:5.

Om ’n onderskeid tussen beskikkingsbevoegdheid en vervreemdingsbevoegdheid te probeer tref, is alreeds problematies aangesien hierdie inhoudsbevoegdhede tradisioneel as deel van die sakereg, en spesifiek as deel van eiendomsreg, behandel word.[137] Van der Vyver en Joubert[138] lys beskikkingsbevoegdheid en vervreemdingsbevoegdheid as twee afsonderlike inhoudsbevoegdhede en omskryf beskikkingsbevoegdheid as ‘die bevoegdheid om te bepaal wat met die objek gedoen mag word en nie gedoen mag word nie’ en wys daarop dat beskikking in ’n breë sin verstaan moet word.[139] Hulle omskryf vervreemdingsbevoegdheid as ‘die bevoegdheid om die objek van eienaar te laat verwissel’. Van der Walt en Pienaar[140] beskryf dit as ‘die bevoegdheid om ’n saak aan iemand anders oor te dra’.[141] Hierdie omskrywings impliseer die beëindiging, sowel as die oordrag van regte.[142] Indien hierdie verwisseling *inter vivos* gebeur, is die kontraktereg van toepassing en indien dit by afsterwe gebeur, is die kontraktereg (in die geval van ’n *pactum successorium*) en/of die erfreg van toepassing.

Van der Walt en Pienaar[143] stel dat, al sou ’n eienaar se vervreemdingsbevoegdheid aan bande gelê word – en hulle noem pertinent ’n *fideicommissum* as voorbeeld van so ’n geval – die eienaar steeds die algemene beskikkingsbevoegdheid ten opsigte van die betrokke saak het. Die problematiek verdiep wanneer Mostert *et al*[144] se bespreking van die inhoud en bevoegdhede van eiendomsreg oorweeg word. Hulle verwys eerstens na die *ius disponendi* as ‘die reg om oor die saak te beskik’ (‘right to dispose of the property’),[145] maar in hul bespreking van die posisie in die Suid-Afrikaanse reg, aan die hand van inhoudsbevoegdhede, omskryf hulle die *ius disponendi* as ‘die bevoegdheid om die eiendom te vervreem of te beswaar’ (‘the

---

137 Sien Van der Walt en Pienaar 2016:1-4, 25-27, 48-50. Sien ook Badenhorst *et al* 2006:93-96 en Van der Merwe 1989:173-176.

138 1991:29-30. Sien ook Heaton 2012:41.

139 Hulle noem as voorbeeld beskikkingsbevoegdheid in die breë sin waar ’n regsubjek sy regsobjek uitleen aan ’n derde.

140 2016:48.

141 Sien ook Dooyeweerd, soos na verwys deur Van der Vyver en Joubert 1991:29, wat aanvoer dat vervreemdingsbevoegdheid nie ’n inhoudsbevoegdheid is nie, maar ’n kompetensie aangesien dit by die *oordrag* van ’n subjektiewe reg gaan oor die beëindiging van die aanspraak op die objek en nie oor die uitoefening van die reg nie.

142 2010:211-215; Van der Walt en Pienaar 2016:148-151.

143 2016:50.

144 2010:103 (2010:93 in die Engelse teks).

145 In die konteks van die Anglo-Amerikaanse regstelsels wat eiendomsreg as ’n bondel regte beskryf.

entitlement to alienate or encumber the property').[146] Hulle maak ook later die stelling dat 'n eienaar in staat is 'om haar eiendom te vervreem deur dit te verkoop, te skenk of daarvan afstand te doen'.[147] Hierdie stelling vertaal hulle met 'an owner is entitled to dispose of her property by way of sale'.[148] Dit lyk dus of Mostert *et al* beskik en vervreem as sinonieme gebruik, maar tog gebruik hulle die terme ook in die alternatief. Hul omskrywing van die *ius disponendi* is dus nie in alle opsigte konsekwent nie.[149] Boezaart[150] vertaal weer beskikking met 'alienation' en gebruik dié twee as wisselterme in haar bespreking van die inhoudsbevoegdhede. In *Hees v Southern Life Association*[151] verwoord die hof die fideikommissêre vervreemdingsbevoegdheid wat aan die *fidiciarius* verleen kan word as die 'powers to alienate and dispose of'.[152] Ook Sonnekus[153] wys op die '[g]rondwetlike beskermde vermoënsbelange onder artikel 25 van die grondwet' en lys as onderdeel van hierdie vermoënsbelang '[b]eskikkingsbevoegdhede soos normale vervreemdings- of verbruikersbevoegdheid'.

Laastens kan verwys word na die saak van *Crous v Utilitas Bellville*[154] waar die hof die geleentheid gehad het om te onderskei tussen vervreemding ('alienation') en 'n testamentêre bemaking in die konteks van 'n voorkoopsreg.[155] Die hof beslis dat vervreemding, as 'n vrywillige en willekeurige oordrag van eiendomsreg van 'n saak deur die eienaar daarvan na 'n nuwe eienaar, nie neerkom op 'n testamentêre bemaking, 'die bemaking van die eiendom in die erflater se testament [of op die]

---

146 Mostert *et al* 2010:105 (2010:94 in die Engelse teks).

147 Sien ook Van Huyssteen *et al* 2017:5.

148 Mostert *et al* 2010:95 (Engels).

149 Sien ook Hiemstra en Gonin 1999:215-216 wat die *ius disponendi* omskryf as 'right of disposal (or alienation)' en die *ius abalienandi* as 'right to alienate, to transfer ownership of'.

150 2010:2-3, en 2 in die Engelse teks.

151 2000 (1) SA 943 (W) 950(D).

152 Tog is die *fiduciarius* se vervreemdingsbevoegdheid beperk tot 'handelinge *inter vivos*' en mag 'n *fiduciarius* nie testamentêr oor die fideikommissêre bates beskik nie. De Waal en Schoeman-Malan 2015:169-170. De Waal en Schoeman-Malan 2015:163 wys ook duidelik op die onderskeid tussen vervreem en beswaar wat betref die algemene verbod op die vervreemdingsbevoegdheid van 'n *fiduciarius.* Laasgenoemde verwys daarna om die fideikommissêre bates met 'n verband, pand of serwituut te beswaar.

153 2012(a):1341.

154 1994 (3) SA 720 (K).

155 Sien Naude 2006:475 wat in haar bespreking van die saak, testamentêre bemaking vertaal as 'testamentary disposition' eerder as 'testamentary bequest'. Dit dien dan ook as nog 'n voorbeeld dat 'beskik' en' bemaak' as sinonieme gebruik word soos hierbo uitgewys. Sien 3.2.2 hierbo.

oordrag van die eiendom uit die boedel aan die erfgename' nie.[156] Die hof tref tereg 'n duidelike onderskeid tussen vervreem; testamentêre bemaking (wat die oorgang van regte in bates reël); en die oordrag van bates as deel van die proses van boedelbereddering.

Wat ook al die presiese onderskeid tussen beskikkingsbevoegdheid en vervreemdingsbevoegdheid mag wees, blyk dit dat daar nooit aan die hand van die norme van die testate erfopvolging – *as 'n verbintenisskeppende feit* wat bloot op bate-oorgang aan die hand van die bedoeling van die testateur betrekking het – iets meer as die bevoegdheid om testamentêr oor bates te beskik, kan bestaan nie.[157] Dit word derhalwe in oorweging gegee dat vervreemdingsbevoegdheid, wat inhou om regte oor te dra en dus relevant is tot die verkryging en die beëindiging van regte, klaarblyklik buite die norme van die erfreg val. Hierdie aanspraak word onderskraag deur die vervanging van die eertydse Romeins-Hollandse stelsel van universele erfopvolging met die Engelsregtelik-geïnspireerde boedelberedderingsproses. Hierdie vervanging het meegebring dat die erfreg nie meer 'n wyse van eiendomsverkryging is nie. Die erfregtelike reëls met betrekking tot erfopvolging het nou slegs te make met bate-oorgang by afsterwe, naamlik die aanwys van die betrokke bevoordeeldes en hulle bevoordelings; met ander woorde, die inhoud van die testamentêre beskikkingsbevoegdheid.[158] Desnieteenstaande geskied die oordrag van die regte ten opsigte van 'n bate wat deel van die nalatenskap vorm, ooreenkomstig die toepaslike reëls van die sakereg as deel van die proses van boedelbereddering.[159] Die gevolgtrekking kan gemaak word dat testamentêre beskikkingsbevoegdheid, enersyds, en vervreemdingsbevoegdheid, andersyds, nie inhoudelik dieselfde is nie.[160] Die norme

---

156 By 725.

157 Dit blyk die posisie te wees ongeag of die konsep van erfopvolging breed of eng omskryf word om ook die oorgang van regte in te sluit, al dan nie. Sien bespreking hierbo van die onderskeid tussen erfreg en erfopvolging in die breë en eng sin.

158 Erfreg in die eng sin of die materiële reëls van die erfreg.

159 Erfreg in die breë sin of die formele reëls van die erfreg. Aangesien die boedelberedderaar die regte oordra na die bevoordeeldes, sal eiendomsoorgang op een van die wyses van afgeleide eiendomsverkryging neerkom. Van der Walt en Pienaar 2016:12, 20 en 148 ev.

160 Wat ook al die inhoudsbevoegdheid vervreemdingsbevoegdheid presies behels, in die konteks van kontraktuele erfopvolging het die kontrak uitsluitlik betrekking op die oorgang van regte. Die kontrak is dus per definisie slegs 'n verbintenisskeppende ooreenkoms en skep derhalwe net die persoonlike regte en verpligtinge tussen die partye. Die kontrak reël dus nie die oordrag van die regte as sodanig nie. Hutchison *et al* 2012:5; Mostert *et al* 2010:211-215; Van der Walt en Pienaar 2016:148-151; Van Huyssteen *et al* 2017:6, 8. Sowel erfregtelike as kontraktuele erfopvolging blyk

van die erfreg wys dus bloot die erflater se erfopvolgers aan en bepaal die omvang van hul bevoordeling of, anders gestel, die norme van die erfreg reël die beskikking oor bates. Hierdie testamentêre beskikkingsbevoegdheid word, ooreenkomstig die *Syfrets Trust*-, *BOE Trust*- en *Harvey*-gewysdes deur artikel 25 van die Suid-Afrikaanse Grondwet beskerm en, tesame met wat later rakende die grondwetlike beskerming van testeervryheid gesê sal word, ondersteun dit die aanspraak dat die begrip 'grondwetlike erfreg' inderdaad 'n plek in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg verdien.

3.3.1.3 *Begripsmatige kontekstualisering rakende die invloed van die grondwetlike konsepte van vryheid en menswaardigheid op die Suid-Afrikaanse erfreg*

In *In re BOE Trust Ltd*[161] trek die Hoogste Hof van Appèl 'n direkte verband tussen testeervryheid, enersyds, en die fundamentele grondwetlike beginsel van menswaardigheid, andersyds, deur aan te voer:

> Indeed, not to give due recognition to freedom of testation, will, to my mind, also fly in the face of the founding constitutional principle of human dignity. The right to dignity allows the living, and the dying, the peace of mind[162] of knowing that their last wishes would be respected after they have passed away.[163]

Die konsep van menswaardigheid ('human dignity') vind sy oorsprong in die Kantiese morele filosofie waar Currie en De Waal[164] dit beskou as '[w]hat gives a person his or her intrinsic worth' of 'inherent human worth', soos Ackermann[165] daarna verwys. Hierdie idee van menswaardigheid as dit wat 'n persoon sy of haar intrinsieke waarde

---

slegs verbintenisskeppende feite te wees en in beide gevalle reël die boedelberedderingsproses die oordrag van die verdeelbare bates.

161 2013 (3) SA 236 (HHA) par [27].

162 Hierdie 'peace of mind'-idee blyk uniek tot die erfreg te wees. Daar word in geen van die vergelykbare kontrakteregsake waar gehandel is met menswaardigheid en kontrakteervryheid, daarna verwys nie.

163 Waarnemende appèlregter Erasmus bevestig dat die grondwetlike beskerming wat testeervryheid geniet, ook te make het met die grondwetlik-gewaarborgde waarde, sowel as die reg op menswaardigheid (sonder om hierdie onderskeid te verduidelik). In die Hoogste Hof van Appèl-saak van *Harvey v Crawford* verwys die hof ook na menswaardigheid as sowel 'n waarde as 'n reg met betrekking tot testeervryheid (vergelyk paras [22] en [56] met [64]). Dit blyk in teenstelling te wees met die Suid-Afrikaanse kommentators wat in hierdie konteks fokus op menswaardigheid as 'n reg (soos vervat in artikel 10). Sien byvoorbeeld De Waal en Schoeman-Malan 2015:5; Du Toit 2017:148 en Sonnekus 2012(a):1334. Die onderskeid tussen menswaardigheid as 'n waarde, enersyds, en as 'n reg, andersyds, sal kortliks aangespreek word.

164 2013:251.

165 2012:4-5, 10. Sien Ackermann vir 'n volledige bespreking van menswaardigheid.

gee, blyk ook die basis te vorm in die soeke na die betekenis daarvan in al die sfere van die Suid-Afrikaanse reg.[166] Die belangrikheid van elke individu, as deel van die groter gemeenskap, word ten nouste gekoppel aan menswaardigheid en dit blyk die bron van die individu se ingebore regte tot vryheid en fisiese integriteit te wees.[167] Ackermann[168] stel dan juis dat '[t]he South African Constitution … treats fundamental human dignity (worth) and – flowing therefrom – freedom and equality as its cornerstones'.

Die erkenning van menswaardigheid as 'n fundamentele reg, en nie as 'n blote grondwetlike waarde nie, versterk die beskerming daarvan; gee dit 'n hoër status; en maak die 'algemene begrensingsmaatstawwe soos vervat in artikel 36 van die grondwet' daarop van toepassing.[169] Omdat dit 'n verskanste fundamentele reg is, behels dit 'n afdwingbare reg van 'n individu dat sy of haar menswaardigheid gerespekteer en beskerm sal word.[170] Currie en De Waal[171] bring menswaardigheid as 'n waarde en as 'n reg soos volg bymekaar: 'The value of human dignity is safeguarded and promoted, inter alia, by the recognition of a right to human dignity in the Bill of Rights.'[172]

In *Harper v Crawford*[173] verwys die hof na die Konstitusionele Hof se uitspraak in *Ferreira v Levin*[174] waar menswaardigheid en vryheid[175] soos volg met mekaar in verband gebring is:

---

166 *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice 1999 (1) SA 6 (KH) par [29], Nyathi v MEC for the Department of Health, Gauteng* 2008 (5) SA 94 (KH) par [45]; *Moosa v Minister of Justice and Correctional Services* 2018 (5) SA 13 (KH) par [16]; Currie en De Waal 2013:251; Neethling en Potgieter 2015:19; Schachter 1983:77 soos na verwys in Chaskalson 2000:198.

167 Currie en De Waal 2013:251.

168 2012:10. Sien ook Neethling en Potgieter 2015:20 wat 'n direkte verband trek tussen menswaardigheid en die persoonlikheid van die individu.

169 Sonnekus 2012(a):1346. Sien ook Neethling en Potgieter 2015:21; Sonnekus 2012(a):1334; De Waal 2012:3G7; De Waal en Schoeman-Malan 2015:5.

170 *Nyathi v MEC for the Department of Health, Gauteng* 2008 (5) SA 94 (KH) par [45]; Currie en De Waal 2013:253.

171 2013:252.

172 Sien Chaskalson 2000:198 en gesag daar aangehaal vir bespreking van die onderskeid. Sien verder Currie en De Waal 2013:31, 67; Neethling en Potgieter 2015:23.

173 2018 (1) SA 589 (WKK) par [32].

174 *Ferreira v Levin; Vryenhoek and Others v Powell* 1996 (1) SA 984 (KH) (1996 (1) BCLR 1; [1995] ZACC 13) par [49].

175 Die konsep van vryheid kom ook voor in die Grondwet as sowel 'n waarde as 'n reg (artikel 12).

> Human dignity has little value without freedom; for without freedom personal development and fulfilment are not possible. Without freedom, human dignity is little more than an abstraction. Freedom and dignity are inseparably linked. To deny people their freedom is to deny them their dignity.

Wat vryheid en fisiese integriteit betref, voortvloeiend uit menswaardigheid en verskans in artikel 12 van die Grondwet, verklaar Currie en De Waal[176] dat artikel 12(2) wel sielkundige aspekte sal insluit onder 'die reg op … sielkundige integriteit'. Dit is dan hierdie integriteit wat die idees van selfbeskikking en outonomie insluit. Hulle sluit af met die gevolgtrekking dat '[i]n effect, then, the right to control over one's body includes control over one's mind'.[177]

Dit is vervolgens belangrik om menswaardigheid en vryheid in 'n privaatregtelike konteks te beskou, waar die fokus val op die individu as primêre rolspeler wat deelneem aan die regsverkeer deur byvoorbeeld regshandelinge te verrig soos die maak van 'n testament of die sluit van 'n kontrak.[178] Uit die aard van menswaardigheid en vryheid as fundamentele regte, welke regte verknog is aan die betrokke individu, moet daar onderskei word tussen die individu wat handel, enersyds, en, andersyds, die handeling self en die gevolg van die handeling. Dit is voorts belangrik om daarop te let dat privaatregtelike konsepte soos 'testeervryheid' en 'kontrakteervryheid' as manifestasies van privaatoutonomie,[179] bloot waardes verteenwoordig. Gevolglik moet hierdie waardes – as abstrakte begrippe – gekonkretiseer word deur die verrigting of voltrekking van bepaalde beskikkingshandelinge.

Reeds van oudsher word dit in die kontraktereg geleer dat dit in die openbare belang is dat ooreenkomste wat vrylik (aan die hand van die uitoefening van kontrakteervryheid), in alle erns (met die nodige bedoeling) en deur bevoegde persone (diegene wat beskik oor handelingsbevoegdheid) aangegaan is, uitgevoer word en, indien nodig, deur die howe afgedwing word.[180] Die beginsel van kontrakgebondenheid –

---

176 2013:251.

177 Daar word toegegee dat hierdie bespreking van Currie en De Waal in 'n ander konteks plaasvind. Tog verklaar hulle (by 271) met verwysing na die *Ferreira*-saak dat die huidige artikel 12 '[m]ay have a residual role in protecting fundamental freedoms that are not adequately protected by other sections of the Bill of Rights'.

178 Boezaart 2016:1, 8-9, 133-134.

179 De Waal 2012:3G7. Sien bespreking wat volg hieronder by 5.2.

180 *SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren* 1964 (4) SA 760 (A) 767; *Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis* 1984 (4) SA 874 (A); Hefer 2004:1-2 met verwysing na die 1875

pacta sunt servanda – vereis streng nakoming van verbintenisse wat tot stand gekom het as gevolg van die uitoefening van kontrakteervryheid en die wilsooreenstemming wat tussen die kontrakpartye bestaan.[181]

Hierdie benadering word steeds in die moderne Suid-Afrikaanse reg gehandhaaf. In *Brisley v Drotsky*[182] bring appèlregter Cameron (met verwysing na regter Davis in *Mort v Henry Shields-Chiat*[183]) privaatoutonomie (spesifiek kontrakteervryheid) in verband met die grondwetlike waardes van vryheid en menswaardigheid deur aan te voer dat 'contractual autonomy[184] is part of freedom … [and] contractual autonomy informs also the constitutional value of dignity'. In *Barhuizen v Napier*,[185] met verwysing na die Hoogste Hof van Appèl se beslissing in hierdie saak,[186] bevestig die Konstitusionele Hof, by monde van regter Ngcobo, die beginsel van *pacta sunt servanda* en beklemtoon die belang van die grondwetlike waardes van vryheid en menswaardigheid in hierdie verband:

> Public policy, as informed by the Constitution, requires in general that parties should comply with contractual obligations that have been freely and voluntarily undertaken. This consideration is expressed in the maxim *pacta sunt servanda*, which, as the Supreme Court of Appeal has repeatedly noted, gives effect to the central constitutional values of freedom and dignity.

Regter Ngcobo benadruk dat die waardes van menswaardigheid en vryheid die beginsel van *pacta sunt servanda* onderlê deur te betoog dat '[s]elf-autonomy, or the ability to regulate one's own affairs, even to one's own detriment, is the very essence of freedom and a vital part of dignity'.[187]

Engelse saak van *Printing and Numerical Registering Co v Sampson* (1875) LR 19 Eq 462 by 465; Hutchison *et al* 2012:22.

181 Hefer 2004:2; Van Huyssteen *et al* 2017:10-11. Sien ook Currie en De Waal 2013:63.

182 2002 (4) SA 1 (HHA) paras [91]-[92].

183 2001 (1) SA 464 (K) 475.

184 'Contractual autonomy' sal noodwendig 'n sinoniem wees vir kontrakteervryheid. Sien bespreking by 5.2 hieronder waar daar onderskei word tussen die verskillende konsepte van outonomie (byvoorbeeld privaatoutonomie en kontrakteervryheid) ter toeligting van die konsep 'testeervryheid'.

185 2007 (5) SA 323 (KH) par [57].

186 *Napier v Barkhuizen* 2006 (4) SA 1 (HHA) par [12]; *Brisley v Drotsky* 2002 (4) SA 1 (HHA) par [94].

187 Par [57] soos bespreek in Currie en De Waal 2013:251.

Currie en De Waal[188] trek dan ook ’n direkte verband tussen die erfreg en die kontraktereg deur daarop te wys dat hierdie stelling van regter Ngcobo ook van toepassing is op die beginsel van testeervryheid.[189] Testeervryheid, as die versinnebeelding van privaatoutonomie in die erfreg, behels in wese dat die testateur vrylik testamentêr oor sy of haar bates kan beskik.[190] Die erkenning van die beginsel van testeervryheid beteken dat daar wel ook regtens gevolg gegee sal word aan die beskikking.[191]

Wat die beskerming van menswaardigheid in die konteks van die erfreg behels, moet twee aspekte ten slotte uitgelig word. Eerstens, die testateur se wilsverklaring is die tersake beskikking, en testeervryheid veronderstel ’n vrye beskikking oor bates (beskikkingsvryheid).[192] Hierdie vryheid, in die konteks van outonomie, behels, soos Sonnekus[193] dit stel: ‘Die bevoegdheid om self keuses te kan maak’. Du Toit[194] beklemtoon juis die belangrikheid van die keuse in die konteks van testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg, maar ook elders. Lehmann[195] gee selfs ’n subjektiewe element aan die keuse ten einde die belang daarvan te beklemtoon wanneer sy aanvoer: ‘It goes to the dignity of the testator, by acknowledging that the relationships that mattered to the testator in life, and which informed her testamentary choices, are worthy of respect’. Menswaardigheid is dan ook logieserwys relevant ten opsigte van die tweede aspek wat in die vorige paragraaf uitgelig is, naamlik dat die wilsuiting gerespekteer word deurdat daar regtens aan gevolg gegee sal word. Hierdie aspek behels die gemoedsrus in die wete dat die beskikkingskeuses – soos dit manifesteer in die beskikkingshandelinge – gerespekteer sal word deurdat die reg uitvoering daarvan sal verseker. In *Harvey v Crawford*[196] bring die Hoogste Hof van Appèl dan ook testeervryheid, menswaardigheid en keusevryheid bymekaar:

---

188 2013:251.

189 Ook in *Harper v Crawford* 2018 (1) SA 589 (WKK) by par [32] wys die hof op die beduidende parallelle wat bestaan tussen testeervryheid en kontrakteervryheid.

190 Sonnekus 2012(a):1319.

191 *Ex Parte BOE* 2009 (6) SA 470 (WKK) by par [26]; De Waal en Schoeman-Malan 2015:3.

192 Sonnekus 2012(a):1319.

193 2012(a):1319.

194 2017:160.

195 2014:9.

196 2019 (2) SA 153 (HHA) par [64].

> Freedom of testation, which is an important facet of the right to dignity, protects an individual's right not only to unconditionally dispose of her property, but also to choose her beneficiaries as she wishes.

Die toepassing van die grondwetlike regte van vryheid en menswaardigheid in samehang met die grondliggende erfregtelike beginsel van testeervryheid, onderstreep die duidelike impak wat die Grondwet op die erfreg het en onderskraag – soos hierbo gestel – die noodsaaklikheid van die plek vir die begrip 'grondwetlike erfreg' in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg.

3.4 Samevatting

Uit hierdie hoofstuk blyk dit duidelik dat daar 'n onderskeid bestaan wat die konsepte 'erfreg' en 'erfopvolging' betref, en dat laasgenoemde ook buite die norme van die erfreg werking kan geniet. Hoewel erfregtelike erfopvolging en kontraktuele erfopvolging beide verbintenisskeppend van aard is en die ter sake beskikkings-handeling by elk 'n 'disposition of property to take effect upon death'[197] is, verskil die onderbou (oftewel die wese) van die beskikkingshandelinge by elk radikaal. Kontraktuele erfopvolging opereer binne die kader van die kontraktereg waar die betrokke beskikking kontraktueel van aard is en gevolglik moet voldoen aan die vereistes gestel vir 'n geldige kontrak (waar *animus contrahendi* die deurslaggewende bedoelingsvorm is). In teenstelling hiermee word testate erfopvolging deur die reëls van die erfreg beheers met *animus testandi* as die vereiste bedoeling. Die begripsmatige kwessies en verwarring wat met die konsepte 'erfreg' en 'erfopvolging' verband hou, en wat in hierdie hoofstuk uitgelig is, beklemtoon die behoefte aan begripsuiwerheid binne die erfreg in die breër verband van die Suid-Afrikaanse reg. Hierdie hoofstuk dien derhalwe as motivering vir die soeke na begripsuiwerheid wat in die hieropvolgende hoofstukke onderneem sal word.

Daar is voorts in hierdie hoofstuk getoon dat die begrip 'erfopvolging' nie staties van aard is nie, maar dat dit vatbaar is vir nuutskeppings na gelang van veranderende omstandighede. In hierdie verband is gewys op die beduidende impak van die Suid-Afrikaanse Grondwet op die erfreg – tot so 'n mate dat dit die daarstelling en gebruik van die begrip 'grondwetlike erfreg' (en selfs 'grondwetlike erfopvolgingsreg') in die hedendaagse Suid-Afrikaanse reg regverdig. Artikel 25 van die Grondwet beskerm

[197] Corbett *et al* 2001:35.

erfopvolging (wat ook kontraktuele erfopvolging insluit) sowel as die beginsel van testeervryheid wat die testate erfreg onderlê. Dieselfde geld vir kontrakteervryheid in die geval van kontraktuele erfopvolging. Testeervryheid en kontrakteervryheid word verder in verband gebring met die grondwetlike waardes van vryheid en menswaardigheid: deur regtens gevolg te gee aan die betrokke regshandeling, waar die handelende party se wil vooropstaan, word die grondwetlike waardes van vryheid en menswaardigheid insgelyks gedien. Wat laasgenoemde waarde betref, blyk dit dat menswaardigheid op 'n omvattende begrip van 'menswees' dui – dit wat 'n persoon sy of haar intrinsieke waarde gee. In 'n erfregtelike konteks gaan dit in hierdie verband spesifiek oor die regsubjek se keusevryheid (aan die hand van testeervryheid) *en* die gemoedsrus dat sy of haar testamentêre wense – wat die gevolg van vrye keuse is – gerespekteer sal word deurdat die reg daaraan uitvoering sal gee. Menswaardigheid blyk dus as't ware die grondwetlike skakel tussen die testeerhandeling en die gevolg daarvan te wees. Privaatoutonomie, testeervryheid en kontrakteervryheid bly egter slegs waardes en gevolglik moet hierdie waardes, as abstrakte begrippe, gekonkretiseer word deur die verrigting of voltrekking van 'n beskikkings*handeling*. Die tersaaklike beskikkingshandeling is die testeerhandeling wat vervolgens as die sentrale tema van die studie volledig ondersoek sal word.

Hoofstuk 4
Begripsmatige beskouing van testateursbedoeling: Bedoeling *begripsmatig*

4.1 Inleiding

Die wil van die regsubjek staan voorop in die meeste vertakkinge van die reg. Die testateur se wil loop soos 'n goue draad deur die testate erfreg; kontrakpartye se wil is die spilpunt waarom die kontraktereg draai; en daders se wil vorm 'n belangrike komponent van die delikte- en strafreg, om maar enkele voorbeelde te noem.[1]

Ten spyte van die vooropstelling van die testateur se wil in die testate erfreg, bestaan daar, wat die Suid-Afrikaanse erfreg betref, weinig regspraak en regsliteratuur wat die testateur se wil behoorlik omskryf, verduidelik of kontekstualiseer. Oorsese regspraak en regsliteratuur rakende hierdie kwessie is ook skraps. Daar bestaan derhalwe 'n behoefte aan 'n studie waarin die wil van 'n testateur, oftewel testateursbedoeling, grondig ontleed word ten einde hierdie *lacuna*, en die begripsverwarring wat daarmee verband hou, aan te spreek en op te los. Dit word voorts in oorweging gegee dat hierdie behoefte nog sterker na vore kom indien dit geprojekteer word teen die agtergrond van die ander begripsmatige onsekerhede wat in vroeëre hoofstukke uitgelig is, byvoorbeeld die onsekerheid rakende die definisies van die erfreg en van erfopvolging wat in Hoofstuk 3 bespreek is. Dit word derhalwe aan die hand gedoen dat die gebrek aan 'n grondige beskouing van testateursbedoeling, en die begripsverwarring wat dit veroorsaak, tekenend is van breër begripsmatige onsekerhede binne die Suid-Afrikaanse erfreg.

Hierdie hoofstuk lê die grondslag vir die ontleding van sleutelkomponente van testateursbedoeling wat in die hieropvolgende hoofstukke onderneem word. Dit word gedoen deur in hierdie hoofstuk te kyk na heersende begripsmatige onsekerhede wat testateursbedoeling betref, waarna testateursbedoeling in 'n regsvergelykende en regsteoretiese konteks sinopties ondersoek word. Die doel is om te poog om 'n

[1] De Waal en Schoeman-Malan 2015:229; Kemp *et al* 2015:151-152; Neethling en Potgieter 2015:135-136; Snyman 2006:148-149; Van Huyssteen *et al* 2017:93.

bedoelingsleerstuk ('intent doctrine') in die Suid-Afrikaanse erfreg voor te stel, soortgelyk aan só 'n beoogde leerstuk in die Amerikaanse erfreg.[2]

4.2 Testateursbedoeling: 'n Inleidende oorsig en illustrasie van enkele begripsmatige onsekerhede

As inleidende uitgangspunt kan gestel word dat daar tradisioneel onderskei word tussen drie vorme van testateursbedoeling, maar ongelukkig sonder om dié vorme na behore met mekaar in verband te bring.

4.2.1 Eerste bedoelingsvorm: Die testateur se bedoeling of wense wat betref die verdeling van boedelbates

Hierdie bedoelingsvorm word hierna die 'inhoudelike bedoeling' of 'beskikkingsbedoeling' genoem. Dit word egter erken dat die relevansie van hierdie bedoelingsvorm nie tot geldig-verlyde testamente beperk is nie. Dit is in hierdie verband belangrik om daarop te let dat die toevoeging van 'n kondonasiebevoegdheid in die Suid-Afrikaanse testate erfreg in terme van artikel 2(3) van die Wet op Testamente tot gevolg het dat die inhoudelike bedoeling of beskikkingsbedoeling nou ook tot uiting kan kom in formeel-gebrekkige dokumente. Artikel 2(3) stel dit immers as 'n vereiste dat die oorledene die bedoeling moes gehad het dat die dokument sy of haar testament moet wees, maar daar heers heelwat onsekerheid rakende wat hierdie bedoelingsvereiste in die konteks van die kondonasiebevoegdheid betref.[3] Hierdie onsekerheid rakende artikel 2(3) se bedoelingsvereiste beklemtoon die noodsaaklikheid van begripsekerheid in die Suid-Afrikaanse testate erfreg, welke kwessie breedvoerig in die prognose in Hoofstuk 8 van die studie aangespreek sal word.

---

2 Sien Glover 2016:569 en bespreking hieronder. Hierdie hoofstuk lê die grondslag vir die daarstelling van 'n bedoelingsleerstuk ('intent doctrine') in die Suid-Afrikaanse reg wat in die prognose (Hoofstuk 8) toegepas sal word.

3 Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:80-83.

4.2.2 Tweede bedoelingsvorm: Die testeerbedoeling of *animus testandi*

Hierdie bedoelingsvorm geld as een van die ontstaansvereistes vir 'n testament. De Waal en Schoeman-Malan[4] verduidelik hierdie vereiste deur aan te voer dat indien daar 'n dokument voorhande is en daar moet vasgestel word of dit 'n testament is of nie, daar gekyk moet word of die dokument met die bedoeling om te testeer (*animo testandi*) gemaak is.

4.2.3 Derde bedoelingsvorm: *Animus revocandi*, synde die bedoeling ter sake by die herroeping van testamente

Alhoewel *animus testandi* en *animus revocandi* ooglopend verskillend is, is dit duidelik dat die testeerbedoeling en die herroepingsbedoeling nogtans in noue samehang met mekaar kan opereer. Hierdie twee bedoelingsvorme word egter weinig in regsliteratuur met mekaar gekontrasteer. *Animus revocandi* het spesifiek betrekking op die herroepingshandeling (as 'n regshandeling), welke handeling ook in 'n testament beliggaam kan word deur 'n herroepingsklousule (*clausula revocatoria*) in die testament in te sluit. Ongelukkig word daar beswaarlik ooit in regsliteratuur 'n bevredigende verduideliking verskaf rakende hoe en waarom hierdie twee verskillende bedoelingsvorme in dieselfde testament kan voorkom.[5] Hierdie leemte dui eweneens op die noodsaaklikheid van groter begripsmatige sekerheid rakende testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse testate erfreg.

Bogenoemde drie verskyningsvorme van testateursbedoeling, alhoewel op die oog af voor die hand liggend en onomstrede, kan nietemin tot begripsverwarring aanleiding gee. Enkele voorlopige kwessies kan in hierdie verband uitgelig word:

[4] 2015:229-230.

[5] Cronjé *et al* 1996:49 (Engelse teks); De Waal en Schoeman-Malan 2015:93-97.

Eerste kwessie:

Die begrip 'testateursbedoeling' word enersyds as 'n generiese konsep gebruik wat *al* bogenoemde bedoelingsvorme omvat, sonder om altyd pertinent aan te dui na welke spesifieke vorm verwys word. Bedoeling word byvoorbeeld gebruik om te verwys na die oorhoofse bedoeling om 'n testament te maak; die bedoeling wat betref die inhoud van 'n testament (die inhoudelike bedoeling), insluitend hierby die bedoeling om oor bates te beskik (die beskikkings-bedoeling); die bedoeling om te testeer (die testeerbedoeling of *animus testandi*); asook die bedoeling om 'n testament te herroep (herroepings-bedoeling of *animus revocandi*).

Die probleem verbonde aan die gebruik van testateursbedoeling as 'n enkele generiese konsep, sonder om die verskillende komponente daarvan geredelik en konsekwent te identifiseer of te gebruik, blyk uit die onsekerheid wat heers wat betref die interpretasie en toepassing van die kondonasiebevoegdheid ingevolge artikel 2(3) van die Wet op Testamente, en spesifiek by die bedoelingsvereiste daarvan. Hierdie onsekerheid hou verband met die vraag na presies welke bedoeling vereis word ten einde te voldoen aan die bedoelingsvereiste soos deur artikel 2(3) gestel: word die bedoeling byvoorbeeld vereis dat die betrokke dokument 'n testament moet wees, of word die bedoeling vereis dat die dokument 'n beskikking oor bates moet beliggaam? Dit word in oorweging gegee dat 'n onsekerheid soos hierdie toegeskryf kan word aan die gebrek aan 'n duidelike omskrywing van al die komponente van testateursbedoeling.

Die gevolg van hierdie onsekerheid, spesifiek ten aansien van die kondonasiebevoegdheid, is dat daar in regsliteratuur selfs 'n verdere bedoelingsvorm geskep is, naamlik die sogenaamde 'artikel 2(3)-bedoeling'.[6] Hierdie studie sal toon dat die skep van sodanige kunsmatige bedoelingsvorme onnodig en ongewens is.

6 Sien Jamneck 2008(a):603.

Tweede kwessie:

Selfs wat die spesifieke bedoelingsvorme betref waarna hierbo verwys is, bestaan daar onsekerhede en teenstrydighede. Drie voorbeelde kan in hierdie verband genoem word:

Ten eerste heers onsekerheid rakende wat inhoudelike bedoeling beteken. Die konsep ‘inhoudelike bedoeling’ word geredelik gebruik, maar word nie voldoende inhoudelik omskryf nie.[7] Inhoudelike bedoeling blyk ’n breë konsep te wees wat kan verwys na die bedoeling met betrekking tot alle inhoudelike testamentêre aangeleenthede, byvoorbeeld die bedoeling met betrekking tot die beskikking oor bates, asook die bedoeling relevant tot die nominasie van ’n eksekuteur of voog, of welke ander testamentêre aangeleentheid ook al. Beskikkingsbedoeling, daarenteen, blyk ’n meer beperkte betekenis te dra deurdat dit uitsluitlik betrekking het op die beskikking oor bates (‘disposition of assets’).[8] Die problematiek rakende die onderskeid tussen inhoudelike bedoeling, enersyds, en beskikkingsbedoeling, andersyds, kan weer eens aan die hand van die kondonasiebevoegdheid ingevolge artikel 2(3) van die Wet op Testamente geïllustreer word. Ingevolge artikel 2(3) word die hele formeel-gebrekkige dokument gekondoneer, insluitend enige herroepingsklousule wat dit bevat.[9] Artikel 2(3) sal egter nie van toepassing wees indien daar ’n formeel-gebrekkige dokument voorhande is wat slegs ’n herroepingsklousule bevat en dus geen beskikking oor bates beliggaam nie. In so ’n geval sal artikel 2A van die Wet op Testamente van toepassing wees wat handel met die kondonasie van informele herroepingshandelinge. Nodeloos om te sê, daar heers onsekerheid wat betref die wisselwerking tussen artikels 2(3) en 2A van die Wet.[10] Die handelingsmodel wat in hierdie navorsing voorgestel word, behoort tot die verheldering van hierdie onsekerheid by te dra.[11]

---

7 Jamneck 2009(a):116.

8 Sien egter *Ex parte Ackermann* 1950 (3) SA 424 (K) waar die hof die konsep ‘disposition’ in ’n wyer konteks gebruik as bloot om te verwys na die beskikking oor bates. Sien bespreking hieronder.

9 De Waal en Schoeman-Malan 2015:103.

10 Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:101-104. Sien bespreking hieronder by 8.6.1 en 8.6.2.

11 Sien bespreking in Hoofstuk 8 hieronder.

Tweedens verskil Suid-Afrikaanse kommentators oor die presiese inhoud wat aan *animus testandi* toegesê moet word. Jamneck[12] omskryf *animus testandi* byvoorbeeld as 'die bedoeling om 'n testament te maak', terwyl Wood-Bodley[13] daarteenoor aanvoer dat '[i]t is jurisprudentially incorrect to label a broad intention to make a will as a form of *animus testandi*'.

Derdens heers daar, wat *animus revocandi* betref, onsekerheid rakende die onderskeid tussen die wysiging van 'n testament (waar artikel 2(3) van die Wet op Testamente ook van toepassing kan wees) en die gedeeltelike herroeping van 'n testament (waar artikel 2A van die Wet ook van toepassing kan wees). De Waal en Schoeman-Malan[14] voer aan dat die testateur se bedoeling deurslaggewend sal wees om te bepaal of 'n gedeeltelike herroeping of 'n wysiging beoog was. Die skrywers dui egter nie aan presies hoe vasgestel moet word welke bedoeling by die testateur aanwesig was nie. Die handelingsmodel wat in hierdie studie voorgestel word, poog om hierdie problematiek aan te spreek deurdat dit testateursbedoeling beter toelig.[15]

Derde kwessie:

Verskillende terme, met verskillende betekenisse, word dikwels gebruik as sinonieme vir die begrip 'bedoeling', byvoorbeeld wil; wens; begeerte; 'volition'; *animus*;[16] en *voluntas.*[17]

---

12 2008:606.

13 2013:255.

14 2015:87, 102-103.

15 Sien Hoofstuk 8 hieronder.

16 Hoewel Hiemstra en Gonin 1999:157 die Latynse term *animus* wyd vertaal as 'bedoeling, oogmerk, opset, voorneme, wil' en in Engels 'design, desire, intention, object, purpose, will', wys Kaser 1984:53-56 daarop dat die konsep *animus* 'n baie spesifieke betekenis dra in die konteks van die privaatreg, met betrekking tot 'n regshandeling, naamlik: 'The intention directed to the achievement of a certain purpose at law.' Sien volledige bespreking van die konsep *animus testandi* in Hoofstuk 7.

17 Die spesifieke woorde dra as 'n reël 'n spesifieke betekenis, welke betekenis 'n sterk aanduiding van die testateur se bedoeling kan gee. Sien byvoorbeeld *Ostroff v Leiman* 1956 (4) SA 666 (T), waar die hof wys op die verband tussen spesifieke woorde en die bedoeling van die testateur. Wat die bedoeling van die testateur betref, tref die hof 'n duidelike onderskeid tussen die woorde 'wish and desire' wat versoekend ('precatory') van aard is, teenoor die woorde 'will and desire', in dieselfde testament, wat gebiedend/bevelend ('mandatory') van aard is. Sien bespreking by 4.3.2.3 hieronder.

Van der Merwe en Rowland[18] wys byvoorbeeld daarop dat, in die konteks van die rektifikasie van testamente, die konsep 'begeerte' ('volition') 'n spesifieke betekenis dra, naamlik dat dit een van twee aspekte (elemente) van die konsep 'bedoeling' is. In hierdie konteks verwys die konsep 'begeerte' na die innerlike wil of bedoeling van die testateur in teenstelling tot die geuite bedoeling (die wilsuiting – 'die betekenis van die testateur se woorde'), as die tweede aspek (element) van die konsep 'bedoeling'. In hierdie konteks het die terme 'begeerte' en 'bedoeling' dus duidelik verskillende betekenisse en sou die woord 'begeerte' as 'n sinoniem vir bedoeling tekort skiet.[19]

Vierde kwessie:

Bedoelingsvorme, buiten die drie hierbo genoem, is relevant tot die testament-maak-proses, maar word nie deurlopend erken of geredelik gebruik nie, byvoorbeeld die verlydings- of ondertekeningsbedoeling, die *animus signandi*.[20]

Bogaande kwessies kan saamgevat word deur te stel dat nie al die verskillende bedoelingsvorme deurlopend en op gepaste wyse met mekaar in verband gebring of vanuit die regte perspektief beskou word nie. Hierdie gebrekkige omgang met die bedoelingsvorme veroorsaak begripsverwarring wat die teoretiese onderbou van die Suid-Afrikaanse testate erfreg nadelig beïnvloed. Hierdie studie doen dus aan die hand dat groter begripsmatige duidelikheid ten aansien van testateursbedoeling verkry sal word indien die testament-maak-proses aan die hand van 'n aantal handelinge, wat elk met 'n spesifieke bedoeling gepaardgaan, ontleed word. Die fokus van die studie is derhalwe om, onder andere, aan die hand van die handeling-idee of handelingsmodel, te bepaal hoe die oorhoofse bedoeling om 'n testament te maak, sowel as die inhoudelike bedoeling (en spesifiek die beskikkingsbedoeling), die *animus testandi*, en welke ander bedoelingsvorme ook al, in die testament-maak-proses met mekaar skakel. Die testateur se wil sal dus direk met die gepaste fases van die testament-maak-proses verbind word om sodoende begripsmatige

18 1990:478, 484.

19 De Waal en Schoeman-Malan 2015:231. Sien volledige bespreking hieronder, asook 'n bespreking van die innerlike wil en die geuite wil in Hoofstuk 5.

20 Sien bespreking hieronder by 6.3.1.2.

duidelikheid rakende die bedoeling relevant tot elke fase te verkry. Gevolglik sal 'n behoorlike grondslag vir die beoordeling van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse testate erfreg gelê word. Alvorens die wil regtens ondersoek word in die konteks van die regshandeling en die vereiste bevoegdheid daarvoor,[21] is dit eers belangrik om enkele insigte rakende die idee van die wil vanuit 'n regsvergelykende perspektief te bekom ten einde hierdie onbeligte en ontwykende konsep vanuit 'n breër konteks te beskou.

4.3 Testateursbedoeling in regsvergelykende en regsteoretiese konteks

4.3.1 Sinoptiese regsvergelykende en regsteoretiese grondslag: Pogings tot die daarstel van 'n 'intent doctrine' in die Amerikaanse testate erfreg

Die Amerikaanse kommentator, Glover,[22] wys tereg op die belangrikheid van 'n sogenaamde 'intent doctrine' in die testate erfreg en voorts dat '[t]he lack of a clearly defined testamentary intent doctrine has caused both a practical misapplication and theoretical misunderstanding of various aspects of the law of wills'. Glover beklemtoon die belangrikheid van 'intent' of meer spesifiek 'testamentary intent' as 'n fundamentele beginsel, of die hoeksteen, van 'n testament.

Die verwarring waarna Glover verwys, hou verband met die feit dat die geldigheid van 'n testament, sowel as die uiteindelike verdeling van die boedelbates, om die 'decedent's testamentary intent' draai. Die rede vir die verwarring blyk te wees dat 'testamentary intent' gekoppel word aan *die bedoeling om 'n testament te maak*, sowel as *die bedoeling met betrekking tot die beskikking oor bates*.[23] Glover vra dan of beide voorgenoemde inderdaad elemente van 'testamentary intent' is, en, indien wel, wat die verhouding tussen die twee is en of daar selfs moontlik meerdere komponente van 'testamentary intent' bestaan. Hy wys tereg op die belangrikheid van die konsep 'testamentary intent', maar verklaar óók tereg, dat '[a] single cohesive understanding of the principle is elusive'.[24] Glover koppel 'testamentary intent' klaarblyklik aan

21 Sien Hoofstuk 5.
22 2016:569.
23 Glover 2016:569-570.
24 2016:569.

animus testandi en verklaar dat '[a]ll states mandate that the decedent *execute a will with testamentary intent*'.[25] Glover maak ten slotte melding van die feit dat die Amerikaanse howe herhaaldelik wys op 'testamentary intent' as 'n onontbeerlike vereiste vir 'n testament, maar nooit verduidelik wat die konsep behels nie. Dit is dieselfde probleem waaronder Suid-Afrikaanse regspraak gebuk gaan.

Glover is slegs een van verskeie Amerikaanse skrywers wat poog om testateursbedoeling te omskryf.[26] Volgens Glover het Lindgren bykans 30 jaar gelede reeds probeer om inhoud aan testateursbedoeling te gee. Lindgren, aangehaal in Glover,[27] identifiseer agt subkategorieë van 'testamentary intent':

- **'Channelling intent':** Die bedoeling dat die dokument in die regskategorie genaamd testament pas.
- **'Probative intent'**: Die bedoeling om bates te verdeel deur middel van die 'probate'-proses.
- **'Ambulatory intent'**: Die bedoeling dat die dokument by afsterwe in werking sal tree.
- **'Delayed dispositive intent'**: Die bedoeling dat die dokument eiendomsoordrag by afsterwe sal bewerkstellig.
- **'Executory intent'**: Die bedoeling om 'n dokument te verly.[28]
- **'Nontentative intent'**: Die bedoeling dat die boedelbeplanningskema finaal sal wees.
- **'Descriptive testamentary intent'**: Die bedoeling dat die dokument die boedelbeplanningskema verwoord of beskryf.

25 2016:571. Glover verwys na 'n aantal sake wat die belangrikheid van 'testamentary intent' treffend bevestig deur byvoorbeeld aan te voer: 'The presence of *animus testandi* is the most important will-making requirement; it is a *sine qua non* of will-making'; 'To be valid as a will, an instrument must be executed with testamentary intent'; 'An instrument is not a will unless it is executed with testamentary intent'; 'It seems that nothing has been settled as universally true, but that the *animus testandi* must have been present'.

26 2016:574-575.

27 2016:575-578. Sien Lindgren 1992:1008-1033.

28 Dit blyk die *animus signandi* te wees. Sien bespreking by 6.3.1.2 hieronder.

- **‘Evidentory intent’**: Die bedoeling dat die dokument na afsterwe sal funksioneer ter bewys van die boedelbeplanningskema.[29]

Guzman is nog ’n Amerikaanse kommentator wat gepoog het om testateursbedoeling te omskryf. Glover[30] wys daarop dat Guzman voortbou op die grondslag deur Lindgren gelê. Sy beskryf ‘testamentary intent’ as ‘a tricky piece of business’ en ‘an extraordinarily elusive concept’. Waar Lindgren agt subkategorieë geïdentifiseer het, identifiseer Guzman slegs twee – ’n primêre en ’n sekondêre funksie – wat boonop oorvleuel. Die primêre funksie van testateursbedoeling, volgens Guzman, ‘drives the original finding of the will’ en behels die onderskeid tussen ’n dokument wat testamentêr van aard is, enersyds, en ’n nie-testamentêre dokument, andersyds. Anders gestel: ‘testamentary intent’ dui volgens Guzman op die bedoeling dat ’n bepaalde dokument inderdaad ’n testament is. Dit is interessant om daarop te let dat Guzman, ten opsigte van hierdie funksie, uitsluitlik fokus op ‘will-execution’. Guzman heg derhalwe besondere waarde aan voldoening aan verlydingsformaliteite ten einde as bewys vir die bestaan van ‘testamentary intent’ te dien. Een dokument kan egter meerdere regshandelinge beliggaam. Dit staan ’n erflater vry om byvoorbeeld in een dokument ’n testamentêre beskikking te maak, sowel as ’n skenking met die oog op die dood. In só ’n geval dra die enkele dokument meerdere regshandelinge, elk met ’n spesifieke bedoelingsvorm daaraan verbonde.[31] In hierdie opsig skiet Guzman se teorie te kort en beklemtoon sy die gevaar om die bedoeling aan die *dokument* te koppel, in teenstelling daarmee om die bedoeling aan die *handeling* te koppel, welke handeling bloot deur die dokument beliggaam word. Wat die sekondêre funksie van testateursbedoeling betref, wys Guzman daarop dat, indien dit vasstaan dat ’n dokument wel ’n testament is, bly die fokus steeds op die testateur se bedoeling, maar vanuit ’n ander konteks, naamlik om die reëls van interpretasie toe te pas ten einde testateursbedoeling vas te stel.[32]

---

29 Glover 2016:578 wys daarop dat Lindgren se raamwerk ‘perhaps raises more questions than answers’, maar gee toe dat dit ’n stap in die regte rigting is. Vergelyk hierdie bedoelingsraamwerk met die bedoelingsleerstuk wat voorgestel word in die studie by 8.5 hieronder.

30 2016:578-581. Sien Guzman 2011:305-374.

31 Sien die bespreking in Hoofstuk 3 by 3.2.2 waar daar onderskei word tussen die bedoeling om te testeer en die bedoeling om te kontrakteer.

32 2016:579.

Glover[33] se teorie behels wesenlik drie subkategorieë van testateursbedoeling:

- **'Donative testamentory intent'** wat behels 'whether the purported will expresses an intent to make gifts that become effective upon the decedent's death'; oftewel 'whether a particular document expresses an intent to convey property upon death'.[34]
- **'Operative testamentory intent'** wat behels 'whether the decedent intended a document that expresses the donative testamentory intent to be legally effective'.[35]
- **'Substantive testamentory intent'** wat die fokus laat val op die uitleg van die testament.

Glover[36] som die voorgenoemde drie subkategorieë op deur te postuleer:

> Once the court determines both that the purported will expresses testamentory gifts and that the decedent intended the document to be legally effective, the court must turn to the final element of the testament intent doctrine and construe the will in accordance with the decedent's intent.

Die voorafgaande teoretiese interaksie met testateursbedoeling is besonder waardevol vir hierdie studie aangesien dit toon dat testateursbedoeling nie 'n een-dimensionele konsep is nie. Al drie Amerikaanse kommentators na wie hierbo verwys is, postuleer dat testateursbedoeling 'n saamgestelde, meersydige konsep is, wat dus meerdere bedoelingsvorme of bedoelingsfasette omvat. Dit word egter in oorweging gegee dat die drie Amerikaanse kommentators waarna hierbo verwys is, se standpunte vir kritiek vatbaar is omdat hulle nie testateursbedoeling pertinent aan die testeerhandeling koppel nie. Hulle oorweeg testateursbedoeling as 't ware *in abstracto* sonder om dit pertinent aan die verskillende handelinge relevant tot die testament-maak-proses te verbind. Dit word aan die hand gedoen dat testateursbedoeling as oorhoofse konsep, slegs na behore verstaan kan word indien dit in die regte konteks

---

33 2016:581-599.

34 Hierdie bedoelingsvorm kan in verband gebring word met die 'beskikkingsbedoeling' wat in die studie geïdentifiseer word. Sien bespreking hieronder by 4.3.2.4.

35 Hierdie bedoelingsvorm kan in verband gebring word met die 'testeerbedoeling' (*animus testandi*). Sien bespreking hieronder by 4.3.2.4 en 7.2.1.

36 2016:595.

gestel word, naamlik as deel van die proses vir die maak van ’n testament aan die hand van die handeling-idee wat in hierdie studie voorgestel word.[37]

4.3.2 Die Suid-Afrikaanse reg

4.3.2.1 *Inleiding*

Glover[38] merk met betrekking tot die Amerikaanse tereg op:

> Courts frequently espouse the significance of testamentary intent without explaining what testamentary intent is, and when they do give more detail regarding the meaning of testamentary intent, their explanations are often vague and at times confusing and contradictory. Likewise, legal scholars have done little to untangle the specifics of testamentary intent. The lack of a clearly defined testamentary intent doctrine has caused both practical misapplication and theoretical misunderstanding of various aspects of the law of wills.

Hierdie kritiek is ook van pas ten opsigte van die ooreenstemmende Suid-Afrikaanse regsposisie. Suid-Afrikaanse regskrywers beklemtoon geredelik die belangrikheid van testateursbedoeling,[39] maar ook in ons reg word dit beswaarlik volledig, of in al die verskyningsvorme daarvan, omskryf. Dit word normaalweg as ’n oorhoofse konsep gebruik wat elk van ’n testateur se reeds genoemde bedoelingsvorme omsluit. In die enkele gevalle waar Suid-Afrikaanse kommentators wel die spesifieke bedoelingsvorme ondersoek het, bestaan daar ook nie altyd eenstemmigheid oor die inhoud en betekenis daarvan nie.[40] Daar word derhalwe vervolgens gekyk na die betekenis en die tradisionele beskouing van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse reg, waarna testateursbedoeling toegelig sal word deur dit eerstens in ’n breër privaatregtelike konteks te plaas alvorens dit vanuit ’n enger erfregtelike perspektief beskou word.

4.3.2.2 *Die betekenis van testateursbedoeling: Begripsmatigheid*

Suid-Afrikaanse regskrywers het in die verlede verskeie beskrywings of verduidelikings vir testateursbedoeling aan die hand gedoen. Cronjé *et al*[41] verwys byvoorbeeld daarna as die bedoeling; wil; wilsuiting; bewuste wilsuiting; uitdruklike wil;

---

37 Sien volledige bespreking hieronder in Hoofstuk 6.

38 2016:569. Eie beklemtoning.

39 De Waal en Schoeman-Malan 2015:229; Van der Merwe en Rowland 1990:115.

40 Sien byvoorbeeld die ontledings van Jamneck 2008(a):603-612 en 2009:113-125 wat kritiek van Wood-Bodley 2013:244-260 ontlok het.

41 1996:10, 11, 17, 18, 92.

en juridiese relevante laaste wilsuiting. In die Engelse teks van hul werk kom die begrippe 'intention' en 'statement of intention' voor.[42] Van der Merwe en Rowland[43] gebruik ook die volgende begrippe: bedoeling; wil; wens; en begeerte, en maak melding van die kommentator Wigmore wat wys op die dubbelsinnigheid van die woord 'bedoeling' ('intention') wat kan dui op begeerte ('volition'), òf betekenis ('sense') òf beide.[44] De Waal en Schoeman-Malan[45] verwys onder andere na 'n testateur se regsgeldige wense; bedoeling; gewilde bedoeling; en wilsuiting. Hulle vertaal wilsuiting as 'testamentary expression' en later as 'wishes'. Hulle wys ook daarop dat waar die testateur se wilsuiting beïnvloed word deur 'n derde, daar 'n *wil*sonderskuiwing[46] ('displacement of volition') plaasgevind het. Sonnekus[47] gebruik weer die volgende begrippe: wilsbesluit; laaste wil;[48] werklike wil; testeerwil; wilsuiting; wilsverklaring; en die testament as laaste wilsuiting. Corbett *et al*[49] verwys daarna as 'express wishes'; 'give effect to the *voluntas* of the testator'; 'testator's intention' en 'a desire on the testator's part'. Suid-Afrikaanse howe gebruik ook 'n veeltal beskrywings in hul omgang met testateursbedoeling. In *In Re Leedham*[50] verwys die hof byvoorbeeld daarna dat 'n testateur 'expressed his wish'. In *Taylor v Taylor*[51] tipeer die hof testateursbedoeling as 'expressed desires relating to [the] distribution of the estate', en in *MacDonald v The Master*[52] gebruik die hof die terme 'genuine intention' en later 'genuine will'.

Dit word, na aanleiding van bogaande beskrywings, in oorweging gegee dat die begrippe 'begeer'; 'wil'; 'wens'; 'bedoel'; en 'besluit' nie noodwendig sinonieme is nie, en dat 'n kombinasie van sekere van hierdie begrippe, soos byvoorbeeld gewilde wens, potensieel problematies is. De Waal en Schoeman-Malan[53] neem duidelik

---

42 1996:11.

43 1990:115, 280, 478, 572.

44 De Waal en Schoeman-Malan 2015:231 omskryf dit as twee elemente van bedoeling.

45 2008:3, 231; 2015:8, 46 en 2015:44 in die Engelse teks.

46 Sonnekus 2001:364 verwys daarna ook as 'wilsoordondering'.

47 2006:433-434, 450; 2012(a):1328.

48 Sonnekus 2007:78 vertaal 'laaste wil' as 'last wishes'.

49 2001:119, 138, 162, 528.

50 (1901) 18 SC by 451.

51 2012 (3) SA 219 (OKP) par [18]. Sien bespreking in voetnoot 58 hieronder.

52 2002 (5) SA 64 (O) by 70.

53 2008:3, 231.

kennis van die potensiële verwarring wat kan ontstaan, en vervang tereg in die 2015-uitgawe van hul boek ‘gewilde bedoeling’ met slegs ‘bedoeling’. Alhoewel ‘wens’ en ‘gewilde wens’ beide as sinonieme vir die beskikkingsbedoeling gebruik kan word, blyk ‘gewilde wens’ ’n wyer konsep of ’n breër begrip as bloot ‘wens’ te wees. Hierdie onderskeid is veral van belang waar Van der Merwe en Rowland[54] op die onderskeid tussen gebiedende en versoekende woorde in ’n testament wys. Hulle verklaar naamlik dat ‘[i]ndien die testateur egter ’n blote wens of versugting wil uit, moet woorde wat duidelik versoekend van aard is, gebesig word’. Hulle wys verder daarop dat ’n testamentopsteller terme konsekwent moet gebruik om die bedoeling in die verskillende dele van ’n testament weer te gee. Die inkonsekwente gebruik van ‘wens’ en ‘gewilde wens’ in dieselfde testament kan potensiële verwarring veroorsaak.

Aansluitend by Van der Merwe en Rowland se uiteensetting, verklaar De Waal en Schoeman-Malan[55] dat ‘[a] key element in intention is a person’s wishes or desire’. In *Ostroff v Leiman*[56] het die hof dan ook beslis dat die woorde ‘wish and desire’ versoekend (‘precatory’) is en dat die woorde ‘will and desire’, in dieselfde testament, gebiedend/bevelend (‘mandatory’) is. Tog, tereg, wys die hof in *Ex parte Williams*[57] daarop dat die woorde ‘it is my wish’, wat normaalweg as versoekend van aard beskou word, in dié spesifieke geval beoordeel is met inagneming van die testament as geheel, en dat dit wel bevelend gebruik is, met die gevolg dat die bedoeling van die testateur voorrang geniet selfs ten koste van die reëls van interpretasie.[58]

Dit is derhalwe duidelik dat ‘bedoeling’ as taalkundige begrip ruimte laat vir ’n veeltal interpretasies en dat ’n uitgebreide oefening in woordafleiding nie noodwendig tot ’n meer presiese vasstelling van dié begrip vir doeleindes van hierdie studie sal bydra

[54] 1990:572-573.

[55] 2015:219.

[56] 1956 (4) SA 666 (T) by 672. Sien ook Corbett *et al* 2001:527.

[57] 1958 (4) SA 707 (W) by 710-711.

[58] Daar is egter ook ’n aantal sake waar die howe nie bereid was om versoekende woorde as bevelend uit te lê nie. Sien byvoorbeeld *Mende v Mende* 1938 AD 259; en ook Corbett *et al* 2001:526-527 sowel as Isaacs en Horwitz 1979:118-120. Sien ook die artikel 2(3)-kondonasie geval van *Taylor v Taylor* 2012 (3) SA 219 (OKP) waar die hof die status van die testateur se sogenaamde ‘wish list’ moes bepaal. Die hof bevind dat die ‘wish list’ (‘list of wishes regarding distribution of property’) bloot die testateur se wense met betrekking tot die wyse waarop die testamentêre bepalings uitgevoer moet word, bevat het en nie bedoel was om die bestaande testament te wysig nie. Sien veral paras [15] en [16]. Sien ook Schoeman-Malan *et al* 2014:88-89.

nie. Wat die etimologiese onderbou van 'n begripsmatige benadering tot testateurs-bedoeling ook al mag wees, bly dit belangrik om in gedagte te hou dat, wat die erfreg betref, uitvoering gegee moet word aan die bedoeling van die testateur *soos wat dit in 'n testament voorkom*. De Waal en Schoeman-Malan[59] verklaar derhalwe tereg:

> Bedoeling het 'n sterk wilskern. Indien iemand nie iets gewil of beoog het nie kan daar van bedoeling geen sprake wees nie. Indien 'n persoon egter nog nie gepoog het om hierdie bedoeling van hom of haar in dade om te sit nie is dit bykans onmoontlik om vas te stel wat die persoon bedoel het. In die erfreg word hierdie bedoeling in dade omgesit wanneer iemand (die testateur) 'n testament maak.

Hierdie stelling laat die vraag na die vaslegging van testateursbedoeling ontstaan. Hierdie vraag word vervolgens beantwoord deur oor die tradisionele beskouing van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse reg te besin aan die hand van die testament-maak-proses in die breë.

4.3.2.3 *Die tradisionele beskouing van testateursbedoeling in die testate erfreg*

Die logiese vertrekpunt vir enige bespreking van testateursbedoeling lê by die testateur se besluit om by wyse van 'n testament oor sy of haar boedelbates te beskik. Dit behels dan ook Fase 1 van die testament-maak-proses wat later in die studie voorgestel word. Die algemene besluit of bedoeling om 'n testament te maak, moet egter nie, soos Wood-Bodley tereg uitwys, met *animus testandi* verwar word nie.[60] 'n Wil of wilsbesluit alleen is immers nie voldoende ten einde juridies relevant te wees nie. Die wil of wilsbesluit moet op 'n vasstelbare en regsrelevante wyse tot uiting kom vir die reg om gevolg daaraan te gee. Sodanige wilsuiting behels Fase 2 van die voorgestelde testament-maak-proses. Die skakel, regtens, tussen die subjektiewe onuitgesproke, gevormde wil en die objektiewe vasstelbare wilsuiting, is die regshandeling.[61] Die regshandeling impliseer 'n wil en 'n wilsuiting, welke wilsuiting verder vervat moet wees in 'n geldige testament ten einde 'n 'regsgeldige laaste

---

59 2015:229.

60 'It is jurisprudentially incorrect to label a broad intention to make a will as a form of *animus testandi*' (Wood-Bodley 2013:255). Hierdie standpunt word ondersteun deur gesag vanuit die Engelse reg. Sien Kerridge 2016:67 en veral *Re Berger* [1990] Ch 118 CA by 130. Sien ook Beinart 1959:203.

61 Kaser 1984:53-54 wys op die twee elemente van 'n regshandeling, naamlik die ware wil as die innerlike element en die wilsuiting as die uiterlike element.

wilsuiting per testament'[62] te wees, waaraan die reg gevolg gee (die voorgestelde Fase 3 van die testament-maak-proses).[63]

Dit blyk dat testateursbedoeling tradisioneel op twee wyses tydens die testament-maak-proses manifesteer:

- Die testateur moet bedoel dat sy of haar boedelbates aan die erfopvolgers toegedeel word. Hierdie laaste wil kan die 'beskikkingsbedoeling' of 'inhoudelike bedoeling' genoem word, met ander woorde, die testateur vorm 'n bedoeling rakende wie erf watter bates.[64] Dit is hierdie bedoeling wat moet vergestalt in 'n wilsuiting of wilsverklaring as die relevante handeling wat as 'n beskikkingshandeling getipeer word.[65]
- Die testateur moet ook bedoel om te testeer. Dit behels die bedoeling wat die wilsverklaring vergesel dat die boedelbates *post mortem* toegedeel word en staan bekend as die testeerbedoeling of *animus testandi*. Die testeerbedoeling word onder andere vereis alvorens die wilsverklaring – as handeling – as 'n *testeer*handeling kan kwalifiseer.[66]

Alhoewel die onderskeid tussen beskikkingsbedoeling of inhoudelike bedoeling, enersyds, en testeerbedoeling of *animus testandi*, andersyds, nie altyd duidelik uitgewys word nie, blyk dit tog geredelik getref te word. In die konteks van die Romeinse reg wys Kaser[67] byvoorbeeld op die onderskeid tussen die inhoudelike bedoeling en die konsep *animus.* Hy bring die 'declarations of intention (*declarare voluntatem*) or expressions of will' in verband met die interpretasie van testamente, en stel dit soos volg teenoor die *animus*-konsep:

---

62 Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:229 en Sonnekus 2006:436.

63 Die wil regtens word in Hoofstuk 5 van die studie volledig ondersoek.

64 Sonnekus 2006:433-434. Sien ook Sonnekus 2012(a):1320.

65 Die bevoegdheid om oor bates te kan beskik, is, soos in Hoofstuk 3 getoon, deel van die inhoudsbevoegdhede wat deur subjektiewe regte aan die reghebbende verleen word. Die beskikkingshandeling is 'n wye konsep wat al die verskillende vorme van beskikking kan insluit, byvoorbeeld vervreemdings-, genots- en beskikkingsbevoegdheid. Die relevante beskikkings-handeling vir die erfreg blyk 'n bemaking van bates te wees. Sien bespreking hierbo by 3.2.2. Sien Boezaart 2016:2-3; Sonnekus 2004:450-451; 2006:434; 2012(a):1322.

66 Beinart 1959:200; Corbett *et al* 2001:34. Sien volledige bespreking hieronder by 7.2.

67 Kaser 1984:53-56.

> Where the Roman jurists mentioned *animus* this pointed to a sphere beyond the mere interpretation of legal transactions. *Animus* meant, more particularly, the intention directed to the achievement of a certain purpose at law.

Hierdie onderskeid blyk selfs duideliker uit die universeel-aanvaarde Romeinsregtelike beginsel vervat in die stelreël *testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia, de eo quod quis post mortem suam fieri velit*, wat voorveronderstel dat ’n regsubjek se wilsuiting (‘laaste wil soos vervat in ’n regsgeldige testament’) erken en uitgevoer sal word.[68] Die stelreël word vertaal as ‘[a] will is a legal declaration of a man’s intentions which he wills to be performed after his death’.[69] Uit hierdie reël blyk dit duidelik dat daar twee bedoelingsvorme ter sprake is: eerstens die verklaring van die wil van die persoon (die wilsverklaring as sodanig – ‘declaration of intention’),[70] oftewel die beskikkingsbedoeling; en, tweedens, die onderliggende bedoeling waarmee hierdie wilsverklaring gemaak word oftewel *animus testandi* (‘which he wills to be performed after his death).

In die konteks van die Engelse reg blyk hierdie onderskeid ook duidelik en koppel Kerridge[71] spesifieke benamings aan van hierdie bedoelingsvorme:

> In order to make a valid will, a testator must have a testamentary intention (or *animus testandi*), i.e. he must intend the wishes to which he gives deliberate expression to take effect only at his death.

Dit word in oorweging gegee dat die inhoudelike bedoeling (beskikkingsbedoeling) betrekking het op ‘the wishes to which he gives deliberate expression’,[72] en die testeerbedoeling (*animus testandi*) word verwoord as ‘he must intend [the expression of wishes] to take effect only at his death’ (‘testamentary intention or *animus testandi*’).[73]

---

68 Sonnekus 2006:433.

69 Modestinus D 28 1 1 soos verwys na, en vertaal deur Sonnekus 2006:433; 2007:78. Sien ook Blackstone 1758:72, wat dieselfde definisie vir ’n testament gebruik. Sonnekus 2006:433 vertaal die stelreël in Afrikaans as ‘’n testament is die wettige wilsverklaring in verband met dit wat iemand wil hê dat daar na sy dood moet gebeur’.

70 Sien Kaser 1984:41-42, 53-55.

71 2016:1, 35, 41. Eie beklemtoning.

72 Uit Kerridge 2016:245, 273 se bespreking blyk dit voorts dat hierdie ‘dispositive intention’ tot uiting kom in die ‘dispositions’ of ‘dispositive provisions’ welke betrekking het op ‘who is to inherit what property’.

73 Vir ’n meer volledige bespreking van *animus testandi* in die konteks van die Engelse reg, sien die bespreking hieronder by 7.2.1.3.

Die onderskeid tussen testeerbedoeling en inhoudelike bedoeling[74] word duidelik aan die hand van die feite van *In Re Winter.*[75] *In casu* moes die hof die status van ’n dokument bepaal wat relevant was vir die erfreg omdat, soos die hof dit stel, ‘the paper was in testamentary form’. Dit was geldig verly en het onder meer gehandel met die verdeling van bates (die beskikkingsbedoeling was gevolglik seker). Dit was egter onseker of die dokument ’n testament was of slegs instruksies vir die opstel van ’n testament. Dit het geblyk dat die testatrise inhoudelik besluit het hoe haar bates verdeel moes word, maar met die skryf van hierdie beskikkings het sy nie bedoel dat dit as haar testament moes dien nie; sy het bedoel dat dit as instruksies aan haar prokureur moes dien waarvolgens hy ’n konseptestament vir haar moes opstel. Sy het egter later van besluit verander en die dokument geldig verly, klaarblyklik met die bedoeling dat dit as haar testament moes dien. Dit is dus duidelik dat, op die feite van die *Winter*-saak, die testatrise se inhoudelike bedoeling, en derhalwe ook haar beskikkingsbedoeling, dieselfde gebly het, maar dat haar testeerbedoeling, wat aanvanklik ontbreek het, wel later gevorm is en langs die weg van voldoening aan die testamentêre verlydingsformaliteite bevestig is. Gevolglik blyk dit dat die testeerbedoeling gevorm moet word en aanwesig moet wees alvorens daar oorgegaan word na die voldoening aan die formaliteitsvereistes.[76] Die hof het ook groot waarde geheg aan die feit dat die dokument gevind was in ’n koevert getiteld ‘My last bequests’ en dat die testatrise by meer as een geleentheid na die dokument verwys het as haar testament.[77] Dít dien klaarblyklik ter bewys daarvan dat die testeerbedoeling wel aanwesig was.[78]

---

[74] Spesifiek inhoudelike bedoeling in die breë sin van die woord, omdat die tersake dokument met ander aangeleenthede as die beskikking oor bates gehandel het.

[75] (1894) 15 NLR 287.

[76] Sien Du Toit 2014:71-72 wat na hierdie tipe gevalle verwys as ‘transformation-of-intention’ en dit soos volg verduidelik: ‘The deceased initially prepared the document … as instructions to his solicitor for the drafting of a will, but that the deceased’s intention regarding the document subsequently changed and that, thereafter, he intended the document as his final will.’ ’n Fokus van die studie is gevolglik om duidelik te onderskei tussen die bedoeling met betrekking tot die dokument, in teenstelling tot die bedoeling met betrekking tot die betrokke handeling wat die dokument beliggaam. Sien volledige besprekings in Hoofstuk 6 en 7.

[77] (1894) 15 NLR 287 by 291-292, 294.

[78] Sien Hoofstuk 7 vir ’n volledige bespreking van *animus testandi*, ook hoe dit verband hou met die formaliteitsvereistes.

Die *Winter*-saak onderskraag ook die standpunt dat die vorm of formaat van die dokument wat ’n testateur se beskikkingsbedoeling bevat, grootliks irrelevant is.[79] Flemming R voer dan ook in *Tshabalala v Tshabalala*[80] aan dat ‘die woord “testament” … nie verwys na die geskrif of dokument nie, maar na die geskrewe deel wat op die dokument verskyn’. Dit is klaarblyklik ’n verwysing na die vergestalting van die testateur se inhoudelike bedoeling as die ter sake wilsverklaring.[81]

De Waal en Schoeman-Malan[82] wys ook op die feit dat bedoeling meersydig is en dat testeerbedoeling aanwesig geag kan word indien daar ’n testament voorhande is:

> Daar word uitgegaan van die standpunt dat iemand wat ’n testament gemaak het, bedoel het dat sy of haar bates ingevolge die bepalings daarvan verdeel moet word na sy of haar dood.[83] Indien die persoon daarin geslaag het om sy of haar bedoeling duidelik uiteen te sit, is die uitleg van die testament eenvoudig en word die persoon se bedoeling nagevolg.[84]

Die uitleg of interpretasie van testamente het derhalwe ten doel om die testateur se inhoudelike bedoeling vas te stel. Indien die inhoudelike bedoeling onseker is, sal die reëls van interpretasie toegepas word om dit vas te stel en, slegs as die interpretasie van ’n testament geen aanduiding rakende ’n testateur se inhoudelike bedoeling verskaf nie, sal daar nie uitvoering aan die bedoeling van die testateur gegee word nie.[85]

Die fokus van die erfreg val normaalweg op die inhoudelike bedoeling (beskikkings-bedoeling). Die testate erfreg word immers omskryf, soos in Hoofstuk 1 uitgewys, as die normkompleks wat erfopvolging reël kragtens die bedoeling van die testateur soos

79 Sien ook, onder andere, *In re Leedham* (1901) 18 S.C. 450 waar die beskikkingsbedoeling voorgekom het as ‘an extract from a letter’ (Beinart 1959:204) en die hof bevind het dat die gedeelte van die brief ‘contained a clear indication that he wished his sister to take the benefit of any property he might leave’ (by 453). Sien ook *Van Wetten v Bosch* 2004 (1) SA 348 (HHA) waar die oorledene se inhoudelike bedoeling in ’n brief vervat is en *Smith v Parsons* 2010 (4) SA 378 (HHA) waar die oorledene sy inhoudelike bedoeling ten opsigte van die wysiging van ’n bestaande testament in ’n selfmoordnota vervat het. In sowel die *Van Wetten*- as *Smith*-sake is die voorgenoemde dokumente gekondoneer ingevolge artikel 2(3) van die Wet op Testamente.

80 1980 (1) SA 134 (O) by 137D-F.

81 Sien voetnoot 62 hierbo.

82 2015:229-230.

83 Die testeerbedoeling of *animus testandi*.

84 Die tweede bedoeling wys natuurlik op die inhoudelike of beskikkingsbedoeling wat vasgestel word aan die hand van die uitleg van testamente.

85 Cronjé en Roos 2002:264.

uitgedruk in ’n testament.[86] Die Romeinsregtelike stelreël *voluntas testatoris servanda est* stel eweneens dat die wense van die testateur, soos verwoord in ’n testament, gehandhaaf moet word.[87] Tog word die testeerbedoeling vereis alvorens daar uitvoering gegee kan word aan die inhoudelike bedoeling. Gevolglik is dié twee vorme van bedoeling afhanklik van mekaar en het beide ’n wesenlike effek op die status van die dokument. Wat die inhoudelike bedoeling betref, wys De Waal[88] daarop:

> It is trite law that a document can only properly be called a ‘will’ if it contains the testamentary wishes of the testator in question. A document that contains the wishes of someone else, and not those of the testator indicated in the document, can therefore not constitute a valid will.

Wat *animus testandi* betref, verklaar De Waal en Schoeman-Malan[89] dat, indien daar ’n dokument voorhande is en daar moet vasgestel word of dit ’n testament is, moet daar gekyk word of die dokument *animo testandi* opgestel is (let wel, opgestel in teenstelling tot verly). Inhoudelike bedoeling en testeerbedoeling (*animus testandi*) funksioneer derhalwe as twee kante van die munt genaamd testateursbedoeling, en spesifiek met betrekking tot testateursbedoeling in die konteks van die testeer-*handeling*.

4.3.2.4 *Testateursbedoeling: Inhoudelike bedoeling (ingesluit die beskikkingsbedoeling) en die testeerbedoeling (*animus testandi*)*

Animus testandi is noodsaaklik om die wilsverklaring – as handeling – te laat kwalifiseer as ’n *testeer*handeling. Hoewel *animus testandi* volledig onder die testeerhandeling in Hoofstuk 7 bespreek word, is dit egter nou reeds nodig om enkele opmerkings hieromtrent te maak. Die wilsverklaring, aan die ander kant, *is* die inhoudelike bedoeling wat tot uiting kom en daarom is dit belangrik om ’n goeie idee te vorm van wat hierdie inhoudelike bedoeling, en meer spesifiek die beskikkingsbedoeling, presies behels.

---

86 Cronjé *et al* 1996:17; De Waal en Schoeman-Malan 2008:3; Jamneck *et al* 2017:47; Van der Merwe en Rowland 1990:115.

87 Olivier 1989:40; Van der Merwe en Rowland 1990:251.

88 2013:984.

89 2015:229.

4.3.2.4.1 Inhoudelike bedoeling

Die inhoudelike bedoeling behels tipies ’n veeltal fasette. Dit kan byvoorbeeld gerig wees op die herroeping van ’n vorige testament,[90] sowel as status-aangeleenthede soos die aanstelling van ’n eksekuteur of ’n voog;[91] dit kan ook gerig wees op die reëlings wat betref die begrafnis[92] of selfs wat anatomiese skenkings betref,[93] om enkele voorbeelde te noem.[94] Trouens, Corbett *et al*[95] kritiseer die tradisionele definisie van ’n testament, wat uitsluitlik betrekking het op die ‘[d]evolution of the testator’s property after the testator’s death’, as onvolledig aangesien die testateur ‘[m]ay, in addition, deal with matters other than the devolution of property’.[96]

Uit voorgaande blyk dit dat ‘inhoudelike bedoeling’ ’n breë begrip is en dat dit ’n verskeidenheid inhoudelike bedoelingsvorme kan omsluit, insluitend die bedoeling met betrekking tot die beskikking oor bates. Dit blyk egter duidelik dat die bedoeling rakende die beskikking oor bates in die testate erfreg van wesenlike belang is. Daarom sal daar vervolgens gekyk word na wat hierdie beskikkingsbedoeling[97] spesifiek behels.

---

90 Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:94 wat daarop wys dat herroeping impliseer ’n ‘herroepingshandeling’ en die ‘bedoeling om te herroep (*animus revocandi*)’. Hoe *animus testandi* en *animus revocandi* saam in een dokument opereer, word volledig aangespreek in Hoofstuk 8. Sien ook die bespreking by 6.3.1.1.2 hieronder.

91 In *Burton-Moore v The Master* 1983 (4) SA 419 (N) by 420 verklaar die hof soos volg: ‘A will usually contains clauses dealing not only with the devolution of property but also clauses dealing with the appointment of executors and administrators’.

92 Sien Boezaart 2016:185-187; Corbett *et al* 2001:5; *Schnetler v Die Meester* 1999 (4) SA 1250 (K).

93 Sien Robinson *et al* 2015:41-43.

94 Sien Corbett *et al* 2001:39; De Waal en Schoeman-Malan 2015:134; Rowland 1972:56; Van der Merwe en Rowland 1990:614.

95 2001:34, 39.

96 *LAWSA* 2011:par 249 bied ’n vollediger definisie wat ook voorsiening maak vir die aanstelling van eksekuteurs en voogde. Sien ook Kerridge 2016:41 rakende die ooreenstemmende posisie in die Engelse reg. Vergelyk verder die bespreking in Hoofstuk 8.

97 Ander moontlike terme wat ook gebruik kan word, is ‘bemakingsbedoeling’, ‘verdelingsbedoeling’ of ‘distribution intention’, volgens Schoeman-Malan *et al* 2014:93. Daar word later volledig gekyk na wanneer hierdie beskikkingsbedoeling, soos dit tot uiting kom in ’n wilsverklaring as die relevante handeling, as ’n testeerhandeling kwalifiseer. Die ‘distribution intention’ kan moontlik ook voorkom in ’n dokument wat bedoel is as instruksies vir die opstel van ’n testament. Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:80-83; Schoeman-Malan *et al* 2014:93.

4.3.2.4.2 Beskikkingsbedoeling

ʼn Bevoegde regsubjek wat oor bates beskik, soos in Hoofstuk 3 getoon, is vry om tydens sy of haar lewe na goeddunke met die bates te handel ooreenkomstig die beginsel van privaatoutonomie. Hierdie bevoegdheid en vryheid om te handel, soos eweneens in Hoofstuk 3 getoon, word geraak deur die verskillende inhoudsbevoegdhede verbonde aan elke reg waaroor die regsubjek beskik.[98] Sonnekus[99] dui aan dat '[d]aar word in beginsel aanvaar dat ʼn regsubjek wat handelingsbevoeg is tydens sy lewe sy inhoudsbevoegdhede mag uitoefen en kan beskik oor sy bates'.[100] De Wet en Van Wyk[101] bring dan juis die *regshandeling* in verband met die *beskikking oor bates*:

> [D]ie mens is, binne perke, vry om oor sy regte te beskik en sy verhoudinge met ander te reël soos hy wil of begeer, en sodanige beskikkings word regshandelinge genoem. Is die beskikking een wat deur ʼn enkeling gemaak kan word, staan dit bekend as ʼn eensydige regshandeling … Die opvallende voorbeeld van ʼn eensydige regshandeling is die testament of uiterste wilsbeskikking.[102]

In Hoofstuk 2 is getoon dat die erfreg per definisie die oorgang van bates reël.[103] Die erkenning van testamentêre erfopvolging, in die Romeinse reg, die Romeins-Hollandse reg en die moderne Suid-Afrikaanse reg, beteken dus dat ʼn erflater regsgeldig ʼn laaste wilsuiting in ʼn testament kan maak wat betref die beskikking oor bates. De Waal en Schoeman-Malan[104] stel dit eenvoudig: 'Indien ʼn testateur oor sy of haar bates wil beskik, moet hy of sy ʼn geldige testament maak'.[105] Die beskikkingsbedoeling het gevolglik betrekking op die beskikking oor bates en dit manifesteer as testamentêre beskikkings in ʼn testament.[106] In *Ex parte Estate*

98 Sien Boezaart 2016:2-3.

99 2006:434.

100 Sonnekus 2006:434-436, 442; 2007:79, 85 verwys na die 'bevoegdheid om te testeer' (die *ius testandi* of die 'right to testate').

101 1978:6. Sien ook Sonnekus 2000:797.

102 Dit blyk duidelik dat die beskikking oor bates as die regshandeling beskou word. ʼn Testament bevat egter ook ander handelinge, byvoorbeeld die herroepingshandeling, welke konstruksie verdere toeligting vereis. Sien bespreking later rakende wat presies ʼn testament is.

103 Cronjé *et al* 1996:9; Van der Merwe en Rowland 1990:1.

104 2015:134.

105 Schoeman-Malan *et al* 2014:85 stel dit soos volg: 'South African law demands that testamentary dispositions be expressed in writing and contained in documentary form'.

106 De Waal en Schoeman-Malan 2015:59.

Davies[107] en *Oosthuizen v Die Weesheer*[108] word drie elemente geïdentifiseer om 'n testamentêre beskikking daar te stel, naamlik:

- 'n bemaking van bates;
- die omvang van die belang wat bemaak word; en[109]
- die identiteit van die bevoordeeldes.[110]

In die *Davies*-saak verklaar Broome RP dat al drie die elemente teenwoordig moet wees vir die beskikking om voltooid te wees.[111] Hy stel dit onomwonde dat dit sal faal indien die beskikking onvoltooid is.[112] In *Oosthuizen v Die Weesheer* gebruik die hof dieselfde elemente as in die *Davies*-saak, maar noem dit die testamentêre bepaling. Dit blyk ook uit die regsliteratuur dat meerdere terme as sinonieme gebruik word vir testamentêre beskikking ('testamentary disposition'), naamlik 'testamentêre bemaking' ('testamentary bequest') en 'erflating' (vertaal as 'bequest').[113] Terminologies blyk dit korrek te wees om 'n beskikking wat testamentêr gereël word, as 'n testamentêre bemaking te omskryf.[114] Schoeman-Malan[115] definieer 'n bemaking as "'n eensydige vrywillige beskikking deur 'n persoon wat voorsiening maak vir die

107 1957 (3) SA 471 (N) by 474A-C.

108 1974 (2) SA 434 (O) by 436C-D.

109 Corbett *et al* 2001:57 wys byvoorbeeld daarop dat 'n sketsplan wat tot 'n testament aangeheg word, die omvang kan aandui van die belang wat bemaak word, soos dit die geval was in *Oosthuizen v Die Weesheer* 1974 (2) SA 434 (O).

110 Schoeman-Malan *et al* 2014:59.

111 Volgens die definisie van 'n testament in artikel 1 van die Wet op Testamente, wat 'n testamentêre geskrif insluit, is 'n testamentêre geskrif 'n dokument wat enige van die elemente van 'n testamentêre beskikking beliggaam. Jamneck *et al* 2017:17. Sien ook Cronjé en Roos 2002:18.

112 Alhoewel al die elemente nie in een dokument hoef te verskyn nie, word elk se teenwoordigheid vereis vir die beskikking om voltooid te wees. *Ex parte Estate Davies* 1957 (3) SA 471 (N) by 473-475.

113 Sien byvoorbeeld Cronjé en Roos 2002:14-15, De Waal en Schoeman-Malan 2015:59 en Jamneck *et al* 2017:17, 53. Ander terme word ook lukraak gebruik, byvoorbeeld 'beskikkings' ('dispositions'), 'bevoordeling' ('benefit') of 'bemaking' ('bequest'). Waar die bevoordeelde 'n erfgenaam is, word die term 'erflating' ('inheritance') gebruik en 'legaat' ('legacy') waar die bevoordeelde 'n legataris is. Schoeman 1994:165 omskryf 'n legaat as 'n gespesifiseerde bemaking. De Waal en Schoeman-Malan 2015:8, 134, 138; 2015:8, 128, 132 in die Engelse teks.

114 Du Toit 2012:98. Interessant genoeg word een van die beperkte gevalle waar die bevoegdheid tot testering wel gedelegeer mag word, 'n bemakingsbevoegdheid genoem. Hierdie term blyk wyer te wees as die Engelse eweknie daarvan, naamlik 'n 'power of appointment'. Die bevoegdheid strek bloot sover om bevoordeeldes namens die testateur aan te wys en blyk dit nie 'n *bemakings*bevoegdheid in die ware sin van die woord te wees nie. Sonnekus 2006:442 gebruik tereg die term 'aanwysingsbevoegdheid'. Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:49-50 en gesag daar aangehaal.

115 1994:162.

verdeling van sy boedel na sy dood'. Jamneck *et al*[116] definieer 'bemaak' soortgelyk as 'om oor bates te beskik deur middel van 'n testament'. 'n Bemaking blyk dus 'n erfregtelike (testamentêre) beskikking te wees.[117]

*4.3.2.4.3 Testeerbedoeling (*animus testandi*)*

Wood-Bodley[118] wys daarop dat, indien 'n dokument 'touches on what is to become of the deceased's property', daar vervolgens vasgestel moet word of dit neerkom op 'n testamentêre beskikking en, indien dit wel 'n testamentêre beskikking bevat, moet dit aan die formaliteitsvereistes voldoen ten einde gelding te geniet. Hierdie stelling moet egter gekwalifiseer word deur daarop te wys dat, alvorens daar aan die formaliteitsvereistes voldoen moet word, dit ook seker moet wees dat die beskikking (as die handeling) inderdaad 'n testamentêre beskikking (as 'n *testeer*handeling) is, deurdat *animus testandi* ook aanwesig moet wees. Die inhoud van 'n dokument bepaal gevolglik die status van die dokument: eenvoudig gestel – 'n dokument wat 'n testeer-handeling beliggaam, kwalifiseer as 'n testament.[119]

De Waal en Schoeman-Malan[120] verklaar: 'Of die dokument 'n testament is, sal ook daarvan afhang of die persoon bedoel het dat dit 'n testament moet wees.' Hulle maak hierdie stelling deur na *The Law of South Africa (LAWSA)*[121] te verwys. Die betrokke paragraaf in *LAWSA* waarna die skrywers verwys, stel egter: 'Any document which displays the testator's intention as regards these three elements [the three elements

---

116 2017:11.

117 Dit word aan die hand gedoen dat 'n testamentêre bepaling of klousule en 'n testamentêre beskikking nie noodwendig dieselfde betekenis het nie. Die volgende voorbeeld dien ter illustrasie: 'n Testateur neem drie A4-bladsye en skryf die volgende woorde op die onderskeie bladsye: op bladsy 1, 'A'; op bladsy 2, 'erf' en op bladsy 3, 'my boedel'. Dit is een testamentêre beskikking – 'A erf my boedel' (een wilsverklaring), maar daar is drie testamentêre geskrifte wat elkeen aan die formaliteitsvereistes moet voldoen om geldig te wees. 'n Testamentêre bepaling of klousule blyk enige bepaling in 'n testament te wees, maar nie noodwendig 'n testamentêre beskikking nie, byvoorbeeld 'n bepaling of klousule wat 'n eksekuteur nomineer of 'n herroepingsklousule in die testament.

118 2011:612.

119 Langbein 1975:514 verwys na die Amerikaanse hof in Texas in *Shiels v Shiels* 109 S.W.2d 1112, 1113 (Tex. Ct. Civ. App. 1937) wat tereg verklaar: 'Testamentary intent on the part of the maker is essential to constitute an instrument a will'. Dit strook ook met die posisie in die Engelse reg, waar Kerridge 2016:35, 67 daarop wys dat 'n persoon 'n testament kan maak sonder dat hy of sy hoef te bedoel om 'n testament te maak, of selfs bewus daarvan hoef te wees dat hy of sy 'n testament maak. Hierdie aangeleentheid sal volledig bespreek word in Hoofstuk 7.

120 2015:59.

121 2011:par 252.

identified by the court in *Ex parte Estate Davies*] is, therefore, a "testamentary writing". Hoewel De Waal en Schoeman-Malan se verwysing na die betrokke paragraaf in *LAWSA* dus oënskynlik foutief is,[122] illustreer dit weer hoe 'n gebrek om duidelik tussen die verskillende komponente van testateursbedoeling te onderskei, verwarring kan veroorsaak. Die aanhaling uit *LAWSA* waarna De Waal en Schoeman-Malan verwys, handel met die beskikkingsbedoeling en nie soseer met *animus testandi* nie. Dit is egter onseker wat De Waal en Schoeman-Malan met hul stelling in gedagte het. Verwys hulle na *animus testandi*, of die vooraf bedoeling dat die betrokke dokument sal dien as testament wat opgestel staan te word, of selfs die oorhoofse bedoeling, na verlyding van die betrokke testament, dat dit sal dien as die testateur se testament?

Laastens moet melding gemaak word van die feit dat sowel die beskikkingsbedoeling as *animus testandi* gevorm kan word en tot uiting kan kom sonder dat die testateur fisies betrokke is by die testament-maak-proses. 'n Derde party kan die testament vir die testateur opstel en 'n *amanuensis* kan dit namens die testateur onderteken. Alhoewel dit inderdaad die testateur se testament is, was hy of sy nooit fisies betrokke by die maak of verlyding daarvan nie,[123] tog is beide bedoelingsvorme aanwesig en illustreer dit weer die belang van die *bedoeling* van die testateur. Daar sal later in die studie spesifiek gekyk word hoe die verskillende bedoelingsvorme in hierdie konteks opereer.[124]

4.4 Samevatting

Hierdie hoofstuk toon dat die wil van die testateur vooropstaan in die testate erfreg en onderstreep die noodsaaklikheid van 'n 'intent doctrine' in die erfreg, soos uitgewys deur die Amerikaanse kommentator, Glover.[125] Hoewel Glover en 'n aantal ander

---

122 *LAWSA* 2011:par 249 maak wel melding van die feit dat *animus testandi* vereis word. De Waal en Schoeman-Malan verwys klaarblyklik na hierdie paragraaf in *LAWSA* ter bevestiging dat die aanwesigheid van *animus testandi* die betrokke dokument laat kwalifiseer as 'n testament.

123 Daar moet duidelik onderskei word tussen die maak en die verlyding van 'n testament – die maak het te doen met die wilsuiting as die tersake handeling, en die verlyding het te doen met die voldoening aan die formaliteitsvereistes. *Maak* vereis 'n opstelhandeling en *verlyding* vereis verskeie verlydingshandelinge. Sonnekus 2003:344-345 en De Waal en Schoeman-Malan 2015:39, 61, 77, 78 stel maak en verly gelyk aan mekaar, maar onderskei later duidelik tussen die konsepte en wys op die onsekerheid wat bestaan wat hierdie konsepte betref. Sien ook De Waal 2004:529.

124 Sien bespreking in Hoofstuk 8 hieronder.

125 2016:569.

Amerikaanse kommentators[126] se standpunte wat testateursbedoeling betref, onderhewig is aan kritiek, het hulle wel die grondwerk gedoen vir die daarstel van 'n 'intent doctrine' waar hul aantoon dat testateursbedoeling nie 'n een-dimensionele konsep is nie.

Testateursbedoeling is dus 'n saamgestelde of meersydige konsep, wat meerdere bedoelingsvorme of bedoelingsfasette omvat. Hierdie bedoelingsvorme of -fasette kan slegs na behore verstaan word deur dit pertinent te koppel aan die verskillende handelinge relevant tot die proses vir die maak van 'n testament. Dit word gevolglik aan die hand gedoen dat testateursbedoeling (as oorhoofse konsep) slegs teoreties korrek verstaan kan word indien dit in die regte konteks gestel word, naamlik as deel van die testament-maak-proses aan die hand van die handeling-idee (handelingsmodel) wat in hierdie studie voorgestel word.[127]

Wat die maak van 'n testament betref, en meer spesifiek wat die testamentêre beskikking oor bates betref, is die tersaaklike handeling die testeerhandeling. Die twee bedoelingsvorme relevant tot die testeerhandeling is die beskikkingsbedoeling (as deel van die inhoudelike bedoeling) en die testeerbedoeling (*animus testandi*). Die beskikkingsbedoeling is 'n onderdeel van die inhoudelike bedoeling en word spesifiek gebruik waar die inhoudelike bedoeling gerig word op die beskikking oor bates. Inhoudelike bedoeling, as die breër konsep wat betrekking het op enige inhoudelike testamentêre aangeleentheid, kan gevolglik as sinoniem vir beskikkingsbedoeling gebruik word, maar waar beskikkingsbedoeling gebruik word, het dit die beperkte betekenis van die bedoeling met betrekking tot die beskikking oor bates. Die beskikkingsbedoeling dui derhalwe spesifiek op die bedoeling dat boedelbates aan die erfopvolgers toegedeel word. Die testateur vorm 'n bedoeling rakende wie watter bates erf, en dit is hierdie bedoeling wat moet vergestalt in 'n wilsuiting of wilsverklaring. Die tweede bedoeling relevant tot die testeerhandeling is die testeerbedoeling (*animus testandi*): die testateur moet ook bedoel om te testeer en dit behels die bedoeling wat die wilsverklaring vergesel dat die boedelbates *post mortem* toegedeel word. Die testeerbedoeling word vereis alvorens die wilsverklaring – as handeling – as 'n *testeer*handeling kan kwalifiseer.

---

[126] Ook Lindgren en Guzman soos hierbo na verwys.

[127] Sien volledige bespreking in Hoofstuk 6 hieronder.

Hoofstuk 5
Begripsmatige beskouing van testateursbedoeling: Bedoeling *regtens*

5.1 Inleiding

Uit die vorige hoofstuk blyk dit duidelik dat testateursbedoeling 'n meersydige konsep is wat meerdere bedoelingsvorme omvat. Die beskikkingsbedoeling en *animus testandi* is byvoorbeeld geïdentifiseer as die twee vernaamste bedoelingsvorme ter sprake by die testeerhandeling. Dit is voorts ook gestel dat testateursbedoeling slegs teoreties korrek verstaan kan word indien dit beskou word as deel van die testament-maak-proses aan die hand van die handelingsmodel wat in hierdie studie aan die hand gedoen word. Wat die testament-maak-proses betref, is dit derhalwe belangrik om testateursbedoeling deurlopend te beskou in die proses van testament maak ten einde na behore op die verskillende fasette te fokus waardeur die verskillende bedoelingsvorme kan gaan.

Ten einde die verskillende fasette van testateursbedoeling beter toe te lig, word die wil in hierdie hoofstuk *regtens* ondersoek deur dit in die breë te beskou in die konteks van die regshandeling, met die fokus op die verband tussen die wil en die bevoegdheid om 'n regshandeling te kan verrig, sowel as die verband tussen die wil, die bevoegdheid, en die vryheid waarmee 'n regshandeling verrig moet word. Die konsep 'wil' word ook in verband gebring met die vooraf motief; die innerlike wil; die wilsuiting; en die regtens relevante wilsuiting, aangesien hierdie kwessies tot 'n beter begrip van testateursbedoeling meewerk. Daar bestaan egter min bronne in die erfreg wat handel met die wil of bedoeling as sodanig, en gevolglik sal daar geredelik gesteun word op die gebied van die kontraktereg ten einde van bogenoemde kwessies aan te spreek.

5.2 Wilsvorming

Sonnekus[1] maak die volgende belangrike stelling wat betref die beskikking oor bates: 'An owner … may of his own free will decide to … put his Picasso painting in the

[1] 2007:78-79. Sien ook Sonnekus 2012(a):1346, 1348; 2006:434-435.

dustbin'.[2] Uit hierdie voorbeeld blyk drie aspekte: (i) die beskikking oor bates geskied aan die hand van 'n beskikkingshandeling; (ii) 'n beskikkingshandeling word voorafgegaan deur 'n keuse of besluit deur die handelende persoon; en (iii) hierdie toedrag van sake is noodwendig die gevolg van die erkenning van die konsep 'free will' in die Suid-Afrikaanse reg.

Hoewel die konsepte 'free will'; 'outonomie'; en 'kontrakteervryheid' of 'testeervryheid' geredelik in dieselfde konteks – naamlik dié van die beskikking oor bates – gebruik word,[3] bly hierdie konsepte, soos in Hoofstuk 4 uitgewys, egter in die eerste plek slegs waardes of abstrakte begrippe. Hierdie waardes of abstrakte begrippe moet gekonkretiseer word deur die verrigting van 'n handeling. Die *beskikkingsbedoeling* van byvoorbeeld 'n testateur of kontrakpartye kom dus tot uiting in 'n bepaalde *beskikkingshandeling*. Dit is egter belangrik om in gedagte te hou dat bogenoemde konsepte nie net op 'n gegewe tydstip teenwoordig of aanwesig is nie: hulle is onderworpe aan 'n proses, in welke proses die handelende persoon se wil onder andere gevorm word en tot uiting kom. 'n Sleutelelement van hierdie proses – van wilsvorming tot wilsuiting – is dat dit vry moet verloop.[4]

In die kontraktereg verklaar die wilsteorie dat ooreenstemming tussen die bedoelings van die kontrakpartye die grondslag van die kontrak vorm.[5] Tog is blote ooreenstemmende bedoelings nie voldoende nie en kan daar slegs konsensus wees indien daar 'n bewuste eensgesindheid tussen die partye bestaan. Uit die aard van die kontrak, as 'n regshandeling, word dit vereis dat hierdie bewuste eensgesindheid of wilsooreenstemming tussen die partye na buite verklaar moet word om regtens relevant te wees.[6] Hutchison *et al*[7] stel dit soos volg: 'Consensus is achieved through a process of communication involving declarations of wills by the parties'. Die wilsverklaring (of wilsuiting) moet met 'n bepaalde of bepaalbare inhoud gemaak word

---

2 Met begripsmatigheid in gedagte, moet die konsep 'free will', wat in Afrikaans vertaal word as 'vrye wil', duidelik onderskei word van die 'free expression of will' as die vryheid waarmee 'n wilsuiting gemaak moet word. Hoewel die konsepte met mekaar verband hou, verskil dit inhoudelik, soos in hierdie hoofstuk bespreek word.

3 Sien byvoorbeeld Sonnekus 2012(b):1; *Brisley v Drotsky* 2002 (4) SA 1 (HHA) par [94]; *Coetzee v Comitis* 2001 (1) SA 1254 (K) par [37].

4 Sien Van Huyssteen *et al* 2017:94 rakende die kontrakteerhandeling.

5 Van Huyssteen *et al* 2017:22, 37.

6 Van Huyssteen *et al* 2017:25, 50-51, 93.

7 2012:14 in die Engelse teks. Sien ook Hutchison *et al* 2012:48-49.

en met die nodige *animus contrahendi*. Die ooreenkoms tussen die partye behels wilsooreenstemming wat betref die gevolge wat elke individuele party beoog of bedoel om in te tree. Omdat dit ’n regshandeling is, stel die reg belang in die partye se ware bedoeling en verbind die reg die gevolge aan die regshandeling soos deur die partye gewil.

Die verklaringsteorie, as die teenoorgestelde teorie van die wilsteorie in die kontraktereg,[8] wys op die onderskeid wat kan bestaan tussen die wil, wat die persoon werklik (subjektief) dink, enersyds, en die wilsuiting as die uiterlike vergestalting van die partye se wil, andersyds.[9] Hierdie teorie fokus slegs op die geuite wilsverklaring en nie op die subjektiewe wil nie. Die partye is gebonde op grond van hul objektiewe, ooreenstemmende wilsverklarings en nie op grond van hul subjektiewe, ooreenstemmende bedoelings nie.[10] Hoewel die belang van wilsverklaring, as die nodige handeling, nie misken word nie, blyk dit egter dat die wilsverklaring niks meer as *prima facia* bewys van die partye se bedoelings kan wees nie.[11]

Ook in die erfreg is dit soms noodsaaklik om tussen die innerlike wil en die geuite wil te onderskei. Hierdie onderskeid is veral ter sprake by die interpretasie en rektifikasie van testamente. Kaser[12] wys daarop dat interpretasie relevant word wanneer daar ’n regshandeling – ’n testamentêre wilsverklaring – voorhande is, en interpretasie ‘[r]educes them [juristic acts] to their two elements: the will [real will], that is the inward element … and the expression of the will, that is the outward element’. Interpretasie stel dit ten doel om die bedoeling van die testateur vas te stel en kom in spel wanneer die ware wil (begeerte),[13] onduidelik of onseker is soos dit tot uiting gekom het in woorde (wilsuiting).[14] Met die proses van interpretasie word gepoog om die ware bedoeling van die testateur vas te stel, en in hierdie proses is die wilsuiting maar slegs

---

8 Hutchison *et al* 2012:16 benadruk die feit dat die grondslag van ’n kontrak in die individuele wil van die partye ingevolge die wilsteorie lê.

9 Hutchison *et al* 2012:16,43. Sien ook Van Huyssteen *et al* 2017:22, 34-35.

10 Van der Merwe *et al* 1994:28. Hutchison *et al* 2012:118 wys daarop dat in die konteks van die verklaringsteorie, die innerlike wil of ware bedoeling irrelevant is.

11 Van Huyssteen *et al* 2017:35.

12 Kaser 1984:53-54.

13 Sien bespreking onder 4.2 by ‘derde kwessie’.

14 Sien bespreking by 5.2.2 en 5.3 hieronder.

een van meerdere bronne wat gebruik kan word om die ware wil vas te stel.[15] Rektifikasie, as die regstelling van 'n fout in 'n testament,[16] is weer nodig wanneer die wilsuiting foutief of gebrekkig is. Die ware wil kom byvoorbeeld foutiewelik of op gebrekkige wyse tot uiting. Corbett *et al*[17] stel derhalwe dat '[b]efore a court will rectify a will, it will require proof … that the alleged discrepancy between intention and expression was due to a mistake'.[18] Gevolglik is daar 'n teenstrydigheid tussen die testateur se *ware bedoeling* en die *bedoeling soos uitgedruk in die testament* wat toegeskryf kan word aan 'n fout, welke fout reggestel kan word deur die toepassing van rektifikasie ten einde uitvoering aan die ware bedoeling van die testateur te gee.[19]

Wilsuiting – in die vorm van 'n regshandeling – word dus in die testate erfreg en die kontraktereg voorafgegaan deur wilsvorming aan die kant van die testateur en die kontrakpartye. Die handelende party(e) moet egter oor die nodige bevoegdheid beskik om die regsgeldigheid van die wilsvorming en uiteindelike wilsuiting te verseker.

5.2.1 Bevoegdheid

5.2.1.1 *Handelingsbevoegdheid*

Handelingsbevoegdheid is 'n deurslaggewende element van privaat-outonomie en behels die kompetensie om regshandelinge te verrig, of, anders gestel, die bevoegdheid om deur eie wilsbesluite regsgevolge teweeg te bring.[20] Die wil of bedoeling in die erfreg, as deel van die privaatreg, moet derhalwe beskou word in die konteks van die regshandeling wat deur 'n bevoegde regsubjek voltrek word. Die regshandeling gee regtens uitdrukking aan die handelende persoon se wil en handelingsbevoegdheid is die vermoë om regtens 'n wil te kan hê.[21] Die regshandeling en die vereiste handelingsbevoegdheid het, soos in die voorafgaande gedeelte

---

[15] De Waal en Schoeman-Malan 2015:230-231. Kaser 1984:53-54 wys daarop dat individuele *voluntas* reeds vroeg in die Romeinse reg voorkeur gekry het oor 'objective construction of *verba*'. Sien bespreking by Hoofstuk 2 hierbo by 2.3.2.

[16] Sien byvoorbeeld De Waal en Schoeman-Malan 2015:229-230.

[17] 2001:497.

[18] Sien Kaser 1984:56-58.

[19] Du Toit 2008:330.

[20] Sonnekus 2012(a):1321; Davel *et al* 1999:17.

[21] Sonnekus 2004:450.

getoon, in die konteks van die erfreg spesifiek betrekking op die wil soos gerig op beskikking oor bates.[22]

ʼn Handeling kwalifiseer as ʼn regshandeling omdat die reg belangstel in die handelende persoon se oogmerk ten einde gevolg daaraan te gee.[23] By ʼn regshandeling 'knoop [die reg] as uitgangspunt die gevolge wat die partye gewil het aan die betrokke regshandeling'.[24] Van der Merwe en Rowland[25] wys dus tereg daarop dat die maak van ʼn testament ʼn eensydige regshandeling is wat regsgevolge 'tot stand bring of wysig'. Ten einde ʼn regshandeling aan te gaan of te verrig, moet die handelende party uiteraard handelingsbevoeg wees.[26] Gevolglik begin die wil regtens by die vermoë of bevoegdheid van die betrokke regsubjek in soverre die regsubjek regtens in staat moet wees om die regshandeling te kan verrig.[27] Die verband tussen die regshandeling en handelingsbevoegdheid lê daarin dat die handelende party(e) in staat moet wees om regtens te kan bedoel omdat die reg dieselfde gevolg aan die regmatige handeling verbind as wat die handelende party(e) daarmee bedoel (beoog of ten doel gehad) het.[28] Dit beteken dat die handelende party(e) die aard, strekking en gevolge van sy, haar of hul handeling moet begryp alvorens die reg die bedoelde gevolge aan sy of haar of hul wilsuiting sal heg.[29]

Handelingsbevoegdheid, as die bevoegdheid om deur eie wilsbesluite regsgevolge teweeg te bring, beteken dat ʼn handelingsbevoegde regsubjek se wilsuiting hom of haar juridies toegereken word.[30] ʼn *Infans* (ʼn kind onder die ouderdom van sewe jaar) en ʼn geestesongestelde is byvoorbeeld handelingsonbevoeg omdat hulle nie ʼn juridies relevante wilsuiting kan maak nie – hulle kan nie regtens bedoel nie – en daarom koppel die reg geen gevolge aan hul wilsuitinge nie.[31]

---

22 Van der Merwe en Rowland 1990:3. Sien veral bespreking hierbo by 4.3.2.4.2.

23 ʼn 'Regshandeling' staan in teenstelling tot ʼn 'juridies relevante handeling', waar die reg gevolge aan die handeling verbind ongeag die oogmerk wat die dader met sy handeling wou bereik. Van Zyl en Van der Vyver 1982:504.

24 Lubbe 1989:170.

25 1990:481.

26 Van Zyl en Van der Vyver 1982:505; Boezaart 2016:8-9.

27 Van Zyl en Van der Vyver 1982:414; Sonnekus 2012(a):1341; Cronjé *et al* 1996:61.

28 Hutchison *et al* 2012:157-158, 524; Davel *et al* 1999:17, 48.

29 Davel *et al* 1999:17, 48.

30 Sonnekus 2012(a):1321; Van der Vyver en Joubert 1991:142.

31 Heaton 2012:42, 131; Davel *et al* 1999:17, 48.

Omdat die aangaan van regshandelinge ernstige implikasies kan hê, vereis die reg 'n bepaalde peil van geestesontwikkeling en geestesvermoëns alvorens die reg handelingsbevoegdheid aan 'n persoon verleen.[32] 'n Regshandeling wat deur 'n handelingsonbevoegde persoon voltrek word – en derhalwe deur 'n persoon wat nie oor die vereiste geestesontwikkeling en geestesvermoëns beskik nie – is *ab initio* nietig en bring dus geen regsgevolge mee nie.[33]

5.2.1.2 *Testeerbevoegdheid*

Kortliks gestel, is testeerbevoegdheid die bevoegdheid om die regshandeling van testament-maak te kan verrig en as sodanig is dit 'n onderdeel van handelingsbevoegdheid. Sonnekus[34] trek 'n insiggewende verband tussen testeerbevoegdheid en toerekeningsvatbaarheid:

> Die reg heg slegs gevolge aan 'n wilsuiting mits die wilsuiter oor die nodige geestelike vermoë beskik om die inhoud en nawerking van sy wilsbesluite self vooruit te beoordeel én om dienooreenkomstig te kan handel. Dieselfde beginsel onderlê die toedeling van blaamwaardigheid aan 'n onagsame of opsetlike wandaad waar eweneens gevra word of die wandader die onregmatigheid en die gevolge wat uit sy handeling of nalate voortvloei, kon voorsien én ter voorkoming daarvan moes handel.

Die idee van 'n geestelik-toerekeningsvatbare handelende persoon vind ook beslag in die regulering van formele testeerbevoegdheid in artikel 4 van die Wet op Testamente:

> Elkeen wat sestien jaar of ouer is, kan 'n testament maak tensy hy wanneer hy die testament maak, verstandelik onbekwaam is om die aard en uitwerking van sy handeling te begryp, en die bewyslas dat hy op daardie tydstip verstandelik onbekwaam was, rus op die persoon wat dit beweer.[35]

---

32 Heaton 2012:42.

33 De Waal en Schoeman-Malan 2015:39,91; Van der Merwe en Rowland 1990:205; Heaton 2012:98-99; Davel *et al* 1999:50.

34 2012(b):3. Sien ook De Waal en Schoeman-Malan 2015:40-41.

35 Die bewoording van artikel 4 laat ruimte vir verbetering. Benewens die feit dat die verstandelike bekwaamheidsvereiste eerder positief as negatief (met verwysing na onbekwaamheid) gestel kan word, kan die artikel dit duideliker stel dat die testateur die aard en uitwerking van sy *testeerhandeling* moet begryp. Wat die aard van die handeling betref, stel die hof tereg in *Katz v Katz* [2004] 4 All SA 545 (K) par [22]: 'What is required ... is the ability "to understand and appreciate the testamentary act in its different bearings". This entails, first, an appreciation of the nature of the transaction itself, ie *the act of disposing of one's property to named beneficiaries after one's death* ...'. (Eie beklemtoning). Wat die uitwerking van die handeling betref, is die testeerhandeling 'n regshandeling en die testateur moet begryp dat daar regtens gevolg gegee gaan word aan sy/haar testeerhandeling – dat die bates oorgedra gaan word aan die begunstigdes in die testament aangewys. Sien die bespreking wat volg.

Artikel 4 stel twee vereistes, naamlik:

- ʼn ouderdomsvereiste, wat slegs ʼn minimum vereiste van sestien jaar stel, met geen verdere beperking op ouderdom nie;[36] en
- ʼn verstandelike bekwaamheid of geestelike vermoëns vereiste, wat behels dat die testateur oor die nodige geestelike vermoë beskik om die aard en uitwerking van sy of haar handeling te begryp.[37]

Die toets om vas te stel of die nodige geestelike vermoë of verstandelike bekwaamheid by die testateur aanwesig was, is die sogenaamde *Banks v Goodfellow*-toets,[38] soos oor die jare aangepas en verfyn.[39] Die oorspronklike toets bestaan uit vier komponente, naamlik:[40]

> [T]he testator must: (i) understand the nature and effect of a will; (ii) know the nature and extent of his or her property; (iii) comprehend and appreciate the claims to which he or she ought to give effect; and (iv) not be suffering from a disorder of the mind or insane delusion that would result in an undesirable disposition.

Uit hierdie toets, en so ook die bewoording van artikel 4 van die Wet op Testamente, blyk twee kwessies wat problematies kan wees vir die testament-maak-proses waarop hierdie studie fokus. Dit is, eerstens, onseker van watter handeling die testateur die aard en uitwerking moet begryp. Het dit betrekking op die testament as geheel, of het dit spesifiek betrekking op die beskikkingshandeling(e), as testeerhandeling(e), wat die testament beliggaam? ʼn Tweede en verbandhoudende kwessie het te make met die vraag wanneer presies die vereiste bevoegdheid teenwoordig moet wees ten einde ʼn geldige testament daar te stel: met die vorming van die wil; met die uiting van die wil;[41] of met die verlyding van die dokument wat die wil beliggaam?[42] Natuurlik, indien daar nie ten laaste aan die formaliteitsvereistes voldoen word nie, kom daar nooit ʼn testament tot stand nie en is alles anders omtrent die 'testament' regtens irrelevant (ook die 'testateur' se testeerbevoegdheid). Nieteenstaande, ʼn dokument waar daar

---

36 In *Levin v Levin* [2011] ZASCA 114 (03/06/2011) was die testatrise 107 jaar oud. Sien Sonnekus 2012(a):1324 wat die *Levin*-uitspraak bevraagteken en ook sy geregverdigde kritiek teen die huidige stand van sake. Sien ook De Waal 2011(b):1036-1037.

37 Du Toit 2005:661; De Waal en Schoeman-Malan 2015:41; Jamneck *et al* 2017:62.

38 *Banks v Goodfellow* (1870) L.R. 5 Q.B. 549.

39 Du Toit 2005:662. Sien egter Sonnekus 2012(b):9 se kritiek wat die oorsprong van die toets betref.

40 Sien Schoeman-Malan 2015:613.

41 Sonnekus 2012(a):1329-1330.

42 Sien Sonnekus 2004:459.

aan geen van die formaliteitsvereistes voldoen was nie, kan nou gekondoneer word ingevolge artikel 2(3) van die Wet op Testamente, en daar heers onsekerheid rakende wanneer testeerbevoegdheid in sodanige gevalle in die prentjie kom.[43] Hoewel die hof tereg reeds in *Harlow v Becker*[44] baie spesifiek gefokus het op die wisselwerking tussen artikel 2(3) en testeerbevoegdheid, sowel as om suiwer te onderskei tussen testeerbevoegdheid en die bedoeling dat 'n dokument 'n testament moet wees,[45] blyk dit tog of daar steeds onsekerheid heers wat betref testeerbevoegdheid in die konteks van artikel 2(3).[46]

Eerste kwessie:

Tradisioneel word die maak van 'n testament as die ter sake regshandeling gesien – 'one will, one juristic act'.[47] Schoeman-Malan[48] blyk hierdie breër beskouing te ondersteun wat betref die toets vir testeerbevoegdheid: 'The words 'nature and effect' in the adage is understood to mean that the testator, in performing the act (drawing up and signing a will) must be aware of and appreciate the significance of the act.' Sy bevestig dit dan ook later waar sy skryf: 'The ability to understand what the will-making process is'.[49] Aan die ander kant koppel Sonnekus[50] en Du Toit[51] die toets spesifiek aan die testeerhandeling: die testateur moet in staat wees om die aard en uitwerking van die testeerhandeling te begryp. Sonnekus[52] gaan ook verder en verklaar dat die testateur die aard en uitwerking van die regshandeling moet begryp. Hy koppel die regshandeling aan die konsep 'testeer' of 'testering', en uit sy

43 *Van der Merwe v The Master* 2010 (6) SA 544 (HHA) by par [16]; Jamneck 2008(b):2/16.

44 1998 (4) SA 639 (D).

45 Die hof stel dit soos volg by 644A-B: 'Obviously, it is a prerequisite to the execution of a valid will that the person who executes the will has to intend it to be his will. But the mental capacity or competency to execute a valid will embraces more than a mere intention on the part of the testator that the draft will to which he puts his signature should be his will. He may appreciate the meaning of the document and approve of its contents and yet may lack the understanding or mental capability necessary for the execution of a valid will.'

46 Sien Schoeman-Malan *et al* 2014:91; Jamneck 2008(b):1/16; De Waal 2004:529.

47 *The Leprosy Mission v The Master of the Supreme Court* 1972 (4) SA 173 (K) by 183.

48 2015:614. Eie beklemtoning.

49 2015:615.

50 2012(a):1332; 2004:450.

51 2005:661.

52 2012(a):1325; 2004:451, 455, 460.

bespreking blyk dit duidelik dat testering slaan op die laaste wilsverklaring wat betrekking het op die *beskikking oor bates* by wyse van 'n testament.[53]

Die onsekerheid wat heers, is merkbaar indien na De Waal en Schoeman-Malan[54] se Engelse teks verwys word, wat klaarblyklik die breër toets omskryf: 'mental incapacity to understand the nature and effect of making a will', in teenstelling tot die 'enger' toets soos in hul Afrikaanse teks verwoord: 'verstandelike onbekwaamheid om die aard en uitwerking van die testeerhandeling te begryp'. By nadere ondersoek lyk dit of beide hierdie 'toetse' ondersteuning geniet: enersyds word daar soms kortom verwys na 'n 'sound disposing mind';[55] andersyds word daar pertinent elemente van die testament-maak-proses in die toets ingebring naas die 'act of disposing of property', byvoorbeeld deur ander testamentêre aangeleenthede soos die aanstelling van 'n eksekuteur, deel van die toets te maak.[56]

Dit word aan die hand gedoen dat die enger fokus verkieslik is. Hoewel die eerste komponent van die toets in *Banks v Goodfellow*[57] dit duidelik stel dat die testateur 'the nature and effect *of* a will' moet verstaan, blyk dit tog dat die toets betrekking het op die testeerhandeling as sodanig. Die hof stel dit immers soos volg: 'Partial unsoundness, not affecting the general faculties, and not operating on the mind of a testator in regard to testamentary dispositions, is not sufficient to render a person incapable of disposing of his property by will'.

Tweede kwessie:

Corbett *et al*,[58] soos nagevolg deur die hof in *Essop v Mustapha and Essop NNO*,[59] stel dit duidelik dat die Wet op Testamente spesifiek vereis dat testeerbevoegdheid teenwoordig moet wees '[a]t the date of the execution of

53 Sonnekus 2004:451 tref 'n onderskeid tussen die konsep 'testeer' (as die tersake regshandeling) en die verlydingshandelinge ten einde aan die formaliteitsvereistes te voldoen.

54 2015:39 (Engelse teks); 2015:41 (Afrikaanse teks).

55 *Tregea v Godart* 1939 AD 16 by 50; Corbett *et al* 2001:75-76; Du Toit 2005:662.

56 Vergelyk byvoorbeeld die toets in die saak van *Spies v Smith* 1957 (1) SA 539 (A) met die saak van *Katz v Katz* [2004] 4 All SA 545 (K).

57 1870 LR 5 QB 549 568.

58 2001:76.

59 1988 (4) SA 213 (D) by 222H-J.

the will'.[60] Hier staan die verlyding (ondertekening) van 'n testament in teenstelling tot die maak (opstel of formulering) van 'n testament, waar laasgenoemde spesifiek betrekking het op die uiting van die beskikkingsbedoeling as die testateur se wilsverklaring. Vergelyk die volgende voorbeeld:

'n Oorywerige 'testateur' skryf die aand voor sy sestiende verjaarsdag 'n 'testament' waarin hy sy hele boedel aan sy beste vriend bemaak. Hy verly dit egter eers die volgende dag – op sy sestiende verjaarsdag – wanneer hy regtens testeerbevoeg is. Die geldigheid van die testament hang uitsluitlik daarvan af of die bevoegdheid gekoppel word aan die *wilsuiting* (in welke geval die 'testament' ongeldig sal wees) teenoor die *voldoening aan die formaliteitsvereistes* (in welke geval die testament geldig sal wees).

Dit word na aanleiding van bogaande bespreking in oorweging gegee dat die relevante moment waarop testeerbevoegdheid aanwesig moet wees, ten tye van die wilsuiting is. Dit blyk uit die aard van 'n regshandeling (die reg gee gevolg aan die wil van die handelende party), sowel as die rede vir die beskerming wat regtens aan handelingsonbevoegde persone gebied word (die reg heg geen gevolge aan die wilsuiting van 'n handelingsonbevoegde persoon nie omdat die persoon nie die aard en uitwerking van sy of haar wilsuiting (handeling) begryp nie en juis daarom beskerm word).[61] Dit is voorts belangrik om in gedagte te hou dat 'n testament ook deels geldig en deels ongeldig kan wees met betrekking tot die testateur se bevoegdheid wat betref spesifieke wilsuitings (beskikkings) daarin. Gevolglik moet testeerbevoegdheid teenwoordig wees met betrekking tot *elke* wilsuiting wat in die testament beliggaam word.[62]

Dit blyk dat die onsekerhede wat hierbo uitgewys is, as verdere bewys dien van die begripsonsekerheid wat in die erfreg heers. Bogenoemde kwessies dien derhalwe ter

60 Corbett *et al* 2001:88-89 gebruik klaarblyklik 'execution' in die eng konteks van verlyding, naamlik die voldoening aan die formaliteitsvereistes.

61 Boezaart 2016:133.

62 Corbett *et al* 2001:76-77, 88-89; De Waal en Schoeman-Malan 2015:92; Du Toit 2005:663. 'n Testament wat twee bemakings beliggaam – 'Ek bemaak my woonhuis aan A.' en 'Ek bemaak my strandhuis aan B' – kan byvoorbeeld geldig wees wat die bemaking aan A betref, maar ongeldig wees wat die bemaking aan B betref omdat die testateur – om welke rede ook al – nie oor testeerbevoegdheid beskik het toe hy/sy die bemaking aan B gemaak het nie.

illustrasie van die effek wat begripsonsekerheid op die teoretiese onderbou en derhalwe die konseptuele integriteit van die erfreg het. Dit word daarom aan die hand gedoen dat die handelingsmodel ten aansien van die testament-maak-proses wat in hierdie studie voorgestel word, ook lig kan werp op die onsekerhede wat verband hou met ’n kwessie soos testeerbevoegdheid.

Dit word dus in oorweging gegee dat die testeerhandeling beskou moet word in die breër konteks van die testament-maak-proses, en dat geen spesifieke handeling (byvoorbeeld, testering of verlyding) afsonderlik beskou moet word nie, maar eerder deurlopend, as deel van die testament-maak-proses. Hierdie prosesmatige benadering word, ten aansien van testeerbevoegdheid, ondersteun deur die saak van *Van Heerden v Van Heerden*[63] waar Plasket R nie uitsluitlik op die testeerbevoegdheid van die testateur tydens die verlyding van die testament gefokus het nie, maar eerder deurlopend en prosesmatig daarna gekyk het. Die regter se benadering is soos volg:

> [T]he events of … the execution of the … will must not be viewed in isolation. By the time [the testator] said ‘gaan so voort’ he had consulted with … [a financial advisor] about the will on a number of occasions and with … [an attorney]. The evidence that was adduced on behalf of the defendants paints a picture of a person in possession of his faculties … who was bringing to a conclusion a process that had begun some time before.

5.2.1.3 *Die verband tussen testeerbevoegdheid, testeervryheid en vrye wilsuiting*

’n Testeerbevoegde testateur is per definisie ook ’n testeervrye testateur in soverre hy of sy ’n vrye wilsverklaring kan maak.[64] Sonnekus[65] wys juis daarop dat testeervryheid deur testeerbevoegdheid gekwalifiseer word en ‘[d]at ’n regsubjek wat nie oor die nodige kompetensie beskik nie ook geen grondwetlike beskermde testeervryheid kan geniet nie’. Hy wys voorts op testeervryheid en gepaardgaande testeerbevoegdheid wat verband hou met sy breër stelling dat handelingsbevoegdheid ’n deurslag-gewende element van privaatoutonomie is.[66]

Sonnekus[67] benadruk dat ’n regstelsel wat die beginsel van testeervryheid erken, ook daarop moet aandring dat ’n testateur se laaste wilsuiting weliswaar ’n vrye wilsuiting

---

63 Ongerapporteerde saak: [2018] ZAECGHC 139 (22/11/2018) par [146]. Sien ook paras [100]-[101].

64 Sonnekus 2012(a):1346.

65 2012(a):1341.

66 Sonnekus 2012(a):1346, 1321.

67 2006:438.

is.[68] ’n Vrye wilsuiting behels eenvoudig dat die testateur ooreenkomstig sy of haar eie vrye wil oor sy of haar goed beskik. Inbreukmaking op ’n testateur se vryheid van wilsuiting, byvoorbeeld deur dwang of onbehoorlike beïnvloeding, het tot gevolg dat die testateur teen sy of haar eie wil oor sy of haar goed beskik; dit beïnvloed dus die beskikkingsbedoeling van die testateur.[69] Die ongeldigheid van die testament – of die tersake bemaking – is gegrond in die testateur se wilsgebrek.[70] Du Toit,[71] met verwysing na die ou skrywers, verklaar tereg dat nie alle gevalle van ‘[i]nterferences with expression of testamentary intent occasion nullity’ nie. Hy verklaar dat ‘[t]he interference must have negated a testator’s volition and caused the making of a will contrary to testator’s intention’. Die geykte aanhaling van die Appèlhof in *Spies v Smith*[72] stel dit ten beste in welke gevalle ’n wilsbeskikking ongeldig verklaar kan word, naamlik:

> [W]aar die testateur deur kunsgrepe van so ’n aard dat hul, uit hoofde van hul uitwerking, met die uitoefening van dwang of bedrog gelyk gestel dien te word, tot ’n erflating beweeg is wat hy anders nie sou gedoen het nie en wat dientengevolge eerder aan ’n ander se wil as aan sy eie, uitdrukking gee. In so ’n geval het ons te doen nie met die egte wil van die erflater nie, maar met ’n wilsonderskuiwing, en word die wilsbeskikking nie in stand gehou [*sic*] nie.

Testeervryheid impliseer derhalwe ’n vrye beskikking oor bates. ’n Sentrale tema van hierdie studie is dat hierdie beskikking oor bates prosesmatig benader moet word, welke proses te make het met, onder andere, die vorming van die wil en die uiting van die wil. Verdere nuanses sal in die loop van die studie tot hierdie aspekte van die proses toegevoeg word.[73] Die eerste sodanige nuanse, wat onmiddellik hierna aandag geniet, is die motief relevant tot die vorming van die wil.

---

68 Sien Du Toit 2013:510, 513, 525 wat wys op die leerstuk van onbehoorlike beïnvloeding as die ‘guardian of freedom of testation’. Elders omskryf hy die leerstuk as ‘[o]stensibly designed to safeguard free expression of testamentary wishes’. Sien ook De Waal 2012:3G7.

69 In *Spies v Smith* 1957 (1) SA 539 (A) by 545H bevestig die Appèlhof by monde van Steyn AR en met verwysing na die ou skrywers dat die uiterste wilsbeskikking vry behoort te wees. Die regter verwys na Voet wat verklaar ‘[d]at die pen van die sterwende vry moet wees’. Hy verwys ook na Van Bijnkershoek wat daarop wys ‘dat dit strydig met die goeie sede sou wees om ’n testateur sy vryheid te ontneem’. Sien ook Du Toit 2013:527.

70 *Spies v Smith* 1957 (1) SA 539 (A) by 546C-547C; Sonnekus 2001:364-365; Corbett *et al* 2001:93. Sien ook Du Toit 2013:511.

71 2013:527.

72 1957 (1) SA 539 (A) by 547C-D.

73 Sien bespreking by 5.3.1 sowel as 6.3 hieronder.

5.2.2 Wilsvorming en die motief onderliggend daartoe

In die proses van wilsvorming speel die motief (beweegrede) vir die vorming van die wil ’n rol. Neethling en Potgieter[74] omskryf motief as die ‘[a]gtergrond vir die vorming van wil’. In die kontraktereg word dit voorop gestel dat die partye vrywilliglik moet toetree tot ’n kontrak en die inhoud daarvan op vrywillige wyse bepaal. Vrywillige wilsooreenstemming is derhalwe wesenlik tot kontraksluiting.[75] Een of beide van die kontrakpartye kan egter onder ’n dwaling (*error*) verkeer, dit wil sê waar een of beide van die kontrakpartye optree terwyl hy, sy, of hulle onder ’n wanindruk verkeer wat verband hou met die kontrak.[76] Indien die dwaling wesenlik is, sluit dit konsensus uit (en werk gevolglik *dissensus* in die hand)[77] en is die ‘kontrak’ nietig.[78] Nie elke dwaling sluit egter konsensus uit nie. ’n Dwaling wat byvoorbeeld geen verband hou met die kontrakparty(e) se wilsvorming (besluit) of wilsuiting nie, is regtens irrelevant. So ook is ’n dwaling wat aanleiding gee tot die besluit om te kontrakteer, maar wat nie wilsooreenstemming raak nie, irrelevant mits ‘die partye dit eens is oor die inhoud van die verbintenisse wat onderneem word’.[79] Hierdie vorm van dwaling staan bekend as dwaling in die motief of beweegrede.[80] Hier word dus duidelik onderskei tussen die bedoeling as sodanig en die vooraf motief vir die vorming van die bedoeling.

Op die gebied van die erfreg geld soortgelyke beginsels. Voet[81] verklaar byvoorbeeld dat ‘[c]ause is that which influences the testator to make a bequest, and goes before the bequest’. Corbett *et al*[82] wys daarop dat die rede of motief (*causa*) vir die maak van ’n bemaking of die nie-maak van ’n bemaking (dus ’n onterwing) as ’n algemene reël regtens irrelevant is. ’n Testateur se dwaling ten aansien van die motief vir ’n

---

74 2015:138-142.

75 Van Huyssteen *et al* 2017:26.

76 Hutchison *et al* 2012:85,115.

77 Sien Van Huyssteen *et al* 2017:21, 42-43 wat daarop wys dat die gewone beginsels van *dissensus* van toepassing sal wees ‘waar ’n persoon ’n dokument onderteken sonder om te besef dat dit ’n kontrak is wat hy onderteken’.

78 Van Huyssteen *et al* 2017:21-28, 42-43. By ’n wesenlike dwaling, met die elemente van konsensus in gedagte, is daar nie eenstemmigheid oor die inhoud van die verbintenis(se), die prestasie(s) wat gelewer moet word, of die party(e) betrokke by die verbintenis nie.

79 De Wet en Van Wyk 1978:7-8.

80 De Wet en Van Wyk 1978:8.

81 Voet 35 1 9 (soos vertaal deur Gane) en na verwys in Corbett *et al* 2001:91.

82 2001:91-92,468. Sien ook De Waal en Schoeman-Malan 2015:48-49 en *LAWSA* 2011:par 288.

bemaking (*falsa causa*)[83] of nie-bemaking het derhalwe geen regsgevolge nie,[84] selfs al is dié motief in die testament opgeteken.[85] Al sou die testateur dus 'n foutiewe feitlike aanname maak, byvoorbeeld dat sy seun van hom gesteel het, en op grond van hierdie verkeerde aanname sy boedel aan 'n derde persoon bemaak, sal die bemaking nie noodwendig op grond van hierdie verkeerde aanname, en dus op grond van die testateur se motief onderliggend tot die onterwing en bemaking aan die derde, ongeldig wees nie.[86] Voet[87] beklemtoon as rede hiervoor dat '[a] legacy holds good even without any addition of a reason, and thus there is no close linking between a reason for making a bequest and the bequest'. Hy verwys as 'n verdere rede na Papinianus wat aanvoer dat '[t]he cause for giving a legacy does not cleave to the legacy'.

Daar bestaan volgens Voet[88] egter wel 'n uitsondering op voorgenoemde beginsels: 'Nevertheless if an heir can show that the testator would not have given a legacy had he known that the cause was false, and thus that the false cause does cleave to the legacy, he can by an exception of fraud debar the legatee when he sues'.

Corbett *et al*[89] verduidelik die uitsondering soos volg: 'If the testator did not intend the bequest to take effect come what may but only if the *causa* was not false, the bequest fails if the *causa* was false'. Daar moet gevolglik onderskei word tussen 'n blote 'suiwer' losstaande vooraf motief vir 'n bemaking; gevalle waar die motief regtens aan die bemaking gekoppel word deur die motief 'n voorwaarde te maak;[90] en gevalle waar die bemaking en die motief so sterk aan mekaar verbind is dat 'n verkeerde motief wel die bemaking kan laat faal. Hoewel die vooraf motief gevolglik – in baie beperkte

83 Voet 35 1 9 (soos vertaal deur Gane) voer aan: 'If … [cause] is false it does not spoil the legacy although the testator did not know it to be false'.

84 Hierdie beginsel het reeds gegeld in die Romeinse reg en word vervat in die spreuk *falsa causa non nocet.* Van der Merwe en Rowland 1990:261.

85 Sien Corbett *et al* 2001:91; *Abdoola Abdool v Chotanbhai* (1918) 39 NLR 279.

86 Sien Corbett *et al* 2001:91 en De Waal en Schoeman-Malan 2015:49.

87 Voet 35 1 9 (soos vertaal deur Gane).

88 Corbett *et al* 2001:92.

89 2001:92.

90 Cronjé *et al* 1996:97 verduidelik dat 'n uitsondering op die reël dat 'n voorwaarde wat 'n gade verbied om weer in die huwelik te tree, geldig is juis omdat dit die testateur se motief met die voorwaarde is om na die beste belang van sy kinders om te sien, in teenstelling om byvoorbeeld bloot 'n ongehude staat aan te moedig. Sien ook Du Toit 2012:111 wat bevestig dat die motief agter 'n bemaking 'n belangrike rol speel wanneer die howe die geldigheid van die bemaking aan die hand van openbare beleid oorweeg.

gevalle – wel ŉ wesenlike invloed op die testateur se wil kan hê – en waarskynlik selfs ŉ nog meer prominente rol in die toekoms gaan speel vanuit die perspektief van die grondwetlike erfreg[91] – speel dit tans regtens nie ŉ beduidende rol ten aansien van die geldigheid van ŉ testateur se wilsuiting nie. Die studie volstaan dus daarby om te wys op die onderskeid wat bestaan tussen die handeling en die motief daaragter, sowel as om die plek van die motief in die handelingsmodel (wat later voorgestel word) te verreken.[92]

5.3 Wilsuiting

5.3.1 Die onderskeid tussen testeervryheid en testamentêre vryheid

Daar is reeds vroeër in hierdie hoofstuk gewys op die belangrike rol wat testeervryheid ten opsigte van die testeerhandeling speel in soverre hierdie vryheid die vrye beskikking oor bates veronderstel.[93] Fagan R stel dit dan ook duidelik in *Jubelius v Griesel*[94] dat testeervryheid die reg behels om ’n testament te maak, en voer voorts aan dat ‘[d]it ’n beginsel van ons reg [is] dat persone tot hulle dood die vryheid moet hê om te besluit hoe hulle oor hulle bates sal beskik’.[95] Sommige kommentators pas egter die beginsel van testeervryheid wyer toe as bloot die beskikking oor bates. Van der Merwe en Rowland,[96] asook Rowland,[97] bring byvoorbeeld onder andere die vryheid om testamentêr ’n voog, trustee of eksekuteur aan te wys, en selfs die vryheid om oor menslike weefsel te beskik onder die konsep ‘testeervryheid’ tuis.[98]

Hierdie oënskynlike konflik tussen die breër en enger beskouing van testeervryheid blyk, ten minste gedeeltelik, ’n gevolg te wees van die feit dat die konsep ‘testament’

---

91 Sien byvoorbeeld Du Toit 2012:124 wat aanvoer dat Suid-Afrkaanse regspraak ten aansien van (potensieël) diskriminerende testamentêre bemakings daarop dui dat ‘n testateur se motief wel ’n rol kan speel ten einde ’n rigiede, normatiewe, beleidsgebaseerde benadering tot genoemde bepalings te temper.

92 Sien bespreking hieronder in Hoofstuk 8.

93 Sien bespreking by 5.2 hierbo.

94 1988 (2) SA 610 (K) by 620H-I, 622E-G.

95 Sien ook Du Toit 2012:110.

96 1990:614.

97 1972:56

98 Sien ook De Waal en Schoeman-Malan 2015:134 se breë omskrywing van testeervryheid, sowel as Jamneck *et al* 2017:133 wat aanvoer dat testeervryheid verwys na ’n testateur se vryheid ‘om na goeddunke enige bepaling in ’n geldige testament te maak’.

nie behoorlik in die Suid-Afrikaanse reg omskryf word nie. Daar is naamlik nie sekerheid waaruit ’n testament regtens inhoudelik bestaan nie en gevolglik ook nie sekerheid oor waarop die konsep ‘testeervryheid’ presies betrekking het nie.[99] Die kwessie rakende die omskrywing van ‘testament’ in die Suid-Afrikaanse reg, en die impak daarvan op ’n korrekte begripsmatige benadering tot testeervryheid, word later in die studie volledig aangespreek.[100] Vir doeleindes van die huidige bespreking is dit voldoende om aan die hand te doen dat die beginsel van testeervryheid in wese ’n vrye wilsuiting behels waardeur ’n testateur vrylik by wyse van ’n testament oor bates beskik.[101] Dit word in oorweging gegee dat dit begripsmatig suiwer is om testeervryheid te beperk tot die vryheid wat betref die beskikking oor bates,[102] en om die ander aangeleenthede wat testamentêr gereël kan word, eerder tuis te bring onder ’n breër konsep, byvoorbeeld ‘testamentêre vryheid’ (‘testamentary freedom’).

‘Testeervryheid’ blyk dus ’n beperkte betekenis te dra. De Waal en Schoeman-Malan[103] wys tereg daarop dat ’n testament te eniger tyd herroep kan word as ’n ‘uitvloeisel van die beginsel van testeervryheid’ (eerder as deel van testeervryheid). Hierdie stelling, in die konteks van die hof in *Marais v The Master*[104] se beslissing dat ’n dokument wat net ’n herroepingshandeling beliggaam, nie ’n testament is nie, regverdig die afleiding dat die vryheid wat die herroepingshandeling vergesel, nie testeervryheid is nie. Gevolglik sal die herroepingshandeling ’n uitvloeisel wees van ‘herroepingsvryheid’, terwyl dieselfde handeling onder ‘testamentêre vryheid’ sal ressorteer indien dit in ’n testament uitgeoefen word. *Testeer*vryheid, soos *testeer*bedoeling, word dus gereserveer vir die *testeer*handeling, wat onderskeibaar is

---

99 Sien Corbett *et al* 2001:34; *Marais v The Master* 1984 (4) SA 288 (D) by 291G. Sien ook bespreking by 4.2.2.5 oor welke aangeleenthede alles testamentêr gereël kan word. Sien bespreking hieronder by Hoofstuk 8.

100 Sien bespreking in Hoofstuk 8 hieronder.

101 De Waal 2012:3G7; Du Toit 2012:110; Jamneck *et al* 2017:49.

102 Sonnekus 2012(b):1-2, saamgelees met 2006:434-435, beklemtoon dat handelingsbevoegdheid betrekking het op die uitoefening van die inhoudsbevoegdhede om oor bates te kan beskik by wyse van ’n beskikkingshandeling, op sy beurt gebaseer op beskikkingsvryheid. Du Toit 2012:110 koppel testeervryheid aan ‘freedom of testamentary disposition’ en dan spesifiek ‘freedom to make testamentary bequests’. Ook Hahlo en Kahn 1960:626-627 omskryf testeervryheid soos volg: ‘[A testator] can dispose of the whole of his *patrimonium* and can choose the beneficiaries who are to succeed to his estate’. Op die gebied van die testate erfreg is die beskikkingshandeling die testeerhandeling en is testeervryheid die beskikkingsvryheid.

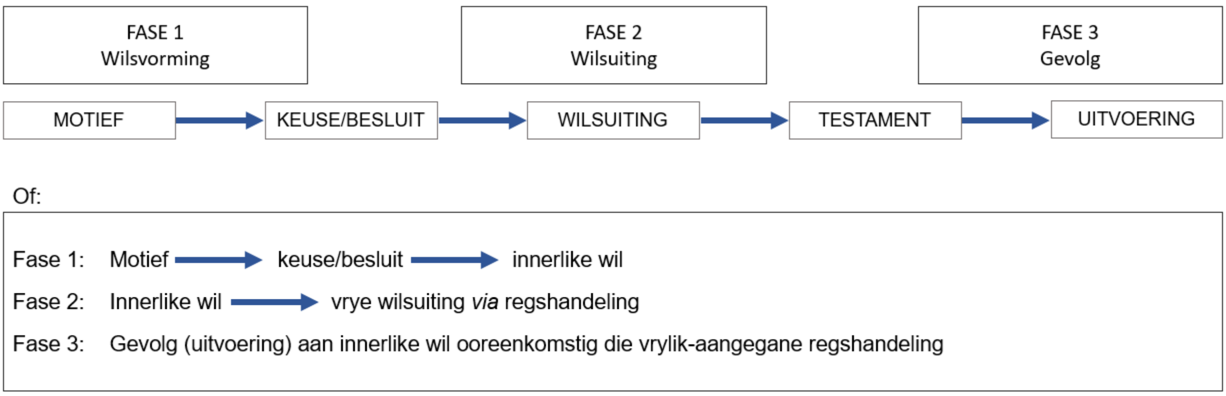
103 2015:7.

104 1984 (4) SA 288 (D).

van die ander testamentêre handelinge of bepalings wat in ’n testament beliggaam kan word.

5.4 Die proses van wilsvorming tot wilsuiting: Die fases van die voorgestelde handelingsmodel

Aan die hand van die prosesmatige beskouing van wilsvorming en wilsuiting wat in hierdie hoofstuk onderneem is, blyk dit dat ’n testateur se **wilsvorming** – die testateur se wilsbesluit of innerlike psigiese wil, wat onderlê kan word deur ’n regtens relevante motief of beweegrede – in ’n **wilsuiting** (wilsverklaring) moet oorgaan. Dit blyk verder dat die wilsverklaring met betrekking tot die beskikking oor bates, in ’n testament vervat moet word ten einde regtens relevant te wees sodat daar regtens **gevolg** aan gegee kan word met die oomblik van die testateur se dood. Hierdie prosesmatige benadering lê die grondslag vir die handelingsmodel wat later in die studie voorgestel word. Aan die hand van voorgaande uiteensetting, fokus die handelingsmodel op onderskeibare fases in die testament-maak-proses en kan dit soos volg skematies uiteengesit word:



Figuur 5.1 Die drie fases van die uitvoer van testeerhandeling

5.5 Samevatting

Die wil of bedoeling van die testateur vorm die kern van die testate erfreg en lê ’n testament ten grondslag. Dit is belangrik om dit te benadruk dat hierdie wil nie ’n een-dimensionele konsep is nie, maar dat dit uit meerdere fasette bestaan en dat dit deur ’n proses gaan van ontwikkeling tot uiting. Wat dié fasette betref, moet daar onderskei word tussen die innerlike wil; die wilsuiting; en die regtens relevante wilsuiting. Ook wat die proses van wilsvorming (die ontstaan of oorsprong van die wil of bedoeling)

tot ’n gevormde wil (die afgehandelde of voltrekte wil of bedoeling) betref, moet die wil onderskei word van die motief of beweegrede onderliggend daartoe. Tog moet die plek van die motief, sowel as die impak wat dit op die wil kan hê, nie misken word nie.

Die wil is die goue draad wat deur die testate erfreg loop en sodra die reg erkenning aan ’n testateur se wil gee uit hoofde van daardie testateur se testeerbevoegdheid, word dit regtens vereis dat die wil sonder enige invloed van buite gevorm word en tot uiting moet kom. Hierdie vryheid is die gevolg van die regtens beskermde idees van die mens se vrye wil en outonomie, en spesifiek die vergestalting daarvan in die erfreg, naamlik testeervryheid. Testeervryheid dra egter ’n eng betekenis ten opsigte van die beskikking oor bates, en staan teenoor testamentêre vryheid wat ’n breër betekenis omvat. Hierdie vryhede geniet grondwetlike beskerming en benadruk die belang van ’n vrye en onbelemmerde wilsuiting in die testate erfreg. Regtens kom ’n testateur se wil ter sprake aan die hand van ’n regshandeling, naamlik die testeerhandeling, welke handeling regtens die skakel vorm tussen die subjektiewe onuitgesproke gevormde wil en die objektiewe vasstelbare wilsuiting.

Hoofstuk 6
Die handelingsmodel in die konteks van die testament-maak-proses

6.1 Inleiding

In Hoofstuk 5 is getoon dat ’n testateur se wil prosesmatig gevorm en uitgedruk word: die proses van wilsvorming tot wilsuiting. Hierdie proses kan as die ‘testament-maak-proses’ beskryf word. Die navorsing stel dit dan ook ten doel om die testament-maak-proses aan die hand van ’n ‘handelingsmodel’ te ontleed en te beskryf. Hierdie idee van ’n handelingsmodel ter verduideliking van die testament-maak-proses staan in teenstelling tot die tradisionele ‘vereistesmodel’ in terme waarvan die daarstel van ’n testament gewoonlik aan die hand van die voldoening aan ’n reeks vereistes verklaar word. In hierdie hoofstuk word derhalwe getoon dat die testament-maak-proses die verrigting van verskillende handelinge deur verskillende partye behels ten einde ’n testament daar te stel. Dit word in oorweging gegee dat die verrigting van hierdie handelinge, eerder as die nakoming van ’n reeks vereistes, die wese van ’n testament en derhalwe die testament-maak-proses daarstel.

Die testament-maak-proses sal dus volledig ondersoek word met spesifieke verwysing na die verskillende handelinge daarby betrokke. In hierdie hoofstuk word ’n belangrike onderskeid ten aansien van voorgenoemde handelinge getref deurdat daar gewys word op die verskil tussen opstelhandelinge (of formuleringshandelinge),[1] enersyds, en verlydingshandelinge, andersyds. Eersgenoemde het, in die lig van die bespreking in Hoofstuk 5, betrekking op die inhoud van die testament en is derhalwe relevant tot die materieelregtelike aspekte van sodanige testament. Laasgenoemde, daarenteen, het betrekking op die voldoening aan die formaliteitsvereistes en is gevolglik relevant tot die formele geldigheid van sodanige testament.[2]

Alvorens die onderskeid tussen opstel- of formuleringshandelinge en verlydingshandelinge verder ondersoek kan word, word die handeling as sodanig kortliks in

[1] Jamneck *et al* 2017:48.

[2] Sonnekus 2004:451; Jamneck *et al* 2017:67.

regsverband ontleed ten einde ’n grondslag vir die voorgestelde handelingsmodel daar te stel. Hierdie ontleding word gevolg deur ’n uiteensetting waarin die verskillende handelinge betrokke by die maak van ’n testament, met mekaar in verband gebring word ten einde te toon dat ’n testament ten beste gekonseptualiseer word aan die hand van ’n testament-maak-proses eerder as aan die voldoening aan ’n reeks vereistes.

6.2 ’n Handelingsmodel-beskouing in die konteks van die testament-maak-proses in teenstelling tot die tradisionele vereistesmodel-beskouing

In vorige hoofstukke is telkemale gewys op die begripsverwarrings wat ten aansien van verskeie aspekte van die testate erfreg bestaan. Dit is ook reeds aan die hand gedoen dat hierdie begripsverwarrings ten dele toegeskryf kan word aan die tradisionele beskouing van die konsep ‘testament’.[3] Dit word nou in oorweging gegee dat die probleme rakende die tradisionele beskouing van ’n testament grootliks te make het met die konseptualisering van ’n testament as die produk van die nakoming van ’n aantal vereistes, dit wil sê ’n vereistesmodel vir die daarstel van ’n testament. Dit word in oorweging gegee dat die probleem met hierdie vereistesmodel daarin lê dat die plek en rol van, sowel as die wisselwerking tussen, die onderskeie vereistes nooit volledig ondersoek of behoorlik gekontekstualiseer word nie. Die vereistes word eerder as ’n aantal losstaande vereistes beskou, waarvan die aanwesigheid van almal vereis word alvorens daar ’n testament tot stand kom. Die bestaan van hierdie vereistes word nie ontken nie, maar daar word aan die hand gedoen dat elke vereiste op ’n besondere wyse met die ander vereistes skakel en dat die verband tussen die vereistes veel beter aan die hand van die handelingsmodel, eerder as ’n vereistes-model, verduidelik kan word ten einde ’n testament as die produk van ’n testament-maak-proses te konseptualiseer.

6.2.1 Die tekortkominge van ’n vereistesmodel in die kontraktereg en die erfreg

Die Suid-Afrikaanse kontraktereg word by uitstek gekenmerk deur ’n vereistesmodel vir die totstandkoming van ’n geldige en afdwingbare kontrak. So, byvoorbeeld,

[3] Sien verder bespreking in Hoofstuk 8 hieronder.

verklaar Joubert[4] dat '[a]greements envisaging performance entered into with the necessary contractual intent will only be enforceable if various other requirements are also satisfied'. Tradisioneel word aanvaar dat daar aan ses vereistes voldoen moet word ten einde 'n geldige kontrak daar te stel, naamlik wilsooreenstemming; handelingsbevoegdheid; nakoming van tersaaklike formaliteite; geoorloofdheid; moontlikheid van prestasie; en sekerheid.[5]

Hierdie vereistesmodel blyk egter nie sonder probleme in die kontraktereg te wees nie. Sekerheid word byvoorbeeld tradisioneel as 'n afsonderlike vereiste beskou en dit behels kortliks dat die aanbod wat kontraksluiting voorafgaan, nie vaag of onduidelik moet wees nie.[6] Van Huyssteen *et al*[7] wys egter op die onsekerheid wat heers rakende die sekerheidsvereiste. Die vraag is naamlik of sekerheid nie eerder 'as deel van die vereistes vir aanbod en aanname of as 'n gevolg van die vereiste van wilsooreenstemming' hanteer moet word nie, eerder as om dit as 'n afsonderlike ontstaansvereiste vir 'n geldige kontrak te stel.[8] Hierdie onsekerheid kan klaarblyklik daaraan toegeskryf word dat daar onvoldoende klem gelê word op die aanbod en die aanname – as handelinge – wat vereis word ten einde 'n kontrak – as 'n meersydige regshandeling – daar te stel.[9] Daar blyk derhalwe ook in die kontraktereg 'n behoefte te bestaan om 'n kontrak eerder aan die hand van 'n handelingsmodel te verklaar en om dit nie bloot oor die boeg van die voldoening aan 'n reeks vereistes te gooi nie.

Die Suid-Afrikaanse testate erfreg word oënskynlik ook deur 'n vereistesmodel gekenmerk wat eweneens onder bepaalde onsekerhede gebuk gaan. Jamneck[10] voer byvoorbeeld aan:

> Net soos enige kontrakterende party by kontraksluiting oor sekere kompetensiebevoegdhede beskik, kan sekere kompetensiebevoegdhede ook by 'n testateur gevind word. So ook word gebondenheid aan 'n kontrak aan bepaalde geldigheidsvereistes gemeet wat vergelykbaar is met die geldigheidvereistes vir 'n testament.

4 1987:21.

5 *Church of the Province of Southern Africa, Diocese of Cape Town v Commission for Conciliation, Mediation and Arbitration* 2002 (3) SA 385 (LC) by par [26]; Van Huyssteen *et al* 2017:8, 193.

6 Fouché *et al* 2015:41; Hutchison *et al* 2012:50-51.

7 2017:8, 213.

8 Van Huyssteen *et al* 2017:53. Sien ook Hutchison *et al* 2012:220.

9 Van Huyssteen *et al* 2017:9, 25, 50-51, 144, 267; Van Zyl en Van der Vyver 1982:2-3.

10 2008:603-606.

Jamneck[11] identifiseer vier begrippe en beskryf dit as die steunpilare waarop 'die ganse testate erfreg gebou is', naamlik testeerbevoegdheid, testeervryheid, *animus testandi* en bedoeling. Jamneck *et al*[12] oorweeg verder 'n aantal definisies vir 'n testament en kies dan die een wat volgens hulle al voorgenoemde elemente van 'n geldige testament ten beste beskryf. Ongelukkig skep hulle 'n oënskynlik inkonsekwente rangorde van hierdie elemente. Hulle lys byvoorbeeld *animus testandi* en die vrywillige wilsverklaring (wilsvryheid) as 'voorvereistes', maar noem dit ook later die 'algemene geldigheidsvereistes', asook die 'basiese vereistes vir 'n geldige testament'. Hulle lys dan weer *animus testandi* as 'n 'kernvereiste' onder die bespreking van die 'basiese vereistes vir 'n geldige testament'. Daarna lys hulle testeerbevoegdheid en formaliteitsvereistes as 'addisionele vereistes', maar later word testeerbevoegdheid weer gelys as 'n 'voorvereiste'.

Dit word in oorweging gegee dat die basiese probleem met bogenoemde beskouings in sowel die kontraktereg as die testate erfreg daarin lê dat die begrippe, elemente of vereistes nie gekoppel word aan die relevante handelinge wat ten aansien van die daarstel van kontrakte en testamente verrig word nie. Die probleem met 'n vereistesmodel in sowel die kontraktereg as die testate erfreg is dat die vereistes elk afsonderlik oorweeg word en dat die wisselwerking tussen die begrippe – spesifiek hoe elk met mekaar skakel in die kontrak-maak-proses en die testament-maak-proses – nie aan die orde gestel word nie. Hierdie probleem veroorsaak weer 'n verdere kwessie, naamlik die versoeking om 'n (dikwels inkonsekwente en/of verwarrende) rangorde van vereistes te skep. Dit is immers riskant om so 'n rangorde van vereistes te skep aangesien elke vereiste noodsaaklik is ten einde 'n geldige kontrak of testament daar te stel. Dit word daarom voorgestel dat dit eerder belangrik is om elke element, begrip of vereiste se plek te vind, en om dit in die regte konteks te stel, ten einde 'n behoorlike grondslag te lê om die korrekte werking en wisselwerking van, of tussen, die element, begrip of vereiste te bewerkstellig. Daar word derhalwe in hierdie studie 'n klemverskuiwing ten opsigte van die benadering tot die ontstaansvereistes vir 'n testament voorgestel: die vereistes word nie as losstaande beskou nie, maar elk word in die konteks van die testeerhandeling van 'n testeerbevoegde persoon in die testament-maak-proses gestel in 'n regsisteem waar testeervryheid erken en beskerm

---

11 2008:603.

12 2017:48, 60, 65.

word. Alvorens tot hierdie uiteensetting oorgegaan word, word die idee van ’n handeling kortliks in regsverband beskou.

6.2.2 Handeling in juridiese verband

Van Zyl en Van der Vyver[13] dui aan dat ’n gebeurtenis – ‘as enige verandering in die werklikheid’ – ’n regsfeit is indien dit juridies relevant is deurdat dit ‘inwerk op of ’n verandering teweegbring in die juridiese wetskring’ en regsgevolge meebring (‘dit plaas die reg in “beweging”’). ’n Regsfeit is gevolglik ’n juridies relevante gebeurtenis in teenstelling tot ’n juridies irrelevante gebeurtenis as ’n ‘verandering in die werklikheid wat geen invloed op die regsorde het nie’.

Bovermelde outeurs[14] omskryf voorts ’n menslike handeling as ’n ‘verandering in die werklikheid wat deur die wil van ’n mens gedetermineer en wat deur daardie mens verrig word en wat die oorsaak is van regsgevolge’, en ook later as ‘daardie gedraging van die mens … wat deur ’n wilsakte van die dader gemotiveer of teweeggebring is’. Hulle beklemtoon ‘dat ’n gedraging van die mens wat nie willekeurig is nie, dit wil sê wat nie juridies aan die wilsakte van die betrokke persoon toegereken kan word nie, geen juridiese handeling is nie.’ ’n Handeling, as ’n regsfeit, in die regstegniese sin, is dus ’n willekeurige daad van ’n regsubjek.[15]

Onder die konsep ‘juridies relevante handelinge’ – as handelinge waar die wilsbesluit van die regsubjek die verandering in die regswerklikheid motiveer – onderskei Van der Vyver en Joubert[16] tussen regmatige handelinge (‘handelinge wat ooreenkomstig die voorskrifte van die reg is’) en onregmatige handelinge (‘handelinge wat in stryd met die voorskrifte van die reg is’)[17] en tref dan ’n verdere onderskeid rakende ‘regmatige handelinge’ tussen regshandelinge en nie-regshandelinge. ’n Nie-regshandeling is ’n handeling wat ‘geen besondere regte in die lewe roep, oordra of tot niet laat gaan nie’ en gevolglik is ‘die reg nie geïnteresseerd … in die oogmerk van die dader nie’.[18] Van

---

13 1982:3, 43-44,102, 500-501.

14 Van Zyl en Van der Vyver 1982:44, 503-504, 515.

15 Van der Vyver en Joubert 1991:7.

16 1991:4-5, 7.

17 Sien ook Van Zyl en Van der Vyver 1982:509 wat dit stel dat, indien voorgeskrewe formaliteitsvereistes nie nagekom word nie, maak dit die handeling nietig, nie onregmatig nie.

18 Nie-regshandelinge sluit in bevoegdheidshandelinge en pligshandelinge. Sien Van Zyl en Van der Vyver 1982:507-508.

Zyl en Van der Vyver[19] definieer 'n regshandeling as '"n subjektiewe regsfeit (willekeurige handeling) waaraan die reg vir die handelende persoon dieselfde gevolge verbind as dié wat hy regtens met sy handeling beoog het' en verklaar dat met 'n regshandeling beoog die dader 'die ontstaan of beëindiging van spesifieke subjektiewe regte en verpligtinge'. Hulle verklaar dan, in hierdie konteks: 'Ten einde te bepaal watter regte en verpligtinge aldus ontstaan of beëindig word, moet die reg vasstel wat die dader gewil het – sodat aan sy wilsuiting gevolg gegee kan word'.

In die testate erfreg is 'n testateur se wilsuiting – of uiterste wilsbeskikking – uiteraard vervat in sy of haar testament. Hierdie uiterste wilsbeskikking het, soos in Hoofstuk 5 getoon, primêr betrekking op die beskikking oor bates.[20] Dit blyk dus dat 'n testateur se uiterste wilsbeskikking, as 'n handeling, verwoord moet word in 'n geldige testament ten einde te kwalifiseer as 'n juridies relevante wilsuiting of regtens relevante handeling, naamlik die testeerhandeling.[21]

6.2.3 Handeling in die konteks van skrif, dokumentvorm en formaliteitsvereistes

De Waal en Schoeman-Malan[22] stel dit duidelik dat 'n persoon wat besluit om na afloop van sy of haar dood oor sy of haar bates te beskik, se wil kenbaar gemaak moet word in 'n dokument. Hulle wys voorts daarop dat so 'n dokument op 'n bepaalde voorgeskrewe wyse opgestel moet word en dat hierdie dokument dan die betrokke persoon se testament is. Dit is dus belangrik om die testeerhandeling te beskou in die konteks van 'n skriftelike dokument wat aan formaliteitsvereistes moet voldoen. Anders gestel, dit is belangrik om te kan vasstel wanneer 'n bepaalde dokument inderdaad 'n testament is.

Mason[23] wys op die verskillende komponente wat in die algemeen by 'n regsdokument ter sprake is:

> A document usually exists on a carrier, typically paper. The carrier is marked permanently with content, usually with ink, either in the form of handwriting or by means of a printing press. This

[19] 1982:503-504, 507.

[20] Sien bespreking hierbo by 5.2.1.1.

[21] Sonnekus 2012(a):1321, 1331, 1346; Cronjé *et al* 1996:9-11 (1996:9-11 in die Engelse teks).

[22] 2015:38.

[23] 2012:6.

> process alters the carrier physically. The content imprinted on the carrier may include a range of information, depending on the nature of the document … Finally, a person or legal entity might sign the carrier with a signature. The reason for signing the document will depend on the nature of the document and the purpose for which the person is signing. When brought together, these components comprise the document in its entirety.

Dit blyk dat daar ten eerste ’n ‘carrier’ of medium moet wees, wat met inhoud beklee word en wat, na gelang van die aard van die dokument en uit hoofde van die inhoud daarvan, aan spesifieke formaliteitsvereistes moet voldoen. Die aanwesigheid van al die komponente het ’n volledige regsdokument tot gevolg.

Wat ’n testament as regsdokument betref, word papier – as ’n ‘carrier’ of medium – nie regtens vereis nie.[24] Desnieteenstaande word dit algemeen aanvaar dat papier die aangewese medium is ten einde ’n testateur se wilsuiting te beliggaam.[25] Die Wet op Testamente vereis immers ondertekening van ’n testament en dit impliseer noodwendig dat die testateur se wilsuiting beliggaam moet word in ’n medium wat geskik is vir ondertekening.[26] Hierdie vereiste van ondertekening het tot gevolg dat testamente nie mondeling gemaak kan word nie.[27] Gegewe wat hierbo gestel is, sowel as die feit dat die Wet op Elektroniese Kommunikasie en Transaksies[28] nie van toepassing is op testamente nie, blyk dit duidelik dat testamente in Suid-Afrika tans slegs skriftelik gemaak kan word, wat noodwendig die tradisionele woorde-op-papier-formaat impliseer.[29]

Wat die opskrifstelling van die testateur se wilsuiting betref, is in *G.J. Lawrence v Executors of Estate of A. Lawrence*[30] bevind dat skrif verband hou met die ‘preparation of the body of the document itself … the contents of [the] document’. Ook in *Tshabalala v Tshabalala*[31] wys regter Flemming daarop dat die woord ‘testament’ nie verwys na

---

24 Daar bestaan egter geen saak in die Suid-Afrikaanse reg waar ’n testament nie op papier voorgekom het nie (met die uitsondering van die enkele onlangse gevalle waar die ‘testamente’ slegs elektronies bestaan het maar daarna uitgedruk is). In die Engelse reg is daar ’n geval waar die testament op ’n leë eierdop voorgekom het (*Hodson v Barnes* [1926] 43 TLR 71). Daar bestaan geen beperkings in die Engelse reg wat betref die ‘materials on which, or by which, [a will] may be written, or as to what language may be used’ nie. Kerridge 2011:314.

25 Peart 2011:351 verwys tereg op ‘standard paper wills’. Sien ook Faber en Rabie 2005:775-780.

26 De Waal 2011(a):386; Van Staden en Rautenbach 2006:589-593.

27 De Waal 2011(a):388; Cronjé *et al* 1996:18; Van der Merwe en Rowland 1990:128, 151.

28 25 van 2002. Artikel 4(3), saamgelees met Bylae 1, en artikel 4(4), saamgelees met Bylae 2.

29 De Waal en Schoeman-Malan 2015:59; Schoeman-Malan *et al* 2014:85-86; De Waal 2011(a):386-387; Jamneck *et al* 2017:69, 72; Corbett *et al* 2001:57.

30 (1904) 25 NLR 81 by 82.

31 1980 (1) SA 134 (O) by 137D-F.

die geskrif of dokument nie, maar na die geskrewe deel wat op die dokument verskyn. Hierdie inhoudelike geskrewe deel het natuurlik betrekking op die testamentêre beskikkings wat die dokument beliggaam. Die blote voldoening aan die testamentsformaliteite maak dus nie ’n dokument sonder meer ’n testament nie: die dokument moet inhoudelik handel met die beskikking oor bates ten einde as ’n testament te kwalifiseer. Hierdie eenvoudige feit beklemtoon weer eens die noodsaaklikheid van ’n beskouing van die tersaaklike handeling – hier die testeer-handeling – eerder as ’n blote beskouing van voldoening aan bepaalde vereistes.

Dit staan nietemin vas dat, indien ’n dokument testamentêre beskikkings bevat, dit aan die Wet op Testamente se formaliteitsvereistes moet voldoen ten einde gelding te geniet.[32] Artikel 2(1)(a) van die Wet bepaal immers dat geen testament geldig is nie tensy daar aan die formaliteitsvereistes voldoen word. ’n Dokument wat dus testamentêre beskikkings bevat en ooreenkomstig die formaliteitsvereistes geldig verly is, stel derhalwe ’n regsfeit daar wat slegs op een van die regserkende wyses – by uitstek deur herroeping – ongedaan gemaak kan word. Al sou ’n testament dus verlore raak of vernietig word sonder dat die testateur bedoel het om die testament te herroep, bly dit – as ’n regsfeit – materieelregtelik van krag.[33]

6.3 Die handelingsmodel: Die opstelhandeling (of formulerings-handeling) in teenstelling tot die verlydingshandeling

6.3.1 Die opstelhandeling (oftewel formuleringshandeling)

Die opstelhandeling of formuleringshandeling het te make met die inhoudelike of materieelregtelike aspekte van die testament. Die testateur kan self die testament opstel of ’n derde party kan genader word om die testateur by te staan met die opstel van die testament.[34] Van der Merwe en Rowland[35] verklaar dat waar ’n derde betrokke is by die opstel van ’n testament, verreweg die belangrikste vereiste is dat die opsteller hom- of haarself daarvan moet vergewis dat die testateur duidelik weet wat hy of sy verlang, en dan moet die opsteller sorg dra dat hy of sy volkome begryp wat die

32 De Waal en Schoeman-Malan 2015:59-60; Wood-Bodley 2012:612.

33 De Waal en Schoeman-Malan 2015:94, 99-100.

34 Voet 28 1 3 (soos vertaal deur Gane); Wiechers 1988:5.

35 1990:572.

testateur beoog. Daarna moet die opsteller die testament opstel ten einde die testateur se wense duidelik weer te gee. Laastens moet die opsteller die testament aan die testateur verduidelik sodat laasgenoemde volkome begryp wat die opsteller geskryf het en wat die uitwerking daarvan by die testateur se afsterwe sal wees.[36]

Knoetze en Mukheibir[37] dui aan dat dit ’n algemene praktyk is om van deskundiges gebruik te maak om ’n testament op te stel. Die rede is natuurlik om van die kundige se besondere kennis en vaardigheid gebruik te maak.[38] Waar ’n derde genader word om te help met die maak van ’n testament, moet in gedagte gehou word dat testeerbevoegdheid as ’n reël nie gedelegeer kan word nie; dit moet deur die testateur self uitgeoefen word.[39] Gevalle waar ’n derde ’n testament vir die testateur opstel, moet egter nie met die delegasie van testeerbevoegdheid verwar word nie. Van der Merwe en Rowland[40] wys dan ook ondubbelsinnig op die onderskeid tussen die delegasie van testeerbevoegdheid, enersyds, en die opskrifstelling van die erflater se wilsuiting deur ’n derde, andersyds, en voer aan dat die beperking op die delegasie van testeerbevoegdheid te make het met die feit dat ’n derde nie namens die testateur ’n wilsuiting mag maak nie en dat dit niks te make het met die feit dat ’n derde die erflater se wilsuiting op skrif mag stel nie.

Derde-opgestelde testamente (deur prokureurs, trustmaatskappye, banke, ensovoorts) is derhalwe ’n algemene verskynsel. In *Back v The Master of the Supreme Court*[41] verklaar Van Zyl R in hierdie verband:

> Another reality is that many would-be testators give full instructions as to their final wishes to their attorneys or bankers and the attorneys or bankers have draft wills prepared in accordance with such instructions. *If a draft will is subsequently perused and approved in every detail by a testator, he then … associates himself with and adopts it as his own.*

’n Dokument wat deur ’n derde opgestel is, moet dus deur die voornemende testateur as sy of haar testament aanvaar word voordat daar oorgegaan kan word tot die

---

36 Van der Merwe en Rowland 1990:572.

37 2004:130.

38 Sien *BOE Bank Ltd v Ries* 2002 (2) SA 39 (HHA) by par [15].

39 *Estate Watkins-Pitchford v Commissioner for Inland Revenue* 1955 (2) SA 437 (A) by 458.

40 1990:212.

41 [1996] 2 All SA 161 (K) by 174C-E. Eie beklemtoning. Sien ook Van der Linde 1996:391.

verlyding daarvan.[42] In die Engelse reg word 'knowledge and approval' as 'n vereiste gestel vir die geldigheid van 'n testament. Kerridge[43] verduidelik die konsep soos volg:

> A testator must know and approve of the contents of his will. If he says to another person, 'I will execute any will you draw up for me', and a will is drawn up and the testator executes it in ignorance of its contents, the will is invalid. *A valid will must be the result of a testator's own intelligence and volition, although the contents of the will need not originate from the testator provided he understands and approves them.*

Aanvaarding van die inhoud van 'n testament deur 'n testateur blyk egter 'n vloeibare konsep in die Suid-Afrikaanse reg te wees. In *Lewin v Lewin*[44] het die hof byvoorbeeld ondersoek of die testateur sy testament, wat deur 'n derde opgestel is, verstaan het.[45] Aan die ander kant is, in die saak van *Ex parte Lutchman*,[46] met verwysing na die saak van *In the goods of Oswald*,[47] 'n testament wat ooreenkomstig die testateur se instruksies opgestel was, as geldig aanvaar sonder dat die opgestelde konsep-testament weer aan die testateur voorgelees is vir goedkeuring. Die *Oswald*-feitestel noop 'n oorweging van De Waal en Schoeman-Malan[48] se standpunt:

> 'n Probleem ontstaan egter indien iemand 'n dokument volgens die instruksies van die testateur opgestel het, maar die testateur nooit daarna die dokument gesien of verly (onderteken) het nie. Dit sal dan nie moontlik wees om te bevind dat die testateur bedoel het dat daardie dokument sy of haar testament moes wees nie.[49]

Die voor die hand liggende rede waarom die testateur die derde-opgestelde konseptestament moet goedkeur deur dit, ooreenkomstig De Waal en Schoeman-Malan se standpunt, te sien en te verly (en sodoende die opstelhandeling deur die derde toe te eien) blyk duidelik uit *Bekker v Naude*[50] waar Olivier AR beslis: 'Die oorledene [het] die konsep deur die bank laat opstel wat benewens die oorledene se eie instruksies hul eie standaardvoorwaardes en bewoording gebruik het.' Die

---

42 Daar blyk ook 'n belangrike skakel (verband) te wees tussen die aanvaarding van die derde-opgestelde konseptestament en die vorming van die nodige *animus testandi*. Sien bespreking hieronder by 7.2.1.4.

43 2016:74-76. Eie beklemtoning. Hierdie vereiste is van toepassing op die testament as geheel, of slegs op spesifieke dele wat sonder die nodige 'knowledge and approval' in die testament ingesluit is.

44 1949 (4) SA 241 (T).

45 Sien ook Van der Merwe en Rowland 1990:572, soos hierbo na verwys.

46 1951 (1) SA 125 (T) by 129.

47 1874 LR (3) P & D 162, soos bespreek in Cronjé en Roos 2002:112.

48 2015:79.

49 Sien ook Beinart 1959:200 en *Ramlal v Ramdhani's Estate* 2002 (2) SA 643 (N) by 647D-G.

50 2003 (5) SA 173 (HHA) by par [20].

instruksies deur die testateur verskaf en die konseptestament is derhalwe nie deurgaans presies dieselfde nie. Selfs al stel die opsteller die dokument presies volgens die testateur se instruksies op, wys Wunsh[51] daarop dat '[c]lients by no means invariably sign the first draft of a will'. In 'n regsvergelykende studie ten opsigte van die kondonasie van formeel-gebrekkige testamente in Suid-Afrika en Australië, wys Du Toit[52] op drie moontlikhede wat ten opsigte van konseptestamente bestaan:

> Courts in South Africa and Australia have remarked on testators' tendency to change their minds regarding their testamentary dispositions, even after draft wills have attained ostensibly final versions. In the normal course of events, the fate of a draft will is determined by subsequent conduct in respect thereof – it is either fully executed (at which point it becomes a valid will); or the testator alters its provisions (in which case it is not a will unless the altered version is subsequently fully executed), or it is not executed at all (in which case it is not a will).

Dit spreek derhalwe vanself dat, indien die testateur wel besluit dat hy of sy inderdaad die derde-opgestelde testament as sy of haar testament wil toe-eien, die testateur moet oorgaan tot die verlyding daarvan.

6.3.1.1 *Inhoudelike handelinge*

In Hoofstuk 4 is reeds getoon dat testamente dikwels nie slegs inhoudelik handel met die testeerhandeling, met ander woorde, met die testateur se beskikkingsbedoeling (wie erf wat) nie, maar ook handel met meerdere ander aangeleenthede, byvoorbeeld die herroeping van vorige testamente, status-aangeleenthede soos die aanstelling van 'n eksekuteur of 'n voog, begrafnisreëlings[53] of selfs anatomiese skenkings.[54] Dit is vervolgens belangrik om hierdie verskillende inhoudelike handelinge met mekaar in verband te bring, veral met betrekking tot die regsgevolge van elk, asook hoe dit verband hou met die konsep 'testament'.

6.3.1.1.1 Die testeerhandeling

In die testate erfreg behels die testeerhandeling 'n regsgeldige wilsuiting deur die testateur. Die testeerhandeling het primêr te doen met die beskikking oor bates en

---

51 1996:59.

52 2014:74.

53 Sien Corbett *et al* 2001:5; Boezaart 2016:185-187; *Schnetler v Die Meester* 1999 (4) SA 1250 (K).

54 *Burton-Moore v The Master* 1983 (4) SA 419 (N) by 420; Corbett *et al* 2001:34, 39; De Waal en Schoeman-Malan 2015:134; Robinson *et al* 2015:41-43; Rowland 1972:56; Van der Merwe en Rowland 1990:614.

neem konkreet die vorm van bemakings aan, hetsy as legate en/of erflatings.[55] Wat die beskikking oor bates betref, kan daar kortliks verwys word na waarskynlik die kortste testament wat ooit gemaak is, naamlik ‘All for mother’.[56] Twee aspekte blyk duidelik uit hierdie drie-woord-testament. Dit bevat geen van die tradisionele terme of bewoording wat vir ’n bemaking gebruik word nie. Tog is die testateur se bedoeling duidelik, wat weer die feit beklemtoon dat die testateur se bedoeling voorop staan ongeag die woorde om uitdrukking aan daardie bedoeling te gee. Dit blyk verder dat ’n dokument as ’n testament sal kwalifiseer ongeag wat die testateur se bedoeling met die dokument self was. ’n Dokument kwalifiseer dus as ’n testament omdat dit ’n testeerhandeling beliggaam en gevolglik blyk dit dat slegs die testeerhandeling vereis word ten einde ’n testament daar te stel. Die implikasie is derhalwe dat, al het ’n testateur ’n dokument nie as ’n testament bedoel nie (maar eerder as, byvoorbeeld, ‘n brief of dagboekinskrywing), dié dokument wel ’n testament is in soverre dit ’n testeerhandeling beliggaam. Hierdie feit word bevestig deur Suid-Afrikaanse kondonasieregspraak ten opsigte van artikel 2(3) van die Wet op Testamente. Die Hoogste Hof van Appèl het byvoorbeeld in *Smith v Parsons*[57] ’n selfmoordbrief gekondoneer wat ook inhoudelik gehandel het met die beskikking oor die oorledene se bates. De Waal en Schoeman-Malan[58] stel dan ook dat die selfmoordbrief as sodanig sekerlik nie bedoel was om ’n testament te wees nie. Dit het nietemin gehandel met die beskikking oor bates en het dus ’n testeerhandeling beliggaam wat die deur tot die kondonering daarvan vir die Hoogste Hof van Appèl geopen het. Die teenkant van hierdie standpunt is dat ’n geldig verlyde dokument wat nie ’n testamentêre bemaking – en dus nie ’n testeerhandeling – bevat nie, nie as ’n testament kwalifiseer nie.[59]

6.3.1.1.2 Die herroepingshandeling

’n Testament kan ’n herroepingsklousule (*clausula revocatoria*) bevat indien die testateur sy of haar vorige testament of testamente wil herroep. Herroeping impliseer ’n herroepingshandeling wat met die nodige bedoeling om te herroep (*animus*

---

[55] De Waal en Schoeman-Malan 2015:134-138.

[56] *Thorn v Dickens* [1906] W.N. 54; Kerridge 2016:45.

[57] 2010 (4) SA 378 (HHA).

[58] 2015:81.

[59] *Marais v The Master* 1984 (4) SA 288 (D) by 291G; De Waal en Schoeman-Malan 2015:96.

revocandi) voltrek word. Ten einde ’n effektiewe herroeping te bewerkstellig, moet die testament wat die herroepingsklousule beliggaam, aan die formaliteitsvereistes voldoen.[60] In *Ex Parte Serralha*[61] verwys regter De Villiers tereg na ’n testament wat ’n herroepingsklousule bevat as ’n ‘instrument of revocation’. In *Ex Parte Lutchman*[62] is ’n herroepingsklousule foutiewelik in ’n testament ingesluit. Die hof hanteer hierdie geval tereg nie onder die rektifikasie van testamente nie aangesien laasgenoemde te make het om die deel uit die testament te skrap wat ingevoeg is sonder die nodige *animus testandi.* In hierdie geval is bevind dat die herroepingsklousule wat sonder die nodige *animus revocandi* ingevoeg is, bloot ongeldig is. Dit blyk gevolglik dat die geskrewe herroepingsklousule, as die tersake herroepingshandeling, ’n selfstandige regshandeling is wat ook in die testament beliggaam word.[63] Die beskouing van die herroepingsklousule as ’n selfstandige regshandeling verklaar ook waarom verskillende dele van ’n testament op verskillende tye in werking tree.[64] Met die voltrekking van die formaliteite verkry die testament as geheel regskrag en is die herroepingshandeling onmiddellik effektief, alhoewel die res van die testament, en veral die testeerhandeling(e), eers by die dood van die testateur in werking tree.[65]

6.3.1.1.3 Ander inhoudelike handelinge

’n Tipiese voorbeeld van ’n ander inhoudelike aangeleentheid wat testamentêr gereël word, is die aanwysing van ’n eksekuteur. Tog kan ’n testamentêre eksekuteur slegs as sodanig optree nadat hy of sy deur die Meester aangestel is.[66] Van der Merwe en Rowland[67] stel dit dus duidelik dat ’n eksekuteur sy of haar bevoegdheid om op te tree, vanuit die aanstelling deur die Meester verkry en nie uit die testament op sigself nie. Die aanwysing van ’n eksekuteur (of trustee, of voog) is dus nie ’n testeerhandeling as sodanig nie en dit word derhalwe in oorweging gegee dat ’n dokument wat slegs sodanige aanstelling bevat, selfs een wat ooreenkomstig die Wet op Testamente se

60 De Waal en Schoeman-Malan 2015:94-96.

61 1939 CPD 417 by 419.

62 1951 (1) SA 125 (T). Sien ook De Waal en Schoeman-Malan 2015:92, 96, 244.

63 Cronjé *et al* 1996:49 (Engelse teks).

64 *Wood v Estate Fawcus* 1935 CPD 350 by 350-352.

65 *Estate Orpen* v *Estate Atkinson* 1966 (4) SA 589 (A) by 595; *Wood v Estate Fawcus* 1935 CPD 350 by 354; *LAWSA* 2011:par 254.

66 Artikel 14 van die Boedelwet 66 van 1965.

67 1990:401.

formaliteitsvereistes verly is, nie ’n testament is nie. Die aanwysing van ’n eksekuteur (of trustee, of voog) is daarom ’n inhoudelike handeling, maar die deel van die testament wat hierdie inhoudelike handeling bevat, is onderskeibaar van die dele van dieselfde testament wat testeer- en/of herroepingshandelinge bevat.

Dieselfde geld vir ander inhoudelike handelinge wat tipies in testamente voorkom. Kerridge[68] verklaar byvoorbeeld ten opsigte van die Engelse testate erfreg dat ‘[w]ishes expressed in favour of, or against, cremation have moral, but not legal, force’. Dit blyk ook die posisie in die Suid-Afrikaanse reg te wees, hoewel dit nie so duidelik gestel word nie. Corbett *et al*[69] verklaar dat ’n ‘direction’ (verklaring) deur die oorledene in ’n testament of enige ander dokument, formeel of informeel, met betrekking tot die ‘funeral and burial or cremation … are to be observed, so far as they are lawfull, permissible and possible’. Hierdie inhoudelike handeling, wat slegs ’n morele verpligting skep, staan dus in teenstelling tot die testeerhandeling en die herroepingshandeling, as regshandelinge, waaraan regtens gevolg gegee moet word.

6.3.1.2 *Verlydingshandelinge*

Verlydingshandelinge het te make met die formele geldigheid van ’n testament.[70] Sonnekus[71] tref ’n duidelike onderskeid tussen die testeerhandeling en die verlydingshandeling waar hy verklaar dat uitoefening van testeerbevoegdheid nie verwar moet word met ’n formele verlydingshandeling soos die ondertekening van die dokument nie.[72] Hy wys verder daarop dat die verlydingshandelinge betrekking het op handelinge deur die testateur, die getuies en moontlik ook ’n kommissaris van ede. Wiechers[73] bevestig dan ook dat die handelinge van die getuies nie bydra tot die testateur se regshandeling as sodanig nie, maar slegs tot die formele geldigheid van die testateur se regshandeling.[74] Dit word benadruk dat *animus testandi* vereis word alvorens die testateur se beskikkingshandeling, as die ter sake regshandeling, sal

68 Kerridge 2016:243.

69 2001:5.

70 Jamneck *et al* 2017:67.

71 2004:451; 2003:344.

72 Sien ook Beinart 1959:201.

73 1988:26.

74 Sien ook Van der Merwe *et al* 1994:39 wat onderskei tussen die dokument wat die regshandeling beliggaam en die ondertekening van genoemde dokument.

kwalifiseer as 'n testeerhandeling. *Animus testandi* word gevorm met betrekking tot 'n spesifieke handeling, welke handeling skriftelik in 'n spesifieke dokument beliggaam moet word en welke dokument geldig verly moet word ten einde regtens gelding te geniet.[75] *Animus testandi* moet gevolglik aanwesig wees alvorens daar oorgegaan kan word tot die verlyding van die dokument wat die testeerhandeling beliggaam.

Dit staan, in die lig van wat hierbo gestel is, vas dat 'n dokument wat testamentêr van aard is, geldig verly moet word ten einde regskrag te verkry.[76] Dit is voorts duidelik dat die verlyding van 'n testament 'n proses behels waarby meerdere partye betrokke is wat elk 'n spesifieke verlydingshandeling verrig ten einde aan die formaliteitsvereistes te voldoen.[77] Die verlyding van die dokument behels dat elke party die betrokke dokument moet onderteken, welke ondertekening met die nodige bedoeling voltrek moet word. Hierdie bedoeling word die *animus signandi* genoem.[78] Met die uitsondering van die testateur, wat ook met die maak van 'n merk kan onderteken, word 'n handtekening of paraaf vereis van al die partye betrokke by die verlyding van 'n testament.[79]

Die *animus signandi* word tradisioneel omskryf as die 'mind for affixing a seal to' en ook as die 'intention to sign an instrument'.[80] In 'n meer moderne konteks word dit kortweg omskryf as die 'intention to sign'.[81] Dit is derhalwe duidelik dat, net soos met die *animus testandi*, ook die *animus signandi* eers gevorm moet word alvorens tot die daad van ondertekening oorgegaan word. Van Staden en Rautenbach[82] verklaar dus dat 'n handtekening as die manifestasie van die bedoeling om te onderteken dien. Schellekens[83] stel ook: 'The affixing of the signature is the externally perceptible act by which the *animus signandi* is expressed'. Die testateur bedoel byvoorbeeld om sy

---

75 Du Toit 2005:680, met verwysing na *Harlow v Becker* 1998 (4) SA 639 (D) by 644A-B, stel dit duidelik dat '[*animus testandi*] is limited to the intention of a testator that the will, *to which he or she puts a signature,* should be his or her will.' Eie beklemtoning.

76 Schoeman-Malan *et al* 2014:80.

77 Sonnekus 2001:363. Sien ook De Waal en Schoeman-Malan 2015:64 en Jamneck *et al* 2017:67.

78 Mason 2012:5; *LAWSA* 2011:par 259; Schellekens 2004:60, 70; Fellmeth en Horwitz 2009:33; Adeleye *et al* 1999:29.

79 Artikel 2(1)(a) van die Wet op Testamente. Artikel 1 van die Wet stel 'n paraaf gelyk aan 'n handtekening. De Waal en Schoeman-Malan 2015:63-64.

80 Adeleye *et al* 1999:29.

81 Fellmeth en Horwitz 2009:33

82 2006:597.

83 2004:60.

of haar testament *as testateur* te onderteken en om dit sodoende te verly ooreenkomstig statutêre voorskrifte; die getuies bedoel daarenteen om die testament *as getuies* te teken en om sodoende die testateur se handtekening te bekragtig; die kommissaris van ede bedoel weer om die testament *as kommissaris van ede* te onderteken en om sodoende te bevestig dat dit die testateur se testament is en dat hy of sy (die kommissaris van ede) hom- of haarself van die testateur se identiteit vergewis het. Die aanbring van enige handtekening tydens die verlydingsproses is gevolglik ook ’n handeling wat bestaan uit sowel ’n fisiese element as ’n psigologiese element.[84]

Bogaande uiteensetting bevestig dat, benewens die handeling van ondertekening met die meegaande bedoeling, die partye betrokke by die verlyding van ’n testament ook moet bedoel om die betrokke dokument in ’n spesifieke hoedanigheid te onderteken. In *Louw v Engelbrecht*,[85] byvoorbeeld, het drie persone bykomend tot die twee getuies ’n testament onderteken. Die hof moes beslis of hierdie persone as getuies geteken het. Die hof bevind dat hulle nie getuies tot die testament was nie, aangesien hulle nie die testament onderteken het met die bedoeling om as getuies op te tree nie. Hulle het bloot geteken met die bedoeling om te bevestig dat hulle teenwoordig was tydens die verlyding van die testament. In *Jeffrey v The Master*[86] het ’n sertifiserende beampte, ten aansien van ’n testament wat deur die testateur met sy duimafdruk onderteken is, ’n stempel op die testament aangebring wat hom (die sertifiserende beampte) as ’n prokureur aangedui het, en daarna die sertifikaat en stempel onderteken. Die hof het, met ’n beroep op die vroeëre Appèlhofuitspraak in *Radley v Stopforth*,[87] beslis dat die testament, by gebrek aan die vermelding van die sertifiserende beampte se hoedanigheid as sulks, nie reëlmatig gesertifiseer is nie en derhalwe ongeldig is.

Die verlyding van ’n testament behels dus die verrigting van ’n reeks verlydingshandelinge deur ’n aantal persone. ’n Verlydingshandeling veronderstel dat die persoon wat dit verrig, dit doen met ’n bepaalde bedoeling wat weer ten nouste

84 *Ex Parte Goldman and Kalmer* 1965 (1) SA 464 (W) by 468, soos na verwys in *LAWSA* 2011:par 259.

85 1979 (4) SA 841 (O) by 855-856.

86 1990 (4) SA 759 (N).

87 1977 (2) SA 516 (A).

saamhang met die hoedanigheid waarin die betrokke persoon die testament onderteken.[88]

6.4 Samevatting

Uit die voorgaande blyk dit dat die maak van ’n testament ’n proses behels (die testament-maak-proses) waarin die handeling-idee voorop staan. ’n Testament is nie bloot die gevolg van die aanwesigheid van ’n aantal gestelde vereistes nie, maar wel die gevolg van die verrigting van spesifieke handelinge met spesifieke bedoelingsvorme betrokke by elk, wat verrig word deur verskeie partye ten einde ’n testament daar te stel. Daar moet eerstens onderskei word tussen, enersyds, die opstelhandeling of formuleringshandeling wat betrekking het op die inhoud van die testament en relevant is tot die materieelregtelike aspekte van ’n testament, en, andersyds, die verlydingshandelinge wat te make het met die voldoening aan die formaliteitsvereistes en gevolglik relevant is tot die formele geldigheid van ’n testament.

Wat die opstel of formulering van ’n testament betref, is reeds in Hoofstuk 5 uitgewys dat die wil van die testateur deur ’n proses gaan van wilsvorming tot wilsuiting. Die wilsuiting is die tersake handeling, wat ’n willekeurige gedraging veronderstel, en ’n regsfeit is omdat dit regsgevolge meebring. Omdat die wilsuiting ’n regsfeit is, heg die reg die gevolge daaraan wat die handelende persoon regtens met sy of haar handeling gewil het, welke wil, soos in Hoofstuk 3 getoon, spesifiek betrekking het op die ontstaan of beëindiging van sekere subjektiewe regte en verpligtinge. Ten einde vas te stel welke regte en verpligtinge aldus ontstaan of beëindig word, moet die reg vasstel wat die dader gewil het. ’n Testateur se beskikkingbedoeling kom tot uiting in ’n wilsverklaring as handeling, welke handeling in ’n testament beliggaam word (die geskrewe handeling in die testament). Dié handeling is die testeerhandeling waaraan die reg gevolg gee. Die reg gee egter ook gevolg aan ander inhoudelike handelinge deur ’n testateur in sy of haar testament verrig. So, byvoorbeeld, is die herroepingshandeling nog ’n regshandeling wat in die testament beliggaam word. Inhoudelik bestaan ’n testament dus uit meerdere handelinge, maar die

[88] Cronjé *et al* 1996:76.

testeerhandeling blyk die belangrikste hiervan te wees. Trouens, dit is juis die testeerhandeling wat ’n dokument as ’n testament laat kwalifiseer.

Die skriftelike wilsverklaring kan deur die testateur self gemaak word of kan met behulp van ’n derde party opgestel word. Waar ’n derde party die testateur bystaan met die opstel van die testament, moet die testateur die derde-opgestelde testament toe-eien aangesien testeerbevoegdheid nie gedelegeer kan word nie en die testateur die handeling op sy of haar eie moet maak alvorens die testament verly kan word. Indien ’n testament deur ’n derde party opgestel is, is voldoening aan die formaliteitsvereistes die enigste manier hoe die testateur hom- of haarself regtens aan die testament kan verbind; sonder ’n verlydingshandeling aan die kant van die testateur, is die opgestelde ‘testament’ regtens irrelevant.

Die voldoening aan die formaliteitsvereistes behels ook ’n proses waarby meerdere partye betrokke is en spesifieke handelinge, elk met ’n gepaardgaande bedoeling, moet verrig. Die voldoening aan die formaliteitsvereistes word regtens vereis en onderskraag die formele geldigheid van die testateur se testeerhandeling, sowel as die ander handelinge en aangeleenthede wat testamentêr gereël word.

Hoofstuk 7
'n Begripsmatige beskouing van die testeerhandeling: Die testeerhandeling en die vereistes daarvoor

7.1 Inleiding

In Hoofstuk 6 is daarop gewys dat ’n testateur se wil tot uiting kom in ’n testament en dat hierdie wil primêr betrekking het op die beskikking oor bates. ’n Testateur se bedoeling rakende wie erf welke van sy of haar bates, verteenwoordig dus ’n testamentêre beskikking en sodanige testamentêre beskikking, soos beliggaam in ’n geldige testament, is die testeerhandeling wat vir die testate erfreg ter sake is. In hierdie hoofstuk word die testeerhandeling as sodanig verder ontleed, spesifiek aan die hand van ’n beskouing van die vereistes wat regtens vir ’n geldige testeerhandeling gestel word. Dit blyk uit hierdie beskouing dat daar nie alleen ’n gebrek aan eenstemmigheid onder kommentators rakende hierdie vereistes bestaan nie, maar ook dat een vereiste in die besonder, naamlik die teenwoordigheid van *animus testandi* by ’n testateur, tot begripsverwarring in die testate erfreg aanleiding gee. In die lig van hierdie studie se doelstelling om testateursbedoeling aan die hand van ’n handelingsmodel te verklaar en binne die raamwerk van ’n testament-maak-proses te kontekstualiseer, is dit belangrik om klarigheid rakende die vereistes vir ’n geldige testeerhandeling te verkry en om elk van hierdie vereistes – en die vereiste van *animus testandi* in die besonder – na behore te verstaan. Die hoofstuk ontleed dus die testeerhandeling met verwysing na die vereistes wat die reg daarvoor neerlê en spreek voorts die *animus testandi*-vereiste in die besonder aan ten einde dit begripsmatig korrek te verklaar.

7.2 Die testeerhandeling: Omskrywing en vereistes

In *Jubelius v Griesel*[1] lys die hof die volgende as die kenmerkende eienskappe van ’n testament:

> *(a)* ’n ernstige en bewuste bedoeling deur die maker om ’n vry na-doodse beskikking van 'n bate in sy boedel te bewerkstellig (*animus testandi*);

[1] 1988 (2) SA 619 (K) by 622E-H.

(b) geen oorgang of onttrekking van regte in die bate tot na die dood van die maker nie; en

(c) eensydige herroepbaarheid van die beskikking deur die maker te eniger tyd voor sy dood.

In soverre dit die beskikking oor bates aanmerk, verwys punt (a) hierbo na die testeerhandeling soos dit in Hoofstuk 6 uiteengesit is. Punt (a) stel dit voorts baie duidelik dat die testeerhandeling met die nodige *animus testandi* verrig moet word ten einde as 'n geldige testeerhandeling te kwalifiseer. Die teenwoordigheid van *animus testandi* by 'n testateur is egter nie die enigste vereiste vir 'n geldige testeerhandeling nie. Corbett *et al*[2] lê die volgende vereistes vir 'n geldige testeerhandeling neer:

> In order to be valid the act of testation must be free and voluntary. The testator must, moreover, have acted *animo testandi*, that is, with the intention of executing a testamentary document … The testamentary act must, in addition, be complete to be valid.

Beinart[3] verskaf die volgende, ietwat meer breedvoerige, omskrywing van die testeerhandeling en die vereistes wat daarvoor gestel word:

> It is clear law that a will, before it can be given effect to as such, must be a conscious, serious and deliberate statement of intention, and therefore a mere indication of a testator's last wishes, or a statement for future use, or a mere note, or instructions for execution of the will is not an act of testation. There must be a serious and complete and final *act of testation* made *animo testandi,* of such a nature as to show [the] testator intended his declaration to take effect as his will. Unless the declaration is of such a nature there is no act of testation at all.[4]

Du Toit[5] lys op sy beurt weer die volgende vier vereistes vir 'n geldige testeerhandeling:

> In addition to the requirement that a testator must possess testamentary capacity, South African law requires of a valid act of testation (i) to have been performed with the intention of executing a will (the animus testandi); (ii) to have been performed freely and voluntarily; (iii) to constitute a complete act of testation and (iv) to comply with the requisite formalities as prescribed in s 2(1) of the Wills Act 7 of 1953.

Uit die omskrywings hierbo word die volgende vier vereistes geïdentifiseer waaraan voldoen moet word alvorens daar sprake van 'n geldige testeerhandeling kan wees:

- die handeling moet 'free' ('freely') en 'voluntary' ('voluntarily') gemaak word;
- die handeling moet met die nodige *animus testandi* voltrek word;
- dit moet 'n volledige of voltooide handeling wees; en

2 2001:34-35,727.

3 1959:200.

4 Eie beklemtoning.

5 2005:661.

- die handeling moet aan die formaliteitsvereistes voldoen soos deur die Wet op Testamente neergelê.

Die vierde vereiste soos deur Du Toit gestel, naamlik voldoening aan die wetlik-voorgeskrewe formaliteitsvereistes, moet beoordeel word met inagneming van die konteks waarin Du Toit die testeerhandeling bespreek, te wete formele testeer-bevoegdheid. Dit kan afgelei word dat hy bedoel het dat, sonder voldoening aan die formaliteitsvereistes, die handeling in elk geval regtens irrelevant sou wees, soos wat dit sou wees indien ’n testateur nie oor formele testeerbevoegdheid sou beskik nie. Vir die doeleindes van begripsuiwerheid is dit belangrik om, soos reeds in Hoofstuk 6 gedoen is[6] en ook weer later in hierdie hoofstuk gedoen word, die testeerhandeling, enersyds, en voldoening aan die formaliteitsvereistes, andersyds, in die regte konteks te stel: ’n testament is naamlik die skriftelike vergestalting van die testeerhandeling, maar die testeerhandeling bestaan regtens onafhanklik van voldoening aan die formaliteitsvereistes. Tog word terselfdertyd toegegee dat die testeerhandeling regmatig voltrek moet word ten einde regtens relevant te wees. Dit is, soos later in hierdie hoofstuk getoon word, derhalwe belangrik om die testeerhandeling in ’n sekere sin los te maak van voldoening aan die testamentêre formaliteitsvereistes terwyl insgelyks nie uit die oog verloor moet word nie dat, sonder nakoming van die statutêre verlydingsformaliteite, die testeerhandeling nietig is.

Wat die eerste vereiste betref, is reeds in Hoofstuk 3 uitgewys dat die grondwetlik-beskermde beginsel van privaatoutonomie vereis dat ’n handeling vrylik verrig moet word.[7] Op die gebied van die kontraktereg omskryf Hutchison *et al*[8] hierdie vryheid met verwysing na die feit dat die ontstaan van ’n kontrak die resultaat van vrye keuse moet wees, met ander woorde, dat soewereine partye sonder inmenging van buite aan die proses van kontraksluiting moet deelneem.[9] Met begripsmatigheid in gedagte, is dit belangrik om daarop te wys dat die begrip ‘voluntary’ (of ‘voluntarily’) geredelik

---

6 Sien bespreking hierbo by 6.3.

7 Van Huyssteen *et al* 2017:94. Sien besprekings hierbo by 3.3.1.1; 3.3.1.3 en 5.2.1.3.

8 2012:24. Sien ook Van Huyssteen *et al* 2017:10-11.

9 Ook in die ou Engelsregtelike kontraktereg-saak van *Printing & Numerical Registering Company v Sampson* (1875) LR 19 Eq 462, verklaar die hof dat ‘contracts, when entered into freely and voluntarily, shall be held sacred and enforced by courts of justice’.

vertaal kan word as 'vrywillig',[10] maar ook as 'willekeurig';[11] met die gevolg dat 'free and voluntary' kan beteken 'vry en vrywillig' of 'vry en willekeurig'. Dit word egter in oorweging gegee dat 'n definitiewe onderskeid bestaan tussen die begrippe 'vrywillig' en 'willekeurig' wanneer hierdie konsepte met verwysing na 'n handeling gebruik word. Die belang van die onderskeid blyk veral duidelik wat die regsgevolge betref waar die onderskeie begrippe ter sprake kom: Waar daar nie 'n willekeurige handeling teenwoordig is nie, is daar uiteraard geen sprake van 'n handeling as sodanig nie. 'n Handeling wat nie vrywillig voltrek is nie, is daarenteen, ten minste in die kontraktereg, gewoonlik vernietigbaar eerder as nietig.[12]

Wat die erfreg betref, voer Jamneck *et al*[13] aan dat die uitwerking van dwang op 'n testateur altyd tot gevolg het dat die testament ongeldig is omdat *animus testandi* by die testateur ontbreek. Hierdie stelling kan, in die lig van wat hierbo gesê is, egter nie ongekwalifiseerd opgaan nie. Dit hou naamlik nie rekening met die onderskeid tussen absolute dwang (*vis absoluta*) en relatiewe dwang (*vis compulsiva*) nie, en verloor ook uit die oog dat dwang sowel die opstelhandeling as die verlydingshandeling in die testament-maak-proses kan beïnvloed en derhalwe verskillende gevolge teweeg kan bring. 'n Geval van absolute dwang, waar willekeurigheid ontbreek en daar gevolglik geen handeling is nie, is byvoorbeeld waar 'n derde 'n pen in die 'testateur' se hand forseer en die hand druk om die 'testateur' se naam te teken, met die gevolg dat die verlydingshandeling ontbreek (die persoon tree werktuiglik op en dus handel hy of sy nie regtens nie).[14] 'n Voorbeeld van relatiewe dwang, waar vrywilligheid ontbreek, is waar 'n persoon handel, maar die dwang is gerig teen die wil van die dader.[15] In so 'n geval is die stelreël *coacta voluntas tamen voluntas est* van toepassing wat bepaal dat 'n gedwonge wil nogtans 'n wil is.[16] Die persoon handel steeds regtens, maar dit geskied onder dwang en, as gevolg van die nie-vrye uitoefening van die wilsbesluit,

10 In *Preller v Jordaan* 1956 (1) SA 483 (A) by 490H verklaar die destydse Appèlhof: 'if an act is not voluntary in the sense of being spontaneous and free'.

11 Neethling en Potgieter 2015:28 (Afrikaanse teks) en 2015:26 (Engelse teks); Robinson *et al* 2015:49 (Afrikaanse teks) en 2015:47 (Engelse teks).

12 *Preller v Jordaan* 1956 (1) SA 483 (A); Van Huyssteen *et al* 2017:94, 110; Neethling en Potgieter 2015:28.

13 2017:50.

14 De Wet en Van Wyk 1978:43-44; Neethling en Potgieter 2015:29. Sien ook Van Huyssteen *et al* 2017:110; Hutchison *et al* 2012:144.

15 Hutchison *et al* 2012:142-144.

16 D 4 2 21 5, soos verwys na deur Van Huyssteen *et al* 2017:110.

ontstaan geen regsgevolge uit die handeling nie.[17] Jamneck *et al* verwys heel moontlik na die uitsonderlike gevalle waar dwang die uitwerking kan hê dat dit die persoon onbevoeg maak om ’n regtens relevante wil te vorm en die persoon derhalwe geen handeling kan verrig nie, met die gevolg, in die testate erfreg, dat *animus testandi* noodwendig by die ‘testateur’ ontbreek.[18]

Met voorgaande as agtergrond, laat dit vereistes twee en drie wat vervolgens volledig ondersoek sal word.

7.2.1 *Animus testandi*

7.2.1.1 *Begripsverwarring rakende* animus testandi *as ’n vereiste/element van die testeerhandeling*

Animus testandi kom tradisioneel in die Suid-Afrikaanse testate erfreg in die volgende gevalle ter sprake:

- Dit word wyd omskryf as ’n testateur se bedoeling om ’n testament te maak.[19]
- Dit word ook in ’n enger konteks gebruik, spesifiek verwysend na die bedoeling om vir vererwing voorsiening te maak; dus, onafhanklik daarvan of ’n testateur die bedoeling gevorm het dat die besondere dokument sy of haar testament moet wees.[20]
- Dit word verder ook gekoppel aan die voldoening aan die formaliteitsvereistes, veral in soverre dit gebruik word as aanduidend van die bedoeling waarmee ’n testament verly moet word.[21]
- Laastens word dit eng gekoppel aan spesifieke woorde in ’n testament in die konteks van rektifikasie.[22]

---

17 Sonnekus 2007:98; Hutchison *et al* 2012:142; Van Huyssteen *et al* 2017:110; Neethling en Potgieter 2015:29.

18 Van Huyssteen *et al* 2017:110; Hutchison *et al* 2012:142.

19 Sien byvoorbeeld Jamneck *et al* 2017:11, 49.

20 *In re Leedham* (1901) 18 SC 450 soos na verwys in Jamneck *et al* 2017:49.

21 In *Burton-Moore v The Master* 1983 (4) SA 419 (N) by 420F stel die hof: ‘It is clear that for a document to qualify as a will it must be executed with the intention of being such, that is, the testator or testatrix must in signing the document intend to deal with his or her estate … sign with the necessary testamentary intent’. Sien ook Van der Merwe en Rowland 1990:198. Corbett *et al* 2001:34 verklaar dat die testateur ‘must have acted *animo testandi,* that is, with the intention of executing a testamentary document’. Sien ook Corbett *et al* 2001:89.

22 *Aubrey-Smith v Hofmeyr* 1973 (1) SA 655 (K) by 659E-H; De Waal en Schoeman-Malan 2015:244; Van der Merwe en Rowland 1990:489.

Dit blyk uit voorgenoemde dat *animus testandi* gekoppel (kan) word aan die dokument self; die inhoud van die dokument as geheel en met betrekking tot spesifieke dele daarvan; sowel as aan die voldoening aan die formaliteitsvereistes. Dit laat uiteraard die vraag ontstaan na die korrekte betekenis wat aan die begrip *animus testandi* gegee moet word. Die beantwoording van hierdie vraag is belangrik aangesien dit duidelik blyk dat *animus testandi* by ’n testateur vereis word alvorens sy of haar handeling as ’n testeerhandeling sal kwalifiseer en, insgelyks, of die dokument wat die handeling beliggaam, as ’n testament sal kwalifiseer.

7.2.1.2 *’n Kort regsvergelykende toeligting ten opsigte van begripsverwarring rakende* animus testandi *in die Amerikaanse reg*

In die lig van die verskillende betekenisse wat in die Suid-Afrikaanse testate erfreg aan *animus testandi* toegedig word, is dit raadsaam om kortliks regsvergelykend na die kwessie te kyk. Amerikaanse regsliteratuur bied interessante perspektiewe op die kwessie onder bespreking, maar toon voorts dat begripsmatige probleme rakende *animus testandi* ook in die Amerikaanse reg bestaan. Glover[23] wys byvoorbeeld in sy bydrae oor ’n ‘intent doctrine’ in die Amerikaanse reg op soortgelyke uitdagings aldaar wanneer hy verklaar dat ‘legal scholars have done little to clarify the contours of testamentary intent. When referencing the principle, they often follow the lead of their jurist counterparts and confuse or combine different ideas’.[24] Hy wys daarop dat ‘testamentary intent’ (*animus testandi*) breedweg twee kwessies omvang, naamlik: ‘did the decedent intend to make a will, and if so, what are its terms?’ Glover wys voorts op ’n geneigdheid by sommige Amerikaanse kommentators ‘[to] include the intent to make a will and the intent to make specific dispositions of property under the general umbrella of testamentary intent’.

Die Amerikaanse *Restatement of the Law*[25] definieer ‘testamentary intent’ soos volg:

> To be a will, the document must be executed by the decedent with testamentary intent, i.e. the decedent must intend the document to be a will or to become operative at the decedent’s death.

---

23 2016:569-570.

24 As voorbeeld: Glover 2016:578 maak die stelling dat Lindgren se raamwerk om testateursbedoeling te omskryf, moontlik meer vrae as antwoorde bied. Hierdie stelling van Glover kan veral ondersteun word in die konteks van die bedoelingsvorm, *animus testandi*. Dit blyk of meerdere van Lindgren se bedoelingsvorme, byvoorbeeld ‘ambulatory intent’, ‘delayed dispositive intent’ en ‘nontentative intent’ almal sekere aspekte van *animus testandi* insluit. Sien bespreking wat volg, sowel as die bespreking hierbo by 4.3.1.

25 Restatement of the Law Vol 1:171.

> Whether the decedent executed a document with testamentary intent is a question of fact on which evidence of intention may be considered.

Die fokus blyk dus grotendeels te val op die ter sake dokument en om 'testamentary intent' in die konteks van dié dokument te probeer verstaan. Glover[26] verwys dan ook na *Early v Arnold*[27] waar die Supreme Court of Virginia beslis het dat '[o]ne may execute a paper with every formality known to the law and devise all his property, but unless he intends that very paper to take effect as a will, it is no will'. Dit word in oorweging gegee dat hierdie benadering problematies is aangesien dit poog om *animus testandi* in die konteks van 'n dokument te probeer verstaan. Die koppeling van *animus testandi* aan die dokument self, blyk dan ook grootliks by te dra tot die begripsverwarring wat ten aansien daarvan heers, nie net in die Suid-Afrikaanse reg nie, maar ook in die Amerikaanse reg.

Vervolgens word die Engelse reg kortliks onder die loep geneem ten einde te toon dat die fokus in 'n ondersoek rakende *animus testandi* nie moet val op die bedoeling met betrekking tot die ter sake dokument nie, maar eerder op die bedoeling met betrekking tot die ter sake handeling wat bloot in die betrokke dokument beliggaam word.

7.2.1.3 *Relevante voorstelle saamgesnoer uit die Engelse reg*

In die konteks van die Engelse reg verklaar Kerridge[28] soos volg:

> A will is the expression by a person of wishes which he intends to take effect only at his death. In order to make a valid will, a testator must have a testamentary intention (or animus testandi), i.e. he must intend the wishes to which he gives deliberate expression to take effect only at his death. It is not, however, necessary that the testator should intend to make, or be aware that he is making, a will.

Uit hierdie aanhaling blyk dit dat 'n testament wat *animo testandi* tot stand gebring is, voltrek is met die bedoeling om, ten minste wat die beskikkings wat daarin vervat is, vanaf die oomblik van die testateur se dood, werking te geniet. Kerridge[29] maak egter ook 'n verdere ietwat omstrede stelling, naamlik dat dit nie nodig is dat die testateur moet bedoel om 'n testament te maak nie, of selfs daarvan bewus hoef te wees dat hy of sy 'n testament maak nie. Hy verduidelik nie die laaste stelling nie, maar verwys

[26] 2016:591.

[27] 89 S.E. 900, 901 (Va. 1916).

[28] 2016:35.

[29] 2016:35.

bloot in ’n voetnoot na die bespreking van geprivilegeerde testamente. Onder hierdie bespreking bied hy ’n verduideliking vir die stelling, welke verduideliking ook dien om die konsep *animus testandi* beter toe te lig:

> The testator can make a will without any formalities whatever. It may be written, whether signed or witnessed or not, or it may be nuncupative, i.e. oral. The testator must, however, intend deliberately to give expression to his wishes in the event of his death, although he need not know that he is making a will: in this respect there is no difference between a formal will and an informal will.

Kerridge[30] verwys ter ondersteuning van sy standpunt na die uitspraak in *Re Knibbs.*[31] In hierdie saak moes die hof beslis of die woorde ‘[i]f anything ever happens to me, Iris will get anything I have got’, wat deur die erflater in die loop van ’n gesprek geuiter is, neerkom op ‘words … to be propounded as a will’ en, gevolglik, of dit ’n mondelinge testament daarstel.[32] Die hof bevind:

> There is no question that words just as informal as the words used in this case are capable of being admitted to probate; no special formality is required. The question is whether these words … constituted a testamentary act on the part of the deceased. The fundamental principle applicable to this question is contained in the speech of Lord Selborne L.C. in *Whyte v. Pollok*, in which he said: ‘In the first place, I lay it down that it is, in my judgment, a proposition universally true that nothing can receive probate which was not intended to be a testamentary act by the testator.’

Nadat die hof die bogenoemde klem op *animus testandi* geplaas het, maak die hof die volgende belangrike stelling wat nie alleen die testeerhandeling korrek kontekstualiseer nie, maar ook treffend verduidelik hoe dit met *animus testandi* skakel:

> A testamentary act does not have to be a document or act of any sort attended by any particular formalities. Indeed, an act may be testamentary in this sense, even though the speaker did not know that he was making a will, or even that he was capable of making a will at the time when he uttered the words in issue. That has been the law ever since *In re Stable, decd*., and is further laid down by Lord Sterndale M.R. in *In the Estate of Beech, decd*. Although, however, a testamentary act may be one not recognised by the testator to be an actual will, it must be an act which is intended to operate so far as possible as a disposition of his property after his death.

Dit blyk uit bostaande stelling dat ’n testateur nie hoef te bedoel om ’n testament te maak nie, of selfs bewus te wees dat hy of sy ’n testament maak nie. Dit is eerder belangrik dat die handeling wat die testateur verrig waardeur hy of sy oor bates beskik, met die nodige bedoeling, naamlik *animus testandi*, voltrek moet word. Dít behels,

---

30 2016:61.

31 [1962] 1 WLR 852.

32 Die erflater was ’n ‘mariner at sea’ en kon gevolglik ’n geprivilegeerde testament maak in terme van artikel 11 van die Engelse Wills Act, 1837.

volgens die hof in *Re Knibbs*, die bedoeling 'to operate … as a disposition of his property after his death'. Alhoewel hierdie saak oor 'n mondelinge testament gehandel het, blyk dit dat, waar daar wel 'n skriftelike dokument voorkom, die vorm of formaat van die dokument irrelevant is.[33] In *Re Berger*[34] bevestig die Engelse Court of Appeal dan ook dat 'n instrument slegs 'n testament kan wees indien dit handel oor die beskikking van bates en *animus testandi* aanwesig was by die opsteller. Die hof stel dit duidelik dat, indien hierdie twee vereistes ten aansien van 'n dokument bevredig word, die dokument – ongeag die vorm daarvan – 'n testament is, en dat geldigheid daaraan gegee word deur voldoening aan die formaliteitsvereistes.

7.2.1.4 *Die afwesigheid van* animus testandi*: Spesifieke gevalle*

Animus testandi kan ook verklaar word deur te kyk na gevalle waar dit afwesig is. Glover[35] verwys byvoorbeeld na Langbein en Waggoner wat die term 'sham will cases' gebruik ter beskrywing van 'n aantal Amerikaanse sake waar beslis moes word of lede van die Masonic Order, wat verplig was om testamente te verly as deel van hul inisiasieritueel, dit wel gedoen het met die nodige *animus testandi*. Glover stel die vraag waaroor die howe in hierdie gevalle moes beslis as: 'the court had to decide whether the decedents intended the documents to be legally effective wills or to be merely ceremonial documents that satisfied the Masonic initiation requirements'. Hy wys op die feit dat, al het die dokumente aan al die gestelde formaliteitsvereistes vir 'n geldige testament voldoen en ook testamentêre bemakings bevat, daar getuienis was wat daarop gedui het dat 'the decedents executed the wills solely to complete their initiation and therefore did not intend the wills to be legally effective expressions of testamentary intent'. *Animus testandi* was derhalwe by die 'testateurs' afwesig, ongeag die feit dat die ter sake dokumente nie alleen die vorm van testamente aangeneem het nie, maar inderdaad ook inhoudelik testamentêr voorgekom het.

Langbein[36] wys ook op die volgende gevalle waar *animus testandi* ontbreek: 'the decedent executes a purported will only with the intent that it be a model, or a

---

33 Kerridge 2016:35-36; Theobald 2016:5-6.

34 [1990] Ch. 118.

35 2016:591.

36 1975:514.

specimen, or a joke,[37] or with the intention declared to the witnesses that it might or might not be [his] will depending on later circumstances'.

Uiteraard sal 'n dokument wat instruksies aan 'n derde party vir die opstel van 'n testament gee, ongeag hoe duidelik die bedoeling daarin blyk wat betref die verdeling van bates, eweneens nie as 'n testament kwalifiseer nie aangesien *animus testandi* by die voornemende testateur ontbreek.[38] Die derde-opgestelde dokument bly vervolgens ook net 'n konseptestament en word slegs 'n testament indien die testateur hom of haar daarmee vereenselwig, en dus die *animus testandi* ten opsigte daarvan vorm en dit daarna in 'n geldige testament omskep deur dit na behore te verly.[39]

Ter opsomming blyk dit dus dat *animus testandi* die bedoeling behels waarmee die wilsverklaring met betrekking tot die beskikking oor bates voltrek moet word en dat dit nie bloot 'n breë of algemene bedoeling is dat 'n dokument (in geheel) 'n testament moet wees nie. *Animus testandi* kan derhalwe omskryf word as die bedoeling wat by 'n testateur aanwesig is dat sy of haar wilsverklaring 'n na-doodse beskikking sal bewerkstellig in soverre daar regtens aan sy of haar beskikking gevolg gegee moet word deurdat boedelbates *post mortem* aan begunstigdes toegedeel moet word.[40]

7.2.1.5 Animus testandi *in die konteks van voldoening aan die formaliteitsvereistes*

In die lig van die gevolgtrekking waartoe in die voorafgaande gedeelte rakende die inhoud van *animus testandi* gekom is, ontstaan die vraag waarom dit so 'n problematiese begrip in die Suid-Afrikaanse testate erfreg en in die erfregstelsels van ander jurisdiksies is. Dit word in oorweging gegee dat 'n belangrike rede vir die verwarring wat ten aansien van *animus testandi* bestaan, verband hou met die feit dat dit tradisioneel gekoppel word aan die voldoening aan die testamentêre

[37] Ook in die kontraktereg word dit as voorbeeld voorgehou dat *animus contrahendi* afwesig is by 'n skertsende wilsuiting juis omdat die grapmaker nie ernstig bedoel om hom of haar regtens te bind nie. Van Huyssteen *et al* 2017:24; Hutchison *et al* 2012:4, 50.

[38] Aan die ander kant kan 'n dokument wat opgestel was as instruksies vir die opstel van 'n testament, omskep word in 'n testament deur die nodige *animus testandi* omtrent dit te vorm. Sien die bespreking hierbo by 4.3.2.3 van die saak *In Re Winter*, waar dieselfde dokument – wat oorspronklik opgestel was as instruksies vir die opstel van 'n testament – regtens omskep is in 'n testament deurdat die testatrise die nodige *animus testandi* gevorm het.

[39] *Back v The Master of the Supreme Court* [1996] 2 All SA 161 (K) by 174C-E. Sien die bespreking hierbo by 6.5.1.

[40] Sien bespreking hierbo by 4.3.2.

formaliteitsvereistes. In die Suid-Afrikaanse reg het hierdie tendens sy oorsprong in die saak van *Sim v The Master*.[41]

In die *Sim*-saak was daar ’n onverlyde handgeskrewe dokument voorhande wat moontlik as ’n geprivilegeerde testament kon geld. Die hof moes beslis of hierdie ‘onvoltooide testament’ as ’n geprivilegeerde testament kwalifiseer. Hoewel die *Sim*-saak in die Suid-Afrikaanse reg dikwels met *animus testandi* in verband gebring word,[42] blyk dit dat die saak eerder gehandel het met die vraag oor hoe die testeer-handeling en die formaliteitsvereistes met mekaar skakel en, meer spesifiek, hoe die afwesigheid van die formaliteitsvereistes die testeerhandeling ten aansien van ’n moontlike geprivilegeerde testament raak.[43]

Voorgenoemde verwarring van die kwessie ter sake in die *Sim*-gewysde het bedenklike gevolge teweeggebring. Dit blyk uit stellings soos die volgende deur Jamneck *et al*[44]: ‘In hierdie saak het die Hof die voltooiing van die formaliteite as die uitdrukking van die oorledene se *animus testandi* beskou’. Uit hierdie stelling blyk dit dat die *Sim*-saak deur sommige kommentators geïnterpreteer word as sou *animus testandi* direk aan die voldoening van die formaliteitsvereistes gekoppel wees, met die gevolg dat, ooreenkomstig dié siening, *animus testandi* afwesig is indien daar nie aan die formaliteitsvereistes voldoen word nie. Die bespreking in die voorafgaande gedeelte van hierdie hoofstuk toon egter onteenseglik dat *animus testandi* eers gevorm moet word alvorens daar oorgegaan kan word tot die verlyding van ’n testament. Dit is eweneens duidelik dat *animus testandi* nie ná die verlyding van die dokument gevorm kan word nie. Hier word Du Toit[45] gelyk gegee wanneer hy daarop wys dat daar ten eerste ’n testeerhandeling moet wees (uiteraard verrig met die nodige *animus testandi*), alvorens daar aan die testamentêre formaliteitsvereistes voldoen word.[46]

---

41 1913 CPD 187. Sien byvoorbeeld Corbett *et al* 2001:34; De Waal en Schoeman-Malan 2015:92.

42 Sien byvoorbeeld Jamneck *et al* 2017:11, 49.

43 Sien Van der Merwe en Rowland 1990:145.

44 2017:49. Sien ook Corbett *et al* 2001:34, 88-89.

45 2005:661.

46 Sien bespreking hierbo by 7.2.

7.2.1.6 *Die verband tussen* animus testandi *en die rektifikasie van testamente*

Ten slotte moet daarop gewys word dat *animus testandi* in die konteks van rektifikasie van testamente direk gekoppel word aan die aan- of afwesigheid van spesifieke woorde in 'n testament.[47] In *Aubrey-Smith v Hofmeyer*[48] stel Corbett R die volgende vraag wat rektifikasie betref: '[T]he critical question is whether the Court may, by way of rectification, not only delete words actually appearing in a will on the ground that they were inserted therein by mistake and without *animus testandi'.*[49] In *Botha v The Master*[50] koppel Addleson R, met verwysing na *Aubrey-Smith,* tereg die bedoeling nie net aan woorde in die algemeen nie, maar spesifiek aan woorde met betrekking tot die 'bequest' en 'disposition recorded in the will':

> One may at this stage enquire whether it is logically justifiable to differentiate in principle between rectification by way of the deletion of words, and rectification by the insertion of words, in a will. The omission of material words by a testator would seem to be just as much an instance of making a purported bequest without *animus testandi*, as the insertion by him of words without such *animus*. In both cases the phrase or disposition recorded in the will is defective by reason of the failure to achieve what was intended; and rectification by way of insertion achieves no different a consequence than rectification by deletion.

Dit blyk duidelik uit hierdie aanhaling dat *animus testandi* hier uitsluitlik gebruik word met verwysing na die woorde met betrekking tot die bemakings of beskikkings oor bates. Dít dien dan as nog 'n bewys dat *animus testandi* uitsluitlik betrekking het op die testeerhandeling. Rektifikasie is immers van toepassing omdat daar 'n teenstrydigheid bestaan tussen die testateur se ware bedoeling en die bedoeling soos dit tot uiting kom in woorde in die testament wat toegeskryf kan word aan 'n fout. Hierdie fout kan reggestel word deur die toepassing van rektifikasie ten einde uitvoering aan die ware bedoeling van die testateur te gee.[51] Die noue verband tussen die beskikkingsbedoeling en *animus testandi* blyk derhalwe duidelik in die konteks van rektifikasie.[52] Die fout, byvoorbeeld in die konteks van woorde wat per abuis in 'n testament ingevoeg is en deur die toepassing van rektifikasie geskrap kan word, word gekoppel aan die feit dat daardie woorde sonder die nodige *animus testandi* in die

47 Van der Merwe en Rowland 1990:489.

48 1973 (1) SA 655 (K) by 659H.

49 Sien Van der Merwe en Rowland 1990:488-489.

50 1976 (3) SA 597 (OK) by 603A-C.

51 Du Toit 2008:330; Corbett *et al* 2001:497.

52 Sien volledige bespreking hieronder in Hoofstuk 8.

testament verskyn.[53] Anders gestel, die beskikkingsbedoeling kom foutiewelik tot uiting in die skriftelike wilsuiting, met die gevolg dat die vereiste *animus testandi* met betrekking tot daardie spesifieke deel van die testament ontbreek.

7.2.2 ’n Volledige of voltooide testeerhandeling

Alvorens ’n handeling as ’n testeerhandeling kan kwalifiseer, word ook vereis dat die handeling as sodanig volledig moet wees. Wat hierdie vereiste presies behels, blyk ook onseker te wees.[54] Dit word in oorweging gegee dat die verwarring wat in hierdie verband bestaan, daaraan toegeskryf kan word dat die vereiste van ’n volledige of voltooide testeerhandeling (hierna die ‘volledigheidsvereiste’ genoem) nie direk aan die testeerhandeling gekoppel word nie, maar eerder aan die testament self en juis aan die voldoening aan die formaliteitsvereistes.

Hierdie verwarring hou direk daarmee verband dat meerdere aspekte in die testament-maak-proses volledig of voltooid moet wees.[55] Net soos wat die testeerhandeling byvoorbeeld volledig of voltooid moet wees om regtens relevant te wees, so ook moet die dokument wat dit beliggaam, voltooid wees in die sin dat dit volledig aan al die formaliteitsvereistes moet voldoen om gelding te geniet.[56] Ten einde die volledigheidsvereiste beter toe te lig, sal daar vervolgens onderskei word tussen die volgende aspekte in die testament-maak-proses waar die vereiste van ‘voltooid’ ter sprake kan wees:

- ’n volledige testeerhandeling;
- ’n volledige ‘beskikkingskema’ (met inagneming van al die testeerhandelinge);[57]

---

53 *Henriques v Giles* 2010 (6) SA 51 (HHA) par [15]; De Waal en Schoeman-Malan 2015:244.

54 Sien byvoorbeeld *Sim v The Master* 1913 CPD 187; Beinart 1959:200.

55 Sien byvoorbeeld *Thaker v Naran* 1993 (4) SA 655 (N) waar ’n onvolledige attestasieklousule in die testament verskyn het. Die hof bevind dat die testament volledig is ten spyte van die onvolledige attestasieklousule. Ook wat die formaliteitsvereistes betref, bevind die hof dat daar ’n geldige testament vermoed word, al is die attestasieklousule onvolledig. Gevolglik word die attestasieklousule nie as ’n formaliteitsvereiste beskou nie. Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:54.

56 In die *Sim*-saak het die hof juis gefaal om te onderskei tussen ’n voltooide testeerhandeling en die voltooiing van (of voldoening aan) die formaliteitsvereistes.

57 Dit is immers ’n reël by die interpretasie van testamente dat ’n testament in die geheel uitgelê moet word in terme van die algemene skema van die testament. De Waal en Schoeman-Malan 2015:232; Isaac en Horwitz 1979:118-119.

- ŉ inhoudelik-volledige dokument met betrekking tot al die testeerhandelinge, sowel as al die ander testamentêre aangeleenthede; en
- ŉ volledige geldige testament met betrekking tot die formaliteitsvereistes.

7.2.2.1 *ŉ Volledige testeerhandeling*

Dit moet eerstens gestel word dat 'n testateur nie verplig is om 'n testament te maak nie en indien die testateur wel besluit om 'n testament te maak, is hy of sy nie verplig om oor al sy of haar bates daarin te beskik nie. 'n Testateur is verder ook vry om meerdere testamente na te laat en meerdere testateurs is vry om een gesamentlike testament te maak.[58] Indien 'n testateur wel sou besluit om te testeer, word 'n skriftelike wilsverklaring vereis waarin, soos reeds in Hoofstuk 6 uitgewys,[59] drie elemente teenwoordig moet wees ten einde 'n testamentêre beskikking daar te stel, naamlik:[60]

- ŉ bemaking van bates;
- ŉ aanduiding van die omvang van die belang wat bemaak word; en
- ŉ aanduiding van die identiteit van die bevoordeeldes.[61]

In *Ex parte Estate Davies*[62] verklaar regter Broome dat al die elemente teenwoordig moet wees vir 'n testamentêre beskikking om volledig te wees, ongeag of dit in een of meerdere testamentêre geskrifte voorkom. Hy stel dit duidelik dat die bemaking sal misluk indien die beskikking onvolledig is.[63] In die *Davies*-saak het die betrokke testament slegs 'n bepaling bevat wat die eiendom en die omvang van die belang wat bemaak word, verwoord het. Die bevoordeelde se naam het egter nie in die testament verskyn nie, maar wel in 'n afsonderlike dokument wat geskryf en onderteken is deur die testateur en wat gerig was aan die eksekuteur. Hierdie dokument is in 'n verseëlde koevert saam met die testament aan die prokureur oorhandig met die instruksie dat dit eers oopgemaak moet word met die testateur se afsterwe. Die hof bevind dat die

58 De Waal en Schoeman-Malan 2015:14-15, 106-107, 134, 199-200.

59 Sien bespreking hierbo by 6.3.1.1.1. Sien verder ook bespreking hierbo by 4.3.2.4.2.

60 De Waal en Schoeman-Malan 2015:59 en Cronjé *et al* 1996:18.

61 *Ex parte Estate Davies* 1957 (3) SA 471 (N) by 474A-C; *Oosthuizen v Die Weesheer* 1974 (2) SA 434 (O) by 436C-D.

62 1957 (3) SA 471 (N).

63 ŉ Onvolledige handeling moet nie verwar word met 'n handeling wat vaag of onseker is nie. In laasgenoemde geval word die handeling as *pro non scripto* beskou omdat die bedoeling van die testateur nie met sekerheid vasgestel kan word nie. Cronjé en Roos 2004:264.

bemaking in die testament onvoltooid was en dat dit slegs ’n voltooide testamentêre beskikking word wanneer dit saam met die dokument wat die bevoordeelde aanwys, gelees word. Die hof bevind dus dat ‘[t]he document is therefore an essential portion of the testamentary disposition and so must necessarily be a testamentary writing’. ’n Testamentêre geskrif is gevolglik ’n dokument wat enige van die elemente van ’n testeerhandeling dra.[64]

Dit is interessant om daarop te let dat meerdere dokumente ook ingevolge die Engelse reg ’n testament daarstel. So verklaar die Engelse Court of Appeal byvoorbeeld in *Re Berger*[65] met verwysing na die saak van *Douglas-Menzies v Umphelby*[66] soos volg: ‘However many testamentary documents a testator may leave “it is the aggregate or the net result that constitutes his will, or, in other words, the expression of his testamentary wishes”’. Dit blyk gevolglik duidelik dat daar ook onderskei moet word tussen ’n testament, as die draer van die testeerhandeling, ongeag die aantal dokumente waaruit dit bestaan, en ’n testamentêre geskrif, as die draer van ’n element of elemente van die testeerhandeling. Tog blyk dit dat hierdie onderskeid in die Suid-Afrikaanse verband grootliks regtens irrelevant is aangesien artikel 1 van die Wet op Testamente ’n testamentêre geskrif gelykstel aan ’n testament. Dit maak dus klaarblyklik nie saak dat die elemente van ’n testamentêre beskikking op een of meerdere dokumente voorkom nie. Dit staan voorts vas dat al dié elemente tot uiting moet kom ten einde die volledigheidsvereiste te bevredig en sodoende ’n testeerhandeling daar te stel.

7.2.2.2 *’n Volledige beskikkingskema (al die testeerhandelinge) en ’n inhoudelik-volledige dokument met betrekking tot al die testeerhandelinge, sowel as al die ander testamentêre aangeleenthede*

Soos in Hoofstuk 6 uitgewys,[67] bevat ’n testament selde slegs ’n enkele bemaking. Dit beliggaam normaalweg meerdere beskikkingshandelinge (legate en erflatings), sowel

64 ’n Enkele naam op ’n bladsy, as een van die elemente van ’n testamentêre beskikking, naamlik ’n aanduiding van die begunstigde, laat kwalifiseer die bladsy as ’n testamentêre geskrif. Sien *Ex parte Estate Davies* 1957 (3) SA 471 (N) by 474; *LAWSA* 2011:par 252.

65 [1990] Ch. 118 CA by 133.

66 [1908] A.C. 224, 233.

67 Sien bespreking hierbo by 6.3.1.1.

as ander handelinge (byvoorbeeld ’n herroepingshandeling) en dit reël ook ander aangeleenthede (byvoorbeeld die nominasie van ’n eksekuteur en/of ’n voog).

Wat die volledigheidsvereiste betref, ontstaan die vraag of *al* die beoogde testamentêre wense aanwesig moet wees in ’n dokument alvorens hierdie vereiste bevredig word, of is dit voldoende indien minstens al die *beskikkingshandelinge* voltooid is. Dit word aan die hand gedoen dat vroeëre sake waarin die howe bereid was om dele van ’n formeel ongeldige ‘testament’ as geldig te aanvaar, rigtinggewend is in die beantwoording van hierdie vraag. In hierdie gewysdes het die howe telkemale gevra of die deel van die testament wat behoorlik verly is – en dus skeibaar was van dié deel of dele van die testament waar vormgebreke voorgekom het – al die wesenlike of essensiële bepalings van die betrokke testament bevat het.[68] Hierdie wesenlike bepalings is beperk tot die beskikkings oor bates.[69] In *Wehmeyer v Nel*[70] beslis regter Hiemstra, met verwysing na *Ex parte Cartoulis*,[71] juis dat ‘indien al die bemakings op die behoorlik uitgevoerde deel voorkom, sodanige gedeelte as ’n volledige en geldige testament behandel kan word’. Dit blyk dus dat die volledigheidsvereiste primêr op die beskikkingshandelinge betrekking het en nie soseer op die ander testamentêre aangeleenthede nie. ’n Enkele bemaking waarin ’n testateur sy of haar hele boedel aan ’n begunstigde of begunstigdes toedeel, of ’n aantal legate tesame met ’n bemaking van die restant van ’n boedel, is derhalwe aanduidend van ’n volledige beskikkingskema. Corbett *et al*[72] waarsku tereg dat:

> If the true ratio of the decisions upholding part of a will is not whether the invalidly executed pages contain something other than non-essential matter but whether the dispositions on the validly executed pages are unaffected by the dispositions[73] on the invalidly executed pages and can be given effect to without bringing about a result the testator never intended, then the correctness of this decision may be open to doubt.

Dit word derhalwe aan die hand gedoen dat ’n volledige testeerhandeling, met verwysing na die wesenlike of essensiële bepalings van die betrokke testament, die

68 Sien byvoorbeeld *Kidwell v The Master* 1983 (1) SA 509 (O) by 514.

69 *Ricketts v Byrne* 2004 (6) SA 474 (K) by par [32]; *The Leprosy Mission v The Master of the Supreme Court* 1972 (4) SA 173 (K) by 182-184; De Waal en Schoeman-Malan 2015:68-69.

70 1976 (4) SA 966 (W) by 968; Cronjé en Roos 2002:56.

71 1974 (2) SA 156 (K).

72 2001:57-58

73 Daar word aangevoer dat dit moontlik beter sal wees om die term ‘testamentêre bepaling’ te gebruik aangesien ‘dispositions’ as beskikkings hierdie spesifieke betekenis dra. Sien De Waal en Schoeman-Malan 2015:59.

ter sake regshandelinge is en in wese die testament daarstel. Tog word insgelyks toegegee dat, indien daar nie oorgegaan word tot die verlyding van die dokument wat hierdie handeling beliggaam nie, dit uiters moeilik is om te bepaal of die dokument voltooid is en, indien bevind word dat die dokument wel voltooid is, is dit verder amper onmoontlik om te bepaal of die testateur hierdie voltooide dokument wel sou verly het, al dan nie.

7.2.2.3 *'n Volledige testament*

Hier is *Sim v The Master*[74] die *locus classicus*, maar, soos vroeër uitgewys,[75] word die hof se benadering in hierdie saak bevraagteken. In die *Sim*-saak was daar 'n ongetekende handgeskrewe dokument voorhande en moes die hof die status van hierdie dokument bepaal. Die hof gee 'n breedvoerige omskrywing van die tersaaklike dokument:

> The document was written in his [the testator's] handwriting, and contained his initials at certain places, but there was no signature at the foot thereof and it was not witnessed. At the foot it was stated "This will is written in holograph", and there was a space left for the signatures of the testator and the witnesses. The name of the deceased appeared at the commencement of the will in his own handwriting … This document, after making certain charitable bequests, made bequests to his wife and certain of his relatives and friends, including the applicant, and appointed the applicant executor of his estate.[76]

Die hof tref ongelukkig nie 'n duidelik onderskeid tussen 'n 'incomplete document' en 'n 'incomplete act of testation' nie en koppel verder die onvoltooidheid aan die nie-voldoening van die formaliteitsvereistes wanneer daar gestel word: 'The document was manifestly incomplete it was not a properly executed will'.[77] Die probleem voorhande hou verband met die feit dat die dokument, wat nie geldig verly was nie, moontlik as 'n geprivilegeerde testament kon geld (*testamentum ad pias causas*) en daarom moes die hof die status van hierdie onvoltooide dokument bepaal, wat erfregtelike relevante handelinge beliggaam het. Die hof kom tot die gevolgtrekking dat die onvoltooide aard van die dokument wys op 'n gebrek aan bedoeling:

> It was evident … in this [case], that the person who is called the testator left the matter open; he did not actually complete the document. It may well be that [he] here wished to have a locus poenitentiae, and wished to consider the matter; he did not want the document signed at once,

---

74 1913 CPD 187.

75 Sien bespreking hierbo by 7.2.1.5.

76 By 188.

77 By 188.

> but intended at some time or other to sign unless he changed his mind; but he certainly did not intend it to be a complete document as it stood.

Wat wel seker uit die *Sim*-saak blyk, is dat die opstelhandeling inderdaad voltooid was; wat egter onseker was, is of *animus testandi* aan- of afwesig was met betrekking tot hierdie handeling. Dit blyk verder duidelik te wees dat die hof ’n antwoord hiervoor gesoek het aan die hand van redes waarom die testament nie verly was nie. Wat die hof egter uit die oog verloor, is die feit dat hierdie ook moontlik, soos Kahn[78] daarna verwys, ’n geval kan wees van ’n ‘sudden death of a would-be testator about to sign’. Moontlik het die testateur wel die nodige *animus testandi* gehad, maar bloot net vergeet of versuim om die dokument geldig te verly. Dit word toegegee dat die feit dat die testateur die dokument self opgestel het (met die hand geskryf het) en plekke oopgelaat het wat voltooi moes word, wel die saak kompliseer; tog kon die testateur uitgevind het dat sy testament kwalifiseer as ’n geprivilegeerde testament en om daardie rede dit nie verly het nie omdat die formaliteitsvereistes nie nodig was nie. Beinart[79] bevraagteken dan ook hierdie uitspraak en verklaar tereg: ‘It is submitted further evidence should have been obtained and if not available then testator’s declaration should in case of doubt have been regarded as not amounting to a final act of testation’.

Soos reeds uitgewys, is die gevolg van die *Sim*-beslissing dat *animus testandi* gekoppel word aan die voltooiing van die formaliteitsvereistes en dit blyk verwarring te veroorsaak. In hierdie verband kan Jamneck[80] as voorbeeld voorgehou word met haar bespreking van die *Sim*-saak en die gevolg wat dit, volgens haar, het:

> Die hof het beslis dat die testateur nie bedoel het dat dit [die dokument] ’n volledige testament was nie en dat hy dit op ’n later stadium sou onderteken tensy hy van plan verander het. Gevolglik het die hof beslis dat die oorledene se handelinge nie enigsins as ’n testamentêre handeling beskou kon word nie omdat die dokument nie voltooi was nie. Die hof het dus die nakoming van die formaliteite gesien as ’n uitdrukking van die oorledene se *animus testandi*. Hierdie beslissing dui die houding aan dat ’n testateur moet bedoel dat ’n betrokke dokument sy testament moet wees.

Jamneck se standpunt kan as verwarrend beskou word aangesien sy ten eerste nie onderskei tussen ’n voltooide testeerhandeling en ’n voltooide testament nie. Sy kom

78 1984:142.

79 1959:204.

80 2008:611.

dus tot die bedenklike gevolgtrekking dat die handeling nie as ’n testamentêre handeling beskou kan word nie omdat die testament, by gebrek aan voldoening aan die formaliteitsvereistes, onvoltooid was. Voorts koppel sy *animus testandi* aan die nakoming van die formaliteitsvereistes en kom sy tot die slotsom dat die nie-voldoening aan die formaliteitsvereistes noodwendig dui op die afwesigheid van *animus testandi*. Jamneck beskou dus *animus testandi* in die eng sin[81] as ’n testateur se bedoeling dat die betrokke dokument sy of haar testament moet wees. Daar is reeds hierbo aangedui dat hierdie beskouing van *animus testandi* vatbaar is vir kritiek.[82]

Dit is derhalwe duidelik dat nakoming van die formaliteitsvereistes nie met die testeerhandeling verwar moet word nie. Dit staan nietemin vas dat ’n voltooide testament slegs voorhande sal wees wanneer daar aan al die formaliteitsvereistes voldoen word. Só ’n dokument word dan ook vermoed ’n geldige testament te wees.[83]

7.3 Samevatting

In hierdie hoofstuk is die testeerhandeling ontleed aan die hand van bepaalde vereistes wat daarvoor gestel word. Die vereiste dat *animus testandi* by die testateur teenwoordig moet wees, asook die volledigheidsvereiste, is in besonder bespreek. Wat *animus testandi* betref, is spesifiek daarop gewys dat ’n handeling as ’n testeerhandeling kwalifiseer sodra die nodige testeerbedoeling, met ander woorde *animus testandi*, aanwesig is. Daar is uitgewys dat *animus testandi* gekoppel word aan die beskikking oor bates aan ’n bevoordeelde en dat dit gevolglik nie ’n breë bedoeling is dat ’n dokument, in geheel, as testament moet dien nie. *Animus testandi* gaan dus in wese oor die bedoeling met betrekking tot die betrokke handeling, naamlik dat daar uitvoering aan die testateur se wilsverklaring gegee sal word by sy of haar dood. Die aanwesigheid van *animus testandi* vereis derhalwe dat daar regtens uitvoering aan die testateur se beskikkingsbedoeling gegee moet word. Dit staan in

81 In teenstelling tot ‘wye’ *animus testandi*, synde die bedoeling om ’n testament te maak. Jamneck 2009(a):119-120. Sien ook Jamneck *et al* 2017:50 wat aanvoer dat, indien *animus testandi* afwesig is, die hele testament nietig is *ab initio*. Natuurlik sal slegs die betrokke handeling waar *animus testandi* ontbreek nietig wees en nie noodwendig die hele testament, wat ook ander testeerhandelinge beliggaam nie.

82 Sien bespreking hierbo by 7.2.1.4.

83 *Kunz v Swart* 1924 AD 618 by 651. Sien ook *LAWSA* 2011:par 285.

teenstelling tot die bedoeling wat byvoorbeeld grappenderwys gemaak word rakende die verdeling van bates by die oomblik van dood. In laasgenoemde geval is daar ook ’n wilsverklaring oor die verdeling van bates aan begunstigdes by die oomblik van dood, maar die bedoeling is nie dat dit regtens uitgevoer sal word nie.

Dit blyk ook duidelik uit die bespreking in hierdie hoofstuk dat *animus testandi* ’n subjektiewe bedoeling by die testateur is en, weens die eensydige aard van die testeerhandeling, hoef dit nooit gekommunikeer te word nie. Dit manifesteer nie altyd op dieselfde tydstip of manier nie en word normaalweg ten beste afgelei uit objektief vasstelbare feite of faktore, byvoorbeeld die sigbare voldoening aan die formaliteitsvereistes deur die testateur. Dit moet egter aanwesig wees alvorens daar sprake kan wees van ’n testeerhandeling en gevolglik ook van ’n testament.

Daar is verder uitgewys dat *animus testandi* nie gevorm word met die voldoening aan die formaliteitsvereistes nie. Dit word vooraf gevorm en moet teenwoordig wees alvorens daar oorgegaan kan word tot voldoening aan die formaliteitsvereistes. Voldoening aan die formaliteitsvereistes kan nietemin rigtinggewend wees wanneer die aan- of afwesigheid van *animus testandi* bepaal moet word. Langbein[84] wys byvoorbeeld daarop dat ‘compliance with the Wills Act formalities for a witnessed will is meant to conclude the question of testamentary intent’. Met hierdie stelling verduidelik hy dat ‘[t]he signature tends to show that the instrument was finally adopted by the testator as his will’. Reid *et al*[85] stel dit selfs sterker waar hulle aanvoer dat ‘to sign is to be bound … a testator signs a will because it is final and he intends to be bound by its contents’. In *Re Berger*[86] bevind die Engelse Court of Appeal dan ook dat die nodige *animus testandi* vermoed word aanwesig te wees by ’n testamentêre dokument wat geldig verly is. Daar is gevolglik ’n belangrike verband tussen *animus testandi* en die formaliteitsvereistes. Tog moet dit benadruk word dat *animus testandi* nie gevorm word met voldoening aan die formaliteitsvereistes nie, maar hoogstens afgelei kan word uit die testateur se verlydingshandeling.

Wat die volledigheidsvereiste betref, is uitgewys dat dit betrekking het op die onderskeie beskikkingshandelinge en spesifiek met betrekking tot die aanwysing van

[84] 1975:514.

[85] 2011:455.

[86] [1990] Ch. 118.

die bemaakte bate (en die omvang daarvan), sowel as die begunstigde. ’n Onvoltooide beskikkingshandeling se gevolg is dat die handeling nie as ’n geldige testeerhandeling kwalifiseer nie. Daarenteen is die gevolg van onvoltooide formaliteitsvereistes dat geen testament regtens tot stand kom nie. Dit is gevolglik belangrik om duidelik te onderskei tussen ’n volledige testeerhandeling; ’n volledige beskikkingskema (al die testeerhandelinge); ’n volledige dokument (inhoud) met betrekking tot al die testeerhandelinge, as ook al die ander testamentêre aangeleenthede; sowel as ’n volledige geldige testament met betrekking tot die formaliteitsvereistes.

’n Volledige testeerhandeling beteken dat al die elemente van ’n testamentêre beskikking teenwoordig is, met ander woorde ’n volledige uiteensetting van die begunstigde(s), die bate(s) wat bemaak word sowel as die omvang van die belang(e) in die bemaakte bate(s). ’n Volledige beskikkingskema bevat al die testeerhandelinge wat die testateur in die betrokke testament beoog. ’n Volledige dokument, daarenteen, is ’n dokument waarin al die beoogde testamentêre aangeleenthede gereël word. Hierdie volledige dokument moet geldig verly word, wat beteken dat aan al die formaliteitsvereistes voldoen word ten einde regskrag aan die dokument as testament te gee.

Testateursbedoeling is dus primêr gerig op die beskikking oor bates. Die beskikkingsbedoeling kom tot uiting in ’n beskikkingshandeling (wilsuiting). Ten einde as ’n testeerhandeling te kwalifiseer, word ’n volledige beskikkingshandeling vereis, in die sin dat al die elemente vir ’n testamentêre beskikking teenwoordig moet wees, sowel as die nodige *animus testandi*, as die bedoeling dat daar by die oomblik van dood, regtens aan die beskikkings gevolg gegee moet word. Dit is dan hierdie testeerhandeling wat die dokument (of dokumente) wat dit beliggaam, as ’n testament laat kwalifiseer.

Hoofstuk 8
Prognose

8.1 Inleiding

Die vertrekpunt van hierdie studie, soos gestel in Hoofstuk 1, is dat die bedoeling van ŉ testateur primêr betrekking het op die beskikking oor bates by die oomblik van dood. In Hoofstuk 5 is getoon dat hierdie bedoeling egter moet oorgaan tot ŉ handeling ten einde regtens relevant te wees. Dit is hierdie handeling – die testeerhandeling as die vergestalting van testateursbedoeling – wat die fokus van die studie vorm. Die hoofdoelstelling van die studie is in Hoofstuk 1 uiteengesit as synde om testateursbedoeling aan die hand van 'n handelingsmodel te verklaar binne die raamwerk van 'n testament-maak-proses ten einde optimale erkenning, beskerming en uitvoering van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse testate erfreg te verseker. Die handelingsmodel in die konteks van ŉ testament-maak-proses lê die grondslag vir die daarstel van ŉ bedoelingsleerstuk ('intent doctrine') in die Suid-Afrikaanse erfreg, wat die nuutskepping is wat deur die studie opgelewer word op ŉ wyse soortgelyk aan die Amerikaanse *Restatement of the Law*.[1]

In Hoofstuk 6 is getoon dat die bestaande opvatting van die testeerhandeling, en dus wesenlik van ŉ testament as sodanig, in die Suid-Afrikaanse reg gebrekkig is, met die ongelukkige gevolg dat die wyse waarop testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse reg verstaan word, eweneens bedenklik is. In Hoofstuk 1 is uitgewys dat die twee vernaamste redes vir hierdie gebrekkige opvattings toegeskryf kan word aan die verwarring wat by sommige howe en regskrywers bestaan rakende bepaalde sleutel–begrippe wat met die testeerhandeling verband hou, asook die wanopvatting dat ŉ testament die resultaat of gevolg is van die voldoening aan ŉ reeks vereistes eerder as die verrigting van verskillende handelinge deur verskeie partye wat tot die daarstelling van ŉ testament lei.

Die sentrale tese van die studie is derhalwe dat die testeerhandeling in die Suid-Afrikaanse reg slegs na behore verstaan kan word indien dit, eerstens, as ŉ veelfasige

[1] Sien 1.6 hierbo.

proses gesien word, eerder as 'n eenmalige voltrekking van voorgeskrewe vereistes, en, tweedens, indien die verwarring uitgeskakel word ten opsigte van sleutelbegrippe wat met die maak van ŉ testament verband hou. Stawing van hierdie tese lewer die uitkoms van ŉ behoorlike begrip van die testeerhandeling en, insgelyks, testateursbedoeling, wat die daarstel van ŉ bedoelingsleerstuk in die Suid-Afrikaanse erfreg in die hand werk. Die belang van begripsuiwerheid word onderskraag juis om die impak en toepassing van die Grondwet op die erfreg na behore te beoordeel met die oog op die daarstel van die begrip 'grondwetlike erfreg' soos in Hoofstuk 3 voorgestel word. Hoewel die Grondwet uiteraard van toepassing is op die erfreg, behels 'grondwetlike erfreg' ŉ meer gefokusde ontleding van spesifieke grondwetlike aspekte binne die erfreg self.[2]

8.2 Die kernprobleme ten aansien van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse erfreg

Die studie het drie kernprobleme ten aansien van testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse reg geïdentifiseer:

- Die verwarring wat bestaan ten opsigte van sleutelbegrippe wat met die maak van ŉ testament verband hou: In Hoofstuk 4 is getoon dat daar veral verwarring heers ten aansien van die begrip 'testateursbedoeling' in die algemeen en die begrip *animus testandi* in die besonder.
- Die navolging van ŉ vereistes-benadering om te verklaar wat 'n testament is, skiet, soos in Hoofstuk 6 getoon, tekort in soverre dit nie rekening hou met verskeie wesenselemente van ŉ testament nie.
- Die gevolglike gebrekkige begrip of verstaan van presies wat 'n testament in die Suid-Afrikaanse reg is.

Hierdie kernprobleme word vervolgens opsommenderwys toegelig.

2 Sien De Waal 2012:3G1-3G15 wat reeds ŉ stewige fondasie gelê het vanwaar die begrip 'grondwetlike erfreg' verder uitgebou kan word.

8.2.1 Die misverstaan van die sleutelbegrippe ‘testateursbedoeling’ en ‘*animus testandi*’

In Hoofstuk 4 is uitgewys dat, alhoewel testateursbedoeling voorop staan in die testate erfreg, daar weinig Suid-Afrikaanse regspraak en regsliteratuur bestaan wat die testateur se bedoeling behoorlik omskryf, verduidelik of kontekstualiseer. Daar is dan ook in oorweging gegee dat hierdie *lacuna*, en die heersende begripsmatige onsekerhede wat daarmee verband hou, ŉ negatiewe uitwerking het op die uitvoering van testateursbedoeling in ons reg. In die lig daarvan dat die testeerhandeling die vergestalting van testateursbedoeling is, blyk ŉ volledige teoretiese konseptualisering van sowel die testeerhandeling as testateursbedoeling onontbeerlik te wees vir die beantwoording van die navorsingsvraag in Hoofstuk 1 gestel.

In Hoofstuk 7 is voorts getoon dat aansienlike begripsverwarring heers ten aansien van *animus testandi* as een van die sleutelkomponente van testateursbedoeling. Hierdie verwarring blyk duidelik daaruit dat *animus testandi* tradisioneel ter sprake kom in ŉ aantal verskillende gevalle, welke gevalle nie in die reël met mekaar in verband gebring word nie. *Animus testandi* word byvoorbeeld wyd omskryf as ŉ testateur se algemene bedoeling om ŉ testament te maak; dit word gebruik verwysend na die bedoeling om vir vererwing voorsiening te maak; dit word gekoppel aan die voldoening aan die formaliteitsvereistes as aanduidend van die bedoeling waarmee ŉ testament verly moet word; en dit word ook eng gekoppel aan spesifieke woorde in ŉ testament. Die belang van ŉ korrekte verstaan van *animus testandi* word onderstreep deur die feit dat dit tradisioneel beskou word as een van die ontstaansvereistes vir ŉ testament.

In Hoofstuk 4 is aangevoer dat hierdie begripsverwarring dui op die noodsaaklikheid van die daarstel van ŉ bedoelingsleerstuk in die Suid-Afrikaanse erfreg. Sodanige leerstuk, wat nie tans in ons reg bestaan nie, sal testateursbedoeling op gepaste en korrekte wyse konseptualiseer en sal derhalwe ŉ unieke bydrae tot die dogmatiese onderbou van ons testate erfreg maak, maar ook meebring dat testateursbedoeling optimaal in ons erfreg tot uitvoering kom.

8.2.2 Die problematiese vereistesbenadering om te verklaar wat 'n testament is

In Hoofstuk 6 is getoon dat die Suid-Afrikaanse reg se tradisionele beskouing van wat ŉ testament is, gebrekkig is, en voorts dat die probleme rakende die tradisionele beskouing van ’n testament grootliks te make het met die konseptualisering van ’n testament as die produk van die nakoming van ’n aantal vereistes – die sogenaamde ‘vereistesmodel’. Daar is voorts uitgewys dat die basiese probleem met hierdie vereistesbenadering daarin lê dat die vereistes, en die begrippe wat daarmee verband hou, nie gekoppel word aan die relevante handelinge wat verrig word ten einde ŉ testament daar te stel nie. Ook word die plek en rol van, sowel as die wisselwerking tussen, die onderskeie vereistes nooit werklik volledig ondersoek of behoorlik gekontekstualiseer nie. Die vereistes word eerder as ’n aantal losstaande vereistes beskou wat elk afsonderlik oorweeg word, waarvan die aanwesigheid van almal vereis word alvorens daar ’n testament tot stand kom.

In Hoofstuk 4 is aangevoer dat hierdie onbevredigende toedrag van sake eweneens beredder kan word deur die daarstel van ŉ bedoelingsleerstuk ingevolge waarvan die klem op die verskeie handelinge in die testament-maak-proses val met besondere klem op die bedoeling waarmee die uitvoering van elke handeling gepaard gaan. Ook ten opsigte van hierdie kernprobleem lewer die daarstel van ŉ bedoelingsleerstuk dus ŉ waardevolle bydrae om die dogmatiese onderbou van ons testate erfreg te versterk asook om die praktiese uitvoering van testateursbedoeling in ons erfreg te verhelder.

8.2.3 Die gebrekkige begrip van presies wat 'n testament is

Die tradisionele omskrywing van ŉ testament in die Suid-Afrikaanse erfreg behels ŉ eensydige, vrywillige wilsverklaring van die testateur, op ŉ regtens voorgeskrewe wyse, waarin bepaal word wat by sy of haar dood met sy of haar nalatenskap moet gebeur.[3]

In Hoofstuk 4 is egter aangevoer dat hierdie tradisionele omskrywing van ŉ testament nie voorsiening maak vir alle aangeleenthede wat testamentêr gereël kan word nie (byvoorbeeld die herroeping van testamente of die aanstelling van ŉ eksekuteur).

3 Voet 28 1 3 (soos vertaal deur Gane); Van der Merwe en Rowland 1990:115; Jamneck *et al* 2017:48; De Waal en Schoeman-Malan 2015:58-59.

Voorts is uitgewys dat die begrip 'testament' ook vir meerdere betekenisse vatbaar is, naamlik:

- die begrip word wyd verstaan in soverre aanvaar word dat die inhoud van die betrokke dokument sowel as die voldoening aan die formaliteitsvereistes ten aansien van die betrokke dokument, 'n testament daarstel: die geheel word dus as die testament beskou;
- die begrip word beperk tot slegs die inhoud (die geskrewe gedeelte) van die dokument en nie die dokument as geheel nie: in *Kidwell v The Master*[4] bevestig die hof immers dat die 'end' van 'n testament (vir doeleindes van nakoming van artikel 2(1)(a)(i) van die Wet op Testamente) daar is waar die geskrewe deel – dus die inhoud – van die dokument ophou en gevolglik nie daar is waar die dokument (die laaste bladsy) eindig nie; en
- die begrip word in verband gebring met spesifieke dele van die dokument se inhoud en nie met die inhoud as geheel nie; hierdie spesifieke dele is voorts beperk tot daardie gedeeltes van die dokument wat op die beskikking oor bates betrekking het.

In Hoofstuk 6 is betoog dat die daarstel van 'n bedoelingsleerstuk hierdie onsekerhede rakende die omskrywing van presies wat 'n testament is, sal aanspreek omdat daar aan die hand van die bedoeling waarmee elke handeling in die testament-maak-proses verrig word, uiteindelik verklaar kan word wat 'n testament waarlik is. Ook ten opsigte van hierdie kernprobleem verhelder die daarstel van 'n bedoelingsleerstuk dus die dogmatiese onderbou van ons testate erfreg asook die praktiese uitvoering van testateursbedoeling in ons erfreg.

8.3 Die handelingsmodel en die testament-maak-proses

Die voorgestelde bedoelingsleerstuk berus, soos in Hoofstuk 6 getoon, op die aanvaarding van 'n handelingsmodel (in teenstelling tot 'n vereistesmodel) om te verklaar hoe 'n testament tot stand kom. Dié handelingsmodel berus weer op die beskouing van die totstandkoming van 'n testament as 'n proses (in teenstelling tot 'n eenmalige gebeurtenis). In Hoofstuk 7 is uitgewys dat die testeerhandeling uiteraard

4 1983 (1) SA 509 (OK) by 513G-H; De Waal en Schoeman-Malan 2015:66.

sentraal staan tot die handelingsmodel. Die testateur se uiterste wilsverklaring staan, as ŉ regshandeling, immers, soos in Hoofstuk 2 uitgewys, sedert Romeinse tye sentraal tot die testate erfreg en hierdie handeling-idee begrond ook die moderne Suid-Afrikaanse testate erfreg.

Die testeerhandeling kan in breë trekke omskryf word as die vergestalting van testateursbedoeling, en hierdie studie berus op die veronderstelling dat die testeerhandeling ten beste toegelig word deur dit as ŉ proses – die testament-maak-proses – te konseptualiseer: vandaar die handelingsmodel. Die handelingsmodel berus wesenlik daarop dat testateursbedoeling beskou word in die proses van testament-maak ten einde die fokus te plaas op die verskillende fases of fasette waardeur die verskillende bedoelingsvorme kan gaan met betrekking tot die verskillende handelinge wat in hierdie proses verrig word. Sodanige prosesmatige beskouing illustreer, soos in Hoofstuk 5 uitgelig, dat testateursbedoeling nie ŉ eendimensionele konsep is nie, maar dat dit uit meerdere bedoelingsvorme en fasette bestaan wat deur ŉ proses van ontwikkeling tot uiting gaan.

Soos in Hoofstuk 6 uitgewys, staan hierdie handelingsmodel in teenstelling tot die tradisionele vereistesmodel. In hierdie verband word aan die hand gedoen dat ŉ testament nie die gevolg is van die eenmalige aanwesigheid van ŉ aantal gestelde vereistes nie (byvoorbeeld die aanwesigheid van testeerbevoegdheid, die bestaan van *animus testandi*, en die nakoming van ŉ reeks formaliteitsvereistes nie), maar eerder die gevolg is van ŉ proses wat die verrigting van spesifieke handelinge met spesifieke gepaardgaande bedoelingsvorme behels. Hierdie handelinge word deur verskeie partye tydens die testament-maak-proses verrig ten einde ŉ testament daar te stel. Dit is belangrik om weer eens te beklemtoon dat die bestaan van vereistes vir die daarstel van ŉ testament nie ontken word nie. Daar word egter aan die hand gedoen dat elke vereiste op ŉ besondere wyse met die ander vereistes skakel en dat die verband tussen die vereistes veel beter aan die hand van die handelingsmodel, eerder as ŉ vereistesmodel, verduidelik kan word ten einde ŉ testament as die produk van ŉ testament-maak-proses te verstaan.

8.4 Spesifieke oplossings vir die geïdentifiseerde kernprobleme aan die hand van die handelingsmodel en testament-maak-proses

In die hieropvolgende gedeelte van die hoofstuk word gewys hoe die handelingsmodel gebruik word om die kernprobleme wat in die studie geïdentifiseer is en wat vroeër in hierdie hoofstuk opsommenderwys uitgelig is, op te los. Hierdie bespreking verskaf dan ook die grondslag vir die bedoelingsleerstuk wat daarna geformuleer sal word.

8.4.1 Kernprobleem 1: Begripsverwarring ten opsigte van testateursbedoeling en *animus testandi*

Dit is reeds beklemtoon dat testateursbedoeling ’n meersydige konsep is wat meerdere bedoelingsvorme omvat. In Hoofstuk 4 is daarop gewys dat die beskikkingsbedoeling en die testeerbedoeling (*animus testandi*) die twee vernaamste bedoelingsvorme is wat ten aansien van die testeerhandeling ter sprake kom. Daar is voorts gestel dat die beskikkingsbedoeling ten eerste gevorm moet word, waarna die gevormde beskikkingsbedoeling in ’n beskikkingshandeling tot uiting moet kom. Hierdie beskikkingshandeling moet gepaard gaan met die nodige *animus testandi* alvorens die beskikkingshandeling as ’n testeerhandeling sal kwalifiseer.

Die handelingsmodel en testament-maak-proses klaar die begripsverwarring ten opsigte van testateursbedoeling en *animus testandi* op deur die fokus op die testeerhandeling te plaas. In terme van die handelingsmodel is die testeerhandeling die draer van die beskikkingsbedoeling en *animus testandi*, welke bedoelingsvorme prosesmatig gevorm word en in die testament-maak-proses tot uiting kom. Die handelingsmodel bepaal dus dat ’n testament die resultaat van die testament-maak-proses is, en dat ’n testament ’n dokument is wat die testeerhandeling, as regshandeling, beliggaam en waaraan regtens gevolg gegee word. Deur testateursbedoeling, as oorkoepelende konsep, in sy afsonderlike en spesifieke komponente of bedoelingsvorme te analiseer *en* dit prosesmatig aan die hand van die handelingsmodel te ontleed, word enige begripsverwarring ten aansien van testateursbedoeling in die algemeen, en *animus testandi* in die besonder, dus uitgeskakel.

8.4.2 Kernprobleem 2: Die tekortkominge van ’n vereistesmodel

Die handelingsmodel kan slegs na behore begryp word indien die erfreg en erfopvolging vanuit ’n breër privaatregtelike konteks beskou word waar, soos in Hoofstuk 3 getoon, die leerstuk van subjektiewe regte (insluitend die inhoudsbevoegdhede) en juridiese kompetensies, vernaam regsbevoegdheid as die vermoë van ’n regsubjek om ’n testateur te kan wees, en handelingsbevoegdheid, as die bevoegdheid om regshandelinge te kan verrig, voorop staan. Die ontleding in Hoofstuk 3 toon duidelik dat die bevoegdheid om oor bates te kan beskik, deel is van die inhoudsbevoegdhede wat deur subjektiewe regte aan die reghebbende verleen word en, voorts, dat die uitoefening van die inhoudsbevoegdhede aan die hand van beskikkingshandelinge geskied.

Wat die testamentêre beskikking oor bates betref, is die tersaaklike handeling die testeerhandeling as ’n regshandeling. Gevolglik begin die wil regtens by die vermoë of bevoegdheid van die betrokke regsubjek om die regshandeling te kan verrig. Handelingsbevoegdheid – as die bevoegdheid om regshandelinge te kan verrig en gevolglik deur wilsbesluite regsgevolge teweeg te bring – word beskou as ’n ‘deurslaggewende element van privaatoutonomie’.[5] In die erfreg manifesteer handelingsbevoegdheid en privaatoutonomie onderskeidelik as testeerbevoegdheid en testeervryheid. In Hoofstuk 5 is uitgewys dat testeerbevoegdheid die bevoegdheid behels om die testeerhandeling te kan verrig terwyl testeervryheid – as ’n waarde – verseker dat die testeerhandeling vrylik voltrek word, of, anders gestel, dat daar vrylik oor bates beskik word.

Die handelingsmodel beskou testeervryheid bloot as ’n waarde en dus as ’n abstrakte begrip. Hierdie waarde moet gekonkretiseer word deur die verrigting van ’n beskikkingshandeling wat vrylik voltrek word. Die handelingsmodel skryf egter voor dat die beskikkingsbedoeling ten eerste gevorm moet word alvorens dit tot uiting kan kom in ’n wilsverklaring, as die ter sake beskikkingshandeling. Die handelingsmodel aanvaar voorts dat die reg net gevolg aan ’n testateur se wil kan gee indien daardie testateur oor die nodige testeerbevoegdheid beskik. Verder moet die beskikkingshandeling in ’n skriftelike dokument vervat wees. Die handelingsmodel skryf voor dat

[5] Sonnekus 2012(a):1321.

die beskikkingshandeling onderskei moet word van ander inhoudelike testamentêre handelinge (byvoorbeeld die herroepingshandeling en, dus, die herroepingsbedoeling wat daarmee saamgaan) en andersyds onderskei moet word van ander handelinge in die testament-maak-proses (byvoorbeeld die verlydingshandelinge ten einde aan die formaliteitsvereistes te voldoen en dus die bedoelings wat daarmee saamgaan). Die handelingsmodel bepaal derhalwe dat die testateur die nodige *animus testandi* moet vorm met betrekking tot die beskikkingshandeling alvorens dit as ŉ testeerhandeling sal kwalifiseer, maar dat die testateur die verlydingshandeling moet voltrek met die nodige *animus signandi* alvorens die verlydingshandeling regtens erken sal word.

Dit blyk gevolglik duidelik dat ’n testament nie die produk is van die nakoming van ’n aantal vereistes ooreenkomstig ’n vereistesmodel vir die daarstel van ’n testament nie, maar eerder die resultaat is van die verrigting van spesifieke handelinge met spesifieke bedoelingsvorme betrokke by elk, wat verrig word deur verskeie partye ten einde ’n testament daar te stel: die testament-maak-proses. Dit is belangrik om elke element, begrip of vereiste se plek te vind, en om dit in die regte konteks te stel, ten einde ’n behoorlike grondslag te lê om die korrekte werking en wisselwerking van, of tussen, die element, begrip of vereiste te bewerkstellig. Daar word ’n klemverskuiwing ten opsigte van die benadering tot die vereistes vir ’n testament voorgestel: Die vereistes word nie as losstaande beskou nie, maar elk word in die konteks van die testeerhandeling van ’n testeerbevoegde persoon in die testament-maak-proses gestel in ’n regsisteem waar testeervryheid erken en beskerm word.[6]

8.4.3 Kernprobleem 3: Die omskrywing van ŉ testament

In Hoofstuk 6 is aangevoer dat dit duidelik uit die Engelsregtelike kortste testament – ‘All for mother.’ – blyk dat ŉ testament in wese betrekking het op die beskikking oor

---

6 Met inagneming van die gevaar van oormatige semantiek, word aan die hand gedoen dat hierdie benadering tot die vereistes vir ‘n testament meer lig kan werp op die kwessie rakende die status van ŉ testament as geldig of nietig (ongeldig). Byvoorbeeld, waar testeerbevoegdheid ontbreek, is die ‘testament’ *ab initio* nietig aangesien die reg nie kennis neem van die wil van ŉ onbevoegde testateur nie. So ook is die ‘testament’ *ab initio* nietig as *animus testandi* ontbreek aangesien daar geen sprake van ŉ testeerhandeling is waar *animus testandi* ontbreek nie. Indien daar egter ŉ formaliteitsgebrek voorkom, is daar wel ŉ testament, maar, omdat dit nie geldig verly is nie, is dit ŉ ongeldige testament. Die gedagte van ‘n bestaande maar ongeldige testament (omdat dit nie reëlmatig verly is nie) strook met die bewoording van artikel 2(1)(a) van die Wet of Testamente wat bepaal dat ‘*geen testament ... geldig [is] nie*’, tensy daar aan die formaliteitsvereistes voldoen word (eie beklemtoning). Sien Van der Merwe en Rowland 1990:185-187 en De Waal en Schoeman-Malan 2015:86-87 (Engelse teks).

bates.[7] Die testateur van die voorgenoemde kort testament het bedoel dat al sy bates by sy afsterwe aan sy vrou (wie hy 'mother' genoem het) moet gaan. Indien die testateur se beskikkingsbedoeling met die nodige *animus testandi* gepaard gegaan het, het hy inderdaad ŉ testeerhandeling verrig en is die resultaat van sodanige handeling ŉ testament. Hierdie testeerhandeling moes uiteraard skriftelik in dokumentvorm voorgekom het ten einde regtens relevant te wees.

In Hoofstuk 5 is egter uitgewys dat ŉ dokument wat slegs vorige testamente herroep (en gevolglik slegs ŉ herroepingshandeling beliggaam), nie ŉ testament is nie. Hier het ŉ mens dus te make met twee verskillende handelinge (die testeerhandeling enersyds en die herroepingshandeling andersyds) wat elk deur verskillende bedoelingsvorme onderlê word (die *animus testandi* enersyds en die *animus revocandi* andersyds). Hoewel sowel die testeerhandeling as die herroepingshandeling tradisioneel in een dokument beliggaam word – welke dokument as die testament bekend staan – *en* beide handelinge se geldigheid afhang van die nakoming van die formaliteitsvereistes, is dit egter twee selfstandige en afsonderlike regshandelinge wat in een dokument beliggaam word. Die twee regshandelinge geniet verder ook op verskillende tye werking.[8]

In Hoofstuk 4 is dan ook aangevoer dat ŉ testament gewoonlik as hoofdoel het om oor bates te beskik. Tog verrig ŉ testament ook ander belangrike funksies en handel dit dikwels met ŉ verskeidenheid ander aangeleenthede (soos byvoorbeeld om ŉ eksekuteur te benoem of om aanduidings rakende die testateur se begrafnisreëlings te verskaf). In Hoofstuk 4 is verder getoon dat ŉ dokument testamentêr van aard is indien dit ŉ spesifieke beskikkingshandeling beliggaam, naamlik ŉ testeerhandeling. ŉ Testeerhandeling is ŉ beskikkingshandeling wat handel met die beskikking oor bates by die oomblik van dood.

In die lig van voorgaande uiteensetting, is ŉ testament dus die skriftelike dokument wat die testeerhandeling (soos hierbo en in Hoofstuk 6 omskryf) beliggaam. Dit word derhalwe aan die hand gedoen dat die fokus by beantwoording van die vraag na wat presies ŉ testament is, op die inhoudelike moet val: die kwessie het dus betrekking op

---

7 *Thorn v Dickens* [1906] W.N. 54 soos verwys na in Kerridge 2016:45.

8 Die herroepingshandeling geniet onmiddellik werking met geldige verlyding terwyl die testeerhandeling eers op die vroegste werking geniet by die oomblik van dood. *LAWSA* 2011:par 254.

die *handelinge* wat ’n dokument beliggaam eerder as op die spesifieke dokument as sodanig. In hierdie lig word die volgende omskrywing van ’n testament in die Suid-Afrikaanse reg voorgehou:

> ’n Testament reguleer die beskikking oor bates by die oomblik van dood. ’n Testament beliggaam ’n testateur se beskikkingsbedoeling, welke beskikkingsbedoeling in die testament tot uiting kom deur die verrigting van ’n beskikkingshandeling, naamlik die testeerhandeling. Die testeerhandeling is die wesenselement van ’n testament en behels ten eerste ’n *volledige* testeerhandeling in soverre al die elemente van ’n testamentêre beskikking teenwoordig moet wees, naamlik die identifisering van die begunstigde(s); die identifisering van die bate(s) wat bemaak word; sowel as ’n identifisering van die omvang van die belang(e) in die bemaakte bate(s). Tweedens moet hierdie volledige beskikkingshandeling ook gepaard gaan met die nodige *animus testandi*, wat behels dat die testateur moes bedoel het dat daar by die oomblik van dood regtens aan die beskikkings in die testament bepaal, gevolg gegee moet word.

In die lig van bogaande voorstel rakende die omskrywing van ’n testament in die Suid-Afrikaanse reg, is dit duidelik dat ’n testament die skriftelike vergestalting van die testeerhandeling (en dus testateursbedoeling) is, wat onafhanklik bestaan van voldoening aan die formaliteitsvereistes. Voltrekking van die formaliteitsvereistes word vereis ten einde die testament regtens gelding te laat geniet, onder andere in soverre dit die aanvaarding daarvan deur die Meester vir doeleindes van die boedel-beredderingsproses betref.

8.5 Die daarstel van ’n bedoelingsleerstuk in die Suid-Afrikaanse erfreg

Die voorgestelde bedoelingsleerstuk verteenwoordig nuwe kennis wat vanuit die studie tot die Suid-Afrikaanse erfreg toegevoeg word omdat dit ’n behoorlike begrip van die testeerhandeling onderlê. Die grondslag waarop die bedoelingsleerstuk berus, is dat die uitvoering van testateursbedoeling prosesmatig ooreenkomstig die handelingsmodel benader moet word, veral in soverre die uitvoering van dié bedoeling

in drie fases geskied. Hierdie drie fases verteenwoordig die testament-maak-proses en word, soos in Hoofstuk 5 verduidelik, soos volg ingedeel:

- **Fase 1: Wilsvorming**. Alvorens daar ŉ *beskikkingsbedoeling* kan wees wat tot uiting kom in ’n *beskikkingshandeling*, moet die bedoeling eers gevorm word. Hierdie bedoeling is nie net eensklaps op ’n gegewe tydstip teenwoordig nie, maar gaan deur ’n proses waartydens die wil gevorm word alvorens dit tot uiting kom.
- **Fase 2: Wilsuiting**. Die wilsuiting is die handeling wat vereis word ten einde die testateur se wil juridies relevant te maak. Die Suid-Afrikaanse reg vereis ŉ formele skriftelike testeerhandeling in hierdie verband.
- **Fase 3: Gevolggewing aan die testateur se wil**. Die reg sal gevolg gee aan ŉ testateur se gevormde wil wat deur ŉ regshandeling – die wilsuiting – in ’n geldige testament vervat is.

In die lig van die voorgaande uiteensetting van die testament-maak-proses, behels die bedoelingsleerstuk om die verskillende bedoelingsvorme betrokke by verskillende fases van die testament-maak-proses te identifiseer en te verduidelik, sowel as om die fasette waardeur testateursbedoeling gaan (van vorming tot uiting) na behore toe te lig.

In Hoofstuk 5 is getoon dat ’n testateur se wil prosesmatig gevorm en uitgedruk word. In hierdie proses word onderskei tussen die:

- vooraf motief vir die vorming van die wil;
- die innerlik gevormde wil;
- die wilsuiting; en
- die regtens relevante wilsuiting.

In Hoofstuk 5 is aangevoer dat ŉ testateur se motief (die beweegrede of die ‘agtergrond vir die vorming van wil’)[9] regtens nie ŉ beduidende rol ten aansien van die geldigheid van ŉ testateur se wilsuiting speel nie. ŉ Dwaling in beweegrede bied dus, in die algemeen, geen basis vir die aanvegting van ŉ testamentêre bemaking nie, ooreenkomstig die stelreël *falsa causa non nocet*. Die vooraf motief kan wel die

[9] Neethling en Potgieter 2015:138.

uiteindelike innerlik gevormde wil onderlê, maar die reg slaan slegs in uitsonderlike gevalle ag op ŉ testateur se beweegrede vir die vorming van ŉ bepaalde bedoeling.[10] Dit is die testateur se innerlik gevormde wil waarop die reg ag slaan. In hierdie verband is dit belangrik om te onthou dat, soos in Hoofstuk 5 uitgewys, ŉ testateur se innerlik gevormde wil nie noodwendig by wyse van ŉ eenmalige vorming tot stand kom nie, maar dat dit deur verskeie stadia van besluitneming en besluitverandering kan gaan. Sodra ŉ testateur se innerlik gevormde wil egter vasstaan, met ander woorde, die testateur het finaal besluit wat sy of haar bedoeling op ŉ gegewe oomblik is, moet dit oorgaan in ŉ wilsuiting in die vorm van ŉ wilsverklaring. Die reg slaan egter nie ag op enige wilsverklaring nie; die wilsverklaring moet vervat word in ŉ dokument en voldoen aan statutêre voorskrifte ten einde as ŉ testament regtens relevant te wees sodat regtens gevolg daaraan gegee kan word. Die regshandeling vorm dus regtens die skakel tussen die subjektiewe onuitgesproke, gevormde wil en die objektiewe vasstelbare wilsuiting.

Die voorafgaande bied die agtergrond waarteen die bedoelingsleerstuk geformuleer word. In Hoofstuk 4 is getoon dat verskeie bedoelingsvorme ter sprake kom in die proses van wilsvorming tot wilsuiting, waarvan sekere vorme regtens vereis word. Die bedoelingsleerstuk verreken hierdie verskeie bedoelingsvorme deur te onderskei tussen die bedoelingsvorme met betrekking tot die dokument as sodanig, die bedoelingsvorme relevant tot die inhoud van die testament, en die bedoelingsvorme betrokke by die verlyding van die testament. Die bedoelingsleerstuk sien dus soos volg daar uit:

Bedoelingsvorme relevant by die *maak* van ŉ testament:

Die oorkoepelende bedoeling relevant by die maak van ŉ testament is die testateur se **inhoudelike bedoeling**. Die inhoudelike bedoeling het betrekking op al die inhoudelike aangeleenthede wat testamentêr gereël word en dit omvat dus die volgende spesifieke bedoelingsvorme:

(a) Die beskikkingsbedoeling: Dit behels die bedoeling met betrekking tot die beskikking oor bates (wie erf wat?). Die beskikkingsbedoeling

10 Sien byvoorbeeld Mitchell WrnR se spekulatiewe verwysing na die testatrise se beweegrede vir die maak van ŉ oënskynlik diskriminerende bemaking in *Ex parte BOE Trust Ltd* 2009 (6) SA 470 (WKK) by paras [14]-[15].

manifesteer as ŉ testamentêre beskikking. Ten einde as ŉ testamentêre beskikking te kwalifiseer, moet die bedoeling gerig word op die bemaking van bates, die omvang van die belang wat bemaak word, en die identiteit van die bevoordeeldes. Die beskikkingsbedoeling manifesteer gewoonlik in die maak van legate en/of erfstellings as die ter sake beskikkingshandelinge.

(b) Die testeerbedoeling (*animus testandi*): Dit behels die bedoeling wat die testateur se wilsverklaring vergesel dat die boedelbates *post mortem* toegedeel moet word. Die testeerbedoeling word onder andere vereis alvorens die wilsverklaring – as beskikkingshandeling – as ŉ *testeer*-handeling sal kwalifiseer.

(c) Die herroepingsbedoeling (*animus revocandi*): Dit behels die bedoeling om vorige testamente te herroep. Die *animus revocandi* manifesteer gereeld as ŉ herroepingshandeling deurdat ŉ herroepingsklousule (*clausula revocatoria*) by ŉ testament ingesluit word.

Bedoelingsvorme relevant by die *verlyding* van die testament:

(a) Die bedoeling om in ŉ sekere hoedanigheid die testament te onderteken – as testateur, as getuie of as kommissaris van ede.

(b) Die bedoeling om op ŉ spesifieke wyse te onderteken – met die maak van ŉ handtekening, ŉ paraaf of ŉ merk.

(c) Die verrigting van die handeling van ondertekening met die gepaardgaande bedoeling om te onderteken – die *animus signandi* (verlydings- of ondertekeningsbedoeling).

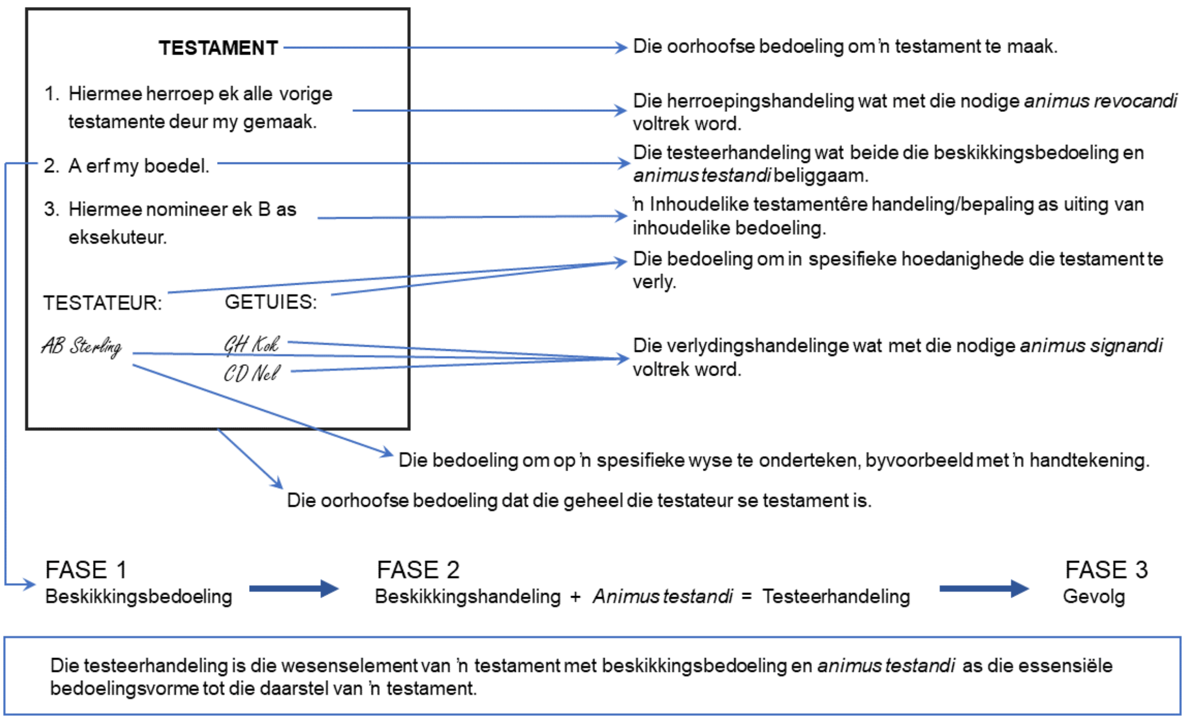
Bedoeling relevant tot die *testament as geheel*:

(a) Die oorhoofse bedoeling dat die geheel van die finale produk – die verlyde dokument – inderdaad die testateur se testament moet wees.[11]

[11] Hierdie bedoeling kan in verband gebring word met die Amerikaanse kommentator, Lindgren, se 'channelling intent' – die bedoeling dat die dokument ŉ testament is. Sien bespreking hierbo by 4.3.1. Sien ook Kerridge 2016:35 wat aanvoer dat: 'A document intended by a person to be his will is usually worded so as to describe itself as his "will"'.

ŉ Geldige testament geniet regskrag en enige verandering in bedoeling aan die kant van die testateur kan slegs regtens relevant gemaak word indien dit deur die verrigting van ŉ relevante wysigings- of herroepingshandeling en ooreenkomstig die voorskrifte van die reg, tot uiting kom.[12] Dit staan die testateur byvoorbeeld vry om sy of haar testeerhandeling(e) (of enige ander bepaling(s) in die testament) te wysig of om die testament gedeeltelik of in die geheel te herroep.[13]

Figuur 8.1 bied ŉ skematiese voorstelling van die bedoelingsleerstuk



Figuur 8.1 Skematiese voorstelling van die bedoelingsleerstuk[14]

---

12 Sien *Van Wetten v Bosch* 2004 (1) SA 348 (HHA) by paras [20]-[21]; *Louw v Engelbrecht* 1979 (4) SA 841 (O) by 848H-849A; De Waal en Schoeman-Malan 2015:82.

13 Die resultaat van die wysiging van ŉ testeerhandeling moet wees dat die gewysigde testeerhandeling ŉ voltooide handeling is waarby die nodige *animus testandi* bestaan.

14 Hierdie is ŉ baie eenvoudige voorbeeld – wat die inhoud van die testament betref – ten einde die beginsel te verduidelik. Hoewel daar slegs een testeerhandeling in die voorbeeld teenwoordig is, sal ŉ testament egter normaalweg meerdere testeerhandelinge beliggaam. Al die testeerhandelinge saam vorm die beskikkingskema van die betrokke testament en is daar dus nog ŉ bedoelingsvorm ter sprake, naamlik die bedoeling met betrekking tot die spesifieke beskikkingskema wat die testateur beoog het. Sien bespreking by 7.2.2 hierbo. Sien ook die Amerikaanse kommentator, Lindgren, se geïdentifiseerde bedoelingsvorme met betrekking tot die boedelbeplanningskema soos bespreek by 4.3.1 hierbo.

8.6 Die bedoelingsleerstuk getoets aan die hand van enkele probleme waarmee die Suid-Afrikaanse testate erfreg tans te kampe het

8.6.1 Die bedoelingsvereiste in terme van artikel 2(3)–kondonasiebevoegdheid

In terme van artikel 2(3) van die Wet op Testamente kan ŉ hof ŉ dokument kondoneer wat nie aan die formaliteitsvereistes vir ŉ geldige testament voldoen nie en sodoende die Meester gelas om die gebrekkige testament te aanvaar ten einde die boedel te beredder. Kondonasie is slegs moontlik indien voldoen word aan al drie die vereistes soos deur artikel 2(3) gestel. Daar word algemeen aanvaar dat die bedoelingsvereiste die 'kernvereiste'[15] ('principle requirement'[16]) vir kondonasie in terme van artikel 2(3) is.

Wat die artikel 2(3)–bedoelingsvereiste betref, word dit vanuit twee invalshoeke beskou:

- Aan die een kant word die fokus geplaas op die bedoeling rakende die dokument as sodanig; die oorledene moes bedoel het dat die betrokke dokument ŉ testament moet wees.[17]
- Aan die ander kant val die fokus op die inhoud van die dokument, spesifiek die beskikkingsbedoeling, en nie soseer op die formaat van die dokument wat dit beliggaam nie.[18]

Die eerste beskouing blyk ŉ eng toepassing van die kondonasiebevoegdheid tot gevolg te hê in soverre dit slegs vir die kondonasie van vormgebrekkige *testamente* voorsiening maak. Trouens, in *Webster v The Master*,[19] een van die eerste kondonasiesake, maak die hof die toepassing selfs nog enger deur te beslis dat artikel 2(3) beperk is tot gebrekkig verlyde testamente in teenstelling tot onverlyde testamente. Uit die hof se bespreking blyk dit verder ook of die hof die toepassing van artikel 2(3)

---

15 De Waal en Schoeman-Malan 2015:80.

16 *Ex parte Williams: In re Williams's Estate* 2000 (4) SA 168 (T) by 179A.

17 *Ex parte Maurice* 1995 (2) SA 713 (K) by 716I-J, 717A-B; De Waal en Schoeman-Malan 2015:80, 89.

18 *Ex parte Williams: In re Williams's Estate* 2000 (4) SA 168 (T) by 179D-G.

19 1996 (1) SA 34 (D).

wou beperk tot gebrekkig verlyde testamente in teenstelling tot informele dokumente. In *Webster* het die hof dus oënskynlik beslis dat artikel 2(3) se bedoelingsvereiste slegs bevredig kan word ten opsigte van ŉ dokument wat ŉ testament as sodanig is, maar bloot gebrekkig verly is. Meer as twee dekades later weier die hof ook kondonasie in *Dryden v Harrison*,[20] oënskynlik op grond van die informele vorm waarin ŉ e-pos 'testament' beslag gekry het. Die hof bevind dat die tersaaklike dokument 'is nothing more than an email' in teenstelling tot ŉ onverlyde testament, soos wat die geval was in *Van der Merwe v The Master*[21] waar die Hoogste Hof van Appèl wel ŉ e-pos testament gekondoneer het. Die bevinding in *Dryden* word gemaak ten spyte van die feit dat die onderwerp van die e-pos lees, 'Final will' en dat die e-pos begin met die woorde, 'Hi, This serves as my final will and testament', waarna die testateur duidelik sy bedoeling weergee met betrekking tot die beskikking oor bates.[22]

Die benadering in gewysdes soos *Webster* en *Dryden* staan teenoor die tweede beskouing hierbo uitgewys, naamlik om uitvoering aan die beskikkingsbedoeling te gee selfs buite die konteks van ŉ formeel gebrekkige testament. In *Smith v Parsons*[23] kondoneer die Hoogste Hof van Appèl byvoorbeeld ŉ selfmoordbrief. De Waal en Schoeman-Malan[24] stel dit duidelik dat die brief as sodanig nie as ŉ testament bedoel was nie, maar dat daar nietemin in die brief oor bates beskik is. In die *Smith*-saak steun die hof op *Van Wetten v Bosch,*[25] waar die Hoogste Hof van Appèl ŉ werkbare balans tussen die twee beskouings bewerkstellig het met die fokus op die dokument self, sowel as die omringende omstandighede, deur aan te voer:

> the real question to be addressed at this stage is not what the document means, but whether the deceased intended it to be his will at all. That enquiry of necessity entails an examination of the document itself and also of the document in the context of the surrounding circumstances.

In die lig van die *Van Wetten*-uitspraak, blyk dit dat, ondanks die bewoording van artikel 2(3), die kondonasiebevoegdheid nie beperk is tot formeel gebrekkige testamente nie (in die sin van dokumente wat die voorkoms en strekking van testamente het, maar nie volledig, of selfs hoegenaamd, verly is ooreenkomstig die voorgeskrewe

---

20 Ongerapporteerde Wes-Kaap saak, saaknommer 11912/17 (20/05/2019).

21 2010 (6) SA 544 (HHA).

22 Paras [17]-[18].

23 2010 (4) SA 378 (HHA).

24 2015:81.

25 2004 (1) SA 348 (HHA) by par [16].

formaliteitsvereistes nie), maar dat dit ook van toepassing is op informele dokumente wat testeerhandelinge – en dus testateursbedoeling – beliggaam, maar nie noodwendig as testamente bedoel was nie.[26]

8.6.2 Antwoorde aan die hand gedoen

Dit word in oorweging gegee dat die onsekerheid wat ontstaan uit ŉ vergelyking tussen, byvoorbeeld, die *Webster-* en *Smith*-uitsprake rakende welke tipe dokumente in die Suid-Afrikaanse reg vir kondonasie vatbaar is, daaraan toegeskryf kan word dat die fokus nie deurgaans en konsekwent op die testeerhandeling – as die draer van sowel die beskikkingsbedoeling as *animus testandi* – val nie. Die oplossing tot die kwessie is derhalwe daarin geleë dat die kondonasievereistes eerder beskou moet word aan die hand van die handelingsmodel in die konteks van die testament-maakproses. Die fokus behoort te wees op die testeerhandeling soos in hierdie studie omskryf, en indien dit teenwoordig is – *ongeag in welke vorm dit voorkom* – behoort die dokument wat die testeerhandeling beliggaam, gekondoneer te word.

Ingevolge die bedoelingsleerstuk in hierdie studie voorgestel, blyk dit duidelik dat die bedoelingsvereiste by kondonasie twee spesifieke bedoelingsvorme impliseer, naamlik die beskikkingsbedoeling en *animus testandi*. Die artikel 2(3)-dokument handel noodwendig met die beskikking oor bates omdat die beskikkingsbedoeling as ŉ beskikkingshandeling in sodanige dokument manifesteer.[27] Enige dokument is immers testamentêr van aard indien dit ŉ beskikkingshandeling met betrekking tot die beskikking oor bates by die oomblik van dood beliggaam. Tog sal ŉ dokument slegs as ŉ testament kwalifiseer indien die betrokke beskikkingshandeling wel ŉ testeerhandeling is; en ŉ beskikkingshandeling kwalifiseer, ooreenkomstig die bedoelingsleerstuk, slegs as ŉ testeerhandeling indien *animus testandi* by die voltrekking van die handeling aanwesig is of later daaromtrent gevorm word. Die eintlike vraag wat gevolglik by kondonasie gestel moet word, is of die nodige *animus testandi* gevorm was wat betref die beskikking oor bates.

Indien die nodige *animus testandi* wel gevorm was, kwalifiseer die beskikkingshandeling as ŉ testeerhandeling. Die hof verskoon dan die gebrek om aan die

---

26 Sien ook De Waal 2016:968.

27 Wood-Bodley 2011:612.

formaliteitsvereistes te voldoen rakende die dokument wat die testeerhandeling beliggaam *ongeag die formaat wat hierdie dokument aanneem* ten einde gevolg te gee aan die oorledene se wil. Die testeerhandeling kan dus in sowel ŉ formeel gebrekkige testament voorkom as in ŉ informele dokument, welke dokument nie soos ŉ testament lyk of lees nie en dus nie as sodanig as ŉ testament bedoel was nie, maar eerder in die eerste plek as, byvoorbeeld, ŉ brief, nota of dagboekinskrywing bedink was. Waar ŉ formeel gebrekkige testament voorhande is, verskoon die hof dus die formele gebrek en gee uitvoering aan die hele dokument as testament.[28] Daarenteen, waar ŉ informele dokument voorhande is, gee die hof uitvoering aan die testeerhandeling wat die informele dokument beliggaam.[29] Daar word toegegee dat dit dikwels moeiliker is om te bepaal of *animus testandi* aanwesig was in laasgenoemde gevalle; tog is die bedoelingsvorme ter sake presies dieselfde by beide dokument-tipes en bestaan dit onafhanklik van die formaat van die dokument. Die bedoelingsleerstuk verklaar dus soomloos waarom sowel formeel gebrekkige testamente as informele dokumente ten volle kondoneerbaar behoort te wees.

Dit word verder in oorweging gegee dat die bedoelingsleerstuk ook die grondslag lê vir die aanspreek van die kwessie rakende die nie-kondoneerbaarheid van bepaalde derde-opgestelde dokumente. Die beslissing in *Bekker v Naude*[30] staaf klaarblyklik die standpunt dat ŉ testateur ŉ dokument wat deur ŉ derde party opgestel is, slegs kan toe-eien, in dié sin dat die testateur sy of haar *animus testandi* ten opsigte van die dokument kenbaar maak, deurdat die testateur die betrokke dokument verly (soos in artikel 2(3) bedoel).[31] ŉ Onverlyde derde-opgestelde testament is derhalwe, ingevolge die *Bekker*-interpretasie van artikel 2(3) se vereistes, nie kondoneerbaar nie. Dit kom derhalwe voor of, ten opsigte van derde-opgestelde dokumente, ons howe eerder fokus op wie die opstelhandeling verrig het en gevolglik nie die klem daarop plaas of

[28] Dit blyk gevolglik nie nodig te wees om ŉ aparte artikel 2A-aansoek te bring om die herroepingshandeling te kondoneer nie, sou die dokument ook ŉ herroepingsklousule beliggaam het. Hoewel die studie nie poog om die onsekerheid aan te spreek wat bestaan wat betref die wisselwerking tussen artikels 2(3) en 2A nie, behoort die handelingsmodel – wat duidelik dui op die onderskeid tussen die testeerhandeling en die herroepingshandeling as twee aparte selfstandige regshandelinge – lig te werp op die onsekerheid wat heers (sien byvoorbeeld *Letsekga v The Master* 1995 (4) SA 731 (W) waar die hof die bedoelingsvereistes in artikel 2(3) en dié in artikel 2A as dieselfde beskou het).

[29] Net soos wat die hof ŉ informele herroepingsdokument wat ŉ herroepingshandeling wat voltrek is met die nodige *animus revocandi* beliggaam, sal kondoneer in terme van artikel 2A.

[30] 2003 (5) SA 173 (HHA).

[31] Sien Du Toit 2010:156.

die testateur wel die opgestelde dokument as sy of haar eie aanvaar het deur die beskikkingshandeling(e) daarin vervat, toe te eien en die nodige *animus testandi* daaromtrent te vorm nie. Dit wil dus lyk asof testateursbedoeling in gevalle van die kondonasie van derde-opgestelde dokumente geredelik tweede staan tot die opstel-handeling as sodanig.[32] Die uitslag in *Van der Merwe v The Master*[33] sou byvoorbeeld anders gewees het indien dit aan die lig sou kom dat die testament in daardie saak deur ŉ derde party vir die testateur opgestel was, ongeag die feit dat die testateur die testament duidelik as sy eie aanvaar het en dit as sy testament gebruik het deur dit aan sy vriend te e-pos.

Die benadering wat ons howe tans ten opsigte van die (nie-)kondonasie van derde-opgestelde dokumente volg, verloor uit die oog dat, soos in Hoofstuk 4 uitgewys, ŉ testateur regtens ŉ testament kan maak sonder om fisies betrokke te wees by die testament-maak-proses. Al die tersaaklike bedoelingsvorme kan gevolglik ontstaan onafhanklik van die fisiese daad van die opstel van die dokument of die daadwerklike voldoening aan die formaliteitsvereistes. In Hoofstuk 6 is derhalwe getoon dat ŉ testateur ŉ mondelinge instruksie aan ŉ derde party kan gee om ŉ testament vir hom of haar op te stel, tesame met duidelike instruksies wat sy of haar beskikkings-bedoeling betref. Ná die opstel van die testament en nadat die testateur die beskikkingshandeling toegeëien het en die nodige *animus testandi* daaromtrent gevorm het, kan die testateur ŉ *amanuensis* beveel om die testament namens hom of haar te onderteken. Die resultaat is ŉ geldige testament, alhoewel die testateur nooit fisies betrokke was by die maak daarvan nie en nooit die testament self verly (onderteken) het nie. Die bedoelingsleerstuk doen aan die hand dat sodanige dokument, indien daar ŉ formele gebrek voorkom, wel kondoneerbaar behoort te wees omdat die tersaaklike *bedoelingsvorme* teenwoordig is, al was die oorledene nie fisies betrokke by die opstel- en verlydingsprosesse nie.

In die lig van voorgaande word aangevoer dat die *Bekker*-beslissing korrek is met betrekking tot die interpretasie en toepassing van artikel 2(3) en voorts in lyn is met wat die wetgewer oënskynlik met die kondonasiebevoegdheid beoog het.[34] Tog is die

---

32 Sien Faber en Rabie 2004:202.

33 2010 (6) SA 544 (HHA).

34 De Waal 2011:398.

onbevredigende toedrag van sake ten opsigte van bepaalde derde-opgestelde dokumente ná *Bekker*, veral met die handelingsmodel in gedagte, nie langer houdbaar nie. *Bekker* het naamlik tot gevolg gehad dat testateursbedoeling faal, ondanks die aanwesigheid van sowel die beskikkingsbedoeling as *animus testandi*, op grond daarvan dat ŉ derde party die onverlyde dokument opgestel het. Daar word dus voorgestel dat die Hoogste Hof van Appèl *Bekker* in die toekoms omverwerp en ŉ benadering soortgelyk aan dié in *Back v The Master of the Supreme Court*[35] bekragtig. In *Back* beslis Van Zyl R tereg soos volg:[36]

> Another reality is that many would-be testators give full instructions as to their final wishes to their attorneys or bankers and the attorneys or bankers have draft wills prepared in accordance with such instructions. If a draft will is subsequently perused and approved in every detail by a testator, he then ... associates himself with and adopts it as his own. On a flexible interpretation of s 2(3), it may be regarded as having been drafted by him personally. As long as it is incontrovertible that the testator intended the draft will to be his will, it should be totally irrelevant whether he personally or physically drafted it.

Dit word in oorweging gegee dat die beslissing in *Back* oor die boeg van die bedoelingsleerstuk gegooi kan word, nie om voorsiening te maak vir ŉ buigsame interpretasie van artikel 2(3) nie, maar eerder deur die fokus daarop te plaas dat die onverlyde derde-opgestelde dokument voorhande inderdaad die testateur se testament is (ongeag die feit dat die testateur nie by die opstel daarvan betrokke was nie en dit ook nie verly is nie) omdat die dokument die testeerhandeling ten aansien waarvan sowel die testateur se beskikkingsbedoeling as *animus testandi* aanwesig is, beliggaam en dus as sodanig kondoneerbaar behoort te wees. Alternatiewelik word ŉ wetswysiging voorgestel ten einde die huidige formalistiese toepassing van artikel 2(3) te verander na ŉ bedoelingsgeoriënteerde toepassing. Artikel 2(3) kan herskryf word met die fokus op die testeerhandeling, as die draer van sowel die beskikkings-bedoeling as *animus testandi*, aan die hand van die voorgestelde bedoelingsleerstuk.

8.6.3 Rektifikasie van sogenaamde 'kruis-ondertekende testamente'

Rektifikasie behels in die algemeen die regstelling van foute wat in ŉ testament voorkom, tipies foute wat by die opstel van die testament ingesluip het.[37] In *Henriques v Giles* het die Hoogste Hof van Appèl beslis dat sogenaamde 'kruis-ondertekende

---

[35] [1996] 2 All SA 161 (K).

[36] By 174A-C.

[37] *Henriques v Giles* 2010 (6) SA 51 (HHA) by par [16].

testamente' ('cross-signed mirror wills'),[38] waar partye per ongeluk mekaar se opgestelde testamente onderteken het, vir rektifikasie vatbaar is.[39] Die wyse waarop gevalle van kruis-ondertekende testamente hanteer moet word, is egter omstrede. In die Australiese reg word die kondonasiebevoegdheid of 'dispensing power' byvoorbeeld vir hierdie doel aangewend. In *In the Estate of Hennekam (dec'd)*[40] beslis die Supreme Court of South Australia dat rektifikasie nie die geskikte remedie vir hierdie gevalle is nie en bestempel dit as ŉ 'artificial remedy'. In die Engelse reg word rektifikasie, daarenteen, wel toegepas in kruis-ondertekende testamentgevalle. Die Engelse reg beskik tans nie oor ŉ kondonasiebevoegdheid nie en tot onlangs was kruis-ondertekende testamente bloot as ongeldig beskou op grond van ŉ gebrek aan die voldoening aan die formaliteitsvereistes.[41] Die Engelse Supreme Court[42] het egter bepaal dat sodanige testamente wel gerektifiseer kan word aan die hand van ŉ wye interpretasie van artikel 20 van die Administration of Justice Act[43] met betrekking tot ŉ 'clerical error', welke beslissing blyk goed ontvang te word.[44]

In die Suid-Afrikaanse reg word rektifikasie noodgedwonge in derde-opgestelde kruis-ondertekende testamentgevalle toegepas omdat kondonasie nie regtens moontlik is nie ná die Hoogste Hof van Appèl se uitspraak in *Bekker v Naude*.[45] In *Henriques v Giles*[46] beslis die hof *a quo* dan ook dat '[u]nfortunately the applicants in this matter could not rely on the remedial provision of section 2(3)'.[47] In hierdie saak teken die man en vrou per ongeluk mekaar se testamente nadat hulle instruksies aan ŉ derde party gegee het om hulle onderskeie testamente op te stel en nadat elk hul opgestelde

---

38 Du Toit 2014:64.

39 *Henriques v Giles* 2010 (6) SA 51 (HHA) by par [24].

40 (2009) 104 SASR 289; 264 LSJS 65: [2009] SASC 188; BC200905685.

41 Kerridge 2016:56, 82-83, 263.

42 *Marley v Rawlings* [2015] A.C. 129.

43 1982.

44 Kerridge 2016:263. Sien ook Theobald 2016:335.

45 2003 (5) SA 173 (HHA).

46 2010 (6) SA 51 (HHA) by paras [20]-[21].

47 *Giles v Henriques* 2008 (4) SA 558 (K) by par [40]. Dit blyk of kondonasie sonder twyfel toegepas sou word indien die partye die testamente self opgestel het. Hierdie 'self-opstel-vereiste' uitsluiting staan ten spyte van die feit dat die testateurs duidelik die handelinge toegeëien het en die nodige *animus testandi* omtrent dit gevorm het, soos blyk uit die Hoogste Hof van Appèl se beskrywing van die feite in *Henriques v Giles* 2010 (6) SA 51 (HHA) by par [2]: 'The [testators] carefully read through their respective wills and [the accountant and his colleague] explained to them in detail the contents of each of the wills. As [the testators] were satisfied with their wills, they then proceeded to sign them.'

testament deurgelees en goedgekeur het.[48] Die hof beslis tereg dat die fout geleë is in die 'erroneous "cross-signing" of the wills', maar stel dan die vraag wat beantwoord moet word as synde of 'the *will* signed' gerektifiseer kan word. Objektief beskou was die resultaat van die verlydingsproses wat plaasgevind het, twee ongeldige testamente: die testamente is verkeerdelik verly. Vanuit die testateur se oogpunt het hy die verkeerde *dokument* verly, of, anders gestel, hy het nie *sy testament* verly nie. Tog rektifiseer die Hoogste Hof van Appèl die verkeerd-verlyde dokument sodat dit die testateur se testament se inhoud bevat. Hoewel die hof se benadering in *Henriques* oop is vir kritiek,[49] blyk die korrektheid van die beslissing ten nouste af te hang van presies wat 'n testament is, sowel as wat die verband tussen 'n testament en die formaliteitsvereistes is. Dit word in oorweging gegee dat die handelingsmodel en die bedoelingsleerstuk die grondslag tot die oplos van hierdie kwessie in die Suid-Afrikaanse reg lê.

8.6.4 Antwoorde aan die hand gedoen

Die fokus in kruis-ondertekende testamentgevalle – ook waar dié testamente deur 'n derde opgestel is – behoort deurgaans te val op die *inhoud* van die dokument, of, anders gestel, op die *handeling* wat dit beliggaam. Die status van 'n dokument word, soos in Hoofstuk 6 aangevoer, immers in die eerste plek inhoudelik bepaal en nie aan die hand van die voldoening aan vormvereistes nie. Die verlyding van 'n testament ingevolge die Wet op Testamente se formaliteitsvereistes omskep dus nie die dokument in 'n testament nie; die testamentêre inhoud van die dokument bepaal die status daarvan. Indien die testeerhandeling – as regshandeling – inhoudelik ontbreek, kwalifiseer die dokument immers nie as 'n testament nie, ongeag die voldoening aan die formaliteitsvereistes. Sonnekus[50] voer dus tereg ten opsigte van die verlyding van die dokument aan: 'Hierdie voorskrifte behoort egter geensins bestaansreg uit hul eie te geniet nie maar dien bloot ter bereiking van die primêre oogmerk, te wete om die laaste wil van die testateur so seker as moontlik na sy dood te kan bepaal.'

In 'n kruis-ondertekende testamentgeval is die testateur se beskikkingsbedoeling en *animus testandi* gerig op die handeling wat die spesifieke dokument beliggaam. Die

---

48 Paras [1]-[3].

49 Sien onder andere Jamneck 2009(b):506.

50 1990:120.

testateur se bedoeling het betrekking op die dokument wat inhoudelik deurgelees en goedgekeur is – wat toegeëien is – en nie op die dokument wat verkeerdelik verly is nie. Daar is gevolglik ŉ definitiewe verskil om ŉ dokument te verly wat inhoudelik goedgekeur en toegeëien is en waar die nodige *animus testandi* gevorm is, teenoor die verlyding van ŉ dokument wat nie goedgekeur en toegeëien is nie, en waar die nodige *animus testandi* nie gevorm is nie. Die uitwerking van die vorming van *animus testandi* in die eersgenoemde geval, is dat die beskikkingshandeling verander in ŉ testeerhandeling – as regshandeling – en dit gee die dokument wat dit beliggaam, die status van ŉ testament, welke testament geldig verly moet word ten einde regskrag te verkry. Die effek van die kruis-ondertekende testament is dat die testateur se testament – as die dokument wat die testeerhandeling beliggaam en waarby die nodige *animus testandi* gevorm en aanwesig is – nie verly is nie, maar ŉ ander dokument is wel verkeerdelik verly.

Rektifikasie, as die remedie om ŉ fout in die testateur se testament reg te stel, verskil radikaal van die breë toepassing van rektifikasie in kruis-ondertekende testament-gevalle om die inhoud van ŉ dokument wat verkeerdelik as testament verly is, in geheel met ander inhoud te vervang ten einde die verkeerd verlyde dokument tot 'testament' te rektifiseer. Wat eersgenoemde geval betref, dit is die testament van die testateur omdat dit die testateur se testeerhandeling beliggaam, welke dokument as sodanig as testament bedoel was en wat geldig verly is. Daar bestaan bloot ŉ fout met betrekking tot die testeerhandeling wat die testament beliggaam, welke fout reggestel word deur die gebrekkige testeerhandeling te rektifiseer. In laasgenoemde geval word rektifikasie toegepas om ŉ dokument wat verkeerdelik as die testateur se testament verly was, tot ŉ testament te rektifiseer. Die verlyde dokument is nie die testateur se testament nie juis omdat dit nie die testateur se testeerhandeling beliggaam nie. Trouens, die testeerhandeling as sodanig is nie gebrekkig nie, die dokument wat dit beliggaam – die testament – is bloot foutiewelik nie deur die testateur verly nie.

Aan die hand van die handelingsmodel en vernaam die onderskeid tussen die inhoudelike handelinge, spesifiek die testeerhandeling as regshandeling, en die verlydingshandelinge ten einde aan die formaliteitsvereistes te voldoen, stel artikel 2(1)(a) van die Wet op Testamente dit duidelik dat die *testament* verly moet word en ruim dit verder enige onsekerheid uit die weg deur presies voor te skryf waar die verlyding van die *testament* – inhoudelik – moet geskied. Hoewel artikel 2(1)(a) na die

inhoud as geheel verwys, en nie na die testeerhandelinge as sodanig nie, toon die handelingsmodel onteenseglik dat die testament in wese die testeerhandeling in dokumentvorm is, maar dat dit ook ander testamentêre aangeleenthede kan beliggaam, welke geheel geldig verly moet word. Objektief beskou, moet daar gevolglik ŉ band (*nexus*) bestaan tussen die testeerhandeling, soos verwoord in die testament, en die voldoening aan die formaliteitsvereistes in die sin dat die testament wat die testeerhandeling beliggaam, verly moet word. Net soos wat ŉ testateur nie 'simbolies' ŉ blanko bladsy kan verly nadat sy testament telefonies of *via* Skype aan hom voorgelees is en hy daarmee tevrede is, maar nie by die dokument is om dit fisies te verly nie, net so is die resultaat by kruis-ondertekende testamente dat die testateur se testament nie deur hom of haar verly is nie. Die testateursbedoeling en testeer-handeling, enersyds, en die formaliteitsvereistes, andersyds, is derhalwe nie regtens met mekaar verbind nie. Kondonasie, ten einde die formele gebrek met die verlyding van die testament, as die draer van die testeerhandeling, te verskoon, is dus ooreenkomstig die bedoelingsleerstuk die aangewese remedie en staan in teenstelling tot rektifikasie, om ŉ gebrekkige testeerhandeling, waar die innerlike wil foutiewelik in die wilsuiting vervat is, reg te stel.

8.7 Slotgedagtes

Die studie toon duidelik dat ŉ handelingsmodel, in teenstelling tot ŉ vereistesmodel, die testeerhandeling, en dus ŉ testament as sodanig, ten beste verduidelik. Daar is voorts getoon dat elke fase van die voorgestelde handelingsmodel verband hou met ŉ spesifieke bedoeling, spesfiek aan die kant van die testateur, en dat testateursbedoeling in die Suid-Afrikaanse reg, maar ook internasionaal, slegs na behore verstaan, erken en uitgevoer kan word binne die raamwerk van sodanige prosesmatige handelingsmodel. Terselfdertyd is die begripsverwarring wat tot die wanopvattings rakende die testeerhandeling lei, aangespreek en opgeklaar deur gepaste betekenis aan die tersaaklike begrippe te gee.

Ter aanvang van die studie is gestel dat die erfreg die primêre funksie vervul om ŉ oorledene se erfopvolgers te identifiseer, sowel as om die bates aan te wys wat die erfopvolgers toekom. Die testate erfreg verseker spesifiek dat dié bates hul bestemming bereik soos deur die testateur bepaal en dat dié bates op ŉ regmatige en ordelike wyse aan erfopvolgers oorgedra word. Hierdie primêre funksie kan slegs

na behore gedien word indien testateursbedoeling aan die hand van ’n handelingsmodel verklaar word binne die raamwerk van ’n testament-maak-proses waar die testeerhandeling, as regshandeling, sentraal staan as die skriftelike wilsverklaring in dokumentvorm soos beliggaam in ’n testament. Die prosesmatige benadering tot die uitvoering van testateursbedoeling verseker dat die erkenning, beskerming en uitvoering van die bedoeling van die testateur, as die deurslaggewende komponent van die moderne testate erfreg, ten beste geskied.

Die belangrikheid van die bedoelingsleerstuk blyk veral uit die beskouing dat testateursbedoeling ’n saamgestelde, meersydige konsep is, wat meerdere bedoelingsvorme of bedoelingsfasette omvat en dat dit ten beste toegelig word deur dit te koppel aan die spesifieke handelinge wat deur verskeie partye in ’n testament-maak-proses verrig word ten einde ’n testament daar te stel. Die belangrikste handeling in hierdie verband is die testeerhandeling – as die vergestalting van die beskikkingsbedoeling en *animus testandi* (testeerbedoeling) – waaraan uitvoering gegee word ooreenkomstig die drie geïdentifiseerde fases. Die bedoelingsleerstuk skep ’n nuwe platform vanwaar die moderne Suid-Afrikaanse testate erfreg teoreties korrek verstaan en toegepas kan word. Die fokus bly op die bedoeling van die testateur, maar nou vanuit die konteks van ’n regshandeling.

Die voorgestelde handelingsmodel en bedoelingsleerstuk, en die erkenning wat testateursbedoeling ingevolge beide kry, staan teen die agtergrond van die grondwetlike erkenning van die erfreg in die algemeen, en die testate erfreg in die besonder. Die noodsaaklikheid van die korrekte teoretiese onderbou van die testate erfreg word beklemtoon ten einde die ‘nuutskepping’ van ‘grondwetlike erfreg’ – as ’n verdere bydrae wat die studie tot die Suid-Afrikaanse erfreg maak – na behore te begryp. Om af te sluit en die belang van ‘grondwetlike erfreg’ te benadruk: in die konteks van die testate erfreg en met die fokus op die testeerhandeling is dit juis hierdie *handeling* – om testamentêr oor bates te beskik – wat grondwetlik erken en beskerm word. Ook word die vryheid waarmee hierdie handeling verrig moet word en die gemoedsrus van die wete dat die handeling regtens aan gevolg gegee sal word, grondwetlik onderlê. Dit blyk duidelik dat selfs in die grondwetlike konteks, die fokus primêr moet val op die testeerhandeling – as die vergestalting van testateursbedoeling.

Bibliografie

ACKERMANN L

2012. *Human dignity: Lodestar for equality in South Africa*. Cape Town: Juta.

ADELEYE GG, ACQUAH-DADZIE K, SIENKEWICZ TJ (red) & MCDONOUGH JT (Jr) (red)

1999. *World dictionary of foreign expressions: A resource for readers and writers.* Wauconda: Bolchazy-Carducci.

BADENHORST PJ, PIENAAR JM & MOSTERT H

2006. *Silberberg and Schoeman's the law of property.* 5th ed. Durban: LexisNexis Butterworths.

BEINART B

1959. Some aspects of priviliged wills. *Acta Juridica* 1:200-221.

BLACKSTONE W

1758. *An analysis of the laws of England*. 3rd ed. Oxford: Clarendon Press.

BOEZAART T

2016. *Personereg*. 6de uitg. Kaapstad: Juta.

2016. *Law of persons*. 6th ed. Cape Town: Juta.

CHASKALSON

2000. The Third Bram Fischer lecture – Human dignity as a foundational value of our constitutional order. *South African Journal on Human Rights* 16(2):193-205.

CLARK B

1989. History of Roman-Dutch law of marriage from a socio-economic perspective. In Visser DP (ed) *Essays on the history of law.* Cape Town: Juta, 159-212.

CORBETT MM, HOFMEYR G & KAHN E

2001. *The law of succession in South Africa.* 2nd ed. Cape Town: Juta.

CRONJE DSP & ROOS A

2002. *Casebook on the law of succession / Erfregvonnisbundel*. 4th ed. Johannesburg: Unisa Publishers.

CRONJE DSP, SONNEKUS JC, VAN DER SPUY P de W & VORSTER I

1996. *Werkboek vir erfreg*. 2de uitg. Durban: Butterworths.

CURRIE I & DE WAAL J

2013. *The Bill of Rights handbook.* 6th ed. Cape Town: Juta.

DAVEL CJ, FICK GH & ROBINSON JA

1999. *Werkboek vir personereg.* 2de uitg. Durban: LexisNexis Butterworths.

DE WAAL MJ

1989. Law, society and the individual: The limits of testation in Visser DP (ed) *Essays on the history of law.* Cape Town: Juta, 300-318.

2004. The Courts' power of condonation in respect of the execution and revocation of wills: unfortunate new elements of uncertainty. *South African Law Journal* 121(3):529-538.

2007. A comparative overview. In Reid KGC, De Waal MJ and Zimmermann R (eds) *Exploring the law of succession studies national, historical and comparative*. Edinburgh: Edinburgh University Press, Vol 5:1-26.

2010. The law of succession (including administration of estates) and trusts. *Annual Survey of South African Law* 1070-1202.

2011(a). Testamentary formalities in South Africa. In Reid KGC, De Waal MJ and Zimmermann R (eds) *Comparative succession law: Testamentary formalities.* Oxford University Press Vol 1:381-403.

2011(b). The law of succession (including administration of estates) and trusts. *Annual Survey of South African Law* 1033-1072.

2012. The law of succession and the bill of rights. *Bill of Rights Compendium.* Durban: LexisNexis Butterworths (edition 30).

2013. The law of succession (including administration of estates) and trusts. *Annual Survey of South African Law* 984-1006.

2016. The law of succession (including administration of estates) and trusts. *Annual Survey of South African Law* 959-975.

DE WAAL MJ & SCHOEMAN-MALAN MC

2008. *Erfreg*. 4de uitg. Kaapstad: Juta.

2015. *Erfreg*. 5de uitg. Kaapstad: Juta.

2015. *Law of succession.* 5th ed. Cape Town: Juta.

DE WET JC & VAN WYK AH

1978. *De Wet en Yeats Die Suid-Afrikaanse kontraktereg en handelsreg.* 4de uitg. Durban: Butterworths.

DU PLESSIS JR & KOK L

1990. *An elementary introduction to the study of South African law.* 2nd ed. Kaapstad: Juta.

DU TOIT F

1999. The impact of social and economic factors on freedom of testation in Roman and Roman-Dutch Law. *Stellenbosch Law Review* 10(2):232-243.

2001. ’n Verdere perspektief op die sosiale en ekonomiese grondslae van die erfreg. *Tydskrif vir Regswetenskap* 26(1):1-18.

2005. Mental capacity as an element of testamentary capacity. *South African Law Journal* 122(3):661-683.

2007. Succession law in South Africa – A historical perspective. In Reid KGC, De Waal MJ and Zimmermann R (eds) *Exploring the law of succession studies national, historical and comparative*. Edinburgh: Edinburgh University Press. Vol 5:67-77.

2008. Rektifikasie (en kondonasie?) van verkeerdelik-ondertekende testamente. *Obiter* 29(2):329-338.

2010. Is rektifikasie van ’n dokument gekondoneer ingevolge artikel 2(3) van die Wet op Testamente moontlik? *De Jure* 43(1):149-157.

2012. Testamentary condonation in South Africa: A pyrrhic victory for private autonomy over mandatory formalism in the law of wills? In Verbeke, A-L,

Scherpe JM, Declerck C, Helms T and Senaeve P (eds) *Confronting the frontiers of family and succession law: Liber Amicorum Walter Pintens.* Belgium: Intersentia Vol 1:513-533.

2012. Constitutionalism, public policy and discriminatory testamentary bequests – A good fit between common law and civil law in South Africa's mixed jurisdiction? *Tulane European and Civil Law Forum* 27:97-132.

2013. Criticism of the testamentary undue influence doctrine in the United States: Lessons for South Africa? *Journal of Civil Law Studies* 6(2):509-551.

2014. Testamentary rescue: An analysis of the intention requirement in Australia and South Africa. *Australian Property Law Journal* 23(1):56-82.

2017. Gender-exclusive charitable trusts: *Re The Esther G. Castanera scholarship fund* and recent South African judgments on discriminatory bursary trusts. *Manitoba Law Journal* 40(1):141-172.

DU TOIT F, SMITH BS & VAN DER LINDE A

2019. *Fundamentals of South African trust law*. 2nd ed. Durban: LexisNexis.

EDWARDS AB

1996. *The history of South African law – an outline.* Durban: Butterworths.

ENGELBRECHT H

1995. *Die begrip 'regte in eiendom' in artikel 28(1) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993*. Proefskrif. Universiteit van Suid-Afrika.

FABER JT & RABIE PJ

2004. Die behoefte aan 'n wyer artikel 2(3) van die *Wet op Testamente* 7 van 1953 (soos gewysig): 'n Kritiese beskouing. *Tydskrif vir Regswetenskap* 29(2):198-203.

2005. Van tikmasjien tot rekenaar: 'n Ondersoek na die ontwikkeling van die Suid-Afrikaanse erfreg in die tegnologiese era. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 2005(4):767-783.

FELLMETH AX & HORWITZ M

2009. *Guide to Latin in international law.* New York: Oxford University Press.

FOUCHÉ MA (red), BOTHA J, COLLIER-REED D, HAUPT A, NCUBE CB, SCHONWETTER T & VAN AS HJ

2015. *Legal principles of contracts and commercial law*. 8th ed. Durban: LexisNexis.

GLOVER M

2016. A taxonomy of testamentary intent. *George Mason Law Review* 23(3):569-616.

GUZMAN KR

2011. Intents and purposes. *University of Kansas Law Review* 60(2):305-374.

HAHLO HR & KAHN E

1960. *The Union of South Africa The development of its laws and Constitution.* Vol 5. London: Stevens & Sons.

HARMS LTC

2004. Ontwikkeling van die gemenereg in die lig van artikels 39(2) en 173 van die Grondwet. *Potchefstroom Electronic Law Journal* 7:1-22.

HEATON J

2012. *Die Suid-Afrikaanse personereg.* 4de uitg. Durban: LexisNexis.

HEFER JJ

2004. Billikheid in die kontraktereg. *Tydskrif vir die Regswetenskap*. 29(2):1-14.

HIEMSTRA VG & GONIN HL

1992. *Drietalige Regswoordeboek.* 3de uitg. Kenwyn: Juta.

HUTCHISON D (red), PRETORIUS CJ (red), DU PLESSIS J, EISELEN S, FLOYD T, HAWTHORNE L, KUSCHKE B, MAXWELL C, NAUDÉ T & DE STADLER E

2012. *Kontaktereg in Suid-Afrika.* 2de uitg. Kaapstad: Oxford University Press Southern Africa.

ISAAC I & HORWITZ M

1979. *The South African law of testate succession.* Durban: Butterworths.

JAMNECK J

2002. Die interpretasie van Artikel 2C van die Wet op Testamente 7 van 1953 (3). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 65(4):532-538.

2008(a). Testeerbevoegdheid, *animus testandi*, testeervryheid, bedoeling en die 'bedoeling' ingevolge Artikel 2(3) van die Wet op Testamente (1). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 71(4):603-612.

2008(b). Artikel 2(3) van die Wet op Testamente: 'n Praktiese probleem by litigasie. *Potchefstroom Electronic Law Journal* 3:1-16.

2009(a). Testeerbevoegdheid, *animus testandi*, testeervryheid, bedoeling en die 'bedoeling' ingevolge Artikel 2(3) van die Wet op Testamente (2). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 72(1):113-125.

2009(b). Die anomalie veroorsaak deur die uitleg van artikel 2(3) van die Wet op Testamente in *Bekker v Naude* 2003 5 SA 173 (HHA): *Giles v Henriques* 2008 4 SA 558 (K). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 72(3):502-507.

JAMNECK J (red), RAUTENBACH C (red), PALEKER M, VAN DER LINDE A & WOOD-BODLEY M

2012. *Erfreg in Suid-Afrika*. 2de uitg. Suid-Afrika: Oxford University Press.

2017. *Erfreg in Suid-Afrika*. 3de uitg. Suid-Afrika: Oxford University Press.

2017. *The law of succession in South Africa.* 3rd ed. South Africa: Oxford University Press.

JOUBERT CP

1954. Art 24 Algemene Regswysigingswet 32 van 1952. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 17(1):1-43.

1961. *Pactum Successorium*. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeinse-Hollandse Reg* 24(1):18-40.

KAHN E

1984. The will that won't – formalities gone bananas. In Van der Westhuizen J (red voorsitter) *Huldigingsbundel Paul Van Warmelo.* Pretoria: Unisa 128-142.

KASER M

1984. *Roman private law.* 4th ed. Translated by Dannenbring R, *Römisches privatrecht.* University of South Africa, Pretoria.

KEMP G (red), WALKER S, PALMER R, BAQWA D, GEVERS C, LESLIE B & STEYNBERG

2015. *Strafreg in Suid-Afrika*. 2de uitg. Suid-Afrika: Oxford University Press.

KERRIDGE R

2011. Testamentary formalities in England and Wales. In Reid KGC, De Waal MJ and Zimmermann R (eds) *Comparative succession law: Testamentary formalities.* Oxford University Press Vol 1:305-328.

2016. *Parry and Kerridge: The law of succession*. 13rd ed. London: Sweet & Maxwell.

KOLKMAN WD

2011. Testamentary formalities in the Netherlands. In Reid KGC, De Waal MJ and Zimmermann R (eds) *Comparative succession law: Testamentary formalities.* Oxford University Press Vol 1:142-174.

KNOETZE E & MUKHEIBIR A

2004. Die deliktuele aanspreeklikheid van testamentopstellers. *Obiter* 25(1): 128-137.

LANGBEIN JH

1975. Substantial compliance with the Wills Act. *Harvard Law Review*: 88(3):489-531.

LAWSA (THE LAW OF SOUTH AFRICA)

2011. Wills and Succession (Vol 31) by Erasmus HJ and De Waal MJ (2nd ed. by Jamneck J). Durban: LexisNexis.

LE ROUX-KEMP A

2008. The moment of death: Law, society and science. *Obiter* 29(2): 260- 267.

LEE RW

1953. *An introduction to Roman-Dutch Law*. 5th ed. London: Oxfrord University Press.

LEHMANN K

2014. Testamentary freedom versus testamentary duty: In search of a better balance. *Acta Juridica* 1:9-40.

LINDGREN J

1992. The fall of formalism. *Albany Law Review* 55(4):1008-1033.

LUBBE GF

1989. Kontraktuele diskresies, potestatiewe voorwaardes en die bepaaldheids-vereiste. *Tydskrif vir die Suid- Afrikaanse Reg* 1989(2):159-176.

MARTYN JGR, EVANS-GORDON J, LEARMONTH A, FORD C & FLETCHER T

2016. *Theobald on wills*. 8th ed. London: Thomson Reuters.

MASON

2012. *Electronic signatures in law.* 3rd ed. Cambridge: Cambridge University Press.

MEYEROWITZ D

2010. *Meyerowitz on administration of estates and their taxation.* 10th ed. Cape Town: Meytax.

MOSTERT H, POPE A, BADENHORST P, FREEDMAN W, PIENAAR J & VAN WYK J

2010. *The law of property in South Africa.* Cape Town: Oxford University Press Southern Africa.

2010. *Die beginsels van sakereg in Suid-Afrika.* Kaapstad: Oxford University Press Southern Africa.

NAUDE T

2006. Which transactions trigger a right of first refusal or preferential right to contract? *South African Law Journal* 123(3):461-469.

NEETHLING J & POTGIETER JM

2015. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 7de uitg. Durban: LexisNexis.

OLIVIER PA

1989. *Trustreg en praktyk*. Pretoria-Wes: De Jager-HAUM.

PEART N

2011. Testamentary formalities in Australia and New Zealand. In Reid KGC, De Waal MJ and Zimmermann R (eds) *Comparative succession law: Testamentary formalities.* Oxford University Press, Vol 1:329-356.

RAUTENBACH C (red)

2018. *Introduction to legal pluralism in South Africa.* 5th ed. Durban: LexisNexis.

RAUTENBACH C

2014. A few comments on the (possible) revival of the customary law rule of male primogeniture: can the common-law principle of freeedom of testation come to its rescue? *Acta Juridica* 1:132-159.

1998. Die bedoeling van die kontrakspartye as maatstaf by die *pactum successorium. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 61(4):651-656.

RAUTENBACH C & VAN DER LINDE A

2012. The requirements for a valid pactum successorium in an antenuptial contract: the curious case of *Radebe v Sosibo*. *South African Law Journal* 129(1):22-31.

REID KGC, DE WAAL MJ & ZIMMERMANN R

2011. Testamentary formalities in historical and comparative perspective. In Reid KGC, De Waal MJ and Zimmermann R (eds) *Comparative succession law: Testamentary formalities.* Oxford University Press Vol 1:432-471.

RESTATEMENT OF THE LAW

1999. Restatement (third) of property: Wills and other donative transfers. *The American Law Institute*. Vol 1. St. Paul, MN: American Law Institute.

ROBINSON JA, HORSTEN DA, HUMAN S & MOULD KL

2015. *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse personereg*. 3de uitg. Potchefstroom: Printing Things.

ROWLAND CJ

1972. Aspects of freedom of testation. *Codicillus* 13(2):48-56.

RÜFNER T

2011. Testamentary formalities in Roman Law. In Reid KGC, De Waal MJ and Zimmermann R (eds) *Comparative succession law: Testamentary formalities.* Oxford University Press, Vol 1:1-26.

SCALISE RJ (Jr)

2011. Testamentary formalities in the United States of America. In Reid KGC, De Waal MJ and Zimmermann R (eds) *Comparative succession law: Testamentary formalities.* Oxford University Press, Vol 1:357-380.

SCHELLEKENS MHM

2004. *Electronic signatures: authentication technology from a legal perspective (volume 5 of information technology and law series).* The Hague: TMC Asser.

SCHOEMAN MC

1994. Het die *donatio mortis causa* 'n bestaansreg? *De Jure* 27(1):159-166.

SCHOEMAN-MALAN MC

2015. The requirements and test to assess testamentary capacity (1). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 78(4):605-621.

SCHOEMAN-MALAN MC, DU TOIT F, VAN DER LINDE A & FABER JT

2014. Section 2(3) of the Wills Act 7 of 1953: A retrospective and critical appraisal of some unresolved issues. *Acta Juridica* 1:78-103.

SCHULZ F

1951. *Classical Roman law.* Oxford University Press.

SNYMAN CR

2014. *Criminal law.* 6th ed. Durban: LexisNexis.

2006. *Strafreg.* 5de uitg. Durban: LexisNexis Butterworths.

SONNEKUS JC

1990. Videotestamente naas skriftelike testamente. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 1990(1):114-133.

2000. *Delatio* en *fallacia* in die hoogste hof. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 2000(4):793-808.

2001. Testamentsvervalsing en wilsonderskuiwing van verswakte bejaardes. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg* 2001(2):357-370.

2003. Kondonering van vormgebrekkige testamente? Vergeet dit! *Stellenbosch Law Review* 14(3):337-348.

2004. Testeerbevoegdheid, herroeping van ’n testament en kuratele sorg. *Stellenbosch Law Review* 15(3):450-463.

2006. ‘Testeervryheid’ as leidende beginsel vir die erfreg – die reël *coacta voluntas* … en probleme weens verouderende testateurs. In Swennen F en Barbaix R (reds) Over Erven Liber Amicorum Mieken Puelinckx-Coene. België: Wolters Kluwer, 431-455.

2007. Freedom of testation and the ageing testator. In Reid KGC, De Waal MJ and Zimmermann R (eds) *Exploring the law of succession studies national, historical and comparative*. Edinburgh: Edinburgh University Press, Vol 5:78-98.

2012(a). Privaatoutonomie en testeerbevoegdheid as grondwetlik beskermde bates. In Verbeke, A-L, Scherpe JM, Declerck C, Helms T and Senaeve P (eds) *Confronting the frontiers of family and succession law: Liber Amicorum Walter Pintens.* Belgium: Intersentia, Vol 2:1319-1348.

2012(b). Testeerbevoegdheid en testeervryheid as grondwetlik beskermde bates (1). *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 75(1):1-25.

THOMAS PHJ, VAN DER MERWE CG & STOOP BC

2000. *Historiese grondslae van die Suid-Afrikaanse privaatreg*. Durban. Butterworths.

VAN DER LINDE A

1996. *Back and others NNO v Master of the Supreme Court* [1996] 2 All SA 161 (K). *De Jure* 29(2):391-401.

VAN DER MERWE CG

1989. *Sakereg.* 2de uitg. Durban: Butterworths.

VAN DER MERWE NJ & ROWLAND CJ

1990. *Die Suid-Afrikaanse Erfreg*. 6de uitg. Pretoria: J P Van der Walt en Seuns.

VAN DER MERWE S, VAN HUYSSTEEN LF, REINECKE MFB, LUBBE GF & LOTZ JG

1994. *Kontraktereg algemene beginsels.* Kenwyn: Juta.

VAN DER VYVER JD & JOUBERT DJ

1991. *Persone- en familiereg*. 3de uitg. Kaapstad: Juta.

VAN DER WALT AJ

2011. *Constitutional property law.* 3rd ed. Kaapstad: Juta.

VAN DER WALT AJ & KLEYN DG

1989. Duplex Dominium:The history and signifigance of the concept of divided ownership. In Visser DP (ed) *Essays on the history of law.* Kaapstad: Juta 213-260.

VAN DER WALT AJ & PIENAAR GJ

2016. *Inleiding tot die sakereg.* 7de uitg. Kaapstad: Juta.

VAN HUYSSTEEN LF, LUBBE GF & REINECKE MFB

2017. *Kontraktereg algemene beginsels.* 5de uitg. Kaapstad: Juta.

VAN STADEN AR & RAUTENBACH C

2006. Enkele gedagtes oor die behoefte aan en toekoms van elektroniese testamente. *De Jure* 39(3):586-609.

VAN WARMELO P

1971. *’n Inleiding tot die studie van die Romeinse reg*. Kaapstad: AA Balkema.

1978. *Die oorsprong en betekenis van die Romeinse reg.* 2de uitg. Pretoria: Van Schaik.

VAN ZYL DH

1977. *Geskiedenis en beginsels van die Romeinse privaatreg.* Durban: Butterworths.

1979. *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg.* Durban: Butterworths.

1991. *Justice and equity in Greek and Roman legal thought.* Pretoria: Academica.

VAN ZYL FJ

1981. *Universele opvolging in die Suid-Afrikaanse reg. Proefskrif.* Universiteit van Stellenbosch.

VAN ZYL FJ & VAN DER VYVER JD

1982. *Inleiding tot die regswetenskap.* 2de uitg. Durban: Butterworth.

VOET J

1829. *Commentarius ad Pandectas.* Parys-uitgawe. Vertaal deur Gane P (1956): *The Selective Voet being the commentary on the pandects of Johannes Voet,* Vol 4 and 5. Durban: Butterworths.

WESSELS JW

1908. *History of the Roman-Dutch law*. Grahamstown: African Book Company.

WIECHERS NJ

1988. *Testamente ’n kortbegrip*. Kaapstad: Juta.

WOOD-BODLEY MC

2011. Suicide notes, wills, testamentary capacity, and s 2(3) of the Wills Act 7 of 1953: *Smith v Parsons NO*; *Henriques v Giles NO*. *South African Law Journal* 128(4):612-620.

2013. Can Section 2(3) of the Wills Act 7 of 1953 properly be applied to a mere instruction to draft a will? *Mabika v Mabika*. *South African Law Journal* 130(2):244-259.

WUNSH B

1996. The disappointed beneficiary revisited: The decision of the House of Lords in White v Jones. *South African Law Journal* 113(1):46-70.

ZIMMERMANN R

2007. 'Compulsory heirdship in Roman law' in REID KGC, DE WAAL MJ and ZIMMERMANN R (eds) *Exploring the Law of succession studies national, historical and comparative.* Vol 5. Edinburgh: Edinburgh University Press: 27-48.

Vonnisregister:

Suid-Afrika

Abdoola Abdool v Chotanbhai (1918) 39 NLR 279.

Alexkor Ltd v Richtersveld Community 2003 (12) BCLR 1301 (KH).

Aubrey-Smith v Hofmeyr 1973 (1) SA 655 (K).

Back v The Master of the Supreme Court [1996] 2 All SA 161 (K).

Barkhuizen v Napier 2007 (5) SA 323 (KH).

Bekker v Naude 2003 (5) SA 173 (HHA).

Bhe v Magistrate, Khayelitsha 2005 (1) BCLR 1 (KH).

BOE Bank Ltd v Ries 2002 (2) SA 39 (HHA).

Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie Bpk 1976 (3) SA 488 (A).

Botha v The Master 1976 (3) SA 597 (OK).

Brisley v Drotsky 2002 (4) SA 1 (HHA).

Burton-Moore v The Master 1983 (4) SA 419 (N).

Coetzee v Comitis 2001 (1) SA 1254 (K).

Church of the Province of Southern Africa, Diocese of Cape Town v Commission for Conciliation, Mediation and Arbtration 2002 (3) SA 385 (LC).

Crous v Utilitas Bellville 1994 (3) SA 720 (K).

DPP, Transvaal v Minister of Justice 2009 (4) SA 222 (KH).

Dryden v Harrison Ongerapporteerde Wes-Kaap saak, saaknommer 11912/17 (20/05/2019).

Essop v Mustapha and Essop NNO 1988 (4) SA 213 (D).

Estate Orpen v Estate Atkinson 1966 (4) SA 589 (A).

Estate Smith v Estate Follet 1942 AD 364.

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

Ex parte Ackermann 1950 (3) SA 424 (K).

Ex Parte BOE 2009 (6) SA 470 (WKK).

Ex parte Cartoulis 1974 (2) SA 156 (K).

Ex parte Estate Davies 1957 (3) SA 471 (N).

Ex Parte Goldman and Kalmer 1965 (1) SA 464 (W).

Ex parte Jewish Colonial Trust Ltd: In re Estate Nathan 1967 (4) SA 397 (N).

Ex parte Lutchman 1951 (1) SA 125 (T).

Ex parte Maurice 1995 (2) SA 713 (K).

Ex parte Optimal Property Solutions CC 2003 (2) SA 136 (K).
Ex Parte Saunders 1927 SWA 122.
Ex Parte Serralha 1939 CPD 417 by 419.
Ex parte Williams 1958 (4) SA 707 (W).
Ex parte Williams: In re Williams's Estate 2000 (4) SA 168 (T).
Ferreira v Levin; Vryenhoek and Others v Powell 1996 (1) SA 984 (KH) (1996 (1) BCLR 1; [1995] ZACC 13).
First Certification Case In re: Certification of the Constitution of South Africa 1996 1996 (4) SA 744 (KH).
First National Bank of SA Ltd t/a Wesbank v Commissioner, South African Revenue Service 2002 (4) SA 768 (KH).
Giles v Henriques 2008 (4) SA 558 (K).
G.J. Lawrence v Executors of Estate of A. Lawrence (1904) 25 NLR 81.
Greenberg v Estate Greenberg 1955 (3) SA 361 (A).
Harlow v Becker 1998 (4) SA 639 (D).
Harper v Crawford 2018 (1) SA 589 (WKK).
Harvey v Crawford 2019 (2) SA 153 (HHA).
Hees v Southern Life Association 2000 (1) SA 943 (W).
Henriques v Giles 2010 (6) SA 51 (HHA).
In re BOE Trust Ltd 2013 (3) SA 236 (HHA).
In re Jennett 1976 (1) SA 580 (A).
In Re Leedham (1901) 18 SC.
In Re Winter (1894) 15 NLR 287.
Islamic Unity Convention v Independent Broadcasting Authority 2002 (4) SA 294 (KH).
Jeffrey v The Master 1990 (4) SA 759 (N).
Jordaan v De Villiers 1991 (4) SA 396 (K).
Jubelius v Griesel 1988 (2) SA 610 (K).
Katz v Katz [2004] 4 All SA 545 (K).
Kidwell v The Master 1983 (1) SA 509 (O).
King v De Jager 2017 (6) SA 527 (WKK).
Kunz v Swart 1924 AD 618.
Ladies' Christian Home v SA Association 1915 CPD 467.
Law Society of South Africa v Minister of Transport 2011 (1) SA 400 (KH).
Letsekga v The Master 1995 (4) SA 731 (W).

Levin v Levin [2011] ZASCA 114 (03/06/2011).

Lewin v Lewin 1949 (4) SA 241 (T).

Louw v Engelbrecht 1979 (4) SA 841 (O).

MacDonald v The Master 2002 (5) SA 64 (O).

Magna Alloys and Research (SA) (Pty) Ltd v Ellis 1984 (4) SA 874 (A).

Marais v The Master 1984 (4) SA 288 (D).

Member of the Executive Council for Health and Social Development, Gauteng v DZ obo WZ 2017 (12) BCLR 1528 (KH).

Mende v Mende 1938 AD 259.

Meyer v Rudolph's Estate 1918 AD 70.

Minister of Education v Syfrets Trust Ltd 2006 (4) SA 205 (K).

Moosa v Minister of Justice and Correctional Services 2018 (5) SA 13 (KH).

Mort v Henry Shields-Chiat 2001 (1) SA 464 (K).

Napier v Barkhuizen 2006 (4) SA 1 (HHA).

National Coalition for Gay and Lesbian Equality v Minister of Justice 1999 (1) SA 6 (KH).

National Credit Regulator v Opperman and Others 2013 (2) SA 1 (KH).

Nyathi v MEC for the Department of Health, Gauteng 2008 (5) SA 94 (KH).

Olivier v Die Meester 1997 (1) SA 836 (T).

Ostroff v Leiman 1956 (4) SA 666 (T).

Oosthuizen v Die Weesheer 1974 (2) SA 434 (O).

Pharmaceutical Manufacturers Association of SA: In Re Ex Parte President Republic of South Africa 2000 (2) SA 674 (KH); 2000 (3) BCLR 241 (KH).

Port Elizabeth Municipality v Various Occupiers 2005 (1) SA 217 (KH).

Preller v Jordaan 1956 (1) SA 483 (A).

Raath v Nel 2012 (5) SA 273 (HHA).

Radebe v Sosibo 2011 (5) SA 51 (GSJ).

Radley v Stopforth 1977 (2) SA 516 (A).

Ramlal v Ramdhani's Estate 2002 (2) SA 643 (N).

Receiver of Revenue v Hancke 1915 AD 64.

Ricketts v Byrne 2004 (6) SA 474 (K).

SA Sentrale Ko-op Graanmaatskappy Bpk v Shifren en Andere 1964 (4) SA 760 (A).

Schnetler v Die Meester 1999 (4) SA 1250 (K).

Sim v The Master 1913 CPD 187.

Smith v Parsons NO and Others 2010 (4) SA 378 (HHA).
Spies v Smith 1957 (1) SA 539 (A).
Taylor v Taylor 2012 (3) SA 219 (OKP).
Thaker v Naran 1993 (4) SA 655 (N).
The Leprosy Mission v The Master of the Supreme Court 1972 (4) SA 173 (K).
Tregea v Godart 1939 AD 16.
Tshabalala v Tshabalala 1980 (1) SA 134 (O).
Van der Merwe v The Master 2010 (6) SA 544 (HHA).
Van Heerden v Van Heerden [2018] ZAECGHC 139 (22/11/2018).
Van Wetten v Bosch 2004 (1) SA 348 (HHA).
Webster v The Master 1996 (1) SA 34 (D).
Wehmeyer v Nel 1976 (4) SA 966 (W).
Wessels v Die Meester [2007] HHA 17 (RSA) (23/03/2007).
Wood v Estate Fawcus 1935 CPD 350.

Buitelandse sake

Australië

In the Estate of Hennekam (dec'd) (2009) 104 SASR 289; 264 LSJS 65: [2009] SASC 188; BC200905685.

Verenigde Koninkryk

Banks v Goodfellow 1870 LR 5 QB 549 568.
Douglas-Menzies v Umphelby [1908] A.C. 224, 233.
Hodson v Barnes [1926] 43 TLR 71.
In the goods of Oswald 1874 LR (3) P & D 162.
Marley v Rawlings [2015] A.C. 129.
Printing and Numerical Registering Co v Sampson (1875) LR 19 Eq 462.
Re Berger [1990] Ch. 118.
Re Knibbs [1962] 1 WLR 852.
Thorn v Dickens [1906] W.N. 54.

Verenigde State van Amerika

Early v Arnold 89 S.E. 900, 901 (Va. 1916).
Shiels v Shiels 109 S.W.2d 1112, 1113 (Tex. Ct. Civ. App. 1937).