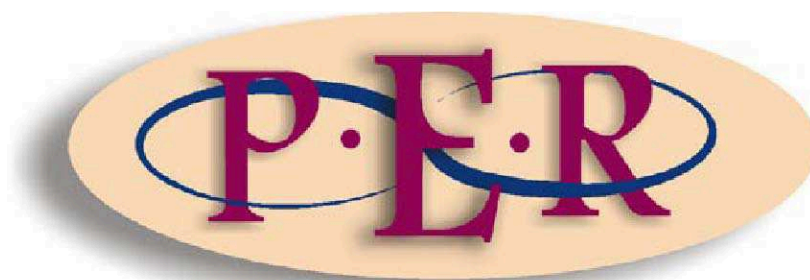

**ARTIKEL 2(3) VAN DIE WET OP TESTAMENTE: 'n PRAKTIESE
PROBLEEM BY LITIGASIE***

ISSN 1727-3781



2008 VOLUME 11 No 3

SECTION 2(3) OF THE WILLS ACT 7 OF 1953: A PRACTICAL PROBLEM IN LITIGATION

J Jamneck*

Summary

When considering applications in terms of section 2(3) of the *Wills Act 7* of 1953, one is confronted with the practical problem that a document may be accepted as a will in terms of section 2(3) but from the facts it may appear that the deceased may not have had the necessary testamentary capacity or free will to make a will. One option to approach this problem would be for the respondent in a section 2(3) application to bring a counter-application on the grounds of the deceased's lack of capacity or his lack of free will. Another option would be to consider the deceased's capacity before considering the section 2(3) requirements, but one cannot consider capacity before one has a valid will, and the court's interpretation of section 2(3) in *Bekker v Naudé* 2003 5 SA 173 (CC) prevents this route. A third option would be for the court to *mero motu* consider the deceased's capacity to make a will when faced with a section 2(3) application. This approach would be in accordance with public policy. If all of these approaches are unsatisfactory, the legislature should consider an amendment to the Act.

* BLC LLB LLD (UP), Professor of Private Law, Unisa, South Africa.

ARTIKEL 2(3) VAN DIE WET OP TESTAMENTE: 'n PRAKTIESE PROBLEEM BY LITIGASIE*

J Jamneck**

Artikel 2(3) van die *Wet op Testamente 7* van 1953 gee aan die hof die bevoegdheid om die Meester te gelas om 'n testament wat nie aan al die formaliteite, soos bepaal in artikel 2(1), voldoen nie, as geldige testament te aanvaar. Artikel 2(3) bepaal:

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

Die doel van artikel 2(3) is om die probleme veroorsaak deur die gestrenge toepassing van die formaliteite voorgeskryf deur artikel 2(1) te ondervang.¹ Eersgenoemde subartikel is uitsluitlik daarop gemik om gebrekkige nakoming van formaliteite reg te stel en is daarop gemik om aan 'n dokument wat *ex facie* nie 'n geldige testament of geldig gewysigde testament is nie, tersaaklike regsrag te verleen.² Dit slaan dus nie op die testeerbevoegdheid³ van die

* Die doel van hierdie bydrae is uitsluitlik om te wys op probleme rakende litigasie in art 2(3)-aansoeke en dit te vergelyk met probleme in sake testeerbevoegdheid wat dikwels opduik. Die doel is nie om art 2(3) teenoor art 4 te stel en die "bedoeling" soos vereis in art 2(3) te kontrasteer met "bedoeling" as algemene begrip in die Erfreg of met die *animus testandi* nie. Lg vergelykings word breedvoerig bespreek in artikels ter perse, sien Jamneck 2008 *THRHR* (Nov) en 2009 *THRHR* (Feb) rakende testeerbevoegdheid, *animus testandi*, testeervryheid, bedoeling en die 'bedoeling' ingevolge art 2(3) van die Wet op Testamente.

** BLC LLB LLD, Professor in Privaatreg, Unisa, Suid-Afrika.

1 Sien, as voorbeelde van sodanige toepassing van formaliteite, *Radley v Stopforth* 1977 2 SA 516 (A); *Philip v The Master* 1980 2 SA 934 (D); *Kidwell v The Master* 1983 1 SA 509 (OK); *Tshabalala v Tshabalala* 1980 1 SA 134 (O); *Jeffrey v The Master* 1990 4 SA 759 (N); Cronjé en Roos 1984 *DR* 257-261; Sonnekus 1991 *SALJ* 13-21.

2 Sien *Horn v Horn* 1995 1 SA 48 (W); Jamneck 1995 *THRHR* 341-343.

oorledene nie en, hoewel daar reeds baie uitsprake oor hierdie subartikel gelewer is,⁴ is die kwessie ten opsigte van die oorledene se testeerbevoegdheid en hoe die vraag daarna'n aansoek ingevolge artikel 2(3) raak, nog nooit pertinent behandel nie.⁵

Met die toepassing van artikel 2(3) kom'n mens voor 'n praktiese probleem te staan. Voor die inwerkingtreding van artikel 2(3) kon 'n testament slegs op grond van'n testateur se gebrek aan testeerbevoegdheid bevraagteken word wanneer met 'n dokument gewerk is wat *ex facie* 'n geldige testament was. Die Meester het 'n testament wat aan alle formaliteite voldoen, aanvaar en geregistreer in die boedelregister,⁶ waarna enige belanghebbende die testament op grond van die testateur se beweerde gebrek aan testeerbevoegdheid of gebrekkige vrywillige wilsuiging in die hof kon beveg.⁷ 'n Testament wat nie aan die formaliteite voldoen nie, sou wel deur die Meester in die boedelregister geregistreer word, maar sou, vanweë die gebiedende aard van artikel 2(1) nie, enersyds, deur die Meester vir doeleindes van die Boedelwet

3 Soos gedefinieer deur art 4 van die *Wet op Testamente* 7 van 1953: "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." Sien Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 205; *Tregea v Godart* 1939 AD 16 38; *Essop v Mustapha and Essop* 1988 4 SA 213 (D) 222. In *Harlow v Becker* 1998 4 SA 639 (D) stel die hof die verskil ook duidelik (644B): "He may appreciate the meaning of the document [itv art 2(3)] and approve of its contents and yet may lack the understanding or mental capability necessary for the execution of a valid will."

4 *Horn v Horn* 1995 1 SA 48 (W); *Logue v The Master* 1995 1 SA 199 (N); *Letsekga v The Master* 1995 4 SA 731 (W); *Back v Master of the Supreme Court* [1996] 2 All SA 161 (K); *Webster v The Master* 1996 1 SA 34 (D); *Anderson and Wagner v The Master* 1996 3 SA 779 (K); *Olivier v Die Meester: In re boedel wyle Olivier* 1997 1 SA 836 (T); *Henwick v The Master* 1997 2 SA 326 (K); *Ex parte De Swardt* 1998 2 SA 204 (K); *Ex parte Laxton* 1998 3 SA 238 (N); *Kotze v Die Meester* 1998 3 SA 523 (NK); *Ex parte Williams: In re Williams' Estate* 2000 4 SA 168 (T); *Ndebele v Master of the Supreme Court* 2000 2 SA 102 (K); *Ramlal v Ramdhani's Estate* 2002 2 SA 643 (N); *Bekker v Naudé* (2001) 2 All SA 439 (W); 2003 5 SA 173 (HHA); *De Reszke v Maras* 2003 6 SA 676 (K); 2006 1 SA 401 (K); 2006 2 SA 277 (HHA).

5 Hoewel daar in *Harlow v Becker* 1998 4 SA 639 (D) pertinent op die verskil tussen die bedoeling vereis deur art 2(3) en testeerbevoegdheid verwys is, hanteer die hof nie die vraag na die praktiese probleem hier onder bespreking nie, nl: Hoe moet die hof 'n formeel gebrekkige testament hanteer waar daar ook sprake is van testeeronbevoegdheid?

6 Sien art 8(3) van die *Boedelwet* 66 van 1965.

7 *Millward v Glaser* 1949 4 SA 931 (A); *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A); *Spies v Smith* 1957 1 SA 539 (A); *Kirsten v Bailey* 1976 (4) SA 108 (K); Scholtens 1960 *Acta Juridica* 287; Schoeman 2002 *DJ* 333. Vir prosedure-aangeleenthede by aanvegting van testamente in die algemeen, sien Corbett, Hofmeyr en Kahn *Law of succession* 641.

66 van 1965 aanvaar word nie, of andersyds, deur die hof bekragtig word nie.⁸ Die testeerbevoegdheid van die testateur het gevolglik nie eens ter sprake gekom waar nie aan alle formaliteite voldoen is nie. Tans is die posisie egter dat die hof, ingevolge artikel 2(3), die Meester kan beveel om 'n testament, ten spyte van formele gebreke, te aanvaar.⁹ Die moontlikheid bestaan dus dat die geldigheid van 'n testament bevraagteken kan word, beide op grond van formele gebreke, sowel as op grond van die oorledene se gebrek aan testeerbevoegdheid.¹⁰

Die verwarring en praktiese probleme wat dié situasie skep, was reeds in *Horn v Horn*¹¹ duidelik. Die hof maak wel *obiter* sekere stellings rakende die oorledene, as opsteller van die dokument, wat in artikel 2(3) -aansoek voor die hof gedien het, se geestestoestand en gevolglik rakende sy testeerbevoegdheid, maar dit blyk duidelik dat die hof graag verder sou wou gaan en 'n bevinding daarvoor sou wou maak.¹² Dit wil bykans voorkom asof die hof aan die teenparty 'n aanduiding wou gee van gronde waarop die dokument wat hy ingevolge artikel 2(3) gekondoneer het, beveg kon word. Gelukkig het die hof nie hierdie punt verder gevoer nie maar hom suiwer op die toepassing van artikel 2(3) toegespits.

'n Verdere, baie goeie illustrasie van die probleem oor die verhouding tussen artikel 2(3) en artikel 4 wanneer dit by litigasie kom, is te vinde in *Thirion v Meester van die Hooggeregshof*.¹³ In dié saak is die hof 'n artikel 2(3)-aansoek gekonfronteer met die feit dat die aansoek teengestaan is op grond van die oorledene se testeerbevoegdheid en gebrek aan vrye wilsuiging. Daar is

8 Sien art 8(4) van die *Boedelwet* 66 van 1965 asook *Kidwell v The Master* 1983 1 SA 509 (OK); *Jeffrey v The Master* 1990 4 SA 759 (N). Sien ook die sake genoem in n 3.

9 Oor art 2(3) in die algemeen, sien Du Toit 1996 *THRHR* 472-478; Du Toit 1997 *THRHR* 101-104; Schoeman en Van der Linde 1995 *THRHR* 517-523; Jamneck 1995 *THRHR* 341; Van der Linde 1996 *DJ* 391; Knoetze 2004 *THRHR* 140-146; Roos 2005 *THRHR* 132-143.

10 *Horn v Horn* 1995 1 SA 48 (W); *Harlow v Becker* 1998 4 SA 639 (D); *Thirion v Meester van die Hooggeregshof* [2002] 1 All SA 346 (T); *De Reszke v Maras* 2003 6 SA 676 (K); 2006 1 SA 401 (K); 2006 2 SA 277 (HHA).

11 1995 1 SA 48 (W) 49.

12 Jamneck 1995 *THRHR* 341.

13 [2002] 1 All SA 346 (T).

aangevoer dat die oorledene nie die tersaaklike dokument as testament bedoel het nie, juis omdat hy emosioneel en geestelik onstabiel was ten tye van die opstel van die dokument en voorts omdat die applikant hom onbehoorlik beïnvloed het om die dokument op te stel. Die teenparty het dus gepoog om gebrekkige testeerbevoegdheid te gebruik om die tekortkoming ten opsigte van die vereiste bedoeling van artikel 2(3) aan te toon. Ten spyte daarvan 'dat aansoek gebaseer op formele gebreke nie op grond van testeerbevoegdheid teengestaan kan word nie, neem die hof dit tog in ag, maar kom gelukkig tot die korrekte beslissing dat die oorledene (ongeach sy emosionele toestand) wel bedoel het dat die dokument sy testament moet wees en gelas die Meester om dit as sodanig te aanvaar. Dit is egter betreurenswaardig dat die hof nie reeds in die Thirion-saak daarop gewys het dat'n artikel 2(3) -aansoek nie op grond van testeerbevoegdheid teengestaan kan word nie en nie'n aanduiding gegee het van die wyse waarop sodanige toedrag van sake hanteer moet word nie.

Dieselfde probleem het ook opgeduik in die De Reszke-beslissings maar ongelukkig is dieselfde goeie eindresultate soos in Horn en Thirion nie bereik nie.¹⁴

Word daar gekyk na al drie die De Reszke- beslissings in die geheel en die hof se geneigdheid in hierdie¹⁵ en ook in ander sake¹⁶ om testeerbevoegdheid by die ondersoek na 'n artikel 2(3)-bevel in aanmerking te neem, blyk die probleem soos hierbo beskryf, duidelik. Die oorledene was op gevorderde leeftyd en ook nie gesond nie. By verskeie geleenthede het hy gevra dat 'n nuwe testament opgestel moet word, maar aangesien die prokureur wat hom

14 2003 6 SA 676 (K); 2006 1 SA 401 (K); 2006 2 SA 277 (HHA).

15 In beide die hof van eerste instansie en die volbankbeslissings in De Reszke word getuienis rakende die oorledene se fisieke en geestestoestand ondersoek – 2003 6 SA 677 (K) 681; 2006 1 SA 401 (K) 409-411. So'n ondersoek behoort geensins oorweeg te word by'n artikel 2(3)-aansoek nie. Aangesien die volbank egter beslis dat die oorledene nie bedoel het dat die dokument sy testament moet wees nie, word daar gelukkig nie verder daarop ingegaan nie. Die Hoogste Hof van Appèl het voorts ook op die art 2(3)-vereiste bedoeling gekonsentreer en geensins testeerbevoegdheid in aanmerking geneem nie.

16 *Horn v Horn* 1995 1 SA 48 (W); *Harlow v Becker* 1998 4 SA 639 (D); *Thirion v Meester van die Hooggeregshof* [2002] 1 All SA 346 (T); *De Reszke v Maras* 2003 6 SA 676 (K); 2006 1 SA 401 (K); 2006 2 SA 277 (HHA).

besoek het, van mening was dat hy fisies en geestelik nie bevoeg was nie, het hy aangedui dat hy 'n later stadium, in die teenwoordigheid van die oorledene se dokter en verpleegster, instruksies vir die nuwe testament sou kom neem. Dit het egter nooit gebeur nie, maar a brief met bemakingsbepalings is aan die oorledene se assistent/sekretaresse gedikteer en deur die oorledene onderteken. Die artikel 2(3)-aansoek is op grond van hierdie brief voor die hof gebring. Die hof van eerste instansie het bevind dat dié brief nie aan die vereistes van artikel 2(3) voldoen nie, aangesien die oorledene nie bedoel het dat dit sy testament moes wees nie. Veral uit die volbankbeslissing¹⁷ blyk die probleme waarmee die hof gekonfronteer was: dit wil inderdaad voorkom of die oorledene wel die brief as sy laaste wilsuiting sou beskou het – hy het onder andere "No more suffering" onder sy handtekening geskryf – maar getuienis ten opsigte van sy swak fisieke en geestestoestand was oorweldigend.¹⁸ Die hof bevind gevolglik kragtens (onder andere) getuienis van sy geneeshere dat die oorledene swak, deurmekaar en dus eintlik na alle waarskynlikheid nie testeerbevoeg was nie,¹⁹ dat hy nie bedoel het dat die brief sy testament moes wees nie.

Die volbank se dilemma was duidelik dat die oorledene wel bedoel het dat die brief sy testament moet wees, maar die vraag was "whether he was capable of such intention."²⁰ Hierdie vraag moes geensins by die artikel 2(3)-aansoek ter sprake gekom het nie.²¹ Artikel 2(3) vereis bloot

- 1) dat hy die dokument persoonlik²² moes opgestel het (wat hy wel gedoen het deur dit te dikteer),
- 2) en dat hy moes bedoel het dat die betrokke dokument sy testament moet wees (wat ook afgelei kan word uit sy handtekening en die woorde "No more suffering").

17 2006 1 SA 401 (K).

18 2006 1 SA 401 (K) 408-411. Voorts skemer dit ook deur (408-411) dat die hof onbehoorlike beïnvloeding vermoed het agv besoeke van een van die begunstigdes aan die oorledene asook agv bemakings wat aan sy assistent gemaak is.

19 2006 1 SA 401 (K) 412.

20 2006 1 SA 401 (K) 410H.

21 Sien ook die feite van *Thirion v Meester van die Hooggeregshof* [2002] 1 All SA 346 (T).

22 Volgens die HHA in *Bekker v Naudé* 2003 5 SA 173 (HHA).

Bogenoemde twee vereistes blyk uit die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl in *Bekker v Naudé*.²³ Volgens hierdie benadering (wat bevestig is deur die volbank en die Hoogste Hof van Appèl in *De Reszke*²⁴), moet daar slegs objektief na die oorledene se bedoeling ten opsigte van die betrokke dokument gekyk word en moet daar nie gevra word of hy oor die geestesvermoëns beskik het om hierdie bedoeling te vorm nie.

Streng gesproke (indien artikel 2(3) nougeset toegepas word) sou die korrekter benadering wees om die brief as testament te aanvaar, maar dan as alternatief te bevind dat die testateur nie testeerbevoeg was nie. Die feite van die *De Reszke*-saak dui daarop dat die oorledene moontlik nie die aard en uitwerking van sy handeling beseft het nie en dat hy waarskynlik ook nie vrywillig sy bedoeling uitgedruk het nie. Die redes hiervoor was sy hoë ouderdom, fisieke en geestelike toestand en die feit dat onbehoorlike beïnvloeding en/of dwang moontlik op hom toegepas is (hy is deur een van die begunstigdes besoek wat selfs 'n prokureur saamgebring het, en 'n ander begunstigde het die dokument getik). Die moontlikheid dat hy nie testeerbevoeg was nie, is groot, maar artikel 2(3) vereis nie 'n ondersoek na testeerbevoegdheid nie – dit vereis bloot, volgens die benadering in *Bekker v Naudé*,²⁵ dat die testateur moes bedoel het dat die betrokke dokument sy testament moet wees. Die hof se penarie was natuurlik ook dat testeerbevoegdheid nie as betooghoof aangebied is nie; dus moes die hof onder hierdie omstandighede tot die beste moontlike beslissing kom. Dit is egter betreurenswaardig dat die beslissing afbreek doen aan die ware bedoeling van artikel 2(3).

Aangesien artikel 2(3) slegs op die gebrekkige nakoming van formaliteite betrekking het, kan 'n aansoek ingevolge daarvan nie teengestaan word (of beslis word) met bewerings aangaande die testateur se testeerbevoegdheid

23 2003 5 SA 173 (HHA). Sien ook Knoetze 2004 *THRHR* 140; Roos 2005 *THRHR* 142.

24 2006 2 SA 277 (HHA).

25 2003 5 SA 173 (HHA).

nie.²⁶ Gevolglik ontstaan die volgende vrae: Moet die hof eers die Meester gelas om die dokument as geldige testament te aanvaar, waarna opponerende belanghebbendes by wyse van 'n nuwe proses moet poog om te bewys dat die testateur nie oor die nodige testeerbevoegdheid beskik het nie; of kan die teenparty by wyse van 'n teenaansoek tydens dieselfde proses 'n bevel aangaande die testateur se testeerbevoegdheid aanvra?

Eersgenoemde benadering sou strook met die praktyk voor wysiging van die Wet – die testament moet eers as geldig deur die Meester aanvaar word, waarna dit op grond van 'n gebrek aan testeerbevoegdheid beveg kan word.²⁷ So 'n benadering sou egter tyd- en koste-oneffektief wees. Ten einde tyd en koste te bespaar, blyk laasgenoemde prosedure dus verkieslik te wees. Wanneer 'n aansoek kragtens artikel 2(3) aanhangig gemaak word, sal die teenparty 'n teenaansoek vir 'n bevel aangaande die oorledene se testeerbevoegdheid moet aanvra (ingevolge artikel 4 van die Wet). Teoreties gesproke sou die eenvoudige benadering dan wees om eerstens te oorweeg of die oorledene testeerbevoeg was ten tyde van die opstel van die dokument.²⁸ Indien bevind word dat die oorledene nie oor die nodige testeerbevoegdheid beskik het nie, *cadit quaestio*,²⁹ is geen verdere ondersoek na die vraag of hy bedoel het dat die dokument sy testament moet wees, nodig nie. Dit sal dus dienlik wees indien die hof eers die teenaansoek oorweeg, omdat 'n bevinding dat die oorledene nie testeerbevoeg was nie, enige verdere vrae na die kondoneerbaarheid van die dokument uitskakel. Die rede vir hierdie argument is dat dit, in die algemeen gesproke, makliker behoort te wees om die gebrek aan testeerbevoegdheid te bewys as om te bewys dat die oorledene bedoel het dat 'n bepaalde dokument sy testament moet wees. Hoewel dit waar is dat dit baie moeilik is om 'n gebrek aan testeerbevoegdheid of 'n gebrek aan vrye

26 Die benadering in *Thirion v Meester van die Hooggeregshof* [2002] 1 All SA 346 (T) waar 'n art 2(3)-aansoek op grond van testeerbevoegdheid teengestaan is, kan dus nie aanvaar word nie. Sien ook *Harlow v Becker* 1998 4 SA 639 (D).

27 Sien Corbett, Hofmeyr en Kahn *Law of succession* 641.

28 Sien Jamneck 1995 *THRHR* 343.

29 Van der Merwe en Rowland *Erfreg* 185, 205.

wilsuiging³⁰ te bewys,³¹ blyk dit steeds makliker te wees as om die bedoeling vereis deur artikel 2(3) te bewys. Word daar gekyk na sake aangaande gebrekkige testeerbevoegdheid en vrye wilsuiging, blyk dit dat daar telkens konkrete getuienis deur deskundige getuies soos geneeshere gelewer kon word ten einde die gebreke te probeer bewys.³² Daarteenoor blyk dit uit sake rakende die vereiste bedoeling van artikel 2(3) dat die bedoeling telkens deur die hof uit die dokument afgelei word³³ of uit getuienis van persone wat dikwels by die opstel van die dokument betrokke was, vasgestel word.³⁴

Laasgenoemde benadering sou bykans dieselfde uitwerking hê as die respondent se benadering in *Thirion*, behalwe dat dit formeel gesproke korrekter sou wees, aangesien die artikel 2(3)-aansoek dan nie op ontoelaatbare gronde (naamlik gebrekkige testeerbevoegdheid) teengestaan word nie. Die anomalie veroorsaak deur die Bekker-beslissing is egter dat 'n mens nie op hierdie manier die dokument kan omseil nie, omdat daar vasgestel moet word of die oorledene wel persoonlik die dokument opgestel het en ook of hy bedoel het dat daardie dokument sy testament moet wees. Alvorens gesê kan word dat die dokument faal vanweë die oorledene se gebrek aan testeerbevoegdheid, moet daar dus eers vasgestel word of die dokument wel gekondoneer kan word en dus deur die Meester as 'n "testament" vir

30 Vrywillige wilsuiging is 'n basisvereiste vir die geldigheid van testamente en het eintlik niks met testeerbevoegdheid te doen nie. Die toets vir testeerbevoegdheid het egter vermeng geraak met die faktore wat in aanmerking geneem moet word ten einde te bepaal of die testateur inderdaad 'n vrywillige wilsuiging gemaak het – met ander woorde, by bepaling van die vraag na die basis-vereiste. Sien Jamneck 2008 *THRHR* en 2009 *THRHR*. Indien 'n testateur 'n testament onder dwang of as gevolg van onbehoorlike beïnvloeding teen sy wil maak, is sodanige testament ongeldig aangesien dit nie die testateur se wil bevat nie maar dié van iemand anders. Om hierdie gebrek aan vrye wilsuiging te bewys, kan ook problematies wees (sien *Millward v Glaser* 1949 4 SA 931 (A); *Preller v Jordaan* 1956 1 SA 483 (A); *Spies v Smith* 1957 1 SA 539 (A); *Kirsten v Bailey* 1976 4 SA 108 (K)).

31 Sien *Edgington v Fitzmaurice* (1885) 29 Ch D 459 483; *Rapson v Putterill* 1913 AD 417; *Tregea v Godart* 1939 AD 16; *Essop v Mustapha and Essop* 1988 4 SA 213 (D); *Geldenhuis v Borman* 1990 1 SA 161 (OK).

32 Sien bv *Rapson v Putterill* 1913 AD 417; *Tregea v Godart* 1939 AD 16; *Essop v Mustapha and Essop* 1988 4 SA 213 (D); *Geldenhuis v Borman* 1990 1 SA 161 (OK).

33 Sien ook *Horn v Horn* 1995 1 SA 48 (W); *Logue v The Master* 1995 1 SA 199 (N); *Schnetler v Meester van die Hoogeregshof* 1999 4 SA 1250 (K).

34 *Back v Master of the Supreme Court* [1996] 2 All SA 161 (K); *Ex parte De Swardt* 1998 2 SA 204 (K); *Ex parte Williams: In re Williams' Estate* 2000 4 SA 168 (T); *Ndbebele v Master of the Supreme Court* 2000 2 SA 102 (K); *Bekker v Naudé* (2001) 2 All SA 439 (W); *Ramlal v Ramdhani's Estate* 2002 2 SA 643 (N); *Bekker v Naudé* 2003 5 SA 173 (HHA).

doeleindes van die Boedelwet aanvaar moet word, en daarná kan die oorledene se testeerbevoegdheid eers ter sprake kom. Die probleem met die benadering wat hierbo bespreek is, is dus dat indien daar nie 'n geldige testament is nie, die vraag na testeerbevoegdheid nie eens ter sprake kom nie en onnodige kosteverspilling weereens in die voorbereiding van sodanige teenaansoek sal plaasvind.

Die vraag ontstaan gevolglik of daar nie eenvoudiger benadering bestaan, waarvolgens testeerbevoegdheid, vrye wilsuiking en die vereistes van artikel 2(3) gelyktydig beoordeel kan word nie?

Myns insiens is daar een van twee opsies om te volg wanneer'n mens te staan kom voor'n artikel 2(3) -aansoek waar daar ook die moontlikheid bestaan dat die oorledene nie testeerbevoeg was ten tye van die opstel van die dokument nie. Die eerste omslagtiger opsie is dié van aansoek-teenaansoek, soos hierbo verduidelik. In só'n geval moet die dokument eers streng volgens die artikel 2(3)-vereistes en die Bekker-beslissing beoordeel word, en indien bevind word dat die oorledene wel bedoel het dat die *betrokke* dokument sy testament moet wees, moet sy testeerbevoegdheid beoordeel word.

Die alternatief is om'n verligter (minder gestrenge) benadering (in weerwil van Bekker) ten opsigte van artikel 2(3) voor te staan en eerder te kyk na die vraag of die oorledene bedoel het dat sy wense, soos in die dokument uitgedruk, sy laaste wense moet wees³⁵ en nie of hy bedoel het dat die *betrokke* dokument sy testament moet wees nie. Deur hierdie benadering word daar dus nie, soos in Bekker, gekyk na die *betrokke* dokument nie, maar bloot na die inhoud van die dokument en sou dit ook makliker wees om die sprong na testeerbevoegdheid en vrye wilsuiking te maak en dit in die eerste plek te beoordeel. Die "bedoeling" in artikel 2(3) word wyer geïnterpreteer (as synde die bedoeling ten opsigte van wat met die oorledene se boedel moet gebeur teenoor bloot die

35 Dié argument word breedvoerig bespreek in artikels ter perse, sien Jamneck 2008 *THRHR* (Nov) en 2009 *THRHR* (Feb) rakende testeerbevoegdheid, *animus testandi*, testeer-vryheid, bedoeling en die 'bedoeling' ingevolge arti 2(3) van die Wet op Testamente.

bedoeling ten opsigte van die betrokke dokument), en die vraag word eenvoudig gevra of die oorledene bevoeg was om sodanige bedoeling te vorm. Daar word dus gelyktydig beoordeel of die oorledene wou bepaal wat met sy boedel moet gebeur en of hy in staat was om die aard en uitwerking van hierdie besluit te verstaan. Dié benadering sal tyd en koste bespaar maar sou verg dat 'n ander beslissing as dié in Bekker³⁶ eers rakende "opstel" en die "bedoeling" vereis kragtens artikel 2(3), geneem sal moet word. Die Hoogste Hof van Appèl sal dus eers sy eie gestrengte benadering in Bekker moet wysig deur die klem te laat val op die testateur se wense in teenstelling met die dokument alvorens die voorgestelde wye benadering wat ook testeerbevoegdheid kan insluit, gevolg kan word.

'n Verdere moontlike oplossing sou wees om hetsy by wyse van hofbeslissing of by wyse van wetswysiging, te bepaal dat die hof *mero motu* die vraag na testeerbevoegdheid kan beoordeel wanneer daar oór artikel 2(3) -aansoek besin moet word. Die wenslikheid van wetsbepaling om sekerheid te skep spreek vanself. Moontlik kan artikel 2(3), indien dit in sy huidige vorm en met die huidige interpretasie daaraan geheg behou word,³⁷ uitgebrei word deur'n bepaling by te voeg te dien effekte dat die hof wanneer'n artikel 2(3) -aansoek voor die hof dien, die bepalings van artikel 4 outomaties gelyktydig mag oorweeg.

Wat 'n beslissing deur die hof betref, is daar geen aanduiding in die Wet self dat die hof wel *mero motu* die vraag mag oorweeg nie, maar daar kan geargumenteer word dat dit in die openbare belang sou wees dat die hof self die vraag na testeerbevoegdheid mag opper ten einde kostebesparend te werk te gaan. Die openbare belang word heel dikwels by die erfreg as maatstaf gebruik³⁸ en behoort veral in die lig van die basiese reg op toegang tot die howe (soos verkans deur die Grondwet, 1996) swaar te weeg. Die koste-

36 Die Hoogste Hof van Appèl sal dus eers sy eie beslissing moet omverwerp.

37 Die interpretasie soos deur die HHA in *Bekker v Naudé* 2003 5 SA 173 (HHA) daaraan geheg.

38 Sien bv *Aronson v Estate Hart* 1950 1 SA 539 (A); *De Wayer v SPCA Johannesburg* 1963 1 SA 71 (T); *Minister of Education v Syfrets Trust* 2006 4 SA 205 (K).

oorweging by 'n Hoë Hof-aansoek kan nie ontken word nie, en enige prosedure om sodanige kostes te verminder behoort sonder twyfel in die openbare belang te wees. Dit is voorts van oudsher'n beginsel dat regters self regs kwessies wat nie deur prokureurs of advokate voor hulle geargumenteer is nie, mag oorweeg,³⁹ hoewel hulle nie feitelike kwessies *mero motu* mag oorweeg nie.⁴⁰ Wat die erfreg en testamente betref, en veral wat testeerbevoegdheid en kwessies in sake die geldigheid en uitleg van testamente aangaan, is die regsaspekte en feite gewoonlik so verweef dat dit onmoontlik is om die twee te skei⁴¹ en kan geargumenteer word dat die hof wel *mero motu* testeerbevoegdheid mag beoordeel.

Wat die huidige regsposisie betref, blyk die aansoek-teenaansoek-prosedure egter die enigste geldende keuse (uitweg) te wees in die lig van die feit dat die gronde vir'n artikel 2(3) -aansoek in die subartikel uiteengesit word en nie testeerbevoegdheid insluit nie en veral ook in die lig van die interpretasie deur die Hoogste Hof van Appèl van artikel 2(3) in *Bekker v Naudé*.⁴²

39 Grotius *Inleidinge* 3.37.9; Van der Keessel *Praelectiones* 3.37.9; Voet 5.1.49 Gane vertaling Vol 2.

40 Kerr 1991 *SALJ* 245-248.

41 Sien alle sake hierbo genoem en veral dié in n 3 en n 6.

42 2003 5 SA 173 (HHA).

Bibliografie

Corbett, Hofmeyr en Kahn *Law of succession*

Corbett MM, Hofmeyr GYS en Kahn E *The law of succession in South Africa* 2de uitg (Juta Lansdowne 2001)

Cronjé en Roos 1984 *DR*

Cronjé DSP en Roos A "Een en ander oor testamentsformaliteite" 1984 *De Rebus* 257-261

Du Toit 1996 *THRHR*

Du Toit F "Artikel 2(3) van die Wet op Testamente 7 van 1953 en substansiële nakoming van formaliteite: Vier uitsprake in perspektief" 1996 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 472-478

Du Toit 1997 *THRHR*

Du Toit F "Enkele gedagtes rondom artikel 2(3) van die Wet op Testamente 7 van 1953, inlywing deur verwysing en die herlewing van herroepe testamente" 1997 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 101-104

Grotius *Inleidinge*

Grotius H *Inleidinge Tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* (Gouda Quint Arnheim 1910)

Jamneck 1995 *THRHR*

Jamneck J "Artikel 2(3) van die Wet op Testamente 7 van 1953: *Horn v Horn* 1995 1 SA 48 (W)" 1995 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 341-343

Jamneck 2008 *THRHR*

Jamneck J "Testeerbevoegdheid, *animus testandi*, testeervryheid, bedoeling en die 'bedoeling' ingevolge artikel 2(3) van die Wet op

Testamente: Deel 1" 2008 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* (November ter perse)

Jamneck 2009 *THRHR*

Jamneck J "Testeerbevoegdheid, *animus testandi*, testeervryheid, bedoeling en die 'bedoeling' ingevolge artikel 2(3) van die Wet op Testamente: Deel 2" 2009 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* (Februarie ter perse)

Kerr 1991 *SALJ*

Kerr "The Role of the Court in Civil Cases: The Conventional Penalties Act" 1991 *South African Law Journal* 245-248

Knoetze 2004 *THRHR*

Knoetze E "Die kondoneerbaarheid van 'n onverlyde 'bankopgestelde' testament – oplaas regsekerheid?: *Bekker v Naudé* 2003 5 SA 173 (HHA)" 2004 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 140-146

Roos 2005 *THRHR*

Roos A "Die Hoogste Hof van Appèl beslis oor artikel 2(3) van die Wet op Testamente: *Bekker v Naudé* 2003 5 SA 173 (HHA); *Van Wetten v Bosch* 2004 1 SA 348 (HHA)" 2005 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 132-143

Schoeman 2002 *DJ*

Schoeman MC "Onbehoorlike beïnvloeding: Testeerbevoegdheid v testeervryheid" 2002 *De Jure* 333

Schoeman en Van der Linde 1995 *THRHR*

Schoeman MC en Van der Linde A "Artikel 2(3) en 2A van die Wet op Testamente – kondonasiebevoegdheid van die hof – verlyding en herroeping van testamente" 1995 *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg* 517-523

Scholtens 1960 *Acta Juridica*

Scholtens JE "Undue influence" 1960 *Acta Juridica* 287

Sonnekus 1991 *SALJ*

Sonnekus JC "'n Sertifiserende beampte se hoedanigheid by testamente, die gesloer met wetswysiging en *favor testamenti*" 1991 *South African Law Journal* 13-21

Van der Keessel *Praelectiones*

Van der Keessel DG *Praelectiones ad Jus Criminale* (Juta 1969)

Van der Linde 1996 *DJ*

Van der Linde A "*Back v Master of the Supreme Court* [1996] 2 All SA 161 (K)" 1996 *De Jure* 391

Van der Merwe en Rowland *Erfreg*

Van der Merwe NJ en Rowland CJ *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 6de uitgawe (Van der Walt Pretoria 1990)

Voet 5.1.49 Gane vertaling Vol 2

Voet J *The selective Voet by Johannes Voet and the supplement to the work by Johannes van der Linden: With explanatory notes and notes of all South African reported cases by Percival Gane 2 [Books V - XII]* (Butterworth Durban 1955)

Register van wetgewing

Boedelwet 66 van 1965

Wet op Testamente 7 van 1953

Register van hofsake

Anderson and Wagner v The Master 1996 3 SA 779 (K)

Aronson v Estate Hart 1950 1 SA 539 (A)

Back v Master of the Supreme Court [1996] 2 All SA 161 (K)

Bekker v Naudé (2001) 2 All SA 439 (W); 2003 5 SA 173 (HHA)

De Reszke v Maras 2003 6 SA 676 (K); 2006 1 SA 401 (K); 2006 2 SA 277 (HHA)

De Swardt, Ex parte 1998 2 SA 204 (K)

De Wayer v SPCA Johannesburg 1963 1 SA 71 (T)

Edgington v Fitzmaurice (1885) 29 Ch D 459

Essop v Mustapha and Essop 1988 4 SA 213 (D)

Geldenhuys v Borman 1990 1 SA 161 (OK)

Harlow v Becker 1998 4 SA 639 (D)

Henwick v The Master 1997 2 SA 326 (K)

Horn v Horn 1995 1 SA 48 (W)

Jeffrey v The Master 1990 4 SA 759 (N)

Kidwell v The Master 1983 1 SA 509 (OK)

Kirsten v Bailey 1976 4 SA 108 (K)

Kotze v Die Meester 1998 3 SA 523 (NK)

Laxton, Ex parte 1998 3 SA 238 (N)

Letsekga v The Master 1995 4 SA 731 (W)

Logue v The Master 1995 1 SA 199 (N)

Millward v Glaser 1949 4 SA 931 (A)

Minister of Education v Syfrets Trust Ltd 2006 4 SA 205 (K)

Ndebele v Master of the Supreme Court 2000 2 SA 102 (K)

Olivier v Die Meester: In re boedel wyle Olivier 1997 1 SA 836 (T)

Philip v The Master 1980 2 SA 934 (D)

Preller v Jordaan 1956 1 SA 483 (A)

Radley v Stopforth 1977 2 SA 516 (A)

Ramlal v Ramdhani's Estate 2002 2 SA 643 (N)

Rapson v Putterill 1913 AD 417

Schnetler v Meester van die Hooggeregshof 1999 4 SA 1250 (K)

Spies v Smith 1957 1 SA 539 (A)

Thirion v Meester van die Hooggeregshof [2002] 1 All SA 346 (T)

Tregea v Godart 1939 AD 16

Tshabalala v Tshabalala 1980 1 SA 134 (O)

Webster v The Master 1996 1 SA 34 (D)

Williams, Ex parte: In re Williams' Estate 2000 4 SA 168 (T)