DIE PRAKTIESE IMPLIKASIES VAN ADIASIE EN REPUDIASIE - 'N GEVALLESTUDIE

Skripsie aangebied deur **JOHANNA GEORGINA NAUDE** ter gedeeltelike voldoening aan die vereistes vir die graad

MAGISTER LEGUM

met Boedelreg as hoofstudierigting

aan die

POTCHEFSTROOMSE UNIVERSITEIT VIR CHRISTELIKE HOëR ONDERWYS

na voltooiing van 'n voorgeskrewe studieprogram oor twee akadamiese jare en die suksesvolle aflegging van gevorderde vraestelle in :

HUWELIKSGOEDEREG
SAKEREG EN EIENDOMSWETGEWING
ERFREG
BELASTINGREG
BOEDELBEPLANNING

STUDIELEIER: Prof I Vorster

DIE PRAKTIESE IMPLIKASIES VAN ADIASIE EN REPUDIASIE - 'N GEVALLESTUDIE

1 INLEIDING

Die eleksieleer en die vraagstuk met betrekking tot adiasie en repudiasie is al dikwels deur ons howe onder die loep geneem, maar is daar nog geen finaliteit oor bereik nie.[1]

Die regspraktisyn word ook dikwels met die eleksieleer gekonfronteer, wat nie sonder meer met advies van *"repudieer"* of *"adieer"* in die kliënt se beste belang afgemaak kan word nie.

Hierdie problematiek het hom onlangs in die praktyk voorgedoen, toe 'n kliënt die volgende testament vir advies voorgelê het:

1.1 Die testateur en testatrise was binne gemeenskap van goed met mekaar getroud;

1.2 Hulle stel 'n gesamentlike testament op, waarin boedelsamesmelting, volgens die bewoording van die testament, beoog word;

Die samesmeltingsklousule het soos volg gelui:

"Dit is ons uitdruklike wens dat ons boedels saamgesmelt moet word tot een ekonomiese geheel, en in sy totaliteit verdeel moet word soos hieronder bepaal ...."

---

1 Sien Werner v The Master 1976 (2) SA 830 (T); Ex Parte Odendaal 1957 (2) SA 15 (O); Ex Parte Gluckman 1980 (3) SA 1127 (W); Ex Parte van Rensburg 1965 (3) SA 251 (C); Ex Parte Schroeder 1927 SWA 117

1.3 Die bemakingsklousules in die testament lui soos volg:

1.3.1 indien die testatrise die eerssterwende is, word die testateur as enigste erfgenaam benoem;

1.3.2 indien die testateur die eerssterwende is, word die kinders van die testateur en testatrise as universele erfgename benoem. Daar was geen bevoordeling ten gunste van die testatrise beding nie.

Die testateur kom te sterwe, en die testatrise is nou onsteld omdat sy niks erf nie.

Die testament was formeel geldig verly en kon dus nie weens nie-nakoming van die statutêre vereistes aangeveg word nie.

2 **<u>DIE ELEKSIELEER: DIE KEUSE TUSSEN ADIASIE EN REPUDIASIE</u>** :

Met die eerste oogopslag sal die regspraktisyn se advies aan die testatrise wees om te repudieer. Die testatrise behou dan ten minste haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel kragtens die huweliksgoedereg.

Indien die testament egter nader bestudeer word, ontstaan die vraag of die eleksieleer enigsins in hierdie geval ter sprake is.

Die eleksieleer behels dat 'n bevoordeelde moet kies of hy 'n **bevoordeling,** aan hom nagelaat kragtens 'n testament, wil aanvaar (*adieer*) of dit van die hand wil wys (*repudieer*).

Daar moet dus 'n "bevoordeling" wees wat aanvaar of verwerp moet word.

Adiasie of repudiasie kan nie selektief geskied nie. Met ander woorde, 'n bevoordeelde kan nie slegs sekere voordele, of voordele, met uitsluiting van gepaardgaande verpligtinge, aanvaar nie. Die bevoordeling moet in die geheel, soos testamentêr bepaal, aanvaar of verwerp word.

Corbett & Hahlo [2] vat dit soos volg saam:

> *"Where strings are attached by a testator to a testamentary benefit, the beneficiary cannot take the benefits and ignore the strings."*

Volgens **Van der Merwe & Rowland** [3] kom adiasie en repudiasie in alle gevalle, waar die bevoordeelde voor 'n keuse gestel word om te erf of nie ter sprake, maar die eleksieleer slegs "waar die testament 'n verpligting op die bevoordeelde gelê het."

Onder "verpligting" word nie net verstaan 'n aanwysing om 'n spesifieke handeling te verrig alvorens die bemaking in werking tree nie, maar verwys dit ook na gevalle waar die begunstigde moet afstand doen van sy of haar bates.

---

[2] The Law of Succession in South Africa 1980 Juta & Co Ltd 458.

[3] Die Suid-Afrikaanse Erfreg, 6de uitgawe J P Van der Walt & Seuns (Edms) Bpk Pretoria 409

Bouwer[4] voer bogemelde argument egter 'n stappie verder en sê :

> *"Die leerstuk van keuse kom ter sprake wanneer 'n begunstigde ingevolge die testament* ***waarin hy bevoordeel word*** *(my eie beklemtoning), afstand van sy eie goed moet doen. So 'n begunstigde kan dan kies of hy die testamentêre bevoordeling wil aanvaar en aldus die bemaking van sy eie goed eerbiedig, of weier om die bemaking van sy goed toe te laat, en daarmee ook die testamentêre bevoordeling in sy guns verbeur."*

Wat dus baie duidelik uit die aangehaalde gesag blyk, is dat daar bevoordeling vir die persoon wat voor 'n keuse gestel word, moet wees.

In die onderhawige feitstel is daar egter géen voordeel vir die testatrise beding nie. Alhoewel sy, in die woorde van **Bouwer** "*afstand moet doen van haar eie goed*", verkry sy geen voordeel "as kompensasie" of **in ruil** vir die feit dat sy daarvan moet afstand doen nie. Die testatrise moet afstand doen van haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel, in ruil vir niks!

Indien **Bouwer** se breedvoeriger omskrywing van die toepassingsveld van die eleksieleer as maatstaf gebruik word, wil dit voorkom asof die eleksieleer ***in casu*** nie toepassing sal vind nie.

Dit is egter baie duidelik dat die testatrise nog steeds voor 'n keuse gestel word naamlik :

2.1 moet sy haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel behou deur te repudieer; of

---

[4]Die Beredderingsproses van Bestorwe Boedels 2de uitgawe J P van der Walt en Seuns (Edms) Bpk Pretoria 463.

2.2 moet sy afstand doen van haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel deur te adieer.

Van der Merwe & Rowland merk dan ook op dat in ***Ex Parte Boedel van Rensburg 1965(3) SA 251(K)*** die howe dit duidelik gestel het dat in enige geval waar die bevoordeelde voor 'n keuse gestel word, selfs waar daar geen beskikking oor die begunstigde se bates was nie, 'n keuse uitgeoefen moet word.[5]

Ook ***Erasmus & De Waal***[6] noem dat die eleksieleer toepassing sal vind waar geen boedelsamesmelting bewerkstellig is nie, maar daar 'n gesamentlike testament was en die een gade nie net oor sy eie eiendom beskik nie, maar ook oor die langslewende gade se halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel.
Corbett et al[7] sê ook :

> *"Thus a surviving spouse may be put to an election even though there has been no massing or for that matter, a joint and mutual will."*

Dit wil dus voorkom asof 'n formele omskrywing van die eleksieleer van blote akademiese belang is. Al die geraadpleegde skrywers is dit eens dat waar 'n gade voor 'n keuse gestel word om 'n beskikking oor haar of sy goed te aanvaar of nie, daar van eleksie of keuse sprake is.

---

[5]Op 254

[6]*LAWSA* Volume 31 Butterworths Durban Pretoria 82 par 124

[7]458

Dit staan egter vas dat die testatrise, in die onderhawige geval definitief voor 'n keuse gestel word :

2.3 moet sy haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel behou; òf

2.4 moet sy afstand doen van haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel en sodoende met leë hande wegstap.

Repudieer die testatrise, beteken dit dat sy slegs geregtig is op haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel kragtens die huweliksgoedereg. Sou sy egter adieer, verbeur sy ook haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel.

Die vraag ontstaan egter of boedelsamesmelting inderdaad plaasgevind het. Boedelsamesmelting was duidelik, volgens die bewoording van die testament, beoog.

Gemeenregtelik, word die volgende vereistes vir boedelsamesmelting of "massing" gestel :[8]

2.5 'n wederkerige of gesamentlike testament;

2.6 samevoeging of samesmelting van die boedelgoedere;

2.7 vòoraf toestemming (dit wil sê voor die dood van die eersterwende) tot

---

8 Secretary South African Association v Mostert 1973 Buch 31 (Gemene Raad); Union Government v Leask's Executors 1918 AD 447; Van der Keesel De Praelectiones Ad Gr 2 15 9 (Gonin se vertaling)

samesmelting hoef nie vanaf die langslewende verkry te word nie.

Wetteregtelik word boedelsamesmelting in Artikel 37 van die Boedelwet, 66 van 1965, soos gewysig, omskryf. Hierdie artikel maak onder andere melding van :

2.8 'n mutuele testament;

2.9 waarby aan die langslewende of oorlewende 'n beperkte reg ten opsigte van enige goed in die saamgevoegde boedels toegeken word.

Meyerowitz [9] sê :

> *"Massing is a technical term describing the joint testamentary disposition by two or more testators in one will of their joint estates or portions thereof subject to a life interest in favour of the survivor or survivors."*

Hy meld verder [10] dat die doel van boedelsamesmelting is

> *"... to allow the survivor the enjoyment of the income of the consolidated or massed estates and at the same time to ensure that the property will ultimately pass to the heirs chosen by both testators."*

Wiechers & Vorster [11] is die mening toegedaan dat

> *"adiasie by boedelsamesmelting tot gevolg het dat die langslewende se boedel met diè van die eerssterwende gekonsolideer (saamgesmelt) word "in ruil" vir sy adiasie of ander voordeel ... uit die testament verkry."*

---

[9] The Taxpayer April 1992 Vol 41 Nr 4 67

[10] 69

[11] Boedelbereddering 3de uitgawe Butterworths Durban 57

Die "of" suggerreer dat die langslewende nie noodwendig voordeel hoef te trek uit die gekonsolideerde (saamgesmelte) boedels nie. Dit is egter nie in lyn met Artikel 37 van die Boedelwet nie, wat spesifiek melding maak van 'n beperkte reg wat aan die langslewende toegeken moet word voordat daar wetteregtelik van boedelsamesmelting sprake kan wees.

Corbett et al [12] maak die opmerking dat woorde soos "we" of "our" wat in 'n gesamentlike testament gebruik word, moontlik 'n aanduiding kan wees dat testateurs beoog het om hulle afsonderlike boedels saam te smelt, maar dat dit nie noodwendig samesmelting tot gevolg het nie. Alles hang af van die konteks waarin die woorde gebruik word en die samehang van die testament as geheel. [13]

In die onderhawige geval, was daar wel 'n gesamentlike testament opgestel. Dit kan egter nouliks as 'n *"mutuele"* testament beskryf word. 'n ***Mutuele testament*** veronderstel wederkerige of oor-en-weer bevoordeling tussen die testateurs. In die feitestel was slegs bevoordeling vir die testateur en nie die testatrise beding nie. Daar is ook geen beperkte reg aan die testatrise verleen ten opsigte van enige vermoënsbestanddele in die saamgevoegde boedels nie. Myns insiens val die gegewe feitestel dus buite die toepassingsveld van Artikel 37 van die Boedelwet. Dit ly egter geen twyfel nie dat daar gemeenregtelik wel boedelsamesmelting plaasgevind het.

---

[12] 577

[13] Sien *Ex Parte Breytenbach* 1955(1) SA 449 (TPD) waar gesê is dat die gebruik van die woorde "ons eksekuteur" nie genoegsame bewys van boedelsamesmelting in die geheel is nie.
Sien ook : *D'Oyly v Lousada* 1557(1) SA 368 (NPD) waar gesê is dat *"the presumption against massing ... operates to enable the Court to say that there is no massing only where it cannot be determined from the language used in the will."*

Dit is egter belangrik om nie uit die oog te verloor dat boedelsamesmelting nie intree by opstel van die testament nie, maar eers wanneer die langslewende geadieer het. Alhoewel dit duidelik is dat boedelsamesmelting volgens die bewoording van die testament beoog is en inderdaad volgens my mening gemeenregtelik by adiasie sou intree, sal geen samesmelting plaasvind indien die testatrise sou repudieer nie.

Daar moet miskien net terloops gemeld word dat indien die testatrise sou adieer, adiasie as 'n oormaking of skenking [14] van haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel aan die oorledene se boedel beskou sal word omrede sy van mèèr afstand doen as wat sy uit die oorledene se boedel ontvang (wat in hierdie geval nul sal wees).[15] Die Transvaalse Inkomstebelasting Spesiale Hof[16] het beslis dat bogemelde situasie tot gevolg sal hê dat geskenkebelasting teen 15% op sodanige skenking gehef moet word. Nie alleen sal die testatrise deur adiasie dan haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel verbeur nie, maar sal sy boonop aangespreek kan word vir geskenkebelasting wat 'n geval van "adding insult to injury" sal wees!

3 <u>KOM DIE TESTAMENT NEER OP EFFEKTIEWE ONTERWING VAN DIE LANGSLEWENDE?</u>

Hierdie vraag moet bevestigend beantwoord word. Die vraag is egter of dit inderdaad

---

[14] Artikel 58 van die Inkomstebelastingwet, Wet 58 van 1962, soos gewysig.

[15] Sien hieroor ook : *The Taxpayer Editorial* en "Massing and Donations Tax" September 1984 207 e.v. en *C Cilliers* De Rebus Okt 1994 482 *"Massing of Estates : Estate Duty and Donations Tax."*

[16] ITC 1387 465 ATC 121

die oogmerk van die testateur was met die opstel van die testament. Het hy bedoel om die testatrise sonder enige vorm van of middele vir onderhoud te laat?

Daar moet met ***Meyerowitz*** [17] saamgestem word waar hy sê :

> *"The drafting of documents at all times is an art. But in the case of wills, skill in the use of words is not enough - it must be combined with a thorough knowledge of testamentary law and the problems connected with the administration of estates."*

Het die testamentopsteller maar op hierdie woorde aggeslaan by opstel van die onderhawige testament, sou die testatrise haar nie in hierdie verknorsing bevind het nie. Of die testatrise nou adieer of repudieer, bly die feit steeds staan dat sy niks van die testateur **erf** nie.

In ***Ex Parte Marais*** [18] het Regter De Wet verklaar dat daar gekyk moet word na wat die Testateur se bedoeling was, **soos dit blyk uit die testament** as geheel. Die putatiewe bedoeling van die testateur moet die deurslag gee. Die vraag ontstaan nou of die testateur ooit die bedoeling kon gehad het om die testatrise behoeftig te laat by sy dood? Dit mag miskien nie sy bedoeling gewees het nie, maar volgens ons howe moet die testateur se bedoeling uit die **bewoording** van die testament vasgestel word. In hierdie geval is die bewoording van die testament baie duidelik en kom dit ongetwyfeld neer op effektiewe onterwing.

Onderhewig aan sekere beperkings soos byvoorbeeld diè opgelê deur die Wet op

---

[17] *The Taxpayer* Maart 1992 57

[18] 1953(4) SA 620(7); hierdie uitspraak is ook nagevolg in *Webb v Marquard* 1981(2) SA 43(C) en in *Ex Parte Downing* 1985(4) SA 705(D)

Onderverdeling van Landbougrond 70 van 1970 en die Aanvullende Wet op die Mineralewette 10 van 1975 geniet 'n testateur algehele testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg. 'n Testateur mag dus in beginsel na goeddunke oor sy bates beskik.

Corbett et al [19] meld dan ook :

> *"... A Testator in S.A. Law may for the flimsiest of reasons, or no reason at all, disinherit his spouse or child in favour of a third party and neither the spouse nor the child will have a remedy, be it in the shape of a claim to a fixed minimum portion or a discretionary claim to maintenance out of the estate."*

Hierdie mening is ook deur die Appèlhof gehuldig in ***Glazer v Glazer N.O.*** [20]

Met die afskaffing van die Romeinsregtelike ***legitima portio*** of ***legitime porsie*** in die Suid-Afrikaanse reg het die langslewende gade geen reg op 'n minimum gedeelte van die oorledene se boedel nie. Die reg het tot onlangs ook nie die howe gemagtig om aan 'n weduwee, wat onregverdig in 'n boedel behandel is, 'n kapitale som of onderhoud toe te ken nie. Tot voor 1990, was daar geen bepaling of wetgewing in die Suid-Afrikaanse regstelsel wat die langslewende beskerm het teen kwaadwillige onterwing nie. Selfs al was onterwing onbewustelik teweeggebring, was die langslewende remedieloos.

In die meeste beskaafde lande is daar egter wel beskerming vir die langslewende gade teen die wispelturigheid van die eerssterwende wat onterwing betref. Hierdie voorbeeld is ook nou in die Suid-Afrikaanse reg voluit nagevolg met die invoering van

---

[19] 34

[20] 1963(4) SA 694 (AD)

die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990.

Die **ratio** agter hierdie wet, is dat die intieme verhouding tussen man en vrou in 'n huwelik, 'n morele verpligting op die partye plaas om 'n gedeelte van een se boedel aan die ander na te laat. [21] Die argument is dat beide huweliksgenote gewoonlik bydra tot die suksesvolle ontwikkeling van die huwelik en gesin, ook op finansiële gebied. Die Kanadese saak van ***Knoll v Knoll*** [22] moet egter hier in gedagte gehou word, waar gesê is :

> "The marriage certificate is not a guarantee for maintenance."

Die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades bepaal onder andere dat indien die huwelik deur die dood ontbind word, die langslewende 'n vordering het teen die boedel van die eerssterwende vir die voorsiening van redelike onderhoud tot by haar dood of hertroue, vir sover hy of sy nie uit eie middele en verdienste daartoe in staat is nie.

'n Mens moet hier net meld dat hierdie probleem wat deur 'n langslewende gade ondervind word, hom meesal voordoen by huwelike binne gemeenskap van goed. Artikel 3(1) van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984 bepaal dat by die ontbinding van 'n huwelik wat aan die aanwasbedeling onderworpe was die langslewende gade, indien sy of haar boedel 'n kleiner aanwas getoon het as diè van die oorledene, 'n eis het teen die boedel van die oorledene vir helfte van die verskil tussen die aanwas van die oorledene se boedel en diè van die langslewende.

---

[21] *Van der Merwe & Rowland* 623

[22] 1969 2 OR 580 op 584

In die verband sê ***Corbett et al*** [23] dat :

> *"The position of the disinherited spouse is to some extent alleviated by the provisions of the Matrimonial Property Act, 88 of 1984."*

Maar, waar beide gemeenskap van goed, wins en verlies en die aanwasbedeling uitgesluit is, sal die langslewende steeds remedieloos wees

> *"no matter how badly off he or she may be, and how wealthy the deceased's estate may be."*

Dit was egter die posisie tot voor die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades. "Redelike onderhoudsbehoeftes", soos omskryf in bogemelde Wet, word bepaal met verwysing na die volgende faktore (vermeld in Artikel 3 van hierdie Wet) :

3.1 Bedrag in afgestorwe gade se boedel beskikbaar vir verdeling aan erfgename en legatarisse;

3.2 Bestaande en verwagte vermoëns, verdienvermoë, geldelike behoeftes en verpligtinge van die langslewende;

3.3 Duur van die huwelik;

3.4 Lewenspeil van die langslewende tydens die duur van die huwelik;

---

[23] Supplement to The Law of Succession in S.A. 1985 Juta & Co Ltd Cape Town 6 -

3.5 Ouderdom van die langslewende gade. [24]

Die vraag ontstaan egter of the langslewende steeds aanspraak sal kan maak op onderhoud kragtens die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades as sy sou repudieer en daarmee haar halwe aandeel van die gemeenskaplike boedel kragtens die huweliksgoederereg neem. In beginsel sal die testatrise, in die onderhawige geval, wel geregtig wees op onderhoud mits sy die hof kan oortuig dat sy met inagneming van die faktore vermeld in Artikel 3, [25]sogenaamd "destitude" agtergelaat is. Aan die anderkant, het die testatrise nie reeds, volgens ***Van der Merwe & Rowland*** [26] se argument, haar bydrae tot die gesamentlike boedel ontvang indien sy adieer nie? Rus daar dan nog enigsins 'n plig op die boedel van die oorledene om ook van sy bates aan die langslewende af te staan? Het die man nie dan sy "morele plig" om die vrou te onderhou nagekom wanneer sy helfte van die gemeenskaplike boedel ontvang nie?

Myns insiens is hierdie moontlik vrae wat ter sprake sal kom indien die testatrise haar sou beroep op ondehoud kragtens die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades. Dit word verder aan die hand gedoen dat die testatrise die hof moelik sal oortuig dat sy geregtig is op 'n "redelike onderhoud" indien sy sou repudieer, omdat haar halwe aandeel van die gemeenskaplike boedel beskou kan word as "genoegsame middele en verdienste" om haarself te kan versorg. Die testatrise kan tog nie verwag om in 'n beter posisie geplaas te word nà dood van die testateur as vòor sy dood nie.

---

[24] Dit is interessant om daarop te let dat hierdie faktore in 'n groot mate ooreenstem met die faktore wat in ag geneem word by uitoefening van die Hof se herverdelingsdiskresie by egskeiding in terme van Artikel 36 van die Wet op Huweliksgoedere, 88 van 1984.

[25] Wet op Onderhoud van die Langslewende Gade, 27 van 1990

[26] Sien 12 *supra* en voetnoot 18

Indien die testatrise egter adieer, sal sy wel 'n saak kan uitmaak vir 'n aanspraak op redelike onderhoud in terme van diè betrokke wet.

In gevalle soos die onderhawige sal die howe by repudiasie na die omringende omstandighede tydens die bestaan van die huwelik moet gaan kyk. Dit sal bepaal of die testatrise, bo en behalwe verdienste en inkomste uit haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel, ook nog addisioneel deur die testateur "onderhou" was.

Tot en met die hofverslae van Augustus 1994 kon geen gerapporteerde regspraak opgespoor word waarin die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades in hierdie opsig enigsins getoets of ter sprake gekom het nie en dit bly 'n ope vraag wat die howe se houding in hierdie verband sal wees.

4 KAN DIE HOF DIE TESTAMENT WYSIG?

Die howe se houding by monde van Waarnemende Regter President Caney is dat die hof:

> *"cannot make, or remake a testator's will for him: it cannot vary the will he has made. It cannot change the devolution of his estate as he has directed it, nor add to or subtract from the benefit he has conferred upon each of the beneficiaries. They must be content to take what they are given, when and on the terms on which it is given."*[27]

---

[27] Ex Parte Jewish Colonial Trust Ltd: In Re Estate Nathan 1967 (4) SA 397 (N) op 408 E

Corbett et al [28] onderskryf hierdie houding en verwys na ***Jewish Colonial Trust, Ltd v Estate Nathan, 1940 AD op 182*** waar gesê is dat die hof :

> *"..... has no general discretionary power to modify or supplement rights under a will or to authorise the property of a testator to be dealt with otherwise than in terms of his will."*

Die regter verklaar verder :

> *"Plaintiff is asking the Court **(deur die testament te wysig)** to do something more than enforce its legal rights: it is asking the court, by the exercise of a power or a discretion, to supplement it's legal rights."*

Die Hof sal slegs in uitsonderlike gevalle 'n testament wysig. Twee sodanige omstandighede[29] is :

4.1 'n Verandering van omstandighede wat nie deur die testateur voorsien was nie;

4.2 as die omstandighede van die saak dit vereis.

Dit is egter duidelik uit die gewysdes dat die howe, wanneer wysiging van die testament wèl toegelaat word, steeds poog om eerder gevolg te gee aan die testateur se bedoeling as om dit te ondermyn. Daar was egter gevalle waar die howe in die lig van veranderde omstandighede, bemakings deur die testateur ten opsigte van die

---

28 515

29 Corbett et al 516

verdeling van inkomste of betaling van onderhoud gewysig het. [30]

Wat egter baie duidelik deurskemer in hierdie sake, is dat die langslewende gade of die kinders wel 'n erfenis of onderhoud **toegeken** was in die testament, en dat hulle dan aansoek gedoen het om verhoging of wysiging van die terme van die nalatenskap. Die hof is dus nie gevra *"to supplement their legal rights"* nie.[31]

In die onderhawige geval was daar egter geen **toekenning** of **bemaking** aan die testatrise kragtens die testament nie. Of die howe dus geneë sal wees om die testateur se bedoeling, soos blyk uit die bewoording van die testament, geheel en al te verander en regte te skep waar geen regte betaan het nie, word betwyfel.

Weereens kan slegs gespekuleer word dat dit inderdaad nie die bedoeling van die testateur kon gewees het om die testatrise sonder enige bron van inkomste of onderhoud te laat nie.

In hierdie verband merk ***Corbett et al*** op :[32]

> *"... The Court, if it is satisfied that it was the testator's intention that his nearest and dearest should not suffer, may increase their allowance."*

As dit egter die testateur se bedoeling was *"that his nearest and dearest should not suffer"*, sou hy aan die testatrise onderhoud, 'n beperkte reg of 'n ander voordeel in die testament nagelaat het, wat hy volgens die feitestel nie gedoen het nie.

---

[30] Sien byvoorbeeld *Ex Parte Adamson* 1960 (3) SA 204 (N) *Ex Parte Insel* 1958(1) SA 71(T) *Ex Parte Cronje* 1942 OPD 86.

[31] *Sien 16 supra*

[32] 520

Die moontlikheid dat die testatrise suksesvol kan aansoek doen om die testament te wysig, is uiters skraal.

5 IS 'N BEMAKING, SOOS DIE ONDERHAWIGE, NIE CONTRA BONOS MORES NIE?

Die algemene opvatting is dat bepalings in 'n testament, wat teen die openbare sedes is in die reël nie 'n bemaking of die testament as sodanig ongeldig maak nie. Dit word normaalweg as ***pro non scripto*** beskou, mits daar steeds aan die bepalings van die testament gevolg gegee kan word daarsonder, en dat uitvoering dan nie "*against law, morals or public policy*" [33] sal wees nie. Hierdie opvatting is ietwat van 'n ***contradictio in terminis***, want die verwydering van 'n gewraakte bepaling in 'n testament, wat as ***contra bonos mores*** beskou word, is juis veronderstel om dit dan in ooreenstemming met die openbare sedes te bring.

Is onterwing van 'n langslewende eggenoot teen die openbare sedes en -belang? Met inagneming van ***Van der Merwe & Rowland*** [34] se siening van " *'n morele plig*" om 'n deel van die oorledene se boedel aan die langslewende na te laat, kan dit seker as immoreel beskou word om 'n langslewende gade te onterf. Ek wil die probleem egter anders benader deur te argumenteer dat indien 'n oorledene sy langslewende gade onterf, dit 'n addisionele las op die gemeenskap (die Staat) kan plaas om die langslewende deur middel van 'n Staatspensioen te onderhou. So 'n las is teen die openbare belang, maar nie noodwendig teen die openbare sedes nie. Dit is wel 'n

---

[33] Corbett et al 118

[34] Kyk voetnoot 18 en 12 hierbo

affrontasie vir die belastingbetaler in die sin dat dit sy sak raak, maar druis nie noodwendig in teen die goeie sedes nie. *"Contra bonos mores"* word omskryf [35] as *"teen die goeie sedes"*, maar behoort bepalings in 'n testament wat teen die openbare belang is, nie ook hierby ingesluit te word en oor dieselfde kam geskeer te word as bepalings **contra bonos mores** nie?

Indien die langslewende gade onderhoudsbehoeftig sou wees en daar genoegsame fondse in die oorledene se boedel is om die langslewende gade te onderhou, behoort die oorledene hom nie van hierdie verantwoordelikheid te kan ontdaan met 'n bepaling soos in die onderhawige geval nie. Ek wil hier weer eens net verwys na 'n oorledene se morele plig om 'n langslewende gade te onderhou [36] welke standpunt ook deur ***Meyerowitz*** benadruk word :[37]

> *"There is an obligation upon the estate to provide maintenance for his surviving spouse or children where such maintenance is needed."*

N J Wiechers [38] merk tereg op dat :

> *"die begrip **teen die goeie sedes** nie een is wat sodanig uitgekristalliseer het dat daar van 'n bepaalde toets gebruik gemaak kan word om vas te stel of 'n spesifieke bepaling in stryd daarmee is nie. Elke geval moet op eie meriete beoordeel word."*

Hy meld verder dat dit :

---

[35] Hiemstra & Gonin Engelse - Afrikaanse Regswoordeboek 1963 Juta & Kie 32

[36] Soos bespreek op 12 tot 15 hierbo

[37] The Taxpayer Volume 41 No 3 Maart 1992 52

[38] *"Contra bonos mores"* **De Jure** 1973(9) 54

> *"teen die goeie sedes (sal) wees om uitvoering te gee aan bepalings in sy testament wat indruis teen die gemeenskapsopvatting."*

Dit wil voorkom asof ***Wiechers*** ook hierdie uitbreiding van ***contra bonos mores*** tot **co*ntra gemeenskapsopvatting*** voorstaan. Dit lei geen twyfel dat onterwing en gevolglike degradering van 'n langslewende gade tot 'n welsynsgeval teen die gemeenskapopvatting behoort in te druis nie.

Die gewysdes, waarin ***contra bonos mores*** bepalings in 'n testament ter sprake gekom het, het egter almal gehandel oor 'n verbod op hertroue, die verpligting om 'n bepaalde godsdiens te bly aanhang, die verpligting om kinders as begunstigdes te benoem ensomeer.[39]

Die vraag moet gevra word of dit nie tyd geword het om hierdie kriterium uit te brei na gevalle soos die onderhawige nie. Of die **ratio** agter hierdie argument egter sterk genoeg sal wees om die hof te oortuig om 'n bepaling, soos in die feitestel, as **pro non scripto** te beskou, word betwyfel, vanweë die ongewenste gevolge wat dit mag teweegbring. Die gevolge in hierdie geval sal wees dat die testateur se helfte van die gemeenskaplike boedel intestaat sal vererf en sal dit neerkom op 'n herroeping van die testament, indien die testatrise sou repudieer.

Indien die huidige bepaling in die testament omskep sou kon word in **'n** ***fideicommissum residui*** sou dit die testatrise se probleem uit die weg kon ruim, maar, soos reeds vermeld, kan die howe nie regte skep waar geen sodanige regte bestaan het nie.

---

39 Sien Levy v Schwartz 1948 4 SA 930; Ex Parte Isaacs 1964(4) SA 606(G); De Wayer v SPCA Johannesburg 1963 (1) SA 71(T)

6 KOM ADIASIE NEER OP 'N BEPERKING VAN DIE LANGSLEWENDE SE TESTEERVRYHEID?

Onderhewig aan sekere uitsonderings, staan dit 'n testateur vry om met sy bates te handel soos hy goeddink.

Meyerowitz sê in hierdie verband die volgende:[40]

> *"In short a testator is practically free to determine his beneficiaries without fetter and impose such conditions, foolish or otherwise, in respect of the use of his estate as he pleases."*

Dit is 'n aanvaarde beginsel in ons reg dat 'n testateur oor volkome testeervryheid beskik. Daar is wel 'n aantal uitsonderings op die algemene reël waarop nie hier ingegaan word nie. [41]

Indien die testatrise sou repudieer, staan dit haar vry om uiteindelik oor haar helfte van die gemeenskaplike boedel te beskik soos sy goeddink, en sonder inmenging van die oorlede gade. Sou die testratrise egter adieer, word daar oor die gemeenskaplike boedel beskik soos bepaal in die gesamentlike testament. In alle gevalle, waar boedelsamesmelting plaasgevind het en die langslewende adieer, boet die langslewende sy of haar testeervryheid in om oor bates te beskik wat binne die saamgesmelte boedel val. Die argument blyk te wees dat indien die langslewende die voordele, soos bepaal in die ***mutuele*** of wederkerige testament aanvaar, sy of hy meteens ook afstand doen van die reg om later van plan te verander en die bates na

---

[40] The Taxpayer Volume 41 No 3 Maart 1992 52

[41] Sien 10 hierbo

dood van die eersterwende, ***contra*** die ***mutuele*** testament se bepalings te bemaak. Dit sal dus in effek neerkom op 'n beperking van die langslewende se testeervryheid. Hierdie inperking geskied egter vrywillig en in meeste gevalle met volle kennis van die gevolge daarvan. In hierdie geval moet die ***mutuele*** testament as 'n "kontrak" beskou word,[42] waarkragtens die langslewende iets inboet (testeervryheid) om iets te baat (die bevoordeling in die testament). Dit sal egter slegs die geval wees waar die langslewende inderdaad deur die samesmelting van die boedels bevoordeel word byvoorbeeld waar die samesmelting binne die trefwydte van Artikel 37 van die Boedelwet val. In die gegewe feitestel, gaan hierdie argument egter nie op nie, aangesien die testatrise, indien sy sou adieer, geen bates of regte erf of verkry wat sy later self sou kon bemaak nie. 'n Inkorting van haar testeervryheid sal in so 'n geval dus geen verskil hoegenaamd maak nie.

7 SAL REPUDIASIE NEERKOM OP 'N HERROEPING VAN DIE TESTAMENT?

Repudiasie deur die testatrise sal slegs neerkom op 'n herroeping van die testament in soverre dit haar helfte van die gemeenskaplike boedel aangaan. Die testament sal steeds as die testateur se geldige beskikking oor sy helfte van die gemeenskaplike boedel beskou word. Die enigste uitwerking wat repudiasie dus het, is om boedelsamesmelting te laat misluk. Aan die anderkant egter, indien die langslewende

---

42 Die mutuele testament toon al die vereistes van 'n kontrak nl.
- wilsooreenstemming of consensus
- handelingsbevoegdheid van party
- prestasie moet moontlik wees
- ooreenkoms moet geoorloof wees
- prestasie moet bepaald of bepaalbaar wees

Mens moet in gedagte hou dat 'n pactum successorium in ons reg as onafdwingbaar beskou word (behalwe as dit vervat is in 'n huweliksvoorwaardekontrak) omdat dit 'n beperking op testeervryheid daarstel.

repudieer en kan slaag met 'n eis kragtens die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades, kan dit tot gevolg hê dat die testateur se helfte van die gemeenskaplike boedel, ooreenkomstig hierdie wet, aan die langslewende toegeken word. Dit sal beteken dat daar niks in die testateur se boedel oorbly om testamentêr te vererf nie, en dit kom weer neer op 'n effektiewe "herroeping" van die testament. Alles sal egter afhang van die grootte van die testateur se boedel, asook die testatrise se kanse om te slaag met 'n eis kragtens die Wet op Ondehroud van Langslewende Gades.

8 WAT IS DIE OPLOSSING VAN DIE TESTATRISE SE PROBLEEM?

Een moontlike oplossing sal wees dat die testatrise repudieer en om die erfgename (in hierdie geval die kinders) te oorreed om afstand te doen van hulle erfporsies. Dit sal tot gevolg hê dat die testateur se boedel intestaat sal vererf. Die testatrise sal dus in terme van die intestate erfreg geregtig word op die hele boedel, mits die boedel nie groter is as R125 000,00 nie. Indien die testateur se boedel wel groter is as R125 000,00, sal die kinders weer as intestate erfgename in aanmerking kom - dus 'n tipe van "bose kringloop".

Die reg van aanwas **(ius accrescendi***)* is die reg van mede-erfgename om te deel in die bevoordelings van erfgename of legatarisse wat nie kàn of wìl deel in hulle erfporsie kragtens testament nie. Omdat die testatrise nie 'n erfgenaam is nie, sal die reg van aanwas haar nie bevoordeel indien die kinders sou weier om die bemaking te aanvaar nie. Aanwas word ook genegativeer die oomblik as die erfgename 'n gevestigde reg verkry. Die oomblik as die testatrise repudieer, verkry die kinders 'n gevestigde reg op hul erfporsie en sal weiering om die erfporsie te aanvaar, beteken dat hierdie reg oorgaan op die kinders se erfgename. Die effek sal presies dieselfde wees indien die testatrise adieer en die erfgename dan weier om hulle erfporsies te

aanvaar.

'n Ander moontlike oplossing vir die probleem kan wees dat die kinders nie hulle erfporsies opeis binne 3 jaar, vanaf datum wat dit opeisbaar word nie. [43] Die gevolg hiervan sal wees dat die kinders se eise verjaar. [44] Dit is egter 'n tweesnydende swaard, want nie slegs sal die kinders se eise verjaar nie, maar ook diè van die testatrise. Dit sal verder tot gevolg hê dat die Eksekuteur verplig sal wees om die onopgeeïste gelde in die Voogdyfonds te stort ooreenkomstig Artikel 35(13) van die Boedelwet 66 van 1965. Gelde wat in die Voogdyfonds gestort word, word gekrediteer ten gunste van die persone wat daarop geregtig is, wat in hierdie geval die kinders sal wees, en kan dit slegs deur hulle opgeëis word, of deur hulle erfgename, in die geval van hulle vooroorlye.

Aangesien geen haalbare of lewensvatbare oplossing vir die testatrise se probleem in die erfreg gevind kan word nie, het ek as laaste uitweg, my tot die onlangs opgestelde Grondwet van Suid-Afrika 100 van 1993 gewend.

Artikel 8)2) bepaal dat teen geen persoon onregverdig gediskrimineer mag word nie. Verder bepaal Artikel 7(2) dat hoofstuk 3 van die Grondwet, wat oor fundamentele regte handel, van toepassing sal wees op **alle** reg tans in werking. Dit geld dus ook vir die gemenereg.[45] Daar kan geargumenteer word dat dit algemeen aanvaarde reg

---

[43] Betaalbaarheidsdatum sal hier wees binne 3 jaar vanaf goedkeuring van Likwidasie en Distribusierekening deur die Meester, en na verstryking van 21 dae ter-insaelegging-periode, soos omskryf in Artikel 35((4) en (5) van die Boedelwet 66 van 1945.

[44] LAWSA Vol. 31 155

[45] Sien hieroor Cachalia, Cheadle en andere Fundamental rights in the New Constitution Juta & Co Ltd 1994 19 e.v.

is dat 'n ouer sy kind moet onderhou - selfs nà die dood van die ouer. Indien aanvaar word, soos wat ***Van der Merwe & Rowland*** suggereer[46] dat daar 'n morele plig op 'n gade rus om 'n langslewende gade wat meegewerk het tot opbouïng van die oorlede gade se boedel, te onderhou selfs nà die oorlede gade se dood, kan geargumenteer word dat onterwing van die langslewende gade deur die vooroorlede eggenoot, neerkom op onregverdige diskriminasie teen haar. ***Hahlo & Kahn*** [47] sê dat daar 'n "duty of support" op 'n man rus om sy vrou te onderhou. Myns insiens behoort hierdie onderhoudsverpligting selfs nà sy dood gehandhaaf te word. Die langslewende gade behoort dieselfde fundamentele reg tot onderhoud teen die boedel van die vooroorlede eggenoot te hê as die kinders omdat sy saamgewerk het om die boedel op te bou, wat die testateur nou wil verdeel. Kragtens die Grondwet behoort die langslewende gade haar tot die Konstitusionele hof te kan wend op die basis dat haar onterwing in stryd is met haar fundamentele "reg" op onderhoud. Hierdie aanspraak op onderhoud spruit duidelik uit Artikel 2 van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990. Die erkenning van die aanwasbedeling is reeds 'n erkenning van die langslewende gade se "reg" op meer as die helfte van die boedel wat deur albei gades se ywer opgebou is.

Indien die langslewende eggenoot 'n eis kragtens die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades oorweeg, sal die toepassing van Artikel 35(3) van die Grondwet haar bewyslas moontlik verlig.

---

46 Sien 17 hierbo. Ook Van der Merwe et al 621 waar gesê word "Dit is onbevredigend dat dit vir die eggenoot wat onderneem het om sy vrou gedurende hul huwelik te onderhou, en wie se boedel nog steeds daartoe in staat is, moontlik is om sy verpligting op ander persone of op die Staat af te skuif deur sy eggenoot eenvoudig te onterf"

47 The South African Law of Husband and Wife 4de uitgawe Juta & Co 1975 217

Artikel 35(3) van die Grondwet bepaal dat in die interpretasie en uitleg van enige wet of die toepassing en uitbreiding van die gemene reg, 'n hof die gees en doel van die Grondwet in gedagte moet hou. Die gees van die Grondwet is duidelik een van vryheid, gelykheid en om menswaardigheid vir alle onderdane te waarborg. Indien die langslewende eggenote in gevalle soos die onderhawige onterf word, is dit myns insiens 'n aantasting van haar fundamentele "reg" op onderhoud en sekuriteit [48] wat by haar eggenoot se dood oorgegaan het op sy boedel.

Oor die toepassing, interpretasie en afdwinging van die individuele regte wat in Hoofstuk 3 van die Grondwet gewaarborg word, bestaan daar uiteraard nog weinig regspraak en sal die testatrise haar op 'n tot nogtoe onbekende terrein begewe wat haar regsposisie ***vis-a-vis*** die feitestel betref. Hierdie uitweg kan dus uiters riskant wees.

Die enigste werkbare oplossing gaan uiteindelik wees om op die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades staat te maak. Alhoewel daar nog geen gerapporteerde regspraak oor hierdie wet bestaan nie is die **ratio** daarvan versoenbaar met die oorlede gade se "duty of support". My advies aan die langslewende gade sal dus wees om te repudieer en haar dan op die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades te beroep, met die voorbehoud dat sy kan bewys dat sy 'n behoefte aan onderhoud (na uitkering van haar halwe aandeel in die gemeenskaplike boedel) het. Soos reeds vermeld sal haar bewyslas moontlik verlig word met die toepassing van Artikel 35(3) van die Grondwet.

****

---

[48] Sien oor die reg op sekuriteit ook Artikel 11 van die Grondwet; Cachalia et al 34 e.v.

SUMMARY

"The practical implications of adiation and repudiation - a case study"

Whether to adiate or repudiate is a dilemma with which a surviving spouse is often confronted. Recently a testatrix sought legal advice in respect of a will with essentially the following terms :

> The testator and testatrix were married in community of property to each other;
> They executed a joint will in which their estates were massed;
> The will determined that should the testatrix be the first dying the testator shall inherit the entire massed estate;
> Should the testator predecease the testatrix, the entire massed estate shall devolve upon the children of the testator and testatrix, born from the marriage.

The testator died and the testatrix is now faced with the question whether to adiate or to repudiate. If the testatrix repudiates she retains her one half share of the joint estate. Should the testatrix however adiate, she will be left destitute. The question arises whether election and massing, as set out in the common law and Section 37 of the Administration of Estates Act 66 of 1965 in fact apply to this case study. The conclusion is drawn that it does not apply. The will effectively disinherits the surviving spouse which will cannot be amended by the court. The court has no general discretionary power to modify or supplement rights under a will or to authorise the property of the testator to be dealt with in a different manner than prescribed in the will. Whether the clause in terms whereof the testatrix is disinherited is contra bonos mores is still open for speculation. I am of the opinion that the meaning of the term contra bones mores should be extended to include "against public interest". Should the testatrix adiate it would constitute a restriction of her testamentary powers. This effect is in any event brought about where estates have been massed and the surviving spouse then adiates, which effect is not in line with the general view that a testator or testatrix's testamentory powers should be unrestricted. Repudiation by the testatrix will undoubtedly revoke the will as far as her one half share of the joint estate is concerned, but will still be operative in regard to the testator's one half share of the joint estate. Various avenues in solving the problem were explored, such as a relinquishment by the children of the testator and testatrix of their claims to the joint estate, the uis accresendi, prescription, as well as a possible action in the Constitutional Court, on the grounds of the will being discriminatory towards the testatrix. The only viable solution would be for the testatrix to repudiate and to bring a claim in terms of the Maintenance of Surviving Spouses 97 of 1990. The problem with such a claim is that there are no reported cases in which this Act has been tested or interpreted. Section 35(3) of the Constitution of the Republic of south Africa 100 of 1993 might assist the testatrix in proving that she is needy and should receive "maintenance" from her deceased husband's estate.