Beperkings op testeervryheid

J Siecker
21105995

Mini-skripsie voorgelê ter gedeeltelike nakoming vir die graad *Magister Legum* in Boedelreg aan die Potchefstroomkampus van die Noordwes-Universiteit

Studieleier: Dr. HJ Kloppers

November 2014

NORTH-WEST UNIVERSITY
YUNIBESITI YA BOKONE-BOPHIRIMA
NOORDWES-UNIVERSITEIT

Dit begin alles hier ™

INHOUDSOPGAWE

Erkennings......iii

Uittreksel......iv

Kernwoorde......vi

Abstract......vii

Keywords......ix

1 Inleiding 1

1.1 Probleemstelling 1

1.2 Navorsingsvraag 5

1.3 Raamwerk 5

2 Die *Grondwet* 7

2.1 *Minister of Education v Syfrets Trusts LTD NO* 11

2.2 *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of KwaZulu-Natal* 16

2.3 *BOE Trust Ltd And Others NNO* 19

2.2.1 Feite 19

2.2.2 Hoogste Hof van Appèl beslissing 20

2.4 *Board of Executors v Benjamin Heydenrych Testamentary Trust* 23

2.5 Samevattende opmerkings 23

3 Die posisie van gades met betrekking tot testeervryheid 26

3.1 Inleiding 26

3.2 Bepaling van die onderhoudsverpligting 27

3.3 Invloed van die huweliksgoederebedeling op die onderhoudsverpligting 28

3.4 Onderhoudsverpligting soos uiteengesit in *Oshry v Feldman* 30

3.5 Onderhoudsverpligting as 'n morele waarde 31

3.6 Eise volgens preferensie en hiërargie 32

3.7 Samevattende opmerkings 32

4 Onderhoudsverpligting teenoor minderjarige kinders 35

5 Die *Pensioenfondswet* 39

5.1 Wie kwalifiseer as 'n afhanklike? 40

5.2 Is die afhanklike geregtig op onderhoud? 43

5.3 Die verdeling van die pensioenvoordele 44

5.3.1 Bevoegdheid van die trustees 45

5.3.1.1 Artikel 37C(1)(a): Verdeling aan afhanklikes 46

5.3.1.2 Artikel 37C(1)(b): Verdeling aan genomineerdes 46

5.3.1.3 Artikel 37C(1)(bA): Verdeling aan afhanklikes en genomineerdes 47

5.3.1.4 Artikel 37C(1)(c): Uitbetaling aan die boedel 47

5.4 Die gevolg van artikel 37C vir die testateur 48
6 Bemakings met betrekking tot onroerende eiendom.. 50
6.1 *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* 50
6.2 *Wet op die Onderverdeling van Landbougrond* 53
6.3 Samevattende opmerkings.. 54
7 Gevolgtrekking.. 55
7.1 Oorsig...55
7.2 Gevolgtrekking...56
BIBLIOGRAFIE 60

ERKENNINGS

Hiermee die opregte bedankings aan die volgende persone vir die bystand wat hulle aan my gelewer het.

- Aan my Hemelse Vader wat my die vermoë, krag en geleentheid gegun het om hierdie graad te voltooi, sonder U sou dit nie moontlik wees nie.
- My ouers, vir alle ondersteuning en motivering wat hulle aan my gelewer het.
- Dr. Henk Kloppers, vir al sy bystand, geduld en kennis wat hy met my gedeel het.

Jeremia 29:11

Ek weet wat Ek vir julle beplan, sê die Here: voorspoed en nie teenspoed nie; Ek wil vir julle 'n toekoms gee, 'n verwagting!

UITTREKSEL

In hierdie navorsingsverslag word gefokus op die beperkings wat geplaas word op die testeervryheid van ŉ persoon in die breë sin. Die beginsel van testeervryheid is die grondslag van die Suid-Afrikaanse testate erfopvolging. Die Suid-Afrikaanse opvatting van testeervryheid is tans van so ŉ aard dat dit ŉ testateur toelaat om sy of haar boedelbates te bemaak volgens sy of haar goeddunke, onderworpe aan ŉ paar statutêre en gemeenregtelike uitsonderings.

By die bepaling of ŉ spesifieke klousule in ŉ testament vervat kan word, sal sodanige klousule eerstens teen die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* getoets moet word om te bepaal of sodanige klousule moontlik op ŉ grondwetlik verskanste reg inbreuk maak. Verdere statutêre beperkings sluit onder meer die reg om oor onroerende eiendom te beskik wat gereël word deur die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed*, die reg van ŉ minderjarige kind om onderhoud te eis van die boedel, die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* en die *Wet op Pensioenfondse* in.

Testeervryheid word direk gekoppel aan elke persoon se fundamentele regte wat in die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* gewaarborg word. Die beginsel van testeervryheid is in verskeie sake aangespreek en word hierdie sake vervolgens bespreek.

Die tipe huweliksgoederebedeling ingevolge waarvan ŉ huwelik gesluit word is ŉ verdere beperking op die mate waartoe ŉ testateur vrylik oor sy of haar bates kan beskik. Die invloed van huwelike binne en buite gemeenskap van goedere op testeervryheid en die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* word ontleed, sowel as die onderhoudsverpligting wat ontstaan vanuit die huwelik tussen gades en teenoor minderjarige kinders.

Maatskaplike sekuriteit word gereël in terme van artikel 27 van die *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika* en is artikel 37C van die *Pensioenfondswet* geïnkorporeer wat verseker dat ŉ persoon se pensioenvoordele moet voorsien aan die onderhoudsbehoeftes van afhanklikes van die lid. Die werking van artikel 37C en die invloed daarvan op testeervryheid word bespreek.

Die laaste beperking wat hanteer word is beperkings ten opsigte van bemakings van onroerende eiendom. Hierdie bemakings word beperk deur die werking van die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* asook die *Wet op die Onderverdeling van Landbougrond*.

Die navorsingsverslag doen gevolglik 'n in diepte ondersoek na die beperkings wat ontstaan op testeervryheid, die relevansie en werking daarvan en word daar bepaal of die beperkings as billik geag kan word of nie.

KERNWOORDE

Gelykheidsklousule

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Handves van Regte

Huweliksgoederebedelings

Huweliksgoederewet 88 van 1984

Langslewende gade

Minderjarige kinders

Onbillike diskriminasie

Onderhoud

Testament

Testateur

Testeervryheid

Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed 94 van 1965

Wet op Onderhoud 99 van 1998

Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990

Wet op Onderverdeling van Landbougrond 70 van 1970

Wet op Pensioenfondse 24 van 1956

ABSTRACT

This research report is focused on the limitations placed on the freedom of testation of a person in the broader sense. The principle of freedom of testation is the foundation of the South African testate succession. The South African concept of freedom of testation is currently of such a nature that it allows a testator to bequeath his or her assets according to his or her discretion, subject to some statutory and common law exceptions.

In determining whether a particular clause can be contained in a will, such clause shall first be tested against the *Constitution of the Republic of South Africa*, to determine whether such a clause is a possible infringement on a constitutionally entrenched right. Further statutory limitations include the right to dispose of immovable property as regulated by the *Immovable Property (Removal or Modification of Restrictions) Act*, the right of a minor child to claim maintenance from the estate, the *Maintenance of Surviving Spouses Act* and the *Pension Funds Act*.

Freedom of testation is directly linked to every person's fundamental rights which are guaranteed in the *Constitution of the Republic of South Africa*. The principle of freedom of testation has been addressed in several court cases and these court cases are subsequently discussed.

The type of matrimonial property regime under which a marriage is concluded is a further restriction on the extent to which a testator can freely dispose of his or her assets. The influence of marriages concluded in or out of community of property on freedom of testation, the *Maintenance of Surviving Spouses Act* as well as the maintenance obligation that arises from the marriage between spouses and in respect of their minor children will be analysed.

Social security is organised in terms of section 27 of the *Constitution of the Republic of South Africa* and incorporates section 37C of the *Pension Funds Act* to ensure that a person's pension benefits must be awarded to the financial dependants of the member to provide for their maintenance needs. The operation and the influence of section 37C and its influence on freedom of testation are discussed.

The last limitation which is handled is the limitations that exist in respect of bequests of immovable property. These endowments are limited by the operation of the

Immovable Property (Removal or Modification of Restrictions) Act and the *Subdivision of Agricultural Land Act*.

This research report therefore does an in-depth research investigation into the limitations that arise on freedom of testation, the relevance and effectiveness thereof and it is determined whether these restrictions may be considered as reasonable or not.

KEYWORDS

Bill of Rights

Constitution of the Republic of South Africa, 1996

Equality clause

Freedom of testation

Immovable Property (Removal or Modification of Restrictions) Act 94 of 1965

Maintenance

Maintenance Act 99 of 1998

Maintenance of the Surviving Spouse Act 27 van 1990

Matrimonial Property Act 88 of 1984

Matrimonial property regime

Minor children

Pension Funds Act 24 of 1956

Subdivision of Agricultural Land Act 70 of 1970

Surviving spouse

Testator

Unfair discrimination

Will

HOOFSTUK 1

1 Inleiding

1.1 Probleemstelling

Die beginsel van testeervryheid is die grondslag van die Suid-Afrikaanse testate erfopvolging[1] en testeervryheid verwys na die diskresie waaroor 'n testateur[2] beskik om sy of haar boedelbates te bemaak soos hy of sy goed dink.[3] Gemeenregtelik word testeervryheid gedefinieer as die vryheid wat 'n persoon het om 'n geldige testament te verly waardeur die oordrag en die gebruik van die eiendom van die testateur gereël word.[4] Die omvang van testeervryheid word soos volg deur Rowland[5] omskryf:

> It allows the testator's dead hand to exercise a direct and very powerful influence on the lives and property of people who survive him, and on people who are born long after his death – for an indefinite period.

Die Suid-Afrikaanse opvatting van testeervryheid is tans van so 'n aard dat dit 'n testateur toelaat om sy of haar boedelbates te bemaak volgens sy of haar goeddunke, onderworpe aan 'n paar statutêre en gemeenregtelike uitsonderings.[6] Aangesien daar van regsweë sekere beperkings op testeervryheid geplaas word, blyk dit duidelik dat hierdie vryheid nie volstrek is nie.[7] Die standpunt word ingeneem dat die inperking van hierdie vryheid egter tot 'n minimum beperk moet word.[8]

Elke natuurlike persoon bo die ouderdom van 16 jaar is bevoeg om by wyse van testamentêre bemakings oor sy of haar boedel te beskik.[9] Waar sodanige

1 De Waal en Schoeman-Malan *Introduction to Succession* 4; De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 4.
2 Deurgaans sal na die manlike vorm in die verband verwys word.
3 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 4.
4 Coetzee *Die Invloed van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 op Testeervryheid vanuit 'n Boedelbeplanningsperspektief* 4; Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg* 612.
5 Rowland 1967 *Codicillus* 23; Coetzee *Die Invloed van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 op Testeervryheid vanuit 'n Boedelbeplanningsperspektief* 4.
6 Hahlo 1959 *SALJ* 436.
7 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 4; Corbett ea *The Law of Succession in South Africa* 34.
8 Coetzee *Die Invloed van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 op Testeervryheid vanuit 'n Boedelbeplanningsperspektief* 1; Lehmann 2014 *Acta Juridica* 16.
9 A4 van die *Wet op Testamente* 7 van 1953 (hierna die *Wet op Testamente*); Coetzee *Die Invloed van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 op Testeervryheid vanuit 'n Boedelbeplanningsperspektief* 4; Abrie ea *Bestorwe Boedels* 56.

testamentêre bemakings bestaan, is die algemene reël dat howe asook eksekuteurs verplig is om aan die bepalings uitvoering te gee op voorwaarde dat die bepalings in ŉ geldige testament vervat word en dat die bemakings nie strydig met die goeie sedes is nie.[10] Die howe sal nie uitvoering aan ŉ bepaling gee nie indien sodanige bepaling instruksies bevat wat onwettig is,[11] waar die instruksies teen die openbare belang (*contra bones mores*) is,[12] waar die instruksies vaag en/of verwarrend is[13] en/of die uitvoering daarvan onmoontlik is.[14] Sodanige bepalings sal beskou word as *pro non scriptio*.[15]

Bo en behalwe bostaande redes bestaan daar nog gemeenregtelike en statutêre beperkings wat op die testateur se testeervryheid geplaas word. By die bepaling of ŉ spesifieke klousule in ŉ testament vervat kan word, sal sodanige klousule eerstens teen die *Grondwet*[16] getoets moet word om te bepaal of sodanige klousule moontlik op ŉ grondwetlik verskanste reg inbreuk maak. Verdere statutêre beperkings sluit onder meer in –

- die reg om oor onroerende eiendom te beskik wat gereël word deur die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed*;[17]
- die reg van ŉ minderjarige kind om onderhoud te eis van die boedel;
- die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades*;[18] en

10 Coetzee *Die Invloed van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 op Testeervryheid vanuit ŉ Boedelbeplanningsperspektief* 4.

11 Die bepaling van die testamentêre klousule behels die pleeg van ŉ kriminele of onregmatige daad.

12 Die tipe bepaling het ŉ onsedelike of skelm oorweging tot gevolg. Waar die voorwaarde ŉ begunstigde verbied om in die huwelik tree of die oogpunt het om ŉ bestaande huwelik te verbrokkel, sal dit as ŉ onsedelike bepaling geklassifiseer word. Hierdie standpunt word bevestig in *De Wayer v SPCA Johannesburg* 1963 1 SA 71 (T).

13 In *Ex Parte Dessels* 1976 1 SA 851 (D) het die testateur se testament in klousule 8 (b) bepaal "... dat applikante waar sy ookal mag woon nie sal toelaat dat 'enige vreemde persoon of persone' saam met haar woon nie behalwe 'as ... ŉ blote besoeker nie' en in sodanige geval vir ŉ maksimum tydperk van een week per jaar en manlike persone kon nie as besoekers aanvaar word nie behalwe in die geval waar hulle deur hulle eggenotes vergesel word nie". Die hof het hier beslis dat daar nie duidelik staan wat onder die woorde 'vreemde persoon' verstaan moet word en wanneer ŉ 'vreemde persoon' nie meer as sodanig geklassifiseer word nie en gevolglik is die hof van mening dat die klousule te vaag is en geskrap moet word.

14 Corbett ea *The Law of Succession in South Africa* 40; Smith *Freedom of Testation* 1; De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 4.

15 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 126.

16 *Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika,* 1996 (hierna die *Grondwet*).

17 94 van 1965.

18 27 van 1990 (hierna die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades*). A2(1) bepaal dat indien ŉ huwelik ná die inwerkingtreding van hierdie Wet deur die dood ontbind word, het die langslewende ŉ vordering teen die boedel van die afgestorwe gade vir die voorsiening in sy eie redelike onderhoudsbehoeftes tot by sy dood of hertroue vir sover hy nie uit eie middele en verdienste daartoe in staat is nie.

- die *Wet op Pensioenfondse.*[19]

Na aanleiding van bogenoemde berus die beperkings geplaas op testeervryheid gewoonlik op ŉ persoon se maatskaplike of ekonomiese oorwegings.[20]

Testeervryheid word direk gekoppel aan elke persoon se fundamentele regte wat in die *Grondwet* gewaarborg word.[21] In *BOE Trust Ltd*[22] was die hof van mening dat om erkenning te gee aan ŉ testateur se testeervryheid, moet daar uitvoering gegee word aan die grondwetlike beginsel van menswaardigheid.[23] Menswaardigheid is ŉ sentrale waarde in die normatiewe waardestelsel soos vervat in die *Grondwet*.[24] In die Suid-Afrikaanse reg is daar sekerheid wat betref die deurslaggewende waarde van menswaardigheid maar die betekenis van die begrip is nie so duidelik nie.[25] By die definiëring van die begrip 'menswaardigheid' kan gekyk word na die ontstaan daarvan in die Kantiaanse morele filosofie waar beskou is dat menswaardigheid ŉ persoon se intrinsieke waarde daarstel.[26] Die grondwetlike beskerming van waardigheid vereis dat die waarde van alle persone as lede van die gemeenskap erken moet word.[27] Menswaardigheid is die bron van persone se reg tot vryheid en fisiese integriteit waaruit ŉ aantal verdere regte vloei.[28] Artikel 10 van die Handves van Regte bepaal dat elke persoon ingebore waardigheid het en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word.[29]

Na aanleiding van bostaande blyk dat verskeie regte vanuit die reg op menswaardigheid voortvloei. Een van die regte wat uit die reg op menswaardigheid voortvloei, is om gelyk voor die reg gehanteer te word.[30] Artikel 9 van die *Grondwet* vervat die bepalings wat die gelykheidsklousule reël, en bepaal dat elke persoon

19 24 van 1956 (hierna die *Pensioenfondswet*); A37C bepaal dat enige voordeel wat deur ŉ geregistreerde fonds betaalbaar is by die afsterwe van ŉ lid nie deel uitmaak van die boedel van so ŉ lid nie. Smith *Freedom of Testation* 1; De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 4.
20 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 4.
21 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 4.
22 2013 3 SA 236 (HHA) (hierna die *BOE*-saak).
23 Lehmann 2014 *Acta Juridica* 11. Vir ŉ volledige bespreking met betrekking tot die grondwetlike prinsiep van menswaardigheid kan *Thomas and Another v Minister of Home Affairs* 2000 3 SA 936 (KH) geraadpleeg word.
24 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 272.
25 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 273.
26 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 273.
27 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 273.
28 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 273.
29 A10.
30 Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 272.

gelyk is voor die reg en dat daar nie regstreeks of onregstreeks onbillik op grond van ras, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal of geboorte gediskrimineer mag word nie. Die werking van artikel 9 en die invloed daarvan op testeervryheid kan duidelik gesien word in *Minister of Education v Syfrets Trusts Ltd NO*.[31] Dit is die eerste gerapporteerde beslissing waar die beginsel van testeervryheid bevraagteken is deur te steun op die beskerming van ŉ persoon se fundamentele regte soos uiteengesit in die Handves van Regte.[32]

Verdere regte wat deur die *Grondwet* beskerm word, is ŉ persoon se sosio-ekonomiese regte. Soos vroeër gestel, vloei verskeie regte uit ŉ persoon se reg op menswaardigheid voort en maak sosio-ekonomiese regte deel uit van hierdie regte wat so ontstaan. Sosio-ekonomiese regte sluit scenario's in wat bepaal dat, waar ŉ persoon nie hom of haar kan onderhou nie, moet geskikte maatskaplike bystand aan die persoon verleen word.[33]

Ter illustrasie, Suid-Afrikaanse pensioenfondsvoordele maak deel uit van maatskaplike sekuriteit soos bepaal in artikel 27 van die *Grondwet*.[34] Artikel 27 van die *Grondwet* bepaal dat elke persoon die reg op toegang tot maatskaplike sekerheid het. Dit sluit gepaste maatskaplike ondersteuning in waar persone nie daartoe in staat is om hulle of hulle afhanklikes te onderhou nie. Die allokasie en distribusie van pensioenfondsvoordele by die afsterwe van ŉ lid van "n pensioenfonds word sterk beïnvloed deur die werking van artikel 37C van die *Pensioenfondswet*.[35] Die kriteria uiteengesit in artikel 37C bepaal dat ŉ persoon afhanklik moet wees.[36] Die hoofdoel van artikel 37C is om diegene wat afhanklik was van die oorledene tydens sy of haar leeftyd, te beskerm.[37] In werklikheid beperk artikel 37C die testateur se testeervryheid.[38] ŉ Persoon mag dus met sy of haar pensioenvoordele net handel op ŉ wyse wat nie strydig is met die bepalings soos vervat in artikel 37C nie. Dit is maar een voorbeeld van ŉ beperking wat op

31 2006 4 SA 205 (K) (hierna die *Syfrets*-saak). Die saak sal later in meer diepte bespreek word.
32 Wood-Bodley 2007 *SALJ* 687.
33 A27(1)(c); Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook* 273.
34 De Villiers en Giese *A Review of Children's Access to Employment-based Contributory Social Insurance Benefits* 3.
35 Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 153.
36 Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 153.
37 Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 153.
38 Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 153.

testeervryheid geplaas word. Hierdie beperking, tesame met verskeie ander, sal in die hoofstukke wat volg, in meer detail ontleed word

Na aanleiding van bostaande is dit duidelik dat testeervryheid ŉ belangrike beginsel in die Suid-Afrikaanse reg is en dat daar sover moontlik daaraan uitvoering gegee moet word. Daar bestaan egter verskeie statutêre maatreëls om hierdie vryheid aan bande te lê. Die vraag ontstaan of Suid-Afrikaners nog werklik "vry" is om oor hulle bates te beskik soos hulle graag sou wou. Na aanleiding van die onderskeie statutêre maatreëls wat bestaan en wat testeervryheid inperk, wil dit voorkom asof ŉ persoon nie werklik meer testeervryheid oor sy of haar eiendom het nie en dat hy of sy oor sodanige eiendom moet beskik soos uiteengesit van regsweë.

1.2 Navorsingsvraag

Na aanleiding van bostaande bespreking kan die navorsingsvraag soos volg geformuleer word: "Watter beperkinge word van regsweë geplaas op die uitoefening van die testateur se testeervryheid?"

1.3 Raamwerk

Soos hierbo vermeld, fokus hierdie navorsingsverslag op die beperkings wat geplaas word op die testeervryheid van ŉ persoon in die breë en kan die tema soos volg gestruktureer word:

In hoofstuk 2 word die beperkings wat deur die *Grondwet* geplaas word, geanaliseer. Die bestaan van beperkings op ŉ persoon se testeervryheid soos uiteengesit in die *Grondwet*, veral in die Handves van Regte, sal bespreek word. Belangrike artikels van toepassing is onder andere artikel 9 (die gelykheidsklousule) en artikel 27 wat handel oor maatskaplike sekerheid. Ter illustrasie sal spesifiek na die *BOE*-saak en die *Syfrets*-saak gekyk word.

Die tipe huweliksgoederebedeling ingevolge waarvan ŉ huwelik gesluit word is ŉ verdere beperking op die mate waartoe ŉ testateur vrylik oor sy of haar bates kan beskik. In hoofstuk 3 word die invloed van huwelike binne en buite gemeenskap van goedere op testeervryheid en die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades*

ontleed. ŉ Beginsel in die Suid-Afrikaanse reg is dat, waar twee partye tot ŉ huwelik toetree, ŉ regsafdwingbare verhouding gevorm word tesame met ŉ verpligting om mekaar te ondersteun en onderhou. Die beginsel sal ŉ direkte invloed op ŉ persoon se testeervryheid hê, veral waar een gade die ander gade wil onterf. Gevolglik sal in die besonder aandag geskenk word aan ŉ spesifieke huweliksgoederebedeling.

Die onderhoudsverpligtinge wat ontstaan ten opsigte van minderjarige kinders sal in hoofstuk 4 geanaliseer word. Alhoewel ŉ persoon die reg het om oor sy of haar bates te beskik soos hy of sy goed dink en dit toelaatbaar is om sy of haar kind te onterf, sal sy of haar testeervryheid beperk word deur die eis om onderhoud deur ŉ minderjarige kind.

ŉ Wesenlike beperking wat op ŉ persoon se testeervryheid geplaas word, is ŉ beperking soos bepaal in artikel 37C van die *Pensioenfondswet*. Pensioenfondse is deel van maatskaplike sekerheid en dié fondse word dus in artikel 27 van die *Grondwet* beskerm. Hierdie beperking sal spesifiek in hoofstuk 5 gehanteer word.

Laastens kom bemakings met betrekking tot onroerende eiendom in hoofstuk 6 aan bod. Die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* asook die *Wet op die Onderverdeling van Landbougrond* sal oorweeg word en die invloed van hierdie wetgewende regulasies op ŉ persoon se testeervryheid sal ondersoek word.

Aangesien die *Grondwet* die oppergesag van die Suid-Afrikaanse regstelsel is, is dit belangrik om eerstens aandag te skenk aan die beperkings geplaas op ŉ testateur se testeervryheid soos vervat in die *Grondwet*, welke bespreking hierna vervolg.

HOOFSTUK 2

2 Die *Grondwet*

Een van die hoekstene van die Suid-Afrikaanse erfreg is die beginsel van testeervryheid.[39] Bemakings wat elemente bevat wat onwettig is of wat teen die openbare belang is sowel as bemakings wat te vaag is om geïmplementeer te word, sal egter onafdwingbaar wees.[40] In sodanige omstandighede kan 'n hof beveel dat die bemaking totaal geskrap word of dat sekere onvanpaste woorde of frases verwyder word.[41] Die onderstaande is voorbeelde met betrekking tot onwettige en onsedelike of immorele voorwaardes:[42]

- Voorwaardes wat die ontbinding van 'n huwelik aanmoedig en beperking of inkorting van 'n huwelik daarstel, is *contra bones mores*. In *Oosthuizen v Bank Windhoek Ltd NO*[43] het die testateur sy hele boedel in gelyke dele aan sy kinders bemaak.[44] Die bemaking was onderworpe aan die voorwaarde dat een spesifieke dogter eers by die ontbinding van haar huwelik op haar erfporsie geregtig sou wees.[45] Die testateur het spesifiek bepaal dat haar erfporsie in 'n trust behou moet word tot en met die datum van die ontbinding van die huwelik.[46] Die uitvoerbaarheid van die klousule is bevraagteken en die hof het beslis dat hierdie klousule *contra bones mores* of teen die goeie sedes was.[47]

---

39 Roux 2013 *De Rebus* 48; Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 1; Du Toit 2001 *SLR* 224; Smith *Freedom of Testation* 1; De Waal en Schoeman-Malan *Introduction to Succession* 4; Lehmann 2014 *Acta Juridica* 9; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 688; De Waal 1997 *SLR* 169.

40 Theron 2012 http://www.stbb.co.za; Schulze 2011 *De Rebus* 38; Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 21; Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za; Field's Attorneys 2012 http://www.fieldslaw.co.za.

41 Theron 2012 http://www.stbb.co.za; Field's Attorneys 2012 http://www.fieldslaw.co.za; Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.

42 Theron 2012 http://www.stbb.co.za; Field's Attorneys 2012 http://www.fieldslaw.co.za; Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.

43 1991 1 SA 849 (NHH).

44 Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za; Field's Attorneys 2012 http://www.fieldslaw.co.za.

45 Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za; Field's Attorneys 2012 http://www.fieldslaw.co.za.

46 Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za; Field's Attorneys 2012 http://www.fieldslaw.co.za.

47 Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za; Field's Attorneys 2012 http://www.fieldslaw.co.za.

- ʼn Voorwaarde wat teen die jurisdiksie van die hof inwerk. is een wat teen die openbare beleid inwerk. ʼn Voorbeeld hiervan sou wees waar ʼn kontraktuele bepaling bestaan ingevolge waarvan ʼn persoon verbied word om die howe te nader vir regsbystand.[48] Geen kontraktuele bepaling kan regte skep en terselfdertyd die jurisdiksie van die howe herroep om die regte af te dwing nie.[49]
- ʼn Voorwaarde wat elemente van rassevooroordeel bevat kan aanstootlik wees.[50] By die bepaling of ʼn bemaking ʼn rassevoordeel bevat, kan gekyk word na die riglyne wat in *Harksen v Lane*[51] neergelê is.[52] Die volgende drie riglyne is geïdentifiseer en daarna word kortliks verwys.[53] Eerstens moet bepaal word of die bepaling differensieer tussen mense of groepe mense.[54] Tweedens moet bepaal word of die differensiasie neerkom op diskriminasie, en derdens moet bepaal word of die diskriminasie onbillik is of nie.[55]

Die howe se bevoegdhede word verder versterk deur sekere statutêre bepalings soos verder bespreek sal word. Die *Grondwet* stel egter sekere beperkings daar met betrekking tot ʼn persoon se testeervryheid. Geen testamentêre bemakings mag met die bepalings soos vervat in die *Grondwet* teenstrydig wees nie, met spesifieke verwysing na die Handves van Regte.

Die gelykheidsklousule is nie net van toepassing op testamentêre bepalings gemaak deur ʼn testateur in sy of haar testament nie, maar ook op die testateur as persoon self. Vervolgens word kortliks aandag geskenk aan die invloed wat artikel 9 van die *Grondwet* op die testateur as persoon het.

Die *Wet op Testamente* gee ingevolge artikel 2(3) en 2A aan howe die bevoegdheid om testamente te wysig en/of te herroep. In *Bekker v Naude*[56] is die toepassing van

---

48 Warner 2012 http://www.nortonrosefulbright.com.
49 Warner 2012 http://www.nortonrosefulbright.com.
50 Sien in die algemeen *Board of Executors v Benjamin Godlieb Heydenrych Testamentary Trust and Others* 2011 ZAWCHC 466; *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of KwaZulu-Natal* 2010 6 SA 518 (HHA) (hierna die *Emma Smith*-saak); *BoE Trust Limited and Others NNO* 2013 3 SA 236 (HHA); *Minister of Education v Syfrets Trusts LTD NO & Another* 2006 4 SA 205 (K). [Godlieb is nie ingesluit in die inligting in die bronnelys nie]
51 1998 1 SA 300 (KH).
52 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 21.
53 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 21.
54 320A; Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 21.
55 321E-G; Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 21.
56 2003 5 SA 173 (HHA) (hierna *Bekker v Naude*).

artikel 2(3) onder die loep geneem en moes die hof uitspraak lewer oor die vraag hoe streng die wetsartikel toegepas moet word. By die streng toepassing van die wetsartikel is die gevolg dat die testateur se testeervryheid ingeperk word in die sin dat daar nie aan die testateur se wense uitvoering gegee word nie.[57] Die belangrikheid van die testateur se bedoeling word dus verminder. Sou die testateur se testament nie aan al die vereistes van die wetsartikel voldoen nie en artikel 2(3) word streng toegepas, sal daar nie aan die wense van testateur uitvoering gegee word nie maar eerder aan die vereistes soos in artikel 2(3) uiteengesit. Die beslissing in *Bekker v Naude* word deur verskeie outeurs gekritiseer.[58] Die beslissing het 'n nuwe vereiste met die toepassing van artikel 2(3) daargestel. Volgens die beslissing moet 'n testateur sy of haar testament persoonlik opstel en gevolglik sal die bedoeling van die testateur van minder belang wees indien nie aan die nuwe vereiste voldoen word nie.[59] Soos wat die beslissing onderworpe is aan kritiek ingevolge die *Wet op Testamente* kan die beslissing ook potensiële grondwetlike probleme tot gevolg hê.[60] Paleker voer aan:[61]

> Section 9(3) of the Constitution, the equality clause, enumerates a number of grounds of discrimination. The enumerated are not a closed list. Consequently, the equality clause may be invoked to prevent unfair discrimination against people on the grounds other than those specifically mentioned in section 9(3). It is submitted that section 2(3) of the Wills Act (as interpreted by the Supreme Court of Appeal) unfairly discriminates against physically challenged, blind and illiterate people.

Paleker se standpunt word deur Wood-Bodley gekritiseer wanneer laasgenoemde aanvoer dat blinde persone hulle testamente kan dikteer of rekenaars kan gebruik wat spesifiek vir blinde persone ontwerp is.[62] Verder kan 'n ongeletterde persoon 'n testament onderteken deur 'n duimafdruk te maak of 'n kruis te maak; gevolglik kan

57 Banda *The Court's Power to Condone a Document in Terms of Section 2(3) and Section 2A of the Wills Act 7 of 1953* 25-26; Schoeman-Malan ea 2014 *Acta Juridica* 90-91; Keightley 2003 *Annual Survey of South African Law* 534.

58 Paleker 2004 *SALJ* 27; Schoeman-Malan ea 2014 *Acta Juridica* 90-91.

59 Banda *The Court's Power to Condone a Document in Terms of Section 2(3) and Section 2A of the Wills Act 7 of 1953* 26; Paleker 2004 *SALJ* 29.

60 Banda *The Court's Power to Condone a Document in Terms of Section 2(3) and Section 2A of the Wills Act 7 of 1953* 26; Paleker 2004 *SALJ* 27.

61 Paleker 2004 *SALJ* 32.

62 Jamneck en Rautenbach *The Law of Succession in South Africa* 81; Banda *The Court's Power to Condone a Document in Terms of Section 2(3) and Section 2A of the Wills Act 7 of 1953* 26.

nie daarop gesteun word dat artikel 2(3) van die *Wet op Testamente* onbillike diskriminasie daarstel teenoor testateurs nie.[63]

Na aanleiding van bostaande is dit duidelik dat die standpunt bestaan dat ŉ testateur deur die werking van artikel 2(3) beperk kan word. Die standpunt word egter gekritiseer met betrekking tot die toepassing van artikel 9[64] van die *Grondwet* dat die uitspraak van *Bekker v Naude* tot onbillike diskriminasie kan lei. Dit kan egter nie op onbillike diskriminasie neerkom nie weens die verskeie middele wat tot blinde en ongeletterde persone se beskikking is by die verlyding van ŉ testament. Wood-Bodley[65] se siening dat daar verskeie maniere bestaan om ŉ testament op te stel en steeds aan al die vereistes en die streng uitleg van artikel 2(3) te voldoen soos bepaal in *Bekker v Naude*, word ondersteun. Paleker voer aan dat blinde, ongeletterde en fisies gestremde persone suksesvol sal wees met ŉ argument dat artikel 2(3) teen hulle diskrimineer ingevolge artikel 9(3).[66] Volgens Paleker[67] is dit moeilik en soms onmoontlik vir die spesifieke groep persone om ŉ testament persoonlik te verly of aan ŉ derde party te dikteer. Sodanige persone het die bystand van regsadviseurs of ander professionele persone nodig om hulle testamente namens hulle op te stel.[68]

---

63 Jamneck en Rautenbach *The Law of Succession in South Africa* 81; Banda *The Court's Power to Condone a Document in Terms of Section 2(3) and Section 2A of the Wills Act 7 of 1953* 26-27.

64 A9 van die *Grondwet* bepaal:
(1) Elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op gelyke beskerming en voordeel van die reg.
(2) Gelykheid sluit die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede in. Ten einde die bereiking van gelykheid te bevorder, kan wetgewende en ander maatreëls getref word wat ontwerp is vir die beskerming of ontwikkeling van persone, of kategorieë persone, wat deur onbillike diskriminasie benadeel is.
(3) Die staat mag nie regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand diskrimineer op een of meer gronde nie, met inbegrip van ras, geslagtelikheid, geslag, swangerskap, huwelikstaat, etniese of sosiale herkoms, kleur, seksuele georiënteerdheid, ouderdom, gestremdheid, godsdiens, gewete, oortuiging, kultuur, taal en geboorte.
(4) Geen persoon mag regstreeks of onregstreeks onbillik teen iemand op een of meer gronde ingevolge subartikel (3) diskrimineer nie. Nasionale wetgewing moet verorden word om onbillike diskriminasie te voorkom of te belet.
(5) Diskriminasie op een of meer van die gronde in subartikel (3) vermeld, is onbillik, tensy daar vasgestel word dat die diskriminasie billik is.

65 Jamneck en Rautenbach *The Law of Succession in South Africa* 81.

66 Paleker 2004 *SALJ* 32.

67 Paleker 2004 *SALJ* 32.

68 Paleker 2004 *SALJ* 32.

2.1 Minister of Education v Syfrets Trusts LTD NO

Die *Syfrets*-saak is die eerste gerapporteerde beslissing waarin die beginsel van testeervryheid bevraagteken word deur te steun op die beskermde regte soos vervat in die Handves van Regte.[69] Die oorledene, dr. Edmund William Scarbrow, het ŉ testament opgestel waarin hy beurse aan verdienstelike studente aan die Universiteit Kaapstad toegestaan het, met die volgende bepalings: studente met beperkte of geen middele om te studeer nie, van Europese afkoms, maar nie Joods of vroulik nie.[70] Die beurse sou betaalbaar wees uit die Scarbrow Bursary Fund Testamentary Trust[71] wat opgerig is na aanleiding van die oorledene se testament. Die voormalige Minister van Onderwys, K. Asmal, het ŉ advertensie wat op 30 Maart 2002 in ŉ naweekkoerant verskyn het, raakgelees waarin verdienstelike studente uitgenooi is om aansoek te doen om die beurse en hy was van mening dat die kriteria hierin uiteengesit teenstrydig was met artikel 9 van die *Grondwet*.[72] Die minister was van mening dat die kriteria onbillik gediskrimineer het op grond van ras, geslag en geloof.[73] Die minister het korrespondensie aan die trustees van die Scarbrow-trust gestuur waarin hy versoek het dat die kriteria met betrekking tot ras, geslag en geloof uitgesluit moet word in lig van die Handves van Regte.[74] Die trustees van die trust het geen poging aangewend om diskriminerende klousules te regverdig of te verdedig nie en het aangevoer dat die beginsel van testeervryheid hulle verhinder om van die bepalings af te wyk tensy ŉ hofbevel bestaan wat hulle verplig om daarvan af te wyk.[75]

Die minister het vervolgens aansoek gedoen vir ŉ bevel om die spesifieke bepalings vanuit die testament te verwyder.[76] Die Universiteit Kaapstad is gevoeg as tweede applikant in die aansoek.[77] Die trustees van die trust het nie die aansoek

69 Wood-Bodley 2007 *SALJ* 687.
70 *Minister of Education v Syfrets Trusts LTD NO & Another* 2006 4 SA 205 (K) 206A-B; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 687; Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.
71 Hierna die Scarbrow-trust.
72 212G-H; Smith *Freedom of Testation* 99.
73 Smith *Freedom of Testation* 99.
74 212H-I.
75 212I-213A.
76 213A-B.
77 213C-D.

teengestaan nie, maar ŉ *curator ad litem* is aangestel om die potensiële begunstigdes van die klas soos na verwys in die testament, te verteenwoordig.[78]

Die applikante het aangevoer dat die hof by magte is om die klousule te verwyder op die onderstaande gronde:[79]

- ingevolge artikel 13 van die *Wet op Beheer van Trustgoed*,[80] wat bepaal dat die hof by magte is om voorwaardes wat gevolge voortbring wat volgens die mening van die hof nie deur die stigter voorsienbaar was nie, die oogmerke van die stigter belemmer, die belange van begunstigdes benadeel of teen die openbare belang is;
- ingevolge die gemenereg wat bemakings verbied wat onwettig, immoreel of teen die openbare belang is; of
- deur direkte toepassing van die Handves van Regte in die *Grondwet*, spesifiek die gelykheid en niediskriminerende bepalings soos vervat in artikel 9.

Soos vroeër gestel, het die respondente gehoor gegee aan die beslissing van die hof, maar het die Meester van die Hooggeregshof in sy verslag verwys na die beginsel van testeervryheid en aangedui dat hierdie soort trusts algemeen voorgekom het.[81] Die *curator ad litem* het ook op die beginsel van testeervryheid gesteun, naamlik dat die beginsel van testeervryheid gehandhaaf moet word.[82] Hy het aangetoon dat die gemeenregtelike beginsel van testeervryheid ŉ hoeksteen van die Suid-Afrikaanse erfreg uitmaak.[83] Daar is aangevoer dat, om testeervryheid as ŉ hoeksteen van die erfreg te wysig, die gevolg sal hê dat die beginsel nietig beskou sal word.[84] Geen redes kon egter verskaf word waarom testeervryheid as ŉ hoeksteen van die erfreg beskou moes word nie.[85]

Die respondente het verder aangevoer dat die begrip beskerm word as ŉ grondwetlike reg ingevolge die eiendomsklousule, artikel 25(1) van die *Grondwet.*[86] Die *curator ad litem* het verder ook gesteun op die reg van menswaardigheid soos

78 214A-B; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 687-688.
79 213E-H; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 688.
80 57 van 1988 (hierna die *Wet op Beheer van Trustgoed*).
81 213H-I.
82 216A-B.
83 216A-B; Smith *Freedom of Testation* 100.
84 Smith *Freedom of Testation* 100.
85 Smith *Freedom of Testation* 100.
86 216B-D; Smith *Freedom of Testation* 100; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 688.

vervat in artikel 10, die reg op privaatheid in artikel 14 en die reg op vryheid van sekerheid van die persoon soos vervat in artikel 12 om die begrip testeervryheid te ondersteun.[87]

Dit is getoon dat die testateur, dr. Edmund William Scarbrow, die Scarbrow trust in terme van sy testament opgerig het in 1920 toe ŉ diskriminasie klousule nog nie bestaan het nie en diskriminasie ook nie teen die openbare belang was nie.[88] Die testateur is in 1921 oorlede en die trust het in 1965 tot stand gekom ná die dood van sy laaste seun.[89]

Griesel R was van mening dat die bovermelde drie gronde tot ŉ mate gebaseer is op die gelykheidsklousule in die *Grondwet* en daarop gerig is om gelykheid te bevorder.[90] Hy was verder van mening dat die applikante suksesvolle redes aangevoer het vir die vereiste regshulp op elk van die genoemde drie gronde.[91] Die vraag het ontstaan tot watter mate testeervryheid, wat ŉ fundamentele beginsel van die erfreg is, ingeperk moet word ten einde uitvoering te gee aan artikel 9 van die *Grondwet* sodat daar geen onbillike diskriminasie op grond van ras, geslag, geloof of etnisiteit is nie.[92] Griesel R het egter verkies om sy beslissing te baseer op die tweede grond, naamlik die bestaande beginsels van die gemenereg beïnvloed deur die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte.[93]

Beide die applikante en respondente se regsverteenwoordiging het aanvaar dat testeervryheid ŉ integrale deel van ŉ persoon eiendomsreg uitmaak en gevolglik ingevolge artikel 25 van die Handves van Regte beskerm word.[94] Griesel R het egter nie ŉ beslissing hieroor gemaak nie maar het die benadering aanvaar slegs vir doeleindes van sy beslissing.[95] Griesel R het bevind dat die *curator ad litem* se

87 Smith *Freedom of Testation* 100.
88 218D-F, 219B; Smith *Freedom of Testation* 100.
89 Smith *Freedom of Testation* 100; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 687.
90 215B-C; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 688.
91 215C-D; Smith *Freedom of Testation* 100; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 687.
92 Wood-Bodley 2007 *SALJ* 688.
93 Wood-Bodley 2007 *SALJ* 688; Smith *Freedom of Testation* 101. Griesel R is van mening: "In my view, the answer is self-evident: it can never be in the public interest of a society founded on 'the achievement of equality' to deny access to funding, to continue their education, to previously disadvantaged and marginalised groups of people on the basis of their race, gender or religion".
94 216B-D; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 688.
95 216D-E.

argument wat op die eiendomsklousule gebaseer is om verskeie redes nie kan slaag nie.[96]

Artikel 25(1) beskerm net teen die "arbitrêre ontneming" van eiendom en die verwydering van die diskriminerende klousules kan nie as arbitrêr gesien word nie, en die verwydering van die bepalings kon ook nie gesien word as die ontneming van eiendom nie.[97] Griesel R het aangevoer dat geen gesag aan hom verskaf is wat aangedui het dat die regshulp wat aangevra is, op die ontneming van eiendom neergekom het nie.[98] Hy was van mening dat geen inmenging ontstaan het met die "gebruik, genot of benutting" van die eiendom deur die testateur of sy erfopvolger (die trustee) nie.[99] Daar was ook nie verdere beduidende inmenging of beperkings as die normale beperkings wat op die gebruik of genot van eiendom geplaas mag word nie.[100] Griesel R was van mening dat, sou ontneming van eiendom suksesvol bewys word, dit nie arbitrêre ontneming van eiendom sou daargestel het nie.[101] Vir ontneming van eiendom om arbitrêr te wees, moet die ontneming prosedureel onregverdig wees of plaasvind sonder genoegsame gronde vir die ontneming.[102] Hy het verder aangevoer aan dat die beginsel van testeervryheid nie volstrek is nie en dat verskeie beperkings vanuit die gemenereg asook vanuit statute daarop geplaas is.[103] Gevolglik was Griesel R van mening dat die verwydering van die betwiste bepalings ŉ beperking op testeervryheid sou daarstel en nie ontneming van eiendom tot gevolg sou hê nie.[104]

Die volgende aspek waaraan regter Griesel aandag geskenk het, was die posisie van openbare belang. Die beginsel dat howe nie aan ŉ testateur se wense uitvoering sal gee nie indien die wense teen die openbare belang is, is ŉ aanvaarde gemeenregtelike beginsel.[105] Hierdie beginsel word al sedert die Romeinse tye toegepas en sodoende word testeervryheid ingeperk.[106] Die beginsel van openbare belang is nie ŉ statiese begrip nie en ontwikkel soos gemeenskapsbelange

96 216E; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 688.
97 216G-217B; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 688-689.
98 217A-B.
99 217B-C.
100 217B-C.
101 217E-G.
102 217F.
103 217F.
104 Wood-Bodley 2007 *SALJ* 689.
105 218B; Wood-Bodley 2007 *SALJ* 696; Smith *Freedom of Testation* 101.
106 218B-C.

verander.[107] Sedert die inwerkingtreding van die *Grondwet* is beginsels soos bepaal deur openbare belang deel van die *Grondwet* en die fundamentele waardes wat daarin vervat is, bring ’n normatiewe waardestelsel mee.[108]

Die laaste punt waarop die regter gefokus het, was die kwessie van gelykheid. Ter ondersteuning van die applikante se argument dat die bepaling in die testament teen die openbare belang was, het die klem op die grondwetlike reg tot gelykheid geval.[109] Gelykheid is nie net ’n grondwetlik beskermde reg nie maar ook ’n kernwaarde van die *Grondwet*.[110]

Regter Griesel het die meriete van die aansoek oorweeg op grond van die gemenereg eerder as op die direkte toepassing van die *Grondwet*.[111] ’n Ondersoek van die aansoek kan beperk word tot die vraag of die betwiste bepalings neerkom op onbillike diskriminasie of nie.[112] Indien die bepalings op onbillike diskriminasie neergekom het sou die bepalings volgens Griesel R outomaties teen die openbare belang wees.[113]

Na aanleiding van die regter se ondersoek en toepassing van bogenoemde beginsels het hy tot die gevolgtrekking gekom en die beslissing gemaak dat die bepaling met betrekking tot "Europese afkoms" indirekte diskriminasie op grond van ras en geslag daarstel[114] en dat die uitsluiting van Jode en vroue direkte diskriminasie op grond van geloof en geslag daarstel.[115]

Regter Griesel het vervolgens bevind dat die bepalings onbillike diskriminasie daargestel het en teen die openbare belang was.[116] Hy was dus by magte om testeervryheid in te perk op grond van die onbillike diskriminasie.[117] Die applikante in

107 218D-E.
108 218E-F.
109 220D-E.
110 221A-B.
111 221E-F.
112 221F.
113 221G.
114 222B-C.
115 222B-C.
116 229D-E.
117 Smith *Freedom of Testation* 104.

die aansoek was suksesvol en kon Scarbrow-beurse aan alle behoeftige studente van die Universiteit Kaapstad allokeer ongeag ras, geslag of geloof.[118]

Na aanleiding van bogenoemde is dit duidelik dat die regter alle aspekte oorweeg het wat ŉ invloed op testeervryheid kon hê asook die gevolge wat dit vir die gemeenskap sou inhou indien hierdie testamentêre voorwaardes behou of verwyder word. Hy het ook die regsposisie van die testateur en sy reg op testeervryheid in ag geneem. Die regte van die gemeenskap en testeervryheid is teen mekaar opgeweeg ten einde te bepaal watter reg die swaarste weeg. Ná opweging van openbare belang en die *Grondwet* teenoor mekaar was dit duidelik dat die waardes van openbare belang en die toepassing van die gelykheidsklousule in die *Grondwet* die swaarste geweeg het. Gevolglik is die testateur se testeervryheid tot so ŉ mate ingeperk dat die bepalings nie met die *Grondwet* of met openbare belang teenstrydig was nie. Die standpunt was dat regter Griesel se beslissing ondersteun word. Die *Grondwet* is die hoogste gesag van die Republiek van Suid-Afrika en sou toegelaat word dat uitvoering aan diskriminerende klousules gegee word, sou dit die deur oopmaak dat testateurs enige bepalings wat teen openbare belang of die *Grondwet* is, in hulle testamente kan inskryf.

In *Curators, Emma Smith Educational Fund v University of KwaZulu-Natal* is ŉ bepaling van ŉ testamentêre liefdadigheidstrust teen die *Grondwet* getoets ten einde te bepaal of sodanige bepaling op onbillike diskriminasie neerkom. Vervolgens word die feite en beslissing kortliks bespreek.

2.2 Curators, Emma Smith Educational Fund v University of KwaZulu-Natal

Die *Emma Smith*-saak is ŉ Hoogste Hof van Appèl-beslissing wat oor ŉ diskriminerende klousule in ŉ testamentêre liefdadigheidstrust gehandel het.[119] Die trust word geadministreer deur die eerste respondent, die Universiteit KwaZulu-Natal.[120] Ingevolge die bepalings soos uiteengesit in die testament van Charles George Smith sou beurse aan wit Suid-Afrikaanse vrouens wat nie tersiêre

118 Smith *Freedom of Testation* 104; Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.
119 Rautenbach 2014 *Acta Juridica* 150.
120 519I.

onderwys kan bekostig nie, toegeken word.[121] Studente wat wou om die beurs aansoek doen, moes vir ten minste drie jaar voor die toekenning van die beurs in Durban gewoon het ten einde vir die beurs te kwalifiseer.[122] Die vraag wat voor die hof ontstaan het, was of die universiteit beurse op grond van die diskriminerende voorwaardes aan studente kon toeken.[123]

Die universiteit het die bemaking in 1941 met die afsterwe van Charles George Smith aanvaar. In 2001 het die universiteit met die Universiteit Durban-Westville saamgesmelt en een universiteit gevorm.[124] Dié universiteit het die howe genader ten einde die rasgebaseerde voorwaarde te verwyder om te voorkom dat die bemakings ingevolge die *Wet op Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie*[125] voor die Gelykheidshof gedaag sou word.[126] Terselfdertyd het die verwysing na Durban ook moontlike implikasies ingehou met betrekking tot interpretasie van die bemaking weens die feit dat die stad tans as Ethekwini Munisipaliteit bekend staan.[127] Die universiteit se aansoek het berus op artikel 13 van die *Wet op die Beheer van Trustgoed*, en daar is aangevoer dat die rasgebaseerde bemaking teen die openbare belang is en die bemaking dit geskrap moes word.[128]

Die hof *a quo* het bevind dat die diskriminerende klousule soos in die bemaking vervat teen die openbare belang is en dat die verwysings na "Europese", "Britse" of "Duitse Suid-Afrikaner" verwyder moes word en dat "Durban" met "die Ethekwini Munisipaliteit" vervang moes word.

Die *curators ad litem* het die beslissing van die hof *a quo* op appèl geneem en aangevoer dat die wysigings inbreuk sou maak op die beginsel van testeervryheid wat ŉ fundamentele beginsel van die erfreg is en erken word as ŉ fundamentele reg dat geen persoon van die reg op eiendom ontneem moet word nie.[129] Die kurators

121 519I-520D.
122 519I-J.
123 519J.
124 521E.
125 4 van 2000.
126 522B-C.
127 522C-D.
128 524C-F.
129 528F-529A.

het terselfdertyd aangevoer dat die verandering van die woord "Durban" na "die Ethekwini Munisipaliteit" terugverander moet word na die verwysing soos in die oorspronklike bemaking van die testateur.[130]

Die Hoogste Hof van Appèl het aangevoer dat geen bewyse voor die hof *a quo* gebring is om aan te dui dat die universiteit enige probleme ervaar het met die verkryging van beurshouers weens die woord "Durban" nie.[131] Die Hoogste Hof van Appèl het aangevoer dat die testateur nie tydens sy bestaan kon voorsien dat Durban sou uitbrei nie en artikel 13 van die *Wet op die Beheer van Trustgoed* kon dus nie op hierdie klousule van die trust toegepas word nie.[132] Die Hoogste Hof van Appèl het die beslissing van die hof *a quo* om die rasgebaseerde voorwaardes uit die bemaking te verwyder bevestig weens die feit dat die bemaking teen die openbare belang was en verder is die hof *a quo* se beslissing dat "Durban" met "die Ethekwini Munisipaliteit" vervang moet word, tersyde gestel.[133]

Na aanleiding van al bostaande uitsprake is dit duidelik dat die howe geen testamentêre bepalings toelaat wat onbillike diskriminasie daarstel nie. Dit is egter belangrik om daarop te let dat geen persoon ŉ fundamentele reg het om te erf nie en dat dit slegs ŉ voordeel is wat hulle toeval sou hulle as ŉ begunstigde geag word.[134] Sou hierdie aspekte teen die beslissings opgeweeg word, kan die vraag gevra word of die howe indirek vir begunstigdes ŉ fundamentele reg om te erf geskep het. In die lig hiervan lyk dit asof begunstigdes se belange bo dié van die testateur geplaas word.

ŉ Laaste voorbeeld van ŉ testament wat teen die *Grondwet* getoets is, is dié van die *BOE*-saak.

130 530A-B.
131 530C.
132 530C-D.
133 530A, 530E-F.
134 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 7-8; Rautenbach 2014 *Acta Juridica* 156.

2.3 BOE Trust Ltd And Others NNO

2.3.1 Feite

Die *BOE*-saak was ŉ appèlsaak teen die beslissing van regter Mitchell in die Wes-Kaapse Hoë Hof, waarin hy ŉ aansoek om die woord "blank", wat gebruik is om ŉ groep persone te bevoordeel, te skrap, van die hand gewys het. Die applikante was die trustees van die Jean Pierre de Villiers-trust,[135] ŉ trust tot stand gebring deur die testament van die oorledene, mev. Daphne Brice de Villiers.[136] Die restant van die boedel is aan die trust bemaak. Mev. De Villiers het egter daarvoor voorsiening gemaak dat, sou dit vir die trustees onmoontlik wees om aan die bepalings van die trust uitvoering te gee, moes die inkomste wat daaruit gegenereer word, jaarliks aan ŉ aantal liefdadigheidsorganisasies geskenk word.[137]

Die oorledene het vier universiteite genomineer om die beurse aan "blanke Suid-Afrikaanse studente" te allokeer, naamlik die Universiteit Stellenbosch, die Universiteit van die Vrystaat, die Universiteit Pretoria en die Universiteit Kaapstad. Die trustees het deur hulle regsverteenwoordiging die betrokke universiteite gekontak ten einde aan die bemaking met betrekking tot die beurse uitvoering te gee.[138] Al vier universiteite het negatief op die uitnodiging gereageer en hulle rede gebaseer op grond van die diskriminerende klousule wat in die bemaking in die oorledene se testament vervat is. Al vier universiteite het egter die trustees in kennis gestel dat, sou die diskriminerende klousule verwyder word, hulle die bemaking sal aanvaar.[139]

Weens die reaksie van die vier universiteite het die applikante die Hoë Hof genader vir ŉ bevel *nisi* waar alle belanghebbende partye redes moet aanvoer waarom die woord "blank" nie uit die bemaking verwyder moes word nie. Die bevel *nisi* is toegestaan en beteken op die Meester van die Hoë Hof en die betrokke universiteite. Die bevel *nisi* is nie op die liefdadigheidsorganisasies beteken nie. Geen verdediging is op die bevel *nisi* ontvang nie en ŉ finale bevel is verlang.[140]

---

135 Hierna verwys as die trust.
136 237G-H.
137 238J-239A.
138 239E.
139 239DF-240C.
140 240C-E.

Die trustees het aangevoer dat die woord "blank" geskrap moet word omdat dit op grond van ras diskriminerend is teen potensiële begunstigdes soos bepaal in die testament. Gevolglik het hulle aangevoer dat die testament teen die openbare belang, die reg op gelykheid soos vervat in die *Grondwet*, die bepalings ingevolge artikel 7 van die *Wet op Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie*,[141] die beginsels soos uiteengesit in artikels 3 en 4 van die *Wet op Nasionale Onderwysbeleid*[142] en teen die beginsels soos uiteengesit in die *Syfrets*-saak is.[143] Regter Mitchell het die aansoek van die hand gewys en sy besluit gebaseer op die gemeneregbeginsel van testeervryheid en die verband met die grondwetlike reg tot eiendom, wat insluit dat elke persoon sy of haar bates kan vervreem op 'n wyse soos hy of sy graag sou wou.[144]

2.3.2 Beslissing van die Hoogste Hof van Appèl

Die hoofkwessie in die Hoogste Hof van Appèl was of die appèl teen regter Mitchell se beslissing gehandhaaf moes word of nie en dat die woord "blank" gevolglik uit die testament geskrap moes word.[145] Die applikante, die trustees van die Jean Pierre de Villiers Trust, het hulle appèl gebaseer op 'n soortgelyke saak in die Hoogste Hof van Appèl, naamlik die *Emma Smith*-saak. Die regsbeginsels wat in die appèl voor regter Erasmus na vore gekom het, moes in die lig van die beginsels soos vervat in die *Emma Smith*-saak uiteengesit, in ag geneem word.[146]

Regter Mitchell het verlof om appèl van die hand gewys op grond daarvan dat die *Emma Smith*-saak nie die beslissing in die *BOE*-saak sou beïnvloed nie. Die rede hiervoor is dat die testateur in die *BOE*-saak voorsiening gemaak het vir die moontlikheid dat die uitvoering van die bepaling met betrekking tot die toekenning van die beurse onmoontlik is, en hy het 'n alternatiewe bepaling, dat sou dit vir die trustees onmoontlik wees om aan die bepalings van die trust uitvoering te gee, die inkomste gegenereer vanuit die trust, jaarliks aan 'n aantal liefdadigheidsorganisasies geskenk word, uiteengesit waaraan uitvoering gegee

141 4 van 2000.
142 27 van 1996.
143 240D-G.
144 Modiri 2013 *PER* 587.
145 Modiri 2013 *PER* 587.
146 Modiri 2013 *PER* 587-588.

moes word in so 'n geval.[147] Die regter het drie redes aangevoer waarom hy van mening was dat die feite soos in die *Emma Smith*-saak onderskeibaar was van die *BOE*-saak:

- eerstens het die trust in die *Emma Smith*-saak ten doel gehad dat die fondse aangewend moes word vir die bevordering en aanmoediging van onderwys;[148]
- tweedens het die testateur nie alternatiewe bepalings uiteengesit sou uitvoering van die voorwaardes onmoontlik wees nie; en
- laastens is die trustvoorwaardes alreeds dekades lank uitgevoer alvorens die geldigheid van die bepalings ingevolge die nuwe *Grondwet* bevraagteken is.[149]

Regter Erasmus het aangevoer dat geen beurse uit die *BOE*-saak betaal is nie weens die negatiewe reaksie van die universiteite op die vereistes wat aan die beurse gekoppel was.[150] Daarom moes aan die alternatief uitvoering gegee word en die regter het na artikel 25(1) van die *Grondwet* verwys. Geen persoon mag van sy of haar eiendom ontneem word nie, tensy sodanige ontneming gedoen word ingevolge spesifieke wetgewing.[151] Regter Erasmus het verwys na die navorsing gedoen deur Du Toit en het die onderstaande aangehaal:

> Freedom of testation is considered one of the founding principles of the South African law of testate succession: a South African testator enjoys the freedom to dispose of the assets which form part of his or her estate upon death in any manner (s)he deems fit. This principle is supplemented by a second important principle, namely that South African courts are obliged to give effect to the clear intention of a testator as it appears from the testator's will. Freedom of testation is further enhanced by the fact that private ownership and the concomitant right of an owner to dispose of the property owned (the *ius disponendi*) constitute basic tenets of the South African law of property. An owner's power of disposition includes disposal upon death by any of the means recognised by the law, including a last will. The acknowledgement of private ownership and the power of disposition of an owner therefore serve as a sound foundation for the recognition of private succession as well as freedom of testation in South African law.[152]

147 241F-G.
148 Modiri 2013 *PER* 589.
149 Modiri 2013 *PER* 589.
150 242I-243A.
151 243B-C.
152 Du Toit 2001 *SLR* 224.

Die regter het aangevoer dat, om geen uitvoering te gee aan die beginsel van testeervryheid nie, teenstrydig sou wees met die grondwetlike beginsel van menswaardigheid.[153] Menswaardigheid stel die lewende en die sterwendes gerus aangesien hulle kan weet dat hulle wense gerespekteer word nadat hulle afgesterf het.[154] Hy maak dit egter duidelik dat testeervryheid nie volstrek is nie en dat daar ŉ balans moet wees tussen testeervryheid en die beperkings geplaas op testeervryheid.[155] Met betrekking tot die interpretasie van ŉ testament was regter Erasmus se siening soos volg:[156]

> As I have said, the primary function of a court, in interpreting a will, is to ascertain the intention of the testator. To my mind, it is clear that the testatrix intended that, quite simply, should it prove impossible, for whatever reason, to give effect to the provisions of the educational bequest, that the money should go to the charitable organisations. The testatrix clearly set out a general scheme in which she provided for foreseen eventualities.

Die Appèlhofregter het dit vervolgens gestel dat die weiering van die universiteite om die bemaking te aanvaar, onmoontlikheid daarstel.[157] Die appèl is vervolgens van die hand gewys en die trustees moes uitvoering gee aan die testateur se wense soos sy voorsiening gemaak het sou haar eerste bemaking onuitvoerbaar wees.

Uit bostaande blyk dit dat daar in hierdie geval uitvoering gegee is aan die wense van die testateur en dat testeervryheid nie beperk is nie. Die eerste bepaling van die oorledene wat verwys na "blanke Suid-Afrikaanse studente" sou op grond van die beslissing in die *Syfrets*-saak op onbillike diskriminasie op grond van ras neerkom. Die groot verskil tussen die *Syfrets*-saak en die *BOE*-saak is egter dat die testateur in die *BOE*-saak voorsiening gemaak het vir ŉ geval waar uitvoering van die testamentêre bepaling onmoontlik sou wees. In die *Syfrets*-saak is nie so voorsiening gemaak nie en op grond daarvan is die testateur se testeervryheid ingeperk. Dieselfde het in die *Emma Smith*-saak gegeld waar die hof die testateur se testeervryheid ingeperk het en beslis het dat die diskriminerende klousules soos in die trust bevat verwyder moet word.[158]

153 243G-H.
154 243G-H.
155 244A-B.
156 244F-I.
157 Modiri 2013 *PER* 590.
158 *Emma Smith*-saak 530D-E.

Die beslissing van die Appèlhofregter in die *BOE*-saak word deur akademici ondersteun weens die feit dat testeervryheid nie op grond van onbillike diskriminasie ingeperk is nie maar daar eerder aan die alternatiewe testamentêre bepaling uitvoering gegee is. Dit dui daarop dat testeervryheid steeds ŉ baie belangrike deel van die Suid-Afrikaanse erfreg uitmaak en dat uitvoering gegee moet word aan elke testateur se reg om sy of haar bates te bemaak op ŉ wyse wat hy of sy goed dink.

2.4 Board of Executors v Benjamin Heydenrych Testamentary Trust

In *Board of Executors v Benjamin Heydenrych Testamentary Trust*[159] is ŉ testamentêre bepaling gemaak dat beurse uit die testamentêre trust aan Europese seuns wat lede van die blanke bevolkingsgroep is, geallokeer word. Die hof het beslis dat sodanige testamentêre bepaling op onbillike diskriminasie neerkom op grond van ras en geslag en dat dit dus teenstrydig is met die Handves van Regte, in die besonder artikel 9, en gevolglik teen die openbare belang is.[160] Die hof het verder gegaan en gestel dat die onbillike diskriminerende voorwaardes van die trust gevolge meegebring het waaraan die stigter nie gedink het nie en nie voorsien het nie en gevolglik het die hof beslis dat die woorde "blanke seuns" en "lede van die blanke bevolkingsgroep" geskrap moet word en alle verwysings na die manlike geslag geïnterpreteer moet word met inkorporering van die vroulike geslag.[161] Gevolglik kon die beurse aan enige ras of geslag geallokeer word.

2.5 Samevattende opmerkings

Na aanleiding van bovermelde drie sake is dit duidelik dat dit ŉ werklikheid is dat testateurs bemakings in hulle testamente maak wat moontlik teen die bepalings soos in die Handves van Regte vervat, is. Uit die bespreking hierbo is dit duidelik dat elke saak op eie meriete beoordeel moet word en dieselfde beginsels kan nie rigied op alle sake toegepas word nie.

ŉ Duidelike voorbeeld is die *BOE*-saak waar trustees hulle appèl op die *Emma Smith*-saak gebaseer het en die hof dit uitdruklik gestel het dat die appèl nie

---

159 2011 ZAWCHC 466.
160 Theron 2012 http://www.stbb.co.za.
161 Theron 2012 http://www.stbb.co.za.

gehandhaaf sal word net omdat 'n spesifieke beslissing in die *Emma Smith*-saak bereik is nie. Dit is duidelik dat die hof nie bepalings net uit 'n testament sal verwyder omdat dit teen sekere statute of teen die openbare belang is nie. Sou 'n testament 'n bepaling bevat wat teen die openbare belang is en geen alternatiewe bepaling bestaan nie, sal die howe na gelang van die relevante regsbeginsels bepaal hoe die testamentêre bepaling gewysig kan word om steeds sover moontlik aan die wense van die testateur uitvoering te gee. In die *Syfrets*-saak was die testamentêre bepaling byvoorbeeld teen die openbare belang aangesien sekere groepe studente uitgesluit is, maar daar is steeds gedeeltelik aan die wense van die testateur uitvoering gegee deurdat die fondse as beurse vir behoeftige studente aangewend word. Indien 'n alternatiewe bemaking in die testament bestaan in die geval waar die uitvoering van die hoofwens van die testateur nie moontlik is nie weens 'n botsing met die openbare belang of ander statutêre rede, moet die eksekuteur of trustees aan die alternatiewe bemaking voldoen en so uitvoering gee aan die wense van die testateur, soos bepaal in die *BOE*-saak.

Na aanleiding van bostaande bespreking blyk dit dat geen bepaling wat diskriminerende klousules op grond van ras, geslag en geloof bevat, geldig en uitvoerbaar kan wees nie. Die vraag kan gevra word ten opsigte van wat gebeur waar hierdie testamentêre bemaking slegs persone vanuit voorheen benadeelde groepe bevoordeel. Maak dit deel van die regstellende aksie uit of sal dit ook neerkom op onbillike diskriminasie, byvoorbeeld 'n trustbepaling wat stel dat beurse slegs aan persone afkomstig uit voorheen benadeelde groepe toegeken kan word teenoor 'n trustbepaling wat stel dat beurse slegs aan blanke mans toegeken kan word? Tot op hede was daar nog geen regspraak ter ondersteuning van 'n testamentêre bepaling wat slegs persone uit 'n voorheen benadeelde groep bevoordeel nie en is dit nog 'n ope kwessie wat hanteer moet word wanneer dit opduik.

As gekyk word na die beslissing in *Gordon v Department of Health, KwaZulu-Natal,*[162] wil dit voorkom of 'n bepaling wat slegs persone uit voorheen benadeelde groepe bevoordeel, ook op onbillike diskriminasie kan neerkom. Hierdie saak handel egter oor die bevordering van 'n persoon uit 'n voorheen benadeelde groep in plaas

162 2008 (6) SA 522 (HHA).

van ’n blanke persoon. Die betrokke departement het geen regstellende aksieplan of beleid gereed gehad waarvolgens ’n persoon uit ’n voorheen benadeelde groep bo ’n blanke aangestel moes word nie.[163] Die departement het egter voortgegaan om ’n persoon uit ’n voorheen benadeelde groep aan te stel bo die applikant, ’n blanke man, ongeag die feit dat aanbeveel is dat die applikant aangestel word op grond daarvan dat hy die geskikste kandidaat vir die posisie was.[164] Die Hoogste Hof van Appèl het bevind dat die aanstelling van ’n persoon uit ’n voorheen benadeelde groep bo die aanstelling van die applikant op onbillike diskriminasie neerkom.[165]

Die vraag of ’n bemaking aan persone uit voorheen benadeelde groepe ook op onbillike diskriminasie neerkom, is ’n ope vraag en daar sal, wanneer die probleem ontstaan, deur die hof bepaal moet word of dit wel onbillike diskriminasie is of nie.

163 2539A.
164 2539A.
165 2539B-C.

HOOFSTUK 3

3 Die posisie van gades met betrekking tot testeervryheid

3.1 Inleiding

Die doel van hierdie hoofstuk is om vas te stel watter beperkings op ŉ testateur se testeervryheid geplaas sal word deur die keuse van ŉ bepaalde huweliksgoederebedeling. Een van die fundamentele beginsels gekoppel aan testeervryheid is dat dit ŉ testateur se wense is om sy of haar bates te bemaak aan sy of haar oorlewende familie ten einde hulle in staat te stel om na hulleself te kan omsien ná sy of haar afsterwe.[166] Testeervryheid strek egter baie wyer en op die oog af kan ŉ testateur sy of haar bates bemaak aan wie hy of sy wil.[167] ŉ Verdere beginsel in die Suid-Afrikaanse reg is dat, wanneer twee partye in die huwelik tree of ŉ sivielregtelike huwelik aangaan, ŉ regsgeldige verpligting tussen die partye ontstaan om mekaar te ondersteun en onderhou.[168] Die hof bevestig ook in *Crouse v Crouse*[169] dat, by die totstandkoming van ŉ huwelik, ŉ regsgeldige verpligting vir die onderhoud van die gades teenoor mekaar ontstaan. Dit is egter moontlik dat hierdie twee beginsels in sekere gevalle met mekaar kan bots soos wanneer die testateur die gade wil onterf.[170] In gevalle waar die twee beginsels bots, is dit nodig om vas te stel wat voorrang geniet, persoonlike vryheid of persoonlike verpligtinge.[171]

Dit is belangrik om daarop te let dat verskeie wetgewende bepalings bestaan wat ŉ testateur se vermoë om sy of haar bates effektief te bemaak, beïnvloed.[172] In die geval van bemakings met betrekking tot gades is die *Huweliksgoederewet*[173] en die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* van belang. Voor die inwerkingtreding van die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades*[174] het gevalle bestaan waar die testateur sy of haar gade onterf het en die gade sonder enige verhaalsreg gelaat

166 Brashier *Case Western Reserve Law* Review 140; Roux 2013 *De Rebus* 48.
167 Roux 2013 *De Rebus* 48.
168 Roux 2013 *De Rebus* 48.
169 1954 2 SA 642 (O).
170 Roux 2013 *De Rebus* 48.
171 Roux 2013 *De Rebus* 48-49.
172 Du Toit 2001 *SLR* 224-225; Roux 2013 *De Rebus* 49.
173 88 van 1984.
174 Datum van invoering: 1 Julie 1990.

het, veral in gevalle waar die partye buite gemeenskap van goedere getroud was.[175] Die wetgewer het aan hierdie situasie van onterwing aandag geskenk deur die inwerkingtreding van die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades*. Die doel van hierdie wetgewing is om verligting te bied aan die kwesbare gedeelte van die bevolking, onder andere weduwees, partye tot Moslem-huwelike en langslewende gades uit ŉ permanente saamwoonverhouding.[176] Hierdie soort verbintenisse word as kwesbaar getipeer omrede geen wetgewende regulasies bestaan het om persone in hierdie soort verbintenisse te beskerm nie. ŉ Tipiese voorbeeld is dié waar ŉ man en vrou in ŉ permanente saamwoonverhouding betrokke was en die man byvoorbeeld die broodwinner was en dan die verhouding verbreek en die vrou sonder enige heenkome laat. Die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* is dus juis vir die beskerming van byvoorbeeld die vrou in so ŉ geval.

3.2 Bepaling van die onderhoudsverpligting

In die geval van onderhoud sal dit ŉ beperkte eis ingevolge die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* wees, aangesien die party van wie die onderhoud geëis word, in staat moet wees om die onderhoud te betaal en die persoon wat die onderhoud eis, daarvan afhanklik moet wees.[177] Verskeie formele voorvereistes bestaan waaraan voldoen moet word wanneer ŉ eis vir onderhoud ingestel word. Eerstens moet ŉ verhouding tussen die partye bestaan wat aanleiding gee tot die behoefte aan onderhoud. Tweedens moet daar ŉ behoefte by die applikant wees om onderhou te word en laastens moet die respondent oor die nodige vermoë beskik om die onderhoud te kan betaal.[178] In *Dodo v Dodo*[179] beslis die hof dat, sou die inkomste nie voldoende wees nie, sekere vaste bates gelikwideer moet word ten einde aan die gade se onderhoudsverpligting te voldoen.[180]

Ingevolge artikel 3 van die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* moet die waarde wat beskikbaar is vir die verdeling tussen begunstigdes in ag geneem word, sowel as die bestaande en verwagte vermoë van die langslewende gade, asook

175 Roux 2013 *De Rebus* 50.
176 Greyvensteins Attorneys Datum Onbekend http:// http://www.greyvensteins.co.za.
177 Du Randt en Parsonage *Without Prejudice* 43; Roux 2013 *De Rebus* 49.
178 Roux 2013 *De Rebus* 49.
179 1990 2 SA 77 (W).
180 93H-I.

enige ander faktor wat van belang is.[181] Dit is belangrik om daarop te let dat die vereiste dat ŉ gade nie die vermoë het om na sy of haar eie onderhoudsbehoeftes te kan omsien nie, soos bepaal in artikel 2(1)[182] van die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* sal ontbreek waar sodanige gade in ŉ sterk finansiële posisie is.[183]

By die berekening van die onderhoudseis sal enige skenkings aan die langslewende gade sowel as enige opbrengste van die oorledene se lewensversekeringspolisse – waar die genomineerde begunstigdes bestaan – buite rekening gelaat word.[184] Artikel 3(b) van die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* verwys spesifiek na die bestaande en verwagte vermoëns van die langslewende gade by die bepaling van die redelike onderhoudsbehoeftes.[185] Waar die langslewende gade dus in ŉ sterk finansiële posisie is, sal so ŉ gade nie ŉ eis vir onderhoud teen die bestorwe boedel kan instel nie. Sou die langslewende gade ŉ begunstigde van ŉ trust wees waar die bates deel uitmaak van die oorledene se boedel, sal die inkomste ontvang deel uitmaak van die bestaande en verwagte vermoëns van die langslewende gade en dit moet gevolglik in ag geneem wanneer die redelike onderhoudsbehoeftes bereken word.

3.3 Invloed van die huweliksgoederebedeling op die onderhoudsverpligting

Waar bemakings tussen gades of die onterwing van ŉ gade van toepassing is, is dit belangrik om te let op die huweliksgoederebedeling van die gades aangesien die huweliksgoederebedeling ŉ groot invloed het by die bereddering van bestorwe boedels.[186] Ter illustrasie kan verwys word na waar gades binne gemeenskap van goedere getroud is. Dit is prakties onmoontlik om ŉ gade in so ŉ geval totaal te onterf aangesien die gade outomaties eienaar van die helfte van die gemeenskaplike boedel is.[187] Dit kan egter gebeur dat onderhoud vanuit die oorledene se gedeelte

181 Roux 2013 *De Rebus* 49.
182 A2(1) bepaal dat indien ŉ huwelik ná die inwerkingtreding van hierdie Wet deur die dood ontbind word, het die langslewende ŉ vordering teen die boedel van die afgestorwe gade vir die voorsiening in sy eie redelike onderhoudsbehoeftes tot by sy dood of hertroue vir sover hy nie uit eie middele en verdienste daartoe in staat is nie.
183 Du Toit 2001 *SLR* 465; Roux 2013 *De Rebus* 49.
184 *Oshry v Feldman* 2010 6 SA 19 (HHA).
185 Sien bespreking in hoofstuk 2.3 met betrekking tot onderhoudsbehoeftes van gades.
186 Roux 2013 *De Rebus* 49.
187 Hahlo 1959 *SALJ* 446; Roux 2013 *De Rebus* 49.

van die gemeenskaplike boedel ten gunste van die langslewende gade verleen kan word.[188] Ingevolge artikel 2(1) van die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* het die langslewende gade ʼn vordering teen die bestorwe boedel vir redelike onderhoudsbehoeftes vir sover die langslewende gade nie uit eie middele en verdienste daartoe in staat is nie. Die gevolg hiervan is dat die vorderingsreg statutêr gereël word en dus as ʼn preferente skuldeiser gesien sal word. Die hof bevestig in *Oshry v Feldman*[189] dat statutêr voorsiening gemaak word vir onderhoud ten gunste van die langslewende gade teen die bestorwe boedel.

Die posisie van gades getroud buite gemeenskap van goedere is meer kompleks.[190] Die teenwoordigheid of afwesigheid van die aanwasbedeling kan ʼn groot invloed hê en kan ʼn eis vir onderhoud makliker aanmoedig.[191] Waar die oorledene se boedel ʼn aanwaseis teen die langslewende gade het, is die gevolg dat die langslewende gade se boedel verminder word met die aanwaseis en dit kan dan lei tot ʼn onderhoudseis teen die bestorwe boedel.[192] Dit staan in teenstelling met gevalle waar die partye binne gemeenskap van goed getroud was en hulle gesamentlike boedel tussen die gades gehalveer word.

In gevalle waar die aanwasbedeling van toepassing is, sal elke gade voortgaan om sy of haar boedel afsonderlik te bedryf.[193] Ten tye van die dood van een van die gades sal die gade of die boedel van die oorledene wat die kleinste groei tydens die bestaan van die huwelik getoon het, ʼn eis teen die ander gade of bestorwe boedel hê.[194] Die netto effek van die aanwasbedeling is dat die rykdom wat verkry is, by die ontbinding van die huwelik deur die twee gades gelykop verdeel moet word, hetsy deur die dood van een van die partye of by wyse van ʼn egskeiding.[195] Die rede hiervoor is om te verseker dat ʼn gade wat ʼn tuisteskepper is en gevolglik nie finansiële groei toon nie, nie haweloos gelaat word by die ontbinding van die huwelik nie.[196] Sou die aanwaseis nie voldoende wees om in die langslewende gade se

188 Hahlo 1959 *SALJ* 446.
189 2010 6 SA 19 (HHA) par 35 by 28C-D (hierna verwys as *Oshry v Feldman*).
190 Hahlo 1959 *SALJ* 447.
191 Roux 2013 *De Rebus* 49.
192 Roux 2013 *De Rebus* 49.
193 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 788.
194 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 788.
195 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 788.
196 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 788.

onderhoudsbehoeftes te voorsien nie, sal die gade steeds ŉ eis teen die bestorwe boedel kan instel om in die redelike onderhoudsbehoeftes te voorsien.

Dit is belangrik om daarop te let dat verskeie oorwegings bestaan wat in ag geneem moet word by die bepaling van hoe ver ŉ persoon se testeervryheid in hierdie verband strek.[197]

3.4 Onderhoudsverpligting soos uiteengesit in Oshry v Feldman

ŉ Belangrike saak by die bepaling van die onderhoudsverpligting tussen gades is *Oshry v Feldman*.[198] Die hof het hier na die uitwerking van die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* op die gemenereg gekyk.[199] Die hof het spesifiek gefokus op die kwessie dat dood nie die onderhoudsverpligting termineer nie, veral nie waar die langslewende gade nie na sy of haar eie onderhoudsbehoeftes kan omsien nie.[200] In *Oshry v Feldman* is aangevoer dat die langslewende gade se kinders oor die vermoë beskik het om na haar onderhoudsbehoeftes om te sien en gevolglik sou die boedel nie aanspreeklik wees vir die onderhoud nie.[201] Die hof het aangevoer dat die oorledene nie kon verwag dat die langslewende gade se kinders haar moet onderhou terwyl sy boedel daartoe in staat was nie, en het beslis dat die onderhoudsverpligting steeds op die oorledene se boedel berus.[202]

Daar bestaan verskeie faktore wat deur die howe in ag geneem sal word om die omvang van onderhoudsverpligting vas te stel.[203] Dit is onder andere:[204]

- die bedrag beskikbaar in die oorledene se boedel vir verdeling aan begunstigdes;
- die bestaande en verwagte vermoëns, verdienvermoë, finansiële behoeftes en verpligtinge van die langslewende gade;
- die duur van die huwelik;

197 Roux 2013 *De Rebus* 49.
198 2010 6 SA 19 (HHA).
199 25D-E; Du Randt en Parsonage *Without Prejudice* 43; Schulze 2011 *De Rebus* 37.
200 25A-B; Du Randt en Parsonage *Without Prejudice* 43; Schulze 2011 *De Rebus* 37.
201 23G-H; Du Randt en Parsonage *Without Prejudice* 43; Schulze 2011 *De Rebus* 37.
202 Du Randt en Parsonage *Without Prejudice* 43; Schulze 2011 *De Rebus* 37.
203 Greyvensteins Attorneys Datum Onbekend http:// http://www.greyvensteins.co.za.
204 A3 van die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades*; *Oshry v Feldman* by 26H-27B.

- die lewenstandaard van die langslewende gade tydens die bestaan van die huwelik; en
- die ouderdom van die langslewende gade ten tye van die dood van die oorledene.[205]

In die geval waar die gade nie afhanklik is van onderhoud van die boedel nie en geen kinders uit die huweliksverhouding gebore is nie, sal die gade gevolglik nie noodwendig ŉ eis vir onderhoud teen die boedel hê nie.[206] Die vraag ontstaan dan of die testateur steeds kan versuim om in sy testament vir sy gade voorsiening te maak.[207] Volgens die beginsel van testeervryheid sou die oorledene dan teoreties wel daartoe in staat wees om vir die langslewende gade geen voorsiening in sy of haar testament te maak nie omdat die doel van ŉ testament behels dat die bates van die oorledene se boedel volgens sy of haar wense verdeel word.[208]

In die *Syfrets*-saak het die hof redes aangevoer waarom testeervryheid nie volstrek of onbeperk is nie.[209] Dit wil voorkom of dit kragtens die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* onmoontlik is om ŉ gade te onterf, maar daar moet in ag geneem word dat die wet tegnies geen verband het met die erfenis nie en dat die moontlikheid om ŉ gade te onterf, steeds bestaan.[210] Gevolglik wil dit voorkom asof ŉ testateur wel sy of haar gade regsgeldiglik kan onterf, maar die vraag is of dit moreel aanvaarbaar is, want indien geen behoefte vir onderhoud bestaan nie, sou ŉ gade steeds ŉ verpligting hê om die ander gade te onderhou.[211] Die kwessie van onderhoud word dus as ŉ wetlike en morele verpligting erken.[212]

3.5 Onderhoudsverpligting as ŉ morele waarde

In hierdie onderafdeling word kortliks aandag geskenk aan die morele verpligting en wat dit behels. Met betrekking tot moraliteit word gepraat van optredes wat as reg

205 Greyvensteins Attorneys Datum Onbekend http:// http://www.greyvensteins.co.za.
206 Roux 2013 *De Rebus* 49.
207 Roux 2013 *De Rebus* 49.
208 Roux 2013 *De Rebus* 50.
209 Roux 2013 *De Rebus* 50.
210 Roux 2013 *De Rebus* 50.
211 Roux 2013 *De Rebus* 50. ŉ Morele verpligting is afkomstig van ŉ stel waardes wat deur die gemeenskap aanvaar word.
212 Post 1940 *St. John's Law Review* 1-2; Mackintosh en Paleker 2014 *South African Law of Succession and Trusts* 68.

en verkeerd beskou word of as moreel aanvaarbaar of verpligtend beskou word.[213] Die kwessie van ŉ morele verpligting gaan daarom om die gemeenskap se belange te balanseer in die belang om mense te beskerm teen te veel beperkings oor hoe persone verkies om hulle lewens te leef. ŉ Persoon se morele verpligting verwys verder na hoe van ŉ persoon verwag word om in ŉ sekere situasie op te tree sodat die optrede deur die breë gemeenskap aanvaarbaar is.[214] Waar twee gades in die huwelik tree, sal dit nie in die oë van die gemeenskap moreel aanvaarbaar wees as een van die gades die broodwinner is maar nie die ander gade, wat ŉ byvoorbeeld ŉ tuisteskepper is, onderhou nie.

3.6 Eise volgens preferensie en hiërargie

Elke eis teen ŉ boedel word volgens preferensie en hiërargie gehanteer. Waar daar baie of groot eise van skuldeisers teen ŉ bestorwe boedel is, sal die betaling van dié eise voorrang geniet bo die eis vir onderhoud van ŉ gade of ŉ minderjarige kind.[215] Daarna sal eise vir onderhoud voorrang geniet bo die uitbetaling aan begunstigdes.[216] Waar daar botsende eise vir onderhoud deur beide minderjarige kinders en die langslewende gade is, sal die eise proporsioneel verminder moet word.[217] Aangesien eise vir onderhoud voorrang geniet bo begunstigdes wil dit voorkom of die posisie ietwat gebalanseer word deurdat onderhoudseise voorrang geniet bo uitbetalings aan begunstigdes.[218]

3.7 Samevattende opmerkings

Na aanleiding van bostaande is dit duidelik dat daar verskeie uitgangspunte is wanneer bepaal word of ŉ testateur sy of haar gade kan onterf of nie. Dit wil voorkom of dit wel moontlik is om die gade te onterf maar dat dit ŉ morele vraag laat ontstaan of sodanige onterwing vir die breë gemeenskap aanvaarbaar sal wees of nie. Die algemene posisie in die Suid-Afrikaanse reg is dat ŉ testateur sy of haar

213 Wolf Datum Onbekend http://www.law.yale.edu.
214 Wolf Datum Onbekend http://www.law.yale.edu.
215 Roux 2013 *De Rebus* 50; *Oshry v Feldman* by 31G-H en 37E-F en *In Re Estate Visser* 1948 3 SA 1129 (K) kopnota.
216 Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za; Roux 2013 *De Rebus* 50.
217 Roux 2013 *De Rebus* 50.
218 Roux 2013 *De Rebus* 50.

bates kan bemaak na sy of haar goeddunke. ŉ Morele verpligting ontstaan egter by die sluiting van ŉ sivielregtelike huwelik om mekaar te onderhou en dit wil voorkom of die morele verpligting voorrang geniet bo ŉ testateur se testeervryheid.

Sou ŉ testateur geen bates in sy of haar testament aan sy of haar gade bemaak nie en ŉ eis vir onderhoud word deur die langslewende gade teen die bestorwe boedel ingestel, kan dit veroorsaak dat die begunstigdes nie hulle volle bemakings sal ontvang nie en die eis vir onderhoud voorrang bo hulle bemakings sal geniet. Dit wil dus voorkom of ŉ testateur se vryheid ingeperk word deur onder andere die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades,* die *Huweliksgoederewet* en die morele verpligting wat ontstaan. Hierdie testeervryheid sal eers ingeperk word na sy of haar dood met die bereddering van sy of haar boedel.

Aan die hand van bostaande kan die vraag gevra word of onderhoudseise van langslewende gades statutêr gereël moet word en/of daar gevolglik met onderhoudseise weggedoen moet word of nie. Aangesien afhanklikes ingevolge Romeins-Hollandse reg op ŉ legitieme porsie van die testateur se boedel geregtig was, het geen onderhoudsbehoefte ten aansien van byvoorbeeld minderjarige kinders ontstaan nie. Met die afskaffing van die legitieme porsie ingevolge die *Erfregwet*[219] het die posisie egter verander en word daar nie meer outomaties vir onderhoudsbehoeftes van finansieel afhanklikes voorsiening gemaak nie. Gevolglik het ŉ onderhoudsbehoefte onder finansieel afhanklikes ontstaan. Indien statutêr voorsiening gemaak word vir onderhoud en of onderhoudseise ingestel kan word, sal beide ŉ beperking op testeervryheid plaas. Waar statutêr voorsiening gemaak word vir die onderhoud van die langslewende gade, soos bv. by intestate erfopvolging waar die langslewende gade outomaties R125 000.00 of ŉ kindsdeel erf, welke een die grootste,[220] sal die testateur in albei gevalle slegs testeervryheid oor ŉ gedeelte van sy of haar boedel kan uitoefen.

In die geval waar onderhoud nie statutêr gereël word nie en ŉ onderhoudseis teen die boedel ingestel kan word, sal die testateur se testeerbevoegdheid eers ná sy of haar dood ingeperk word. Dit is egter die geval dat onderhoudseise nie altyd

219 23 van 1874 (hierna die *Erfregwet*); Departement van Justisie 2014 http://www.justice.gov.za.
220 Jamneck en Rautenbach *The Law of Succession in South Africa* 30.

suksesvol sal wees nie weens die bepaling of ŉ onderhoudsbehoefte bestaan of nie; dus sal testeervryheid slegs in sekere gevalle beperk word. ŉ Probleem wat ontstaan by die statutêre bepaling van onderhoud is of, indien die onderhoud wat statutêr voorsien word nie genoeg is om in die langslewende gade se onderhoudsbehoeftes te voorsien nie, die langslewende gade nogtans ŉ eis vir onderhoud teen die bestorwe boedel sal kan instel of nie. Die posisie dat ŉ langslewende gade ŉ onderhoudseis teen die boedel kan instel sou ŉ onderhoudsbehoefte ontstaan, word ondersteun eerder as dat ŉ vasgestelde gedeelte van die boedel wat ingevolge ŉ statutêre bepaling aan die gade gegee moet word ten opsigte van onderhoud ná die testateur se dood.

HOOFSTUK 4

4 Onderhoudsverpligting teenoor minderjarige kinders

Ingevolge die Romeins-Hollandse reg het daar geen verpligting op ouers se boedels gerus om die kinders te onderhou nie, en daar was geen rede waarom sodanige plig op ŉ erflater of boedel gelê sou word nie omdat die kinders geregtig was op ŉ legitieme porsie.[221] Die legitieme porsie is egter ingevolge die *Erfregwet* in Suid-Afrika afgeskaf en ŉ onderhoudsbehoefte het vervolgens by afhanklike kinders ontstaan.[222]

Die *Wet op Onderhoud*[223] is geïmplementeer na aanleiding van die *World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children* wat die Republiek van Suid-Afrika op 30 September 1990 in New York onderteken het.[224] Artikel 27 van dié verklaring bepaal spesifiek dat staatsorgane die reg van elke kind op ŉ lewenstandaard wat vir die kind se fisiese, verstandelike, geestelike, morele en sosiale ontwikkeling voldoende is, moet erken en die nodige stappe moet doen om namens die kinders onderhoud deur die ouers of enige ander persoon of persone wat ŉ finansiële verpligting ten opsigte van die kind het, te verseker .[225]

Die *Onderhoudswet* is van toepassing ten opsigte van enige persoon wat ŉ regsverpligting het om ŉ ander persoon te onderhou, ongeag die aard van die verhouding tussen die partye.[226] Ingevolge artikel 15 van die *Onderhoudswet* rus ŉ gemeenregtelike verpligting op elke ouer om sy/haar kind te onderhou[227] vanaf die datum van geboorte en die verwagting bestaan dat dit sal voortduur totdat sodanige kind selfonderhoudend is.[228] Buiten die *Onderhoudswet* is die *Kinderwet*[229] ook van toepassing by die regulering van onderhoud ten opsigte van minderjarige kinders.

Kragtens die *Kinderwet* het elke ouer sekere regte en verantwoordelikhede ten opsigte van minderjarige kinders. Hierdie regte en verantwoordelikhede sluit in die

221 Cronje en Roos *Erfregvonnisbundel* 250.
222 Cronje en Roos *Erfregvonnisbundel* 250; Smith *Freedom of Testation* 96.
223 99 van 1998 (hierna die *Onderhoudswet*).
224 Voorwoord *Onderhoudswet.*
225 Voorwoord *Onderhoudswet.*
226 A2 van die *Onderhoudswet*.
227 Smith *Freedom of Testation* 106.
228 Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 280; Lehmann 2014 *Acta Juridica* 16.
229 38 van 2005 (hierna die *Kinderwet*).

verantwoordelikheid van ŉ ouer om by te dra tot die onderhoud van ŉ minderjarige kind.[230] Die ouer-kind-verhouding word weerspieël deur ŉ baie belangrike aspek, naamlik die onderhoudsverpligting.[231] Sekere vereistes word aan hierdie onderhoudsverpligting gekoppel,[232] naamlik:[233]

- ouers[234] moet oor die vermoë beskik om aan die onderhoudsverpligting te voldoen;
- kinders moet nie selfonderhoudend wees nie; en
- die onderhoudsverpligting moet deur die aard van die verhouding tussen die partye erken word.

Die vraag het egter ontstaan of die onderhoudsverpligting ná die afsterwe van die ouer oorgaan op die boedel. In *Carelse v Estate de Vries*[235] het regter De Villiers beslis dat ouers se verpligting om kinders te onderhou op hulle boedels oorgaan, maar die beslissing het op ŉ foutiewe vertolking van Groenenwegen berus.[236] Dit is egter gevestigde reg dat die onderhoudsverpligting wat op ouers rus, ná hulle afsterwe op hulle boedels oorgaan.[237] In *In re Estate Visser*[238] het die hof beslis dat ŉ onderhoudsverpligting op ŉ oorledene se boedel rus om ŉ minderjarige kind te onderhou[239] en die posisie is ook stilswyend so in *Glazer v Glazer*[240] deur die Appèlhof aanvaar.[241]

Die erfreg maak voorsiening daarvoor dat ŉ oorledene se boedel by die testateur se afsterwe in die basiese behoeftes van ŉ langslewende gade en afhanklike kinders moet voorsien.[242] Die verpligting van ŉ ouer om sy of haar minderjarige kinders te

---

230 Aa 1 en 18; Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 279.
231 Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 279.
232 Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 280.
233 Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 280.
234 In terme van a18(1), saamgelees met a30(1) van die *Kinderwet*, kan meer as een persoon ouerlike regte en verantwoordelikhede besit ten opsigte van dieselfde kind. Gevolglik kan ŉ ander persoon ook ŉ onderhoudsverpligting ten opsigte van ŉ minderjarige kind hê.
235 1906 23 SC 532.
236 Cronje en Roos *Erfregvonnisbundel* 250; Mackintosh en Paleker 2014 *South African Law of Succession and Trusts* 46-47, 49.
237 Cronje en Roos *Erfregvonnisbundel* 250; Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 280; *Ex Parte Zietsman: in re Estate Barnard* 1952 2 SA 16 (K); Mackintosh en Paleker 2014 *South African Law of Succession and Trusts* 41; Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 2.
238 1948 3 SA 1129 (K).
239 Roux 2013 *De Rebus* 50.
240 1963 4 SA 694 (A).
241 Mackintosh en Paleker 2014 *South African Law of Succession and Trusts* 49.
242 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 1.

onderhou verval nie by die dood van die erflater nie, maar gaan oor op die erflater se boedel.[243] In die geval waar die minderjarige kind ŉ erfenis uit die ouer se boedel ontvang, moet die begunstigde hom of haar eers met behulp van die bemaking probeer onderhou. Indien die bemaking egter onvoldoende is om aan die onderhoud te voldoen, sal ŉ onderhoudseis ontstaan.[244] Weens die bestaan van die ouer se verpligting om sy minderjarige kinders te onderhou, bestaan ŉ beperking op testeervryheid.

ŉ Onderhoudsverpligting is nie beperk tot net lewensnoodsaaklikhede soos die voorsiening van voedsel of huisvesting nie en behels onder andere ook, opvoeding, klere en mediese dienste.[245] Die onderhoudsverpligting kom egter nie noodwendig tot ŉ einde wanneer die kind die ouderdom van meerderjarigheid bereik het nie.[246] In sekere omstandighede kan die boedel ook aanspreeklik wees vir die koste verbonde aan universiteits- of ander naskoolse opleiding.[247]

Soos enige eis sal die onderhoudseis van ŉ minderjarige kind aan ŉ rangorde onderworpe wees.[248] Tot op hede is onderhoudseise teen die bestorwe boedels van die moeder en die vader toegelaat ten opsigte van legitieme sowel as buite-egtelike kinders, sowel as onderhoudseise van kleinkinders teen die bestorwe boedel van die grootouers.[249] Die onderhoudseis van ŉ minderjarige kind volg ná gewone skuldeisers se eise maar dit val voor die eise van legatarisse en erfgename.[250] Die gevolg hiervan is dat, voordat ŉ testateur se wense uitgevoer kan word, die onderhoudseis wat ten gunste van ŉ minderjarige kind ingestel is eers uitbetaal moet word en daarna kan die bates tussen die erfgename en legatarisse verdeel word.[251]

---

243 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 1-2; Lehmann 2014 *Acta Juridica* 13.
244 Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 280.
245 Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 281; Jacobs en Lambrechts 2013 *De Rebus* 31.
246 In *Richter v Richter* 1947 3 SA 86 (W) het die hof beslis dat die applikant se dogter, wat die ouderdom van 21 jaar bereik het, steeds geregtig is op onderhoud ongeag die feit dat sy reeds ŉ BA-kwalifikasie het omdat sy besig was om as onderwyseres te kwalifiseer en gevolglik nie selfonderhoud was nie.
247 Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 281.
248 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 2.
249 Lehmann 2014 *Acta Juridica* 13.
250 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 2; Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 280; Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.
251 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 2.

Die beperking wat in die geval van onderhoud ten opsigte van minderjarige kinders op ŉ testateur se testeerbevoegdheid geplaas word, word ondersteun. Dit is noodsaaklik dat vir minderjarige of afhanklike kinders voorsiening gemaak moet word ten opsigte van onderhoudsbehoeftes. Dit is van uiterste belang dat die minderjarige kind die geleenthede gegun word om, onder andere, onderrig te kry wat hy/sy voor die dood van die testateur sou ontvang en dat die kind nie van daardie geleenthede ontneem word nie. Deur ŉ onderhoudseis ten opsigte van ŉ minderjarige of afhanklike kind teen ŉ bestorwe boedel waar die boedel daartoe in staat is toe te laat, word ŉ finansiële las wat andersins op die staat sou rus, dus verwyder. Al onterf die testateur dus sy of haar behoeftige kinders, sal hierdie bepaling geen invloed hê op die reg wat die kind het om onderhoud teen die bestorwe boedel te eis nie.[252] Die doel van hierdie beperking wat op ŉ testateur geplaas word, is om die belange van minderjarige kinders te beskerm en om die onderhoudsverpligting op ouers af te dwing.[253]

ŉ Aspek wat verband hou met onderhoud ten opsigte van minderjarige kinders en langslewende gades is die verkryging van pensioenvoordele. Die posisie wat pensioenvoordele by ŉ testateur se boedel en onderhoud ten opsigte van afhanklikes inhou, word vervolgens bespreek.

252 Jacobs en Lambrechts 2013 *De Rebus* 31; Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.
253 Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.

HOOFSTUK 5

5 Die *Pensioenfondswet*

Die doel van die *Pensioenfondswet* is om voorsiening te maak vir die registrasie, inlywing, regulering en ontbinding van pensioenfondse en vir aangeleenthede wat daarmee verband hou.[254] Die Suid-Afrikaanse *Pensioenfondswet* maak deel van maatskaplike sekerheid soos bepaal in artikel 27 van die *Grondwet*. Pensioenfondse is ŉ meganisme wat daargestel is om mense teen armoede te beskerm.[255] Artikel 37C van die *Pensioenfondswet* val onder die bepalings met betrekking tot gelykheid[256] en menswaardigheid[257] soos in die *Grondwet* uiteengesit omdat na al die belange van die afhanklikes omgesien word sonder om teen hulle te diskrimineer.[258]

Die *Pensioenfondswet* is met ingang van 1 Augustus 1976 gewysig om artikel 37C in die *Pensioenfondswet* te inkorporeer.[259] Hierdie artikel reguleer die betaling van enige voordeel betaalbaar by die dood van ŉ lid van ŉ pensioenfonds soos omskryf in artikel 1 van die *Pensioenfondswet*.[260] Ingevolge dié artikel rus daar ŉ verpligting op die trustees van die pensioenfondse om die verdeling van die pensioenvoordele ten opsigte van begunstigdes van die pensioenvoordeel te bewerkstellig.[261] Probleme het egter ontstaan by die identifisering van afhanklikles ten opsigte van oorledenes en hoe die voordele vervolgens verdeel moet word. In 2009 het die beregter van pensioenfondse, Mamodupi Mohlala, bepaal dat waar twee persone in ŉ permanente saamwoonverhouding is en ten tye van die dood van een van die lewensmaats van mekaar finansieel interafhanklik is, sal die langslewende as ŉ afhanklike van die oorledene geag word.[262] Gevolglik sal die lewensmaat deel vorm

---

254 *Pensioenfondswet* voorwoord.
255 Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 153; Manamela 2005 *SA Merc LJ* 278; Dyani 2012 *Journal of African Law* 297.
256 A9 van die *Grondwet*.
257 A10 van die *Grondwet*.
258 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 279.
259 Nevondwe en Odeku 2014 *Mediterranean Journal of Social Sciences* 773; Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 153.
260 Nevondwe en Odeku 2014 *Mediterranean Journal of Social Sciences* 773; Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 153.
261 Nevondwe en Odeku 2014 *Mediterranean Journal of Social Sciences* 773.
262 Lehman 2009 *SALJ* 651.

van die poel begunstigdes wanneer die trustees van die spesifieke pensioenfonds op die redelike en billike verdeling van die oorledene se doodsvoordele besluit.[263]

Artikel 37C(a) van die *Pensioenfondswet* plaas ʼn verpligting op die raad van trustees van die pensioenfondse om die verdeling van ʼn lid se voordele te bewerkstellig. Die verpligting van die raad van trustees van die pensioenfondse behels die verantwoordelikheid om die doodsvoordele te versprei en aan die relevante begunstigdes te betaal.[264] Die hoofdoel van artikel 37C is om die persone wat tydens sy of haar leeftyd van die oorledene finansieel afhanklik was, te beskerm ten einde die moontlike finansiële las van die staat te verlig[265] Vervolgens word gekyk na wie as afhanklike kwalifiseer en dan na die verdeling van pensioenvoordele sou afhanklikes geïdentifiseer word.

5.1 Wie kwalifiseer as ʼn afhanklike?

Ten einde te kan bepaal aan wie die doodsvoordele uitbetaal moet word, moet bepaal word wie kwalifiseer as ʼn afhanklike ingevolge artikel 37C van die *Pensioenfondswet*.[266] Artikel 37C bepaal dat pensioenfondsvoordele nie deel uitmaak van ʼn oorledene se boedel nie[267] en dit kan dus nie aan ʼn bemaking onderworpe wees nie en moet betaal word aan die lid se afhanklikes of genomineerdes, sou enige bestaan, in sodanige verhouding soos die trustees van die pensioenfondse sou billik ag.[268] Trustees word onder ʼn statutêre verpligting geplaas om nie aan die wense van die lid uitvoering te gee, soos uiteengesit in ʼn testament of wat ʼn nominasie van ʼn begunstigde uitmaak, wanneer dit noodsaaklik raak om die finansiële posisie van die lid se afhanklikes te beskerm nie.[269] Die wyse waarop die voordeel vanuit die pensioenvoordele betaal word sal dus bepaal word

263 Lehman 2009 *SALJ* 651.
264 Nevondwe en Odeku 2014 *Mediterranean Journal of Social Sciences* 773.
265 Nevondwe en Odeku 2014 *Mediterranean Journal of Social Sciences* 773; Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 904; Manamela 2005 *SA Merc LJ* 279.
266 Lehman 2009 *SALJ* 651-652.
267 A37C(1); Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 904; Lehmann 2014 *Acta Juridica* 19; Manamela 2005 *SA Merc LJ* 276.
268 Lehman 2009 *SALJ* 652; Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 904.
269 Lehman 2009 *SALJ* 652.

deur die trustees van die pensioenfondse en nie deur die bepalings van die testament nie.[270]

Die trustees het twaalf maande om te bepaal of daar enige afhanklikes van die oorledene is.[271] Indien die trustees nie daarin slaag om die taak binne twaalf maande uit te voer nie, kan die fonds *in mora* plaas word weens die optrede van die trustees en die fonds kan dan aanspreeklik gehou word vir die betaling van rente.[272] Afhanklikes word in artikel 1(a) van die *Pensioenfondswet* omskryf as:[273]

> (a) a person in respect of whom the member is legally liable for maintenance;
> (b) a person in respect of whom the member is not legally liable for maintenance, if such a person
>   (i) was, in the opinion of the board, upon the death of the member in fact dependent on the member for maintenance;
>   (ii) is the spouse of the member;
>   (iii) is a child of the member, including a posthumous child, an adopted child and a child born out of wedlock
> (c) a person in respect of whom the member would have become legally liable for maintenance, had the member not died.

Die *Pensioenfondswet* herken drie soorte afhanklikes, naamlik:[274]

- ŉ persoon wat die lid wettiglik moes onderhou;
- ŉ persoon wat die lid nie wettiglik moes onderhou nie, maar waar die lid steeds die persoon onderhou het, of waar die persoon ŉ kind of ŉ gade van die lid was; en
- ŉ persoon wat die lid wel wettiglik sou moes onderhou in die geval waar die lid nie tot sterfte gekom het nie.

Vir ŉ aantal jare het die trustees van pensioenfondse met afhanklikheidseise ten opsigte van gades van dieselfde geslag gesukkel aangesien hierdie omstandighede nie uitdruklik in die *Pensioenfondswet* gedefinieer was nie.[275] Die trustees moes steun op die afhanklikheid van gades van dieselfde geslag teenoor mekaar ten einde die verdeling van pensioenvoordele te bewerkstellig.[276] Op 13 September 2007 is

270 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 904.
271 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 904; Manamela 2005 *SA Merc LJ* 277-278.
272 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 278; *GD Dobie NO v National Technikon Retirement Pension Fund* PFA/KZN/207/99/AS.
273 A1(a).
274 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 904; Manamela 2005 *SA Merc LJ* 281; Dyani 2012 *Journal of African Law* 298.
275 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 904.
276 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 904.

hierdie posisie vereenvoudig met die insluiting van die definisie van ŉ gade.[277] ŉ Gade word soos volg gedefinieer:[278]

> "spouse" means a person who is the permanent life partner or spouse or civil union partner of a member in accordance with the *Marriage Act*, 1961 (act 25 of 1961) the *Recognition of Customary Marriages Act*, 1998 (act 120 of 1998) or the *Civil Union Act*, 2006 (act 17 of 2006) or tenets of a religion.

Afhanklikes kan geïdentifiseer word deur die raadpleging van begunstigde nominasievorms, werknemersrekords (met inbegrip van mediesefondsrekords), deur familie en kollegas te raadpleeg, ens.[279] Die trustees van pensioenfondse moet tot die waartoe hulle dit redelik ag, handel om die afhanklikes van die lid te identifiseer.[280]

Vervolgens ontstaan die vraag wie kwalifiseer om as afhanklike van die lid gesien te word. Ingevolge artikel 1(a) en (c) word daar in die definisie van ŉ afhanklike verwys na die verpligting van die lid om ŉ sekere persoon regsgeldiglik te onderhou of na ŉ persoon wat regsgeldiglik deur die lid onderhou sou moes word, sou die lid nie tot sterfte gekom het nie.[281] Met die uitsondering van die *Wet op Langslewende Gades* word nie statutêr voorsiening gemaak vir die bepaling van afhanklikes wat regsgeldiglik onderhou moet word nie.[282] Gevolglik moet trustees van pensioenfondse steun op die gemeenregtelike verpligting wat bestaan.[283] Ingevolge die Suid-Afrikaanse gemenereg bestaan daar ŉ wedersydse onderhoudsplig tussen ŉ man en vrou, ouer en kind, grootouers en kleinkinders (of verdere afstammelinge *ad infinitum*) sowel as tussen broers en susters.[284] Ingevolge die gemenereg is bovermelde verhoudings dus die enigste verhoudings waarin ŉ regsverpligting ontstaan om mekaar te onderhou.[285]

---

277 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 904; *Wysigingswet op Pensioenfondse* 11 van 2007.

278 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 905; De Villiers en Giese *A Review of Children's Access to Employment-based Contributory Social Insurance Benefits* 67.

279 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 905.

280 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 905.

281 Lehman 2009 *SALJ* 652.

282 Lehman 2009 *SALJ* 652-653.

283 Lehman 2009 *SALJ* 652-653.

284 Lehman 2009 *SALJ* 653; Mackintosh en Paleker 2014 *South African Law of Succession and Trusts* 47, 50, 55.

285 Lehman 2009 *SALJ* 653.

5.2 Is die afhanklike geregtig op onderhoud?

Sou bevestig word dat ŉ persoon wel ŉ afhanklike is ten opsigte van wie ŉ onderhoudsplig bestaan, beteken dit nie noodwendig dat sodanige persoon onderhoud kan eis en ontvang nie.[286] Die bestaan en omvang van die onderhoudsverpligting ingevolge die gemenereg is onderhewig aan twee faktore, naamlik dat die persoon wat onderhoud eis nie daartoe in staat moet wees om hom- of haarself te kan onderhou nie, en tweedens moet die persoon van wie onderhoud geëis word, daartoe in staat wees om die persoon te kan onderhou.[287] Na gelang van die verhouding tussen die persoon wat onderhoud eis en die persoon van wie die onderhoud geëis word, sal die onderhoudsdrempel[288] van elkeen verskil.[289]

Slegs die onderhoudsverpligting wat tussen en gades en kinders bestaan, word hieronder kortliks bespreek.

ŉ Meer omvattende onderhoudsverpligting bestaan tussen gades en kinders as wat daar tussen ander kategorieë van onderhoudsaanspraakmakers bestaan.[290] Gades en kinders is daarop geregtig dat hulle redelike onderhoudsbehoeftes bevredig word.[291] Die onderhoudsdrempel word egter bepaal deur die afhanklike van die lid se welvaart en middele tot sy of haar beskikking.[292] Die sogenoemde onderhoudsverpligting sal die noodsaaklikhede van die lewe insluit, onder andere kos, klere, behuising en mediese sorg,. Verder kan dit ook opvoeding sowel as tersiêre onderrig insluit.[293] Soos vroeër bespreek, bestaan die ouers se onderhoudsverpligting ten opsigte van kinders vir so lank as wat die kind nie selfonderhoudend is nie.[294]

---

286 Lehman 2009 *SALJ* 653.
287 Lehman 2009 *SALJ* 653-654; die vereistes is soortgelyk aan die vereistes soos uiteengesit in die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* by die bepaling van die bestaande onderhoudsbehoefte.
288 Die omvang of intensiteit wat oorskry moet word sodat ŉ sekere reaksie, gevolg of voorwaarde moet intree. Die vereistes waaraan voldoen moet word ten einde as begunstigde te kwalifiseer.
289 Lehman 2009 *SALJ* 654.
290 Lehman 2009 *SALJ* 654.
291 Lehman 2009 *SALJ* 654.
292 Lehman 2009 *SALJ* 654.
293 Lehman 2009 *SALJ* 654; Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 281; Jacobs en Lambrechts 2013 *De Rebus* 31.
294 Lehman 2009 *SALJ* 654; Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 280; Lehmann 2014 *Acta Juridica* 16.

5.3 Die verdeling van die pensioenvoordele

Sodra daar bepaal is dat afhanklikes wel bestaan, moet die trustees van die pensioenfondse hulle diskresie ingevolge artikel 37(b)(A) van die *Pensioenfondswet* uitoefen by die verdeling van die pensioenvoordele tussen die geïdentifiseerde afhanklikes sowel as begunstigdes.[295] Daar word tussen afhanklikes en begunstigdes onderskei. ŉ Persoon word as ŉ afhanklike geklassifiseer indien sodanige persoon finansieel steun op die testateur.[296] ŉ Begunstigde is ŉ persoon wat deur die testateur genomineer word om die pensioenvoordeel te ontvang.[297] Dit is nie altyd die geval dat ŉ begunstigde ook ŉ afhanklike is nie. Die trustees moet die beginsels van administratiewe geregtigheid[298] volg deur slegs relevante faktore in ag te neem en faktore wat nie relevant is nie, opsy te skuif.[299] Die howe het in beide *TWC and Others v Rentokil Pension Fund and Another*[300] en in *Sithole v ICS Provident Fund*[301] die faktore uiteengesit wat die trustees van die pensioenfondse in ag moet neem, maar het ook gestel dat die trustees nie tot hierdie faktore beperk is nie. Die faktore is soos volg:

- die ouderdomme van die partye;
- die verhouding met die oorledene;
- die omvang van die afhanklikheid;
- die wense van die oorledene;
- die finansiële status van die afhanklikes; en
- die toekomstige en potensiële verdienvermoë van die afhanklikes.

Een belangrike faktor wat die trustees egter in ag moet neem en wat nie deur die hof in een van die bogenoemde twee sake uiteengesit is nie, is die vermoë van die oorledene se voordeel[302] om tot die onderhoud by te dra. Die trustees kan nie die hele pensioenvoordeel aan een persoon gee omdat daardie afhanklike ŉ groot

295 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 905.
296 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 905.
297 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 905.
298 In terme van a33 van die *Grondwet* het elke persoon die reg tot regmatige, redelike en prosedureel billike administratiewe optrede. Sien ook die *Wet op Bevordering van Administratiewe Optrede* 3 van 2000 hierin.
299 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 905.
300 2000 2 BPLR 216 (PFA) 13.
301 2000 4 BPLR 430 (PFA) 9.
302 Die onderskeie afhanklikes se behoefte om onderhoud moet opgeweeg word teen die waarde van die pensioenvoordeel en moet die pensioenvoordeel gevolglik regverdiglik tussen alle behoeftiges verdeel word.

onderhoudseis het en die aan ander afhanklikes niks gee nie. Die trustees moet daarom hulle diskresie by die verdeling gebruik en ’n billike verdeling van die pensioenvoordeel bewerkstellig.

Met betrekking tot die faktore wat deur die trustees in ag geneem moet word, kan ook na die opmerkings van die beregter van pensioenfondse in *Gowing v Lifestyle Retirement Annuity Fund*[303] gekyk word. Die beregter het soos volg kommentaar gelewer:

> The Legislature regards pension assets as a critical and essential component of any natural person’s right and therefore it has established a mandatory scheme (set out in section 37C) in terms of which a death benefit has to be distributed. As can be seen, the Act differentiates between dependants and nominees, who may or may not be dependants of the deceased.

Dit is dus belangrik dat die trustees bogenoemde faktore in ag neem wanneer bepaal word hoe die pensioenvoordele verdeel moet word. Die belangrikheid van die doel van die pensioenvoordele word hierbo duidelik deur die beregter van pensioenfondse uiteengesit en daar moet seker gemaak word dat hierdie reg van elke natuurlike persoon beskerm word.

5.3.1 Bevoegdheid van die trustees

Artikel 37C van die *Pensioenfondswet* sit vier moontlike situasies uiteen met betrekking tot die bestaan van afhanklikes en bevoordeeldes:[304]

- daar is afhanklikes maar geen genomineerdes nie (hier moet die raad van trustees van die pensioenfondse die voordeel tussen die afhanklikes verdeel soos hulle dit billik ag);[305]
- daar is genomineerdes maar geen afhanklikes nie (die voordeel moet verdeel word soos aangedui op die begunstigde nominasievorm maar is dit onderworpe aan die laste van die boedel);[306]
- daar is afhanklikes sowel as genomineerdes (hier moet die raad weer ’n billike verdeling bewerkstellig);[307] en

303 2007 2 BPLR 212 (PFA).
304 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 905.
305 A37C(1)(a).
306 A37C(1)(b).

- daar is geen afhanklikes of genomineerdes nie (die voordeel moet aan die boedel betaal word).[308]

5.3.1.1 Artikel 37C(1)(a): Verdeling aan afhanklikes

Hierdie artikel reguleer die situasie waar die oorledene geen begunstigdes genomineer het nie, maar oorleef word deur afhanklikes wat aan die fonds bekend is.[309] In sodanige geval moet die trustees van die pensioenfondse die geld aan die begunstigdes uitbetaal in ʼn verhouding soos die trustees dit billik ag.[310] Nie elke afhanklike het ʼn outomatiese reg daarop om ʼn gedeelte van die voordeel te ontvang nie.[311] Die reg om op die voordeel aanspraak te maak, word nie net op afhanklikheid gebaseer nie maar ook op die identifisering as begunstigde ingevolge waarvan die raad se besluit.[312] Die uitbetaling kan dus aan een afhanklike gemaak word of dit kan proporsioneel tussen ʼn aantal afhanklikes verdeel word.[313]

5.3.1.2 Artikel 37C(1)(b): Verdeling aan genomineerdes

Indien die lid ʼn persoon genomineer het wat nie ʼn afhanklike is nie en die raad van trustees van die pensioenfondse nie binne ʼn tydperk van twaalf maande van enige afhanklikes bewus geword het nie, het die raad geen diskresie nie en moet die voordeel ná afloop van die twaalf maande aan die genomineerde uitbetaal word.[314] Artikel 37C(1)(b) sit twee voorwaardes uiteen sodat betaling kan geskied. Eerstens moet ʼn tydperk van twaalf maande verstryk sonder om enige afhanklikes op te spoor, en tweedens moet ʼn persoon wat nie ʼn afhanklike is nie, skriftelik genomineer word.[315] Indien aan dié twee voorwaardes voldoen word, het die raad geen diskresie met betrekking tot die uitbetaling van die pensioenvoordeel nie. Die betaling mag

---

307 A37C(1)(bA).
308 A37C(1)(c).
309 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 285.
310 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 285; De Villiers en Giese *A Review of Children's Access to Employment-based Contributory Social Insurance Benefits* 67.
311 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 285.
312 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 285.
313 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 285.
314 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 286; Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 906.
315 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 286; De Villiers en Giese *A Review of Children's Access to Employment-based Contributory Social Insurance Benefits* 69.

egter slegs geskied waar die boedel solvent is.[316] Sou die boedel nie solvent wees nie, moet die laste eers gedek word alvorens die genomineerde betaling vanuit die pensioenvoordeel kan ontvang.[317]

5.3.1.3 Artikel 37C(1)(bA): Verdeling aan afhanklikes en genomineerdes

Artikel 37C(1)(bA) van die *Pensioenfondswet* vereis verder dat, indien daar afhanklikes en genomineerdes is, uitbetaling binne twaalf maande geskied.[318] Die voordeel moet proporsioneel verdeel word soos dit deur die raad billik geag word.[319] Die verskil tussen subartikels (1)(a) en (1)(b) is dat die raad van trustees van die pensioenfondse hier ’n besluit moet neem en binne ’n tydperk van twaalf maande daaraan uitvoering moet gee.[320]

5.3.1.4 Artikel 37C(1)(c): Uitbetaling aan die boedel

Indien geen afhanklikes binne ’n tydperk van twaalf maande geïdentifiseer word nie en daar geen genomineerdes is nie, moet die pensioenvoordeel aan die boedel betaal word.[321] Artikel 37C(1)(c) heg geen tydperk aan die uitvoering vir die betaling deur die trustees van pensioenfondse aan die boedel nie en daar word ook nie van die raad van trustees van pensioenfondse verwag om enige besluite rakende die pensioenvoordeel te neem nie.[322] Dit is belangrik om daarop te let dat die boedel nie genomineer kan word nie.[323] Die bepalings van artikel 1(b) maak dit duidelik dat ’n genomineerde slegs ’n natuurlike persoon kan wees.[324] In die geval waar die lid oor geen boedel beskik nie moet die betaling aan die Voogdyfonds uitbetaal word.[325]

---

316 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 906.
317 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 906.
318 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 287.
319 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 287.
320 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 287; *Jordaan v Protektor Pension Fund* (2001) 2 BPLR 1593 (PFA).
321 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 287; Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 906.
322 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 287.
323 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 287.
324 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 287.
325 Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook* 906.

5.4 Die gevolg van artikel 37C vir die testateur

Soos hierbo gedui, bepaal artikel 37C van die *Pensioenfondswet* dat die pensioenvoordele nie deel uitmaak van die boedel van die oorledene nie.[326] Aangesien die voordele nie deel uitmaak van die oorledene se boedel nie, is die erfreg nie meer daarop van toepassing nie en het die testateur geen testamentêre bevoegdheid oor die voordeel nie.[327]

Dit beteken dat, al het die oorledene ŉ persoon deur middel van ŉ nominasievorm genomineer om die voordeel by sy of haar dood te ontvang, sal die genomineerde nie noodwendig die hele voordeel ontvang nie.[328] Die wense van die lid is slegs een van die faktore wat deur die trustees van pensioenfondse in ag geneem moet word wanneer die doodsvoordele geallokeer moet word.[329] Die gade en kinders van die oorledene kwalifiseer outomaties by die inagneming van afhanklikes ongeag of die oorledene hulle genomineer het of nie.[330]

Artikel 37C het ten doel om die pensioenvoordele teen die onversigtigheid van lede te beskerm[331] en stel dus ŉ verpligte skema voor ingevolge waarvan die voordele ná die dood van die lid onder die oorledene se afhanklikes verdeel moet word.[332] Gevolglik dien die artikel as ŉ statutêre beperking op testeervryheid kragtens die erfreg.[333] Ander relevante kwessies wat ontstaan, is dat pensioenvoordele deel uitmaak van "eiendom" en as dit wel deel uitmaak van eiendom, sal die beperking wat deur artikel 37C op die sogenoemde 'eiendom' geplaas word, ingevolge artikel 36 van die *Grondwet* redelik en regverdigbaar wees.[334]

---

326 Lehmann 2014 *Acta Juridica* 19; Lehman 2009 *SALJ* 654; Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 280; Manamela 2005 *SA Merc LJ* 276.

327 Lehmann 2014 *Acta Juridica* 19; Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 153-154; De Villiers en Giese *A Review of Children's Access to Employment-based Contributory Social Insurance Benefits* 67; Dyani 2012 *Journal of African Law* 297.

328 Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 154; *Mashazi v African Products Retirement Benefit Provident Fund* 2002 8 BPLR 3703 (W).

329 Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 154; Manamela 2005 *SA Merc LJ* 291.

330 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 291.

331 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 278.

332 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 277; De Villiers en Giese *A Review of Children's Access to Employment-based Contributory Social Insurance Benefits* 67.

333 Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals* 154.

334 Manamela 2005 *SA Merc LJ* 291.

Verdere eiendom waaroor testateurs kan beskik, is onroerende eiendom. Die volgende hoofstuk bespreek die beperkings wat ten aansien van onroerende eiendom op ’n testateur se testeerbevoegdheid geplaas word.

HOOFSTUK 6

6 Bemakings met betrekking tot onroerende eiendom

Dit is nie moontlik om onroerende eiendom onbeperk in die toekoms aan persone te bemaak nie.[335] Met ander woorde, die testateur kan nie soos volg testeer nie: "Ek bemaak my plaas aan my seun, wat dit aan sy seun moet bemaak, wat dit aan sy seun moet bemaak en verder" nie.[336] Na aanleiding van sodanige bepalings word aan die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* aandag geskenk.[337]

Dit is verder nie moontlik vir ŉ testateur om die onderverdeling van landbougrond deur middel van ŉ testamentêre bepaling te bewerkstellig nie.[338] Daar sal in hierdie verband ook na die bepalings soos vervat in die *Wet op die Onderverdeling van Landbougrond*[339] gekyk word.

6.1 Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed

Die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* het in werking getree om wette met betrekking tot die verwydering of verandering van beperkings wat deur testamentêre bepalings op onroerende eiendom geplaas is, te konsolideer.[340] Verder plaas hierdie wet ŉ beperking op die duur van *fideicommissarii* geskep deur ŉ testamentêre bepaling of enige ander instrument met betrekking tot onroerende eiendom.[341]

Daar is ŉ verskeie artikels in die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* wat beperkings plaas op ŉ testateur se testeervryheid.[342] Dit sal byvoorbeeld nie in die openbare belang wees vir ŉ persoon, die begunstigde, om

335 Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.
336 Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.
337 94 van 1965.
338 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 8.
339 70 van 1970.
340 94 van 1965 lang titel.
341 94 van 1965 lang titel.
342 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 7; Coetzee *Die Invloed van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 op Testeervryheid vanuit ŉ Boedelbeplanningsperspektief* 5.

ŉ beroep, onder andere boerdery, te beoefen as dit nie is wat hy/sy wil doen nie maar deur die testament vereis word om te doen ten einde die plaas te erf.[343] Die persoon moet dus vrylik sy bates kan vervreem en nie verhoed word deur middel van testamentêre bepalings nie.[344] Om persone deur middel van testamentêre bepalings te verplig om aan sekere aktiwiteite waarin hulle nie belang stel nie deel te hê, sal nie in die openbare belang wees nie.[345]

Ingevolge artikel 2 van die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* kan ŉ persoon aansoek doen dat die hof beperkings deur middel van testamentêre bepalings op onroerende eiendom geplaas, verwyder of wysig. Artikel 2(1) bepaal as volg:

> If any beneficiary interested in immovable property which is subject to any restriction imposed by will or other instrument before or after the commencement of this Act, desires to have such restrictions removed or modified on the ground that such removal or modification will be to the advantage of the persons, born or unborn, certain or uncertain, who are or will be entitled to such property or the income thereof under such will or instrument, such beneficiary may apply to the court for the removal or modification of such restriction.[346]

Sou die aandele wat deur die applikant in die eiendom besit is so klein wees dat dit nie ekonomies voordelig sal wees om dit te gebruik of te geniet nie, sal so ŉ aansoek gebring deur die applikant deur die hof toegestaan word.[347] Artikel 3(1) van die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* bepaal verder dat so ŉ aansoek suksesvol sal wees indien die begunstigde weens die verbod deur die testamentêre bepaling op die eiendom geplaas nie die betrokke onroerende eiendom nuttig kan gebruik nie.[348] Die hof kan ook ŉ aansoek deur ŉ begunstigde toestaan in die geval waar omstandighede ingetree het wat ŉ wesenlike invloed op die waarde van die eiendom het wat nie deur die testateur voorsien is nie asook waar die hof van mening is dat dit in die openbare belang is om sodanige aansoek toe te staan.[349]

---

343 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 7-8.
344 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 7-8.
345 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 7-8; *Ex Parte Wallace* 1970 1 SA 103 (NK) 106G-H.
346 A2(1).
347 A3(1)(a); Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 8.
348 A3(1)(b); Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 8.
349 Aa3(1)(c) en (d).

Elke testateur het die reg om 'n *fideicommissum* te skep ten opsigte van onroerende eiendom. Gemeenregtelik is 'n testateur vry om meerdere opeenvolgende *fideicommissarii* te skep.[350] Met die inwerkingtreding van die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed*[351] is die posisie egter gewysig en beperk die wet 'n *fideicommissum* wat deur 'n testateur geskep is ten opsigte van onroerende eiendom tot en met twee opeenvolgende *fideicommissarii*.[352] Sou *fideicommissa* bestaan wat voor die inwerkingtreding van die wet geskep is, sal artikel 7 van die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* op sodanige *fideicommissa* van toepassing wees. 'n *Fideicommissum* wat geskep is voor die inwerkingtreding van die wet word ook tot twee *fideicommissarii* beperk.[353] Sou met die inwerkingtreding van die wet reeds twee of meer fideikommissêre substitusies plaasgevind het, is die betrokke *fideicommissum* beëindig.[354] Buiten onroerende eiendom is artikel 7 van die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* ook van toepassing op die opbrengs daarvan wat aan die *fideicommissum* onderhewig gemaak is.[355]

Dit is dus duidelik dat die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* 'n beperking op 'n persoon se testeervryheid plaas terwyl die testateur nog lewe, en dit kan ook 'n beperking op die testamentêre bepalings ná die afsterwe van die testateur tot gevolg hê. Die beperking wat op testeervryheid geplaas word, is egter 'n billike beperking. Wanneer die testateur sterf, word die eiendomsreg outomaties beëindig en dan ingevolge die testament aan iemand anders oorgedra. Die testateur se reg om besluite oor die eiendom te neem verval dus en hy of sy kan nie deur onbeperkte hoeveelhede *fideicommissarii* te nomineer vanuit die graf dikteer wat in die toekoms met die eiendom moet gebeur nie. Dit is ook so dat omstandighede en wette verander wat 'n groot invloed op die waarde van eiendom kan hê en waarvoor die testateur nie voorsiening kon maak nie en in sodanige omstandighede moet daar gronde ter beskerming van die begunstigde bestaan.

---

350 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 144.

351 Die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* het op 1 Oktober 1965 in werking getree.

352 A6(1); Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 8; De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 144; Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.

353 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 145.

354 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 145.

355 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 145.

6.2 Wet op Onderverdeling van Landbougrond

Die *Wet op Onderverdeling van Landbougrond* reguleer die onderverdeling van en die gebruik van landbougrond.[356] Die doel met die *Wet op Onderverdeling van Landbougrond* is om die ontstaan van onekonomiese plaaseenhede te voorkom.[357] Ten einde regverdigheid tussen familielede te bewerkstellig, sal ŉ testateur byvoorbeeld sy grond in gelyke dele aan al drie kinders bemaak. Sodanige bemaking is egter ongeldig kragtens die *Wet op Onderverdeling van Landbougrond*. Die testateur se testeerbevoegdheid word dus hierdeur beperk.[358] Die *Wet op Onderverdeling van Landbougrond* bepaal dat landbougrond, met die oog op testamentêre bemakings, nie sonder toestemming van die Minister van Landbou onderverdeel kan word nie.[359] Waar ŉ testateur ŉ bemaking maak wat landbougrond in gelyke dele aan drie van sy kinders bemaak, sal sodanige kinders verplig wees om ŉ herverdelingsooreenkoms met mekaar aan te gaan.[360] Om te verhoed dat begunstigdes herverdelingsooreenkomste ten opsigte van landbougrond moet aangaan kan ŉ testateur dit oorweeg om die grond in ŉ familietrust te plaas en die begunstigdes as inkomstebegunstigdes te nomineer. Hierdeur kan die testateur verseker dat alle begunstigdes in gelyke dele voordeel trek uit die bate en sodoende sal daar nie sprake wees van herverdeling van landbougrond in onekonomiese gedeeltes nie.

Die motivering agter hierdie beperking op testeervryheid is dat landbougrond nie onderverdeel word in kleiner gedeeltes wat nie meer vir landboudoeleindes gebruik kan word nie. Dit is belangrik dat landbougrond beskikbaar is sodat voedselsekerheid nie in gedrang gebring word nie. Indien ŉ testateur landbougrond net onderverdeel om regverdigheid tussen sy erfgename te bewerkstellig, kan dit ernstige gevolge en implikasies vir die land, voedsel- en ekonomiesesekuriteit inhou. Hierdie beperking is dus ŉ billike beperking en het ten doel om tot voordeel van die hele land en landsburgers te strek.

356 Wet 70 van 1970 lang titel. Die *Wet* word egter herroep deur die *Wet op Onderverdeling van Landbougrond* 64 van 1998, maar die datum van die inwerkingtreding van die *Wet* is tot op hede nog nie aangekondig nie.

357 Frantz *Repealing the Subdivsion of Agricultural Land Act* 1.

358 Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* 8; Coetzee *Die Invloed van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 op Testeervryheid vanuit ŉ Boedelbeplanningsperspektief* 5; Rautenbach 2014 *Acta Juridica* 143; De Waal 1997 *SLR*172.

359 Aa 3-5; Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.

360 Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za.

6.3 Samevattende opmerkings

Na aanleiding van bostaande is dit duidelik dat die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* en die *Wet op die Onderverdeling van Landbougrond* beperkings op ŉ persoon se testeervryheid plaas. Hierdie statutêre beperkings word egter ondersteun. Eerstens moet ŉ persoon nie toegelaat word om uit sy of haar graf te regeer nie, met ander woorde die testateur moenie toegelaat word om te bepaal aan wie eiendom vir ŉ onbepaalde tydperk bemaak moet word nie. Tweedens is dit in belang van die gemeenskap dat landbougrond nie in onproduktiewe eenhede onderverdeel word nie. Dit is belangrik vir die ekonomie asook vir voedselsekuriteit dat landbougronde gebruik word vir die kweek van voedsel. Indien die *Wet op Onderverdeling van Landbougrond* herroep word,[361] kan dit ernstige negatiewe ekonomiese implikasies vir die land inhou en sal dit testateurs in staat stel om landbougronde deur middel van testamentêre bemakings te onderverdeel. Sodanige landbougrond sal nie vir voedselproduksie gebruik kan word nie en dit sal negatiewe gevolge vir die land se ekonomie en voedselsekuriteit inhou. Die standpunt word ingeneem dat dit nie voordelig vir die land sal wees om die *Wet op Onderverdeling van Landbougrond* te herroep nie. Die beperkings wat ontstaan weens die *Wet op Onderverdeling van Landbougrond* is sinvolle en nodige beperkings wat op persone se fundamentele reg tot eiendom geplaas word.

361 *Subdivision of Agricultural Land Repeal Act* 64 of 1998 (Geen Afrikaanse benaming beskikbaar nie). Hierdie wet sal inwerking tree op ŉ datum soos bepaal deur die minister in die staatskoerant en het die wet nog nie inwerking getree nie.

HOOFSTUK 7

7 Gevolgtrekking

7.1 Oorsig

Die beginsel van testeervryheid vorm die grondslag van die Suid-Afrikaanse testate erfopvolging en verwys na die diskresie waaroor ŉ testateur beskik om sy of haar boedelbates te bemaak na sy of haar goeddunke. Algaande die reg ontwikkel het, is sekere statutêre en gemeenregtelike beperkings op testeervryheid geplaas en gevolglik word testeervryheid tot ŉ mate beperk. Die doel van hierdie studie was om vas te stel welke beperkinge op die uitoefening van ŉ testateur se testeervryheid bestaan en geplaas word. Ten einde hierdie vraag te beantwoord, is ondersoek ingestel na gemeenregtelike en statutêre beperkings ten opsigte van testeervryheid en die wyse waarop dit testeervryheid beperk.

In hoofstuk 2 is die beperkings soos deur die *Grondwet* op testeervryheid geplaas geanaliseer, meer spesifiek artikel 9 van die *Grondwet*. Na aanleiding van die regspraak wat bespreek is, is bevind dat bepalings wat diskriminerende klousules bevat teen die openbare belang is en gevolglik word die testateur se testeervryheid ingevolge artikel 36 van die *Grondwet* beperk, en mag geen diskriminerende klousules dus in ŉ testament vervat word nie.

Hoofstuk 3 het die posisie met betrekking tot die keuse van sekere huweliksgoederebedelings ondersoek. Hier was die fokus op die onderhoudsverpligting wat tussen gades ontstaan en die vraag of daar ŉ verpligting op die testateur rus om ná afsterwe vir die langslewende gade finansieel voorsiening te maak en of ŉ langslewende gade onterf kan word. Aan die hand van die bespreking van regspraak en die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* is tot die gevolgtrekking gekom dat dit nie moontlik is om ŉ langslewende gade totaal te onterf nie en so ŉ bemaking sal ook teen die openbare belang wees.

Die beperkings wat deur die onderhoudsverpligting ten opsigte van minderjarige kinders ontstaan, is in hoofstuk 4 gehanteer. Uit dié hoofstuk is dit duidelik dat daar geen spesifieke wetgewing bestaan wat onderhoud ná die afsterwe van die ouer reguleer nie. Die posisie word egter gemeenregtelik gereël en daar rus ŉ morele

verpligting op ŉ ouer om sy of haar kind of kinders finansieel te onderhou asook om vir finansiële behoeftes ná die ouer se afsterwe voorsiening te maak. Sou daar geen voorsiening gemaak word nie, kan ŉ eis vir onderhoud teen die boedel ontstaan en dit plaas ŉ beperking op die testateur se testeervryheid.

Die posisie met betrekking tot ŉ testateur se pensioenvoordele is in hoofstuk 5 bespreek. Ingevolge artikel 37C van die *Pensioenfondswet* maak ŉ testateur se pensioenvoordele nie deel uit van sy of haar boedel nie en het ŉ testateur geen testeervryheid oor sy of haar pensioenvoordele nie.

Hoofstuk 6 bevat ŉ oorsig van die beperkings wat op ŉ testateur se testeervryheid geplaas word met betrekking tot die bemaking van onroerende eiendom. Hierdie hoofstuk het die belangrikheid van die beperkings wat deur die *Wet op die Opheffing van Beperkinge of Wysiging op Onroerende Goed* asook die *Wet op Onderverdeling van Landbougrond* op ŉ testateur se testeervryheid geplaas word, belig.

7.2 Gevolgtrekking

Na aanleiding van bostaande bespreking is dit duidelik dat daar verskeie beperkings ten opsigte van ŉ testateur se testeervryheid bestaan. Hierdie beperkings bestaan ten aansien van beide roerende en onroerende eiendom. Sou ŉ testament ŉ bemaking bevat wat onwettig, teen die openbare belang, vaag of verwarrend is, kan die howe die bepalings van die testament verwyder. Gevolglik sal nie aan die testateur se wense uitvoering gegee word nie. Verder kan daar statutêre en gemeenregtelike beperkings op ŉ testateur se testeervryheid geplaas word.

Statutêre beperkings kan kortliks opgesom word deur te verwys na die *Grondwet* wat enige klousule wat daarmee teenstrydig is, as ongrondwetlik sal verklaar. Die howe sal dus in die geval van diskriminerende bepalings daartoe in staat wees om die diskriminerende bepalings te verwyder of, indien die testateur voorsiening gemaak het vir die onmoontlikheid van die uitvoering van ŉ bepaling, moet aan die alternatiewe bepaling gehoor gee.[362] Die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades* bepaal dat ŉ langslewende gade ná die dood van die testateur die reg het op

362 Sien hoofstuk 2 in die algemeen.

onderhoud.[363] Hierdie onderhoud moet aan die gade betaal word voor bates aan ander begunstigdes oorgegee of betaal word, maar die onderhoud sal betaalbaar wees ná die eise van skuldeisers gedek is.[364] Artikel 37C van die *Pensioenfondswet* plaas ŉ ernstige beperking op ŉ persoon se testeervryheid deurdat die wet bepaal dat pensioenvoordele glad nie deel uitmaak van ŉ persoon se boedel nie.[365] Die gevolg is dat die testateur geen testeervryheid oor sy of haar pensioenvoordele het nie. Die doel hiermee is om ŉ finansiële las van die staat te lig deurdat die trustees van pensioenfondse verplig word om die pensioenvoordele aan persone wat van die oorledene finansieel afhanklik was, te betaal.[366] Laastens is daar die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* en die *Wet op die Onderverdeling van Landbougrond*.[367] Ingevolge hierdie twee statutêre bepalings word ŉ beperking met betrekking tot onroerende eiendom op die testateur se testeerbevoegdheid geplaas. Hiervolgens kan die testateur steeds sy of haar onroerende eiendom bemaak aan wie hy of sy wil en word sy of haar testeervryheid slegs beperk, in teenstelling met sy pensioenvoordele waaroor die testateur geen testeerbevoegdheid het nie.

Gemeenregtelike beperkings sluit in die reg van ŉ minderjarige kind om onderhou te word. Indien die testateur geen voorsiening maak nie of nie genoegsame voorsiening maak vir die relatiewe onderhoudsbehoeftes van ’n minderjarige kind nie, kan sodanige minderjarige kind ŉ eis teen die boedel instel vir sy relatiewe onderhoudsbehoeftes. Hierdie betaling van onderhoud sal, soos in die geval van langslewende gades, betaal word voor die bates onder die begunstigdes verdeel word maar ná die eise van skuldeisers gedelg is.[368]

Buiten dié beperkings word die Suid-Afrikaanse siening van testeervryheid as ŉ breë en relatief onbeperkte begrip geag.[369] Sodra voldoen is aan al die eise en beperkings teen die boedel is ŉ gedeelte van die boedel steeds beskikbaar, en daaroor kan die testateur vrylik beskik en ten volle testeervryheid beoefen.[370]

363 Sien hoofstuk 3 in die algemeen.
364 Sien hoofstuk 3.6.
365 Sien hoofstuk 5 in die algemeen.
366 Sien hoofstuk 5, inleidende paragraaf.
367 Sien hoofstuk 6 in die algemeen.
368 Sien hoofstuk 4 in die algemeen.
369 Smith *Freedom of Testation* 107.
370 Smith *Freedom of Testation* 107.

Smith[371] is van mening dat die testateur in hierdie deel van sy boedel kan diskrimineer ten opsigte van die geslag van 'n persoon en dus sy dogter of vrou kan onterf. Dit wil egter voorkom of 'n testateur net nie 'n trust moet oprig waarin gediskrimineer word nie (Sien hoofstuk 2 in die algemeen).

De Waal[372] gebruik die voorbeeld van 'n testateur wat sy dogter of seun onterf het weens hulle seksuele of geloofsoortuigings. In so 'n geval kom die testateur se reg op testeervryheid en die bevoordeelde se reg op gelykheid in botsing.[373] De Waal is van mening dat in so 'n geval waar die twee persone se regte met mekaar bots, moet die testateur se reg op testeervryheid voorkeur kry.[374] Hy motiveer hierdie stelling aan die hand van drie gronde.[375] Eerstens sal die beginsel van testeervryheid dan nietig verklaar word, tweedens het die persoon wat onterf word, geen fundamentele reg het om te erf nie, en laastens is daar praktiese probleme wat kan ontstaan wanneer nie aan die wense van die testateur uitvoering gegee word nie.[376]

Na aanleiding van De Waal se argument dat geen persoon 'n fundamentele reg het om te erf nie, sal die onderskeid wat deur die testateur getref word, nie op onbillike diskriminasie neerkom nie. Dit is 'n voordeel wat 'n persoon ontvang en nie 'n reg waarop enigeen geregtig is nie. Die posisie dat beperkings op 'n persoon se testeervryheid geplaas word ingevolge die *Wet op Onderhoud van Langslewende Gades*, die *Pensioenfondswet* en die gemeenregtelike verpligting om minderjarige kinders te onderhou, word ondersteun. Elke persoon het 'n gemeenregtelike verpligting om sy of haar gades en kinders te onderhou en dit is billik dat beperkings weens onderhoudsbehoeftes bestaan ten einde te voorsien in die behoeftes van persone wat van die testateur afhanklik is. Verder word die beperkings deur die *Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed* en die *Wet op die Onderverdeling van Landbougrond* gestel ook ondersteun aangesien die beperkings die bevordering van die gemeenskap en die Republiek van Suid-Afrika ten doel het. Laasgenoemde beperkings kan dus as redelik en billik en in belang van die hele samelewing beskou word.

---

371 Smith *Freedom of Testation* 107.
372 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 7.
373 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 7.
374 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 7.
375 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 7.
376 De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg* 7-8; Rautenbach 2014 *Acta Juridica* 156.

Op grond van bogenoemde is dit duidelik dat testateurs soms afhanklikes, onder andere kinders en gades, onterf. Daar bestaan wel wetgewende regulasies om afhanklike persone te beskerm en toe te sien dat hulle eise teen die boedel kan instel vir hulle onderhoudsbehoeftes. Die vraag wat in dié verband ontstaan, is of dit nie voordelig sal wees dat afhanklikes geregtig moet wees op 'n legitieme gedeelte van die totale waarde van die boedel nie. Sodoende sal 'n testateur verhoed word om enigsins testeervryheid oor 'n sekere persentasie van sy of haar boedel te kan uitoefen en gevolglik sal verseker word dat afhanklikes op 'n gedeelte van die boedel vir hulle onderhoudsbehoeftes kan reken.

BIBLIOGRAFIE

Literatuur

A

Abrie *et al Bestorwe Boedels*

Abrie W *et al Bestorwe Boedels* 9de uitg (V&R Drukkery Pretoria 2011)

B

Banda *The Court's Power to Condone a Document in Terms of Section 2(3) and Section 2A of the Wills Act 7 of 1953*

Banda TJA *The Court's Power to Condone a Document in Terms of Section 2(3) and Section 2A of the Wills Act 7 of 1953: A Comparative Analysis and Recommendations* (LLM-verhandeling Universiteit van Pretoria 2012)

Brashier 1995 *Case Western Reserve Law* Review

Brashier RC "Disinheritance and the modern family" 1995 *Case Western Reserve Law* Review 83-183

C

Coetzee *Die Invloed van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 op Testeervryheid vanuit 'n Boedelbeplanningsperspektief*

Coetzee M *Die Invloed van die Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990 op Testeervryheid vanuit 'n Boedelbeplanningsperspektief* (LLM-verhandeling Noordwes Universiteit 2004)

Corbett ea *The Law of Succession in South Africa*

Corbett MM ea *The Law of Succession in South Africa* (Juta Kaapstad 1980)

Cronje en Roos *Erfregvonnisbundel*

Cronje DSP en Roos A *Erfregvonnisbundel* 4de uitg (Unisa Uitgewers Johannesburg 2002)

Currie en De Waal *The Bill of Rights Handbook*

Currie I en De Waal J *The Bill of Rights Handbook* 5de uitg (Juta Kaapstad 2005)

D

De Villiers en Giese *A Review of Children's Access to Employment-based Contributory Social Insurance Benefits*

De Villiers N en Giese S *A Review of Children's Access to Employment-based Contributory Social Insurance Benefits* (Unicef Pretoria 2008)

De Waal 1997 *SLR*

De Waal MJ "The social and economic foundations of the law of succession" 1997 (8) *SLR* 162-175

De Waal en Schoeman-Malan *Erfreg*

De Waal MJ en Schoeman-Malan MC *Erfreg* 4de uitg (Juta Kaapstad 2008)

De Waal en Schoeman-Malan *Introduction to Succession*

De Waal MJ en Schoeman-Malan MC *Introduction to Succession* 3de uitg (Juta Kaapstad 2003)

Du Randt en Parsonage *Without Prejudice*

Du Randt A en Parsonage J 'The maintenance of surviving spouses' *Without Prejudice* October 2010

Du Toit 2001 *SLR*

Du Toit F "The constitutional bound dead hand? The impact of constitutional rights and principles on freedom of testation in South African law" 2001 *SLR* 222-257

Dyani 2012 *Journal of African Law*

Dyani N "Extending death benefits to cohabitants under Section 37C of the South African Pension Funds Act: *Hlathi v University of Fort Hare Retirement Fund*" 2012 (2) *Journal of African Law* 296-306

F

Frantz *Repealing the Subdivsion of Agricultural Land Act*

Frantz G *Repealing the Subdivsion of Agricultural Land Act: A Constitutional Analysis* (LLM-verhandeling Universiteit Stellenbosh 2010)

H

Hahlo 1959 *SALJ*

Hahlo HR "The case against freedom of testation" 1959 *SALJ* 435-447

J

Jacobs en Lambrechts 2013 *De Rebus*

Jacobs J en Lambrechts L "Valid or not? General principles for challenging a will" Oktober 2013 *De Rebus* 30-32

Jamneck en Rautenbach *The Law of Succession in South Africa*

Jamneck J en Rautenbach C (reds) *The Law of Succession in South Africa* (Oxford University Press Kaapstad 2008)

K

Keightley 2003 *Annual Survey of South African Law*

Keightley R "Law of succession (including administration of estates) and trusts" 2003 *Annual Survey of South African Law* 528-548

L

Lehman 2009 *SALJ*

Lehman K "Death and dependency: The meaning of 'dependent' under section 37c of the Pension Funds Act 24 of 1956" 2009 (4) *SALJ* 650-666

Lehmann 2014 *Acta Juridica*

Lehmann K "Testamentary freedom versus testamentary duty: In search of a better balance" 2014 *Acta Juridica* 9-40

M

Mackintosh en Paleker 2014 *South African Law of Succession and Trusts*

Mackintosh D en Paleker M "A grandchild's claim to maintenance from a deceased grandparent's estate" 2014 *South African Law of Succession and Trusts* 41-77

Manamela 2005 *SA Merc LJ*

Manamela T "Chasing away the ghost in death benefits: A closer look at Section 37C of the Pension Funds Act 24 of 1956" 2005 (14) *South African Merc LJ* 276-294

Modiri 2013 *PER*

Modiri JM "Race as/and the trace of the ghost: Jurisprudential escapism, horizontal anxiety and the right to be racist in *BOE Trust Limited*" 2013 (16) *PER* 583-614

N

Nevondwe en Odeku 2014 *Mediterranean Journal of Social Sciences*

Nevondwe L en Odeku KO "The politics of cohabitation in South Africa: Exploring who qualifies for pension benefits under Section 37C of the Pension Funds Act, 24 of 1956" 2014 (5) *Mediterranean Journal of Social Sciences* 773-778

Nevondwe en Rapatsa 2012 *Palgrave Journals*

Nevondwe L en Rapatsa M "Cohabitation: A nightmare on the allocation and distribution of death benefits in terms of section 37C of the South African pension funds Act 24 of 1956" 2012 (17) *Palgrave Journals* 153-157

P

Paleker 2004 *SALJ*

Paleker M "Bekker v Naude: The Supreme Court of Appeal settles the meaning of 'drafted' in section 2(3) of the Wills Act, but creates a potential constitutional problem" 2004 (121) *SALJ* 27-33

Post 1940 *St. John's Law Review*

Post RM "Duty of relatives to support dependents" 1940 *St. John's Law Review* 1-14

R

Rabenowitz *The South African Financial Planning Handbook*

Rabenowitz P (red) *The South African Financial Planning Handbook* (LexisNexis Durban 2013)

Rautenbach 2014 *Acta Juridica*

Rautenbach C "A few comments on the (possible) revival of the customary law rule of male primogeniture: Can the common-law principle of freedom of testation come to its rescue?" 2014 *Acta Juridica* 132-159

Robinson ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg*

Robinson JA ea *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Familiereg* 4de uitg (Printing Things cc Potchefstroom 2009)

Roux 2013 *De Rebus*

Roux E "Freedom of testation, can a person disinherit a spouse?" November 2013 *De Rebus* 48-50

Rowland 1967 *Codicillus*

Rowland CJ “Controlling the dead hand” 1967 *Codicillus* 23-30

S

Schoeman-Malan ea 2014 *Acta Juridica*

Schoeman-Malan L ea “Section 2(3) of the Wills Act 7 of 1953: A retrospective and critical appraisal of some unresolved issues” 2014 *Acta Juridica* 78-103

Schulze 2011 *De Rebus*

Schulze H “Administration of estates” Januarie/Februarie 2011 *De Rebus* 37-38

Smith *Freedom of Testation*

Smith SR *Freedom of testation: A memento of capitalist patriarchy* (LLM-verhandeling Universiteit van Suid-Afrika 2009)

V

Van der Merwe en Rowland *Die Suid-Afrikaanse Erfreg*

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

Van Wyk *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente*

Van Wyk M *Die Grondwetlikheid van Geloofsklousules in Testamente* (LLM-verhandeling Noordwes Universiteit 2005)

W

Wood-Bodley 2007 *SALJ*

Wood-Bodley MC “Freedom of testation and the Bill of Rights: Minister of Education v Syfrets Trust Ltd NO” 2007 (4) *SALJ* 687-702

Internetbronne

Departement van Justisie 2014 http://www.justice.gov.za

Departement van Justisie 2014 Laws Administered by the Department of Justice and Constitutional Development http://www.justice.gov.za [Datum van gebruik 2 Des 2014]

Field's Attorneys 2012 http://www.fieldslaw.co.za

Field's Attorneys 2012 Intestate Succession Course Notes http://www.fieldslaw.co.za [datum van gebruik 7 Nov 2014]

Greyvensteins Attorneys Datum Onbekend http://www.greyvensteins.co.za

Greyvensteins Attorneys Datum Onbekend Maintenance for Surviving Spouses http:// http://www.greyvensteins.co.za [datum van gebruik 24 Sep 2014]

Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend http://www.schoemanlaw.co.za

Schoeman Tshaka Attorneys Datum Onbekend Freedom of Testation – What Can and What Cannot be Included in Your Will http://www.schoemanlaw.co.za [datum van gebruik 24 Sep 2014]

Theron 2012 http://www.stbb.co.za

Theron 2012 'Freedom of Testation' has Limitations http://www.stbb.co.za [Datum van gebruik 8 Sep 2014]

Warner 2012 http://www.nortonrosefulbright.com

Warner S 2012 The Enforceability of "No Injunctions Clauses" against the Party Holding Performance Security http://www.nortonrosefulbright.com [Datum van gebruik 18 Nov 2014]

Wolf Datum Onbekend http://www.law.yale.edu

Wolf Datum Onbekend Moral Obligations and Social Commands http://www.law.yale.edu [datum van gebruik 24 Sep 2014]

Regspraak

Bekker v Naude 2003 5 SA 173 (HHA)

Board of Executors v Benjamin Godlieb Heydenrych Testamentary Trust and Others 2011 ZAWCHC 466

BOE Trust Ltd and Others NNO 2013 3 SA 236 (HHA)

Carelse v Estate de Vries 1906 23 SC 532

Crouse v Crouse 1954 2 SA 642 (O)

Curators, Emma Smith Educational Fund v University of KwaZulu-Natal 2010 6 SA 518 (HHA)

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

Dodo v Dodo 1990 2 SA 77 (W)

Ex Parte Dessels 1976 1 SA 851 (D)

Ex Parte Wallace 1970 1 SA 103 (NK)

Ex Parte Zietsman: in re Estate Barnard 1952 2 SA 16 (K)

GD Dobie NO v National Technikon Retirement Pension Fund PFA/KZN/207/99/AS

Glazer v Glazer 1963 4 SA 694 (A)

Gordon v Department of Health, KwaZulu-Natal 2008 (6) SA 522 (HHA)

Gowing v Lifestyle Retirement Annuity Fund 2007 2 BPLR 212 (PFA)

Harksen v Lane 1998 1 SA 300 (KH)

In re Estate Visser 1948 3 SA 1129 (K)

Jordaan v Protektor Pension Fund (2001) 2 BPLR 1593 (PFA)

Mashazi v African Products Retirement Benefit Provident Fund 2002 8 BPLR 3703 (W)

Minister of Education v Syfrets Trusts LTD NO & Another 2006 4 SA 205 (K)

Oosthuizen v Bank Windhoek Ltd NO 1991 1 Suid-Afrika 849 (NHH)

Oshry v Feldman 2010 6 SA 19 (HHA)

Richter v Richter 1947 3 SA 86 (W)

Sithole v ICS Provident Fund and Another 2000 4 BPLR 430 (PFA)

Thomas and Another v Minister of Home Affairs and Others 2000 3 SA 936 (KH)

TWC and Others v Rentokil Pension Fund and Another 2000 2 BPLR 216 (PFA)

Wetgewing

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Huweliksgoederewet 88 van 1984

Huwelikswet 25 van 1961

Kinderwet 38 van 2005

Subdivision of Agricultural Land Repeal Act 64 of 1998

Wet op Beheer van Trustgoed 57 van 1988

Wet op Bevordering van Administratiewe Optrede 3 van 2000

Wet op Bevordering van Gelykheid en Voorkoming van Onbillike Diskriminasie 4 van 2000

Wet op Burgerlike Verbintenisse 17 van 2006

Wet op Erfreg 23 van 1874

Wet op Onderverdeling van Landbougrond 70 van 1970

Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkinge op Onroerende Goed 94 van 1965

Wet op Erkenning van Gebruiklike Huwelike 120 van 1998

Wet op Nasionale Onderwysbeleid 27 van 1996

Wet op Onderhoud 99 van 1998

Wet op Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990

Wet op Pensioenfondse 24 van 1956

Wet op Testamente 7 van 1953

Wysigingswet op Pensioenfondse 11 van 2007