Diverse probleme rondom die bestaan en geldigheid van 'n testament by die dood van die erflater (deel 2)

Linda Schoeman-Malan
BA LLB LLD
Professor Departement Privaatreg, Universiteit van Pretoria

SUMMARY

Miscellaneous Problems Relating to the Existence and Validity of a Will at the Death of the Testator (part 2)

Executing a will is an important step in estate planning. A will gives the testator the opportunity to bequeath his assets and to indicate how he wants his estate to be distributed after his death. Not only is the proper execution of a will important but it should be updated regularly and carefully to provide for changed circumstances. The will must accordingly be readily available for the testator to amend or revoke. The availability of the will after the testator's death is crucial in order for the administration process to commence. Although an easy accessible will can lead to problems surrounding the authenticity of the will, it can contribute to the prompt administration of the estate as it must be submitted to the master in terms of the Administration of Estates Act.

In this article numerous problems relating to the existence, availability and recovery of a will at the death of the testator are discussed. Interrelated issues such as forgery, lost wills, missing wills, concealment of wills and revocation by destruction of a will are discussed with reference to case law and other examples. Questions as to the proper custody of the will, before and after the death of the testator, resolving disputes amongst next-of-kin, and the onus of proof, are discussed. Cases that in fact dealt with common law lost wills, but where section 2(3) condonation applications were incorrectly brought, are discussed. Possible resolutions for the miscellaneous problems with wills are explored and recommendations made to solve potential problems.

6 Waar 'n Testament nie Gevind is nie, maar Beweer word dat daar wel 'n Testament was

6 1 Algemeen

Dikwels kan 'n testament by die dood van 'n testateur nie gevind word nie.[115] Indien dan aangevoer word dat daar wel 'n testament verly is, ontstaan die volgende vrae:

---

115 Vgl FISA "Original Will Lost" beskikbaar by http://fidsa.org.za/original–will–lost/ 2010 (besoek 2010-03-04); Solicitors free helpline "Revoked Missing or Lost Will Lost or Deliberately Revoked" beskikbaar by http://www.probatesolicitoraustralia.com/ (besoek 2013-01-31) wat opmerk: "Wills get lost for any number of reasons, and it's not an uncommon situation. In

(i) Waar is die "vermiste of verlore" testament?

(ii) Wat het daarvan geword?[116]

Die belangrikheid daarvan om voor en na die dood van 'n testateur sorgsaam met 'n testament om te gaan moet weereens beklemtoon word.[117] Die omvang van probleme met vermiste testamente word soos volg saamgevat op die Australiese webtuiste *Probate Lawyers Australia*:[118]

> *This thorny topic is one that consistently appears in probate courts and principally relates to dishonesty by potential beneficiaries who believe that they may have been excluded from a will. If the first person on the scheme after death finds a will in which they do not appear as a beneficiary, they may well destroy that will in the hope that an earlier will may take precedence or in the hope that the intestacy rules may include them as a beneficiary. There are many other equally difficult scenarios. If a will has been chewed by the dog was it an accident or did the testator give the will to the dog to tear up as an act of revocation? If the original has been lost or destroyed or spirited away by another disgruntled person can a copy take its place and form the basis for a grant of probate or has the missing original been destroyed and removed by the testator as an act of revocation? All of these situations and many other vexed questions are dealt with by judges in the probate courts and in every case the end result and the final judgement depend on the overall evidence presented to the court by the claimant who must, on balance of probability, prove the case in order to be awarded judgement in their favour.*

Smith v Sampson[119] is 'n voorbeeld van presies hoe bedrieglike optrede met 'n testament verkeerd kan loop. Die testateur en sy vrou het 'n stormagtige huwelik gehad. Die testateur verly in 1992 terwyl hy van sy vrou vervreem is, 'n testament waarin hy sy dogter (een van ses kinders) as eksekuteur en enigste erfgenaam van sy boedel aanwys. Hy sterf in 2005 en sy vrou (met wie hy intussen versoen geraak het) meld die boedel as intestaat aan (die 1992-testament word nie geopenbaar nie). Sy word aangestel om die boedel af te handel ingevolge artikel 18(3) van

---

some cases, for instance, the deceased stored it in a safe deposit box and failed to mention it to their family and when it's not found but a copy is, its assumed to be a lost will."

116 Vir ander regstelsels wat soortgelyke probleme ervaar sien Hamill "How to find a lost will (or at least where to look)" 2009 *Estate Planning, probate/ estate administration* beskikbaar by http://www.lhamillattorney.typepad.com/Massachucetts (besoek 2012-07-23); Burger "*How to find a lost will*" 1999 beskikbaar by http://www.burger.///willfind.htm (besoek 2012-09-02); Biggs "Losing It" 2005 *The Step J* 28; Duhaime "The Lost Will" 2007 *Legal Resources* beskikbaar by http://www.org/LegalResources/ElderLawWillsTrustsEstates/Law Article–270/The–Lost–Will.aspx (besoek 2012-09-22). Sien verder Jacobs "The Lost or Missing Testamentary Instrument" *The Elec J Bar Assoc Q'land* beskikbaar by hhtp://www.hearsay.org.au (besoek 2012-08-14); Jooste 2010 *Finweek* 48.

117 Sien par 3 1 hierbo.

118 Sien "Revoked Missing or Lost Will" beskikbaar by http://www.australianprobate.com/lost.html (besoek 2012-08-28).

119 [2013] ZAWCHC 11 par 15.

die Boedelwet.[120] In 2010, nadat sy deur die meester ingelig is dat die 1992-testament nou by hom ingehandig is (die verlore/versteekte testament is gevind) voer sy aan dat sy en die oorledene ’n gesamentlike testament in 2002 verly het waarin hulle mekaar oor en weer as enigste erfgename aangewys het (nuwe testament kom nou te voorskyn). Die sogenaamde gesamentlike testament kan na die dood van die oorledene nie gevind word nie (die latere testament is ook nou weg). Sy bring ’n artikel 2A aansoek om die 2002-testament te herkonstrueer (sy versoek dus die hof om ’n sogenaamde afskrif van die verlore tweede testament te aanvaar as die geldige testament). Die aansoek word afgewys weens ’n gebrek aan getuienis.[121]

Dit is duidelik dat die moontlike probleme wat voorkom by die dood van ’n testateur rakende die testament, legeo is, en dat ’n mate van oorvleueling, afhangende van die feite van die geval, kan voorkom. Vir doeleindes van hierdie bespreking word sover moontlik onderskei tussen gevalle waar:

(i) Die testateur voor sy dood die testament in die besit van iemand (onbekend) of op ’n onbekende plek gelaat het.[122]

(ii) Die testament versteek of verberg is.[123]

(iii) Die testament vermis of verlore is.[124]

(iv) Of die testament per abuis vernietig of deur vernietiging herroep is.[125]

Die eerste drie moontlikhede word as vermiste testamente bespreek, en die vierde as per abuise vernietiging of herroeping.

6 2 Vermiste Testamente

6 2 1 Testament Gelaat in Besit van Onbekende of op Onbekende Plek Gelaat

Indien die plek waar die testament gehou word nie bekend is nie kan dit gebeur dat die testament nooit gevind word nie.[126] In *Ex parte Gowree*[127] het die testateur na verlyding van ’n testament na Duits Suidwes-Afrika (vandag Namibië) vertrek waar hy tydens die oorlog sterf. Hy het sy testament saamgeneem en dit is na sy dood onbekend waar die testament is. In *Hassan v Mentor*[128] kon geen oorspronklike testament na

120 Dit blyk ’n a 18(3)-boedel te wees waarvan die waarde minder as R50 000 was. Sien Abrie ea 105-106.

121 Par 5: “*The deceased passed away … and both Mr. Chotia and the applicant have been* unable to find the Will. *All Mr. Chotia could furnish the applicant with was a* ‘draft copy’ *of the Joint Last Will. This* ‘draft copy’ *is however a* reconstructed Will. *This document is annexed to the papers.*”

122 Par 6 2 1.

123 Par 6 2 2.

124 Par 6 2 3.

125 Par 6 3.

126 Senekal 2002 *Rapport* 11.

127 1915 CPD 108.

128 [2012] ZAGPPHC 74.

die dood van die erflater gevind word nie. Die oorledene se seun wat in Tanzanië woon, kom na Suid-Afrika om sy siek vader te versorg. Na die dood van sy vader word 'n afskrif van 'n dokument, wat soos 'n testament lyk, tussen die oorledene se persoonlike dokumente gevind. In *Macdonald v The Master*[129] stoor die testateur sy testament in 'n lêer op sy rekenaar. In 'n selfmoordnota openbaar hy waar die testament gevind kan word deur gebruik te maak van sy persoonlike wagwoord. In *Lipchick v Master*[130] het die testatrise haar handgeskrewe testament by 'n familievriend gelaat.[131]

Soos hierbo gesien is die "vermiste testament" ook problematies in ander regstelsels.[132] Die Kanadese saak *Re (Anthony) Wagenhoffer Estate*[133] handel met 'n geval waar die testateur 'n tweede testament maak wat die eerste testament herroep. Hy en twee getuies teken die testament. Hy vou dit op, sit dit in die sak van sy jas en vertrek huis toe. Die testament kon na sy dood nêrens gevind word nie en dit is onbekend wat hy daarmee gedoen het. Die testament is deur die hof geherkonstrueer.

6 2 2 Verberg of Versteekte Testamente

Dit kan wees dat *die testateur* (self), na verlyding van 'n testament, die testament versteek of verberg ten einde dit moeilik te maak vir erfgename om dit te bekom. Kahn[134] bespreek die geval van verberging van 'n testament deur die erflater self: Hertzog, 'n skatryk oujongkêrel, verly 'n testament waarin hy 'n sakevernoot as begunstigde aanwys. Ene Heyer help hom daarmee en teken as getuie. Heyer sien hoe die testateur die testament in 'n boek wat hy besig was om te lees versteek. Na die dood van die testateur hou Heyer die plek waar die testament versteek is 'n geheim. Hy oortuig die begunstigde dat hy die testament sal soek teen vergoeding.[135] In *Van Wetten v Bosch* het die oorledene waarskynlik self

129 2002 5 SA 64 (O).

130 [2011] ZAGPJHC 49.

131 Sien ook Van Wyk "Gesin dink glo nie aan boedel, 'wil Lolly net terughê'" *Beeld* (2010-07-02) 4 en Tau "Mystery surrounds Lolly's 'missing will'" 2010 beskikbaar by http://www.iol.co.za/news/south–africa/mystery–surrounds–lolly–s–missing–will–1.486677 (besoek 2012-07-22) waar aantuigings gemaak word dat Lolly Jackson 'n latere testament nagelaat het wat in sy kluis geberg was.

132 Hamill "How to find a lost will (or at least where to look)" 2009 *Estate Planning;* Burger "*How to find a lost will*" 1999; Biggs "Losing It" 2005 *The Step J* 28; Duhaime "The Lost Will" 2007 *Legal Resources;* Jacobs "The Lost or Missing Testamentary Instrument" *The Electronic J Bar Assoc Q'land*; Shakespeare "*Lost Wills*".

133 26 Sask R 30. Die hof aanvaar die getuienis van die getuies om die testament te herkonstrueer.

134 Sien Kahn (2003) 149 ev vir "Albert Heyer – the missing Hertzog will".

135 Die versteekte (verlore testament) is dikwels die onderwerp van speurverhale. Die bekendste speurverhaal in die konteks is seker dié van "*Poirot investigates: The case of the missing will*" deur Agatha Christie (1924). Die erfgenaam se vernuf word getoets deurdat sy 'n versteekte testament moet vind, voordat sy kan aanspraak maak op haar erfporsie.

die tweede testament in sy kas versteek.[136] Versteekte testamente vind ook hulle weg na stadslegendes. So word vertel dat geeste van mense, wat onlangs oorlede is, soms aan hul geliefdes verskyn ten einde belangrike boodskappe oor te dra. Die gees van James Chaffin se pa (wat in 1921 gesterf het) verskyn aan hom in 1925 in 'n droom en openbaar aan hom waar gesoek moet word na die testament. In die voering van die jas se sak het die broers 'n boodskap in hul pa se handskrif gevind. Die boodskap het hulle opdrag gegee om Genesis 27 in die Familiebybel te gaan lees.[137]

Dit kan egter ook gebeur dat 'n potensiële erfgenaam (iemand anders) ontevrede is met die uitkoms van die testament (deurdat hulle nie erf nie, of te min erf) en dit na die dood van die testateur verberg of versteek,[138] ten einde intestaat te erf of die testament te vervang met 'n vervalste testament. In *Yassen v Yassen*[139] is aangevoer dat een van die begunstigdes 'n latere testament versteek of vernietig het. Die hof bevind dat 'n persoon wat 'n erflater se testament verberg of vernietig, onbevoeg sou wees om ingevolge die testament te erf. *Tshona v Wauchope*[140] handel met die geval waar 'n pastoor die gesamentlike testament van die oorledenes verberg het, die bestaan daarvan ontken, en 'n latere testament, waarin hy homself as begunstigde aanwys vervals het.

6 2 3 Ander Verlore Testament

'n Testament kan verder vir einge ander rede verlore of vermis word.[141] Dit blyk dat probleme met verlore testamente en die bewys daarvan universeel is.[142] In die saak *Marais v Botha*[143] kan 'n tweede testament,

---

Indien sy dit nie regkry nie vererf die hele boedel aan liefdadigheid. In fynskrif met onsigbare ink is die finale testament op 'n koevertjie geskryf wat haar as die enigste erfgenaam benoem.

136 Vgl verder *Ex parte Slade* 1922 TPD 220; *Ex parte Serralha* 1939 CPD 417; *Davis v Steel and Eriksen* 1949 3 SA 177 (W) 183; *Ex parte Warren*-saak. Vgl Potgieter "Franse egpaar: Geheime testament opgespoor" *Nuus24* (2011-01-27).

137 Op die eerste bl van die hfst in die Bybel word die versteekte testament gevind. Sien "Case of the Will of James L Chaffin" 1928 *Proceedings of the Society for Psychical Research* 517-524 beskikbaar by http://www.aeces.info/Top40/Cases_51-75/Case73_WhereWill.pdf (besoek 20130325).

138 In *Marais v Botha* [2008] ZAWCHC 111 word die moontlikheid dat die oorledene se vrou die latere testament versteek of vernietig het deur die hof genoem.

139 1965 1 SA 438 (N). Vgl ook *Le Roux v Le Roux* 1963 4 SA 273 (K).

140 1908 EDC 32. Vgl ook Kahn (2003) 153.

141 Per abuise vernietiging word hieronder bespreek.

142 Vgl *Curley v Duff* (1985) 2 NSWLR 716 719; *Allan v Morrison* [1900] AC 604. Sien *Sorkos v Cowderoy* 2006 CanLII 31722 (CA) waar die seun van die testatrise aanvoer dat haar tweede testament waarin sy Sorkos, 'n man saam met wie sy 40 jaar gebly het, bevoordeel, herroep is. Indien die testament ongeldig verklaar word, sal die seun erf as die enigste begunstigde ingevolge 'n vroeëre testament. Sorkos moet op 'n oorwig van waarskynlikheid die vermoede weerlê dat die verlyde afskrif van die testament verlore is. Sien ook *Lefebvre v Major* [1930] S C R 252 257. Vir

waarna die oorledene voor sy dood verwys het, en wat na bewering sy voormalige vrou (wat aan moord op hom skuldig bevind is) onterf, nie gevind word nie (dit is waarskynlik vernietig of versteek deur 'n ongelukkige erfgenaam).[144] In *Nell v Talbot*[145] het die oorledene en sy vrou die testament saam met ander dokumente gelaat in die sorg van 'n ou familievriend van die oorledene. Jare later by die afsterwe van die erflater is die testament nie meer in die vriend se kluis nie. Mondelinge getuienis is toegelaat om te bewys dat niemand weet waar die testament is nie[146] en om dit te herkonstueer. In die Australiese saak *In the Estate of Hall*[147] het die erflater 'n testament in 2009 verly. Ten spyte daarvan dat die huis deeglik deursoek is, kan die testament nie gevind word nie. Dit blyk dat die oorledene se ouers op 'n stadium na sy dood die eiendom opgeruim het en sekere dokumente weggegooi het.[148]

In *In the goods of S S Jacobsohn (deceased)*[149] word mens teruggeneem na die tragedie in 1912 toe die RMS Titanic gesink het. 'n Mosie-aansoek word met sukses gebring om 'n afskrif van 'n testament geldig te verklaar, deur die weduwee van Sidney Jacobsohn. Sy en haar man was beide passasiers op die Titanic. Hy sterf op 15 April 2012 'n waterdood toe die skip 'n ysberg tref, maar sy is gered en oorleef. Sy voer aan dat nadat hulle in 1910 in die huwelik tree het, die oorledene 'n testament gemaak het waarin sy as bevoordeelde aangewys is. Die testament was gedeponeer in 'n swart houer by Standard Bank van Suid Afrika. Op 25

die Engelse reg sien a 20 Wills Act 1837. Al die territoriale gebiede in Australië het wetgewing wat herroeping deur vernietiging reël bv a 21(b)(ii) Wills Act 1936 (ACT); a 22(d) Wills Act 1936 (SA);Div 5 a 11 Succession Act 2006 No 80 (NSW); Sekere state in die VSA het wetgewing wat met verlore testament handel: Washington State RCWs Tit 11 Ch 11 20 S 11 20 070 en Toronto Rules of Civil Procedure RRO 1990 Reg 194.

143 [2008] ZAWCHC 111 par 1-2; *Theart v Scheibert* par 9.

144 Vgl ook Huisgenoot van 5 Augustus 2010 waar berig is: "Ma kry niks uit boedel van R200 miljoen" waar die oorledene se verloofde en ma van twee van sy kinders beweer dat die testateur 'n latere testament gemaak het, maar die "bruin koevert" wat aan die prokureur oorhandig is verdwyn het. Vgl ook Huisgenoot (2009), beskikbaar by http://www.huisgenoot.com/druk/Plaaslik/2009 (besoek 2012-06-28). Sien ook Nombembe "Woman left penniless by fiancé" (2010) en verder Makwabe "Relations sour over mogul's R200m estate" *Die Burger* (2010-11-26).

145 1972 1 SA 207 (D): "*If that is what happened, the non-existence of the will after the death of Mr. Nell would not readily give rise to an inference that it had been lost or accidentally destroyed, for a rebuttable presumption would arise that the will was not available because it had been destroyed* animo revocandi *by the testator or testators*". Sien ook *Uys v Uys* par 6.

146 Sien ook *Ex parte Bremont* 1930 WLD 127.

147 [2011] SASC 117. Sien ook *Hassan v Mentor* [2012] ZAGPPHC 74 par 4 1; *In re Estate Ortlepp* 1948 2 SA 275 (N).

148 Sien ook *Sugden v St Leonards* 1876 11 PD 154 (CA). Oor Tertius Bosch se verlore testament sien Meyer "Bosch 'wink uit die graf' vir suster" *Rapport* (2001-09-19) 3.

149 "Last Will & Testament: Lost on Titanic - In the High Court of Justice Probate, Divorce and Admiralty Division (Before the Rt. Hon. Samuel Evans, President)" *Daily Chronicle* (1912-07-23) beskikbaar by http://www.encyclopedia-titanica.org/last-will-testament-lost-titanic.html3 (besoek 2013-10-04).

Maart 2012 het hulle die houer afgehaal en in 'n trommel geplaas wat hulle saamgeneem het na hulle kajuit op die skip. Die testament het vergaan saam met die skip. Onlangs word daar ook gerapporteer dat 'n soldaat wat 67 jaar gelede in Normandië gesterf het, se testament gevind is. Sy testament raak op 'n bus verlore en word in 2012 toevallig by die busdepot gevind en aan sy familie besorg.[150]

Die saak *Succession of R H Hatchell*[151] handel met die geval waar die testateur in 1987 'n testament verly waarin hy sy kinders wat vir 2 jaar geen kontak met hom gemaak het nie, onterf. Een van sy dogters, Mev B, was die enigste begunstigde in die nuwe testament. Na die testateur se dood het Mev B 'n afskrif van die testament voorgelê omdat die oorspronklike testament *weg was*. Die hof bevestig die beginsel dat indien 'n testament by die dood van die testateur nie opgespoor kan word nie, daar 'n vermoede ontstaan dat die testateur die testament vernietig het met die bedoeling om dit te herroep. Mev B voer sekere getuienis aan ten einde hierdie vermoede te weerlê. Sy beweer dat sy op verskeie geleenthede die oorspronklike testament by haar pa se huis gesien het en dat die laaste keer dit by haar suster, Mev D wat onterf is, se huis was.[152] Daar was verskeie e-posse wat tussen die broers en susters uitgeruil was, wat dui op die bestaan van hierdie 1987 testament. Die hof bevind dat die testament wel betsaan. Mev B het die vermoede wat geld by herroeping voldoende weerlê.

6 3 Per abuise Vernietiging of Herroeping deur Vernietiging van 'n Testament

6 3 1 Onderskeid tussen 'n Testament wat Herroep of Per Abuis Vernietig is en Herroepe Testamente

Indien 'n testament by die dood van 'n testateur nie gevind kan word nie, ontstaan een van twee verdere moontlikhede behalwe die hierbo bespreek:

(a) Die testament is *per abuis* vernietig (nalatigheid); óf

150 Parsons "Mystery solved for family of young war hero" beskikbaar by *Daily Mail* (2012-08-21).

151 In die minderheiduitspraak *Succession of R H Hatchell* 2003 CA 0163 word saamgestem met die uitkoms van die saak, maar nie met die analise van die hof mbt die vermoede van herroeping nie. Daar word verwys na *Succession of Talbot* 530 So 2d 1132 (La 1988) waar die hof die reël aanvaar dat indien 'n testament nie gevind word nie, wat behoorlik verly was deur die testateur, asook in die besit was van of geredelik toeganklik was vir die testateur voor sy dood, sal dit aanleiding gee tot die vermoede van herroeping. Dié testament was egter nie in die testateur se besit of geredelik toeganklik vir hom voor sy dood nie. Dus het die vermoede van herroeping nooit ter sprake gekom nie.

152 Indien 'n testament vermis word by die dood van die erflater sal bewys moet word (i) dat daar 'n testament was en (ii) wat die inhoud daarvan is. *Theart v Scheibert* parr 25-27.

(b) die testateur (of iemand namens en in opdrag van hom) het dit *doelbewus* vernietig om dit te herroep.

Hierdie vorms van vernietiging kan maklik met mekaar verwar word en gee aanleiding tot ernstige geskille oor die status van die testament, gevolg deur uitgerekte litigasie tussen belanghebbendes.[153] Die per abuise vernietiging van 'n testament is 'n verdere scenario wat kan voorkom ten aansien van die vermiste testament.[154] Daarteenoor is herroeping deur vernietiging van 'n testament 'n gemeenregtelike erkende herroepingswyse. Naasbestaandes wat as intestate erfgename kwalifiseer, wil gewoonlik aantoon dat die testament herroep is deur vernietiging.[155] Daarteenoor sal naasbestaandes wat glo hulle is bevoordeel in die vermiste testament, wil aantoon dat die testament nie deur vernietiging herroep is nie, maar per abuis vernietig is.[156] In die Nieu Seelandse saak *Allan v Morrison*[157] word bevind:

> *The hypothesis of accidental loss or destruction is unreasonable. There is a presumption against the hypothesis of fraudulent abstraction. There is a reasonable possibility that the deceased destroyed the will himself. In order to find for the will we must be morally satisfied that it was not destroyed by the testator* animo revocandi.

In beide die gevalle van vernietiging geld die gemeenregtelike beginsels[158] en kan die bestaan of herroeping van die testament bewys word deur 'n afskrif of *aliunde* getuienis.

6 3 2 Per Abuise Vernietiging van 'n Testament (Vermis)

Nalatigheid kan daartoe lei dat 'n testament na die dood van die erflater nie opgespoor kan word nie. Dit kan wees dat dit nie herroep is nie maar per abuis verlê of vernietig is.[159] Die testateur of die testamentopsteller maak byvoorbeeld sy kantoor skoon en gooi per ongeluk die testament saam met ander dokumente weg, of die kantoor, saam met die

153 Sien n 132 *supra* vir "*lost wills*".

154 Verlore testament is reeds bespreek in par 6 2 3.

155 *Uys v Uys* waar die langlewende van die testateurs benoem is as erfgenaam, maar die kinders wat intestaat sou erf voer aan die testament is weg, omdat dit herroep is.

156 Voet 28 4 1-4; *Theart v Scheibert* par 11; *Gow v The Master* 1936 CPD 296; *Senekal v Meyer* 1975 3 SA 372 (T); *Marais v The Master*; *Ex parte Warren*. Die bewyslas om aan te toon dat die testament nie herroep is nie, rus op die persoon wat op die testament wil steun.

157 [1900] AC 604.

158 Sien die bespreking hieronder; Voet 28 4 1, 3; Corbett ea 97; Van der Merwe & Rowland 190; Schoeman 1994 *De Jure* 397. Die probleem met herroeping deur vernietiging teenoor verlore testament word algemeen ondervind in ander regstelsels: Sien *Welch v Phillips* 12 ER 828 vir die

158 Engelse reg en "Last will and testament" http://livingtrustnetwork.com/estate-planning/last-will-and-testament.html (besoek 2012-10-02) vir Amerikaanse reg. Die Australiaanse reg word bespreek deur Jacobs 2012 *The Elec J Bar Assoc Q'land*. Vir die Kanadese reg sien Todd *The Elec J Bar Assoc* 2010.

159 Per abuise vernietiging is 'n wyse waarop die testament verlore kan raak.

testament en ander dokumente, word in 'n brand vernietig.[160] Die testament kan ook deur eksterne faktore tot niet gaan.[161] Eksterne faktore kan insluit 'n aardbewing, posdienste, brand, waterskade ensovoorts.[162] Op die webblad *Living Trust Network* [163] word verduidelik

> *… if your last will and testament is accidentally destroyed by fire or water damage, or because it was inadvertently thrown away, many states will admit a photocopy of your will to probate. However, to admit a photocopy, there must be evidence that it was accidentally lost or destroyed.*[164]

Indien die testament nie meer bestaan nie of vermis word, maar nie herroep is nie, is dit steeds 'n geldige testament.[165] Die bestaan, verlyding en inhoud sal bewys moet word. Verder moet die vermoede dat die testament herroep is, weerlê word, indien aangevoer word dat die testament net (per abuis) weg is, en daar moet bewys word dat die vermoede *nie* toepassing vind *nie*. Hierdie vereiste verswaar die bewyslas by verlore testament teenoor herroeping van testamente. In die Kanadese saak *In Re Weeks*[166] het die hof geweier om die afleiding te maak dat die testament op 'n bedrieglike wyse vernietig is ten spyte van die feit dat die regter die omstandighede as uiters verdag gevind het. Die hof pas die vermoede derhalwe toe en die testament word geag herroep te wees.[167] Daar kan van 'n afskrif of *aliunde* getuienis gebruik gemaak

160 Biggs 2005 *The Step J* 28 verwys ook na die moontlikheid dat die testament versnipper (shredded) is.

161 Vgl *Ex parte Gowree* 1915 CPD 108.

162 Die Suid Afrikaanse Regkommissie *Hersiening van die Erfreg: Wysiging en Herroeping* (1987) par 3 37 verwys na testamente wat per abuis tot niet kan gaan as gevolg skimmel, ouderdom of muise wat dit opvreet. Vgl ook De Waal & Schoeman-Malan 96. Vir *per errorem* herroeping sien *Ex parte Lutchman* 1951 1 SA 125 (T); *Ex parte Olfsen* 1976 1 SA 205 (W).

163 "Last will and testament" beskikbaar by livingtrustnetwork.com/estate-planning/last-will-and-testament.html (besoek 2012-10-12).

164 Vgl ook *In the goods of S S Jacobsohn (deceased).* Sien ook n 142 vir ander regstelsels.

165 Van der Merwe & Rowland 192. Appleby 19 verduidelik dat indien die metaalhouer waarin 'n testament was verdwyn, die testament geldig bly, aangesien die bedoeling om te herroep afwesig is.

166 1972 3 OR 422. In die uitspraak bevind die hof verder dat die vrou van die oorledene hom verpes het om sy testament te verander en 'n groter gedeelte aan haar na te laat. Net sy het toegang gehad tot die geslote laai waar die testament gehou is. Sien in die algemeen vir die posisie en toepassing van die vermoede in die Kanadese reg Todd "Lost Wills" *The Scrivener* (Junie 2004) 54-55. Vgl ook *Sigurdson v Sigurdson* 1935 4 DLR 529 waar die hof die vermoede aanwend. Todd *The Elec J Bar Assoc* 2010 verduidelik die weerlegging van die vermoede. Sien ook *Unwin v Unwin* 1914 6 WWR 1186.

167 Todd *The Elec J Bar Assoc* 2010 verduidelik die weerlegging van die vermoede. Sien ook *Unwin v Unwin* 1914 6 WWR 1186.

word om die testament te herkonstrueer.[168] In *Ex parte Warren*[169] voer die oujongnooi vriendin van die oorledene aan dat die testament nie herroep is nie maar per abuis vernietig word. Die hof bevind egter:[170]

> *It is not a piece of paper which can be easily mislaid. The applicant tried to explain its disappearance by the bold allegation that the deceased was unmethodical, but this statement cannot be true with regard to the deceased's private and business papers. The condition in which her papers were found contradicts it.*

Daarteenoor word in *Uys v Uys*[171] bevind dat die testament wat nie gevind kan word nie per abuis verlore geraak het.

6 3 3 Herroep van 'n Testament deur Vernietiging

Herroeping van 'n testament deur vernietiging is 'n erkende gemeenregtelike herroepingswyse.[172] Die erflater kan dus indien hy die testament wat in sy besit is, wil herroep, dit fisies vernietig deur die testament op te skeur, te verbrand of stukkend te sny, weg te gooi of selfs op te frommel.[173] Soos hierbo verduidelik oorvleuel herroeping met per abuise vernietiging. Die herroepingshandeling hoef nie in teenwoordigheid van 'n getuie verrig te word nie en iemand kan die handeling in opdrag van die testateur namens hom verrig. Verder geld die vermoedens dat indien die testament by die dood van die testateur nie gevind kan word nie dat indien die testament in besit was van die

---

168 Die testament bly in beginsel geldig maar die bestaan en inhoud van die testament sal bewys moet word. Vgl ook *In the goods of SS Jacobsohn (deceased); Theart v Scheibert*; *Uys v Uys* par 12; *Ex parte Porter* par 11; *Yokwana v Yokwana* par 1; *Ex parte Gowree* 1915 CPD 108: *Ex parte Ntuli* 1970 (2) SA 278 (W) en *Nell v Talbot* 1972 (1) SA 207". Vgl verder Corbett ea 116-117.

169 1955 4 SA 326 (W). Indien die testament na die dood (i) nie gevind kan word nie, of (ii) beskadig gevind word en daar twyfel bestaan of die vernietigingshandeling geldig is, kan by die hof ingevolge a 2A(b) Wet op Testamente aansoek gedoen word om die testament as herroep te verklaar. Art 2A(b) Wet op Testamente word nie hier volledig bespreek nie. Daar word aan die hof die bevoegheid verleen om 'n testament wat nie ingevolge die gemeenregtelike wyses herroep is nie, herroep te verklaar.

170 330. Sien ook Cronjé & Roos 114 ev.

171 Par 2. Sien ook *Le Roux v Le Roux* 1963 4 SA 2 73 (K); Corbett ea 99.

172 Voet 28 4 1. Schoeman *"Herroeping van 'n testament deur vernietiging of informele handeling"* 1990 *De Jure* 219. Vgl De Waal & Schoeman-Malan 105; Corbett ea 114. Die Australiese webblad *Solicitors free helpline* verduidelik soos volg: "*The most problematic reason for a lost will scenario is the possibility that it was intentionally destroyed by the testator. One valid way to revoke a will is for the testator to deliberately physically destroy it with the intention of revocation. For example, the testator might tear up or burn the document*". Beskikbaar by "Revoked Missing or Lost Will Lost or Deliberately Revoked" Australië (besoek 2013-01-31).

173 Voet 28 4 4; *In re Odendaal* 1899 16 SC 271; *In re Bain* 1912 NPD 258; *Fram v Fram's Executrix* 1947 1 SA 787 (W); *Gow v The Master*; *Ex parte Ntuli*; *Ex parte Warren*; Wood-Bodley *"Revocation of a Will by the Presumed Destruction of a Copy: Sensole NO v Ncube"* 2006 *SALJ* 3; Bouwer *Die Bereddering van Bestorwe Boedels* (1978) 431; Van der Merwe & Rowland 190; Corbett ea 97-99.

testateur, dit deur *vernietiging* herroep is en indien die testament beskadig gevind word, dat die testateur dit *animo revocandi* vernietig het.[174]

In *Ex parte Warren*[175] was die betwiste testament van die testarise voor haar dood in haar besit en kon na haar dood nie opgespoor word nie. Omdat sy in besit was van dié testament en dit vermis word, tree die vermoede dat sy dit vernietig het (herroep) in werking. In *Uys v Uys*[176] word bevind dat die testament net verlore is en die vermoede weerlê is:

> *The theory that a will is presumed revoked when it was last seen in the hands of the testator and cannot be found, contemplates this ambulatory nature and requires clear and convincing proof to overcome the presumption of revocation.*

7 Kombinasie van Testament by dood Gevind, maar wat daarna Verlore raak

Twee moontlikhede word hier bespreek. Eerstens word gekyk na gevalle waar twee of meer van bogenoemde scenario's voorkom soos waar die testament vermis word en dan kom 'n nuwe of vervalste testament te voorskyn by die dood van die testateur. Die ander moontlikheid is dat die testament wel gevind word by die dood van die testateur maar daarna wegraak.

7 1 Kombinasie van Enige van Bogenoemde Gevalle

In *Smith v Sampson*[177] word onreëlmatighede met 'n testament tot nuwe hoogtes gevoer. Eers word 'n testament verberg, vyf jaar later kom dit te voorskyn nadat die boedel as intestaat aangemeld is. Daarna word beweer dat daar 'n sogenaamde gesamentlike testament was, wat die eerste testament herroep het, maar dié testament kan nie opgespoor word nie. Die vrou en haar seun kon nie die sogenaamde testament gerekonstrueer kry nie weens 'n gebrek aan getuienis. Die hof bevind:

> *The Master's report explained in detail why the 1992 Will was accepted. He points further to certain inconsistencies in the applicant's version, inter alia, in reporting the estate as being 'intestate'. This led to the applicant filing a supplementary affidavit in which she attempted to explain her case and tries to explain why she is now asking the Master to accept a reconstructed version of the Will rather than an unsigned one. She also explains why she initially reported the*

---

174 Voet 28 4 2; *Theart v Scheibert* par 25-27; *In re Beresford, Ex parte Graham* 1883 2 SC 303; *Nelson v Currey* 1886 4 SC 355 356; *Wynne v Estate Wynne* 1908 25 SC 951 960; *Ex parte Slade*; *Davis v Steel and Eriksen*; *Le Roux v Le Roux;* Corbett ea 99; De Waal & Schoeman-Malan 98 ev; Pace & Van der Westhuizen A16 1.

175 1955 4 SA 326 (W) 327. Jacobs 2012 *The Elec J Bar Assoc*: "*At common law, there is a presumption that a testator destroyed a Will with the intention of revoking it, where the Will was in the custody of the testator and it is either lost or missing on the death of the testator*". Vgl ook *Allen v Morrisson* 1900 AC 604.

176 Par 2. Sien ook *Le Roux v Le Roux*; Corbett ea 99.

177 [2013] ZAWCHC 11 parr 11, 15. Sien ook bespreking *supra*.

deceased's estate as being intestate by saying she did so for 'practical' reasons. This explanation is unsatisfactory.

In *Theart v Scheibert*[178] verly die testateur en testatrise 'n gesamenlike testament waarin hulle boedelsamesmelting beoog. Die testatrise oorhandig 'n afskrif van die testament aan haar enigste afstammeling. Na die testatrise se dood word haar boedel nie aangemeld nie. Die testateur verly daarna drie testamente waarin hy 'n neef aanwys as erfgenaam. Toe die testatrise se dood wel sewe jaar later aangemeld word, word dit nie geopenbaar dat sy binne gemeenskap van goed getroud was met die testateur nie. Die neef maak aanspraak op die hele boedel ingevolge die testatrise se testament. Die appèllant voer aan dat die testatrise se helfte na haar toe moet kom soos bepaal in die afskrif van die gesamentlike testament.[179] Die hof aanvaar dat daar by die dood van die testatrise 'n testament was wat nie deur die testateur geadieer is nie en wat nie geopenbaar is nie. Die langslewende kan nie oor die helfte van die gesamentlike boedel beskik nie. Die afskrif word aanvaar om die inhoud van die testament te bewys.[180]

By 'n vervalste testament sal dit dikwels gebeur dat die oorspronklike geldige testament vernietig of verberg is.[181]

7 2 Testament by Dood Gevind maar wat Daarna Verlore Raak

Die opspoor van 'n testament is nie net by die dood van 'n testateur problematies nie. Dit gebeur dikwels dat die testament na die dood, tydens die bewaring of versending daarvan, wegraak.[182] In *Ex parte Ntuli*[183] het die oorledene reeds in 1946 'n testament verly. Tydens sy

178 [2012] ZASCA 131.

179 Die hof bevind (par 27): … *[i]n correspondence annexed to the applicant's founding papers the applicant (through her attorney) informed the first respondent that the original will* 'was handed to the testator and testatrix. … The present whereabouts of the original document are unknown' *and that the applicant* 'is unable to confirm (or deny) that the original will was ever lodged with the Master of the High Court'."

180 Verder par 27: "*For these reasons, even if the presumption applied, it was in my view ... clearly rebutted. But in order for the presumption to apply, it must be established that the will was last known to be in the testator's possession – because the presumption, according to the first and third authorities to which I have already referred in para 25 above, does not apply if the will was in the hands of a third party.*"

181 *S v Van Zyl*. Vgl ook *Tshona v Wauchope*; Kahn (2003) 152-174 se bespreking van "Isadore Liondore's will *- the charge of forging and uttering*", "The Lituanian will *- an unnecessary piece of play-acting*". Vgl verder Versluis "Siek pa verander nie laaste wens, sê regter" *Beeld* (2011-10-12) 3 waar vier dogters van die erflater onterf word en een van hulle na die dood 'n "nuwe" testament te voorskyn bring wat haar as die enigste bevoordeelde instel.

182 Sien *Ex parte Erasmus: In re Erasmus' Estate* 1994 2 SA 751 (K); Schoeman "Ex parte Erasmus: In re Erasmus' Estate" 1997 *De Jure* 397; Van der Spuy "Ex parte Erasmus: In re Erasmus' Estate" 1994 *De Jure* 402; Pace & Van der Westhuizen A16 1; Cronjé & Roos 47; Corbett ea 99.

183 1970 2 SA 278 (W) 279.

lewe het hy gereeld daarna verwys. Die testament is aan sy vrou oorhandig met die opdrag om dit veilig te bewaar tot sy dood. By sy afsterwe in 1968 het sy vrou die boedel aangemeld en die oorspronklike testament aan die bank oorhandig. Sy is deur die bank na 'n prokureur verwys. Nadat sy die oorspronklike aan die prokureur oorhandig het raak dit weg. Die hof bevind: "*The will had been removed from the offices of the attorney by some unauthorised person, and was irretrievably lost*." Die inhoud van die testament is deur getuienis bewys.

Nog so 'n geval kom voor in *Ex parte du Plessis*[184] waar 'n prokureursklerk die oorspronklike testament saam met 'n afskrif daarvan na die meesterskantoor stuur, maar die testament daarna spoorloos verdwyn.[185] In *Ex parte Porter*[186] kon die oorspronklike testament, wat afgelewer is by die kantoor van die prokureur, na die dood van die erflater, nie gevind word nie. Die ontvangsdame kon getuig dat sy die bruin koevert ontvang het maar sy weet nie wat daarvan geword het nie. 'n Elektronies weergawe (soos per e-pos gestuur) was steeds beskikbaar (afskrif). Die hof gelas die meester om dit as bewys van die inhoud van die testament te aanvaar aangesien dit slegs vermis word. In *Uys v Uys*[187] het die oorledene se vrou die oorspronklike testament na die bank geneem vir versending aan die trustmaatskappy. Die testament is verlê nadat dit by die bank ingehandig is. Die intestate erfgename (die kinders wat nie ingevolge die testament erf nie) voer aan dat die testament wat vermis word, herroep is.[188] Die hof bevind die testament is slegs verlore.

8 Bewyslas en Gevolge by Bestrede Testamente

Ongeag of die betwiste testament wel by die dood van die testateur *gevind* word, of *nie* 'n testament *gevind word nie*, en of bewerings van enige ander onreëlmatighede soos vervalsing, bedrog, verberging of per abuise vernietiging gemaak word, slegs die hof kan bepaal wat die status van die testament is. Daar moet bewys word dat die tersaaklike testament behoorlik verly is;[189] die omstandighede waaronder die

184 1954 3 SA 92 (O).
185 Daar was geen bewys dat die testament in die koevert was waarvoor die meesterskantoor geteken het nie, aangesien pos per hand ontvang, eers 'n dag later oopgemaak word. Vgl ook Cronjé & Roos 47.
186 2010 5 SA 546 (WK).
187 [2008] ZANCHC 30. Sien ook *In re Estate Ortlepp* 1948 2 SA 275 (N).
188 Par 8. 'n Fotostatiese afskif van die testament is aanvaar.
189 *Ex parte Bremont* 1930 WLD 227; *Ex parte Roux* 1937 OPD 32; *Rex v Foreman*; *Ex parte Erasmus: In re Erasmus' Estate*; *Marais v Botha* par 10; *Yokwana v Yokwana* par 2; *Harbans v Haribans* par 9. *Succession of R H Hatchell* 2003 CA 0163; *In the Estate of Aileen Gibbs (deceased)* [2012] SASC 230.

testament verlore geraak het met inagneming van die vermoedens;[190] wat die inhoud van die verlore testament is.[191]

Die algemene beginsel van die bewysreg geld naamlik hy wat beweer moet bewys.[192] Die hof sal op 'n oorwig van waarskynlikhede oortuig moet word dat die aansoek moet slaag.[193] *Smith v Sampson*[194] word die bewyslas soos volg verduidelik:

> *It is well established that where the original Will has been lost or destroyed it will be necessary to apply to Court for an order declaring a copy of the Will to be the Will of the deceased and an order authorising the acceptance by the Master of the copy. However where no copy of a lost Will is available, evidence is admissible to prove the contents of the Will, and where such evidence satisfactorily establishes the contents of the Will, a Court will order that the reconstructed Will will be accepted as the Last Will of the testator. However, in order to grant such relief the Court must be satisfied that the reconstruction is both accurate and complete.*

190 In *In Re Weeks* 1972 3 OR 422 waar bevind is dat alhoewel net sy vrou toegang gehad tot die geslote laai waar die testament gehou is, die vermoede steeds toegepas is. Sien ook Todd "Lost Wills" *The Scrivener* (Junie 2004) 54-55; *Sigurdson v Sigurdson* 1935 4 DLR 529; *Unwin v Unwin* 1914 6 WWR 1186. Vlg *In the Estate of Aileen Gibbs (deceased)* [2012] SASC 230 waar die testateur 'n testament laat voorberei het deur Tower Trust Ltd en dit is aan haar gepos. Uit korrespondensie tussen die testateur en Tower Trust Ltd kon die afleiding gemaak word dat die testateur die testament verly het en dat dit wel in haar besit was. Die oorspronklike testament kon egter nie by haar dood gevind word nie. Die vermoede van herroeping het ter sprake gekom en is nie weerlê nie. In 'n bespreking van *Succession RH Hatchell* 2003 CA 0163 (beskikbaar by http://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1475611.html (besoek 2013-04-06) word gemeld: "*When a will cannot be found at the testator's death, there arises a presumption that the testator has destroyed the will with the intent of revoking it.* Succession of Talbot, *530 So.2d 1132, 1134-1135 (La.1988) The presumption may be rebutted by 'clear proof' (1) that the testator made a valid will;(2) of the contents or substantiality of the will; and (3) that the will was not revoked by the testator.* In Re Succession of Claiborne, *99-2415, p. 3 (La.App. 1 Cir. 11/3/00), 769 So.2d 1267, 1268, writs denied, 2000-3283 (La.2/16/01), 786 So.2d 98 and 2000-3310 (La.2/16/01), 786 So.2d 99 (citing* Succession of Nunley, *224 La. 251, 69 So.2d 33, 35 (1953))*".

191 Sien Corbett ea 116-117; Van der Merwe & Rowland 192; De Waal & Schoeman-Malan 93.

192 *Kunz v Swart* 1924 AD 618 681-682; *Lipchick v Master* parr 16, 25; *Harbans v Haribans* par 7; *Trotman v Thompson* 2006 CanLII 4953 ON SC; *In Estate of Mitchell* 1993 623 So 2d 274 275; Schwickkard & Van der Merwe *Beginsels van die Bewysreg* (2009) 613. Vgl ook Pace & Van der Westhuizen A16; Kahn (2003) 153.

193 In *Ex parte Warren* 335 neem die hof die volgende faktore in ag ten einde te bepaal of die bewyslas gekwyt is: "*One of the two most important additional facts, however, is the state in which the deceased's papers were kept and preserved. The respondent's husband produced in Court, in the condition in which they had been found, all the deceased's private papers – eight covers in which most of the documents had been found and which contained business papers dating as far back as 1932, each cover bearing in neat inscription an indication of the subject-matter in it. It is wholly unlikely that the deceased would not have kept her will in one of these files, or in a similar file, and if that assumption is correct, its accidental loss becomes inexplicable.*"

194 [2013] ZAWCHC 11 par 12.

The onus to prove this on a balance of probabilities is on the party seeking the relief.

Indien daar bewys word dat:

(i) Die testament vervals is, is die vervalste testament ongeldig.[195]

(ii) Die testament vermis en nie opgespoor kan word nie, moet die testament geherkonstrueer word.[196]

(iii) Die testament herroep is deur vernietiging, is die testament ongeldig.[197]

(iv) Dat die testament per abuis vernietig is dan bly die testament geldig.[198]

(v) Die testateur, sy testament per abuis verloor of vernietig het, sal daardie testament dan ingevolge die materiële reg geldig bly alhoewel daar bewysregtelik probleme kan wees om die inhoud te bewys.[199]

9 Foutiewe Aanwending van Artikel 2(3) van die Wet op Testamente

Voor die inwerkingtreding van die Wet tot Wysiging van die Erfreg[200] op 1 Oktober 1992 is alle geskille, wat gehandel het met verlore, vermiste

195 *Tshona v Wauchope* 1908 EDC 32; *S v Van Zyl; S v TS Maqubela* (WKH) (beskikbaar by http://www.saflii.org/blog/?page_id=134 (besoek 2013-04-06)). Vgl ook Pienaar "Moord: Regter se testament vervals, beslis hof" *Beeld* (2013/01/31). Van der Westhuizen "Geen twyfel oor valse handtekening" *Beeld* (1997-09-18); "Miljoenêr-boer se voorman getuig oor dié testament 'Hy het my vertel hy't dit vervals'" *Beeld* (1997-08-01) 3.

196 *Ex parte Roux* 1937 OPD 32; *Uys v Uys* par 12; *Ex parte Porter* par 11; *Smith v Sampson* par 1; *Yokwana v Yokwana* par 1. Die testament bly in beginsel geldig maar die bestaan en inhoud van die testament sal bewys moet word. Appleby 19; Vgl Duhaime *Legal Resources* 2007-aanlyn met verwysing na *Re Wagenhoffer Estate* ivm herkonstruksie.

197 *Yokwana v Yokwana* par 3; Schoeman 1994 *De Jure* 397; Van der Merwe & Rowland 191, 197; Duhaime Legal Resources 2007-aanlyn; Corbett ea 97.

198 *Theart v Scheibert* par 9 2. Die hof gelas die meester om 'n afskrif daarvan, selfs 'n elektroniese afdruk, te aanvaar as die laaste wil en testament. Indien 'n afskrif nie beskikbaar is nie kan *aliunde* getuienis aangebied word: Vgl *Ex parte Porter*; *Re Webb* 1964 1 WLD 509. Indien 'n afskrif nie beskikbaar is nie kan 'n prokureur se konsepvorm of rekenaar leêr gebruik word om te bewys dat die testament steeds geldig is, maar weg is: Vgl *Uys v Uys*; *Ex parte Erasmus: In re Erasmus' Estate*. Vir ander getuienis sien Voet 28 4 2; *Nell v Talbot* 210; *In re Wyatt* 1952 1 All ER 1030; Jacobs 2012 *The Elec J Bar Assoc*. In *Sugden v St. Leonards'* 1876 11 PD 154 CA is die inhoud van die vermiste testament bewys deur mondelinge getuienis. Sien ook Gray 2012 *The Step J* se bespreking van die Australiese sake *In the Estate of Engelhardt (deceased)* 2010 SASC 196 20; *In the Estate of Roediger (deceased)* 1967 SASR 118 120; *Cahill v Rhodes* 2002 NSWSC 561 55; *Curley v Duff* 1985 2 NSWLR 716 718; *In the Will of Molloy* 1969 1 NSWR 400.

199 Vgl Corbett ea 116-117; *Uys v Uys* par 12; *Ex parte Porter* par 11; *Ex parte Gowree*; *Ex parte Ntuli*; *Nell v Talbot* 210; Duhaime *Legal Resources* 2007-aanlyn. Oor toelaatbaarheid van die oorledene se testamentêre bedoeling sien *R v Basson* 1965 1 SA 697 (CPD) 699C-H; *R v Foreman* 1952 1 SA 423 (SC).

200 43 van 1992.

of vernietigde testamente (asook die geldigheid, verlyding, wysiging, herroeping) deur die howe hanteer deur gebruik te maak van die gemeenregtelike beginsels.[201] Na die inwerkingtreding van artikel 2(3)[202] van die Wet op Testamente was daar 'n vlaag van aansoeke om testamente wat na die dood van 'n erflater te voorskyn gekom het en nie aan formaliteitsvereistes voldoen het nie, geldig te laat verklaar.[203] Artikel 2(3) handel spesifiek met kondonering van nie-nakoming van formaliteite in artikel 2(1) en bied nie gepaste regshulp waar 'n "geldige verlyde testament" vermis word of verlore geraak het nie. Artikel 2(3) val dus streng gesproke buite die konteks van hierdie bespreking. Daar blyk egter onduidelikheid te wees ten aansien van die aanwending van artikel 2(3). 'n Artikel 2(3)-aansoek maak nie voorsiening vir kondonering van 'n afskrif van 'n geldige testament nie, maar vir 'n dokument wat nie aan die formaliteitsvereistes voldoen nie.[204] Die vraag na die toepassing van artikel 2(3) in geval van vermiste of verlore testamente het pertinent ter sprake gekom in *Ex parte Porter*[205] en *Yokwana v Yokwana*.[206] In beide sake het regter Binns-Ward die uitsprake gelewer. In *Ex parte Porter* (waar die testament na die dood van die testateur vermis word) word tereg bevind dat 'n artikel 2(3)-aansoek nie die korrekte prosedure is om 'n *verlore testament* te bewys nie. By 'n verlore testament, soos in dié saak (waar die testament juis nie gevind word nie) moet die testament

---

201 Voet 28 4 1-4; *Ex parte Webb's Estate* 1922 EDL 150 – testament weg; *Ex parte Bremont* 1930 WLD 127 – oorspronklike testament is weg – geen *animus revocandi* word bewys nie; *Ex parte Roux* 1937 OPD 32 – gesamentlike testament weg en hof bevind dat 'n afskrif aanvaar kan word; *Ex parte Hartley* 1937 SAR 237- testament kan nie gevind word nie en afskrif word aanvaar.

202 Ingevoeg deur die Wet tot Wysiging van die Erfreg 43 van 1992.

203 Vir die kondonasiebevoegdheid in die algemeen sien oa *Bekker v Naude* 2003 5 SA 173 (HHA); *Longfellow v BOE Trust* [2010] ZAWCHC 117; *Mabika v Mabika* [2011] ZAGPJHC 109; *Taylor v Taylor* [2011] ZAECPEHC 48; *Raubenheimer v Raubenheimer* 2012 5 SA 290 (HHA); *Van Wetten v Bosch* 2004 1 SA 348 (HHA); *De Reszke v Maras* 2006 2 SA 277 (HHA). Vgl die bespreking van hierdie en ander sake in Corbett ea 57; De Waal & Schoeman-Malan 72-82.

204 In *Haribans v Haribans* is 'n aansoek gebring om 'n afskrif van 'n sogenaamde testament te kondoneer: "*They had requisitioned a copy of deceased's late wife's will from that office and apparently went there on the 20th November 2009 to obtain a copy of that will. When they arrived in Pietermaritzburg they met Mr Mlaba from the Master's office and he gave them a copy of the deceased's late wife's will. Attached to that copy, which was certified by Mr Mlaba, was a copy of the disputed will.*" Die hof was egter nie oortuig dat die betwiste testament geldig is nie. Vgl Corbett ea 117; *Yokwana v Yokwana; Uys v Uys*; Biggs 2005 *The Step J* 29; Jacobs 2012. In "Lost will – Proving a copy for grant of probate" beskikbaar by http://www.contested probate.co.uk/lost.html (besoek 2011-05-17) word die moontlikheid bespreek dat 'n kondoneringsaansoek gebring kan word in die Australiese reg maar word daarop gewys dat die bewyslas tav vermiste testament steeds toepassing vind.

205 2010 5 SA 546 (WK).

206 [2013] ZAWCHC 22.

geherkonstrueer word.[207] In geval van 'n kondonasieaansoek word daar *wel* 'n dokument gevind wat nie behoorlik verly is nie. Regter Binns-Ward het tereg geweier om ingevolge artikel 2(3) die dokument as die testateur se kodisil te aanvaar. Die kodisil wat vermis word, was 'n behoorlik verlyde dokument en dus nie vormgebrekkig nie. Die hof bevind:

> *A proper case for relief under the common law would be made out in a matter in which the executed will had been lost and the court was satisfied on the evidence that the reconstruction was both accurate and complete. Thus the formulation of relief in this application, predicated as it was on the provisions of s 2(3) of the Wills Act, was misconceived. The relief should rather have been sought under the common law, in terms of which the court may in a proper case authorise that a 'reconstructed copy' of a will be accepted by the Master. A proper case for relief under the common law would be made out in a matter in which the executed will has been lost and the court is satisfied on the evidence that the reconstruction is both accurate and complete.*[208]

In *Hassan v Mentor*[209] lyk dit of regter Davis die standpunt van regter Binns-Ward volg waar 'n aansoek om kondonering van 'n afskrif gedoen is. Die testament was behoorlik verly maar het verlore geraak. Die hof verklaar dat die afskrif as testament aanvaar kan word.[210] Daar is egter nie 'n uitdruklike aanduiding of die kondonasie roete of die gemeneregtelike roete toepas is nie.[211]

'n Verdere wangebruik van artikel 2(3) kom voor in *Reichman v Reichman*[212] waar die seun van die oorledene, wat ook die eksekuteur is, besluit om die boedel te verdeel tussen die intestate erfgename. 'n Aansoek word gebring om dié seun as eksekuteur te onthef uit sy amp. 'n Testament wat deur slegs een getuie geteken is en deur die eksekuteur se seun in sy eie handskrif geskryf is, word nie by die dood ingehandig nie. Toe daar beswaar gemaak word teen die likwidasie- en distribusierekening, dreig die eksekuteurseun die ander erfgename dat hy 'n aansoek gaan bring om die testament, wat hom na bewering as

---

207 Sien ook *Smith v Sampson*; *Yokwana v Yokwana*; Jacobs 2012 *The Elec J Bar Assoc* verduidelik dat 'n kondonasieaansoek as alternatief steeds gepaard sal gaan met voldoening aan die beginsels van verlore testament. In "Lost will – Proving a copy for grant of probate" beskikbaar by http://www.contested probate.co.uk/lost.html (besoek 2011-05-17) word die moontlikheid bespreek dat 'n kondoneringsaansoek gebring kan word in die Australiese reg maar word daarop gewys dat die bewyslas tav vermiste testament steeds toepassing vind.

208 Par 11. Eie kursivering. Vgl ook *Ex parte Gowree*; *Ex parte Ntuli; Nell v Talbot*. R Binns-Ward bevind ook in *Yokwana v Yokwana* par 1: "*It was accepted by the applicant's counsel, quite correctly, that relief under s 2(3) of the Wills Act was not available because the document in question was not the original allegedly signed by her, and thus did not qualify as the document allegedly executed by her.*"

209 [2012] ZAGPPHC 74.

210 Par 5.

211 Par 4 1 en 14 2. In *Smith v Sampson* word aansoek gedoen dat 'n "afskrif van 'n dokument" ingevolge a 2A Wet op Testamente gekondoneer word. Art 2A handel met kondonering by die herroeping van testament.

212 [2011] ZAGPJHC 117.

enigste erfgenaam aanwys, te laat kondoneer. Hy wil in retrospek 'n artikel 2(3)-aansoek bring om die testament geldig te verklaar.[213]

10 Samevatting

Probleme wat by die dood van 'n testateur met testamente ontstaan moet teen die agtergrond van die volgende gesien word: Die verlyding van 'n testament is gewoonlik 'n emosionele ervaring aangesien mens met die onafwendbaarheid van die dood gekonfronteer word.[214] Die formaliteitsvereistes in artikel 2(1) skep 'n raamwerk om die testateur te beskerm teen onbehoorlike beïnvloeding, bedrog, en dit bevorder geheimhouding.[215] Ten spyte daarvan dat die erns en noodsaaklikheid daarvan om 'n testemant te verly besef word, word versuim om die testament na verlyding sorgsaam te bewaar, wysig of herroep en by veranderde omstandighede aan te pas.

Alhoewel daar statutêre maatreëls vir die verlyding, en wysiging van testamente is[216] en ook vir die beredderings van die boedel,[217] geniet (i) die testateur en (ii) die testament geen beskerming tussen die verlydingsproses van die testament en die dood van die testateur nie. Die meeste van die probleme wat met testamente ervaar word kom in hierdie "onbeskermde fase" voor en kan waarskynlik daaraan toegeskryf word dat daar geen verpligting op die testateur (of testamentopsteller) is om (i) die bestaan en (ii) plek van bewaring van 'n testament te openbaar of aan te teken nie. Dit dra daartoe by dat testamente op groot skaal vermis of betwis word. Verder kan 'n testateur sterf sonder dat dit bekend is dat hy ooit 'n testament gemaak het.[218]

10 1 Status quo

Die toename in litigasie rondom testamente is kommerwekkend.[219] Tans is die enigste uitweg om 'n geskil tussen potensiële erfgename by te lê, om die hof te nader vir 'n bevinding oor die "betwiste testament".[220] In gevalle waar die netto waarde van die boedel nie veel

213 Par 10: "*Although the Summons was issued by the second respondent, in reality the first respondent is seeking to have the deceased's 'will' declared to be valid so that he can receive all the benefits of such 'will' to the exclusion of the applicant and, for that matter his sister, Mrs Sacke. The second claim in the Summons is one which, if valid, should be pursued by the executor*".
214 De Villiers "Ons almal sterf ten minste een keer" beskikbaar by http://www.woes.co.za/bydrae/rubriek/ons-almal-sterf-ten-minste-een-keer (besoek 2011-05-17).
215 Kahn (1984); Leigh 2012 *Ehow*.
216 A 2(1)(a), (b) Wet op Testamente.
217 A 8, reg 5 Boedelwet.
218 Kahn (1984) 138; Gunnarson 2006 *Ill Bar J* 532.
219 Gausden & King 1.
220 *Smith v Sampson* par 1.

is nie, kan litigasie die hele boedel uitwis.[221] Indien daar by die dood van die testateur bewerings van bedrog, vervalsing, vernietiging of herroeping is, is die gepaste regshulp, 'n bevel ingevolge die gemeenregtelike beginsels.[222] Testamentopstellers behoort testateurs te waarsku dat sorgeloosheid met die testament potensiële probleme kan skep.[223] Teen die agtergrond van probleme met testamente som Kahn dié posisie soos volg op:[224]

> *Is forgery or falsification of a will a widespread and largely undiscovered crime? Basically, our will is ... so simple in form and so easy to falsify. All that are really needed are the apparent signatures of the testator and two witnesses. If a plot is considered desirable, well, as Mr Justice Jacob de Villiers put it in his dissenting judgment in Kunz v Swart, 'what is easier than for a person ….to conspire with one or more persons to make a false will without a trace of such conspiracy coming out?' If a conspiracy is too difficult to arrange, witnesses can be lead to believe they are witnessing another document.*[225]

10 2 Herverdelingsooreenkoms

'n Moontlike oplossing (indien litigasie nie oorweeg word nie) is om van 'n herverdelingsooreenkoms gebruik te maak om geskille by te lê. Die ooreenkomste het egter beperkte aanwending binne die beredderingsproses.[226] Die herverdelingsoorkeenkoms bied nie werklik 'n oplossing by problematiese testamente nie, maar kan wel in uitsondelike gevalle gebruik word om geskille tussen erfgename op te los. Die algemene beginsels van 'n herverdelingsooreenkoms moet egter in

---

221 Gausden & King 1. In die saak *Thorner v Major* 2009 UKHL 18 het die familielid op die oorledene se plaas gewerk en alle aanduidings was daar dat hy die enigste erfgenaam sou wees. Die testament kon nie gevind word nie. Vier jaar en £400 000 later is die aangeleentheid geskik. Vgl Shakespeare (2010).

222 Voet 28 1 4. Sien *Yokwana v Yokwana* par 1: "*The applicant applied for an order in terms of s 2(3) of the Wills Act 7 of 1953, alternatively, under the common law directing the Master to accept a document purporting to have been signed by his late mother, Ms. Fete, as testatrix, as her will*".

223 Pace & Van der Westhuizen A 20: "*As also discussed earlier, a duplicate original will may now be accepted by the Master (see 16.1 above). Because of this dispensation, some institutions believe that it is prudent for a testator to prepare and correctly sign up to four copies of the will, each of which can be considered an original. This will result in there being that many originals to be kept by the testator and various other people or institutions on his behalf and consequently there would always be an original available on the death of the testator. This could be considered an acceptable practice but could nullify the consequences of the aforementioned rebuttable presumption.*"

224 Kahn (2003) 152. Sien ook Kahn (1984) 126 ev; Havenga 2006 *Fundamina* 16 ev vir die toename in versekeringsbedrog.

225 Kahn (1984) 138, (2003) 153: "*The number of relevant cases, civil and criminal, in our law reports, on falsification and forgery concerned with a will, apart from several bringing no success to the plaintiff or prosecution, of course is no reflection of the extent of the problem. Still, a few are interesting, if only as showing that there is not so queer as folks – or, I would add, so crooked, at times.*"

226 Sien *Ex parte Estate Dickins* 1953 2 SA 529 (N) vir 'n familieooreenkoms.

gedagte gehou word.[227] Slegs mede-erfgename (testaat en intestaat) kan met mekaar ooreenkom om bates te herverdeel.[228] Herverdeling sal net suksesvol wees indien daar tot 'n vergelyk gekom kan word tussen erfgename wat in 'n spesifieke testament benoem word.[229] Die beginsels van skenkings en afstanddoening moet hier in ag geneem word en kan herverdeling in die wiele ry.[230] In *Lipchick v Master*[231] bevind die hof:

> *It is common cause that the parties have made several attempts to settle the matter. Unsettled, this is a dispute that will haunt the parties for years, regardless of what the correct determination of the matter may be.*

Daar is dus nie veel ruimte om geskille by te lê anders as deur die hof nie.[232]

10 3 Voordoodse register

Alhoewel daar 'n nadoodse register van testamente bestaan (wat deur die meesterskantore gehou word)[233] is daar geen registrasie van testamente vir die tyd tussen verlyding daarvan en die dood van 'n testateur nie. Sekere banke en instansies hou wel vir doeleindes van hulle eie administrasie rekord van testamente wat deur hulle opgestel word.[234] Daar is egter niks wat 'n testateur verhoed om indien hy wil die testament te verander of te vernietig nie. 'n Voordoodse notering of registrasiestelsel vir testamente is al jare gelede voorgestel deur Kahn ten einde (i) onreëlmatighede te beperk tydens verlyding en bewaring van testamente, en (ii) die aanmelding van testament met groter omsigtigheid te kontroleer.[235] In 1991 het die Suid-Afrikaanse regskommissie ook oorweging geskenk aan die wenslikheid van 'n

227 Abrie ea 131-132; De Waal & Schoeman-Malan 253, 255.

228 Bouwer 126; Claassens "Herverdelingsooreenkoms in die beredderingsproses van bestorwe boedels" 2004-2005 *T vir Boedelbeplanning* 82, 99; Cronjé & Roos 245.

229 Metode van kondonasie: Die meester keer die herverdelingsooreenkoms goed en dit is 'n manier om kostes te bespaar deurdat die erfgename tot 'n vergelyk kom.

230 Vgl ook *De Klerck v Registrar of Deeds* 1950 1 SA 626 (T).

231 Par 2.

232 Sien ook *Bydawell v Chapman* 1953 3 SA 514 (A) waar 'n familieooreenkoms om af te wyk van die testament ongeldig is; *Narshi v Ranchod* 1984 3 SA 926 (K) vir 'n skriftelike ooreenkoms tussen die testateur en sy seun wat deur die hof verwerp is.

233 In 'n voordrag wat Mnr Tienie Cronjé lewer tydens die tweede jaarlikse FISA kongres in 2010 verwys hy na die meester van die hooggeregshof se "*integrated case management system (ICMS)*" webportaal. Die portal bedien amper 400 landroskantore (bestorwe boedel dienspunte) en alle meesters kantore. Die *ICMS* portaal maak inligting beskikbaar wat deur die meesterskantore ingesamel is sedert 2000 asook inligting wat daagliks vasgelê word by die dienspunte en meesterskantore. Vgl Manyathi "Suicide notes as wills on FISA agenda" 2012 *DeRebus* 48.

234 Veritas eksekuteurkamers bied aan om jou testament kosteloos te stoor. Beskikbaar by www.veritasboe.co.za (besoek 2013-03-04).

235 Kahn (1984) 138 ev.

voordoodse registrasiestelsel. Daar is egter bevind dat die administrasie rondom so 'n stelsel hoë kostes sal meebring.[236] In 2003 vat Kahn[237] die situasie soos volg saam:

> *We have no register of wills in any form, with the consequence that it is possible for the existence of a will by a deceased person to be unknown or kept secret by the person or persons who alone know of it and who would benefit from this absence of knowledge. Whether this situation should continue to exist has been considered by several writers and by the South African Law Commission, which concluded that things should be left as they are. The ease and possible cheapness of making an underhand will are advantages that outweigh any consequent risk of illicit actions. That seems to be the opinion of most commentators.*

'n Registrasiestelsel hou die voordele in dat daar sekerheid is dat die testament gevind sal word; bedrog met verlyding van 'n nuwe testament sonder die wete van die erflater sal voorkom word; korrupsie met moontlike vernietiging kan voorkom word; en dit neem die druk van die testateur af om sekere mense te bevoordeel.[238] Die nadele van so 'n stelsel is dat daar 'n mate van beperkinginge op testeervryheid is (deurdat die testament aangemeld moet word). Stappe sal geneem moet word om die inhoud van die testament vertroulik te hou.

Die wenslikheid van 'n voordoodse registrasiestelsel moet opgeweeg word teen die beginsel van testeervryheid. Die oogmerk moet wees om die testateur en sy testament te beskerm. Daar is geen rede waarom die testateur nie vrye toegang tot sy testament kan hê nie, terwyl die inhoud van die testament steeds vertroulik bly. Argumente dat dit 'n duur administratiewe struktuur behels is ongegrond. Sonnekus[239] voer tereg aan dat so 'n stelsel voordele inhou en

> *all in all registration is merely another way to ascertain that the last will of the testator is honoured. With computerised technology there seems to be no sound reason why a central register could not be set up in South Africa.*[240]

Indien so 'n stelsel oorweeg word kan daar met vrug by ander regstelsels kers opgesteek word. Daar is deesdae wêreldwyd 'n tendens om voor die dood van die erflater sogenaamde elektroniese registers van testamente

236 Regskommissie (1991) par 2 163.
237 (2003) 152.
238 Kahn (1994) 32 skryf oor voordele by formaliteitsvereistes, maar dieselfde redes kan aangevoer word ten opsigte van 'n voordoodse registasiestelsel.
239 2007 *Exploring the Law of Succession* 92.
240 SARK (1991) par 2 163 oorweeg so 'n stelsel aan die hand van of die bevolkingsregister of 'n sogenaamde "testament notering" waarvolgens rekords gehou word van verlyde testamente.

reeds te hou.[241] *Willdata*[242] in die Verenigde Koningkryk verskaf so 'n diens.[243]

Daar kan nie veel langer gewag word om 'n meer formele stelsel te implementeer ten einde onnodige komplikasies met testamente by die dood van 'n testateur te ondervang nie. So 'n stelsel kan desnoods deur die meesterskantore of 'n staatsinstelling aanlyn hanteer word of andersins deur 'n privaatinstansie. Daar is gevorderde rekenaar-programme en progammatuur wat aanlyn registrasie teen 'n baie lae koste moontlik maak. Na die verlyding van 'n testament kan die testateur aanteken op so 'n registrasiestelsel en die datum van verlyding en plek van bewaring te noteer.[244] 'n Stelsel met die nodige sekuriteit ingebou, sal verseker dat slegs die testateur, met 'n persoonlike wagwoord wat aan hom toegeken word, toegang tot sy testament het. Indien hy sy testament wil wysig of herroep, teken hy weer aan en registreer die gewysigde of nuwe testament deur die datum en plek van verlyding te verskaf. Dit behoort nie omvangryke administrasie te verg om so 'n stelsel te skep nie. Alhoewel so 'n registrasiestelsel nie sonder probleme is nie en die gedagte nie is om testeervryheid aan bande te lê nie, kan dit

241 Gray 2012 *The Step J* bespreek die posisie in die Australiaanse reg tav hoe die misplaaste testament gevind kan word en beveel 'n elektroniese register aan. Sien ook Duhaime *Legal Resources* 2007-aanlyn vir die Kanadese reg en Shakespeare (2010) vir die Engelse reg. Vgl ook Certainty "National Wills register and Will Services" beskikbaar by http://www.certainty.co.uk/ (besoek 2012-09-18); Gunnarsson 2006 *Ill Bar J* verduidelik hoe die problematiek in Illinois hanteer word, en word aanbeveel dat 'n statutêre geskepte sentrale "*testament repository*" die antwoord mag wees.

242 "Find a Lost Will, Register your Will - National Will Register UK" beskikbaar by http://www.willdata.info/ **(**besoek 2012-10-04**).** Hewson "Registering Your Last Will and Testament: What's the Point?" 2011 beskikbaar by http://legalwills.wordpress.com /author/timhewson/ (besoek 2013-03-06) se standpunt dat daar geen sin is in 'n registrasiestelsel nie en dat die erflater doodeenvoudig die eksekuteur moet vertrou. Sy standpunt is miskien 'n oorvereenvoudiging van die probleme maar dit is seker waar dat indien die testateur die eksekuteur vertrou om sy boedel na sy dood te beredder hy hom seer sekerlik voor sy dood kan vertrou met inligting oor waar die testament geberg word.

243 Indien daar gesoek word na 'n testament kan jy die opsie "soek" druk op die *Willdata UK National Will Register* webblad. Hulle hou vertroulike inligting oor die status van testamente met die nodige *registrasie datums* so ver terug soos 1900.

244 Biggs *The Step J* 28: "If you cannot persuade your testator to leave their will with you, then suggest it is lodged in the Probate Registry. The Wills (Deposit for Safe Custody) Regulations 1978 provide for wills of living persons to be deposited in the Principal Registry of the Family Division. Wills may be lodged for deposit in the Principal Registry, any District Probate Registry or sub-Registry on payment of £15. All wills so deposited are logged into the Registries' national computer system, which is checked, *inter alia*, on every grant application".

'n beginpunt wees om potensiële onsekerhede by vermiste testamente op te los.[245] So 'n stelsel kan bydra tot regsekerheid aangaande die bestaan van 'n testament (al dan nie) en ook om die plek waar die testament gehou word te kan identifiseer na die dood van die erflater en ter selfdertyd bedrog, vervalsing, vernietiging en die vermissing van testamente hokslaan.[246]

245 Senekal 2002 *Rapport* 11 het reeds in 2002 'n beroep gedoen op registasie. Hewson "Registering Your Last Will and Testament: What's the Point?" 2011 beskikbaar by http://legalwills.wordpress.com /author/timhewson/ (besoek 2013-03-06) se standpunt is dat daar geen sin in is om 'n registrasiestelsel in te stel nie en dat die erflater doodeenvoudig die eksekuteur moet vertrou. Sy standpunt is miskien 'n oorvereenvoudiging van die probleme maar dit is seker waar dat indien die testateur die eksekuteur vertrou om sy boedel na sy dood te beredder, hy hom seer sekerlik voor sy dood kan vertrou met inligting oor waar die testament geberg word.

246 Senekal 2002 *Rapport* 11 verwys na www.Fount.co.za wat so 'n diens lewer maar hulle webblad is nie meer aktief nie.