



Die *pactum successorium*: stiefkind van die Suid-Afrikaanse reg*

Christa Rautenbach
Departement Privaatreg
Potchefstroomse Universiteit vir CHO
POTCHEFSTROOM
E-pos: pvrer@puknet.puk.ac.za

Abstract

The *pactum successorium*: stepchild of South African law

*South African law does not generally permit a testator to bequeath his estate by means of contract. This rule flows from the general rule in Roman Law that an estate must devolve either by will or in terms of the law governing intestate succession. Despite the prohibition against succession pacts there have been numerous attempts by contracting parties to regulate devolution of their estates inter vivos by means of contract. Such contracts are commonly called *pacta successoria* and have been regarded as *contra bonos mores* and invalid since early law. Although a number of reasons have been put forward for the maintaining of the prohibition against *pacta successoria*, the main reason for the aversion against the *pactum successorium* is the fact that they interfere with the testator's freedom of testation. It is suggested that the existing law in South Africa with regard to the *pactum successorium* should be changed. This calls for a reappraisal of the principle of freedom of testation. It is clear that South African law takes this principle much further than is the case in other legal systems such as in England and Germany. Furthermore, the South African devotion to the principle of freedom of testation appears strange in view of the obvious conflict with the principle of freedom of contract. Finally, it is suggested that the common law prohibition against the *pactum successorium* should be abolished. Since it is clear from the attitude of the courts so far, this can only be effected by legislature.*

* Die finansiële ondersteuning van die RGN word hiermee erken.

1. Inleiding

Erfopvolging geskied normaalweg in die Suid-Afrikaanse reg óf volgens die bepalings van 'n testament óf volgens die norme van die intestate erfreg. Tog duik daar sporadies in die regspraak gevalle op waar die erflater deur middel van 'n tweesydigte regshandeling *inter vivos* erfregtelike gevolge probeer bewerkstellig. Sulke ooreenkomste word as *pacta successoria* beskou en word sedert die vroegste reg nie geduld nie.

Die appèlhof het onlangs in *McAlpine v McAlpine* (1997 1 SA 736 (A) – hierna *McAlpine* genoem) die 1976 appèlhofbeslissing van appèlregter Rabie in *Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie Bpk* 1976 3 SA 488 (A) (hierna *Borman* genoem) bevestig. In *Borman* (501 A-D) is soos volg met betrekking tot die *pactum successorium* verklaar:

'n *Pactum Successorium* (of *pactum de succendo*) is, kort gestel, 'n ooreenkoms waarin die partye die verwerwing (*successio*) van die nalatenskap (of 'n deel daarvan, of van 'n bepaalde saak wat deel daarvan uitmaak) van een of meer van die partye ná die dood (*mortis causa*) van die betrokke party of partye reël. ... 'n Ooreenkoms van hierdie aard druis in teen die algemene reël van ons reg dat nalatenskappe *ex testamento* of *ab intestato* vererf, en word as ongeldig beskou.

Die vraag ontstaan of die gemeenregtelike verbod op die *pactum successorium* in die moderne Suid-Afrikaanse reg nog houdbaar is. In hierdie artikel word eerstens die oorsprong van die verbod op die *pactum successorium* ondersoek (kyk § 2). Daarna word die uitgangspunte van die howe en skrywers met betrekking tot die grondslag van die verbod op die *pactum successorium* bespreek (kyk § 2.3.3). Die praktiese probleme wat die howe ondervind met betrekking tot die identifikasie van ooreenkomste as *pacta successoria* word uitgelig (kyk § 2.3.6). Ten slotte sal enkele aanbevelings met betrekking tot die opheffing van die verbod op die *pactum successorium* in die Suid-Afrikaanse reg gemaak word (kyk § 3).

2. Oorsprong van die verbod op die *pactum successorium*

2.1 Romeinse reg

Die oorsprong van die verbod op die *pactum successorium* is gemeenregtelik van aard. Die vroegste Romeinse regsbronne maak slegs melding van twee maniere van erfopvolging, naamlik deur middel van 'n geldige testament (*ex testamento*) en deur die werking van die intestate erfreg (*ab intestato*). Benewens enkele uitsonderings is erfopvolging by wyse van 'n *pactum successorium* nie geken of

toegelaat nie (Rautenbach, 1994:7-17).¹ Hierdie aversie teen die *pactum successorium* is nie heeltemal vreemd nie. Private eiendomsreg en die reg om deur middel van 'n testament oor 'n mens se privaatvermoë te beskik, was vroeg in die Romeinse reg bekend. Die Romeine het dit bowendien as 'n skande beskou om intestaat te sterf. Gevolglik was dit 'n onbetwisbare beginsel dat 'n testament herroepbaar was tot en met die dood van die erflater. Alle regshandelinge wat die testeervryheid van die erflater *inter vivos* aan bande kon lê, is met agterdog bejeën en as *contra bonos mores* beskou (Rautenbach, 1994:7-14).

Benewens die testeervryheidsbeginsel is die *pactum successorium* ook verbied omdat daar gevrees dat is só 'n ooreenkoms die begeerte kon laat ontstaan om die dood van die erflater, wat as kontraksparty opgetree het, te bewerkstellig. Dit word algemeen aanvaar dat hierdie beswaar nie meer in die moderne Suid-Afrikaanse reg geld nie. Dieselfde argument kan immers geopper word in die geval van lewensversekering waar 'n derde as begunstigde benoem word.

2.2 Romeins-Hollandse reg

Die algemene verbod teen die *pactum successorium* is stelselmatig vanuit die Romeinse reg in Wes-Europa geresipieer (Rautenbach, 1994:14-16). 'n Belangrike ontwikkeling onder invloed van die Germaanse reg het plaasgevind. Voornemende eegentes kon in hulle huweliksvoorwaardeskontrak bindend beskik oor die vererwing van hulle onderskeie vermoëns (Joubert, 1961:27 e.v.).

Vinnius (*Tractatus de Pactis*, 1588-1657:19) was van mening dat die *pactum successorium* nie ingevolge die *ius gentium* of *ius naturale* as skandelik beskou is nie, maar dat die verbod ontstaan het as gevolg van Romeinse idees en gewoontes. Die res van die Romeins-Hollandse skrywers het egter aanvaar dat die *boni mores* die grondslag vir die verbod op die *pactum successorium* vorm (kyk in die algemeen Rautenbach, 1994:15-16).

2.3 Suid-Afrikaanse reg

2.3.1 Algemeen

Die Romeins-Hollandse reg (of beter bekend as die gemene reg) is die basis van die Suid-Afrikaanse reg en daarom is die afkeer wat hier te lande teen die *pactum successorium* bestaan, te begryp. Na 'n reeks beslissings vanaf 1919 (Rautenbach, 1995:18 e.v.) wat almal eenparig beslis het dat 'n *pactum successorium* wat nie in 'n huweliksvoorwaardeskontrak beliggaam is nie, ongeldig is,

¹ Williams (1969:47): 'n *Pactum successorium* tussen twee broers was geldig omdat dit hoogs onwaarskynlik is dat broers mekaar se dood sal begeer. *Pacta successoria mutua* tussen twee soldate was verder ook geldig.

is die posisie bevestig in die appèlafdeling in 1976 in *Borman* en 1997 in *McAlpine*.

2.3.2 Besware teen die *pactum successorium*

Benewens die besware wat in die gemenerereg teen die *pactum successorium* geopper is, bestaan daar in die moderne Suid-Afrikaanse reg nog verdere besware teen die *pactum successorium*.

- In die eerste plek word aangevoer dat dit neerkom op 'n ontduiking van die formaliteite wat normaalweg vir die verlyding van testamente vereis word (Christie, 1996:398). In die lig van artikel 2(3) van die Wet op Testamente 7 van 1953 is hierdie beswaar taamlik afgewater. Hierdie artikel verleen aan 'n hof kondonasiebevoegdheid om, ten spyte van die nie-nakoming van die formaliteitsvereistes by 'n testament, die meester te gelas om steeds die betrokke dokument as testament te aanvaar. In *Horn v Horn* (1995 1 SA 48 (W)) het die hof 'n selfmoordbrief wat nie aan die testamentsformaliteite voldoen het nie, as die selfmoordenaar se laaste testament erken. Dit is moeilik om te aanvaar dat testamentsformaliteite in die lig van sulke omstandighede nog beskou kan word as 'n belangrike rede vir die verbod op die *pactum successorium*.
- In die tweede plek kan aangevoer word dat die aanwending van die *pactum successorium* tot gevolg het dat die howe die geleentheid ontnem word om mondelinge getuienis van die beweerde skenker by die beslegting van 'n geskil met betrekking tot die *pactum successorium* aan te hoor. Indien in gedagte gehou word dat die howe met dieselfde probleem opgesaal sit in die geval van 'n geskil met betrekking tot 'n oorlede erflater se testament, is hierdie beswaar ook nie uniek aan die testate erfreg nie.
- In die derde plek word aangevoer dat dit 'n maklike metode skep om die bepaling van die Boedelbelastingwet 45 van 1955 te omseil (Hutchison, 1983:222). Die *fiscus* kan naamlik sy inkomste uit die boedelbelasting verbeur omdat die bate nie meer in die oorledene se belasbare boedel na sy dood is nie. Hierdie argument is waarskynlik nie so sterk nie vanweë die bepaling van artikels 55 en 58 van die Inkomstebelastingwet 58 van 1962 en die bevoegdheid van die Kommissaris van Binnelandse Inkomste om in gepaste gevalle geskenkebelasting te hef.

Die feit dat die *pactum successorium* die testeervryheid van die erflater beperk, is vandag steeds die oorwegende rede waarom die *pactum successorium* as *contra bonos mores* en ongeldig beskou word.

2.3.3 Grondslag van die verbod op die *pactum successorium*

2.3.3.1 Algemeen

'n Belangrike vraag wat in verband met die *pactum successorium* ontstaan, is of dit *contra bonos mores* en derhalwe ongeldig, of geldig maar onafdwingbaar in die moderne Suid-Afrikaanse reg is. Drie uitgangspunte lê hierdie vraag ten grondslag. In die eerste plek is die uitgangspunt dat die *pactum successorium contra bonos mores* en nietig is. In die tweede plek is die uitgangspunt dat die *pactum successorium* geldig, maar onafdwingbaar is. In die derde plek is daar 'n aantal beslissings waarin daar nie hieroor beslis is nie.

2.3.3.2 *Contra bonos mores* en nietig

In *Jones v Goldschmidt* ((1881) 1 SC 109 119) beslis hoofregter De Villiers dat "... under the Roman law and the Roman-Dutch law it was not competent to alienate the right of the hope of an inheritance during the lifetime ...".

In *Eksteen v Eksteen* ((1920) OPD 195 199) aanvaar regterpresident De Villiers die submissie dat "... agreements concerning the inheritances of living persons are void".

In 1927 beslis regter Pittman in *Nieuwenhuis v Schoeman's Estate* ((1927) EDL 266 270) "[t]he promise of the deceased Schoemans must be regarded as *contra bonos mores* affording ground for an action neither for its performance, nor for damages in lieu thereof".

Regter Murray beslis in *Ex Parte Executors Estate Everard* ((1938) TPD 190 194) dat "... such contracts, whether in regard to the succession to the contracting parties (or either of them) or to the succession to a third party, were regarded as *contra bonos mores* and invalid".

Die minderheidsuitspraak by monde van regter Gane in *James v James's Estate* ((1941) EDL 67 86) was ook dat die *pactum successorium contra bonos mores* en ongeldig is.

In *Borman* (50A) en *McAlpine* (753G-H) het die appèlhof in albei sake beslis dat die *pactum successorium* ongeldig is en kan daar vandag met sekerheid aanvaar word dat die *pactum successorium* wel *contra bonos mores* en ongeldig is.

2.3.3.3 Geldig maar onafdwingbaar

In *Salzer v Salzer* ((1919) EDL 221 227) beslis regter Sampson dat "[i]t is true that a promise to leave anything by will cannot be enforced, but such a promise is not *contra bonos mores*; there is nothing in law preventing such a promise being made; and there is nothing in law against a person relying upon such a promise, and acting upon it".

Die mening van regter Schreiner in *Van Jaarsveld v Van Jaarsveld's Estate* (1938) TPD 343 348 is dat “... whatever may be the position in regard to agreements relating to the inheritances of third persons, a promise to leave property by will though unenforceable is not illegal or *contra bonos mores*”.

In *Berman v Winrow* ((1943) TPD 213 218) was regter Barry van mening dat hy gebonde is aan die beslissing in *Van Jaarsveld v Van Jaarsveld's Estate*, naamlik dat 'n *pactum successorium* nie *contra bonos mores* en gevolglik nietig is nie.

2.3.3.4 Sake waarin geen beslissing gemaak is nie

Die vraag na die nietigheid of vernietigbaarheid van die *pactum successorium* is in verskeie sake onbeslis gelaat.

So verklaar hoofregter Murray in *Costain and Partners v Godden* (1960 4 SA 456 (SR) 461G) “[i]t is therefore unnecessary to express any opinion on the disputed point whether a *pactum successorium* is *contra bonos mores* ... or merely unenforceable ...”

In *James v James's Estate* ((1941) EDL 67 74) het die meerderheid van die hof by monde van regterpresident Lansdown aangevoer dat dit onnodig was om te beslis of die *pactum successorium* “... is to be regarded as illegal, as being *contra bonos mores* or against an important principle of public policy or some other ground, or whether it is unenforceable ...”.

In *Keeve v Keeve* (1952 1 SA 619 (O) 623A) was regter Horwitz van mening dat dit onnodig is om 'n mening uit te spreek oor die geskil insake die nietigheid al dan nie van die *pactum successorium*. Hy reken dat dit geen doel sal dien om te probeer vasstel of die *pactum successorium* nietig of slegs onafdwingbaar is nie. Die enigste relevante vraag is of die ooreenkoms 'n *pactum successorium* is of nie. Indien die ooreenkoms in die onderhawige saak 'n *pactum successorium* is, sal die aansoek van die applikante in elk geval nie toegestaan kan word nie.

2.3.4 Beginsel van *contra bonos mores* en die *pactum successorium*

2.3.4.1 Algemeen

Daar is reeds gewys op die standpunt in die gemenerereg en van die howe dat die *pactum successorium contra bonos mores* en ongeldig is. Die *pactum successorium* is *contra bonos mores* omdat dit die tetteervryheid van die erflater beperk. Die vraag ontstaan of hierdie grond vir die verbod op die *pactum successorium* in die moderne Suid-Afrikaanse reg nog houdbaar is of nie. Ten einde die vraag te beantwoord word die betekenis van *contra bonos mores* kortliks bespreek. Daarna word enkele opmerkings met betrekking tot die beginsel van tetteervryheid gemaak. Die bydrae wat die howe tot die beginsel

van testeervryheid gemaak het of behoort te maak, word vervolgens ook bespreek.

2.3.4.2 Betekenis van *contra bonos mores*

Die betekenis van *contra bonos mores* is nie altyd duidelik nie. Die *Drietalige Regswoordeboek* (Hiemstra & Gonin, 1992:178) omskryf *contra bonos mores* as “teen(strydig met) die goeie sedes”. Volgens Hutchison (1991:435) is ’n ooreenkoms *contra bonos mores* indien “... they offend our conscience, or sense of what is right, or modesty”. Ook van der Merwe en Rowland (1990:252) verwys na die begrip *boni mores* en as gesag vir hulle standpunt dat die begrip soepel is, verwys hulle na die opmerking van Hahlo (1950:240) wat soos volg lui:

Times change and conceptions of public policy change with them. The structure of communities, their attitude to Church and religion, and their approach to family life do not remain static over the centuries.

Begrippe soos “openbare beleid,” “in stryd met die gemenerereg,” “openbare belang” en “*boni mores*” word dikwels gebruik om aan te dui waarom ’n bepaling as ongeldig beskou word. Dit is uit die regspraak en standpunte van die skrywers nie altyd duidelik of daar inderdaad ’n onderskeid tussen hierdie begrippe bestaan, of wat die onderskeid presies behels nie. In *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* (1989 1 SA 1 (A) 71-9G) word hierdie probleem uitgewys en is die hof van oordeel dat begrippe soos “openbare beleid,” “openbare belang,” “in stryd met die gemenerereg” en “*contra bonos mores*” afwisselbaar aangewend kan word om aan te toon waarom ’n ooreenkoms ongeoorloof is of nie. Die klassifikasie van ooreenkomste in een of meer van hierdie kategorieë is irrelevant. Indien ’n hof besluit om ’n ooreenkoms nie af te dwing nie, doen ’n hof dit omdat openbare beleid dit vereis (8F-H). Rautenbach en Van der Vyver (1993:644) verwys na die beginsel van *contra bonos mores* in die geval van ongeoorloofde ooreenkomste en stel dit gelyk met die beginsel van openbare beleid. Weimar (1994:787-797) is van mening dat die *pactum successorium* teen die openbare beleid is. In *Bydowell v Chapman* (1953 3 SA 514 (A) 521) het appèlregter Van den Heever egter aangedui dat dit in openbare belang is dat gevolg gegee word aan die laaste wense van ’n erflater.

Dit is duidelik dat daar nie altyd eenvormigheid is in die regspraak en tussen die skrywers met betrekking tot die aanwending van die begrippe soos hierbo bespreek is nie. Wat wel duidelik is, is die feit dat die verbod bestaan omdat ’n *pactum successorium* die testeervryheid van ’n erflater beperk. Daar word vervolgens aandag aan die beginsel van testeervryheid geskenk.

2.3.4.3 Enkele opmerkings oor die beginsel van testeervryheid

Soos reeds aangedui, is die oorwegende rede vir die verbod op die *pactum successorium* die feit dat dit die testeervryheid van die erflater beperk. As gevolg

van die klem op die familie-eenheid in die vroegste Romeinse reg het die boedel van 'n erflater vererf volgens die reëls van die intestate erfreg. As gevolg van sosiale en ekonomiese ontwikkeling het die behoefte tydens die Twaalf Tafels vir vererwing ingevolge 'n testament ontstaan. Weens die klemverskuiwing vanaf 'n sosialistiese na 'n individualistiese bestel van eiendomsreg het 'n erflater reeds vanaf die derde eeu voor Christus onbeperkte testeervryheid gehad (kyk in die algemeen De Waal, 1989:300-308; Feenstra, 1990:264-268). Ten einde die naaste afstammeling te beskerm het daar mettertyd twee beperkings ontwikkel, naamlik *exheredatio*² en *querela inofficiosi testamenti*³ (De Waal, 1989:308; Du Plessis, 1994:415).

Ten spyte van die invloed van die Romeinse reg op die Romeins-Hollandse reg het die Romeins-Hollandse reg nie onbeperkte testeervryheid geken nie. Benewens die Romeinsregtelike beperkings, is daar ook verskeie ander beperkings op die testeervryheid van die erflater geplaas.⁴

Die Romeins-Hollandse reg met betrekking tot die erfreg is oorgeneem in die Suid-Afrikaanse reg, maar in 1874 is die legitieme porsie onder invloed van die Engelse reg in Suid-Afrika afgeskaf en geniet 'n erflater weer volkome testeerbevoegdheid (Hahlo, 1959:436; De Waal, 1989:314-315).⁵

In *Bydowell v Chapman* (1953 3 SA 514 (A) 521) het appèlregter Van den Heever opgemerk dat

-
- 2 Die uitdruklike ontewing van sekere afstammeling.
 - 3 Beskerming deur middel van die legitieme porsie wat toegeken is aan sekere afstammeling.
 - 4 Hierdie beperkings was onder andere instellings soos *uitboedeling* en *reserve*. Daar was ook spesifieke beperkings ten opsigte van onroerende eiendom. Waarskynlik weens die feit dat alle huwelike binne gemeenskap van goed gesluit was, was 'n langsewende gade egter nie geregtig op 'n legitieme porsie nie (kyk in die algemeen Hahlo, 1959:436; De Waal, 1989:312-314).
 - 5 Enkele uitsonderings bestaan egter op die algemene reël, naamlik: (a) 'n Erflater mag nie bepalinge maak wat *contra bonos mores*, vaag, onmoontlik of teen die reg is nie. (b) Ingevolge artikel 3 van die Wet op Onderverdeling van Landbougrond 70 van 1970 mag 'n erflater nie landbougrond onderverdeel of in onverdeelde aandele oordra nie. (c) Ingevolge artikel 20 van die Mineralewet 50 van 1991 word 'n beperking geplaas op die vryheid van 'n erflater om mineraalregte te onderverdeel. (d) Ingevolge artikel 6 van die Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkings op Onroerende Goed 94 van 1965 word 'n erflater in die geval van 'n *fideicommissum* ten opsigte van onroerende goed beperk tot twee opeenvolgende *fideicommissa*. (e) Ingevolge artikel 2 van die Wet op die Onderhoud van Langsewende Gades 27 van 1990 verkry die langsewende gade 'n vordering vir onderhoud onder sekere omstandighede teen die boedel van die erflater. (f) Ingevolge die gemene reg het die minderjarige kinders van die erflater 'n eis vir onderhoud teen die boedel van die erflater. Kyk in die algemeen Van der Merwe (1990:612 e.v.); Isakow (1985:21).

Roman-Dutch law recognises as a matter of public interest, transcending the private interests of beneficiaries under a will, that effect should be given to the wishes of a testator, D. 29.3.5, or, as *Voet* states the proposition, 35.1.12, the 'interests' of the testator and the public interest demand that effect should be given to a testator's last wishes.

Dit is duidelik dat die beginsel van testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg hoë prioriteit geniet. Volgens Corbett (1987:33) neem die Suid-Afrikaanse reg die beginsel van testeervryheid verder "... than any other Western legal system". Daar sou geredeneer kan word dat beperkings op testeervryheid soos byvoorbeeld die *pactum successorium* wel toegelaat behoort te word.

Deur 'n verbod te plaas op die *pactum successorium* word daar ook op 'n ander vryheid inbreuk gemaak, naamlik kontrakteervryheid. Testeervryheid en kontrakteervryheid is albei gebaseer op private besit en privaatoutonomie en albei vryhede is belangrike beginsels in 'n kapitalistiese bestel. Die vraag ontstaan gevolglik of dit houdbaar is om een vryheid, naamlik testeervryheid, te beskerm ten koste van 'n ander vryheid, naamlik kontrakteervryheid.⁶ Daar kan geargumenteer word dat 'n persoon 'n vrye keuse behoort te hê om self te besluit watter een van die twee vryhede vir hom die swaarste weeg. Deur 'n erflater deur middel van die beletsel teen die *pactum successorium* te verhinder om sy kontrakteervryheid te beoefen, lyk na 'n anachronisme en onnodige spanning word geskep tussen die twee vryhede, waaroor die erflater self 'n keuse behoort te kan uitoefen. Volgens Hutchison (1983:239) het die tyd aangebreek om die beginsel van testeervryheid in heroorweging te neem. Hy stel dit soos volg:

Our law takes that principle further than any other Western legal system – further, by far, than Roman law took it. ... In regard to *pacta successoria*, our devotion to the principle is all the more strange in view of the obvious conflict with the principle of freedom of contract.

2.3.5 Ander oorwegings

2.3.5.1 Funksie van die howe

Die funksie van die howe is om die gemenerereg deur middel van beleidsbesluite te ontwikkel en aan te pas by die veranderde behoeftes van die samelewing. Beginsels soos onder andere openbare beleid, *boni mores*, die regsdoelstelling van die gemeenskap en redelikheid is kriteria wat deur die howe aangewend moet word wanneer die howe gekonfronteer word met 'n regsprobleem in die gemenerereg of wanneer daar 'n behoefte ontstaan om af te wyk van die posisie in

6 Die beginsel van kontrakteervryheid geniet dieselfde mate van beskerming as testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg. Kyk in die algemeen Corbett (1987:64); Stander (1996:215-229); *Sasfin (Pty) Ltd v Beukes* 1989 1 SA 1 (A) 9E.

die gemenerereg (Corbett, 1987:54; 66-67). Corbett merk (1987:67) soos volg hieroor op:

... the policy decisions of our courts which shape and, at times, refashion the common law must also reflect the wishes, often unspoken, and the perceptions, often but dimly discerned, of the people.

Ten einde 'n beleidsfunksie te verrig, behoort 'n hof kennis te neem van die natuurreg, internasionale regsnorme en buitelandse reg. Daar sal dikwels van 'n hof verwag word om 'n balans te vind tussen twee kompeterende waardes (soos in die geval van testeervryheid en kontrakteevryheid). Die balans wat uiteindelik bereik word, moet in ooreenstemming met die behoeftes of belange van die gemeenskap wees (Corbett, 1987:67-68).

2.3.5.2 Grondwet

Die funksie van die hof om die gemenerereg te ontwikkel is bevestig in artikel 35 van die *interim* Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 200 van 1993 (hierna 1993 Grondwet genoem) en artikel 39 van die huidige Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 108 van 1996 (hierna 1996 Grondwet genoem). Artikel 39(2) van die 1996 Grondwet lui soos volg:⁷

By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenerereg of gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder. (Eie kursivering.)

Artikel 8(3)(a) van die 1996 Grondwet bepaal dat die hof by die toepassing van die gemenerereg op 'n natuurlike of regspersoon, ten einde gevolg te gee aan 'n reg in die Handves van Regte, die gemenerereg moet toepas, of indien nodig, ontwikkel. Ingevolge artikel 8(3)(b) van die 1996 Grondwet kan die hof die gemenerereg ontwikkel ten einde 'n reg soos in artikel 8(3)(a) genoem, te beperk mits die beperking in ooreenstemming met artikel 36(1) van die 1996 Grondwet is. In terme van artikel 36(1) van die 1996 Grondwet kan regte in die Handves van Regte "... slegs beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore".

Hierdie artikels in die 1996 Grondwet bevestig die standpunt van Corbett (kyk § 2.3.5.1) en maak dit verpligtend vir hof om die reëls van die gemenerereg te oorweeg binne die raamwerk van die 1993 of 1996 Grondwette, en indien nodig, die gemenerereg te ontwikkel ten einde die gees, oogmerke en strekking van die

7 Dit is belangrik om daarop te let dat die Engelse teks van die 1996 Grondwet onderteken is deur die President en in geval van 'n teenstrydigheid tussen die Afrikaanse en Engelse teks sal die Engelse teks die deurslag gee. Kyk artikel 240 van die 1996 Grondwet.

Handves van Regte te bevorder. In *Du Plessis v De Klerk* (1996 5 BCLR 658 (CC)) beslis die hof

The presence of this subsection [35(3) of the 1993 Constitution] ensures that the values embodied in chapter 3⁸ will permeate the common law in all its aspects, including private litigation (691E-F).

en verder

The common law is not to be trapped within the limitations of its past. It need not to be interpreted in conditions of social and constitutional ossification. It needs to be revisited and revitalised with the spirit of the constitutional values defined in chap 3 ... (703 C-D).

Die waardes van die 1996 Grondwet is in artikel 1 van die 1996 Grondwet vervat:

Die Republiek van Suid-Afrika is een, soewereine, demokratiese staat gegrond op die volgende waardes:

- (a) Menswaardigheid, die bereiking van gelykheid en die uitbou van menseregte en vryhede. ...

Hierbenewens kan geargumenteer word dat artikel 7(1) van die 1996 Grondwet die demokratiese waardes van “menswaardigheid, gelykheid en vryheid” verskans in die Handves van Regte. Artikel 7(1) bepaal soos volg:

Hierdie Handves van Regte is ’n hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid.

Kontrakteervryheid en testeervryheid is albei vryhede gebaseer op privaatbesit en privaatoutonomie en albei vryhede is belangrike beginsels in ’n kapitalistiese bestel. So verklaar artikel 9(2) dat “gelykheid” die volle en gelyke genieting van alle regte en vryhede insluit. Artikel 25 van die 1996 Grondwet bevestig ’n persoon se reg op eiendom.⁹ Voortvloeiend uit ’n persoon se reg op eiendom is die vryheid om te kontrakteer (insluitende ekonomiese vryheid) ten opsigte van sy of haar eiendom of om die vryheid om dit testamentêr te bemaak. Die reg (insluitende die gemene-reg) behoort in beginsel nie enige beperkings (soos in die

8 Artikel 35(3) van die 1993 Grondwet stem ooreen met artikel 39(2) soos vervat in Hoofstuk 2 van die 1996 Grondwet.

9 Volgens Van der Walt, 1997:26 “... it is justifiable to refer to section 25 as a *property guarantee* and not merely a *property clause*, and it is also assumed that property is *both a right in the Bill of Rights* as meant in section 36(1) and a *right entrenched in the Bill of Rights* as meant in section 36(2)”. Kyk ook *In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa*, 1996 1996 10 BCLR 1253 (CC) 1287F-H.

geval die verbod op die *pactum successorium*) op hierdie vryhede van 'n persoon te plaas nie. Elke persoon behoort 'n vrye keuse uit te oefen ten opsigte van hierdie twee vryhede. Indien hy of sy een maal 'n keuse uitgeoefen het, is hy of sy aan daardie keuse gebonde.

In die geval van die *pactum successorium* is daar 'n botsing tussen hierdie twee vryhede en dit is nie duidelik waarom die testeervryheid van die erflater tot nou toe deur die appèlhof (*Borman* en *McAlpine*) as die deurslaggewende vryheid beskou is nie. Aangesien die appèlhof reeds by twee geleenthede te kenne gegee het dat hulle nie bereid is om die gemeenregtelike posisie met betrekking tot die *pactum successorium* te hervorm nie, word daar gevolglik aan die hand gedoen dat die wetgewer moet ingryp om die posisie met betrekking tot die *pactum successorium* statutêr te reel.

2.3.6 Maatstawwe vir die identifisering van die *pactum successorium*

2.3.6.1 Algemeen

Die algemene verbod op die *pactum successorium* het in die praktyk veroorsaak dat die reg onnodig tegnies en gekompliseerd geword het in 'n poging om testeervryheid sy belangrike plek in die Suid-Afrikaanse erfreg te laat inneem. Die hoewe het verskeie maatstawwe ontwikkel wat hulle gebruik om die *pactum successorium* te onderskei van ander soortgelyke, maar geldige ooreenkomste. Die aanwending van hierdie maatstawwe het nie sonder probleme geskied nie en heelwat regsonsekerheid bestaan in dié verband. Sommige regters het van hierdie verwarring gebruik gemaak om 'n "twyfelagtige" ooreenkoms geldig te verklaar in 'n poging om die "verontregte" kontraksparty te help (kyk in die algemeen *Costain and Partners v Godden* 1960 4 SA 456 (SR); *D' Angelo v Bona* 1976 1 SA 463 (A); *Erasmus v Havenga* 1979 3 SA 1253 (T) en *Jubelius v Griesel* 1988 2 SA 610 (K)). Hierdie maatstawwe word vervolgens kortliks bespreek.

2.3.6.2 Afwesigheid van 'n teenprestasie

In *Schauer v Schauer* (1967 3 SA 615 (W) 616H-617A) het die hof beslis dat 'n ooreenkoms 'n ongeldige *pactum successorium* is, tensy bewys gelewer kan word dat 'n *quid pro quo* aan die *promissor* gegee is. Hewige kritiek is al uitgespreek teen dié standpunt en dit word algemeen aanvaar dat die lewer van 'n teenprestasie nie die kriterium is om te bepaal of 'n ooreenkoms 'n *pactum successorium* is of nie (*Hutchison*, 1983:225-226 en *Jubelius v Griesel* 1988 2 SA 610 (K) 622H).

2.3.6.3 Herroepingsbevoegdheid

Een van die fundamentele beginsels in die testate erfreg is dat die erflater in staat gestel moet word om te enige tyd tydens sy of haar lewe 'n testament te herroep.

Behalwe in die geval van enkele uitsonderings kan hy of sy nie van sy of haar herroepingsbevoegdheid afstand doen nie (Van der Merwe, 1990:187; Corbett *et al.*, 1980:31). Die herroepelikeidsmaatstaf het al heelwat verwarring in die regspraak veroorsaak.

In *Costain and Partners v Godden* (1960 4 SA (SR) 456 45C-D) is beslis dat 'n opsie 'n gewone "straight forward commercial contract" is wat by die sluiting daarvan onherroepelik word. Indien dit onherroepelik is, ontsnap dit die stigma van 'n *pactum successorium* en word dit afdwingbaar.

Hierdie uitgangspunt is ook reeds sterk gekritiseer en dit is duidelik dat die herroepelikeidsmaatstaf verkeerd toegepas is in bovermelde beslissing. Geen ooreenkoms wat herroepelik is, kan die testeervryheid van die *promissor* inkort of beperk nie (Williams, 1969:52 en Hutchison, 1983:226).

'n Meer bevredigende toepassing van die herroepelikeidsmaatstaf word gevind in *Varkevisser v Varkevisser* (1959 4 SA 196 (SR)) en *Ex Parte Calderwood: In Re Estate Wixley* (1981 3 SA 727 (Z)). In albei beslissings is beslis dat die fundamentele beginsel van *pactum successorium* juis geleë is in die feit dat die *promissor* homself onherroepelik tot die ooreenkoms verbind het. Hy behou nie vir homself die reg voor om sy aanbod te herroep nie. As hy dit sou doen, sal die ooreenkoms nie in stryd wees met die algemene reël dat erfopvolging slegs *ex testamento* of *ab intestato* mag plaasvind nie.

Alhoewel na die herroepelikeidsmaatstaf verwys is in *Varkevisser v Estate Varkevisser* het die hof die vestigingsmaatstaf (kyk § 2.3.6.5 hierna) toegepas om te bepaal of die ooreenkoms 'n *pactum successorium* was of nie. Dit blyk uit die beslissings en standpunte van die skrywers dat die herroepelikeid van 'n ooreenkoms nie altyd bevredigend gebruik kan word as die enigste kriterium om die *pactum successorium* van ander ooreenkomste te onderskei nie (kyk in die algemeen *Jubelius v Griesel* 622 I; Hutchison, 1983:226).

2.3.6.4 Beperking van testeervryheid

Daar is reeds aangetoon dat dit 'n basiese beginsel van die Suid-Afrikaanse erfreg is dat 'n erflater volkome testeervryheid oor sy bates het tot op die datum van sy dood en behalwe vir enkele uitsonderings is enige ooreenkoms wat so 'n erflater se testeervryheid aan bande lê, nietig. Die howe het testeervryheid in die praktyk verhef tot 'n maatstaf vir die bepaling of 'n ooreenkoms 'n *pactum successorium* is of nie.

In *Borman* (505D-E) het die hof by wyse van implikasie die vestigingsmaatstaf aanvaar, maar lê meer klem op die beperking van testeervryheid van die kontrakterende partye. Die appèlafdeling het eenparig tot die gevolgtrekking gekom dat die leningsheffing wat ten gunste van 'n lid van die Tabakkorporasie

oploop, 'n bate in die lid se boedel vorm en dat hy geregtig is om testamentêr daarvoor te beskik. As die uiteindelijke beskikking oor hierdie fondse deur die statute van die Tabakkorporasie beheers word (wat inderdaad die geval was), kom dit neer op 'n ooreenkoms tussen die lid en die Tabakkorporasie wat inderdaad inbreuk maak op die lid se testeervryheid om na goedgekeurde testamentêr daarvoor te beskik (508A). Gevolglik het die hof beslis dat die besondere bepaling wel neerkom op 'n ongeldige *pactum successorium*.

Die eerste vraag wat ontstaan, is of appèlregter Rabie korrek was in sy vertolking dat die lid 'n vorderingsreg wat deel van sy boedel gevorm het, teen die maatskappy gehad het. Hierbo in paragraaf 3.3.4.3 is alreeds aangedui dat die toets nie is of 'n kontraksparty gedurende sy lewe afstand gedoen het van sy eiendomsreg in 'n bate nie, maar of die reg om die bate te eis *inter vivos* in 'n ander party gevestig het. In hierdie saak behoort die vraag te gewees het of die lid se weduwee *inter vivos* 'n reg ten opsigte van die geld in die ledebelangefonds gevestig het al dan nie. Indien wel, is die ooreenkoms, ongeag of daar geld in die lid se boedel was of nie, nie 'n ongeldige *pactum successorium* nie.

Verder kan dit gestel word dat die hof moontlik 'n kunsmatige onderskeid tref tussen die *stipulatio alteri*¹⁰ (wat in versekeringspolisse en pensioenskemas aangetref word) en die ooreenkoms *in casu*. Volgens appèlregter Rabie is die onderskeid tussen 'n *stipulatio alteri* en 'n *pactum successorium* daarin geleë dat die persoon wat die subskripsies of premies in die geval van versekeringspolisse en pensioenskemas betaal, tydens sy lewe afstand doen van alle aansprake op die geld wat hy betaal het. Dit word uit sy boedel onttrek en word die eiendom van die vereniging of maatskappy. In *Borman* is die bedrag geld wat die oorledene betaal het, egter die totaal van die bydraes wat die lid gedurende sy lewe aan die Tabakkorporasie gemaak het. Die lid het deurgaans 'n vorderingsreg op die bydraes behou. Dit word gestel dat hierdie onderskeid kunsmatig is. Net soos wat die versekeraar die premies kon aanwend om aan die ekonomiese verkeer deel te neem, kon die Tabakkorporasie die geld in die ledebelangefonds aanwend vir die bevoordelings van die Korporasie se doelstellings (498C-D). Die vraag ontstaan wat die posisie sou wees indien die Tabakkorporasie insolvent sou raak. Sou die lid dan nog steeds in die lig van bogenoemde 'n vorderingsreg teen die Tabakkorporasie gehad het? Volgens die minderheidsuitspraak in *McAlpine* (756H) is die ware rede waarom versekeringspolisse en pensioenskemas nie as ongeldige *pacta successoria* kwalifiseer nie, die feit dat dit nooit die bedoeling van die kontrakspartye was dat erfopvolging moet plaasvind nie (kyk § 2.3.6.6 hierna).

10 Beding ten behoeve van 'n derde.

Laastens blyk dit dat 'n té hoë premie op die beginsel van testeervryheid geplaas word. In beginsel beperk alle vervreemdings *inter vivos* of *mortis causa* die testeervryheid van die erflater. Die rede waarom die *pactum successorium* verbied word, is omdat die *pactum successorium mortis causa* onherroeplike regte in die begunstigde vestig. Die gevolg is dat die testeervryheid van die erflater ingeperk word. 'n Beperking op testeervryheid is dus 'n gevolg van die *pactum successorium*. Om vas te stel of 'n persoon se testeervryheid beperk word al dan nie, word sekere toetse aangewend, naamlik die herroeplikheids- en vestigingsmaatstaf. Streng gesproke is die inperkings van die erflater se kontraktesteervryheid dus nie 'n maatstaf wat bepaal of 'n ooreenkoms 'n ongeldige *pactum successorium* is of nie, maar eerder die gevolg indien 'n ooreenkoms as 'n ongeldige *pactum successorium* aangemerkt kan word.

2.3.6.5 Vestigingsmaatstaf

Die hof het al in verskeie gevalle beslis dat daar reeds met die aangaan van die ooreenkoms regte in die bevoordeelde gevestig is en dat die ooreenkoms nie 'n *pactum successorium* is nie (*Keeve v Keeve* 1952 1 SA (O) 623F-G; *Varkevisser v Estate Varkevisser* 198-199; *Costain and Partners v Godden* 460A-C; *Jubelius v Griesel* 623-626; *McAlpine* 750C). Indien regte in die bevoordeelde *inter vivos* vestig, al word die uitvoering daarvan *mortis causa* uitgestel, is die ooreenkoms nie 'n *pactum successorium* nie. Anders gestel, die *pactum successorium* is 'n ooreenkoms *inter vivos*, maar die vestiging van regte vind eers *mortis causa* plaas.

Die toepassing van hierdie maatstaf bied egter ook nie altyd bevredigende resultate nie. Dit is byvoorbeeld nie altyd duidelik wat die aard van die regte is wat vestig nie. Eerstens is daar die juriste wat 'n onderskeid tref tussen voorwaardelike (“vested”) of gevestigde (“contingent”) regte (Cowen, 1949:404; Corbett *et al.*, 1980:133; Honore, 1985:430-431; De Wet & Van Wyk, 1992:150 e.v.; Hutchison, 1983:228 en Swanepoel, 1961:81). Volgens hierdie skrywers is 'n gevestigde reg “... simply, one the title of which is complete and unconditional ...” en 'n voorwaardelike reg 'n reg waar “... one or more (of the investitive facts) has already happened, but one or more has not yet happened, and may never happen ...” (Cowen, 1949:406).

Tweedens is daar die skrywers wat die sogenaamde voorwaardelike reg gelykstel aan 'n *spes* of verwagting (Joubert, 1952:188 i.v.m. 'n *spes fideicommissi*). Dertens is daar die skrywers wat meen 'n voorwaardelike reg het geen bestaansgrond nie: “'n Reg kan eenvoudig nie voorwaardelik wees nie. 'n Reg bestaan of dit bestaan nie. ... Vir voorwaardelike bestaan – iets tussen die synde en die nie-synde – is in 'n drie-dimensionele denkproses net nie ruimte nie” (Van der Merwe, 1965:138-139).

Hierdie verwarring het ook nie in die regspraak uitgebly nie. In *Jubelius v Griesel* (624-625) pas die hof die vestigingsmaatstaf toe en kom tot die gevolgtrekking dat die koopkontrak in die onderhawige geval onderworpe was aan 'n ontbindende voorwaarde. Die hof stel egter die vestiging van regte in die geval van 'n ontbindende en opskortende voorwaarde gelyk en bevind dat die eiser geen gevestigde reg verkry het nie. Hierdie gevolgtrekking is foutief. In die geval van 'n ontbindende voorwaarde vestig daar reeds afdwingbare regte by die aangaan van die ooreenkoms, maar alle verkreë regte verdwyn by die vervulling van die voorwaarde (kyk Van der Merwe *et al.*, 1990:273-279 in verband met die uitwerking van voorwaardes). Alhoewel daar met die uitslag van die saak saamgestem kan word, is daar tereg heelwat kritiek teen die beslissing uitgespreek (Radesich & Roos, 1988:572; Cronje & Roos, 1997:496).

Daarbenewens word die situasie verder bemoeilik deurdat die reg beskerming verleen aan 'n voorwaardelike reg of 'n spes (De Wet & Van Wyk, 1992:151; Cowen, 1949:408 vn. 17; Gibson, 1985:287). Byvoorbeeld, 'n reg onderhewig aan 'n opskortende voorwaarde vestig in 'n regstegniese sin reeds by die aangaan van die ooreenkoms (aangesien dit reeds 'n sekere mate van beskerming geniet) en gevolglik is dit nie heeltemal korrek om te sê dat só 'n reg eers vestig by vervulling van die voorwaarde nie.

'n Verdere kritiekpunt teen die aanwending van die vestigingsmaatstaf word in die minderheidsuitspraak van *McAlpine* aangetref. Volgens appèlregter Nienaber is die toepassing van die vestigingsmaatstaf selektief in dié sin dat dit die bedoeling van die partye totaal en al ignoreer (755F).

Ten spyte van die kritiek wat teen die vestigingsmaatstaf uitgespreek kan word, het die meerderheid van die appèlhof in *McAlpine* bevestig dat die vestigingsmaatstaf die aangewese maatstaf is om aan te wys of 'n ooreenkoms 'n *pactum successorium* is of nie. Hulle was verder van mening dat dit die taak van die wetgewer is om die reel te verslap waar die *pactum successorium* deel vorm van 'n kommersiële ooreenkoms tussen partye (753H).

2.3.6.6 Bedoeling van die partye

'n Vyfde en meer bevredigende kriterium om te bepaal of 'n ooreenkoms as 'n *pactum successorium* aangemerkt behoort te word, is die bedoeling van die partye. Hierdie maatstaf het vir die eerste keer ter sprake gekom in die minderheidsuitspraak van *McAlpine* en verdien daarom spesiale vermelding (754-758).

Die feite van die saak was kortliks soos volg: Twee broers het 'n ooreenkoms aangegaan waarin hulle onder meer ooreengekom het dat "[i]n the event of either parties death, the other party will get 100% of the shares in the company ... in other words, the deceased parties shareholding will go to the one remaining alive"

(267H). 'n Paar jaar later is Ian eerste oorlede en het die appellant 'n eis ingestel teen die weduwe van Ian, in haar hoedanigheid as eksekutrice van sy boedel, vir die oordrag van die 50% van Ian se aandele. Sy het die eis teengestaan op grond daarvan dat die ooreenkoms op 'n ongeldige *pactum successorium* neergekom het. Die hof *a quo* het die verweer gehandhaaf en 'n appèl teen hierdie beslissing het misluk.

Volgens die minderheidsuitspraak van appèlregter Nienaber is die bedoeling van die kontrakspartye en nie die aard van die reg nie (naanlik 'n gevestigde of voorwaardelike reg) die dominante kenmerk van 'n ooreenkoms. Die bedoeling van die kontrakspartye is 'n feitevraag en ten einde die bedoeling van die kontrakspartye vas te stel is daar verskillende oorwegings wat in aanmerking geneem kan word, soos onder andere die herroeplikheid van die ooreenkoms en die vestiging van regte ingevolge die ooreenkoms. Sô gesien, word die vestigings- en herroeplikheidsmaatstawwe bloot gereduseer tot hulpmiddels ten einde die bedoeling van die kontrakspartye vas te stel. Hierdie benadering verklaar ook waarom gewone kommersiële ooreenkomste, soos pensioenskemas, vennootskapsooreenkomste, lewensversekeringspolisse (wat nie noodwendig verband hou met die inhoud van 'n testament nie, maar nogtans 'n party tot die *mortis causa*-bemaking van sy eiendom kan verbind) nie as *pacta successoria* beskou kan word nie (756F). Sodanige ooreenkomste is gesluit sonder *animus testandi* en kan daarom nie as ongeldige *pacta successoria* aangemerkt word nie. 'n Verdere belangrike beginsel by die vasstelling van die bedoeling van kontrakspartye is dat, indien dit nie duidelik is wat die bedoeling van die partye is nie, die ooreenkoms eerder in stand gehou moet word as wat dit afgewys word (756A).

Toegepas op die feite van die saak, is dit duidelik dat die partye nie die bedoeling gehad het om te testeer nie. Die ooreenkoms het nie met die testeervryheid van die twee broers ingemeng nie en dit was ook nie 'n poging om die testamentsformaliteite te omseil nie. Gevolglik was dit 'n (757G)

... ordinary although comprehensive commercial agreement between two brothers who, through the medium of a company of which they were the sole shareholders, sought to provide contractually for various foreseeable eventualities relating to their co-ownership; more particularly, to ensure that each party would be protected should the other mortgage or sell his shares or predecease him.

Hierdie benaderingswyse van appèlregter Nienaber ondervang die gevaar ten opsigte van die praktiese implikasies van die verbod op kommersiële ooreenkomste (Rautenbach, 1995:98).

3. Ten slotte

Daar bestaan 'n duidelike behoefte in die regsverkeer om die belange van partye in 'n kommersiële regsverhouding, soos 'n vennootskap of tussen mede-eienaars, te reel (Rautenbach, 1994:72-91). Dit is dikwels in belang van die partye om die *status quo* te handhaaf indien een van die partye sou sterf. Die gevaar bestaan egter (soos uitgekristalliseer in *Borman* en *McAlpine*) dat hierdie ooreenkomste as verbode *pacta successoria* aangemerkt kan word en dat die bedoeling van die partye só verydel kan word (Rautenbach, 1995:98-112).

Die oorsprong van die verbod in die moderne Suid-Afrikaanse reg is gemeenregtelik van aard. Net soos in die gemenereg, is die feit dat die *pactum successorium* die testeervryheid van die erflater beperk die oorwegende rede waarom die *pactum successorium* vandag as *contra bonos mores* en ongeldig beskou word.

Daar word aan die hand gedoen dat die beginsel van testeervryheid in heroorweging geneem behoort te word. Soos reeds aangedui, behoort 'n erflater self 'n keuse te kan maak tussen testeervryheid en kontrakteervryheid. Behalwe vir die enkele bestaande beperkings op die testeervryheid van die erflater behoort die reg dus ook voorsiening te maak vir 'n beperking soos die *pactum successorium*.

Indien aanvaar word dat daar wel op die testeervryheid van die erflater inbreuk gemaak kan word deur middel van die *pactum successorium*, is die volgende vraag wat aandag moet geniet wat die inhoud of trefwydte van só 'n ooreenkoms moet wees. Daar bestaan verskeie opsies. In die eerste plek kan daar geen formele vereistes gestel word nie en is die vereistes dieselfde as vir 'n gewone ooreenkoms. In die tweede plek kan die vereiste gestel word dat die ooreenkoms aan testamentsformaliteite, soos in die geval van die *donatio mortis causa*, moet voldoen. Sodanige vereiste sal ook sommige van die besware teen die *pactum successorium* uit die weg ruim. In die derde plek kan formele vereistes, soos onder andere opskrifstelling, vir die sluit van die *pactum successorium* gestel word. Hierdie vereistes hou sekere voordele vir die kontrakspartye in, naamlik:

- Regsekerheid ten opsigte van die bestaan en inhoud van só 'n ooreenkoms word geskep.
- Die moontlikheid van vervalsing word uitgesluit.
- Sekerheid oor die handelingsbevoegdheid van die kontrakspartye word geskep.
- Bewysregtelike probleme met betrekking tot beweerde mondelinge ooreenkomste word uitgeskakel.

- Omdat die ooreenkoms formeel skriftelik gesluit word, is die beswaar nie meer geldig dat die testamentêre erfreg ondermyn sal word deur die sluiting van informele ooreenkomste nie.

Daar word gevolglik aan die hand gedoen dat die verbod teen die *pactum successorium* in heroerweging geneem behoort te word. Weimar (1994:797) verklaar soos volg:

Are the ... South African prohibitions on succession pacts still necessary? We seem never to have considered it in this way. Where inheritance contracts are valid, especially in Germany and Switzerland, dispositions in contemplation of death lost its mystique; it is favoured and has proven very helpful.

Aangesien die appèlhof reeds by twee geleenthede aangedui het dat hulle nie bereid is om die gemeenregtelike posisie met betrekking tot *pacta successoria* te wysig nie, word aan die hand gedoen dat die wetgewer moet ingryp.¹¹ Die huidige besware wat teen die *pactum successorium* bestaan, kan ondervang word deur formele vereistes vir die sluiting daarvan voor te skryf.¹²

Bibliografie

- CHRISTIE, R.H. 1996. The law of contract in South Africa. Durban : Butterworths
- CORBETT, M.M. 1987. Aspects of the role of policy in the evolution of our common law. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 104(1):52-69.
- CORBETT, M.M., HAHLO, H.R. & HOFMEYR, G.Y.S. 1980. The Law of Succession in South Africa. Kaapstad : Juta.
- COWEN, D.V. 1949. Vested and contingent rights. *South African Law Journal*, 66:404-421.
- CRONJÉ, D.S.P. & ROOS, A. 1997. Casebook on the law of succession. Pretoria : UNISA.
- DE WAAL, M.J. 1989. Law, society and the individual: The limits of testation. (In VISSER, D.P., ed. Essays on the history of law. Kaapstad : Juta. p. 300-318.)
- DE WET, J.C. & VAN WYK, A.H. 1992. Die Suid-Afrikaanse Kontrakereg en Handelsreg. Durban : Butterworths
- DU PLESSIS, F.J. 1994. Testeervryheid in die Suid-Afrikaanse reg en die nuwe Grondwet. *Responso Meridiana*, 6(4):414-421.
- FEENSTRA, R. 1990. Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht. Leiden : Brill.
- GIBSON, J.T.R. 1977. Wille's principles of South African Law. Kaapstad : Juta.

11 Daar bestaan reeds in die praktyk gevalle waar die wetgewer statutêr ingegryp het om voorsiening te maak vir *pacta successoria*, byvoorbeeld artikel 37C van die Wet op Pensioenfondse 24 van 1956 wat voorsiening maak dat 'n lid se belang in 'n pensioenfonds by sy afsterwe nie deel uitmaak van sy boedel nie en dat die belang in terme van 'n ooreenkoms tussen die lid en die skema aan 'n bepaalde persoon oorgedra moet word.

12 Formele vereistes bestaan byvoorbeeld ten opsigte van kontrakte wat te doen het met onroerende eiendom en dit is nie 'n vreemde verskynsel in die moderne Suid-Afrikaanse reg om geldigheidsvereistes vir die sluit van sekere ooreenkomste voor te skryf nie. Kyk byvoorbeeld Rautenbach (1997:132-133) vir die vereistes gestel in die Duitse reg.

- HAHLO, H.R. 1950. Jewish faith and race clauses in wills. *South African Law Journal*, 86(1):231-244.
- HAHLO, H.R. 1959. The case against freedom of testation. *South African Law Journal*, 76(4):435-447.
- HTEMSTRA, V.G. & GONIN, H.L. 1992. *Drietalige Regswoordeboek*. Kaapstad : Juta.
- HONORE, T. 1985. *The South African Law of Trusts*. Kaapstad : Juta.
- HUTCHISON, D. 1983. Isolating the *pactum successorium*. *South African Law Journal*, 100(2):221-239.
- HUTCHISON, D. 1991. *Wille's principles of South African law*. Kaapstad : Juta.
- ISAKOW, L.E. 1985. *The law of succession through the cases*. Kaapstad : Juta.
- JOUBERT, C.P. 1952. Die *Fideicommiss*, die Trust en die Stigting. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 15:181-247.
- JOUBERT, C.P. 1961. *Pactum Successorium*. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 24:18-40, 106-111, 177-188, 250-260.
- RADESICH, G.A.M. & ROOS, A. 1988. The effect of a resolutive condition on the formation of a *Pactum Successorium*. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:572-575.
- RAUTENBACH, C. 1994. Die *pactum successorium* in die Suid-Afrikaanse reg. Potchefstroom : PU vir CHO. (L.L.M.-verhandeling.)
- RAUTENBACH, C. 1995. Die praktiese implikasies van die verbod op die *pactum successorium* met betrekking tot vennootskapsooreenkomste. *De Jure*, 28(1):98-112.
- RAUTENBACH, C. 1997. Die *pactum successorium* in die Duitse reg. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 60(1):131-136.
- RAUTENBACH, I.M. & VAN DER VYVER, I.W. 1993. *Volenti non fit Iniuria* en grondwetlike waarborge. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:637-650.
- STANDER, A.L. 1996. Kontraktele geregtigheid, goeie trou en die optrede van 'n kurator met betrekking tot onuitgevoerde kontrakte in die insolvensiereg. *Koers*, 61(2):213-235.
- SWANEPOEL, H.L. 1961. Oor Stigting, Trust, Fideicommissum, Modus en Beding ten behoeve van 'n derde. Potchefstroom : Pro Rege.
- VAN DER MERWE, N.J. 1965. *Spes Fideicommissi of Ius in Personam?* *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 28:138-141.
- VAN DER MERWE, N.J., ROWLAND, C.J. & CRONJE, M.B. 1990. *Die Suid-Afrikaanse Erfreg*. Pretoria : Van der Walt.
- VAN DER WALT, A. 1997. *The Constitutional Property Clause*. Kenwyn : Juta.
- VINNIUS, A. 1588-1657. *Tractatus de Pactis*. Pretoria : Staatsdrukker. (Vertaling deur Du Plessis, L.J.)
- WEIMAR, P. 1994. Inheritance contracts and public policy. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:787-797.
- WILLIAMS, R.C. 1969. *Pacta successoria. Responsa Meridiana*, 2(3):45-58.

Lys van hofsake

- D'Angelo v Bona* 1976 1 SA 463 (A).
- Baydwell v Chapman* 1953 3 SA 514 (A)
- Berman v Winrow* (1943) TPD 213.
- Borman en De Vos v Potgietersrusse Tabakkorporasie Bpk* 1976 3 SA 488 (A).
- Costain and Partners v Godden* 1960 4 SA 456 (SR).
- Du Plessis v De Klerk* 1996 5 BCLR 658 (CC).
- Eksteen v Eksteen* (1920) OPD 195.
- Erasmus v Havenga* 1979 3 SA 1253 (T).
- Ex Parte Calderwood: In Re Estate Wixley* 1981 3 SA 727 (Z).
- Ex Parte Executors Estate Everard* (1938) TPD 190.

Horn v Horn 1995 1 SA 48 (W).
In re: Certification of the Constitution of the Republic of South Africa, 1996 1996 10 BCLR 1253 (CC).
James v James's Estate (1941) EDL 67.
Jones v Goldschmidt (1881) 1 SC 109.
Jubelius v Griesel 1988 2 SA 610 (K).
Keeve v Keeve 1952 1 SA 619 (O).
McAlpine v McAlpine 1997 1 SA 736 (A).
Nieuwenhuis v Schoeman's Estate (1927) EDL 266.
Salzer v Salzer (1919) EDL 221.
Sasfin (Pty) Ltd v Beukes 1989 1 SA 1 (A).
Schauer v Schauer 1967 3 SA 615 (W).
Van Jaarsveld v Van Jaarsveld's Estate (1938) TPD 343.
Varkevisser v Estate Varkevisser 1959 4 SA 196 (SR).

Lys van wetgewing

Boedelbelastingwet 45 van 1955.
Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 200 1993.
Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 108 1996.
Handves van Regte
Inkomstebelastingwet 58 van 1962.
Mineraalwet 50 van 1991.
Wet op die Onderhoud van Langslewende Gades 27 van 1990.
Wet op die Opheffing of Wysiging van Beperkings op Onroerende Goed 94 van 1965.
Wet op Onderverdeling van Landbougrond 70 van 1970.
Wet op Pensioenfondse 24 van 1956.
Wet op Testamente 7 van 1953.