

DIE DELIKTUELE AANSPREEKLIKHEID VAN TESTAMENTOPSTELLERS

1 Inleiding

Die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl in *Bekker v Naudé* (2003 5 SA 173 (HHA)) dat nie-selfopgestelde vormgebrekkige testamente nie binne die trefwydte van die hof se kondoneringsbevoegdheid ingevolge artikel 2(3) van die Wet op Testamente (7 van 1953) val nie, kan verreikende gevolge vir testamentopstellers hê. In hierdie beslissing het die Hoogste Hof van Appèl beslis dat die vereiste dat die dokument “wat opgestel of verly is deur ’n persoon wat sedert die opstel of verlyding daarvan oorlede is ...” veronderstel dat die dokument deur die erflater persoonlik opgestel moes wees. *In casu* het die appellante en haar man, Bekker, hul bank volgens gevestigde praktyk genader ten einde hulle met die opstel van hul testament behulpsaam te wees. ’n Konseptestament is opgestel, deur die bank aan die erflaters vir goedkeuring en ondertekening terugbesorg, maar Bekker het gesterf voordat die testament onderteken is. ’n Tydperk van vyf jaar het verloop sedert die opstel van die konseptestament en die afsterwe van die oorledene in Mei 1998.

Die hof het ook by verskillende ander geleenthede beslis dat blote instruksies vir die opstel van ’n testament, sonder die daaropvolgende daarstelling van ’n testament, nie kragtens artikel 2(3) kondoneerbaar is nie (*Ex Parte Maurice* 1995 2 SA 713 (K); *Leksekga v The Master* 1995 4 SA 731 (W); *Anderson and Wagner v The Master* 1996 3 SA 779 (K); en *De Reszke v Maras* Kaapse Provinsiale Afdeling, Saaknommer 3626/2002 van 22 April 2003). Dit laat dus ook hierdie dokumente buite die trefwydte van artikel 2(3).

In die lig van heelwat teenstrydige uitsprake oor artikel 2(3) voor die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl in *Bekker (supra)* (sien, bv, *Webster v The Master* 1996 1 SA 34 (D) (*obiter*); *Olivier v Die Meester: In re Boedel Wyle Olivier* 1997 1 SA 836 (T); en *Bekker v Naudé* 2002 1 SA 264 (W) vir ’n letterlike, eng uitleg van die bepaling. Daarteenoor, sien *Back NNO v Master of the Supreme Court* 1996 2 All SA 161 (K); *Ex Parte de Swardt NNO* 1998 2 SA 204 (K); *Ex Parte Laxton* 1998 3 SA 238 (N); *Ndebele NO v Master of the Supreme Court* 2000 1 All SA 475 (K); en *Ex Parte Williams: In re Williams’ Estate* 2000 4 SA 168 (T) vir ’n liberale uitleg van die vereiste), is die beslissing te verwelkom, alhoewel die eng

interpretasie wat die hof nagevolg het verskeie konseptestamente buite die trefwydte van die kondoneringsbevoegdheid laat. Veronderstel die volgende gevalle:

- (a) Die erflater nader sy prokureur om sy testament op te stel. Hy voorsien die prokureur van volledige skriftelike instruksies vir die opstel van sy testament. Die erflater se testamentêre wense blyk duidelik uit die instruksies. Die prokureur versuim om die testament op te stel en die voornemende erflater sterf intestaat.
- (b) Die erflater nader sy bank om hom met die opstel van sy testament behulpsaam te wees. Die bank onderneem om die testament gratis op te stel, op die veronderstelling dat die bank as eksekuteur van die bestorwe boedel benoem word. 'n Konseptestament word deur die bank opgestel, maar die dokument word deur 'n bankamptenaar verlê. Die erflater sterf sonder dat hy die konseptdokument gesien of goedgekeur het.

In beide gevalle is kondonering van die vormgebreklike dokument onmoontlik. In die lig van die beslissing in *Bekker (supra)* sal die konseptestament in (b) nie kondoneerbaar wees nie, omdat dit deur iemand anders as die erflater opgestel is. In geval (a) voldoen instruksies vir die opstel van 'n testament nie aan die vereistes van artikel 2(3) van die Wet op Testamente (7 van 1953) nie, omdat dit nie as testament bedoel is nie. Teleurgestelde bevoorreedes kan hulle dus nie op die remedie van kondonering kragtens artikel 2(3) beroep nie. Wat staan hulle nou te doen? Die vraag is of hulle ingevolge 'n onkondoneerbare dokument 'n gemeenregtelike remedie jeens die testamentopsteller het. Dit is nie die doel van hierdie aantekening om die vraag na die korrektheid en wenslikheid al dan nie van die *Bekker*-uitspraak te bespreek nie, maar wel om die aanspreeklikheid van die testamentopsteller, hetsy 'n bank, prokureur of trustmaatskappy, ten opsigte van die opstel en verlyding van 'n testament in die lig van die beslissing kortliks onder die loep te neem.

2 Die rol van die testamentopsteller

In 'n geval soortgelyk aan *Bekker (supra)*, het die testateur in *Back (supra)* sy prokureur versoek om vir hom 'n testament op te stel, waarna hy die dokument goedgekeur het, maar nagelaat het om dit voor sy dood te onderteken. Die hof is gekonfronteer met die vraag of die nie-nakoming van formaliteite gekondoneer kon word, omdat die dokument deur die oorledene "opgestel" is en as testament bedoel is. In sy bevinding het Van Zyl R in dié beslissing van die Kaapse Provinsiale Afdeling breedvoerig na teenstrydende regspraak verwys, maar uiteindelik in ooreenstemming met Sonnekus ("Kondoneringsbevoegdheid van hof by vormgebreklike testament: *Horn v Horn* 1995 1 SA 48 (W)" 1995 TSAR 359) beslis dat persoonlike opstel van

die dokument nie 'n vereiste is nie (174c-e). Van belang vir die onderhawige bespreking is die hof se bevinding dat die vereistes van artikel 2(3) wyd uitgelê moet word, omdat testateurs dikwels van deskundiges in die opstel en verlyding van 'n testament gebruik maak. In dié verband verklaar die hof soos volg:

“The reality of the situation is that computers and word processors have become as pedestrian as pen and ink. Another reality is that many would-be testators give full instructions as to their final wishes to their attorneys or bankers and the attorneys or bankers have draft wills prepared in accordance with such instructions. If a draft will is subsequently perused and approved in every detail by a testator, he then ... associates himself with and adopts it as his own. On a flexible interpretation of section 2(3), it may be regarded as having been drafted by him personally. As long as it is incontrovertible that the testator intended the draft to be his will, it should be totally irrelevant whether he personally or physically drafted it with his own hand or his secretary typed it in accordance with his instructions.

...

The legislature must be aware of the fact that wills are frequently drafted with the assistance of computer technology and that personally drafted wills are probably the exception rather than the rule” (174a-d).

Die hof het soortgelyk in *Williams* (*supra* 177B-D) na die opstel van testamente deur deskundiges verwys:

“[T]here are other ways, apart from physical creation, in which a document can be drafted or prepared for signature and perusal. This is particularly true concerning a will which, quite apart from formalities, is in substance not a common place instrument readily within the grasp of a layman. It is an extremely important document which in many cases may involve the disposition of substantial assets and involving not only legal but also tax implications. The Legislature will no doubt have realized as recently as 1992 that people will normally consult attorneys, banks or accountants, having a better grasp of the intricacies involved, who will then prepare draft wills for their perusal, approval and signature.”

Dit is dus nie vreemd om van professionele testamentopstellers gebruik te maak nie. Pace en Van der Westhuizen (*Wills and Trusts* (1995) A4 6) verduidelik die beweegrede vir die veelvoorkomende gebruik van deskundiges in die opstel van testamente soos volg:

“Presently most wills are drawn up by attorneys, auditors and financial institutions (mainly banks and trust companies). Financial institutions such as banks and trust companies prepare wills which normally provide for the financial institution to be nominated as executor and/or trustee. An executor is entitled to the commission as prescribed by regulation (see r 8 issued under the Administration of Estates Act 66 of 1965 ... The trustee's remuneration is normally set in the will creating the testamentary trust).”

Daar is in ons reg geen voorskrifte oor wie bekwaam is om 'n testament op te stel nie. Alle persone wat bevoeg is om regshandeling aan te gaan, is in die algemeen geskik om testamente te maak. Artikel 4 van die Wet op Testamente (7 van 1953) bepaal bloot dat die testateur 16 jaar of ouer moet wees, en verstandelik bekwaam moet wees om die aard en uitwerking van sy handeling te begryp. Die praktyk om van deskundiges gebruik te maak, is egter algemeen. Die erflater het dikwels geen regskenis nie en daarom

maak hy van 'n kundige testamentopsteller gebruik. Wiechers (*Testamente* (1988) 13) waarsku dat die testateur self die gevaarlikste opsteller is:

“It is incongruous that men who have lived prudently, who have been conservative and successful in business, who have accumulated wealth through careful planning, will attempt by their own hand to write their own wills” (met verwysing na Halsted “Being of sound and disposing mind? 1972 *California State Bar Journal* 570 628).

Steyn R het voornemende testateurs reeds in 1952 in die saak *Ex Parte Kock NO* (1952 2 SA 502 (K)) aangeraai om by die opstel van testamente slegs persone te raadpleeg wat deeglik opgelei is in die opstel van sodanige dokumente:

“I am informed by the Master that hardly a day goes by when wills filed in his office for registration have not to be rejected by him as invalid owing to failure to comply with the necessary formalities prescribed for the execution of wills. Our Courts are almost daily approached to construe wills badly drafted and in which the meaning and intention of the testator is not clearly expressed: when doing so, certain recognised rules of construction are applied, but whether the Courts always succeed in finding the real intention of the testator as to the disposition of his assets after his death is another question. There are instances which can and should be avoided, and, in their own interests as well as in the interests of those whom they intend to benefit when they die, I urge intending testators to consult only persons who are suitably trained in the drafting and execution of wills and other deeds containing testamentary dispositions and, when doing so, to make sure that such persons are proficient in the language in which they wish their testamentary disposition to be drawn” (516E-H).

Statistiek skyn te bewys dat die persentasie ongeldige testamente wat deur leke opgestel is, hoër is (13,3%) as die persentasie van alle testamente wat ongeldig is (1,7%). Slegs sowat 8% van alle testamente word deur leke opgestel (Suid-Afrikaanse Regskommissie Werkstuk 14 Projek 22 *Hersiening van die Erfreg: Testamentsformaliteite* (1991) par 8.6).

Daar is in die Suid-Afrikaanse reg geen werksreservering van testamentopstelling slegs vir die regsberoep nie. Prokureurs, ouditeurs, banke en trustmaatskappye tree dikwels as professionele testamentopstellers op (Wiechers 16-17). Foute in verband met testamente is nie tot finansiële instellings beperk nie. Die redaksionele kommentaar in *De Rebus* (1982) het sy kommer hieroor uitgespreek, en meen dat daar gesorg moet word dat die opstel van testamente deur professionele persone gedoen word, omdat die gemenerereg 'n voldoende remedie teen sodanige kundiges verleen indien die testamentopsteller sy plig onregmatiglik versuim (511). Dit behoort dus duidelik te wees dat die testamentopsteller iemand moet wees wat goed onderlê is in die reg (Wiechers 18; en Olivier en Van den Berg *Praktiese Boedelbeplanning* (1991) 158-159); Urquart en Davis *Estate Planning* (1989) 13-1) nie net ten opsigte van die regsgevolge van die genotuleerde wense van die erflater nie, maar ook ten opsigte van die formele geldigheid van die testament.

Veronderstel weer die hipotetiese feitegevalle in paragraaf 1 hierbo. Met kondonering van die vormgebrekkige testament onmoontlik, ontstaan die vraag na die deliktuele aanspreeklikheid van die testamentopsteller. Wiechers is van mening dat daar geen sanksie verbonde is aan iemand se optrede waardeur hy aan 'n potensiële erfgenaam skade berokken deurdat die testament ongeldig is vanweë nie-nakoming van die voorgeskrewe formaliteite nie. Hy verwys sonder verskaffing van spesifieke besonderhede, egter wel na 'n geval waar 'n erfgenaam wat in 'n testament wat deur 'n bank opgestel is, bevoordeel is, die bank gedagvaar het omdat die testament ongeldig was. Die betrokke bank het na bewering later wel die bedrag wat ingevolge die testament aan die bevoordeelde toegeken is, aan haar uitbetaal. Hulle het egter die eis geskik en daarom is die saak nie deur die hof beslis nie (Wiechers 26). Die beslissing van die hof in *Pretorius v McCallum* (2002 2 SA 423 (K)); en sien ook Van der Schyff "Die Prokureur, sy Regsplig en die Teleurgestelde Bevoordeelde – 'n Nuwe Benadering" 2002 *Stellenbosch Law Review* 454) bevestig egter die moontlikheid van 'n deliktuele remedie teen die nalatige testamentopsteller (sien die bespreking hieronder).

3 Die moontlike deliktuele aanspreeklikheid van die testamentopsteller

In beide gevalle (a) en (b) hierbo genoem (sien par 1) is die erflater se laaste wense ten opsigte van sy vermoë as gevolg van 'n late aan die kant van die testamentopsteller nie uitgevoer nie. In geval (a) is die testament glad nie opgestel nie, terwyl die testament in geval (b) verlê is en die erflater se eiendom dus nie ooreenkomstig die testament verdeel kon word nie. Erfgename wat moontlik ingevolge een van die testamente in (a) of (b) bevoordeel sou word, maar wat nou hul erfposies kwyt is as gevolg van die versuim aan die kant van die testamentopsteller, kan nie staat maak op die beslissing in *Bekker v Naudé* (*supra*) nie, omdat die kondoneringsbevoegdheid van die hof nie hierdie geval dek nie (sien hierbo). Die vraag wat hier ontstaan is of die testamentopsteller deliktueel aanspreeklik gehou kan word vir hierdie versuim al dan nie. Daar moet dus vasgestel word of daar onder die bepaalde omstandighede 'n regsplig op die testamentopsteller gerus het om positief op te tree om die skade van die "erfgename" te verhoed.

3.1 Die bestaan van 'n regsplig al dan nie

Die vraag of daar 'n regsplig op die testamentopsteller rus om te verseker dat die testateur die testament onderteken, het te make met die onregmatigheids-element van die delik.

Dit is geëykte reg dat deliktuele aanspreeklikheid slegs vasstaan indien die vyf elemente van 'n delik, naamlik gedraging, onregmatigheid, skuld, kousaliteit en skade (in hierdie geval vermoënskade) aanwesig is (Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 4e uitg (2001) 4). Die benadeelde party sal, indien die elemente bewys kan word, skadevergoeding kan eis met die *actio legis Aquiliae*.

Die onregmatigheidsvraag is gemoed met normoortreding (Neethling *et al* 37). Die toets vir onregmatigheid is die sogenaamde *boni mores*-toets (Neethling *et al* 40ev). Dit word beskou as 'n algemene redelikeidsmaatstaf (Neethling *et al* 40). Die toets word verder gepresiseer na aanleiding van die betrokke geval. So kan onregmatigheid dus getoets word aan die hand van inbreuk op 'n subjektiewe reg van die eiser, nie-nakoming van 'n regsplig, of die teenwoordigheid of afwesigheid van 'n regverdigingsgrond. Hierdie addisionele "toetse" kom inderwaarheid op niks anders neer nie as die *boni mores*-toets (Neethling *et al* 50 en 81).

In die geval van 'n late word gebruik gemaak van die regsplig-toets om vas te stel of die verweerder se versuim om positief op te tree om te verhoed dat die eiser skade ly onregmatig is al dan nie. Die reg verwag nie van persone om te alle tye positief op te tree om te verhoed dat iemand anders skade ly nie. In sekere gevalle rus daar egter 'n regsplig op iemand om te verhoed dat 'n ander party skade ly, en versuim om ingevolge die regsplig te handel om die skade te verhoed, sal tot gevolg hê dat sodanige versuim aangemerkt sou word as onregmatig. Die bestaan al dan nie van 'n regsplig word vasgestel aan die hand van die sogenaamde *boni mores*-toets (sien oor die algemeen met betrekking tot hierdie paragraaf *Van Eeden v Minister of Safety and Security (Women's Legal Centre Trust, as Amicus Curiae)* 2003 1 SA 398 (SCA); *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 4 SA 938 (CC); *Cape Town Municipality v Bakkerud* 2000 3 SA 1049 (SCA); *Minister of Law and Order v Kadir* 1995 1 SA 303 (A); *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A); en sien ook Neethling *et al* 61-78). In die praktyk het die volgende omstandighede uitgekristalliseer as gevalle waar lates as onregmatig beskou kan word (Neethling *et al* 63-77):

- (1) die sogenaamde "prior conduct" gevalle
- (2) waar die verweerder beheer uitoefen oor 'n gevaarlike voorwerp
- (3) die bestaan van regsreëls in hierdie verband
- (4) 'n spesiale verhouding tussen die partye
- (5) waar die verweerder 'n bepaalde amp beklee
- (6) waar die verweerder 'n kontraktuele onderneming gemaak het vir die veiligheid van die eiser.

Die gevalle vorm nie 'n *numerus clausus* nie; dit is bloot voorbeelde van gevalle wat reeds voor die hof gedien het en kan beskou word as praktiese uitdrukkings van die *boni mores* (Neethling *et al* 62). In die finale instansie hang dit daarvan af of die late in die lig van al die omstandighede van die geval regtens onredelik is, al dan nie; in hierdie geval is die volgende bekende *dictum* van Rumpff AR uit *Minister van Polisie v Ewels* (*supra* 597) steeds relevant:

“Dit skyn of dié stadium van ontwikkeling bereik is waarin 'n late as onregmatige gedrag beskou kan word ook wanneer die omstandighede van die geval van so 'n aard is dat die late nie alleen morele verontwaardiging ontlok nie, maar ook dat die regsoortuigings van die gemeenskap verlang dat die mate as onregmatig beskou behoort te word en dat gelede skade vergoed behoort te word deur die persoon wat nagelaat het om daadwerklik op te tree.”

In *Pretorius v McCallum* (*supra*) het die hof uitgebreid verwys na oorsese reg, meer spesifiek na 'n hele aantal sogenaamde “common law” jurisdiksies, en tot die gevolgtrekking gekom dat daar in die Suid-Afrikaanse reg 'n sorgsaamheidsplig op 'n prokureur rus om toe te sien dat 'n testament ooreenkomstig die voorgeskrewe prosedures verly word:

“'n Erflater staan onder geen verpligting om enigeen te laat erf nie. Daar kan dus geen vordering teen hom wees nie. Dit beteken egter nie dat 'n prokureur wat onderneem om toe te sien dat 'n erflater se wense in werklikheid omskep word, geen aanspreeklikheid opdoen as hulle weens sy nalatige toedoen skipbreuk ly nie.”

Dit lyk asof die hof in *Pretorius v McCallum* (*supra*) 'n vaste reël in hierdie verband probeer neerlê het. Die Suid-Afrikaanse deliktereg volg oor die algemeen 'n generaliserende benadering en die formulering van kasuïstiese reëls is in stryd met hierdie benadering (Neethling *et al* 4; Van der Walt en Midgley (1997) par 2; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* 6e uitg (1989) 16; Boberg *The Law of Delict Volume 1 Aquilian Liability* (1984); en sien ook *Perlman v Zoutendyk* 1934 CPD 151 155).

In *Pretorius v McCallum* (*supra*) het die hof voorts geen melding gemaak van die algemene *boni mores*-maatstaf nie. Die Anglo-Amerikaanse regstelsels waarna die hof verwys het, werk met die sogenaamde “duty of care” begrip (Neethling *et al* 160ev; sien ook Badenhorst en Mukheibir “Liability for Escape of Polluted Water from a Mine” 1998 *De Jure* 169; Neethling “Onregmatigheid, Nalatigheid; Regsplig, ‘Duty of Care’; en die Rol van Redelike Voorsienbaarheid - Praat die Appèlhof uit Twee Monde? *Government of the Republic of South Africa v Basdeo* 1996 1 SA 355 (A)” 1996 *THRHR* 682). Die vraag of daar in 'n bepaalde geval 'n “duty of care” op iemand rus, val binne die kader van nalatigheid. Dit word aan die hand gedoen dat die hof in *Pretorius v McCallum* (*supra*) die bestaan van 'n regsplig, al dan nie, nie volgens erkende Suid-Afrikaanse delikteregsbeginsels hanteer het nie.

Of 'n testamentopsteller dus in 'n bepaalde geval deliktueel aanspreeklik sal wees vir sy versuim om 'n konsep testament te laat onderteken, sal afhang daarvan of aan al die vereistes vir deliktuele aanspreeklikheid voldoen word, met inbegrip van onregmatigheid. Daar sal moet beslis word of die *boni mores* in die betrokke geval sou verwag dat die testamentopsteller 'n regsplig gehad het om te verseker dat die testament onderteken word. Die omstandighede in die spesifieke geval, soos byvoorbeeld 'n *spes successionis* (sien *Pretorius v McCallum supra*), sal bepaal of die testamentopsteller in die bepaalde geval 'n regsplig gehad het om te verseker dat die testament onderteken word. Staan die regsplig vas, is 'n late in stryd met hierdie regsplig onregmatig.

3 2 *Nalatigheid*

Die onregmatigheid van die late is opsigself natuurlik nie voldoende om aanspreeklikheid daar te stel nie; voorts moet vasgestel word of die late nalatig was. Die toets vir nalatigheid is soos volg verwoord in *Kruger v Coetzee* (1966 2 SA 428 (A) 430):

- “For the purposes of liability *culpa* arises if –
- (a) a diligens paterfamilias in the position of the defendant –
 - (i) would foresee the reasonable possibility of his conduct injuring another in his person or property and causing him patrimonial loss; and
 - (ii) would take reasonable steps to guard against such occurrence; and
 - (b) the defendant failed to take such steps.”

Indien die regsplig vasstaan, moet daar vasgestel word of die redelike man in die posisie van die testamentopsteller redelikerwys sou kon voorsien het dat sy versuim skade sou veroorsaak, en indien wel, of hy redelike stappe sou geneem het om sodanige skade te verhoed. Indien die redelike man wel aldus sou opgetree het, moet gekyk word of die testamentopsteller se optrede ooreenstem met wat van die redelike man verwag word, al dan nie. Indien nie, was die testamentopsteller nalatig.

Hoewel daar geen buitengewone eienskappe toegedig word aan die redelike man nie, word daar tog in die geval van deskundiges “'n redelike mate van paslike deskundigheid” verwag (*Neethling et al* 148). In *Durr v ABSA Bank Ltd* (1997 3 SA 448 (SCA)) het die Hoogste Hof van Appèl beslis dat wat onder bepaalde omstandighede as redelike kundigheid beskou sal word sal afhang van die feite van die betrokke geval. Wat deur lede van die besonder professie waaraan die deskundige behoort as redelik beskou word, sal deur die hof in ag geneem word, maar die hof is nie hieraan gebonde nie (*Durr v ABSA Bank Ltd supra* 460- 461; en sien ook *Van Wyk v Lewis* 1924 AD 438 444).

Die Hoogste Hof van Appèl het gedurende die afgelope drie jaar telkemale in die geval van 'n late die toets vir skuld (nalatigheid) en onregmatigheid omgeruil deur eers te toets vir nalatigheid, en dan te toets of die nalatige late onregmatig is (sien *Mkhatswa v Minister of Defence* 2000 1 SA 1104 (SCA); *SM Goldstein and Co (Pty) Ltd v Cathkin Park Hotel (Pty) Ltd* 2000 4 SA 1019 (SCA); *Mostert v Cape Town City Council* 2001 1 SA 105 (SCA); *Sea Harvest Corporation (Pty) Ltd v Duncan Dock Cold Storage (Pty) Ltd* 2000 1 SA 827 (SCA); and *Minister of Safety and Security v van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (SCA)). Hierdie benadering is al telkemale gekritiseer (sien, bv, Mukheibir "The Cart Pulling the Horse – Does the Enquiry as to Wrongfulness Necessarily Precede the Question of Fault?" 2001 *Obiter* 397; Mukheibir "*Minister of Safety and Security v van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (SCA) – Juggling the Elements of Delict" 2003 *Obiter* 262; en Neethling en Potgieter "Die Toets vir Deliktuele Nalatigheid Onder die Soeklig: *Sea Harvest Corporation (Pty) Ltd v Duncan Cold Storage (Pty) Ltd* 2000 1 SA 827 (SCA); *Mkhatswa v Minister of Defence* 2000 1 SA 1004 (SCA)" 2001 *THRHR* 476).

3 3 Kousaliteit

Die eis kan in hierdie geval moontlik gestuit word deur die gebrekkige bewys van kousaliteit, meer spesifiek juridiese kousaliteit. Ofskoon feitelike kousaliteit waarskynlik sal vasstaan, kan die hof nog op grond van juridiese kousaliteit beslis dat die skade wat die eiser gely het nie aan die verweerder toegereken kan word nie (sien, bv, *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A)). Juridiese kousaliteit funksioneer as 'n beperking op aanspreeklikheid (Neethling *et al* 196-197). Die benadering wat die howe die afgelope dekade gevolg het ten opsigte van juridiese kousaliteit is 'n soepel een wat gebaseer is op beleidsoorwegings soos redelikheid, billikheid en regverdigheid (*International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley supra*; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A)).

Kousaliteit kan ook 'n rol speel ten opsigte van die beperking van skadevergoeding wat die eiser sou kon eis. Indien die eiser 'n bedrag eis wat ooreenstem met dit wat hy sou geërf het indien die testamentopsteller nie versuim het om op te tree nie, sou die eis nog kon slaag. Sou die eiser egter eis vir verlies aan rente, of enige ander meevaller wat sou kon voortspruit uit die oorspronklike erfporisie, sou die eis moontlik nie slaag nie.

3 4 Middellike aanspreeklikheid

In geval (b) hierbo sal daar ook aan die vereistes vir middellike aanspreeklikheid voldoen moet word, en sal die eiser die volgende moet

bewys (*Costa da Oura Restaurant (Pty) Ltd t/a Umdloti Bush Tavern v Reddy* SCA 486/01; *Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Japmoco Bk h/a Status Motors* 2002 5 SA 649 (SCA); *Absa Bank Ltd v Bond Equipment (Pretoria) (Pty) Ltd* 2001 1 SA 372 (SCA); *Minister of Police v Rabie* 1986 1 SA 117 (A); en sien ook Neethling *et al* 401-407):

- (1) die bankamptenaar was 'n werknemer van die bank, en
- (2) die bankamptenaar se versuim val binne die omvang van sy diens.

In die geval moet die eiser dus deliktuele aanspreeklikheid aan die kant van die amptenaar bewys, en dan, indien die aanspreeklikheid vasstaan, moet daar ook voldoen word aan die vereistes vir middellike aanspreeklikheid.

4 Gevolgtrekking

Die eng interpretasie van die Hoogste Hof van Appèl in *Bekker v Naudé* (*supra*) ten opsigte van die persoonlike opstel of verlyding van 'n testament as voorvereiste vir die toepassing van artikel 2(3) van die Wet op Testamente (7 van 1953), ontnem sekere hoopvolle erfgename van die remedie van die kondonering van die vormgebrekkige testament waarin hulle as bevoordeeldes benoem is. Dieselfde geld vir bevoordeeldes wat deur die erflater in instruksies vir die opstel van sy testament benoem is. Daar word aan die hand gedoen dat die deliktereg moontlik 'n remedie aan sodanige bevoordeeldes kan bied indien bewys kan word dat die testamentopsteller sy regsplig tot die opstel van die testament op onregmatige en nalatige wyse versuim het.

Elmarie Knoetze
en
André Mukheibir
Universiteit van Port Elizabeth