

DIE VASSTELLING VAN NALATIGHEID TYDENS OPTREDE IN 'N SITUASIE VAN SKIELIKE GEVAAR

Road Accident Fund v Grobler 2007 6 SA 230 (HHA)

1 Inleiding

Ofskoon mens met 'n groot mate van stelligheid kan konstateer dat die beginsels rakende die vasstelling van nalatigheid van 'n dader wat onregmatig nadeel aan 'n ander veroorsaak het in die Suid-Afrikaanse deliktereg uitdrukking vind in vaste reëls wat oor die jare heen uitgekristalliseer het, blyk dit male sonder tal dat die

praktiese toepassing van hierdie reëls hoofbrekens kan besorg. Veral waar die betrokke reël een van die sogenaamde “soepele” (“open ended”) deliksbeginsels bevat (vgl Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (2006) 21) soos die *diligens paterfamilias*-toets vir nalatigheid, blyk hierdie tendens besonder duidelik.

Waar die nalatigheid van 'n dader wat skade berokken het onder omstandighede van skielike gevaar vasgestel moet word, word algemeen geleer dat 'n besondere leerstuk as hulpmiddel ingespan kan word om die bovermelde redelike persoon-toets as 't ware “aan te help”: dié leerstuk staan bekend as die “doctrine of sudden emergency”. Selfs in die Afrikaanse handboeke word daar nie gepoog om hierdie terminologie in Afrikaans te vertaal, as bv die “leerstuk van skielike gevaar” nie. (Sien Neethling, Potgieter en Visser 142-143; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 132-133; sien verder Van der Walt en Midgley *Principles of Delict* (2005) 190; Klopper *Isaacs and Leveson: The Law of Collisions in South Africa* (2003) 108; Cooper II *Motor Law* (1987) 90 *ev*; Boberg *The Law of Delict – Aquilian Liability* (1984) 334; Macintosh en Norman-Scoble *Negligence in Delict* (1970) 314; McKerron *The Law of Delict* (1971) 62.) Grondliggend bepaal hierdie sogenaamde leerstuk die volgende: Waar 'n persoon homself weens die optrede van 'n ander of as gevolg van 'n onvoorsiene, eksterne gebeurlikheid in 'n situasie van skielike gevaar bevind, sonder dat hy enige blaam dra vir die posisie waarin hy verkeer en dan 'n oordeelsfout maak wat 'n *diligens paterfamilias* onder normale omstandighede nie sou gemaak het nie, tref die verwyting van nalatigheid hom nie ten aansien van enige nadeel wat uit sy optrede spruit nie. (Die regspraak hieroor is eindeloos; een van die vroegste gewysdes is *Boughey v Bredell* 1904 TS 394, waarin 'n aanduiding voorkom dat die “doctrine” eintlik maar ontleen is aan die Engelse “law of torts”, gesien die goedkeuring (403) van 'n aanhaling uit die bekende Engelse handboek van Pollock (*Torts* (4de uitg) 430: “A man who, by another’s want of care, finds himself in a position of imminent danger, cannot be held guilty of negligence merely because in that emergency he does not act in the best way to avoid the danger.”) Van der Merwe en Olivier (132-133) toon oortuigend aan dat daar geen behoefte aan 'n afsonderlike leerstuk in hierdie verband bestaan nie en dat die normale nalatigheidstoets in effek elke keer te berde kom wanneer die optrede van iemand wat deur 'n skielike gevaarsituasie gekonfronteer word, beoordeel moet word:

“Benader 'n mens hierdie aangeleentheid onbevange, blyk spoedig dat geen sinistere ‘doctrine’ hier voorhande is nie. 'n Voorvereiste vir nalatigheid is immers dat die dader hom anders moet gedra het as wat die redelike man onder dieselfde omstandighede sou gedoen het. Die punt is juis dat die redelike man in 'n skielike gevaarsposisie ook 'n oordeelsfout kan begaan. Die dader se optrede verskil dus nie van dié van die redelike man nie en daarom, ooreenkomstig die gewone toets vir nalatigheid, word hy nie deur 'n verwyting getref nie.”

Burchell (*Principles of Delict* (1993) 86-87) se hantering van die nalatigheidstoets vir gevalle waar skadestigende optrede spruit uit optrede wat deur skielike gevaar beïnvloed is, kan versoen word met Van der Merwe en Olivier se bovermelde kritiek. Hy vermy die gebruik van die term “doctrine of sudden emergency” totaal en spits hom gewoon daarop toe om die redelike persoon-toets vir nalatigheid deurgaans van toepassing te maak.

In die onderhawige saak doen 'n feitestel hom voor wat vierkantig val binne die grense van die toepassingsgebied van die sogenaamde “doctrine of sudden emergency”. Trouens, die redakteur se kopstuk maak in soveel woorde melding van hierdie terminologie. Soos egter aangetoon sal word, verwys geen van die regters *eo nomine* na hierdie leerstuk nie, maar draai hul onderskeie uitsprake uitsluitlik

om die korrekte toepassing van die redelike persoon-toets onder omstandighede van dwang en gevaar.

2 *Feite en uitspraak*

Die eiser (respondent) het in die Transvaalse hooggeregshof 'n eis teen die verweerder ingestel op grond van ernstige liggaamlike nadeel wat hy gely het as gevolg van 'n ongeluk wat plaasgevind het toe hy reg van voor op sy motorfiets deur 'n motor getref is. Die verweerder (appellant) is gedagvaar as die instansie wat kragtens artikel 2(1) van die Padongelukfondswet 56 van 1996 met die verantwoordelikheid opgesaal is om die slagoffers van padongelukke te kompenseer vir die liggaamlike nadeel wat hulle gely het. Terwyl die bestuurder van die motor op 'n breë, tweerigting-hoofweg onderweg was, moes hy na die regterkantste laan (vir aankomende verkeer) oorbeweeg, ten einde 'n bakkie wat in sy ryvlak geparkeer gestaan het, te vermy. Die bestuurder het nie dadelik, nadat hy die bakkie verbygesteek het, van sy verkeerde kant van die pad terugbeweeg na die korrekte rylaan nie. Intussen het die eiser van die teenoorgestelde rigting op sy motorfiets aangery gekom. Dit blyk dat hy tussen 50 en 100 meter van die aankomende motor was toe dit duidelik geword het dat die motorbestuurder nie dadelik na sy korrekte kant van die weg sou terugbeweeg nie. Gekonfronteer deur hierdie skielike gevaarsituasie het die verweerder, luidens deskundige getuienis, tussen een en twee sekondes gehad om 'n ongeluk te probeer vermy. Sy onmiddellike reaksie was om nie na sy linkerkant, vanaf die ryvlak na die naasliggende padgruis uit te swaai nie, dog om na sy verkeerde kant van die pad oor te beweeg om sodoende 'n botsing te vermy. Ongelukkig het die bestuurder van die motor op dieselfde oomblik oorbeweeg na sy regte kant van die pad, sodat die twee voertuie mekaar reg van voor genader het. Hierop het albei bestuurders 'n botsing probeer vermy deur weer uit te swaai: die motorfietsryer na sy korrekte, en die motorbestuurder na sy verkeerde baan. Die uiteindelijke gevolg was 'n kop-aan-kop-botsing met katastrofiese gevolg vir die eiser. Die verweerder het toegegee dat die optrede van die motorbestuurder nalatig was, maar beweer dat die ongeluk deels as gevolg van die bydraende nalatigheid van die eiser plaasgevind het en dat enige skadebedrag wat die hof aan die eiser sou toestaan, verminder behoort te word ooreenkomstig artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956.

In die verhoorhof het regter Hartzenberg bevind dat die ongeluk uitsluitlik aan die nalatige optrede van die motorbestuurder te wyte was en 'n bedrag van byna R4 miljoen, met koste, aan die eiser toegeken (235F). Op appèl het die hoogste hof van appèl in 'n meerderheidsuitspraak (waarnemende appèlregter Hancke, met wie appèlregter Farlam saamgestem het) die appèl van die verweerder van die hand gewys (234H-235A), terwyl waarnemende appèlregter Musi in 'n minderheidsuitspraak tot die gevolgtrekking geraak het dat die appellant behoort te slaag, op grondslag van die feit dat die respondent 30% bydraend nalatig was (240G-H).

3 *Evaluasie*

3.1 *Inleiding*

Soos hierbo vermeld, verskyn die terminologie van “doctrine of sudden emergency” glad nie in een van die twee uitsprake nie. Die hof benader die problem wat hom konfronteer, te wete of die respondent bydraend nalatig was met betrekking tot die nadeel wat hy gely het, uit die hoek van die redelike persoon-toets vir nalatigheid.

Alhoewel dit oorbekend is dat nalatigheid (en bygevolg bydraende nalatigheid) voorkom waar die dader wat onregmatig (of bloot objektief onredelik, in die geval van bydraende nalatigheid) nadeel veroorsaak het, anders as die *diligens paterfamilias* nie die nadeel redelikerwys voorsien en voorkom het nie (*Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430E), word nêrens in soveel woorde na hierdie toets verwys nie en kies albei regters 'n koers wat al standaardpraktyk geword het in uitsprake waarin optrede beoordeel moet word vanuit die omringende omstandighede (vgl Neethling, Potgieter en Visser 141 ev). Hulle toets naamlik of die gedrag van die respondent voldoen aan die uitgekristalliseerde norme wat die produk is van toepassing van die redelike persoon-toets onder bepaalde omstandighede, *in casu* 'n toestand van skielike gevaar. Van der Merwe en Olivier beskryf hierdie wyse van doen op klinkklare wyse:

“Sekere feitekomplesse het egter in die praktyk al so dikwels voorgekom dat die howe reeds tot 'n groot hoogte in staat was om reëls neer te lê waaraan die gedrag van die dader in dergelike omstandighede moet voldoen, indien hy die verwynt van nalatigheid wil vryspring. Hier word eenvoudig te doen gekry met die presisering van die gedrag van die redelike man onder gegewe omstandighede ...” (145).

Soos egter uit hierdie uitspraak blyk, is dit selfs moontlik dat die “presisering van gedrag van die redelike man” onder omstandighede nie sekuur genoeg is om te voorkom dat verskillende regters verskillende menings daarop nahou nie.

3.2 Die meerderheidsuitspraak

Waarnemende appèlregter Hancke aanvaar die bevinding van die hof *a quo* dat die skielike gevaarsituasie in die onderhawige geval eers ontstaan het op die oomblik toe die bestuurder van die motor versuim het om na sy korrekte baan terug te beweeg, nadat hy die stilstaande bakkie verbygesteek het (232H). Nadat hy daarop gewys het dat die respondent weinig meer as een sekonde gehad het om daarop te reageer ten einde 'n botsing te vermy (233C), verwys hy na gewysdes waaruit 'n reël gekristalliseer het dat 'n bestuurder wat gekonfronteer word deur 'n voertuig wat reg van voor, aan dié se verkeerde kant van die pad nader, in die reël nie die gevaar moet probeer vermy deur na sy verkeerde kant uit te swaai nie. Sodanige optrede sal 'n sterk aanduiding van nalatigheid daarstel (*Kleinhans v African Guarantee and Indemnity Co Ltd* 1959 2 SA 619 (OK) 624F; *President Insurance Co Ltd v Tshabalala* 1981 1 SA 1016 (A) 1018F-H; en *Burger v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1981 2 SA 703 (A) 708A). Dan waarsku die regter egter onmiddellik dat laasvermelde reël nie as absolute riglyn moet dien nie: “It is important that each case be judged on its own merits. The cases referred to must be seen in the context of their own facts. In all the cases mentioned the motorists who veered onto the incorrect side of the road had more opportunity and/or options than the respondent had” (233E).

Alhoewel waarnemende appèlregter Hancke dit nie nodig ag om die feite van die onderhawige geval van die feitestelle in die voormelde drie sake te probeer onderskei nie, loon dit myns insiens vir doeleindes van illustrasie om daardie uitsprake kortliks onder die loep te neem. In die *Kleinhans*-saak wil dit voorkom of die tydsvloerloop vanaf die ontstaan van die noodsituasie tot die tydstip van botsing 2,94 sekondes was (my eie berekening, gebaseer op die uiteensetting op 623H en 625H)), wat ongeveer tweemaal so lank is as in die onderhawige geval. Wat die *Tshabalala*-saak betref, is die bevinding van nalatigheid aan die kant van die bestuurder wat deur die skielike gevaarsituasie gekonfronteer is, swaar beïnvloed deur die feit dat hy 'n bedrewe vragmotorbestuurder was wat die pad baie goed geken het en dat

dit redelikerwys van hom verwag kon word om te besef dat dit beter sou wees om links van die pad af te swenk as om oor te swaai na die verkeerde kant daarvan, ten einde 'n kop-aan-kop-botsing te vermy (1019G-H). In die geval van die *Burger*-saak was die betrokke bestuurder reeds oor 'n afstand van 500 meter daarvan bewus dat die aankomende voertuig geleidelik na sy verkeerde kant begin oorbeweeg het; die gevaarsituasie wat aan die ontwikkel was kon dus nie as 'n *skielike* gevaar in die ware sin van die woord beskou word nie. Waarnemende appèlregter Van Heerden het bevind dat die betrokke bestuurder wel nalatig was met betrekking tot die gewraakte botsing, omdat 'n redelike bestuurder met soveel tyd aan sy kant een van drie stappe sou gedoen het: hy sou sy spoed tot 'n baie stadige pas laat daal het; hy sou so ver moontlik na links uitgedraai het; en, heel belangrik, hy sou aanhoudend sy toeter gedruk het om die aankomende bestuurder se aandag te probeer trek (709A-B en 709H). Uit voorgaande oorsig is dit duidelik dat waarnemende appèlregter Hancke se nie-navolging van die vermelde presedente nouliks bevraagteken kan word.

Die regter vervolg hierna met 'n onmiddellike verwysing na die gevaarsposisie waarin die respondent hom skielik bevind het:

“It is clear from the evidence that the respondent was plunged by the insured driver’s negligence into a situation of sudden emergency, that he had no more than a second within which to escape that emergency, and that he effectively was given the choice between facing the danger, or veering away from it and hoping that it would not follow him. He did the latter” (233F).

As gesag verwys hy na nog 'n uitspraak van waarnemende appèlregter Van Heerden in *Rodrigues v SA Mutual and General Insurance Co Ltd* (1981 2 SA 274 (A) 280H-281A) waar daardie regter aandui dat elke oordeelsfout (“error of judgment”) wat onder omstandighede van skielike gevaar gemaak word, nie noodwendig neerkom op nalatige optrede nie. Wat dan volg (233I) is 'n evaluasie van die situasie in die onderhawige geval, naamlik dat “[i]f he [die respondent] committed an error of judgment, the question is whether the reasonable man in the circumstances could have done the same” (met verwysing na *Ntsala v Mutual and Federal Insurance Co Ltd* 1996 2 SA 184 (T) 192G-H). Wat die regter nie in soveel woorde sê nie, dog logieserwys by sy redenasie ingelees moet word, is dat indien die redelike persoon (die polities meer korrekte term as die regter se verwysing na die manlike vorm), soos die betrokke dader, ook 'n oordeelsfout sou begaan het, daar uiteraard geen nalatigheid in die dader se optrede voorhande kan wees nie. In die daaropvolgende proses om die antwoord te vind op die vraag of die respondent se (moontlike – vgl 233I) oordeelsfout op nalatigheid neerkom, volg waarnemende appèlregter Hancke 'n werkswyse wat 'n mooi illustrasie bied van die prognostiese aard van die objektiewe *diligens paterfamilias*-toets vir nalatigheid (wat dit wesentlik onderskei van die *ex post facto*, diagnostiese *boni mores*-toets vir onregmatigheid) (sien veral Neethling, Potgieter en Visser 149). Deur aanwending van 'n aanhaling uit *South African Railways v Symington* (1935 AD 37 45), 'n *locus classicus* in konteks van die vasstelling van nalatigheid onder omstandighede van skielike gevaar, waar gewaarsku word teen 'n te streng toets onder omstandighede waar daders “have to make up their minds how to act in a second or in a fraction of a second” (wat dit uiters toepaslik maak in die onderhawige saak) en met verwysing na 'n soortgelyke vermaning van regter Van den Heever in *Cooper v Armstrong* (1939 OPD 140 148) herformuleer die regter die aanwending van die toets baie suiwer:

“When a person is confronted with a sudden emergency not of his own doing, it is, in my view, wrong to examine meticulously the options taken by him to avoid the accident, in the light of after-

acquired knowledge, and to hold that because he took the wrong option, he was negligent. The test is whether the conduct of the respondent fell short of what a reasonable person would have done in the same circumstances” (234D-E).

Instemming moet beslis met hierdie uiteensetting betuig word. Daaruit blyk dit dat 'n normale, suiwere aanwending van die *diligens paterfamilias*-toets, en in die besonder van die vraag of die redelike persoon in die skoene van die dader redelikerwys stappe sou gedoen het om die voorsienbare nadeel te voorkom, 'n bevredigende antwoord sal verskaf, sonder dat toevlug geneem hoef te word na 'n besondere “leerstuk”. Alhoewel die hoeveelheid regspraak rakende die nalatigheidstoets in die algemeen, of meer beperk, in die konteks van handelinge in skielike gevaar, of nóg meer beperk, handelinge van motoriste in skielike gevaar, of, tot in die fynste besonderhede beperk (waar ons neig na die kasuïstiek), handelinge van motoriste wat skielik met 'n kop-aan-kop-botsing gekonfronteer word, so groot is dat dit bykans onhanteerbaar is en dit in die normale loop van sake nie veel bydra tot helderheid om woordelike aanhalings te verskaf wat maar net dieselfde gedagtegang weergee nie, vind mens tog partymaal 'n formulering wat sigself onderskei deur die varsheid van aanbieding daarvan en die gewone, byna “boerse” wysheid wat daaruit spreek. In die lig van hierdie stelling is dit geregverdig om die woorde van regter Toon van den Heever in die *Cooper*-saak, waarna die hof as gesag verwys het, woordeliks weer te gee:

“Now this standard of diligent conduct which the law demands is constant and must be applied to the facts examined in the light of the circumstances prevailing at the time when they supervened, not in the light of after-acquired knowledge. It seems to me a hard and false doctrine that one subject can, by ignoring all rules of the road and in fact all caution, cast upon another subject a more exacting duty than to conform to the ordinary standard of conduct which the law demands. Where a plaintiff is put in jeopardy by the unexpected and patently wrongful conduct of the defendant, it seems to me irrational meticulously to examine his reactions in the placid atmosphere of the Court in the light of after-acquired knowledge; to hold that, had he but taken such and such a step, the accident would have been avoided, and that consequently he was also negligent. To do so would be to ignore the penal element in actions on delict and to punish a possible error of judgment as severely as, if not more severely than, the most callous disregard of the safety of others” (148).

Afgesien van regter Van den Heever se afwykende stelling dat daar 'n strafelement teenwoordig is in ons moderne deliksaksies (wat hy waarskynlik in gedagte gehad het was om aan te dui dat die wese van die *culpa*-element deur 'n té strenge toets misken sou word), verskaf sy uiteensetting 'n paslike billikheidsgrondslag vir die wyse waarop die nalatigheidstoets in hierdie tipe gevalle (en, trouens, in alle gevalle) aanwending vind. Terloops dien vermeld te word dat die oorspronklike deliksaksies, soos die *actio legis Aquiliae*, in die Romeinse reg as sogenaamde *actiones poenales ex maleficio* 'n vergoedings- sowel as 'n straffunksie gehad het; dit blyk egter uit die werke van ons Romeins-Hollandse skrywers dat hulle die deliksaksies reeds as suiwere vergoedingsvordering (reipersekutoriese aksies) beskou het (vgl hieroor Scott “Oor die aard van ons fundamentele deliksaksies” 1976 *De Jure* 179).

3.3 Die minderheidsuitspraak

Nadat hy die feite breedvoerig uiteengesit het, het waarnemende appèlregter Musi daarop gewys dat “the crux of its case is *that* there was contributory negligence on the part of the respondent” (237H; my kursivering). (Sekerlik behoort die gekursiveerde woord “whether” te wees.) Ter aanvang verwys hy na die argument namens die appellant dat die respondent twee duidelike opsies kon uitoefen om die ongeluk

te vermy: eerstens kon hy sy spoed aansienlik verminder het en so ver moontlik na sy linkerkant oorbeweeg het; tweedens kon hy sy spoed dramaties verminder het en na die linkerkant van die pad afgeswenk het op die gruisbedekte padskouer (237J-238A). Verder benadruk hy die bykomende argument namens die appellant dat die uitswaai deur die respondent na die verkeerde kant van die pad 'n inherent gevaarlike opsie is wat altyd as laaste uitweg aanwending moet vind. Hier haal die regter dieselfde gesag aan waarna waarnemende appèlregter Hancke vroeër (233D-E) in dieselfde konteks verwys het en wat daardie regter as ontoepaslik onderskei het (te wete die *Burger*-, *Tshabalala*- en *Kleinhans*-saak). Vervolgens parafraseer hy die argument namens die respondent aangevoer, naamlik dat sy optrede "should be judged against the reality that he found himself in an emergency due to no fault of his own ... that the incident happened in a split second or 'the wink of an eye' ..." (238D-E).

Waarnemende appèlregter Musi laat hom dan op 'n wyse uit wat dadelik 'n aanduiding verskaf waarom hy tot 'n afwykende uitspraak kom:

"The difficulty I have with the approach and oral submissions made on behalf of the parties is that they focus exclusively on the conduct of the drivers *from the moment that the emergency arose*. During the course of the hearing I broached the subject of what precautionary measures the respondent took to avoid the impending emergency" (238H – my kursivering).

Die regter steun dan swaar op veral die *Burger*-beslissing om aan te dui dat waar 'n party die geleentheid gehad het om 'n noodsituasie te vermy en nie die nodige voorkomende stappe gedoen het nie, hy hom nie op sy latere oordeelsfout binne die daaropvolgende krisissituasie kan beroep nie. Sy verwysing na soortgelyke beslissings in *Fourie v Road Accident Fund* (1999 3 All SA 661 (O)) en die ongerapporteerde Kaapse uitspraak *Le Grange v Guardian Versekeringsmaatskappy Bpk* (saak nr 12711/91 (K)) is om te illustreer watter tipe voorsorgmaatreëls deur 'n party geneem behoort te word, soos om toeter te blaas of die hoofligte van jou voertuig te flikker om die aankomende motoris se aandag te trek (239E-F). Soos hierbo aangedui, is daar in die meerderheidsbeslissing pertinent aangedui dat beslissings soos die *Burger*-saak onderskei kan word, omdat die betrokke party daar veel langer tyd gehad het om te reageer.

Waarnemende appèlregter Musi verduidelik die grondslag tot sy benadering ooreenkomstig die houding wat 'n mens veral aantref met betrekking tot die antwoord op die vraag of 'n mens jou op die regverdigingsgrond van noodtoestand kan beroep, indien jy jou eie nood geskep het. Die regter verklaar:

"In my view the above cases illustrate one crucial point. In a situation like the present the proper approach is not to confine the inquiry into negligence to the conduct of the drivers from the moment they became embroiled in an emergency. The inquiry must be extended to cover what steps a driver took to avoid the impending emergency. If he/she had the opportunity to take measures ahead of the emergency to avoid the accident, and he/she failed to do what a reasonable person in similar circumstances would have done, then he/she would be negligent" (239H-I).

Hierdie benadering van die regter kom nie vreemd voor uit 'n algemene beginselooppunt nie. Net soos onregmatigheid, word nalatigheid nie *in vacuo* beoordeel aan die hand van die betrokke party se blote handeling op 'n gegewe tydstip nie, dog aan die hand van alle voorafgaande handeling wat kousaal gekoppel kan word aan die gewraakte gevolg. Frases soos "negligence in the air will not do" en "kousale nalatigheid" bevestig hierdie ingesteldheid (sien bv McKerron 26; Van der Merwe en Olivier 143). In die konteks van die sogenaamde "doctrine of sudden emergency" kom hierdie benadering wesentlik neer op 'n toepassing van die reël dat waar 'n

party sy eie gevaar geskep het, hy hom nie kan verontskuldig dat sy latere oordeelsfout beïnvloed is deur die gevaarsituasie nie (sien by *Brown v Hunt* 1953 2 SA 540 (A) 546B; die *Ntsala*-saak 192D; Neethling, Potgieter en Visser 142). Die vraag is dus, ooreenkomstig die minderheidsuitspraak, of die respondent se versuim om op 'n vroeëre tydstip voorkomende stappe te doen in hierdie besondere geval 'n afwyking van die gedrag van 'n redelike persoon daarstel. Alhoewel die meerderheid van die hof klaarblyklik van oordeel was dat die respondent nie onagsaam was deur nie vroeër dusdanige stappe te doen nie, was waarnemende appèlregter Musi 'n ander mening toegedaan. Volgens hom was daar ander omringende omstandighede wat tydigter voorsorgmaatreëls van die respondent geverg het: die feit dat hy die stilstaande voertuig oor 'n groter afstand kon sien; dat hy waargeneem het dat die voertuig waarteen hy later sou bots in die verkeerde rylaan gery het; en dat daar in die omgewing van die stilstaande voertuig ander motors op die padskouer geparkeer was (240B-C).

Duidelik gaan dit hier daarom dat die minderheidsuitspraak gebaseer is op 'n *interpretasie* van die feite wat verskil van dié in die meerderheidsuitspraak (en die uitspraak van die verhoorregter). Dit wil egter voorkom of die benadering van waarnemende appèlregter Musi aansienlik strenger is as dié van sy ampsbroers. Hy konsentreer uitsluitlik op die gedrag van die respondent vóór die oomblik van ontstaan van die skielike gevaarsituasie en kom dan tot die gevolgtrekking dat daar 30% nalatigheid aan sy kant was, waaruit *in casu* klaarblyklik afgelei word dat die bestuurder van die motor slegs 70% nalatig was met betrekking tot die eiser se nadeel, ooreenkomstig die standpunt dat vasstelling van die eiser se graad van nalatigheid *ipso facto* 'n aanduiding is van die nalatighedsgraad van die dader – asof die totale nalatigheid van alle betrokkenes nooit meer as 100% kan wees nie nieteenstaande die feit dat elk se onagsaamheid teen die objektiewe redelike agsame persoon gemeet moes word (sien *South British Insurance Co Ltd v Smit* 1962 3 SA 826 (A) 835H; *AA Mutual Insurance Association Ltd v Nomeka* 1976 3 SA 45 (A) 55H; vgl *General Accident Versekeringsmaatskappy SA Bpk v Uijs NO* 1993 4 SA 228 (A) 235B; Neethling, Potgieter en Visser 155-156).

Die voorkeur gaan uit na die interpretasie deur die meerderheid van die regbank van die omstandighede van die geval. Indien 'n mens in ag neem dat die eiser maar teen die relatief lae spoed van 70 km/h voortbeweeg het toe hy begin het met sy vermydingsaksie deur na regs te swenk én dat hy op 'n hoofweg gery het, vra jy jouself af wat die effek sal wees van die handhawing van so 'n hoë standaard soos dié deur waarnemende appèlregter Musi geverg. My gevoel is dat indien daar van 'n motoris geverg word om elke keer sy spoed te verminder waar iemand uit die teenoorgestelde rigting 'n motor voor hom verbysteek, of waar daar motors op die padskouer geparkeer staan, of selfs waar daar 'n kombinasie van hierdie twee omstandighede bestaan, die gemiddelde spoed van bykans alle voertuie oor die lengte en breedte van ons land aansienlik sal moet afneem, met 'n gevolglike katastrofiese effek op verkeersvloei – wat op sommige plekke reeds bedenklik is. Dit is te betwyfel of die voorkombaarheidsbeen van die *diligens paterfamilias*-toets só streng moet wees soos wat die minderheidsregter verg. (Dit is insiggewend dat 'n groot *corpus* van konkrete reëls waaraan motoriste moet voldoen, oor baie dekades op grondslag van die teoretiese *diligens paterfamilias*-toets in die regspraak ontwikkel het. Dit val nie binne die bestek van hierdie bespreking om individuele beginsels, soos die bekende “driver’s dilemma”, hier aan te spreek nie – sien by Kloppe 44 ev.)

4 *Slot*

Die uitsprake in hierdie saak illustreer, soos reekse van vroeëre gewysdes, dat nalatigheid altyd beoordeel sal word in die lig van die omringende omstandighede, met verwysing na die bepaalde tydstip en plek van die gewraakte optrede. In hierdie opsig is daar niks nuuts daarin te vinde nie.

Verder illustreer dit dat dit nie nodig is om die beginsels van 'n sogenaamde “doctrine of sudden emergency” toe te pas ten einde 'n feitstel soos die onderhawige op te los nie; die algemene beginsels wat op die vasstelling van nalatigheid betrekking het, ondersteun deur konkretiserings daarvan in die regspraak vergestalt, kan die knoop deurbak. Trouens, soos hierbo aangetoon, verwys nie een van die regters in soveel woorde na die leerstuk (“doctrine”) nie. Die vraag ontstaan nou onwillekeurig of dit nie finaal tyd geword het om akademies standpunt in te neem teen die erkenning van die “doctrine of sudden emergency” in ons reg nie (soos Van der Merwe en Olivier 132-133 trouens doen). Na my mening kan 'n mens die “leerstuk” maar behou, solank in gedagte gehou word dat dit nie 'n selfstandige stel reëls omvat wat teoreties verskil van die reëls vir die vasstelling van nalatigheid ooreenkomstig die geïkete *diligens paterfamilias*-toets nie. Die behoud van die toetsingsmeganisme wat in die sogenaamde leerstuk vervat is, kan 'n nuttige doel dien as 'n praktiese hulpmiddel, 'n tipe “voorafgaande evaluasie” van 'n dader se gedrag vir doeleindes van die vasstelling van sy nalatigheid in 'n gegewe geval, in die besonder waar hy onder plotselinge dwang of gevaar gehandel het. So kan veel tyd en moeite byvoorbeeld bespaar word deur nie sommer met die deur in die huis te val met die somtyds moeisame toepassing van die voorsienbaarheids- en voorkombaarheidskomponente van die redelike persoon-toets ten aansien van die relevante feitlike situasie nie, indien vooraf bepaal kan word dat die dader self te blameer was vir sy dilemma. Indien ons wel vooraf bevind dat hy as sodanig te blameer is, voldoen hy nie aan een van die konkrete vereistes van die “doctrine” nie en dit sal 'n sterk aanduiding verskaf van nalatigheid aan die dader se kant. Dit sal trouens, soos in die onderhawige minderheidsuitspraak, die ondersoek na nalatigheid beperk tot die konteks van die voorafgaande handeling en in 'n groot mate 'n dissekering van die finale handeling van die dader, wat onder dwang of gevaar gepleeg is, uitkakel. (Natuurlik is die gevaar van sodanige werkswyse dat, indien daar 'n foutiewe beslissing ten aansien van die toepassing van hierdie konkrete reël van die leerstuk gegee word (soos waarskynlik deur waarnemende appèlregter Musi in sy onderhawige beslissing gedoen is – sy fokus op die eiser se voorafgaande versuim kom prakties neer op 'n toepassing van die betrokke reël van die “doctrine of sudden emergency”), dit bykans onafwendbaar sal wees om tot 'n ander gevolgtrekking te kom as dat die dader nalatig is ten aansien van die finale nadeel wat kousaal aan sy optrede gekoppel kan word.)

Ten slotte wys 'n saak soos hierdie hoe moeilik dit vir 'n regspraktisyn is om 'n kliënt van raad te bedien in 'n aangeleentheid waar nalatigheid ter sprake kom. Op die keper beskou sou 'n mens kon saamleef met beide die meerderheids- en die minderheidsuitspraak! Hoe voorspel (“predict”, om 'n term van die skool van Amerikaanse realiste te besig) 'n prokureur vir sy kliënt, aan die hand van die feite wat laasgenoemde aan hom geskets het, wat 'n hof gaan beslis indien hulle sou besluit om te litigeer? (Sien veral Van Blerk *Jurisprudence – An Introduction* (1996) 55 ev; Riddall *Jurisprudence* (1991) 153 ev; Roederer en Moellendorf *Jurisprudence* (2004) 158 ev; Scott “Stopping or driving in the emergency lane – reflections on negligent conduct” 2005 *THRHR* 169 174.) Die verskil tussen die meerderheids- en minderheidsuitspraak in die onderhawige geval stem in hierdie opsig tot diepe

nadenke, indien die volgende beskrywing van die sogenaamde “rule scepticism” van die Amerikaanse *Realist*-skool deur ’n moderne skrywer insake die regsleer voor oë gehou word: Riddal omskryf hierdie skeptisisme as

“ – a scepticism as to whether rules, if they exist, in practice play the part traditionally ascribed to them. The fact that such a multiplicity of rules exists, and that some can lead to conflicting results may mean that, in practice, in reaching a decision a judge does not explore the whole corpus of the relevant law, the statutes and the earlier cases, and from these by a process of distillation find the principle that guides him to the correct decision. He may pretend to do this, and his judgment may be written in a way that suggests that he has done this. But it may be that what has happened is that the judge has thought about the matter, decided who he thinks has the best case, and then gone to his law books to work out the chain of reasoning that will lead to his predetermined conclusion. Here it will not be the rules of law that settle the outcome but the judge’s gut feeling as to which side ought to win, for which he later finds support ...” (156-157).

’n Mens wil allermens beweer of selfs impliseer dat regters in die normale loop van sake nie hul werk doen nie, maar indien in ag geneem word hoeveel gewysdes daar alleen op die gebied van nalatigheid – selfs in die nouer konteks van handeling in skielike gevaarsituasies – bestaan (die Duitsers sal sê *die Literatur ist unübersehbar*), is dit wel te verstane dat “the whole corpus of the relevant law” nie geraadpleeg kan word nie en dat die regter se intuitiewe gevoel (“gut feeling”) seer sekerlik ’n rol kan speel. Hierdie saak bevat nie merkwaardige interpretasies of radikale nuwe insigte nie en vorm dus in ’n sin maar net ’n verdere bousteen in die ontsaglike muur van uitsprake oor nalatigheid.

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria