

# Toerekeningsvatbaarheid van kinders in die Suid-Afrikaanse deliktereg\*

TRYNIE BOEZAART\*\*

## 1 *Agtergrond*

Die Suid-Afrikaanse deliktereg is generaliserend van aard. Hiermee word bedoel dat algemene vereistes of beginsels die bestaan, al dan nie, van deliktuele aanspreeklikheid bepaal. Hierdie eienskap van die Suid-Afrikaanse deliktereg onderskei dit van die meer kasuïstiese benadering van byvoorbeeld die Engelse reg. In Vastelandse stelsels word meermale ook 'n generaliserende benadering gevolg, selfs ten spyte van die kodifisering van meeste van dié stelsels. Die elemente van die delik is die vereistes wat in die algemeen deliktuele aanspreeklikheid vasstel. Skuld is normaalweg een van hierdie elemente,<sup>1</sup> terwyl toerekeningsvatbaarheid 'n voorvereiste vir die bestaan van skuld is.<sup>2</sup>

Toerekeningsvatbaarheid behels die geestesvermoë om enersyds tussen reg en verkeerd in 'n gegewe situasie te kan onderskei en andersyds ook ooreenkomstig daardie onderskeid te kan optree.<sup>3</sup> Beide komponente moet ten tyde van die handeling teenwoordig wees omdat toerekeningsvatbaarheid by die handeling moet bestaan.

Die kernvraag wat in hierdie bydrae gevra word, is in hoe 'n mate jeugdigheid 'n persoon se toerekeningsvatbaarheid in die deliktereg raak. Die toerekeningsvatbaarheid van kinders is in die praktyk geweldig belangrik aangesien dit die deur oopmaak om die redelike persoon (*diligens paterfamilias*) maatstaf, wat 'n objektiewe standaard is, ten aansien van hulle nalatigheid te gebruik.<sup>4</sup>

Jeugdigheid, anders as die ander faktore wat op 'n persoon se privaatregtelike status inwerk, het nie 'n eenmalige invloed daarop nie.<sup>5</sup> Die effek van 'n jeugdige leeftyd of kind-wees is met ander woorde nie konstant vir die duur daarvan nie. Namate 'n kind groei en ontwikkel,<sup>6</sup> neem die kind se regs-, handelings- en

\* Hierdie bydrae is gebaseer op navorsing wat finansiële deur die Nasionale Navorsing Stigting ondersteun word. Enige standpunte, bevindings, gevolgtrekkings of aanbevelings hierin uitgespreek, is dié van die outeur en gevolglik aanvaar die NNS geen verantwoordelikheid daarvoor nie.

\*\* Professor in Privaatreg, Universiteit van Pretoria.

<sup>1</sup> Neethling en Potgieter *Neethling - Potgieter - Visser Deliktereg* (2014) 135. Daar word egter toegegee dat skuldlose aanspreeklikheid toeneem.

<sup>2</sup> *Roxa v Mshayi* 1975 3 SA 761 (A) 765; Boberg *The Law of Delict Aquilian Liability* (1984) 268; Neethling en Potgieter (n 1) 137.

<sup>3</sup> *Weber v Satam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1983 1 SA 381 (A) 389-400 403 410.

<sup>4</sup> *Jones NO v Santam Bpk* 1965 2 SA 542 (A) 551-2. Vir gegronde kritiek op die redelike persoon maatstaf vir kinders, vgl Boberg (n 2) 355 ev 678-81 697-8; Van der Vyver "Subjectivity or objectivity of fault: The problem of accountability and negligence in delictual liability" 1983 *SALJ* 575 588-9; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 137 ev. Vir die toepassing van die redelike kind maatstaf na die *Jones NO*-beslissing in die strafreg om geregtigheid teenoor die sestienjarige beskuldigde te laat geskied, vgl *S v T* 1986 2 SA 112 (O) 127-8.

<sup>5</sup> Daarom word die effek van ouderdom op 'n persoon se status, uniek genoem: Boezaart *Personereg* (2010) 51.

<sup>6</sup> In hierdie bydrae word die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 se definisie van 'n kind aanvaar, nl iemand onder die ouderdom van agtien jaar, a 28(3).

verskyningsbevoegdheid dienooreenkomstig toe. Hierdie konstante toename in 'n kind se juridiese kompetensies is in ooreenstemming met die kind se ontwikkeling en word ook in die internasionale reg aldus erken.<sup>7</sup> Kinders word daarom nie almal oor die dieselfde kam geskeer nie. Meer differensiasie<sup>8</sup> as net tussen kinders en volwassenes of dan minder- en meerderjariges word in die privaatreë erken.<sup>9</sup> Na kinders onder die ouderdom van sewe jaar, word as *infantes* verwys, terwyl die term minderjarige vir kinders tussen sewe en die meerderjarigheidsouderdom gereserveer word.<sup>10</sup>

## 2 Regshistoriese oorsig

Die onderskeid tussen *infantes* en die ander minderjariges kan teruggevoer word na ons regshistoriese ontwikkeling.<sup>11</sup> Waar die Romeinse juriste van 'n *infans* praat, word 'n kind onder die ouderdom van sewe jaar bedoel.<sup>12</sup> Sewe jaar is in 407 deur wetgewing as die ouderdomsgrens ingevoer.<sup>13</sup> *Infantes was doli et culpa incapax*.<sup>14</sup>

Met verwysing na kinders se toerekeningsvatbaarheid, is hierdie onderskeid verfynd. Daar is naamlik ook onderskei tussen minderjariges wat nog nie die puberteitsleefyd bereik het nie, naamlik *impuberes*, en dié wat wel het, naamlik *puberes*.<sup>15</sup> Verdere differensiasie is ook erken, soos byvoorbeeld dat minderjariges na aan (maar bo) sewe jaar *infantiae proximi* is en minderjariges na aan puberteit *pubertati proximi*.<sup>16</sup> Op die Vasteland is die debat in verband met presies wanneer 'n kind *pubertati proximus* is, verder gevoer. Die beroemde Glossator Accursius (1182-1260) het 'n spesifieke ouderdomsgrens voorgestaan, naamlik tien-en-n-half jaar in die geval van seuns en nege-en-n-half in die geval van dogters.<sup>17</sup> Ander, soos die Franse skrywer Faber, ('n lid van die *Ultramontani* wat in ongeveer 1340 oorlede is) het dit aan die regter se oordeel oorgelaat.<sup>18</sup> Hierdie diskoers, veral onder Accursius

<sup>7</sup> bv in a 5 van die Verenigde Nasies se Konvensie oor die Regte van die Kind, 1989, wat op 16-06-1995 deur Suid-Afrika geratifiseer is.

<sup>8</sup> Van der Vyver se definisie van differensiasie word onderskryf, naamlik dat differensiasie die onderskeid tussen groepe behels wanneer die basis van die differensiasie werklik relevant is tov die doel wat daarmee beoog word: in Van der Vyver en Joubert *Persone- en Familiereg* (1991) 57. Differensiasie is daarom in ooreenstemming met geregtigheid terwyl diskriminasie nie is nie. Dit is ook hoekom differensiasie nie in stryd is met die verbod op diskriminasie van die Grondwet nie (a 9(3)).

<sup>9</sup> *Le Roux v Dey* 2011 3 SA 274 (KH) 292 verwysend na *Centre for Child Law v Minister of Justice and Constitutional Development* 2009 6 SA 632 (KH) par 26-8, ivm die feit dat ons Grondwet ook vir praktiese redes tussen kinders en volwassenes onderskei. Vgl ook par 53 van eg gewysde.

<sup>10</sup> Van der Vyver en Joubert (n 8) 138.

<sup>11</sup> Voet *Commentarius ad Pandectas* (1704) 4 4 1.

<sup>12</sup> Melius de Villiers *The Roman and Roman Dutch Law of Injuries* (1899) 30; Sohm's *Institutes of Roman Law* Ledlie se vertaling (1907) par 44 op 216.

<sup>13</sup> *Codex Theodosianus* 8 18 8 pr, waarna Van der Vyver (n 4) verwys.

<sup>14</sup> *D 9 2 5 2*; *D 47 2 23*; *D 47 8 2 19*.

<sup>15</sup> *D 9 2 5 2*. Vgl ook Sohm's *Institutes of Roman Law* (n 12) par 44 op 216.

<sup>16</sup> *D 50 17 111 pr* (Gaius); *Inst 3 19 10*; Vinnius *In Quatuor Libros Institutionum* (1726) 4 1 18; Voet *Commentarius ad Pandectas* 4 4 46, 26 8 2, 47 2 2 en 47 10 1; Van der Linden *Rechtsgeleerd, Practicaal en Koopmans Handboek* (1806) 2 1 6; Van der Keessel (1809) *Praelectiones ad Jus Criminale* 48 8 3 bd 3 op 966.

<sup>17</sup> Dit beteken dat die tyd tussen sewe en veertien jaar vir seuns en sewe en twaalf vir meisies, presies gehalveer word: *glossae ad Inst 3 19 10* in die *Weber*-saak (n 3) 405. Hierin is hy deur die grootste onder die Kommentatore, naamlik Bartolus (1313-1357) en Baldus (1327-1400), nagevolg. Vgl die besonder grondige regshistoriese uiteensetting in die *Weber*-saak (n 3) 392-9 per ar Jansen en 403-10 per ar Joubert.

<sup>18</sup> Menochius *De Arbitrariis Judicium* Lib 2 cent 1 casus 57 no 44.

se aanhangers, het ook insig gegee oor die wese van toerekeningsvatbaarheid, naamlik dat dit insig, aanleg, begrip en agtergrond insluit.<sup>19</sup>

Die reëls in verband met die toerekeningsvatbaarheid van kinders het aanvanklik in die strafreg ontwikkel. *Infantes* was volkome *doli et culpa incapax*.<sup>20</sup> Vir 'n sekere tyd nadat 'n kind sewe jaar oud geword het, het sommige 'n weerlegbare vermoede erken dat daardie kind ontoerekeningsvatbaar is en daar is weerlegbaar vermoed dat ouer kinders toerekeningsvatbaar is.<sup>21</sup> Hierdie vermoedens is egter eers duidelik deur die sestiende eeuse juriste uiteengesit.<sup>22</sup>

Die gemeenregtelike skrywers gebruik deurgaans meestal puberteit as 'n maatstaf met betrekking tot toerekeningsvatbaarheid sonder enige verduideliking van hoe hubaarheid en toerekeningsvatbaarheid met mekaar verband hou. Daar is wel later diegene wat insien dat 'n onderskeid op grond van geslagtelike rypheid onhoudbaar is.<sup>23</sup> Moorman verduidelik in hierdie konteks (in verband met die strafreg) dat 'n meisie tot op die ouderdom van veertien "onderjarigen moeten worden gerekent: Dewyl het hardt en onredelyk zoude zyn, dat men de zwakkere Sexe strenger zoude handelen dan de sterkere."<sup>24</sup>

Dit is moeilik om te bepaal of al die bogenoemde gemeenregtelike reëls in die deliktereg opgeneem is.<sup>25</sup> Dit staan egter vas dat *infantes* ook wat die deliktereg betref *doli et culpa incapax* was.<sup>26</sup> Wanneer die deliktuele aanspreeklikheid van die *impubes* oorweeg is, is toerekeningsvatbaarheid vereis.<sup>27</sup> Die grens tussen die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid en die vermoede van toerekeningsvatbaarheid is egter onseker. Daar bestaan ongelukkig dus wel gesag vir 'n puberteitsgeoriënteerde maatstaf in hierdie verband.<sup>28</sup>

### 3 Suid-Afrikaanse regspraak

In die regspraak word algemeen aanvaar dat 'n *infans*<sup>29</sup> ontoerekeningsvatbaar is wat die deliktereg betref.<sup>30</sup> Die kind se werklik bestaande geestesvermoë is irrelevant

<sup>19</sup> Menochius (n 18) Lib 2 cent 1 casus 57 no 53.

<sup>20</sup> Matthaeus *De Criminibus ad Voet Lib XLVII et XLVIII Dig* (1661) Prol 2 2.

<sup>21</sup> Von Savigny *System des heutigen Römischen Rechts* (1847) para 107 en 108.

<sup>22</sup> Van den Heever I *Aquilian Damages in South African Law* (geen datum vermeld nie) 52, met verwysing na Von Savigny.

<sup>23</sup> Carpovius *Verhandeling der Lyfstraffelyke Misdaaden* (1772) 135 11-19.

<sup>24</sup> *Verhandelingen over den Misdaaden en der selver Straffen* (1779) Inl 2 9.

<sup>25</sup> Van der Vyver noem dit 'n "oë vraag", in Van der Vyver en Joubert (n 8) 194.

<sup>26</sup> Ulpianus in *D* 9 2 5 2; De Groot *Inleidinge* 3 32 19; Van der Linden (n 16) 4 32 6; Grueber *The Roman Law of Damage to Property being a Commentary on the Title of the Digest ad Legem Aquilianam* (1892) 14.

<sup>27</sup> *D* 9 2 5 2; *D* 47 2 23.

<sup>28</sup> Vgl Melius de Villiers (n 12) 30 met verwysing na Voet *Commentarius ad Pandectas* 48 19 6 en 26 8 2.

<sup>29</sup> 'n *Infans* was nog altyd en is na my mening steeds 'n kind onder die ouderdom van sewe jaar: die *Weber*-saak (n 3) 393.

<sup>30</sup> *De Bruyn NO v Minister van Vervoer* 1960 3 SA 820 (O) 825H; die *JonesNO*-saak (n 4) 552; *Van Oudtshoorn v Northern Assurance Co Ltd* 1963 2 SA 642 (A) 648-9; die *Roxa*-saak (n 2) 765; *Knouws v Administrateur, Kaap* 1981 1 SA 544 (K) 555; *Weber*-saak (n 3) 389 en 403. Vgl ook Boberg (n 2) 673-4. Hierdie reël is uit die strafreg oorgeneem, vgl bv *R v Lourie* (1892) 9 SC 432 434 en *Attorney-General, Transvaal v Additional Magistrate Johannesburg* 1924 AD 421 434. Daar is egter ook uitsonderings: vgl bv *Lentzner NO v Friedmann* 1919 OPD 20 26-7 tav 'n vyfjarige maar in die konteks van die bestuurder se nalatigheid en dat lg versigtiger moes gewees het agv die teenwoordigheid van hierdie jong kind; *Adams v Sunshine Bakeries (Pty) Ltd* 1939 CPD 72 77-8, tav 'n ses-en-'n-halfjarige met verwysing na oa die *Cass*-saak wat in par 5 1 hieronder bespreek word en dat die Skotse reg in dié verband nie as 'n navolgenswaardige voorbeeld voorgelê kan word nie.

sodat die *infans* in effek onweerlegbaar ontoerekeningsvatbaar is.<sup>31</sup> Die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid, wat *infantia maiores* (soms verkeerdelik *impueres* genoem<sup>32</sup>) betref<sup>33</sup> en die vermoede van toerekeningsvatbaarheid,<sup>34</sup> wat *puberes* betref, is beide dikwels in die regspraak aangewend. In die eerste geval is aanvaar dat die kind ontoerekeningsvatbaar is totdat die teendeel bewys is en in die tweede geval is aanvaar dat die kind toerekeningsvatbaar is totdat die teendeel bewys is.<sup>35</sup> Die positiewe reg heg nie as sodanig waarde aan die feit dat 'n *infantia maiores* nog na aan sewe (dus *infantiae proximi*, in teenstelling met *pubertati proximi*) is nie,<sup>36</sup> maar elke saak moet met verwysing na die omstandighede in daardie besondere geval oorweeg word.<sup>37</sup> In verband met puberteit as maatstaf met betrekking tot toerekeningsvatbaarheid blyk die oorwig van regspraak die afleiding te steun dat die strafreg veertien jaar verkies het bo puberteit.<sup>38</sup> Wat die deliktereg betref, is daar soms bedenkinge geopper oor of die “arbitrêre” ouderdomsgrense van die strafreg sonder meer in die deliktereg toegepas moet word en 'n meer konteks-spesifieke benadering is bepleit.<sup>39</sup> Daar is ongelukkig wel gesag vir puberteit as grens.<sup>40</sup> Veertien jaar word egter ook as maatstaf gebruik.<sup>41</sup>

Die *locus classicus* in verband met die toerekeningsvatbaarheid van kinders is waarskynlik steeds *Weber v Satam Versekeringsmaatskappy Bpk*. Die feite was kortliks die volgende: 'n Sekere T en sy vrou was met hul motor op pad toe die vrou agterkom dat sy haar breiwerk tuis vergeet het. Hulle het omgedraai en teruggery na die woonstel waar hulle gewoon het. Daar aangekom het T op die grasperk voor die gebou stilgehou, die motor afgeskakel en agter die stuurwiel bly sit terwyl sy vrou ingegaan het om haar breiwerk te gaan haal. Intussen het Marius, 'n seuntjie van sewe jaar-en-twee-maande oud sonder T se medewete, in die sand agter die motor gaan sit en speel. Toe sy vrou teruggekom het, het T die motor aangeskakel, in trurat gesit en agteruit begin ry. T het eers onraad gemerk toe kinders in die omgewing begin skreeu het, maar dit was te laat. Die motor het Marius getref en oor hom tot stilstand gekom. Marius is ernstig beseer en sy pa het 'n skadevergoedingseis teen die versekeraar van T se voertuig ingestel op grond van laasgenoemde se beweerde nalatigheid. Die verhoorhof het bevind dat T wel nalatig was, maar ook dat die kind bydraend nalatig was en dat die skadevergoeding daarom ooreenkomstig die Wet op Verdelling van Skadevergoeding 34 van 1956 verminder moet word. Op appèl moes die hof vasstel of die seuntjie toerekeningsvatbaar was en, indien wel, of hy nalatig opgetree het.

<sup>31</sup> die *Knouwds*-saak (n 30) 555.

<sup>32</sup> As die term *impubes* gebruik word, word *infantes* streng gesproke ingesluit, vgl ar Joubert in *Weber*-saak (n 3) 403 in teenstelling met ar Jansen in dieselfde saak.

<sup>33</sup> *South British Insurance Co Ltd v Smit* 1962 3 SA 826 (A) 836-7, tov die tien jaar-en-vier-maande oue Gerhardus; die *Knouwds*-saak (n 30) 555, tov 'n agjarige; *Weber*-saak (n 3) 389-9 409. In die *Roxa*-saak (n 2) 766 is dit ooggelaat of daar so 'n vermoede bestaan en of die verweerder in ieder geval moet bewys dat die kind toerekeningsvatbaar is.

<sup>34</sup> *Niewenhuizen NO v Union and National Insurance Co Ltd* 1962 1 SA 760 (W) 761.

<sup>35</sup> *Damba v AA Mutual Insurance Associates Ltd* 1980 3 SA 740 (OK) 743; die *Weber*-saak (n 3) 389.

<sup>36</sup> die *Roxa*-saak (n 2) 765.

<sup>37</sup> die *Weber*-saak (n 3) 399 en 410. Vgl ook Burchell *Principles of Delict* (1993) 83.

<sup>38</sup> Vgl die reeds genoemde *R v Lourie* 434 en *Attorney-General, Transvaal* 434 maar ook al die gewysdes waarna Van der Vyver (n 4) 577-8 verwys toe hy tot dieselfde gevolgtrekking gekom het.

<sup>39</sup> Die *Niewenhuizen NO*-saak (n 34) 761, waar geen spesifieke ouderdom vermeld word nie.

<sup>40</sup> Vgl oa die *Jones NO*-saak (n 4) 554 en *Weber*-saak (n 3) 390 en 404.

<sup>41</sup> Vgl oa *South British Insurance Co Ltd v Smit* 836.

Die Hoogste Hof van Appèl het bevind dat die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid in hierdie geval waar die kind sewe jaar-en-twee-maande oud was, geld.<sup>42</sup> Dit is 'n weerlegbare vermoede en die weerleggingslas rus op die party wat beweer dat die kind toerekeningsvatbaar is.<sup>43</sup> Aangesien beide toerekeningsvatbaarheid en skuld in geskil was, moes daar duidelik tussen die twee begrippe onderskei word en dan bepaal word in watter volgorde hulle oorweeg moet word.<sup>44</sup> In hierdie geval het die hof tereg beslis dat toerekeningsvatbaarheid moet vasstaan alvorens skuld oorweeg kan word.<sup>45</sup> 'n Gesaghebbende bevinding oor laasgenoemde was veral in die lig van *Jones NO v Santam Bpk*,<sup>46</sup> waar die teenoorgestelde te kenne gegee is, nodig.

Laastens is die bevinding in verband met die toets vir toerekeningsvatbaarheid van besondere belang. Appèlregter Joubert se standpunt is dat toerekeningsvatbaarheid uit twee komponente bestaan na analogie van die omskrywing wat in die strafreg gebruik word.<sup>47</sup> Gevolglik is 'n persoon toerekeningsvatbaar as hy of sy tussen reg en verkeerd kan onderskei en dan sy of haar daade ooreenkomstig daardie insig kan inrig.<sup>48</sup> Appèlregter Jansen voeg hierby die addisionele komponent wat behels dat aangesien kinders en volwassenes se nalatigheid met dieselfde maat gemeet word, naamlik die objektiewe redelike persoon (*diligens paterfamilias*) standaard, moet bykomend ook bewys word dat die kind oor die vermoë beskik om aan die maatstaf wat vir volwassenes geld te voldoen.<sup>49</sup> Myns insiens het Van der Vyver reeds oortuigend aangetoon dat appèlregter Joubert se standpunt in hierdie verband korrek is en nie appèlregter Jansen s'n nie.<sup>50</sup> Daar kan mos nouliks gesê word dat 'n sewe, 'n tien of dertienjarige kind met dieselfde mate van sorg as wat 'n redelike volwassene sou doen, opgetree het. As hierdie bykomende komponent vereis word, sal kinders selde, indien ooit, *toerekeningsvatbaar* wees. Dit sal ook moeilik of onmoontlik wees om die verskil in die definisie van toerekeningsvatbaarheid ten aansien van kinders en ten aansien van volwassenes te verantwoord. Omdat die oorblywende appèlregters met beide Jansen en Joubert saamgestem het, is die aanvaarbaarste uitweg dat die addisionele komponent, wat 'n uitbreiding van die definisie behels, nie ingevolge die *stare decisis*-reël bindend is nie.<sup>51</sup>

Toerekeningsvatbaarheid is 'n suiwer subjektiewe element<sup>52</sup> en die appèlhof het lig gewerp op die faktore wat in die bepaling van 'n kind se toerekeningsvatbaarheid in ag geneem moet word. Dit behels intellek, emosionele volwassenheid, verstandelike vermoë en temperament, agtergrond, opvoedkundige vordering, ervaring, insig en

<sup>42</sup> 399 en 409.

<sup>43</sup> 399. Vgl ook Boberg (n 2) 681-2 vir die onsekerheid wat vroeër hieroor bestaan het.

<sup>44</sup> 389-90 en 403.

<sup>45</sup> 391. Hierdie insig blyk reeds uit die *Roxa*-saak (n 2) 765-6 toe die sewe jaar-en-sewe-maande oue Boy-Boy oor 'n straat gehardloop en deur 'n motoris getref is. Toerekeningsvatbaarheid word soms nooit opgehaal nie omdat daar geen twyfel is dat die dader(s) wel toerekeningsvatbaar is/was nie, bv in *Le Roux v Dey* par 1 34 tav die sewentienjarige wat met gesagsfigure by die plaaslike hoërskool die spot gedryf het.

<sup>46</sup> 554, tov die negejarige Maria. Vir kritiek op die *Jones NO*-saak (n 4) in hierdie verband, vgl oa Neethling en Potgieter (n 1) 150. In die *Roxa*-saak (n 2) 765-6 het die Appèlhof ook bevind dat toerekeningsvatbaarheid eers afgehandel moet word voordat nalatigheid ter sprake kan kom.

<sup>47</sup> Vgl a 78(1) van die Strafproweswet 51 van 1977.

<sup>48</sup> 403.

<sup>49</sup> 400, maar nie ar Joubert nie: 410. Die addisionele komponent word in navolging van r Van Heerden in *Gouws NO v Minister van Gemeenskapsbou* 1976 1 PH J33 (N) 72 74 bygevoeg.

<sup>50</sup> In Van der Vyver en Joubert (n 8) 197. Vgl ook Van der Vyver (n 4) 585-6.

<sup>51</sup> Vgl ook Van der Vyver se standpunt in Van der Vyver (n 4) 585-7.

<sup>52</sup> die *Jones NO*-saak (n 4) 552 en 556; die *Roxa*-saak (n 2) 771; die *Weber*-saak (n 3) 390; Boberg (n 2) 271, 675 en 677; Loubser en Midgley (reds) *The Law of Delict in South Africa* (2012) 105.

begrip, voortvarendheid en ander swakhede van die jeug<sup>53</sup> soos impulsiwiteit en soms gebrekkige verantwoordelikeheidsin.<sup>54</sup> Toerekeningsvatbaarheid moet dus juis getoets word sodat daar nie “an old head on young shoulders” geplaas word nie.<sup>55</sup> Die ouderdom van die kind-dader kan ’n belangrike rol speel in verband met die aan- of afwesigheid en ook die geleidelike toename van hierdie eienskappe, want gewoonlik hou laasgenoemde verband met die kind se vordering in jare ook. In hierdie verband kan daar egter nie rigiede parallelle getrek word nie want spesifieke eienskappe kan met bepaalde persoonlikheidstrekke verband hou. Elke geval moet dus individueel in die lig van die omstandighede daarvan oorweeg word.<sup>56</sup>

Teen hierdie agtergrond moet die beslissing in *Eskom Holdings Ltd v Hendricks*<sup>57</sup> ondersoek word. In daardie geval het Jacques wat elf jaar-en-agt-maande oud was teen ’n veertien meter-hoë Eskom kragpaal opgeklim om twee jonger kinders uit te daag. In die proses het hy gemaklik verby die doringdraadversperring geklim wat klaarblyklik juis ten doel gehad het om hierdie tipe avontuurlustigheid te temper. Op daardie stadium is sy aandag egter in beslag geneem deur die isolators of groenerige glaspiërs soos hy dit beskryf het, wat in ’n ry van die dwarskabel geloop het tot aan die laer einde van die hoogspanningsdraad. Uit nuuskierigheid het hy toe met behulp van die dwarspaal tot by die isolators geklim en met die een hand daaraan gevoel. In die proses het sy kop minder as 66 millimeter verby die hoogspanningsdraad beweeg (waardeur ongeveer 66,000 volt vloei). Die beweging het die elektriese stroom aangetrek wat hom na benede geslinger het en selfs sy klere aan die brand laat slaan het. ’n Verbyganger het met sy baadjie die kind toegemaak en so die vlamme geblus.<sup>58</sup>

Die Hoogste Hof van Appèl het egter bevind dat die kind nie toerekeningsvatbaar was nie. Om hierby uit te kom, het die hof instemming met die regsontwikkeling op hierdie punt in die *Jones-*, *Roxa-* maar veral die *Weber*-saak betuig. Daar is spesifiek melding gemaak van die feit dat die korrektheid van die *Weber*-saak nie in die hof *a quo* of op appèl bevraagteken is nie.<sup>59</sup> Die Hoogste Hof van Appèl aanvaar die gemeenregtelike posisie dat kinders tussen sewe jaar en puberteit weerlegbaar ontoerekeningsvatbaar is. Vervolgens word *obiter* genoem dat die geslagsgebaseerde onderskeid in hierdie verband onregverdigbaar kan wees en dat die maatstaf van die strafreg, naamlik veertien jaar, eerder vir beide geslagte behoort te geld.<sup>60</sup> Dit is opvallend dat die hof op hierdie punt na twee ou sake verwys,<sup>61</sup> wat die gedagte laat ontstaan dat hierdie eenvormige grens vir beide geslagte bewys lewer dat die deliktereg reeds (ten minste wat geslagsdiskriminasie betref) in ooreenstemming

<sup>53</sup> Boberg (n 2) 675 praat van “the foibles of childhood and the impetuosity of youth”.

<sup>54</sup> 400-2 en 410. Vgl ook Van der Vyver in Van der Vyver en Joubert (n 8) 198.

<sup>55</sup> *Levy NO v Rondalia Assurance Corporation of SA Ltd* 1971 2 SA 598 (A) 599 en bevestig in die *Weber*-saak (n 3) 400.

<sup>56</sup> 399 en 409-10. Vgl ook Van der Vyver (n 4) 576.

<sup>57</sup> 2005 5 SA 503 (HHA) 511-2.

<sup>58</sup> 505I-508E. Die verhoorhof het bevind dat Jacques 33⅓% bydraend nalatig was.

<sup>59</sup> 512E.

<sup>60</sup> 511G-H. Hierdie standpunt vind aanklank by vele outeurs: Van der Vyver (n 4) 583 en in Robinson (ed) *The Law of Children and Young Persons in South Africa* (1997) 287 n 117 en 290 n 129; Van Heerden ea *Boberg’s Law of Persons and the Family* (1999) 881 n 76; Heaton *The South African Law of Persons* (2012) 111.

<sup>61</sup> nl *Attorney-General, Transvaal* 434 en *R v K* 1956 3 SA 353 (A). Dit ondersteun ook die standpunt wat in par 3 hierbo ingeneem is, nl dat die strafregtelike reëls in die deliktereg oorgeneem is. Vgl ook par 4 hieronder in hierdie verband. Die ontwikkeling van die deliktereg en die invloed van die strafreg sal later verder bespreek word.

met grondwetlike norme ontwikkel het.<sup>62</sup> Die geslagsgebaseerde onderskeid moet as histories verklaar en op grond van gebrek aan logika en ongrondwetlikheid afgemaak word.<sup>63</sup>

In hierdie saak moes Eskom egter die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid weerlê en het in dié verband sterk op die *Roxa*- en *Weber*-sake gesteun. Dit is opvallend dat die faktore wat in die proses oorweeg word die werklik subjektiewe faktore is, wat eie is aan kind-wees, soos byvoorbeeld 'n kind se geneigdheid om irrasioneel en impulsief op te tree eerder as op die opvoedkundige vlak wat die kind bereik het of hoe naby of hoe ver die kind van puberteit af is.<sup>64</sup> Die feite van elke geval is baie belangrik en hier is dit veral die feit dat Jacques so gefassineer was deur die glas isolators wat die hof oortuig het dat hy nie in staat was om ooreenkomstig enige besluit in verband met wat reg en wat verkeerd is, op te tree nie.<sup>65</sup> Gevolglik kon Eskom nie die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid weerlê nie. Hieruit kan afgelei kan word hoe belangrik dit is om in detail in kruisondervraging uit te pluus presies wat die kind se innerlike ingesteldheid was.<sup>66</sup> In die *Roxa*-saak is egter op grond van die getuienis van 'n moeder in verband met die lesse wat sy haar kind in padgebruik en padveiligheid geleer het, besluit dat 'n seuntjie van sewe jaar-en-sewe-maande toerekeningsvatbaar is.<sup>67</sup> In 'n veel ouer gewysde is bevind dat 'n elfjarige seun toerekeningsvatbaar is omdat hy geweet het om nie aan die verkeerde kant van die pad te ry nie en geweet het dat karre hom van agter kan verbystek.<sup>68</sup>

#### 4 *Die Child Justice Act en die deliktereg*

Uit die voorafgaande is dit duidelik dat die reëls en vermoedens wat in verband met toerekeningsvatbaarheid in die strafreg gegeld het, 'n aansienlike invloed op die deliktereg uitgeoefen het. Daar is dalk selfs van 'n heelhuidse oorname daarvan sprake. Die strafreg soos dit op kinders van toepassing is, het egter enorme veranderinge ondergaan met die inwerkingtreding van die Child Justice Act 75 van 2008.<sup>69</sup> Daar is reeds voor die inwerkingtreding van hierdie Wet 'n beroep gedoen op die hersiening van die reëls insake die toerekeningsvatbaarheid van kinders in deliktuele verband om die teenstrydighede wat na inwerkingtreding sou bestaan, te oorbrug.<sup>70</sup> Die Child Justice Act het egter op 1 April 2010 in werking getree sonder dat daar aan enige oproep in dié verband gehoor gegee is en die jeugstrafregstelsel is ingrypend verander.

Die trefwydte van die Child Justice Act word bondig in die volledige titel daarvan saamgevat en behels onder meer:

<sup>62</sup> per Scott in 2006 *De Jure* 213 219 met verwysing na a 39(2) van die Grondwet.

<sup>63</sup> Melius de Villiers (n 12) 30. Vgl ook Van der Vyver (n 4) 583-4.

<sup>64</sup> 511J-512C.

<sup>65</sup> 513A-F.

<sup>66</sup> per Scott 2006 *De Jure* 220. Scott toon ook aan hoe anders 'n saak soos *Statton v Spoornt* 1994 1 SA 803 (T) verloop het waar 'n agt-en-n-halfjaar oue seun ook met 'n kragpaal tot by die hoogspanningsdrade opgeklim het en geskok is, maar nie agv sy beheptheid met die isolators nie (216-7). Daar word egter nie in hierdie bydrae verder oor *Statton* uitgewy nie aangesien die *ratio* daarvan nie oor toerekeningsvatbaarheid gehandel het nie, maar wel oor nalatigheid.

<sup>67</sup> 768, waar die hof *a quo* in dié verband aangehaal is.

<sup>68</sup> Die *Niewenhuizen NO*-saak (n 34) 761.

<sup>69</sup> Daar bestaan nie 'n Afrikaanse weergawe van hierdie Wet nie en daarom word in hierdie bydrae by die Engelse titel gehou. Sommige Afrikaanse handboeke gebruik egter wel die titel "Wet op Kinderberegting" vgl oa Snyman *Strafreg* (2012) 185.

<sup>70</sup> Davel "The delictual accountability and criminal capacity of a child: How big can the gap be?" 2001 *De Jure* 604 607-9.

- (i) die daarstel van 'n strafregstelsel vir kinders wat met die gereg gebots het en daarvan aangekla word dat hulle 'n misdryf gepleeg het, in ooreenstemming met die waardes van die Grondwet en Suid-Afrika se internasionale verpligtinge in hierdie verband;
- (ii) 'n minimum ouderdom vir kinders se strafregtelike aanspreeklikheid;
- (iii) die daarstel van 'n meganisme om met kinders wat nie strafregtelik aanspreeklik is nie buite die strafproses te handel;
- (iv) om spesiale voorsorg te tref vir die verskyning van kinders in die hof, maar ook vir die vrylating, aanhouding of plasing van kinders;
- (v) om voorsiening te maak vir die assessering van kinders;
- (vi) om voorsiening te maak vir 'n voorlopige ondersoek en om as sentrale tema die moontlike verwysing van kinders uit die formele strafprosesstelsel te inkorporeer;
- (vii) om, waar moontlik, die daarstelling van strafhowe om alle verhore van kinders te behartig wat nie uit die formele strafprosesstelsel verwys kon word nie, te verseker;
- (viii) om die opsies wat by vonnisoplegging van kinders beskikbaar is, uit te brei;
- (ix) om die konsep van herstellende of helende geregtigheid in die straf- en strafprosesreg met betrekking tot kinders in te voer; en
- (x) om vir verbandhoudende aangeleenthede voorsiening te maak.

Niks in hierdie uiteensetting dui daarop dat dit op die deliktereg ook betrekking het nie. Die doelstellings van hierdie wet word soos volg in die aanhef daarvan weergegee:

“establish a *criminal justice* system for children, who are in conflict with the law, in accordance with the values underpinning our Constitution and our international obligations, by, among others, creating, as a central feature of this new *criminal justice* system for children, the possibility of diverting matters involving children who have committed offences away from the *criminal justice* system, in appropriate circumstances, while children whose matters are not diverted, are to be dealt with in the *criminal justice* system in child justice courts ...” (eie beklemtoning).

Weereens dui bogenoemde ondubbelsinnig daarop dat die strafregstelsel ten aansien van kinders aangespreek word en geen verwysing na die (privaatreg of) deliktereg daarin opgeneem word nie.

Ten aansien van kinders se toerekeningsvatbaarheid het die Child Justice Act die gemeenregtelike reël dat kinders onder sewe jaar onweerlegbaar ontoerekeningsvatbaar is herroep<sup>71</sup> en vervang met die reël dat kinders onder tien jaar onweerlegbaar ontoerekeningsvatbaar is.<sup>72</sup> Die vermoede dat kinders onder veertien weerlegbaar ontoerekeningsvatbaar is, is behou, maar met die aanpassing van die onderste grens na tien jaar en die vasstelling van die boonste grens op veertien.<sup>73</sup> Die Wet bevat egter ook 'n bepaling dat die lid van die kabinet wat die administrasie van hierdie Wet behartig op die heel laatste vyf jaar na inwerkingtreding ingevolge artikel 96(4) en (5) aan die parlement verslag moet doen oor of die ouderdom vir strafregtelike verantwoordelikheid soos dit bepaal is in artikel 7(1) verhoog moet

<sup>71</sup> a 7(3) van die Child Justice Act.

<sup>72</sup> a 7(1). Hierdie ouderdom is gekies omdat daar wetenskaplik bevind is dat die linker- en regterhelftes van 'n kind se brein op ongeveer die ouderdom van tien jaar verbind wat meebring dat 'n kind kan begin evalueer en abstrak dink: SARK *Report on Juvenile Justice* Projek 106 (2000) par 3 18.

<sup>73</sup> a 7(2).



word of nie.<sup>74</sup> Die betrokke verslag behoort binnekort ter tafel gelê te word en die verhoging van die ouderdom na twaalf jaar word wel in die vooruitsig gestel.<sup>75</sup>

Die meeste outeurs huldig die standpunt dat die strafreg en deliktereg se paaie wat kinders se toerekeningsvatbaarheid betref, met die inwerkingtreding van die Child Justice Act uitmekaar geloop het.<sup>76</sup> Soms word die Child Justice Act dus glad nie eers in hierdie verband vermeld nie.<sup>77</sup> Die afwykende standpunt word deur Neethling en Potgieter ingeneem. Hulle aanvaar dat die Child Justice Act die gemeenregtelike reëls in verband met die toerekeningsvatbaarheid van kinders verander het; dat 'n *infans* nou 'n persoon is wat nog nie die negende lewensjaar voltooi het nie; en dat die ouderdomsgroepe waarin kinders vir die doel in die deliktereg verdeel word 0-9,<sup>78</sup> 10-13<sup>79</sup> en 14-18 jaar is.<sup>80</sup> Ek is egter nie bereid om met hulle standpunt(e) akkoord te gaan nie en wel om die volgende redes: Eerstens word wette letterlik geïnterpreteer en soos hierbo aangedui is, is daar niks in die bepalings van die Child Justice Act wat daarop dui dat dit op die deliktereg betrekking het nie. Eweneens is daar geen aanduiding dat die wetgewer bedoel het dat die Child Justice Act wyer as in die strafreg en strafprosesreg toegepas moet word nie.<sup>81</sup> Tweedens word bestaande regsreëls in wette uitdruklik en nie by implikasie herroep nie.<sup>82</sup> Derdens is die aanpassing of verdere wysiging van die minimumgrens vir toerekeningsvatbaarheid al in die Child Justice Act voorsien. Hierdie proses is reeds in werking gestel en mag binnekort op nog wysigings in die strafreg uitloop. Dit sou tot regsonsekerheid in die deliktereg en twyfelagtige advies aan voornemende litigante aanleiding gee indien dieselfde vir die deliktereg geld. Vierdens verskil die doelstellings van die strafreg en die deliktereg wesenlik en verdere ondersoek moet gedoen word om vas te stel of die verskille wat daar op die oomblik tussen die strafreg en die deliktereg in hierdie verband bestaan, nie vanuit hierdie perspektief beoordeel moet word nie.

Alvorens die huidige stand van die Suid-Afrikaanse deliktereg verder ontleed en standpunt daarvoor ingeneem word, is 'n regsvergelykende ondersoek gepas.

<sup>74</sup> a 8.

<sup>75</sup> per adjunk-minister Jeffery: Hartley "The minimum age of criminal capacity could be raised to 12 years" (22-02-2016) *BDLive*.

<sup>76</sup> Skelton en Kruger (reds) *The Law of Persons in South Africa* (2010) 111 en 136; Heaton (n 60) 89 en 112.

<sup>77</sup> bv Loubser en Midgley (reds) (n 52) 104-107.

<sup>78</sup> Ek het bedenkinge of die grens van 9 so gebruik kan word. Die Wet meld "under the age of 10 years" wat meer as net 9 jaar kan insluit. Neethling en Potgieter steun in hierdie verband klaarblyklik op Snyman (n 69) 184.

<sup>79</sup> My kommentaar in n 78 het betrekking. In hierdie geval maak die Wet melding van "under the age of 14 years".

<sup>80</sup> Neethling en Potgieter (n 1) 137, met verwysing na a 7 en 11 van die Child Justice Act en Snyman (n 69) 184-5. A 7 is reeds hierbo uiteengesit. Die opskrif van a 11 lui uitdruklik, bewys van strafregtelike aanspreeklikheid en a 11(1) bepaal dat die staat bo redelike twyfel die weerlegbare vermoede tav kinders van 10 en ouer maar onder 14, wat vermoedelik 'n misdryf ("offence") gepleeg het, moet weerlê. Burchell *Principles of Criminal Law* (2014) 255 ev rep tereg geen woord dat die Wet ook op die toerekeningsvatbaarheid van kinders in die deliktereg van toepassing is nie. (Vir 'n baie insiggewende betoog dat a 11(1) wat die strafreg betref 'n laer standaard handhaaf as wat gemeenregtelik vereis is, vgl Walker "The requirements for criminal capacity in section 11(1) of the new Child Justice Act, 2008: A step in the wrong direction?" 2011 (1) *SACJ* 33 38. Te oordeel aan die uitkoms in *S v TS* 2015 1 *SACR* 489 (WK) par 15 blyk dit dat die hof nie 'n abstrakte toets gebruik het nie, maar een wat deeglik konteks-spesifiek is.)

<sup>81</sup> Steyn *Die Uitleg van Wette* (1981) 4 en vgl Devenish *Interpretation of Statutes* (1992) 12-4.

<sup>82</sup> Vgl Steyn (n 81) 97 ivm die vermoede dat die wetgewer die bestaande reg, wat die gemenerereg insluit, nie meer wil wysig as wat nodig is nie. Devenish stel dit soos volg (n 81) 159: "This is a seminal presumption which has been applied in innumerable cases."

## 5 Regsvergelykende ondersoek

Die onderwerp onder bespreking is kortliks in een Engelse stelsel, synde kasuïsties van aard, en een Vastelandse stelsel, wat meer generaliserend is, nagevors. Uit die eerste familie is die Skotse reg gekies vanweë die sterk Romeinsregtelike inslag daarvan en uit die tweede die Duitse reg as gevolg van die invloed daarvan op vele ander Europese stelsels.

### 5.1 Skotse deliktereg

Anders as in die Suid-Afrikaanse reg, geld geen minimum ouderdom vir deliktuele aanspreeklikheid in die Skotse reg nie.<sup>83</sup> Dit wil voorkom of kinders onder vier selde op grond van delik aanspreeklik gehou word.<sup>84</sup> In die Skotse reg, net soos in Suid-Afrika, is dit ook seldsaam dat 'n deliktuele skadevergoedingsaksie teen 'n kind ingestel word.<sup>85</sup> Die kind se aanspreeklikheid kom dus normaalweg voor in gevalle waar die kind na bewering bydraend nalatig was.

Word die benadering in die Skotse howe egter ondersoek, kan geen (duidelike) onderskeid tussen toerekeningsvatbaarheid en nalatigheid gevind word nie. In 1909 is op appèl beslis dat 'n seuntjie van vier jaar-en-agt-maande bydraend nalatig was toe hy in gedagte oor 'n tremspoor geloop en deur 'n verbygaande kar beseer is.<sup>86</sup> Daarmee het die hof van appèl die verhoorhof se bevinding dat die seuntjie se gebrek aan konsentrasie op presies dieselfde neerkom as wanneer 'n volwassene se aandag deur 'n boek in beslag geneem word en hy of sy dan onnadenkend 'n oorgang oorsteek, bevestig.<sup>87</sup>

In die meer as 'n eeu wat sedertdien verloop het, het die Skotse reg ten aansien van kinders geweldig ontwikkel en kinderreg as sodanig is ook erken, maar dit lyk nie of die deliktereg hierby gebaat het nie.<sup>88</sup> In ooreenstemming met hierdie gevolgtrekking is bevind dat kinders van vyf jaar “[are] wholly or partly to blame” sonder enige ondersoek wat lig op toerekeningsvatbaarheid kan werp.<sup>89</sup>

Barnes Macfarlane verwys na die teenstrydige uitkoms van twee 1998-sake om die onsekerheid van die *status quo* aan te toon.<sup>90</sup> In *Galbraith's Curator ad Litem v Stewart* het die hof beslis dat 'n agtjarige seuntjie wat met die betonpype wat 'n boukontraakteur langs die pad gelaat het, gespeel het en toe beseer is, nie te blameer is nie.<sup>91</sup> Die hof beslis dat die kind nie die vermoë gehad het om die risiko's verbonde aan sy spelery op te weeg nie en ook dat die feit dat hy nie redelike stappe geneem het ten aansien van sy eie veiligheid, hom nie verwyt kan word

<sup>83</sup> Soos ook in Engeland en Wallis die geval is, vgl Oliphant “Children as tortfeasors under the law of England and Wales” in Martin-Casals (ed) *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors* (2006) 147 148 en 152 en Youngs *English, French & German Comparative Law* (2007) 433.

<sup>84</sup> *Campbell v Ord and Maddison* (1873) 1 R 149. (Hierdie spesifieke saak het al diep spore in ons positiewe reg getrap: die *Roxa*-saak (n 2) 766; *Weber*-saak (n 3) 390.) Dieselfde geld ook in ander dele van die Verenigde Koninkryk: *Gardner v Grace* (1858) 1 F&F 359.

<sup>85</sup> Die rede synde oënskynlik die kind se (verwagte) finansiële onvermoë.

<sup>86</sup> 1908 SC 841 as hof van eerste instansie en *Cass v Edinburgh and District Tramways Co Ltd* 1909 SC 1068 op appèl.

<sup>87</sup> 1080.

<sup>88</sup> Barnes Macfarlane “Taking care of the small: Article 6 of the Convention on the Rights of the Child and childhood accidental injury claims in Scotland” 2015 (2) *Stell L R* 424 430.

<sup>89</sup> *Barnes v Flucker* 1985 SLT 142 144. Dieselfde geld tov die tienjarige wat op die dak van 'n verwaarloosde gebou geklim en beseer is: *Telfer v Glasgow Corporation* 1974 SLT (Notes) 51. Lg was 50% bydraend nalatig.

<sup>90</sup> 430-2.

<sup>91</sup> (No 2) 1998 SLT 1305.

nie.<sup>92</sup> In ons terme het die oorweging van die subjektiewe (kind-eie) faktore wat die kind se geestesvermoë betref, oor 'n bepaling van sy toerekeningsvatbaarheid gegaan. In ander sake is die oorweging van hierdie faktore, soos intelligensie en verstandelike volwassenheid, meer eksplisiet gedoen.<sup>93</sup> Barnes Macfarlane sien daarin 'n toepassing van die beste belang standaard wat ook deur die Skotse reg met betrekking tot kinders gevolg word.<sup>94</sup>

Drie maande later is *McCluskey v Wallace* beslis.<sup>95</sup> In hierdie geval is 'n tienjarige dogtertjie deur 'n motoris raakgery toe sy besig was om op haar fiets van die sypaadjie in die pad in te beweeg. Die hof het sonder enige oorweging van die kind se toerekeningsvatbaarheid (of "capacity" soos dit in die *Galbraith*-saak genoem is), die kind se bydraende nalatigheid op 20% bepaal. Op appèl is die kind se aandeel bevestig met verwysing na ander sake waar volwasse voetgangers ter sprake was. In 'n meer onlangse saak is bevind dat 'n dertienjarige voetganger se skadevergoeding met 90% verminder moet word sonder enige verwysing na subjektiewe faktore wat daarop kan dui dat toerekeningsvatbaarheid oorweeg is.<sup>96</sup>

In skrilte kontras hiermee is twaalf jaar die minimum ouderdom vir strafregtelike aanspreeklikheid in die Skotse reg.<sup>97</sup> Barnes Macfarlane se kommentaar hierop is dat die Skotse reg meer vergewensgesind is teenoor kinders wat opsetlik kwaad doen as teenoor kinders wat nalatiglik fouteer.<sup>98</sup>

## 5.2 Duitse deliktereg

In Duitsland bevat die *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* baie uitdruklike bepalings in verband met kinders se deliktuele aanspreeklikheid. Dit is egter interessant dat die Duitse verbintenisreg, wat die deliktereg insluit, in 2001 die verreikendste verandering sedert kodifikasie (in 1900) ondergaan het. Een van die doelstellings van hierdie wetswysiging was juis om die posisie van kinders in geval van verkeersongelukke uiteen te sit.<sup>99</sup> Die oproepe vir regshervorming in hierdie aangeleentheid is gedryf deur onder andere die feit dat kinders nie voldoende op die eise van alledaagse verkeer kan reageer nie alhoewel hulle beseft dat dit noodlottige gevolge kan hê.<sup>100</sup>

§ 828 *BGB* wat kinders se deliktuele aanspreeklikheid dek, is ingesluit in die wysigings wat op 1 Augustus 2002 van krag geword het. Voor die wysiging was kinders onder sewe jaar glad nie aanspreeklik vir hulle delikte nie en dié daarbo wel. Die wysiging het egter hierdie reël verfynt: Kinders onder sewe jaar is steeds glad nie

<sup>92</sup> 1307 aangehaal deur Barnes Macfarlane (n 88) 430-1.

<sup>93</sup> bv *McKinnell v White* 1971 SLT (Notes) 61.

<sup>94</sup> 431 met verwysing na a 11(7) van die *Children (Scotland) Act 1995* en a 25 van die *Children's Hearing (Scotland) Act 2011*. Sy meen ook dat dit die etos van a 6 van die Konvensie oor die Regte van die Kind, wat oor die kind se inherente reg op lewe, oorlewing en ontwikkeling handel, onderskryf.

<sup>95</sup> 1998 SC 711.

<sup>96</sup> *Jackson v Murray* 2013 SLT 153.

<sup>97</sup> a 41A van die *Criminal Procedure (Scotland) Act 1995* wat op 28 Maart 2011 in werking getree het. Dit is in 2010 deur die *Criminal Justice and Licensing (Scotland) Act 2010* ingevoeg. Twaalf jaar is ook in ander wetgewing 'n belangrike mylpaal, vgl a 6(1) and 11(10) van die *Children (Scotland) Act 1995* en a 27(4) van die *Children's Hearing (Scotland) Act 2011*.

<sup>98</sup> Barnes Macfarlane (n 88) 435. Met hierdie standpunt kan ek my egter nie vereenselwig nie. Myns insiens kan die skuldvorm wat by die dader teenwoordig is nie die blaam vir die diskrepansie tussen die deliktereg en die strafreg dra nie en daarom word hierdie punt hieronder ontleed. Verder kan ook genoem word dat beide delikte en misdade aangetref word waar óf opset óf nalatigheid voldoende skuld daarstel.

<sup>99</sup> Magnus *The Reform of German Tort Law* (2003) (Indret Working Paper No 127) 3.

<sup>100</sup> Markesinis en Unberath *The German Law of Torts A Comparative Treatise* (2002) 899.

aanspreeklik vir enige skade aan iemand anders veroorsaak nie.<sup>101</sup> Dan kom die nuwe bepaling by: Waar van verkeersongelukke (ook trein- en kabelkarongelukke) sprake is, word hierdie minimumgrens na tien verhoog, maar opsetlike skadeveroorsaking word uitgesluit.<sup>102</sup> Dan vervolg § 828 weer soos voorheen: In alle gevalle waar aanspreeklikheid nie reeds (in die bogenoemde gevalle) uitgesluit is nie, sal persone onder die ouderdom van agtien jaar slegs aanspreeklikheid opdoen as hulle op die oomblik van skadeveroorsaking die insig het om verantwoordelikheid daarvoor te aanvaar.<sup>103</sup> Laasgenoemde berus nie op vermoedens nie, maar moet in elke individuele geval vasgestel word.<sup>104</sup> Al hierdie bepalings geld ook in gevalle waar die kind bydraend nalatig is.<sup>105</sup>

Daar bestaan in die Duitse reg ook die moontlikheid dat 'n kind wat nie deliktueel aanspreeklik gehou kan word nie,<sup>106</sup> tog vir skadeloosstelling op billikheidsgronde aanspreeklik kan wees.<sup>107</sup> Hierdie aanspreeklikheid kom net ter sprake as derdes, soos byvoorbeeld die ouers of ander wat toesig gehou het, nie vir vergoeding van die skade verantwoordelik is nie en elke geval word na gelang van die omstandighede daarvan oorweeg.<sup>108</sup> Faktore wat in hierdie proses 'n rol speel is die vermoë van die kind-dader om verantwoordelikheid te aanvaar, die ernstigheidsgraad van die benadeling en die finansiële posisie van beide die kind-dader en die persoon wat die skade ly.<sup>109</sup> Hierdie skadeloosstelling mag ook nie op die reg of plig ten aansien van onderhoud inbreuk maak nie.<sup>110</sup>

Die minimumgrens vir strafregtelike aanspreeklikheid in die Duitse reg is veertien jaar.<sup>111</sup> Daar word letterlik bepaal dat so 'n kind skuldunbevoeg is ("schuldunfähig"). Tussen veertien en agtien jaar word daar in elke geval vasgestel of die kind vir die misdadig verantwoordelik gehou kan word.<sup>112</sup> Daar is dus ook in hierdie stelsel 'n aansienlike verskil tussen die deliktereg en die strafreg ten aansien van kinders se toerekeningsvatbaarheid.

<sup>101</sup> § 828.1. Daar kan interessantheidshalwe op gewys word dat hierdie minimumgrens in Nederland 14 jaar is: art 6:164 *BW*.

<sup>102</sup> § 828.2. Hierdie verkeersongelukke sluit nie net ongelukke in bewegende voertuie in nie, maar ook wanneer 'n kind met 'n fiets teen 'n stilstaande voertuig bots: BGH (30-06-2009) - VIZR 310/08, VersR 2009, 1136.

<sup>103</sup> § 828.3: "die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat", wat die subjektiewe toets vir toerekeningsvatbaarheid behels: Wagner "Children as tortfeasors under German law" in Martin-Casals (ed) *Children in Tort Law Part I: Children as Tortfeasors* (2006) 217 218-9.

<sup>104</sup> Wagner (n 103) 218.

<sup>105</sup> Markesinis en Unberath (n 100) 899.

<sup>106</sup> soos in baie Europese lande: Giliker *Vicarious liability in Tort a Comparative Perspective* (2010) 196 ev.

<sup>107</sup> § 829. Youngs (n 83) 435 noem hierdie moontlikheid die "last resort" om die dader en nie die eiser nie, die skade te laat dra.

<sup>108</sup> Ouers, voogde en toesighouers by bv kleuterskole en kampe is ing § 832 van die *BGB* aanspreeklik vir delikte van kinders onder hul toesig. Markesinis en Unberath (n 100) 709 ev beskryf hierdie as 'n tipe aanspreeklikheid wat op toegerekende nalatigheid gebaseer is. Die toesighouer wat in sy toesighoudingsplig gefaal het en die kind-dader is dan mededaders tov die benadeelde.

<sup>109</sup> Wagner (n 103) 223-7.

<sup>110</sup> Spindler en Rieckers *Tort Law in Germany* (2011) 29-30.

<sup>111</sup> § 19 van die *Strafgesetzbuch*.

<sup>112</sup> Schönke-Schröder *Strafgesetzbuch Kommentar* (2010). Vgl ook Labuschagne "Strafregtelike aanspreeklikheid van kinders weens nalatigheid" 1983 (46) *THRHR* 222 225. Hy toon ook aan dat dit daarop neerkom dat die kind die vermoë tot insig moet hê (insigbevoeg) en ook handelend dienooreenkomstig kan optree. Vgl die omskrywing van toerekeningsvatbaarheid in par 1 hierbo.

## 6 *Evaluasie en slotbeskouing*

Vyftien jaar gelede is gevra dat kinders se toerekeningsvatbaarheid in die deliktereg deur die wetgewer oorweeg word in die lig van die feit dat die gemeenregtelike beginsels wat op die strafreg van toepassing was, in wetgewing verander is.<sup>113</sup> Op daardie stadium het die Children's Act 38 van 2005 nog nie bestaan nie en kon die geleentheid deur die Regshersieningskommissie aangegryp gewees het.<sup>114</sup> Die beroep het op dowe ore geval.

Die vraag is of die verskille wat daar nou tussen die strafreg en die deliktereg ten opsigte van die toerekeningsvatbaarheid van kinders bestaan, aanvaar moet word en indien wel, hoe dit verklaar moet word. Ek kan myself nie met Barnes Macfarlane se opmerking hierbo in verband met die rol van die skuldvorm vereenselwig nie.<sup>115</sup> Die onderskeid het niks met die verskil tussen opset en nalatigheid te doen nie want delikte kan ook opsetlik en misdade onagsaam begaan word.

Die vraag kan ook met reg gevra word of rigiede ouderdomsgrense die antwoord bied. Dergelike grense kan selfs op veralgemenings berus wat die menslike uniekheid en individualiteit misken.<sup>116</sup> Stemme het egter opgegaan vir 'n "liability age framework" wat op interdissiplinêre navorsing berus, maar nie noodwendig deliktuele en strafregtelike aanspreeklikheid gelykstel nie.<sup>117</sup> Die verskillende bestemmings van die privaat- en publiekreg speel waarskynlik ook 'n rol.

Die doel van die privaatreë is om individue se private belange te erken en onderling teenoor mekaar af te baken. Waar skade dus normaalweg rus waar dit val (*res perit domino*), skop die deliktereg in wanneer een persoon se onregmatige, skuldige handeling nadeel aan 'n ander besorg. Op kompenserende wyse sorg die deliktuele remedies in sulke omstandighede dat die nadeel wat individue ly (en die vrede in die gemeenskap) herstel word.<sup>118</sup> Die fokus is in die eerste instansie op individuele belang, die benadeelde se belang. Die publiekreg daarenteen handhaaf openbare belange deur met strafsanksie op misdade toe te slaan.<sup>119</sup> Gevolglik is daar wesenlike verskille tussen die remedies van die straf- en deliktereg.<sup>120</sup> Myns insiens moet die verskille tussen die toerekeningsvatbaarheid van kinders in die deliktereg en die strafreg in hierdie lig aanvaar word. Dit verklaar ook hoekom kinders wie se paaie met die gereg bots se regte in al drie die regstelsels wat hier bespreek is meer nougeset beskerm word as kinders se regte op ander terreine.<sup>121</sup>

Ek sou gevolglik aan die hand doen dat die huidige (dalk selfs groter toekomstige) verskille tussen die ouderdomsgrense vir kinders se toerekeningsvatbaarheid in

<sup>113</sup> Davel (n 70) 609.

<sup>114</sup> SARK *Review of the Child Care Act* Werkstuk 13, Projek 110 (1998).

<sup>115</sup> afdeling 5 1 hierbo.

<sup>116</sup> Labuschagne "Strafregtelike aanspreeklikheid van kinders" 1978 *TSAR* 250 264-5 en 1983 *THRHR* 228.

<sup>117</sup> Ferreira "Putting the age of criminal and tort liability into context: A dialogue between law and psychology" 2008 (16) *International Journal of Children's Rights* 29 47-8, met verwysing na enersyds oa die kognitiewe ontwikkeling en volwassenheid van kinders en andersyds oa die stigma wat aan kriminele verantwoordelikheid kleef.

<sup>118</sup> Vgl Burchell (n 37) 156.

<sup>119</sup> Hiermee word ook die afskrikking- en vergeldingsfunksies van die strafreg gedien.

<sup>120</sup> *Le Roux v Dey* bied 'n uitstekende voorbeeld aangesien Dey steeds volhard en geslaag het met die deliktuele aksie (*actio iniuriarum*) tsv die strafregtelike en dissiplinêre prosesse wat die daders deurgemaak het (par 19, maar vgl ook par 76). Labuschagne stel dit eenvoudiger waar hy konstateer dat die "behoefes" van die privaatreë en die strafreg nie dieselfde is nie, in 1978 *TSAR* 255.

<sup>121</sup> Sandberg "The role of national courts in promoting children's rights" 2014 (22) *International Journal of Children's Rights* 1 19 in 'n vergelyking tussen kinders in die strafregstelsel se regte en kinders se regte wat immigrasiewette betref.

die straf- en deliktereg nie sonder meer opgehef word nie. As die wetgewer na al hierdie jare egter wel ingryp, sal dit met 'n wysiging van die Children's Act moet gebeur. Andersins kan die howe ingevolge artikel 39(2) van die Grondwet die gemeenregtelike reëls van die deliktereg ontwikkel mits sodanige ontwikkeling in die beste belang van kinders is.<sup>122</sup> In laasgenoemde geval moet egter ook rekening gehou word met die feit dat kinders nie net daders nie maar ook benadeeldes kan wees.<sup>123</sup>

## SUMMARY

### ACCOUNTABILITY OF CHILDREN IN THE SOUTH AFRICAN LAW OF DELICT

The rules and presumptions regarding children's accountability can be traced back to its origins in Roman law. These rules were applied in criminal law and were incorporated into the law of delict. Since then, South African courts have developed various aspects of the accountability and delictual responsibility of children. The enactment of the Child Justice Act in 2010 raised the minimum age of criminal responsibility and the ages at which the presumption of a minor being *doli incapax* is applied. The question of whether the law of delict has to follow suit is addressed in this contribution. In the law of delict, it is very important to establish whether a particular child is accountable or not, because once accountability is proven, the objective reasonable person test is applied.

A brief comparative survey is conducted in which children's delictual accountability in Scottish and German law is investigated. The applicable South African rules compare very favourably with both these systems. It is also established that the rules pertaining to children's accountability in delict are, in many systems, harsher than in criminal law.

The research suggests that any groundless adoption of the rules pertaining to accountability in the Child Justice Act 75 of 2008 is inappropriate and wrong. It is suggested that the difference between the objects of the law of delict and criminal law is more fundamental and centres on the different interests that are served by private and public law respectively. However, if the need to amend the rules regarding children's accountability in delict ever arises in future, an amendment of the Children's Act 38 of 2005 or development in line with the Constitution by the judiciary would be appropriate. It is argued very firmly that the Child Justice Act is not an appropriate vehicle for change in this regard.

<sup>122</sup> Met verwysing na a 28(2) van die Grondwet wat deur menige internasionale konvensies gerugsteun word, vgl oa a 3(1) van die Konvensie oor die Regte van die Kind.

<sup>123</sup> bv igv afknoery in skole.