

OWERHEIDSAANSPEEKLIKHEID VIR SKADE VEROORSAAK DEUR SLAGGATE IN OPENBARE PAAIE

McIntosh v Premier, KwaZulu-Natal 2008 6 SA 1 (HHA)

1 Inleiding

Naas biltong, braaivleis en sonskyn is slaggate op ons openbare weë sekerlik te bestempel as een van die bekendste (moderne) kenmerke van ons mooi land! Vir enigiemand wat maar slegs matig gebruik maak van die Suid-Afrikaanse padnetwerk, nie alleen in afgeleë gebiede nie, dog in die besigste metropolitaanse omgewings, sal hierdie stelling nie vreemd opval nie. Owerhede wat die verantwoordelikheid dra vir die bou en instandhouding van openbare paaie skyn ook op hoogte hiervan te wees, indien die proliferasie van slaggat-waarskuwingsborde voor oë gehou word: regsadviseurs vir hierdie liggame is oënskynlik terdeë bewus van die verpligtinge wat op hul werkgewers rus ten einde deliktuele aanspreeklikheid te vermy vir die doodslag, beserings en/of vermoënsverlies wat die gevolg mag wees van 'n ongeluk wat te wyte is aan die feit dat 'n bestuurder 'n slaggat getref of probeer vermy het.

Die grondbeginsels onderliggend aan die deliktuele aanspreeklikheid van 'n ower-

heidsliggaam vir die bovermelde tipe skade is in ons regstelsel goed gevestig. Daar is gewoonlik twee regsrae wat hier aan die orde kom. Die eerste kwessie betref normaalweg die vraag of daar 'n onregmatige versuim aan die kant van die betrokke owerheid was om voorsorgmaatreëls te tref ten einde padgebruikers te beskerm, welke vraag 'n ondersoek na die onregmatigheidselement van die delik behels en waar die regsplig wat op die owerheidsliggaam rus byvoorbeeld óf as gevolg van 'n vroeëre positiewe dadigheid (soos die bou van die betrokke pad) ontstaan het (die bekende *omissio per commissionem*-gevalle), óf spruit uit die beheer van gevaarlike eiendom (in die onderhawige tipe geval, die pad), óf voortvloei uit 'n regsreël wat 'n verpligting skep om positief op te tree (soos wetgewing oor die bou en instandhouding van paaie), óf in die breë ontstaan uit die regsoortuiging van die gemeenskap – die *boni mores*. (Sien bv Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (2006) 56-72; Van der Walt en Midgley *Principles of Delict* (2005) 85-86; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 31-48 en veral die behandeling in hierdie bronne van die sogenaamde “munisipaliteitsake”, asook *Minister v Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) wat allerweë as die groot sluitsteen beskou word vir die onsekerheid wat dekades lank ten aansien van die late as deliktuele aanspreeklikheidsgrond geheers het.) Die tweede vraag wat onvermydelik volg op 'n bevinding dat daar 'n onregmatige late aan die kant van die verweerder was wat die eiser se nadeel veroorsaak het of daartoe bygedra het, is of die verweerder deur enige skuldverwyt – in alle gerapporteerde gevalle die verwyt van nalatigheid – getref word. Vervolgens word die welbekende reëls (wat in wese gekodifiseer is in die *locus classicus Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430E-F) vir die vasstelling van nalatigheid dan toegepas.

Die onderhawige saak bied 'n tipiese voorbeeld van 'n geval waar 'n owerheidsliggaam versuim het om voorsorgmaatreëls te tref ten einde padgebruikers te beskerm teen die gevaarlike toestand wat geskep is deur die fisiese verval van die infrastruktuur van die openbare weg. Ofskoon die feite tipies dié van 'n geykte “munisipaliteitsaak” is, soek 'n mens in die *ratio decidendi* verniet (op een uitsondering na, tw *Cape Metropolitan Council v Graham* 2001 1 SA 1197 (HHA)) na 'n rits verwydings na die bekende (moderne) munisipaliteitsake. Appèlregter Scott behandel die nalatigheidskwessie op onmerkwaardige wyse in die lig van gevestigde metodiek, maar sy voorafgaande oorweging van die onregmatigheidsvraag is geskoei op die weg wat die hoogste hof van appèl onlangs al hoe meer inslaan by die oplossing van kwessies wat handel oor aanspreeklikheid vir 'n late in die konteks van die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies. Hierdie metode negeer die onderbou van die onregmatigheids- en nalatigheidselemente wat oor dekades in gevestigde Suid-Afrikaanse handboeke oor die deliktereg verkondig is en vind aansluiting by die standpunte van 'n akademikus soos Fagan (“Rethinking wrongfulness in the law of delict” 2005 *SALJ* 90; “Blind faith: a response to professors Neethling and Potgieter” 2007 *SALJ* 285), asook appèlregters Nugent (“Yes, it is always a bad thing for the law: a reply to professor Neethling” 2006 *SALJ* 557) en Brand (“Reflections on wrongfulness in the law of delict” 2007 *SALJ* 76) wat toetree tot die akademiese debat in nie-judisiële hoedanigheid, welke neiging reaksie uitgelok het van aanhangers van die sogenaamde “standard school” (om Fagan se terminologie te gebruik). (Sien bv Neethling en Potgieter “Die regsoortuigings van die gemeenskap as selfstandige onregmatigheidskriterium” 2006 *TSAR* 609, “Wrongfulness and negligence in the law of delict: a Babylonian confusion?” 2007 *THRHR* 120, “Noodtoestand: regverdigheds- en skulduitsluitingsgrond” 2007 *THRHR* 668, “In (self-)defence of the distinction between wrongfulness and negligence” 2007 *SALJ* 280; Neethling “The conflation of wrongfulness and negligence: Is it always such a

bad thing for the law of delict?" 2006 *SALJ* 204; Scott "Deliktuele vorderings teen die polisie: Nienakoming van 'n statutêre vervaltermyn en noodweersoorskryding" 2007 *TSAR* 188 193-194; "Middellike aanspreeklikheid van die staat weens manipulasie van 'n tenderproses" 2007 *TSAR* 569 578-580; "Railroad operator's failure to protect passenger against attack on train not negligent" 2009 *THRHR* 156; vgl verder Knobel "Die volgorde waarin die delikselemente onregmatigheid en skuld bepaal moet word" 2008 *THRHR* 1, "Thoughts on the functions and application of the elements of a delict" 2008 *THRHR* 650.) 'n Besige regspraktisyn sal hierdie hoogs teoretiese debat waarskynlik moeisaam vind, omdat die uitspraak van die hof in 'n geval soos die onderhawige waarskynlik nie sou afgewyk het van 'n uitspraak wat op die geykte akademies-aanvaarde sistematiek ten aansien van die verhouding tussen onregmatigheid en skuld berus het nie.

2 Feite en uitspraak

Die eiser (appellant), 'n ywerige fietsryer, is ernstig beseer toe hy hard met moeder aarde kennis gemaak het terwyl hy naartiglik probeer het om 'n groot slag te vermy. Hy was in die proses om met sy aangepaste bergfiets bergaf te jaag teen ongeveer 55 km/h toe hy op kort afstand die yslike gat (ongeveer 750 mm lank, 400 mm breed en 750 mm diep) reg in die middel van die pad gewaar het. Die gat was nie vir hom van ver af geredelik sigbaar nie, omdat dit tussen die twee ongebroke spersprepe, reg bo-oor die gebroke middellyn, geleë was. Omdat die betrokke teerpad onder die bestuur en beheer van die provinsiale owerheid geval het, is die premier en LUR van die departement van vervoer van KwaZulu-Natal respektiewelik as eerste verweerder (respondent) en tweede verweerder (respondent) gedagvaar.

Die eiser het in die Pietermaritzburgse hoë hof 'n vordering ingestel op grondslag van die provinsiale owerheid se beweerde nalatige versuim om toe te sien dat die slag-gat binne redelike tyd herstel word, of dat waarskuwingsborde aangebring word om padgebruikers van die aanwesigheid van slaggate te verwittig (3G). In die hof *a quo*, wat slegs oor die aspek van die verweerder se moontlike aanspreeklikheid moes beslis sonder om na die *quantum*-vraagstuk te kyk (3G), het regter Kruger klaarblyklik (sien 7B-D) uitsluitlik op die nalatigheidskwessie gekonsentreer (wat impliseer dat die hof aanvaar het dat die betrokke versuim van die provinsiale paaie-afdeling 'n onregmatige *omissio* daargestel het, indien die standaardbenadering tot die verhouding tussen die elemente van onregmatigheid en nalatigheid gevolg sou word). Hiervoor het die regter uitsluitlik gekonsentreer op die optrede van 'n provinsiale paaie-amptenaar (ene mnr Mbedu) wat in beheer was van 'n span wat weekliks 'n evaluasie van slaggate moes doen ten einde die hersteloperasies ten aansien van slaggate te prioritiseer en wat, ironies genoeg, slegs drie dae voor die eiser se ongeluk begin het met daadwerklike herstelwerk aan die trajek waarlangs die eiser gery het. Dit blyk dat nie alleen die gradering van slaggate ten opsigte van grootte (vanaf 'n klein graad 1- tot 'n groot graad 5-gat ingevolge 'n WNNR-handleiding, of 'n graad 1- tot graad 3-gat ingevolge 'n handleiding van die provinsie KwaZulu Natal se paaie-afdeling) 'n rol te speel gehad het in die beslissing oor die dringendheid van herstel nie, maar ook die ligging van die gat op die padoppervlakte. Beleidsmatig (7C) is 'n gat op die ryvlak 'n dringender prioriteit vir herstel as een in die middel van die weg (soos in die geval van die gat ter sprake), ten spyte daarvan dat dit, afhangend van die handleiding wat aangewend is, as 'n graad 5- of 3-gat bestempel kon word (4E-5A).

Wat verder duidelik af te lei is, is dat die verhoorhof in sy behandeling van die nalatigheidskwessie die vergrootglas uitsluitlik gefokus het op die tweede been van die bekende nalatigheidstoets, te wete of nadeel wat deur 'n redelike persoon voor-

sien sou word, ook redelikerwys *voorkombaar* sou gewees het vir die *diligens paterfamilias*. Dit is insiggewend dat regter Kruger wesentlik geen waarde geheg het aan die feit dat daar in die provinsiale begroting 'n onderbefondsing vir die instandhouding en onderhoud van paaie was nie (7C-D), en dat daar volgens die verweerders nie redelikerwys verwag kon word dat die paaie-afdeling meer moes doen as die saamstel van 'n interne onderhoudspan vir 'n bepaalde gebied (twee weeklikse inspeksies en evaluasies) en die inisiëring van die sogenaamde “Vulindlela”-program (wat nie *in casu* ter sprake was nie) waarin vir die herstelwerk aan paaie gebruik gemaak word van die dienste van opkomende kontrakteurs nie (5I-J). Die beslissing ten gunste van die verweerders, waarin tot die slotsom geraak is dat alle blaam vir sy beserings op die eiser self rus, is inderdaad gefundeer op 'n uiters eng benadering tot die nalatigheidsvraag:

“It [die hof *a quo*] held that Mr Mbedu’s modus operandi of attending first to what he considered to be the most serious damage to the road surface was reasonable, as was his attitude that, although he could not recall the pothole in question, he would not have attended to it immediately because of its location on the barrier line, but would first have attended to the other potholes which he considered to be the more serious (7C).”

Appèlregter Scott (met wie appèlregters Mthiyane, Nugent, Maya en Hurt saamstem) wys reeds vroeg in sy uitspraak daarop dat die verhoorhof fouteer het deur sy ondersoek na nalatigheid te beperk tot 'n evaluasie van mnr Mbedu se optrede kort voor die eiser se ongeluk (7E-G). Hy wys pertinent daarop (*loc cit*) dat daar uit sowel die pleistukke as die getuienis wat gelei is, gekonkludeer kan word dat die eiser se saak daarop berus het dat “the respondents’ negligence lay in its failure to ensure that the pothole in question was repaired long before 21 August 2008 [*sic*; die jaar waarin die ongeluk plaasgevind het was 2004] and long before it had grown to the size it had by that date” (7E). Nadat die hof die elemente van onregmatigheid en nalatigheid onder die loep geneem het, word bevind dat nalatigheid aan die kant van die verweerders se werknemers deur die eiser bewys is. In die besonder bevraagteken appèlregter Scott die versuim aan die kant van die paaie-administrasie, in die lig van laasgenoemde se verklaarde beleid ten aansien van die herstel van padoppervlaktes om die herstel van die betrokke slaggate vir so 'n lang periode te laat: “No rational reason presents itself as to why the pothole was left unrepaired for so long; nor was one advanced. In the circumstances the inference of negligence on the part of the respondents’ servants responsible for the inspection and repair of potholes ... is irresistible” (10H-I).

Ofskoon die hof dus die beslissing van die hof *a quo* ten aansien van die verweerders se nie-aanspreeklikheid verwerp, word daar egter beslis dat die eiser nie 'n vordering vir die verhaal van al sy skade het nie. Die optrede van die eiser om teen 'n baie hoë spoed bergaf te jaag, ten spyte daarvan dat hy terdeë bewus was dat slaggate in die pad aanwesig is, bring appèlregter Scott daartoe om te bevind dat die nalatigheidsverhouding tussen die eiser en verweerder se werknemers 60:40 ten gunste van die eiser is en dat die verweerder dus 60% van die eiser se bewese of ooreengekome skade moet goedmaak (11B-F).

3 Kritiese evaluering

3.1 Inleiding

In sy uitspraak waarvan die praktiese effek, wat die partye betref, noudiks vir kritiek vatbaar kan wees, begewe appèlregter Scott hom weer eens op die terrein van 'n

teoretiese evaluasie van die delikselemente onregmatigheid en nalatigheid. Getrou aan sy standpunte ingeneem oor die laaste paar jaar (vgl bv *Gouda Boerdery BK v Transnet* 2005 5 SA 490 (HHA); *Shabalala v Metrorail* 2008 3 SA 142 (HHA) en vgl die gelykluidende teoretiese benadering van sy ampsbroeders ar Harms in *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA) en *Steenkamp NO v Provincial Tender Board, Eastern Cape* 2006 3 SA 151 (HHA); en ar Brand in *Trustees, Two Oceans Aquarium Trust v Kantey & Templer (Pty) Ltd* 2006 3 SA 138 (HHA)), benader hy hierdie terreine op 'n wyse wat afwyk van die geykte handboekmodel waarvan hierbo reeds gewag gemaak is en ten aansien waarvan die onlangse hewige debat oor die ware metodiek en grondslag van onregmatigheid en nalatigheid as delikselemente aan die woed is.

Om weer eens in 'n evaluasie van die onderhawige uitspraak die punte van kritiek te herhaal wat reeds deur die aanhangers van die “standard school” teen die resente neiging in die hoogste hof van appèl geopper is, sal waarskynlik volgens iemand soos Fagan geen praktiese doel dien nie. (Sien bv Fagan 2007 *SALJ* 285 288 wat soos volg op die formalisme van *stare decisis* steun: “The law, in this instance, is made by the cases. When twenty cases apply a particular rule, and only two cases apply its antitheses, it would require an ingenious argument to show that the law is made by the two rather than the twenty. That is all the more so if some of the twenty postdate the two.”) Daar is 'n ou Latynse spreuk wat al vroeër te lande in die akademiese debat aangewend is (sien Kahn “Appendix on jurisdiction and conflict of laws” in Hahlo *The South African Law of Husband and Wife* (1975) 629; Forsyth *Private International Law* (2003) 280) om die oppergesag van die destydse appèlafdeling van die hooggeregshof ten aansien van regspraak elegant uit te druk, te wete: *Roma locuta est, causa finita est*. (Letterlik vertaal lui dit: “Wanneer Rome (dws die Pous) gespreek het, is die saak afgehandel.” In hierdie *dictum* wat aan die kerkvader Augustinus van Hippo (354-430) toegeskryf word (sien Pöppelmann *Nomen est Omen* (2008) 30) het “Roma” dan in konteks van die regspraak in Suid-Afrika uiteraard na die appèlafdeling verwys.) In die lig daarvan dat die konstitusionele hof in die huidige bedeling 'n hoër status geniet as die hoogste hof van appèl, mag 'n beroep op hierdie Latynse wysheid egter juis daarop wys dat die kwessies onder bespreking nie finaal bygelê is nie, gesien die feit dat die konstitusionele hof onlangs in 'n *obiter dictum* in beginsel die teoretiese uiteensetting van Neethling, Potgieter en Visser van die wese van 'n onregmatige late as eisoorsaak gevolg het, toe adjunk-hoofregter Moseneke dit beskryf het as “the failure to fulfil a duty to prevent harm to another” (*Steenkamp NO v Provincial Tender Board, Eastern Cape* 2007 3 SA 121 (KH) 138D, my kursivering).

Verder is die aangehaalde woorde van Fagan myns insiens, vanweë die feit dat dit klaarblyklik in hiperbool-styl geskryf is met die oog op die bereiking van die maksimum effek om sy argument sterk af te sluit, ietwat misleidend: die pro-anti verhouding van 20:2 is nie akkuraat nie en verder – en hierin lê waarskynlik die sterkste argument teen sy metodiek en die van skrywers in sy kamp – is dit uit regswetenskaplike perspektief te betwyfel of die hoogste hof van appèl (of enige hof, hoegenaamd) se uitsprake waarin die *metode* om onregmatigheid of nalatigheid vas te stel, uiteengesit word as *presedente* in die ware sin van die woord beskou kan word. Die presedenteleer is immers grondliggend in die lewe geroep om regsekerheid te waarborg deur daarteen te waak dat howe nie lukraak afwyk van gepositiveerde *regsreëls* en *-beginsels* (asook die *toepassingsterrein* van sodanige reëls en beginsels) uiteengesit in die *ratio decidendi* van vroeëre uitsprake nie. (Insiggewend in hierdie verband is die *dictum* van hr De Villiers in *Collett v Priest* 1931 AD 290 302 waarin hy verklaar dat “whatever the reasons for a decision may be, it is the

principle to be extracted from the case, the *ratio decidendi*, which is binding, and not necessarily the reasons given for it"; sien verder *Pretoria City Council v Levinson* 1949 3 SA 305 (A) 316-317.) Voorbeelde van sodanige gepositiveerde regsreëls in die kader van *stare decisis* is dat 'n nalatige wanbewering 'n deliktuele eisoorzaak is (sien *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* 1979 3 SA 824 (A)) en dat 'n eggenote wat in gemeenskap van goed met haar man getroud is, ten spyte van die bestaan van 'n gemeenskaplike boedel en in weerwil van die bestaan van artikel 18 van die Wet op Huweliksgoedere 88 van 1984, skadevergoeding van haar voormalige eggenoot kan eis vir vermoënskade wat sy gelyk het as gevolg van die feit dat hy haar tydens die bestaan van hul huwelik op onregmatige, skuldige wyse beseer het (*Van der Merwe v Road Accident Fund* 2006 4 SA 230 (KH)). Die metode wat hoofregter Rumpff in die eersgenoemde en adjunk-hoofregter Moseneke in die laasgenoemde uitspraak aangewend het om tot hul finale beslissing en formulering van die toepaslike regsreël vir die beslissing van die bepaalde dispuut te geraak, vorm na my mening nie in 'n suiwer tegniese sin 'n presedent nie. (Sien ook die kritiese bespreking van laasgenoemde uitspraak deur Sonnekus "Skadevergoedingseise by huwelike in gemeenskap van goed" 2006 TSAR 848-863.)

Die argument dat die hoogste hof van appèl se benadering ten aansien van die vasstelling en verhouding van onregmatigheid en nalatigheid nou volgens die presedenteleer bindend is, verloor ook gemaklik uit die oog dat dieselfde hof in resente tye nie gekroom het om sonder veel wroeging wel van vroeëre presedente af te wyk nie. So het appèlregter Scott byvoorbeeld in die *Gouda Boerdery*-saak (498) die uiteensetting van hoofregter Rumpff in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* (833 – waarna ar Scott spesifiek as gesag verwys 498 n 7), en waar daardie regter met goedkeuring verwys het na die verduideliking van Millner (*Negligence in Modern Law* (1967) 26) bloot negeer (sonder om te verklaar dat daardie stelling *per incuriam* gemaak is) dat die metode van vasstelling van onregmatigheid, deur te ondersoek of daar 'n regsplig verbreek is, niks te doen het met redelike voorsienbaarheid nie. In die konteks van ons huidige bespreking is dit nogal veelseggend wie die regter is wat hier sonder meer 'n vroeëre "presedent" negeer het. 'n Verdere resente voorbeeld van 'n afwyking van gevestigde presedent (wat selfs die gemenerereg oor 'n bepaalde aspek oor 'n lang periode bevestig het) is te vinde in die uitspraak van appèlregter Heher in *Linvestment CC v Hammersley* (2008 3 SA 283 (HHA)). Hy beslis dat hy nie meer gebonde is aan die reël van ons reg insake erfdiensbaarheid dat die eienaar van 'n dienende grondstuk geen aanspraak het om die roete te verander van 'n *simpliciter* toegekende serwituutpad waarop vroeër ooreengekom is deur die partye se regsvoorgangers nie. Hoewel daardie reël al meer as 90 jaar gelede deur die appèlhof as juis aanvaar is, het appèlregter Heher nietemin 'n bevel verleen wat sodanige roeteverandering magtig.

Laasgenoemde voorbeelde behoort as waarskuwing te dien vir diegene wat in 'n akademiese debat oor die regsteorie geredelik die "meganiiese" hulpmiddel van 'n beroep op die presedenteleer bysleep. In die lig van bogaande is dit ook insiggewend hoe daar met betrekking tot die Duitse reg – wat beroemd (of selfs berug) is vir die hoeveelheid teoretiese bespiegeling wat daar oor elke denkbare onderwerp onder kommentatore bestaan – geredelik aanvaar word dat wyduiteenlopende teoretiese denkmodelle naas mekaar kan bestaan, die effek van die toepassing waarvan meestal identies of ten slegste nabyliggend is. Nadat Markesinis in sy voortrefflike Engelstalige werk oor die Duitse verbintenisreg (II *The German Law of Obligations* (1997) 70) die struktuur van die delikselement van onregmatigheid in die Duitse deliktereg verduidelik het aan die hand van twee uiteenlopende benaderings, naamlik dat die onregmatigheid van 'n gedraging enersyds volgens die vroeëre benadering

in die veroorsaking van 'n skadelike gevolg geleë is (*Erfolgsunrecht*) en, andersyds (ingevolge 'n meer onlangse sienswyse), dat die handeling *qua* handeling onregmatig is (*Handlungsunrecht*), laat hy hom soos volg uit:

"In practical terms ... these two theories will, in the vast majority of cases, produce the same result, for it makes little *practical* difference if one's liability under § 823 I *BGB* is excluded for lack of fault or unlawfulness. As Professor Kötz has remarked (*Deliktsrecht*, no 99) 'one can scarcely imagine a case which the proponents of the old and new theories would solve in a different manner'."

Uitsprake van die Duitse howe lyk natuurlik veel anders as dié van 'n Suid-Afrikaanse hooggeregshof. Die vorm van ons vonnisverslae is op die Engelse lees geskoei, waar die regters meer geneig is tot lengte en waarin die feite en *ratio decidendi* soms in die grootste detail uiteengesit word, terwyl 'n tipiese uitspraak van die *Bundesgerichtshof* tussen 2 000 en 2 500 woorde beslaan (Markesinis 8) en meer op die punt af is. Anders as in die (normale) Suid-Afrikaanse hofverslae word akademiese literatuur oor die betrokke onderwerp formeel gelys en kan 'n blote verwyising na sodanige bron ter staving van 'n punt die hof se eie volledige uiteensetting vervang (vgl Markesinis 9-10). Gesien die volslae afwesigheid van 'n formele vorm van *stare decisis* in daardie regstelsel, sal dit uiteraard vir 'n Duitse regter makliker wees om in sy/haar bevinding van vroeëre uitsprake te verskil en 'n bepaalde teoretiese standpunt te volg wat tot hom/haar spreek. Vir ons regters is die presedenteleer uiteraard meer van 'n werklikheid en 'n beperking. Alhoewel, soos flussies aange-ton, die stelsel by ons nie rigied is nie en daar talle voorbeelde van afwykings van vorige presedent bestaan, sal 'n Suid-Afrikaanse regter beslis veel meer geïnhibeerd voel om af te wyk van bestaande presedent as sy/haar Duitse eweknie. Indien daar egter voor oë gehou word wat hierbo betoog is aangaande die kruks van die presedenteleer, naamlik dat 'n hof se gebondenheid aan vroeëre uitsprake meer bestaan ten aansien van gevestigde gepositiveerde *regsreëls* as onderliggende *teorieë* vir die bestaan van daardie reëls, is ons regsprekers waarskynlik vryer om hul menings te verander as wat algemeen aanvaar word. Die beroemde *dictum* van regter Mansfield in *Somerset v Stewart* ((1772) 20 State Tr 1) weerspieël die kern van die gedagtegang wat as grondslag vir hierdie mening kan dien: "I care not for the supposed dicta of judges, however eminent, if they be contrary to all principle."

3.2 Die onregmatigheidsvraag

Appèlregter Scott skop sy behandeling van die onregmatigheidsvraag af met 'n sin wat onmiddellik die argwaan sal wek van diegene wat die tradisionele handboekbenadering van onregmatigheid en nalatigheid huldig: "As repeatedly stated by this court, a negligent omission, unless wrongful will not give rise to delictual liability" (7H). Vir alle praktiese doeleindes is hierdie formulering identies aan die uiteensetting van die onregmatigheidselement wat hy in sy laaste gerapporteerde uitspraak verskaf het (*Shabalala v Metrorail* 144J; vir resente kritiek hierop, sien Scott 2009 *THRHR* 156). Soos in die *Shabalala*-saak beroep appèlregter Scott hom op die uitspraak van sy ampsbroeder Brand in die *Trustees, Two Oceans Aquarium Trust*-saak (144), welke laaste uitspraak ook allerweë beskou word as een van die steunpilare van die "alternatiewe" beskouings oor die aard, wese en verhouding van onregmatigheid en skuld (meer bepaald, nalatigheid) as delikselemente. Sonder om weer in besonderhede op die veelheid van teoretiese besware (asook die teenargumente daarteen: soos beliggam in die debat tussen veral Neethling en Potgieter aan die een en Fagan aan die ander kant) teen die alternatiewe standpunt te wys, dien slegs (weer eens) op die grootste enkele *logiese* probleem onderliggend aan die regter se

aangehaalde sin gewys te word. Alhoewel dit verblydend is dat die hof – anders as in die Engelse reg ten aansien van die “tort” van “negligence” – (nog) nie sy standpunt laat vaar het dat sowel onregmatigheid as skuld (*in casu* nalatigheid) onontbeerlike delikselemente is nie (sien bv *Sea Harvest Corporation (Pty) Ltd v Duncan Dock Cold Storage (Pty) Ltd* 2000 1 SA 827 (HHA) 837G; *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA) 441F-G), postuleer die regter by noodwendige implikasie dat nalatigheid aan die kant van ’n verweerder in materiële sin kan bestaan, sonder dat onregmatigheid vooraf bepaal is. Geredelik word toegegee dat die algemeen aanvaarde omskrywing van die *diligens paterfamilias*-toets vir nalatigheid in *Kruger v Coetzee* (430E-F) nie in soveel woorde die bestaan van onregmatigheid van die verweerder se gewraakte optrede as ’n onontbeerlike vóórvereiste vir ’n bevinding van nalatigheid aan sy/haar kant postuleer nie, dog die feit dat nalatigheid as skuldvorm die *verwythbaarheid* of *blaamwaardigheid* van die eiser se optrede uitdruk (sien bv hoofregter Rumpff se beskrywing van skuld as “blaam of verwyt in regsverband” in *Union National South British Insurance Co Ltd v Vitoria* 1982 1 SA 444 (A) 456A en Van der Merwe en Olivier 110-111), dui logieserwys daarop dat die onregmatigheidsvraag bygelê moet word vóórdat die vraag na nalatigheid aan die orde kom. Mens kan met reg vra: hoe kan ’n dader regtens *verwyt* word indien die optrede ter sprake regmatig is? Die Suid-Afrikaanse handboek waarin hierdie algemene waarheid tans die beste beskryf word, is dié van Van der Walt en Midgley (155; sien ook Knobel 2008 *THRHR* 8):

“The Supreme Court of Appeal appears to be vacillating on the issue as to whether wrongful conduct on the part of the defendant is logically an indispensable prerequisite for the existence of fault. Knowledge of the lawful nature of the conduct is implicit in a reasonable person’s behaviour, and a reasonable person will not act unlawfully. So, if a reasonable person is someone who obeys the law at all times, then wrongfulness must be anterior to negligence. In our view, wrongful conduct on the part of the defendant is logically and indispensably a prerequisite for the existence of fault.”

Daar is wel ’n uitweg om te ontsnap uit die dilemma wat geskep word deur die aangehaalde *dictum* van appèlregter Scott, en dit is om te aanvaar dat hy die woord “negligent” hier in ’n losse, nie-tegniese sin aanwend, naamlik om eerder die *prima facie* onredelikheid uit te druk van die verweerder se optrede in ’n bepaalde geval wat sig vir beoordeling voordo. Indien dit wel die geval sou wees, doen die regter se formulering nie afbreuk aan die standpunt van die meerderheid van akademici dat die ondersoek na onregmatigheid dié van nalatigheid logieserwys voorafgaan nie. Hierdie insig het ek kort vantevore elders uitgespreek (2009 *THRHR* 160-161). Ook in die moderne Engelsregtelike literatuur bespeur ’n mens hierdie tendens. Deakin, Johnston en Markesinis (*Markesinis and Deakin’s Tort Law* (2008) 20) waarsku soos volg:

“Negligence ... in one sense refers to the state of mind of a person who fails to advert to the foreseeable consequences of his conduct, as a reasonable man would have done. In another sense it refers to careless behaviour, which is the failure to act as a reasonable man who, having foreseen the consequences, would have acted. Yet a third use of ‘negligence’ denotes a separate tort of that name. ... It is with the last two meanings that the law of tort is mainly concerned.”

Dit is veral insiggewend dat lord Macmillan in een van die belangrikste Engelse uitsprake oor *negligence* as onregmatige daad, *Donoghue v Stevenson* (1932 AC 562 618-619), ook waarsku teen die losse gebruik van terminologie in die konteks van hierdie aspek:

“The law takes no cognisance of carelessness in the abstract. It concerns itself with carelessness

where there is a duty to take care and where failure in that duty *has caused damage*. In such circumstances carelessness assumes the legal quality of negligence and entails consequences in [the] law of negligence” (my kursivering).

Die gekursiveerde woorde verduidelik dat onagsaamheid (in nie-tegniese sin: “carelessness”, of “negligence” soos appèlregter Scott dit bedoel in die uitdrukking “negligent omission” (7H, waarna hierbo verwys is)) eers as nalatigheid (in tegniese sin: “negligence”) beskou kan word as vasgestel is dat die verweerder se gewraakte optrede skade veroorsaak het. Eers dan is die onagsaamheid as *verwythbaar* te beskou en kwalifiseer dit as skuld in die gedaante van nalatigheid. Volgens die heersende leer onder plaaslike juriste is die bestaan van onregmatigheid, in plaas van skade, die aanduiding dat die verweerder se onagsaamheid juridies verwythbaar is en daardeur as ’t ware ’n metamorfose tot nalatigheid ondergaan. Die Engelse reg ken glad nie die vereiste van onregmatigheid of selfs die leerstuk van subjektiewe regte nie. Derhalwe kan ’n Engelse juris nie uitdrukking gee aan die idee dat onregmatigheid ’n voorvereiste vir nalatigheid is nie. Daar moet hier in gedagte gehou word dat onregmatigheid volgens die huidige Suid-Afrikaanse leer eers bestaan as daar ’n aantasting van die individuele regsbeskermde belang van die eiser bestaan (skending van die subjek-objek-verhouding), gekoppel met die feit dat sodanige aantasting ook objektief onredelik moet wees (skending van die subjek-subjekte-verhouding: vgl Neethling, Potgieter en Visser 33 en 48-49). Daar word in oorweging gegee dat die voorvereiste van *damage* soos dit in lord Macmillan se aanhaling hierbo verskyn, in wese dieselfde gedagte-inhoud weergee as dié van plaaslike juriste wat onregmatigheid as voorvereiste vir nalatigheid in tegniese sin voorstaan: *damage* is vir alle praktiese doeleindes ’n aanduiding dat daar wel ’n inbreuk op die subjek-objek-verhouding (tussen die eiser en sy regsbeskermde vermoëns- en/of persoonlikheidsbelang) plaasgevind het; die Engelse juris besit geen konstruksie waardeur hy die inbreuk op die subjek-subjekte-verhouding (tussen die eiser en die res van die gemeenskap) kan voorstel nie. Dus is die Engelsregtelike *damage*-voorvereiste vir nalatigheid vir alle *praktiese* doeleindes identies aan die Suid-Afrikaanse siening dat onregmatigheid sodanige voorvereiste is.

Vervolgens sou ek graag wou betoog dat die resente tendens van regters van die hoogste hof van appèl om te vra of ’n *nalatige* versuim onregmatig is, ’n losse of nie-tegniese aanwending is van die begrip “negligence”, soos in die eerste sin uit *Markesinis and Deakin’s Tort Law* waarna flussies verwys is. (Sien, gelykluidend, Van der Walt en Midgley 67.) In die onderhawige saak word hierdie vermoede versterk deurdat appèlregter Scott, nadat hy sy uiteensetting van die onregmatigheds-kwessie afgesluit het, verklaar dat “[t]he second inquiry is whether there was fault, in this case negligence” (8H). Sodanige stelling – waarmee hy sonder enige sweem van twyfel na nalatigheid in tegniese sin as element van die delik verwys – sou tog sinloos wees, indien (tegniese) nalatigheid reeds as determinant vir onregmatigheid gedien het. Indien my insig hieroor aanvaar sou word (wat ondersteun word deur die heel resente aanwending van “causative negligence” as terminologiese beskrywing van nalatigheid in sy tegniese sin as delikselement deur ar Cloete in *Transnet Ltd v Witter* 2009 1 All SA 164 (HHA) 168j), word ’n belangrike twispunt tussen die strydende partye in die huidige debat oor onregmatigheid en nalatigheid uit die weg geruim. Indien ek my sou misgis dat dit die geval is, is die afleiding onvermydelik dat die hof besig is om óf nalatigheid aan te wend in sy tegnies-juridiese sin (te wete “causal negligence”, wat ooreenstem met die tweede betekenis in die pas aangehaalde verwysing) as determinant vir onregmatigheid wat, soos pas aangetoon, logies onbestaanbaar is, óf dan eenvoudig die gewaande beginsels van die Engelse

tort van *negligence* toe te pas (sonder om ag te slaan op die implikasie van lord Macmillan se waarskuwing). Dit dan ten spyte daarvan dat regters uitdruklik daarteen waarsku (sien ar Scott se bespreking 9A-C; ar Harms in *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 468C; en ar Brand in *Trustees, Two Oceans Aquarium Trust v Kantey & Templer (Pty) Ltd* 144F).

'n Aanduiding van die onregmatigheid van die late in die onderhawige saak is te vind in die bepalings van artikel 3(1) van die *KwaZulu-Natal Provincial Roads Act* 4 van 2001 waardeur die betrokke minister opgedra word om die provinsiale paaientruwe te administreer ooreenkomstig nasionale en provinsiale norme, onder andere “to achieve optimal road safety standards within the Province” en “[to] protect and maintain provincial road network assets”. Die wetgewer was omsigtig genoeg om die omvang van hierdie verpligtinge in artikel 3(2) te beperk tot wat moontlik is “within the Province’s available resources” (8C-D). Dit staan vas dat die bestaan van wetgewing wat 'n bepaalde verpligting op 'n openbare liggaam lê, aanduidend kan wees van die bestaan van 'n privaatregtelike regsplig, verbreking waarvan onder gepaste omstandighede 'n onregmatige versuim sal daarstel (sien bronne in par 1 hierbo aangehaal). Appèlregter Scott beskou dit kennelik as onnodig om in besonderhede op hierdie aspek in te gaan, behalwe om in die lig van gevestigde beginsel te waarsku dat “a public-law obligation does not necessarily give rise to a legal duty for the purpose of the law of delict” (8D, met 'n beroep op *Rail Commuters Action Group v Transnet Ltd t/a Metrorail* 2005 2 SA 359 (KH) 401D-402C; sien ook *Minister v Polisie v Ewels* 596C; *Minister of Law and Order v Kadir* 1995 1 SA 303 (A) 321J-322A).

Op hierdie stadium onderbreek die regter sy ondersoek na onregmatigheid op abrupte wyse, deur artikel 9(3) van die onderhawige wetgewing aan te haal (8E-F): “The Minister [ie second respondent] is not liable for any claim or damages arising from the existence, construction, use or maintenance of any provincial road, except where the loss or damage was caused by the wilful or negligent act or omission of an official.” Hierdie bepaling beweeg die hof om geen bevinding te maak ten aansien van die onregmatigheid al dan nie van die tersake versuim om die slaggete herstel nie en om onmiddellik te vervolg met die ondersoek na nalatigheid (8G): “But what is quite plain is that a negligent omission of an official in relation to the matters referred to is expressly excluded from the exemption contained in the section.”

Die gedagtegang is kennelik dat indien daar 'n bevinding is van nalatigheid, die vrywaring vervat in artikel 9(3) nie toepaslik sal wees nie. Wat egter uit die oog verloor word, is dat onregmatigheid nog steeds 'n onontbeerlike delikselement is (selfs ingevolge die “moderner” siening van die hoogste hof van appèl self). 'n Moontlike interpretasie is dat die hof by implikasie hier by artikel 9(3) inlees dat die onregmatigheidselement in 'n geval soos die onderhawige verval, omdat die wetgewer na 'n “negligent act or omission” en nie na 'n “*wrongful*, negligent act or omission” verwys nie. Indien die wetgewer se aangewende terminologie van “*negligent act or omission*” sy geïkte betekenis soos verkondig deur die aanhangers van die “standard school” gegee sou word, te wete dat 'n bevinding van onregmatigheid 'n voorvereiste vir 'n bevinding van nalatigheid is, dan was dit vir die wetgewer onnodig om 'n pertinente verwysing na “*wrongfulness*” te maak. Hierdie interpretasie word versterk deur die insluiting in die subartikel van 'n “wilful” handeling of versuim. Om anders te redeneer, sou impliseer dat ons reg 'n opsetsbegrip ken wat mank gaan aan die komponent van onregmatigheidsbewussyn – 'n argument wat skaars staande kan bly in die lig van oorweldigende gesag wat onregmatigheidsbewussyn (waarvoor onregmatigheid logieserwys 'n voorvereiste is) as onontbeerlike opsetskomponent daarstel. (*Iniuriam nemo facit qui non scit se iniuriam facere* (D 47 10

3 2); sien bv *Dantex Investment Holdings (Pty) Ltd v Brenner* 1989 1 SA 390 (A) 396D; *Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Kyriacou* 2000 4 SA 337 (O) 342A; *Khumalo v Holomisa* 2002 5 SA 401 (KH) 415D; sien verder Neethling, Potgieter en Visser 114-115; Van der Walt en Midgley 157; Van der Merwe en Olivier 123-125.) Op hierdie stadium sou die hof dus reeds 'n bevinding oor onregmatigheid kon gemaak het en, indien bevind sou gewees het dat daar geen onregmatige late voorhande was nie, sou 'n beslissing ten gunste van die respondente moes volg. Omdat dit egter nie gebeur het nie en die regter voortgegaan het om nalatigheid te ondersoek, kleef daar nou hierdie onsekerheid aan die uitspraak. Daar word aan die hand gedoen dat appèlregter Scott se versuim om pertinent oor die aan- of afwesigheid van onregmatigheid 'n beslissing te maak, 'n wesentlike gebrek in die *ratio decidendi* daarstel. In die lig van bestaande beginsel kan ten beste aanvaar word dat sy latere bevinding dat daar *in casu* wel van nalatigheid sprake was, op 'n *veronderstelling* van onregmatigheid berus. (Sien ook my alternatiewe interpretasie in par 3.4 *in fine* hieronder.)

3.3 Die nalatigheidsvraag

Die klassieke formulering waarvolgens nalatigheid in die Suid-Afrikaanse reg vasgestel moet word soos vervat in die *Kruger*-saak (430E-F), vorm die grondslag van appèlregter Scott se uitspraak (8H) en behoef as sodanig geen indringende bespreking nie. Nalatigheid is aanwesig wanneer die redelike persoon in die skoene van die onregmatige dader die gewraakte nadeel redelikerwys sou voorsien het, redelike stappe sou gedoen het om dit te voorkom en die dader versuim het om daardie stappe te doen. Die hof wys daarop dat die sogenaamde “voorkombaarheidsbeen” van hierdie toets soms ingevolge die nakoming of nienakoming van 'n plig uitgedruk word “and the inquiry is said to be simply whether the defendant had a duty to take one or other step, such as drive in a particular way or perform some or other positive act, and, if so, whether the failure on the part of the defendant to do so amounted to a breach of that duty” (8J). Veelseggend (en ietwat ironies) is die hof se daaropvolgende waarskuwing dat die “regspilg” waaroor dit hier gaan, nie met die begrip “regspilg” in die konteks van onregmatigheid verwar moet word nie, “because this confusion was not only apparent in the arguments presented to us in this case but is frequently encountered in reported cases” (9A). In die lig van hierdie hof se resente uitsprake met betrekking tot die onregmatigheids- en nalatigheidskwessie, is dit my vaste oortuiging dat hierdie verwarring eerder nog in intensiteit gaan toeneem.

Toepassing van die eerste been van die nalatigheidstoets op die onderhawige feite besorg die hof hoegenaamd geen hoofbrekens nie. Aan die hand van deskundige getuienis word bevind dat die nadeel wat kan voortvloei uit 'n bestuurder se pogings om 'n slaggat te vermy gereedelik voorsienbaar was en dat die eiser se skade in die onderhawige geval insgelyks die toets van voorsienbaarheid slaag. Ofskoon die omstandighede wat sy ongeluk omring het ietwat ongewoon voorkom, doen dit nie afbreuk aan die algemene voorsienbaarheid van die nadeel wat hy gely het nie, want “it is well established that it is sufficient if the *general nature* of the harm to the injured party was foreseeable; it is not necessary that the precise manner of its occurrence be foreseeable” (9E, my kursivering). Hierdie *dictum* van appèlregter Scott openbaar dat hy in wese 'n voorstander is van die abstrakte (of absolute) benadering tot die voorsienbaarheidstoets. (Sien vir die verskil tussen hierdie en die konkrete (of relatiewe) benadering Neethling, Potgieter en Visser 134-137.) Dié voorkeur oefen hoogs waarskynlik 'n invloed uit op hoe hierdie regter die verhouding tussen onregmatigheid en nalatigheid sien. (Sien my suggestie in hierdie verband in “Railroad

operator's failure to protect passenger against attack on train not negligent" 2009 *THRHR* 156 160-161.) Die regter maak klaarblyklik na die voorbeeld van vorige gewysdes waarin hierdie benadering gevolg is, die voorsienbaarheid van die algemene aard van die gelede skade en nie enige nadeel (nadeel in die algemeen) nie, die objek van voorsienbaarheid. (Sien bv *Ocean Accident and Guarantee Corporation Ltd v Koch* 1963 4 SA 147 (A) 152H; *Botes v Van Deventer* 1966 3 SA 182 (A) 191A-G; *Kruger v Van der Merwe* 1966 2 SA 266 (A) 272F-G.)

In 'n sekere mate is die hof se behandeling van die voorkombaarheidsbeen onmerkwaardig, namate die normale faktore vermeld word wat 'n hof in die beoordeelingsproses sal aanwend, soos die aard en omvang van die risiko inherent in die verweerder se optrede, die ernstigheidsgraad van die nadeel indien dit sou intree en die las wat effektiewe voorkomingsmaatreëls op die verweerder sou plaas (9F-G; sien Van der Walt en Midgley 179-183; Neethling, Potgieter en Visser 138-141). Insiggewend is dat geeneen van hierdie faktore op die feite toegepas word nie. 'n Vierde faktor wat normaalweg voorgehou word, te wete die relatiewe belangrikheid en doel (doelmatigheid) van die verweerder se optrede, word glad nie in soveel woorde vermeld nie. Dit wil op die oog af voorkom of die hof hier 'n nuwe, addisionele oorweging bysleep wat hy wel op die feite voorhande toepas. In hierdie konteks laat die hof hom soos volg uit:

"Where, however, a public authority is involved a further consideration arises. It is this; a court when determining the reasonableness or otherwise of an authority's conduct will in principle recognise the autonomy of the authority to make decisions with regard to the exercise of its powers. Typically, a court will not lightly find a public authority to have failed to act reasonably because it elected to prioritise one demand on its possibly limited resources above another. Just where the line is to be drawn is no easy matter and the question has been the subject of much judicial debate both in England and other Commonwealth countries. ... But whether the criterion to be applied is ultimately one of rationality or some other principle is unnecessary to decide" (9G-J).

Soos uit die laaste aangehaalde sin blyk, beskou appèlregter Scott dit as onnodig om te beslis watter beginselgrondslag hierdie oorweging onderskraag. Dit laat die kommentator vry om voorstelle in hierdie verband te maak. Enersyds kan geargumenteer word dat 'n outonome owerheid wat oor die inherente diskresie beskik om sy beperkte fondse na eie oordeel doelmatig aan te wend ter bereiking van 'n doelwit in 'n sfeer wat hy hoër geprioritiseer het as 'n ander sfeer waarvoor daar nou minder of geen fondse beskikbaar is nie, ooreenkomstig die bovermelde doelmatigheidsoorweging (die vierde faktor) nie noodwendig beskou sal word om nadeel te kon voorkom het wat vir 'n ander persoon ontstaan het as gevolg van die nie-beskikbaarheid van fondse in die minder belangrike sfeer nie. Volgens hierdie redenasie is die hof se uiteensetting wesentlik 'n toepassing, *in die konteks van die nalatigheidsondersoek*, van die doelmatigheidsoorweging wat appèlregter Scott nie *eo nomine* vermeld het nie. Andersyds steek daar myns insiens ook meriete in 'n interpretasie dat die hof hier, ten spyte van die feit dat hy hom op hierdie stadium van die uitspraak oor nalatigheid uitlaat, in wese verklaar dat 'n outonome owerheid wat sy diskresie behoorlik uitoefen ingevolge magtigende wetgewing *nie onregmatig handel* wanneer die uiteindelijke gevolg van sodanige besluit is dat iemand nadeel ly as gevolg van die versuim van die owerheid om geld vir 'n doel wat minder belangrik geag word, te bestem nie: die geykte kategorie waaronder sodanige onregmatige versuim (*omissio*) tuisgebring sou kon word, is "regsvoorskrifte" as bron van die regsplig om positief op te tree (indien die uiteensetting van Neethling, Potgieter en Visser 62-66 as gesaghebbend beskou kan word).

Dit val op dat die hof ten aansien van bovermelde aangehaalde standpunt uitsluit-

lik na Engelse, Kanadese en Australiese regspraak verwys (*Stovin v Wise (Norfolk County Council, Third Party)* 1996 AC 923 (HL), 1996 3 All ER 801; *Gorringe v Calderdale Metropolitan Borough Council* 2004 2 All ER 326 (HL); *Barratt v District of North Vancouver* (1980) 114 DLR (3rd) 577 (SCC); *Brodie v Singleton Shire Council* (2001) 206 CLR 512 (HCA) par 161-162). In die Engelse handboeke oor die reg insake *torts* tref ons verwysings na 'n saak soos dié van *Stovin* aan onder die breë hoof van die spesifieke onregmatige daad *negligence*, waar die redes vir die eiesoortige aard van owerheidsaanspreeklikheid verduidelik word (bv deur Deakin, Johnston en Markesinis 376 (my kursivering): “Several reasons have been advanced for treating governmental liability as a special case within *negligence*”). Soos algemeen bekend, en reeds in meer besonderhede hierbo bespreek, onderskei die Engelsregtelike reëls ten aansien van die bepaalde delik *negligence* egter nie tussen onregmatigheid en nalatigheid as afsonderlike delikselemente nie en daar kan dus geen beginselafleiding gemaak word ten aansien van die korrekte teoretiese klassifikasie van die vermelde oorweging wat appèlregter Scott aanwend, wat vir 'n Suid-Afrikaanse juris van waarde sou kon wees nie. (Op 'n ander vlak verklaar hierdie tipe gebruikmaking van bronne waarom Engelsregtelike terminologie en denkwyses ons positiewe reg binnesypel!)

Dit is insiggewend om te sien hoe appèlregter Scott die pasvermelde “further consideration” toepas, ten einde te verduidelik waarom hy ten slotte ten gunste van die eiser beslis:

“What, I think, is clear is that if in the actual implementation of a policy or procedure adopted by the authority, or for that matter in the course of its operations, foreseeable harm is suffered by another in consequence of a failure on the part of the authority’s servants to take *reasonable* steps to guard against its occurrence, a court will not hesitate to hold the authority liable on account of that omission” (9J-10A, my kursivering).

Hierdie uiteensetting, veral die aanwending van die byvoeglike naamwoord “reasonable”, maak die faktor wat onder behandeling is vatbaar vir klassifikasie onder die hoofde van sowel die nalatigheidsbegrip (waar die vraag is of die *diligens paterfamilias* ter vermyding van die nadeel deur die dader veroorsaak *redelike* stappe sou gedoen het – bv deur die gat te herstel of selfs net waarskuwingsborde op te rig (10H)), as die onregmatigheidsbegrip (waar die *redelikheid* vergestalt word in die *boni mores*-begrip). Veral die regter se versuim om pertinent 'n bevinding ten aansien van die aanwesigheid van onregmatigheid te maak met betrekking tot die versuim om die slagkat te herstel (sien die bespreking in par 3.2 *in fine* hierbo), maak die interpretasie aantreklik dat hy deur die toepassing van sy “further consideration” 'n bevinding maak dat daar inderdaad 'n onregmatige versuim aan die kant van die verweerders se werknemers was.

Een laaste opmerking oor die hof se behandeling van die nalatigheidskwessie betref die vraag of die feit dat die eiser 'n statutêre misdryf gepleeg het toe hy oor en op die sperstreep gery het net voordat hy die slagkat getref het, 'n faktor is waarvan die hof kennis moet neem in sy behandeling van die voorkombaarheidsaspek van die nalatigheidstoets. Volle instemming kan betuig word met die hof se gevolgtrekking dat dit in die lig van die omringende feite geen rol te speel het nie. Alhoewel die hof geen gesag vir sy beslissing oor hierdie aspek aanhaal nie, word algemeen aanvaar dat die skending van 'n statutêre maatregel, wat 'n strafregtelike oortreding daarstel, nie *per se* dui op privaatregtelik nalatige optrede nie, dog dat sodanige feit hoogstens 'n *factum probans* met betrekking tot die vasstelling van nalatigheid kan uitmaak (sien Neethling, Potgieter en Visser 144; *Trencor Services (Edms) Bpk v Loots & Loots* 2001 1 SA 324 (NK) 336B).

3.4 Bydraende nalatigheid

Die hof kom uiteindelik tot die gevolgtrekking dat die eiser se vordering met 40% verminder moet word in die lig van die hoë spoed waarmee hy gejaag het op 'n pad wat na sy wete gevaarlike slaggate bevat het (11A-C). Dit is heel duidelik dat appèlregter Scott geen voorneme gehad het om enigsins te bespiegel oor die teorie wat skadevergoedingsvermindering ooreenkomstig artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 ten grondslag lê nie; trouens, hy vermeld nie eens hierdie statutêre bepaling wat die grondslag van enige sogenaamde verdeling van skadevergoeding uitmaak nie:

“Waar iemand skade ly wat deels aan sy eie skuld en deels aan die skuld van 'n ander persoon te wyte is, word 'n vordering ten opsigte van bedoelde skade nie ten gevolge van die skuld van die eiser verydel nie, maar word die skadevergoeding wat ten opsigte daarvan verhaalbaar is, in so 'n mate deur die hof verminder as wat die hof, met inagneming van die mate van die eiser se skuld met betrekking tot die *skade*, redelik en billik ag.”

Alhoewel daar geen beswaar geopper kan word teen sy uiteindelijke bevinding nie, druk die regter hom egter, op sy beste beskou, dubbelsinnig uit wanneer hy verklaar dat “[t]he degree to which the respective fault of the two parties contributed to a single *occurrence* is always a difficult matter and is essentially a matter of judicial judgment” (11C, my kursivering). Die woord “*occurrence*” verwys, in primêre sin, na 'n gebeurtenis (sien bv *Pocket Oxford English Dictionary* (2005) sv “*occurrence*”; sien ook die meer volledige *The Oxford Dictionary, Thesaurus, and Wordpower Guide* (2001)), byvoorbeeld *in casu* die eiser se ongeluk. Slegs in sy alternatiewe sin (nl “the fact of something happening or *existing*” (my kursivering)) kan die woord “*occurrence*” geïnterpreteer word om na die gevolg van sodanige gebeurtenis, byvoorbeeld in die onderhawige geval die fisiese beserings deur die eiser opgedoen (die *skade* vermeld in a 1(1)(a)), te verwys. Sonder om op al die implikasies hiervan in te gaan, kan 'n mens konstateer dat hierdie tipe formulering – met die klem op die primêre betekenis van “*occurrence*” – ons terugvoer na die dae toe daar nog onsekerheid beheers het oor die vraag of die “skuld” waarvan daar in artikel 1(1)(a) melding gemaak word, skuld is met betrekking tot die skade (soos beslis in *King NO v Pearl Insurance Co Ltd* 1970 1 SA 462 (W)), dan wel ten aansien van die skadeveroorsakende gebeurtenis (soos beslis in *Bowkers Park Komga Co-operative Ltd v South African Railways and Harbours* 1980 1 SA 91 (OK) en as juis aanvaar in die *Union National*-saak). Die vertroue word uitgespreek dat hierdie formulering van appèlregter Scott nooit in die vervolgtrekking aangewend sal word om die welgevestigde metodiek ten aansien van die verdeling van skadevergoeding ooreenkomstig artikel 1(1)(a), waarvolgens die skuld van die partye met betrekking tot die skade – en nie kousaliteit nie – die verdelingskriterium vorm, onder verdenking te plaas nie.

4 Gevolgtrekking

Soos in die inleiding (in par 1 hierbo) aangedui, is daar in hierdie bondige uitspraak veel stof tot nadenke vir die akademiese beoefenaars van die deliktereg. My gevoel is dat appèlregter Scott nie gaan sit het om 'n baanbrekende uitspraak te skryf nie, dog dat hy in minder as nege bladsye probeer het om reg te laat geskied aan die partye en dat hy sy bevindings na die beste van sy vermoë gemotiveer het. Dat hy in die loop van sy uitspraak stellings sou maak wat vir die een akademiese kommentator aanvaarbaar is, tewel dit die ander se afkeur ontlok, lê, veral in die lig van die heersende onsekerheid ten aansien van en felle verskille op die terrein van die

deliktereg met betrekking tot die onregmatigheids- en nalatigheidselemente, voor die hand.

Veral weens die bondigheid van die uitspraak en die feit dat die heersende ortodokse doktrine (van die aanhangers van die “standard approach”, *à la* Fagan), soos in al die standaardhandboeke vervat, nie deurgaans weerspieël word nie, sal ’n dosent wat op die standaardbronne aangewese is as rigtingwyser vir sy voorgaande studente waarskynlik huiwer om hierdie gewysde op te neem in sy lys van voorgeskrewe sake. (“Te veel kennis heeft menig hoofd verduisterd” is ’n spreuk wat dikwels in die verre verlede gebruik is deur beterweterige skoolmeesters, professore en selfs *verbi Dei magistri*!) Anders sal dit wees in die geval van nagraadse studente, waar dit juis as waardevolle materiaal sou kon dien om hulle bloot te stel aan die realiteite van die regspraktyk, asook die heersende regsteoretiese debat.

Suid-Afrikaanse juriste hoef nie skaam te voel oor die feit dat ’n gebied van die reg wat daagliks in die praktyk aanwending vind, in soveel onsekerheid vervaal het nie. Die Duitse *Deliktsrecht* oor die gelyke onderwerpe openbaar nog veel meer kontroverse as ons deliktereg en dieselfde kan van die moderne Engelse reg gesê word. Die volgende *dictum* uit ’n uitmuntende moderne handboek oor die Engelse *law of torts* verskaf ’n gepaste sluitsteen tot hierdie bespreking, omdat dit net sowel hier te lande van toepassing sou kon wees (Deakin, Johnston en Markesinis 214):

“The overall result [nl van ontwikkelinge in hierdie onderafdeling van die reg] is a mixed one, with tort law in general and negligence in particular brimming with antithetic decisions reflecting different philosophies. For the litigant this is unsatisfactory, for the judge it must often be baffling, for the practitioner, no doubt, a boon.”