

Vonnisbespreking: Steeds meningsverskil oor die deliktuele-nalatigheid-toets vir onderwysers

Johan Potgieter

J.M. Potgieter, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

Abstract

Still difference of opinion on the delictual negligence test for teachers

From *Hawekwa* it appears that there is still no unanimity in the supreme court of appeal about the delictual negligence test for teachers. Whereas the majority of the court held that the *reasonable teacher* is the appropriate test, the minority was of the opinion that the test is that of *a reasonable parent in relation to his or her own children*. Since these two tests led to divergent results in the present case, the formulation and application of the negligence test for teachers is not merely a theoretical matter but may have important practical implications. This discussion favours the reasonable teachertest since it conforms with the generally accepted negligence test of the *reasonable person in the circumstances* as formulated authoritatively by the appellate division in *Kruger v Coetzee* and applied in many cases involving the conduct of teachers. The reasonable teacher test is also consistent with the *reasonable expert* approach as generally applied in cases involving the negligence of experts. On the other hand, the authority relied upon in the minority decision for the reasonable parent test for teachers is not convincing, and, in some respects, interpreted incorrectly. In addition, the minority decision's reliance on certain English law authorities can no longer be accepted unconditionally, since recent English decisions appear increasingly to correspond more to the ordinary reasonable person test than to the reasonable parent test as formulated in England during the 19th century. It is trusted that the supreme court of appeal will express itself unequivocally in favour of the reasonable teacher test at the first opportunity.

1. Inleiding

Selfs vandag nog bestaan daar in die hoogste hof van appèl nie eenstemmigheid oor die formulering (en selfs toepassing) van die deliktuele-nalatigheid-toets vir onderwysers nie. In *Hawekwa* aanvaar die meerderheid van die hof by monde van appèlregter Brand (appèlregters Malan en Bosielo het met hom saamgestem) klaarblyklik dat die *redelike onderwyser* die maatstaf is om te bepaal of 'n onderwyser nalatig opgetree het (parr. 27–32), terwyl waarnemende appèlregter Griesel (met die steun van appèlregter Mlambo) in sy minderheidsuitspraak die standpunt huldig dat 'n onderwyser se standaard van optrede

getoets moet word aan die hand van die gedrag van *'n redelik versigtige ouer in verhouding tot sy eie kinders* (parr. 39–42). Die feit dat vermeldde twee benaderings in die betrokke saak tot teenstrydige resultate gelei het, onderstreep dat die formulering en toepassing van die nalatigheidstoets vir onderwysers nie net 'n teoretiese aangeleentheid is nie, maar belangrike praktiese implikasies kan hê.

Terwyl in 'n vroeëre bydrae kortliks kennis geneem is van die appèlhof se uiteenlopende benaderings tot die nalatigheidstoets vir onderwysers in *Hawekwa* (sien Neethling en Potgieter 2011:161–70), word in hierdie bydrae uitvoeriger op die aangeleentheid ingegaan. Met die oog daarop is dit nodig om die feite van die saak kortliks uiteen te sit.

2. Feite

M, 'n seun van byna nege jaar, het 'n skoolgroep onder toesig van sy onderwysers vergesel op 'n uitstappie na 'n jeugkamp waar hulle in hutte gehuisves is. In die hut waarin M gebly het, was nege seuns en 'n toesighoudende ouer (R) wat op vyf dubbelstapelbeddens geslaap het. M het die boonste gedeelte van een van die stapelbeddens gekies. Vroeg die eerste oggend het R wakker geword as gevolg van wat hy as 'n gromgeluid ("growling noise") beskryf het. Hy het die lig aangeskakel en M bewusteloos op die sementvloer aangetref. M was inkontinent, skuim het by sy mond uitgekóm en dit het voorgekóm of hy 'n epileptiese aanval het. M is hospitaal toe geneem, waar dit geblyk het dat hy weens die val skedelbreuk met onderliggende breinbeserings opgedoen het wat tot 'n mate van permanente breinskade gelei het.

Die hof (parr. 15, 18) bevind dat M op die vloer beland het omdat hy in sy slaap van die boonste gedeelte van die stapelbed afgerol het omdat die bed nie 'n doeltreffende reling gehad het wat die afrol kon voorkom het nie.

Die eiser (respondent), M se vader, slaag in die verhoorhof met 'n aksie teen die verweerders (appellante), eienaar van die jeugkamp (*Hawekwa*) en die Wes-Kaapse minister van onderwys, vir die skade wat die minister se werknemers (die onderwysers van M se groep) onregmatig en nalatig aan die eiser en M veroorsaak het.

'n Appèl na die hoogste hof van appèl is uiteindelik net teen die tweede verweerder, die minister, voortgesit. Die meerderheid van die appèlhof stem saam met die verhoorhof dat die onderwysers onregmatig en nalatig versuim het om M se beserings en die daaropvolgende skade te voorkom en wys die appèl van die hand, terwyl die minderheid van mening was dat die onderwysers nie nalatig opgetree het nie en dat die appèl moes geslaag het.

3. Appèlregter Brand se benadering tot die onderwysers se nalatigheid

Alvorens nalatigheid aan die orde gekóm het, aanvaar appèlregter Brand (par. 25) dat onregmatigheid namens die minister toegegee is (maar beslis nietemin dat hierdie delikselement aanwesig was op grond van regter Desai se benadering tot onregmatigheid

in *Minister of Education v Wynkwart* 2004 3 SA 577 (K) 580 (hierna "die Wynkwart-appèlsaak"), naamlik "that teachers owe young children in their care a legal duty to act positively to prevent physical harm being sustained by them through misadventure". Gevolglik was die kernkwessie in hierdie saak nalatigheid en nie onregmatigheid nie. (Sien nietemin Neethling en Potgieter 2011:165 e.v. vir kritiek op regter Brand se verdere ontleding van die onregmatigheidselement, waarop hier nie weer ingegaan word nie, behalwe om te meld dat die regter se opmerkings oor onregmatigheid, in die lig van sy aanvaarding dat dit deur die appellante toegegee is, grootliks as *obiter dicta* beskou sou kon word.)

Appèlregter Brand (par. 23, 26 e.v.) benader nalatigheid korrek, in ooreenstemming met *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430, aan die hand van die volgende vrae: (i) Was dit redelik voorsienbaar deur M se onderwysers dat die boonste bed waarop hy veronderstel was om te slaap, die gevaar geskep het dat hy in sy slaap kon afrol en hom kon beseer (par. 26)? (ii) Indien wel, watter stappe, indien enige, sou die redelike onderwyser gedoen het om teen die voorsienbare skade te waak (par. 30)? (iii) Wat sou die redelike onderwyser gedoen het sodra hy of sy besef het dat die boonste bed nie voldoende beskerming gebied het nie (par. 32)?

In antwoord op hierdie vrae bevind die hof (par. 30) dat M se onderwysers redelikerwys behoort te voorsien het dat in die afwesigheid van 'n doeltreffende reling aan die boonste bed waarop M geslaap het, daar 'n besliste risiko was dat hy in sy slaap kon afrol en hom beseer. Om teen hierdie voorsienbare gevaar te waak, sou die redelike onderwyser die beddens ondersoek en oorweeg het of hulle doeltreffende beskerming bied om te voorkom dat kinders in hul slaap daarvan afrol. Hierdie ondersoek – wat M se onderwysers nie uitgevoer het nie – sou van die onderwyser baie min moeite geverg het en moet opgeweeg word teen die erns van die voorsienbare skade wat sou kon voortspruit uit 'n versuim om dit te doen. Laastens, in antwoord op die vraag watter stappe die redelike onderwyser sou gedoen het sodra dit duidelik geword het dat die boonste bed nie voldoende beskerming gebied het nie, sê regter Brand (par. 32) dat daar baie moontlikhede was, maar dat dié onderwyser in laaste instansie die kinders wat op die boonste beddens moes slaap, eenvoudig opdrag sou gegee het om hul matrasse op die vloer te plaas. Die redelike onderwyser sou hierdie oplossing sonder moeite kon implementeer. M se onderwysers het versuim om dit te doen en regter Brand stem gevolglik saam met die verhoorhof dat M se beserings deur die betrokke onderwysers voorkom kon gewees het en dat hulle onregmatig en nalatig versuim het om dit te doen.

4. Waarnemende appèlregter Griesel se benadering tot die onderwysers se nalatigheid

In sy minderheidsuitpraak benader waarnemende appèlregter Griesel die nalatigheidsvraag anders (par. 34 e.v.). Vir hom is die huidige appèl 'n klassieke voorbeeld van agterna-wysheid: alhoewel van die getuies toegegee het dat dit, terugskouend, moontlik onveilig was om kinders van M se ouderdom op die boonste beddens sonder voldoende veiligheidsrelings te laat slaap, het nie een van hulle vóór die gebeure gedink dat dit nodig was om enige voorsorg te tref nie (par. 36). Hospitaalstatistiek oor kinders wat as gevolg van

'n val (insluitend die val uit beddens) beseer is en waarop die eiser (en die meerderheid van die hof) gesteun het, oortuig regter Griesel ook nie dat die risiko van M se benadeling voor die voorval vir die betrokke onderwysers redelikerwys voorsienbaar moes gewees het nie. En selfs al was beserings aan kinders in die betrokke omstandighede redelikerwys voorsienbaar, moet dit in die lig van *Kruger v Coetzee* boonop vasstaan dat die redelike persoon stappe sou gedoen het om die risiko van benadeling te voorkom (par. 38). In hierdie verband spreek regter Griesel (parr. 39–40) hom soos volg uit:

In considering whether any steps ought to have been taken by the appellant's employees, the standard of care required of them and other persons *in loco parentis* is that of "a reasonably careful parent in relation to his own children" [vir hierdie stelling steun die regter op o.a. *Broom v The Administrator, Natal* 1966 3 SA 505 (D) 518–9 en *Rusere v The Jesuit Fathers* 1970 4 SA 537 (R) 539]. Although it has been suggested during argument before us (albeit somewhat tentatively) that the standard of care required of a teacher or someone else *in loco parentis* should actually be higher than the standard required of a reasonably careful parent in respect of his or her own child, we have not been referred to any authority in support of such a proposition, nor am I aware of any such authority. In my view, the test enunciated in the authorities referred to above correctly states the position in our law. The position in English law is the same, where the Court of Appeal has held that it would be "neither just nor reasonable to impose on the school a greater duty than that which rests on a parent" [hiervoor word verwys na o.a. *Van Oppen v Clerk to the Bedford Charity Trustees* [1989] 3 All ER 389 (CA) 412]. I do not read the dictum of Desai J in *Wynkward's case* supra, referred to with approval by my colleague, to state anything different ... In essence, therefore, the issue can be reduced to the question whether a reasonably careful and prudent parent would allow his or her 8- or 9-year-old child to sleep on an upper bunk bed without an adequate safety railing.

Waarnemende appèlregter Griesel ondersoek en vertolk voorts die getuienis en benadruk onder meer die volgende (parr. 40–1): nie een van die toesighoudende ouers het dit nodig gevind om kinders – insluitend hulle eie kinders – te weerhou om op die boonste beddens te slaap nie; dit geld eweneens die ouers wat kinders gedurende die voorafgaande tien jaar tallose kere na die kampeerterrein vergesel en hulle toegelaat het om bo te slaap. Nie al hierdie ouers kan as onverantwoordelik en nalatig gebrandmerk word nie; gevolglik ook nie die onderwysers nie: "[I]f the failure in this case of the parents to take any preventative steps is not to be regarded as blameworthy, why should the duty resting on the teachers be more onerous?" Die feit dat sommige ouers voor die uitstappie geweier het dat hulle kinders bo slaap, illustreer volgens die regter maar net dat hulle van nature versigtiger en senuagtiger as ander ouers is; dit beteken nie dat ouers wat hulle kinders wel bo laat slaap het, nalatig was nie. Die regter sê, met verwysing na die bekende aanhaling uit *Herschel v Mrupe* 1954 4 SA 464 (A) 490, dat "the reasonable parent is not a timorous faint heart, always in trepidation lest she or others suffer some injury". Hierdie versigtiger ouers sal hul kinders waarskynlik ook verbied om aan robuuster vorme van sport, soos rugby, deel te neem; moet onderwysers wat by rugby betrokke is, en ouers wat hul kinders toelaat om die spel te speel, nou vir skadevergoeding aanspreeklik wees telkens wanneer 'n speler tydens 'n wedstryd

seerkry? Indien nie, vra die regter (par. 41), waarom moet die posisie met betrekking tot die onderwysers in die onderhawige saak anders wees?

Vir hierdie gevolgtrekking steun hy op die volgende stelling uit *Wright v Cheshire County Council* [1952] 2 All ER 789 (CA) 792:

There may well be some risk in everything one does or in every step one takes, but in ordinary everyday affairs the test of what is reasonable care may well be answered by experience from which arises a practice adopted generally, and followed successfully over the years so far as the evidence in this case goes.

Waarnemende appèlregter Griesel konkludeer dan dat in hierdie saak die redelike ouer nie stappe sou gedoen het om teen die risiko van die betrokke benadeling te waak nie en dat die betrokke onderwysers gevolglik ook nie nalatig was nie. Hy stel dit soos volg (par. 42):

I have come to the conclusion that the kind of harm that occurred in this case, even though perhaps reasonably foreseeable, is not such that a reasonable parent would have taken steps to guard against such risk ... I am not persuaded that the [teachers] have been guilty of any culpable act or omission in this case. In the result, they cannot be held legally liable for such consequences.

5. Kommentaar

Soos ter inleiding genoem is (par. 1 hier bo), het die twee uiteenlopende formuleringe van die nalatigheidstoets vir onderwysers in die hoogste hof van appèl soos vervat in die meerderheidsuitspraak (die "redelike onderwyser"-toets) en die minderheidsuitspraak (die "redelike ouer"-toets), tot verskillende gevolgtrekkings gelei: terwyl die meerderheid van die hof die verweerders aanspreeklik gehou het, sou die minderheid die eis van die hand gewys het.

Sekere aspekte van die uitsprake verg kommentaar.

5.1 Die meerderheidsuitspraak van appèlregter Brand

Soos reeds uitgewys is, benader appèlregter Brand (par. 23) as vertrekpunt nalatigheid met verwysing na die algemene formulering daarvan in *Kruger v Coetzee* as die redelike voorsien- en voorkombaarheid van skade. Daarna (par. 26 e.v.) maak hy eenvoudig telkens gebruik van die toets van die redelike onderwyser as konkretisering in die bepaalde omstandighede van die algemene redelike-persoon-toets. Hierteen kan geen beswaar geopper word nie. Trouens, die begrip *redelike onderwyser* in die konteks van die saak is 'n sinvolle verkorte beskrywing van die toets van die "*diligens paterfamilias* in the position of the defendant" soos in *Kruger v Coetzee* neergelê, en strook met die algemene benadering om die nalatigheid van deskundiges met verwysing na die redelike deskundige – en nie die "gewone" redelike persoon nie – te bepaal. Daar word immers in die algemeen van 'n deskundige, soos 'n onderwyser, wat op sy of haar terrein werksaam is, groter sorg geverg

as van dié van die gemiddelde, redelike persoon (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2010:148–50 en die bronne daar aangehaal). Dié outeurs stel dit so (148–9):

Dit spreek eintlik vanself dat die algemene toets vir nalatigheid, naamlik die optrede van die hipotetiese redelike persoon in die posisie van die dader, nie toepassing kan vind in die geval van die beoordeling van die dader se optrede waar sodanige optrede deskundigheid verg nie. Daarom is in die geval van deskundiges, soos 'n tandarts, chirurg, elektrisiën, ensovoorts die toets vir nalatigheid ten aansien van die beoefening van die deskundige aktiwiteit dié van die sogenaamde redelike deskundige, dit wil sê die redelike tandarts, redelike chirurg, redelike elektrisiën, redelike polisiebeampte, ensovoorts.

Davel (2003:412), met verwysing na Boberg (Boberg1984:280), wys ook daarop dat groter sorg geveer word van persone wat oor besondere kennis, vaardigheid en ondervinding beskik, of waar die veiligheid van kinders en gestremdes ter sprake kom, en dat onderwysers binne hierdie kategorie mense val:

An educator, being "trained in child development and psychology so that they understand the behaviour of children" (*Wynkwart NO v Minister of Education* 2002 6 SA 564 (K) 572E) could therefore fit into the category of people from whom the law could require a higher standard, namely that of a reasonable educator.

Davel (2003:414) kom tot die slotsom dat "[e]ducators are experts ... and therefore the standard to be applied is the reasonable educator".

Oosthuizen (2011:104) verwoord hierdie kwessie soos volg:

Aangesien 'n onderwyser as 'n professionele persoon beskou word, word daar van hom, soos in die geval van byvoorbeeld 'n dokter of 'n prokureur, 'n hoër mate van sorgsaamheid vereis wanneer hy sy beroep beoefen. Die onderwyser se gedrag word dan nie meer aan die gewone "redelike persoon"-standaard gemeet waar die hantering van kinders ter sprake is nie, maar wel aan die (verhoogde) standaard van die **redelike deskundige** – in dié geval die redelike professionele onderwyser.

(Sien, benewens *Wynkwart v Minister of Education* 2002 6 SA 564 (K) ("*Wynkwart a quo*") en die *Wynkwart*-appèlsaak, o.a. die volgende sake oor die toepassing van die nalatigheidstoets vir opvoeders in gevalle van toesighouding oor leerders: *Transvaal Provincial Administration v Coley* 1924 AD 24, 28-9; *Broom v The Administrator, Natal* 1966 3 SA 505 (D) 516; *Rusere v The Jesuit Fathers* 1970 4 SA 537 (R); *Knouwds v Administrateur, Kaap* 1981 1 SA 544 (K) 553; *Williams v LUK van Gauteng Departement van Onderwys* 2003-5-14 saaknr. 3687/01 (T). Vgl. vir verdere gesag ook Davel 2003:405; Joubert en Prinsloo 2009:153 e.v.; Barry 2006:111 e.v.; Potgieter 2004:153; Potgieter 2008(1):331; Potgieter 2008(2):193-200; Neethling en Potgieter 2011:161–70.)

Soos aangetoon, is die "redelike deskundige"-toets vir nalatigheid bloot 'n konkretisering van die toets van die redelike persoon *met inagneming van die besondere omstandighede van*

die geval, soos in *Kruger v Coetzee* geformuleer. In skoolverband sluit hierdie omstandighede, benewens die groter vaardigheid en insig wat van 'n opvoeder vereis word, en die risiko's verbonde aan bepaalde situasies, byvoorbeeld die feit in dat jong kinders impulsief en onvoorspelbaar optree en soms geneig is om te vergeet wat hulle geleer is (vgl. *Knouws* 544; *Wynkward a quo* 569, 572).

Hierdie benadering blyk ook uit toepaslike sake soos *Coley* en *Knouws*. In *Coley* moes die hof bepaal of 'n skool nalatig was deur houtpenne met skerp en ruwe punte rondom jong bome op 'n skoolspeelterrein te plant om die bome te beskerm. 'n Sesjarige dogtertjie het op een van die penne geval, dit het haar oog deurboor en die oog moes verwyder word. Appèlregter De Villiers beskryf die toepaslike toets vir nalatigheid met beklemtoning van die omstandighede van die geval en die feit dat 'n hoë mate van sorg hier vereis word (27–8):

The care which is exacted by our law is that which the *diligens paterfamilias* would have taken in the circumstances. It is not the care which a man takes in his own affairs, nor that which the ordinary or average man would take. It is higher than that. The law sets up as a standard to which everybody has to conform that degree of care which would be observed by a careful and prudent man, the father of a family and of substance, who would have to pay in case he fails his duty. It will be observed that the standard of conduct is a high one. The test is not the diligence of the supine man, but of the man who is alive to probable dangers and takes the necessary steps to guard against them.

Dit is interessant dat appèlregter De Villiers in hierdie beskrywing van die *diligens paterfamilias*, wat die hoeksteen van ons nalatigheidstoets uitmaak, onder meer die "careful and prudent man" en "the father of a family and of substance", klaarblyklik as gelykwaardige beskrywings van die *diligens paterfamilias* of redelike persoon gebruik; die "father of a family" (of dan "redelike ouer") handhaaf met ander woorde nie 'n laer graad van sorg en versigtigheid as die redelike persoon nie (anders as die wyse waarop waarnemende appèlregter Griesel die redelike-ouer-toets in *Hawekwa* oënskynlik toepas; sien par. 5.2 hier onder). Terwyl dit wil voorkom of regter Griesel die redelike-ouer-toets as 'n sogenaamde "lesser test" (in die woorde van regter Ngwenya in *Wynkward a quo* 568) gebruik, het geeneen van die Suid-Afrikaanse sake waarin na die redelike-ouer-toets verwys is, die "redelike ouer" op 'n laer vlak geplaas as die "redelike persoon" wat die verpersoonliking is van die mate van sorg wat die deliktereg vereis nie. Eerder kan verklaar word dat die howe die toets van die redelike ouer en die redelike persoon in die omstandighede (in skoolverband, die redelike onderwyser) op dieselfde vlak stel (*Broom* en *Rusere*; vgl. *Coley*).

In *Knouws* (waarna nie in *Hawekwa* verwys word nie) pas regter Friedman die gewone nalatigheidstoets toe, met uitdruklike inagneming van die betrokke omstandighede. By die vraag of 'n skoolhoof nalatig was deur nie stappe te doen om 'n speelterrein te beveilig nie, met die gevolg dat 'n agtjarige dogter tydens 'n spelery uiteindelik haar vinger verloor het toe dit deur 'n grassnyer se oop waaierband beseer is, verwys regter Friedman ten aanvang na die toets soos in *Kruger v Coetzee* geformuleer en vervolgd dan (533–4):

Dit is welbekend dat die gedrag van kinders dikwels impulsief, onvoorspelbaar en onverantwoordelik kan wees ... Ook is dit welbekend dat kinders so verdiep raak in die aktiwiteite waarmee hulle besig is dat hulle onbewus is van enigiets

anders ... Hierdie eienskappe van kinders moes aan die hoof van 'n primêre skool, wat bemoeid is met die opvoeding van jong kinders, insluitende dié in sub-A, en wat daagliks met hulle in aanraking kom, bekend gewees het ...

Die moontlikheid dat jong kinders met 'n grassnyer soos dié wat in die ongeluk betrokke was sou bots indien dit op die betrokke tydstip en op die betrokke plek gebruik was en dat hulle as gevolg daarvan beserings sou opdoen, moes deur die skoolhoof voorsien gewees het ... Trouens, sodanige moontlikheid moes deur enige redelike persoon wat met so 'n tipe grassnyer gewerk het, voorsien gewees het ... Die vraag is of 'n redelike persoon in die omstandighede voorsorg sou getref het ten einde die intrede van skadelike gevolg te vermy of te voorkom. Myns insiens, is die antwoord op hierdie vraag bevestigend.

Die regter (554) bevind dan dat die koste en ongerief om die gras op 'n ander tyd te laat sny, nie opgeweeg het teen die risiko waaraan kinders blootgestel is deur die gras op die betrokke tydstip te sny nie en beslis dat nalatigheid bewys is.

Dit is insiggewend dat regter Friedman by die vasstelling of die skoolhoof (asook die skoolopsigter en grassnyer-operateur) nalatig was, die gewone nalatigheidstoets toepas en glad nie die redelike-ouer-toets as nalatigheidstoets in onderwysverband ophaal nie. By die vraag of die skoolhoof nalatig was, word uitdruklik verwys na die optrede wat van 'n *skoolhoof* verwag word en faktore waarvan 'n redelike skoolhoof (nie 'n redelike ouer nie) bewus moes gewees het. Daar is geen aanduiding in die saak dat regter Friedman van mening is dat die gewone nalatigheidstoets van *Kruger v Coetzee* enigsins verskil van die "redelike skoolhoof"-toets wat hy toepas nie. Met ander woorde, die begrip *redelike skoolhoof* is 'n verwoording van *Kruger v Coetzee se diligens paterfamilias* (of redelike persoon) "*in the position of the defendant*" (my beklemtoning) – met ander woorde, van die verweerder wat hom in die posisie van skoolhoof bevind. Hier was nie sprake van die oënskynlik "lesser test" van die mate van sorg van "redelike ouer ten opsigte van sy eie kinders" (soos deur waarnemende appèlregter Griesel in *Hawekwa* voorgestaan) nie.

Kortom: die wyse waarop appèlregter Brand in hierdie saak die redelike-onderwyser-toets as maatstaf vir nalatigheid toegepas het, is in ooreenstemming met gesaghebbende regspraak in hierdie verband en verdien steun.

5.2 Die minderheidsuitspraak van waarnemende appèlregter Griesel

Verskeie aspekte van regter Griesel se uitspraak is vatbaar vir kritiek. Die beslissings waarop die regter hom beroep vir sy standpunt dat die nalatigheidstoets vir onderwysers (en ander persone *in loco parentis*) in ons reg dié is van 'n redelik versigtige ouer met betrekking tot sy eie kinders (par. 39; hier bo in par. 4 aangehaal), steun nie die redelike-ouer-toets sonder meer nie. In die eerste plek verklaar regter Harcourt in sy bespreking van hierdie toets in *Broom* 518–9 uitdruklik dat die redelike-ouer-maatstaf die toets is wat in *Engelse* beslissings gevolg word, en doen dan moeite om daarop te wys dat hierdie Engelsregtelike toets eintlik maar neerkom op die nalatigheidstoets in ons reg van die optrede van die redelike persoon (of *bonus paterfamilias*) in 'n situasie waar die veiligheid van kinders van wesenlike belang is. Volgens die regter is dit onwaarskynlik dat die feit dat die redelike persoon kinders sou hê en dus die status van ouerskap beklee, sy houding ten

opsigte van kinders wesenlik sal beïnvloed. Alhoewel 'n ouer aan die een kant miskien inisiatief en selfstandigheid by sy kroos van groter waarde sal ag as 'n kinderlose persoon, sal hierdie houding na alle waarskynlikheid uitgekanselleer word deur die versigtigheds- en beskermingsgevoel wat die meeste ouers teenoor hul kinders het. Hy kom tot die volgende slotsom (*ibid.*):

In my view the English test is no more than an acceptance of the *bonus paterfamilias* related to a situation where the safety of children is substantially in issue. In other words the abstract parent of the English law is the *bonus paterfamilias* of our law.

Verderaan in regter Harcourt se uitspraak lees 'n mens dan ook nie weer van die redelike ouer as verpersoonliking van die onderwyser se nalatigheid nie. Die regter gebruik eenvoudig die "gewone" redelike-persoon-toets (soos o.a. in *Herschel v Mrupe* 476–7, 490 geformuleer) by sy evaluering van die getuienis om te bepaal of 'n onderwyser in die betrokke saak nalatig opgetree het, nie die Engelsregtelike redelike-ouer-benadering nie (sien bv. 522). Hy konkludeer (*ibid.*) soos volg met betrekking tot die vraag of die betrokke onderwyser nalatig was deur nie te verhoed dat 'n kind tydens 'n sagtebalspel beseer word toe 'n krieketpaaltjie wat as kolf gebruik is, uit die kolwer se hande geglip en die kind getref het nie:

I am not convinced that the use of the stump as a bat constituted negligence. In my view ... even if *the reasonable prudent man* would foresee the possibility of some bodily harm from the use of the stump he would none the less be entitled to consider that the slightness of the chance that the risk would turn into actual harm correlated with the probable lack of seriousness if it did would not require the precautionary action on his part of refraining from permitting the use of the stump as a bat (my beklemtoning).

Broom is gevolglik nie gesag vir die stelling, soos wat regter Griesel dit klaarblyklik wil hê, dat die nalatigheidstoets vir 'n onderwyser in die Suid-Afrikaanse reg geformuleer moet word met verwysing na die gedrag van "a reasonably careful parent in relation to his own children" nie.

Tweedens bied *Rusere*, waarna waarnemende appèlregter Griesel voorts verwys as steun vir die redelike-ouer-toets wat hy voorstaan, ook nie gesag vir sy standpunt nie. In *Rusere* benadruk regter Beck, ondanks sy verwysing na die "careful parent"-benadering, dat dit die algemene redelike-persoon-toets is wat ook in die skoolomgewing toegepas moet word. Die regter vereenselwig hom met regter Harcourt se siening in *Broom* dat die Engelsregtelike redelike-ouer-benadering op die gewone redelikheidstoets van ons reg neerkom en hy pas dan bloot die toets van die "reasonable man", "*bonus paterfamilias*" (539) of "reasonable man, similarly placed" (541) op die betrokke feite toe, nie die redelike-ouer-benadering nie.

Regter Beck (539) som dit soos volg op:

The duty of care owed to children by school authorities has been said to be to take such care of them as a careful father would take of his children

(*Williams v Eady*, 1893 T.L.R. (X) 41). This means no more than that schoolmasters, like parents, must observe towards their charges the standard of care that a reasonably prudent man would observe in the particular circumstances – see the remarks of HARCOURT, J., in *Broom and Another v The Administrator, Natal*, 1966 (3) S.A. 505 (D) at pp. 518F-519A.

Terwyl sowel *Broom* as *Rusere* dit duidelik maak dat die redelike-ouer- en die (gewone) redelike-persoon-nalatigheidstoets op een lyn gestel moet word, kan 'n mens die afleiding uit regter Griesel se uitspraak in *Hawekwa* maak dat die redelike-ouer-toets volgens hom 'n mindere mate van versigtigheid (en groter waagmoed) verg as die redelike-onderwyser-toets wat die meerderheid van die hof in *Hawekwa* toegepas het; vandaar sy standpunt dat die onderwysers *in casu* (op grond van die redelike-ouer-toets) nie nalatig was nie.

Dan beroep waarnemende appèlregter Griesel (par. 39 en vn. 7) hom vir die redelike-ouer-toets sydelings op "the English authorities referred to [in *Broom*]". Maar aangesien regter Harcourt in *Broom* die benadering wat in die Engelse beslissings gevolg is, in wese gelykstel met die redelike-persoon-toets van ons reg (wat hy dan in *Broom* toepas), bied *Broom* nie werklik steun vir die standpunt dat die Engelsregtelike "reasonable parent"-toets in ons reg aangewend moet word nie. In elk geval pas die howe in Engeland die "reasonable parent"-benadering deesdae baie meer genuanseerd toe as in 1893, toe *Williams v Eady* beslis is, of selfs as in die jare sestig van die vorige eeu, toe die uitspraak in *Broom* gelewer is. Die toets het in Engeland met verloop van tyd strenger geword: "The gradual raising of the standard of care expected in schools is evident from the cases" (Education 2011 (36) *Halsbury's laws of England* par. 1009 vn. 3 en die gesag daar aangehaal); in meer onlangse sake "a higher standard of care has been required than that in *Williams v. Eady*" (*ibid.* par. 1010 vn. 2 en die gesag daar aangehaal). Die redelike-ouer-standaard kan as vertrekpunt dien ("[t]he duty is to take *at least* such care of the pupils as a careful parent would take of his children" (*ibid.* par. 1010; my beklemtoning)), maar baie faktore moet in aanmerking geneem word by die bepaling van die nalatigheid van diegene wat na kinders omsien (bv. "[t]he age of the pupil and the nature of the activity in which he is taking part are material factors in determining the degree of supervision demanded" (*ibid.*)). Daar word aanvaar dat alhoewel die redelike-ouer-benadering nuttig kan wees byvoorbeeld by die oorweging van "individual instructions to individual children in a school, ... that rule may sometimes be unrealistic in the context of a large group" (*ibid.* par. 1009). Die konteks waarin die redelike-ouer-toets toegepas word, is van belang: "The standard of care generally expected of a teacher is that of a reasonably prudent parent judged not in the context of his own home but in that of a school, or the standard of a reasonable parent of a rather large family." Kort gestel, wil dit voorkom of die hedendaagse Engelsregtelike benadering tot die nalatigheid van onderwysers toenemend meer met die gewone redelike-persoon-toets ooreenkom as met die redelike-ouer-toets soos destyds in byvoorbeeld *Williams v Eady* geformuleer (en oënskynlik deur regter Griesel in *Hawekwa* toegepas) is.

Regter Griesel (par. 39) verklaar voorts dat hy niks in regter Desai se uitspraak in die *Wynkwart*-appèlsaak lees wat teenstrydig is met die Engelsregtelike redelike-ouer-benadering soos in *Van Oppen* 412 uiteengesit nie, naamlik "that it would be neither just nor reasonable to impose on the school a greater duty than that which rests on the parent". Weliswaar is daar in *Wynkwart* geen kritiek teen die redelike-ouer-toets te vinde nie, maar dié toets word in *Wynkwart* nie eers by name vermeld of oorweeg nie en regter Desai (582–

4) pas oënskynlik eenvoudig die geykte nalatigheidstoets van *Kruger v Coetzee* toe. Om die *Wynkwart*-appèlsaak as gesag vir die redelike-ouer-toets te wil aanbied bloot op grond daarvan dat die uitspraak niks teen die toets te sê gehad het nie, gaan dus te ver.

In elk geval hou waarnemende appèlregter Griesel (par. 39 en vn. 8) se verwysing na *Van Oppen* as steun vir die redelike-ouer-toets vir onderwysers se nalatigheid nie steek nie en is dit waarskynlik te wyte aan 'n miskiening van die verskil in benadering tot onregmatigheid en nalatigheid in die Suid-Afrikaanse en Engelse reg. In *Van Oppen* het dit naamlik nie gegaan oor "foreseeability", dit wil sê oor nalatigheid (die redelike voorsien- en voorkombaarheid van skade) nie, maar oor die vraag of daar hoegenaamd 'n regsplig ("duty of care", volgens Engelsregtelike uitdrukkingwyse) op die skool gerus het om suiwer ekonomiese verlies te voorkom deur ongeluksversekering uit te neem vir leerders wat rugby speel, of om ouers te adviseer om dit te doen – met ander woorde, oor die onregmatigheidsvraag. Dit is in hierdie konteks dat Balcombe LJ (412) bevind dat "there was no such proximity between the school and the plaintiff as to give rise to a general duty to have regard to his economic welfare, or that if there were, it would be neither fair nor reasonable to impose such a duty on the school". In die lig van hierdie bevinding ag hy dit trouens "unnecessary to consider the question of foreseeability". Nalatigheid, in die sin van die voorsien- en voorkombaarheid van skade, het met ander woorde nie eers in *Van Oppen* ter sprake gekom nie en daar kan bygevolg nie munt uit die saak geslaan word om die redelike-ouer-nalatigheidstoets vir onderwysers in ons reg te ondersteun nie.

Soos reeds aangetoon is (par. 4 hier bo), steun regter Griesel vir sy standpunt dat 'n redelike ouer (en bygevolg 'n betrokke onderwyser) nie sou geweier het dat 'n kind op die boonste bed slaap nie, onder meer op die gedeelte van appèlregter Van den Heever se uitspraak in *Herschel v Mrupe* 490 dat die redelike ouer nie "a timorous faint heart, always in trepidation lest she or others suffer some injury" is nie. Maar benewens die feit dat dit in *Herschel* nie oor die redelike ouer gegaan het nie, maar oor die redelike persoon, beklemtoon regter Griesel net die een sy van die redelike persoon se karakter – sy waagmoed – soos dit in *Herschel* beskryf is. Die ander kant van die munt is dat die redelike persoon ook redelike voorsorg tref om skade te voorkom. Juis in *Broom* 516 waarsku regter Harcourt teen "requiring an overbold or, on the other hand, a too timorous approach from the reasonably prudent man" en sê dan dat die "desirable middle course" goed deur appèlregter Van den Heever in *Herschel* 490 beskryf is in sy bekende woorde waarin hy beide hierdie kenmerke van die redelike man verwoord. Die volledige aanhaling uit *Herschel* 490 lui:

The concept of the *bonus paterfamilias* is not that of a timorous faintheart always in trepidation lest he or other suffer some injury; on the contrary, he ventures out into the world, engages in affairs and takes reasonable chances. He takes reasonable precautions to protect his person and property and expects others to do likewise.

Uit veral appèlregter Schreiner se uitspraak in *Herschel* 477 blyk dit dat die redelike persoon wat die intrede van skade voorsien, verskeie faktore in aanmerking sal neem by die vraag of hy toepaslike vermydende stappe moet doen, waaronder die koste en moeilikheidsgraad van voorkomende maatreëls, die erns van die skade en die kans dat die skade sal intree. Hy stel dit opsommenderwys soos volg (*ibid.*; sien in die algemeen ook Neethling en Potgieter 2010:155–7):

If the harm would probably be serious if it happened the reasonable man would guard against it unless the chances of its happening were very slight. If, on the other hand, the harm, if it happened, would probably be trivial the reasonable man might not guard against it even if the chances of its happening were fair or substantial.

Dit wil dus voorkom of waarnemende appèlregter Griesel by sy nalatigheidsondersoek te veel durf aan die redelike ouer toebedeel het, ten koste van al die ander eienskappe wat ook oorweeg behoort te geword het om tot 'n gebalanseerde, korrekte besluit oor nalatigheid te kom. Moontlik sou regter Griesel anders oor nalatigheid beslis het as hy onder meer die kans dat 'n kind in sy slaap van die boonste bed sonder relings kon afval, uitdruklik en sorgvuldig opgeweeg het teen die erns van die skade wat sou kon intree indien dit wel gebeur. (Vgl. hierteenoor die noukeurige afweegproses wat Brand AR (parr. 30-2) by sy nalatigheidsondersoek gevolg het.)

Hier bo (par. 4) is aangetoon dat, volgens waarnemende appèlregter Griesel, die feit dat sekere riskante optrede in die verlede toegelaat is en algemene gebruik geword het (byvoorbeeld deelname aan robuuste sportsoorte soos rugby) daarop dui dat die gebruik *in casu* om die kinders bo te laat slaap, asook toekomstige soortgelyke optrede, as redelik aanvaar kan word. Soos verwoord in *Wright v Cheshire County Council* (hier bo in par. 4 aangehaal), en waarop regter Griesel steun, dui algemeen aanvaarde praktyk "in ordinary everyday affairs" normaalweg inderdaad op redelike optrede. Maar in hierdie verband is dit ten minste bevraagtekenbaar of die gebruik om jong kinders tydens skooluitstappies op die onbeskermdede boonste gedeeltes van stapelbeddens te laat slaap, as 'n vorm van "ordinary everyday affairs" kwalifiseer. Daarbenewens is daar gesag wat, juis binne die kader van professionele optrede, daarop dui dat voldoening aan aanvaarde gebruike 'n verweerder nie noodwendig van nalatigheid vrywaar nie:

The mere fact that a defendant followed the accepted practices of his profession, does not necessarily exculpate him from negligence. The court may hold that a defendant acted negligently even though he did not violate the standards existing within his profession (cf eg *Helling v Carey* 83 Wn.2d 514, 519 P.2d 981 (Supreme Court of Washington 1974) (ophthalmologist held liable despite following guidelines of his profession). Affirmed in *Gates v Jensen* 992 Wn.2d 246, 595 P.2d 919 (1979) where the court reaffirmed the rule in *Helling* "that reasonable prudence may require a standard of practice which is higher than that exercised by the relevant professional community" (Dugdale en Stanton 1989:243-4; vgl. Powell en Stewart 2007:75-6).

Gevolgtik beteken die blote feit dat ouers en onderwysers jong kinders in die verlede toegelaat het om op die onbeskermdede boonste gedeeltes van stapelbeddens te slaap, nie sonder meer dat hul optrede redelik was nie; die optrede moes steeds aan 'n behoorlike nalatigheidsondersoek onderwerp gewees het deur onder meer die koste en moeite van voorkomende maatreëls op te weeg teen die risiko en omvang van moontlike benadeling.

Waarnemende appèlregter Griesel se verklaring dat die redelike-ouer-toets vir sowel onderwysers as "other persons *in loco parentis*" geld, kan ook bevraagteken word. Dit is nie sinvol om alle persone wat in die plek van 'n ouer tree en dus beheer oor 'n kind neem, se

optrede aan dié van 'n redelike ouer te toets nie. Waar 'n ouer byvoorbeeld sy kind in die sorg van 'n professionele persoon soos 'n chirurg plaas om 'n breinoperasie op die kind uit te voer, of van 'n vlieënier om die kind buiteland toe te vlieg, sal niemand daarvoor kibbel dat die chirurg en vlieënier soos onderskeidelik die redelike chirurg en vlieënier moet optree nie; die redelikheidsmaatstaf van 'n sorgsame en versigtige ouer is eenvoudig onvanpas om te bepaal of die vermelde deskundiges nalatig teenoor die kind opgetree het al dan nie. Waarom moet onderwysers – wat klaarblyklik ook aan professionele standaarde moet voldoen – 'n uitsondering op hierdie reël uitmaak? Soos reeds elders aangetoon is (Potgieter 2004:156; Neethling en Potgieter 2011:161-70), dra die sogenaamde *in loco parentis*-leerstuk op een of ander wyse waarskynlik by tot die verkeerde opvatting dat 'n professionele persoon, soos 'n onderwyser, wat in die plek van 'n ouer beheer oor die kind neem, die sorg van 'n redelike ouer aan die dag moet lê en nie aan die redelikheidsstandaarde van die betrokke beroep getoets moet word nie. Daarom behoort geen groter betekenis aan die *in loco parentis*-spreuk geheg te word nie as bloot die letterlike betekenis daarvan, naamlik dat iemand anders in die plek van die ouer tree om beheer oor die kind uit te oefen. In die besonder behoort dit nie 'n rol te speel by die bepaling van die nalatigheid van 'n professionele persoon se optrede ten opsigte van die kind nie (behalwe om te onderstreep dat buitengewone sorgsaamheid geverg word waar daar kinders betrokke is). Waar 'n onderwyser beheer oor 'n kind uitoefen, is die vraag dus eenvoudig of die persoon soos 'n redelike persoon in die omstandighede, met ander woorde soos die redelike onderwyser, opgetree het. (Sien in die algemeen hieroor bv. Potgieter 2004:156; Potgieter 2005:413 e.v.; Potgieter 2008:193 e.v.; Neethling en Potgieter 2011:161–70). Daarom word heeltemal saamgestem met appèlregter Brand (par. 19) dat die vraag of die onderwysers in beheer van M se groep 'n *in loco parentis*-rol aanvaar het, en wat die betekenis daarvan sou wees, die saak nie verder sou voer nie.

6. Gevolgtrekking

Uit die voorgaande behoort dit duidelik te wees dat die standpunt in die minderheidsuitspraak van waarnemende appèlregter Griesel dat die sorgsaamheid van 'n redelike ouer as nalatigheidstoets vir onderwysers moet dien, nie aanvaarbaar is nie. 'n Noukeurige ondersoek toon dat sowel die Suid-Afrikaanse as Engelse gesag waarop regter Griesel sy standpunt baseer, nie sy gevolgtrekking voldoende steun nie. Die korrekte nalatigheidstoets vir onderwysers is die geykte toets vir deskundiges, naamlik dié van die redelike persoon in die omstandighede, oftewel die redelike deskundige, en in die onderhawige saak, die redelike onderwyser, soos deur appèlregter Brand in die meerderheidsuitspraak uiteengesit. Aangesien die verskillende benaderings tot nalatigheid in hierdie twee uitsprake tot uiteenlopende bevindings kan lei, is dit belangrik dat die hoogste hof van appèl by die eersvolgende geleentheid die redelike-ouer-toets vir die nalatigheid van onderwysers afwys en hom ondubbelsinnig ten gunste van die redelike-onderwyser-toets uitspreek.

Bibliografie

- Barry, B. 2006. *Schools and the law*. Kaapstad: Juta & Kie Bpk.
- Boberg, P.Q.R. 1984. *The law of delict: Volume I Aquilian liability*. Kaapstad: Juta & Kie Bpk.
- Davel, C.J. 2003. The standard of care applicable to educators: the reasonable educator. *De Jure*, 36(3):405–14.
- Dugdale A.M. en K.M. Stanton (reds.). 1989. *Professional negligence*. Londen en Edinburgh: Butterworths.
- Education 2011 (36) *Halsbury's laws of England*. 5de uitgawe. Londen: LexisNexis.
- Joubert, R. en S. Prinsloo. 2009. *The law of education in South Africa*. 2de uitgawe. Pretoria: Van Schaik Uitgewers.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2010. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 6de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- . 2011. Deliktuele aanspreeklikheid in skoolverband. *De Jure*, 44(1):161–70.
- Oosthuizen, I.J. (red.). 2011. *Inleiding tot die onderwysreg*. 2de uitgawe. Pretoria: Van Schaik Uitgewers.
- Potgieter, J.M. 2004. Delictual negligence of educators in schools: the confusing influence of the *in loco parentis* doctrine. *Perspectives in Education*, 22(3):153–6.
- . 2005. Onsekerheid oor die toets vir deliktuele nalatigheid in skoolverband. *De Jure*, 38(2):413–9.
- . 2008(1). Aanspreeklikheid van ouers vir skade veroorsaak deur hul minderjarige kinders? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 71(2):331–6.
- . 2008(2). Deliktuele aanspreeklikheid vir nalatige optrede in skoolverband. *De Jure*, 41(1):193–200.
- Powell, J.L. en R. Stewart (alg. reds.). 2007. *Jackson & Powell on professional liability*. 6de uitgawe. Londen: Sweet & Maxwell.