

# Vonnisbespreking: Aanspreeklikheid van die staat vir tuberkulose in die gevangenis

*Johann Neethling en Johan Potgieter*

---

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

---

## **Abstract**

In this case the plaintiff contracted tuberculosis (TB) while in prison. He sued the Minister for damages on the basis that the poor prison health management had resulted in his becoming infected. The high court upheld the claim, but the supreme court of appeal (SCA) dismissed it, mainly because the court found that there was no factual relationship between the negligence of the authorities and the contraction of TB by the plaintiff. In the constitutional court (CC) the majority held that the SCA, in applying the but-for test for factual causation, adopted rigid deductive logic which necessitated the conclusion that because the plaintiff did not know the exact source of his infection, his claim had to fail. The CC held that our law has always recognised that the test for factual causation should be applied flexibly. Applying this approach, it held that it was more probable than not that the plaintiff had contracted TB as a result of the negligence of the prison authorities and that the claim should succeed. But the minority did not agree. It held that the plaintiff could not show that reasonable measures would probably have saved him from contracting TB. It agreed with the SCA that the plaintiff could not satisfy the but-for test for causation. It found, however, that because of the resultant injustice in cases such as this the court should develop the common law and it would therefore have remitted the matter to the high court for this purpose.

The authors support the flexible approach to factual causation where common sense rather than strict logic should prevail, and where the question as to what is more probable should not be based on a mathematical thought process but rather on the practical way in which the ordinary person's mind works against the background of everyday-life experiences. The outcome *in casu* that factual causation was present on a balance of probabilities is therefore supported. Where an application of the but-for test, even in its flexible form, would lead to a denial of liability in certain cases because it was more probable than not that the defendants had not caused the harmful result, this consequence may be unacceptable, since justice may be denied. (An example would be the facts in the English case of *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32.) In these circumstances the but-for test could be circumvented in our law by an approach which would engender a fairer outcome by holding negligent defendants liable. This could perhaps be achieved by legal causation where the basic question is whether there was a sufficiently close relationship between the defendant's negligent conduct and the victim's damage for the damage to be

attributed to the defendant, taking into account policy considerations based on fairness, reasonableness and justice. To ascertain whether such a relationship existed, the increased risk of damage caused by the negligent conduct, as suggested by the minority, may play a significant part.

## 1. Inleiding

Die feite van hierdie saak is kortliks soos volg: Die eiser was vir vier-en-'n-half-jaar in 'n maksimumsekuriteitsgevangenis aangehou. Terwyl hy in aanhouding was, het hy siek geword en is hy met tuberkulose (TB) gediagnoseer. Na sy vrylating stel hy 'n aksie vir skadevergoeding teen die staat in op grond daarvan dat die gevangenisowerheid deur nalatige optrede of met *dolus eventualis* veroorsaak het dat hy TB opgedoen het.

Die verhoorhof (*Lee v Minister of Correctional Services* 2011 6 SA 564 (WKK)) beslis, wat onregmatigheid betref met verwysing na die *locus classicus* *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597, dat daar volgens die regsopvatting van die gemeenskap, wat teenswoordig die norme en waardes vervat in die handves van regte moet inkorporeer, 'n regsplig op die gevangenisowerheid gerus het om besmetting met TB te voorkom. Die hof bevind ook dat die betrokke owerheid nalatig opgetree het, omdat skade redelikerwys voorsien- en voorkombaar was, en dat feitelike en juridiese kousaliteit aanwesig was. Aangesien aan al die vereistes vir 'n delik voldoen is, word die staat vir die verweerder se skade aanspreeklik gehou (Neethling 2013:179–80).

In appèl onderskryf die hoogste hof van appèl (*Minister of Correctional Services v Lee* 2012 3 SA 617 (HHA)) die bevinding dat daar 'n plig op die gevangenisowerheid was "to see to the physical welfare of prisoners so far as that is reasonably possible", en dat gevangenes in beginsel 'n aksie vir skadevergoeding tot hulle beskikking het om hul regte te vindikeer. Die hof stem ook saam met die verhoorhof dat die amptenary nalatig opgetree het, maar werp uiteindelik dié hof se beslissing omver op grond daarvan dat die eiser nie kon bewys dat daar 'n feitelike kousale verband tussen die tronkbewaarders se beweerde nalate en die eiser se besmetting met TB was nie (Neethling 2013:181-3).

In die verbygaan kan opgemerk word dat wat die hoogste hof van appèl se beslissing oor feitelike kousaliteit betref, dit wil voorkom of die hof eerder met die probleem van relevansie van nalatigheid as oorsaaklikheid te doen gehad het (Neethling 2013:185-6; vgl. Neethling en Potgieter 2010:165, 195 vn. 59). Hierbenewens is dit in elk geval eienaardig waarom die hoogste hof van appèl hom hoegenaamd met onregmatigheid (en nalatigheid) bemoei het. Soos appèlregter Nugent in *First National Bank of South Africa Ltd v Duvenhage* 2006 5 SA 319 (HHA) 320–1 (sien ook *mCubed International (Pty) Ltd v Singer* 2009 4 SA 471 (HHA) 479) opgemerk het, kan feitelike kousaliteit in gepaste gevalle by die verhoor eerste aan die orde kom en afgehandel word – dit wil sê selfs voor byvoorbeeld onregmatigheid en nalatigheid – en hierdie was waarskynlik so 'n geval (Neethling en Potgieter 2010:185 vn. 4).

## 2. Meerderheidsuitspraak van die konstitusionele hof

### 2.1 Inleiding

Dit bring ons by die beslissing in die konstitusionele hof. In haar meerderheidsuitspraak wys regter Nkabinde (par. 23) daarop dat die primêre kwessie verband hou met die kousaliteitsvraag. (Op ander aspekte van die uitspraak, onder meer die eis vir grondwetlike skadevergoeding, word nie hier ingegaan nie.) Die applikant voer aan dat die hoogste hof van appèl verkeerd was in sy bevinding dat 'n kousale verband ontbreek het en versuim het om die benadering in *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA) aangaande die bewyslas by die bepaling van 'n kousale verband te volg. Hierin word die applikant gesteun deur die amici wat ook tot die geding toegetree het. Volgens die amici is die benadering van die hoogste hof van appèl in twee opsigte gebrekkig (par. 26):

[F]irst, the application of the but-for test is inconsistent with the articulation of the test in *Van Duivenboden* and second, if on the correct application of the test the applicant will not be entitled to relief, the but-for test should be developed in accordance with the spirit, purport and objects of the Bill of Rights ... as well as the norms and values which underlie the Constitution. In addition, the amici do not reject the "prudent and fair" approach that the common law test is meant to engender. Rather, it is concerned with what appears to be a mechanical application of the test which results in an injustice.

Alvorens regter Nkabinde haar op kousaliteit toespits, verklaar sy (par. 37) dat sy saamstem met die howe benede dat die gevangenisowerheid onregmatig opgetree het weens hulle versuim "to have reasonably adequate precautions against contagion, which was the foundation of the claim". Sy stem ook saam dat daar nalatige verbreking van die amptenary was van 'n regsplig om 'n voldoende stelsel vir die bestuur van TB in die gevangenis te handhaaf. Sy beperk haar uitspraak dus tot die vraag of sodanige nalatige versuim die besmetting van die eiser met TB veroorsaak het, aangesien slegs "causal negligence can give rise to legal responsibility".

Voordat ons regter Nkabinde se uitspraak in hierdie verband onder die loep neem, is dit miskien wenslik om enkele opmerkings oor die onregmatigheids- en nalatigheidsvereiste te maak.

### 2.2 Onregmatigheid

Onregmatigheid word in die huidige verband bepaal aan die hand van die vraag of daar 'n regsplig op die gevangenisowerheid gerus het om na die welsyn van gevangenes om te sien, en dít weer word met verwysing na die regsoortuiging van die gemeenskap vasgestel (sien oor Ig. begrip Neethling en Potgieter 2010:38 e.v.; *McCarthy Ltd t/a Budget Rent a Car v Sunset Beach Trading 300 CC t/a Harvey World Travel* 2012 6 SA 551 (NGP) 563–4). Regter Nkabinde (par. 53) verklaar:

In *Ewels* [597] it was held that our law had reached the stage of development where an omission is regarded as unlawful conduct when the circumstances of the case are of such a nature that the legal convictions of the community demand that the omission should be considered wrongful. This open-ended general criterion has since evolved into the general criterion for establishing wrongfulness in all cases, not only omission cases. The imposition of wrongfulness under this enquiry is determined with reference to considerations of public and legal policy, consistent with constitutional norms.

Alle relevante faktore, ook regsvoorskrifte, moet oorweeg word om vas te stel of bedoelde regsplig aanwesig is al dan nie (Neethling en Potgieter 2010:60 e.v., 69–73). In die huidige verband word die regsplig nie alleen grondwetlik en statutêr ontleen nie, maar was dit ook reeds 'n gevestigde beginsel van die gemenerereg. Artikel 35(2)(e) van die Grondwet bepaal naamlik dat elke gevangene die reg het "op omstandighede van aanhouding wat met menswaardigheid rekening hou, met inbegrip van, minstens, oefening en die voorsiening, op staatsonkoste, van toereikende huisvesting, voeding, leesstof en mediese behandeling" (sien bv. *B v Minister of Correctional Services* 1997 2 All SA 574 (K); Van Wyk 1997:701–5; *Lee* (HHA) 624). Statutêr verplig artikel 12(1) van die Correctional Services Act 111 van 1998 die gevangenisowerheid "to provide, within its available resources, adequate health care services, based on the principles of primary care, in order to allow every inmate [of a prison] to lead a healthy life" (sien ook *Lee* (HHA) 624; *Lee* (KH) par. 65). Wat die gemenerereg betref, beskryf appèlregter Brand die regsplig in die huidige verband soos volg in *Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Geldenhuys* 2004 1 SA 515 (HHA) 528–9:

Wat betref onregmatigheid moet in gedagte gehou word dat wat die polisie onder hierdie hoof ten laste gelê word, neerkom op 'n late of versuim ... In bepaalde omstandighede kan die vraag na die bestaan van 'n regsplig om positief op te tree, erg problematies wees. In 'n saak soos die onderhawige lê die antwoord op hierdie vraag egter voor die hand. Dit is so omdat hierdie Hof reeds meer as 25 jaar gelede – in *Minister of Police v Skosana* 1977 (1) SA 31 (A) 40A-C – in 'n saak, soortgelyk aan die onderhawige, beslis het dat die polisie, net soos die gevangenisdiens, regtens verplig is om toe te sien dat aangehoudenenes in hulle sorg sodanige mediese behandeling ontvang as wat redelikerwys nodig mag wees ... Die uitdruklike konstitusionele waarborg in a 35(2)(e) van die Grondwet waarvolgens elke aangehoudene "op toereikende mediese behandeling" geregtig is, het dus nie 'n bestaande gemeenregtelike beginsel verander nie, maar dit verskans en onderstreep.

### **2.3 Nalatigheid**

In hierdie verband is dit onverstaanbaar waarom al drie die *Lee*-sake aanvaar dat nalatigheid 'n vereiste vir die gevangenisowerheid se deliktuele aanspreeklikheid is aangesien die appèlhof in *Minister of Justice v Hofmeyr* 1993 3 SA 131 (A) bevestig het dat, soos by onregmatige vryheidsontneming (sien Neethling e.a. 2005<sup>20</sup>)<sup>9</sup> die staat skuldloos vir die aantasting van die fisies-psigiese integriteit van gevangenes aanspreeklik is. Dit is veral die geval omdat dieselfde beleidsoorwegings wat skuldlose aanspreeklikheid van die staat vir onregmatige vryheidsontneming regverdig, ook in hierdie gevalle geld. Dit behoeft geen betoog nie dat vanweë die uiters ongelyke verhouding tussen

gevangenisowerheid en gevangene, gevangenes ook wat hulle fisies-psigiese integriteit betref, grootliks aan die genade van tronkbewaarders uitgelewer is en daarom tot die mees kwesbare groep in ons samelewing behoort. Dit word ook deur regter Nkabinde (par. 65), met verwysing na Lee (HHA) 624, 625–6, beklemtoon:

It is indeed so that "[p]risoners are amongst the most vulnerable in our society to the failure of the state to meet its constitutional and statutory obligations", and that "a civilised and humane society demands that when the state takes away the autonomy of an individual by imprisonment it must assume the obligation ... inherent in the right ... to 'conditions of detention that are consistent with human dignity'." I thus agree that "there is every reason why the law should recognise a claim for damages to vindicate [the prisoners'] rights." To suggest otherwise, in circumstances where a legal duty exists to protect Mr Lee and others similarly placed, will fail to give effect to their rights to human dignity, bodily integrity and the right to be detained in conditions that are consistent with human dignity under the Constitution, including at least exercise and the provision, at state expense, of adequate accommodation, nutrition, and medical treatment.

Daarom behoort die staat in hierdie gevalle skuldloos aanspreeklik te wees (Neethling 2013:178–9). Die bevinding dat die bewaarders hul regsplig verbreek en daarom onregmatig teenoor die eiser opgetree het, was dus afdoende om aanspreeklikheid in beginsel te vestig (sien ook Neethling 2013:184).

#### **2.4 Kousaliteit**

Om nou terug te keer na regter Nkabinde se uitspraak oor kousaliteit (parr. 38–41). Sy bevestig tereg dat terwyl feitelike kousaliteit 'n feitevraag behels, juridiese kousaliteit met beleid te make het wat verhinder dat aanspreeklikheid onbeperk uitkring. Vir feitelike kousaliteit word die *conditio sine qua non*- of *but for*-teorie toegepas. Volgens hierdie toets is "the enquiry to determine a causal link, put in its simplest formulation, [...] whether 'one fact follows from another'". Sodoende kry die formulering van 'n feitelike kousale verband wat Van Rensburg (1970:141, 152; sien ook Neethling en Potgieter 2010:195; vgl. Loubser en Midgley 2010:80) meer as 40 jaar gelede voorgestel het, uiteindelik erkenning in ons hoogste hof. In die geval van positiewe optrede moet die gedrag weggedink word om feitelike kousaliteit te bepaal, terwyl in die geval van 'n late, 'n positiewe handeling vir hierdie doel by die feite ingedink moet word. Alhoewel die regter (par. 41) in laasgenoemde verband verklaar dat redelike gedrag van die verweerder in die feite ingelees moet word, kwalifiseer sy dit tereg soos volg in voetnoot 17:

Some authors [sy verwys na die 2006-uitgawe van Neethling en Potgieter; vgl. Neethling en Potgieter 2010:195 vn. 58] are of the view, and I agree, that the insertion of the reasonable conduct of the defendant into the set of facts is said to have the potential to cause confusion between factual causation and negligence. What must be determined first is whether the wrongdoer could have done anything to prevent the relevant consequence (and only then, whether the reasonable person in the position of the defendant would have prevented the consequence).

Feitelike kousaliteit moet ook van onregmatigheid onderskei word. Daarom is die stelling van regter Nkabinde (parr. 56, 57) dat by die toepassing van die *conditio sine qua non*-benadering by 'n late, die late deur "a hypothetical course of lawful conduct" (sien ook *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700; *Minister of Finance v Gore* 2007 1 SA 111 (HHA) 125) vervang moet word, vatbaar vir kritiek. Soos blyk uit die *dictum* van regter Nkabinde hier bo, is die vraag na kousaliteit of die dader enigiets kon gedoen het om die gewraakte gevolg te voorkom, en nie of *regmatige* optrede – dit wil sê waar die dader die regsplig volkome nagekom het – die gevolg sou voorkom het nie, want dan word onregmatigheid en feitelike kousaliteit verwar (Neethling en Potgieter 2010:195 vn. 58; Neethling 2013:185).

Regter Nkabinde (parr. 42–3) beklemtoon vervolgens dat sy 'n soepele benadering tot feitelike kousaliteit voorstaan. Sy verklaar dat "the rule regarding the application of the [but-for] test in positive acts and omission cases is not inflexible. There are cases in which the strict application of the rule would result in an injustice, hence a requirement for flexibility". Ongelukkig word hierdie benadering nie deur die hoogste hof van appèl nagevolg nie, selfs al is hier aanvaar dat dit meer waarskynlik is as nie dat die eiser TB in die tronk opgedoen het. Volgens haar (par. 44) het die appèlhof fouteer deur "a rigid deductive logic" toe te pas wat die gevolgtrekking genoep het dat, omdat die eiser nie geweet het wat die presiese bron van sy besmetting was nie, hy moes aangetoon het dat "reasonable systemic adequacy" die risiko van besmetting heeltemal sou uitgeskakel het. Dit word nie deur ons reg vereis nie (par. 45). Die soepel benadering tot feitelike kousaliteit het volgens haar 'n lang geskiedenis in ons reg en is nog nooit versaak nie.

Weens die belangrikheid van hierdie benadering is dit noodsaaklik om betreklik uitvoerig te verwys na die bronne waarop regter Nkabinde steun. Sy verwys (parr. 46) na *Kakamas Bestuursraad v Louw* 1960 2 SA 202 (A) 220 (sien ook *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A) 917) , wat verklaar dat kousaliteit nie altyd deur streng navolging van logika beantwoord kan word nie, maar dat gesonde verstand soms die deurslag moet gee. Die mees resente *dicta* oor die soepele benadering kan gevind word in onder andere *Minister of Finance v Gore* 2007 1 SA 111 (HHA) par. 33 (sien ook *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA) 449). In *Gore* (par. 33) word die benadering wat gevolg word by die kwyt van die bewyslas met betrekking tot feitelike kousaliteit soos volg beskryf:

With reference to the *onus* resting on plaintiff, it is sometimes said that the prospect of avoiding the damages through the hypothetical elimination of the wrongful conduct must be more than 50%. This is often followed by the criticism that the resulting all-or-nothing effect of the approach is unsatisfactory and unfair. A plaintiff who can establish a 51% chance, so it is said, gets everything, while a 49% prospect results in total failure. This, however, is not how the process of legal reasoning works. The legal mind enquires: What is more likely? The issue is one of persuasion, which is ill-reflected in formulaic quantification. The question of percentages does not arise ... Application of the "but for" test is not based on mathematics, pure science or philosophy. It is a matter of common sense, based on the practical way in which the ordinary person's mind works against the background of everyday-life experiences.

Die benadering dat gesonde verstand soms bo streng logika gehandhaaf moet word, geld ook by die *but for*-benadering (par. 49). Die *but for*-benadering faal byvoorbeeld volkome in gevalle van sogenaamde kumulatiewe veroorsaking, dit wil sê waar 'n mens te make het met gevalle waar meerdere handelingse 'n bepaalde gevolg veroorsaak, soos waar sowel X as Y op dieselfde oomblik vir Z 'n doodskoot deur die kop gee. Die toepassing van *conditio sine qua non* maak dit in so 'n geval moontlik om tot die absurde gevolgtrekking te kom dat nóg X, nóg Y Z se dood veroorsaak het. Die "direct common-sense approach of the man in the street", soos dit gestel is in *Portwood v Svamvur* 1970 4 SA 8 (RA) 15 (sien ook *Ncoyo v Commissioner of Police, Ciskei* 1998 1 SA 128 (CkSC) 137; *Silver v Premier, Gauteng Provincial Government* 1998 4 SA 569 (W) 575; Loubser en Midgley 2010:79–80; Neethling en Potgieter 2010:191; vgl. *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A) 914–5, waarna regter Nkabinde (parr. 48–9 ook verwys)), verskaf dus 'n voldoende antwoord: sowel X as Y het Z se dood veroorsaak:

I think it would be quite profitless to expect C, the injured bystander, to have to try and prove what might or might not have happened if one or other of A or B had not been negligent [die regter bedoel "had not acted"]. The proper approach surely is the direct common sense approach of the man in the street and, in the example given, he would, without doubt, simply say: "Of course they are both to blame." This is how I propose to approach the facts of this case.

(Hierdie benadering vind ook erkenning in artikel 3:102 van die beginsels van die Europese deliktereg soos voorgestel deur die European Group on Tort Law (2005:44) wat soos volg lui: "In the case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as a cause of the victim's damage.")

Ons reg vereis dus nie as onbuigsame reël die vervanging van onregmatige optrede deur hipotetiese, regmatige optrede by die toepassing van die *but for*-toets vir feitelike kousaliteit nie (par. 50). Bowendien sou sodanige benadering normatiewe oorwegings by feitelike kousaliteit betrek, wat die onderskeid tussen feitelike en juridiese kousaliteit onnodig sou vertroebel (par. 51). Aangesien beleidsoorwegings in ons reg voldoende by die onregmatigheidselement hanteer word, is daar geen dwingende rede om feitelike kousaliteit met sodanige oorwegings te belas nie (par. 53; sien egter Van der Walt en Midgley 2005:199, wat ten onregte aanvaar dat feitelike kousaliteit normatiewe elemente bevat; vgl. Du Plessis 2010:550; Loubser en Midgley 2010:82, 84). Volgens regter Nkabinde (par. 55) was daar dus geen rede wat die hof van eerste instansie verhinder het – en dit het dié hof inderdaad gedoen – om die vraag na kousaliteit eenvoudig te beantwoord deur te vas te stel of die eiser se gevangesetting meer waarskynlik die oorsaak van sy tuberkulose was as wat die geval sou gewees het indien hy nie in daardie omstandighede gevang gehou is nie. Volgens haar word dieselfde resultaat deur die toepassing van die *but for*-toets bereik: "[T]his hypothetical exercise shows that probable cause has been proved" (parr. 56–8). Uiteindelik bevind sy (par. 62) ook dat indien die gevangenisowerheid 'n doeltreffende teen-TB-stelsel tydens die eiser se gevangenhouding gehad het, die waarskynlikhede hulle sou begunstig het. Maar omdat daar geen sodanige stelsel bestaan het nie, is dit geregverdig om die afleiding te maak dat die afwesigheid van so 'n stelsel waarskynlik die wyse is waarop die eiser die siekte opgedoen het. Die regter bevind gevolglik dat feitelike kousaliteit aanwesig was en stem nie saam met die benadering van die hoogste hof van appèl dat feitelike

kousaliteit in die huidige omstandighede net bewys kan word indien die eiser die spesifieke bron van besmetting kan identifiseer nie. Sy verklaar (par. 63):

The implication of that kind of inexorable logic is that factual causation under our law can never be proved where the specific incident or source of infection cannot be identified. This means that even wrongful and negligent conduct of correctional facility authorities can by no means, in those instances, lead to delictual liability. Fortunately, in my view, our law relating to factual causation does not require that kind of inflexibility in determining factual causation.

Die vrees vir onbeperkte aanspreeklikheid wat deur 'n soepele benadering tot feitelike kousaliteit en die verslapping van die *conditio sine qua non*-toets in bepaalde gevalle teweeggebring kan word, word volgens regter Nkabinde besweer deur die ontwikkeling van die redelijkheidstoets vir onregmatigheid (par. 74). Laasgenoemde toets behels volgens haar die vraag of dit redelik is om die verweerder aanspreeklik te hou en is nie beperk tot die redelijkheid van die verweerder se optrede nie, wat met die nalatigheidstoets verband hou. Omdat die onregmatigheidstoets nou bepalend is by die vraag of deliktuele aanspreeklikheid uitgebrei of beperk moet word, kan onregmatigheid ook die toepassing van die soepele benadering tot feitelike kousaliteit binne perke hou.

Sonder om hier in besonderhede op regter Nkabinde se uiteensetting van die onregmatigheidstoets in te gaan (sien hieroor ons kritiese bespreking in Neethling en Potgieter 2010:83–8), het die beperking van ongebreidelde aanspreeklikheid nie te make met die vraag na onregmatigheid nie, maar eerder met die vraag na juridiese kousaliteit. Soos Van Aswegen (1993:192–3) oortuigend aantoon, word die vraag na die omvang van aanspreeklikheid, wat nie die "boundaries of reasonableness, fairness and justice" moet oorskry nie, direk hier betrek (sien bv. *S v Mokgethi* 1990 1 SA 32 (A) 40–1; sien ook Neethling en Potgieter 2010:201–3, 311).

In die lig van regter Nkabinde se soepele benadering tot feitelike kousaliteit vind sy dit onnodig om ons gemenerereg die voetspoor van onlangse ontwikkelinge in die Anglo-Amerikaanse reg te laat volg (par. 72).

Ons ondersteun die soepele benadering, veral soos geformuleer in die *dictum* in *Gore* (par. 33, hier bo aangehaal), dat by die toepassing van die *conditio sine qua non*-toets gesonde verstand soms bo streng logika gehandhaaf moet word, en dat die vraag na wat meer waarskynlik is, nie op 'n matematiese denkproses gebaseer kan word nie, maar wel op "the practical way in which the ordinary person's mind works against the background of everyday-life experiences". In die lig hiervan is regter Nkabinde se slotsom korrek dat daar 'n feitelike kousale verband tussen die nalatigheid van die gevangenisowerheid en die besmetting van die eiser met TB in die tronk aanwesig was: volgens die feite was dit meer waarskynlik as nie dat die eiser TB in die tronk opgedoen het, 'n gevolgtrekking waartoe selfs die hoogste hof van appèl gekom het.

### 3. Minderheidsuitspraak van die konstitusionele hof

Regter Cameron stem in sy minderheidsuitspraak egter nie met die benadering van regter Nkabinde saam nie. Hy stel dit soos volg (par. 79):

In my view, on the facts before the High Court and the Supreme Court of Appeal, it cannot be said that it is more probable than not that "but for" the negligence of the prison authorities, Mr Lee would not have contracted tuberculosis (TB). The only conclusion possible on the evidence is that the prison authorities' negligent conduct increased the overall risk that Mr Lee would contract TB. But that should not lead to defeat for Mr Lee. In my view, our law should be developed to compensate a claimant negligently exposed to risk of harm, who suffers harm. But the delicate and difficult task of undertaking that development should start in the High Court, and should involve full assessment of the intricacies of a system of risk-based compensation. The case should therefore be remitted.

Volgens regter Cameron kan kers opgesteek word by die Anglo-Amerikaanse bronne waarna hy verwys (parr. 94 e.v.). Vir ons doeleindes is dit voldoende om sy bespreking van *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd; Fox v Spousal (Midlands) Ltd; Matthews v Associated Portland Cement Manufacturers (1978) Ltd* [2002] UKHL 22, [2003] 1 AC 32 te vermeld (par. 95). Ons beperk ons tot die *Fairchild*-geval. Hier was die eiseres se man, C, op verskillende tye en vir verskillende tydperke in diens van A en B. Gedurende hierdie periodes het C buitensporige hoeveelhede asbestof ingeasem wat tot mesotelioma gelei het en waaraan hy later dood is. Omdat die eiseres nie volgens die tradisionele *but for*-toets kon bewys wie van A of B C se siekte feitelik veroorsaak het nie, het die Court of Appeal ([2002] 1 WLR 1053) die eis van die hand gewys. Die appèl na die House of Lords slaag egter. Hierdie hof beslis dat waar 'n werknemer blootgestel is aan die inaseming van asbestof by verskillende werkgewers en op verskillende tye, in stryd met die werkgewers se plig om hom teen die risiko van die opdoen van mesotelioma te beskerm, en die risiko realiseer, maar die ontstaan van die siekte volgens huidige mediese kennis nie volgens die *but for*-toets aan enige besondere of kumulatiewe blootstelling toegeskryf kan word nie, 'n aangepaste benadering tot die bewys van feitelike kousaliteit geregverdig is. In sodanige geval is die bewys dat elke werkgewer se onregmatige versuim die risiko om die siekte op te doen wesenslik verhoog het, voldoende om die kousale vereistes vir aanspreeklikheid te vestig. Dienooreenkomstig kon die eiseres op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys dat die kousale verband om die aanspreeklikheid van sowel A as B te vestig, aanwesig was (sien ook Neethling 2003:266–8; Loubser en Midgley 2010:82–3; Du Plessis 2010:548–50).

Vir Suid-Afrika is dit van belang dat 'n soortgelyke probleem reeds die aandag van Romeinse juriste geniet het. *Fairchild* (parr. 157–60) vermeld met verwysing na *D 9 2 51 1* en *D 9 2 11 2* die geval van 'n slaaf wat sterf weens aanranding deur verskeie persone waar dit nie moontlik was om te bewys watter een van die aanranders die slaaf se dood veroorsaak het nie, en al die aanranders ingevolge die *actio legis Aquiliae* aanspreeklik gehou is. Lord Rodger of Earlsferry (par. 160) lewer soos volg kommentaar op hierdie geval:

would take from these passages the clear implication that classical Roman jurists of the greatest distinction saw the need for the law to deal specifically with the situation where it was impossible to ascertain the identity of the actual killer among a number of wrongdoers. If strict proof of causation were required, the plaintiff would be deprived of his remedy in damages for the death of his slave. In that situation, some jurists at least were prepared, exceptionally, to hold all of the wrongdoers liable and so afford a remedy to the owner whose slave had been killed.

Laastens kan ook die geval van die drie jagters genoem word. X, Y en Z is jagters in 'n woud wat dikwels deur stappers besoek word. Al drie van hulle skiet 'n skoot na 'n voël. Een koeël tref B wat in die woud gestap het. Terwyl daar geen twyfel is dat al drie die jagters nalatig opgetree het nie, is dit onduidelik wie van hulle die noodlottige skoot gevuur het. Die vraag ontstaan of die afhanklikes van B 'n onderhoudseis teen een of meerdere van die drie jagters het. Moderne regsisteme bied verskillende oplossings vir die probleem (Spier en Haazen 2000:127; ook Neethling 2003:264-5). Al die verskillende oplossings is deur die European Group on Tort Law (2005) oorweeg. Die Groep (art. 3:103(1)) doen die volgende oplossing vir die raaisel van die drie jagters aan die hand:

In the case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim's damage.

Dit beteken dat elkeen van die drie jagters in beginsel vir een derde van die onderhoudseis van B afhanklikes aanspreeklik is, aangesien die waarskynlikheid dat enige van die drie skote B se dood kon veroorsaak het, dieselfde is (sien ook Neethling 2003:265).

'n Toepassing van die geïkete *but for*-toets, selfs in sy soepele gedaante, sou in al drie die voorbeelde hier bo daartoe gelei het dat aanspreeklikheid ontken word weens die afwesigheid van 'n feitelike kousale verband, omdat dit meer waarskynlik is dat die verweerder(s) nie die gewraakte gevolg veroorsaak het nie as omgekeerd. Dit is dan ook regter Cameron (par. 79, hier bo aangehaal) se gevolgtrekking in *Lee*.

Hierdie resultaat is egter onaanvaarbaar, omdat dit geregtigheid misken. Ten einde aanspreeklikheid te vestig waar feitelike kousaliteit ontbreek om sodoende 'n billiker en regverdiger bedeling te bewerkstellig, moet beleidsoorwegings ingespan word en die streng toepassing van ons deliksbeginsels versak word (vgl. nietemin Du Plessis 2010:550; Loubser en Midgley 2010:84). Die enigste delikselement wat miskien hier toepassing kan vind, is regsoorsaaklikheid (Spier en Haazen 2000:150-4), waar die basiese vraag is of daar 'n voldoende noue verband tussen 'n persoon se gedrag en die slagoffer se skade is dat die skade die dader toegereken kan word met inagneming van beleidsoorwegings gebaseer op redelikheid, billikheid en regverdigheid (Neethling 2003:265; Neethling en Potgieter 2010:201-4). Ten einde te bepaal of sodanige verband bestaan, kan die verhoging van die risiko van skade deur die dader, soos deur regter Cameron aan die hand gedoen, sekerlik 'n beduidende rol speel (vgl. Loubser en Midgley 2010:80-1).

'n Mens wonder egter of hierdie moeilike kwessie nie eerder oor die boeg gegooi moet word van die vraag of dit redelik sou wees om die Aquiliese aksie in die omstandighede toe te laat om skadevergoeding te verhaal nie (sien Neethling en Potgieter 2010:87-8) – dus die vraag na die wenslikheid of noodsaaklikheid al dan nie om deliktuele aanspreeklikheid te erken (of uit te brei) selfs waar een van die delikselemente (in hierdie geval, feitelike kousaliteit) streng gesproke ontbreek. Daar bestaan immers reeds voorbeelde van (deliktuele) aanspreeklikheid vir skadevergoeding by strikte aanspreeklikheid waar skuld ontbreek, en by middellike aanspreeklikheid waar die verweerder hoegenaamd geen delik gepleeg het nie (Neethling en Potgieter 2010:275 e.v.). In die geval van die aanspreeklikheid van die drie jagters het 'n mens duidelik te make met 'n geval van 'n gedeeltelike aanspreeklikheid vir die delik van 'n ander, aangesien net een van die jagters inderdaad die dood van die broodwinner veroorsaak het (Neethling 2003:266). Dit is duidelik dat dit beleidsoorwegings is wat die deurslag gee by die toestaan of weiering van 'n skadevergoedingsaksie ondanks die oënskynlike aan- of afwesigheid van sekere delikselemente (sien bv. *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA) en *Stewart v Botha* 2008 6 SA 310 (HHA); sien Neethling en Potgieter 2010:87-8 vir 'n bespreking). Soos hier bo uitgewys, word weens oorwegings van redelikheid, billikheid en regverdigheid 'n mens se algemene gevoel van geregtigheid meer bevredig indien die Aquiliese aksie in gevalle soos *Lee*, die Romeinsregtelike slaaf en die drie jagters verleen word, selfs waar feitelike kousaliteit ontbreek.

#### 4. Gevolgtrekking

Die meerderheid se beklemtoning dat 'n soepele benadering tot feitelike kousaliteit gevolg behoort te word, word verwelkom. Hierdie benadering hou in dat by die toepassing van die *conditio sine qua non*-toets, gesonde verstand soms bo streng logika gehandhaaf moet word; en dat die vraag na wat meer waarskynlik is, in 'n bepaalde geval nie op 'n matematiese denkproses gebaseer moet word nie, maar wel op die denkproses van die gewone mens teen die agtergrond van sy of haar alledaagse belewenisse.

'n Toepassing van die geykte *but for*-toets, selfs in sy soepele gedaante, kan in bepaalde gevalle (soos in *Fairchild*, die Romeinsregtelike slaaf en die drie jagters) daartoe lei dat aanspreeklikheid ontken word weens die afwesigheid van 'n feitelike kousale verband omdat dit meer waarskynlik is dat die verweerder(s) nie die gewraakte gevolg veroorsaak het nie as omgekeerd. Sodanige resultaat is egter onaanvaarbaar, omdat dit teen die regsgevoel indruis. Ten einde 'n regverdiger bedeling te bewerkstellig, is dit nodig om beleidsoorwegings in te span en die streng toepassing van ons deliksbeginsels, onder andere dat feitelike kousaliteit vir aanspreeklikheid geveg word, te versaak. Daar word aan die hand gedoen dat regsoorsaaklikheid in hierdie verband diens kan doen.

## Bibliografie

Du Plessis, M. 2010. Alternative approaches to factual causation in cases involving gradual-onset psychiatric diseases in the workplace. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 73(4):531–52.

European Group on Tort Law. 2005. *Principles of European tort law: Text and commentary*. Wene, New York: Springer.

Loubser, M. en R. Midgley (reds.). 2010. *Deliktereg in Suid-Afrika*. Kaapstad: Oxford University Press.

Neethling, J. 2003. The case of the three hunters, or delictual liability for alternative causes. *South African Law Journal*, 120(2):263–8.

—. 2013. Delictual liability of prison authorities for contagious diseases amongst inmates. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1:177–86.

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2010. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 6de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Neethling, J., J.M. Potgieter en P.J. Visser. 2005. *Neethling's law of personality*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Spier, J. (red.). 2000. *Unification of tort law: Causation*. Den Haag, Londen, New York: Kluwer Law International.

Spier, J. en O. Haazen. 2000. Comparative conclusions on causation. In Spier (red.) 2000.

Van Aswegen, A. 1993. Policy considerations in the law of delict. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 56(2):171-95.

Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2005. *Principles of delict*. 3de uitgawe. Durban: LexisNexis Butterworths.

Van Rensburg, A.D.J. 1970. Juridiese kousaliteit en aspekte van aanspreeklikheidsbeperking by die onregmatige daad. Ongepubliseerde LLD-proefskrif, Universiteit van Suid-Afrika.

Van Wyk, C. 1997. Die regte van gevangenes met HIV. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 60(4):699–705.