

Vonnisbespreking: Die nuwe onregmatigheidstoets: 'n Trojaanse perd wat delikteregbeginsels bedreig? *Pro Tempore v Van der Merwe* 2016-3-24 saaknr. 20853/2014 (HHA) ([2016] ZASCA 39)

Johan Potgieter

Johan Potgieter, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika*

Abstract

The new wrongfulness test: A Trojan horse endangering delictual principles?

In the case under discussion, a 13-year-old schoolboy, Jaco, was seriously injured in an extraordinary manner when he sat on a steel dropper on the school's playground. The dropper was one of five, each of which had been placed by the school alongside one of five saplings planted within the playground. Jaco was impaled by the dropper, which tore through his rectum and bladder. He suffered pain and discomfort and required medical attention and surgery. A delictual action for damages on behalf of Jaco succeeded in the trial court. The trial judge pointed out that the existence of a legal duty on the part of the school to prevent injury to Jaco and the school's failure to do so were common cause between the parties and not in dispute. Wrongfulness was thus not in issue. The school argued that negligence was absent because the specific manner in which the damage occurred – namely as a result of Jaco's sitting on a steel dropper – had not been reasonably foreseeable. However, the court rightly held that in our law it is sufficient for negligence if damage in general, in contrast with the specific harmful result or the precise manner in which it occurred, was reasonably foreseeable. In this case it was indeed reasonably foreseeable that children could be injured by playing in the vicinity of a steel dropper in an area where children run and play. In addition, a reasonable person would not have placed a steel dropper in that area and would have secured the tree in a less hazardous manner. Negligence was therefore also present.

This was, however, not the end of the investigation. Strangely enough, despite the fact that wrongfulness was already present, the trial court found it necessary to revisit the wrongfulness issue. With reference to the new test for wrongfulness, as formulated in *Hawekwa Youth Camp v Byrne* 2010 6 SA 83 (SCA), the court enquired whether, in view of legal and public policy considerations in accordance with constitutional norms, the (already existing) legal duty was *in fact* present, and declared that an omission will be regarded as wrongful only if public policy requires that the defendant should be held liable. The new test

for wrongfulness was therefore applied as an “additional” test to determine whether, on policy grounds, an already existing wrongfulness was actually present. In the end, the school was held liable. Jaco was, however found contributorily negligent, with the result that the court made an award for damages for 80% of the proven loss.

The school’s appeal to the Supreme Court of Appeal was based on the argument that the trial court had erred in not having sufficient regard to wrongfulness as a requirement for delictual liability (par. 14). The school contended, once again utilising the wording of the new test for wrongfulness (as formulated in, *inter alia*, *Le Roux v Dey (Freedom of Expression Institute and Restorative Justice Centre as Amici Curiae)* 2011 3 SA 274 (CC) par. 122 and *Hawekwa*), that in the present case public policy considerations demand that, in view of the most extraordinary and peculiar act of Jaco when he sat on a dropper, liability should not be extended to the school. Therefore the new wrongfulness test was embraced also in the Supreme Court of Appeal to revisit wrongfulness after its existence had already been accepted by both parties and the matter could thus have been regarded as settled. This was achieved by asking an additional question, namely whether the defendant, in the light of the strange and extraordinary manner in which the loss had occurred, should, for reasons of policy, be held liable or not.

Both courts utilised the new test for wrongfulness as a Trojan horse to bring the extraordinary manner in which the loss occurred through the back door of the wrongfulness issue in order to ask whether wrongfulness, despite its having been already determined, had *in fact* been present because of the reasonableness to hold the defendant liable in the circumstances on grounds of policy.

This approach by the courts undermines the substance of the wrongfulness inquiry, denatures the wrongfulness element and violates the sound structure and principles of the law of delict. It is in any event not clear whether the new test for wrongfulness was ever intended to requestion wrongfulness after the parties had agreed that a legal duty existed and had not been adhered to. Nevertheless, the almost bizarre manner in which the new test for wrongfulness was embraced in the cases under discussion, albeit without success, is an example of how this test, in the words of Scott (2015:433), “is running out of control” and an indication of the damage and confusion that this unnecessary approach to wrongfulness can cause to the law of delict. (For general criticism of the new test, see Neethling and Potgieter 2015:84–90.)

Where the delictual liability of an actor who has acted wrongfully and negligently is questioned on the grounds of the extraordinary manner in which the loss occurred, it makes more sense to investigate this consideration under the banner of legal causation, instead of attempting to revisit wrongfulness. The rich jurisprudence and case law on legal causation, where the flexible approach and subsidiary considerations such as reasonable foreseeability and *novus actus interveniens* can play a role, offer a better opportunity and a sounder theoretical basis to consider whether an extraordinary course of events should lead to the exclusion of delictual liability.

Keywords: causation; contributory negligence; damage; damages; dangerous situation; delict; extraordinary course of events; flexible approach; foreseeability; injury; legal causation; legal duty; legal policy; negligence; new wrongfulness test; *novus actus*

interveniens; omission; playground; policy; public policy; reasonable foreseeability; reasonable person; reasonable teacher; school; wrongfulness

Trefwoorde: beleid; besering; buitengewone kousale verloop; delik; bydraende nalatigheid; gevaarlike situasie; juridiese kousaliteit; kousaliteit; late; nalatigheid; *novus actus interveniens*; nuwe onregmatigheidstoets; onregmatigheid; openbare beleid; redelike onderwyser; redelike persoon; redelike voorsienbaarheid; regsbeleid; regsplig; skade; skadevergoeding; skool; soepel benadering; speelgrond; toesig; voorsienbaarheid

1. Inleiding

Gewoonlik wentel die belangrikste dispuut in sake oor deliktuele aanspreeklikheid vir persoonlike beserings opgedoen in skoolverband om die vraag of nalatigheid aanwesig was, en, teoreties, oor die formulering van die nalatigheidstoets by die vasstelling van die betrokke opvoeder se nalatigheid: Geld die redelike-persoon-toets, of die redelike-ouer-toets, of die toets van die redelike opvoeder of skoolhoof? (Sien bv. *Hawekwa Youth Camp v Byrne* 2010 6 SA 83 (HHA); Potgieter 2013:13–26; Potgieter 2015:81–9.) Onregmatigheid as delikselement is selde, indien ooit, ’n kwelvraag: waar ’n leerder by ’n skool beseer word, word geredelik aanvaar dat daar ’n regsplig op die skool en sy personeel gerus het om skade te voorkom (onregmatigheid), met gewoonlik in geskil of daar redelike stappe gedoen was om voorsienbare nadeel te vermy, met ander woorde, die tweede been van die geïkte redelike voorsien-en-voorkombaarheidsnalatigheidstoets (soos in *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430 geformuleer; sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:144 e.v., 156 e.v.). In hierdie verband stel *Pro Tempo*, die saak onder bespreking, oënskynlik ’n uitsondering daar. Die grondslag van die appèl na die Hoogste Hof van Appèl is naamlik dat die verhoorhof nie voldoende oorweging geskenk het aan onregmatigheid as deliksvereiste nie (par. 14). Die korrektheid en implikasies van hierdie argument word vervolgens onder die loep geneem teen die agtergrond van die feite van die saak en die uitsprake van die verhoor- en appèlhof.

2. Feite

Die dertienjarige Jaco was ’n skolier by Pro Tempo Akademie BK (Pro Tempo) (“die skool”), ’n skool vir leerders met leergebreke, toe hy deurboor is deur een van vyf staalpaaltjies (“droppers”) langs vyf jong boompies wat op die speelgrond geplant was waar leerders onder andere krieket gespeel het. Volgens getuïenis het Jaco waarskynlik op die paaltjie, wat ongeveer 30 cm bokant die boompie uitgesteek het en ongeveer 60 cm hoog was, gaan sit of daarteen geleun. Die paaltjie het hom binnegedring, deur sy rektum en blaas geskeur, erge pyn en ongemak meegebring en mediese sorg en chirurgie genoodsaak. Jaco moes ook vir ongeveer drie maande na die ongeluk ’n stoma dra.

Die eiseres was Jaco se moeder. In haar hoedanigheid as Jaco se voog stel sy in die Gautengse afdeling van die Hooggeregshof in Pretoria ’n skadevergoedingseis op grond van nalatigheid teen Pro Tempo in vir die skade wat Jaco gely het. Die eis slaag in die Hooggeregshof waar waarnemende regter Strauss vergoeding vir 80% van Jaco se skade

toeken (sien *Van der Merwe v Pro Tempo Academy CC* 2014–11–18 saaknr. 15919/2011 (GP)) en die skool appelleer na die Hoogste Hof van Appèl.

3. Die verhoorhofuitspraak

In die verhoorhof word namens die eiser aangevoer dat die skool die regsplig wat op hom gerus het, op verskeie nalatighedsgronde verbreek het, onder meer deurdat die skool 'n gevaarlike situasie geskep het deur 'n ysterpaaltjie in die middel van die speelterrein te plant waar minderjarige kinders gespeel het wat bekend was vir hul impulsiewe gedrag en die verontagsaming van reëls of hul eie veiligheid (parr. 12, 43, 55). Daarteenoor ontken die verweerder dat die plant van die paaltjie om die boom te ondersteun, op sigself nalatig was, voer aan dat die verweerder nooit kon voorsien het dat Jaco op die paaltjie sou gaan sit en sodoende beseer sou word nie, en betoog dat Jaco self uitsluitlik nalatig was deur op die ysterpaaltjie wat hom deurboor het, te gaan sit (parr. 14, 45, 48). (Daar word hier nie ingegaan op die verweerder se betoog (par. 47) dat (feitelike) kousaliteit ontbreek het nie.)

Na oorweging van die getuienis (parr. 15–42), verwys regter Strauss (par. 49), wat nalatigheid betref, na die geïllustreerde redelike voorsien-en-voorkombaarheidstoets in *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430 en steun dan veral op *Transvaal Provincial Administrator v Coley* 1925 AD 24 waarin die feite soortgelyk was aan dié in *Pro Tempo* (parr. 50 e.v.): 'n klompie jong bome is op 'n gedeelte van 'n skool se speelterrein geplant met houtpaaltjies in piramidevorm daaromheen om die boomstamme te beskerm. Die paaltjies het skerp en hakkerige punte gehad. 'n Spelende sesjarige dogtertjie het teen 'n bultjie afgehardloop en op een van die paaltjies geval. Dit het haar oog binnegedring, wat verwyder moes word. Die eis om skadevergoeding namens die dogtertjie in die verhoorhof was suksesvol en die appèl teen die beslissing is deur die Appèlhof van die hand gewys. In *Coley* beslis hoofregter Innes (26) dat die vraag uiteindelik is “whether a *diligens paterfamilias*, a reasonably prudent person, would have foreseen that [die paaltjies] would be likely to cause harm – in which case he would have been bound either to remove them or to take other steps to obviate the danger”, en bevind (27), soos ook appèlregter De Villiers (27–8), dat nalatigheid in die omstandighede wel bewys is. In 'n minderheidsuitspraak was appèlregter Wessels (29) egter van mening dat die ongelukkige voorval nie deur nalatigheid veroorsaak is nie.

Vanselfsprekend het die eiser in *Pro Tempo* sterk op die meerderheidsuitsprake in *Coley* gesteun (par. 52), terwyl die skool hom op regter Wessels se minderheidsuitspraak beroep het (par. 51). Voorts argumenteer die skool dat *Coley* van die saak onder verhoor onderskei kan word op grond daarvan dat die kind in *Coley* oor 'n bultjie gehardloop het, terwyl Jaco op die paaltjie gaan sit het (par. 56) en dat dit nie redelikerwys voorsienbaar was dat Jaco op die paaltjie sou gaan sit het en sodoende beseer sou word nie (par. 69). Dit is egter nie nodig dat die spesifieke skadestigtende handeling voorsienbaar moet gewees het nie; dit is voldoende as skade in die algemeen aan kinders voorsienbaar was (par. 73). Regter Strauss bevind dat skade in die algemeen inderdaad voorsienbaar was “due to the fact that a dropper sticking out on ... a field where children play ball, would cause injury if any children either stepped in or fell on such dropper, as underlined in the *Coley* matter” (par. 57; sien ook parr. 58–9, 70). Boonop is geen stappe gedoen om te voorkom dat skade deur die paaltjies meegebring word nie (parr. 60–1, 71). Die redelike persoon in die skoene van die verweerder sou nie die paaltjie in die omgewing geplaas het waar kinders hardloop en speel nie, en sou ook die

boom op 'n ander, minder gevaarlike of potensieel minder skadelike wyse ondersteun het (par. 71). Nalatigheid staan dus vas.

(Alhoewel regter Strauss aandag gegee het aan die moontlike rol wat die afwesigheid van speelgrondtoesig deur onderwysers op die ongelukkige dag by die bepaling van nalatigheid en feitelike kousaliteit kon gespeel het (parr. 62–5, 74; sien o.a. ook *Knouws v Administrateur Kaap* 1981 1 SA 544 (K) 553–4; *Williams v LUK van Gauteng, Departement van Onderwys* 2004 JOL 12450 (T); vgl. Potgieter 2008:193 e.v.), beskou sy die kwessie vir doeleindes van hierdie saak uiteindelik as spekulatief en selfs irrelevant (par. 74): Die eiser se saak was in elk geval nie op die gebrek aan toesig gebaseer nie, maar hoofsaaklik op die feit dat die paaltjie 'n gevaarlike situasie geskep het, dat dit voorsienbaar was dat skade daardeur veroorsaak kon word, en dat die verweerder nalatig opgetree het deur nie die besering wat skade aan Jaco veroorsaak het, te voorkom nie (par. 65). Daarom word in hierdie bespreking nie verder aandag aan die verhoorhof se hantering van die gebrek aan toesig gegee nie.)

Wat onregmatigheid betref, dui waarnemende regter Strauss meer as een keer aan dat die bestaan van 'n regsplig (en dus onregmatigheid) “common cause” tussen die partye was (par. 43) en nie in geskil geplaas is nie (par. 72). Namens die eiser is dan ook aangevoer dat onregmatigheid bewys is “when the defendant accepted that a legal duty existed for the defendant to prevent any loss and/or injury to the minor child and once the legal duty stood, the neglect to prevent a dangerous situation to exist, led to prima facie wrongfulness” (par. 54). Onregmatigheid het dus vasgestaan en sou as afgehandel beskou kon word. Desnieteenstaande verwys regter Strauss (par. 53), skynbaar ter bepaling van “the principles of wrongful omission”, na *Hawekwa* par. 22 en haal appèlregter Brand aan waar hy beslis dat die onregmatigheid van 'n late op die bestaan van 'n regsplig berus en dat die “imposition of this legal duty is a matter of judicial determination involving criteria of public and legal policy consistent with constitutional norms”. Regter Brand gaan dan voort om die onregmatigheidsondersoek in die vorm van die nuwe onregmatigheidstoets (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:83–90) te giet: “In the result, a negligent omission causing loss will only be regarded as wrongful and therefore actionable if public or legal policy considerations require that such omission, if negligent, should attract legal liability for the resulting damages.”

(Oënskynlik as deel van die onregmatigheidsondersoek – en moontlik in navolging van regter Brand wat in die pasaangehaalde gedeelte uit *Hawekwa* nalatigheid by implikasie as vereiste vir onregmatigheid stel – verwys regter Strauss (par. 55) dan onder meer na die argument dat die skool nalatig was deur die ysterpaaltjie op die speelterrein te plaas, maar sonder om aan te dui hoe dit onregmatigheid beïnvloed.)

By die formulering van haar finale bevindinge (parr. 70 e.v.) keer regter Strauss terug na onregmatigheid (parr. 72–3, 75) en bevind, met verwysing na *Hawekwa*, dat (selfs) waar daar (reeds) 'n regsplig bestaan, daar aan die hand van openbare en regsbeleid ooreenkomstig grondwetlike norme vasgestel moet word “whether the legal duty was *in fact* present” (my kursivering) en dat enige nalatige late deur die verweerder wat skade veroorsaak, as onregmatig beskou sal word net “if public policy requires such a deduction of negligence would result in legal liability for damages” (par. 72). Die regter bevind dan dat die versuim om die gevaarlike situasie te voorkom of te beheer, “*prima facie* wrongful” was (par. 73), en “that the planting of the dropper in the playing field was wrongful” (par. 75).

Die hof bevind uiteindelik dat die skool onregmatig en nalatig opgetree het en dus aanspreeklik is (par. 75). Na 'n ondersoek na die verweerder se betoog dat Jaco bydraend nalatig was (parr. 76–84), beslis regter Strauss (par. 85) dat die verweerder 80% tot die vergoeding van Jaco se skade moet bydra.

Die verweerder appelleer na die Hoogste Hof van Appèl.

4. Die appèlhofuitspraak

Nadat waarnemende adjunkpresident Navsa (parr. 1–8) in die Hoogste Hof van Appèl die feite van die saak weergegee het, verskaf hy (parr. 9–13), sonder om kommentaar daarop te lewer, 'n oorsig van waarnemende regter Strauss se hantering van nalatigheid en bydraende nalatigheid en haar bevinding in die verhoorhof. Daarna sit die regter (par. 14) die grond van die skool se appèl uiteen:

Before us it was submitted that the court below erred in not having sufficient regard to wrongfulness as a requirement for delictual liability. It was contended ... that in the present case public policy considerations demanded that “in view of the most extraordinary and peculiar act of Jaco when he sat on a dropper”, liability should not be extended to [the] Appellant.

By die oorweging van hierdie betoog van die skool dat die verhoorhof nie die onregmatigheidselement van 'n delik voldoende verreken het nie, verwys waarnemende adjunkpresident Navsa (parr. 15 e.v.) onder meer na die Konstitusionele Hof se verklaring in *Carmichele v Minister of Safety and Security (Centre For Applied Legal Studies Intervening)* 2001 4 SA 938 (KH) par. 42 dat onregmatigheid as delikselement, veral met betrekking tot lates en die verbreking van 'n regsplig, oor jare in ons gemenerereg ontwikkel is, selfs voor ons nuwe grondwetlike bedeling. Regter Navsa (par. 16) verwys dan na appèlregter Brand se behandeling van die beginsels rakende die onregmatigheid van 'n late in *Hawekwa* par. 22 waar die hof moes oorweeg of 'n onderwyser (en die verantwoordelike minister) aanspreeklik is waar 'n kind beseer is toe hy tydens 'n skoolkursie van die boonste deel van 'n stapelbed met onvoldoende beskerming afgeval het (sien Potgieter 2013:13–26). Regter Brand het die geïkete beginsel onderstreep dat positiewe optrede wat fisiese skade aan 'n ander se eiendom of persoon veroorsaak, *prima facie* onregmatig is (sien ook *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development, Gauteng* 2015 1 SA 1 (KH) par. 22) terwyl gedrag in die vorm van 'n late nie *prima facie* onregmatig is nie maar dat die onregmatigheid daarvan afhang of 'n regsplig om positief op te tree, aanwesig was. (In hierdie verband kan terloops verwys word na Mogoeng HR se standpunt in *Mashongwa v Passenger Rail Agency of South Africa* 2016 3 SA 528 (KH) par. 19 dat *prima facie*-onregmatigheid tog ook by 'n late kan bestaan waar daar 'n “pre-existing duty, such as the failure to provide safety equipment in a factory or to protect a vulnerable person from harm” is. Sien vir kritiek hierop Scott 2016:551, 567.)

In *Hawekwa* formuleer regter Brand die benadering waarvolgens bepaal word of sodanige regsplig bestaan, deels aan die hand van die sogenaamde nuwe onregmatigheidstoets:

The imposition of this legal duty is a matter for judicial determination, involving criteria of public and legal policy consistent with constitutional norms. In the result, a negligent omission causing loss will only be regarded as wrongful and therefore actionable if public or legal policy considerations require that such omission, if negligent, should attract legal liability for the resulting damages.

(Sien byvoorbeeld ook *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA) par. 14; *Local Transitional Council of Delmas v Boshoff* 2005 5 SA 514 (HHA)) parr. 19–20; *Gouda Boerdery BK v Transnet* 2005 5 SA 490 (HHA) par. 12; en vir 'n algemene bespreking van en kritiek op hierdie toets Neethling en Potgieter 2015:83–6).

Vervolgens haal waarnemende adjunkpresident Navsa (par. 19), sonder om kommentaar daarop te lewer, die nou reeds bekend geworde formulering van die nuwe onregmatigheidstoets aan wat waarnemende regter Brand in *Le Roux v Dey (Freedom of Expression Institute and Restorative Justice Centre as Amici Curiae)* 2011 3 SA 274 (KH) par. 122 s6 verwoord het:

In the more recent past our courts have come to recognise, however, that in the context of the law of delict: (a) the criterion of wrongfulness ultimately depends on a judicial determination of whether – assuming all the other elements of delictual liability to be present – it would be reasonable to impose liability on a defendant for the damages flowing from specific conduct; and (b) that the judicial determination of that reasonableness would in turn depend on considerations of public and legal policy in accordance with constitutional norms. Incidentally, to avoid confusion it should be borne in mind that, what is meant by reasonableness in the context of wrongfulness has nothing to do with the reasonableness of the defendant's conduct, but it concerns the reasonableness of imposing liability on the defendant for the harm resulting from that conduct.

Alhoewel appèlregter Brand in *Hawekwa* aanvaar het dat onregmatigheid namens die verweerder toegegee is, verklaar hy nietemin, met verwysing na regter Desai se uitspraak in *Minister of Education v Wynkwart NO* 2004 3 SA 577 (K) 580, dat “teachers owe young children in their care a legal duty to act positively to prevent physical harm being sustained by them through misadventure”, dat hy tevrede is dat onregmatigheid in *Hawekwa* aanwesig was. Omdat onregmatigheid in *Hawekwa* streng gesproke nie in geskil was nie, was die kernkwessie in daardie saak, soos in *Wynkwart*, nalatigheid en nie onregmatigheid nie. Daarom was regter Brand se opmerkings oor onregmatigheid in *Hawekwa* grootliks *obiter dicta*, met die gevolg dat die gesaghebbendheid van waarnemende adjunkpresident Navsa se aanwending daarvan in *Pro Tempo* in 'n mate betwyfelbaar is. (Sien Neethling en Potgieter 2011:162 e.v. se kritiek op regter Brand se verdere hantering van die onregmatigheidselement in *Hawekwa*.)

Waarnemende adjunkpresident Navsa (par. 21) vereenselwig hom dan met die *Coley*-saak 26 waar die inplant van houtpaaltjies op 'n speelterrein tereg as voldoende geag is om 'n plig aan die kant van die verweerder te skep om te voorkom dat 'n gevaar vir kinders ontstaan, en beslis dat *Coley* nie van die onderhawige saak onderskei kan word nie. Hy vervolg:

By placing a steel rod within a playground where children engaged in ball games the appellant created a dangerous situation. It did not take reasonable steps to prevent a foreseeable risk of harm through misadventure from materialising. Section 28(1)(b) of the Constitution dictates that every child has the right to appropriate alternative care when removed from the family environment. Having regard to all the circumstances of the case, including the fact that one is dealing with children who struggle with learning disabilities and that Jaco's hyperactivity was known to the school and considering the factors set out in para 19 above [waarin die nuwe onregmatigheidstoets soos in *Le Roux v Dey* geformuleer, weergegee word], the conclusion is compelled that the appellant's submission that public policy considerations demand that liability should not be extended to the appellant is wholly unfounded.

Die skool se appèl word gevolglik met koste van die hand gewys (par. 22).

5. Kommentaar

Nadat dit in die verhoorhof duidelik geword het dat 'n regsplig, en dus onregmatigheid, aanwesig was ("it was common cause that the defendant had a duty of care in regard to the minor child in particular" (par. 43) en die bestaan van 'n regsplig "was not in dispute to exist in this case" (par. 72)), het die skool probeer aantoon dat nalatigheid ontbreek het spesifiek omdat dit nie redelikerwys voorsienbaar was dat die kind op die ysterpaaltjie sou gaan sit nie (parr. 45, 46). Hierdie benadering tot die voorsienbaarheidsbeen van nalatigheid – dat onder meer die presiese wyse waarop skade ingetree het, redelikerwys voorsienbaar moet gewees het ('n ekstreme toepassing van die sg. konkrete of relatiewe benadering tot voorsienbaarheid; sien Neethling en Potgieter 2015:154–5) – word egter nie in ons reg gevolg nie. Vir nalatigheid word nie vereis dat die spesifieke aard en omvang van die skadelike gevolg(e), of die presiese wyse waarop die skade ingetree het, redelikerwys voorsienbaar hoef te gewees het nie. Dit is voldoende as die algemene aard van die gevolg(e) en van die wyse waarop dit ingetree het, aldus voorsienbaar was.

In *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A) 765 stel hoofregter Corbett die algemene beginsel soos volg:

In delict, the reasonable foreseeability test does not require that the precise nature or the exact extent of the loss suffered or the precise manner of the harm occurring should have been reasonably foreseeable for liability to result. It is sufficient if the general nature of the harm suffered by the plaintiff and the general manner of the harm occurring was reasonably foreseeable. (Sien hieroor in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:154 e.v., 155 vn. 148 en die gesag daar aangehaal; vgl *Premier of the Western Cape Province v Loots NO* [2011] JOL 27067 (HHA) par. 13.)

Die skool se argument dat nalatigheid ontbreek het omdat dit nie voorsienbaar was dat Jaco op die paaltjie sou gaan sit en, deur dit te doen, beseer sou word nie, misluk dan ook tereg in die verhoorhof. Waarnemende regter Strauss bevind naamlik dat "[i]njury in general ... was foreseeable due to the fact that a dropper sticking out on a general playing field such as a rugby field or a field where children play ball, would cause injury if any children either

stepped in or fell on such dropper ...” (par. 57; sien ook par. 73) (en voorts dat ’n redelike persoon nie die paaltjie in die omgewing waar kinders hardloop en speel, sou geplaas het nie en ook die boompie op ’n minder gevaarlike wyse sou beveilig het (par. 71)).

Terloops, wat die nalatigheidstoets betref, is dit opvallend dat nóg die verhoorhof, nóg die Hoogste Hof van Appèl na die redelike-onderwyser- (of redelike-skoolhoof-) toets verwys het wat in gevalle van deliktuele aanspreeklikheid in skoolverband toepassing vind (sien byvoorbeeld *Hawekwa* parr. 27–32; vgl. o.a. Potgieter 2013:13 e.v. en die ander gesag in par. 1 hier bo aangehaal). Afhangend van die omstandighede, kan hierdie toetse ’n swaarder sorgsaamheidsplig op die verweerder se deskundige werknemers plaas as die “gewone” redelike-persoon-toets (sien in die algemeen oor die nalatigheid van deskundiges Neethling en Potgieter 2015:151–3 en die gesag daar bespreek). In die lig van die sprekende feite van die *Pro Tempore*-saak sou die toepassing van die redelike-onderwyser-toets heel waarskynlik nie ’n verskil aan die hof se bevinding oor nalatigheid gemaak het nie: nalatigheid was waarskynlik volgens sowel die redelike-onderwyser- as die minder veeleisende redelike-persoon-toets aanwesig. Nietemin sal die aanwending van die korrekte redelike-onderwyser- (of redelike-skoolhoof-) nalatigheidstoets in skoolverband presieser regspleging bevorder.

Om nou tot die onregmatigheidskwessie in *Pro Tempore* terug te keer. Soos aangetoon, het waarnemende regter Strauss in die verhoorhof meer as een keer aangedui dat die bestaan van ’n regsplig (en dus onregmatigheid) “common cause” (par. 43) was en dus nie in geskil nie (par. 72). Onregmatigheid het dus vasgestaan en sou as afgehandel beskou kon gewees het. Daarom is dit moeilik om te verstaan waarom regter Strauss dit nodig gevind het om die onregmatigheidskwessie verder te oorweeg (parr. 72 e.v.) en die bestaan daarvan opnuut te bevestig (par. 75), nadat sy ook daarop gewys het dat die plant van die boom met die ysterpaal daarnaas op die speelgrond “created a hazardous and dangerous situation” (par. 70). (Soos bekend, is voorafgaande positiewe optrede (*prior conduct*) en die skep van en beheer oor ’n gevaarlike situasie (hier die plant van die ysterpaal en die beheer oor die gevaarlike speelgrond) bekende faktore wat dui op die bestaan van ’n regsplig om skade te vermy (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:60 e.v.)). In hierdie verband is dit ook onduidelik waarom dit vir die regter nodig was om daarbenewens, op die volgende wyse, die nuwe onregmatigheidstoets te betrek, soos dit in *Hawekwa* teëgekrom word (par. 72):

I also agree with the *Hawekwa* matter *supra*, which one I am bound to follow, that once the legal duty existed, which was not in dispute to exist in this case, it would be a [criterion] of public and legal policy consistent with constitutional norms to determine whether the legal duty was in fact present and any negligent omission, by the defendant, when causing loss will only be regarded as wrongful if public policy requires [that] such a deduction of negligence would result in legal liability for damages.

Behalwe dat dit onnodig was om onregmatigheid verder te ontleed nadat die bestaan daarvan deur die verweerder toegegee is, is hierdie uiteensetting nie ’n toonbeeld van duidelikheid nie. Die regter gee te kenne dat die *Hawekwa*-benadering daarop neerkom dat, waar ’n regsplig (en, bygevolg, onregmatigheid) reeds vasstaan, daar (opnuut) bepaal moet word of die (bestaande) regsplig *werklik* (*in fact*) aanwesig was en dat ’n late onregmatig sal wees net indien openbare beleid verg dat die optrede tot regs aanspreeklikheid vir skadevergoeding lei. ’n Mens moet aanvaar dat die regter die *Hawekwa*-toets wel toegepas het (gesien haar verklaring dat sy haar aan die saak gebonde ag), maar sy sê nie hoe sy dit gedoen het nie; sy

konkludeer eenvoudig, sonder verdere omhaal, in die daaropvolgende paragraaf: “I find therefore that failure ... to prevent or control the dangerous situation by the defendant was *prima facie* wrongful” (par. 73) (waarmee waarskynlik bedoel word dat onregmatigheid dan inderdaad aanwesig is (sien ook par. 75)). Die afleiding kan gemaak word dat die hof die toepassing van die nuwe toets só verstaan: Selfs al word die bestaan van ’n regsplig erken en onregmatigheid dus vasstaan, moet bowendien gevra word of daar op grond van beleidsoorwegings aanspreeklikheid moet volg. Eers dan is onregmatigheid “inderdaad” aanwesig.

In die eerste plek is dit sekerlik onnodig om die bestaan van onregmatigheid verder te ondersoek wanneer die partye saamstem dat dit bestaan. Tweedens is dit nie duidelik of die nuwe toets vir onregmatigheid bedoel is om toegepas te word soos regter Strauss dit gedoen het nie, dit wil sê in die vorm van ’n bykomende vraag wat gestel word nadat onregmatigheid (volgens geïkete norme) reeds vasstaan, naamlik of dit (boonop) redelik is om die verweerder op grond van beleidsoorwegings aanspreeklik te hou. Ter versagting vir die verhoorhof se benadering moet gesê word dat dit in elk geval nie uit die sake waarin die nuwe onregmatigheidstoets vermeld word, duidelik is hoe dit toegepas moet word nie. Die toets gaan naamlik mank aan konkrete riglyne en selfs die Hoogste Hof van Appèl, niesteenstaande lippediens aan die toets, val telkens terug op die geïkete toetse vir onregmatigheid, te wete subjektiewe regskenking en regspligverbreking aan die hand van die *boni mores* (sien bv. *Crown Chickens (Pty) Ltd v Rocklands Poultry v Rieck* 2007 2 SA 118 (HHA) 122; *Mediterranean Shipping Co (Pty) Ltd v Tebe Trading (Pty) Ltd* [2007] 2 All SA 489 (HHA) 494; vgl. Neethling en Potgieter 2015:87–8 vir ’n bespreking), of gaan in ander gevalle eenvoudig voort om die regspligbenadering by die onregmatigheid van ’n late toe te pas sonder om (weer) na die nuwe toets te verwys (sien bv. *Harrington v Transnet Ltd t/a Metrorail* 2010 2 SA 479 (HHA) 485; *Du Preez v Swiegers* 2008 4 SA 627 (HHA); *McIntosh v Premier, KwaZulu-Natal* 2008 6 SA 1 (HHA) 8; Neethling en Potgieter 2015:87).

Dit lyk of selfs die Konstitusionele Hof partykeer nie mooi weet hoe om die nuwe toets prakties toe te pas nie. So verklaar regter Froneman in *Masstores (Pty) Ltd v Pick n Pay Retailers (Pty) Ltd* 2017 1 SA 613 (KH) par. 48 dat die (konvensionele) *boni mores*- of redelikheidskriterium onlangs deur die Hoogste Hof van Appèl verfyn is en dat dié verfyning waarskynlik in die gedagte lê dat die onregmatigheidsondersoek “questions the reasonableness of imposing liability” (die kern van die nuwe onregmatigheidstoets). Hierop laat regter Froneman volg: “Recognising that reality, however, does not necessarily assist in determining when it is reasonable to do so.” Met ander woorde, om dit krasser te stel: die nuwe toets help ’n mens nie juis om onregmatigheid te bepaal nie.

Die onsekerheid oor hoe om die nuwe onregmatigheidstoets prakties aan te wend, blyk ook uit waarnemende adjunkpresident Navsa se uitspraak in *Pro Tempo*. Soos gestel, het die verweerders hul appèl vierkantig op die argument geskoei dat die verhoorhof nie voldoende aandag aan die onregmatigheidsvereiste gegee het nie omdat, in die woorde van die nuwe toets vir onregmatigheid, “public policy considerations demanded that ‘in view of the most extra-ordinary and peculiar act of Jaco when he sat on a dropper, liability should not be extended to [the school]’” (par. 14). Hieruit blyk duidelik dat die skool die nuwe onregmatigheidstoets aangegryp het om die argument dat die verhoorhof onvoldoende aandag aan onregmatigheid gegee het, voor die appèlhof te plaas. By die oorweging van hierdie submitisie haal regter Navsa (sien bv. parr. 16, 19) dan ook uitvoerig aan uit beslissings waarin die nuwe onregmatigheidstoets geformuleer word, soos *Hawekwa* en *Le Roux*. Maar

sonder om te verduidelik hoe die nuwe toets aangewend word om onregmatigheid te bepaal, kom die hof eenvoudig tot die slotsom dat die betoog ongegrond is dat die skool op grond van beleidsoorwegings aanspreeklikheid moet ontkom (par. 21). Regter Navsa verklaar (*ibid.*):

In *Coley* the planting of wooden stakes in a play area was rightly seen as constituting a sufficient basis to create a duty on the part of the Administration to prevent there being a danger to children in that vicinity. *Coley* is not distinguishable from the present case. By placing a steel rod within a playground where children engaged in ball games the appellant created a dangerous situation. It did not take reasonable steps to prevent a foreseeable risk of harm through misadventure from materialising. Section 28(1)(b) of the Constitution dictates that every child has the right to appropriate alternative care when removed from the family environment. Having regard to all the circumstances of the case, including the fact that one is dealing with children who struggle with learning disabilities and that Jaco's hyperactivity was known to the school and considering the factors set out in para 19 above [waarin Brand Wn R se beskrywing van die nuwe onregmatigheidstoets in *Le Roux* par. 122 aangehaal word], the conclusion is compelled that the appellant's submission that public policy considerations demand that liability should not be extended to the appellant is wholly unfounded.

Die enigste aanduiding dat waarnemende adjunkpresident Navsa wel die nuwe onregmatigheidstoets in gedagte gehou het, is geleë in sy verklaring dat die faktore oorweeg is wat hy in par. 19 van sy uitspraak uiteengesit het. Paragraaf 19 bevat egter net waarnemende regter Brand se formulering van die nuwe onregmatigheidstoets in *Le Roux* par. 122 en regter Navsa dui nie aan hoe dié toets gebruik is om tot sy slotsom te kom nie. Uit regter Navsa se aangehaalde konklusie (par. 21), soos in die verhoorhof, wil dit voorkom of die nuwe onregmatigheidstoets – die vraag of die verweerder op grond van beleidsoorwegings aanspreeklik gestel moet word of nie – as 'n “bykomende” onregmatigheidstoets aan bod gekom het, dit wil sê, nadat reeds aanvaar is dat onregmatigheid (en ook nalatigheid) vasstaan. Dit maak egter nie sin om, nadat onregmatigheid reeds vasstaan, dié delikselement deur middel van die nuwe onregmatigheidstoets opnuut te besoek met die doel om (weer) te bepaal of onregmatigheid “inderdaad” aanwesig is nie. Op hierdie manier funksioneer die nuwe toets soos 'n Trojaanse perd wat verwarrende elemente by die lankgevestigde benadering tot onregmatigheid indra, tot nadeel van die gesonde struktuur van die deliktereg.

Knobel 2008:652 spreek hom dan ook sterk uit teen hierdie eienskap van die nuwe benadering, wat hy beskryf as “a kind of final wrap-up after the court has dealt with the other elements” met die gevolg dat “[s]uch an approach arguably results in wrongfulness usurping the functions of the other elements, particularly fault and legal causation, and this breeds much confusion.” (Sien ook Loubser 2008:122.)

In aansluiting hierby waarsku Scott 2015:433 dat die nuwe toets vir onregmatigheid “is running out of control and is now threatening the fabric of our law of delict which has been so carefully developed with the help of academics over many decades”. Die vraag of dit redelik is om 'n verweerder deliktueel aanspreeklik te stel, hou ten ene male nie (net) met die aan- of afwesigheid van onregmatigheid verband nie, maar met die bestaan al dan nie van al die delikselemente (sien o.a. Neethling en Potgieter 2015:85).

Die verwarring wat die nuwe onregmatigheidstoets onder die delikselemente kan saai, blyk reeds uit *Cape Empowerment Trust Limited v Fisher Hoffman Sithole* 2013 5 SA 183 (HHA) 197–8. Daar wil dit voorkom of appèlregter Brand se formulering van die nuwe toets vir onregmatigheid in 'n groot mate oorvleuel met die formulering van die toets vir juridiese kousaliteit (*remoteness*) wat te make het met die vraag of dit redelik sou wees om 'n gevolg aan die verweerder toe te reken en hom daarvoor aanspreeklik te stel. Regter Brand verklaar ook dat sowel onregmatigheid as juridiese kousaliteit deur regs- en openbare beleidsoorwegings bepaal word, dat hulle dieselfde funksie vervul en dat die meeste van die oorwegings wat dien om 'n bevinding van onregmatigheid uit te sluit, ook 'n bevinding van juridiese kousaliteit elimineer (terwyl hy nietemin erken dat onregmatigheid en regsoorsaaklikheid nie in alle opsigte dieselfde is nie en dat sekere maatstawwe vir regsoorsaaklikheid nie 'n rol by die bepaling van onregmatigheid speel nie) (sien Neethling en Potgieter 2015:86; Neethling en Potgieter 2014c:895 e.v.; Neethling en Potgieter 2014b:118–9). Die ooreenstemming tussen die nuwe onregmatigheidstoets en die toets vir juridiese kousaliteit kan uiteindelik die ongelukkige en onaanvaarbare gevolg hê dat regsoorsaaklikheid as 'n selfstandige element van 'n delik oorbodig geag word, wat onafwendbaar tot 'n verskraling van die deliktereg sal lei. Sodanige ontwikkeling sal ook in botsing wees met die erkenning en ontwikkeling van juridiese kousaliteit as 'n essensiële en selfstandige delikselement in vele regstelsels (sien European Group on Tort Law 2005:59 e.v.; sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2014c:898–900). In finale instansie sal hierdie ongelukkige gevolg hoofsaaklik toegeskryf kan word aan die formulering en toepassing van die nuwe toets vir onregmatigheid wat, soos aangedui, die toets vir juridiese kousaliteit weerspieël.

Aangesien onregmatigheid in *Pro Tempore* onbetwisbaar vasgestaan het, sou dit teoreties suiwerder gewees het om die besonder ongewone wyse waarop Jaco se skade veroorsaak is, aan die orde te stel deur dit oor die boeg van juridiese kousaliteit te gooi, waar die basiese vraag ingevolge die heersende soepel benadering in ons reg is of daar 'n voldoende nou verband tussen die verweerder se onregmatige, nalatige gedrag en die slagoffer se skade bestaan het dat die skade aan die verweerder toegereken kan word, met inagneming van beleidsoorwegings gebaseer op billikheid, redelikheid en geregtigheid (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:201 e.v.). 'n Ongewone of uitsonderlike kousale verloop van skadestigende gebeure kan naamlik 'n rol speel by die vraag na toerekenbaarheid of *remoteness*. Só wys Van Rensburg 1972:58 daarop dat waar die gebeure “'n heel buitengewone verloop geneem het ... die beoordelaar ook [moet] besluit of die kousale verloop met 'n genoegsame graad van waarskynlikheid voorsienbaar was om die dader ten aansien van die gevolg of gevolge wat op die buitengewone manier ingetree het, aanspreeklik te stel”. Ook Boberg 1984:443 wys daarop dat die “‘manner of occurrence’ of the harm” 'n rol kan speel by die uitsluiting of toewysing van aanspreeklikheid.

By die toerekenbaarheidsvraag ooreenkomstig die soepel maatstaf kan regsbeleid en verskeie subsidiêre toetse, soos redelike voorsienbaarheid, direkte en adekwate veroorsaking, asook die aan- of afwesigheid van 'n *novus actus interveniens* (nuwe tussentredende oorsaak), 'n rol kon speel. In *Pro Tempore* sou daar byvoorbeeld ten minste geredeneer kon gewees het dat Jaco se optrede deur op die paaltjie te gaan sit, 'n *novus actus* was wat die juridiese kousale ketting tussen die skool se nalatige optrede en die ingetrede skade verbreek het. 'n *Novus actus interveniens* is 'n onafhanklike gebeurtenis wat na afloop van die verweerder se handeling die gewraakte gevolg veroorsaak of daartoe bygedra het (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:221–4; Van der Walt en Midgley 2016, par. 184; Loubser en

Midgley (reds.) 2012:99–100). 'n *Novus actus interveniens* kan juis ook deur die (skuldige) optrede van die benadeelde self (soos Jaco *in casu*) meegebring word (vgl. bv. *S v Mokgethi* 1990 1 SA 32 (A); Neethling en Potgieter 2015:223 vn. 242), mits die bedoelde optrede voorts nie redelikerwys voorsienbaar was nie (sien *OK Bazaars (1929) Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd* 2002 3 SA 688 (HHA) 679, 699; vgl. *Ebrahim v Minister of Law and Order* 1993 2 SA 559 (T) 566; Neethling en Potgieter 2015:224 vn. 245 en die verdere gesag daar vermeld). Aan die ander kant is al beslis dat doelbewuste optrede deur iemand wie se verstandelike vermoëns geïnhibeer is, nie 'n *novus actus interveniens* daarstel wat die juridiese kousale ketting verbreek het nie (sien *Road Accident Fund v Russell* 2001 2 SA 34 (HHA) 41: selfmoord deur die benadeelde wie se verstandelike vermoëns aangetas is weens 'n breinbesering en depressie, stel nie 'n *novus actus interveniens* daar nie; Neethling en Potgieter 2015:223 vn. 242). In die saak onder bespreking kan Jaco se rare optrede om op 'n ysterpaaltjie te gaan sit, hoewel moontlik onvoorsienbaar, dalk (in die lig van die *Russell*-uitspraak) nie as 'n *novus actus interveniens* kwalifiseer nie, omdat sy optrede beïnvloed kon gewees het deur sy verstandelike uitdagings. Volgens waarnemende regter Strauss in die verhoorhof (parr. 4–9, 22) was daar getuienis dat Jaco nie die intellektuele vermoë gehad het om in 'n hoofstroomskool aan te pas nie; vandaar sy plasing in 'n privaatskool wat remediërende onderrig verskaf aan leerders met leer- en ander emosionele uitdagings. Daarbenewens was hy onder meer hiperaktief en impulsief en het hy aan angstigheid, depressie en aandagafleibaarheid gely. Hy het medikasie vir epileptiese aanvalle en hiperaktiwiteit gebruik. Voeg hierby waarnemende adjunkpresident Navsa (par. 13) se opmerkings dat Jaco weens sy “youthful inability to control irrational and impulsive acts” en die feit dat hy hiperaktief was, leerprobleme gehad het en aan een of ander vorm van trauma gely het as gevolg van sy ouers se egskeiding, en die feit dat kinders dikwels impulsief optree (*Coley* 25–6; *Pro Tempo* (HHA) par. 10). Al hierdie faktore kan tot die gevolgtrekking lei dat Jaco ook in die kategorie val van die breinbeseerde en depressiewe oorledene in *Russell* wie se selfmoord nie as 'n *novus actus interveniens* gekwalifiseer het nie: “[A] person who is not of sound mind ... cannot be said to have acted with unimpaired coalition informing the decision to commit suicide and ... such suicide does not constitute a *novus actus interveniens*” (41).

Die soepel benadering tot juridiese kousaliteit bied ook die moontlikheid dat, afgesien van die *novus actus interveniens*-argument, onder andere aangevoer sou kon word dat dit op grond van beleid onredelik en onbillik sou wees om die skool aanspreeklik te hou, omdat Jaco se optrede nie redelikerwys voorsienbaar was nie (sien oor die rol van redelike voorsienbaarheid by juridiese kousaliteit Neethling en Potgieter 2015:219–21; Van der Walt en Midgley 2016, par. 185 en Loubser en Midgley (reds.) 2012:95–6). In hierdie verband is dit belangrik om daarop te let dat die kriterium van redelike voorsienbaarheid by juridiese kousaliteit verskil van redelike voorsienbaarheid by nalatigheid: “The reasonable foreseeability test for remoteness is not the same as the test for fault in the form of negligence” (Van der Walt en Midgley 2016, par. 185 vn. 5; sien ook Neethling en Potgieter 2015:212, 221).

In *Premier of the Western Cape Province v Loots NO* [2011] JOL 27067 (HHA) par. 23 verwoord appèlregter Brand hierdie beginsel soos volg:

I do not believe, however, that the foreseeability criterion in the context of legal causation can be exactly the same [as by nalatigheid nie]. Once we accept, as we must, that foreseeability plays a role in determining both negligence and legal causation, logic dictates that the same criterion cannot find application in both

instances. After all, repetition of exactly the same tests on two occasions can serve no purpose other than to confuse. Moreover, the different roles performed by the enquiries into fault, on the one hand and imputability of harm on the other, are so fundamentally different, that the appropriate criteria can hardly be the same. Unfortunately our law as it stands does not provide a clear picture of the content of the foreseeability criterion in the context of legal causation. But as I see it, if it means anything, it must mean foreseeability of the actual harm as opposed to harm of a general kind.

Die regspraak bied inderdaad nie 'n duidelike beeld van die inhoud van die redelikevoorsienbaarheidskriterium by juridiese kousaliteit nie en dikwels word eenvoudig beslis dat 'n bepaalde gevolg voorsienbaar was, of nie, en daarmee uit en gedaan (sien vir verskillende formulerings o.a. Van Rensburg 1972:48–9, 56–9; Boberg 1984:443; Van der Walt en Midgley 2016, par. 185; Neethling en Potgieter 2015:220–1).

Van Rensburg 1972:56, na wie appèlregter Brand ook in die *Loots*-saak par. 23 vn. 14 verwys, doen as algemene maatstaf die volgende kriterium aan die hand:

[W]as die gevolg, asook die kousale verloop tussen die handeling en die gevolg, vanuit die tydstip van die handeling met so 'n graad van waarskynlikheid voorsienbaar dat die gevolg, in die lig van die omstandighede, redelikerwys aan die dader toegereken kan word?

By die toepassing van hierdie maatstaf kan volgens Van Rensburg (*ibid.*) as algemene reël geld “dat 'n dader normaalweg vir al die gevolge van sy skuldige, onregmatige handeling aanspreeklik is, buiten die gevolge wat besonder onwaarskynlik was”.

Daarby moet in gedagte gehou word dat sedert die aanvaarding van die oorkoepelende soepel maatstaf vir juridiese kousaliteit, subsidiêre kriteria, insluitend redelike voorsienbaarheid, nie noodwendig deurslaggewend sal wees nie, maar dat aanspreeklikheid in 'n bepaalde geval op grond van beleid toegereken sal kan word selfs al was die gevolg so uitsonderlik dat dit nie as redelikerwys voorsienbaar aangemerkt kan word nie (soos deur die Appèlhof uitgewys in *Smit v Abrahams* 1994 4 SA 1 (A) 19 en by implikasie toegepas in die *Loots*-saak, waar die betrokke gevolg nie redelikerwys voorsienbaar was nie (par. 24), maar die hof die verweerders nogtans op grond van redelikheid, billikheid en regverdigheid aanspreeklik gehou het (par. 26); vgl. Neethling en Potgieter 2015:220). Daarom kan nie aanvaar word dat die skool in *Pro Tempore* noodwendig aanspreeklikheid sou vrygespring het indien bevind sou gewees het dat dit nie redelikerwys voorsienbaar was dat die skade op so 'n buitengewone manier sou intree nie. Al die konkrete besonderhede van die saak moet in aanmerking geneem word en redelike voorsienbaarheid speel as een van die relevante faktore 'n subsidiêre rol by die oorkoepelende soepel maatstaf om te bepaal of die skade die verweerder op grond van redelikheid, billikheid en regverdigheid toegereken moet word. Maar ten minste sou die hantering van die buitengewone kousale verloop van gebeure onder die vaandel van juridiese kousaliteit dit in *Pro Tempore* moontlik gemaak het om Jaco se rare optrede behoorlik te oorweeg as moontlike faktor wat aanspreeklikheid op grond van beleid kan uitsluit, pleks daarvan om dit deur middel van die nuwe onregmatigheidstoets as 't ware by die agterdeur van die onregmatigheidselement, waarvan die ondersoek reeds afgesluit was, te probeer inbring. Duidelik het beide die verhoorhof en die Hoogste Hof van Appèl nie mooi gewet hoe om die nuwe onregmatigheidstoets as sleutel te gebruik om Jaco se buitengewone

optrede op grond van beleid as moontlike aanspreeklikheidsuitsluitende optrede te oorweeg nie. Daarteenoor sou die soepel maatstaf vir juridiese kousaliteit, teen die agtergrond van omvangryke vergelykende regspraak en uitgebreide akademiese navorsing oor hierdie delikselement, ruim geleentheid gebied het om dié kwelvraag op 'n teoreties suiwerder manier aan te pak.

As nagedagte kan gevra word of die appellant nie ook die verhoorhof se bevinding oor Jaco se bydraende nalatigheid (parr. 76–84) in die Hoogste Hof van Appèl kon aangeveg het ten einde 'n gunstiger skadevergoedingsverdeling te bekom nie (soos gemeld, is Jaco se skadevergoeding in die verhoorhof op grond van sy bydraende nalatigheid met 20% verminder, 'n bevinding waarmee die HHA nie ingemeng het nie). Die slagoffer se bydraende nalatigheid vervul immers ook 'n temperingsrol by die omvang van die verweerder se aanspreeklikheid (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015:172 e.v.). Aan die ander kant was die moontlikheid dat die appèlhof, in die lig van die feite van die saak, Jaco se graad van nalatigheid beduidend sou verhoog, waarskynlik skraal. (Self het die verweerder in die verhoorhof 'n verdeling van 60/40 in die guns van die verweerder aan die hand gedoen (par. 77).) Om bloot ter wille van 'n moontlik gunstiger skadevergoedingsverdeling te appelleer, sou waarskynlik te riskant gewees het, en nie die moeite en koste werd nie. Vandaar die appèl om die verhoorhof se bevinding van aanspreeklikheid in die geheel omvergewerp te probeer kry. Nietemin kan dit interessant wees om dieper in te gaan op die vraag of die hof die buitengewone verloop van die gebeure in die saak – Jaco se impulsiewe en ondeurdagte gedrag – voldoende verreken het by die bepaling van sy graad van bydraende nalatigheid, en of Jaco se sielkundige en ander persoonlike tekortkominge genoegsaam by toerekeningsvatbaarheid in ag geneem is. In die lig van die oorkoepelende tema van hierdie bydrae word egter nie op hierdie kwessies ingegaan nie.

6. Samevatting en slotsom

Om saam te vat: In *Pro Tempo* is 'n dertienjarige skoolseun, Jaco, op 'n buitengewone en vreemde manier ernstig beseer toe hy tydens 'n spelery op 'n skoolspeelgrond op 'n ysterpaaltjie gaan sit het en sy rektum en blaas deurboor is. 'n Delikseis om skadevergoeding word namens Jaco teen die skool ingestel weens die skade wat die besering meegebring het. Die partye was dit eens dat die skool, wat die paaltjie op die speelgrond geplant het om 'n jong boompie te stut, 'n regsplig gehad het om beserings te voorkom. Onregmatigheid het dus vasgestaan. Die skool voer aan dat nalatigheid ontbreek het omdat die spesifieke wyse waarop die skade ingetree het – naamlik weens die slagoffer se gaan-sit op 'n ysterpaaltjie – nie redelikerwys voorsienbaar was nie. Die hof bevind egter tereg dat dit in ons reg vir nalatigheid voldoende is as skade in die algemeen, in teenstelling met die spesifieke skadelike gevolg of die presiese wyse waarop dit ingetree het, redelikerwys voorsienbaar was. In hierdie saak was dit inderdaad redelik voorsienbaar dat kinders beseer sou kon word deur die teenwoordigheid van 'n ysterpaaltjie in die omgewing waar kinders hardloop en speel. Boonop sou 'n redelike persoon nie die paaltjie daar geplaas het nie en die boom op 'n minder gevaarlike wyse ondersteun het. Ook nalatigheid was dus aanwesig. Wat nalatigheid betref, kon beide howe die redelike-onderwyser- of redelike-skoolhoof-toets binne skoolverband as verfyning van die redelike-persoon-toets toegepas het, alhoewel hierdie

akkurater hantering van nalatigheid waarskynlik nie 'n verskil aan die bevinding oor nalatigheid sou gemaak het nie.

Dit was egter nie die einde van die ondersoek nie. Al het onregmatigheid reeds vasgestaan, vind die verhoorhof, vreemd genoeg, dit nodig om die onregmatigheidskwessie weer te besoek. Met verwysing na die nuwe onregmatigheidstoets, soos in *Hawekwa* geformuleer, vra die hof naamlik of die (reeds bestaande) regsplig aan die hand van beleidsoorwegings en in ooreenstemming met grondwetlike norme inderdaad (*in fact*) aanwesig is en verklaar dat 'n late as onregmatig beskou sal word net as openbare beleid verg dat die verweerder aanspreeklik gehou moet word. Die nuwe onregmatigheidstoets word derhalwe as "bykomende" toets toegepas om te bepaal of reeds bestaande onregmatigheid op grond van beleid *inderdaad* aanwesig was.

Die skool se appèl na die Hoogste Hof van Appèl berus oënskynlik uitsluitlik op die argument dat die verhoorhof onvoldoende aandag aan onregmatigheid as deliksvereiste gegee het (par. 14). Die skool betoog, weer eens aan die hand van die nuwe onregmatigheidstoets soos in onder meer *Le Roux* en *Hawekwa* verwoord, dat openbare beleid verg dat die skool nie aanspreeklik behoort te wees nie in die lig van die "most extra-ordinary and peculiar act of Jaco when he sat on a dropper" (*ibid.*). Ook in die appèlhof word die nuwe onregmatigheidstoets dus aangegryp om onregmatigheid, nadat die bestaan daarvan reeds deur beide partye aanvaar is en dit dus as afgehandel beskou kon word, agterna met 'n bykomende vraag te besoek, naamlik of die verweerder, in die lig van die uitsonderlike en rare wyse waarop die nadeel ingetree het, op grond van beleid aanspreeklik gehou behoort te word of nie.

Beide howe span dus die nuwe onregmatigheidstoets as Trojaanse perd in om die buitengewone wyse waarop die skade ingetree het, as 't ware by die agterdeur van die onregmatigheidskwessie in te sleep ten einde te vra of onregmatigheid, wat reeds vasstaan, op grond van beleid *inderdaad* aanwesig is omdat dit in die omstandighede redelik sou wees om die verweerder aanspreeklik te hou. Hierdie werkswyse ondermyn die wese van die onregmatigheidsondersoek, denatureer die onregmatigheidselement en doen die gesonde struktuur van die erkende deliksbeginsels geweld aan. Dit is in elk geval nie duidelik of die nuwe onregmatigheidstoets ooit bedoel was om onregmatigheid agterna te bevraagteken waar die partye saamgestem het dat 'n regsplig bestaan en onregmatigheid daarmee as afgehandel beskou kan word nie. Nogtans is die amper bizarre wyse waarop die nuwe onregmatigheidstoets in die twee uitsprake onder bespreking beetgeneem kon word, weliswaar onsuksesvol, om onregmatigheid te bevraagteken wat alreeds vasgestaan het, nog 'n aanduiding dat dié toets "is running out of control" (in die woorde van Scott 2015:433) en van die skade en verwarring wat hierdie onnodige benadering tot onregmatigheid kan meebring (sien vir algemene kritiek op die nuwe toets Neethling en Potgieter 2015:84–90).

Waar deliktuele aanspreeklikheid van 'n dader wat onregmatig en nalatig opgetree het, bevraagteken word op grond van die buitengewone wyse waarop die skade ingetree het, maak dit meer sin om dié oorweging onder die vaandel van juridiese kousaliteit op die tafel te plaas eerder as om onregmatigheid in die lig daarvan te probeer herondersoek. Die ryk jurisprudentie en regspraak oor juridiese kousaliteit, waar die soepel benadering en subsidiêre oorwegings soos redelike voorsienbaarheid en die *novus actus interveniens*-verskynsel 'n rol kan speel, bied 'n beter ruimte vir die oorweging van 'n buitengewone kousale verloop as faktor ter uitsluiting van deliktuele aanspreeklikheid. Die hantering van die kwelvraag oor die

buitengewone wyse waarop skade ingetree het as 'n juridiese kousaliteitskwessie, sou nie noodwendig tot 'n ander uitslag gelei het nie, maar sekerlik die geleentheid gebied het om dit op 'n teoreties suiwerder grondslag te ondersoek.

Bibliografie

- Boberg, P.Q.R. 1984. *The law of delict. Volume one: Aquilian Liability*. Kaapstad, Johannesburg en Wetton: Juta.
- Boezaart, T. en P. de Kock (reds.). 2008. *Vita Perit, Labor Non Moritur – Liber Memorialis PJ Visser*. Durban: LexisNexis.
- European Group on Tort Law. 2005. *Principles of European tort law*. Wene, New York: Springer.
- Knobel, J.C. 2008. Thoughts on the functions and application of the elements of a delict. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 71(4):650–60.
- Loubser, M. 2008. Unlawfulness in the South African law of delict: focus areas in the debate. In Boezaart en De Kock (reds.) 2008.
- Loubser, M. en R. Midgley (reds.). 2012. *The law of delict in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.
- Neethling, J. 2008. *Van Heerden-Neethling Unlawful competition*. 2de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- . 2015. Aanspreeklikheid weens 'n late: Versoening tussen die tradisionele en nuwe toets vir deliktuele onregmatigheid, of nie? *LitNet Akademies*, 12(3):810–22.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2011. Deliktuele aanspreeklikheid in skoolverband. *De Jure*, 44(1):161–70.
- . 2012. Borderline between the law of contract and the law of delict. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 75(1):107–16.
- . 2013. The law of delict. *2011 Annual Survey of South African Law*, 747–847. Claremont: Juta.
- . 2014a. Wrongfulness and delictual liability for rugby injuries: *Roux v Hattingh (SCA)*. *South African Law Journal*, 131(2):244–53.
- . 2014b. Wrongfulness in delict: A response to Brand JA. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 77(1):116–23.
- . 2014c. Wrongfulness and legal causation as separate elements of a delict: Confusion reigns. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2014(4):889–900.

- . 2015. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- . 2016. The law of delict. *2014 Annual Survey of South African Law*, 740–89. Claremont: Juta.
- . 2017. The law of delict. *2015 Annual Survey of South African Law*. Claremont: Juta.
- Potgieter, J.M. 2008. Deliktuele aanspreeklikheid vir nalatige optrede in skoolverband. *De Jure* 41(1):193–200.
- . 2013. Steeds meningsverskil oor die deliktuele-nalatigheid-toets vir onderwysers. *LitNet Akademies*, 10(2):13–26.
- . 2015. School discipline and the delictual negligence test for teachers – a case in point. *Tydskrif vir Regswetenskap*, 40(2):81–9.
- Potgieter, J.M., J.C. Knobel en R.-M. Jansen (reds.). 2015. *Essays in honour of / Huldigingsbundel vir Johann Neethling*. Durban: LexisNexis.
- Scott, T.J. 2015. Delictual liability for adultery – a healthy remedy’s road to perdition. In Potgieter, Knobel en Jansen (reds.). 2015.
- . 2016. Revisiting the elements of delict – the *Mashongwa* judgments. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 79(4):551–79.
- Van der Walt, J.C. 1979. *Delict: Principles and cases*. Durban: Butterworths.
- Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2016. *Principles of delict*. 4de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Van Rensburg, A.D.J. 1972. *Normatiewe voorsienbaarheid as aanspreeklikheidsbegreningsmaatstaf in die privaatreë*. Durban: Butterworths.
- * Finansiële steun van die Navorsings- en Innovasiekomitee van die Universiteit van Suid-Afrika se Regskollege word met dank erken; die kollege is nie verantwoordelik vir enige menings of gevolgtrekkings in hierdie bydrae nie.