

# Vonnisbespreking: Sorgsaamheidsplig van ouers teenoor kinders *Stedall v Aspeling 2018 2 SA 75 (HHA)*

Johann Neethling en Johan Potgieter

---

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat  
Johan Potgieter, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

---

## *Abstract*

### **Parents' duty of care towards children**

In *Stedall* the court dealt primarily with the question whether parents or inhabitants of premises where a dangerous situation such as the presence of a swimming pool or fishpond exists are responsible for the safety of children. However, before considering it, Leach JA discussed the approach in our law to the wrongfulness of an omission. In this regard the court incorrectly gave preference to the formulation of the test for wrongfulness by Brand J in *Le Roux v Dey 2011 3 SA 274 (CC)* par. 122 and underplayed the traditional *boni mores* legal-duty approach to liability for an omission, while according to the Supreme Court of Appeal itself the new test constitutes but one variation of the wrongfulness test. It cannot be denied that the legal-duty concept is firmly anchored in our law and it is unacceptable to slate it as merely an attempt to formulate a practical yardstick as to when delictual liability will be imposed. Thereafter the court correctly emphasised the distinction between wrongfulness and negligence, but without taking note of the difference between the *ex post facto* evaluation in the case of wrongfulness and the *ex ante* evaluation in the case of negligence, which will ensure that wrongfulness will always retain its control function without being usurped by the negligence element.

*Stedall* confirmed that parents bear the primary responsibility for the safety of their children. It is their duty to ensure that their children do not wander around on premises where dangers lurk, even for a very short period, as happened in both *BS v MS 2015 6 SA 356 (GP)* and *Stedall*. It would be socially unacceptable if a parent could shift the responsibility of looking after her child on to the occupier of the property, especially where the parent knows about the danger. However, where the occupier or owner (or anyone else) expressly or tacitly accepted the responsibility to supervise the child, the parents may be released from their duty of care.

Although Leach JA did not express himself in this regard, it is clear that it is expected of the owner or occupier of premises on which a dangerous situation such as the presence of a swimming pool or fishpond exists, to inform visiting parents of small children of the danger, unless the parents acquire such knowledge by other means (as in *Stedall*). Furthermore, if the danger is conspicuous, obvious and easy to avoid, it should be sufficient to release the occupier of his duty. Where, in other cases, the owner or occupier fails to bring the danger to the attention of the parents and a child is injured as a result of the dangerous situation, the owner or occupier can in principle be delictually liable.

**Keywords:** *boni mores*; children; dangerous property; delict; duty of care; legal duty; negligence; occupier; parents; property owner; reasonable person; supervision; swimming pool; wrongfulness

**Trefwoorde:** bewoner; *boni mores*; delik; eenaar; gevaarlike eiendom; kinders; nalatigheid; onregmatigheid; ouers; redelike persoon; regsplig; toesig; sorgsaamheidsplig; swembad

## 1. Feite

Volgens die feite in *Stedall* is 'n 2½-jarige dogtertjie ontdek waar sy in die swembad op die perseel van die verweerders gedryf het. Haar ouers, in sowel hul persoonlike as verteenwoordigende hoedanighede, stel 'n deliktuele eis vir skadevergoeding teen die verweerders in vir die beserings wat die kind na bewering as gevolg van die ongeluk opgedoen het. In die verhoorhof (*CA v GS* [2016] 4 All SA 386 (WKK) (sien Neethling en Potgieter 2017:389 e.v.) beweer die eisers dat die verweerders nalatig was omdat hulle versuim het om redelike stappe te doen ten einde te verseker dat die swembad behoorlik omhein of andersins beveilig was, of om te verseker dat die swembad se hek toe of voldoende beveilig was, of om voorsienbare skade aan persone op hulle eiendom, veral klein kinders, te voorkom terwyl hulle sodanige benadeling kon voorkom het deur die uitoefening van behoorlike sorg. Die verweerders ontken dat hulle nalatig was en voer aan dat die beserings deur die uitsluitlike nalatigheid van die kind se moeder veroorsaak is, omdat sy haar na die verweerders se perseel gebring het, wel wetende dat daar 'n swembad en onbeskermd visdam is waarin sy kon val; dat sy versuim het om die kind onder haar sorg en beheer te hou en toegelaat het dat sy sonder toesig op haar eie op die eiendom rondswaai sonder om seker te maak dat dit veilig was. As alternatief pleit die verweerders dat indien bevind word dat hulle nalatig was, ook die moeder nalatig was en dat die nalatigheid kousaal tot die kind se beserings bygedra het. Indien die moeder dan wel ook nalatig bevind word, moet die eisers se eise verminder word in ooreenstemming met die bepaling van artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 in die mate waarin dit regverdig en billik is met verwysing na die moeder se skuld met betrekking tot die skade. Waarnemende regter Donen word versoek om te bepaal of die verweerders teenoor die eisers aanspreeklik is vir hul nalatigheid, en of die verhaalbare skadevergoeding verminder moet word in ooreenstemming met die persentasie van die moeder se bydraende nalatigheid. Regter Donen bevind dat die verweerders beduidend nalatig was, maar dat die moeder ook bydraend nalatig opgetree het en verminder die verweerders se aanspreeklikheid met een derde. Die verweerders appelleer teen hierdie beslissing na die Hoogste Hof van Appèl en ontken enige aanspreeklikheid.

## 2. Beslissing

### 2.1 Onregmatigheid

Onregmatigheid by aanspreeklikheid weens 'n late, wat in die onderhawige saak ter sprake kom, word tradisioneel vasgestel met verwysing na die vraag of daar volgens die *boni mores*-of redelikhedsmaatstaf 'n regsplig op die verweerder gerus het om benadeling te voorkom, met ander woorde of daar redelikerwys (of volgens die *boni mores*) van die verweerder verwag kon gewees het om positief op te tree (sien bv. *Van Eeden v Minister of Safety and Security* 2003 1 SA 389 (HHA) 395; *Lee v Minister for Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 167; Neethling en Potgieter 2015a:58–9, 60 e.v.; Neethling en Potgieter 2017a:98–9; Loubser en Midgley (reds.) 2012:219–20; Van der Walt en Midgley 2016:116–7).

Die vraag of die verweerders onregmatig opgetree het, het nie uitdruklik in die verhoorhof aandag geniet nie. Regter Donen verwys amper in die verbygaan daarna dat die verweerders in beheer van die eiendom, en dus van die (gevaarlike) swembadgebied was, dat die oop swembadhek uitdruklik onder die moeder se aandag gebring is (wete of kennis van die gevaar) en dat sy 'n regsplig gehad het om die gevaar aan te spreek, maar versuim het om dit te doen. Daar is bevind dat die een verweerder ook 'n plig gehad het om die hek te beveilig: hy was die eienaar en persoon in beheer van die swembad; hy was betrokke by die gereelde onderhoud en herstel van die huis, insluitend die beveiliging van die swembadhek; en ook hy was bewus van die risiko wat die swembad ingehou het (sien ook Neethling en Potgieter 2015a:65–8 oor die rol wat hierdie faktore by die vasstelling van die regsplig by die onregmatigheid van 'n late speel).

Aangesien die verhoorhof op die nalatigheid van die verweerders gefokus het, kom dit volgens appèlregter Leach (par. 11) voor of regter Donen “overlooked the requirement often stressed by both this Court and the Constitutional Court, particularly in recent years, that wrongfulness is also an essential and discrete element which has to be established for delictual liability to ensue”. In hierdie verband haal regter Leach weer eens die formulering van die onregmatigheidskriterium deur regter Brand in *Le Roux v Dey* 2011 3 SA 274 (KH) par. 122 aan:

(I)n 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.*

In die lig van die kritiek wat reeds teen hierdie formulering uitgespreek is (sien Neethling en Potgieter 2015a:83–9; sien veral ook Neethling en Potgieter 2018), is dit onbegryplik dat appèlregter Leach die formulering klakkeloos navolg, en, om die saak te vererger, dan nog die onaantvaarbare stelling beklemtoon dat onregmatigheid niks met die redelikhed van die verweerder se gedrag te make het nie. Soos by herhaling reeds benadruk (sien Neethling en

Potgieter 2015a:88 vn. 348; Neethling en Potgieter 2017a:100 vn. 22), is hierdie beskouing duidelik in stryd met groot gedeeltes van ons deliktereg en sal dit tot grootskaalse verwarring lei indien dit konsekwent toegepas word. In die besonder sal dit die beginsels wat reeds gevestig is met betrekking tot die tradisionele regverdigingsgronde, soos noodweer, noodtoestand en provokasie, asook ten aansien van byvoorbeeld die burereg ondermyn waar die redelikheid van die verweerder se gedrag feitlik altyd 'n belangrike rol speel ten einde te bepaal of hy binne die perke van byvoorbeeld 'n regverdigingsgrond en dus regmatig opgetree het. Regter Brand se stelling dat die verweerder se gedrag niks met onregmatigheid te make het nie, is dus heeltemal ongegrond. Trouens, in 'n onlangse uitspraak van regter Davis oor laster, *Waldis v Von Ulmenstein* 2017 4 SA 503 (WKK) 509, word die toepaslikheid van die redelikheid van die verweerder se gedrag by onregmatigheid onomwonde bevestig. Hy stel dit soos volg:

The general test for wrongfulness is based upon the boni mores or the legal convictions of the community. This means that the infringement of the complainant's reputation should not only have taken place but be objectively unreasonable. See Neethling et al *Law of Personality* 2 ed (2005) at 135. The application of the boni mores test involves an *ex post facto* balancing of the interests of the plaintiff and the defendant in the specific circumstances of this case in order to determine whether the infringement of the former's interests was reasonable.

Die sinvolste gedeelte van regter Brand se formulering is dat hy beklemtoon dat onregmatigheid deur regs- en beleidsoorwegings in ooreenstemming met grondwetlike norme bepaal word (sien ook *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* 2015 1 SA 1 (KH) parr. 20–1 waarna Leach AR par. 12 ook verwys). Hiermee sluit hy aan by die tradisionele toets vir onregmatigheid, te wete die *boni mores*- of regspligbenadering, wat deur soortgelyke oorwegings vasgestel word (sien hier bo; sien veral ook Neethling en Potgieter 2017a:99 vne. 12 en 13 en die gesag daar aangehaal). In *South African Hang and Paragliding Association v Bewick* 2015 3 SA 449 (HHA) parr. 5–6 stel appèlregter Brand dit uitdruklik soos volg:

The respondent's case is ... based on an omission or failure to do something as opposed to positive culpable conduct ... As has by now become well established ... in relation to liability for omission and pure economic loss, wrongfulness is not presumed and depends on the existence of a legal duty. The imposition of this legal duty is a matter for judicial determination according to criteria of public and legal policy consistent with constitutional norms ... [Sien ook *Hawekwa Youth Camp v Byrne* 2010 6 SA 83 (HHA) par. 22.] On occasion the same principles had been formulated somewhat differently, namely that wrongfulness depends on whether or not it would be reasonable, having regard to considerations of public and legal policy, to impose delictual liability on the defendant for the loss resulting from the specific omission.

Insgelyks verklaar regter Ploos van Amstel in *TS v Life Healthcare Group (Pty) Ltd* 2017 4 SA 580 (KZD) par. 14 dat die toets vir onregmatigheid in ons reg

is trite and has been stated in many reported decisions. The general norm to be employed in determining whether a particular infringement of interests is unlawful is the legal convictions of the community: the boni mores. It is an objective test based

on the criterion of reasonableness. The question is whether the community regards a particular act or form of conduct as delictually wrongful. The legal convictions of the community must be seen as the legal convictions of the legal policy-makers of the community, such as the legislature and judges. In the case of an omission which causes harm to someone the omission will only be wrongful if in the particular circumstances a legal duty rested on the defendant to act positively to prevent harm from occurring and he failed to comply with that duty. The question of whether such a duty existed is answered with reference to the flexible criteria of the legal convictions of the community and legal policy [met verwysing na Neethling en Potgieter, *Delict* (2010:36–41, 42, 57)].

Hierna gee regter Ploos van Amstel die nuwe toets vir onregmatigheid weer soos dit in *Le Roux v Dey* par. 122 (sien hier bo) deur regter Brand geformuleer is asof daar geen verskil tussen die tradisionele en nuwe toets vir onregmatigheid is nie. (Snaaks genoeg het Ploos van Amstel R as WrnAR in *Stedall* met Leach AR se onderspeling van die regspligbenadering saamgestem.)

Nieteenstaande die uitdruklike gelykstelling van die tradisionele regspligbenadering en regter Brand se nuutgeformuleerde redelikebenadering in hierdie twee *dicta*, onderspeel appèlregter Leach par. 16 die belangrikheid van eersgenoemde benadering in *Stedall* (soos hy ook in *MTO Forestry (Pty) Ltd v Swart NO* 2017 5 SA 76 (HHA) par. 14 doen), en dit terwyl appèlregter Nugent in *Crown Chickens (Pty) Ltd v Rocklands Poultry v Rieck* 2007 2 SA 118 (HHA) 122 uitdruklik verklaar dat die nuwe formulering net een variasie van die toets vir onregmatigheid in ons reg is. Daar word dus geensins afbreuk aan die tradisionele toets vir die onregmatigheid van 'n late gedoen nie (sien ook Neethling en Potgieter 2018). Regter Leach onderskryf naamlik Brand 2014:455 se stelling dat die begrip *legal duty* inderdaad “no more than an attempt at formulating some kind of practical yardstick as to when policy considerations will require the imposition of legal liability” is.

Hierdie beskrywing van die regsplig is vatbaar vir kritiek (sien Neethling en Potgieter 2018). In eerste instansie staan die begrip *regsplig* sentraal in die ondersoek na die onregmatigheid van 'n late (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015a:58–9). Tweedens: nieteenstaande moontlike verwarring waarteen gewaak moet word, is die regspligbegrip so ingeburger in ons positiewe reg dat die howe en akademici nie geredelik daarvan afstand sal of behoort te doen nie. Selfs onlangse beslissings van ons hoogste howe stu voort om, nieteenstaande regter Brand, gevolg deur regter Leach, se kritiek, die regspligbenadering in te span om die onregmatigheid van 'n late te bepaal. In byvoorbeeld *Minister of Justice and Constitutional Development v X* 2015 1 SA 25 (HHA) par. 13 verklaar waarnemende appèlregter Fourie:

In a claim such as the instant, where the conduct complained of manifests itself in an omission, the negligent conduct will be wrongful only if the defendant is under a legal duty to act positively to prevent the harm suffered by the plaintiff. The omission will be regarded as wrongful when the legal convictions of the community impose a legal duty, as opposed to a mere moral duty, to avoid harm to others through positive action.

Die regsplig was ook van kardinale belang in die beslissings van die Konstitusionele Hof in *Mashongwa v Passenger Rail Agency of South Africa* 2016 3 SA 528 (KH) parr. 16–30 en



*Oppelt v Head: Health, Department of Health Provincial Administration: Western Cape* 2016 1 SA 325 (KH) parr. 51–4. Dié benadering word insgelyks deur akademiese skrywers oor die deliktereg gesteun (sien Van der Walt en Midgley 2016:115–6; Loubser en Midgley (reds.) 2012:147–8; Neethling en Potgieter 2015a:58 e.v.). Van der Walt en Midgley 2016:115 verklaar soos volg:

The breach of a legal duty is therefore an independent criterion for determining wrongfulness and plays a vital practical role in founding liability in cases where no infringement of a right is evident [such as in cases of omission].

In hierdie stadium van die ontwikkeling van ons deliktereg is dit hoogs onwaarskynlik dat die regspligbegrip met betrekking tot onregmatigheid steeds verwar sal word met die Engelsregtelike *duty of care*-leerstuk. Dit is voldoende om te sê dat die Hoogste Hof van Appèl en akademiese skrywers die onderskeid tussen die twee begrippe genoeg aan die kaak gestel en sodoende die toepassing van die *duty of care*-leerstuk in ons reg verwerp het (sien bv. *McIntosh v Premier, KwaZulu-Natal* 2008 6 SA 1 (HHA) 8–9; *Chartaprops 16 (Pty) Ltd v Silberman* 2009 1 SA 265 (HHA) 279; *Knopv Johannesburg City Council* 1995 2 SA 1 (A) 27; *Local Transitional Council of Delmas v Boshoff* 2005 5 SA 515 (HHA) 522; *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA) 468; sien ook Neethling en Potgieter 2015a:159 vn. 200). Aangesien die regspligbegrip stewig in ons reg geanker is, is dit onaanvaarbaar om dit af te kraak as net “an attempt at formulating some kind of practical yardstick” vir die oplegging van deliktuele aanspreeklikheid.

Dit is interessant dat alhoewel waarnemende adjunkpresident Navsa in nog ’n onlangse beslissing van die Hoogste Hof van Appèl oor aanspreeklikheid weens ’n late met betrekking tot kinders, *Van Vuuren v eThekweni Municipality* 2018 1 SA 189 (HHA) par. 17, lippediens bewys aan regter Brand se formulering van die onregmatigheidstoets in *Le Roux* par. 122, hy deurgaans die konvensionele regspligbenadering toepas om onregmatigheid te bepaal (parr. 19–29). Selfs sy gevolgtrekking dat onregmatigheid in hierdie saak aanwesig is, word in die geekte (regsplig) vorm gegiet, sonder ’n sweem van verwysing na die nuwe toets (par 29):

Considering, in relation to wrongfulness, the criteria of reasonableness, constitutional norms and policy, the compelling conclusion is that in the circumstances set out above, a legal duty is owed by the Municipality to avoid negligently causing harm to persons in the position of [die beseerde kind].

Boonop pas regter Navsa in *Van Vuuren* tradisionele faktore toe wat ’n rol speel by die vasstelling van die regsplig by ’n late, soos voorafgaande positiewe optrede wat ’n risiko van benadeling vir ander skep (die *omissio per commissionem*-reël of *prior conduct*) (parr. 20–1) en beheer oor die gevaarlike toestand (parr. 23–4) (sien in die algemeen Neethling en Potgieter 2015a:62–8; Van der Walt en Midgley 2016:124–5; Loubser en Midgley (reds.) 2012:221–2). In die lig van appèlregter Leach (in navolging van Brand AR) se oënskynlike afwysing van die tradisionele regspligbenadering in *Stedall* (par. 16), sal die Hoogste Hof van Appèl, ter wille van regsekerheid, hopelik eenstemmigheid oor hierdie aangeleentheid bereik.

## 2.2 Onregmatigheid en nalatigheid

Vervolgens beklemtoon appèlregter Leach (par. 13) die noodsaaklikheid om tussen onregmatigheid en nalatigheid te onderskei. Die onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid word ook uitdruklik in *Za v Smith* 2015 4 SA 574 (HHA) 584–5 ondersoek (sien Neethling en Potgieter 2016:491 e.v.). Ons sien die onderskeid onder andere soos volg (sien Neethling en Potgieter 2015a:168–9): Alhoewel 'n mens by die beoordeling van sowel onregmatigheid as nalatigheid met 'n objektiewe redelikeheidsmaatstaf te make het, word hierdie maatstaf by elk verskillend toegepas. By onregmatigheid word die redelikheid van die dader se optrede (diagnosties) *ex post facto* beoordeel aan die hand van die regsopvatting van die gemeenskap (*boni mores*) deur 'n belange-afweging in die lig van toepaslike beleidsoorwegings (sien ook Van der Walt en Midgley 2016:96); die vraag is met ander woorde of 'n regserkende belang van die benadeelde op 'n onredelike wyse of *contra bonos mores* aangetas is. By nalatigheid, daarenteen, word die redelikheid van die dader se optrede *ex ante* (prognosties) beoordeel aan die hand van die redelike persoon met verwysing na die redelike voorsienbaarheid en voorkombaarheid van skade. Kort gestel, onregmatigheid word beoordeel op grond van werklikhede, nalatigheid op grond van waarskynlikhede (sien ook Neethling en Potgieter 2016:495–6).

In hierdie verband haal regter Leach die volgende diktum uit appèlregter Brand se uitspraak in *Za* par. 13 aan:

It should be readily apparent that if the test for wrongfulness is whether it would be reasonable to have expected the defendant to take positive measures, while the test for negligence is whether the reasonable person would have taken such positive measures, confusion between the two elements is almost inevitable. It would obviously be reasonable to expect of the defendant to do what the reasonable person would have done. The result is that conduct which is found to be negligent would inevitably also be wrongful and vice versa ... But where the confusion will indeed make a difference is where negligence – properly understood or under the guise of wrongfulness – is found to have been established. In that event it will lead to the imposition of liability without the requirement of wrongfulness – properly understood – being considered at all. The safety valve imposed by the requirement of wrongfulness ... will simply be discarded.

Soos aangedui (Neethling en Potgieter 2016:497–8), is hierdie vergelyking tussen die toetse vir onregmatigheid en nalatigheid vatbaar vir kritiek. Regter Brand negeer deur sy waninterpretasie van die twee toetse klaarblyklik die wesensonderskeid wat tussen hulle bestaan. Sy stelling dat die redelikheid van optrede by onregmatigheid feitlik onafwendbaar tot verwarring met die nalatigheidstoets sal lei, hou geensins steek nie. In werklikheid skep hy self die verwarring deur te verklaar dat "obviously [it would] be reasonable to expect of the defendant to do what a reasonable person would have done", omdat hy daardeur die toetse vir die twee elemente ineenstrengel ten einde sy eie aanvegbare gevolgtrekking te regverdig en sodoende die korrekte onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid, soos hier bo uiteengesit, geweld aandoen. Nieteenstaande herhaling, moet beklemtoon word dat dit by onregmatigheid net gaan oor die regsplig om volgens die *boni mores* benadeling te voorkom en nie oor die stappe wat die redelike persoon sou doen ter uitvoering van die regsplig nie. Laasgenoemde vraag – dit wil sê dié na nalatigheid – kom ter sprake slegs waar daar inderdaad 'n regsplig bestaan het om positief op te tree (sien Neethling en Potgieter

2015a:172; Neethling 2016:805). So gesien, word onregmatigheid en nalatigheid, anders as wat regter Brand dit wil hê, geensins verwarrend ineengevleg nie. Sy vrees dat die vermelde (gewaande) verwarring tot negering van die onregmatigheidselement sal lei, is ook ongegrond, mits die verskil tussen onregmatigheid en nalatigheid, soos hier bo uiteengesit, voor oë gehou word. Dit sal ook verseker dat onregmatigheid immer sy beheerfunksie behou en nie deur die nalatigheidselement verswelg word nie. Soos appèlregter Leach (par. 14) tereg aandui, sal verwarring tussen hierdie twee delikselemente verder besweer word deur die aanvaarding van sy beslissing in *MTO Forestry* par. 18 dat redelike voorsienbaarheid, anders as by nalatigheid, geen plek meer by die onregmatigheidsvraag het nie (sien ook Neethling en Potgieter 2018).

### 2.3 Sorgsaamheidsplig teenoor kinders

Vervolgens (parr. 17 e.v.) behandel appèlregter Leach die kernvraag of die optrede van sowel die eisers as die verweerders onregmatig was. Wat die verweerders betref, verklaar hy (par. 22):

The issue then becomes whether, when a toddler is brought to the private premises of a homeowner in the custody and supervision of her parent, the homeowner should be held liable if the custodian parent, momentarily distracted, allows the child out of her sight – and the child is then injured when falling into a swimming pool of which her mother was aware. The test for this is whether in these circumstances, and in the light of constitutional norms, including in particular the necessity to protect the best interests of a child, the failure to ensure that the swimming pool gate was secured so it could not be opened by a toddler not only “evokes moral indignation, but also that the legal convictions of the community demand that it be regarded as wrongful and that the loss be compensated by the person who failed to act positively” – or whether it would be over-burdensome to impose liability.

In hierdie verband verwys appèlregter Leach na ’n hele aantal sake (parr. 23 e.v.), onder andere *Hirschman NO & Hirschman v Kroonstad Municipality* 1914 OPD 37 en *Van Vuuren*, waarin die verweerder-munisipaliteit aanspreeklik gehou is in omstandighede waar daar openbare toegang tot potensieel gevaarlike plekke was deur kinders wat nie in die sorg van ’n toesighoudende ouer was nie. Hierdie twee sake is volgens die regter egter nie hier relevant nie, omdat dit heeltemal verskil het van die huidige saak waar ’n peuter as ’n gas na ’n private woning geneem is onder die toesig van haar moeder wat geweet het van ’n onbeskermd swembad op die perseel (par. 26). *Hirschman* en *Van Vuuren* kan dus nie as presedente vir die aanspreeklikheid van die verweerders in *Stedall* dien nie. Vervolgens verwys regter Leach na *BS v MS* 2015 6 SA 356 (GP) (parr. 27–8; sien Neethling 2016:798 e.v.) waar die feite nie veel van dié in *Stedall* verskil het nie en die hof die verweerder nie aanspreeklik gehou het nie (alhoewel regter Leach krities was omdat die hof nie duidelik tussen onregmatigheid en nalatigheid onderskei het nie). Dit is ook veelseggend dat eise in soortgelyke sake in ander jurisdiksies (soos Engeland en Amerika) misluk het (parr. 29–31; sien Johnson en Hargrove 2006:311 e.v. vir ’n interessante oorsig van die Amerikaanse reg in hierdie verband). Alhoewel regter Leach te kenne gee dat hy pynlik bewus is van die strik om te veel op beslissings in vreemde jurisdiksies te steun, vervolg hy nogtans (par. 32):

[A]ll of these cases are of persuasive value and seem to me to reflect public and legal policy of this country as well, namely, that it would be unreasonable – in the sense of



reasonableness as explained by the Constitutional Court in *Country Cloud* – to impose liability upon the owner of a residence should a small child in the care of her mother wander off when the mother is briefly distracted and accidentally fall into a swimming pool of which the mother is aware. To hold otherwise would be to expect the host to provide greater supervision than the parent itself.

In hierdie verband is dit tog interessant dat appèlregter Leach (parr. 17, 22), met verwysing na *Minister of Law and Order v Kadir* 1995 1 SA 303 (A) 318, 320, klaarblyklik aanvaar dat daar 'n regsplig op die verweerders gerus het – ook in die lig van artikel 28 van die Grondwet wat die beste belang van die kind deurslaggewend maak in elke aangeleentheid wat hom of haar raak – om te verseker dat die swembadhek nie deur 'n peuter oopgemaak kon word nie omdat hul versuim nie alleen morele verontwaardiging sou ontlok nie maar ook dat die regsdoortuiging van die gemeenskap sou verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word en dat die gelede skade vergoed behoort te word deur die persoon wat nagelaat het om daadwerklik op te tree. (Vgl. *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597; Clark 2002:216 e.v. vir 'n bespreking van aspekte van die ouer-kind-verhouding, o.a. in die lig van art. 28 van die Grondwet.) Desnieteenstaande is regter Leach vas oortuig dat die regsplig op die moeder gerus het om die kind te beveilig, omdat dit 'n te swaar las op die verweerders sou plaas om hulle aanspreeklik te stel.

Teen hierdie agtergrond bevind appèlregter Leach dat die eisers misluk het om onregmatigheid aan die kant van die verweerders te bewys (par. 33). Nieteenstaande hierdie bevinding, wat die ondersoek na nalatigheid onnodig maak (par. 34), bespreek regter Leach tog die beweerde nalatigheid aan die kant van die verweerders en kom tot die gevolgtrekking dat die verweerders soos 'n redelike persoon opgetree het en daarom nie nalatig was nie (parr. 34–7). Die appèl word dus gehandhaaf met die gevolg dat die ouers se eis teen die verweerders misluk.

### 3. Gevolgtrekking

Voordat die hof hom toespits op die vraag of die ouers, dan wel die eienaars of bewoners van 'n perseel waarop 'n gevaarlike toestand soos 'n swembad of visdam voorkom, vir die veiligheid van kinders verantwoordelik is, behandel die hof in besonderhede die vraag na die onregmatigheid van 'n late. In hierdie verband verleen die hof ten onregte voorkeur aan die formulering van die onregmatigheidstoets deur regter Brand in *Le Roux v Dey* en onderspeel die tradisionele *boni mores*-regspligbenadering tot aanspreeklikheid weens 'n late, en dit terwyl die nuwe toets volgens die Hoogste Hof van Appèl self maar net een variasie van die onregmatigheidstoets uitmaak. Daar kan hoegenaamd nie ontken word dat die regspligbegrip stewig in ons reg geanker is nie en dat dit onaanvaarbaar is om dit te geringskat in 'n poging om 'n tipe praktiese maatstaf te formuleer vir die oplegging van deliktuele aanspreeklikheid. Daarna beklemtoon die hof tereg die onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid, maar neem nie kennis van die *ex post facto*-beoordeling by onregmatigheid en die *ex ante*-beoordeling by nalatigheid wat sal verseker dat onregmatigheid immer sy beheerfunksie sal behou en nie deur die nalatigheidselement ingesluk word nie.

*Stedall* bevestig dat primêr ouers vir die veiligheid van hul kinders verantwoordelik is. Dit is hulle plig om toe te sien dat hul kinders nie alleen rondwaal op persele waar gevare skuil

nie, al is dit net vir 'n baie kort tydjie, soos in sowel *BS* as *Stedall* gebeur het. Dit sal sosiaal onaanvaarbaar wees as ouers die verantwoordelikheid om na hul kinders om te sien, op die bewoner van die eiendom kan afskuif, veral waar die ouers van die gevaar geweet het. Waar die bewoner of eienaar (of enigiemand anders) egter die verantwoordelikheid om na die kind om te sien, uitdruklik of stilswyend aanvaar het, kan die ouers van hul sorgsaamheidsplig vrygestel word.

Alhoewel appèlregter Leach hom nie daarvoor uitgespreek het nie, is dit duidelik dat daar van die eienaar of bewoner van 'n perseel waarop daar 'n gevaarlike toestand soos die bestaan van 'n swembad of visdam aldaar is, verwag word om die besoekende ouers van klein kinders van die gevaar in te lig, tensy die ouers reeds op 'n ander wyse daarvan kennis dra (soos in *Stedall*). Verder, indien 'n gevaar ooglopend, voor die hand liggend en maklik is om te vermy, behoort dit voldoende te wees om die eienaar of bewoner van sy plig vry te stel. Waar die eienaar of bewoner in ander gevalle nalaat om die gevaar voldoende onder die aandag van die ouers te bring en 'n kind as gevolg van die gevaartoeestand beseer word, behoort die eienaar of bewoner in beginsel deliktueel aangespreek te kan word (sien ook Neethling en Potgieter 2017b:398).

## Bibliografie

- Brand, F.D.J. 2014. Aspects of wrongfulness: A series of lectures. *Stellenbosch Law Review*, 25(3):451–70.
- Clark, B. 2002. From rights to responsibilities? An overview of recent developments relating to the parent/child relationship in South African common law. *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 35(2):216–35.
- Johnson, V.R. en C.G. Hargrove. 2006. The tort duty of parents to protect minor children. *Villanova Law Review*, 51(2):311–36.
- Loubser, M. en R. Midgley (reds.). 2012. *The law of delict in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.
- Neethling, J. 2016. Delictual liability for an omission: the tragic fishpond incident. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:798–806.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2015a. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- . 2015b. Delictual liability for an omission and statutory authority as ground of justification. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 4:856–63.
- . 2016. Deliktuele aanspreeklikheid weens 'n late: onregmatigheid en nalatigheid. *LitNet Akademies*, 13(1):491–501.
- . 2017a. Aanspreeklikheid *ex delicto* weens 'n late: harmonieuse vervlegting van uiteenlopende benaderings. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 5:97–110

—. 2017b. Swembaddens, visdamme, ander waterpoele en kinderslagoffers – deliktuele aanspreeklikheid. *LitNet Akademies*, 14(1):389–400.

—. 2018. Foreseeability: wrongfulness and negligence of omissions in delict – the debate goes on. *Tydskrif vir Regswetenskap* (gepubliseer te word in die Junie-uitgawe).

Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2016. *Principles of delict*. 4de uitgawe. Durban: LexisNexis.