

Vonnisbespreking: Waagartieste leer haar heiland ken. Gevestigde regsbeginsels egter tot haar redding *Jackson v Road Accident Fund 2021 4 SA 244 (GP)*

Johan Scott

Johan Scott, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

Abstract

Stuntwoman gets more than she bargained for; but recognised legal principles to her rescue

In *Jackson* the court had to decide whether the plaintiff, a stuntwoman by profession, had given consent to the risk of injury before she was seriously injured during the filming of an exciting scene in which she had to ride a motorcycle at high speed towards a vehicle carrying a camera approaching from the opposite direction. Due to the negligence of the driver of that vehicle the camera which had been dangling from a boom arm had been lifted too late to avoid a collision with the plaintiff. The gist of the defendant's plea was that the plaintiff had known that she was engaged in a hazardous exercise, which implied that she had accepted the risk of harm that ultimately befell her.

The court first dealt with the issue of negligence, which, according to some academic writers, should have been postponed until a decision on possible wrongfulness of the driver had been made. In view of recent decisions of the Supreme Court of Appeal it is shown that the court's approach in finalising the issue of the driver's negligence and the lack of contributory negligence on the plaintiff's part was justified.

The court approached the issue of consent to the risk of injury (voluntary assumption of risk) by reiterating the three basic requirements for establishing whether the plaintiff had consented to the risk of injury, namely full knowledge of the extent of the risk, appreciation of the ambit of the risk and subjective consent (authoritatively established in 1904 in *Waring & Gillow Ltd v Sherborne*). It then applied four previous judgments (and in addition referred to one more) to the facts (*Durban City Council v SA Board Mills Ltd*, *Kepko v Road Accident Fund*, *Lampert v Hefer* and *Santam Insurance Co Ltd v Vorster*; reference to *Oosthuizen v London and Lancashire Insurance Co Ltd*) and effectively reached the conclusion that the issue of consent

in such circumstances is fact-sensitive in that a court has to guard against drawing conclusions from circumstances such as are present in the case under discussion, for example that the plaintiff had been occupied in exercising an intrinsically dangerous profession. Each of these judgments is briefly discussed to demonstrate how they were applied by the court to found its final conclusion.

This judgment again demonstrates that courts are bound to determine the exact state of mind of the plaintiff to be able to ascertain whether he or she had in fact realised and appreciated the risk which he or she has accepted and had subjectively consented to it. The onus of proof on a defendant employing this defence is daunting and the value of good cross-examination of a plaintiff in cases of this nature is emphasised. This judgment provides a good example that can be utilised by lecturers for explaining the operation of the ground of justification of *volenti non fit iniuria* (literally: “To a willing person, it is not a wrong”) in the guise of voluntary assumption of risk to students.

Finally, there is a reference to the relevance of English case law for resolving issues pertaining to consent cases of the risk kind in South Africa. It is noteworthy that a leading English authority, the 1891 Appeal Court case of *Smith v Charles Baker & Sons* which was quoted as good authority as far back as 1904 in *Waring & Gillow Ltd v Sherborne* is still regarded as applicable in modern English tort law in respect of actions instituted by employees who suffered harm in the scope of their employment while undertaking risky operations.

Keywords: consent to risk of injury; contributory intent; delict; grounds of justification; fault; negligence; *volenti non fit iniuria*; voluntary assumption of risk

Trefwoorde: bydraende opset; delik; nalatigheid; regverdigingsgronde; skuld; toestemming tot risiko van benadeling; *volenti non fit iniuria*; vrywillige aanvaarding van die risiko

1. Inleiding

Dit wil voorkom of die basiese regsbeginsels rakende die regverdigingsgrond *volenti non fit iniuria* (letterlik: “’n Toestemmende persoon ly geen onreg nie” – waaronder sowel toestemming tot benadeling as toestemming tot risiko van benadeling tuisgebring kan word) in die deliktereg dermate uitgekristalliseer het dat mens dit as betreklik probleemloos sou kon bestempel indien dit vergelyk word met etlike ander onderwerpe uit hierdie vakgebied wat hoofbrekens besorg. Soos in die geval van so vele van die onderwerpe in die moderne Suid-Afrikaanse deliktereg waar die toepaslike beginsels maklik bepaalbaar is en deur die jare telkemale in die regspraak bevestig is, stuit die juris egter male sonder tal teen die toepassing van die skynbaar eenvoudige regsreëls rakende hierdie onregmatigheidsuitsluitingsgrond. Dié verskynsel is al van oudsher af in ons regspraak erken, soos uit die volgende *dicta* van appèlregter Innes blyk. Eerstens, waar hy ’n eenvoudige reël van middellike werkgewersaanspreeklikheid moes toepas, laat hy hom soos volg uit: “The most difficult part of the inquiry remains, namely, the application of the law to the facts” (*Mkize v Martens* 1914 AD 382, 391). Tweedens, waar hy (toe in die hoedanigheid van hoofregter van die Transvaal Colony) juis deur ’n probleem rakende toestemming tot risiko van benadeling as regverdigingsgrond gekonfronteer is, formuleer hy hierdie gedagte nog duideliker (*Waring & Gillow Ltd v Sherborne* 1904 TS 340, 344):

A man who consents to suffer an injury can as a general rule not complain. He who, knowing and realising a danger, voluntarily agrees to undergo it, has only himself to thank for the consequences. But like so many other maxims, the one under consideration [*volenti non fit iniuria*] needs to be employed cautiously and with circumspection. The principle is clear, the difficulty lies in the application of it – in deciding, in other words, under the circumstances of each particular case whether the injured man was volens to undertake the risk.

Anders as ander onderwerpe in hierdie vakgebied, soos middellike aanspreeklikheid en skuldlose aanspreeklikheid ingevolge die beginsels van die *actio de pauperie* vir nadeel deur huisdiere veroorsaak, verg toepassing van die *volenti*-reël deesdae nie so gereeld die aandag van ons howe nie. 'n Saak soos die onderhawige, waarin 'n interessante feitestel voorkom waarmee 'n dosent sy of haar studente goed touwys kan maak oor die wyse waarop mens te werk moet gaan om 'n uitkoms te bereik wat nie alleen aan die gemeenregtelike beginsels voldoen nie, maar ook die inherente regsgevoel bevredig, verdien dus aandag. In die proses sal die uitspraak beoordeel word aan die hand van gevestigde regspraak, met tersyde verwysings na die menings van moderne skrywers.

Soos aanstons aangetoon sal word, bestaan daar soms teenstrydige opinies rakende die aard van die verweer wat in hierdie tipe feitestel aan die orde kom. Die feit dat 'n eiser hom of haar willens en wetens aan nadeelveroorsakende gevaar blootgestel het, gee gewoonlik aanleiding tot toepassing van die beginsels van *volenti non fit iniuria* as regverdigingsgrond wat normaalweg as “toestemming” (“consent”) bestempel word. (Hierdie stelreël uit die Romeinse reg (D 47.10.1.5) vind toepassing nie slegs waar die benadeelde tot 'n *bepaalde* benadeling toestemming verleen het nie, maar deesdae meestal waar die benadeelde – soos in die onderhawige saak – toestemming tot *moontlike* benadeling gegee het en dus 'n *risiko* in hierdie opsig geloop het – sien Neethling en Potgieter 2020:128). Andersyds is dit gebruiklik om met verwysing na die eiser se optrede in hierdie tipe gevalle te praat van “vrywillige aanvaarding van die risiko” (“voluntary assumption of risk”). In die uitspraak onder bespreking blyk dit duidelik dat regter Davis van oordeel is dat hierdie enigszins uiteenlopende terminologie op dieselfde neerkom en beskrywend is van 'n regverdigingsgrond wat uiteindelik 'n afleiding regverdig dat die verweerder die gewraakte nadeel nie op onregmatige wyse veroorsaak het nie (249G). Dit is in ooreenstemming met normale praktyksgebruik, soos uit verskeie uitsprake van ons howe blyk (sien bv. *Rousseau v Viljoen* 1970 3 SA 413 (K) 417E-G; *Santam Insurance Co Ltd v Vorster* 1973 4 SA 764 (A) 774C; *Van Vuuren v Ethikwini Municipality* 2018 1 SA 189 (HHA) 198H-I). Ondanks die kritiek van sommige skrywers (bv. Van der Merwe en Olivier 1989:101 wat die praktyksbeeld in hierdie opsig beskryf as “een van chaotiese verwarring”; vgl. verder Van der Walt en Midgley 2016:243), kan begripsmatige probleme voorkom word indien eenvoudig daarop gelet word dat die frase *vrywillige aanvaarding van die risiko* verskillende betekenisse kan aanneem, afhangende van die konteks waarin dit aangewend word. Dit word soms aangedui as sinoniem vir die verweer van bydraende opset ('n absolute verweer, net soos toestemming tot die risiko van benadeling ingevolge die sinspreuk *dolus semper praestatur* (letterlik: “Vir opset word daar altyd ingestaan”)), asook die verweer van bydraende nalatigheid (wat bloot tot vermindering van skadevergoeding aanleiding kan gee) waarmee dit kwansuis sou kon oorvleuel (*Lampert v Hefer* NO 1955 2 SA 507 (A) 513D–14A; *Santam Insurance Co v Vorster* 778; daar sal nie verder op die meriete van argumente vir en teen sodanige standpunt ingegaan word nie, omdat dit vir die huidige bespreking irrelevant is).

Wanneer 'n feitestel beoordeel word ten einde te bepaal of daar sprake van toestemming tot die risiko van benadeling was, moet daar nooit uit die oog verloor word dat die regsreëls wat die basis van sodanige regverdigingsgrond vorm, blote uitkristalliserings van die *boni mores*-of objektieweredelikheid-kriterium is nie: “By die bespreking van die regverdigingsgronde moet voortdurend in gedagte gehou word dat dit slegs gaan om enkele hulpmaatstawwe wat hulle in besondere gevalle voordoen waar die vraag is na die onregmatigheid al dan nie van 'n benadeling” (Scott 1976:218; Van der Merwe en Olivier 1989:70; Neethling en Potgieter 2020:106). Veral in problematiese feitestelle verduidelik hierdie opmerking waarom 'n terugryp na toepassing van die objektieweredelikheidsmaatstaf 'n bruikbare verfyningmeganisme daarstel waardeur dit moontlik is om die grense van 'n regverdigingsgrond met 'n groter mate van akkuraatheid te bepaal as bloot deur toepassing van die uitgekristalliseerde reëls.

Die belangrikste basiese eienskappe van en/of vereistes vir 'n geldige verweer van toestemming tot die risiko van benadeling – wat as 'n goeie voorbeeld van 'n eensydige regshandeling dien – lui soos volg: (a) Die benadeelde moet sy of haar toestemming voorheen uitdruklik of stilswyend aan die dader bekendmaak het. (b) Die toestemmende persoon hoef nie ten volle handelingsbevoegd te wees nie, maar moet wel oor die geestesvermoë beskik om tussen reg en verkeerd te onderskei en dienooreenkomstig op te tree. (c) Toestemming moet vryelik gegee wees, dit wil sê sonder dat daar fisieke of geestelike druk op die toestemmende persoon uitgeoefen is. (d) Die benadeelde moet, behoudens enkele uitsonderingsgevalle, self toestemming verleen het. (e) Die toestemming mag nie regstrydig of in die algemeen *contra bonos mores* wees nie. (f) Die toestemmende persoon moet ten volle van die aard van sy of haar benadeling bewus wees (sien veral Loubser en Midgley 2020:206–8; Neethling en Potgieter 2020:129–34; Fagan 2019: 254–65; Van der Merwe en Olivier 1989:96–104; Van der Walt en Midgley 2016:246–8). Laasgenoemde figureer normaalweg as die mees prominente vereiste. In die *locus classicus* van *Waring & Gillow Ltd v Sherborne* is dit verder onderverdeel in drie vereistes, soos uit die volgende diktum van hoofregter Innes blyk: “Knowledge, appreciation, consent – these are the essential elements, but knowledge does not invariably imply appreciation, and both together are not necessarily equivalent to consent” (344). Die drie afsonderlike vereistes wat mens hieruit aflei, is: (i) volle kennis van die omvang van moontlike benadeling; (ii) die volle besef aan die kant van die toestemmende persoon van sowel die aard as die omvang van die moontlike benadeling; en (iii) die toestemmende persoon se werklike, subjektiewe toestemming tot die nadeel in volle omvang. Hierdie vereistes word bevestig in feitlik alle uitsprake wat oor hierdie onderwerp handel.

2. Feite en uitspraak

Tydens die verfilming van 'n rolprent in 2016 het die eiseres, 'n waagartiester van beroep, ernstige hoof- en skouerbeserings opgedoen wat tot gevolg gehad het dat een van haar arms later geamputeer moes word. Die insident wat tot haar beserings aanleiding gegee het, het soos volg plaasgevind: Sy was veronderstel om teen hoë snelheid met 'n motorfiets op 'n verlate snelweg te jaag. Ten einde 'n besondere weergawe van die jaagtog op film vas te lê, sou 'n voertuig waarop 'n kamera gemonteer was, van die teenoorgestelde rigting op dieselfde snelweg in haar rigting ry. Die goed uitgewerkte plan was dat die kamera, wat aan 'n hefboom gemonteer was wat reghoekig vanaf die voertuig bokant die padoppervlak aan die motorfietsryer se kant uitgesteek het, aanvanklik net bokant die pad gelig sou wees om die naderende jaer af te neem; net voordat sy die kameravoertuig bereik, sou die kamera skielik gelig word om

haar bewegings te monitor waar sy onder die kamera deurjaag – uiteraard om ’n besondere effek van spoed en gevaar te verkry. Ter voorbereiding is daar aanvanklik ’n sogenaamde droë loopie (“dry run”) gedoen waartydens die eiseres en die kameravoertuig uit teenoorgestelde rigtings by mekaar verby gejaag het terwyl die hefboom met die kamera deurentyd in die hoogste posisie was sodat die motorfietsryer ongehinderd daaronder kon deurjaag. Daarna het ’n repetisieloope (“rehearsal run”) gevolg, waartydens die hefboom met die kamera aanvanklik net bokant die padoppervlak was, maar later geleidelik gelig is sodat die eiseres in staat was om veilig daaronder deur te jaag. Tevrede met die suksesvolle voorbereiding is die finale skiet toe aangepak, maar nie voordat die regisseur die filmspan – waaronder die bestuurder van die kameravoertuig, maar nie die eiseres nie – opdrag gegee het om die kamerahefboom ’n sekonde later as tydens die repetisieloope te begin oplig ten einde ’n nóg meer spannende beeld van die gebeure vas te lê. Ongelukkig het die bestuurder van die kameravoertuig hierdie keer effens afgewyk van sy optrede tydens die repetisieloope en die “hefboom op”-bevel te laat aan die hefboomoperateur uitgeroep, met die gevolg dat die kamera nie betyds hoog genoeg gelig kon word om ’n botsing met die eiseres te vermy nie. Die kamera het haar vol teen haar gesig en skouer getref (245C, 246C-47B).

Die eiseres het aanvanklik haar vordering teen die filmmaatskappy, die toertjiekoördineerder, haar werkgewer, die bestuurder van die kameravoertuig en die hefboomoperateur as mededaders, asook die Padongelukfonds (POF) ingestel (245E-F). Die POF het egter uiteindelik toegegee aan die ander partye se spesiale pleit ingevolge artikels 17(1) en 21 van die Road Accident Fund Act 56 van 1996: Die kameravoertuig was kennelik ’n “motorvoertuig” ingevolge die wet (art. 1 (xi)); die bestuurder van die voertuig was bekend, sodat die POF onder ’n verpligting was om die veroorsaakte nadeel te vergoed (art. 17(1)(a)) en die eiseres kon derhalwe nie van die bestuurder van die kameravoertuig eis nie, omdat hy ’n persoon was wat dit met die eienaar se toestemming bestuur het en sy aanspreeklikheid uitdruklik uitgesluit is (art. 21) (sien in die algemeen Klopper 2004:369, 351). ’n Jaar later het die eiseres se vordering teen die POF weer voor dieselfde regter gediën. Deur ooreenkoms is die meriete en kwantumvrae gebruiklikerwyse geskei en het regter Davis voortgegaan om die saak op meriete te besleg (246A).

Die hof het aanvaar dat die eiseres se gedrag presies dieselfde was as tydens die repetisieloope en dat sy nie afgewyk het van die bevel om ’n konstante snelheid van 70 km/h te handhaaf nie (249B). Onder die omstandighede is daar bevind dat daar geen sprake van bydraende nalatigheid aan haar kant was nie (249F). Die enigste blaamwaardige optrede was aan die kant van die bestuurder van die kameravoertuig, soos die hof kon aflei uit die omstandighede, byvoorbeeld dat hy nie van dieselfde punt weggetrek het as tydens die repetisieloope nie en verder versuim het om te bereken wanneer dit werklik veilig sou wees om die “hefboom op”-bevel aan die kameraman deur te gee (249C-E). Die hof het gevolglik ’n bevel uitgereik waarkragtens die POF 100% aanspreeklikheid opgedoen het vir die eiseres se skade (met inbegrip van haar reiskoste vanaf die Verenigde Koninkryk, asook die gelde van haar deskundige getuie en haar senior advokaat) (251D-F).

3. Kritiese evaluering

3.1 Inleiding

In hierdie bondige uitspraak het regter Davis spesiaal moeite gedoen om 'n feitlik akkurate en gedetailleerde weergawe van die agtergrond en gebeure te verskaf. Dit verklaar waarom vier en 'n half (245C–49G) oftewel 75% van die ses bladsye waaruit die uitspraak bestaan, aan suiwer feitelike kwessies gewy is. In die lig van die bestaande regspraak waaruit dit blyk hoe noukeurig die subjektiewe kennis van 'n benadeelde eiser wat met die verweer van *volenti non fit iniuria* gekonfronteer word, nagespeur moet word, was die afstaan van bloot 25% van die uitspraak (249G–51A, 251B–D) aan die *ratio decidendi* beslis nie ongeregverdig nie.

Die vereistes vir 'n geslaagde beroep op 'n deliktuele vordering is van oudsher af geëykte reg: Die eiser moet in die meerderheid gevalle die vyf elemente van die onregmatige daad wat die verweerder (of dié se werknemer of versekerde) na bewering teen hom of haar gepleeg het, beweer en bewys, te wete 'n handeling, onregmatigheid, skuld, nadeel (skade) en kousaliteit. Skuldlose deliktuele aanspreeklikheid word as 'n uitsonderingsgeval beskou (met hier en daar 'n afwykende mening ingevolge waarvan sodanige aanspreeklikheid nie as deliktueel nie, dog bv. as *ex variis causarum figuris* aangemerkt word – sien bv. Olivier 1965:63; Van der Merwe en Olivier 1989:486). In die onlangse verlede het ons Hoogste Hof van Appèl juis die aandag daarop gevestig hoe belangrik dit is dat deliktuele eisers nie nalaat om die fundamentele elemente van 'n deliktuele vordering (*in casu*-onregmatigheid) in hul pleitstukke te vermeld nie (*Stedall v Aspeling* 2018 2 SA 75 (HHA) 79B–E). In die lig hiervan kan daar geredelik aanvaar word dat die pleitstukke in die saak onder bespreking in hierdie opsig nie te kort geskiet het nie en dat die hof se versuim om punt vir punt op elk van die delikselemente in te gaan, verklaar kan word aan die hand van die feit dat die aanwesigheid van 'n handeling aan die kant van die bestuurder van die kameravoertuig, die eiser se nadeel, asook die feitelike en juridiese kousale verband tussen handeling en gevolg so voor die hand liggend was dat die hof geen nut daarin sou gesien het om in sy redes vir uitspraak tyd daaraan af te staan nie en in hoofsaak op die onregmatigheidselement en, in 'n veel mindere mate, op die skuldelement (nalatigheid) gekonsentreer het.

3.2 Die bydraende nalatigheidskwessie

Diegene wat vir hul delikteregstudie op die handboek van Van der Merwe en Olivier, en vir hul strafregstudie op die standaardwerk van Snyman staatgemaak het, sal dit vreemd vind dat die hof sy aandag eerste aan die verweer van bydraende nalatigheid geskenk het, omdat daardie outeurs die mening huldig dat 'n ondersoek na onregmatigheid noodwendig aan enige behandeling van nalatigheid as skuldvorm aan verweerderskant (en, by implikasie, bydraende skuld aan eiserskant) vooraf behoort te gaan (Van der Merwe en Olivier 1989:111; Snyman 2020:127). Logieserwys beteken dit dat indien daar geen onregmatigheid aan verweerderskant bevind sou word nie, byvoorbeeld omdat daar 'n suksesvolle beroep op die regverdigingsgrond van toestemming tot die risiko van benadeling was, die vraag na die verweerder se nalatigheid en die eiser se moontlike bydraende skuld nie eens te berde gebring hoef te word nie. Ingevolge meer onlangse regspraak is dit egter moontlik dat die ondersoek na nalatigheid die onregmatigheidskwessie vooraf kan gaan (sien bv. *Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1077 en daaropvolgende regspraak aangehaal deur Neethling en Potgieter 2020:156, vn. 10). In hierdie opsig volg die howe nou 'n pragmatiese benadering na aanleiding van die omstandighede van elke saak waarvoor daar beslis moet word (*Haweka Youth Camp v Byrne* 2010 6 SA 83 (HHA))

91F). Twee van die oorwegings rakende sodanige omstandighede is waar dit vir die hof gewoon logies sou voorkom om eers die nalatigheds- en bygevolg die bydraende nalatighedsvraag aan te spreek (*Mkhatswa v Minister of Defence* 2000 1 SA 1004 (HHA) 1111F), of waar dit bloot meer geleë is om eers die nalatighedskwessie aan te spreek (*Sea Harvest Corporation (Pty) Ltd v Duncan Dock Cold Storage (Pty) Ltd* 2000 1 SA 827 (HHA) 837G-838D; sien ook Neethling en Potgieter ble. 155–6 wat na die menings van verskeie outeurs in hierdie verband verwys). In die lig van die feit dat die hof weens die deeglike verslag van deskundiges daartoe in staat was om suiwer op die feite ’n maklike besluit oor die versekerde bestuurder se nalatigheid en die eiseres se gebrek aan bydraende nalatigheid te neem, wil dit voorkom of albei hierdie motiverings op hierdie geval van toepassing sou kon wees.

Soos pas vermeld, het die hof dit voldoende geag om die vraag na moontlike bydraende nalatigheid aan die eiseres se kant bloot aan die hand van deskundige getuienis te besleg. Namens die verweerder is aangevoer dat die eiseres te vinnig gery het – vinniger as tydens die vorige lopies – versuim het om behoorlik oplettend te wees, en derhalwe die ongeluk kon vermy het (248H). Luidens die deskundige getuies was dit op basis van hul wetenskaplike berekeninge betreffende die verskillende snelhede, asook die posisies en beweging van die voertuie, egter feitlik onmoontlik vir die eiseres gewees om in die omstandighede effektiewe voorkomende maatreëls te tref om ’n botsing met die kamera te vermy (248I, 249B). Nadat die hof daarop gewys het dat “a trial court is entitled, if not bound, to accept the matters agreed to by the experts, particularly when opinions have been expressed within their field of expertise” (248J-49A), met ’n beroep op die onlangse uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl in *Bee v Road Accident Fund* 2018 4 SA 366 (HHA) 386C (sien ook *Thomas v BD Sarens (Pty) Ltd* [2012] ZAGPJHC 161 parr. 9–11; *Malema v Road Accident Fund* [2017] ZAGPJHC 275 par. 92), word daar soos volg beslis: “On a conspectus of the evidence as set out earlier, I furthermore find that there is no room for finding contributory negligence on the part of the plaintiff” (249F).

’n Objektiewe evaluering van die feite bring aan die lig dat regter Davis hom sou laat lei het deur die normale regsreëls rakende die vasstelling van nalatigheid aan die kant van ’n deskundige, in hierdie geval ’n gesoute waagartieste met ondervinding in motorfietsry (“the reasonable female stunt rider”, 250G), te wete die beginsels voortspruitend uit die stelreël “*imperitia culpa adnumeratur*” (D 9.2.7.8, 9.2.8.1, 50.17.132; vgl. *Durr v Absa Bank Ltd* 1997 3 SA 448 (HHA) 462, 468). Ofskoon dié Latynse frase letterlik beteken dat onkunde aan nalatigheid gelykgestel word, is die ware rede waarom ’n deskundige se optrede aan die hand van ’n redelike-deskundige-toets beoordeel word, die feit dat iemand wat ’n aktiwiteit bedryf waarvoor daar besondere aanleg vereis word, weet of behoort te weet dat daar van hom of haar groter deskundigheid as van die deursnit- redelike persoon verwag sal word, wat daarop neerkom dat die maatstaf in sodanige geval die redelike deskundige sal wees (Neethling en Potgieter 2020:176; Van der Walt en Midgley 2016:283; Boberg 1984:346–7); hy of sy waarborg as ’t ware deskundigheid (“*spondet peritiam artis*”, Claassen 1977:115). Ofskoon die hof gebruiklikerwys daarvan gewag maak dat die kwessie van bydraende nalatigheid “calls for an objective enquiry as to conforming with the standard of the reasonable man (in this case the reasonable female stunt rider)” (250G), val dit nouliks te ontken dat hierdie redelike-deskundige-toets ’n subjektiewe element by die nalatigheidstoets inbring (Scott 1980: 161). Boberg (1984:347) parafraseer die effek hiervan soos volg: “This does introduce a subjective element, but only in one direction: the standard of acceptable (i.e. non-negligent) conduct is *raised*, but never *lowered*. And the personal characteristics of the actor remain irrelevant.”

3.3 Die onregmatigheidskwessie

Die leueaandeel van die kort *ratio decidendi* is aan die *volenti non fit iniuria*-regverdigingsgrond gewy, waarna die regter meestal as “voluntary assumption of risk” verwys (249G-51A). In die loop van sy uitspraak beklemtoon regter Davis dat die vraag na die aanwesigheid van die *volenti*-verweer *in casu* te make het met die eiser se subjektiewe gemoedstoestand, “albeit outwardly manifested through her actions”, in teenstelling met die toets vir bydraende nalatigheid wat aan die hand van die objektiewe redelike-persoon-maatstaf hanteer word (250G; vgl. Van der Walt en Midgley 2016:248).

Die hof vereenselwig hom met die huidige regsposisie soos weerspieël in *Durban City Council v SA Board Mills Ltd* 1961 3 SA 397 (A) rakende hierdie verweer, te wete dat dit van toepassing is slegs waar die beweerder se onregmatige handeling vierkantig binne die grense van die aanvaarde risiko tuisgebring kan word (250B). In die *Durban City Council*-saak verwys appèlregter Van Blerk (406H-7A) na die reeds vermelde uitspraak van hoofregter Innes in *Waring & Gillow Ltd v Sherborne* 340 waar die hof beklemtoon dat

like so many other maxims, the one under consideration [*volenti non fit iniuria*] needs to be employed cautiously and with circumspection ... the difficulty lies in the application of it – in deciding, in other words, under the circumstances of each particular case whether the injured man was *volens* to undertake the risk (344)

en vervolg (407A-B, my kursivering):

It is clear that for this defence to succeed it must be shown that respondent not only appreciated the magnitude of the risk which it is alleged to have assumed, but it must also have had a full appreciation of the *scope and nature* of the resultant invasion of its rights; otherwise it cannot be held to have waived any rights.

In die lig van regter Davis se beroep op hierdie uitspraak is dit te verstane waarom hy spesiaal moeite gedoen het om die gebeure waartydens die eiseres beseer is, soos volg in die fynste besonderhede te skets ten einde presies te bepaal of die omvang en aard van haar beserings gestrook het met die risiko wat sy vrywillig aanvaar het: Elke lid van die filmspan op die stel het ’n eie spesifieke taak gehad. Die eiseres se enigste opdrag was om teen ’n konstante snelheid met haar motorfiets in ’n reguit baan met die pad af te jaag. Insgelyks was die bestuurder van die kameravoertuig veronderstel om uit die teenoorgestelde rigting en aan die ander kant van die pad teen ’n laer konstante snelheid in ’n reguit lyn te ry en te sorg dat die kamera wat aan die meganiese arm gekoppel was, op ’n gegewe punt (wat gemerk was), of ten minste op ’n veilige en geskikte oomblik, bokant die eiseres opgelig sou word. Die hof beklemtoon dat sy tot geen verdere risiko as dit wat pas geskets is, toegestem het nie en dat sy verder onbewus was van die feit dat die regisseur ná die repetisielopie aan die bestuurder opdrag gegee het om tydens hul finale lopie die veiligheidsmarge kleiner te maak as tydens die repetisielopie. Sy is in geen stadium oor hierdie wysiging in veiligheidsmaatreëls geraadpleeg ten einde dit te oorweeg of daartoe in te stem nie (249H-J).

Uit die regspraak waarna die hof verwys, blyk dit hoe swaar die bewyslas is wat rus op die verweerder wat ’n beroep op hierdie regverdigingsgrond doen. In die *Durban City Council*-saak het ’n interessante feitestel voorgekom: ’n Vullishoop op die verweerder-munisipaliteit (appellant) se eiendom het as gevolg van selfontbranding ontvlam en die vuur het versprei na

die eiser (respondent) se naasliggende eiendom, waar stapels ontvlambare roumateriaal ook in vlamme opgegaan het. Namens die verweerder is daar in appèl aangevoer dat die eiser te alle tye ten volle daarvan bewus was dat die vullishoop op die naasliggende munisipale eiendom 'n brandgevaar ingehou het. Trouens, een van die eiser se werknemers het selfs getuig dat hulle die gevaar besef het, maar so 'n gebrek aan bergingsruimte gehad het dat hy geen ander keuse gehad het as om meer van hul materiaal op hul perseel te stoor nie; hy het dus doelbewus die risiko van 'n brand geloop omdat hy vertrou gehad in sy werkgewer se brandbestrydingsvoorsorgmaatreëls, maar veral omdat hy verwag het dat die munisipaliteit op sy perseel redelike voorsorg teen enige brand sou tref (406D-E). Die hof het uiteindelik bevind dat die eiser tot die brandrisiko toegestem het slegs in die veronderstelling dat die munisipaliteit sodanige stappe sou gedoen het: "The respondent, therefore, did not submit to the risk. Consequently the defence cannot succeed" (407C).

Van der Walt en Midgley (2016:247) betwyfel die grondslag van hierdie bevinding deur daarop te wys dat 'n risiko wat met die uitoefening van 'n reg gepaard gaan, nie die basis van 'n verweer van toestemming tot risiko van benadeling kan uitmaak nie: "The alternative of practically abandoning the exercise of a right in order to avoid a risk created by the defendant does not present the plaintiff with a real freedom of choice" (d.w.s. strydig met vereiste (c) wat onder afdeling 1 hier bo vermeld word). Volgens hierdie siening sou die *Durban City Council*-saak derhalwe nie as goeie gesag vir die uitspraak onder bespreking dien nie.

In die *Durban City Council*-uitspraak het die hof swaar gesteun op die ou uitspraak van *Waring & Gillow Ltd v Sherborne* waarin 'n beroep op die verweer ook misluk het in omstandighede waar daar *prima facie* tog wel 'n aanvaarding van die risiko deur die oorlede broodwinner van die eiseres was, maar nadere ontleding van die feite die teendeel bewys het. In daardie saak was die oorledene, 'n takelaar van beroep, oor die algemeen bewus daarvan dat hy hom aan gevaar blootgestel het tydens die verwydering van 'n hyskraan van 'n stellasië wat 'n paar verdiepings bokant die grond afgetakel moes word. Met 'n beroep op die uitspraak in *Smith v Baker & Sons* [1891] AC 325, 362 wat as die eerste Engelse uitspraak beskou word waarin die *volenti*-verweer in werkgewersaanspreeklikheidsgevalle beperk is (safetyphoto.co.uk/subsite/case%20q%20r%20s%20t/smith_v_baker_sons.htm (2022-03-12)) maak die hof die volgende uitlating (345) wat hoogs relevant is vir die saak onder bespreking, omdat soortgelyke omstandighede daar aanwesig was:

Now where a man voluntarily, deliberately, and with full knowledge continues in an employment to the very nature of which grave risks are incidental, it may be comparatively easy to come to a conclusion as to whether he consented to take the chance of these risks. But the difficulty of the inquiry is very much greater when the danger which affects him has been suddenly created or increased by the negligence of his employer, and is a danger not necessarily arising from the nature of his work.

Die hof was om verskeie redes glad nie bereid om bloot uit die gevaarlike aard van die oorledene se werk 'n afleiding van sy kennis van, berusting by en toestemming tot risiko van benadeling te maak nie: Daar is nie getuïenis voorgelê om aan te dui dat hy van die spesifieke gevaartoestand waaraan hy hom blootgestel het, bewus was nie; verder was dit waarskynlik dat die oorledene minder oplettend was omdat hy vertrou gehad het in die voorman wat verantwoordelik was vir die oprigting van die apparatuur waarmee die hyskraan verwyder moes word; en laastens het die oorledene se waarneming van die rustige gedrag van sy kollegas hom mislei oor die graad van gevaar waaraan hy hom blootgestel het (*ibid.*). In die lig hiervan

bevind die hof dat hy nie regsgeldig tot die risiko van benadeling toegestem het nie. Hierdie feitestel beklemtoon die belangrikheid van deeglike kruisondervraging namens die verweerder ten einde sekerheid te verkry oor elke moontlike faset van die eiser se toestemmingsgedrag.

Voorts verwys regter Davis na die uitspraak in *Kepko v Road Accident Fund* (1701/04) [2008] ZAKZHC 93 (21 Nov 2008) wat na sy mening merkwaardige ooreenstemming met die onderhawige geval vertoon. In daardie saak is die eiser beseer tydens 'n informele of pretmotorfietsresies ("fun run") op 'n plaaspad. Die roete was sirkelvormig en die deelnemers het antikloksgewys daarlangs gejaag. Die versekerde motorfietsryer het egter die pad byster geraak en op roekeloos-nalatige wyse weer op die pad probeer kom deur dit kloksgewys binne te jaag. In die proses het hy oor 'n blinde hoogte gery en soos 'n "idiot" (par. 11) teen die verbaasde eiser vasgejaag wat 25 meter voor hom opgedoem het. Laasgenoemde het geen kans gehad het om die trompop botsing te vermy nie (parr. 2–6). Op die getuienis gebaseer het die hof verklaar dat daar geen nalatigheid aan die eiser se kant was nie, maar die verweerder 100% nalatig bevind (parr. 7, 11). Daar is namens die verweerder aangevoer dat die *volenti*-verweer behoort te slaag weens die inherente gevaar verbonde aan motorfietsry (parr. 14–5). Nadat regter Nicholson klem gelê het op die bekende vereistes van "knowledge, appreciation and consent" (par. 16), verskaf hy 'n besonder insiggewende oorsig oor Engelse, Amerikaanse en Australiese regspraak in hierdie verband (parr. 20–32), waarvolgens dit duidelik blyk dat die bepaling van voldoende toestemming in 'n bepaalde geval 'n suiwer feite-aangeleentheid is waarvoor die beoordelaar die fynste besonderhede in ag moet neem. In die lig van die feite vel die hof uiteindelik die volgende beslissing (par. 39):

For competitors vying with each other on a course proceeding in one direction to have a motor cyclist enter from the opposite direction would not only elicit total surprise but constitute a grave danger to their personal safety. In the premises the defence of *volenti* does not avail the defendant.

Ofskoon die hof ingevolge die beginsels van *stare decisis* nie aan die *Kepko*-uitspraak gebonde was nie, heg regter Davis opsigtelik veel waarde daaraan weens die feit dat die feite so nou ooreengestem het met dié in die onderhawige saak:

So, too, the plaintiff in the present case accepted the mishaps which might happen in the normal course if everyone did his job. She did not consent to an insured driver not doing his job, not starting from where he should have started, not making any proper calculations, not adhering to his 'job' and lastly, by decreasing the safety margin without telling her. She assumed that the incident would be a repeat of their rehearsal run when, clearly, it was not. (250D-E)

Die hof het *ex abundanti cautela* verder gegaan en dit as 't ware "ingevryf" dat ons howe die verweer van toestemming tot risiko van benadeling deurgaans met groot versigtigheid en omsigtigheid toepas. Hiervoor is daar gesteun op *Santam Insurance Co v Vorster* 778F-9E (tereg deur Boberg 1984:768, Loubser en Midgley 2017:209 en Fagan 2019:249 bestempel as ons belangrikste gewysde oor die *volenti*-verweer), en ten opsigte waarvan Van der Walt en Midgley (2016:246) die mening huldig dat "the Appellate Division applied a particularly stringent criterion to establish knowledge on the part of the plaintiff" (vgl. Boberg 1984:768–71 se bespreking, met verwysings na talle skrywers wat kritiek teen hierdie uitspraak uitspreek). In daardie saak was die eiser 'n passasier in een van twee motors wat aan 'n informele uitdaagwedren ("dicing") deelgeneem het. Toe die bestuurder van die motor waarin

die eiser was, die ander om 'n skerp draai probeer verbygaan, het hy beheer verloor omdat die ander voertuig hom liggies geraak het; sy motor het die pad verlaat en omgeslaan, met die gevolg dat die eiser-passasier ernstig beseer is. Namens die verweerder (derdepartyversekeraar van die twee bestuurders) is aangevoer dat toestemming aan die eiser se kant om deel te wees van die wedren neergekom het op aanvaarding van die risiko van die tipe skade wat hy gely het. Na die hof se oordeel was dié argument egter te breed gestel: Volgens hoofregter Ogilvie Thomson moes die eiser die presiese aard van die ongeluk voorsien het, te wete dat daar deur die nalatigheid van die twee bestuurders 'n ongeluk op die draai sou kon plaasvind; hierdie moontlikheid kan as die “particular risk” tipeer word waarna Loubser en Midgley (2017:210) in hul akkurate samevatting van hierdie geval verwys:

Based on the relevant facts, courts must determine what the inherent risks of the particular hazardous activity were and whether the risk that culminated in the harm fell within the ambit of these risks. Therefore, the essential question is whether the plaintiff must have foreseen the particular risk that culminated in the harm as part of the inherent risks of the activity and should therefore be held to have consented to these risks.

Die hof het weliswaar toegegee dat hierdie 'n grensgeval was, maar tot die gevolgtrekking geraak dat die verweerder op die nippertjie nie daarin geslaag het om sy bewyslas te kwyt nie (783F). Nieteenstaande die wye kritiek dat die hof 'n onrealistiese bewyslas op die verweerder geplaas het, moet mens in gedagte hou dat hierdie 'n beslissing van die destydse appèlafdeling van die Hooggeregshof was en sedertdien nog nooit in die regspraak *per incuriam* bevind is nie. Ingevolge die streng reëls van ons presedenteleer bly dit derhalwe steeds goeie gesag.

Die laaste gewysde oor toestemming tot risiko van benadeling waarna regter Davis verwys, was die bekende ouer saak van *Lampert v Hefer NO* waarin die vereiste van volle kennis aan eiserskant beklemtoon is. In hierdie geval is die eiseres, 'n passasier in die syspan van 'n motorfiets, beseer toe die besope bestuurder op onagsame wyse die pad verlaat en, met noodlottige gevolg vir hom, in 'n boom vasgery het. Sy was vooraf ten volle daarvan bewus dat die bestuurder erg besope was, maar was bereid om 'n kans te waag, omdat sy by vorige geleenthede met hom onderweg was terwyl hy in dieselfde toestand was, maar geen ongeluk gemaak het nie. Albei appèlregters wat uitsprake gelewer het (Schreiner en Fagan) het dit beklemtoon dat sy vooraf volle begrip gehad het van die risiko waaraan sy haar blootgestel het en derhalwe, met inagneming van die ander vereistes, regsgeldig toegestem het tot die risiko van benadeling (509D, 514G). In die *Jackson*-geval tans onder bespreking was dit vir die hof duidelik (250I) dat die eiseres nie die moontlikheid voorsien het dat die bestuurder van die kameravoertuig se gedrag van dié van 'n redelike persoon in sy posisie sou afgewyk het nie:

She, as a stunt rider on a movie set, assumed, as she was entitled to do, that others, such as the insured driver, would take reasonable precautions against injuring her, particularly when dangling a camera outside a vehicle on the “freedom arm”.

Indien dié uitlating 'n blote poging was tot ontleding van die feite om haar subjektiewe gemoedstoestand uit te druk, is daar uiteraard geen fout mee te vind nie. Ongelukkig verwys regter Davis hiervoor as gesag na die uitspraak in *Herschel v Mrupe* 1955 2 SA 507 (A) wat wye aanvaarding geniet as gesag vir 'n ondersoek na nalatigheid (sien veral 471A-G). Dit gaan in hierdie geval allermins oor die eiseres se nalatigheid (waarvoor die objektiewe *diligens paterfamilias*-toets geld), maar oor haar subjektiewe gemoedstoestand. Hierdie enigsins rare

verwysing doen egter nie afbreuk aan die hof se uiteindelijke bevinding rakende die eiseres se subjektiewe gemoedstoestand nie.

Sommige skrywers is van oordeel dat die *Lampert*-beslissing foutief is omdat dit *contra bonos mores* sou wees om in daardie omstandighede tot sodanige risiko toe te stem (Van der Merwe en Olivier 1989:170; Neethling en Potgieter 2020:210; Loubser en Midgley 2017:208; Burchell 1993:72; Ahmed 2011:59). Met hierdie kritiek kan akkoord gegaan word, mits dit seker, of bykans seker sou wees dat die bestuurder se onvermoë weens dronkenskap tot die eiseres se benadeling bygedra het. In die onderhawige geval is daar egter aangetoon dat sy vantevore dikwels op dieselfde wyse met die oorlede bestuurder saamgery het sonder enige kwade gevolge. Verder het die hof daarop gewys dat die graad van waarneembare dronkenskap van die bestuurder ook 'n belangrike rol speel by bepaling van die toelaatbaarheid van hierdie verweer (509D, 514B-C). Om hierdie tipe toestemming nou somer blindweg as ontoelaatbaar te diskwalifiseer omdat dit kwansuis teen die openbare orde sou indruis, is ongeregverdig, omdat dit as 'n totale veralgemening werklikheidsvreemd is: Sou alle gevalle van toestemming waar die dader enigszins vooraf alkohol gebruik het, *contra bonos mores* wees? 'n Oomblik se nadenke noop mens tot die gevolgtrekking dat dit nie die geval kan wees nie. Dit is kennelik die rede waarom die hof *in casu* klem daarop gelê het dat die eiseres reeds by verskeie vorige geleenthede ongedeerd afgekom het van soortgelyke syspanritte en verder ook daarop gewys het dat die manifesteerbare graad van die bestuurder se dronkenskap 'n belangrike oorweging behoort te wees. Outeurs wat bloot aanvaar dat die eiser se gedrag in 'n soortgelyke geval altyd *contra bonos mores* sal wees omdat dit “no redeeming social value” het nie, slaan ook die bal mis: Lampert het ooglopend laatnag behoefte aan 'n rygeleentheid gehad, wat 'n rasonale en aanvaarbare rede daargestel het vir haar optrede in die lig van haar vorige ondervindings met die bestuurder. (Dit is noemenswaardig dat Millner 1955:233–7, McKerron 1955:149, 1971:68, asook Van der Walt en Midgley 2016:243–8 geen soortgelyke beswaar teen hierdie uitspraak opper nie.)

In al die bovermelde beslissings wat in regter Davis se *ratio decidendi* voorkom, met die uitsondering van die *Lampert*-saak, het die verweerder se beroep op die *volenti*-verweer misluk. Sy verwysing na laasgenoemde beslissing was uiteraard daarop gemik om te beklemtoon hoeveel nadruk ons hoë op 'n behoorlike interpretasie van die “knowledge”-vereiste plaas. Vreemd genoeg is die eerste saak waarna hy verwys, een is waarin die verweer wel geslaag het. Die verwysing was egter vir 'n bepaalde doel, naamlik om die eiseres se gedrag in die geval onder bespreking te kontrasteer met dié van die eiser in daardie geval, te wete *Oosthuizen v London and Lancashire Insurance Co Ltd* 1956 2 SA 319 (K). Daar het Oosthuizen, doelgerig en ten volle bewus van die onverskillige gedrag van die bestuurder van 'n trekker, die sleepwa wat aan die trekker gekoppel was, bestyg. Die hof het bevind dat die eiser regsgeldige toestemming verleen het tot die risiko wat uiteindelik verwesenlik is toe hy van die sleepwa afgespring het net voordat beide trekker en sleepwa as gevolg van die bestuurder se nalatige optrede omgeslaan het. In hierdie saak het die hof sy beslissing ook suiwer gegrond op sy ontleding van die feite, waarvan die belangrikste die volgende was: Net nadat die eiser die eienaar van die trekker en sleepwa se aandag op die swak bestuursvermoë van die bestuurder gevestig het, het die eienaar hom meegedeel dat hy liefs nie verder op die sleepwa moet ry nie, maar indien hy dit sou verkies, hy dit op eie risiko kon doen. Die hof het die feit dat die eiser niesteenstaande die eienaar se uitdruklike waarskuwing tog weer die sleepwa bestyg het, as voldoende toestemming tot risiko van sy eie benadeling aanvaar (322H).

4. Gevolgtrekking

Daar kan ten volle akkoord gegaan word met regter Davis se beslissing. Ofskoon dit nie 'n merkwaardige uitspraak is in die sin dat dit bydra tot verdere regsontwikkeling nie, verskaf dit 'n bruikbare voorbeeld van die wyse waarop daar te werk gegaan moet word om die grense van die regverdigingsgrond van toestemming tot die risiko van benadeling vas te stel. Die feit dat die eiseres 'n waagartiester was wat haar willens en wetens aan buitengewone gevaarstoestand blootgestel het, sou normaalweg 'n snelle *prima facie*-oordeel ondersteun dat sy wel regsgeldig die risiko van benadeling aanvaar het en haar ten volle met alle gevolge van die verwesenliking daarvan versoen het, en die *volenti*-verweer sou gevolglik met sukses teen haar opgewerp sou kon gewees het. Die hof se beklemtoning van die feit dat 'n beslissing in die onderhawige tipe geval besonder feitesensitief is, veral waar dit gaan om die vasstelling van die subjektiewe gemoedstoestand van die eiser tydens haar beweerde toestemmings-handeling, dien as waarskuwing dat veral die verweerder se regsvertegenwoordiger, deur middel van effektiewe kruisondervraging van die eiser, laasgenoemde se gedrag in die fynste besonderhede sal moet uitpluis ten einde 'n akkurate beeld te bekom van sy of haar gemoedstoestand op die relevante tydstip.

Ons regspraak wemel van uitsprake waarin die *volenti*-verweer opgewerp is. Veral op die gebied van sportbeserings en benadeling weens mediese behandeling is daar interessante gevalle wat in die lig van die omvang van hierdie bespreking nie onder die loep geneem is nie. Daar is gekonsentreer op die gesag wat regter Davis aangehaal het wat 'n goeie weergawe bied van die huidige stand van ons reg in hierdie verband.

In vele van ons uitsprake oor die regverdigingsgrond van toestemming tot risiko van benadeling vind mens verwysings na Engelse gesag. Vanaf hoofregter Innes se uitspraak in 1904 in die *Waring & Gillow*-saak tot regter Nicholson se 2008-uitspraak in die *Kepko*-saak (parr. 20–32) blyk hierdie neiging duidelik. Daar is al deur Macintosh en Norman-Scoble (1970:55) spesifiek daarop gewys dat hierdie tipe regsvergelijkende praktyk te verstane is indien ag geslaan word op die werke van gemeenregtelike skrywers soos die Humaniste Dionysius Gothofredus (*Corpus iuris civilis n ad D 43.29.3.5*) en Johannes Wissenbach (*Exercitationum ad 50 Pandectarum libros ad D 47.10.1.5*), die Nederlander Antonius Matthaeus II (*De criminibus, ad libros 47 et 48 Digestorum commentaries Prol. 3.3*), die Duitse Kameralis Andreas Gaill (*Practicarum observationum, tam ad processum judiciarum quam causarum decisions pertinentum, libri duo 2.39.18, 84.1*), die kanonikus Petrus Peckius (*Commentarius ad regulas juris canonici* vele tekste) en die Fries Ulrich Huber (*Praelectiones iuris civilis 4.4*) wat hulle bepaald oor die Kanoniekregtelike herkoms van die *volenti*-verweer uitgelaat het:

Our courts ... have so far been content to follow English case law; which, probably because the Chancellors were canon lawyers, appears accurately to embody the effect of the Roman and civil authorities. Nevertheless, a reference to those authorities may still prove useful on occasion.

Dit is interessant dat daar in Strauss se hoogaangeskrewe proefskrif (1961:369 e.v.) in sy uitgebreide bespreking van die Romeins-Hollandse bronne, met die uitsondering van Matthaeus II, geen melding van enige van hierdie tekste gemaak word nie. Die rede is heel waarskynlik dat hy die vroeëre siening wat algemeen hier te lande gegeld het, gevolg het waarvolgens Romeins-Hollandse reg beskou is as die reg van die provinsie Holland wat in 1652 deur Van Riebeeck aan die Kaap ingevoer is (soos o.a. verkondig deur Van den Heever

AR in *Tjollo Ateljees (Edms) Bpk v Small* 1949 1 SA 856 (A) 865–6). Vandag word meer geredelik aanvaar dat ons gemenerereg die Europese *ius civile* is wat deur die resepsie van die Romeinse reg oor die hele Europa gegeld het en steeds tot die tydperk van kodifikasies ontwikkel het (sien bv. Van Zyl 1979: 491 e.v.; Kleyn, Viljoen, Zitzke en Madi 2018:113–4).

Dit is veelseggend dat Deakin, Johnston en Markesinis (2013:764–65) in hul vooraanstaande handboek oor die Engelse “tort law” steeds met goedkeuring verwys na die uitspraak in “the great case of *Smith v Charles Baker & Sons*” (waaruit die Transvaalse hof in die *Waring & Gillow*-saak waardevolle leiding ontvang het en ekstensief daaruit aangehaal het). Veral die volgende gedeelte van lord Watson se uitspraak is na hul mening vandag steeds in Engeland toepaslik en dit strook ook met die beslissing van regter Davis in die saak onder bespreking:

When, as is commonly the case, his [die beseerde werknemer se] acceptance or non-acceptance of the risk is left to implication, the workman cannot reasonably be held to have undertaken it unless he knew of its existence and appreciated or had the means of appreciating its danger. But assuming that he did so, I am unable to accede to the suggestion that the mere fact of his continuing his work, with such knowledge and appreciation, will in every case necessarily imply his acceptance. *Whether it will have that effect or not depends, in my opinion, to a considerable extent upon the nature of the risk, and the workman's connection with it, as well as upon other considerations which must vary according to the circumstances of each case.* (*Smith v Charles Baker & Sons* 355, my kursivering)

Bibliografie

Ahmed, R. 2011. *Contributory intent as a defence limiting or excluding delictual liability*. LLM-verhandeling. Universiteit van Suid-Afrika.

Boberg, P.Q.R. 1984. *The law of delict volume I: Aquilian liability*. Kaapstad: Juta.

Burchell, J. 1993. *Principles of delict*. Kaapstad: Juta.

Claassen, C.J. 1977. *Dictionary of legal words and phrases*. Vol. 4 (Res-Z). Durban: Butterworth.

Deakin, S., A. Johnston en B. Markesinis. 2013. *Markesinis and Deakin's tort law*. 7de uitgawe. Oxford: Oxford University Press.

Fagan, A. 2019. *Aquilian liability in the South African law of delict*. Kaapstad: Juta.

Gauntlett, J. 1974. Vonnisbespreking: *Santam Insurance Co Ltd v Vorster*. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 37(2):195–200.

Kleyn, D., F. Viljoen, E. Zitzke en P. Madi. 2018. *Beginner's guide to law students*. 5de uitgawe. Kaapstad: Juta.

- Klopper, H.B. 2004. *Case book on third party compensation*. Durban: LexisNexis Butterworths.
- Loubser, M. en R. Midgley (reds.). 2017. *The law of delict in South Africa*. 3de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.
- Macintosh, J.C. en C. Norman-Scoble. 1970. *Negligence in delict*. 5de uitgawe. Kaapstad: Juta.
- McKerron, R.G. 1955. Voluntary assumption of risk. *Annual survey of South African law*: 149–50.
- . 1970. *The law of delict*. 7de uitgawe. Kaapstad: Juta.
- Millner, M.A. 1955. Voluntary assumption of risk. *South African Law Journal*, 72(3):233–7.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2020. *Law of delict*. 8ste uitgawe. Johannesburg, Kaapstad, Durban: LexisNexis.
- Olivier, P.J.J. 1965. Enkele verdere beskouings oor deliktuele en verrykingsaanspreeklikheid. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 28(1):56–65.
- Scott, T.J. 1980. Die reël *imperitia culpa adnumeratur* as grondslag vir die nalatigheidstoets vir deskundiges in die deliktereg. *Petere fontes: L.C. Steyn Gedenkbundel*, 124–62. Pretoria: Vereniging Hugo de Groot.
- Scott, W.E. 1976. Enkele opmerkings oor volenti non fit iniuria as 'n regverdigingsgrond in die privaatreë. *De Jure*, 2:218–36.
- Snyman, C.R. 2020. *Snyman's criminal law*. 7de uitgawe (bygewerk deur S.V. Hoorntje). Durban: LexisNexis.
- Strauss, S.A. 1961. Toestemming tot benadeling as verweer in die strafreg en die deliktereg. LLD-proefskrif. Universiteit van Suid-Afrika.
- Van der Merwe, N.J. en P.J.J. Olivier. 1989. *Die onregmatige daad in die Suid-Afrikaanse reg*. 6de uitgawe. Pretoria: Van der Walt.
- Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2016. Delict. *The Law of South Africa*. Vol. 15. 3de uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Van Zyl, D.H. 1979. *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg*. Durban: Butterworth.