

# Vonnisbespreking: Deliktuele aanspreeklikheid vir beserings veroorsaak deur 'n gevange wilde beer *Hanger v Regal* 2015 3 SA 115 (FB); *Hanger v Regal* 2015-03-27 FSHC 63; *Hanger v Regal* 2022-03-11 saakno. A77/2015 (FSC) 190

Johann Neethling

---

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat

---

## *Abstract*

### **Delictual liability for injuries caused by a captive wild bear**

The plaintiff was bitten by a captive wild bear while visiting the bear's cage. In the trial court she claimed damages from the owners of the bear based on the *actio de feris* and the *actio legis Aquiliae* but absolution from the instance was granted. She then applied for permission to appeal against this decision, which was granted, and the full bench of the High Court thereupon dismissed the decision of the trial court.

The plaintiff initially relied on the *actio de feris* to impose strict liability on the owners of the bear for bringing it to a place where members of the public have access (cf. *Van der Westhuizen v Burger* 2018 2 SA 87 (SCA) par. 3). Two defences may be raised against the action, viz. negligence on the part of, and voluntary assumption of risk by, the plaintiff. The trial court by implication accepted the defences, as the plaintiff did not provide any evidence to the contrary, and dismissed the claim. However, on appeal the court found that the plaintiff had not voluntarily assumed the risk of injury by the bear, but declined to make a final determination regarding the question whether the plaintiff had acted negligently as it merely had to apply the test for absolution from the instance. When the court *a quo* has to make this final determination and finds that the plaintiff had not been negligent, the *actio de feris* may perhaps have succeeded if the plaintiff had provided for it in her particulars of claim.

The plaintiff did not rely on the *actio de feris* in the next two cases, so all three cases considered the defendants' liability on the basis of the *actio legis Aquiliae* where the issue of their negligence

was of primary significance. The trial court held that the defendants had not acted negligently. But the subsequent cases did not agree. According to them the defendants were negligent in allowing members of the public, and the plaintiff in particular, to come and be in close proximity to the bear's cage in circumstances in which they had failed to take adequate, reasonable and necessary steps to protect her against the bear. The full bench held that the plaintiff had made out a *prima facie* case to which the defendants had to respond, failing which the plaintiff may succeed in her action, and dismissed the decision of the trial court to grant absolution from the instance. However, this was not necessarily the end of the matter, as it was not this court's task to make a final determination regarding the question whether the defendants had in fact acted negligently and/or whether the plaintiff herself (also) had acted negligently. This would be the task of the court *a quo*. The decision of the full bench can be supported.

**Keywords:** absolution from the instance; *actio de feris*; *actio legis Aquiliae*; contributory negligence; negligence; strict liability; voluntary assumption of risk

**Trefwoorde:** absolusie van die instansie; *actio de feris*; *actio legis Aquiliae*; bydraende nalatigheid; nalatigheid; strikte aanspreeklikheid; vrywillige aanvaarding van risiko

## 1. Inleiding

Die doel van hierdie bydrae is om die onderhawige drietal sake met feitestelle wat hulle in die moontlike oorvleuelingsgebied van die *actio* of *edictum de feris* (die deliksremedie wat direk by wilde diere betrek word) en die tradisionele, skuldgebaseerde deliksremedies (die Aquiliese aksie, *actio iniuriarum* en die aksie weens pyn en lyding) plaas, krities van nader te bekyk.

Ingevolge 'n edik van die *aediles curules* was dit in die Romeinse reg verbode om 'n wilde dier op of naby 'n openbare pad te bring of 'n plek waar die publiek toegang het. Indien die verbod oortree word en die dier iemand skade berokken, is die oortreder (wat nie noodwendig die eienaar hoef te gewees het nie) in beginsel vir die skade aanspreeklik gehou (sien hieroor Van der Merwe 1970:140 e.v.; Van der Merwe en Olivier 1989:498; Van der Walt en Midgley 2016:49; Neethling en Potgieter 2020:439). Aanspreeklikheid is nie gebaseer op die skuld van die persoon wat in beheer van die dier is nie, maar is oënskynlik strik (Van der Merwe 1970:144). Daar was onsekerheid of die *actio de feris* deel van ons reg is (*O'Callaghan v Chaplin* 1927 AD 310, {TA \s "O'Callaghan v Chaplin 1927 AD 310" \c 1} 325, 330. 367; sien nietemin *Le Roux v Fick* (1879) 9 Buch 29 {TA \s "Le Roux v Fick 1879 9 Buch 29" \c 1} vgl. verder Van der Merwe 1970:157–60; Scott 2018:510–4). Hierdie onsekerheid is klaarblyklik uit die weg geruim deur die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl in *Van der Westhuizen v Burger* 2018 2 SA 87 (HHA) (sien egter Scott 2018:510 e.v. vir 'n deeglike kritiese bespreking van die saak).

Die *Van der Westhuizen*-beslissing verg nadere beskouing. Hier het die eiser sy hakskeen beseer toe hy van 'n wilde volstruis weggevlug het. Appèlregter Swain (par. 3), wat die uitspraak van die hof gelewer het, aanvaar bloot dat die aksie deel van ons reg is en verklaar:

The cause of action pleaded by the respondent was the *actio de feris* in terms of which the bringing of wild or dangerous animals on or into a public place, or a place to which

members of the public have access, was prohibited. The cause of action is based upon ownership and strict liability is imposed upon the owner of the animal, for the consequences of the animal's behaviour. The victim is accordingly absolved from alleging and proving negligence on the part of the owner, which is presumed.

Appèlregter Ponnan (parr. 24 e.v.) wat met die slotsom van regter Swain se uitspraak saamgestem het, het nietemin in sy minderheidsuitspraak probeer om te bepaal of die *actio de feris* deel van ons reg is, maar afgesien van 'n finale besluit daaroor, hoofsaaklik omdat sy beslissing dat die bydraende skuld van die verweerder 'n volkome verweer daarstel, sodanige besluit onnodig sou maak (sien Scott 2018:521–5).

Scott 2018:516–8 opper twee besware teen appèlregter Swain se diktum. Eerstens is hy van oordeel dat die bewering dat aanspreeklikheid op eienaarskap gebaseer is, nie ten volle deur die bronne van ons reg bevestig word nie. Omdat die bestaande regsposisie glad nie so duidelik is nie, bevraagteken hy tweedens ook die regter se stelling dat aanspreeklikheid strik is en dat skuld (nalatigheid) aan die kant van die eienaar dus nie vereis word nie, maar bloot vermoed word. Alhoewel Scott gelyk gegee moet word dat regter Swain se diktum vatbaar vir kritiek is, is daar tog regverdiging vir die regter se siening in die lig van die vereistes van die huidige twee ander diere-aksies in ons reg, te wete die *actio de pauperie* en die *actio de pastu*, wat albei op eienaarskap en skuldlose aanspreeklikheid gebaseer is. Die eienaar word regtens as uitgangspunt verantwoordelik gehou vir die risiko dat sy of haar dier skade kan aanrig. Dit behoort soveel te meer ook die uitgangspunt ten aansien van wilde diere by die *actio de feris* te wees. Van der Merwe (1970:285) verduidelik waarom aanspreeklikheid vir skade wat deur diere veroorsaak word, aan eienaarskap geknoop word:

In werklikheid word die aanspreeklikheid juridies fundeer op 'n *gedraging* van die eienaar. Sy *gedraging* bestaan daarin dat hy die dier as eienaar hou, of, negatief gestel, dat hy versuim om as eienaar die dier onskadelik te maak of daarvan ontslae te raak. Deur die dier te hou, skeep hy in eie belang 'n risiko van benadeling vir die gemeenskap. Daarom móét hy ook instaan vir die skade indien die risiko materialiseer.

Hierbenewens word skuldlose of strikte aanspreeklikheid by die *actio de feris* deur die risiko- of gevaarteorie geregverdig (sien hieroor Van der Walt 1974:192 e.v.; Van der Walt 1968:54–6; Van der Merwe 1970:284; Neethling en Potgieter 2020:433–4). Met hierdie teorie word bedoel dat waar 'n persoon se aktiwiteite 'n aansienlike verhoging van die risiko of gevaar van benadeling – oftewel 'n verhoogde benadelingspotensiaal – meebring, daar genoegsame regverdiging bestaan om hom selfs in die afwesigheid van skuld vir skadeveroorsaking aanspreeklik te stel. Daar kan geen twyfel bestaan nie dat die aanhou van wilde diere deur die eienaar sodanige potensiaal skeep en dat die eienaar daarom skuldloos aanspreeklik behoort te wees (Van der Merwe 1970:144, 284).

Die aanspreeklikheid van die eienaar ingevolge die *actio de feris* is uiteraard nie absoluut nie. Dit kom voor of die nalatigheid van of provokasie deur die benadeelde as verweere erken word (sien *Van der Westhuizen* parr. 20, 36–7 (hier het die verweer van provokasie geslaag waar die benadeelde die volstruis geprovokeer het om hom te bestorm deur dit met 'n klip te gooi); Van der Walt en Midgley 2016:49; vgl. Scott 2018:519–20, 525 vir 'n kritiese bespreking).

Regsvergelykend is daar 'n hele aantal jurisdiksies wat ook strikte aanspreeklikheid deur en deur (of dan deur 'n vermoede van skuld) ten aansien van skade veroorsaak deur wilde diere erken (sien hieroor Koch en Koziol 2002:396–8, veral vn. 9).

Daar moet in gedagte gehou word dat waar die skade wat die wilde dier veroorsaak het, buite die toepassingsgebied van die *actio de feris* val, die benadeelde sy eis vir vergoeding steeds op een (of meer) van die gewone deliksaksies (Aquiliese aksie, *actio iniuriarum* of aksie weens pyn en lyding) kan baseer mits aan hul vereistes voldoen word. Hier is veral die vereiste van skuld (opset of nalatigheid) aan die kant van die verweerder (die eienaar of die persoon in beheer van die dier) van besondere betekenis (vgl. in die algemeen McKerron 1971:256–8; Van der Merwe en Olivier 1989:498 vn. 91; Knobel 2010:172–5; Neethling en Potgieter 2020:440 vn. 75). Teen hierdie agtergrond kan die *Hanger*-beslissings (aangedui as *Hanger* (1), (2) en (3)) van nader bekyk word.

## 2. *Hanger*-beslissings

### 2.1 *Feite*

Die eiseres (H) het die verweerders (R1 en R2) aangespreek vir skadevergoeding weens beserings aan haar laer regterarm en -hand (onder andere die verlies van een vinger en 'n deel van 'n ander) wat veroorsaak is deur 'n Himalaja- (of kraag-) beer tydens haar besoek aan die verweerders se plaas. Die beer is in 'n hok aangehou wat deur jakkalsdigte draad omring is. Op pad na die beer se hok het een verweerder (voortaan R2) gemeld dat die beer mak is, maar dat H versigtig moet wees omdat hy steeds 'n gevaarlike dier is. Die beer het teen die heining gesit en nie aggressief voorgekom nie. H het navraag gedoen oor die beer se dieet, waarop R2 geantwoord het dat hy vrugte en groente gevoer word en dat dit tyd is om hom 'n vrug te gee. R2 het toe 'n perske gaan haal en H versoek om die perske in haar hand te hou en dit aan die beer te gee. Dit het sy gedoen sonder om haar hand deur die heining te druk en die beer het die perske met sy bek gevat en gevreet. H het aanvanklik beweer dat die beer sy bek deur die draad gedruk, haar hand beetgekry en dit toe saam met haar arm deur die draad getrek het. Volgens haar was die draadheining onvoldoende om te verhinder dat die beer besoekers kan beseer, en daarom onveilig. Later, terwyl sy vir 'n foto poseer het, het sy egter toegegee dat sy haar vingers teen die heining gedruk het wel wetende dat die beer gevaarlik is omdat sy uitdruklik gewaarsku is op pad na sy hok. Dit het ook geblyk dat die verweerders die nodige permitte gehad het om die beer aan te hou en dat die betrokke toesighoudende bewaringsamptenaar, niteenstaande herhaalde inspeksies van die beer se hok, nooit gewaarsku het dat die hok onveilig is nie.

### 2.2 *Hanger* (1)

In hierdie saak (sien vir 'n bespreking ook Neethling en Potgieter 2015:838–40) het die verweerders aansoek gedoen om absolusie van die instansie of afwysing van H se eis. H het aanvanklik op die *actio de feris* staatgemaak om die verweerders strik of skuldloos aanspreeklik te stel om sodoende die noodigheid te ontduik om nalatigheid aan hul kant te bewys. Waarnemende regter Murray (par. 3) wys egter daarop dat dit onduidelik is of hierdie aksie steeds deel van ons reg is. Sy verwys nietemin onder andere na *Bristow v Lycett* 1971 4 SA 223 (RA) waar beslis is dat by wilde diere nalatigheid aan die kant van die eienaar van die dier

vermoed word, wat dit dan vir die eiser onnodig maak om nalatigheid te pleit of te bewys. Hierdie beslissing steun volgens H haar aanspraak dat die verweerders strik aanspreeklik is. Volgens die regter (par. 5) blyk dit egter duidelik uit die beslissings in *Bristow* 233 en *Klem v Boshoff* 1931 CPD 188 dat “the owner of the wild animal is not liable if the complainant either provoked the attack or by her negligence contributed to her own injury”. Alhoewel dit verwerre is wat die verweerders normaalweg sou moes opper en bewys, is dit hier nie die geval nie. Regter Murray (par. 6) verduidelik:

[O]n the plaintiff’s own version *in casu* it is clear that she was negligent and by her own negligence either caused or contributed to her injuries, and/or that she voluntarily accepted the risk of injury ... And once that is the case, the plaintiff cannot rely on strict liability, but needs to rely on the *lex Aquilia* and prove the grounds for negligence averred in its particulars of claim.

H het dus die onus om te bewys dat die redelike persoon in die posisie van die verweerders die redelike moontlikheid sou voorsien het dat hul optrede ’n ander persoon kan benadeel, redelike stappe sou gedoen het om die benadeling te voorkom, en nagelaat het om dit te doen (par. 13). Hierdie is natuurlik ’n weergawe van die gesaghebbende formulering van die nalatigheidstoets in *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430.

Na ’n oorsig van die getuienis (parr. 14–27) beslis die hof (parr. 28–9) dat H nie daarin geslaag het om te bewys dat die verweerders nalatig gehandel het nie. Volgens regter Murray was daar geen getuienis dat hulle die beer onregmatig aangehou het nie; of dat die hok nie voldoen het aan statutêre vereistes nie; of dat die insident sou gebeur het as H nie net aan die heining geraak het nie, maar ook haar vingers deur die draad gedruk het; of dat die hok onveilig was omdat die beer haar deur die heining kon gebyt het; of dat waarskuwingstekens haar daarvan sou weerhou het om haar vingers deur die heining te druk; of dat die grootte van die hok die insident veroorsaak het; of dat die beer probeer het om die heining af te breek; of dat die verweerders redelikerwys moes voorsien het dat ’n volwasse persoon wat gesê het dat sy diere ken en geweet het dat die beer gevaarlik is nadat sy oor die gevaar gewaarsku is, haar vingers in die beer se hok sou druk terwyl sy baie naby aan die hok gesit het en haar vingers maklik binne bereik van die beer se bek was nie.

Regter Murray (par. 30) kom tot die volgende slotsom:

In my view, then, the Plaintiff failed to provide any evidence which could reasonably be seen to indicate that she was not negligent or that she did not voluntarily accept the risk of injury by her conduct and that the Plaintiff should for that reason be allowed to rely on strict liability. I cannot but conclude, either, that the Plaintiff failed to make out a *prima facie* case by putting evidence relating to all the elements of her claim before the Court on which a reasonable court could or might find in her favour.

Daar kan geen twyfel bestaan nie dat die hof die voortbestaan van die *actio de feris* as ’n vorm van strikte aanspreeklikheid in ons reg erken het, ’n erkenning wat, soos hier bo blyk, onomwonde deur die Hoogste Hof van Appèl in *Van der Westhuizen* bekragtig is. Baie belangrik is ook dat skuld in die vorme van medewerkende nalatigheid en opset (ook beskryf as vrywillige aanvaarding van die risiko van benadeling met inbegrip van provokasie) aan die kant van die slagoffer hierdie aksie uitsluit (vgl. ook Van der Merwe 1970:155–7; *Le Roux v Fick* 1897 Buch 41). Ter illustrasie van laasgenoemde verweer kan na die analoë geval in

*Maartens v Pope* 1992 4 SA 883 (N) verwys word waar die *actio de pauperie* ingestel is. Die eiser, 'n loodgieter, is versoek om die verweerder se huis in sy professionele hoedanigheid te besoek. Hy is meegedeel dat hy die verweerder se vrou vroegtydig in kennis moet stel van sy voorneme om die huis te besoek, aangesien die verweerder se hond gevaarlik is. Die eiser betree egter die perseel sonder vooraf kennisgewing en ondanks 'n waarskuwingsteken betreffende die hond. Die eiser word gebyt en eis skadevergoeding. Die verweer van vrywillige aanvaarding van die risiko teen die *actio de pauperie* slaag, aangesien bevind word dat die eiser die gevaar besef (voorsien) het en toegestem het tot die risiko van beserings. Dit wil egter voorkom of die eiser se toestemming tot die risiko van ernstige liggaamlike beserings *contra bonos mores* was (sien Neethling en Potgieter 2020:133–4 oor hierdie vereiste vir 'n regsgeldige toestemming) en gevolglik as ongeldig beskou moet word. Die verweerder se verweer was dus eerder vrywillige aanvaarding van die risiko in die vorm van medewerkende opset (sien Knobel 1993:303–4). Let daarop dat aangesien artikel 1(1)(a) van die Wet op Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 net geld ten aansien van skade wat deels aan die eiser en deels aan die verweerder se skuld te wyte is, die wet nie van toepassing kan wees waar aanspreeklikheid nie op die nalatigheid van die verweerder berus nie. Die wet geld dus nie by skuldlose aanspreeklikheid soos ingevolge die *actio de feris* nie (Van der Walt en Midgley 2016:333; Neethling en Potgieter 2020:201). Omdat H nie daarin geslaag het om die hof te oortuig dat sy nie nalatig opgetree het of nie die risiko van besering vrywillig aanvaar het nie, word haar eis ingevolge die *actio de feris* van die hand gewys.

Soos aangedui, waar die skade wat die wilde dier veroorsaak het, buite die toepassingsgebied van die *actio de feris* val, kan H haar eis vir vergoeding steeds op een (of meer) van die gewone deliksaksies (Aquiliese aksie, *actio iniuriarum* of aksie weens pyn en lyding) baseer mits aan hul vereistes (te wete die handeling, onregmatigheid, skuld, kousaliteit en skade) voldoen word. Bydraende opset of nalatigheid aan die kant die eiser, wat kan lei tot die uitkakeling of vermindering van die aanspreeklikheid van die verweerder, kan dan as verweere teen die eis geopper word (vgl. Neethling en Potgieter 2020:198 e.v., 208 e.v.; Ahmed 2011, *passim*). Ook hier was die hof nie oortuig dat H 'n *prima facie*-saak uitgemaak het dat R se gedrag aan die vereistes van die Aquiliese aksie (inbegrepe nalatigheid) voldoen het nie.

In die lig van die voorgaande staan regter Murray (par. 31) die aansoek om absolusie van die instansie toe. H was egter nie tevrede nie en het aansoek om verlop tot appèl na die volbank van die Hooggeregshof aangeteken.

### 2.3 Hanger (2)

Hier moes regter Daffue (parr. 4–7) oorweeg of die appèl 'n redelike vooruitsig op sukses het. Hy ondersoek eers die regsbeginsels wat in hierdie verband op aansoeke om absolusie van die instansie van toepassing is (met verwysing na *Claude Neon Lights (SA) Ltd v Daniel* 1976 4 SA 403 (A) 409; *Gordon Lloyd Page & Associates V Rivera* [2000] 4 ALL SA 241 (AD) 243; en *Build-A-Brick BK v Eskom* 1996 1 SA 115 (0)123). In laasgenoemde saak verklaar regter Hattingh soos volg:

By die finale oorweging van die feite aan die einde van die geding sal die eiser gelykgegee word as die afleiding wat hy bepleit die waarskynlikste afleiding uit die bewese feite is. In die absolusiestadium hoef dit nie die waarskynlikste te wees nie maar wel 'n redelike afleiding. Die eiser se getuienis moet gevolglik by die absolusiestadium

'n redelike moontlikheid van sukses vir hom inhou en sou die Hof onseker wees of die eiser se getuienis aan hierdie maatstaf voldoen behoort absolusie geweier te word.

Regter Daffue is mening dat daar *in casu* 'n redelike moontlikheid van sukses vir H is en dat 'n opvolgende hof dus wel tot 'n ander slotsom as die hof *a quo* sou kon kom op grond van die volgende oorwegings (par. 8):

Die getuienis wat H in haar pleitstukke aangevoer het om nalatigheid aan die verweerders se kant te bewys, was *prima facie* voldoende om 'n ander hof in haar guns op Aquiliese grondslag te laat slaag. H en haar gas (M) is toegelaat om die beer te nader, naby genoeg om foto's te neem. R2 het selfs die groep verlaat om 'n perske te gaan haal wat sy aan H gegee het met die uitnodiging om die dier te voer. Die vraag of die beer sy bek of pote deur openinge in die heining kon druk, is van geen belang in die lig van hierdie uitnodiging om die beer te voer nie. Die heining het nie voldoende beskerming teen die beer gebied nie. Die verweerders (veral R2) was nalatig deur lede van die publiek toe te laat om naby die beer se hok te kom sonder om voldoende, redelike en noodsaaklike stappe te doen om hulle te beskerm deur 'n tweede heining minstens 1,5 meter van die hok op te rig en hulle uitdruklik te waarsku om nie naby die hok te kom nie.

Regter Daffue (par. 9) staan gevolglik verlot tot appèl na die volbank van die hof toe.

## 2.4 Hanger (3)

Na 'n oorsig van die feite (parr. 6–16), die pleitstukke (parr. 17–9), die beslissing van die hof *a quo* (parr. 20–3) en die aansoek om verlot tot appèl na die volbank (parr. 24–7), verklaar regter Van Zyl (par. 28) soos volg:

In my view the appeal is to be considered only on the basis of the *actio legis Aquiliae*. It is evident from the appellant's particulars of claim that the appellant relies on the negligence of the respondents and the evidence was presented on that basis. As correctly found by the court *a quo*, the appellant did not rely on the *actio de feris* in her particulars of claim, nor was the evidence presented in support of a reliance on strict liability.

Wat die meriete van die appèl op die basis van die Aquiliese aksie betref, is dit belangrik om in gedagte te hou dat die appèl gerig is teen die toestaan van die absolusie van die instansie in die verhoorhof. Daarom is dit nie vir hierdie hof aangewese om finaal uitsluitel te gee of die verweerders inderdaad nalatig opgetree het en of H self bydraend nalatig was nie. Hier moet net die toets vir absolusie van die instansie, soos hier bo uiteengesit, op die getuienis toegepas word (par. 29). Volgens die hof (par. 31) moet nou bepaal word of die verhoorhof se bevindings oor die beweerde nalatigheid van die verweerders korrek is, en in hierdie verband is dit “necessary to also apply the principle that in order for a party to succeed in an action based on the *actio legis Aquiliae*, it is not required that all the grounds of negligence which the party pleaded, be proven”. Hier moet ook in gedagte gehou word dat wat die Aquiliese aanspreeklikheid van 'n verweerder betref, ons reg in elk geval geen onderskeid maak tussen geringe en growwe nalatigheid of enige graderings daartussen nie (vgl. Neethling en Potgieter 2020:168). Die verweerder is aanspreeklik vir die volle skade, selfs al was hy of sy net effens nalatig. Een uitsondering verdien nietemin vermelding. Dit is waar die eiser bydraend nalatig opgetree het. Elke party se graad van nalatigheid – wat van geringe tot growwe nalatigheid kan wissel –

word dan bepaal deur elk se afwyking van die norm van die redelike persoon as 'n persentasie uit te druk. So gesien, kan die verweerder 10% (gering) en die eiser 90% (grof) van die norm van die redelike persoon afwyk (sien bv. *Jones v Santam Bpk.* 1965 2 SA 542 (A); Neethling en Potgieter 2020:201–4).

Volgens die getuienis (par. 32) het H aangevoer dat alhoewel R2, terwyl sy (H) en haar metgesel (M) die beer se hok genader het, hulle gewaarsku dat al is die beer mak, dit steeds 'n gevaarlike dier is, het R2 hulle nooit verhinder om naby aan die hok te staan of om nie aan die hok se heining te raak of om haar vingers deur die draad te druk nie. Intendeel, R2 het H en M by die hok gelos terwyl sy weggegaan het om 'n perske te gaan haal. Daarna het sy, weer eens sonder om H te waarsku om nie haar hand naby die heining te bring nie, die perske vir H gegee en haar uitgenooi om die beer deur die heining te voer. Hierbenewens (par. 33) het H en M getuig dat R2 teenwoordig was toe die foto geneem en H beseer is, maar nogmaals versuim het om bedoelde waarskuwings te gee. In hierdie verband bevind die hof *a quo* (par. 22):

Both the plaintiff and [M] testified that the second defendant was present when the incident happened, but neither testified that the latter saw the plaintiff's hand or fingers being held close to or through the fence. There is no evidence, therefore, that she had been negligent in not warning the appellant shortly before the incident.

Hiermee stem regter Van Zyl (par. 35) egter nie saam nie. Volgens haar kom dit voor of R2 teenwoordig was sonder om H te waarsku. Vervolgens ondersoek sy die getuienis (parr. 36 e.v.), veral dié van B, wat een van die top amptenare in diens van die Departement van Natuur-bewaring in die Vrystaat was en die bewaring en beveiliging van diere onder sy jurisdiksie gehad het. B het deeglik kennis gedra van die beer wat in 'n hok op die verweerders se perseel aangehou is en het die beer gedurende verskeie besoeke in sy hok besigtig. Volgens hom was daar verskeie tekortkominge in die manier waarop en toestande waarin die verweerders die beer aangehou het indien die publiek toegang tot die beer se hok gehad het, onder andere dat die draadheining nie sterk genoeg was nie; indien die publiek toegelaat word om die beer te besoek, moet daar 'n tweede heining opgerig word op 'n afstand van 1,2 meter van die beer se hok, en moet daar waarskuwingstekens vir die publiek wees. B (par. 44) het nietemin beklemtoon dat die amptenare van sy departement wat die geskiktheid van die hok vir die beer ondersoek het, net die veiligheid van die beer binne die hok en sy versorging voor oë gehad het en nie ook moes bepaal of die hok voldoende beveilig is dat die publiek dit kan besoek nie.

Hierna oorweeg die hof (par. 46) die kwessie van R se nalatigheid in die lig van die getuienis (veral dié van B) en beklemtoon dat die beer se hok nie oop was vir lede van die publiek soos H nie. Volgens regter Van Zyl kan 'n hof bevind dat B se getuienis voldoende is vir H om te bewys dat R nalatig opgetree het en dus in H se guns op die basis van die *actio legis Aquiliae* te bevind. Sy vervolg (*ibid.*):

On a proper reading and consideration of the totality of [B]'s evidence and bearing in mind that he is an expert in his field, it *prima facie* indicates that the fence which covered the cage (or part thereof) did not afford adequate protection against the bear and that [R1] and/or [R2] were negligent in allowing members of the public, and [H] in particular, to come and to be in close proximity of the bear's cage in circumstances in which they failed to take adequate, reasonable and necessary steps to protect him/her against the bear by, *inter alia*: their failure to have erected a second railing or fence at least 1,2 metres from the bear's cage; and/or their failure to have expressly warned



the appellant from coming in close proximity of the cage and/or from touching the cage/fence.

Klaarblyklik het R2 ook 'n vals indruk van veiligheid by H geskep toe sy haar uitgenooi het om die perse vir die beer deur die heining voer terwyl R2 geweet het of behoort te geweet het dat dit gevaarlik sou wees (par. 47). In die omstandighede kon die verhoorhof ook nie bevind het dat H vrywillig die risiko van benadeling aanvaar het nie (*volenti non fit iniuria*), te meer omdat die bewyslas daarvoor op R gerus het (par. 48).

Regter Van Zyl (parr. 49 en 50) bevind dat H 'n *prima facie*-saak uitgemaak het waarop R moet reageer. Indien nie, behoort H te slaag met haar eis *ex lege Aquiliae*. Haar appèl teen die verhoorhof se toestaan van R se aansoek om absolusie van die instansie slaag dus. Regter Van Zyl (par. 29) het dit vooraf nietemin duidelik gemaak dat dit nie noodwendig die einde van die saak is nie, aangesien dit nie hierdie hof se taak is "to make a final determination regarding the question whether the respondents had in fact acted negligently and/or whether the appellant herself (also) acted negligently. We merely have to apply the test for absolution." Die verhoorhof kan dus nadat R hulle saak gesluit het, steeds addisionele gronde van H vir die bewys van R se nalatigheid toelaat.

### 3. Slotsom

Twee deliksaksies het in die onderhawige beslissings ter sprake gekom: die *actio legis Aquiliae* en die *actio de feris*. Daar kan, na die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl in *Van der Westhuizen*, met redelike stelligheid aanvaar word dat laasgenoemde steeds deel van ons reg is (nieteenstaande die twyfel wat appèlregter Ponnar in sy uitspraak gelaat het). Dit is by voorbaat ook so aanvaar in *Hanger* (1). Dit kom egter vreemd voor dat daar geen vermelding van die aksie weens pyn en lyding is nie, aangesien dit by uitstek die deliksaksie is waarmee vergoeding vir die nalatige krenking van die liggaamlike integriteit (soos die beserings wat die beer veroorsaak het) verhaal kan word (sien Neethling en Potgieter 2020:5–6, 16–7; Van der Walt en Midgley 2017:1 vn. 9).

Daar kan min twyfel bestaan dat die *actio de feris* op die onderhawige feitestel van toepassing is. Die beer se hok was op 'n plek waartoe die publiek (onder andere H) toegang gehad het en waar H deur die beer beseer is. Die verweerders as eenaars behoort dus in beginsel strik aanspreeklik te wees, tensy hulle 'n erkende verweersgrond kan bewys. Dié gronde is naamlik dat H nalatig tot haar beserings bygedra het of sy die risiko van benadeling vrywillig aanvaar het. Die verhoorhof bevind by implikasie dat dit wel die geval is en dat strikte aanspreeklikheid ingevolge die *actio de feris* daarom uitgesluit word. In appèl bevind die hof egter dat H haar nie aan die risiko van benadeling blootgestel het nie, maar wou hom nie uitspreek oor die vraag na H se moontlike bydraende nalatigheid nie. Indien dit wel voor die verhoorhof sou dien en bevind word dat H nie bydraend nalatig was nie, kon die *actio de feris* miskien wel geslaag het.

Die Aquiliese aanspreeklikheid van R was op die voorgrond in al drie *Hanger*-beslissings. Hier is veral die vereiste van nalatigheid aan die kant van R van besondere betekenis. In *Hanger* (1) was die hof oortuig dat R nie nalatig opgetree het nie. Hierteenoor beslis die daaropvolgende ander twee howe dat R wel nalatig was deur lede van die publiek toe te laat om naby die beer

se hok te kom sonder om voldoende, redelike en noodsaaklike stappe te doen om hulle te beskerm. H het dus 'n *prima facie*-saak uitgemaak en die onus is op R om die teendeel te bewys. Dit is die taak van die verhoorhof om oor hierdie kwessies finaal uitspraak te lewer. So gesien, verdien die beslissing van die volbank instemming.

## Bibliografie

- Ahmed, R. 2011. Contributory intent as a defence limiting or excluding delictual liability. LLM-verhandeling, Universiteit van Suid-Afrika.
- Knobel, J.C. 1993. Vrywillige aanvaarding van risiko: Toestemming tot benadeling, medewerkende skuld en die *actio de pauperie*. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 56(2):302–6.
- . 2010. Die *actio de pauperie* en aanspreeklikheid gebaseer op nalatigheid. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 73(1):172–5.
- Koch, B.A. en H. Koziol. 2002. Comparative conclusions. In Koch en Koziol (reds.) 2002.
- Koch, B.A. en H. Koziol (reds.). 2002. *Unification of tort law: Strict liability*. Den Haag: Kluwer Law International.
- McKerron, R.G. 1971. *The law of delict*. 7de uitgawe. Kaapstad: Juta.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2015. The law of delict. *Annual Survey of South African Law*.
- . 2020. *Law of delict*. 8ste uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Scott, T.J. 2018. The *actio de feris* – phoenix from the ashes or vain chimera? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 81(3):510–27.
- Van der Merwe, C.G. 1970. Skuldlose aanspreeklikheid vir skade veroorsaak deur diere. 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. 1968. Strict liability in the South African law of delict. *The Comparative and International Journal of Southern Africa*, 1(1):49–83.
- . 1974. Risiko-aanspreeklikheid uit onregmatige daad. LLD-proefskrif, Universiteit van Suid-Afrika.
- Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2016. *Principles of delict*. 4de uitgawe. Durban: LexisNexis.