

Vonnisbespreking: 'n Deksellose mangat kom 'n plaaslike owerheid duur te staan *City of Cape Town v Mtyido* (1272/2022) [2023] ZASCA 163 (1 Desember 2023)

Johan Scott

Johan Scott, Departement Privaatreg, Universiteit van Suid-Afrika

Abstract

A confounded coverless manhole costs a local authority dearly

Delictual liability for an omission raises its head with monotonous regularity in cases where members of the public institute claims for injuries sustained on premises under the control of municipalities. In the case under discussion the plaintiff sustained injuries when she stepped into a coverless manhole at dusk in a road unfamiliar to her. After a neighbour of the plaintiff had pointed out the coverless hole to an employee of the defendant municipality more than two months earlier, the employee concerned undertook to have it replaced. The subsequent failure of the municipality to secure the dangerous manhole formed the basis of the plaintiff's claim.

After having been ordered by the court *a quo* and the full bench of the Western Cape High Court to compensate the plaintiff, the defendant unsuccessfully appealed to the Supreme Court of Appeal. In its judgment, that court applied the well-known delictual principles regarding the determination of a municipality's duty to protect members of public from suffering harm due to an inherent danger on the premises under its control, coupled with a duty to avoid such harm where it had prior knowledge of the dangerous situation – which fundamentally deals with the determination of wrongfulness. Having found the municipality's failure to replace the manhole cover wrongful, it further held that such omission had been negligent.

This judgment is of significance to both legal practitioners and law lecturers for the way in which the court went about evaluating the evidence. The method according to which an appeal court should treat the findings of lower courts on the credibility of witnesses as well as the determination of facts is well illustrated in this case, where the plaintiff had been supported by

only one witness, whereas the defendant's evidence had been presented by three witnesses, one of which purportedly an expert.

Counsel for the defendant's argument that a finding of liability on its client's part would open the floodgates to claims of this nature was rejected. The court found that each claim must be carefully scrutinised and dealt with according to its own facts. In this case there was no doubt that the defective manhole had been reported – a fact conceded on behalf of the defendant – and that clinched the matter in favour of the plaintiff.

Keywords: *actio legis Aquiliae*; conflicting evidence; credibility of witness; delictual liability; expert witness; findings of fact; negligence; omission; onus of proof; wrongfulness

Trefwoorde: *actio legis Aquiliae*; botsende getuienis; bewyslas; deliktuele aanspreeklikheid; deskundige getuie; feitebevindings; geloofwaardigheid van getuie; late; nalatigheid; onregmatigheid

1. Inleiding

Dit behoef weinig betoog dat die huidige stand van sake wat betref die ganse infrastruktuur waarop ons moderne Suid-Afrikaanse staat berus in 'n haglike toestand verkeer. Veral wat vervoer, hetsy per spoor, motor, vliegtuig of selfs met dapper en stapper, betref, bied onlangse regspraak 'n somber prentjie.

Diegene wat van pendelspoorvervoer gebruik maak, stel hul lewens letterlik in gevaar bloot deur 'n passasierswa van een van die treine van die Public Rail Agency of South Africa (PRASA) se treine te bestyg. As gevolg van meganiese gebreke weens 'n versuim om behoorlike onderhoud te doen, sluit die treindeure dikwels nie tydens ritte nie, met die gevolg dat passasiers dikwels uit rytuie val of gestoot word en sodoende ernstige of selfs dodelike beserings opdoen (sien bv. *Mashongwa v Passenger Rail Agency of South Africa (PRASA) t/a Metro Rail* 2016 3 SA 528 (KH); *Davids v The Passenger Rail Agency of South Africa* (9794/2019) [2023] ZAWCHC 299 (24 November 2023); Scott 2016a:551–79, 2024a:189–221 vir kritiese ontledings). Die beroerde toestand van ons langafstandspoorlyne en -treine het tot gevolg gehad dat interstedelike treinvervoer vir alle praktiese doeleindes tot stilstand gekom het, wat waarskynlik as 'n bedekte seën beskou kan word omdat passasiers nou nie meer aan ooglopende gevare blootgestel word nie (vgl. Mantshantsha 2024:1).

Wat ons paaie betref, is die prentjie ook maar droewig. Identies aan die toestand waarin ons treine en spoorbane verkeer, vertoon ons paaie tekens van verval wat toegeskryf kan word aan veral die langdurige versuim van staatsorgane soos die South African National Road Agency Limited (SANRAL) en plaaslike besture om die paaie onder hul beheer in stand te hou. Hierdie verval manifesteer hoofsaaklik in die voorkoms van slaggate, waarvan daar na bewering nie minder nie as 25 miljoen in Suid-Afrikaanse paaie voorkom (Futshane 2023).

Soos te verwagte het ongelukke as gevolg hiervan geleidelik toegeneem, soos daar uit veral onlangse hofverslae afgelei kan word: In die vyf hofgedinge wat sedert 2017 hieroor in die hofverslae opgeteken is, was al die beseerde eisers suksesvol in hul deliktuele vordering teen die betrokke padadministrasies (*Markus v MEC Department of Public Works & Roads* (1688/13)

[2017] ZANWHC 8 (10 Februarie 2017); *Loots v MEC for Transport, Roads and Public Works* (587/2014) [2018] ZANHC 60 (5 September 2018); *Van der Merwe v MEC for Public Works, Roads and Transport* (4617/2010) [2019] ZAFSHC 9 (28 Februarie 2019); *Henson v MEC for Transport and Public Works, Western Cape Government* (19918/2013) [2023] ZAWCHC 90 (18 April 2023); *Jacobs v MEC for Public Works and Roads* (2218/2019); 2024 ZANWHC 73 (12 Maart 2024)).

Diegene wat hulle tot lugvervoer wend, sal deesdae ook bedroë daarvan afkom indien hulle op deurlopende grondslag van die Suid-Afrikaanse Lugdiens gebruik sou wou maak. Hierdie lugvervoermaatskappy is – soos bykans alle Suid-Afrikaanse staatsinstellings wat onder die bestuur van die Departement van Openbare Ondernemings val – slegs ’n skaduwee van sy oorspronklike self. Dit was trouens die eerste staatsonderneming om ingevolge artikel 129 van die Maatskappywet 71 van 2008 onder besigheidsredding geplaas te word (Cassim 2020:201–14). Dieselfde geld die infrastruktuur van ons groot hawens in veral Kaapstad, Durban en Richardsbaai wat weens langdurige wanadministrasie nie meer oor die vermoë beskik om ’n betroubare diens te lewer vir die in- en uitvoer van goedere nie en in ’n beduidende mate ’n invloed begin uitoefen op die vermoë om veral landbouprodukte na hul bestemmings in die buiteland te vervoer (Jacobs 2024).

Selfs voetgangers moet deesdae katvoet loop wanneer hulle koers kry oor ’n sypaadjie. Die agteruitgang van die infrastruktuur in selfs die grootste metropolitaanse gebiede hou beduidende gevaar in vir iemand wat voetslaan, byvoorbeeld om bloot oor ’n sypaadjie te loop, oor plaveistene by ’n winkel te stap om inkopies te gaan doen (*Pieterse v FLM SA (Pty) Ltd* (994/2019) [2024] ZAFSHC 15 (5 Februarie 2024)), of selfs te gaan draf. Ons howe skroom nie om die betrokke plaaslike bestuur aanspreeklik te hou wanneer ’n voetganger beserings opgedoen het as gevolg van ’n inherente gevaar wat die loopvlak onder sy beheer inhou nie, byvoorbeeld wanneer daar ’n slaggat (*Cape Town Municipality v Bakkerud* 2000 3 SA 1049 (HHA)), of ’n oop mangat (*Butise v City Council of Johannesburg* 2011 6 SA 196 (GSJ); Scott 2013:164–77) ter sprake is. Dit beteken egter nie dat munisipaliteite onder ’n verpligting verkeer om hul sypaadjies deurentyd perfek in stand te hou nie, nóg dat voetgangers onthef word van die verpligting om self oplettend te wees vir gevare wat kan skuil in die loopvlakke wat hulle betree. Wat die omvang van plaaslike owerhede se sorgsaamheidsplig in hierdie geval betref, stel die hof dit heel duidelik in die *Bakkerud*-uitspraak (parr. 29, 31):

It is axiomatic that man-made streets and pavements will not always be in the pristine condition in which they were when first constructed and that it would be well-nigh impossible for even the largest and most well-funded municipalities to keep them all in that state at all times. A reasonable sense of proportion is called for. [...] [I]t would, I think, be going too far to impose a legal duty upon all municipalities to maintain a billiard-table like surface upon all pavements, free of any subsidence or other irregularities which might cause an unwary pedestrian to stumble and possibly fall.

Ten opsigte van die mate van sorg wat voetgangers vir hul eie veiligheid aan die dag moet lê, dien daarop gelet te word dat daar regtens nie van grondeienaars of diegene in beheer van eiendom verwag kan word om persone wat daar teenwoordig is teen hul eie onagsaamheid of lompheid te beskerm nie (*Prinsloo v Barnyard Theatre*(27705/06) [2009] ZAGPPHC 105 (4 September 2009) par. 16).

Die uitspraak onder bespreking handel juis oor 'n voetganger wat beseer is toe sy in 'n oop mangat beland het terwyl sy langs 'n openbare weg gestap het. Die vordering wat sy teen die betrokke plaaslike owerheid ingestel het, was gegrond op die beginsels van die reg insake onregmatige daad, meer bepaald die ontwikkelde *actio legis Aquiliae*, ingevolge waarvan die bewyslas op 'n eiser rus om aan te toon dat die verweerder se optrede aan die sogenaamde delikselemente van handeling, onregmatigheid, skuld (meestal in die vorm van nalatigheid), kousaliteit en nadeel voldoen (Neethling en Potgieter 2020:4; Fagan 2019:ix–x; Van der Merwe en Olivier 1989:1, 24; Van der Walt en Midgley 2016:5; Loubser en Midgley 2017:25–6). In feitlik alle gerapporteerde sake waar voetgangers, drawwers, fietsryers of motoriste in strate of op sypaadjies beseer is as gevolg van 'n inherente gevaartoestand in die infrastruktuur, het die eisers se vorderinge berus op 'n late (*omissio*) as handelingsvorm aan die kant van die betrokke plaaslike owerheid. Die delikselement wat in hierdie gevalle dan op mees prominente wyse onder die loep kom, is dié van onregmatigheid wat, indien vasgestel, gevolg word deur 'n ondersoek na die aanwesigheid van die skuldelement – in alle sogenaamde munisipaliteitsake in die vorm van nalatigheid (*culpa* in enge sin). Hier en daar sal die elemente van feitelike of juridiese kousaliteit aan die dag kom, terwyl die skade- of nadeelelement gewoonlik so duidelik uit die feite blyk dat dit geredelik toegegee word en derhalwe as sodanig geen aandag kry nie. In die meeste sake word die kwessies van meriete en kwantum boonop geskei deur die toepassing van Hooggeregshofreël 33(4).

Wat die onregmatigheidsaspek betref, wend die houe hulle uitsluitlik tot die reëls van toepassing op aanspreeklikheid as gevolg van 'n late (versuim, *omissio*). Die uitgangspunt is dat niemand ooit enige deliktuele aanspreeklikheid kan opdoen omdat hy of sy nagelaat het om te verhoed dat 'n ander persoon se regsbeskernde belange aangetas word nie. 'n Persoon se late is slegs onregmatig indien daar 'n regsplig op hom of haar gerus het om positief op te tree ten einde regskenking vir 'n ander te verhoed. Die toets om dit te bepaal is 'n objektiewe een wat daarop neerkom dat “'n late as onregmatige gedrag beskou word ook wanneer die omstandighede van die geval van so 'n aard is dat die late nie alleen morele verontwaardiging ontlok nie maar ook dat die regsoortuiging van die gemeenskap verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word [...]” (*Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A) 597A; Neethling en Potgieter 2020:65 n. 159 met veelvuldige verwysings na gesag).

Die toepassing van hierdie soepele toets vereis dat alle omringende faktore wat 'n invloed op die bepaling van die objektiewe redelikheid al dan nie van 'n verweerder se versuim om regskenking aan 'n ander te verhoed, in aanmerking geneem moet word. 'n Hele aantal dergelike faktore het in die loop van die eeue uitgekristalliseer. Vir die doeleindes van 'n geval soos dié onder bespreking, is veral die volgende twee van besondere betekenis: Eerstens is daar die sogenaamde *omissio per commissionem*, naamlik waar die verweerder as gevolg van 'n voorafgaande positiewe handeling 'n gevaartoestand geskep het wat hom onder 'n verpligting plaas om te verhoed dat 'n ander as gevolg daarvan nadeel ly (te lande erken in *Halliwell v Johannesburg Municipal Council* 1912 AD 659; Neethling en Potgieter 2020:67–9). Ten tweede kan die beheer wat iemand oor 'n gevaarlike voorwerp (roerend of onroerend) uitoefen aanduidend wees van 'n regsplig om 'n ander te beskerm teen die materialisering van sodanige gevaar (Neethling en Potgieter 2020:69–73). Blote beheer as sodanig dui normaalweg nie op enige regsplig wat op die beheerder rus om ander teen nadeel te beskerm nie, maar is aanduidend dat daar, afhangend van omstandighede, wel sodanige regsplig ter beskerming bestaan.

Bykomende faktore wat aanduidend kan wees dat die beheerder 'n regsplig het om regs-krenking van 'n ander te verhoed, is byvoorbeeld: (i) die waarskynlike of moontlike omvang van benadeling wat ander persone kan ly; (ii) die graad van waarskynlikheid dat sodanige benadeling kan intree; (iii) die belang wat die verweerder en die gemeenskap of beide het by die gewraakte doen of late; (iv) of daar redelik praktiese maatreëls ter beskikking van die verweerder was om die nadeel te vermy; (v) watter mate van sukses met dergelike maatreëls bereik kon word; en (vi) of die koste verbonde aan die implementering van sodanige maatreëls verhoudingsgewys tot die nadeel wat die eiser in die gesig kon staar, redelik was (*Administrateur, Transvaal v Van der Merwe* 1994 4 SA 347 (A) 361–4; *Knobel* 2020:210–1; sien verder *Van der Merwe en Olivier* 1989:42–5; *Van der Walt en Midgley* 2016:147; *Loubser en Midgley* 2017:265–6; *Fagan* 2019:180–1, 216; *Boberg* 1984:212).

Die vasstelling van nalatigheid blyk in die meeste gevalle probleemloos te wees. Hierdie toedrag van sake kan toegeskryf word aan die feit dat daar bykans algehele instemming bestaan oor die toepaslike toets vir hierdie delikselement, naamlik dié geformuleer deur appèlregter Holmes in *Kruger v Coetzee* 1966 2 SA 428 (A) 430D-F wat eenvoudig neerkom op die volgende vrae: (i) Sou 'n redelike persoon in die plek van die verweerder die nadeel wat veroorsaak is, redelikerwys kon voorsien? Indien nie, was die verweerder nie nalatig nie; indien wel, word die volgende vraag gestel: (ii) Sou die redelike persoon redelike maatreëls getref het om die nadeel te vermy? Indien nie, was die verweerder nie nalatig nie; indien wel, word die volgende vraag gestel: (iii) Het die verweerder versuim om sodanige maatreëls te tref? Indien nie, was die verweerder nie nalatig nie; indien wel, was die verweerder nalatig. In al die standaardhandboeke word hierdie toets uitvoerig behandel as die gebruiklike toets om 'n verweerder se nalatigheid al dan nie te bepaal. Daar word beswaarlik 'n uitspraak oor nalatigheid gelewer waarin hierdie uitspraak nie as die (enigste) gesag aangehaal word nie. Dié nalatigheidstoets is in 1999 ontwikkel deur die presisering van die nadeel in vraag (i) vermeld tot “nadeel van die algemene aard wat werklik ingetree het” en die invoeging van 'n verdere vraag tussen vrae (i) en (ii) wat soos volg lui: Sou 'n redelike persoon in die plek van die verweerder die algemene soort kousale verloop waarvolgens die nadeel ingetree het, voorsien het (*Mukheiber v Raath* 1999 3 SA 1065 (HHA) 1077D-F)? Uiteraard volg die normale volgende voorwaardes daarby: “Indien nie, was die verweerder nie nalatig nie; indien wel, word die volgende vraag gestel.” Hierdie ontwikkelde toets was ooglopend daarop toegespits om gestalte te gee aan die sogenaamde konkrete of relatiewe benadering tot voorsienbaarheid, naamlik waar die spesifieke gevolg wat ingetree het voorsienbaar moet wees, teenoor die abstrakte of absolute benadering ingevolge waarvan nadeel slegs in die algemeen voorsienbaar hoef te wees (*Boberg* 1984:390, welke bron deur die hof in die *Mukheiber*-uitspraak t.a.p. as juis aanvaar is; sien verder veral *Neethling en Potgieter* 2020:176–9; *Loubser en Midgley* 2017:158). Op enkele uitsonderinge na pas ons howe getrou die nalatigheidstoets toe soos weergegee in die *Kruger*-uitspraak, ofskoon dit nie impliseer dat hulle daardeur noodwendig die abstrakte benadering volg nie.

2. Feite en uitspraak

Om ongeveer 20:00 op 17 Oktober 2013, toe dit al sterk skemer was, het die eiseres, Nqulelwa Mtyido, weens 'n tekort aan water in haar woning besluit om water te gaan haal by 'n waterpunt in 'n informele woongebied naby haar woning in Mfuleni, 'n woongebied tussen Blue Downs en Khayelitsha naby Kaapstad. Die eerste gedeelte van die roete van haar huis na

die kraan (te wete Ukubetanastraat, waarin sy woonagtig was) was aan haar bekend, maar die laaste deel daarvan (Khwezistraat) het sy nog nooit voorheen bewandel nie. Omdat die sypaadjie in Khwezistraat ongelyk en begroei was met onkruid en sy gevrees het dat sy deur glasstukke beseer kon word, het sy verkies om in die teerpad te stap. 'n Spreilig wat 'n hele entjie verder op 'n hoë mas gemonteer was, was van weinig hulp om haar in staat te stel om die omgewing voor haar behoorlik waar te neem en sy was derhalwe salig onbewus daarvan dat sy op pad was na 'n oop mangat. Die uiteinde hiervan was dat sy met haar regterbeen in die deksellose mangat beland het en ernstige beserings opgedoen het (parr. 1, 4). Sy is daarna deur twee verbygangers bygestaan totdat haar eggenoot haar met sy motor kom haal en hospitaal toe geneem het.

Ene Barnabas Zwehile Xwayi het namens die eiseres getuig dat hy voor die insident bewus was van die bestaan van die deksellose mangat en dit pertinent onder die aandag van die leier van 'n span munisipale werkers wat in die omgewing besig was, gebring het. Laasgenoemde het plegtig onderneem dat die defek reggestel sou word en onmiddellik etlike houtpale in die gat geplaas en dit met rooi-en-wit lint gemerk. Dié tydelike voorsorgmaatreeël was egter van weinig waarde omdat die pale gou weggedra is, om waarskynlik as brandhout gebruik te word (par. 8).

Die verhoorhof (*Mtyido v The City of Cape Town* (5044/2015) ZAWCHC X (24 Junie 2020)), asook die Kaapse volbank (*The City of Cape Town v Mtyido* (A119/2021) ZAWCHC X (2 Augustus 2022)) het sowel die eiseres as Xwayi se weergawes van die feite aanvaar en op basis daarvan tot die gevolgtrekking gekom dat die verweerder aanspreeklik is op grond van sy onregmatige en nalatige versuim om die mangat te beveilig. Die Hoogste Hof van Appèl raak die volgende kwyt oor die onregmatigheidsaspek:

It has not been established that the full court was misdirected in upholding the finding of the trial court that the omission to take steps to have prevented injury being occasioned to the respondent by her stepping into the open manhole, was wrongful. (par. 44)

Wat nalatigheid betref, draai die hof insgelyks nie doekies om nie:

The well know [sic] test for negligence in *Kruger v Coetzee* is satisfied. The appellant's employees simply failed to do what objectively was reasonably required. The appellant is directly alternatively vicariously liable for their negligence. (par. 45)

3. Kritiese evaluering

3.1 Inleiding

Hierdie saak bied 'n goeie illustrasie van 'n geval waar die Stad Kaapstad as verweerder in die lig van bestaande regsreëls uit die staanspoor op die agtervoet verkeer het, dog verseg het om kop te gee. Na 'n nederlaag in die verhoorhof (op 24 Junie 2020, waarin regter Dolamo uitspraak gelewer het) is daar in hoër beroep gegaan na die volle hof waar regter Erasmus (met wie regters Salie-Hlope en Papier saamgestem het) op 19 Januarie 2022 die appèl van die hand gewys het. Steeds oortuig van die meriete van sy saak, het die verweerder ten einde laaste sy saak tot in die

Hoogste Hof van Appèl gevoer waar hy weer eens bloedneus gekry het toe waarnemende appèlregter Koen (met wie appèlregters Gorven, Weiner en Goosen, asook waarnemende appèlregter Kathree-Setiloane saamgestem het) ten gunste van die eiseres beslis het.

Die vasberadenheid aan die kant van die Kaapse metropolitaanse munisipaliteit om met litigasie te volhard, is te verstane in die lig van die impak wat hierdie uitspraak sou kon hê op soortgelyke vordering wat in die toekoms ingestel kan word. Die reusegetal mangate wat daar binne die betrokke munisipale jurisdiksiegebied aangetref word (die verstommende getal van 192 000) luidens getuienis namens die verweerder in die saak gelei (par. 13), asook die feit dat hul metaaldeksels gesogte items vir onwettige skrootmetaalverkopers is, skep 'n aansienlike risiko vir voetgangers, veral diegene wat hulle na donker op paaie en sypaadjies bevind. Dit is verstommend dat die betrokke plaaslike owerheid tussen Julie 2021 en Mei 2022 ongeveer R2,6 miljoen spandeer het om meer as 4 900 mangatdeksels te vervang wat gesteel is of gebreek het; dié bedenklike toestand het selfs daartoe aanleiding gegee dat iemand wat inligting verskaf wat 'n dekseldief aan die pen sal laat ry, 'n stewige beloning van so hoog as R5 000 te wagte kan wees (Mediakantoor, Stad Kaapstad 2023:1, 5; McCain 2024). Dit wil verder voorkom of daar 'n verstandige neiging aan die ontwikkel is om metaaldeksels uit te faseer ten gunste van polimeerharsdeksels wat vir skrootdiewe geen voordeel inhou nie (Anon. 2024). Dit behoeft weinig betoog dat die Kaapstadse munisipale owerheid se risiko vir aanspreeklikheid as gevolg van beserings wat voetgangers weens hierdie deksellose mangate kan opdoen, in 'n direkte verhouding staan met die aantal voortspruitende ongevale. Dit is dus geen wonder nie dat die munisipaliteit in sy appèlpogings volhard het, nieteenstaande die feit dat sowel die verhoorhof as die volbank hul aansoeke om verlot tot appèl van die hand gewys het en dit uiteindelik alleen kon geskied deur middel van geslaagde petisies tot die volbank en die Hoogste Hof van Appèl (par. 2 nn. 2–4).

Waarnemende appèlregter Koen deel sy uitspraak onder die volgende hoofde (sonder numering) in: (i) “Introduction”; (ii) “Requirements for liability”; (iii) “The evidence”; (iv) “The findings of the trial court and full court”; (v) “Analysis”; (vi) “Wrongfulness”; (vii) “Negligence”; (viii) “Conclusion”; en (ix) “Order”.

3.2 Die hof se inleiding

Ten aanvang verskaf die hof 'n heel breë weergawe van die feite en skets kortliks die afloop van die saak in die hof *a quo*, te wete dat die kwessies van meriete en kwantum geskei is en, wat eersgenoemde betref, die verweerder aanspreeklik bevind is as gevolg van sy werknemers se onregmatige en nalatige versuim om te voorkom dat die eiseres deur haar val in die betrokke mangat beseer word. Ongelukkig maak waarnemende appèlregter Koen hom hier skuldig aan gebrekkige terminologie wat oor die laaste jare endemies geword het onder ons regsprekers deur hom soos volg uit te druk:

It [die hof *a quo*] declared the appellant liable for the *damages*, if any, that the respondent had suffered in consequence of the incident, and also directed that it must pay her costs. (par. 1; my kursivering)

Soos wel bekend, verwys die Engelse term *damages* na skadevergoeding en nie skade nie. Die korrekte Engelse term vir laasgenoemde is *damage*. Dit was derhalwe sinloos om te beweer dat die eiseres “skadevergoeding kon gely het”. Dit is te betreur dat hierdie growwe taalkundige

mistasting selfs nie die Hoogste Hof van Appèl gespaar gebly het nie (sien verder Scott 2016b:715–30 wat betref hierdie onakkurate aanwending van terminologie).

Die hof maak vervolgens daarvan melding dat die verweerder se appèl na die volbank misluk het en dat die huidige appèlproses ten opsigte van die uitspraak van die volbank is (in hierdie bespreking word daar deurgaans duidelikshalwe na “eiseres” en “verweerder” in plaas van “respondent” en “appellant” verwys). Die hof verklaar daarop dat hy hom vervolgens sou bepaal tot ’n evaluering van die pleitstukke, die getuienis en die waarskynlikhede in die lig van die pleitstukke (*ibid.*).

3.3 Aanspreeklikheidsvereistes

Ten einde enige onduidelikheid uit te skakel, verklaar die hof ten eerste dat die basis van die eiseres se vordering die *actio legis Aquilia* [sic] is en gaan dadelik voort om die vyf erkende vereistes vir sodanige aanspreeklikheid te vermeld, te wete ’n handeling (sonder verwysing na *omissio* wat duidelik in hierdie geval voorhande was), onregmatigheid, nalatigheid, kousaliteit en nadeel (sien par. 1 *ante*). Volledigheidshalwe is daar ook verwys na die feit dat die bewyslas ten opsigte van hierdie vereistes op die eiser gerus het (par. 3). Hierdie besonder sistematiese benadering is te verwelkom in die lig van die moderne neiging van ons howe om onmiddellik te begin om die getuienis te ontleed en dit aan die leser se verbeelding oor te laat om aan die einde van ’n uitspraak ’n begrip van die feite te vorm.

3.4 Die getuienis

3.4.1 Ter inleiding

Anders as wat waarnemende appèlregter Koen te werk gegaan het, sal die stof wat hy onder die verdere afsonderlike hoofde van bevindinge van die verhoorhof en die volbank asook analise ingedeel het, onder die breë hoof van getuienis in behandeling geneem word. Vir die doeleindes van suiwerder sistematiek sal daar eerstens na die inhoud van die getuienis wat in die verhoorhof gelewer is, gekyk word, waarna die laasgenoemde twee onderwerpe onder die loep geneem sal word.

Dit spreek vanself dat die materiële reg betekenisloos sou wees sonder die bestaan van die prosesreg ingevolge waarvan die reëls van die materiële reg in hofbevele, asook hul daadwerklike uitvoering, omskep word (Schwikkard en Van der Merwe 2005:2). Naas die prosesreg staan die bewysreg as verdere onderafdeling van die formele reg, wat ten doel het om die feite in geskil (*facta probanda*) te bevestig. ’n Mens se gesonde verstand laat jou beseef dat indien daar geen sekerheid bestaan oor die feite van ’n bepaalde geskil nie, ook die beginsels van die (siviele) prosesreg betekenisloos sou wees. Die onderhawige saak verskaf klinkklare toeligting vir hierdie stelling, want die leeuendeel daarvan – 41 uit 49 paragrawe – is gewy aan die ontleding en beoordeling van die getuienis wat tydens die verrigtinge in die verhoorhof gelei is.

Dosente van die materiële reg maak hulle dikwels daaraan skuldig om hul studente bloot attent te maak op die toepassing van die reëls van hul bepaalde vakgebied (soos die deliktereg wat in die saak onder bespreking ter sprake kom), sonder om in die geringste mate aandag te skenk aan die gepaardgaande bewys- en prosesregreëls. In dieselfde mate sou daar beweer kon word dat diegene wat die formeelregtelike vakke doseer, die toepassing van materieelregtelike reëls

onderbeklemtoon. Hierdie silo-mentaliteit in vele van ons regs fakulteite is te betreur, want dit skep by studente 'n valse beeld van die ganse regs proses wat hulle soms met skok ervaar wanneer hulle as leerklere of pupille die eerste maal in litigasie betrokke raak. Na my beste wete het 'n ideale opvoedingsmodel om hierdie gebrek onder die loop te neem nog nie in ons regs fakulteite die lig gesien nie. Hoe dit ook al mag sy, hierdie uitspraak van waarnemende appèlregter Koen bied 'n uitstekende voorbeeld van hoe 'n hof te werk moet gaan om eers agter die kap van die byl te kom wat die feite betref voordat daar oorgegaan word om die relevante materiële (delikte)regsreëls toe te pas.

3.4.2 Inhoud van die getuienis

Eerstens gee die hof die getuienis weer wat daar ten gunste van die eiseres in die verhoorhof gelewer is. Die volgende drie aspekte van haar persoonlike getuienis is beklemtoon: Die eiseres kon die betrokke mangat in 2019 (d.w.s. ses jaar na die voorval) presies aan die verweerder se verteenwoordigers uitwys. Sy het die ligging van die mangat bevestig aan die hand van foto's wat veel later geneem is en deur die verweerder verskaf is. Namens haar is daar ook reeds meer as 'n jaar voor aanvang van die verhoor foto's ingevolge reël 36(1) van die Hooggeregshofreëls verskaf van die ligging van die gat soos dit ten tyde van haar ongeluk daar uitgesien het, wat haar onthef het van enige verdere bewys van die aard en ligging daarvan; die verweerder het inderdaad ook tydens die verhoor erken dat dié foto's 'n korrekte beeld van die betrokke gebied verskaf het (parr. 5–6; sien verder Van Heerden, Boraine, Theophilopoulos en Rowan 2007:285–6). Na haar ontslag uit die hospitaal het die eiseres teruggekeer na die mangat en houtbalke daarin aangetref, wat stawend was van haar ander getuie se weergawe van gebeure (par. 8 *in fine*).

Die enigste ander getuie namens die eiseres was Xwayi, wat getuig het dat hy voor die gebeure bewus was van die oop mangat – die ligging waarvan hy tydens verhoor op 'n lugfoto kon aandui – en dit in die teenwoordigheid van werknemers van die verweerder (wat hy as sodanig kon identifiseer vanweë die embleem van die verweerder op hul oorpakke en helms) aan die spanleier, wie se naam hy ruitelik erken het hy nie kon verskaf nie, uitgewys het. Luidens Xwayi het laasgenoemde beloof dat die gat toegemaak sou word en intussen selfs 'n poging aangewend om dit effens te beveilig deur houtpale daarin te plaas met rooi-en-wit waarskuwingslint daarom gedraai (parr. 8–9).

Vervolgens gaan die hof oor tot 'n weergawe van die getuienis wat daar namens die verweerder gelewer is. Die eerste getuie was Quintus Wellman, 'n projekbestuurder in die verweerder se departement van menslike nedersettings. Sy getuienis het hoofsaaklik gehandel oor die beligting wat verskaf is vanaf 'n hoë mas in die omgewing en was daarop gemik om aan te dui dat die eiseres moontlik bydraend nalatig was omdat daar voldoende beligting sou wees op die pad waarlangs sy gestap het. Die hof vermeld egter dat hierdie kwessie nie in appèl verder gevoer is nie (par. 11) en verder dat Wellman weens 'n versuim om dokumentasie voor te lê geen nuttige besonderhede oor die munisipale dienste in die onmiddellike omgewing kon verskaf nie (par. 12). Verder het Wellman se getuienis aangaande die stand van ontwikkeling van die betrokke woonbuurt in die omgewing van die mangat wesentlik die toneel wat in die eiseres se foto's vasgelê is, bevestig. Sy weergawe dat voertuigverkeer in Khwezistraat in 2013 minimaal sou wees, was egter strydig met dié van een van die verweerder se ander getuies, Pierre Maritz, wat van oordeel was dat verkeer daarop swaar was (par. 12).

Maritz, die verweerder se bestuurder van netwerke in sy departement van ingenieurswese, het getuig dat daar 'n aanmeldingstelsel vir verlore of gebreekte mangatdeksels bestaan (die sogenaamde C3-stelsel) en dat daar gedurende die tydperk 1 Augustus tot 31 Oktober 2013 nege gevalle van verlore deksels in die Mfulenigebied ingevolge daarvan aangeteken is. Verder het hy getuig dat geen deksel vervang kan word voordat dit op die stelsel geregistreer is en 'n verwysingsnommer uitgereik is nie. Insiggewend was sy verdere getuienis dat die stadsraad deurgaans poog om 'n verlore deksel binne die bestek van drie uur te vervang, asook dat daar geen aantekening vir 2013 gevind kon word van 'n verlore deksel in Khwezistraat nie (par. 13). Maritz het voorts getuig dat hy die betrokke mangat eers in 2020 (dus sewe jaar na die ongeval) ondersoek het en bevind het dat die deksel daarvan 'n sogenaamde tipe 2A was wat daarop gemik was om swaar voertuigverkeer te weerstaan. Volgens hom kon sodanige deksel nie alleenstaande vervang word nie, maar die raam van die mangat sou verwyder moes word en met 'n nuwe raam-en-deksel-kombinasie vervang moes word. Volgens hom sou dit beteken dat die bestaande teer om die mangat opgekap moet word en die nuwe dekselkombinasie met beton bevestig moet word, wat 'n ander kleur as die teer van die padoppervlak is. Volgens sy waarneming is die teer nooit opgekap en 'n nuwe struktuur met beton bevestig nie, omdat daar geen beton om die gat was tydens sy latere inspeksie of op foto's wat sy werkgewer voorgelê het nie. Op 'n vraag of dit nie wel moontlik was dat die deksel tog vervang kon word sonder om die omliggende teer te verwyder nie, was sy antwoord dat dit "hoogs onwaarskynlik" was (par. 14). 'n Verdere punt wat Maritz ten gunste van sy werkgewer vermeld het, was dat indien die mangatdeksel wel oop was, daar baie sand uit die onmiddellike omgewing daarin sou beland het wat die rioolvloei onder in die gat weldra sou blokkeer het, iets waarvan daar geen rekord was nie (par. 15 n. 7).

Die verweerder se derde getuie was Shafodien Jaffer, 'n administratiewe assistent, wat getuig het dat hy die rekords op die C3-stelsel van die begin van 2013 tot 2020 nagegaan het en geen spoor kon vind van enige verlore mangatdeksel in Khwezistraat nie (par. 16).

3.4.3 Bevindinge van die verhoorhof en die volbank

Waarnemende appèlregter Koen wys vervolgens daarop dat die verhoorhof die getuienis van sowel die eiseres as Xwayi geloofwaardig en waarskynlik bevind het (par. 17). Daardie hof was egter om die volgende redes minder gunstig in sy uitspraak oor die getuienis van Maritz ten gunste van die verweerder: Maritz het nie as 'n deskundige gekwalifiseer nie omdat die formele bepalings van reël 36(9) van die Hooggeregshofreëls nie nagekom is nie en hy duidelik nie met die toestemming van die hof of die eiser as sodanig erken is nie (Van Heerden e.a. 2007:285). Verder sou sy getuienis in ieder geval irrelevant wees, omdat hy bloot getuienis gelewer het aangaande 'n geskilpunt waarvoor die hof moes beslis (parr. 18, 20). Ten slotte is daar bevind dat Maritz se beroep op die rekord van die C3-stelsel ter stawing van sy bewering dat geen mangatdeksel tydens die kritieke periode vermis, gesteel of vervang is nie afhanklik was van menslike oordeel en derhalwe feilbaar was, in direkte teenstelling met die geloofwaardige getuienis van Xwayi. Die enigste redelike afleiding wat die verhoorhof na eie oordeel kon maak na aanleiding van die feit dat die C3-stelsel geen teken van die verlore deksel bevat het nie, was dat die verweerder se werknemer aan wie Xwayi die probleem uitgewys het, versuim het om dit aan te meld, of dat dit wel aangemeld is maar foutiewelik op die stelsel ingevoer is met die gevolg dat dit onopspoorbaar was (par. 19).

Wat die getuienis van Jaffer betref, was die verhoorhof van oordeel dat dit nie vir die verweerder van enige nut was nie, aangesien hy nie met sekerheid kon getuig oor die datum waarop die nuwe mangatdeksel aangebring is nie; die hof het derhalwe aanvaar dat dit eers na 31 Desember 2013 plaasgevind het. Die hof het sterk kritiek uitgespreek teen albei die verweerder se getuies omdat hulle versuim het om maklik beskikbare dokumentasie aan te wend om hul naakte stellings (“bald assertions”) te ondersteun en uiteindelik tot die gevolgtrekking gekom dat die eiseres se weergawe van gebeure nie gelykwaardig met dié van die verweerder was nie, dog meer waarskynlik was (par. 20).

Waarnemende appèlregter Koen beklemtoon vervolgens dat die volbank beslis het dat die verhoorhof geen mistastings begaan het wat betref sy oordeel oor die feite, geloofwaardigheid en betroubaarheid van die getuies nie en dat die eiseres se weergawe van gebeure materieel gestaaf is, geloofwaardig was en deur geen teenstrydighede gekenmerk is nie, selfs al sou Maritz se “deskundige” getuienis oorweeg gewees het (par. 21 n. 8).

In appèl is daar namens die verweerder aangevoer dat die volbank die volgende mistastings begaan het: Die hof sou nagelaat het om die getuienis in sy geheel te oorweeg en te verseker dat die gevolgtrekkings waartoe daar gekom is rekenskap gegee het van al die getuienis; verder sou die hof versuim het om waarskynlikhede en afleidings te onderskei van blote gissing en spekulasie en in die proses nie die waarskynlikhede behoorlik oorweeg het nie en ook nie afleidings gemaak het van objektief bewese feite nie. Dit sou alles daarop dui dat die proses wat in die toonaangewende uitspraak van *Stellenbosch Farmers Winery Group Ltd v Martell et Cie* 2003 1 SA 11 (HHA) par. 5 neergelê is, nie nagekom is nie (par. 22). In daardie beslissing het appèlregter Nienaber ’n briljante, gedetailleerde uiteensetting verskaf van die wyse waarop die getuienis beoordeel moet word wanneer die feitlike weergawes van opponerende litigante onversoenbaar is. Kortliks kom dit daarop neer dat getuienis nie in afsonderlike eenhede verdeel moet word en onafhanklik van mekaar ingevolge verskillende maatstawwe beoordeel moet word nie; dit is te verkies dat alle getuienis tesame beoordeel moet word in die mate waarin dit moontlik is (sien Snyckers 2003:873).

3.4.4 Analise

Waarnemende appèlregter Koen verwys ten aanvang na die gevestigde reël dat ’n appèlhof oor die algemeen nie sal inmeng met die verhoorhof se bevindings aangaande ’n getuie se geloofwaardigheid of die feite nie, tensy sodanige bevindings duidelik foutief was (par. 23). Daar bestaan oorweldigende gesag – waaronder verskeie uitsprake van die Hoogste Hof van Appèl en die Konstitusionele Hof – vir hierdie reël (wat bevindings t.a.v. geloofwaardigheid betref, sien veral die nuttige oorsig verskaf in *Municipality of Thabazimbi v Badenhorst* (66933/2011) ZAGPPHC 195 (26 Februarie 2024) parr. 31–6; vir feitebevindings sien veral die *Mashongwa*-uitspraak par. 45 en verwysings deur wnd. AR Koen vermeld, par. 23 n. 10).

Wat die geloofwaardigheid van die eiseres en Xwayi betref, wys die hof daarop dat die verweerder se erkenning dat hul getuienis onaanvegbaar was, om die volgende redes korrek was: Hulle het duidelik en bevredigend sonder enige aarseling of oordrywing getuig. Hulle het hulself of mekaar nooit weerspreek nie en hul weergawes het gestrook met die bewese feite (par. 24). Die verweerder het daarteen beswaar gemaak dat die eiseres besluit het om nie bykomende getuies – soos die twee vroue wat haar na haar ongeval behulpsaam was en haar eggenoot wat haar kom haal het en hospitaal toe geneem het – te roep nie. Waarnemende appèlregter Koen verwerp hierdie betoog met ’n beroep op *Rand Cold Storage and Supply Co*

Ltd v Alligianes [1968] 2 All SA 241 (T) 243, omdat dit slegs van toepassing sou wees waar die getuies aan albei kante dieselfde gewig gedra het; in die onderhawige geval het die getuie duidelik die eiseres begunstig (par. 24 n. 13). Namens die verweerder is daar egter aangevoer dat die verhoorhof se feitebevindings foutief was (en derhalwe in hoër beroep gewysig kon word). Volgens hierdie betoog was die waarskynlikheid groter dat die betrokke mangat op 17 Oktober 2013 wel met 'n deksel toegerus was (indien Maritz en Jaffer se weergawes oorweeg sou word (sien par. 2.4.2. *ante*)). Die hof verwerp hierdie betoog summier omdat dit nie alleen strydig sou wees met die verweerder se erkenning en sy eie bevinding dat die eiseres en Xwayi geloofwaardige getuies was nie, maar ook omdat dit daarop sou neerkom dat die afleiding dat die mangat deurentyd wel 'n deksel gehad het, waarskynliker sou wees as die weergawe luidens die direkte getuie van die eiseres en Xwayi (par. 26). Die hof wys verder daarop dat die weergawes namens die eiser ook vir ander afleidings vatbaar sou kon wees, byvoorbeeld dat die mangatdeksel eers na Desember 2013 teruggeplaas is. Indien die verweerder se getuies stawende dokumentasie waaroor hulle beskik het, sou voorgelê het, sou hulle nie in hierdie penarie gewees het nie. Die hof wys pertinent daarop dat die weerleggingslas op die verweerder gerus het om sy bewerings rakende die ongeskonde mangatdeksel en die onwaarskynlikheid van die eiseres en Xwayi se getuie te bewys (par. 27). Uiteindelik sit die hof die kerntwispunt soos volg in duidelike terme uiteen:

What ultimately remained in dispute for resolution, was which of two mutually conflicting versions should prevail, the version of the respondent that her injuries were caused when she stepped into the open manhole in Khwezi Street, after the open manhole had previously been reported to the appellant; or the version of the appellant that it had no knowledge of an open manhole in Khwezi Street, and, that as a matter of probability, the manhole pointed out by the respondent in Khwezi Street did not have a missing cover during October 2013.

Die hof verkies vervolgens (par. 29) om nie na die toets van die *Martell et Cie*-saak te verwys nie, dog na dié van 'n provinsiale afdeling van die Hooggeregshof in *National Employers' General Insurance Co Ltd v Jagers* 1984 4 SA 437 (E), wat minder gedetailleerd is, dog in breë trekke met *Martell et Cie* ooreenstem:

The estimate of the credibility of a witness will therefore be inextricably bound up with the consideration of the probabilities of the case and, if the balance of probabilities favours the plaintiff, then the Court will accept his version as being probably true. If, however, the probabilities are evenly balanced in the sense that they do not favour the plaintiff's case any more than they do the defendant's, the plaintiff can only succeed if the court nevertheless believes and is satisfied that his evidence is true and that the defendant's version is false [...]. (440D-1A)

Die hof sit sy oorweging van die getuie voort deur daarop te wys dat daar nie met die verhoorhof se bevindings, gebaseer op die uitsprake van *Martell et Cie* en *Jagers*, rakende die geloofwaardigheid van al die getuies en die waarskynlike feite van die gebeure fout gevind kan word nie en dat daardie hof op grond van geloofwaardige getuie voorkeur aan die eiseres se weergawe gegee het. Die hof gaan selfs sover as om te beslis dat indien die waarskynlikhede nie een van die partye sou bevoordeel het nie, die eiseres haar steeds van haar bewyslas sou gekwyt het vanweë haar geloofwaardigheid en dié van Xwayi (par. 30). Ter afsluiting word daar bevind dat daar geen basis bestaan vir 'n bevinding dat die volbank fouteer het deur die verhoorhof se feitebevindings te bekragtig nie (par. 31).

3.5 Aanwending van toepaslike regsreëls

3.5.1 Inleidende opmerking

Ofskoon waarnemende appèlregter Koen ten aanvang na al vyf die vereistes vir Aquiliese aanspreeklikheid verwys (par. 3), bepaal hy sy aandag hoofsaaklik by die element van onregmatigheid en, in veel mindere mate, by nalatigheid. Daar word alom aanvaar dat die handelingselement in sy verskyningsvorm van 'n late (*omissio*) onder die vaandel van onregmatigheid beoordeel word, terwyl die feite van die onderhawige geval nouliks 'n oorweging van feitelike of selfs juridiese kousaliteit noodsaak. Dit is duidelik dat die hof in ooreenstemming gehandel het met die vermaning van appèlregter Leach in die uitspraak van *Stedall v Aspeling* 2018 2 SA 75 (HHA) par. 11. In daardie geval het die hof beslis dat daar nooit nagelaat moet word om onregmatigheid as 'n "essential and discrete element" vir deliktuele aanspreeklikheid te pleit nie. Verder is dit ook te versoen met die volgende *dictum* van appèlregter Marais in die *Bakkerud*-uitspraak (par. 27) waarvolgens die immuniteit waarop munisipaliteite kon staatmaak in gevalle soos die onderhawige in die ban gedoen kon word deur die nodige klem op die bepaling van onregmatigheid te plaas:

In my view, it has to be recognised that in applying the test of what the legal convictions of the community demand and reaching a particular conclusion, the courts are not laying down principles of law intended to be generally applicable. They are making value judgments *ad hoc*.

3.5.2 Onregmatigheid

Die hof maak ten aanvang gewag (par. 33) van die verweerder se bewering dat die volbank fouteer het deur 'n regsplig op die verweerder *vis-à-vis* die eiser te konstrueer deur 'n beroep te doen op *Democratic Alliance v Masondo* 2003 2 SA 413 (KH) par. 17. In daardie saak (waarvan die feite heeltemal van dié in die geval onder bespreking verskil het) verskaf die Konstitusionele Hof onder andere 'n uitleg van artikel 152(b) van die Grondwet wat bepaal dat dit een van die oogmerke van 'n plaaslike regering is "om te verseker dat dienste op volhoubare wyse aan gemeenskappe verskaf word". Daardie hof beslis dat "[section 152(b)] is to ensure that government is efficient and effective in their rendering of services and the promotion of social and economic development" en dit selfs op dieselfde vlak van belangrikheid geplaas as artikel 152(a) wat bepaal dat dit 'n oogmerk van 'n plaaslike regering is "om demokratiese en verantwoordingspligtige regering vir plaaslike gemeenskappe te voorsien". Alhoewel waarnemende appèlregter Koen hom nie direk daaroor uitlaat nie, kan daar met die verweerder se kritiek op sodanige verwysing akkoord gegaan word. Indien dié grondwetlike bepaling absolute toepassing sou geniet op gevalle soos die onderhawige, sou dit beteken dat plaaslike owerhede onder alle omstandighede 'n regsplig verskuldig is teenoor diegene wat op enige denkbare wyse benadeel word op persele onder hulle beheer.

Vervolgens word daar verwys (*ibid.*) na die verweerder se beroep op die *Mashongwa*-beslissing (par. 28) waarin die Konstitusionele Hof bevind dat onregmatigheid nie geleë is slegs in die skending van 'n openbare plig nie, maar dat sodanige breuk slegs een van die faktore is waardeur onregmatigheid bepaal word. Hierdeur het die verweerder egter geensins aan die eiser se aksiegrond afbreuk gedoen nie, want die hof word steeds in ooreenstemming met daardie *dictum* genoep om die munisipaliteit se regsplig onder die vergrootglas te plaas. Uiteraars belangrik is die verdere ontwikkeling wat daar in die *Mashongwa*-beslissing plaasgevind

het toe hoofregter Mogoeng 'n staatsorgaan (PRASA in daardie geval, maar dit geld uiteraard ook in die geval van munisipaliteite) se publiekregtelike regsplig in die volgende paragraaf tot 'n privaatregtelike een uitgebrei het:

That PRASA is under a public-law duty to protect its commuters cannot be disputed. This much was declared by this court in *Metrorail*. But here this court goes a step further to pronounce that the duty concerned, together with constitutional values, has mutated to a private-law duty to prevent harm to commuters. (par. 29; sien verder Scott 2024a:194–5)

In finale instansie sou enige beroep op die *Mashongwa*-uitspraak hiervolgens tot voordeel van die eiseres wees.

Die hof verwys verder na 'n derde punt wat pertinent deur die verweerder geopper is, te wete 'n beroep op die *Bakkerud*-uitspraak (parr. 28–9) waarin daar gewaarsku is dat daar nie van plaaslike owerhede verwag moet word om onder alle omstandighede daarna om te sien dat strate en sypaadjies in 'n perfekte toestand verkeer nie en dat daar ook 'n verpligting op voetgangers en ander padgebruikers rus om om te sien na hul eie veiligheid (sien ook par. 1 *ante*).

Die laaste argument rakende onregmatigheid wat deur die verweerder geopper is, is dat die eiseres versuim het om getuienis te lei wat relevant is ten aansien van die afsonderlike element van onregmatigheid wat namens haar gepleit is en dat dit ingevolge die *Van Duivenboden*-uitspraak par. 12 onredelik sou wees om die verweerder aanspreeklik te hou vir haar beserings in die lig van die feite en omstandighede van die geval (par. 33 *in fine*). Hierdie verweer spruit kennelik uit die standaardpraktyk betreffende die opstel van pleitstukke, te wete dat die eisoorzaak so gedetailleerd moontlik geïdentifiseer moet word. Die rede hiervoor is dat dit normaalweg vir 'n litigant ontoelaatbaar is om af te wyk van die feite wat in die pleitstukke vermeld word en te poog om gedurende die verhoor 'n ander saak uit te maak (*Minister of Safety and Security v Slabbert* 2010 2 All SA 474 (HHA) par. 11; vgl. Scott 2024b:573–4). Die hof gee die verweerder gelyk dat die eiser se pleitstukke betreffende onregmatigheid inderdaad tekort geskiet het omdat dit in te algemene terme en te beknop geformuleer was, maar dat hierdie gebrek aangevul is deur die getuienis wat namens haar gelewer is, bepaald wat betref die volgende feite: dat die oop mangat ongeveer twee maande voor haar besering by 'n onbekende werknemer van die verweerder aangemeld is; dat daardie persoon onderneem het om dit te laat bedek; en dat daar van sodanige onderneming niks gekom het nie (par. 34, veral n. 23). Kennelik was hier geen wesentlike afwyking van die eiser se pleitstukke in die sin dat sy 'n nuwe saak probeer uitmaak het nie. Ter stawing van sy kondonering van die eiseres se gebrekkige pleitstukke betreffende die bewerings van onregmatigheid (asook nalatigheid) verwys waarnemende appèlregter Koen (par. 35 n. 24) na die uitspraak in *Shill v Milner* 1937 AD 101 105 waarin die hof breedvoerig aangehaal het uit twee ouer uitsprake waarin die verduideliking vir kondonering van gebrekkige pleitstukke op glasheldere wyse verduidelik is. Ofskoon die hof dit onnodig ag om hierdie aanhaling weer te gee, is dit vir 'n beter begrip van hierdie uitspraak gerade om dit wel te doen:

The importance of pleadings should not be unduly magnified. “The object of pleading is to define the issues; and parties will be kept strictly to their pleas where any departure would cause prejudice or would present full inquiry. But within those limits the Court has wide discretion. For pleadings are made for the Court, not the Court for pleadings. Where a party has had every facility to place all the facts before the trial Court and the

investigation into all the circumstances has been as thorough and as patient as in this instance, there is no justification for interference by an appellate tribunal merely because the pleading of the opponent has not been as explicit as it might have been.” *Robinson v. Randfontein Estates G. M. Co., Ltd* (1926, A.D. 198). In another case, *Wynberg Municipality v. Dreyer* (1920, A.D. 443), an attempt was made to confine the issue on appeal strictly to the pleadings, but it was pointed out by Innes C.J., that the issue had been widened in the court below, by both parties. “The position should have been regularised, of course,” said he, “by an amendment of the pleadings; but the defendant cannot now claim to confine the issue within limits which he assisted to enlarge.”

Die hof kom in die lig hiervan tot die gevolgtrekking dat die geskilpunte uitgebrei is buite die grense van die besonderhede van vordering om onder andere in te sluit of die verweerder vooraf kennis opgedoen het van die potensieel gevaarlike toestand wat deur die oop mangat in Khwezistraat geskep is; of sodanige kennis aanleiding gegee het tot ’n regsplig teenoor die eiseres om te verhoed dat sy beseer sou word; en of die verweerder sodanige regsplig op nalatige wyse geskend het deur te versuim om die mangat te bedek (par. 35). Dit is te betreur dat die hof deurgaans na die toepaslike regsplig as ’n “duty of care” verwys, omdat die aanwending van hierdie Engelsregtelike konsep neig om die elemente van onregmatigheid en nalatigheid te verwar, soos inderdaad al verskeie male deur ons regspraak en skrywers uitgewys is (sien bv. *Trustees, Two Oceans Aquarium Trust v Kantey & Templer (Pty) Ltd* 2006 3 SA 138 (HHA) par. 11; *McIntosh v Premier, KwaZulu-Natal* 2008 6 SA 1 (HHA) par. 12; vgl. Neethling en Potgieter 2020:188–90; Loubser en Midgley 2017:187–90; Boberg 1984:30–1).

Die hof plaas klem op die belang van die feit dat die verweerder vooraf kennis gedra het (d.m.v. sy onbekende werknemer (spanleier)) van die gevaarlike mangat. Verder is daarop gewys dat die blote beheer oor die mangate binne sy jurisdiksiegebied as sodanig nog geen regsplig op die verweerder geplaas het nie, maar dat die kombinasie van sodanige beheer met die bykomende voorkennis en die versuim om daadwerklike beveiligingstappe te doen, wel ’n regsplig in die lewe geroep het (par. 36; sien verder die bespreking t.a.v. parr. 41–2 *post*). Ofskoon dit nie vermeld is nie, geld sodanige regsplig uiteraard teenoor die eiseres in die besonder en die breë publiek in die algemeen.

Die hof verwys vervolgens kortliks na die toets om te bepaal of daar ’n verbreking van sodanige regsplig was (par. 37) en sluit hom met ’n verwysing na *Le Roux v Dey* 2011 3 SA 274 (KH) par. 122 aan by wat onder sommige skrywers bekendstaan as die “nuwe” toets vir onregmatigheid, te wete dat gedrag onregmatig is indien dit redelik sou wees om die verweerder aanspreeklik te hou (sien Neethling en Potgieter 2020:93–106 vir ’n omvattende evaluering). Hierna gaan die hof oor tot ’n oorweging van die redelikheid al dan nie van die versuim van die verweerder om die mangat te beveilig. Ten eerste is die verweerder se verwysing na *Du Plessis v Nelson Mandela Metropolitan Municipality* (CA371/08) [2009] ZAECGHC 54 (20 Augustus 2009) parr. 11–2 oorweeg. In daardie saak is die munisipaliteit se versuim onregmatig bevind waar talle klagtes oor ’n oop mangat geïgnoreer is; *a contrario* is daar namens die verweerder betoog dat daar in hierdie geval slegs een klagte was (dié van Xwayi) wat op ’n tydstip wat nie met sekerheid bepaal kon word nie, geopper is teenoor ’n onbekende werknemer van die verweerder oor wie se presiese gesagsposisie daar onsekerheid bestaan en dat hierdie onsekerhede nie die basis van die beweerde regsplig kan vorm nie (par. 38). Die hof bevind hierdie betoog onoortuigend deur daarop te wys dat elke geval op eie meriete oorweeg dien te word en die volgende punte uitgelig: Wat die tydstip van aanmelding betref,

was Xwayi doodseker dat dit vroeër as twee maande voor die ongeluk was; wat die identiteit van die werknemer betref, was dieselfde getuie se waarnemings rakende oorpakke en logo's voldoende om 'n werknemer van die verweerder te identifiseer; en heel belangrik was die feit dat daardie werknemer Xwayi nie na iemand anders verwys het nie en onderneem het om self te sorg dat die mangat bedek word (par. 39). Wat die verpligtinge van sodanige werknemer betref, is die volgende *dictum* aanduidend van die agtergrond waarteen die verweerder se versuim beoordeel moet word:

As much as one has an appreciation for the difficult task the appellant has, to manage processes to replace missing manhole covers, the process can only be improved by allowing members of the public to report missing covers to a responsible employee of the appellant, for remedial steps to be initiated. (*ibid.*)

Verder is Xwayi deur die verweerder verwytdat hy nie sy oorspronklike klagte oor die oop mangat opgevolg het nie en ook versuim het om sy bure, met inbegrip van die eiseres, daarteen te waarsku. Die hof maak korte mettenet met hierdie futiele betoog deur daarop te wys dat Xwayi, 'n ongesofistikeerde persoon wat standerd 4 geslaag het, te goeder trou die inligting aan 'n munisipale werker deurgegee het en geen rede gehad het om te vermoed dat laasgenoemde nie sy onderneming gestand sou doen om die gat te herstel nie. In iedere geval het daar ingevolge die algemene beginsels wat op *omissiones* van toepassing is, geen regsplig op Xwayi gerus om meer te doen as wat hy inderdaad gedoen het nie; die hof het hier verwys na sy "spirit of discharging a self-imposed public duty" (par. 42).

Die hof dui aan dat dié geensins 'n geval is, soos deur die verweerder met 'n beroep op *South African Hang and Paragliding Association v Bewick* 2015 3 SA 449 (HHA) par. 33. (verkeerdelik aangedui as par. 3) aan die hand gedoen is, wat op 'n ongeregverdigde uitbreiding van die verweerder se deliktuele aanspreeklikheid sou neerkom bloot vanweë die feit dat die eiseres 'n mate van meegevoel verdien nie (par. 40). Met 'n beroep op die aanhaling uit die *Dey*-uitspraak waarna die hof flussies verwys het, het die hof as 't ware die "ou" en "nuwe" benaderings tot die toets vir onregmatigheid soos volg gekombineer:

Ultimately, wrongfulness depends on considerations of public and legal policy in accordance with constitutional norms and the reasonableness of imposing liability on the appellant. The legal convictions of the community require that where the appellant has knowledge of an open manhole, the failure to cover the hole within a reasonable time, resulting in possible injury to a member of the public, would be wrongful. [...] Whether the appellant had knowledge of the open manhole, or not, is a question of fact. Obviously, the possibility of false claims always exists, but the legal convictions of the community do not dictate that because some claims might be fraudulent, therefore genuine claims should for that reason alone be disallowed. In the present instance, where the credibility of the respondent is not impugned, difficulties in deciding whether the claim might be false and contrived do not arise. (parr. 40–1)

Dit is veelseggend dat die hof in hierdie samevatting geen melding maak van die feit dat die verweerder benewens kennis van die gevaartoestand in beheer was van die gebied waar die mangat geleë was nie (soos wel die geval was in par. 36). Dit is welbekend dat daar aangegee word dat blote kennis en die voorsien van moontlike nadeel alleenstaande 'n faktor is wat 'n andersins blote late kan omvorm tot 'n gedingsvaardige en derhalwe onregmatige late (sien bv. Neethling en Potgieter 2020:73–4; Loubser en Midgley 2017:267). In die uitsprake wat hiervoor as gesag aangehaal word, was die plaaslike besture teen wie daar gelitigeer is egter

deurentyd ook in beheer van die gebiede waarop eisers benadeel is (sien bv. *Van der Merwe Burger v Munisipaliteit van Warrenton* 1987 1 SA 899 (NK); *Rabie v Kimberley Munisipaliteit* 1991 4 SA 243 (NK); *Butters v Cape Town Municipality* 1993 3 SA 521 (K); *Du Plessis v Nelson Mandela Metropolitan Municipality*; die *Butise*-uitspraak). Waarskynlik is hierdie *lapsus* eenvoudig te verklaar deurdat waarnemende appèlregter Koen die stelling gemaak het met die onuitgesproke voorbehoud dat die verweerder in beheer was van die gebied om die gevaarlike mangat; sou dit nie die geval wees nie, sou 'n mens die onhoudbare toedrag van sake kon aantref waar een munisipaliteit met bewese kennis van 'n gevaartoestand in byvoorbeeld 'n naasliggende munisipaliteit deliktuele aanspreeklikheid sou kon opdoen vanweë blote kennis van sodanige toestand.

Nie onverwags nie het die verweerder as laaste verweer die gevaar van moontlike oewerlose aanspreeklikheid geopper indien die eiseres sou slaag (par. 43). Die beroep op *Country Cloud Trading CC v MEC, Infrastructure Development* 2015 1 SA 1 (KH) par. 20 was nie van veel waarde nie, aangesien die Konstitusionele Hof in die aangehaalde paragraaf maar net die bekende stelling gemaak het dat “[w]rongfulness typically acts as a brake on liability, particularly in areas of the law of delict where it is undesirable or overly burdensome to impose liability”. Insgelyks was die beroep op die meer resente saak van *BE obo JE v Minister of the Executive Council for Social Development, Western Cape* 2021 1 SA BCLR 1087 parr. 1–2, 10 en 25 nie vir die verweerder van enige waarde nie, want daarin is beslis dat daar geen regsplig op die verweerder gerus het om *alle* kindersorgsentra onder sy beheer te beveilig nie, terwyl dit in die onderhawige geval slegs oor *een* mangat gegaan het. Die hof heg veral waarde daaraan dat die verweerder Xwayi as 'n geloofwaardige getuie erken het en dat daar derhalwe geen twyfel kon bestaan oor die feit dat hy die oop mangat aangemeld het nie.

3.5.3 Nalatigheid

Soos te verwagte verwys die hof na die nalatigheidsdefinisie in *Kruger v Coetsee* en haal dit selfs volledig aan (par. 45 n. 31), maar versuim vreemd genoeg om dit op die feite toe te pas. Waarnemende appèlregter Koen beskou dit as voldoende om bloot te verklaar dat die verweerder se werknemers eenvoudig versuim het om te doen wat objektief gesproke redelikerwys van hulle vereis is. Dié werkswyse sou te verstane wees indien een van die voorafgaande howe die verweerder se optrede stapsgewys volgens die toets beoordeel het, maar 'n mens soek tevergeefs daarna in sowel die verhoorhof se behandeling van nalatigheid (parr. 26–7 van regter Dolamo se uitspraak) as die volbank se bespreking onder daardie hoof (parr. 35–9 van regter Erasmus se uitspraak). 'n Moontlike verklaring hiervoor is dalk te vinde in die spreuk van *res ipsa loquitur*, maar dan moes die hof dit vermeld het. Die eenvoudige toepassing van die beproefde nalatigheidstoets sou heel bondig en eenvoudig soos volg verwoord kon word: Die nadeel wat die eiseres gely het was beslis vir die redelike persoon (*in casu* die redelike staatsorgaan handelend deur bemiddeling van sy werknemers) redelikerwys voorsienbaar. Verder sou die redelike persoon redelike stappe gedoen het om die nadeel te voorkom, terwyl die verweerder versuim het om sodanige stappe te doen.

Dit staan soos 'n paal bo water dat die hof hier 'n uitspraak oor die verweerder se primêre deliktuele aanspreeklikheid gegee het wat deur middel van sy organe gehandel het. Dit is derhalwe onduidelik waarom waarnemende appèlregter Koen na middellike aanspreeklikheid as alternatiewe aksiegrond verwys (par. 45 *in fine*). In laasvermelde geval sou dit sekerlik verwag kon word dat die beginsels van middellike aanspreeklikheid vermeld sou word en toegepas sou wees. Die indruk word gewek dat hierdie “stertjie” onnadenkend vir die doeleindes van volledigheid bygevoeg is!

4. Gevolgtrekking

In die lig van alle bevindinge is dit begryplik dat die hof tot die slotsom kom dat nóg die verhoorhof, nóg die volbank fouteer het en gevolglik die verweerder se appèl van die hand gewys het (parr. 46, 48). Aangesien die verweerder sy appèl ten opsigte van die verhoor- en volle hof rakende hul bevindings dat daar geen bydraende nalatigheid aan die kant van die eiseres was nie, laat vaar het, het die hof hom nie verder daarvoor uitgelaat nie (par. 47).

Hierdie beslissing sal nie onthou word as een waarin daar van bestaande presedente afgewyk is betreffende die vasstelling van die onregmatigheid van 'n late aan die kant van 'n staatsorgaan of as 'n baken van nuwe regsontwikkeling rakende hierdie onderwerp nie. Dit is egter van kardinale belang as 'n toonbeeld van hoe 'n hof te werk behoort te gaan om die getuienis te beoordeel ten einde tot 'n aanvaarbare beslissing rakende die feite te kom voordat die regsvraag geïdentifiseer en op daardie feite toegepas word. Dit lig diegene wat as regsvertegenwoordigers van munisipaliteite in soortgelyke sake kan optree ook in oor hoe versigtig daar te werk gegaan moet word met die aanbod van getuienis en dat veral prosesregtelike voorskrifte, byvoorbeeld wat die aanbod van deskundige getuienis betref, nie oor die hoof gesien mag word nie. Dit is beslis moontlik dat indien Maritz as 'n deskundige getuie vir die verweerder erken is, sy getuienis die skaal in sodanige mate sou kon swaai dat sy getuienis en dié van die eiseres en haar getuie as gelykwaardig bevind kon word, wat dalk tot 'n ander uitslag aanleiding kon gee. Verder bied hierdie uitspraak aan veral dosente in die deliktereg die geleentheid om studente op hul hoede te stel om nie die kardinale belang van die bewys- en siviele prosesreg uit die oog te verloor wanneer hulle materiële delikteregbeginsels moet toepas nie.

Gegewe die vasberadenheid waarmee die verweerder sy saak tot in die Hoogste Hof van Appèl gevoer het, kan daar verwag word dat hierdie geval moontlik uiteindelik vir beregting in die Konstitusionele Hof sal beland, aangesien die besluit oor onregmatigheid in finale instansie ook neerkom op die toepassing van grondwetlike beginsels wat dit binne die jurisdiksie van ons hoogste hof plaas. Die volgende *dictum* van appèlregter Brand illustreer hierdie punt heel duidelik:

[I]n relation to liability for omission [...] wrongfulness [...] 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* [...]. (Bewick-uitspraak par. 5; my beklemtoning)

Omdat dit hoogs onwaarskynlik is dat die Konstitusionele Hof tot 'n ander besluit sal kom wat die feite van die geval betref, behoort die Hoogste Hof Van Appèl se bevinding rakende onregmatigheid beslis die fokuspunt van enige sodanige proses te wees. Die waarskynlikste beslissing van laasgenoemde hof in hierdie verband wat moontlik anders benader kan word, is dié rakende die verweerder se argument dat aanspreeklikheid moontlik die sluis van litigasie sou kon ooptrek, veral in die lig van die reusegetal defekte mangate onder beheer van die verweerder, wie se hulpbronne moontlik nie voldoende sal wees om alle ongevallen te verhoed nie. Die wyse waarop waarnemende appèlregter Koen sy uitspraak van dié in *BE obo JE* onderskei het, sou in hierdie opsig vir kritiek vatbaar kon wees.

Bibliografie

- Anon. 2024. Security, fire protection & access control. *Specifile*. <https://specifile.co.za/incledon-polymer-manhole-covers-from-natural-manhole-covers/news/security-fire-protection-access-control> (7 September 2024 geraadpleeg).
- Boberg, P.Q.R. 1984. *The law of delict: Volume I – Aquilian liability*. Kaapstad, Wetton, Johannesburg: Juta.
- Cassim, M.F. 2020. South African Airways makes an emergency landing into business rescue: Some burning issues. *South African Law Journal*, 137(2):201–14.
- Fagan, A. 2019. *Aquilian liability in the South African law of delict: A textbook for students*. Claremont: Juta.
- Futshane, S. 2023. SANRAL clarifies claim of 25 million potholes on South Africa's roads. 20 Februarie. <https://stop-over.co.za/sanral-clarifies-claims-of-25-million-potholes-on-south-africas-roads> (25 Augustus 2024 geraadpleeg).
- Hahlo, H.R. en E. Kahn. 1973. *The South African legal system and its background*. Kaapstad, Wynberg, Johannesburg: Juta.
- Jacobs, S. 2024. South Africa's ports among the worst in the world. *Daily Investor*. 7 April. <https://dailyinvestor.com/south-africa/47992/south-africas-ports-among-the-worst-in-the-world> (25 Augustus 2024 geraadpleeg).
- Knobel, J. 2020. The apparent tautology of the tests for wrongfulness and negligence in instances of liability for omission. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 83(2):203–16.
- Loubser, M. en R. Midgley (reds.). 2017. *The law of delict in South Africa*. 3de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.
- Mantshantsha, S. 2023. A day in the life of a dying train operator. *News24*. 25 November. <https://www.news24.com/fin24/opinion/sikonathi-mantshantsha-a-day-in-the-life-of-a-dying-train-operator-20231125> (29 Oktober 2024 geraadpleeg).
- McCain, N. 2024. Money down the drain: Theft and vandalism of manhole covers cost City of Cape Town R12 million. *News24*. 12 September. <https://news24.com/news24/southafrica.news/money-down-the-drain-theft-and-vandalism-of-manhole-covers-cost-city-of-cape-town-r12-million-20240912> (17 September 2024 geraadpleeg).
- Mediakantoor, Stad Kaapstad. 2022. Report stolen and broken sewer drain manhole covers to help reduce overflows this winter. <https://www.capetown.gov.za/Media-and-news/Report%20stolen%20and%20broken%20sewer%20drain%20manhole%20covers%20to%20help%20reduce%20overflows%20this%20winter> (7 September 2024 geraadpleeg).
- Neethling, J. en J.M Potgieter. 2020. *Law of delict*. 8ste uitgawe. Durban: LexisNexis.

- Schwikkard, P.J en S.E. van der Merwe. 2005. *Beginsels van die bewysreg*. Lansdowne: Juta.
- Scott, J. 2013. How safe should a sidewalk be? The evergreen question of a municipality's liability for negligent omissions. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1:164–77.
- . 2016a. Revisiting the elements of delict – the *Mashongwa* judgments. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 79(4):551–79.
- . 2016b. Damage(s): Reflections on the misuse of legal terminology. *South African Law Journal*, 133(4):715–30.
- . 2024a. PRASA's open-door commuter trains remain a reliable source of income for legal practitioners: A survey of recent case law. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:189–221.
- . 2024b. Struikel en val op ongelyke loopvlakke – 'n tydige waarskuwing om katvoet te loop op plaveistene. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3:563–80.
- Snyckers, F. 2003. The law of evidence. *Annual Survey of South African Law*, 872–4.
- 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. *Law of South Africa* volume 15. 3de uitgawe. Durban, Johannesburg, Kaapstad: LexisNexis.
- Van Heerden, C.M., A. Borraine, C. Theophilopoulos en A.W.T. Rowan. 2007. *Grondbeginsels van die siviele prosesreg*. Durban: LexisNexis.