

## CASES / VONNISSE

### STATUTÊRE BEVOEGDHEID: DIE ROL VAN REDELIKE VOORSIENBAARHEID BY ONREGMATIGHEID EN NALATIGHEID

Premier, Western Cape v Faircape  
Property Developers (Pty) Ltd  
2003 6 SA 13 (SCA)

#### 1 Inleiding

Tradisioneel word twee beginsels by die regverdigingsgrond statutêre bevoegdheid gestel (sien bv *Johannesburg v African Reality Trust Ltd* 1927 AD 163 172; *Simon's Town Municipality v Dews* 1993 1 SA 191 (A) 195-196; en Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* (2002) 114-116): Eerstens moet die statuut die aantasting van die betrokke belang regverdig; en tweedens moet die benadelende handeling nie die grense van die bevoegdheid wat deur die wet verleen word, oorskry nie. Die vraag of die statuut die aantasting van die belang veroorloof, hang uiteraard van die bedoeling van die wetgewer af wat uit die wet self blyk en volgens beginsels van wetsuitleg bepaal word. Die vraag of die grense van die magtiging oorskry is, word beantwoord deur vas te stel of die skade nie deur redelik uitvoerbare maatreëls verhoed of verminder kon gewees het nie. In hierdie verband word soms gesê dat die verweerder aanspreeklik is indien hy sy bevoegdhede op 'n "nalatige" wyse uitgeoefen het (sien bv *Minister of Community Development v Koch* 1991 3 SA 751 (A) 757) en die eiser daardeur skade berokken het. Met verwysing na Boberg (*The Law of Delict: Aquilian Liability* (1984) 771-773), Van der Merwe en Olivier (*Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 105-106), en Neethling, Potgieter en Visser (*Law of Delict* (1990) 91-92) verklaar hoofregter Corbett in *Simon's Town Municipality v Dews* (*supra* 196) soos volg:

"In my view, these writers all correctly state that jurisprudentially the consequences of the repository of the statutory power having exercised it without due care and without having taken reasonable precautions to avoid or minimise injury to others, are that the repository must be taken to have exceeded the limits of his authority and accordingly to have acted unlawfully ... I am ... satisfied that the analysis is sound and that it accords with modern distinctions in our law of delict between fault and unlawfulness. The principle of statutory authority renders lawful what would otherwise have been unlawful; and if the implied limits of the statutory authority are not observed the

---

repository of the power acts without authority, or in excess of his authority, and consequently unlawfully.”

## 2 Feite

Teen hierdie agtergrond moet die beslissing in *Faircape* bespreek word. Die eienaar van 'n erf wou die eiendom ontwikkel en het by die plaaslike owerheid aansoek gedoen om sekere beperkende voorwaardes in die titelakte in verband met die oprigting van geboue te laat ophef. Die aansoek is voortgesit, aanvanklik deur 'n koper (G) van die eiendom en toe die kooptransaksie misluk, deur Faircape wat die eiendom uiteindelik bekom het. Die aanvanklike aansoek het 'n aantal besware ontlok waarop G gewysigde planne ingedien het. Nadat G uit die prentjie verdwyn het, dien Faircape verdere planne in wat gemelde besware ignoreer. Faircape se planne word tot op ministeriële vlak goedgekeur en die bouwerk neem 'n aanvang. Toe dit blyk dat hulle besware geïgnoreer is, doen 'n aantal inwoners van die gebied by die Kaapse Hooggeregshof aansoek om hersiening van die minister se besluit en slaag ook met 'n dringende interdik om verdere bouwerk stop te sit. In die hersieningsaansoek gee die hof die beswaarmakers ook gelyk en stel die minister se goedkeuring ter syde. Alhoewel Faircape met 'n verdere aansoek om die verwydering van die beperkende titelvoorwaardes slaag, stel hy nogtans 'n skadevergoedingseis vir verspilte koste (bykomende boukoste, regskoste, rente, argiteks- en landmeterkoste) teen die minister in op grond daarvan dat die minister, deur nie behoorlik aandag aan die aangeleentheid te gee nie, sy regsplig om nie die eerste aansoek toe te staan nie, nalatig versuim het. In die verhoorhof (*Faircape Property Developers (Pty) Ltd v Premier, Western Cape* 2002 6 SA 180 (K)) gee regter Davis Faircape gelyk.

## 3 Beslissing

In die Hoogste Hof van Appèl fokus appèlregter Lewis ten aanvang op onregmatigheid (27Fev). Ten eerste beklemtoon sy die beginsel van die verantwoordelikheid (“accountability”; miskien is die begrip *verantwoordbaarheid* 'n beter weergawe van die betekenis van hierdie begrip) van 'n openbare amptenaar teenoor lede van die publiek (27F). Die verantwoordbaarheid van die staat in hierdie verband word gerugsteun deur die grondwetlike imperatiewe dat die staat die regte in die Handves van Regte moet eerbiedig, beskerm, bevorder en verwesenlik (a 7 van die Grondwet, 1996) en dat alle regeringsfere en staatsorgane doeltreffende, deursigtige, *verantwoordingspligtige* en samehangende regering moet voorsien (a 41(1) van die Grondwet). Sy vervolg (29F-30A):

“In determining the accountability of an official or member of government towards a plaintiff, it is necessary to have regard to his or her specific statutory duties, and to the nature of the function involved. It will seldom be that the merely incorrect exercise of a discretion will be considered to be wrongful. The enquiry as to wrongfulness should also include a consideration of whether the legislation in question, expressly or by implication, precludes an action for damages against an official or member of

government, since the conclusion that accountability may take the form of an award in damages may be negated by a construction of the legislation in question ... It must be emphasised that each case should be considered in its own context. And, of course, the other elements of the delict must still be proved in order for any act or omission to be actionable.”

Wat die algemene toets vir onregmatigheid betref, onderskryf sy die opvatting dat dit oor ’n waardeoordeel gaan, of die eiser se aangetaste belang teen die verweerder se optrede beskerm behoort te word. ’n Wisselwerking van faktore speel ’n rol by hierdie beoordeling en die uiteindelijke beslissing reflekteer die gemeenskap se opvatting van wat redelik en behoorlik is: die *boni mores* (30A-E). Die regsopvatting van die gemeenskap word, soos die beginsel van verantwoordbaarheid, vandag deur die Grondwet onderlê. By die algemene benadering tot onregmatigheid speel die beginsel van verantwoordbaarheid ’n belangrike rol (30G-31G). In *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* (2002 6 SA 431 (HHA) 446-447) stel appèlregter Nugent dit soos volg:

“Where the conduct of the State, as represented by the persons who perform functions on its behalf, is in conflict with its constitutional duty to protect rights in the Bill of Rights, in my view, the norm of accountability must necessarily assume an important role in determining whether a legal duty ought to be recognised in any particular case. The norm of accountability, however, need not always translate constitutional duties into private law duties enforceable by an action for damages, for there will be cases in which other appropriate remedies are available for holding the State to account ... However, where the State's failure occurs in circumstances that offer no effective remedy other than an action for damages the norm of accountability will, in my view, ordinarily demand the recognition of a legal duty unless there are other considerations affecting the public interest that outweigh that norm.”

Ten einde gedingsvatbaar te wees, moet die handeling volgens die hof (31I-32C) ’n regsverkende belang aantas. Net soos daar nie sprake van “negligence in the air” kan wees nie, kan daar nie van onregmatigheid “in the air” sprake wees nie. Hier moet in gedagte gehou word dat ’n handeling wat regmatig is teenoor een persoon, onregmatig teenoor ’n ander kan wees. Daar moet dus ’n regsplig teenoor die eiser bestaan het. Of dit die geval is, verg ’n waardeoordeel in die lig van die regsdoelwagings van die gemeenskap. Die voorsienbaarheid van skade aan die eiser is ook ’n relevante oorweging by die bepaling van onregmatigheid (sien *Government of the Republic of South Africa v Basdeo* 1996 1 SA 355 (A) 368). Die regter vervolg (32E-G):

“The test for reasonableness goes not only to negligence, but also to determine the boundaries of lawfulness. Thus, states Millner [*Negligence in Modern Law* (1967) 25],

‘If a reasonable man, placed in the circumstances of the defendant, would have foreseen that his conduct might endanger or prejudice others in regard to their legally protected interests, then the defendant is deemed to have been under a legal duty towards such others to exercise appropriate care.’

Accordingly, even if it were to be found that the Minister's conduct had been negligent, this would not entail, necessarily, a finding that it was also wrongful. One must ask whether it was wrongful insofar as an applicant in the position of Faircape is concerned. In answering that question one must consider also, therefore, whether the Minister should have foreseen that his conduct might cause prejudice or loss to persons, like Faircape, whose applications are granted.”

Toegepas op die feite bevind die hof dat die minister nie onregmatig teenoor die applikant, Faircape, opgetree het met sy besluit om die beperkings op te hef nie: Die minister het presies gedoen wat Faircape hom gevra het, en sy optrede het binne die raamwerk van sy statutêre magtiging geval (33D-F). Faircape voer desnietemin aan dat dit onregmatig vir die minister was om sy beslissing op 'n nalatige wyse te neem. Volgens appèlregter Lewis (33F-34B) smelt hierdie submissie die vrae na onregmatigheid en nalatigheid saam. Om ageerbaar te wees, moet die gewraakte optrede sowel onregmatig as nalatig wees en ten aansien van elk is die vraag of die minister behoort te voorsien het dat Faircape skade kon ly indien sy aansoek toegestaan word. Dit beteken nietemin nie dat 'n stempel van nalatigheid op sigself 'n handeling onregmatig maak nie. Die vraag na nalatigheid, oftewel die vraag "whether the Minister should have foreseen that his conduct 'might endanger or prejudice others in regard to their legally protected interests,'" is maar net een van die faktore wat 'n rol kan speel ten einde vas te stel of daar vir doeleindes van onregmatigheid 'n regsplig op die minister was om op te tree ten einde skade vir die applikant af te weer. Haar uiteindelijke besluit is dat die skade nie redelikerwys (volgens die redelike persoon in die plek van die minister) voorsienbaar was nie.

Volgens die regter was die minister geregtig om te aanvaar dat Faircape as 'n eiendomsontwikkelaar self die aansoek sou gekontroleer het en daarom nie met die bouwerk sou begin het voordat hy die situasie beredder het nie (34B-C). Die hof is bowendien van mening dat dit nie vir Faircape beskore is om te kenne te gee dat die minister aanspreeklik behoort te wees waar Faircape self, as die aansoeker, stappe kon gedoen het om sy regte te beskerm nie. Volgens regter Lewis sou dit nie "congruent with the Court's appreciation of the sense of justice of the community" wees nie. Daarbenevens was Faircape volgens die hof in net so 'n goeie posisie, indien nie beter nie, as die minister om te weet dat die aansoek foutief was. Trouens, die hele grondslag van Faircape se eis is gebrekkig aangesien hy nie geregtig was om volgens die dokumentasie wat aan die minister voorgelê is, aansoek te doen vir die verwydering van die beperkings nie, en daar geen beleidsoorweging is waarom hy daarvoor vergoed moet word nie (34H-I). Ten slotte is die hof van mening dat die prosedure vir verwydering van beperkinge in belang van potensiële beswaarmakers, en nie van aansoekers nie, daargestel is. Inteendeel, aansoekers moet, as voorvereiste vir 'n geslaagde aansoek, verseker dat hulle aansoeke aan die wetlike prosedure voldoen. Die regter doen in die algemeen as regsbeleid aan die hand dat "an applicant who fails to fulfil that obligation should not be entitled to damages even if the Minister negligently fails to detect the applicant's error" (35B). Gevolglik bevind sy dat die minister nie onregmatig teenoor Faircape opgetree het nie.

Alhoewel dit in die lig van hierdie bevinding streng gesproke nie vir appèlregter Lewis nodig was om die beweerde nalatigheid van die minister te ondersoek nie, behandel sy dit tog omdat regter Davis in die verhoorhof beslis het dat die minister wel nalatig opgetree het (35Dev). Anders as wat

regter Davis te kenne gee, beteken die feit dat die minister nie behoorlik aandag gegee het aan die aansoek om verwydering van titelbeperkings nie, nie op sigself dat die minister nalatig was nie (35I-36A). Met verwysing na die geyskte toets vir nalatigheid soos geformuleer in *Kruger v Coetzee* (1966 2 SA 428 (A) 530), is die vraag na nalatigheid *in casu* of 'n redelike persoon in die plek van die minister sou voorsien het dat Faircape skade sou ly as die minister gedoen het waarvoor Faircape gevra het; en indien wel, of die redelike persoon in sy posisie stappe sou gedoen het om die skade te voorkom (36E-F). Sy antwoord ontkenend. Omdat die minister statutêr slegs moes verseker dat die betrokke aansoek in belang van die bepaalde gebied is en hy dus die belange van die beswaarmakers (die inwoners van die gebied), en nie dié van Faircape nie, op die hart moes gedra het, was hy nie verplig om ook te verseker dat die aansoek prosessueel korrek was nie (dié verpligting het op Faircape self gerus). Gevolglik was dit nie vir die minister redelikerwys voorsienbaar dat die toestaan van bedoelde aansoek skade vir die applikant sou veroorsaak nie en sou hy bygevolg ook nie stappe gedoen het om enige skade te vermy nie. Nalatigheid het dus ook ontbreek (37A-H).

#### **4       Kommentaar**

##### *4 1       Onregmatigheid*

##### *4 1 1     Grondwetlike imperatiewe*

Wat onregmatigheid betref, is dit duidelik dat appèlregter Lewis die toets van die *boni mores* of regsopvattinge van die gemeenskap onderskryf waar dit gaan oor 'n waardeoordeel wat 'n afweging van die onderskeie partye se belange inhou en waar 'n verskeidenheid faktore 'n rol kan speel (sien ook Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 40ev). In laasgenoemde verband beklemtoon sy die belangrikheid van relevante grondwetlike imperatiewe, onder andere dat staatsamptenare verantwoordbaar is vir hulle optrede en dat die staat die plig het om die regte in die Handves van Regte te respekteer, te bevorder en te verweselik. Alhoewel hierdie beskouing in die algemeen instemming verdien, is dit eerstens 'n vraag of die Handves *in casu* direk ter sprake was. Dit het naamlik hier gegaan oor die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies, 'n belang wat nie as 'n fundamentele reg in die Grondwet verskans word nie. Dit impliseer dat hierdie belang nie dieselfde grondwetlik versterkte beskerming as die verskanste regte geniet nie. Hierdie benadering blyk ook uit die gemenerereg. In *Knop v Johannesburg City Council* (1995 2 SA 1 (A)) (sien ook Neethling en Potgieter "Deliktuele Onregmatigheid by die Nie-nakoming van 'n Statutêre Voorskrif" 1995 *THRHR* 530-531) maak appèlregter Botha vir doeleindes van 'n afleiding van onregmatigheid 'n onderskeid tussen gevalle van saakbeskadiging en gevalle van suiwer ekonomiese verlies. Hy bevestig dat die veroorsaking van suiwer ekonomiese verlies, in teenstelling met saakbeskadiging, nie *prima facie* onregmatig is nie. Hy stel dit soos volg (26):

“The point of distinction between the situation dealt with in that case [*Simon’s Town Municipality v Dews (supra)*] and the issue in the present one is this. In that case the negligent causing of a fire to spread to and damage the respondents’ properties would undoubtedly have been found to have been wrongful, but for the possibility of a defence under s 87 of the Forestry Act being successfully invoked. *Prima facie* wrongfulness was manifest in the physical impact the appellant’s conduct had on the corporeal property of the respondents ... In the present case there is no such feature. The plaintiff is suing for the recovery of pure economic loss. He is in no position to rely on an inference of wrongfulness flowing from an allegation of physical damage to property (or injury to person).”

Daarom moet ’n eiser in gevalle van suiwer ekonomiese verlies aantoon dat daar ’n regsplig op die verweerder gerus het om nie die betrokke skade te veroorsaak nie, welke plig met verwysing na die *boni mores*-maatstaf bepaal word (Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 315ev).

Tweedens is dit bevraagtekenbaar of, soos blyk uit die hof se verwysing na regter Nugent se uitspraak in *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden (supra* 446-447 hierbo aangehaal), die blote feit dat staatsamptenare in die algemeen verantwoordbaar is vir die uitvoering van hul taak, beteken dat dié verantwoordbaarheid tot ’n noodsaaklike, selfstandige faktor by die bepaling van die regsplig by onregmatigheid verhef moet word. Soos uit regter Lewis se uitspraak self blyk (29F hierbo aangehaal), is dit noodsaaklik om byvoorbeeld die betrokke amptenaar se spesifieke statutêre pligte asook die aard van die betrokke funksie wat hy moet verrig, in berekening te bring om te bepaal of daar ’n regsplig op hom gerus het. Hieruit word die staat se verantwoordbaarheid dan afgelei. Dit beteken dat die statutêre plig sy verantwoordbaarheid skep – die amptenaar is met ander woorde verantwoordbaar omdat daar ’n plig bestaan om op te tree en nie andersom nie: daar bestaan nie ’n regsplig omdat die amptenaar verantwoordbaar is nie. Daarom behoort staatsverantwoordbaarheid nie die regsplig by onregmatigheid te bepaal nie (sien Neethling “Die Hoogste Hof van Appèl bevestig die Uitdyende Verantwoordelikheid van die Staat om die Reg op die Fisies-Psigiese Integriteit in die Lig van die Grondwet te Beskerm” 2003 *TSAR* 783; en vgl ook Marais AR se kritiek in *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden supra* 452).

#### 4 1 2 Nalatigheid en redelike voorsienbaarheid

Afgesien van grondwetlike imperatiewe, is die redelike voorsienbaarheid van skade aan die eiser volgens regter Lewis ook ’n relevante oorweging vir die bepaling van onregmatigheid (32C-D hierbo aangehaal). In hierdie verband haal sy slegs die laaste sin van Millner (25) se volgende beskrywing van die Engelsregtelike “duty of care”-leerstuk aan:

“The law lays down two tests for ascertaining the existence of a duty of care; firstly that the injury was such as *a reasonable man would have foreseen and guarded against*; secondly, that the nature of the interest infringed was one which the law protects against negligent conduct. These two elements must occur to give rise to a duty of care.

*Now it is plain that the first test is in no way different from the test applied in order to decide the 'negligence issue', that is, in order to answer the question: was the defendant's conduct negligent? It reiterates the identical abstract standard of reasonableness. If the reasonable man, placed in the circumstances of the defendant, would have foreseen that his conduct might endanger or prejudice others in regard to their legally protected interests, then the defendant is deemed to have been under a legal duty towards such others to exercise appropriate care" (ons kursivering).*

Hieruit blyk duidelik dat die gedeelte wat regter Lewis aanhaal as regverdiging vir haar standpunt dat “the test for reasonableness [dws die ‘redelike persoon’-toets] goes not only to negligence, but also to determine the boundaries of lawfulness” (32E), nie net die redelike voorsienbaarheid van skade betrek nie maar ook die tweede been van die nalatigheidstoets, naamlik of die verweerder in die lig van voorsienbare skade redelike sorg aan die dag moes gelê het – oftewel stappe moes gedoen het – om die skade te voorkom. Beskou ’n mens nou die regter – en daarby ook appèlregter Hefer in *Government of the Republic of South Africa v Basdeo* (*supra* 368-369) – se beroep op Millner (25) dat dié skrywer steun vir haar standpunt bied dat redelike voorsienbaarheid ’n relevante oorweging by die onregmatigheidsvraag is, dan is dit duidelik dat sy in werklikheid die volledige toets vir nalatigheid – soos geformuleer in *Kruger v Coetzee* (*supra* 430) en Millner dit self ook sien – pens en pootjies by onregmatigheid betrek. Hierdie formulering “reiterates [naamlik] the identical abstract standard of reasonableness” (Millner 25) as die eerste toets (element) vir die bepaling van die bestaan van ’n Engelsregtelike “duty of care”, te wete die “negligence issue”. Nietemin wil dit voorkom of regter Lewis nie hierdie konsekwensie van haar oornome van Millner se uiteensetting besef nie aangesien sy te kenne gee dat Faircape se bewering dat dit onregmatig vir die minister was “to do negligently what it asked”, “conflates the enquiries as to wrongfulness and fault” (33F-G). Sy vervolg (33F-34A):

“Of course, to be actionable the conduct must be both wrongful and negligent. And in determining each aspect one must ask whether the Minister should have foreseen that the applicant for the removal of the restrictions would suffer loss if the application were granted. But attaching the label of negligence to the conduct does not in itself make the conduct wrongful.

One of the enquiries, then, for determining whether the Minister was under a legal duty to prevent harm to Faircape is whether the Minister should have foreseen that his conduct ‘might endanger or prejudice others in regard to their legally protected interests’? A similar question is inevitably repeated when one is determining the issue of negligence. In the context of determining wrongfulness, the question relates only to whether there should be a legal duty imposed on the Minister not to infringe a legal interest of an applicant. And it is but one of several enquiries that must be pursued in order to determine whether, as a matter of legal policy, an official or member of government should be visited with liability for damages.”

Alhoewel regter Lewis klaarblyklik ’n samesmelting van onregmatigheid en nalatigheid teenstaan (omdat ’n mens met twee selfstandige delikselemente te doen het), is die afleiding nietemin onafwendbaar dat sy nalatigheid as medebepalend vir onregmatigheid ag. Indien hierdie afleiding korrek is, kan met reg gevra word of dit dan nog enige sin het om ingevolge haar benadering boonop ’n verdere ondersoek na nalatigheid as selfstandige

delikselement te loods. Die vraag of die verweerder nalatig opgetree het, is immers dan reeds tydens die ondersoek na onregmatigheid beantwoord. Hierdie gevolgtrekking blyk ook uit *Government of the Republic of South Africa v Basdeo* (*supra* 370) waar appèlregter Hefer insgelyks nalatigheid inspan om onregmatigheid vas te stel. Daarom is dit glad nie verbasend nie dat hy, nadat hy bevind het dat die verweerder onregmatig opgetree het, summier tot die slotsom kom dat nalatigheid ook by hom teenwoordig was (*Government of the Republic of South Africa v Basdeo supra* 370):

“The enquiry relating to [negligence] is, of course, so intertwined with the previous one [wrongfulness] that much of what has already been said goes towards proof of the unreasonableness of his conduct.”

Die tweede been (element) van die Engelsregtelike “duty of care”-begrip soos deur Millner uiteengesit, word onses insiens korrek deur hoofregter Rumpff in *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk* (1979 3 SA 824 (A) 833) verduidelik:

“The duty concept, on the contrary, shows abounding vitality. The key to this paradox is the utility of the concept as a device of judicial control over the area of actionable negligence on grounds of policy. Here the ascertainment of liability is linked to the second of the two elements of duty of care referred to above. *This second element is not at all concerned with reasonable foresight; it is to do with the range of interests which the law sees fit to protect against negligent violation*” (ons kursivering).

Die tweede element het dus niks met redelike voorsienbaarheid (nalatigheid) te make nie maar betrek die vraag (“value judgment”) na die beskermingswaardigheid van individuele belange met behulp van die toepassing van beleidsoorwegings (“grounds of policy”), dit wil sê die vraag na onregmatigheid (vgl Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 317-319 met betrekking tot suiwer ekonomiese verlies). Hierdie siening word ook in *Knop v Johannesburg City Council* (*supra* 27) verwoord waar appèlregter Botha verklaar:

“For present purposes ... the difference between the two elements of a duty of care is perhaps more aptly described by Millner ... : ‘The duty concept in negligence operates at two levels. At one level it is fact-based, at another it is policy-based’. The fact-based duty of care forms part of the enquiry whether the defendant’s behaviour was *negligent* in the circumstances. The *whole enquiry is governed by the foreseeability test*, and ‘duty of care’ in this sense is a convenient but dispensable concept. In the phraseology of our law the ‘policy-based or notional duty of care is more appropriately expressed as a legal duty’, in consonance with the requirement of wrongfulness as an element of delictual liability ...” (ons kursivering).

Die gevolgtrekking is dus dat die hof in *Faircape* die onderskeid tussen onregmatigheid en nalatigheid verdoesel (sien ook Neethling “Onregmatigheid, Nalatigheid; Regsplig, ‘Duty of Care’; en die Rol van Redelike Voorsienbaarheid – Praat die Appèlhof uit Twee Monde?” 1996 *THRHR* 682ev 685-686). Hierdie twee elemente word in die Suid-Afrikaanse deliktereg om klaarblyklike oorwegings as selfstandige aspekte van ’n onregmatige daad geag (vgl ook *Simon’s Town Municipality v Dews supra* 196 hierbo aangehaal). Die kern van die onderskeid is daarin geleë dat dit by onregmatigheid om ’n diagnostiese belange-afweging aan die hand



van die regoortuigings van die gemeenskap gaan, terwyl nalatigheid 'n prognostiese redelike voorsienbaarheid en voorkombaarheid van skade verg (Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 165-168; en Neethling "Self-defence: The 'Unreasonable' Reasonable Man" 2002 *SALJ* 285-286). Indien hierdie gevestigde onderskeid negeer word, word nie alleen die regs-teoretiese grondslae van ons deliktereg ondergrawe nie, maar kan die proses ook dien as 'n geleibuis tot verwarring en gevolglike regsonsekerheid – en soveel te meer as selfs die Hoogste Hof van Appèl nog steeds nie hieroor duidelik uit een mond praat nie (sien Neethling 1996 *THRHR* 686). Maar meer nog, die gebruik van die toets vir nalatigheid om onregmatigheid te bepaal, is nie net volgordelik verkeerd nie (aangesien onregmatigheid, soos by herhaling al beklemtoon is, 'n voorvereiste vir nalatigheid is – Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 131 vn 6; sien ook Mukheibir "The Cart Pulling the Horse – Does the Enquiry as to Wrongfulness Necessarily Precede the Question of Fault?" 2002 *Obiter* 397ev), maar kan ook daartoe aanleiding gee dat aanspreeklikheid te wyd uitkring. In *Cape Town Municipality v Bakkarud* (2000 3 SA 1049 (HHA) 1055) verklaar appèlregter Marais soos volg:

"Any attempt to decide whether a particular omission will potentially ground liability by merely measuring it against the standard of conduct to be expected of a reasonable person will fail for a number of reasons. First, that test is sequentially inappropriate. ... Secondly, the application of the classic test for *culpa* to the solution of the anterior question is calculated to produce consequences which are likely to be too burdensome for society to acquiesce in shouldering them. The hypothetical reasonable person (*diligens paterfamilias*) would have to be credited with a reasonable sense of ethical or moral responsibility and a propensity to act in accordance with it. To use his or her likely reaction to the situation as the yardstick by which to measure whether or not action is required *by law* would be tantamount to converting every reasonably perceived ethical or moral obligation to act into an obligation or duty imposed by law. But that is the very equation against which the law has thus far set its face."

In die lig van die voorafgaande is dit duidelik dat die toepassing van die Engelsregtelike "duty of care" feitlik geen konkrete bydrae tot ons deliktereg kan lewer nie (sien in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 160-162; en Neethling 1996 *THRHR* 686-687). Alhoewel die bevrugterende inwerking van die "common law of torts" op ons reg nie ontken kan word nie (sien Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 5 vn 12; en sien ook Neethling "Tort Law in South Africa – The Mixing of the General and the Particular" in Smits (red) *The Contribution of Mixed Legal Systems to European Private Law* (2001) 81ev), is die Suid-Afrikaanse delikselemente – dogmaties, regshistories en uit 'n praktiese hoek – reeds so goed ontwikkel dat dit onnodig is om die verwarringstigterende "duty of care"-leerstuk hier toe te pas. Daarom is dit jammer dat Millner, wat oor die Engelsregtelike "duty of care" skryf, in enkele uitsprake van die Hoogste Hof van Appèl as 't ware as direkte gesag vir die toepassing van onregmatigheid en nalatigheid in ons reg dien, en nie erkende skrywers oor ons deliktereg soos Boberg, Burchell, Van der Walt en Midgley en Van der Merwe en Olivier nie.

'n Laaste kwessie wat in verband met onregmatigheid en nalatigheid oorweging verdien, is die moontlikheid dat die hof in sowel *Faircape* as *Government of the Republic of South Africa v Basdeo* (*supra*) met “redelike voorsienbaarheid” nie werklik die volledige voorsien- en voorkombaarheids-toets vir nalatigheid bedoel nie, maar net redelike voorsienbaarheid van skade as 'n faktor by die bepaling van onregmatigheid wil inspan. Indien daar werklik meriete vir so 'n benadering is, moet hierdie faktor duidelik onderskei word van die redelike persoon-toets vir nalatigheid asook van redelike voorsienbaarheid as subsidiêre toets by die bepaling van juridiese kousaliteit (sien in die algemeen Neethling, Potgieter en Visser *Deliktereg* 149ev, 213ev, en 216ev), anders loop 'n mens die gevaar om in die nete van begripsverwarring vasgevang te word.

#### 4 1 3 Tradisionele benadering

Gesien die probleme wat die “duty of care”-leerstuk skep, behoort die tradisionele benadering (soos gerugsteun deur die Grondwet) na ons mening in die onderhawige tipe gevalle ter bepaling van onregmatigheid gevolg te word (sien *supra* 1ste par van hierdie bydrae). Daarom moes die hof in *Faircape* vasgestel het, eerstens of die minister uitvoering aan die betrokke statutêre voorskrifte gegee het, en tweedens of die skade nie deur redelik uitvoerbare maatreëls – en nie deur “nie-nalatige” optrede, soos die applikant in *Faircape* dit wou hê nie – verhoed of verminder kon gewees het. In hierdie verband het appèlregter Lewis geen probleem gehad om te bevind dat die minister ten volle binne die perke van die betrokke wetgewing gehandel het nie: daar was naamlik geen statutêre verpligting op die minister om die reëlmatigheid van die aansoek te verifieer nie en daarom was hy ook nie verplig om verdere redelike stappe in hierdie verband te inisieer nie. Gevolglik het die minister binne die perke van sy statutêre bevoegdheid as regverdigingsgrond opgetree. Dit was derhalwe onnodig vir die hof om *Faircape* se bewering te ondersoek dat dit onregmatig vir die minister was om sy verpligtinge op 'n “nalatige” wyse uit te oefen.

#### 4 1 4 Regsbeleid

In verband met onregmatigheid bevind appèlregter Lewis ten slotte dat *Faircape* se eie versuim om stappe te doen om sy regte te beveilig, strydig met die regsopvattinge van die gemeenskap is. Sy verklaar (34G-35C):

“It is hardly consonant with any sense of fairness or justice that an applicant for the removal of restrictions should be allowed an action on the basis that its application was granted by the Minister when it was in just as good a position as the Minister, if not better, to know that the application was defective. The whole foundation of *Faircape*'s claim is flawed: it was not entitled to apply for the removal of the restrictions on the papers presented to the Minister, and there is no reason of policy why it should be compensated for having done so ... Generally, as a matter of legal policy, an applicant who fails to fulfil that obligation should not be entitled to damages even if the Minister negligently fails to detect the applicant's error. I can see no reason of policy that compels the conclusion that he should.”

---

Die hof se bevinding kom daarop neer dat aangesien *Faircape* in werklikheid sy eie skade veroorsaak het weens sy versuim om as applikant sy eie belange te beveilig, die skade eenvoudig rus waar dit val (*res perit domino*). Regsbeleid verg dat 'n eiser wat versuim om die voorgeskrewe prosedures met betrekking tot die verwydering van beperkinge op eiendom na te kom, nie op enige vergoeding geregtig is vir skade wat uit sy versuim voortgevloei het nie. Indien regsbeleid aanspreeklikheid in beginsel uitsluit, wonder 'n mens waarom die hof hierdie aspek bloot as 'n faktor by onregmatigheid oorweeg. In der waarheid was dit in hierdie saak waarskynlik dan onnodig om die aanspreeklikheid (onregmatigheid inbegrepe) van die minister enigsins onder die loep te neem eenvoudig omdat regsbeleid die benadeelde 'n deliksaksie ontsê.

J Neethling  
en  
JM Potgieter  
*Universiteit van Suid-Afrika*