

Alternatiewe benaderings ten opsigte van feitelike kousaliteit in die deliktereg

Bernard Wessels

B. Wessels, Departement Privaatreg, Universiteit van Stellenbosch

Opsomming

In *Lee v Minister of Correctional Services* is die eiser tydens sy aanhouding in die Pollsmoor-gevangenis met tuberkulose (TB) geïnfekteer. Hy beweer dat die verweerder se werknemers op nalatige wyse versuim het om die bestaande gesondheidsmaatreëls toe te pas, welke versuim op onregmatige wyse sy infeksie veroorsaak het, en hy stel gevolglik 'n skadevergoedingseis teen die verweerder in. Weens die besondere aard van 'n TB-infeksie is dit onmoontlik om die bron daarvan te identifiseer en bygevolg op oorwig van waarskynlikheid te bewys dat die nalatige versuim van die tronkowerhede die feitelike oorsaak van die eiser se skade is. Tog bevind die verhoorhof en die konstitusionele hof dat daar wel 'n kousale verband tussen die eiser se skade en die verweerder se nalatige versuim was. Die konstitusionele hof bevind voorts dat al die elemente van 'n delik deur die eiser bewys is en stel die verweerder deliktueel aanspreeklik. Die feite van hierdie saak illustreer die kompleksiteit wat die kousaliteitsvraag soms kan binnedring asook die uitdagings wat die gemeenregtelike *conditio sine qua non*- of *but for*-toets vir feitelike kousaliteit in uitsonderlike feitegevalle moet trotseer.

Die ontoereikendheid van die gemeenregtelike toets vir feitelike kousaliteit is elders breedvoerig bespreek. Een van die tradisionele punte van kritiek teen die toets is dat dit onbevredigend funksioneer met betrekking tot daardie gevalle waar daar meer as een verweerder is wat op een of ander wyse tot die eiser se skade bydra. In hierdie artikel word van 'n vergelykende regsprospektief gebruik gemaak ten einde alternatiewe benaderings tot feitelike kousaliteit in hierdie probleemgevalle krities te evalueer.

Aan die hand van onder andere Amerikaanse, Kanadese en Engelse regspraak word gefokus op die volgende alternatiewe benaderings: Eerstens word daar gekyk na die besluit van Amerikaanse en Kanadese howe om, in besondere gevalle waar meerdere verweerders betrokke is, die bewyslas na die betrokke verweerders te verskuif. Sodanige benadering moet uiteindelik verstaan word as 'n beleidsbesluit wat geneem word wanneer dit duidelik blyk dat daar slegs enkele meerdere verweerders is wat elkeen duidelik op onregmatige en skuldige wyse opgetree het en boonop op soortgelyke wyse tot die eiser se skade bygedra het. Tweedens word, teen die agtergrond van 'n Amerikaanse produkte-aanspreeklikheidsaak, gekyk na die markaandeelbenadering. Ingevolge hierdie benadering word die waarskynlikheid van 'n kousale verband tussen elke betrokke verweerder se bydrae tot die eiser se skade gemeet aan die onderskeie verweerders se persentasie van die markaandeel

ten opsigte van die gewraakte produk. Hierdie benadering word nie deur alle Amerikaanse howe aanvaar nie en dit word veral gekritiseer as sou dit die feitlikekousaliteitsvereiste vir deliktuele aanspreeklikheid uitskakel. In derde instansie word die onlangse en veelbesproke *NESS*-toets vir feitlike kousaliteit kortliks bespreek. Terwyl hierdie alternatiewe benaderings tot feitlike kousaliteit moontlik aangewend sou kon word in meerdere-verweerders-probleemgevalle, word aan die hand gedoen dat dit nie die feitlikekousaliteitsprobleem in die *Lee*-saak sou kon oplos nie. Die kernprobleem in *Lee* was nie dat meerdere verweerders op een of ander manier die eiser se skade veroorsaak het nie, maar eerder dat die bron van die eiser se skade geensins identifiseerbaar was nie.

In die voorfinale onderafdeling word die konstitusionele hof se hantering van die feitlike kousaliteitsvereiste in *Lee* breedvoerig bespreek. Daar word onder andere aangevoer dat die meerderheidsuitspraak uiteindelik die vereiste van feitlike kousaliteit uitskakel en gebruik maak van die verhoging-van-risiko-benadering ten einde tot 'n billike en regverdigte beslissing te kom. Om die wenslikheid van sodanige benadering te evalueer, word die wesenlike-bydrae-toets, asook die omstrede wesenlike-verhoging-in-risiko-benadering, soos ontwikkel in *McGhee v National Coal Board* en *Fairchild v Glenhaven Funeral Services*, aan 'n kritiese evaluering onderwerp. In die laaste onderafdeling van die artikel word daar tot die gevolgtrekking gekom dat dit in besondere omstandighede wenslik sou wees om op grond van beleidsoorwegings af te wyk van die gemeenregtelike toets vir feitlike kousaliteit, maar dat sodanige ontwikkeling vergesel moet word van 'n uiteensetting van duidelike kriteria vir die toepassing daarvan ten einde regsekerheid te verseker. Of anders, indien die howe nie die gemenerereg ontwikkel nie, behoort die wetgewer die situasie aan te spreek.

Trefwoorde: alternatiewe benaderings; bewyslas; *but for*-toets; *conditio sine qua non*-toets; delik; feitlike kousaliteit; gesonde verstand en algemene menslike ervaring; markaandeel-benadering; *NESS*-toets; tweeledige benadering; wesenlike bydrae; wesenlike-verhoging-van-risiko-benadering

Abstract

Alternative approaches to factual causation in the law of delict

In *Lee v Minister of Correctional Services* the plaintiff contracted tuberculosis (TB) during his incarceration in the Pollsmoor prison. He alleged that the defendant's employees negligently failed to implement the existing preventative and precautionary measures, which failure was not only negligent and wrongful, but also caused his TB infection. Accordingly, he instituted a delictual claim for damages against the defendant. The high court upheld his claim, but the supreme court of appeal dismissed it on the basis that it could not be proved, on a balance of probabilities, that the prison authorities' failure to implement such measures, albeit negligent, was the factual cause of the plaintiff's infection. The supreme court of appeal, like the minority of the constitutional court, took sufficient notice of the peculiar nature of a TB infection: transmission can occur by breathing in just one airborne TB mycobacterium, and a human being may at any time be carrying any number of bacterial cells, from any possible number of sources. In some cases TB will take hold but remain dormant, while in others it will multiply and manifest in active disease. Furthermore, a person in whom TB has

progressed from “dormant” to “active” will not always immediately show symptoms – it may manifest only as the disease progresses. To add to the complexity, it is possible to be tested for TB but be screened as negative, even though the bacterium is, in fact, present. It follows from the above that identifying the presence of the bacterium, and indeed the number of cells carried by the host, is extremely difficult. Therefore, although it is possible to determine what agent causes TB, science cannot identify which one of innumerable exposures was the probable source of infection in this case. Accordingly, even if the plaintiff was able to show what steps the prison authorities should reasonably have taken, the nature of the disease meant that he would always be at risk of contagion from undiagnosed fellow prisoners, whatever prison management did. Since reasonable measures could not eliminate this risk, and since the plaintiff could not pinpoint who had infected him, it was just as likely as not that he had been infected by a prisoner whom the prison authorities could not reasonably have known might pass the disease on to him. According to the supreme court of appeal it was, therefore, not possible to find that a negligent omission by the prison authorities probably caused his infection.

In a further appeal to the constitutional court, the majority of this court held that the supreme court of appeal, in applying the common law *but for* test in respect of factual causation, had applied a rigid and deductive logic. The majority of the constitutional court criticised this approach of the supreme court of appeal and held that, on a balance of probabilities, a factual connection between the plaintiff’s harm and the defendant’s conduct could be proven when implementing a flexible test in respect of factual causation. Such a flexible approach emphasises that the application of the *but for* test is not based on mathematics, pure science or philosophy, but is a matter of common sense, based on the practical way in which the ordinary person’s mind works against the background of everyday-life experiences. Notwithstanding the result that the application of the flexible approach would render on the particular facts, the majority of the constitutional court went further and demonstrated that the orthodox *but for* test could yield the same result. This conclusion was reached in the following way: if reasonable conduct on the part of the prison authorities was postulated, as is required in the application of the orthodox *but for* test, the general risk of a TB infection would decrease and, on the basis of inference, this also meant that the risk of a TB infection in respect of a specific detainee would similarly decrease. The majority therefore held that in the circumstances it would be sufficient to satisfy probable factual causation where the evidence establishes that the plaintiff found himself in the kind of situation where the risk of contagion would have been reduced by the proper implementation of preventative measures.

This reasoning is similar to the approach adopted by English courts in recent cases, in accordance with which plaintiffs were regarded as having satisfied the factual causation requirement by merely proving that the defendant’s conduct had (materially) increased the risk of the plaintiffs’ harm. It is submitted that, in respect of the unique facts of the case, neither the implementation of the flexible approach nor the (material) increase of risk harm approach can sustain the conclusion reached by the majority of the constitutional court.

The facts of this case provide a striking illustration of the complexity which, at times, surrounds the element of factual causation as well as the challenges which confront the application of the common law *but for* test in exceptional cases.

This article first focuses on the inadequacy of the common law *but for* test. One such inadequacy which is often emphasised is that, when confronted with multiple, sufficient causes, the *but for* test breaks down and is unable to provide satisfactory results. By adopting a comparative perspective, alternative approaches to factual causation in these problematical cases is then discussed and subjected to critical evaluation. Each alternative is also applied in respect of the facts in the *Lee* case in order to determine whether the application thereof could have provided a fair, just and legally sound conclusion.

American and Canadian courts have suggested that, in the light of the unsatisfactory results yielded by the *but for* test in the case of multiple defendants, the defendants rather than the plaintiff should have the burden of proof in showing that they were not the factual cause of the plaintiff's harm. The decision to discard the orthodox *but for* approach is a normative-based one: it seems fairer that the burden of identification be borne by the wrongdoers rather than the victim when it is their multiplicity alone which seemingly precludes the latter from identifying the responsible culprit. In a product liability context, where it was known that a specific product had caused the plaintiff's harm but it was impossible to determine which of the potential 300 manufacturers had produced the specific product used by the plaintiff, American courts developed the so-called market share approach. Essentially, courts have argued that, for policy-based reasons, the issue of causation should be approached from a different perspective in these instances: each defendant manufacturer will be held liable for the proportion of the market it holds unless it can demonstrate that it could not have manufactured the specific product which caused the plaintiff's injuries.

Certain South African commentators have proposed that, confronted with multiple causation, the issue must be approached globally rather than focusing on a specific plaintiff. French courts have applied such an approach, holding that, since the entire group created a risk through their negligent conduct, and the injury to the plaintiff constituted a realisation of such risk, all of the defendants must be held liable jointly and severally. The recently formulated *NESS* test has been formulated in order to soften the harsh effect of the *but for* test in respect of multiple causation cases. In accordance with this test a particular condition is a cause of (or contributed to) a specific result if it was a necessary element of a set of antecedent actual conditions that was sufficient for the occurrence of the result. These alternative approaches are critically discussed and the conclusion is reached that, since the *Lee* case does not deal with multiple wrongdoers or product liability, the alternative approaches which have been developed and applied in the above jurisdictions would not provide an answer to the peculiar problem in the *Lee* case.

In the final section of the article the decision of the majority of the constitutional court is critically discussed by comparing it with the recent development adopted by English courts in recent cases. In these cases the House of Lords has held that, where science cannot determine the source of a plaintiff's harm (as is the case in *Lee*), it is sufficient to satisfy the factual causation requirement if the plaintiff proves that the defendant's conduct (materially) increased the risk of the plaintiff's harm. Although such an approach has been praised as being transparent, it has also suffered severe criticism. Most notably, commentators have emphasised that the creation of a risk cannot be equated to the factual causation of harm and to argue otherwise amounts to a fiction. Secondly, the approach has detrimental consequences for the apportionment of damages. It potentially means that a single defendant may be held liable for the entire loss of the plaintiff even though it cannot be

proven that such defendant factually caused the plaintiff's harm but merely increased the risk of the plaintiff's harm. It is submitted that these considerations were not properly taken into account by the majority of the constitutional court when it held that an increase in the risk of harm would be sufficient to prove a factual connection between the plaintiff's harm and the defendant's conduct.

In English law the (material) increase in the risk of harm approach has been formulated as an exceptional legal rule applicable only in exceptional situations. Determining such criteria is important because the unrestricted application thereof may lead to a flood of litigation, especially in the field of medical negligence. The decision of the majority of the constitutional court provides no such guidelines or criteria and, accordingly, uncertainty prevails as to whether a plaintiff in a similar case (that is, where the source of the plaintiff's harm is unidentifiable) will be able to succeed with his delictual claim if he merely proves that the defendant's conduct increased the risk of his harm. It is suggested that the constitutional court should address this issue, or, alternatively, that the legislature intervene to regulate the potential liability of defendants in similar situations.

Keywords: alternative approaches; burden of proof; *but for* test; common sense and human experience in general; *conditio sine qua non* test; delict; dual approach; factual causation; market share approach; material contribution; material increase of the risk approach; *NESS* test

1. Inleiding

Alhoewel daar in die onlangse verlede heelwat geskryf en gedebatteer is oor ander vereistes vir deliktuele aanspreeklikheid,¹ hou kousaliteit Suid-Afrikaanse juriste reeds vir 'n geruime tyd besig met ingewikkelde en tergende kwessies.² Hierdie element van deliktuele aanspreeklikheid is reeds beskryf as synde omring deur 'n "morass of controversy".³ Van der Merwe en Olivier omskryf *kousaliteit* as "'n [a]angeleentheid wat, op die keper beskou, nie veel moeilikheid vir die juris behoort op te lewer nie, [...] aldus in 'n tergende raaiselagtigheid omtower [is]", en verwys na dié vereiste as 'n "juridiese Frankenstein".⁴ Ook Suid-Afrikaanse howe het die probleem vantevore reeds geïdentifiseer: "Causality often raises difficult legal questions which cannot always be answered by strict adherence to logic."⁵ Dié "tergende raaiselagtigheid" is ook nie beperk tot die Suid-Afrikaanse regstelsel nie, en elders word daar met groot ywer en reëlmaat oor dié onderwerp geskryf in 'n poging om van die verwarrende aspekte van hierdie vereiste aan die kaak te stel.⁶

In die onlangse saak *Lee v Minister of Correctional Services*⁷ is die eiser, wat vir byna vyf jaar lank 'n Pollsmoor-gevangene was, geïnfekteer met tuberkulose (TB) tydens sy gevangenskap. Die eiser beweer dat die verweerder se werknemers op nalatige wyse versuim het om die bestaande gesondheidsmaatreëls toe te pas, welke versuim op onregmatige wyse die TB-infeksie veroorsaak het en stel gevolglik 'n skadevergoedingseis teen die verweerder in. Weens die besondere aard van 'n TB-infeksie is dit onmoontlik om die bron daarvan te identifiseer. Desnieteenstaande het die verhoorhof en uiteindelik die konstitusionele hof beslis dat 'n feitelike kousale verband wel tussen die eiser se gelede skade en die verweerder se nalatige versuim getrek kan word.

Die feite van hierdie saak illustreer op treffende wyse die kompleksiteit wat die kousaliteitsvraag soms kan binnedring, asook die uitdagings wat die gemeenregtelike *conditio sine qua non*- of *but for*-toets vir feitelike kousaliteit in uitsonderlike feitegevalle moet trotseer. In hierdie artikel word eerstens gefokus op die ontoereikendheid van die gemeenregtelike *but for*-toets vir feitelike kousaliteit – in sekere probleemgevalle lewer dié toets eenvoudig geen werkbare of bevredigende resultate nie. Deur van ’n regsvergelijkende perspektief gebruik te maak, word alternatiewe benaderings ten opsigte van die feitelikekousaliteitsvereiste daarna aan kritiese bespreking onderwerp. In die laaste afdeling van die artikel word die hantering van feitelike kousaliteit deur die konstitusionele hof in die *Lee*-saak bespreek.

2. Feitelike kousaliteit in die Suid-Afrikaanse deliktereg

2.1 Kousaliteit: ’n tweeledige benadering

Kousaliteit is ’n vereiste vir deliktuele aanspreeklikheid en die eiser moet op ’n oorwig van waarskynlikheid bewys dat daar ’n feitelike verband getrek kan word tussen sy gelede skade en die verweerder se optrede.⁸ Die Suid-Afrikaanse deliktereg, soos die meeste ander regstelsels,⁹ volg ’n tweeledige benadering ten opsigte van kousaliteit:¹⁰ eerstens moet ’n feitelike kousale verband tussen die eiser se skade en die verweerder se optrede vasgelê word; en tweedens, aangesien die feitelike gevolge van ’n verweerder se optrede ad infinitum kan strek en daar ’n onbepaalde aantal feitelike oorsake bestaan wat op ’n eiser se skade kan inwerk, moet die potensiele probleem van grenslose aanspreeklikheid aangespreek word.¹¹ Howe moet verseker dat die eiser se skade nie “te ver verwyderd”¹² van die verweerder se optrede was nie. Daarom word verder gevra of daar ’n genoegsaam noue verband tussen die gelede skade en die optrede is dat die skade die verweerder toegereken kan word.¹³ Daar word soms na hierdie tweede deel van die kousaliteitsondersoek verwys as “juridiese kousaliteit”¹⁴ of “remoteness of damage”.¹⁵ Beleidsoorwegings word in hierdie verband aangewend om billike, regverdige en redelike grense vir aanspreeklikheidsoplegging vas te stel.¹⁶

Ten spyte van die aanhang wat die tweeledige benadering tot kousaliteit in die algemeen in Suid-Afrikaanse howe en onder akademici geniet, bestaan daar ondersteuning vir die argument dat die ondersoek na ’n sogenaamde juridiese kousale verband oorbodig is, omdat die oplegging van deliktuele aanspreeklikheid beperk kan word deur die elemente van onregmatigheid en skuld.¹⁷ Die debat rakende die bestaansreg van juridiese kousaliteit in die Suid-Afrikaanse deliktereg het onder andere te make met die verskillende wyses waarop daar nagedink word oor onregmatigheid en skuld, en ’n gedetailleerde bespreking van dié kwessie val buite die raamwerk van hierdie artikel.¹⁸ Dit is voldoende om daarop te wys dat juridiese kousaliteit as ’n vereiste van deliktuele aanspreeklikheid gereken word en dat beleidsoorwegings hier, soos by die onregmatigheidsondersoek, ’n besondere rol in die begrensing van aanspreeklikheid speel.¹⁹ Dit beteken nie dat dieselfde beleidsoorwegings onnodig herhaal moet word tydens die onregmatigheid- en kousaliteitsondersoeke nie. Intendeel, daar is ’n verskil in die klem en fokus tussen dié ondersoeke. Selfs al word die teweegbring van skade op grond van beleidsoorwegings as onregmatig beskou, kan dit wees dat daardie skade weens ander beleidsoorwegings te ver verwyderd van die

skadestigtende gebeurtenis geag word om 'n juridiese kousale verband daar te stel. Dit is ook presies wat die appèlhof in *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley*²⁰ bevind het.²¹

2.2 Enkele opmerkings oor die werking van die but for-toets

Ons howe aanvaar dat daar met behulp van die sogenaamde *conditio sine qua non*-toets, oftewel die *but for*-toets, bepaal kan word of die eiser se optrede die feitelike oorsaak van die verweerder se skade was.²² Dit is 'n "toets" wat fokus op noodsaaklike voorwaardes of oorsake:²³ die verweerder se handeling kon die skadelike gevolg veroorsaak het slegs indien dit 'n noodsaaklike voorwaarde vir die intree van daardie gevolg was.²⁴ In die geval van positiewe optrede deur die verweerder vereis die "toets" die verstandelike eliminering van die optrede en die beantwoording van die vraag of die eiser se skade teen die hipotetiese agtergrond van sodanige eliminering steeds sou intree.²⁵ Daarteenoor vereis die "toets" met betrekking tot latere die postulering van positiewe optrede in die plek van die versuim en die beantwoording van die vraag of die eiser se skade teen die hipotetiese agtergrond van sodanige byvoeging steeds sou intree.²⁶

Howe en akademici is egter nie eensgesind oor die presiese aard van die optrede wat by 'n late gepostuleer behoort te word nie. Sommige kommentators is van mening dat hipotetiese regmatige optrede gepostuleer moet word.²⁷ Dit behels dat die ondersoeker moet vasstel wat die verloop van sake sou wees indien die verweerder ooreenkomstig 'n bepaalde regsplig sou optree.²⁸ As sodanige hipotetiese handeling in ooreenstemming met 'n vasgestelde regsplig waarskynlik sou verhoed het dat die skade intree, was die verweerder se versuim 'n noodsaaklike voorwaarde vir die betrokke skade.²⁹ Hierdie benadering word aan kritiek onderwerp op grond daarvan dat dit feitelike kousaliteit en onregmatigheid met mekaar verwar.³⁰ Die korrekte vraag is volgens Neethling en Potgieter³¹ of die verweerder enigiets kon doen om die bepaalde gevolg te verhoed en nie of regmatige optrede die intrede van die gevolg sou verhoed nie.³² Hierteenoor is daar 'n argument wat lui dat hipotetiese redelike optrede gepostuleer behoort te word, met ander woorde, optrede wat nie nalatig was nie, oftewel optrede wat strook met die standaard van die sogenaamde redelike persoon.³³ Indien die "ingedinkte" nienalatige optrede waarskynlik die skade sou verhoed het, word die betrokke late dan beskou as die feitelike oorsaak van die betrokke skade. Dié sienswyse word egter ook gekritiseer as sou dit feitelike kousaliteit met nalatigheid verwar.³⁴

Dit is jammer dat die meerderheidsuitspraak van die konstitusionele hof in die *Lee*-saak dié kwessie verder verwar deur bogenoemde benaderings op verskeie plekke te kombineer, sodat dit blyk dat regmatige, nienalatige optrede gepostuleer moet word ten einde te "toets" vir 'n feitelike kousaliteit met behulp van die *but for*-toets:³⁵ "[O]ur law does not require evidentiary proof of the alternative, but merely substitution of a notional and hypothetical *lawful, non-negligent* alternative."³⁶

2.3 'n Wesenlike bydrae as bewys van 'n feitelike kousale verband

Die ondersoek na 'n feitelike kousale verband tussen skade en handeling word in die toonaangewende delikteregsaak oor feitelike kousaliteit, *Minister of Police v Skosana*,³⁷ soos volg verwoord: "The [...] question [is] whether the negligent act or omission in question caused or *materially contributed* to the harm giving rise to the claim."³⁸ Midgley voer aan dat 'n streng interpretasie van dié stelling op twee moontlikhede dui: een waarin feitelike

kousaliteit aanwesig is (“caused”) en een waarin dit nie bestaan nie, maar daar wel sprake is van ’n verswakte verband (“materially contributed”).³⁹ Alvorens die toepassing van hierdie wesenlike-bydrae-toets onder die loep geneem word, moet bepaal word wat onder “wesenlike bydrae” verstaan kan word. In *Kakamas Bestuursraad v Louw*,⁴⁰ waarin daar na die Engelse saak *Bonnington Castings v Wardlaw*⁴¹ verwys word, verduidelik appèlregter Schreiner:⁴²

What is a material contribution must be a question of degree. A contribution which comes within the exception *de minimis non curat lex* is not material, but I think that any contribution which does not fall within that exception must be material. I do not see how there can be something too large to come within the *de minimis* principle but yet too small to be material.

Ten spyte van die omskrywing en toepassing van die wesenlike-bydrae-toets in die *Kakamas*-saak en die verwysing daarna in *Skosana*, blyk dit uit ’n ontleding van ons regspraak dat ’n afsonderlike wesenlike-bydrae-toets vir feitelike kousaliteit nie deur ons howe ontwikkel is nie.⁴³ In die oorgrote meerderheid van sake waarin daar hoegenaamd na ’n wesenlike bydrae verwys word, geskied dit steeds binne die konteks van die *but for*-toets. Die implikasie is dus dat enige verwysing na ’n wesenlike bydrae bloot as ’n indirekte verwysing na die *but for*-toets gesien kan word en dat dit geensins deur die howe as ’n afsonderlike “toets” vir feitelike kousaliteit interpreteer word nie.⁴⁴ Van der Merwe en Olivier skryf byvoorbeeld, ongeag die verwysing na “materially contributed” in *Skosana*: “Van deurslaggewende belang vir die gebied van feitelike kousale verband is die beslissing in *Minister of Police v Skosana* waar al die regters die *conditio sine qua non* as feitelike kousaliteitsmaatstaf beklemtoon.”⁴⁵

Volgens sommige kommentators kan die skaarste aan regspraak wat die wesenlike-bydrae-toets ontwikkel, toegeskryf word aan ’n vrees dat dié toets se geringer bewys-standaard die perke van aanspreeklikheid op ongeregverdigde wyse kan uitbrei.⁴⁶ Ook in die *Lee*-saak is daar, ten spyte van steun wat op die *Kakamas*-saak geplaas word, geen aanduiding dat die bestaan van ’n wesenlike bydrae voldoende is om die feitelikekousaliteitsvereiste te bevredig nie.⁴⁷

Nie alle kommentators beskou die wesenlike-bydrae-toets as ’n indirekte verwysing na die *but for*-toets nie. In stryd met laasgenoemde sienswyse argumenteer Whiting byvoorbeeld dat die *but for*-toets en die wesenlike-bydrae-benadering in kontras met mekaar is juis omdat ’n wesenlike bydrae nie gelykgestel kan word aan ’n noodsaaklike voorwaarde nie.⁴⁸ Hy redeneer dat die howe ’n aparte wesenlike-bydrae-toets moet ontwikkel en gebruik in daardie gevalle waar die verweerder se optrede ’n positiewe resultaat oplewer, oftewel waar die verweerder iets veroorsaak of laat gebeur.⁴⁹ Hierteenoor word die *but for*-toets gereserveer vir daardie gevalle waar ’n negatiewe resultaat voortgebring word deur die verweerder se optrede, dit wil sê daardie gevalle waar die verweerder op een of ander wyse veroorsaak dat iets nie gebeur nie of iets verhoed.⁵⁰ Whiting beweer verder dat ’n wesenlike-bydrae-toets aangewend kan word om die onaanneemlikheid van die *but for*-toets ten aansien van meerdere-veroorsaking-probleemgevalle teen te werk.⁵¹ Whiting se argumente is egter nooit deur die howe aanvaar of toegepas nie en word deur akademici verwerp as synde dat “the propositions he lays down [...] are, not tests of causation, but mere verbal ex

post facto rationalisations of conclusions already arrived at on some other, unexpressed basis.”⁵²

Daar dien verder op gelet te word dat in die laaste van die veelbesproke *Carmichele*-sake die hoogste hof van appèl beslis dat “[f]actual issues cannot be decided differently depending on the type of case.”⁵³ Dus, ongeag die besondere omstandighede, word daar klaarblyklik vereis dat dieselfde benadering tot feitelike kousaliteit in elke delikteregsaak ingeneem moet word, dit wil sê dat ’n feitelike kousale verband tussen die eiser se skade en die verweerder se optrede op oorwig van waarskynlikheid bewys moet word. Ten spyte van verwysings na ’n wesenlike bydrae as genoegsaam om ’n feitelike kousale verband te vestig, word die *but for*-toets steeds in die oorgrote meerderheid hofuitsprake as vertrekpunt geneem.⁵⁴

2.4 Ontoereikendheid van die *but for*-toets vir feitelike kousaliteit

Daar is verskeie punte van kritiek teen die *but for*-toets wat reeds elders⁵⁵ breedvoerig bespreek is. Só is daar al aangevoer dat die *but for*-toets nie werklik ’n toets is nie, maar eerder ’n gerieflike wyse om na afloop van die gebeurte ’n voorafbepaalde kousale verband uit te druk.⁵⁶ Hierbenewens is ook al betoog dat die aanwending van die toets noodsaaklikerwys neerkom op ’n lompe sirkelredenasie.⁵⁷ Die “toets” stel ook nie die ondersoeker in staat om op direkte wyse vas te stel of die betrokke insident die feitelike oorsaak van die gevolg was nie, maar noop hom om op indirekte wyse te probeer bepaal of ander insidente nie die gevolg veroorsaak het nie.⁵⁸

Aangesien die *but for*-toets fokus op noodsaaklikheid,⁵⁹ lewer dit verder onbevredigende resultate in gevalle waar daar meer as een gebeurtenis geïdentifiseer kan word wat in ’n kousale verband tot die verweerder se skade staan.⁶⁰ Daar word soms hierna verwys as “gesamentlike veroorsaking,”⁶¹ “meerdere veroorsaking”⁶² of “kumulatiewe veroorsaking”.⁶³ Sekerlik is een van die bekendste voorbeelde ter illustrasie van dié netelige kwessie die geval waar twee jagers gelyktydig en onafhanklik van mekaar ’n skoot afvuur.⁶⁴ Albei skote tref A, wat dan gevolglik sterf. Die probleem is dat alhoewel elkeen se skoot voldoende was om A se dood te veroorsaak, die *but for*-toets nie ’n bevredigende resultaat kan oplewer nie, omdat nie een van die skote, in *but for*-terminologie, noodsaaklik was vir die intrede van die skade nie.

Ook ten opsigte van meerdere, onafhanklike lates baat die *but for*-toets ons nie veel nie. Voorbeeld: dokter A versuim om die pasiëntverslag behoorlik in te vul voor die pasiënt se groot operasie en dokter B versuim om hoegenaamd die verslag te lees. Na afloop van die operasie ly die pasiënt aan ernstige liggaamlike beserings.⁶⁵

Die probleme rakende meerdere veroorsaking is universeel⁶⁶ en vorm die basis van heelwat navorsing oor feitelike kousaliteit.⁶⁷ Om die ontoereikendheid van die *but for*-toets ten aansien van spesifiek meerdere veroorsaking teen te werk, het howe en akademië geleidelik alternatiewe benaderings as moontlike oplossings ontwikkel.⁶⁸ Alvorens die uitspraak van die konstitusionele hof in *Lee* onder die loep geneem word, word enkele van hierdie benaderings hier onder in paragraaf 3 bespreek.

2.5 Verdeelbaarheid van skade en skadevergoeding

Indien daar meerdere verweerders is wat op verskillende wyses tot die eiser se skade bygedra het en daardie skade verdeelbaar is, is elke verweerder afsonderlik aanspreeklik vir slegs daardie gedeelte van die skade wat hy veroorsaak het.⁶⁹ Hierteenoor is daar gevalle waar dit onmoontlik is om te bepaal welke verweerder welke gedeelte van die skade veroorsaak het. Indien die skade onverdeelbaar is, sodat gesê kan word dat hulle “dieselfde skade” veroorsaak het, is artikel 2(1) van die Wet op die Verdeling van Skadevergoeding 34 van 1956 van toepassing en word die onderskeie verweerders “gesamentlike mededaders” geag.⁷⁰ Op grond van die *Kakamas*-saak⁷¹ skryf Boberg⁷² dat ’n eiser in so ’n geval nie ’n bewyslas dra om aan te toon welke gedeelte van sy skade deur die onderskeie verweerders veroorsaak is nie. Indien een van die verweerders natuurlik kan aantoon dat hy slegs ’n gedeelte van die skade veroorsaak het, is artikel 2(1) van die wet nie van toepassing nie.

Dit is ook moontlik dat benewens die verweerder se skuldige, onregmatige optrede, die eiser se handeling met die gevolglike skade verbind kan word,⁷³ in welke geval daar ook meerdere veroorsakers van die eiser se skade is. Artikel 1(1)(a) van die bogenoemde wet bepaal dan dat die skadevergoedingsbedrag wat die eiser as gevolg van sy eie nalatigheid met betrekking tot die skade kan ontvang, verminder word.⁷⁴ Die houe gebruik die omvang van elke party se skuld of blaamwaardigheid as die maatstaf om te bepaal hoe die skadevergoeding verdeel moet word.⁷⁵

Die Wet op die Verdeling van Skadevergoeding is dus daarop gemik om die verdeling of vermindering van die eiser se skadevergoedingsbedrag te reguleer in gevalle waar meerdere verweerders tot die eiser se besering bydra. Soos reeds aangetoon, was daar nie meerdere verweerders betrokke by die skadeveroorsteking in die *Lee*-saak nie. Ook was die eiser se optrede nie regtens relevant nie. Terwyl dit lyk of die meerderheidsuitspraak in *Lee* ’n uitsonderlike benadering ten opsigte van die kousaliteitsprobleem inneem, naamlik dat ’n verhoging in die risiko van besering genoegsame gronde bied om ’n verweerder aanspreeklik te hou,⁷⁶ word die kwessie van verdeling van skadevergoeding ongelukkig nie aangeraak nie.

Regter Cameron, namens die minderheid, identifiseer die leemte in die meerderheidsuitspraak soos volg:⁷⁷

My colleague’s approach [d.i. ’n feitelike kousale verband wat afgelei word bloot op grond van ’n wesenlike verhoging van risiko] leaves no room for assessment of the amount of risk exposure that occurred, how much of it was attributable to the negligence of the defendant, and what level of risk exposure should lead to recovery of compensation. There is thus no room for risk appreciation or possible blame apportionment.

Die moontlike gevolg van die meerderheidsuitspraak is onseker, maar dit is moontlik dat waar daar wel in soortgelyke situasies (dit wil sê waar die bron van die eiser se skade onidentifiseerbaar is) meerdere verweerders kan wees, een van die verweerders moontlik vir al die eiser se skade aanspreeklik gehou kan word al het hy slegs die risiko verhoog dat die eiser ’n besering kon opdoen, maar dit nie noodwendig veroorsaak nie.

In hierdie verband is lord Hoffmann se onlangse besinning oor die uitspraak in *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*⁷⁸ juis verhelderend:⁷⁹

In *Fairchild*, we were not asked to decide whether liability of several defendants under the *Fairchild* exception was several or joint and several. That may have been unfortunate, because it would probably have been better to look at the whole thing in the round. If it appeared that liability had to be joint and several, so that a person responsible for even a small exposure to the asbestos compared with others would, if they were insolvent, find himself liable for the whole injury, we might have had second thoughts about whether to create such a rule.

3. Alternatiewe benaderings: pogings om die ontoereikendheid van die *but for*-toets teen te werk

3.1 Verskuiwing van die bewyslas

In *Summers v Tice*⁸⁰ is die Kaliforniese hoogste hof van appèl gekonfronteer met 'n besondere feitegeval analoog aan die bogenoemde meerdere-jagters-voorbeeld. Die twee verweerders het gelyktydig 'n skoot afgevuur en die eiser getref terwyl daar nie genoegsame getuienis was om aan te toon welke van die verweerders se skote die eiser getref het nie. Die hof bevind dat, in ag genome die onbevredigende resultaat wat die *but for*-toets in dié geval sou lewer, en aangesien beide die verweerders nalatig opgetree het, dit billik en regverdig is om die bewyslas te verskuif sodat die onderskeie verweerders elkeen moet aantoon dat hy nie die feitelike oorsaak van die eiser se skade was nie.⁸¹

Vanselfsprekend bestaan die moontlikheid nou dat een van die verweerders aanspreeklik gehou kan word vir die volle skade, terwyl dit moontlik is dat hy dit nie veroorsaak het nie. Dít word egter oorskadu deur die selfs meer onaantreklike gevolg dat die onskuldige eiser sonder 'n remedie gelaat word ten spyte daarvan dat dit duidelik is dat een van die jagters hom op onregmatige en skuldige wyse 'n besering toegedien het. Na 'n opweging van die onderskeie belange van die eiser en verweerders word 'n afwyking van die tradisionele *but for*-benadering geregverdig op grond van beleidsoorwegings,⁸² en aangesien geeneen van die verweerders die bewyslas kon kwyt nie, word beide gesamentlik en afsonderlik vir die eiser se volle skade aanspreeklik gehou. Dié sogenaamde *alternative liability*-reël⁸³ is opgeneem in die tweede Amerikaanse *Restatement of torts* en, in effens gewysigde vorm, ook ingesluit in die derde en onlangse *Restatement (third) of torts: Liability for physical harm*.

In die Kanadese saak *Cook v Lewis*⁸⁴ is die eiser op soortgelyke wyse getref deur 'n koeël uit die geweer van een van sy twee metgeselle wat gelyktydig in die eiser se rigting gevuur het. Die hof bevind dat beide verweerders nalatig was, en deur toepassing van die *Summers-ratio* word beide verweerders gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gehou vir die eiser se volle skade.

Hart en Honoré beskryf die howe se beslissing om die bewyslas te verskuif soos volg:⁸⁵

This principle involved seems reasonable when both or all the defendants against whom it operates are shown to have been at fault on the occasion in question, and the doubt merely concerns which of them caused the harm. For it is fairer that the burden of identification be borne by the wrongdoers rather than their victim when it is their multiplicity alone which precludes the latter from identifying the responsible culprit.

In die bogenoemde sake is daar 'n normatiewe basis op grond waarvan die howe bereid was om af te wyk van die tradisionele benadering ten opsigte van die kousaliteitsprobleem. Op soortgelyke wyse neem ook die House of Lords in die latere Engelse mesotelioom-sake⁸⁶ 'n radikale standpunt in met betrekking tot feitelike kousaliteit ten einde te verseker dat 'n billike en regverdige beslissing gemaak word.⁸⁷

Die moontlikheid om die bewyslas te verskuif word in *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*,⁸⁸ 'n saak wat ten aansien van verskeie aspekte met *Lee* vergelykbaar is⁸⁹ en wat hier onder in paragraaf 4.3 bespreek word, deur die House of Lords verwerp as 'n kunsmatige oplossing wat nie die kousaliteitsprobleem aanspreek nie. Terwyl 'n billike uitkoms oënskynlik bereik word, word daar van die verweerder verwag om iets te bewys wat die eiser nooit sou kon bewys nie, aangesien die mediese wetenskap dit as onbewysbaar verklaar het.⁹⁰ Ongeag die moontlike regverdiging daarvan, elimineer die verskuiwing van die bewyslas dus nie die kousale onbepaalbaarheid waarmee geworstel word nie. 'n Beleidsbesluit word eerder geneem dat die verweerder wat die risiko van skade geskep het terwyl hy 'n regsplig gehad het om daarteen te waak, in 'n beter posisie as die eiser verkeer om die bewyslas te dra.⁹¹ Om hierdie rede skryf lord Bingham in *Fairchild*: "If the issue is to be seen whether the victim or the person posing the risk is better positioned to bear that risk, the solution is more comprehensible."⁹²

Dié benadering sou nie in *Lee* aangewend kon word nie: terwyl dit soos 'n billike oplossing voorkom in sake waar dit duidelik is dat die enkele meerdere verweerders albei nalatig en onregmatig opgetree het en waar elke onderskeie verweerder se optrede 'n gelyksoortige risiko van skade geskep het,⁹³ is dit nie die geval waar daar slegs een verweerder is nie. Ofskoon dit onseker is of die eiser se TB-infeksie veroorsaak is deur die verweerder se nalatige versuim of ten spyte daarvan en dus in weerwil van die verweerder se redelike optrede, is daar slegs één verweerder en is dié saak daarom nie vatbaar vir die toepassing van hierdie uitsonderlike regsreël nie.

3.2 Markaandeel-aanspreeklikheid

Alhoewel dit dalk bevredigend voorkom en onproblematies kan wees om die bewyslas te verskuif waar daar min verweerders by die gedingvoering betrokke is en die waarskynlikheidsgraad ten opsigte van 'n kousale verband dus betreklik hoog is, is dit problematies indien die getal verweerders aansienlik toeneem.⁹⁴ Twee-en-dertig jaar nadat *Summers* beslis is, het dieselfde Kaliforniese hoogste hof van appèl 'n ander weg ingeslaan in 'n produkte-aanspreeklikheid-saak. In *Sindell v Abbott Laboratories*⁹⁵ het die eiser 'n klasaksie ingestel teen verskeie vervaardigers van 'n prenatale farmaseutiese produk wat miskrame verhoed. Die eiser se moeder het hierdie produk gebruik en dit het

veroorzaak dat die eiser kanker gekry het. Hier was die eiser se dilemma dat sy nie kon bewys wie die spesifieke produk vervaardig het nie: daar was tussen 200 en 300 vervaardigers van die produk en boonop is dit so lank gelede voor die geding in gebruik geneem dat betroubare getuienis in hierdie verband nie aangevoer kon word nie.⁹⁶ Die eiser het, op grond van die *Summers*-saak, aangevoer dat die verweerders die bewyslas moet dra en dat indien hulle nie hul onskuld kon bewys nie, hulle gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gehou moet word vir haar volle skade.⁹⁷

Die hof onderskei die *Sindell*- en *Summers*-sake van mekaar op grond van die getal verweerders wat moontlik by die skade-veroorsaking betrokke was en daar gevolglik ook 'n beduidende kleiner waarskynlikheid was dat enige een van die vervaardigers die skade veroorsaak het.⁹⁸ Verder voer die hof aan dat dit, gegewe die getal verweerders wat betrokke was en die verdere tekort aan getuienis, onbillik sou wees om van elke vervaardiger te verwag om sigself te verontskuldig. Daarom was daar 'n wesenlike moontlikheid dat geeneen van die vyf vervaardigers wat wel by die gedingvoering betrokke was, die skade veroorsaak het nie en dat die skuldige vervaardiger, wat heel moontlik nie by die gedingvoering betrokke was nie, onskuldig daarvan sou afkom.⁹⁹

Ten spyte daarvan dat die hof in *Sindell* nie die *Summers-ratio* toepas nie, bevind dit nietemin, weer eens op grond van beleidsoorwegings, dat 'n redelike en billike oplossing gevind moet word om die kousale onbepaalbaarheid waarmee die eiser gekonfronteer word, te oorkom. Gevolglik beslis die hof dat dit redelik sal wees om die waarskynlikheid dat enige van die verweerders die betrokke produk vervaardig het, te meet aan die hand van die persentasie van die markaandeel wat die onderskeie vervaardigers ten opsigte van die produk het.¹⁰⁰

Therefore, we approach the issue of causation from a different perspective: we hold it to be reasonable in the present context to measure the likelihood that any of the defendants supplied the product which allegedly injured plaintiff by the percentage which the DES sold by each of them for the purpose of preventing miscarriage bears to the entire production of the drug sold by all for that purpose ... The presence in the action of a substantial share of the appropriate market also provides a ready means to apportion damages among the defendants ... Each defendant will be held liable for the proportion ... of that market unless it demonstrates that it could not have made the product which caused plaintiff's injuries.

Die enigste voorwaarde wat die hof in die onderhawige geval neerlê vir die toepassing van die markaandeel-leerstuk, is dat 'n wesenlike aandeel van die betrokke mark by die gedingvoering betrokke moet wees en nie slegs enkele mindere markaandeelhouers nie.¹⁰¹

Sommige kommentators argumenteer dat dié leerstuk uiteindelik die vereiste vir feitelike kousaliteit¹⁰² uitskakel en dat dit 'n nuwe tipe ageerbare skade daarstel, naamlik die onregmatige blootstelling aan risiko.¹⁰³ Die markaandeel-leerstuk blyk gefundeer te wees op 'n risikogebaseerde konsep van deliktuele aanspreeklikheid en die voorstanders daarvan wil dit regverdig deur te argumenteer dat dit sou kon dien as afskrikking vir moontlike nadelige optrede deur vervaardigers aan te spoor om veilige, betroubare produkte te vervaardig.¹⁰⁴ Dit het nietemin die verreikende gevolg dat 'n eiser nie slegs 'n reg het om nie

blootgestel te word aan skade nie, maar ook 'n reg om nie blootgestel te word aan 'n risiko van moontlike nadeel nie.¹⁰⁵

Die markaandeel-leerstuk is daarom ook nie deur alle Amerikaanse howe aanvaar en toegepas nie,¹⁰⁶ en is deur verskeie howe verwerp, juis omdat dit die vereiste vir feitelike kousaliteit uitskakel.¹⁰⁷ In die minderheidsuitspraak in *Sindell* het regter Richardson die meerderheid se benadering gekritiseer as sou dit, in die afwesigheid van bewyse tot die teendeel, bloot spekulasie wees of enige van die verweerders voor die hof die eiser se besering veroorsaak het.¹⁰⁸ Verder is aangevoer dat die basis van die leerstuk, naamlik die blootstelling aan 'n risiko, tot 'n vloedgolf van litigasie sou kon lei.¹⁰⁹ Gegewe dié punte van kritiek is dit nie verbasend dat die markaandeel-leerstuk nie in die derde *Restatement* opgeneem is nie.¹¹⁰

Alhoewel die Suid-Afrikaanse Wet op Verbruikersbeskerming 68 van 2008 nie enige oplossing bied vir die kousaliteitsprobleem waarmee daar in *Sindell* geworstel word nie, is dit te betwyfel of Suid-Afrikaanse howe dié radikale leerstuk sal implementeer.¹¹¹ Gegewe die ooglopende feit dat die *Lee*-saak nie handel oor produkte-aanspreeklikheid nie, is dit verder te betwyfel of dié alternatiewe benadering enigsins in *Lee* deur die konstitusionele hof aangewend sou kon word. Verder was daar ook net een verweerder betrokke by die gedingvoering in *Lee* en nie meerdere verweerders soos in *Sindell* nie. Uiteindelik was die vraag in *Sindell* nie of die DES-produk kanker veroorsaak het nie, maar eerder wie die betrokke DES-produk vervaardig het wat die eiser se siekte veroorsaak het. Dít verskil van die vraag in *Lee*, waar daar net een verweerder was, maar daar nie met enige sekerheid bevind kon word of die eiser se nalatige versuim inderdaad die eiser se liggaamlike besering veroorsaak het nie.

3.3 Vergroting van die groep: “Die groep het saam opgetree”

Van der Merwe en Olivier bied 'n alternatiewe oplossing vir gevalle van meerdere veroorsaking.¹¹² Daar word aangevoer dat dit in hierdie probleemgevalle onrealisties is om elke verweerder afsonderlik, met uitsluiting van die ander, aan die *but for*-toets te onderwerp. Dié skrywers redeneer dat met betrekking tot meerdere-veroorsaking-gevalle die toets nie toegepas moet word met verwysing na elke bestanddeel van die kumulatiewe handeling nie: die handeling moet globaal beoordeel word.¹¹³

Ter illustrasie van hul argument word die volgende voorbeeld genoem:¹¹⁴

A, B en C skiet as lede van 'n vuurpeloton vir D wederregtelik dood. Drie koeëls deurboor D se hart. A word deur die afhanklikes van D om skadevergoeding aangespreek. Word die *conditio sine qua non*-toets op hierdie geval toegepas, moet A vry uitgaan ... Hierdie redenasie is die vrug van 'n onjuiste aanwending van die *conditio sine qua non*-kousaliteitstoets wat met die werklikheid nie rekening hou nie ... Die vraag is in die eerste plek nie of elke lid van die vuurpeloton afsonderlik die dood veroorsaak het nie, want nie 'n afsonderlike nie, maar 'n gesamentlike optrede doen hom hier voor. Vergelyk die spraakgebruik: 'Die vuurpeloton het gevuur.' Volgens die *conditio sine qua non*-maatstaf het die vuurpeloton wel die dood veroorsaak en aangesien A se optrede 'n bestanddeel van die gesamentlike doodveroorsakende handeling was, is A 'n mededader.

Dit blyk dus dat 'n ondersoeker hiervolgens tussen al die moontlike oorsake 'n gesamentlike handeling moet identifiseer en dit dan as 'n eenheid aan die *but for*-toets moet onderwerp.¹¹⁵ Die Franse *Cour de Cassation*¹¹⁶ het 'n soortgelyke benadering gevolg in 'n saak waarin 'n groep jagters wat 'n salvo afgevuur het om die einde van 'n jagtog te vier en die eiser getref is, as 'n groep aanspreeklik gehou is, aangesien "the whole group created a risk through its negligent conduct, and the injury to the plaintiff constituted a realisation of that risk."¹¹⁷

Om meerdere veroorsaking "globaal" te beoordeel, is egter problematies, omdat dit geensins voorsiening maak vir die werklike moontlikheid van onafhanklike oorsake wat gelyktydig plaasvind nie, dit wil sê waar die onafhanklike verweerders glad nie van mekaar bewus was nie.¹¹⁸ Vanweë die vele moontlike variasies van meerdere veroorsaking,¹¹⁹ en spesifiek die moontlikheid van "niegesamentlike" meerdere veroorsaking, het Van der Merwe en Olivier se benadering dus beperkte waarde.¹²⁰ Aangesien die Lee-saak ook nie met 'n groep verweerders se optrede te make het nie, sou dié benadering ook van geen waarde wees met betrekking tot die oplossing van die feitelikekousaliteitsvraagstuk in hierdie saak nie.

3.4 Die NESS-toets

In hul omvattende boek, *Causation in the law*, bespreek Honoré en Hart onder andere die *but for*-toets vir feitelike kousaliteit. Alhoewel daar te kenne gegee word dat die *but for*-toets in sommige omstandighede nuttig aangewend kan word,¹²¹ verskil hulle met die tradisionele opvatting jeens feitelike kousaliteit in die Suid-Afrikaanse deliktereg en word die klem op noodsaaklikheid as allesbepalend vir 'n feitelike oorsaak vervang deur die idee van 'n "causally relevant condition".¹²² "A condition [is a causally relevant factor if it is] necessary just in the sense that it is one of a set of conditions jointly sufficient for the production of the consequence: it is necessary because it is required to complete this set."¹²³ Iets is 'n feitelike oorsaak van iets anders indien dit op hierdie wyse in 'n kousaal relevante verband staan met iets anders en indien daar geen verdere willekeurige handeling of abnormale gebeurtenis bestaan wat die kousaal relevante verband verbreek nie.¹²⁴

Wright bou voort op hierdie "weaker sense of necessity"¹²⁵ wat Honoré en Hart se "causally relevant factor" onderlê en formuleer sy sogenaamde NESS-toets.¹²⁶ NESS is 'n akroniem vir "Necessary element of a sufficient set of (actual) conditions" en word so verduidelik: "[A] particular condition was a cause of (contributed to) a specific result if and only if it was a necessary element of a set of antecedent actual conditions that was sufficient for the occurrence of the result."¹²⁷ Die grondliggende idee van hierdie toets is dat die bewys van noodsaaklike oorsake ondergeskik gestel word aan die bewys van 'n stel werklike voorwaardes (in teenstelling met voorwaardes wat gepostuleer of "ingedink" moet word) wat gesamentlik voldoende is om die gewraakte gevolg te kon veroorsaak. Indien die voorwaarde onder bespreking dan 'n noodsaaklike element is binne hierdie stel voorwaardes, word die kousaliteitsvereiste bevredig. Die werking daarvan kan kortliks só beskryf word:¹²⁸ die ondersoeker moet 'n stel werklike oorsake identifiseer wat gesamentlik voldoende was om die gewraakte resultaat te lewer en dan moet gevra word of die relevante oorsaak 'n noodsaaklike element binne daardie stel voorwaardes was.¹²⁹ Met verwysing na die voorbeeld van die meerdere jagters is dit moontlik om, ten opsigte van onderskeidelik jagter A en jagter B, 'n stel werklike oorsake te identifiseer wat gesamentlik voldoende is om die eiser se besering te veroorsaak en waarvan elkeen se optrede 'n noodsaaklike element

was. Stel werklike oorsake 1: (a) die eiser stap in die veld rond; (b) jagter A vuur op nalatige wyse 'n skoot. Stel werklike oorsake 2: (a) die eiser stap in die veld rond; (b) jagter B vuur op nalatige wyse 'n skoot. Hierdie resultaat, naamlik dat beide jagters aanspreeklik gehou moet word omdat albei se optrede 'n noodsaaklike element is binne hul onderskeie stel voorwaardes, is meer bevredigend as die resultaat wat gelewer word deur middel van die *but for*-toets. Die *NESS*-toets word gevolglik deur sommige akademici voorgehou as 'n oplossing vir veral daardie gevalle van meerdere veroorsaking waar die *but for*-toets nie 'n uitvoerbare oplossing kan bied nie.¹³⁰ Tot dusver het geen hof egter die toets toegepas nie, en in sommige gevalle is skerp kritiek op die moontlike toepassing daarvan gelewer.¹³¹

Die vraag ontstaan of die konstitusionele hof in die *Lee*-saak die *NESS*-toets sou kon aanwend en, indien wel, op welke wyse. Sou die volgende stel werklike oorsake gesamentlik voldoende wees om aanleiding te gee tot die eiser se TB-infeksie en sou die oorsaak wat ondersoek word binne dié stel voorwaardes as noodsaaklik beskou kon word? (1) Die eiser is in die tronk; (2) die verweerder versuim op nalatige wyse om bestaande gesondheidsmaatreëls na te volg. Wanneer daar bepaal moet word of die gewraakte oorsaak (die nalatige versuim van die tronkowerhede om bestaande gesondheidsmaatreëls na te volg) binne daardie stel oorsake 'n noodsaaklike element is vir die uiteindelijke gevolg, word die vraag egter ontkenkend beantwoord. Aangesien mediese getuienis aantoon dat dit ewe moontlik en ewe waarskynlik is dat die eiser sy TB-infeksie sou kon opgedoen het selfs al was daar geen nalatige versuim deur die tronkowerhede om bestaande gesondheidsmaatreëls in te stel nie, is die gewraakte oorsaak dus nie "noodsaaklik" in *NESS*-terminologie nie.

Soos die *but for*-toets, kan die *NESS*-toets daarom nie in *Lee* aangewend word om bevredigende antwoorde te verskaf nie. Die werklike rede waarom die *NESS*-toets in die *Lee*-saak onsuksesvol sou wees, is dat, ofskoon die *NESS*-toets moontlik oplossings in meerdere-veroorsaking-gevalle bied, die kernprobleem in *Lee* nie meerdere veroorsaking was nie. Die kernprobleem was dat die bron van die eiser se TB-infeksie nie geïdentifiseer kon word nie. Dít het 'n bewysregtelike gaping geskep wat nie deur enige bestaande "toets" vir feitelike kousaliteit oorbrug kan word nie.¹³²

Teen hierdie agtergrond word daar voorts na die uitspraak van die konstitusionele hof in *Lee* gekyk om vas te stel hoe die meerderheid wel die *but for*-toets toegepas het ten einde die feitelikekousaliteitsvereiste te bevredig.

4. *Lee v Minister of Correctional Services*¹³³

4.1 Agtergrond

Soos reeds hier bo genoem, was die eiser 'n Pollsmoor-gevangene vir ongeveer vyf jaar, van 1999 tot 2004.¹³⁴ Gedurende sy gevangenskap is hy met TB geïnfekteer en stel hy 'n skadevergoedingseis in teen die Minister van Korrektiewe Dienste op grond daarvan dat haar werknemers na bewering op nalatige wyse versuim het om die bestaande gesondheidsmaatreëls toe te pas, welke versuim verder onregmatig en ook die oorsaak van sy TB-infeksie was.¹³⁵ Dit was gemenesaak dat die toestand in Pollsmoor ideaal was vir die uitbreek van TB: die selle was swak belig, oorbevolk en klam, met byna geen natuurlike

ventilasie nie. Gevangenes is met hul aankoms medies ondersoek en daarna slegs op eie versoek.¹³⁶

Om die besondere uitdaging wat die onderhawige geval bied, te verstaan, moet die aard van TB-infeksies behoorlik begryp word. TB kan deur die inaseming van slegs een mikobakterium veroorsaak word.¹³⁷ Dit is egter moontlik dat die betrokke geïnfekteerde persoon geen simptome vertoon nie.¹³⁸ Dit is verder moontlik dat die uitslag van 'n TB-toets negatief kan wees.¹³⁹ Dit het tot gevolg dat, na afloop van 'n negatiewe diagnose in die tronk, 'n gevangene wat wel geïnfekteer is, teruggestuur kan word na sy oorbevolkte sel, waar hy ander gevangenes kan aansteek. Hierdie verspreiding en infeksie van TB kan egter plaasvind niteenstaande die redelike optrede van die tronkowerhede.

Terselfdertyd is dit ewe moontlik dat die tronkowerhede nalatig optree tydens hul diagnose en 'n gevangene wat wel geïnfekteer is, terugstuur na sy oorbevolkte sel, waar hy ander gevangenes aansteek. In sodanige geval vind die TB-infeksie plaas weens die nalatige optrede van die tronkowerhede.

Die eiser se probleem in *Lee* was dat die bron van 'n TB-infeksie onbepaalbaar is:¹⁴⁰ dit is geensins moontlik om te bepaal of die infeksie weens nalatige of redelike optrede veroorsaak word nie.¹⁴¹

Die verhoorhof het die eiser se eis nietemin toegestaan en met betrekking tot feitelike kousaliteit bevind dat, op grond daarvan dat dit meer waarskynlik was dat die eiser die infeksie in die tronk opgedoen het as daarbuite, 'n feitelike kousale verband tussen die eiser se TB-infeksie en die verweerder se nalatige versuim om bestaande maatreëls te volg, wel bestaan.¹⁴² Die verweerder appelleer na die hoogste hof van appèl. In 'n eenparige uitspraak by monde van appèlregter Nugent word beslis dat die eiser nie op oorwig van waarskynlikheid kan bewys dat 'n feitelike kousale verband tussen die eiser se TB-infeksie en die verweerder se nalatige versuim om die bestaande gesondheidsmaatreëls te implementeer, bestaan nie. Indien redelike positiewe optrede in die plek van die verweerder se versuim "ingedink" word, verdwyn die eiser se TB-infeksie nie.¹⁴³

Selfs in die lig van hierdie gepostuleerde redelike optrede¹⁴⁴ word die eiser dus gekonfronteer met dié onoorkombare struikelblok: op grond van die getuienis blyk dit duidelik dat, ongeag sodanige optrede, daar steeds 'n risiko van besmetting bestaan. Appèlregter Nugent kom tot die volgende gevolgtrekking: "It is just as likely as not that Mr Lee was infected by a prisoner who the prison authorities could not reasonably have known was contagious. I cannot see that it is possible in those circumstances to find it having been proved that the negligent omission caused the infection."¹⁴⁵

Gegewe die voorgenoemde, beslis die hoogste hof van appèl dat, in die besondere omstandighede van die onderhawige geval, waar die bron van die eiser se infeksie nie identifiseerbaar is nie, feitelike kousaliteit met behulp van die *but for*-toets bewys kan word slegs indien die eiser kan aantoon dat die redelike navolging van die bestaande gesondheidsmaatreëls deur die verweerder die risiko van TB-infeksie geheel en al sou elimineer.¹⁴⁶

4.2 Die aanwending van gesonde verstand en algemene ervaring om feitelike kousaliteit te bewys – 'n buigsame benadering ten opsigte van feitelike kousaliteit?

Na 'n verdere appèl deur die eiser beslis die konstitusionele hof in 'n meerderheidsuitspraak by monde van regter Nkabinde dat 'n feitelike kousale verband wel tussen die eiser se TB-infeksie en die verweerder se optrede getrek kan word.¹⁴⁷ Die meerderheid van die konstitusionele hof kritiseer die hoogste hof van appèl omdat sy toepassing van die *but for*-toets in die omstandighede nie ons reg korrek weergee nie en dat dit buitendien op onbuigsame en rigiede wyse toegepas is.¹⁴⁸ Die hoogste hof van appèl het hul fout begaan, beslis regter Nkabinde, in die postulering van hipotetiese optrede ingevolge die *but for*-toets.¹⁴⁹ In stede van die postulering van positiewe optrede moes die hoogste hof van appèl gebruik gemaak het van die sogenaamde "flexible approach" ten opsigte van feitelike kousaliteit.¹⁵⁰ Na aanleiding van die minderheidsuitspraak in *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd*¹⁵¹ word die aanwending van gesonde verstand¹⁵² beklemtoon in die gebruik van dié buigsame benadering.¹⁵³

In hierdie verband word aansluiting gevind by die gesamentlike uitspraak van appèlregters Brand en Cameron in *Minister of Finance and Others v Gore NO*:¹⁵⁴ "Application of the 'but for' test is not based on mathematics, pure science or philosophy. It is a matter of common sense, based on the practical way in which the ordinary person's mind works against the background of everyday-life experiences."¹⁵⁵

Ook word verwys na appèlregter Nugent se uitspraak tien jaar vantevore in *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden*,¹⁵⁶ waar beslis is dat, ten opsigte van die postulering van positiewe optrede in geval van 'n late, 'n hof 'n sinvolle, terugskouende ontleding moet onderneem gebaseer op getuienis en wat volgens algemene menslike ervaring verwag kan word.¹⁵⁷

'n Verdere opmerking wat oor die tradisionele *but for*-toets gemaak word, is dat dit aanleiding gee tot 'n onvermydelike vermenging van feitelike vrae met normatiewe oorwegings.¹⁵⁸ Die meerderheid kom tot die gevolgtrekking dat die verhoorhof korrek was: die enigste vraag is of die feitelike omstandighede van die eiser se gevangenis die meer waarskynlike oorsaak van die TB-infeksie was.¹⁵⁹ Deur die buigsame benadering ten opsigte van feitelike kousaliteit toe te pas, word hierdie vraag uiteindelik positief beantwoord.¹⁶⁰

4.3 Kan gesonde verstand en algemene menslike ervaring deur middel van 'n buigsame benadering die kousaliteitsprobleem in Lee oplos?

Dit is dalk moontlik om met behulp van gesonde verstand, of op grond van 'n sinvolle, terugskouende ontleding wat gebaseer is op algemene menslike ervaring, tot die gevolgtrekking te kom dat die eiser TB-infeksie in die tronk opgedoen het. Die vraag is egter nie of die blote gevangenskap die eiser se TB-infeksie veroorsaak het nie.¹⁶¹ Die relevante vraag is of die eiser se TB-infeksie veroorsaak is deur die versuim van die tronkowerhede om die bestaande gesondheidsmaatreëls op redelike wyse toe te pas.¹⁶² Anders gestel: die vraag is of dit die nalatige versuim van die tronkowerhede was wat die eiser se TB-infeksie veroorsaak het.

Gegewe dat dit onmoontlik is om die bron van 'n TB-infeksie te identifiseer, kan daar nie geargumenteer word dat dit “common sense” is dat die tronkowerhede se nalatige versuim die TB-infeksie veroorsaak het nie. Mediese getuienis dui juis daarop dat dit ewe waarskynlik was dat die infeksie deur die onregmatige, nalatige optrede van die tronkowerhede as deur hul redelike optrede veroorsaak is.¹⁶³ Die aanwending van gesonde verstand kan nie 'n afleiding regverdig dat 'n besering eerder op een wyse as op 'n ander veroorsaak is nie – veral nie as mediese getuienis aandui dat albei wyses ewe moontlik is nie.¹⁶⁴

Die aanwending van gesonde verstand op grond van algemene menslike ervaring eerder as die kunsmatige *but for*-toets is op een lyn met kritiek uit akademiese geleedere en behoort in die algemeen verwelkom te word.¹⁶⁵ Desnieteenstaande is die aanwending van hierdie benadering op die feite van *Lee* onvanpas en kan dit nie die unieke bewysregtelike gaping in hierdie saak oorbrug nie.

Voorts is die gebruik van 'n “flexible approach”¹⁶⁶ vir feitelike kousaliteit ook onwenslik en verwarrend, nie net weens moontlike verwarring met die soepele of buigsame toets vir juridiese kousaliteit nie,¹⁶⁷ maar ook omdat die inhoud van die benadering onduidelik is. 'n Feitelike kousale verband is immers in wese onbuigsam: óf dit bestaan óf dit bestaan nie. Boonop is dit heel moontlik om 'n situasie te bedink waarin toekomstige eisers weens die buigsame aard van die feitelike verband wat hulle moet bewys, onnodig aangemoedig word om te litigeer, welke stand van sake aanleiding sou kon gee tot 'n stortvloed van litigasie.

In *Minister van Polisie v Van der Vyver* lewer appèlregter Brand *obiter* kommentaar op die aard van die buigsame benadering: “Soos blyk uit die passasies wat regter Nkabinde aanhaal, word met ‘flexible’ slegs bedoel dat 'n eiser nie oorsaaklikheid met matematiese presiesheid hoef te bewys nie maar bloot op oorwig van waarskynlikheid.”¹⁶⁸ Ek doen gevolglik aan die hand dat die “flexible approach” bloot volgens hierdie betekenis verstaan moet word om enige verwarring te vermy.

4.4 Het die konstitusionele-hof-meerderheid die gemenerereg aangaande feitelike kousaliteit ontwikkel?

Nieteenstaande die toepassing van die sogenaamde buigsame toets vir feitelike kousaliteit, gaan die konstitusionele-hof-meerderheid verder en word daar gedemonstreer hoe die tradisionele *but for*-toets in hierdie geval wel toegepas kan word om 'n bevredigende antwoord te verskaf. As redelike optrede – dit wil sê optrede in ooreenstemming met die bestaande gesondheidsmaatreëls – gepostuleer word, blyk dit dat die algehele risiko van TB-infeksies sou daal.¹⁶⁹ 'n Afleiding word hierna gemaak dat, op grond van die algemene risikoverlaging, die risiko van infeksie ten opsigte van die spesifieke eiser ook sou verlaag het.¹⁷⁰ Regter Nkabinde beslis: “It would be enough, I think, to satisfy probable factual causation where the evidence establishes that the plaintiff found himself in the kind of situation where the risk of contagion would have been reduced by proper systemic measures.”¹⁷¹

Dit is jammer dat regter Nkabinde nie op hierdie stelling uitgebrei het nie. By die ontstentenis van enige verdere verduideliking is dit onseker wat die effek of trefwydte daarvan is. Een manier om dit te interpreteer, is soos volg: ten einde 'n feitelike kousale verband tussen die

eiser se skade en die verweerder se optrede te vestig, is dit voldoende om op oorwig van waarskynlikheid te bewys dat die verweerder die eiser aan die risiko van skade blootgestel het.¹⁷² As hierdie interpretasie akkuraat is, het die konstitusionele hof die gemenerereg met betrekking tot feitelike kousaliteit wel ontwikkel in soverre dit voortaan moontlik sal wees om met behulp van 'n verhoging-van-risiko-benadering die bewysregtelike gaping te oorbrug wat in sommige gevalle tussen die eiser se skade en die verweerder se optrede bestaan.¹⁷³

Die vraag is of sodanige ontwikkeling wenslik is. Ten einde hierdie vraag te beantwoord, moet verwys word na die soortgelyke wesenlike-verhoging-van-risiko-benadering soos wat dit in die Engelse reg ontwikkel het.

4.5 Agtergrond tot die wesenlike-verhoging-van-risiko-benadering: die wesenlike-bydrae-toets

In *Bonnington Castings v Wardlaw*¹⁷⁴ het die eiser skadevergoeding van sy werkgewer geëis nadat hy tydens sy diens 'n ernstige longkwaal opgedoen het weens die inaseming van fyn silikadeeltjies wat vrygestel is gedurende die uitvoering van sy pligte. Volgens die verweerder was daar twee moontlike oorsake vir die teenwoordigheid van dié stofdeeltjies in sy longe: stof wat vrygestel is deur die gebruik van 'n lughamer en stof wat veroorsaak is deur 'n slypmasjien. Die werkgewer het slegs 'n statutêre plig gehad om te voorkom dat die eiser stofdeeltjies inasem wat deur die slypmasjien voortgebring word. Die inaseming van die stof wat deur die hamer vrygestel is, was dus regtens irrelevant. Die vraag was of daar bevind kon word dat die longkwaal deur die stof uit die slypmasjien veroorsaak is.

Lord Reid skryf in sy beslissing:¹⁷⁵

I cannot agree that the question is: which was the most probable source of the respondent's disease, the dust from the pneumatic hammers or the dust from the swing grinders? It appears to me that the source of his disease was the dust from both sources, and the real question is whether the dust from the swing grinders materially contributed to the disease. What is a material contribution must be a question of degree. A contribution which comes within the exception *de minimis non curat lex* is not material, but I think that any contribution which does not fall within that exception must be material. I do not see how there can be something too large to come within the *de minimis* principle but yet too small to be material.

Die House of Lords het die verweerder aanspreeklik gehou vir die eiser se volle skade op grond daarvan dat die stof wat deur die slypmasjien vrygestel is, 'n wesenlike bydrae tot die eiser se longkwaal gelewer het. In hierdie saak het die House of Lords die streng vereiste van 'n noodsaaklike voorwaarde ingevolge die *but for*-toets verwerp ten gunste van 'n "weaker sense of necessity"¹⁷⁶ in die vorm van 'n wesenlike bydrae.

4.6 Ontwikkeling van die Engelse reg: "material increase in risk of harm"

In 'n daaropvolgende beslissing het die House of Lords in *McGhee v National Coal Board*¹⁷⁷ 'n geleentheid gekry om die wesenlike-bydrae-toets vir feitelike kousaliteit toe te pas. In dié saak het die eiser in 'n baksteenfabriek gewerk en daagliks ná werk per fiets huis toe gery

met baksteenstof wat steeds aan sy vel vaskleef, aangesien die verweerder nie aan sy werknemers storte beskikbaar gestel het nie. Terwyl daar nie 'n regsplig op die verweerder berus het om die blootstelling aan die stof in die steenoond te verhoed nie, was hy wel onder 'n plig om storte aan sy werknemers te verskaf. Die eiser het dermatitis opgedoen. Ofskoon baksteenstof 'n erkende oorsaak van dermatitis is, was daar nie genoegsame mediese getuienis tot die eiser se beskikking om, op 'n oorwig van waarskynlikheid, aan te toon dat dit juis die baksteenstof was wat aan hom vasgekleef het weens die verbreking van die verweerder se regsplig wat die feitelike oorsaak van die dermatitis was nie. Die kernprobleem in hierdie geval was dat die mediese wetenskap nie kon aantoon hoeveel baksteenstof nodig was om dermatitis te veroorsaak nie.¹⁷⁸ As daar dus gevra word: "As dit nie was vir die blootstelling aan die baksteenstof weens die verbreking van die regsplig nie, sou die skade steeds ingetree het?", is daar geen antwoord wat op 'n oorwig van waarskynlikheid verskaf kan word nie, want niemand weet of die blootstelling in die steenoonde voldoende sou wees vir die opdoen van dermatitis nie. Die *but for*-toets kon dus nie toegepas word nie, want die hof kon nie op 'n oorwig van waarskynlikheid bepaal wat sou gebeur het as die verweerder nie sy regsplig verbreek het nie.¹⁷⁹ Al wat bewys kon word, was dat die eiser weens die verweerder se verbreking van 'n regsplig aan 'n wesenlike risiko van besering blootgestel is.¹⁸⁰

As gevolg van hierdie kousale onbepaalbaarheid het die House of Lords op grond van beleidsoorwegings besluit om 'n nuwe regsreël te formuleer wat soos volg saamgevat kan word:¹⁸¹ In spesifieke omstandighede, soos die onderhawige geval, waar dit nie vir die eiser moontlik is om op 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys dat die onregmatige en nalatige optrede van die verweerder die eiser se skade veroorsaak het nie, of wesenlik bygedra het tot die eiser se besering nie, kan die eiser die bewysregtelike gaping oorbrug deur bloot te bewys dat die verbreking van die verweerder se regsplig 'n wesenlike risiko van 'n besering geskep het.¹⁸² Hierdie benadering verskil van die tradisionele wesenlike-bydrae-toets: dit gaan in *McGhee* nie oor 'n wesenlike, nie-*de minimis*-bydrae tot 'n besering nie, maar eerder oor die skep van 'n bepaalde risiko.¹⁸³ Die *McGhee-ratio* verteenwoordig dus 'n uitsonderlike benadering ten opsigte van feitelike kousaliteit¹⁸⁴ wat onlangs deur lord Hoffmann beskryf is as "a crude equiparation between materially contributing to the cumulative causes of the injury (as in *Bonnington Castings Ltd v Wardlaw*) and increasing the risk of occurrence of the injury".¹⁸⁵

Daar dien op gelet te word dat die hof in *McGhee* nie 'n feitelike kousale verband getrek het op grond van afleidings wat met behulp van gesonde verstand gemaak is nie. Met verwysing na die moontlikheid om in dié omstandighede 'n feitelike kousale verband by wyse van afleiding te vestig, skryf lord Wilberforce: "And I must say that, at least in the present case, to bridge the evidential gap by inference seems to me something of a fiction, since it was precisely this inference which the medical expert declined to make."¹⁸⁶ Soos hier bo aangedui, geld hierdie opmerking ook ten opsigte van die *Lee*-saak.

4.7 Fairchild: toepassing en uitbreiding van die McGhee-ratio

In *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd*¹⁸⁷ is die House of Lords deur die eiser versoek om die *McGhee*-uitsondering toe te pas waar die risiko van skade geskep is deur meer as een werkgewer wat, in weerwil van 'n regsplig tot die teendeel, en onafhanklik van mekaar,

die eiser op nalatige wyse aan asbes blootgestel het. Weens die blootstelling aan asbes het die eiser mesoteliom, 'n tipe kanker, opgedoen en al die betrokke werkgewers gedagvaar.

Soos in *Lee* se TB-geval, is dit belangrik om in hierdie geval die aard van mesoteliom deeglik te verstaan. Die proses waarvolgens die betrokke sel kankeragtig word, is onbekend. Dit kan wees dat die proses van stapel gestuur word weens die blootstelling aan 'n enkele asbesvesel, of dit kan wees dat die proses blootstelling aan 'n hele aantal sulke vesels vereis. Daarom is dit onmoontlik om te bepaal welke asbesvesel die oorsaak van die kanker kon wees. Soos in *Lee*, is die bron van die skade totaal onidentifiseerbaar.

Gevolgtreklik kon die *but for*-toets nie toegepas word nie, want, soos in *McGhee*, hetniemand geweet wat sou gebeur het as dit nie was vir die nalatige en onregmatige blootstelling aan asbesvesels deur enige van die verweerders nie. Al wat bewys kón word, was dat die blootstelling deur elke onderskeie verweerder die risiko vir die opdoen van mesoteliom op wesenlike wyse laat toeneem het. Daarom beslis die meerderheid dat, in ag genome dat die onderskeie werkgewers elkeen 'n regsplig aan die eiser verskuldig was, dit billik en in ooreenstemming met gesonde verstand is om die optrede van die werkgewers, dit wil sê die skep van 'n wesenlike risiko, te behandel as sou dit wel 'n wesenlike bydrae tot die opdoen van die siekte gelewer het.¹⁸⁸

In the circumstances of the instant cases, it would be just, and in accordance with common sense, to treat the conduct of both employers, in exposing the employee to a risk to which he should not have been exposed, as making a material contribution to the employee contracting a condition against which it was the duty of both employers to protect him.

Die *ratio* van die *Fairchild*-saak en die *ratio* van die konstitusionele-hof-meerderheid in *Lee* verskil op die volgende wyses: anders as die meerderheid in *Lee* het die House of Lords nie probeer om die *but for*-toets te omvorm sodat dit oënskynlik wel 'n feitelike kousale verband tussen optrede en skade kon daarstel nie.¹⁸⁹ Met die uitsondering van lord Hutton¹⁹⁰ in *Fairchild*, word daar ook nie gepoog om op grond van afleidings die bewysregtelike gaping te oorbrug om kousaliteit te vestig nie: die mediese getuie is van so 'n aard dat dit juis gewaarsku het teen die maak van enige sulke afleidings.¹⁹¹ Gesonde verstand het wel 'n rol gespeel, maar slegs in soverre dit die aanvaarding van 'n uitsonderlike regsreël regverdig en nie om feitelike kousaliteit met behulp van die *but for*-toets te probeer bewys nie.¹⁹² Beleidsoorwegings speel wel 'n belangrike rol in die besluit om die onbruikbare *but for*-toets agterweë te laat en 'n regsreël vir hierdie uitsonderingsgevalle te skep.¹⁹³ Laastens word kriteria ook uiteengesit vir die toekomstige toepassing van dié uitsonderlike reël.¹⁹⁴ Elf jaar na die afloop van die House of Lords se beslissing in *Fairchild*, beskryf lord Hoffmann die poging van die hof om sodanige kriteria uiteen te sit soos volg:¹⁹⁵

We tried to nail down the exception as tightly as possible. We emphasized the fact that science was unable to answer the question of whose asbestos fibres had caused the mesothelioma ... Another fence we tried to erect around *Fairchild* was to say that it applied only when the other candidates for causing the injury involved "the same agent".

Alhoewel die wesenlike-verhoging-van-risiko-benadering aan kritiek onderwerp kan word, is die formulering van hierdie uitsonderlike regsreël in die onderhawige geval geloof, omdat dit op deursigtige wyse verwoord is en omdat dit daarop gemik was om die bewysregtelike gaping, wat nie andersins deur die eiser oorbrug sou kon word nie, te oorbrug ten einde 'n billike en regverdige uiteinde te verseker.¹⁹⁶

4.8 Kritiek op die wesenlike-verhoging-van-risiko-benadering

Verskeie kommentators is krities oor die wesenlike-verhoging-van-risiko-benadering soos ontwikkel in *McGhee* en *Fairchild*, omdat dit oënskynlik die vereiste vir feitelike kousaliteit uitskakel.¹⁹⁷ Die skep van 'n risiko kan eenvoudig nie gelykgestel word aan die veroorsaking van skade nie, en om anders te redeneer kom neer op 'n fiksie: as verweerder A op nalatige wyse sy motor bestuur, skep hy 'n risiko van moontlike beserings of skade vir ander padverbruikers, maar hy veroorsaak nie skade aan daardie persone nie tensy hy hulle raak ry.¹⁹⁸ Verder moet daar in gedagte gehou word dat enige nalatige optrede die risiko van moontlike skade of besering verhoog. As feitelike kousaliteit bloot van enige verhoging in riskante gedrag afgelei kan word, beteken dit dat elke bevinding van nalatigheid sonder meer ook op 'n feitelike kousale verband sal dui.¹⁹⁹

In *Fairchild* is die verweerders gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gehou vir die eiser se volle skade – ten spyte daarvan dat 'n kousale verband tussen die eiser se siekte en enige van die verweerders se optrede nie op oorwig van waarskynlikheid bewys kon word nie. So 'n benadering impliseer dat verweerder A moontlik al die skade sal moet dra as verweerder B byvoorbeeld insolvent is, terwyl verweerder A bloot 'n risiko tot skade geskep het, maar nie noodwendig die skade feitlik veroorsaak het nie.²⁰⁰

Die verdeling van skadevergoeding op 'n billike basis word ook nie deur die partye of die hof aangeraak nie. Dit is opvallend dat, alhoewel die hof klaarblyklik in *McGhee* en *Fairchild* 'n nuwe benadering ten opsigte van die kousaliteitsprobleem ontwikkel en toepas, niks oor 'n soortgelyke nuwe ontwikkeling ten opsigte van die verdeling van skadevergoeding genoem word nie.²⁰¹ Die vraag wat in hierdie verband geopper moet word, is of dit nie billiker sou wees om die meerdere verweerders proporsioneel aanspreeklik te hou nie – dit wil sê, elke verweerder word afsonderlik aanspreeklik gehou vir 'n afsonderlike gedeelte van die skade. So 'n verdeling sou egter noodwendig kunsmatig moet wees, aangesien daar geen manier is om te bepaal welke verweerder vir welke gedeelte (indien enige) verantwoordelik was nie.

Die House of Lords het in 'n daaropvolgende saak op bogenoemde twee punte van kritiek gereageer. In *Barker v Corus (UK) plc*²⁰² het die eiser ook mesotelioom opgedoen nadat hy, soos in *Fairchild*, tydens sy indiensneming deur sy onderskeie werkgewers aan asbes blootgestel is. Die feite van dié saak kan egter van *Fairchild* onderskei word in soverre die eiser nie net deur die onregmatige en nalatige optrede van twee vorige werkgewers aan asbes blootgestel is nie, maar ook deur sy eie toedoen. Die House of Lords bevestig dat die wesenlike-verhoging-van-risiko-benadering ook in hierdie omstandighede van toepassing is,²⁰³ niteenstaande die eiser se eie bydrae.

Verder het die meerderheid in *Barker* die basis vir die verweerders se aanspreeklikheid in hierdie tipe sake soos volg uiteengesit: lord Hoffmann skryf dat die meerderheid van die hof in *Fairchild* nie 'n fiksie geskep het ingevolge waarvan wesenlike-risiko-verhoging aan

feitelike kousaliteit gelykgestel kan word nie. Al wat beslis is, is dat die skep van 'n weselike risiko van mesotelioom die oplegging van aanspreeklikheid kan regverdig indien daardie risiko deur onregmatige optrede geskep is, oftewel optrede deur 'n verweerder wat strydig is met 'n bestaande regsplig.²⁰⁴ Die basis vir aanspreeklikheid is dus gesetel in die skep van 'n weselike risiko van skade. Dit impliseer dat die skade beskou moet word as die skep van 'n risiko; of, anders gestel, die skade kan gesien word as die verlies van 'n kans om nie mesotelioom op te doen nie.²⁰⁵ As dít die skade is volgens die meerderheid in *Barker*, kan die hof feitelike kousaliteit op die ortodokse wyse benader, maar nou is die vraag nie: "Het die verweerder die kanker veroorsaak nie?", maar eerder: "Het die verweerder die risiko van skade veroorsaak?";²⁰⁶ of selfs: "Het die verweerder se optrede veroorsaak dat die eiser 'n kans verloor om sigself te beskerm?"²⁰⁷

Die feit dat die skade beskou kan word as die weselike risiko self (of andersom, die skep van 'n verlore kans), beteken volgens sekere kommentators dat daar 'n basis is op grond waarvan die onderskeie verweerders slegs aanspreeklik gehou kan word vir die risiko wat elkeen, onafhanklik van mekaar, veroorsaak het – ten spyte daarvan dat die uiteindelijke skade onverdeelbaar is.²⁰⁸

Lord Hoffmann verduidelik:²⁰⁹

Treating the creation of the risk as the damage caused by the defendant would involve having to quantify the likelihood that the damage (which is known to have materialized) was caused by that particular defendant. It will then be possible to determine the share of the damage which should be attributable to him ... In my opinion, the attribution of liability according to the relative degree of contribution to the chance of the disease being contracted would smooth the roughness of the justice which a rule of joint and several liability creates. The defendant was a wrongdoer, it is true, and should not be allowed to escape liability altogether, but he should not be liable for more than the damage which he caused and, since this is a case in which science can deal only in probabilities, the law should accept that position and attribute liability according to probabilities. The justification for the joint and several liability rule is that if you caused harm, there is no reason why your liability should be reduced because someone else also caused the same harm. But when liability is exceptionally imposed because you may have caused harm, the same considerations do not apply and fairness suggests that if more than one person may have been responsible, liability should be divided according to the probability that one or other caused the harm.

Nieteenstaande die hof se poging om die basis vir aanspreeklikheid in meerdere-verweerders-probleemgevalle te herinterpreteer, het die wetgewer kort na *Barker* die impak van die beslissing ondermyn deur artikel 3 van die Compensation Act te bekragtig, ingevolge waarvan die weselike-verhoging-van-risiko-benadering steeds aangewend kan word as 'n uitsonderlike regsreël in gevalle waar die eiser mesotelioom op hierdie besondere wyse opdoen.²¹⁰

In hierdie verband is lord Hoffmann se onlangse terugblik op die *Fairchild*-uitspraak, waarin hy argumenteer dat hierdie tipe probleemgevalle eerder deur die wetgewer as die regbank opgelos moet word, betekenisvol:²¹¹

In retrospect, I think the most satisfactory outcome would have been for their Lordships in their judicial capacity to have adhered to established principle, wrung their hands about the unfairness of the outcome in the particular case, and recommended to the Government that it pass appropriate legislation. Then judiciary and legislature would each have been functioning within their proper sphere: the judges not creating confusion in the common law by trying to legislate for special cases and Parliament amending the common law where fairness and the public interest appeared to demand it.

4.9 Verdere probleme met die wesenlike-verhoging-van-risiko-benadering

In die Engelse saak *Wilsher v Essex Area Health Authority*²¹² het 'n onervare, jong dokter 'n oormaat suurstof aan 'n pasgebore baba toegedien. Die baba het kort daarna 'n retinale disfunksie (RLF) opgedoen wat blindheid veroorsaak het. Mediese getuienis het egter aangetoon dat daar minstens vier ander faktore was wat ewe waarskynlik die RLF kon veroorsaak het en wat totaal onafhanklik van die dokter se optrede gestaan het.²¹³ Desnieteenstaande het die Court of Appeal *McGhee* interpreteer as sou dit bevestig dat, deur te bewys dat die verweerder se optrede die eiser se risiko van 'n besering op wesenlike wyse verhoog het, die eiser ook feitelike kousaliteit tussen skade en optrede bewys het. Met ander woorde: die wesenlike verhoging van 'n risiko van besering is gelykstaande aan 'n feitelike kousale verband. Op grond daarvan dat die verweerder deur sy optrede die wesenlike risiko van skade geskep het, het die Court of Appeal die verweerder aanspreeklik gehou vir die eiser se volle skade. Die House of Lords het hierdie beslissing egter in appèl verwerp omdat dit, onder andere, sou lei tot die ongeregverdigde oplegging van aanspreeklikheid asook die verontagsaming van die feitelikekousaliteitsvereiste.

Die punt wat deur *Wilsher* geïllustreer word, word soos volg deur Jane Stapleton opgesom:²¹⁴

An exception sufficiently broad that it would assist the claimant in *Wilsher* would, it was feared, pose such a threat because it would be triggered upon the satisfaction of only two requirements: that the aetiology of the outcome is unknown; and the defendant's tortious conduct had materially contributed to the risk that the victim would succumb to the outcome. If that was all that was required to bring a case within the *McGhee/Fairchild* "material contribution to risk" principle, very many injured parties would be able to leap the evidentiary gap. For example, a claimant who has suffered a heart attack, a breakdown or an infectious disease would be able to establish cause-in-fact against any defendant who, in breach of duty, made a material contribution to the risk of that outcome.

In *Fairchild* word hierdie probleem aangespreek deur duidelik te maak dat die verhoging-van-risiko-benadering slegs in uitsonderlike gevalle toegepas behoort te word. Ter bevordering van regsekerheid en ter wille van die behoud van 'n logiese en sistematiese regstelsel word riglyne vir die aanwending van die uitsonderlike regsreël daarom uitgestippel. Soos vroeër uitgewys, word beslis dat die uitsondering net geld waar daar slegs een moontlike "noxious agent"²¹⁵ is en dat dit behoort te geld slegs indien die mediese wetenskap geensins die bron van die eiser se skade kan identifiseer nie. Die

meerderheidsuitspraak in *Lee* skiet in hierdie opsig ongelukkig te kort: terwyl regter Nkabinde indirek na die wesenlike-verhoging-van-risiko-benadering verwys, word geen kriteria uiteengesit vir die toepassing van hierdie uitsonderlike benadering nie. Gevolglik is daar regsonsekerheid en verwarring oor die vraag wanneer dit voldoende sal wees om slegs 'n verhoging in risiko te bewys.²¹⁶

In sy minderheidsuitspraak maak regter Cameron, wat hom ten gunste van 'n ontwikkeling van die gemeenregtelike *but for*-toets vir feitelike kousaliteit uitspreek, daarom die volgende opmerking: "But development is an intricate task. It seems most appropriate in the limited cases of 'single fibre' diseases where one can identify a single agent, but the disease, by its very nature, defies the but-for test."²¹⁷

Ek doen aan die hand dat dit 'n wesenlike tekortkoming in die meerderheidsuitspraak is wat so gou moontlik deur die konstitusionele hof aangespreek moet word.

4.10 Die konstitusionele hof se minderheidsuitspraak in Lee

In die minderheidsuitspraak word die *but for*-toets se ontoereikendheid met betrekking tot die besondere feitesituasie erken.²¹⁸ Regter Cameron kritiseer ook die afleidings wat deur die meerderheid gemaak word ten einde feitelike kousaliteit te bewerkstellig: "It is not possible to infer probable factual causation from an increase in exposure to risk by itself."²¹⁹ Volgens hom is dit onmoontlik om af te lei dat dit die nalatige versuim, eerder as onskuldige, redelike optrede was wat aanleiding gegee het tot die eiser se TB-infeksie.²²⁰ Sodanige benadering behels dat feitelike kousaliteit afgelei kan word van enige risikoverhoging – ongeag of dit wesenlik is of nie.

Ter illustrasie van hierdie punt van kritiek word die volgende voorbeeld genoem: gestel 'n gevangene het voorheen, toe bestaande gesondheidsmaatreëls nie behoorlik toegepas is nie, 'n 90%-kans gehad om TB op te doen, maar ná die instelling van die behoorlike maatreëls het hy slegs 'n 85%-kans om TB op te doen. Die afwesigheid van behoorlike maatreëls sou dus lei tot 'n blote 5%-verhoging van die risiko van 'n TB-infeksie, maar daardie verhoging van 'n risiko sal volgens die meerderheid se benadering voldoende wees om feitelike kousaliteit te bewys.²²¹

In teenstelling met regter Cameron se vroeëre gesamentlike uitspraak in die hoogste hof van appèl se uitspraak in *Gore*,²²² waarop die meerderheid in *Lee* swaar steun ter formulering van hul "flexible approach" tot feitelike kousaliteit, is daar in sy minderheidsuitspraak in *Lee* geen verwysing na die gebruik van gesonde verstand om die kousaliteitsprobleem op te los nie. Hy ken ook aan beleidsoorwegings, spesifiek grondwetlike regte en waardes, 'n belangrike rol toe, naamlik dat dit die formulering van 'n uitsonderingsgeval hier regverdig.²²³ Gevolglik blyk regter Cameron ook ten gunste van 'n uitsonderlike regsreël te wees, welke uitsondering in die besonderse omstandighede 'n remedie aan die eiser sou kon verleen.²²⁴

But how do we get to a just outcome? It seems to me that our common law of recovery for negligent injury should be developed to allow for recovery in cases where a plaintiff can prove that the defendant negligently exposed him or her to the risk of harm, and the harm eventuated ... Should the common law be

developed, the causation inquiry remains a question of fact, though now the question is a wider one, that is easier to answer in cases like Mr Lee's: would reasonable measures have reduced the overall risk of infection? And, then, should the extent of risk to which the defendant's negligent conduct exposed the claimant lead to recovery for the injury that was suffered?

Regter Cameron se bevestiging dat kousaliteit 'n feitevraag bly, is verblydend, maar word vertroebel deur die laaste twee sinne in die aangehaalde gedeelte, aangesien dit impliseer dat beleid wel op feitelike kousaliteit inwerk.²²⁵ Hierdie aspek van sy minderheidsuitspraak staan ook in kontras met sy idee dat sodanige oorwegings juis nie 'n rol met betrekking tot "determining factual cause and effect"²²⁶ speel nie, en skep hierom onsekerheid.

Nietemin blyk dit dat die minderheid ten gunste van 'n ontwikkeling van die gemenerereg aangaande feitelike kousaliteit is. In hierdie verband kry ons slegs 'n breë aanduiding van hoe sodanige ontwikkeling moet plaasvind: "It seems to me that our common law of recovery for negligent injury should be developed to allow for recovery in cases where a plaintiff can prove that the defendant negligently exposed him or her to the risk of harm, and the harm eventuated."²²⁷

5. Gevolgtrekking

Die gemeenregtelike *but for*-toets is nie werklik 'n instrument met behulp waarvan feitelike kousaliteit getoets kan word nie en het verskeie tekortkominge wat reeds aan kritiek onderwerp is. Dié "toets" verskaf onbevredigende resultate in gevalle waar die meerdere verweerders op een of ander wyse bydra tot die eiser se skade. Die alternatiewe benaderings wat in hierdie geval in ander regstelsels ontwikkel is, moet helaas gesien word as 'n beleidsbesluit wat deur howe geneem word ten einde 'n billike en regverdigte resultaat te verseker. Normatiewe beleidsoorwegings speel dus wel 'n rol in die besluit om af te wyk van die ortodokse gebruik van die *but for*-toets, maar die kousaliteitsvraag bly steeds 'n feitevraag.²²⁸ Dié benaderings kan egter nie aangewend word om in 'n saak soos *Lee* die kousaliteitsprobleem die hoof te bied nie. In *Lee*, waar die bron van die eiser se skade onbepaalbaar was, kan die bewysregtelike gaping tussen die eiser se skade en die verweerder se optrede met geen van die bogenoemde alternatiewe benaderings of die tradisionele *but for*-toets oorbrug word nie.

Die meerderheid van die konstitusionele hof se buigsame benadering ten opsigte van feitelike kousaliteit kan ongetwyfeld in sekere gevalle aangewend word, byvoorbeeld waar daar 'n versuim was om op te tree, maar die bron van skade nietemin identifiseerbaar was. Hierdie "flexible approach" – 'n verwarrende en onwenslike term – funksioneer egter nie in die geval waar die bron van die eiser se skade onidentifiseerbaar is nie. Dit lyk of die meerderheid van die konstitusionele hof, ten spyte van 'n teenoorgestelde bedoeling, in *Lee* die tradisionele vereiste vir feitelike kousaliteit uitskakel en die verhoging-in-risikobenadering toepas ten einde die verweerder aanspreeklik te hou vir die eiser se TB-infeksie en gepaardgaande skade. Verder hou die meerderheid se benadering, soos regter Cameron uitwys, ongelukkig nie rekening met impak wat dit kan hê op die verdeling van skadevergoeding nie.

In die Engelse reg word die wesenlike-verhoging-van-risiko-benadering voorgehou as 'n uitsonderlike regsreël wat slegs in besondere situasies van toepassing is. Die vasstelling van sodanige kriteria is belangrik, aangesien die bandelose toepassing daarvan aanleiding kan gee tot 'n stortvloed van litigasie – veral op die gebied van mediese nalatigheid. Die beslissing van die meerderheid in *Lee* verskaf geen sodanige riglyne of kriteria nie, en gevolglik heers daar onsekerheid daaroor of 'n eiser in 'n soortgelyke saak (waar die bron van die skade nie identifiseerbaar is nie) sou slaag met sy deliktuele eis indien hy slegs bewys dat die verweerder se optrede 'n verhoging van die risiko van skade geskep het. Daar word aan die hand gedoen dat die konstitusionele hof wel hierdie kwessie aanspreek ten einde regsekerheid te verskaf, of anders dat die wetgewer ingryp om hierdie situasie te reguleer.

Bibliografie

- Acton, A.C.J. 1966. *Conditio sine qua non* (a general theory of causation for our law). *Responsa Meridiana*, 1966(1):103–16.
- Boberg, P.Q.R. 1989. *The law of delict. Volume one: Aquilian liability*. 2de uitgawe. Kaapstad, Johannesburg en Wetton: Juta.
- Brand, F. 2007. Reflections on wrongfulness in the law of delict. *South African Law Journal*, 124(1):76–83.
- . 2013. The contribution of Louis Harms in the sphere of Aquilian liability for pure economic loss. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 76(1):57–69.
- Burrows, A., D. Johnston en R. Zimmermann. 2013. *Judge and jurist: Essays in memory of Lord Rodger of Earlsferry*. Oxford: Oxford University Press.
- Crowne, E. en O. Ha-Redeye. 2012. Clements v Clements: a material contribution to the jurisprudence – The Supreme Court of Canada clarifies the law of causation. *Western Journal of Legal Studies*, 2(2):1–13.
- De Wet, J.C. en H.L. Swanepoel. 1949. *Strafreg*. Durban: Butterworth.
- De Wet, Q., F.L.H. Rumpff en G. Viljoen (reds.). 1970. *Huldigingsbundel aangebied aan professor Daniel Pont op sy vyf-en-sewentigste verjaarsdag*. Kaapstad: A.A. Balkema.
- Fagan, A. 2005. Rethinking wrongfulness in the law of delict. *South African Law Journal*, 122(1):90–141.
- . 2007. Blind faith: a response to Professors Neethling and Potgieter. *South African Law Journal*, 124(2):285–95.

- Fischer, D.A. 1992. Causation in fact in omission cases. *Utah Law Review*, 1992(4):1335–84.
- Geistfeld, M.A. 2006. The doctrinal unity of alternative liability and market-share liability. *University of Pennsylvania Law Review*, 155(2):447–504.
- Glover, G. 2006. *Essays in honour of AJ Kerr*. Durban: LexisNexis Butterworths.
- Goldberg, R. 1999. *Causation and risk in the law of torts: scientific evidence and medicinal product liability*. Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Goldberg, R. (red.). 2012. *Perspectives on causation*. Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Hart, H.L.A. en A.M. Honoré. 1985. *Causation in the law*. 2de uitgawe. Oxford: Clarendon Press.
- Hogg, M.A. 2007. Re-establishing orthodoxy in the realm of causation. *Edinburgh Law Review*, 11(1):8–30.
- Honoré, A.M. 1971. *International encyclopedia of comparative law: torts*. New York: Oceana Publications.
- Kahn, E. (red.). 1983. *Fiat iustitia: Essays in memory of Oliver Deneys Schreiner*. Kaapstad: Juta.
- Khoury, L. 2006. *Uncertain causation in medical liability*. Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Loubser, M.M. en R. Midgley (reds.). 2012. *Law of delict in South Africa*. 2de uitgawe. Kaapstad: Oxford.
- Loubser, M.M. en E. Reid. 2012. *Product liability in South Africa*. Claremont: Juta.
- Loubser, M.M. en D.P. Visser (reds.). 2011. *Thinking about law: Essays for Tony Honoré*. Kaapstad: Siberink.
- Markesinis, B.S. en H. Unberath. 2002. *The German law of torts: a comparative treatise*. 4de uitgawe. Oxford en Portland, Oregon: Hart Publishing.
- McKerron, R.G. 1971. *The law of delict*. 7de uitgawe. Kaapstad: Juta.
- Midgley, J.R. en J.C. van der Walt. 2005. *Principles of delict*. 3de uitgawe. Durban: LexisNexis Butterworths.
- Neethling, J. 2003. The case of the three hunters, or delictual liability for alternative causes. *South African Law Journal*, 120(2):263–8.

- . 2006. The conflation of wrongfulness and negligence: Is it always such a bad thing for the law of delict? *South African Law Journal*, 123(2):204–14.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2007. Wrongfulness and negligence in the law of delict: a Babylonian confusion? *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 70(1):120–30.
- . 2010. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 6de uitgawe. Durban: LexisNexis Butterworths.
- . 2013. Aanspreeklikheid van die staat vir tuberkulose in die gevangenis. *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH). *LitNet Akademies Regte* 10(2):1–9.
- Nugent, R.W. 2006. Yes, it is always a bad thing for the law: a reply to Professor Neethling. *South African Law Journal*, 123(4):557–63.
- Oliphant, K. 2011. Uncertain factual causation in the third restatement: comparative notes. *William Mitchell Law Review*, 37(3):1601–32.
- Stapleton, J. 2002. Lords a’leaping evidentiary gaps. *Torts Law Journal*, 2002(10):276–305.
- . 2003. Cause in fact and the scope of liability for consequences. *Law Quarterly Review*, 2001(54):388–425.
- . 2008. Choosing what we mean by “causation” in the law. *Missouri Law Review*, 2008(73):433–80.
- . 2010. Factual causation in Australia. *Federal Law Review*, 38(3):467–84.
- . 2012. The Fairchild doctrine: arguments and materiality. *Cambridge Law Journal*, 71(1):32–4.
- . 2012. Factual causation, mesothelioma and statistical validity. *Law Quarterly Review*, 2012(128):221–31.
- . 2013. Unnecessary causes. *Law Quarterly Review*, 2013(129):39–65.
- Trindade, F. en P. Cane. 1999. *The law of torts in Australia*. 3de uitgawe. Melbourne: Oxford University Press.
- Van den Heever, F.P. 1944. *Aquilian damages in South African law. Volume 1*. Kaapstad en Johannesburg: Juta.
- Van der Merwe, N.J. 1965. Die conditio sine qua non-toets vir oorsaak en gevolg. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 28(3):173–86.
- 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 Gerven, W. (red.). 2000. *Cases, materials and text on national, supranational and international tort law*. Oxford: Hart Publishing.

Van Rensburg, A.D.J. 1970. Juridiese kousaliteit en aspekte van aanspreeklikheidsbeperking by die onregmatige daad. Ongepubliseerde LLD-proefskrif, Universiteit van Suid-Afrika.

Visser, P.J. 2006. *Gedagtes oor feitelike kousaliteit in die deliktereg*. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg*, 2006(3):581–7.

Weir, T. 2002. *Tort law*. Oxford en New York: Oxford University Press.

Wright, R.W. 1985. Causation in tort law. *California Law Review*, 73(6):1735–828.

—. 1988. Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble bush by clarifying the concepts. *Iowa Law Review*, 1988(73):1001–71.

—. 2001. Once more into the bramble bush: duty, causal contribution, and the extent of legal responsibility. *Vanderbilt Law Review*, 2001(54):1–51.

Eindnotas

¹ Fagan (2005:90); Neethling (2006:204); Nugent (2006:557); Neethling en Potgieter (2007:120); Fagan (2007:285); Brand (2007:76); Brand (2013:57–69).

² Van der Merwe (1965:173); Acton (1966:103); Van Rensburg (1970:7 e.v.); Van der Merwe en Olivier (1989:191 e.v.); Boberg (1989:380 e.v.); Visser (2006:581 e.v.).

³ Boberg (1989:380).

⁴ Van der Merwe en Olivier (1989:192).

⁵ *Kakamas Bestuursraad v Louw* 1960 2 SA 202 (A).

⁶ Glover (red.) (2006:277); Fagan (2011:50); Wright (1985:1735); Wright (1988:1001); Wright (2001:1071); Goldberg (red.) (2012:286); Stapleton (2002:276); Stapleton (2003:388); Stapleton (2008:433); Stapleton (2010:469); Stapleton (2012:24); Stapleton (2012:221); Stapleton (2013:39); Hogg (2007:8); Fischer (1992:1335); Crowne en Ha-Redeye (2012:1); Oliphant (2011:1601). Sien ook Goldberg (red.) (2012:7 e.v.); Khoury (2006:9 e.v.).

⁷ 2013 2 SA 144 (KH). Sien ook *Lee v Minister of Correctional Services* 2011 6 SA 564 (WKK); *Minister of Correctional Services v Lee* 2012 3 SA 617 (HHA).

⁸ McKerron (1971:125); Boberg (1989:380); Van der Merwe en Olivier (1989:191); Van der Walt en Midgley (2005:198); Neethling en Potgieter (2010:189); Loubser en Midgley (2012:69).

⁹ Honoré (1971:3 e.v.); Kahn (1983:370); Van Gerven (2000:395).

¹⁰ *Sien Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34; *Siman & Co (Pty) Ltd v Barclays National Bank Ltd* 1984 2 SA 888 (A) 914; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700; *Groenewald v Groenewald* 1998 2 SA 1106 (HHA) 1113; *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA) 448; *Minister of Safety and Security v Carmichele* 2004 3 SA 305 (HHA) 327.

¹¹ Van der Merwe en Olivier (1985:191); Van der Walt en Midgley (2005:198); Neethling en Potgieter (2010:189); Loubser en Midgley (2012:69). Vgl. ook De Wet en Swanepoel (1949:23–4): “Die *conditio-sine-qua-non*-leer word egter nie algemeen as voldoende aanvaar nie. Daar word erken dat dit die uitgangspunt is van elke kousaliteitsleer, maar die beswaar daarteen is dat dit te wyd gaan, en die ondersoek nie genoeg beperk nie.”

¹² Neethling en Potgieter (2010:199); Loubser en Midgley (2012:89).

¹³ *Smit v Abrahams* 1994 4 SA 1 (A) 16; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A); *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA); *Minister of Safety and Security v Hamilton* 2004 2 SA 216 (HHA); *Minister of Safety and Security v Carmichele* 2004 3 SA 305 (HHA); *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* 2009 2 SA 150 (HHA).

¹⁴ McKerron (1971:125); Boberg (1989:380); Van der Walt en Midgley (2005:203); Neethling en Potgieter (2010:186); Loubser en Midgley (2012:69).

¹⁵ *S v Daniëls* 1983 3 SA 275 (A); *S v Mokgethi* 1990 1 SA 32 (A); *Smit v Abrahams* 1994 4 SA 1 (A) 16; *Standard Chartered Bank of Canada v Nedperm Bank Ltd* 1994 4 SA 747 (A); *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA); *Minister of Safety and Security v Hamilton* 2004 2 SA 216 (HHA); *Minister of Safety and Security v Carmichele* 2004 3 SA 305 (HHA); *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* 2009 2 SA 150 (HHA); *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH).

¹⁶ Sien in hierdie verband veral *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* 2009 2 SA 150 (HHA) 164 e.v.

¹⁷ Van Rensburg (1970:35); Boberg (1989:386–7); Van der Merwe en Olivier (1989:197).

¹⁸ M.b.t. skuld is daar byvoorbeeld diegene wat nalatigheid as 'n abstrakte konsep benader, onverwyderd van die werklike gevolge wat weens die nalatige optrede intree, en wat ontken dat nalatigheid 'n aanspreeklikheidsbeperkingsfunksie het. Hierteenoor is daar sommiges wat nalatigheid sien soos dit in 'n relatiewe verhouding staan teenoor die werklike, ingetrede skade. Volgens lg. siening verkry nalatigheid 'n aktiewe beperkingsfunksie, sodat begrensing van aanspreeklikheid deur juridiese kousaliteit as onnodig geag word. M.b.t. die Suid-

Afrikaanse deliktereg kritiseer Van der Merwe en Olivier (1989:192) die tweeledige benadering, omdat dit die regsgeleerde noop om “die kousaliteitsverskynsel uit sy habitat, die feitelike terrein, te pluk en te omvorm ... tot ’n juridiese Frankenstein”. In die Anglo-Amerikaanse regswêreld argumenteer Jane Stapleton (433 e.v.) dat die ondersoek na ’n oorsaaklike verband slegs ’n feitelike een behoort te wees en dat aanspreeklikheid vir skade op ander wyses beperk kan en behoort te word.

¹⁹ Van der Walt en Midgley (2005:68 e.v.); Neethling en Potgieter (2010:38 e.v.); Loubser en Midgley (2012:69 e.v.).

²⁰ 1990 1 SA 680 (A) 700.

²¹ Sien ook *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* 2009 2 SA 150 (HHA) 164.

²² Van Gerven (2000:395): die *but for*-toets, of ’n aanpassing daarvan, is ook die aanvaarde “toets” vir feitelike kousaliteit in die meeste Anglo-Amerikaanse en Kontinentale regstelsels.

²³ D.w.s. feitelike voorwaardes of oorsake waarsonder die eiser se gelede skade nooit sou kon intree nie. Sien ook Loubser en Midgley (2012:71); Hogg (2007:11).

²⁴ Kahn (1983:371); Loubser en Midgley (2012:71).

²⁵ Boberg (1989:380); Van der Merwe en Olivier (1989:193); Van der Walt en Midgley (2005:198); Neethling en Potgieter (2010:186); Loubser en Midgley (2012:71).

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Van der Walt en Midgley (2005:199); Loubser en Midgley (2012:72).

²⁸ Van den Heever (1944:42); Kahn (1983:378–9); *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700.

²⁹ *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 700.

³⁰ Neethling en Potgieter (2010:195); Neethling (2013:185).

³¹ Hulle skryf in hierdie verband: “Soos blyk uit die *dictum* van regter Nkabinde hierbo, is die vraag na kousaliteit of die dader enigiets kon gedoen het om die gewraakte gevolg te voorkom, en nie of regmatige optrede – dit wil sê waar die dader die regsplig volkome nagekom het – die gevolg sou voorkom het nie, want dan word onregmatigheid en feitelike kousaliteit verwar” (2013:6).

³² Neethling en Potgieter (2010:195); Neethling (2013:185).

³³ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 169: “In postulating the hypothetical non-negligent conduct needed for the substitution exercise, the SCOs provide

helpful guidance.” Sien in hierdie verband ook die kommentaar van Neethling en Potgieter (2013:4–6).

³⁴ Neethling en Potgieter (2010:195); Neethling (2013:185); Neethling en Potgieter (2013:4–6).

³⁵ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 163 (my kursivering). Sien ook 168.

³⁶ Sien ook Neethling en Potgieter (2013:4–6).

³⁷ 1977 1 SA 31 (A).

³⁸ *Minister of Police v Skosana* 1977 1 SA 31 (A) 34 (my kursivering).

³⁹ Glover (red.) (2006:296–7).

⁴⁰ 1960 2 SA 202 (A).

⁴¹ 1956 AC 613, 616.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Glover (red.) (2006:297). In die volgende sake word wel na “material contribution” verwys: *Silva’s Fishing Corporation (Pty) Ltd v Maweza* 1957 2 SA 256 (A); *Mtati v Minister of Justice* 1958 1 SA 221 (A); *Kakamas Bestuursraad v Louw* 1960 2 SA 202 (A); *Administrateur, Natal v Stanley Motors Ltd* 1960 1 SA 690 (A); *Greenfield v Engineering Works (Pty) Ltd v NKR Construction (Pty) Ltd* 1978 4 SA 901 (N); *Santam Insurance Co Ltd v Nkosi* 1978 2 SA 784 (A); *Blyth v Van der Heever* 1980 1 SA 191 (A); *Masiba v Constantia Insurance Co Ltd and Another* 1982 4 SA 333 (K); *S v Daniëls* 1983 3 SA 275 (A); *S v Mokgethi* 1990 1 SA 32 (A); *Thandani v Minister of Law and Order* 1991 1 SA 702 (OK); *Gibson v Berkowitz* 1996 4 SA 1029 (W); *Clinton-Parker v Administrator, Transvaal* 1996 2 SA 37 (W); *Barnard v Santam Bank Bpk* 1997 4 SA 1032 (T); *Ncoyo v Commissioner of Police, Ciskei* 1998 1 SA 128 (Ck); *Meevis v Sheriff, Pretoria East* 1999 2 SA 389 (T); *Humphrys NO v Barnes* 2004 2 SA 577 (K); *Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Geldenhuys* 2004 1 SA 515 (HHA); *Wright v Medi-Clinic* 2007 4 SA 327 (K).

⁴⁴ Sien ook Hogg (2007:9 e.v.).

⁴⁵ Van der Merwe en Olivier (1989:220–1).

⁴⁶ Trindade en Cane (1999:478); Hogg (2007:9 e.v.).

⁴⁷ Dit ten spyte daarvan dat die meerderheidspraak verwys na die *Kakamas*-saak in welke saak die wesenlike-bydrae-toets wel toegepas word.

⁴⁸ Kahn (1983:372 e.v.).

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ Kahn (1983:372 e.v.). Sien par. 2.5 hier onder.

⁵² Boberg (1989:386).

⁵³ *Minister of Safety and Security v Carmichele* 2004 3 SA 305 (HHA) 328.

⁵⁴ Loubser en Midgley (2012:84).

⁵⁵ Van Rensburg (1970:19); Van Rensburg (1977:101–3); Boberg (1984:380 e.v.); Van der Merwe en Olivier (1989:192 e.v.); Visser (2006:581 e.v.); Neethling en Potgieter (2010:188); Loubser en Midgley (2012:77).

⁵⁶ Van Rensburg (1970:29 e.v.); Van Rensburg (1977:101).

⁵⁷ Van Rensburg (1970:29 e.v.); Van Rensburg (1977:102).

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Sien par. 2.2 hier bo. Die *but for*-toets fokus op noodsaaklike voorwaardes in die sin dat die verweerder se handeling as feitelike oorsaak van die eiser se gelede skade beskou kan word slegs indien dit noodsaaklik was vir die intrede van die betrokke relevante skade.

⁶⁰ Van Rensburg (1970:36); Van Rensburg (1977:101–3); Boberg (1984:380 e.v.); Van der Merwe en Olivier (1989:192 e.v.); Neethling en Potgieter (2010:191); Loubser en Midgley (2012:78).

⁶¹ Van der Merwe en Olivier (1989:195).

⁶² Loubser en Midgley (2010:82).

⁶³ Neethling en Potgieter (2010:91).

⁶⁴ Sien in hierdie verband verder Neethling (2003:263 e.v.).

⁶⁵ Dieselfde geld opeenvolgende, onafhanklike positiewe optrede en lates. 'n Voorbeeld van opeenvolgende positiewe gebeure wat onafhanklik van mekaar plaasvind, is waar verweerder A 'n teelepel dodelike gif in C se tee gooi, maar voordat die gif in werking kan tree, skiet verweerder B vir C dood.

⁶⁶ Van Gerven (2000:395 e.v.). Sien ook Markesinis en Unberath (2002:103); *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 378-80: "Perhaps the most telling illustration of the universality of the problem with which the House is faced comes from two passages in the digest ... I would take from these passages the clear implication that classical Roman jurists of the greatest distinction saw the need for the law to deal specially

with the situation where it was impossible to ascertain the identity of the actual killer among a number of wrongdoers. If strict proof of causation were required, the plaintiff would be deprived of his remedy in damages for the death of his slave.”

⁶⁷ Glover (red.) (2006:287); Visser en Loubser (red.) (2011:50); Wright (1985:1735); Wright (1988:1001); Wright (2001:1071); Goldberg (red.) (2012:286); Stapleton (2002:276); Stapleton (2003:388); Stapleton (2008:433); Stapleton (2010:469); Stapleton (2012:24); Stapleton (2012:221); Stapleton (2013:39); Hogg (2007:8); Fischer (1992:1335); Crowne en Ha-Redeye (2012:1); Oliphant (2011:1601). Sien ook Van Gerven (2000:395 e.v.); Goldberg (red.) (2012:7 e.v.); Khoury (2006:9 e.v.).

⁶⁸ Van Gerven (2000:395); Markesinis en Unberath (2002:103); *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL).

⁶⁹ Boberg (1989:404–5).

⁷⁰ Die Duitse reg benader hierdie probleem op soortgelyke wyse. Art. 830(1) *BGB* stipuleer: “If more than one person has caused damage by a jointly committed tort, then each of them is responsible for the damage. *The same applies if it cannot be established which of several persons involved caused the damage by his act*” (my kursivering). Die gekursiveerde gedeelte is juis van toepassing op daardie gevalle waar die skade deur meerdere persone veroorsaak is, maar dit onmoontlik is om te bepaal wie, d.w.s. in gevalle waar die skade onverdeelbaar is. In sulke gevalle word alle moontlike verweerders gesamentlik en afsonderlik aanspreeklik gehou vir die eiser se volle skade.

⁷¹ *Kakamas Bestuursraad v Louw* 1960 2 SA 202 (A). Hier het die appèlhof beslis dat waar die eiser se skade gedeeltelik deur die verweerder se onregmatige en nalatige optrede en gedeeltelik deur natuurlike kragte veroorsaak is, die verweerder aanspreeklik is vir die eiser se volle skade sodra die eiser bewys het dat die verweerder op 'n wesentlike wyse bygedra het tot die eiser se skade. Die eiser hoef nie te bewys watter gedeelte deur die verweerder veroorsaak is nie. Indien die verweerder wel bewys watter spesifieke gedeelte deur hom veroorsaak is, kan hy aanspreeklikheid vir die volle skade ontglip. Die verweerder het dus die bewyslas om aan te toon dat die skade verdeelbaar is en welke gedeelte hy veroorsaak het.

⁷² Boberg (1989:404–5).

⁷³ Loubser en Midgley (2012:436).

⁷⁴ Neethling en Potgieter (2010:173).

⁷⁵ Loubser en Midgley (2012:436).

⁷⁶ Sien par. 4.3 hier onder.

⁷⁷ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 183.

⁷⁸ 2002 3 All ER 305 (HL).

⁷⁹ Burrows, Johnston en Zimmermann (2013:67).

⁸⁰ 33 Cal 2d 80.

⁸¹ 33 Cal 2d 86: “When we consider the relative position of the parties and the results that would flow if plaintiff was required to pin the injury on one of the defendants only, a requirement that the burden of proof on that subject be shifted to defendants becomes manifest. They are both wrongdoers – both negligent toward plaintiff. They brought about a situation where the negligence of one of them injured the plaintiff, hence it should rest with them each to absolve himself if he can.”

⁸² Wright (1988:1001 e.v.). Sien ook *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 336.

⁸³ Oliphant (2011:1602–3).

⁸⁴ 1951 S.C.R. 830.

⁸⁵ (1985:424).

⁸⁶ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL); *Barker v Corus (UK) plc* 2006 UKHL.

⁸⁷ Burrows, Johnston en Zimmermann (2013:64): “The reasoning in *Fairchild* was simply that we thought it very unfair that an employer should be able to escape liability for mesothelioma suffered by a worker whom he had negligently exposed to asbestos simply because the worker had also been (negligently or otherwise) exposed to asbestos by someone else.”

⁸⁸ 2002 3 All ER 305 (HL).

⁸⁹ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 179-80.

⁹⁰ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 342.

⁹¹ Sien *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 326.

⁹² *Ibid.*

⁹³ Goldberg (1999:73).

⁹⁴ Wright (1988:1001).

⁹⁵ (1980) 26 Cal 3d 588.

⁹⁶ *Sindell v Abbott Laboratories* (1980) 26 Cal 3d 588; Goldberg (1999:61 e.v.).

⁹⁷ *Sindell v Abbott Laboratories* (1980) 26 Cal 3d 593–4.

⁹⁸ *Ibid*; sien ook *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 330.

⁹⁹ *Sindell v Abbott Laboratories* 1980 26 Cal 3d 593–4; *Snell v Farrell* 1990 72 DLR (4th) 299; Goldberg (1999:60 e.v.); sien ook *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 330.

¹⁰⁰ *Sindell v Abbott Laboratories* 1980 26 Cal 3d 593.

¹⁰¹ *Ibid*.

¹⁰² Geistfeld (2006:449 e.v.); Goldberg (1999:62–3).

¹⁰³ Wright (1985:1819–20).

¹⁰⁴ Geistfeld (2006:449–50).

¹⁰⁵ *Ibid*.

¹⁰⁶ Geistfeld (2006:451); Loubser en Reid (2012:117).

¹⁰⁷ Geistfeld (2006:451 e.v.); Goldberg (1999:62).

¹⁰⁸ *Sindell v Abbott Laboratories* 1980 26 Cal 3d 593.

¹⁰⁹ Geistfeld (2006:451 e.v.).

¹¹⁰ Oliphant (2011:1604).

¹¹¹ Loubser en Reid (2012:117).

¹¹² (1989:195 e.v.).

¹¹³ Van der Merwe en Olivier (1989:195–6).

¹¹⁴ *Ibid*.

¹¹⁵ Van Rensburg (1970:41).

¹¹⁶ *Litzinger v Kintzler* Cass civ 2e, 5 Junie 1957, D 1957 Jur 493.

¹¹⁷ Van Gerven (2000:395 e.v.); *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 382.

¹¹⁸ Boberg (1989:383–4).

¹¹⁹ Sien par. 2.4 hier bo.

¹²⁰ Sien ook Van Rensburg (1970:41).

- ¹²¹ Visser en Loubser (red.) (2011:52).
- ¹²² Visser en Loubser (red.) (2011:51–2).
- ¹²³ Hart en Honoré (1985:112–3).
- ¹²⁴ Hart en Honoré (1985:95, 234–5); sien ook Visser en Loubser (red.) (2011:51–3).
- ¹²⁵ Wright (1985:1735); Wright (1988:1001); Wright (2001:1071); Goldberg (red.) (2012:286).
- ¹²⁶ Goldberg (red.) (2012:286).
- ¹²⁷ Wright (2008:1019).
- ¹²⁸ Wright (1985:1735); Wright (1988:1001); Wright (2001:1071); Goldberg (red.) (2012:286).
- ¹²⁹ *Ibid.*
- ¹³⁰ Wright (1985:1735); Wright (1988:1001); Wright (2001:1071); Goldberg (red.) (2012:286); Stapleton (2003:388); Stapleton (2010:469); Oliphant (2011:1608).
- ¹³¹ Goldberg (red.) (2012:3–9).
- ¹³² Sien bv. Stapleton (2002:279 e.v.).
- ¹³³ 2013 2 SA 144 (KH).
- ¹³⁴ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 147-50.
- ¹³⁵ *Ibid.*
- ¹³⁶ *Minister of Correctional Services v Lee* 2012 1 SACR 492 (HHA) 496.
- ¹³⁷ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 176.
- ¹³⁸ *Ibid.*
- ¹³⁹ *Ibid.*
- ¹⁴⁰ *Ibid.*
- ¹⁴¹ *Ibid.*: “Thus, we know exactly that agent causes TB (the agent mycobacterium tuberculosis), but science cannot identify which one of unnumerable exposures was the probable source of infection in this case.”
- ¹⁴² *Lee v Minister of Correctional Services* 2011 6 SA 564 (WKH); sien ook *Minister of Correctional Services v Lee* 2012 1 SACR 492 (HHA) 504.

¹⁴³ *Minister of Correctional Services v Lee* 2012 1 SACR 492 (HHA) 504.

¹⁴⁴ Byvoorbeeld die sekuriteitsmaatreëls wat in gedrang kan kom tydens mediese toetse; die finansiële hulpbronne tot die tronkowerhede se beskikking; algemene gebruik onder tronkowerhede; beskikbaarheid van opgeleide personeel; ruimte vir isolasie van pasiënte; die voorkoms, frekwensie en omvang van die bepaalde siekte, ensovoorts.

¹⁴⁵ *Minister of Correctional Services v Lee* 2012 1 SACR 492 (HHA) 505.

¹⁴⁶ *Minister of Correctional Services v Lee* 2012 1 SACR 492 (HHA) 504 e.v.

¹⁴⁷ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 173.

¹⁴⁸ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 163.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ 1984 2 SA 888 (AD).

¹⁵² *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 164.

¹⁵³ *Ibid.*: “In *Siman* the minority judgment noted that ‘(f)inally, as in other problems relating to causation in delict, in applying the but-for test the Court should not overlook the importance of applying common sense standards to the facts of the case.’”

¹⁵⁴ 2007 1 SA 111 (HHA).

¹⁵⁵ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 164.

¹⁵⁶ 2002 6 SA 431 (HHA).

¹⁵⁷ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 164: “A plaintiff is not required to establish the causal link with certainty, but only to establish that the wrongful conduct was probably a cause of the loss, which calls for a sensible retrospective analysis of what would probably have occurred, based upon the evidence and what can be expected to occur in the ordinary course of human affairs rather than metaphysics.”

¹⁵⁸ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 166: “Even though the purpose of using the normatively determined lawful conduct as an alternative is not primarily aimed at making an ‘is’ question an ‘ought’ question, it seems to me that it inevitably makes it at least a mixed question of fact and law.”

¹⁵⁹ *Minister of Correctional Services v Lee* 2012 1 SACR 492 (HHA) 505.

¹⁶⁰ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 173.

¹⁶¹ *Minister of Correctional Services v Lee* 2012 1 SACR 492 (HHA) 504 e.v.

¹⁶² *Minister of Correctional Services v Lee* 2012 1 SACR 492 (HHA) 504: “Whether or not he was infected while incarcerated was a necessary but not an exhaustive step in that enquiry. If he was not infected while incarcerated then that would obviously end the enquiry. But if he was indeed infected while incarcerated the question still remains whether he would have been infected if there had been reasonable management of the disease. Proof alone that reasonable precautions were not taken to avoid foreseeable harm, and that the harm occurred, does not establish that the former caused the latter.”

¹⁶³ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 180: “It is these unique characteristics that ran headlong into the fact that our law of delict demands proof of probable cause of harm.”

¹⁶⁴ In *Fairchild* 376wys lord Rodger juis op die wesenlike gevaar in verband met die aanwending van gesonde verstand (“common sense”) in hierdie konteks.

¹⁶⁵ Neethling en Potgieter (2010:195 e.v.); Loubser en Midgley (2012:80–1).

¹⁶⁶ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 163.

¹⁶⁷ Neethling en Potgieter (2010:195 e.v.); Loubser en Midgley (2012:80-1).

¹⁶⁸ *Minister van Polisie v Van der Vyver* (861/2011) ²⁰¹³ ZASCA 39 par. 33.

¹⁶⁹ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 169.

¹⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷¹ *Ibid.*

¹⁷² Sien ook Cameron R se kritiese bespreking van hierdie aangehaalde gedeelte uit Nkabinde R se uitspraak. Hieruit blyk dit dat hy dit ook interpreteer as synde ’n aanwending van die “wesenlike verhoging van risiko”-benadering.

¹⁷³ Ten spyte van Nkabinde R se uitspraak dat ontwikkeling van die gemenerereg nie deur die besondere feite van die onderhawige geval geregverdig word nie.

¹⁷⁴ 1956 AC 613.

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Vir ’n bespreking van verskillende tipes noodsaaklike voorwaardes (swak, sterk en streng), sien Wright (1988:1020–1).

¹⁷⁷ 1973 1 WLR 1 (HL).

¹⁷⁸ Stapleton (2002:286 e.v.).

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *McGhee v National Coal Board* 1973 1 WLR 1 (HL) 2.

¹⁸¹ Stapleton (2002:286 e.v.).

¹⁸² Lord Reid merk byvoorbeeld op: “The medical evidence is to the effect that the fact that the man had to cycle home caked with grime and sweat added *materially to the risk* that this disease might develop.” Lord Wilberforce onderskei hierdie saak van die *Bonnington Castings*-saak: “The present factual situation has its differences: the default here consisted not in adding a material quantity to the accumulation of injurious particles but by failure to take a step which *materially increased the risk* that the dust already present would cause injury.” Lord Salmon verklaar op soortgelyke wyse: “In the circumstances of the present case it seems to me unrealistic and contrary to ordinary common sense to hold that the negligence which *materially increased the risk* of injury did not materially contribute to causing the injury” (my kursivering).

¹⁸³ Stapleton (2002:286 e.v.).

¹⁸⁴ Weir (2002:69).

¹⁸⁵ Burrows, Johnston en Zimmermann (2013:67).

¹⁸⁶ *McGhee v National Coal Board* 1973 1 WLR 1 (HL) 7.

¹⁸⁷ 2002 3 All ER 305 (HL).

¹⁸⁸ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 312, 314, 323, 334–6. Op 323 word die *McGhee*-uitsondering só saamgevat: “Since the pursuer could not prove that the breach had probably made a material contribution to his contracting dermatitis, it was enough to show that the breach had increased the risk of his contracting it.” Lord Hoffmann beslis in par. 70: “I therefore regard *McGhee*’s case as a powerful support for saying that when the five factors I have mentioned are present, the law should treat a material increase in risk as sufficient to satisfy the causal requirements for liability.”

¹⁸⁹ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 309.

¹⁹⁰ Lord Hutton stel dit egter duidelik dat hy ’n afleiding m.b.t. die regspraak maak en nie ’n feitelike afleiding nie.

¹⁹¹ Sien lord Rodger se uitspraak in *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 344, 372–3, waarin hy tot dieselfde gevolgtrekking kom en, soos lord Bingham en lord Hoffmann, beklemtoon dat die *McGhee*-uitsondering nie op ’n “robust common sense view” of afleiding gebaseer is nie.

¹⁹² *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 334, 344.

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 334, 338, 342.

¹⁹⁵ Burrows, Johnston en Zimmermann (2013:65–6).

¹⁹⁶ Stapleton (2002:290 e.v.).

¹⁹⁷ Weir (2002:520).

¹⁹⁸ Hogg (2007:12–4).

¹⁹⁹ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 183.

²⁰⁰ Weir (2002:520 e.v.)

²⁰¹ Stapleton (2002:286). Sien ook Burrows, Johnston en Zimmermann (2013:65–7).

²⁰² 2006 UKHL 20.

²⁰³ Sien *Barker v Corus (UK) plc* 2006 UKHL 20 par. 17: “The purpose of the Fairchild exception is to provide a cause of action against a defendant who has materially increased the risk that the claimant will suffer damage and may have caused that damage, but cannot be proved to have done so because it is impossible to show, on a balance of probability, that some other exposure to the same risk may not have caused it instead. For this purpose, it should be irrelevant whether the other exposure was tortious or non-tortious, by natural causes or human agency or by the claimant himself.”

²⁰⁴ *Barker v Corus (UK) plc* 2006 UKHL 20: “My Lords, the reasoning of Moses J and the Court of Appeal would be unanswerable if the House of Lords in Fairchild had proceeded upon the fiction that a defendant who had created a material risk of mesothelioma was deemed to have caused or materially contributed to the contraction of the disease. The disease is undoubtedly an indivisible injury and the reasoning of Devlin LJ in Dingle’s case would have been applicable. But only Lord Hutton and Lord Rodger adopted this approach. The other members of the House made it clear that the creation of a material risk of mesothelioma was sufficient for liability.”

²⁰⁵ Hogg (2007:14 e.v.). Sien ook *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) par. 35: “Consistency of approach would suggest that if the basis of liability is the wrongful creation of a risk or chance of causing the disease, the damage which the defendant should be regarded as having caused is the creation of such a risk or chance. If that is the right way to characterize the damage, then it does not matter that the disease as such would be indivisible damage.”

²⁰⁶ Hogg (2007:15 e.v.).

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Barker v Corus (UK) plc* ²⁰⁰⁶ UKHL 20 par. 35 e.v.

²⁰⁹ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL).

²¹⁰ Art. 3 van Compensation Act (2006) lui: "Subsection (2) does not prevent — (a) one responsible person from claiming a contribution from another, or (b) a finding of contributory negligence." Sien ook Goldberg (red.) (2012:42).

²¹¹ Burrows, Johnston en Zimmermann (2013:68).

²¹² 1998 AC 1074.

²¹³ Die saak verskil dus van *McGhee en Fairchild* aangesien (a) die verskillende risiko-bronne vir RLF nie almal afkomstig was van 'n enkele tipe agent (baksteenstof of asbes) nie; (b) nie al hierdie risiko's geskep is deur die optrede van die verweerder nie; en (c) die besering nie plaasgevind het in 'n werknemer-werkgewer-konteks nie. Lord Bingham onderskei *Fairchild* en *Wilsher* soos volg: "It is one thing to treat an increase of risk as equivalent to the making of a material contribution where a single noxious agent is involved, but quite another where any one of a number of noxious agents may equally probably have caused the damage."

²¹⁴ Stapleton (2002:288).

²¹⁵ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* 2002 3 All ER 305 (HL) 322; *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 180.

²¹⁶ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 180.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 180–1: "It is these unique characteristics of TB that ran headlong into the fact that our law of delict demands proof of probable cause of harm. And it is those characteristics that led the Supreme Court of Appeal to non-suit Mr Lee ... What seems clear is that in some classes of claim the traditional common-law but-for test is just not enough to deliver adequately just outcomes. This is particularly so in the case of Mr Lee."

²¹⁹ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 183.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 184.

²²² Die *Gore*-saak moet onderskei word van die onderhawige geval, waar die bron van die infeksie onbekend is.

²²³ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 181: "The change in the United Kingdom jurisprudence has been justified frankly, on grounds of simple justice, since it would be wrong for employers to avoid liability for wrongdoing because of causal indeterminacy. The English courts did this without constitutional imperative. With us, that

imperative is there. In Mr Lee's case, his vulnerability as a prisoner, which meant he was unable to put himself out of harm's way, together with the lack of proper care on the part of the prison authorities, makes a similarly powerful case for developing our common law ... This is not to say that normative considerations bearing on what wrongs should be compensable in our constitutional system play into determining factual cause and effect – but, rather, these considerations make the case for relaxing the over-rigid strictures of but-for factual inferences.”

²²⁴ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 180.

²²⁵ Vgl. die gebruik van die woorde “would” en “should” wat aanduidend is van ’n normatiewe inslag.

²²⁶ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 182.

²²⁷ *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 186.

²²⁸ Glover (red.) (2006:296 e.v.).