

**DELIKTUELE VORDERINGS TEEN DIE POLISIE: NIENAKOMING
VAN 'N STATUTÊRE VERVALTERMYN EN
NOODWEERSOORSKRYDING**

Mugwena v Minister of Safety and Security 2006 4 SA 150 (HHA)

1 *Inleiding*

Dat die Suid-Afrikaanse Polisie tans onder geweldige druk verkeer, behoef weinig betoog. Aan die een kant staan slagordes van georganiseerde misdadigers gereed om die effektiwiteit van ons geregsdienaars, wat sweet om uitvoering te gee

aan hul leuse “*servimus et servamus*”, te toets; aan die teenoorgestelde kant bespied ons regbank elke beweging van hierdie bewakers van die vrede wat in die uitvoering van hul plig begaan word, met die spreekwoordelike arendsoog. Die dagpers wemel deesdae ook van berigte oor die nypende tekort aan vaardighede onder polisiebeamptes. Dit val dan sekerlik nie vreemd op nie dat daar in die hofverslae deesdae al hoe meer bladsye afgestaan word aan uitsprake oor deliktuele vorderings teen die minister van veiligheid en sekuriteit, vele waarvan suksesvol (vgl bv in dieselfde maanduitgawe as die beslissing onder bespreking *Minister of Safety and Security v Luiters* 2006 4 SA 160 (HHA)).

Die rol wat billikheid te speel het, enersyds in die proses van wetsuitleg en, andersyds, in die vasstelling van die grense van noodweer, kom in appèlregter Ponnar se uitspraak aan die orde. Dat hierdie beslissing van groot praktiese waarde gaan wees vir diegene wat hul besig hou met litigasie vir of teen die minister van veiligheid en sekuriteit, kan met stelligheid gekonstateer word. Wat na my oordeel egter nie so duidelik opval nie, is die tegniese-juridiese korrektheid van daardie deel van die uitspraak wat in besonder die aspek van noodweersoorstryding raak.

2 Feite

Die verlies van ’n broodwinner is in hierdie geval die eisoorzaak. Gedurende ’n nagtelike operasie waartydens daar na ’n spesifieke misdadiger gesoek is, het vyf lede van die Suid-Afrikaanse Polisiediens wat in Makhadu gestasioneer was, volgens die aanduidings van ’n polisie-informant by Mugwena (die oorledene) se hut opgedaag. Hulle was almal in polisiedrag geklee en gewapen. Dit was stikdonker. Een van die polisiemanne het aan die hut se deur geklop en toe daar van binne gevra is na sy identiteit, het hy geantwoord dat hy ’n polisieman is. Op verdere navraag het hy die naam van die verdagte waarna hulle gesoek het, geopenbaar. Direk hierna kon die polisie ’n klikgeluid uit die hut waarneem, wat hul op hul hoede gestel het dat die persoon daarbinne ’n wapen uit ’n aktetas kon gehaal het. Die volgende oomblik het Mugwena die deur oopgemaak en met ’n vuurwapen in sy hand na buite getree. Hy het die wapen eers op konstabel Matumba, een van die polisielede, gerig en toe ’n ander een (sersant Botha) hom vra wat hy doen, het Mugwena die pistool op laasgenoemde gerig. Hierop het Matumba geskree dat hulle die polisie is en vir Mugwena van agter gestorm en om die lyf gegryp. Omdat Mugwena egter baie groter en sterker as Matumba was, het hy geen moeite ondervind om los te breek nie. Trouens, hy het dadelik begin om konstabel Matumba met die vuurwapen te slaan. Toe laasgenoemde op die grond beland, het Mugwena hom vasgedruk en sy wapen teen die polisieman se kop gedruk. Konstabel Matumba het die stryd kort geknip deur vier skote met sy dienspistool op die aanvaller te vuur. Mugwena is op die toneel dood.

3 Uitspraak

3.1 Die hof *a quo*

In die hoë hof van Venda maak regter Hetisani korte metten met die vordering teen die verweerder. Hy beslis, ten aansien van ’n spesiale pleit namens die verweerder geopper, dat die vervaltermyn van twaalf maande wat in artikel 57(1) van die Wet op die Suid-Afrikaanse Polisiediens 68 van 1995 gestel word, nie deur die eisers (die oorledene se weduwee en ’n dogter wat pas meerderjarig

geword het) nagekom is nie en dat hulle vordering dus om hierdie tegniese rede verval het. Derhalwe was dit vir die regter onnodig “[to] delve into the merits of this case” (157G) en kom die verweerder se hoofpleit van noodweer dus glad nie aan die orde nie.

3.2 Die hoogste hof van appèl

Appèlregter Ponnán ondervind geen moeite om die appèl teen regter Hetisani se uitspraak te handhaaf nie. Dit laat die hoogste hof van appèl met die keuse om die aangeleentheid óf na die hof *a quo* terug te verwys vir ’n beslissing ten aansien van die hoofpleit van noodweer, óf om self die aangeleentheid te bereg. Sy keuse ten gunste van laasgenoemde opsie word deur appèlregter Ponnán in een bondige sinnetjie geregtig (157G): “But on the facts of this case, there would be little, if any, benefit in remitting the matter.” In lig van die duidelike foutiewe uitspraak van die verhoorregter ten aansien van die relatief eenvoudige regspraak betreffende die spesiale pleit, kan mens nie anders as om instemming met hierdie keuse te betuig nie.

Die verweer van noodweer word deur die hof oorweeg en uiteindelik verwerp. Die eisers slaag dus daarin om die meriete van hul vordering teen die minister van veiligheid en sekuriteit te bewys.

4 *Kritiese evaluering*

4.1 Inleidende opmerking

Met betrekking tot die uitleg van die bepalings van die Wet op die Suid-Afrikaanse Polisie diens ten aansien van vervaltermyn (die grondslag van die verweerder se spesiale pleit), verskaf die uitspraak waardevolle praktiese riglyne. Ten aansien van die bevinding insake die afwesigheid van omstandighede wat ’n beroep op noodweer (die verweerder se hoofpleit) regverdig, is die uitspraak ongelukkig nie indrukwekkend nie — nóg wat die feitebevinding, nóg wat die motivering vir die hof se beslissing betref.

4.2 Beslissing insake nienakoming van vervaltermyn

Artikel 57 van die Wet op die Suid-Afrikaanse Polisie diens 68 van 1995 skep soos volg ’n vervaltermyn:

“(1) Geen regsgeging word teen die Diens of ’n liggaam of persoon ten opsigte van enige beweerde handeling kragtens of ingevolge hierdie Wet of enige ander wet verig, of ’n beweerde versuim om iets te doen wat ingevolge hierdie Wet of enige ander wet gedoen behoort te word, ingestel nie, tensy die regsgeging ingestel word voor die verstryking van ’n tydperk van 12 kalendermaande na die datum waarop die eiser bewus geword het van die beweerde handeling of versuim, of na die datum waarop redelikerwys verwag kan word dat die eiser van die beweerde handeling of versuim bewus sou geword het, na gelang van watter datum die vroegste is.

(2) Geen regsgeging in subartikel (1) beoog, word ingestel voor die verstryking van minstens een kalendermaand nadat skriftelike kennisgewing, waarin besonderhede aangaande die beweerde handeling of versuim vervat word, van die voorneme om sodanige regsgeging in te stel, op die verweerder beteken is nie.”

Uiters belangrik is egter artikel 57(5) van die vermeldde wet, waarin ’n diskresionêre bevoegdheid aan ’n hof toegeken word:

“Subartikels (1) en (2) word nie so uitgelê as sou dit ’n geregshof belet om van die vereistes of verbiedinge in daardie subartikels vervat, af te sien waar dit in belang van geregtigheid vereis word nie.”

In casu het die eerste appellant eers sestien maande na die dood van haar eggenoot die eerste maal ’n prokureur besoek met die oog op moontlike regs-aksie; teen daardie tyd het die eis reeds vier maande vantevore verval ingevolge die bepalinge van artikel 57(1). ’n Verdere nege maande sou verloop voordat die appellant se prokureur (self salig onbewus van die bestaan van die onderhawige vervaltermyn) ’n kennisgewing ingevolge artikel 57(2) op die verweerder sou beteken. Dagvaarding teen die verweerder is verder met nog nege maande vertraag (154F-G). Die tydsverloop sedert die dood van die eerste appellant se man was dus in effek 34 maande — byna drie maal die periode beoog in artikel 57(1). ’n Mens kan aflei dat laasvermelde feit die swaarste gewoeg het by die verhoorregter toe hy tot die beslissing geraak het dat die deliktuele vordering van die eisers verval het. Verder wil dit voorkom of die verhoorregter glad nie die opsie oorweeg het om ingevolge artikel 57(5) sy diskresionêre bevoegdheid ten gunste van die appellante uit te oefen ten einde hul nienakoming van die statutêre vervaltermyn te kondoneer nie.

Appelregter Ponnan gryp die geleentheid aan om sy diskresie ingevolge artikel 57(5) ten gunste van die appellante uit te oefen. Hy benader die vraagstuk deur die *ratio* agter artikel 57(5) duidelik te formuleer (na aanleiding van *Mohlomi v Minister of Defence* 1997 1 SA 124 (KH) 133G-I):

“Section 57 permits account to be taken of the claimant’s fault or the lack thereof and the prejudice suffered by the State, or its absence . . . It seeks, on the one hand, to protect innocent claimants who may be time-barred in consequence of not having complied with the prescribed time-limits and, on the other, to protect the police, a large bureaucracy, against the prejudice it may suffer in consequence of inordinate delays in instituting actions against it. *Striking a balance between these competing considerations is thus central to the enquiry envisaged by ss (5)*” (157B, my kursivering).

Die twee hoofoorwegings wat luidens hierdie uiteensetting ’n rol te speel het in die proses van uitoefening van ’n diskresie deur die hof, is (1) die *blaamwaardigheid* van die eiser se optrede; en (2) die *moontlike nadeel* vir die verweerder as gevolg van lang tydsverloop.

Ter bepaling van (1) pas vermeld, toets die hof die eerste appellant se optrede aan die eise van die billikheid. Die volgende oorwegings lei appelregter Ponnan tot die gevolgtrekking dat die eerste appellant se oorskryding van die vervaltermyn verskoonbaar is:

- (a) Alhoewel sy ’n opgevoede persoon met tersiêre opleiding is (154E), is die eerste appellant “unsophisticated in the ways of the law” (155H). Hier is weer eens ’n duidelike aanduiding dat die spreuk “*ignorantia iuris neminem excusat*” tot die verlede behoort.
- (b) Die blote feit dat sy van mening was dat haar man se dood op onregmatige wyse veroorsaak is en dat sy vergoeding daarvoor wou ontvang, impliseer hoegenaamd nie dat sy kennis gehad het van die prosedure rakende ’n siviele eis, veral met betrekking tot die bestaan of niebestaan van ’n vervaltermyn nie (155I-156C). Hiervoor leun die hof swaar op die uitspraak van regter Didcott in die Mohlomi-saak (131F-G), waar gewag gemaak word van die feit dat Suid-Afrika ’n land is waar armoede en ongeletterdheid aan die orde van die dag is en dat verskille in kultuur en

taal dikwels daartoe bydra dat mense geen benul het van hul regsposisie nie, veral omdat vele as gevolg van armoede en geografiese faktore nie toegang het tot die dienste van regsgeleerdes nie.

- (c) Op die feite is dit duidelik dat daar geen opsetlike versuim (“*wilful dilatoriness*”) aan die eerste verweerder se kant was nie (156D). Ingevolge artikel 57(1) word daar verder neergelê dat die vervaltermyn ook kan begin loop vanaf die datum waarop die eiser “might be *reasonably expected* to have become aware of the alleged act or omission” (my kursivering). Normaalweg sou ’n mens verwag dat hierdie formulering verwys na die optrede wat van ’n *diligens paterfamilias* verwag word en dat die normale beginsels van nalatigheid dus toepassing moet vind. So ’n interpretasie sou strook met die uitgangspunt waarna hierbo verwys word, naamlik dat die blaamwaardigheid (*skuld* in tegnies-juridiese sin) van die eiser een van die faktore is wat oorweging verdien. Alhoewel die verwysing deur appèlregter Ponnán na die *Mohlomi*-saak in hierdie konteks die indruk mag wek dat ’n minder strawwe maatstaf as dié van die redelike persoon vir doeleindes van toepassing van artikel 57(5) geveerg word, is ek van oordeel dat mens die uitspraak tog kan interpreteer as een waarin die normale nalatigheidstoets toegepas word. Die volgende *dictum* regverdig beslis sodanige uitleg: “It can hardly be suggested that the first appellant should have been alive to the relevant time-bar provisions when her attorney himself had no inkling of their existence” (156D).

’n Mens kan redeneer dat enige persoon wat as leek sy vertoue in sy regsvertegenwoordiger plaas en berus by laasgenoemde se raad en optrede met betrekking tot die saak wat aan hom toevertrou is, beslis nie anders as die *diligens paterfamilias* optree nie.

- (d) Die vertraging deur die appellante was nie om enige ander rede grof onredelik of laakbaar (“*unconscionable*”) nie (156F).
- (e) Die eerste appellant het ook ’n eis namens minderjarige kinders ingestel (156G). Die hof wys daarop dat die verhoorhof nie oorweging geskenk het aan die feit dat minderjarige kinders hul vordering verloor het deur daardie hof se beslissing ten aansien van die spesiale pleit nie en vra die vraag of sodanige toedrag van sake die grondwetlike beginsel van die beste belang van die kind nie moontlik geweld aangedoen het nie. Ongelukkig versuim appèlregter Ponnán om ’n duidelike beslissing in hierdie verband te maak en sluit hy sy uitspraak op hierdie punt af deur eerstens te verklaar dat dit onnodig is om te onderskei tussen die persoonlike vordering van die eerste appellant en die vordering wat sy ten behoeve van haar minderjarige kinders ingestel het (wat te betreur is, aangesien daar na my oordeel belangrike beleidsoorwegings sou kon wees wat verskillende benaderings sou kon regverdig) en, tweedens, ’n blote konstatering van die feitelike situasie, die juridiese relevansie waarvan my totaal ontgaan:

“The appellants and the minor children have suffered both financially and emotionally. The loss of financial security that the deceased’s death causes is likely to be substantial. The present action seeks to ameliorate in part the loss visited on them by his death” (156H).

Die hof het veel minder te sê oor oorweging (2) hierbo vermeld, te wete die moontlike nadeel wat die eiser se versuim aan die verweerder kan veroorsaak. In wese word slegs twee oorwegings onder hierdie hoof in ag geneem:

- (a) Die verweerder het op geen stadium beweer dat nadeel gely is as gevolg van die eiser se nienakoming van die vervaltermyn nie (156I).
- (b) Die tydsverloop het nie tot gevolg gehad dat daar namens die verweerder nuwe navrae gerig moes word nie (156J-157A).

Oorweging van alle faktore stel volgens appèlregter Ponnan 'n afweegproses (“*weighing-up exercise*”) daar, welke proses nie deur die verhoorhof gevolg is nie. Geen van die faktore deur die hof geïdentifiseer dui enigins daarop dat die appellante se nienakoming van die statutêre vervaltermyn juridies verwytbaar was of tot nadeel van die verweerder gestrek het nie. Die kondonasië van die appellante se versuim deur die hof verdien dus beslis instemming omdat dit ten volle versoenbaar is met die billikheidsoorwegings wat in artikel 57(5) vermeld word.

4.3 Beslissing insake noodweersoorskryding

Appèlregter Ponnan open sy bespreking oor noodweer met die stelling dat noodweer 'n universeel erkende verweer is (157J), dog dat daar streng beperkings op die aanwending daarvan is, veral wanneer dit aangewend word waar die dader 'n ander gedood het (157J-158A; met 'n beroep op die bekende saak *S v Makwanyane* 1995 3 SA 391 (KH) 448H-449B). Hiermee kan nog akkoord gegaan word, maar ernstige bedenkinge ontstaan onmiddellik wanneer hy hom op die stokou uitspraak in *R v Attwood* 1946 AD 331 340 beroep ten einde die toets vir noodweer as verweer teen 'n vordering op grond van doodslag te formuleer: Daarvolgens is doodslag in selfverdediging geregverdig indien die betrokke dader —

“... had been unlawfully attacked and *had reasonable grounds for thinking* that he was in danger of death or serious injury, that the means he used were not excessive in relation to the danger, and that the means he used were the only or the least dangerous whereby he could have avoided the danger” (158B-C, my kursivering).

Slegs Van der Walt en Midgley (*Principles of Delict* (2005)) verwys hoegenaamd na hierdie ou beslissing (en dan na die einste bladsy waarin bovermelde stelling voorkom); geen ander moderne Suid-Afrikaanse deliktereghandboek bevat enige verwysing daarna nie. Verder word hierdie gewysde in Van der Walt en Midgley se handboek nie aangewend as gesag vir die frase wat in die aanhaling hierbo gekursiveer is nie, dog bloot vir die volgende stellings: dat 'n noodweershandeling slegs geregverdig is as dit redelikerwys noodsaaklik was ten einde die bedreigde of geskonde belang te beskerm (Van der Walt en Midgley 130 n 21); dat die toets vir noodweer objektief is (131 n 25); en, ten slotte, dat ons reg die dood van 'n ander in noodweer slegs toelaat onder streng beperkte omstandighede, waar die belange van die partye noukeurig teen mekaar afgeweeë word (131 n 32). Met geeneen van hierdie stellings kan op teoretiese gronde enige fout gevind word nie.

Wat betref die formulering van die redelikheidstoets in die *Attwood*-saak hierbo in die aanhaling gekursiveer, bestaan daar uit suiwer teoretiese oorwegings ernstige bedenkinge: die diagnostiese toets vir onregmatigheid en, bygevolg, noodweer (die *boni mores*-toets) word met die prognostiese toets vir nalatigheid (die *diligens paterfamilias*-toets) verwar (sien oor die fundamentele verskil tussen die redelikheidstoets vir onregmatigheid en nalatigheid in die besonder Van der Walt en Midgley 67; Neethling, Potgieter en Visser *Delikte-*

reg (2006) 148-151; Van der Merwe en Olivier *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 73 n 62 131; Van der Merwe 1975 *SALJ* 174 ev; vir 'n sterk afwykende mening, sien Fagan "Rethinking wrongfulness in the law of delict" 2005 *SALJ* 90 97-99). Van der Walt en Midgley vestig die aandag pertinent op die probleem voorhante:

"There are dicta which indicate that a court must as far as possible place itself in the position of the defendant at the time of the occurrence, and that it must consider whether the defendant had reasonable grounds for believing that a dangerous situation existed. However, in determining wrongfulness, courts are required to look *a posteriori* at all the circumstances, and should not look at the situation from any party's point of view. The situation is more akin to that of a reasonable person in the position of a bystander" (128).

(Sien die gelykluidende mening van Neethling, Potgieter en Visser 80 n 292; Boberg *The Law of Delict* (1984) 792). Die dicta waarna Van der Walt en Midgley verwys kom uit die volgende gewysdes: *Ntanjana v Vorster and Minister of Justice* 1950 4 SA 398 (K) 405C-406D; *R v Ndara* 1955 4 SA 182 (A) 185D-E; *S v Mnguni* 1966 3 SA 776 (T) 778F-G; *Ex parte Die Minister van Justisie: in re S v Van Wyk* 1967 1 SA 488 (A) 509B-C; *Mthimunya v Erasmus* 1964 2 SA PH J21 (T); *Chetty v Minister of Police* 1976 2 SA 450 (N) 452F-H; *Ntsomi v Minister of Law and Order* 1990 1 SA 512 (K) 526G-H; *Minister of Law and Order v Milne* 1998 1 SA 289 (W) 294C-D; *S v De Oliveira* 1993 2 SACR 59 (A). Hierdie lys sake (of bloot die vermelde appèlhofgesag) in plaas van die ou *Attwood*-saak sou meer paslik deur appèlregter Ponnas as gesag aangehaal kon gewees het.)

In die strafreg blyk dieselfde situasie te bestaan: Sken ("Criminal law" VI *LAWSA* § 37) konstateer dat die algemene benadering tot onregmatigheid is dat die dader se optrede objektief beoordeel word, "without reference to whether the actor thought his or her act was right or wrong". Wanneer noodweer as regverdigingsgrond egter behandel word, druk daardie skrywer hom soos volg uit:

"The defender's belief in the unlawfulness of the attack, the danger to his or her life or the reasonableness of the means of defence is relevant to the lawfulness of the defender's conduct only in so far as the court must determine whether his or her belief would have been shared by the reasonable person. . . . The approach to the question of lawfulness in private defence is therefore not purely objective, in that courts determine, not the real nature of the attack and concomitant danger *ex post facto*, but the attack and danger as they would have been perceived by a reasonable person. Because the criterion of the reasonable person is also applied to determine *mens rea* in the form of negligence, it appears that the approach of the courts to the question of unlawfulness in defence fails to distinguish between unlawfulness and negligence as separate elements of a crime such as culpable homicide" (§ 46 — my kursivering; Sken verwys in die verband na uitsprake soos dié in *R v Attwood*; *R v Ndara*; *S v Mnguni*; *Ex parte Die Minister van Justisie: in re S v Van Wyk* om maar enkeles te noem; sien ook Scott 1991 *THRHR* 299 301).

Die skrywer spreek hom nie uit oor die meriete van hierdie toedrag van sake nie; per slot van rekening is skrywers in *LAWSA* veronderstel om 'n getroue weergawe van die positiewe reg weer te gee waar verknogtheid aan die presedentstelsel die *Leitmotiv* is. Fagan (97 ev) volg 'n soortgelyke benadering in sy kritiek op diegene wat die fundamentele verskil in die redelikheidstoetse vir onregmatigheid en nalatigheid voorstaan (in werklikheid sluit dit alle skrywers van die standaardhandboeke oor die deliktereg in Suid-Afrika in; hy noem hulle standpunt selfs die "standard view of wrongfulness"). Hy reageer veral

op die lof deur Neethling (2002 *SALJ* 283 285) uitgespreek op die uitspraak van regter Cloete in *Kgaleng v Minister of Safety and Security* (2001 4 SA 854 (W) 865H-I) waarin die regter bevind dat die polisieman wat op noodweer staatgemaak het inderdaad in putatiewe noodweer opgetree het en dus steeds onregmatig gehandel het, dog vry uitgegaan het as gevolg van sy gebrek aan nalatigheid. Volgens die formulering van uitsprake soos *Attwood* waarna hierbo verwys is, sou die putatiewe noodweershandeling inderdaad regmatig gewees het en die minister sou nie middellik aanspreeklik gewees het nie: dieselfde praktiese resultaat sou bereik gewees het, maar op ander gronde. Neethling se opinie dat die uitspraak in die *Kgaleng*-saak 'n "perfect classroom example" is van hoe met die toets van onregmatigheid en skuld omgegaan moet word, word op besliste wyse deur Fagan verwerp (98-99). Die wese van Fagan se kritiek spreek nie die regsteoretiese korrektheid van Neethling se mening aan nie, dog die feit dat Neethling (soos regter Cloete) nie die reëls van *stare decisis* nougeset toepas nie. In wese beleef ons hier 'n botsing tussen twee metodes van beoefening van die regsgeleerdheid: aan die een kant staan daar die beoefenaars van die regs wetenskap wat beginsel meer na waarde skat, terwyl die ander kant verteenwoordig word deur positiviste wat die uitsprake van regters op sigwaarde aanvaar, welke uitsprake dan as positiverings van die reg onder alle denkbare omstandighede in stand gehou moet word. Beslis is die laaste woorde in hierdie "stryd" nog nie gespreek nie!

Snyman verwys ook na die howe se neiging om te vra of die verweerder wat hom op noodweer beroep *redelikerwys geglo* het dat hy in gevaar verkeer en vervolg:

"So 'n benadering kan op verwarring uitloop tussen die toets vir noodweer (wederregtelikheid) en die toets vir nalatigheid (waar ook vasgestel moet word hoe die redelike mens sou opgetree het). Betrag mens eger die aangeleentheid van nader, wil dit voorkom asof die redelike-mens-toets in hierdie verband slegs gebruik om vas te stel of X se optrede redelik was in die sin dat dit strook met die gemeenskapsopvattinge. Sodoende word die redelike-mens-maatstaf slegs gebruik as 'n hulpmiddel om vas te stel of X se optrede regmatig of wederregtelik was. Hierteen kan geen kritiek inbring word nie" (*Strafreg* (1999) 111).

Na my oordeel stem Snyman se mening in hierdie verband ooreen met dié van Van der Walt en Midgley (128) hierbo aangehaal: die redelike persoon as maatstaf vir moontlike noodweersoorstryding is nie die *diligens paterfamilias* wat, as nalatigheidskriterium, in die posisie van die verweerder die nadeel moes voorsien én voorkom het nie, dog die "reasonable person in the position of a bystander" (sien ook Van der Westhuizen 1976 *De Jure* 371 373).

'n Mens vra jou onwillekeurig die vraag af: waarom dan die redelike persoon maatstaf, wat so eie is aan die gebied van nalatigheid, by die hare insleep om die onregmatigheidstoets te vertroebel? Die antwoord lê waarskynlik in die vrees dat 'n te rigiede toepassing van die objektiewe *ex post facto*-toets van die *boni mores* (wat in alle opsigte 'n strenger toets is as dié van die *diligens paterfamilias* vir nalatigheid) te gereedelik 'n bevinding van noodweersoorstryding sal bewerkstellig. Trouens, dit is presies waarteen Burchell en Milton waarsku (met 'n beroep op die woorde van appèlregter Holmes uit *S v Ntuli* 1975 1 SA 429 (A) 437):

"Nevertheless, in applying this [*boni mores*] test, our courts have always insisted that they must be careful to avoid the role of armchair critics, wise after the event, weighing the matter in the secluded security of the courtroom. The approach is that 'in applying these formulations [the

triggering conditions] to flesh and blood facts, the Court adopts a robust attitude, not seeking to measure with nice intellectual callipers (*sic*) the precise bounds of legitimate self-defence” — *Principles of Criminal Law* (2005) 242.

(Sien ook Snyman 111-112.) ’n Onbevange toepassing van die streng *boni mores*-toets, selfs soos ’n rustige leunstoelkritikus, kan na my mening in die finale instansie nie meewerk tot ’n ongeregverdigde bevinding van die dader se aanspreeklikheid nie: altyd moet in gedagte gehou word dat ’n enkele bevinding van noodweersoorskryding nie *ipso facto* beteken dat die dader aanspreeklik is nie. Daar moet daarna nog eers vir skuld getoets word. Opset sal veelal ontbreek weens ’n gebrek aan wederegterlikheidsbewussyn, terwyl die aanwending van die minder strengere redelikheidstoets van die *diligens paterfamilias* dikwels die noodweersoorkryer se bas sal red! Die ingeburgerde wantroue teen die normale toepassing van die *ex post facto*-redelikheidstoets vir onregmatigheid in konteks van noodweer en noodweersoorskryding is simptome van die gebrekkige regsteorie wat in ons regspraak ten aansien van die onderhawige tipe geval gevestig geraak het.

Dat appèlregter Ponnán inderdaad die nalatigheidstoets van die redelike persoon (waar die *diligens paterfamilias* in die verweerder se skoene geplaas word) en nie die redelike persoon “in the position of a bystander” (as verskyningsvorm van die *boni mores*-toets) nie, as onregmatigheidstoets in die onderhawige saak aangewend het, blyk uit die volgende *dictum*: “It must be remembered that the true inquiry is how the risk would have been assessed by a reasonable person in the position of Constable Matumba” (159E).

Die verbysterende gevolg van hierdie feit is dat die hof met sy bevinding dat die polisieman ter sprake die perke van noodweer oorskry het, summier tot die gevolgtrekking geraak dat die appellante hul saak wen en dat die verweerder middellik aanspreeklik gehou word vir enige nadeel wat die appellante weens die dood van hul broodwinner mog ly (159G-I). Van die normale, gevestigde vereiste van skuld, ten minste nalatigheid, vir doeleindes van Aquiliese aanspreeklikheid in ’n geval soos die onderhawige, word geen woord gerep nie! Dit bevestig gewoon die vermoede dat die hof hier die reine nalatigheidstoets vir doeleindes van vasstelling van die aan- of afwesigheid van onregmatigheid aangewend het. Dit is dan seker te verwagte dat appèlregter Ponnán nie weer sou kyk na die nalatigheidsvereiste nie — die hof het immers *de facto* reeds daarvoor besluit. Op sy skadelikste geïnterpreteer, kan hierdie uitspraak nou voorgelê word as gesag daarvoor dat ’n mislukking van die verweer van noodweer nie alleen beteken dat die *onregmatigheid* van die dader se handeling vasstaan nie, dog ook dat die *juridiese verwythbaarheid van die dader* (skuld, ten minste in die vorm van nalatigheid) dan sommer eweneens vasstaan. (’n Bykomende vraag kan daarbenewens met reg gevra word: was konstabel Matumba se optrede opsetlik of nalatig? Alhoewel nalatigheid genoegsaam is vir hierdie tipe deliktuele vordering, sou dit met die oog op moontlike strafregtelike vervolging van die uiterste belang wees om die twee skuldforme te onderskei.)

4.4 ’n Alternatiewe grondslag vir aanspreeklikheid?

By die lees van die feite van hierdie saak kan mens nie anders as om diepe medelye te hê met die lot van lede van die Suid-Afrikaanse Polisiediens wat soms onder uiters gevaarlike omstandighede hul dag(/nag)taak moet verrig nie.

Die situasie waarin die vyf polisiemanne hulle bevind het, kan na my oordeel nie anders as dodelik gevaarlik bestempel word nie. Die oomblik toe konstabel Matumba vier skote in die liggaam van wyle Mugwena afgevuur het, was toe die oorledene hom vasgepen het op die grond en boonop sy vuurwapen teen Matumba se kop gerig gehou het. Hierdie feitelike situasie weerspieël tog heel duidelik 'n *aanval* deur Mugwena. Tog sien appèlregter Ponnan dit op onverklaarbare wyse nie so nie: "All of the factors upon which reliance has been placed . . . are not supportive of the fact that Matumba was in danger of imminent attack" (159E-F).

Na my mening is die regter se oordeel beïnvloed deur die feit dat die polisiemanne se aanvanklike optrede, toe hulle die oorledene wakkergeklop het, tekortgeskiet het: hulle kon nie bewys dat hulle hul as polisiemanne geïdentifiseer het nie (158E-H). Die daaropvolgende onprofessionele poging van konstabel Matumba om die oorledene fisies van agter te oorrumpel, word selfs deur die hof as "not only ill-advised and dangerous, but also precipitous and clearly unlawful" bestempel (159F-G). Dit wil dus voorkom of mens kan aflei dat die oorledene in noodweer opgetree het teen Matumba en dat daar dus geargumenteer sou kon word dat alhoewel Mugwena vir Matumba *aangeval* het (ten spyte van die regter se bevinding tot die teendeel), die aanval nie *onregmatig* was nie. Indien hierdie gedagtegang verder ontwikkel sou word, kan dan verder teengewerp word dat Mugwena kennelik die perke van noodweer oorskry het deur sy pistool teen Matumba se kop te druk: hy het hom dan reeds op die grond vasgepen gehad? Die finale stap in hierdie gedagtegang is dan om te konstateer dat Matumba se lewe bedreig is deur iemand wat 'n gelaaide pistool teen sy kop gedruk het. Ek sou reken dat sy optrede om die aanvaller te skiet onder daardie omstandighede eenvoudig as 'n noodweershandeling bestempel kan word. Is ons hoogste hof van appèl werklik realisties om te verwag dat 'n geregsdienaer onder daardie omstandighede koel en kalm moet besluit dat sy lewe nie werklik in gevaar is nie? Ek meen van nee. (Mens moet aanneem dat die hofrekord gegewens bevat aangaande die feit dat die pistool van die oorledene gelaai was en dat dit dus in die omstandighede 'n dodelike wapen was.)

Die blote feit dat die laaste gedraging van konstabel Matumba as noodweershandeling kwalifiseer, impliseer hoegenaamd nie dat hy geen delik gepleeg het deur die oorledene te dood nie. Die direk voorafgaande handeling van Matumba en sy makkers, te wete die wakkerklop van Mugwena, hul versuim om hulle behoorlik te identifiseer en Matumba se abortiewe duiklopie, kan tog sekerlik as onregmatig en ten minste nalatig beskou word met betrekking tot die veroorsaking van Mugwena se dood. Hier is 'n analogie te trek met die geval van 'n afgesproke gevegsituasie: die rede waarom 'n persoon wat 'n ander beseer of dood in laasgenoemde tipe geval nie met 'n verweer van noodweer sal slaag nie, is omdat die *aanvanklike aanval* reeds die onregmatige handeling daarstel: die feit dat een van die direk daaropvolgende handeling 'n noodweershandeling is, kanselleer nie die onregmatigheid van die aanvanklike aanval nie (sien bv *S v Jansen* 1983 3 SA 534 (NK); Van der Merwe en Olivier 74; Boberg 793; Van der Walt en Midgley 129; Neethling, Potgieter en Visser 78 n 271; Labuschagne "Noodweer ten aansien van nie-fisiese persoonlikheids-goedere" 1975 *De Jure* 59 62).

Ten slotte word die voorgestelde oplossing ook gesteun deur die aanvaarde akademiese respons op die vraag of die skepping van eie gevaar 'n beroep op

noodtoestand as regverdigingsgrond uitskakel. (Die regspraak gee hier nie uitsluitel nie: volgens *R v Mahomed* 1938 AD 30 en *S v Pretorius* 1975 2 SA 85 (SWA) 90 sluit eie gevaarskepping nie noodwendig 'n beroep op noodtoestand as regverdigingsgrond uit nie; volgens *R v Garnsworthy* 1923 WLD 17, *S v Bradbury* 1967 1 SA 387 (A) 393 404 en *S v Kibi* 1978 4 SA 173 (E) 179 is eie gevaarskepping wél 'n struikelblok vir die verweerder.) Van der Merwe en Olivier toon oortuigend aan dat eie gevaarskepping nie 'n beroep op noodtoestand uitskakel nie (85-87), maar dit beteken allermins dat die persoon wat die regverdigingsgrond met sukses opwerp nie deliktueel aanspreeklik is teenoor die benadeelde nie: indien die *gevaarskeppingshandeling* kousaal verbind kan word met die nadeel en tegelykertyd as onregmatig en skuldig met betrekking tot daardie nadeel bestempel kan word, baat die feit dat die verweerder se finale handeling geregverdig en dus regmatig was, hom gladnie. Na my mening kan Van der Merwe en Olivier se bekende skoolvoorbeeld in hierdie verband op die feite in die onderhawige saak toegepas word. Hieroor laat Neethling, Potgijter en Visser hulle soos volg uit:

“Waar A byvoorbeeld 'n huis van binne aan die brand steek en dan 'n deur moet breek om aan die brand te ontkom, behoort A volgens hierdie argument aanspreeklik te wees vir die skade deur die brand veroorsaak, maar nie vir die skade aan die deur nie omdat dié skade in noodtoestand, weliswaar self geskep, aangerig is. Van der Merwe en Olivier betoog egter met verwysing na dieselfde voorbeeld dat A nie noodwendig aanspreeklikheid vir die skade aan die deur sal vryspring nie. Al was die breek van die deur regmatig omdat dit in noodtoestand geskied het, het die skade aan die deur tog voortgespruit uit die voorafgaande onregmatige handeling wat die noodsituasie geskep het, naamlik die brandstigting. Die skade aan die deur was dus regmatig met verwysing na die noodtoestandshandeling (die breek van die deur), maar onregmatig met verwysing na die noodskeppingshandeling (die brandstigting). Volgens hierdie argument is elke noodtoestandshandeling regmatig, ongeag of die nood deur die dader self geskep is, maar kan skade wat in nood aangerig is nogtans gedingsvatbaar wees omdat dit (feitelik en juridies) kousaal met 'n voorafgaande onregmatige handeling verbind is” (87).

Indien hierdie argument van Van der Merwe en Olivier gevolg sou word, sal howe veel minder gekunstelde argumente hoef te volg ten einde te vermy dat die verweerder aanspreeklikheid vryspring. Ek sluit af deur weer eens te konstateer dat die bevinding dat konstabel Matumba se skote nie in noodweer afgevuur is nie, totaal onaanvaarbaar is en groot probleme skep vir lede van die Suid-Afrikaanse Polisie diens wanneer hulle in 'n situasie soos die onderhawige beland. Mens kan appèlregter Ponnar se bevinding rakende die aard van die afvuur van die vier noodlottige skote deur konstabel Matumba heel eenvoudig toets deur te vra wat die posisie sou gewees het indien hy in die gevaarsituasie sou beland het, *sonder dat enige blaam daarvoor hom of sy kollegas kon tref*. Dit is ondenkbaar dat ons howe in sodanige geval van enige polisiebeampte kan verg om nie daadwerklik op te tree om 'n gewapende aanvaller te neutraliseer nie. Wat wel waar is, is dat die smet wat in die onderhawige geval aan die aanvanklike handeling van die polisiemanne gekleef het, die hof se oordeel gekleur het met verwysing na die beslissing oor die aard van konstabel Matumba se finale, noodlottige handeling.

5 Slot

Hierdie beslissing is een wat met vrug aan studente in die deliktereg voorgeskryf kan word, om positiewe sowel as negatiewe redes: Wat betref die gedeelte

daarvan wat handel oor die benadering tot 'n statutêre vervaltermyn, lewer appèlregter Ponnan se uitspraak 'n waardevolle bydrae om die reëls in hierdie verband enersyds duidelik op te som en, andersyds, die toepassing daarvan te demonstreer.

Sy hantering van die problematiek insake noodweer en noodweersoorskryding is ongelukkig, om die minste te sê, teleurstellend en skep op die lang duur groot probleme vir die proses van effektiewe wetstoepassing in 'n land soos Suid-Afrika, waar lede van die polisiemag daaglik al hoe meer gewelddadige bedreiging in die gesig staar. Eweneens is die hof se negering van die skuldelement as grondslag vir Aquiliese aanspreeklikheid bedenklik. In hierdie laasvermelde opsig word die hoop uitgespreek dat wanneer daar in 'n volgende uitspraak van die hoogste hof van appèl oor dieselfde regspunt uitspraak gelewer moet word, die vermelde versuim van appèlregter Ponnan in die spreekwoordelike snippermandjie wat "*per incuriam*" gemerk is, gewerp sal word.

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria

MAINTENANCE ARREARS AND THE RIGHTS OF THE CHILD

S v November 2006 1 SACR 213 (C)

1 Introduction

"The judiciary must endeavour to secure for vulnerable children and disempowered women their small but life-sustaining legal entitlements. If court orders are habitually evaded and defied with relative impunity, the justice system is discredited and the constitutional promise of human dignity and equality is seriously compromised for those most dependent on the law" (*Bannatyne v Bannatyne (Commission for Gender Equality, as Amicus Curiae)* 2003 2 SA 363 (CC) par 27).

The preamble of the Maintenance Act 99 of 1998 recognises the supremacy of the Constitution of the Republic of South Africa 1996, which was adopted so as to establish a society based on democratic values, social and economic justice, equality and fundamental human rights and which seeks to "improve the quality of life of all citizens and to free the potential of all persons by every means possible, including, amongst others, by the establishment of a fair and equitable maintenance system". It further notes the high priority that should be given to the rights of children, to their survival and to their protection and development, as is evidenced by South Africa's signing of the World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children (1990) and the accession to the Convention on the Rights of the Child (1989). Article 27 of the convention specifically requires South Africa, as a state party, to recognise the right of every child to a standard of living "which is adequate for the child's physical, mental, spiritual, moral and social development and to take all appropriate measures in order to secure the recovery of maintenance for the child from the parents or other persons having financial responsibility for the child".

After what seemed to have been a fairly sluggish start to the implementation