

Regspraak

MIDDELLIKE STAATSAANSPREEKLIKHEID – MISTASTINGS OOR GEVESTIGDE REGSBEGINSELS

Janse van der Walt v Minister of Safety and Security (26171/06, 26119/06) 2011 ZAGPJHC 15 (25 Jan 2011) (ongerapporteer)

Minister of Safety and Security v Van der Walt (1037/13) 2014 ZASCA 174 (19 Nov 2014) (ongerapporteer)

1 Inleiding

Die deliktereg is en bly 'n dinamiese gebied. Ontwikkelinge oor die afgelope paar jaar bied 'n beeld van 'n registerrein waarin daar selfs oor die mees fundamentele grondbeginsels, waaroor daar dekades lank skynbaar algemene eenstemmigheid geheers het, geredekawel word. Twee tipiese voorbeelde van hierdie tendens vind mens in die debat oor die aard en wese van die onregmatigheidselement, asook die volgorde waarin die gewraakte optrede van die verweerder aan die delikselemente getoets word. Fagan het die spreekwoordelike klip in die bos gegooi met sy artikel oor hoe die korrekte toepassing van die onregmatigheidstoets daar moet uitsien (“Rethinking wrongfulness in the law of delict” 2005 *SALJ* 90), naamlik dat die toets vir onregmatigheid eenvoudig daarop neerkom dat 'n handeling onregmatig is wanneer dit billik sal wees om die dader aanspreeklik te hou vir die nadeel wat hy veroorsaak het. Daardie skrywer kan homself op die skouer klop dat die essensie van sy betoog aanklank in die hoogste hof van appèl en selfs die konstitusionele hof gevind het – dermate dat 'n gans “nuwe” onregmatigheidstoets ontstaan het (aanvanklik slegs waar dit om vorderinge weens suiwer ekonomiese verlies en lates gehandel het: sien veral *Telematrix (Pty) Ltd t/a Matrix Vehicle Tracking v Advertising Standards Authority SA* 2006 1 SA 461 (HHA) wat as die *locus classicus* in hierdie verband beskou kan word) en steeds verder aan die ontwikkel is (luidens resente regspraak wat dit skynbaar as die algemene onregmatigheidstoets aanvaar: sien bv *Loureiro v Invula Quality Protection (Pty) Ltd* 2014 3 SA 394 (KH) par 53; *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* 2015 1 SA 1 (KH) par 20-26). Nodeloos om te sê, het daar uit verskeie oorde hewige teenkanting uit die geledere van bepaalde akademiese kringe begin opklink en mens kan verwag dat die stof oor hierdie onderwerp vir die afsienbare toekoms nie sal gaan lê nie. Die nuutste uitgawe van Neethling en Potgieter se standaardhandboek oor die deliktereg bied 'n goeie voorbeeld van die goedgemotiveerde protes teen die rigting wat ons howe in hierdie verband ingeslaan het (Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg* (2015) 83-90). In die tweede plek sal diegene wat hul deliktereg in die vorm van die moedersmelkmengsel van Van der Merwe en Olivier (*Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg* (1989) 111) en Van der Walt (Van der Walt en Midgley *Principles of Delict* (2005) 155; vgl ook Boberg I *The Law of Delict* (1984) 271) ingekry het – meestal meer bejaarde juriste aan die voorheen Afrikaanse universiteite – kopskuddend uit moderne uitsprake verneem dat die toets vir onregmatigheid nie noodwendig logieserwys dié van skuld (hetsy opset of nalatigheid) voorafgaan nie (sien hieroor veral Loubser, Midgley ea *The Law of Delict in South Africa* (2012) 156).

Hoe dit ookal mag sy, die deliktereg figureer steeds sterk in teorie en praktyk en ondanks die onsekerheid wat daar oor vele van die fundamentele beginsels heers, vertoon hierdie gebied van ons privaatreë gevestigde regsbeginnelele wat daaglikse gemaklik toepassing vind en aan die toegewyde juris nie oormatige uitdagings bied nie. Juis daarom verskaf sekere uitsprake rede tot die lig van wenkbroue wanneer skynbaar gevestigde beginsels en reëls oor die hoof gesien word en verkeerde beslissings gegee word, wat dan weer tot gevolg het dat enorme regskoste aangeaan moet word ten einde 'n hoër hof die geleentheid te bied om die saak in die reïne te bring. Aspekte van die onderhawige litigasie weerspieël hierdie betreurenswaardige verskynsel maar al te goed. Dit handel enersyds oor die middellike aanspreeklikheid van die staat vir die optrede van staatsamptenare (polisiebeamptes wat die eiser onregmatig gearresteer het) asook oor die vraag na wie aanspreeklikheid sou kon opdoen indien 'n regsprekende amptenaar in die loop van sy of haar werksaamhede op onregmatige, opsetlike wyse nadeel veroorsaak het. Wat albei hierdie vrae betref, gaan ons deliktereg geensins mank aan sterk bronnemateriaal nie. In onlangse beslissings soos *K v Minister of Safety and Security* (2005 6 SA 419 (KH)) en *F v Minister of Safety and Security* (2012 1 SA 536 (KH)) is die regsposisie wat middellike staatsaanspreeklikheid weens onregmatige, opsetlike optrede van polisiebeamptes betref, opnuut aan die orde gestel, uitgepluis en aangepas ingevolge die bevoegdheid wat deur artikel 39(2) van die grondwet verleen word. Ongeag teenstrydige standpunte wat deur akademici ingeneem is oor die rigting wat ons konstitusionele hof ingeslaan het deur skadevergoedingseise goed te keur in gevalle waar dit nie te lank gelede nie ondenkbaar sou gewees het (daar is bv veel geskryf oor die verskil tussen ouer uitsprake soos dié in *Phoebus Apollo Aviation CC v Minister of Safety and Security* 2003 2 SA 34 (KH) waar daar aanvanklik geweier is om staatsaanspreeklikheid uit te brei om opsetsdelikte van werknemers te dek, en meer onlangse beslissings soos *F v Minister of Safety and Security* 2012 1 SA 536 (KH) waar middellike aanspreeklikheid selfs uitgebrei is om 'n opsetsdelik van 'n werknemer wat van diens af was die staat ten laste te lê), wil dit tog voorkom of die uitgekristalliseerde deliksnorme wat middellike (staats)aanspreeklikheid in Suid-Afrika bepaal, duidelik en seker is. Wat die tweede vraag betref wat in hierdie uitspraak te berde gebring word, te wete dié rakende die aanspreeklikheid weens nadeel veroorsaak deur 'n regsprekende amptenaar wat in die loop van sy of haar amptelike verpligtinge opgetree het, bestaan daar weliswaar nie onlangse regspraak wat lig op die saak werp nie, maar dit kan waarskynlik daaraan toegeskryf word dat die regsposisie al geruime tyd as seker en vasstaande beskou word op grondslag van gevestigde ou regspraak (sien bv *De Villiers v Minister of Justice* 1916 TPD 463 465; *Union Government (Minister of Justice) v Thorne* 1930 AD 47 51; *R v Miller* 1940 TPD 306 310; *Swarts v Minister of Justice* 1941 AD 181 187 ev; vgl *Hannah v Government of the Republic of Namibia* 2000 4 SA 940 (Nm LC) 943G-H). Skrywers is dit met mekaar eens dat middellike staatsaanspreeklikheid nie in laasgenoemde geval moontlik is nie, eenvoudig weens die afwesigheid van staatsbeheer oor die regsprekende handeling van landdroste en regters (sien bv McKerron *The Law of Delict* (1971) 79; Scott *Middellike Aanspreeklikheid in die Suid-Afrikaanse Reg* (1983) 220 ev; McQuoid-Mason "Vicarious and strict liability" 30 *LAWSA* 212; Beinart "The rule of law" 1962 *Acta Juridica* 99 114; Milton "The vicarious liability of the state for the delicts of the police" 1967 *SALJ* 25 35).

Dit is veelseggend dat die Engelse reg wat 'n oorheersende invloed op ons reg insake middellike aanspreeklikheid uitgeoefen het (Barlow *The South African Law of Vicarious Liability* (1939) 92; Scott 10; Neethling en Potgieter 400; vgl *Masuku v Mdlalose* 1998 1 SA 1 (HHA) 13H-14C), die Britse kroon vrywaar teen

middellike aanspreeklikheid vir die doen en late van regsprekende amptenare wat in die uitoefening van hul regsprekende funksies nadeel veroorsaak het. Dit was reeds in die “common law” die posisie as gevolg van gelding van die reël “the King can do no wrong” (Jones ea (reds) *Clerk and Lindsell on Torts* (2010) 297; Peel en Goudkamp (reds) *Winfield and Jolowicz on Tort* (2014) 756). In *Lindford v Fitzroy* (1949 13 QB 240) – ’n geval waar ’n landdros versuim het om borgtog te verleen aan ’n beskuldigde wat slegs van ’n mindere misdryf aangekla gestaan het – is beslis dat die kroon as gevolg van die regterlike funksie wat die amptenaar verrig het, nooit enige aanspreeklikheid kan opdoen nie. Tans beheers artikel 2(5) van die *Crown Proceedings Act*, 1947 wat delikseise teen die kroon uitsluit vir enige handeling verrig deur ’n persoon “while discharging or purporting to discharge any responsibilities of a judicial nature vested in him or any responsibilities which he has in connection with the execution of judicial process” (sien veral Jones ea 302-303, 338-339; Peel en Goudkamp 757: “The starting point is still, apart from the Human Rights Act 1998, that the Crown can do no wrong in private law”).

In die lig van die bondige uiteensetting wat pas verskaf is, is dit voorwaar vreemd dat die geval onder bespreking sy weg na die hooggeregshof gevind het (*Janse van der Walt v Minister of Safety and Security*). Die verbasende uitspraak in daardie forum rakende staatsaanspreeklikheid vir die handeling van regsprekende amptenare kon egter nie anders as om aanleiding tot die appèl in die hoogste hof van appèl te gee nie. Vervolgens word die uitsprake van sowel die hof *a quo* as die hoogste hof van appèl onder die loep geneem.

2 Feite en uitspraak

Die eisers, Van der Walt en Van Wyk (onderskeidelik eisers 1 en 2 en respondente 1 en 2 in die hoogste hof van appèl) se vordering het gespruit uit hul arrestasie en aanhouding vir ’n periode van ’n week, aanvanklik in polisie-selle by die Brackendowns polisie-kantoor en later in aanhoudingselle by die Albertonse landdroshof aan die Oos-Rand. Die rede waarom hulle by die betrokke polisie-kantoor aangedoen het, was om meer te wete te kom van ’n lasbrief wat luidens ’n telefoonoproep van die stasie-bevelvoerder vir hul arrestasie uitgereik is. By die polisie-kantoor het die ondersoek-beampte, inspekteur Phoshoko (verweerder 4/appellant 3), hulle toegelaat om die betrokke dossiere in sy kantoor te lees (par 1 van die uitspraak van die hoogste hof van appèl; in hierdie afdeling is paragraafverwysings deurgaans dié van die hoogste hof van appèl, tensy anders aangedui).

Die inhoud van die eerste dossier, wat betrekking gehad het op ’n diefstalklag wat deur ene Mochitele teen Van Wyk aanhangig gemaak is, is net relevant op grond van die agtergrondfeite wat daaruit blyk: nadat Van Wyk vantevore ’n huis by Mochitele gekoop het, het laasgenoemde gepoog om die koopkontrak te kanselleer, maar Van Wyk het die kansellasie beveg en die verhouding tussen hulle het versuur. Op ’n stadium het Mochitele en ’n groep vriende en familie sonder Van Wyk se toestemming op die betrokke eiendom ’n tradisionele reinigingseremonie gaan hou en na afloop daarvan ’n draagbare toilet wat hulle saamgebring het, daar agtergelaat. Die toilet het spoorloos verdwyn en dit het daartoe aanleiding gegee dat Mochitele uiteindelik ’n diefstalklag teen Van Wyk aanhangig gemaak het, ofschoon geen lasbrief vir arrestasie in daardie verband uitgereik is nie (par 2-3).

Die tweede dossier was egter die bron van die eisers se probleme. Die aanklagte wat daarin vervat is, het ontstaan uit gebeure wat ongeveer ’n week later afgespeel het. Weer eens het Mochitele, sonder Van Wyk se toestemming, by die betrokke eiendom aangedoen en ’n hele boel goed, onder andere buitebande, dromme en

stukke masjinerie, daar afgelaai. Uitermate geïrriteerd het Van Wyk met sy vriend, Van der Walt, die eienaar van ’n bakkie, ’n reëling getref en saam het hulle die spul by Mochitele se adres gaan aflaai. Tydens hierdie gebeure het daar ’n hewige rusie tussen Van Wyk en Van der Walt, enersyds, en Mochitele en sy gesin, andersyds, ontstaan. Die uiteindelijke gevolg hiervan was dat Mochitele aanklagte van aanranding met die doel om ernstig te beseer, die onwettige besit van ’n vuurwapen en die rig van ’n vuurwapen teen die eisers ingedien het (par 4).

Nadat die eisers die dossiere deurgelees het, is hulle deur inspekteur Phoshoko gearresteer. Laat die middag het hulle voor ’n landdros verskyn. Luidens die klagstaat is Van Wyk van aanranding en diefstal aangekla, terwyl Van der Walt slegs ’n aanklag van die rig van ’n vuurwapen in die gesig gestaar het (par 5). Kort nadat hul saak uitgeroep is, het die landdros (Mosese) die hof onverwags verdaag en die hofsaal in die teenwoordigheid van die staatsaanklaer verlaat. Na ’n kort gesprek tussen die twee het die landdros teruggekeer en die verbysterde eisers meegedeel dat hulle albei ook van gewapende roof aangekla word en dat hulle dienooreenkomstig formeel om borgtog moet aansoek doen in die lig van die feit dat ’n Bylae 6-misdryf ter sprake was, ofskoon sodanige aanklag glad nie op die klagstaat verskyn het nie. Dit het later geblyk dat die landdros waarskynlik self die vorm wat landdroste in borgeansoeke as ’n soort oorsiglyk byderhand hou (“Bylae ‘A’ – Borgtogverrigtinge ingevolge Artikel 60 van Wet 51 van 1977”) skriftelik gewysig het deur een van die bestaande aanklagte te skrap en dit met die aanklag van gewapende roof te vervang (par 6). Ofskoon die eisers dit duidelik aan die landdros gestel het dat daar geen rede vir sodanige aanklag bestaan het nie, was sy glad nie bereid om hulle aan te hoor nie. Die staatsaanklaer, Zinn, en inspekteur Phoshoko wat luidens latere getuienis deeglik daarvan bewus was dat daar geen sprake van ’n aanklag van gewapende roof was nie, het versuim om die landdros dienooreenkomstig in te lig (par 7). Twee dae later het die eisers se regsvertegenwoordiger tydens hul borgeansoek voor dieselfde landdros tevergeefs pogings aangewend om haar daarvan te oortuig dat daar geen gronde vir die aanklag van gewapende roof bestaan het nie, met die gevolg dat daar geen borgtog toegestaan is nie. Hulle kon eers vier dae later ’n verdere borgeansoek indien wat uiteindelik geslaag het, omdat die staatsaanklaer dit toe nie teengestaan het nie (par 8).

In die lig van hierdie gebeure het die eisers etlike persone op die grondslag van kwaadwillige vervolging en onregmatige arrestasie om skadevergoeding gedagvaar in die hooggeregshof (Gauteng-Suid soos dit op daardie stadium bekend gestaan het – tans heet dit die Gautengse Plaaslike Afdeling, Johannesburg). Uit die uitspraak van die hof *a quo* kan mens aflei dat hulle onder uiters haglike en gevaarlike omstandighede in verskeie polisie-selle aangehou is; die feit dat hul identiteit as oud-polisiemanne aan mede-aangehoudenenes bekend was, het hul haglike posisie verder verswak (par 13). In leketaal uitgedruk blyk dit ’n bestiering te wees dat hulle relatief ongeskonde daarvan afgekom het. Toe hulle uiteindelik op alle aanklagte in die hof verskyn het, is hulle na afsluiting van die staat se saak onskuldig bevind en ingevolge artikel 174 van die Strafproseswet 51 van 1977 ontslaan, aangesien die hof van oordeel was dat daar nie voldoende getuienis was om die eisers aan enige misdade skuldig te bevind nie (par 22 van die hof *a quo* se uitspraak).

Die eerste verweerder was die minister van veiligheid en sekuriteit (tans polisie) wat hulle middellik aanspreeklik wou hou vir die onregmatige optrede van sy werknemer, inspekteur Phoshoko. Die minister van justisie is ook op basis van middellike aanspreeklikheid gedagvaar weens die optredes van die staatsaanklaer en die landdros. Die derde verweerder was Mochitele wat gedagvaar is omdat hy valse aanklagte aanhangig sou gemaak het. Les bes is inspekteur Phoshoko in sy

persoonlike hoedanigheid aangespreek omdat hy sy plig as ondersoekbeampte sou versuim het om die ware toedrag van sake onder die landdros se aandag te bring.

In die hof *a quo* het waarnemende regter Van der Merwe bevind dat Mochitele (die derde verweerder) se gedrag voldoen het aan al die vereistes van die delik kwaadwillige vervolging en gelas dat hy aan elk van die eisers 'n bedrag van R5 000 met koste en rente moet betaal (par 40 en "Conclusion" 4-7 in die hof *a quo*). Wat die vordering teen die minister van justisie (die tweede verweerder) betref, het die hof bevind dat die betrokke landdros se gedrag aan al die vereistes van die delik onregmatige vryheidsberowing voldoen en dat die staat diensgevolge as werkgewer middellike aanspreeklikheid opgedoen het vir die aanhouding van die eisers vanaf die datum van hulle eerste hofverskyning tot en met die datum van hul vrylating op borgtog. Die staat (die minister van justisie) is derhalwe gelas om (gesamentlik en afsonderlik met die minister van veiligheid en sekuriteit en inspekteur Phoshoko) aan elk van die eisers R250 000 met koste en rente te betaal (par 52, 53 en "Conclusion" 1-3 en 7 in die hof *a quo*). Daar kan uit die uitspraak afgelei word dat die optrede van die staatsaanklaer die minister van justisie nie ten laste gelê is nie. Daar is ook bevind dat inspekteur Phoshoko (die vierde verweerder) se optrede aan al die deliksvereistes voldoen en dat hy, sowel as sy werkgewer, die minister van veiligheid en sekuriteit (die eerste verweerder) op die grondslag van middellike aanspreeklikheid, tesame met die tweede verweerder gesamentlik en afsonderlik teenoor die eisers aanspreeklik is vir die bedrag van R250 000 plus koste en rente (par 68 en "Conclusion" 1-3 en 7 in die hof *a quo*).

Die hoogste hof van appèl het tot die volgende bevinding gekom: Die minister van veiligheid en sekuriteit se middellike aanspreeklikheid jeens die eisers as werkgewer van inspekteur Phoshoko is bevestig, maar die skadebedrag aan elke eiser betaalbaar is met meer as die helfte verminder tot 'n bedrag van R120 000 met koste en rente (par 31 (1-2)). Die minister van justisie se appèl is gehandhaaf en ten aansien daarvan is die partye gelas om hul eie koste te dra (par 31 (3)). Daar is geen bevel gemaak wat inspekteur Phoshoko betref nie.

3 Kritiese evaluering

3.1 Inleiding

Sowel die uitspraak van die hof *a quo*, as die van die hoogste hof van appèl openbaar nie juis bevindings wat oor die algemeen vir die deliktereg van belang is wat betref die vereistes vir deliktuele aanspreeklikheid weens kwaadwillige vervolging en onregmatige arrestasie nie. In albei uitsprake word daar in die *ratio decidendi* nie eens deurgaans behoorlik onderskei tussen toepassing van die beginsels van kwaadwillige vervolging en onregmatige arrestasie nie. Wat wel opmerklik is, is hoe albei die hofe die kwessie van moontlike middellike staatsaanspreeklikheid vir die optrede van die landdros benader het. Soos aanstons duideliker aangetoon sal word, kan daar geen instemming met die hofe se gevolgtrekkings in hierdie verband betuig word nie. Die uitspraak van die hoogste hof van appèl skep selfs onnodige verwarring in hierdie verband.

3.2 Uitspraak van die hof *a quo*

3.2.1 Vordering weens kwaadwillige vervolging (teen die derde verweerder)

Aangesien die derde verweerder, Mochitele, nie later teen die hof se uitspraak waarin hy op grond van kwaadwillige vervolging aanspreeklik bevind is,

geappelleer het nie, en daardie deel van die uitspraak dus van krag bly, sal daar eerstens aan enkele van waarnemende regter Van der Merwe se bevindings in hierdie verband aandag geskenk word. Ten eerste word die geyskte vereistes vir die delik kwaadwillige vervolging kortliks uiteengesit (par 25). Dit lui soos volg: (i) dat die verweerder die verrigtinge moes aangestig of ingestel het; (ii) dat daar geen redelike en waarskynlike aanleiding vir sy optrede was nie; (iii) dat die verweerder met 'n kwade bedoeling of opsetlik (*animo iniuriandi*) opgetree het; en (iv) dat die vervolging misluk het (met 'n beroep op *Minister for Justice and Constitutional Development v Moleko* 2008 3 All SA 47 (HHA) par 8; sien ook Neethling, Potgieter en Visser *Neethling's Law of Personality* (2005) 173 wat 'n onontbeerlike vyfde vereiste byvoeg, te wete dat die eiser vermoëns- en/of persoonlikheidsnadeel moes gely het – 'n vereiste wat só vanselfsprekend is dat 'n mens kan begryp dat dit die howe se aandag soms ontglip; sien verder McKerron 259; Amerasinghe *Aspects of the Actio Iniuriarum in Roman-Dutch Law* (1966) 13 61 ev). Waarnemende regter Van der Merwe het bevind dat Mochitele se optrede aan al hierdie vereistes voldoen het (par 25). Die regter se uiteensetting bied 'n goeie voorbeeld van die toepassing van die eerste van bovermelde vereistes: ofskoon die derde verweerder slegs wat betref die beweerde diefstal van die toilet (inhoud van die eerste dossier) die klaer was, en sy vrou die aanklagte van die rig van 'n vuurwapen en aanranding aanhangig gemaak het, het die volgende feite 'n belangrike rol gespeel: (i) hy het sy vrou deurentyd bygestaan toe sy die aanklagte gelê het; (ii) hy het self 'n onware verklaring rakende daardie twee aanklagte afgelê; (iii) hy het die dag waarop die eisers gearresteer is by dieselfde polisiekantoor opgedaag om navrae daaroor te rig; (iv) hy het aktiewe belangstelling getoon in die verloop van die strafproses teen die twee eisers deur onder andere navrae daaroor te rig aan die ondersoekbeampte, die senior staatsaanklaer van die betrokke hof, die gebiedskommisaris van polisie te Germiston, 'n staatsadvokaat in die hooggeregshof in Johannesburg en selfs (*mirabile dictu*) aan die “local minister of safety and security” (par 37). Hieruit het die hof in die onderhawige *Janse van der Walt*-saak met 'n beroep op *Prinsloo v Newman* (1975 1 SA 481 (A) 492C-G) die voorlopige afleiding gemaak dat hy as aanstigter van die mislukte vervolging kwalifiseer: “It is not a requirement that the third defendant must actually have instituted the proceedings. The third defendant is liable if he instigated the proceedings or if he wilfully made a false statement to the police” (par 37).

Die bekende uitspraak in *Lederman v Moharal Investments (Pty) Ltd* (1969 1 SA 190 (A) 197A-198A) is vervolgens aangewend om 'n analogie te tref om die verdere pasvermelde faktore wat die hof as relevant aangestig het vir Mochitele se aanspreeklikheid in die regte perspektief te stel. In daardie saak, waarin die destydse appèlhof bevind het dat die vereiste dat die verweerder “should have ‘set the law in motion’, ‘instigated’ or ‘instituted’ the proceedings” bloot neerkom op die stel van die kousaliteitsvereiste, is beslis dat die reg voorsiening maak vir die aanspreeklikheid van 'n derde persoon, selfs waar die formele stappe om die vervolging te begin deur die polisie gedoen is. In die *Lederman*-saak het die hof met vrug verwys na III *American Restatement of the Law of Torts* (a 563 opm g), waarin daar verklaar word dat

“[i]n order to charge a private person with responsibility for the initiation of proceedings by a public official, it must ... appear that his desire to have the proceedings initiated expressed by direction, requests, or pressure of any kind was the determining factor in the official's decision to commence the prosecution or that the information furnished by him upon which the official acted was known to be false”.

Hierdie bron is uitvoerig deur waarnemende regter Van der Merwe weergegee (par 38), wat dit soos volg as grondslag vir sy analogie aangewend het: “The same approach would in my view apply to a situation where the formal steps to set the law in motion have been taken by a third party such as the defendant’s spouse.” Aangesien die hof se feitelike bevindings rakende Mochitele se optrede perfek hierby inpas, was die hof se bevinding onvermydelik dat sy optrede die kousaliteitsvereiste vir kwaadwillige vervolging bevredig.

In die lig van die feit dat die delik kwaadwillige vervolging primêr op ’n skending van die eiser se goeie naam (*fama*) neerkom, kan dit moontlik vreemd voorkom dat die eisers hul vordering teen Mochitele op daardie aksiegrond baseer het, aangesien die hof bloot bevind het dat “[t]he conduct of the third defendant caused the *arrest* and the *initial detention* of the plaintiffs” (par 40, eie kursivering), wat *prima facie* daarop dui dat die aantasting van hul liggaamlike integriteit (*corpus*) voorhande was en dat die eisoorzaak liefs in kwaadwillige vryheidsberowing gesoek sou kon word wat daarop neerkom dat vryheidsberowing plaasvind onder die voorwendsel van ’n geldige regsproses: “In other words the defendant makes improper use of the legal machinery of the state, either through a police official acting on his own discretion or through a valid warrant issued by a judicial officer” (Neethling, Potgieter en Visser 122). Ongeag hierdie voorbehoud, blyk dit tog dat die einste outeurs hul instemming met die metodiek van die eisers se regsverteenvoerders sou betuig het, in die lig van hul volgende stelling:

“If a criminal prosecution followed on the deprivation of liberty, the plaintiff will also have to prove that the prosecution failed [as *in casu*]. In such a case it would appear that it is advisable to institute an action based on *malicious prosecution* only since ... the deprivation of liberty is taken into account in assessing the extent of the *iniuria* suffered by the plaintiff (and the amount of satisfaction he is entitled to)” (123).

Aangesien daardie skrywers geen Suid-Afrikaanse regspraak as gesag vir hul voorstel kon aanhaal nie, verskaf hierdie uitspraak nou ’n welkome bron daarvoor, aangesien hierdie gedeelte van die hof *a quo* se *ratio decidendi* nie deel uitgemaak het van die daaropvolgende appèlproses nie.

3.2.2 Vordering weens onregmatige vryheidsberowing of aanhouding (teen die eerste en vierde verweerders)

Wat die eisers se vordering weens onregmatige vryheidsberowing betref, *in casu* onregmatige aanhouding – te wete die eis teen die minister van veiligheid en sekuriteit en inspekteur Phoshoko – weerspieël die uitspraak die tendens wat in resente regspraak aan die orde is. Ofskoon waarnemende regter Van der Merwe nie al die aanspreeklikheidsvereistes uitgespel het nie, beklemtoon hy dat mens hier met ’n vorm van skuldlose aanspreeklikheid te doen het (par 55, met ’n beroep op *Prinsloo v Newman* en *Relyant Trading (Pty) Ltd v Shongwe* 2007 1 All SA 375 (HHA); sien verder veral Neethling, Potgieter en Visser 119-120). Die huidige stand van ons reg in hierdie verband verg bloot voldoening aan die normale beginsels rakende die (oorblywende) deliksbeginsels. Die hof het dit egter goed geag om veral op die toepassing van die onregmatigheidselement te konsentreer en daarvoor na die uitspraak van hoofregter Langa in die beslissing van *Zealand v Minister of Justice and Constitutional Development* (2008 4 SA 458 (KH) par 52-53) verwys, waarin daar op die belangrikheid van nakoming van artikel 12(1)(a) van die grondwet, waarin die reg op vryheid en sekerheid van die persoon gewaarborg word, verwys word. Van besondere belang vir die huidige geval is hoofregter Langa

se gevolgtrekking dat “the breach of s 12(1)(a) is sufficient, in the circumstances of this case, to render the applicant’s detention unlawful for the purposes of a delictual claim for damages. That will be the most effective way to vindicate the applicant’s constitutional right” (par 53).

Die hof (par 57) het ook besondere waarde geheg aan die uitspraak van die Natalse volbank in *Le Roux v Minister of Safety and Security* (2009 4 SA 491 (N) par 30) waarin besondere klem geplaas is op die relevansie van ’n verdagte se bereidwilligheid om vrywillig sy of haar strafverrigtinge by te woon (soos in die onderhawige geval): “Exercising the arrest against a suspect who is perfectly willing to come to court on warning, on notice of summons renders the arrest *ultra vires*.” Dit is opmerklik dat die aangehaalde regspraak die “verdagtevriendelike”-benadering volg wat sy oorsprong veral gehad het in die uitspraak van regter Bertelsmann in *Louw v Minister of Safety and Security* (2006 2 SACR 178 (T)), welke benadering ’n gevoelige terugslag gekry het in die uitspraak van adjunk-president Harms in *Minister of Safety and Security v Sekhoto* (2011 5 SA 367 (HHA)) waarin hy tot die gevolgtrekking geraak het dat die *Louw*-saak en ’n hele rits sake waarin dit nagevolg is, ongeregverdig ’n sogenaamd vyfde jurisidksionele vereiste stel wanneer ’n vredesbeampte iemand sonder lasbrief arresteer (sien vir daardie regspraak Scott “Wrongful arrest: a brief survey of the impact of the constitution in recent case law” 2009 *Obiter* 724; Schwikkard 2011 *Annual Survey* 862 *ev*).

Daar word aan die hand gedoen dat die *Sekhoto*-beslissing in laasgenoemde opsig bloot van belang is by die beoordeling van die regmatigheid al dan nie van arrestasie deur ’n vredesbeampte sonder lasbrief ingevolge artikel 40(1)(b) van die Strafproseswet en dat die grondwetlike oorwegings wat nà die *Louw*-saak sterk na vore getree het, steeds relevant bly by die beoordeling van die voortgesette aanhouding (wat van arrestasie as sodanig onderskei moet word). Dat waarnemende regter Van der Merwe wel deeglik hiermee rekening gehou het, blyk uit sy volgende stelling waarmee akkoord gegaan kan word:

“Although the foregoing statements were made in the context of an arrest without a warrant, the values and policy considerations reflected therein and the demands of the constitutional state must also be taken into account in the present matter, bearing in mind that ordinarily an arrest in terms of a valid warrant of arrest [as in this case] will provide the arresting officer with a complete defence” (par 58).

Die hof het, met ’n beroep op *Van Rensburg v City of Johannesburg* (2009 2 SA 101 (W) 110C) pertinent daarop gewys dat die blote feit dat die aanvanklike arrestasie ingevolge ’n geldige lasbrief regmatig was, nie noodwendig beteken dat die daaropvolgende aanhouding van ’n verdagte onder alle omstandighede regmatig sal wees nie (par 62–63). Daar moet naamlik vasgestel word of daar ’n positiewe regsplig op die arresterende of ondersoekbeampte jeens die verdagte bly rus nadat daar ’n regmatige arrestasie plaasgevind het. Dit is in hierdie opsig dat waarnemende regter Van der Merwe hom beroep het op die bepalings van artikel 12(1) van die grondwet, asook op artikel 35 waarin die grondwetlike regte van gearresterde, aangehoude en beskuldigde persone uitgestippel word. Daarbenewens was die hof van oordeel dat daar oor die algemeen gekonstateer kan word dat die regsdoortuiging van die gemeenskap sodanige positiewe verpligting op ’n polisiebeampte plaas om daarteen te waak dat ’n persoon ongeregverdig in aanhouding bly (par 64, met ’n beroep op die baanbrekende uitspraak van *Minister van Polisie v Ewels* 1975 3 SA 590 (A)). Teen hierdie agtergrond bevind die hof dan dat inspekteur Phoshoko sy plig versuim het deur nie by die eisers se borgtog-verrigtinge teenwoordig te wees nie, veral omdat hy kennis gedra het van die feit dat daar géén regverdiging bestaan het vir die aanklag

van gewapende roof wat skielik teen hulle aanhangig gemaak is nie (par 64). Die hof het uitdruklik bevind dat indien inspekteur Phoshoko wél in die hof teenwoordig sou wees om oor die ware toedrag van sake te getuig, die eisers na alle waarskynlikheid reeds op daardie eerste dag van hul verskyning uit bewaring ontslaan sou wees (par 65). In finale instansie het die hof bevind dat die polisiebeampte se versuim (wat in werklikheid, op die feite, op 'n hardnekkige weiering neergekom het) in hierdie verband nie alleen onregmatig nie, dog selfs opsetlik was en dat dit die grondslag vorm vir sy eie aanspreeklikheid, asook dié van sy werknemer, die staat (die minister van veiligheid en sekuriteit) (par 68). Dit was uiteraard onnodig om hier 'n bevinding van opset te maak, aangesien aanspreeklikheid vir onregmatige arrestasie skuldloos is. Soos flussies sal blyk, het die hof die kwaadwilligheid en opset van inspekteur Phoshoko nie *eo nomine* vermeld as een van die faktore wat by die bepaling van die omvang van die skadebedrag ter sprake kom nie. Daar kan derhalwe afgelei word dat die verwysing na opset óf onnodig was, óf eerder daarop dui dat die hof verward geraak het met die vereistes vir kwaadwillige arrestasie of vryheidsberowing (sien hieroor Neethling, Potgieter en Visser 122 ev; McKerron 259).

3.2.3 Vordering weens onregmatige vryheidsberowing of aanhouding (teen die tweede verweerder)

Die optrede van die staatsaanklaer en die landdros tydens die verrigtinge toe die bykomende aanklag van gewapende roof teen die eisers aangeteken is, het die grondslag gevorm van die hof se uitspraak in hierdie verband. Ofskoon die hof 'n groot gedeelte van sy uitspraak hieraan afgestaan het (par 42-53), sal hierdie aspek slegs bondig aangespreek word, gesien die klaarblyklike dwaalweg waarop die hof beland het, veral wat staatsaanspreeklikheid vir die optrede van 'n regsprekende amptenaar betref.

Die moontlike middellike staatsaanspreeklikheid vir die versuim van die staatsaanklaer om stappe te doen om die landdros daarop attent te maak dat die klagstaat nie 'n aanklag van gewapende roof teen die eisers bevat het nie, word bloot indirek deur die hof aangeraak, waar daar 'n verskil getref word tussen die verantwoordbaarheid van 'n staatsaanklaer en 'n landdros (par 51). Met verwysing na artikel 35(1) van die Wet op die Nasionale Vervolgingsgesag 32 van 1998, soos uitgelê in *Minister of Justice and Constitutional Development v Moleko* (2008 3 All SA 47 (HHA) par 18), neem waarnemende regter Van der Merwe bloot daarvan kennis dat die vervolgingsgesag, anders as landdroste, direk verantwoording doen aan die parlement en nie aan die minister van veiligheid en sekuriteit, soos dit (na sy oordeel) met landdroste gesteld is nie. Dit blyk derhalwe dat die hof hom nie blind gestaar het teen die blote feit dat die staatsaanklaer 'n werknemer van die departement van justisie was, wat normaalweg op voldoening van een van die kernvereistes vir 'n werkgewer se middellike aanspreeklikheid (naas die feit dat die werknemer 'n delik in die loop van sy of haar diensbetrekking moes gepleeg het) sou dui nie, dog dat daar steeds 'n mate van kontrole van die werkgewer oor die doen en late van die werknemer moet bestaan (sien by *Van der Berg v Coopers & Lybrand Trust (Pty) Ltd* 2001 2 SA 242 (HHA) 258E). Ofskoon die hof nie 'n uitdruklike bevinding in hierdie verband gemaak het nie, kan uit die hof se stelling dat “the legal position of employees of the National Prosecuting Authority and that of magistrates are not identical” (par 52), afgelei word dat daar by implikasie bevind is dat die minister van veiligheid en sekuriteit nie vir die staatsaanklaer se optrede aanspreeklik gehou kan word nie.

Wat die vordering teen die staat op grond van die landdros se optrede betref, verwys die hof ter inleiding, met ’n beroep op die resente *Telematrix*-beslissing (par 19), na die gevestigde beginsel dat “a judicial officer enjoys a *complete* immunity against delictual liability for acts performed in the execution of his or her duties” (par 46, eie kursivering). Die kerngesonde basis wat appèlregter Harms in daardie beslissing hiervoor aangevoer het, is dat regsprekende amptenare ongehinderd, vry van enige invloed van hul werkgewers, hul regsprekende en administratiewe take moet kan uitoefen, sonder enige vrees dat hulle moontlik aanspreeklikheid sou kan opdoen vir hul *bona fide* foute. Hierdie uitleg word ondersteun deur artikel 165(2) van die grondwet wat verklaar dat die howe onafhanklikheid geniet en slegs aan die grondwet en die reg onderworpe is, wat hulle dan ook onpartydig en sonder vrees, begunstiging of vooroordeel moet toepas. Dit, opsigselfstaande, dui na my oordeel daarop dat die kontrole-element wat in die oorgrote aantal dienskontrakte steeds (in ’n mindere of meerdere mate) teenwoordig is, in die geval van landdroste en regters geheel en al ontbreek en dat dit die ware rede is waarom daar in hierdie tipe geval geen middellike aanspreeklikheid kan wees nie. Dit is trouens die basis waarop die relevante regsliteratuur hierdie afwesigheid van middellike aanspreeklikheid verklaar (sien bv Scott 220 en § 1 hierbo).

Die diskoers van die hof het egter vervolgens ’n ander loop geneem, nadat die aandag daarop gevestig is dat ’n belangrike beginsel van regterlike immuniteit daarin bestaan dat dit nie *absoluut* is nie (par 47; wat verskil van die hof se aanvanklike verwysing na *absolute* immuniteit: sien vorige par). As gesag hiervoor het die hof (par 47) na die beslissing in die *Moleko*-saak (par 55-56) verwys, waarin appèlregter Van Heerden die aandag daarop gevestig het dat “the fundamental principle of judicial independence cannot simply be equated with a principle of immunity of judicial officers from criminal prosecutions for all acts and/or omissions in the exercise of their judicial functions”. Ofskoon dit daar om die strafregtelike aanspreeklikheid van regterlike amptenare gegaan het, bestaan daar oorvloedige gesag daarvoor dat dieselfde beginsel hul moontlike deliktuele aanspreeklikheid beheers, waarop die hof dan ook vervolgens gewys het: “Accordingly, the principle has long been established in the common law that a judicial officer forfeits his or her immunity when such officer’s conduct was malicious or in bad faith (met ’n beroep op *Penrice v Dickinson* 1945 AD 6 14-15; *Moeketsi v Minister van Justisie* 1988 4 SA 707 (T) 713G en 714C; asook *Claassen v Minister of Justice and Constitutional Development* 2010 6 SA 399 (WKK) par 22-23). Wat uiters belangrik is, en myns insiens deur die hof oor die hoof gesien is, is dat hierdie immuniteit – hetsy van strafregtelike vervolging, of om as verweerder *ex delicto* gedagvaar te word – deur die regterlike amptenaar in sy of haar persoonlike hoedanigheid verbeur word. Dit is die strekking van al die gesag waarna daar verwys is; daar kan geen afleidings daaruit oor moontlike staatsaanspreeklikheid gemaak word nie.

Die hof het in die lig van hierdie kwalifikasie daarop gewys dat kwaadwilligheid (’n kwade motief) of kwade trou (“malice or bad faith”) nie *in abstracto* beoordeel kan word nie en dat dit by uitstek deur middel van omstandigheidsgetuienis bewys moet word (par 48). Die hof het dan ook geen moeite ondervind om tot ’n bevinding te kom dat die betrokke landdros met ’n kwade motief opgetree het deur dit te bewimpel dat ’n verdere aanklag van gewapende roof teen die eisers aangeteken is nie (par 50). Daarvandaan het die hof eenvoudig met ’n beroep op artikel 9(1)(a) en 10 van die Wet op Landdroste 90 van 1993, waarin bepaal word dat landdroste deur die minister van justisie aangestel word nadat ’n aanbeveling

van die landdrostekommissie oorweeg is, tot 'n beslissing gekom. Vir die hof was die formele opset van landdroste se diensverhouding met die staat voldoende om die staat (die minister van justisie) se middellike aanspreeklikheid vir 'n landdros se delik wat in die loop van sy of haar regsprekende funksies verrig is, te vestig:

“Although magistrates function independently and impartially ... that does not detract from the fact that they are appointed by and employed by the Minister of Justice. ... It follows that the Minister of Justice remains in my view, as in the past, vicariously liable for the conduct of magistrates acting with in [*sic*] the course and scope of their employment” (par 52).

Dit behoeft geen betoog nie dat ofskoon daar wel deeglik gesag bestaan om 'n *mala fide* regsprekende beampte deliktueel in sy of haar persoonlike hoedanigheid aan te spreek, die bronne beslis nie ondersteuning bied aan die afleiding dat die blote bestaan van 'n dienskontrak die betrokke minister middellik deliktueel aanspreeklik stel nie. In die beslissing van die hoogste hof van appèl is daar trouens op hierdie punt gewys (sien par 3.3.4 hierna).

3.2.4 Omvang van die skade

Dit kom vreemd voor dat die hof by die bepaling van die bedrag skadevergoeding wat aan die eisers weens kwaadwillige vervolging teen die derde verweerder (Mochitele) toegeken is, nie daarvan gewag maak het dat dit in sodanige geval wesentlik om die aantasting van hul *fama* gaan nie. Dat die hof waarskynlik 'n *reservatio mentalis* beleef het dat die werklike eisoorzaak in hierdie geval eerder kwaadwillige vryheidsontneming was, blyk uit die hof se verklaring dat hierdie verweerder bloot vir die eerste paar uur van die *aanhouding* verantwoordelik was, welke feit uitsluitlik op die aantasting van die twee eisers se fisiese integriteit (*corpus*) gedui het. Hoe dit ook al sy, die hof het sy toekenning van die skamele bedrag van R5 000 aan elk van die eisers op grond van die volgende faktore gemotiveer: (i) die historiese verloop van gebeure; en (ii) die besondere omstandighede van die saak (par 70). Daar bestaan wel regspraak waarin die liggaamlike vryheid as aspek van die *corpus* uitsluitlik in ag geneem is waar dit om 'n primêre skending van die goeie naam gegaan het (sien hiervoor Neethling, Potgieter en Visser 182 en veral die beslissings in n 555 vermeld). In hierdie opsig was waarnemende regter Van der Merwe se uitspraak dus nie buitengewoon nie.

Die veel hoër bedrae van R250 000 wat aan elke eiser teen die eerste, tweede en vierde verweerders toegeken is, is geregverdig met 'n beroep op *Minister of Safety and Security v Seymour* (2006 6 SA 320 (HHA) par 19), waarin R90 000 toegeken is aan 'n bejaarde persoon wat maar ongeveer een dag in 'n sel en daarna vier dae lank in 'n hospitaal aangehou is. Die faktore wat *eo nomine* deur die hof as relevant ten aansien van omvang van skade vermeld is, is: (i) die vernedering wat die eisers ondergaan het; (ii) die haglike omstandighede waaraan hulle tydens aanhouding blootgestel was; en (iii) die fisieke en psigiese letsels wat hulle as gevolg daarvan oorgehou het. Dit val vreemd op dat die kwade motief van die landdros nie óók te berde gebring is nie (sien by hieroor *Donono v Minister of Prisons* 1973 4 SA 259 (K) 265 en die verdere gesag aangehaal deur Neethling, Potgieter en Visser 121 n 79). Daar word aan die hand gedoen dat die bedrae wat die hof toegeken het in die lig van onder andere die tydsverloop van bykans agt jaar tussen die *Seymour*-beslissing en die huidige geval in die lig van die meer ernstige aard van die eisers se benadeling in die onderhawige geval billik was.

3.3 Uitspraak van die hoogste hof van appèl

3.3.1 Inleiding

Aangesien die derde verweerder (Mochitele) nie in hoër beroep gegaan het nie, het die hoogste hof van appèl hom nie met die kwessie van kwaadwillige vervolging bemoei nie. Die verdere effek hiervan is dat die vierde verweerder in die hof *a quo* (inspekteur Phoshoko) nou as derde appellant aangeteken staan. Die eerste twee eisers (Van der Walt en Van Wyk) is nou uiteraard die eerste en tweede respondente.

Appèlregter Tshiqi (met wie president Mpati, appèlregters Theron en Swain en waarnemende appèlregter Mocumie saamgestem het) het na 'n uitvoerige weergawe van die feite van die geval (par 1-10) begin om die spektrum van die hof se ondersoek af te baken deur eerstens na die afwesigheid van die derde verweerder in die appèl te verwys, en vervolgens wat die optrede van die staatsaanklaer, Zinn, betref die volgende stelling te maak (par 11): “[T]he high court found that the Minister of Justice ‘cannot be responsible for decisions by the National Prosecuting Authority ...’” Soos reeds vroeër daarop gewys is (sien § 3.2.3 hierbo), het die verhoorhof juis geen uitdruklike bevinding hieroor gemaak nie en kan 'n mens bloot die afleiding maak dat daardie hof tot sodanige slotsom geraak het. Die woorde wat appèlregter Tshiqi tussen aanhalingstekens geplaas het, is ooglopend uit konteks aangehaal, want daar het die verhoorregter bloot as gesag verwys na die *Moleko*-saak: “where it was held that the Minister of Justice and Constitutional Development *cannot be responsible for decisions by the National Prosecuting Authority ...*” (eie kursivering). Dit behoeft geen betoog dat hierdie soort verdraaiing van woorde deur 'n hof 'n uiters bedenkbare praktyk is nie, want in wese kom dit op 'n wanvoorstelling van die woorde van die verhoorregter neer. Ofskoon dit *in casu* geen invloed op die uitkoms van die saak gehad het nie, is dit 'n praktyk wat mens nie van 'n instansie soos die hoogste hof van appèl verwag nie.

Die hof identifiseer die aangeleentheid waarvoor daar uitsluitel gegee moet word, soos volg (par 12): (i) of die hof *a quo* korrek beslis het dat die respondente se aanhouding onregmatig was; (ii) of die hof *a quo* se beslissing dat die minister van veiligheid en sekuriteit middellik aanspreeklik is vir inspekteur Phoshoko se optrede korrek was en gehandhaaf moet word; en (iii) of die minister van justisie middellik aanspreeklik is vir die handelinge wat die landdroos verrig het tydens die uitoefening van haar regsprekende funksies. Soos aanstons sal blyk, het die hof korter met die beantwoording van die eerste twee vrae gemaak; wat die derde vraag betref, is daar in veel groter diepte op die aangeleentheid ingegaan. Elk van hierdie aspekte word vervolgens onder die loep geneem.

3.3.2 Onregmatigheid van die respondente se aanhouding

Die hof het as uitgangspunt vir 'n bevinding oor die ondersoekbeampte se gedrag aanvanklik op die landdroos se optrede gefokus deur te verklaar:

“There was no conceivable reason for the refusal by the magistrate to release the respondents on bail. They remained in custody because of the groundless charge of armed robbery inserted in Annexure ‘A’ and the collective negligence of Phoshoko, Zinn and the magistrate. It follows that their detention for the whole period was unlawful” (par 14).

Die rede waarom daar klem op die landdroos se optrede gelê is, is uiteraard om 'n basis te verskaf vir 'n verdere ondersoek ter vasstelling van die feit of inspekteur Phoshoko se versuim om stappe te doen om die foutiewe aanklag van gewapende roof onder die landdroos se aandag te bring, op die nienakoming van 'n regsplig jeens die

eisers neergekom het. Daarmee kan beslis akkoord gegaan word, maar ongelukkig skep die verwysings na die *nalatige* optrede van die landdros, staatsaanklaer en ondersoekbeampte die verkeerde indruk dat nalatigheid een van die bepalende faktore vir onregmatigheid is (“It follows that ...”). Dat nalatigheid nie ’n rol te speel het by die bepaling van onregmatigheid nie, is gesaghebbend beslis deur appèlregter Harms in die *Telematrix*-saak (469B; sien ook *Trustees Two Oceans Aquarium Trust v Kantey & Templer (Pty) Ltd* 2006 3 SA 138 (HHA) 144D-G); Midgley “Delict” 2006 *Annual Survey* 313-318; vgl egter Loubser, Midgley ea 159). Dit is te betreur dat die hof hoegenaamd in hierdie konteks die nalatigheidskwessie aangeroei het.

3.3.3 Vordering teen die minister van veiligheid en sekuriteit (eerste appellant)

Opvallend is eerstens die kursoriese wyse waarop die hof hierdie aangeleentheid besleg het. Daar is geen aanduiding verskaf van die aanspreeklikheidsvereistes vir die delik van onregmatige vryheidsberowing nie. Mens moet natuurlik altyd in gedagte hou dat skuld in enige van sy vorme nie as vereiste gestel word nie (sien die gesag hierbo onder § 3.2.2 aangehaal). Die enigste gesag waarna daar verwys is, is *Minister of Safety and Security v Carmichele* (2004 3 SA 305 (HHA) par 49-50) waarin die hof dit oor nalatigheid gehad het. Die hof het hier klaarblyklik heeltemal uit die oog verloor dat nalatigheid as afsonderlike vereiste hoegenaamd nie ter sprake was nie en verder ook geen rol te speel gehad het by die bepaling van die onregmatigheid, al dan nie, van inspekteur Phoshoko se optrede nie. Dit wil voorkom of die hof geen begrip gevorm het vir die werklike probleem wat voorhande was nie, naamlik die bepaling van die moontlike onregmatigheid van die betrokke polisiebeampte se versuim om positiewe stappe te doen om die landdros wel van die korrekte toedrag van sake in te lig nie. Wat hierdie werkswyse van die hof des te meer onverklaarbaar maak, is die feit dat daar in die weergawe van die feite van die geval telkemale daarop gewys is dat die ondersoekbeampte *versuim* het om sy verpligtinge in hierdie verband na te kom (sien by par 7 en 9). ’n Behandeling van die delikselemente handeling (in die vorm van ’n nalate) en onregmatigheid, waaroor daar in die eerste *Carmichele*-saak ’n heel toepaslike gedeelte verskyn (sien daarvan 318H-324H), behoort voorop te staan het in die hof se beslissing oor hierdie aangeleentheid. ’n Mens sal jou selfs kon indink dat feitlike kousaliteit ter sprake sou kom, indien van die veronderstelling uitgegaan word dat die landdros, in die lig van haar optrede jeens die eisers dalk geen gevolg aan die ondersoekbeampte se regstelling (indien hy dit sou verskaf het) sou gegee het nie.

Dat die hof dalk die elemente van late en onregmatigheid, enersyds, en skuld in sy verskyningsvorm van nalatigheid, andersyds, met mekaar verwar het, sou dalk uit die volgende sin afgelei kon word: “For all those reasons Phoshoko was negligent and his negligence caused the prolonged detention of the respondents after their first appearance ...” (par 15). Ten eerste kan “negligence” begripmatig hoegenaamd nie ’n gevolg veroorsaak nie; ’n late (“omission”) kan dit wél doen. (Hierdie tipe verwarring is eerder te wagte waar daar met die Afrikaanse terme “nalate” en “nalatigheid” gewerk word; ’n mens kan jou kwalik indink dat die bestaande paneel regters die Afrikaanse terme in hul agterkoppe gehad het!) Tweedens sou “all those reasons” waarna die hof verwys dalk beter aangewend kon word as aanduidend van die bestaan van ’n *onregmatige* late aan die kant van inspekteur Phoshoko. In hierdie opsig het die hof die volgende faktore geïdentifiseer: (i) aanwesigheid van die ondersoekbeampte tydens die eisers se eerste hofverskyning; (ii) die feit dat hy uit die landdros se mond verneem het dat die aanklag van gewapende roof bygevoeg is; (iii) die feit dat hy versuim het om die korrekte besonderhede onder die landdros

se aandag te bring; (iv) die feit dat die aanklaer in die hof was, het hom nie van sy plig in hierdie verband onthef nie; (v) die blote feit dat die landdros haar geensins aan die eisers se versoeke gesteur het nie, het hom ook nie van sy verpligting onthef nie; en (vi) die onverskillige houding wat hy ten opsigte van die eisers se verdere hofverskynings ingeslaan het.

’n Verdere verbasende aspek is dat die hof nooit die middellike aanspreeklikheid van die minister na vore bring nie, dog eenvoudig gekonsentreer het op die vraag of die polisiebeampte deliktueel aanspreeklik is. Soos bekend, dek dit maar één van die vereistes van middellike aanspreeklikheid. ’n Mens sou verwag dat iets meer hieroor gesê moes gewees het voordat die hof eenvoudig tot die gevolgtrekking geraak het dat “the high court’s finding of liability against the Minister of Safety and Security must stand” (par 15). Het ons dalk hier te make met ’n voorbeeld van ’n nuwe uitspraaksvorm, naamlik ’n “inlywing deur verwysing” van die hof *a quo* se uitspraak oor hierdie aspek? In ligte luim sou ’n mens instemming met so ’n praktyk kon betuig omdat die uitspraak van die hof *a quo*, nieteenstaande die enkele gebreke, aansienlik beter daar uitsien!

3.3.4 Vordering teen die minister van justisie (tweede appellent)

Ter aanvang het die hof daarop gewys dat die eisers se vorderings teen die landdros in eerste instansie daarop berus dat sy die aanklagte teen hulle op kwaadwillige wyse gewysig het om ’n aanklag van gewapende roof in te sluit én dat sy daarbenewens nalatig was deur nie op die versoeke van die eisers en hul regsvertegenwoordiger ag te slaan nie en aldus versuim het om seker te maak wat die korrekte aanklagte was (par 17). Vervolgens is die kwessie van kwaadwilligheid en nalatigheid ondersoek.

Volgens die hof hang die hele kwaadwilligheidsondersoek daarvan af of die landdros self die wysiging op Aanhangsel “A” aangebring het. (Die futiliteit van hierdie gedeelte van die uitspraak sal in die volgende paragraaf aangeroe word.) Soos vroeër aangetoon is (§ 3.2.3) het die hof *a quo* op grond van omstandigheidsgetuienis beslis dat die eisers hul bewyslas in hierdie opsig gekwyt het. Daar is in die besonder beslis dat die getuienis wat die eisers gelewer het die *prima facie* indruk gewek het dat daar wel ’n kwade motief by die landdros aanwesig was en dat daar bygevolg ’n weerleggingslas op die landdros en die minister in sy hoedanigheid as werkgewer gerus het (par 50 van die hof *a quo* se uitspraak). Hiervoor was appèlreger Tshiqi ten ene male nie te vinde nie. Volgens haar interpretasie van die feite (uiteraard uit die hofrekord afgelei) moes daar geen sodanige afleiding gemaak gewees het nie omdat “the respondents could not see what she [the magistrate] was writing and on which document” (par 18). Die hof het geen gewag daarvan gemaak dat daar wel dokumentêre bewys was (in die vorm van Aanhangsel “A”) van die gewraakte wysiging van die klagstaat nie. Daarbenewens, indien die normale reël van bewysreg insake omstandigheidsgetuienis in ag geneem sou word, het die eisers hulle van hul vereiste bewyslas gekwyt omdat hulle die hof kon oortuig dat hul voorgestelde afleiding die mees voor die hand liggende en aanvaarbare een was, ofskoon daar ook ander moontlike afleidings sou kon wees (*AA Onderlinge Assuransie-Assosiasie Bpk v De Beer* 1982 2 SA 603 (A) 615A). Derhalwe het daar vir die minister as teenparty ’n weerleggingslas ontstaan om die teendeel aan te toon. In hierdie lig beskou was die enigste uitweg wat daar vir die minister van justisie bestaan het om sy weerleggingslas te kwyt, om die landdros as getuie te roep. Die feit dat sy nie groep is nie, behoort logieserwys nie tot die eisers/respondente se nadeel te strek nie, dog eerder tot dié van die minister ingevolge die bewysregtelike beginsel dat ’n party se versuim om ’n beskikbare getuie te roep onder bepaalde omstandighede

aanleiding daartoe kan gee dat 'n negatiewe afleiding teen hom of haar gemaak kan word (*S v Teixeira* 1980 3 SA 755 (A) 764; *Durban City Council v SA Board Mills Ltd* 1961 3 SA 397 (A)). Die rigting wat die hoogste hof van appèl ingeslaan het, is myns insiens ook nie te rym met die normale huiwerigheid van howe van hoër beroep om met die feitebeslissings van 'n verhoorhof in te meng nie. In die finale instansie wil dit voorkom of die hof hier 'n bewyslas vereis het wat meer in ooreenstemming is met dié in strafsake waar die ten laste gelegte oortreding bo redelike twyfel bewys moet word, anders as in 'n normale siviele geding wat niks meer as 'n bewyslas op 'n oorwig van waarskynlikheid verg nie.

Hoe dit ook al sy, wat vasstaan, is dat selfs indien die eisers hul saak op grondslag van die landdros se kwaadwillige optrede sou kon bewys, dit hulle hoogstens 'n vordering teen die landdros in haar persoonlike hoedanigheid sou verseker. Die beleidsmatige aspekte van ons reg se huiwering om die staat vir die delik van 'n regsprekende amptenaar waarvoor hy of sy self sal moet instaan middellik aanspreeklik te hou, is reeds vroeër aangespreek (sien § 1 en § 3.2.3 hierbo). Teen hierdie agtergrond het die eisers dus wesenlik fouteer deur nie hul vordering teen die landdros in te stel nie.

Om dieselfde rede as wat die hof se ganse ondersoek na die aan- of afwesigheid van kwaadwillige optrede aan die kant van die landdros futiel was, is die behandeling en uiteindelijke bevinding van growwe nalatigheid aan haar kant (par 19) sinloos. Sodanige bevinding sou die eisers nie eens 'n vordering teen die landdros in haar persoonlike hoedanigheid gegee het nie, op grond van beleidsoorwegings wat lank reeds vasstaan en in onlangse regspraak bevestig is (sien bv *Schierhout v Union Government (Minister of Justice)* 1919 AD 30 42-43; *Van Rooyen v The State (General Council of the Bar of South Africa Intervening)* 2002 5 SA 246 (KH) par 265; *President of the Republic of South Africa v Reinecke* 2014 3 SA 205 (HHA)). Die res van die bespreking onder hierdie hoof is 'n allegaartjie van verwysings na die *Telematrix*-saak waar appèlregter Harms (in par 14 van daardie uitspraak) die beginsel van regsprekende amptenare se onafhanklikheid en immunititeit teen deliktuele aanspreeklikheid weens nadeel veroorsaak deur hul nalatige uitsprake herbevestig het, die uitspraak van appèlregter Brand in *Le Roux v Dey* (2011 3 SA 274 (KH) par 122) waarin die “nuwe” onregmatigheidstoets van die *Telematrix*-saak weergegee word, *F v Minister of Safety and Security* (par 40) waarin die wese van middellike aanspreeklikheid kortliks verduidelik word, asook drie uitsprake wat uitsluitlik oor die beperkte immunititeit van polisiebeamptes handel en nie werklik op regsprekende amptenare toepassing vind nie (*Goldschagg v Minister van Polisie* 1979 3 SA 1284 (T); *De Welzim v Regering van KwaZulu* 1990 2 SA 915 (N) en *Minister of Safety and Security v Kruger* 2011 1 SACR 529 (HHA)). 'n Bepaalde verwysing (par 24) na die *Telematrix*-saak kom buitengewoon voor, waar appèlregter Tshiqi verklaar dat “[t]he reason why the magistrate was not liable in *Telematrix* was that his or her conduct was not regarded as wrongful for public or legal policy considerations” (par 24). Soos algemeen bekend was die optrede van 'n landdros nooit in daardie saak ter sprake nie, maar wel dié van die direktoraat van die *Advertising Standards Authority SA*; die hof het daar bloot in sy *ratio decidendi* na die analoë posisie van regsprekende amptenare verwys. Hierdie verwysing deur appèlregter Tshiqi kan as 'n *lapsus calami* van formaat aangeteken word.

Dit is egter die laaste sin tot die bespreking van moontlike middellike staatsaanspreeklikheid (wat direk op die vorige aanhaling volg) wat aanleiding sou kon gee tot moontlike toekomstige verwarring. Dit lui soos volg: “Consequently, because the magistrate’s conduct is not regarded as wrongful in delict, vicarious liability cannot be imposed upon the Minister” (par 24). Ofskoon dit op sigwaarde

heeltemal logies voorkom – indien ’n mens die normale beginsels van ’n gewone werkgever se middellike aanspreeklikheid voor oë hou – is die implikasie dat indien die landdros wel onregmatig sou opgetree het, die minister wel aanspreeklik sou wees. Dit volg uit die eenvoudige toepassing van die logikareël “*inclusio unius est exclusio alterius*”, wat omgekeerd ook sin maak: “*Exclusio unius est inclusio alterius*”. Soos reeds gesien, kan kwaadwillige optrede aan die kant van ’n regsprekende amptenaar sy of haar andersins regmatige optrede tot onregmatige optrede omskakel. Waar die regter dus in die volgende paragraaf (25) verklaar dat sy geen bevinding oor middellike aanspreeklikheid van die staat weens die kwaadwillige optrede van ’n landdros hoof te maak nie omdat die betrokke landdros na haar mening nie kwaadwillig opgetree het nie, besef sy klaarblyklik nie dat sy reeds by implikasie wel ten gunste van middellike staatsaanspreeklikheid in sodanige geval beslis het nie.

Daar kan beswaarlik ontken word dat die besondere omstandighede van die feitestel wat hier vir beregtiging gediën het uiters onrusbarend is. Of die landdros nou kwaadwillig en daarmee gepaardgaande met opset, of bloot grof nalatig opgetree het, skend haar optrede die regverdigheidsgevoel en doen dit beslis afbreuk aan die vertrouë wat elke landsburger in die howe behoort te hê. Artikel 34 van die grondwet wat die fundamentele reg van toegang tot die howe waarborg, bepaal uitdruklik dat “elkeen ... die reg [het] dat ’n geskil wat deur die toepassing van ons reg besleg kan word, in ’n billike openbare verhoor beslis word voor ’n hof of, waar dit gepas is, ’n ander onafhanklike en onpartydige tribunaal of forum”. Verder vereis artikel 174(1) van die grondwet dat ’n “toepaslik gekwalifiseerde vrou of man wat ’n gepaste persoon is” die regterlike amp moet beklee. Hierdie artikels plaas ongetwyfeld ’n positiewe verpligting op die staat om bekwame regsprekende amptenare aan te stel. Dit is veelseggend dat die hoogste hof van appèl vermeld het dat ’n afskrif van hierdie uitspraak aan die landdrostekommissie beskikbaar gestel moet word vir die oorweging van moontlike dissiplinêre stappe teen die landdros – inderdaad ’n skrale troos vir die twee bedroeë eisers.

Daar kan met stelligheid voorspel word dat die tyd spoedig sal aanbreek dat ’n onsuksesvolle litigant wie se mislukking aan die onbekwaamheid van ’n landdros of regter toegeskryf kan word, op grond van die staat se verbreking van sy regsplig ingevolge artikel 34 ’n skadevergoedingsvordering teen die staat gaan instel. Hier sal dit oor direkte, en nie middellike aanspreeklikheid nie, gaan. Die blote feit dat die staat ’n onbekwame amptenaar aangestel het, sal dan in die lig van die normale beginsels wat die delikselemente beheers, ondersoek word. Bykans 50 jaar gelede is daar al in die vooruitsig gestel dat die staat moontlik vir ’n regsprekende amptenaar se *mala fide*-uitoefening van sy of haar regsprekende bevoegdhede aanspreeklikheid kan opdoen indien ’n skuldverwyt die staat tref wat die aanstelling van sodanige amptenaar betref. VerLoren van Themaat en Wiechers (*Staatsreg* (1967) 480) verwys in hierdie verband uitdruklik na *culpa in eligendo* aan die staat se kant. Indien mens in aanmerking sou neem dat dit in hierdie tipe geval om direkte staatsaanspreeklikheid gaan, bestaan daar logieserwys geen rede om opset as eksklusiewe skuldvorm te vereis nie en behoort ’n nalatige handeling of versuim van die staat in hierdie verband voldoende te wees. Die prikkelende minderheidsuitspraak van appèlregter Froneman in *F v Minister of Safety and Security* (par 87-149) waarin hy bevind het dat dit verkieslik is om staatsaanspreeklikheid in gevalle soos *F en K v Minister of Safety and Security* liefs as direkte, in teenstelling met middellike aanspreeklikheid te beskou, sal ook as basis aangewend kan word vir toepassing van die onregmatigheidsstoets in geskille waar die staat direk vir ’n regter of landdros se skadestigende regsprekende handelinge aangespreek word. Indien

veral die beriggewing in die huidige dagpers voor oë gehou word oor die werkswyse van die regterlike dienskommissie wat aanbevelings aan die staatspresident doen oor die aanstelling van regters, en die gereelde pleidooie van prominente lede van daardie kommissie vir versnelde transformasie op die uitsluitlike grondslag van ras en geslag, asook die feit dat van die mees vooraanstaande en ervare regslui vir regterlike aanstellings in hierdie gedrewe transformasieproses hoofsaaklik op grond van hul ras en geslag gediskwalifiseer word, kan 'n mens jou wel deeglik indink dat die dag sal aanbreek dat dit nie te ingewikkeld sal wees om die vereiste delikselemente in die staat se aanstellingsoptrede ten opsigte van 'n bepaalde “transformasie-aanstelling” te vind nie. Ruimtelike beperkings laat egter nie toe dat daar verder op hierdie kwessie ingegaan word nie. Dat daar egter 'n dringende behoefte aan 'n deeglike studie van hierdie tema bestaan (wat kort gelede gepas aangeraak is deur Sonnekus “Huweliksvoorwaardes én kontrakteervryheid onder druk” 2014 *TSAR* 580 596-597), val nouliks te ontken.

3.3.5 Omvang van die skade

Die hof het oorweging geskenk aan die *Seymour*-saak wat in die hof *a quo* as uitgangspunt vir berekening van die eisers se skade geneem is, asook die uitspraak in *Woji v Minister of Police* ((92/2012) 2014 ZASCA 108 (11-09-2014) (ongerapporteer)). In eersgenoemde is R90 000 toegeken aan iemand wat objektief beskou veel minder as die onderhawige eisers gelyk het, terwyl daar in laasgenoemde geval R500 000 toegeken is aan iemand wat ongelooflike ontberings moes trotseer tydens sy onregmatige aanhouding van 13 maande. Daarna het die hof bloot 'n bondige feitlike weergawe van die eisers se ontberings gegee, sonder enige aanduiding watter faktore 'n rol by die uiteindelijke skadebepaling gespeel het (par 29). ('n Mens wonder waarom die hof vroeër (par 13) ook 'n soortgelyke weergawe verskaf het wat bloot vir skadebepaling relevant was. Dit skep ongelukkig die indruk van 'n ongeordende aanslag by die skryf van die uitspraak.) Die slotsom waartoe daar gekom is, is dat die toekennings aan elke eiser met meer as die helfte verminder is na R120 000 (par 29). 'n Aansienlike verdere terugslag vir die eisers, wat die finale skadevergoedingsbedrae wat hulle moes ontvang waarskynlik weselik in waarde laat afneem het, is dat hulle hul eie koste moes dra ten opsigte van die vordering wat hul aanvanklik teen die minister van justisie ingestel het, aangesien die appèl van daardie minister geslaag het.

3.3.6 Die posisie van inspekteur Phoshoko (die derde appellant)

Dit blyk dat daar in die bevel wat die hof uitgereik het, geswyg word oor die posisie van die derde appellant wat in die hof *a quo* saam met die eerste twee verweerders solidêr aanspreeklik bevind is. Ofskoon die hof bevind het dat sy optrede aan al die deliksvereistes voldoen het (sien §3.3.2 hierbo), val hy wonderbaarlik uit die prentjie weg. Die bevel wat die hof ten aansien van die minister van veiligheid en sekuriteit (die eerste verweerder/appellant) uitgereik het, stel dit egter duidelik dat hy en hy alleen vir betaling van die twee bedrae van R120 000 verantwoordelik is (par 31; hierdie bevel verskyn ook woordeliks aan die begin van die uitspraak. Indien hierdie beslissing in die hofverslae opgeneem sou word, kan 'n mens seker verwag dat die redaksie een van die weergawes van die bevel sal skrap.) By implikasie wil dit dus voorkom of inspekteur Phoshoko 'n wonderbaarlike, ongemotiveerde en juridies onverklaarbare kwytskelding ontvang het.

4 *Gevolgtrekking*

Daar word aan die hand gedoen dat die *effek* van die uitspraak van die hoogste hof van appèl aanvaarbaar is wat betref die beginsel van toekenning van skadevergoeding aan die twee eisers/respondente op basis van die minister van veiligheid en sekuriteit se middellike aanspreeklikheid. Dié uitspraak se waarde in hierdie opsig is egter beperk weens die karige motivering wat die hof daarvoor gebied het. Verder gaan dit ook mank aan 'n verkeerde uitgangspunt wat betref die motivering van die nie-aanspreeklikheid van die minister van justisie vir die landdros se optrede. Ook die behandeling van die bepaling van die skade-omvang laat meer vrae ontstaan as antwoorde wat verskaf word. Die algemene gevoel wat 'n mens kry is dat die skrywer van die uitspraak ongeordend te werk gegaan het, byvoorbeeld deur te versuim om 'n bevel ten aansien van een van die litigante te gee.

Myns insiens is die effek van die uitspraak van die hof *a quo* te verkies deurdat die bedrae wat toegeken is meer in ooreenstemming blyk te wees met die nadeel wat die eisers gely het. Ongelukkig het die hof 'n flagrante mistasting begaan met sy bevinding dat die minister van justisie middellik aanspreeklik was vir die landdros se optrede.

Wel deeglik bewus van die werkslas van ons regters – veral in sommige van ons hooggeregshowe en die hoogste hof van appèl – besef ek al te goed dat “la critique est aisée mais l'art est difficile”. Nieteenstaande hierdie toegewing word die hoop uitgespreek dat albei uitsprake wat hierbo bespreek is, maar veral dié van die hoogste hof van appèl, ter wille van die heil van ons deliktereg spoedig in die vergetelheid sal raak.

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria