

Regspraak

DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL SMOOR HEILSAME REGSONTWIKKELING

Minister of Safety and Security v F 2011 3 SA 487 (HHA)

1 Inleiding

Die drukkersink was skaars droog op die bladsy van die eerste band van die 2011-uitgawe van hierdie regstydskrif waarin twee uitermate gunstige kommentare oor die uitspraak van die Wes-Kaapse hoë hof in *F v Minister of Safety and Security* (2010 1 SA 606 (WKK)) verskyn het (Scott “Middellike aanspreeklikheid van die staat vir misdadige polisie-optrede: die heilsame ontwikkeling duur voort” 2011 *TSAR* 135-147 en Neethling “Vicarious liability of the state for rape by a police official” 2011 *TSAR* 186-191), of die hoogste hof van appèl verras met ’n uitspraak waarin die betrokke minister se appèl teen die uitspraak van die hoë hof deur die meerderheid appèlregters gehandhaaf word. Die wyse waarop die hof verdeel was (’n skrale meerderheid van drie teen twee), verskaf ’n aanduiding dat die tersake onderwerp een is waaroor omstredeheid steeds heers. Die konstitusionele hof het duidelike leiding in die veelbesproke *K v Minister of Safety and Security* (2005 6 SA 419 (KH)) verskaf aangaande die strekwydte van die minister van veiligheid en sekuriteit se middellike aanspreeklikheid vir die delikte deur polisiebeamptes gepleeg, bepaaldelik wat betref gevalle waar misdadige lede van die polisie diens hulle aan verkragting (dit wil sê ’n opsetsmisdaad en -delik) skuldig gemaak het. Die reaksie op die *K*-saak was sowel positief (sien bv Du Plessis en Penfold “Bill of rights jurisprudence” 2005 *Annual Survey of SA Law* 48-51; Scott 2006 *De Jure* 471; Neethling “Risk-creation and the vicarious liability of employers” 2007 *THRHR* 527-535) as negatief (sien bv Fagan “The confusions of K” 2009 *SALJ* 156; Wagener “*K v Minister of Safety and Security* and the increasingly blurred line between personal and vicarious liability” 2008 *SALJ* 673).

Daar bestaan waarskynlik nie vandag in Suid-Afrika ’n delikteregspesialis wat die bewering sou waag dat al die reëls en beginsels ten aansien van die middellike aanspreeklikheid van ’n werkgewer vir die onregmatige dade van ’n werknemer glashelder is nie. Nieteenstaande sommige algemene stellings dat die algemene beginsels wat hierdie vorm van aanspreeklikheid in die deliktereg beheers, goed gevestig is (sien bv McQuoid-Mason “Vicarious and strict liability” XXX *LAWSA re* 180), geld hierdie ongenuanseerde standpunt waarskynlik slegs wat betref die eerste twee vereistes wat volgens ons reg vir middellike aanspreeklikheid gestel word, te wete dat daar eerstens ’n verhouding van werkgewer-werknemer ten tyde van delikpleging moet bestaan en tweedens, dat ’n delik deur die werknemer gepleeg moet wees (Loubser ea *Deliktereg in Suid-Afrika* (2010) 384 ev; Van der Walt en Midgley *Principles of Delict* (2005) 36 ev). Daar heers tans veral twyfel oor die wyse waarop die sogenaamde “standaardtoets” (uitmuntend deur ar Jansen geformuleer in *Minister of Police v Rabie* 1986 1 SA 117 (A) 134D-E) toegepas moet word ten einde te bepaal of daar aan die derde vereiste vir ’n werkgewer se middellike aanspreeklikheid voldoen word, te wete dat ’n werknemer tydens die pleeg van ’n delik in die loop van sy of haar diensverband gehandel het, in die besonder waar die betrokke werknemer ’n opsetsdelik gepleeg het (sien veral Neethling en Potgieter *Neethling-Potgieter-Visser Deliktereg* (2010) 390 n 143 vir uitgebreide verwysings

na gesag in hierdie verband). Dit is veral in hierdie opsig dat die konstitusionele hof in die *K*-saak 'n noemenswaardige uitspraak gelewer het wat die pad aangedui het wat regsontwikkeling moet loop wanneer die vraag beantwoord moet word of die opsetlike dader se werkgewer middellike aanspreeklikheid gaan opdoen.

In *K v Minister of Safety and Security* word 'n formulering van die “standaard-toets” ter bepaling van die aan- of afwesigheid van die derde vereiste vir middel-like aanspreeklikheid opnuut geformuleer met 'n duidelike klem op hoe veral die tweede been van hierdie toets benader moet word. Regter O'Regan het dit soos volg verwoord:

“The approach makes it clear that there are two questions to be asked. The first is whether the wrongful acts were done solely for the purpose of the employee. This question requires a subjective consideration of the employee's state of mind and is a purely factual question. Even if it is answered in the affirmative, however, the employer may nevertheless be liable vicariously if the second question, an objective one, is answered affirmatively. The question is whether, even though the acts done have been done solely for the purpose of the employee, there is nevertheless a sufficiently close link between the employee's acts for his own interests and the purposes and business of the employer. This question does not raise purely factual questions, but mixed questions of fact and law. *The questions of law it raises relate to what is 'sufficiently close' to give rise to vicarious liability. It is in answering this question that a court should consider the need to give effect to the spirit, purport and objects of the Bill of Rights*” (436 – my kursivering).

In haar *ratio decidendi* was regter O'Regan se uitleg en ontwikkeling van die gemene-reg, ten einde dit met die gees, strekking en oogmerke van die handves van regte te laat strook (ingevolge a 39(2) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996), in wese daarvoor verantwoordelik dat sy die uitspraak van die hoogste hof van appèl verwerp het, waarin daardie hof K 'n remedie ontsê het teen die betrokke minister nadat sy benadeel is as gevolg van haar verkragting deur drie polisiebeambtes wat op die tydstip van hul vergryp aan diens was. Haar oorweging van faktore soos die eerste generasie-menseregte van veral vroue en kinders (sien bv a 9, 10, 12(1)(c) en 14 van die grondwet; en vgl Scott 2006 *De Jure* 474-475), die beskermingsplig van lede van die Suid-Afrikaanse Polisie diens (sien in die besonder a 205(3) van die grondwet en die aanhef tot die Wet op die Suid-Afrikaanse Polisie diens 68 van 1995) en die volkeregterlike verpligting wat daar op Suid-Afrika rus om alle moontlike vorme van geslagsgebaseerde diskriminasie die hoof te bied (vgl *Carmichele v Minister of Safety and Security (Centre for Applied Legal Studies Intervening)* 2001 4 SA 938 (KH)), het in werklikheid die skaal laat swaai om middel-like aanspreeklikheid ten koste van die staat te bevind waar die aangetaste belange dié van 'n weerlose vrou was, anders as in ander gevalle waar die nadeel bloot in die krenking van vermoënsbelange geleë was (soos in *Phoebus Apollo Aviation CC v Minister of Safety and Security* 2003 2 SA 34 (KH)).

By die eerste oogopslag wil dit voorkom of die meerderheidsuitspraak in die *F*-saak indruis teen die jongste ontwikkeling van middellike aanspreeklikheid wat sedert die uitsprake van die konstitusionele hof in die *Carmichele*- en *K*-saak plaasgevind het. Trouens, voorlopig beskou toon die agterliggende feite en verloop van die onderhawige saak duidelike ooreenkomste met dié in daardie twee uitsprake. Laasgenoemde se feite en dié van die *K*-saak is feitlik identies maar, veel meer opvallend, is dat die hoogste hof van appèl in albei die vermelde vroeëre gevalle nie bereid was om die grense van middellike aanspreeklikheid uit te brei nie; telkemale was dit die konstitusionele hof wat die eiseresse se vorderinge toegestaan het deur hul appèlle teen die bevindings van die hoogste hof van appèl toe te staan. (Sien bv die ongeëwenaard snydende, dog geldige, kritiek van Kok “An appalling lack

of judgment by the supreme court of appeal” 2005 *THRHR* 506.) Die ongemaklike vraag wat nou opduik, is of ’n moontlike herhaling van die treurige geskiedenis nie dalk weer op die punt is om plaas te vind nie.

2 *Feite en uitspraak*

Soos reeds vroeër daarop gewys, vertoon die feite van die onderhawige saak ’n groot ooreenkoms met dié van die *K*-saak. Hierdie ooreenkoms word uit die staanspoor in die uitspraak van die hoogste hof van appèl aan die groot klok gehang, waar appèlregter Nugent se heel eerste woorde ’n verwysing na daardie belangrike uitspraak van die konstitusionele hof daarstel (488F). In die saak tans onder bespreking het die eiseres (F) ’n aksie ingestel teen die minister van veiligheid en sekuriteit (die eerste verweerder) in sy hoedanigheid as werkgewer van die polisiebeampte (ene Van Wyk, die tweede verweerder) wat haar verkrag het. Ten tyde van die gewraakte gebeure was F slegs dertien jaar oud. Nadat hierdie jong meisie en ’n paar vriende ’n nagklub (verbasingswekkend) besoek het, waar sy in ’n woordewisseling met een van hulle betrokke geraak het, het sy besluit om huiswaarts te keer. In die aangrensende parkeerterrein aangekom, was haar aanvanklike vervoerprobleme oënskynlik van korte duur, aangesien sy deur die tweede verweerder, ’n speurdersersant in die Suid-Afrikaanse Polisie diens wat op sogenaamde “bystand” (“standby” of “call”) verkeer het, ’n rygeleentheid aangebied is (489B en 490F). Sy het dit, volgens haar getuienis wat deur die hof aanvaar is (490A), geredelik aangeneem nadat sy ’n polisie radio in sy voertuig opgemerk het en omdat sy ook bekend was met een van die ander manskapers wat ’n passasier in die motor was. Nadat die tweede verweerder die ander passasiers by hul bestemmings afgelaai het, het hy aan die eiseres gesê dat hy vriende wou besoek. Sy het onrustig geraak toe hy daarna die motor op ’n verlate plek parkeer het. Sy het toe onder ’n valse voorwendsel die voertuig verlaat en gaan wegkruip. Die tweede verweerder het kort daarna skynbaar besluit om die aftog te blaas en weggery, waarna die eiseres haar skuilplek verlaat en langs die pad gaan staan en duimgooi het. Ongelukkig vir haar was die eerste voertuig wat langs haar stilgehou het, dié van die tweede verweerder – waaruit sy pas ontsnap het. Omdat sy teen daardie tyd egter daarvan oortuig was dat hy wel ’n polisieman was (tydens haar rit saam met hom het sy polisie dossier op die vloer van sy motor sien lê) en besef het dat sy in die besondere omstandighede nie werklik ’n ander keuse gehad het nie, het sy ’n tweede maal ’n rygeleentheid van die tweede verweerder aanvaar.

Kort nadat sy weer eens by die motor ingeklim het, het die speurdersersant tot die eiseres se ontsteltenis van die pad afgedraai. Sy het vrugtelos ’n tweede ontsnappingspoging aangewend. Hy was egter te rats vir haar en nadat hy haar oorweldig en ernstig aangerand het, het hy haar verkrag. Daarna het hy haar doodluiters by haar huis gaan aflaa.

Die eiseres het in die Kaapse hoë hof ’n eis teen die eerste verweerder in sy hoedanigheid as werkgewer van die tweede verweerder ingestel op die grond van middellike werkgewersaanspreeklikheid. Regter Bozalek het die feite en regsposisie in besonderhede ontleed en haar vordering toegestaan, ofskoon die tweede verweerder nie ten volle aan diens was nie, maar slegs op bystandsdienste verkeer het. Die hof het beslis dat die eerste en tweede verweerders gesamentlik en afsonderlik teenoor die eiseres aanspreeklik is. Soos hierbo vermeld, is hierdie uitspraak gunstig deur sowel Neethling as Scott in hierdie tydskrif bespreek en ontleed en daar sal derhalwe bloot op die meerderheids- en minderheidsuitsprake van die hoogste hof van appèl gefokus word. Uiteraard sal daar by geleentheid sprake wees van bevindings van die verhoorhof.

Die uiteinde van hierdie sage was egter vir die eiseres sekerlik geen bron van vreugde nie: die appèl van die eerste verweerder is met 'n meerderheid van drie (appèlregter Nugent met wie appèlregter Snyders en waarnemende appèlregter Pillay saamgestem het) teen twee (appèlregter Maya met wie appèlregter Bosielo saamgestem het) gehandhaaf. As “troosprys” is daar darem geen kostebevel teen die eiseres gemaak nie, “[b]ecause this case raises an important principle of broader significance for the State” (504E).

3 Kritiese ontleding van die uitspraak

3.1 Die meerderheidsuitspraak

3.1.1 Bevinding aangaande aard van bystandsdien

Appèlregter Nugent skyn vroeg in sy uitspraak reeds van die standpunt uit te gaan dat die betrokke polisiebeampte nie aan diens was toe hy die gewraakte onregmatige daad teenoor die eiseres gepleeg het nie: “The distinction between this case and *K* is that on this occasion the policeman was not on duty” (488I). Daarmee verwerp hy die beslissing van die verhoorregter wat hom soos volg oor hierdie aspek van die saak uitgelaat het (620I van r Bozalek se uitspraak): “In my view it would be mistaken to see only a sharp distinction between being on and off duty and then to treat Van Wyk as being off duty. His status as being on stand-by at the material time fell rather somewhere between these states”.

Na 'n redelik uitgebreide omskrywing deur appèlregter Nugent van die aard van sogenaamde bystandsdien van 'n speurder in diens van die Suid-Afrikaanse Polisie (489C-G), blyk dat die rede vir sy verwerping van die hof *a quo* se standpunt berus op die feit dat “he or she is not subject to the control or direction of his or her employer – the detective is free to engage at will in hobbies or to go about his or her personal affairs” (502F). Dit is te betreur dat die hof hier as 't ware terugval op die regsposisie van die verlede, toe die sogenaamde beheer- of kontroletoes die beslissende faktor was ten einde te beslis of 'n delikspleger 'n werknemer of 'n onafhanklike kontrakteur was (sien hieroor Neethling en Potgieter 388; asook die hof *a quo* 620D; Scott 2011 *TSAR* 138; Neethling 2011 *TSAR* 190 en die gesag aangehaal). Die huidige toets wat sedert *Smit v Workmen's Compensation Commissioner* (1979 1 SA 51 (A) 62-63), waarna appèlregter Nugent self as gesag verwys, en *Midway Two Engineering & Construction Services v Transnet Bpk* (1998 3 SA 17 (HHA) 23) geld, is dat die oorheersende indruk (“dominant impression”) wat deur die situasie geskep word en, in wese, 'n meerkantige toets, liefs toegepas moet word. Dit maak vir die oorweging van alle relevante faktore en die omstandighede van die bepaalde geval voorsiening. Om dus in die omstandighede van die onderhawige geval bloot op sterkte van die oudmodiese beheer- of kontroletoes tot die gevolgtrekking te geraak dat die betrokke speurder nie aan diens was nie, ontken die regsontwikkeling wat van onskatbare waarde is vir 'n komplekse geval soos die onderhawige. Soos aangedui sal word, is die benadering wat in die minderheidsuitspraak gevolg word, meer in ooreenstemming met die werklikheid.

'n Verdere rede waarom appèlregter Nugent nie daarvoor te vinde is dat die delikspleger ten tyde van sy vergryp aan diens was nie, is sy siening dat daar “no basis [bestaan] for finding that the obligations of a police officer are of a ‘continuing nature’” (503B). Hy wys daarop dat ofskoon 'n polisiebeampte wat van diens af is wel oor die magtiging (“authority”) beskik om polisiëringsbevoegdhede uit te oefen, dusdanige magtiging nie tegelykertyd impliseer dat sodanige beampte daartoe verplig is om in amptelike hoedanigheid op te tree wanneer daar 'n situasie

mag ontstaan wat polisie-optrede verg nie (503B). In die volgende paragraaf (par 45) wy die betrokke regter dan uitgebreid uit oor wat hy as die onhoudbaarheid beskou, verbonde aan 'n benadering wat 'n polisiebeampte wat nie aan diens is nie, sou verplig om polisiëringswerk te doen:

“I have no doubt that many police officers consider it their duty to exercise their police powers whenever they encounter crime and that is meritorious. But we are concerned in this case not with what is meritorious, but instead with whether they are legally obliged to do so. I can see no grounds for finding that a police officer is obliged to perform his or her ordinary functions when not on duty. Indeed, I think that the consequences of such a finding would be far-reaching indeed. Its effect would be to make the State a guarantor of good behaviour on the part of police officers at all times by virtue alone of their appointment” (503D-E).

In my ontleding van die verhoorhofse uitspraak (2011 *TSAR* 135 147) het ek die standpunt gehandhaaf dat daar wel in die huidige bestel veel meer regverdiging bestaan vir die feit “dat die staat wesentlik en vir praktiese doeleindes as 'n versekeraar optree vir die vergrype wat tot hierdie soort nadeel aanleiding gee”, as dat daar “blootstelling van lede van die algemene publiek [plaasvind] aan 'n bestel waar die enigste remedie van die slagoffer teen 'n platsak individu is”. Sonder om verder op hierdie aspek in te gaan, kom dit my egter voor of appèlregter Nugent in wese met sy motiverende argument 'n pragtige voorbeeld vir die leser bied van hoe 'n strooipop opgestel word, en dan gemaklik afgeskiet word. Ter verduideliking kan daar met 'n eenvoudige voorbeeld toeligting verskaf word. Neem enersyds die geval waar 'n polisiebeampte, A, wat nie aan diens is nie, met sy vrou in 'n restaurant sit en eet. In die restaurant vind daar vervolgens 'n gewapende roof plaas en A verkies om nie 'n vinger te verroer nie. Een van die rowers rand die restauranteienaar, B, herhaaldelik aan. Hier sou ek akkoord gaan dat nóg A, nóg die staat deliktuele aanspreeklikheid teenoor A opdoen, omdat A se late nie in die loop van sy diens plaasgevind het nie. Oorweeg egter die geval waar A wel besluit om betrokke te raak: hy is bedwee in die Oosterse gevegskuns en oorrumpel die tingerige gewapende rower, C. Nadat A vir C vasgebind het met 'n tafeldoek, onderwerp hy hom vervolgens, tot groot vermaak van die ander restaurantgaste, aan vernederende optrede: hy klap hom herhaaldelik deur die gesig, spuit verskeie male tamatiesous in sy oë en swets op hom totdat gewapende polisielede opdaag en die booswig verwyder. Dit behoeft geen betoog nie dat A, ten spyte van die feit dat hy geensins verplig was om teen B op te tree nie, homself (direk) en die staat (middellik) wel deur sy optrede aan 'n deliktuele vordering deur C blootstel. Na my oordeel is appèlregter Nugent se uitlatings *in casu* slegs op die eerste *scenario* van toepassing – dit is sy strooipop – en nie op die tweede geval nie. Die rede is eenvoudig: in laasgenoemde geval het A homself aan diens geplaas, soos die geval was met die polisiebeamptes in die *Rabie*-saak en *Minister of Safety and Security v Luiters* (2006 4 SA 160 (HHA); 2007 2 SA 106 (KH); oor die vermelde uitspraak van die hoogste hof van appèl, sien Scott 2006 *De Jure* 689). Die feitestel in die onderhawige saak kan aangepas word, ten einde 'n analogie met die vermelde voorbeeld te toon: veronderstel dat die speurder, Van Wyk, aanvanklik geweier het om vir F 'n rygeleentheid te gee, ofskoon sy selfs in gevaar mag verkeer het. Indien sy dan byvoorbeeld deur iemand anders op straat aangerand sou word, sal Van Wyk se posisie vergelykbaar wees met dié van A wat verkies het om nie betrokke te raak nie; soos die feite egter in werklikheid daar uitsien, is Van Wyk se posisie vergelykbaar met die geval waar A vir C wel in hegtenis geneem het. Hierdie gevolgtrekking bots lynreg met appèlregter Nugent se beslissing in hierdie opsig: “Mr Van Wyk did not purport to be exercising police powers in this case” (503F). Hierdie uitlating sal vervolgens van naderby ontleed word.

Daar bestaan min twyfel daaroor dat die subjektiewe bedoeling van die deliktspleger van kardinale belang is ten einde vas te stel of hy/sy in die loop van diens opgetree het – trouens, dit maak die eerste deel van die beproefde standaardtoets uit. Dit val nouliks te ontken dat die kruks van die onderhawige geval daarin geleë is om te bepaal of Van Wyk se gewraakte optrede binne die bestek van sy diens plaasgevind het. Om bloot ’n voorlopige bevinding te maak dat hy nie aan diens was nie en dan oorhoofs te bevind dat geen van sy handelinge sy werkgewer toegereken kan word nie, is selfs in die lig van appèlregter Nugent se eie benadering nie regverdigbaar nie: waarom laat hy hom dan hoegenaamd oor Van Wyk se motiewe en bedoeling uit? Mens moet hieruit logieserwys die afleiding maak dat indien hy wel sou bevind het dat Van Wyk subjektief bedoel het om homself aan diens te plaas deur die jong meisie te help, hy wel ’n bevinding van middellike aanspreeklikheid aan die kant van die staat sou gemaak het. Die uitdruklike vermelding van Van Wyk se subjektiewe bedoeling laat geen ander afleiding toe nie, as dat die regter tog, sonder om dit uitdruklik te vermeld, die standaardtoets toepas. Dit is egter welbekend dat ’n negatiewe antwoord op die eerste vraag, die tweede vraag oproep, te wete “if there is nevertheless a *sufficiently close* link between the servant’s acts for his own interests and purposes and the business of his master ...” (die *Rabie*-saak 134, my kursivering), ter vasstelling van welke noue verband regter O’Regan in die *K*-saak (436) verklaar het dat “[i]t is in answering this question that a court should consider the need to give effect to the spirit, purport and objects of the Bill of Rights”. Na my mening is dit presies in hierdie verband dat regter Bozalek se uitspraak in die hof *a quo* reg in die kol is. Dit is myns insiens onverklaarbaar hoe die meerderheid van die hof hierdie relatief eenvoudige punt misgekyk het. Soos aanstons aangedui word, is die minderheidsuitspraak van die hoogste hof van appèl ten gunste van die eiseres toe te skryf aan hul objektiewe oorweging van ’n verskeidenheid faktore wat die “sufficiently close link” tussen Van Wyk se optrede vir sy eie doeleindes, enersyds, en die “purposes and business of his master”, andersyds, bevestig het.

3.1.2 Verwerping van die risikoskeppingsargument

Appèlregter Nugent ag dit eweneens gerade om sy mening oor een van die ander aspekte van regter Bozalek se *ratio decidendi* in die hof *a quo* uit te spreek, naamlik waar daardie hof waarde daaraan geheg het dat die staat ’n risiko van benadeling van andere geskep het deur speurder Van Wyk, wat ’n strafblad weens verskeie geweldverwante misdade gehad het, in sy pos aan te stel. Die verhoorhof se uitlating in hierdie verband sien soos volg daaruit:

“Applying this to the present matter, it appears to me that when SAPS elected, notwithstanding his criminal record, to retain Van Wyk in its employ and to appoint or retain him in the responsible and less restricted role of a detective, it accepted the risk that his propensity for criminal conduct might continue and cause harm to others. Even allowing for the benefit of hindsight, I do not regard that risk as fanciful. ... In my view, where the State appoints or retains as a guardian and enforcer of the law a police officer who has a record of serious criminal misconduct, this is a consideration which, in appropriate circumstances, may be taken into account in determining the employer’s vicarious liability for the officer’s subsequent wrongful conduct” (625G-H; sien ook Scott 2011 *TSAR* 143 ev).

Soos in my bespreking van regter Bozalek se aanwending van die risikoskeppingsbeginsel aangedui (2011 *TSAR* 144), is daardie regter se oënskynlike steun op die uitspraak van hoofregter Langa in *Minister of Safety and Security v Luiters* (2007 2 SA 106 (KH) 116C) te verkies, waar die hoofregter nie bereid was

om die variasie van die standaardtoets wat in die uitspraak van regter O'Regan in die *K*-saak ontwikkel is, ten gunste van die staat te verslap in die geval waar 'n geregsdienaar 'n delik pleeg nadat hy homself vrywillig aan diens geplaas het nie.

Appèlregter Nugent verwerp uitdruklik hierdie aanwending van risikoskepping as 'n bykomstige grond vir aanspreeklikheid (503H-504B), met 'n beroep op die uitspraak van die appèlafdeling in *Minister of Law and Order v Ngobo* (1992 4 SA 822 (A) 831G) waarin risikoskepping bloot as die agterliggende *ratio* vir die bestaan van middellike aanspreeklikheid aangedui word en daar ontken word dat dit daarbenevens enige rol te vervul het in die vasstelling van 'n werkgever se moontlike middellike aanspreeklikheid. Benewens 'n enkele opmerking dat hierdie sogenaamde onderskeid tussen 'n reël en die agterliggende *ratio* vir die reël na my mening nog nooit in besonderhede uitgepluis is nie en die regsgevoel allermins bevredig, is dit noemenswaardig dat die regter hier op 'n vorige beslissing van sy eie hof steun, waar die aanwending van grondwetlike beginsels nie so prominent gefigureer het nie. Soos in my beoordeling van regter Bozalek se uitspraak beklemtoon (2011 *TSAR* 144 *in fine*), is die meer grondwetlike benadering deur die konstitusionele hof in die *Luiters*-saak te verkies bo 'n 19 jaar-oue presedent van die appèlafdeling en kan die verhoorregter se "indirect support" (625I van die hof *a quo* se uitspraak) vanuit die *Luiters*-saak om sy sterk standpunt ten gunste van die risikoskeppingsargument te steun, ten volle ondersteun word. (Sien verder die sterk argumente, ondersteun deur gesag uit die regspraak, van Neethling 2011 *TSAR* 186 190-191 ten gunste van die risikoskeppingsbenadering in gevalle waar werknemers opsetsdelikte pleeg.)

Appèlregter Nugent sluit sy evaluasie van die risikoskeppingsbenadering soos volg af:

"If the State ought indeed not to have retained Mr Van Wyk in its employ because he had been convicted of crimes, and its breach of its duty in that regard was causally connected to the offence, then I think that might render the State directly liable for breach of its own duty. But I cannot see how it is material to determining whether it is vicariously liable" (504B).

Wat hier onomwonde verklaar word, is dat die staat moontlik direkte deliktuele aanspreeklikheid vir 'n delik kan opdoen waar die staat self die dader is. Dit noop 'n bondige evaluasie van sodanige standpunt.

'n Oomblik se nadenke toon dat die staat as sodanig nie kan handel nie, dog dat enige aanspreeklikheid aan staatskant noodwendig middellik van aard moet wees, want staatshandelinge word deur werknemers uitgevoer. Dit blyk duidelik uit artikel 1 van die Wet op Staatsaanspreeklikheid 20 van 1957 wat lui:

"Enige eis teen die Staat wat, indien daardie eis teen 'n persoon ontstaan het, 'n grond van aksie in 'n bevoegde hof sou uitmaak, is deur daardie hof beregbaar, hetsy die eis ontstaan uit 'n kontrak wat wettiglik namens die Staat aangegaan is of uit 'n onregmatige daad wat deur 'n dienaar van die Staat handelende in sy hoedanigheid en binne die omvang van sy bevoegdheid as so 'n dienaar, verrig is." (Vgl Burchell *Principles of Delict* (1993) 222; McQuoid-Mason 186 ev.)

Dit is ondenkbaar dat appèlregter Nugent hier te kenne wil gee dat die minister van veiligheid en sekuriteit in persoonlike hoedanigheid vir deliktuele skadevergoeding aanspreeklikheid sou kon opdoen. 'n Mens kan jou dus met reg afvra wat bovermelde aanhaling wil tuisbring. Myns insiens slaan dit op niks anders nie as die een of ander *voorafgaande* optrede van 'n staatsamptenaar of -amptenare wat byvoorbeeld vir 'n delikspleger-polisiebeampte se aanstelling verantwoordelik is wat in wese dus steeds op middellike aanspreeklikheid neerkom. Om van enige lid van die publiek wat so benadeel is, te ver wag om 'n paslike eisoorzaak te gaan soek in die doolhof van die staatsadministrasie wat vir polisie-aanstellings verantwoordelik is en om

dan 'n primêre dader op te spoor wat aan al die delikselemente voldoen ten einde die minister (die staat) middellik aanspreeklik te stel, is om prakties gesproke van sodanige voornemende litigant die onmoontlike te verwag. Die gerieflike argument dat mens eerder na “direkte”, in teenstelling met “middellike” aanspreeklikheid moet kyk, kelder derhalwe in werklikheid enige redelike vooruitsig op sukses aan die kant van 'n litigant soos F uit die staanspoor en is om daardie rede alleen onaanvaarbaar. Myns insiens word hierdie aspek heeltemal oor die hoof gesien deur diegene wat so krities oor die uitbreiding van middellike aanspreeklikheid staan. Dat appèlregter Nugent hier beïnvloed is deur die vermelde bydrae van Wagener waar hy in sy felle kritiek op die *K*-saak beweer dat dit in daardie saak eerder om persoonlike staatsaanspreeklikheid sou gaan, blyk uit die feit dat hy Wagener se bydrae as “insightful commentary” beoordeel (499D). Die appèlregter is eweneens vol lof vir Du Bois se bydrae (“State liability in South Africa: a constitutional remix” 2010 *Tulane European & Civil Law Forum* 139) wat hy as “an illuminating article” bestempel (499G). Du Bois maak onder andere die verbasingwekkende stelling dat staatsaanspreeklikheid in Suid-Afrika in die resente uitsprake van die hoogste hof van appèl in *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* (2002 6 SA 431 (HHA)), *Van Eeden v Minister of Safety and Security (Women’s Legal Centre Trust as Amicus Curiae)* (2003 1 SA 389 (HHA)), *Minister of Safety and Security v Hamilton* (2004 2 SA 216 (HHA)) en *Minister of Safety and Security v Carmichele* (2004 3 SA 305 (HHA), 2004 2 BCLR 133 (HHA), 2004 All SA 565 (HHA)) nie langer beoordeel word ingevolge die tradisionele middellike aanspreeklikheidsparadigma van die gemeenereg nie, dog eerder “à la civilian systems, as a form of direct liability arising from an organisational failure or *faute de service*”. Sou hierdie wye stelling enige meriete hê, is dit na my mening in werklikheid 'n ernstige aanklag teen die benadering van die hoogste hof van appèl in hierdie tipe gevalle, want dit behoef geen ernstige betoog dat die nuutste beslissings van die konstitusionele hof geensins 'n afleiding regverdig dat daar wegbeweeg word van die gemeenregtelike reëls van middellike aanspreeklikheid nie. Trouens, in die *K*-saak is daar met groot moeite voortgebou op die verfyning van die standaardtoets ter beantwoording van die vraag of 'n werknemer tydens delikspleging in die loop van sy of haar diens gehandel het, al dan nie. My gevolgtrekking uit sy behandeling van die literatuur om hierdie aspek is onwillekeurig dat appèlregter Nugent hom in sy diepste wese nie met die beslissing in die *K*-saak (en, gevolglik, met dié van die verhoorhof in die *F*-saak) kan vereenselwig nie.

Hieronder word aangedui hoe daar in die nuutste regspraak in Engeland en Kanada juis steun vir die risikoskeppingsbenadering uitgespreek word (sien § 3.1.3.1).

3.1.3 *Obiter dicta* aangaande die problematiese vereiste vir middellike aanspreeklikheid

3.1.3.1 Verwysings na vreemde regspraak

In die meerderheidsuitspraak word veel aandag bestee aan die vereiste dat 'n werknemer in die loop van sy of haar diens moes gehandel het ten einde sy of haar werkgewer middellik aanspreeklik te stel (492F ev). In die lig van die hof se bevinding dat die betrokke speurder ten tyde van die delikspleging nie aan diens was nie, is hierdie behandeling *obiter*. Enkele aspekte van die uitspraak in hierdie verband regverdig egter bondige kommentaar.

Eerstens kritiseer appèlregter Nugent die verhoorhof se aanwending van die risikoskeppingsbenadering, waarna reeds verwys is (sien § 3.1.2 hierbo). Sy ondersoek lei hom dan na 'n oorsig van drie redelik resente sake in die “common law”-

stelsel, te wete *Bazley v Curry* (1999 174 DLR (4th) 45) en *Jacobi v Griffiths* (1999 174 DLR (4th) 71) wat beslissings van die Kanadese hoë hof is, en *Lister v Heselley Hall Ltd* (1 AC 215 (HL)), 'n beslissing van die Britse *house of lords*.

In die *Bazley*-saak is 'n stigting wat behandelingsgeriewe vir emosioneel versteurde kinders verskaf het, middellik aanspreeklik gehou vir die seksuele mishandeling van kinders deur een van die stigting se werknemers. Die hof verskaf in sy uitspraak steun aan die standpunt wat risikoskepping deur die werkgewer as 'n belangrike faktor ter bepaling van werkgewersaanspreeklikheid aanmerk. Hierdie deel van die uitspraak (par 37) word inderdaad deur appèlregter Nugent aangehaal: "Underlying the cases holding employers vicariously liable for the unauthorized acts of the employees is the idea that employers may justly be held liable *where the act falls within the ambit of the risk that the employer's enterprise creates or exacerbates*" (496C, my kursivering). Dit val vreemd op dat die hof, in die lig van sy houding oor die ontoepaslikheid van die risikoskeppingsbenadering, nie sy behandeling van hierdie beslissing afsluit met paslike kommentaar nie. Veel later in die uitspraak word bloot in hakies verklaar: "(although the idea is far from dead, as appears from the foreign cases I have referred to)" (503I). Na my oordeel heg die regter veels te min waarde aan die vreemde sake waarin risikoskepping as faktor beklemtoon word.

In die *Jacobi*-saak het 'n werknemer van 'n kinderklub lede van die klub na sy huis gelok waar hy hulle seksueel gemolesteer het terwyl hy nie aan diens was nie. Ofskoon die hof die klub nie middellik aanspreeklik gehou het nie, beklemtoon hy egter die relevansie van die risikoskeppingsbenadering (par 79) in 'n sin wat ook deur appèlregter Nugent aangehaal word: "To find a strong connection, ... there must be a material increase in the risk of harm occurring in the sense that the employment significantly contributed to the occurrence of the harm" (496G). Weer eens rep die hof geen woord oor hoe hierdie aanhaling met sy eie standpunt te rym is nie (behalwe later, soos pas aangedui).

In die *Lister*-saak is die eienaar-bestuurder van 'n skoolkoshuis middellik aanspreeklik gehou weens die herhaalde seksuele aanrandings van kosgangers deur die koshuisvader. Lord Steyn se veelseggende woorde oor die korrekte benadering ten opsigte van middellike aanspreeklikheid, waar daar van die gevestigde "Salmond test" (ten aansien waarvan, sien *Salmond and Heuston on the Law of Torts* (1996) 443; *Clerk and Lindsell on Torts* (2006) 6-26) afgewyk is (par 20), word insgelyks deur die hof aangehaal, waarvan die volgende twee sinne myns insiens uitermate rigtinggewend is vir die korrekte oplossing van die *F*-saak:

"It becomes possible to consider the question of vicarious liability on the basis that the employer undertook to care for the boys through the services of the warden and that there is a very close connection between the torts of the warden and his employment. After all, they were committed in the time and on the premises of the employers while the warden was also busy caring for the children" (497B).

Weer eens laat die hof na om enige mening oor die relevansie van hierdie aanhaling uit te spreek. Wat wel in gedagte gehou moet word, is appèlregter Nugent se gunstige verwysing na Wagener se artikel (waaruit ek 'n vereenselwiging met die inhoud daarvan wil aflei), in welke artikel die skrywer dit betreur dat regter O'Regan in die *K*-saak onder andere gunstig na die *Lister*-saak verwys het en hom trouens skerp teen die benadering van die Engelse hof uitspreek (678) deur te verwys na "the basic conceptual error running through each of their Lordships' speeches: that the employer was to be held *vicariously* liable because it had entrusted the duty that it owed to the claimants, to its employee, which he had subsequently breached". 'n

Mens sou dus die afleiding kon maak dat die meerderheid van die hof nie met die *Lister*-beslissing akkoord gaan nie, maar dan sou ten minste verwag kon word dat die hof iets meer kwytraak. Dit val op dat die nuutste uitgawe van die gesaghebbendste Engelse handboek oor die deliktereg, te wete *Clerk and Lindsell on Torts* (sien by 6-26), geen soortgelyke kritiek as Wagener huldig nie en dat hierdie beslissing nougeset nagevolg word (sien die bespreking direk hierna).

Die benadering wat in die *Lister*-saak gevestig is, word in die nuutste gerapporteerde Britse beslissing streng toegepas. In *Maga v The Trustees of the Birmingham Archdiocese of the Roman Catholic Church* (2010 EWCA Civ 256) het die *England and Wales court of appeal* 'n Rooms-Katolieke bisdom middellik aanspreeklik gehou weens die seksuele molestering van 'n kind wat nie eens 'n altaarknaap of gemeentelid was, of selfs aan die Rooms-Katolieke kerk behoort het nie. Die eiser het die priester die eerste maal ontmoet toe hy dié kerklike ampsdraer se sportmotor staan en bewonder het. Die priester wat onder opdrag van sy kerk gestaan het om evangelisasiewerk onder die jeug te doen – wat nie-Katolieke ingesluit het – het die jongman uitgenooi na sekere van die sosiale funksies wat hy gereël het. Geleidelik het hy die seun se vertroue gewen en hom mettertyd by sy kerklike woonkwartiere, maar ook op persele daarbuite, seksueel begin misbruik. Die omstandighede van die geval is deur lord Neuberger as voldoende beskou om die verweerder middellik aanspreeklik te bevind: “I consider that, on the facts of this case, the test laid down by Lord Steyn in *Lister* ... is satisfied. Father Clonan’s sexual abuse of the claimant was ‘so closely connected with his employment’ as a priest at the Church ‘that it would be fair and just to hold the [Archdiocese] vicariously liable’” (par 55).

Dat die hof in hierdie geval bereid was om die vereiste vir middellike aanspreeklikheid uit die onderhawige gebeure te konstrueer, verskaf 'n aanduiding van 'n bereidwilligheid om billikheid en regverdigheid te laat seëvier. Die hof gebruik die woorde “fair and just” – wat in Suid-Afrikaanse konteks beslis geassosieer kon word met die begrippe “gees, strekking en oogmerke van die handves van regte”, soos dit in artikel 39(2) van die grondwet verwoord word.

In 'n heel onlangse kommentaar op die *Maga*-saak tydens 'n voordrag gehou op 29 April 2011 by die *10th Annual Conference on European Tort Law* in Wenen, Oostenryk (gesamentlik gereël deur die *European Centre of Tort and Insurance Law* en die *Institute for European Tort Law*), het Morris wat die jaarorsig van regsontwikkeling in Engeland en Wallis aangebied het, haar hele voordrag gewy aan die *Maga*-saak en opsommenderwys tot die gevolgtrekking gekom:

“Unsurprisingly, the decision has provoked mixed reactions, with one commentator describing it as ‘surely correct’ and another calling it ‘generous’. In addition, the case has been criticised for failing to clarify how the ‘close connection’ test from *Lister* should be applied. The Lords in *Lister* took different approaches to the issue, as did the judges in *Maga*, even though they all agreed with each other’s judgments. One approach is to look whether sexual abuse is so inextricably woven with the employee’s duties as to make it fair and just to impose vicarious liability on the employer. Another is to examine the nature of the relationship between the employer and the claimant. Another still is to look at whether the risk of sexual abuse was reasonably incidental to the employee’s employment.

For the moment, it seems that the ‘close connection’ test can be satisfied in a number of different ways. The value of searching for a clearer, more defined approach is, in any event, questionable. Decisions in such cases are highly fact sensitive, often instinctual and, as Cane notes, ‘irreducibly pragmatic’” (opsomming van haar ongepubliseerde voordrag opgeneem in die kongresprogram 20).

Dit blyk hieruit heel duidelik dat dit nie slegs in Suid-Afrika is waar die kwessie van die omvang van werkgewersaanspreeklikheid vir die opsetsdelikte van werknemers stof tot nadenke bied nie. Wat egter opval, is die bereidwilligheid van veral die

Engelse howe om na oplossings te soek wat die billikheidsgevoel bevredig, sonder om verstrengel te raak in hoogs regstegniese argumentasie wat geen ag slaan op die eise van die redelikheid en billikheid, of van grondwetlike imperatiewe, wat sowel die betrokke benadeelde party, as die breë gemeenskap betref nie. Die meerderheid van die hof sou na my oordeel 'n genaakbaarder houding teenoor die respondent ingeslaan het, indien hulle eerder eerstehands van die vermelde buitelandse regspraak kennisgeneem en dit as navolgingswaardig beskou het.

3.1.3.2 Verdere *obiter dicta* aangaande die aard van die delikpleger se optrede

In die loop van sy uitspraak voel appèlregter Nugent hom geroepe om as 't ware 'n interpretasie te verskaf van die uitspraak van regter O'Regan in die *K*-saak:

“There are three observations to make in relation to those findings. The first is that the court found that both the State and the policemen personally were under a duty to protect K, and that they omitted to fulfil those duties. It follows that in acting as they did the policemen committed two separate delicts – one was their positive delictual act of assaulting K, and the other was their delictual omission in failing to protect her. The second observation is that I think the inference is clear ... that the delict for which the State was held liable was not the positive acts of the policemen – for otherwise their omissions would have been immaterial – but instead their delictual omissions. And the third observation is that the conclusion in that case was expressly founded upon vicarious liability for the delicts of the policemen – and not upon direct liability of the State – from which it follows that the policemen must have been considered to be personally liable for their omissions (for otherwise there would have been no scope for vicarious liability)” (498H-499C).

Die eerste opmerking bevat in wese twee stellings, te wete dat sowel die staat as afsonderlike polisiebeamptes onder 'n verpligting verkeer teenoor lede van die publiek, soos K of F en, tweedens, dat die polisie-optrede in K se geval twee delikte daarstel, te wete in die vorm van 'n positiewe dadigheid en 'n late.

Wat die eerste gedeelte van die opmerking betref, is dit inderdaad so dat daar in die *K*-saak gewag gemaak word van die staat se algemene plig ingevolge artikel 7(2) van die grondwet om die regte in die handves van die handves van regte (waaronder regte soos die reg op vryheid en sekerheid van die persoon, en op die liggaamlike en psigiese integriteit) te eerbiedig, asook om ingevolge artikel 205(3) deur middel van die Suid-Afrikaanse Polisie diens verantwoordelikheid te aanvaar om misdaad te voorkom, te bestry en te ondersoek, die openbare orde te bewaar, die inwoners van Suid-Afrika en hul eiendom te beskerm en te beveilig en die reg te handhaaf en toe te pas. Ek dink nie dat daardie grondwetlike bepalings 'n versuim van die staat (om bv a 205(3) na te kom, deur bv onbekwame polisiebeamptes aan te stel) dermate etiketteer dat dit noodwendig daarop neerkom dat sodanige versuim die staat sonder meer “persoonlik” aanspreeklik stel nie. Soos vroeër daarop gewys (sien § 3.1.2 hierbo), is “persoonlike” staatsaanspreeklikheid in dergelike omstandighede kwalik moontlik. Myns insiens verwoord die vermelde soort artikels in die grondwet eerder die breë grondslag wat as algemene riglyn moet dien wanneer daar byvoorbeeld oor die redelikheid en billikheid van iets soos polisie-optrede beslis moet word.

Die tweede gedeelte van die opmerking kan egter bevraagteken word. Dit is myns insiens geforseerd om een en dieselfde handeling (aanranding of verkragting) as “two separate delicts” aan te merk, want dit sou noodwendig beteken dat 'n delikspleger-geregsdienaer soos in die onderhawige geval, twee vorderings vir dieselfde skadebedrag op grond van dieselfde *gedraging* in die gesig staar, wat uiteraard logieserwys onaanvaarbaar is. Wat die regter waarskynlik probeer tuisbring, is dat een en dieselfde gedraging vir verskillende doeleindes hetsy as

'n positiewe dadigheid, hetsy as 'n late aangemerkt kan word. Skrywers soos Van der Walt en Midgley (65-66) wys daarop dat “[m]any ‘omissions’ are ... merely indications of legally deficient positive conduct” en maak dan daaruit die afleiding dat die “mere fact that linguistic alternatives enable us to describe the positive conduct in a negative way ... is legally irrelevant in the determination of the nature of the conduct”. By 'n aantekening oor die uitspraak van regter O'Regan in die *K*-saak het ek egter na aanleiding hiervan die waarde verbonde aan die tipering van een en dieselfde optrede as hetsy 'n doen of 'n late soos volg verwoord:

“[I]f it [te wete die delikspleger se gedraging] is to lay a basis for the personal liability of a defendant, one could on logical grounds assert that it is meaningless to describe the conduct as a simultaneous commission and omission; however, if it is to lay the basis for the defendant's vicarious liability, then there is indeed a necessity to be able to see the same conduct as being both a positive act and an omission” (2006 *De Jure* 471 478).

Daar word aan die hand gedoen dat dit inderdaad die gedagte is wat appèlregter Nugent wou tuisbring, maar dit beteken allermins dat dieselfde gedraging as twee afsonderlike delikte aangemerkt moet word. Steun vir my standpunt blyk uit die regter se tweede stelling waar hy konstateer dat die staat vir die polisie se laes aanspreeklik is en nie vir hul positiewe handelinge nie. Dit is niks anders nie as om “linguistic alternatives” aan te wend “to describe the positive conduct in a negative way”, bloot ten einde die relevante gedraging as polisie-optrede te kan tipeer, wat die masjien van middellike aanspreeklikheid kan aktiveer. Uiteraard is aanranding of verkragting nie 'n “polisiëringstaak” wat 'n polisiebeampte in die loop van sy diens kan beoefen nie, maar die *versuim* om sy plig as polisiebeampte na te kom, bring sy optrede binne die trefwydte van die werkgewer (die staat, verteenwoordig deur die betrokke minister) se middellike aanspreeklikheid. In hierdie opsig is daar dus nie 'n verskil te tref tussen 'n verkragtingsgeval deur 'n polisieman en 'n blote versuim deur 'n geregsdienaar om byvoorbeeld 'n kind te probeer red wat in 'n visdam geval het nie.

Waar appèlregter Nugent derdens die stelling maak dat dit in die onderhawige geval om middellike aanspreeklikheid gegaan het, vermeld hy maar net dit wat voor die hand liggend is. Om dan as vereiste te stel dat die betrokke polisiemane “must have been considered to be personally liable for their omissions (for otherwise there would have been no scope for vicarious liability”); sien ook sy latere stellings op 502B), wys egter daarop dat die regter se argument die slagoffer geword het van sy aanvanklike stelling dat dieselfde gedraging van polisiebeamptes in werklikheid twee afsonderlike delikte uitmaak. In werklikheid is hulle persoonlik aanspreeklik vir die *verkragting* (enkel en alleen) wat hul gepleeg het. Om dit as 'n *omissio*, wat *hul eie persoonlike aanspreeklikheid betref*, aan te merk, is – op z'n Hollands gesê – al te gek!

3.2 Die minderheidsuitspraak

Die minderheidsuitspraak wat deur appèlregter Maya gelewer word, is uitsluitlik op die mees pertinente vraag gefokus, naamlik of die betrokke speurder, Van Wyk, ten tyde van sy pleging van die delikte aan diens was. Nadat die betrokke feite onder die loep geneem is, kom die regter tot die slotsom dat Van Wyk inderdaad aan diens was en aldus deur sy vergrype die staat middellik aanspreeklik gestel het.

Appèlregter Maya isoleer eers sekere feite wat sy as toepaslik beskou, voordat sy haar ontleding van die regsposisie weergee. Uit F se eie getuienis stip sy die volgende aan (505D-F): (a) F het die aanvanklike rygeleentheid aanvaar omdat sy

een van die ander passasiers daarin as 'n familiëvriend herken het; (b) sy het die voertuig as 'n polisievoertuig geëien, omdat sy geweet het dat die radio daarin 'n polisie-radio was; (c) tydens haar aanvanklike rit het sy polisie-dossiere in die motor gewaar; (d) Van Wyk se mededeling aan haar dat hy 'n privaatspeurder was, is deur haar vertolk as 'n aanduiding dat hy 'n polisiebeampte was (506D); en (e) voordat sy die tweede maal in die motor geklim het (nadat sy aanvanklik probeer vlug het), het Van Wyk haar uitdruklik verseker dat hy haar huis toe sou neem. Vervolgens ondersoek sy, soos haar kollega in die meerderheidsuitspraak, die aard van bystandsdiens (505G-506C). Later herhaal die regter ook puntsgewys die feitelike faktore wat in die verhoorhof as toepaslik beskou is om Van Wyk se optrede as polisie-optrede te tipeer (507H-508B), naamlik: (a) dat Van Wyk 'n amptelike polisiemotor gebruik het om die gewraakte delik te pleeg; (b) F ten minste voordat sy die tweede maal by sy voertuig ingeklim het, geweet het dat hy 'n polisieman is; (c) die aard van Van Wyk se aangebode bystand aan haar strook met die normale pligte van 'n polisiebeampte, hetsy hy aan diens is, al dan nie. Appèlregter Maya verwys daarbenewens na die feit dat die verhoorhof aansienlike waarde geheg het aan 'n bevinding dat Van Wyk se gewraakte optrede tydens sy bystandsdiens plaasgevind het. Wat laasgenoemde punt betref, oordeel die regter, net soos haar ampsbroeder wat die meerderheidsuitspraak gegee het, dat daar geen algemene regsplig op lede van die polisie diens rus om lede van die publiek te beskerm of misdaad te voorkom nie (508C). Dat ook haar opmerkings in hierdie verband *obiter* is, blyk egter uit haar belangrike bevinding, waarin sy die rigting wat deur hoofregter Langa in die *Luiters*-saak bevestig is, ten aansien van die bystandsdienskwessie volg:

“Neither do I attach any significance to the fact that Van Wyk was on standby duty. ... It is well to bear in mind in the latter regard that for purposes of vicarious liability, there is no distinction between on-duty police officers and those who are off duty but place themselves on official duty; they are in the same legal position” (508C-D).

Vervolgens pas appèlregter Maya in die lig van haar bevinding dat Van Wyk homself aan diens geplaas het, die standaardtoets toe om vas te stel of sy gewraakte optrede in diensverband plaasgevind het (508E *ev*). Haar bevinding dat die eerste, subjektiewe gedeelte van die toets daarop dui dat Van Wyk nie op die toepaslike oomblik polisieëringwerk gedoen het nie, is uiteraard te verwagte – dit stem ooreen met die bevinding van die meerderheid van die hof. Sonder om enigsins oor die streng juridiese aard van Van Wyk se gewraakte gedraging te besin, wend die regter dan die tweede, objektiewe been van die toets aan, naamlik om te ondersoek of daar 'n genoegsame “close link between his acts for his own personal gratification and the State’s business” is (508E). Hieroor beslis sy uiteindelik dat die vereiste noue band tussen die gewraakte optrede en Van Wyk se polisieëringfunksies wel bestaan. In haar motivering word groot waarde aan veral die volgende geheg: (a) die feit dat hy homself aan diens gestel het, deur F die rygeleenthede aan te bied (508D, 509H, 510A); (b) die feit dat Van Wyk volgens haar ontleding van die feite (wat verskil van dié van ar Nugent) nie probeer het om die feit dat hy 'n polisieman was, te verberg nie (508F) en hom trouens in soveel woorde as 'n speurder voorgehou het (508H-I); (c) die feit dat F wel bewus was van die feit dat Van Wyk 'n polisieman was toe sy 'n tweede maal in sy voertuig geklim het en sodoende sy geveinsde bystand aanvaar het (509A); en (d) die feit dat Van Wyk 'n strafblad gehad het (510H).

Ofskoon die regter dit nie uitdruklik as 'n faktor vermeld nie, word daar aan die hand gedoen dat daar 'n verdere relevante oorweging bestaan, naamlik dat Van Wyk vir F na sy vergrype met sy polisievoertuig tuis besorg het (490J), welke optrede

beslis strook met dié van 'n polisiebeampte en nie met dié van 'n gewone verkragter nie.

Dit is myns insiens duidelik dat appèlregter Maya die grootste waarde aan (c) hierbo heg, want sy wend dit aan om aan haar uitspraak 'n konstitusionele kleur te verleen ten einde dit in ooreenstemming met regter O'Regan se uitspraak in die *K*-saak te bring. Daarvan haal sy twee gedeeltes aan (509D-F), naamlik dié waarin regter O'Regan groot waarde heg aan die feit dat die delikspleger-polisiemanne die slagoffer hulp aangebied het en polisie-uniforms gedra het (443G-H), asook dat “the opportunity to commit the crime would not have arisen but for the trust [K] placed in them because they were policemen, a trust which harmonises with the constitutional mandate of the police and the need to ensure that mandate is successfully fulfilled” (445D). Sy pas die vermelde gesag soos volg toe, ten einde die staat se appèl van die hand te wys:

“It seems to me that if the purpose of a police uniform is to enable members of the public who need assistance to readily identify the police, then, by parity of reasoning, the same must apply to a marked police vehicle. But in this case, it did not matter that Van Wyk wore plain clothes and drove a vehicle which did not bear police insignia. He practically identified himself as a police officer and F placed her trust in him for that reason, a result which he most likely anticipated” (509F-G).

“In *K* the Constitutional Court exhorted our courts to take account of the importance of the constitutional role entrusted to the police and the importance of nurturing the confidence and trust of the community in the police in order to ensure that their role is successfully performed” (510G).

Wat hierdie minderheidsuitspraak grondliggend van die meerderheidsuitspraak onderskei, is appèlregter Maya se bereidwilligheid om die volle implikasies van die uitspraak van regter O'Regan in die *K*-saak te aanvaar en op eenvoudige wyse op die feite toe te pas.

Ten slotte verdien nog een punt van die minderheidsuitspraak vermelding, naamlik 'n verwysing na die “erroneous elevation by the court below of the apparent risk of harm created by the Minister, in keeping a police officer of Van Wyk’s questionable calibre in the police force, to an element of the vicarious-liability rule” (510E). Ofskoon appèlregter Maya hierdie stelling sonder meer maak, kan 'n mens aanvaar dat sy dit doen met verwysing na die gesag wat appèlregter Nugent vir dieselfde standpunt opgegee het (sien die bespreking onder 3.1.2 hierbo). Dit is egter ironies dat sy tog blyk waarde aan hierdie risikoskepping te heg *vir doeleindes van middel-like aanspreeklikheid*, want om welke ander rede sou sy dan haar uitspraak afsluit met die volgende woorde: “I find it inimical to these objectives that our police force would, seemingly as a matter of course, have within its rank police officers who have repeatedly committed serious crimes” (510H)?

4 Slot

Op 4 Augustus 2011 het die konstitusionele hof uitspraak voorbehou in F se appèl teen die bevinding van die hoogste hof van appèl. Die hoop word uitgespreek dat die geskiedenis van die *Carmichele*- en *K*-sake hom hier sal herhaal en dat die appèl sal slaag.

Ofskoon die minderheidsuitspraak van appèlregter Maya in 'n sin veel minder om die lyf het as dié van appèlregter Nugent in sy meerderheidsuitspraak, is die minderheidsuitspraak te verkies, eenvoudig omdat dit in navolging van die *K*-saak gestalte aan die grondwetlike imperatiewe ten aansien van die beskerming van weerlose vroue en kinders gee. Indien die uitgebreide en meer beredeneerde meerderheidsuit-

spraak van appèlregter Nugent nugter betrag word, tref dit die leser dat dit net sowel in die pre-konstitusionele era gelewer kon wees: daar is nie eens 'n enkele beroep op die grondwetlike beginsels wat in die *Carmichele*- en *K*-sake gefigureer het nie. Bloot wat hierdie aspek betref, is die hoogste hof van appèl se meerderheidsuitspraak 'n retrogressiewe stap in 'n andersins lofwaardige en gesonde regsontwikkeling wat die grondwetlike regte van verkragte en aangerande vroue en kinders betref.

Ten slotte verdien ook die haglike toestand waarin die moderne Suid-Afrikaanse Polisie diens verkeer, vermelding. Luidens onlangse beriggewing (*Legalbrief Today* (10-08-2011)) is daar sedert 1 Januarie nie minder nie as 768 strafregtelike aanklagte aanhangig gemaak teen polisielede weens moord, verkragting en aanranding. Dit is 'n growwe aanklag teen die aanstellingsbeleid van die Suid-Afrikaanse Polisie diens. 'n Mens kan nouliks ontken dat die aanstelling van soveel oortreders (want al word net die helfte van die aangeklaagdes skuldig bevind, bly die getal steeds skokkend) op grootskaalse risikoskepping vir die publiek neerkom. Soos hierbo vermeld, was al die regters in die onderhawige uitspraak gekant teen die risikoskeppingsbenadering by middellike aanspreeklikheid – uiteraard op sterkte van vroeëre appèlhofuitsprake te dien effekte. Tog het hierdie faktor, soos pas aangedui is (§ 3.2 *in fine*), wél 'n rol gespeel in die minderheidsbevinding. Die moderne Engelse en Kanadese sake pas die risikoskeppingsbenadering wel met vrug toe (sien § 3.1.3.1 hierbo). Het die tyd nie aangebreek dat die *ratio decidendi* in uitsprake soos *Minister of Law and Order v Ngobo* heroorweeg moet word nie? Soos hierbo aangedui, oortuig die argument in daardie saak nie in alle opsigte nie. (Sien bv Neethling (2007 *THRHR* 527) se soortgelyke pleidooie aan die hand van sekere uitsprake waarin risikoskepping wel vir doeleindes van middellike aanspreeklikheid as faktor oorweeg en aangewend is.)

JOHAN SCOTT
Universiteit van Pretoria