

Vonnisbespreking: Onregmatige arrestasie en daaropvolgende gevangenhouding: die kousaliteitskwessie

**De Klerk v Minister of Police [2018] 2 All SA 597 (HHA);
2018 2 SACR 28 (HHA)**

Johann Neethling

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat

Abstract

Unlawful arrest and subsequent detention: the issue of causation

The central question in *De Klerk* was whether the police who unlawfully arrested the plaintiff can also be liable for his further detention. In this regard a distinction should be made between unlawful arrest and unlawful detention as two independent *iniuriae*. As a rule arrest is the task of the police and to be lawful it must satisfy certain requirements. For present purposes the most important is to bring the arrestee before a court as soon as reasonably possible, but at least within 48 hours. The onus is then on the court, taking into account constitutional principles, to decide whether the arrestee should be released (on bail) or whether he should be detained pending trial. If this discretion is not properly exercised by the court, the further detention would be unlawful.

In *De Klerk* the court held that the unlawful arrest and the subsequent unlawful detention should be clearly distinguished. The police are liable only for the arrest and the two hours' detention before the plaintiff was brought before the court. For the further detention of seven days in the Johannesburg prison, the justice department (magistrate and prosecutor) would be responsible and liable because of the court's failure to exercise its discretion properly by not observing the constitutional principles involved. According to this approach two independent *iniuriae* have therefore been committed against the plaintiff, and he may claim satisfaction for each based on the infringement of his bodily freedom. Fault on the part of the state is not a requirement for liability.

On the other hand there is the approach of the minority judgment in *De Klerk* that if, on the basis of general delictual principles, there is a (factual and legal) causal connection between

the unlawful arrest and the subsequent (unlawful) detention, the police can also be held liable for the latter. While the question as to factual causation is generally unproblematic since the further detention did flow from the arrest, the question as to legal causation is a policy matter where a flexible yardstick is applied. Here it should be established whether there was a close enough relationship between the arrest and the further detention that the latter can be imputed to the police in view of policy considerations based on reasonableness, fairness and justice. Existing criteria for legal causation such as direct consequences and reasonable foreseeability may play an important role in the application of the flexible approach, but they are not necessarily decisive. As a result the fact that a court may, after a deliberative or considered judicial process, decide that the arrestee should be detained pending trial, can break the legal causal connection even though the further detention was reasonably foreseeable and a direct consequence of the arrest. The further detention is not considered to be a *novus actus interveniens* if it was reasonably foreseeable. In the absence of a deliberative process in *De Klerk*, the minority found that the police should also be liable for the further detention of the plaintiff.

The conclusion is therefore that in circumstances such as *in casu, de lege lata* a plaintiff should claim on the basis of two independent *iniuriae* (unlawful arrest and unlawful detention) in order to recover satisfaction for the full length of his or her detention. This means that the plaintiff in *De Klerk* will have to institute a second claim on the basis of unlawful detention for the further detention. However, *de lege ferenda* a plaintiff should be able to recover on the basis of unlawful arrest only full satisfaction also for the further detention merely through application of the general principles of the law of delict, especially those relating to legal causation. It is submitted that the latter approach would probably constitute a simpler way of attaining the desired result.

Keywords: *actio iniuriarum*; direct consequences; factual causation; flexible approach; legal causation; malicious arrest; reasonable foreseeability; strict liability; unlawful arrest; unlawful detention

Trefwoorde: *actio iniuriarum*; direkte gevolge (*direct consequences*); feitelike kousaliteit; juridiese kousaliteit; kwaadwillige arrestasie; onregmatige arrestasie; onregmatige gevangehouding; redelike voorsienbaarheid; soepel benadering; strikte aanspreeklikheid

1. Inleiding

Die feite in *De Klerk* is kortliks soos volg. Die eiser is gearresteer weens 'n klag van aanranding met die doel om ernstig te beseer, en verskyn dieselfde dag voor die hof. Hy word na die Johannesburg-gevangenis verwys vir aanhouding totdat hy 7 dae later vrygelaat word nadat die klaer sy klag teruggetrek het. Die eiser stel 'n eis weens onregmatige arrestasie en gevangehouding (asook kwaadwillige vervolging wat later laat vaar is) teen die Minister van Polisie in. Die eis word in die hooggeregshof van die hand gewys en dien nou voor die Hoogste Hof van Appèl. Die hof (by monde van wnd AP Shongwe) beslis (parr 5–12) dat die arrestasie van die eiser sonder 'n lasbrief onregmatig was hoofsaaklik omdat aanranding met die doel om ernstig te beseer nie in die Eerste Bylaag van die Strafproseswet 51 van 1977

vermeld word as 'n misdryf waarvoor 'n persoon ingevolge artikel 40(1)(b) redelikerwys deur 'n polisiebeampte sonder 'n lasbrief gearresteer mag word nie. Wat die eis weens onregmatige gevangehouding betref, bevind die hof (parr 13–5) insgelyks dat dit ook onregmatig was omdat die regterlike beampte sy grondwetlike plig (art 35(1)(e–f) van die Handves van Regte – sien hier onder) versaak het deur te versuim om die kwessies van verdere aanhouding of vrylating op borgtog aan te spreek (vgl ook die minderheidsuitspraak van Rogers wnd AR par 50).

2. Onderskeid tussen onregmatige arrestasie en onregmatige gevangehouding

Die kernvraag in *De Klerk* was of die polisie wat die eiser onregmatig gearresteer het, ook aanspreeklik kan wees vir sy gevangehouding wat op die arrestasie gevolg het. Ten einde hierdie vraag te beantwoord, moet die regsposisie ten aansien van sowel arrestasie as gevangehouding duidelik onderskei word. Arrestasie kan met of sonder 'n lasbrief geskied. (Hier word gefokus op die posisie ingevolge die Strafproseswet; sien hieroor Neethling ea 2019:179 ev; Loubser en Midgley 2017:375–7; Van der Walt en Midgley 2016:164–6; Basdeo, Geldenhuys en Karels 2017:138–9). Ten einde regmatig te wees, moet die arrestasie formeel uitgevoer word. Vir doeleindes hiervan moet aan die volgende twee vereistes voldoen word. Eerstens moet die gearresteerde se liggaam, tensy hy hom aan die inhegtenisneming onderwerp, inderdaad aangeraak word, of, desnoods met geweld, in bedwang gebring word. Tweedens moet die rede(s) vir die arrestasie aan die gearresteerde meegedeel word ten tye van die arrestasie of onmiddellik daarna; indien die arrestasie uit hoofde van 'n lasbrief geskied, moet 'n afskrif daarvan op versoek van die gearresteerde aan hom oorhandig word. Hierna moet die gearresteerde so gou moontlik na 'n polisiestasie geneem word en vervolgens so gou as wat redelikerwys moontlik is, maar ten minste binne 48 uur, voor die hof gebring word (sien *Minister of Safety and Security v Sekhoto* 2011 5 SA 367 (HHA) 383). In *Sekhoto* (383–4) beskryf Harms DP die verdere rol van die polisie soos volg:

While the purpose of arrest is to bring the suspect to trial the arrestor has a limited role in that process. He or she is not called upon to determine whether the suspect ought to be detained pending a trial. That is the role of the court ... The purpose of the arrest is no more than to bring the suspect before the court ... so as to enable that role to be performed.

Die polisie het nietemin 'n deurlopende plig om die regmatigheid van die arrestasie te heroorweeg as hulle verdere inligting ontvang wat daarop dui dat die gearresteerde onskuldig is (sien *Minister of Police v Du Plessis* 2014 I SACR 217 (HHA) parr 18 ev; Loubser en Midgley 2017:376). Daar rus dan 'n publiekregtelike plig op die polisie om die aanklaer en die hof hieroor in te lig; indien nie, sal die verdere aanhouding van die gearresteerde onregmatig wees (*Woji v Minister of Police* [2015] 1 All SA 68 (HHA) parr. 19, 27–8; *Minister of Safety and Security v Van der Walt* [2015] 1 All SA 658 (HHA); Neethling ea 2019:184 vn 79) – selfs 'n bevel van die landdros dat die persoon hangende die verhoor aangehou moet word, maak nie sy aanhouding regmatig nie (*Minister of Safety and Security v Tyokwana* [2015] 1 SACR 597 (HHA) parr 42–4; Loubser en Midgley 2017:376).

Die bevoegdheid om die gearreesteerde verder aan te hou of te ontslaan is dus in die hof se diskresie wat onderworpe aan wyduiteenlopende voorskrifte is (sien *Sekhoto* 383–4). In hierdie verband is die beslissing in *De Klerk* par 14 vir huidige doeleindes van wesenlike belang, soos blyk uit die volgende diktum van regter Shongwe (my kursivering):

It is well established that the purpose of arrest is to bring the suspect to court for trial. I agree with what Harms DP said in *Sekhoto*, that the arresting peace officer has a limited role in the process that takes place in court. In my view presiding officers in courts of first appearance must ensure that the rights in s 35(1)(e–f) of the Constitution are not undermined. [Art. 35 (1) lui soos volg: Elkeen wat weens 'n beweerde oortreding gearreesteer word, het die reg om (a) te swyg; (b) onverwyld verwittig te word (i) van die reg om te swyg; en (ii) van die gevolge indien daar nie geswyg word nie; (c) nie verplig te word om 'n bekentenis of erkenning te doen wat as getuieis teen daardie persoon gebruik sou kon word nie; (d) so gou as wat redelikerwys moontlik is, voor 'n hof gebring te word, maar nie later nie as (i) 48 uur na die arrestasie; of (ii) die einde van die eerste hofdag na die verstryking van die 48 uur, as die 48 uur buite gewone hofure, of op 'n dag wat nie 'n gewone hofdag is nie, verstryk; (e) by die eerste verskyning in 'n hof na die arrestasie, aangekla te word of verwittig te word van die rede vir die voortsetting van die aanhouding, of vrygelaat te word; en (f) behoudens redelike voorwaardes, uit aanhouding vrygelaat te word indien die belang van geregtigheid dit toelaat.] It is imperative for a presiding officer to enquire from the prosecution why it is necessary to further detain a suspect. In that enquiry the reasons for further detention will emerge as to whether or not it is in the interests of justice to further detain or release the suspect. This I say, mindful of the provisions of s 12(1) of the Constitution which deals with freedom and security of the person and the right not to be deprived of freedom arbitrarily or without just cause. Failure to enquire at the first appearance of the reasons for further detention is clearly a contravention of the above constitutional imperatives and therefore the further detention of a suspect without just cause would be arbitrary and unlawful. *In my view the police cannot be held liable for the further detention, even if the arrest is found to have been unlawful. What is critical is that, the justice department would be responsible and liable for the further detention because of its failure to observe the constitutional rights of a detained person.*

Die slotsom van die hof is dus dat al was die arrestasie onregmatig, die polisie nie aanspreeklik gehou kan word vir die daaropvolgende selfs onregmatige aanhouding van die eiser nie. Dít moet voor die deur van die Departement van Justisie gelê word. Die polisie is dus net aanspreeklik vir die twee ure aanhouding wat verloop het tussen die arrestasie en die verskyning in die hof, terwyl Justisie pa moet staan vir die sewe dae aanhouding in die Johannesburgse gevangenis. Hoe ook al, die minderheidsuitspraak (per Rogers wnd AR parr 29 ev) kruis swaarde met hierdie slotsom. Hiervolgens kan die polisie wel aanspreeklik gehou word vir vergoeding weens die verdere aanhouding gegrond op die kousale verband tussen die onregmatige arrestasie en die verdere aanhouding. Hierop moet verder uitgebrei word.

3. Kousale verband tussen onregmatige arrestasie en verdere gevangehouding

Dit is gevestigde reg dat om met 'n aksie op grond van onregmatige vryheidsberowing (arrestasie of gevangehouding) te kan slaag, die eiser moet bewys dat die verweerder self, of iemand wat as sy agent of dienaar handel, hom sy vryheid ontnem het. Daar moet dus 'n *kousale verband* tussen die verweerder se optrede en die vryheidsontneming van die eiser wees (sien bv *Relyant Trading (Pty) Ltd v Shongwe* [2007] 1 All SA 375 (HHA) 378; *Tödt v Ipser* 1993 3 SA 577 (A) 585; sien verder Neethling e.a. 2019:176–7; Neethling en Potgieter 2015:357–8). Waar die verweerder dus slegs inligting aan 'n geregsdienaar verskaf op grond waarvan laasgenoemde op sy eie besluit om die eiser te arresteer, kan die verweerder nie op grond van onregmatige vryheidsberowing aanspreeklik gehou word nie (*Relyant Trading* 378–9).

Die kwessie van kousaliteit het, afgesien van die minderheidsuitspraak in *De Klerk*, vroeër ook sy kop uitgesteek in *Thandani v Minister of Law and Order* 1991 1 SA 702 (OK) (sien ook Hattingh 88–9; Neethling en Potgieter 1991:476–9) en *Ebrahim v Minister of Law and Order* 1993 2 SA 559 (T). In *Thandani* is die eiser onregmatig deur die Suid-Afrikaanse polisie gearresteer met die doel om hom aan die destydse Ciskeise polisie te oorhandig, waar hy vervolgens vir ongeveer twee maande aangehou is. Die vraag was of die betrokke minister ook vir laasgenoemde aanhouding middellik aanspreeklik is. Wat kousaliteit betref, beslis regter Van Rensburg J (705–6) dat sowel feitelike as juridiese kousaliteit aanwesig is (sien hieroor Neethling en Potgieter 2015:183 ev; Loubser en Midgley 2017:101 ev, 123 ev; Van der Walt en Midgley 2016:274 ev). Juridiese kousaliteit is aanwesig omdat “[h]is incarceration in Ciskei was not only a *direct consequence* of his being handed over to the Ciskei Security Police, but was also a *reasonably foreseeable* and in fact intended consequence thereof” (705; my kursivering). Volgens die hof kan 'n “intended consequence ... never be too remote for causation to be present” (sien *De Klerk* par 49; Boberg 1984:441; sien egter vir kritiek Neethling en Potgieter 2015:213–6; Loubser en Midgley 2017:132). 'n Verdere punt van kritiek teen die beslissing is dat die hof nie uitdruklik kennis geneem het van die soepel benadering tot juridiese kousaliteit wat sedert 1990 deur die Appèlhof voorgestaan word, en waar die bestaande juridiese kousaliteitsmaatstawwe soos direkte gevolge en redelike voorsienbaarheid net 'n subsidiêre rol vervul nie (sien bv *S v Mokgethi* 1990 1 SA 32 (A) 39 ev; *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 1 SA 680 (A) 701; Neethling en Potgieter 2015:205–8; Midgley 1994 *THRHR* 630). Regter van Rensburg (706) vat sy beslissing soos volg saam (welke beslissing in appèl in *Minister of Law and Order v Thandani* 1991 4 SA 862 (A) gehandhaaf is):

In the present matter I am satisfied that the necessary causation to give rise to legal responsibility is present and that the defendant is accordingly liable to compensate the plaintiff for the entire period of his detention both in the Republic of South Africa and in Ciskei. Whether or not the plaintiff was lawfully detained in Ciskei seems to me to be irrelevant. The point is that his detention in Ciskei arose out of an unlawful arrest and detention in the Republic of South Africa followed by an unlawful handing over to the Ciskei Security Police, but for which handing over the plaintiff would not have been detained in Ciskei.

Die omstandighede in *Ebrahim* vergestalt 'n spieëlbeeld van die feite in *Thandani*, aangesien die eiser hier onregmatig in Swaziland gevange geneem is, aan die Suid-Afrikaanse polisie

oorhandig is wat die gevangenhouding voortgesit het, en toe uiteindelik twee jaar tronkstraf uitgedien het totdat hy deur die Appèlhof ontset is (sien *S v Ebrahim* 1991 2 SA 553 (A)). In die verhoorhof (564–6) verwys regter Els wel na die soepel benadering tot juridiese kousaliteit, pas die redelikevoorsienbaarheid-maatstaf in hierdie verband toe en besluit dat die polisie, toe die eiser aan hulle oorhandig is, “must have foreseen ... what the consequences would be to the plaintiff” (566). Gevolglik was daar nie sprake van ’n *nova causa interveniens* wat die juridies-kousale verloop van die gebeure verbreek het nie (sien hieroor Neethling en Potgieter 2015:221–4). Die verweerder word dus vir die volle tydperk van onregmatige aanhouding aanspreeklik gestel – in hierdie verband verwys die hof (566) met goedkeuring na die diktum in *Thandani* (706) wat hier bo aangehaal is (sien ook Midgley 1994:623 ev vir ’n bespreking van die *Thandani*- en *Ebrahim*-saak). (Vgl verder *Ncoyo v Commissioner of Police, Ciskei* 1998 1 SA 128 (CkSC) 136–9 oor die vrae na feitelike (waar die sg “but for”-toets toegepas is) en juridiese kousaliteit (waar die bovermelde soepel benadering gevolg is) ivm vermoënskade (verlies van verdienste en werk) wat agv onregmatige arrestasie en gevangenhouding ervaar is. Alhoewel die hof beslis dat feitelike en juridiese kousaliteit ontbreek het, kan daar ’n goeie saak vir die teenoorgestelde gevolgtrekking uitgemaak word (sien Scott 1998 *De Jure* 179 ev; Dendy 1998 *SALJ* 583 ev).)

Dit bring ’n mens by die minderheidsuitspraak in *De Klerk* waar, soos gesê, die kwessie van kousaliteit ook ter sprake gekom het en bevind is dat die polisie wel aanspreeklik gehou kan word vir vergoeding weens die verdere aanhouding gegrond op die kousale verband tussen die onregmatige arrestasie en die verdere aanhouding. Met verwysing na *Tyokwana* maak regter Rogerspar 27–8dit duidelik dat die aanspreeklikheid van die polisie vir verdere aanhouding nie afhanklik is daarvan of die aanhouding onregmatig was of nie. ’n Delikspleger is aanspreeklik vir al die nadelige gevolge van sy onregmatige daad mits aan normale deliksbeginsels voldoen word. Hier word op kousaliteit gefokus (par 29). Wat feitelike kousaliteit betref, word die “but for”-toets toegepas. (Hierdie toets is vatbaar vir geldige kritiek: sien Neethling en Potgieter 2015:191 ev; Van der Walt en Midgley 280 vn 8. Feitelike kousaliteit bestaan bloot wanneer een feit uit ’n ander volg (sien *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 2 SA 144 (KH) 161–2; Neethling en Potgieter 2015:199).) Die toets vir juridiese kousaliteit (of “remoteness of damage”) is, soos aangedui, soepel en gegrond op beleidsoorwegings wat die aanspreeklikheid van die dader vir die feitelike gevolge van sy handeling beperk. By die toepassing van hierdie toets speel bestaande juridiese kousaliteitsmaatstawwe (soos direkte gevolge en redelike voorsienbaarheid) wel ’n subsidiêre rol. In *Merchant Commercial Finance (Pty) Ltd v Katana Foods CC* (1238/2016) [2017] ZASCA 191 (20 Desember 2017) par 22, waarna regter Rogers (par 30) verwys, stel die hof dit soos volg:

Turning to the question of legal causation (or remoteness of damage as it is sometimes called), the issue is one to be determined by considerations of policy. It serves as a measure of control to ensure that liability is not extended too far. It recognises that liability should not be imposed where, despite the other elements of delictual liability being present, right-minded persons, including judicial officers, will regard it as untenable to do so. In determining whether damage is too remote, tests involving foreseeability, proximity, direct consequences, all of which are relevant, “should not be applied dogmatically, but in a flexible manner so as to avoid a result which is so unfair or unjust that it is regarded as untenable”.

Let daarop dat alhoewel die direkte-gevolge-toets in die verlede, veral weens die meganiese aard daarvan, aan skerp kritiek onderwerp is, baie van hierdie kritiek waarskynlik nie meer steek hou nie, in die lig van die standpunt dat die toets nie dogmaties nie maar op soepel wyse toegepas moet word (sien Neethling en Potgieter 2015:210–1). Baie belangrik is dat selfs waar die eiser aantoon dat 'n gevolg direk of redelik voorsienbaar is, daar gevalle kan wees waar aanspreeklikheid weens beleidsoorwegings (toepassing van die soepel maatstaf) steeds beperk word (par 31). Regter Rogers verwys as voorbeeld na *mCubed International (Pty) Ltd v Singer* 2009 4 SA 471 (HHA) par. 32 (my kursivering) waar appèlregter Brand verklaar:

Strict application of both the foreseeability test and the direct consequences test for remoteness in this case would therefore, in my view, lead to a result which is so unfair and unjust that it will be regarded as untenable. *This is therefore a classic example of a situation where a flexible approach is indicated.* And in adopting that approach I find the loss too remote.

Insgelyks het die hof in *Cape Empowerment Trust Ltd v Fisher Hoffman Sithole* 2013 5 SA 183 (HHA) 198 te kenne gegee dat soepelheid die effek kan hê dat “if the application of any or all of the known criteria should lead to a result which is untenable, legal causation will not be found”. Dit beteken oënskynlik dat selfs waar daar bevind word dat 'n gevolg voorsienbaar en 'n direkte gevolg van die handeling was, soepelheid die hof in staat sou kon stel om aanspreeklikheid te ontken indien die gevolg so onregverdig of onbillik sou blyk te wees dat dit as onhoudbaar beskou kan word. In hierdie gevalle word die soepel benadering dus as 'n onafhanklike toets vir juridiese kousaliteit aanvaar (sien Neethling en Potgieter 2015:207–8). 'n Treffende voorbeeld van hierdie benadering blyk uit *Premier of the Western Cape Province v Loots* NO [2011] JOL 27067 (HHA) (sien Potgieter 2017:975 ev). Hier was die ernstige gevolge wat 'n pasiënt weens 'n mislukte sterilisasie-operasie gely het, so buitengewoon of seldsaam dat dit as (redelikerwys) onvoorsienbaar beskryf kon word. Desnietemin beslis die hof dat die eis slaag. Soos Potgieter (2017:988) dit stel, bevestig die uitspraak die beskouing dat “selfs waar die gevolg wat ingetree het, nie redelikerwys voorsienbaar was nie, kan die gevolg steeds aan die verweerder toegereken word indien (in die woorde van die oorkoepelende soepel juridiesekousaliteitsmaatstaf) oorwegings van redelikheid, regverdigheid en billikheid vereis dat die verweerder vir die nadeel wat die eiser gely het, aanspreeklik gehou moet word”.

Regter Rogers (par 32) vervolg dat daar baie gevalle voorkom waar die handeling van 'n derde party tussen die handeling van die dader en die nadelige gevolg tree, maar waar die dader steeds, aan die hand van gevestigde deliksbeginsels, aanspreeklik gehou word vir die gevolg ongeag of die handeling van die derde party regmatig dan wel onregmatig is. Volgens hom (par 33) moet dieselfde benadering gevolg word waar vasgestel moet word vir welke nadelige gevolge van 'n onregmatige arrestasie die polisie aanspreeklik gehou moet word: “There is certainly no justification, in the constitutional era, for applying a stricter and less generous test.” Vir doeleindes hiervan was dit gevolglik nie nodig om soos in *Woji* en *Tyokwana* na die onregmatigheid van die aanhouding wat op die arrestasie gevolg het, te verwys nie (parr 34–6). In die lig hiervan beskou regter Rogers (parr 37–8) die benadering van die hof in *Thandani* wat deur die Appèlhof bekragtig is (sien hier bo), as korrek. Toegepas op die feite in *De Klerk* laat die hof (par 39) hom soos volg oor die kousaliteitskwessie uit:

In regard to the appellant's detention following the judicial remand, the test of factual causation is plainly established. But for the unlawful arrest, the appellant would not have been brought before the court and there would have been no occasion for the court to remand him in custody. As to legal causation, the direct consequences test is satisfied. It was a legal requirement, once the appellant was arrested, that he be brought before court. The court could only make one of two decisions – remand him in custody or grant him bail. Either of these outcomes would be a direct consequence of the arrest. As to foreseeability, each of the two possible consequences of the arrest would be foreseeable to the arresting officer. Indeed, [the arresting officer] ... actually foresaw what would happen – that the appellant would be remanded in custody until his next appearance.

Nieteenstaande voldoening aan hierdie twee toetse kan daar volgens die regter (par 40) beleidsoorwegings wees om die polisie nie vir die verdere aanhouding aanspreeklik te hou waar 'n hof vrylating op borgtog oorweeg het maar besluit om dit nie toe te staan nie. Na 'n bespreking van relevante Engelse gewysdes, wat met omsigtigheid benader moet word (par 40–1), word verklaar (par 42) dat om 'n tussentredende handeling as 'n *novus actus interveniens* te bestempel, 'n beleidsoordeel verg omdat daar nie 'n klinkklare objektiewe toets is om te bepaal of sodanige handeling “breaks the causal chain” en dus 'n *novus actus interveniens* uitmaak nie (vgl ook Neethling en Potgieter 2015:222–3). Dit is belangrik om daarop te let dat 'n gebeurtenis as 'n *novus actus interveniens* sal kwalifiseer slegs as die gebeurtenis *nie redelikerwys voorsienbaar was nie*. Waar die tussentredende oorsaak op die oomblik van die handeling wel redelikerwys voorsienbaar was, kan so 'n gebeurtenis nie as 'n *novus actus interveniens* beskou word wat 'n invloed op die toerekenbaarheid van die benadeling aan die dader uitoefen nie (sien bv *OK Bazaars (1929) Ltd v Standard Bank of South Africa Ltd* 2002 3 SA 688 (HHA) 697, 699; Van der Walt en Midgley 2016:291; Boberg 1984:441, 448–9; Neethling en Potgieter 2015:224). In *Ebrahim* 566 verklaar regter Els ook: “I am of opinion that a supervening act which is foreseen as the likely consequence of the wrong does not break the chain of causation and can be taken into account in assessing damages.” Omdat die verdere aanhouding in *De Klerk* redelikerwys voorsienbaar was – inderdaad deur die betrokke polisiedienaar voorsien is – geld dit dus nie as 'n *novus actus interveniens* nie.

Dit is gevestigde reg wat Suid-Afrika betref dat nievermoënskade vir onregmatige arrestasie en gevangenhouding met die *actio iniuriarum* verhaal word – die algemene aksie met betrekking tot die aantasting van persoonlikheidsregte waarvan die reg op liggaamlike vryheid een is (sien *DE v RH* 2015 5 SA 83 (KH) 86 vn 5; Neethling ea 2019: 59 ev, 173 ev). Weens beleidsoorwegings word daar volgens regter Rogers (par 43) nietemin 'n onderskeid tussen onregmatige en kwaadwillige vryheidsberowing gemaak (sien Neethling ea 2019:173 ev, 190 ev). In die geval van onregmatige vryheidsberowing het 'n mens met strikte aanspreeklikheid te make (sien *Minister of Justice v Hofmeyr* 1993 3 SA 131 (A) 154–7; Neethling e.a. 2019:89–91), terwyl *animus iniuriandi* as vereiste vir kwaadwillige vryheidsberowing gestel word (sien Neethling ea 2019:193–4). In eersgenoemde geval is die polisiebeampte aanspreeklik vir alle gevolge van die onregmatige arrestasie behalwe dié wat te ver verwyderd is; juridiese kousaliteit bestaan dus as 'n selfstandige delikselement ongeag die feit dat 'n mens met skuldlose aanspreeklikheid te make het (sien Neethling en Potgieter 2015:219). Die beampte is egter nie aanspreeklik vir verdere aanhouding wat deur 'n hof beveel word na 'n “deliberative or considered judicial process” nie, tensy die beampte die proses *animo iniuriandi* of kwaadwillig aangestig het. Die regter vervolg (par 44):

[I]n such a case one is dealing with two wrongful acts, namely the wrongful arrest and the malicious deprivation of liberty (ie instigating the judicial detention). If the requirements for malicious deprivation of liberty are absent, the policy-based element of remoteness would exclude liability for harm caused by an intervening deliberative judicial process, even though further detention might be foreseeable and a direct consequence of the wrongful arrest.

Regsbeleid, veral die feit dat die hof die verdere aanhouding na 'n weloorwoë en doelbewuste proses gelas het, stel die hof in staat om die polisie op grond van billikheid en regverdigheid van die verdere aanhouding vry te sreek, omdat die teenoorgestelde beslissing as onhoudbaar beskou word selfs al was die verdere aanhouding redelikerwys voorsienbaar en 'n direkte gevolg van die arrestasie. Met verwysing na *Sekhoto* (hier bo aangehaal) is dit volgens regter Rogers (par 46) juis “this ‘judicial evaluation’ which, from the perspective of legal causation, renders subsequent detention too remote to be taken into account as a consequence of the unlawful arrest”.

In *De Klerk* was daar egter 'n afwesigheid van enige evaluering deur die landdroos of die eiser verwys moet word vir verdere aanhouding dan wel of hy op borgtog vrygelaat moet word (parr 47–8); en in die lig daarvan dat die verdere aanhouding 'n direkte gevolg van die arrestasie asook redelikerwys voorsienbaar was (inderdaad voorsien is), is daar 'n juridiese kousale verband tussen die arrestasie en die verdere aanhouding waarvoor die polisie aanspreeklik gehou moet word. Regter Rogers (par 49) stel dit soos volg:

This is hardly a case where one can say that to hold the police liable for the full period of detention would be “so unfair or unjust that it is regarded as untenable” (*mCubed supra para 32*). On the contrary it would in my opinion be unfair and unjust for the police not to be so liable on the facts of this particular case.

Die verweerder behoort dus die eiser te vergoed vir die volle periode van sy aanhouding, nie alleen wat betref genoegdoening of *solatium* weens die aantasting van sy persoonlikheidsreg op *libertas* met die *actio iniuriarum* nie (wat bereken word op R300 000 *ex aequo et bono*), maar ook skadevergoeding vir vermoënskade vir behandeling deur 'n kliniese sielkundige (R30 000) met die *actio legis Aquiliae* (sien parr 51–5).

4. Samevatting en gevolgtrekking

Onregmatige arrestasie en onregmatige aanhouding is twee selfstandige *iniuriae*. Arrestasie rus in die reël op die skouers van die polisie en moet aan sekere vereistes voldoen om regmatig te wees. Belangrik vir huidige doeleindes is om die gearresterde volgens voorgeskrewe prosedures voor die hof te bring. Indien hieraan nie voldoen word nie, is die arrestasie onregmatig. Word, daarteenoor, wel aan die vereistes voldoen, kom die polisie se betrokkenheid tot 'n einde, behalwe waar hulle verdere inligting ontvang het wat daarop dui dat die gearresterde onskuldig is; in sodanige geval is die polisie verplig om die hof hieroor in te lig. Daarna is die onus op die hof om, met inagneming van grondwetlike bepalings, te besluit of die gearresterde (op borgtog) vrygelaat moet word, dan wel hangende sy of haar

verhoor verder aangehou moet word. Indien hierdie diskresie nie na behore uitgeoefen word nie, is die verdere aanhouding onregmatig.

In *De Klerk* beslis die hof dat die onregmatige arrestasie en die daaropvolgende onregmatige aanhouding duidelik uitmekaar gehou moet word. Die polisie is slegs aanspreeklik vir die arrestasie en die twee ure aanhouding voordat die eiser voor die hof gebring is. Vir die verdere aanhouding moet die amptenare van justisie (landdros en aanklaer) verantwoordelik gehou word omdat die hof nie sy diskresie grondwetlik uitgeoefen het nie. Volgens hierdie benadering is daar dus twee selfstandige *inuriae* teenoor die eiser gepleeg, en kan die eiser genoegdoening vir elk weens die aantasting van sy fisiese vryheid verhaal. Skuld (opset of nalatigheid) aan die kant van die staat is nie 'n vereiste vir aanspreeklikheid nie.

Hierteenoor staan die benadering van die minderheidsuitspraak dat indien daar, op grond van algemene deliksbeginsels, 'n (feitelike en juridiese) kousale verband tussen die onregmatige arrestasie en die daaropvolgende (onregmatige) aanhouding is, die polisie ook vir laasgenoemde aanhouding aanspreeklik gehou kan word. Terwyl die vraag na feitelike kousaliteit geen probleem bied nie, omdat die verdere aanhouding uit die arrestasie gevloei het, is die vraag na juridiese kousaliteit 'n beleidsvraag waar daar 'n soepel maatstaf toegepas moet word. Hier moet bepaal word of daar 'n genoegsaam noue verband tussen die arrestasie en die verdere aanhouding bestaan dat laasgenoemde die polisie met inagneming van beleidsoorwegings op grond van redelikheid, billikheid en regverdigheid toegereken kan word. Bestaande kousaliteitsmaatstawwe soos direkte gevolge (*direct consequences*) en redelike voorsienbaarheid speel 'n belangrike rol by die toepassing van hierdie soepel benadering, maar is nie noodwendig deurslaggewend nie. Daarom kan die feit dat 'n hof ná deeglike oorweging besluit het dat die gearresterde hangende sy verhoor aangehou moet word, die juridies kousale verloop verbreek, al was die verdere aanhouding redelik voorsienbaar en boonop 'n direkte gevolg van die arrestasie. Die verdere aanhouding word nie as 'n *novus actus interveniens* geag indien dit redelikerwys voorsienbaar was nie. In die lig hiervan bevind die minderheid van die hof in *De Klerk* dat die polisie vir die totale aanhouding van die eiser aanspreeklik behoort te wees.

Die slotsom is dus dat in omstandighede soos *in casu* 'n eiser *de lege lata* op grond van twee selfstandige *iniuriae* (onregmatige arrestasie en onregmatige gevangenhouding) moet eis om genoegdoening vir die volle lengte van sy of haar aanhouding te verhaal. Dit beteken dat die eiser in *De Klerk* nog 'n eis op grond van onregmatige gevangenhouding sal moet instel. *De lege ferenda* kan die eiser egter op grond van slegs onregmatige arrestasie ook vir die verdere aanhouding die volle vergoeding verhaal deur bloot die toepassing van gewone deliksbeginsels, veral dié van juridiese kousaliteit. Daar word aan die hand gedoen dat laasgenoemde benadering waarskynlik 'n eenvoudiger wyse daarstel om die gewenste resultaat te bereik.

Bibliografie

Basdeo, M., T. Geldenhuys en M.D. Karels. 2017. Securing the attendance of the accused at the trial. In Joubert (red) 2017.

Boberg, P.Q.R. 1984. *The law of delict I: Aquilian liability*. Kaapstad: Juta.

Dendy, M. 1998. Wrongful arrest and loss of earning: A case of causation gone awry? *South African Law Journal*, 115(4):583–96.

Hattingh, M. 1996. Vryheidsontneming by wyse van onregmatige arrestasie en kwaadwillige arrestasie in die Suid-Afrikaanse reg. LLM-verhandeling. Potchefstroomse Universiteit vir CHO.

Loubser, M. en R. Midgley (reds). 2017. *The law of delict in South Africa*. 3de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.

Midgley, J.R. 1994. Deprivation of liberty: The applicable principles and the extent of liability. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 57(4):623–32.

Joubert, J.J. (red). 2017. *Criminal Procedure Handbook*. 12de uitgawe. Kaapstad: Juta (2017).

Neethling, J. en J.M. Potgieter. 1991. Onregmatige vryheidsberowing: Juridiese kousaliteit as selfstandige delikselement by skuldlose aanspreeklikheid. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 2:476–9.

—. 2015. *Neethling-Potgieter-Visser deliktereg*. 7de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Neethling, J., JM Potgieter en A. Roos. 2019. *Neethling on Personality Rights*. Durban: LexisNexis.

Potgieter, J. 2017. Deliktuele aanspreeklikheid vir onvoorsienbare gevolge van mediese nalatigheid. *LitNet Akademies*, 14(3):975–90.

Scott, T.J. 1998. *Ncoyo v Commissioner of Police* 1998 1 SA 128 (CkSC). *De Jure*, 31(1):179–84.

Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2016. *Principles of delict*. 4de uitgawe. Durban: LexisNexis.