

Vonnisbespreking: Die Konstitusionele Hof bevestig die aanspreeklikheid van die polisie weens nalatige ondersoek na verkragting

AK v Minister of Police [2022] ZACC 14 (KH)

Johann Neethling

Johann Neethling, Departement Privaatreg, Universiteit van die Vrystaat

Abstract

The Constitutional Court confirms the liability of the police for negligent investigation after rape

In this case the plaintiff (K) instituted a delictual action for damages against the SAPS for its negligent search and investigation after she had been raped. The trial court, the Supreme Court of Appeal and the Constitutional Court confirmed that for a delictual action to succeed, the plaintiff must prove all the requirements of a delict. All three decisions focussed on the elements of wrongfulness, negligence and causation and commenced with negligence because it was most convenient to do so. In this regard the classic test of the reasonable foreseeability and preventability of damage (harm) by the expert in the circumstances (not the person in the street) was applied: in the trial court the criterion was that of a reasonable police official, while in the appeal court and the Constitutional Court the standard was that of a reasonable organ of state. It is submitted that although these two formulations may differ, they reflect the same standard of the reasonable police expert. After a thorough investigation of the facts and evidence by the three courts, they arrived at different conclusions – the trial court and the Constitutional Court held that the police were grossly negligent while the appeal court found that they acted reasonably. As negligence was absent according to the latter court, there was no question of a delict and, consequently, no liability. It therefore makes no sense that this court continued with the question as to wrongfulness.

As regards wrongfulness the crucial question was whether the police had a legal duty to prevent the harm of K. However, the approach of the courts differed. The trial court applied the traditional *boni mores* test and found that the police had such a duty which they breached and thus acted wrongfully. On the other hand, the appeal court applied the new test of the reasonableness of

imposing liability on the police, and held that wrongfulness was absent because a multiplicity of actions could result from recognising that the police had a legal duty, and would also open the floodgates to claims against the SAPS. However, the Constitutional Court did not agree. Applying both the *boni mores* test and the reasonableness of imposing liability test, it found that the police acted wrongfully for the following reasons: the appeal court did not consider the constitutional duty to protect K against gender-based violence; the SAPS seriously and significantly breached its statutory and constitutional duties towards K; the imposition of liability would not have a chilling effect on the activities of the police and would also not open the floodgates to claims against the police; denying liability would rather have a chilling effect on the ability of survivors of gender-based violence to vindicate their rights; finally, to hold the SAPS to account for their below-par searches and investigations would improve the efficacy and quality of their work, as well as building public confidence in their ability and commitment to discharge their constitutional obligations.

As to causation, all three courts applied the *conditio sine qua non* test for factual causation and the flexible test for legal causation and came to similarly opposite conclusions as in the case of negligence and wrongfulness.

The appeal by K against the decision of the Supreme Court of Appeal therefore succeeded and the decision of the High Court was in principle confirmed. It is submitted that the decision of the Constitutional Court deserves approval.

Keywords: *boni mores* test; causation; Constitution; delictual elements; gender-based violence; legal duty; negligence; police; police investigations; rape; reasonable police official; reasonable state organ; reasonableness of liability test; SAPS

Trefwoorde: *boni mores*-toets; delikselemente; geslagsgebaseerde geweld; Grondwet; kousaliteit; nalatigheid; onregmatigheid; polisie; polisie-ondersoeke; redelike polisiebeampte; redelike staatsorgaan; redelikheid van aanspreeklikheid-toets; regsplig; SAPD; verkragting

1. Feite

In hierdie saak het die eiseres (K) langs die strand gaan stap nadat sy haar voertuig op die parkeerplek by die strand gelos het. Terwyl sy helder oordag gestap het, is sy deur 'n onbekende man aangerand, beroof van persoonlike besittings en in die bosse aan die rand van die strand ingesleep. Hy het haar gedwing om na die sandduine te loop waar hy haar beveel het om haar klere uit te trek, haar daarmee geblinddoek en haar toe verkrag het. Vir die res van die middag is sy herhaaldelik verkrag en later moontlik selfs ook deur 'n bende van meer as een persoon. Teen sonsondergang het die oorspronklike verkragter agtergebly en voortgegaan om haar deur die nag te verkrag en met die dood te dreig. Vroegoggend het sy daarin geslaag om aan haar ontvoerder(s) te ontsnap en manlike drawwers om hulp genader. Hulle het haar na die parkeerplek vergesel en een het saam met haar na die polisiestasie gegaan. Haar skrikwekkende ervaring as ontvoerde in die sandduine en die verkragtings aldaar het altesaam ongeveer 15 ure geduur.

Intussen het 'n familielid haar as vermis aangemeld en 'n SOS is van die SAPD se radio-kontrolekamer uitgestuur. Teen ongeveer 23:30 is K se voertuig, waarby daar ingebreek is, op die parkeerplek gevind. Die betrokke polisie-eenhede is geaktiveer en die ondersoek na die

insident het 'n aanvang geneem. Volgens die verweerder (SAPD) is 'n soektog, eers met 'n hond op die grond en later met 'n helikopter, in die onmiddellike area begin wat ongeveer drie ure geduur het, maar K is nie gevind nie.

Gedurende die polisie-ondersoek wat vir meer as twee jaar aktief was, is sommige persone gearrester maar die verdagtes is uiteindelik vrygelaat weens gebrek aan DNS-bewyse. Een verdagte wat gearrester is op die dag nadat K gevind is, is skuldig bevind aan diefstal van haar persoonlike besittings wat in haar voertuig was. Wat die verkrachtings egter betref, is geen persoon verhoor nie en was daar gevolglik geen skuldigbevindings nie. Tot op hede is daar geen spoor van K se ontvoerder en verkrachter(s) gevind nie.

K stel 'n aksie om skadevergoeding teen die SAPD in gegrond op hul beweerde nalatigheid met betrekking tot sowel die soeke na haar die nag toe sy verkrag is as die daaropvolgende ondersoek. Sy voer aan dat die SAPD onregmatig en nalatig sy plig verbreek het om die misdade te ondersoek wat teenoor haar gepleeg is, of as alternatief, indien hulle dit wel ondersoek het, hulle gefaal het om dit te doen met die vaardigheid, sorgsaamheid en deeglikheid wat van redelike polisiebeamptes verwag word. K beweer dat, as gevolg hiervan, die SAPD haar psigiatriese nadeel veroorsaak het waarvoor sy vergoed moet word. Die traumatiese gebeure het ernstige, voortdurende psigiatriese nadele vir K teweeggebring wat vererger is deur die stadige pas van die polisie se ondersoek, en die vertraging om die aangeleentheid te finaliseer en die oortreders te laat boet.

In wat volg word eers die uitsprake van die verhoorhof in *K v Minister of Safety and Security* [2019] 1 All SA 415 (OKP) en die Hoogste Hof van Appèl in *Minister of Police v K* 2020 2 SACR 1 (HHA) van nader bekyk (sien vir 'n volledige bespreking Neethling 2021:171–84; sien ook die KH par. 15–45). Daarna word gefokus op die daaropvolgende beslissing van die Konstitusionele Hof.

2. Beslissings van die Hooggeregshof en die Hoogste Hof van Appèl

2.1 Inleiding

K se eis slaag in die verhoorhof maar word in appèl verwerp. Albei howe bevestig dat ten einde te slaag, K al vyf elemente van 'n delik moet bewys, te wete die handeling, onregmatigheid, nalatigheid, kousaliteit en nadeel (sien Neethling en Potgieter 2020:4). Vir doeleindes van die beslissings word op onregmatigheid, nalatigheid en kousaliteit gefokus en beide beslissings word ingelei deur eers vas te stel of die polisie nalatig opgetree het omdat dit die gerieflikste was om dit so te doen (sien OKP par. 59; HHA par. 3.2). In hierdie verband is dit omstrede of onregmatigheid dan wel nalatigheid eerste bepaal moet word (sien Loubser en Midgley 2017:197–8; Van der Walt en Midgley 2016:97). Hoe ook al, die howe volg deesdae 'n pragmatiese benadering en daar word aanvaar dat, afhangende van die omstandighede, enigeen van hierdie twee elemente eerste aan die beurt kan kom (sien Neethling en Potgieter 2020:155–7). In *First National Bank of South Africa Ltd v Duvenhage* 2006 5 SA 319 (HHA) 326 verduidelik appèlregter Nugent hierdie benadering soos volg:

[W]hatever sequence doctrinal logic dictates, the human mind is sufficiently flexible to be capable of enquiring into each element separately, in any order, with appropriate

assumptions being made in relation to the others, and that is often done in practice to avoid prolonging litigation, for though the elements are naturally interrelated, each involves a distinct enquiry.

2.2 Nalatigheid

Wat nalatigheid betref, word die klassieke redelike voorsienbaarheids- en voorkombaarheids-toets toegepas (Kruger v Coetzee 1966 2 SA 428 (A) 430; sien OKP par. 60; HHA par. 19). In die verhoorhof (parr. 62 e.v.) word in hierdie verband die redelike polisiebeampte aangewend en die hof bevind dat die polisie grof nalatig was (sien Neethling en Potgieter 2020:168–9 vir ’n beskrywing van growwe nalatigheid). Dit geld die soeke na K op die grond en met die helikopter wat te alle tye benede die standaard was van wat regtens vereis word (sien bv. Minister of Safety and Security v Carmichele 2004 3 SA 305 (HHA) 325–7). Ook wat die verdere ondersoek betref (parr. 113 e.v.) bevind die hof dat daar vele belangrike en ooglopende flagrante lates aan die kant van die polisie was en dat hulle dus gefaal het om ’n redelik effektiewe ondersoek te doen. Waarnemende regter Sephton (par. 180) vervolg:

It is not suggested that the search for the plaintiff nor the subsequent criminal investigation had to be perfect. That is clearly too high a standard from the police. The only requirement is that a reasonably diligent and skilful search and investigation had to be carried out. In my mind for the reasons that I have set out above, neither the ground search, air search nor investigation by [certain police officials] was carried out with the diligence and skill required of a member of SAPS.

Volgens die appèlhof (parr. 20–1) is die standaard vir nalatigheid nie dié van die redelike persoon nie maar dié van die redelike staatsorgaan. Hierdie beskouing stem ooreen met die benadering dat die standaard wat toegepas moet word dié van die redelike polisiebeampte in dieselfde posisie as die betrokke lid van die SAPD is. Appèlregter Zondi (parr. 22 e.v.) stem nie saam met die verhoorhof dat die polisie in hul soeke na K nalatig opgetree het nie. Volgens hom het die polisie alle bronne tot hul beskikking gemobiliseer om K op te spoor. Die stappe wat hulle gedoen het, was dus redelik. Die hof (parr. 41–50) was ook nie oortuig dat die polisie nalatig met betrekking tot hul ondersoek na die verkragting was nie. Die hof (par. 51) vervolg nietemin dat indien die polisie wel nalatig opgetree het in die uitvoering van hul pligte, die vraag of hulle ook onregmatig gehandel het, dan ontstaan.

2.3 Onregmatigheid

Met verwysing na verskeie gesaghebbende beslissings van ons hoogste howe (soos *Stedall v Aspelung* 2018 2 SA 75 (HHA) par. 11; *Country Cloud Trading CC v MEC Department of Infrastructure Development* 2015 1 SA 1 (KH) parr. 20–1; *Loureiro v Invula Quality Protection (Pty) Ltd* 2014 3 SA 394 (KH) par. 53; en *Za v Smith* 2015 4 SA 574 (HHA) par. 15) bevestig die verhoorhof (parr. 190–94) gevestigde reg dat onregmatigheid ’n essensiële element van deliktuele aanspreeklikheid is: “it functions to determine whether the infliction of culpably caused harm demands the imposition of liability”. Wat onregmatigheid aangaan, pas die verhoorhof die tradisionele *boni mores*-toets toe om vas te stel of daar ’n regsplig op die polisie was om K se nadeel te voorkom het. *In casu* kan daar geen twyfel wees dat die polisie ’n regsplig gehad het om na K te soek en haar verkragting te ondersoek nie. Die erns van hierdie misdadige optrede bekragtig die betrokke regsplig soos ook vereis is in ’n soortgelyke Engelse saak *Commissioner of Police of the Metropolis v DSD* [2018] UKSC 11, waarna regter Sephton

(parr. 197–202) verwys. Maar meer nog, op grond van die feit dat misdade teen vroue en kinders onrusbarende afmetings in Suid-Afrika aanneem, het die SAPD ’n regsplig om in die uitvoering van sy grondwetlike verpligtinge (sien parr. 53–7), behoorlik aandag te gee aan verkragting deur ten volle gebruik te maak van die vaardighede en hulpbronne wat vir doeleindes hiervan tot sy beskikking is, en dit toe te pas. Die gevolge van oneffektiewe en benede-standaard-uitvoering van hierdie verpligtinge kan ontsettend wees en erge nadeel veroorsaak. As die SAPD nie vir sodanige lakse optrede verantwoordelik gehou word nie kan dit ook lei tot “self-hulp” om misdade te vergeld. Hierbenewens sal die publiek vertroue in die SAPD verloor. Die hof bevind dat die polisie hul regsplig versaak het en daarom onregmatig opgetree het.

Hierteenoor volg die Hoogste Hof van Appèl die omstrede nuwe benadering tot onregmatigheid deur te vra na die redelikheid om die polisie aanspreeklik te stel, en bevind, anders as die hooggeregshof, dat onregmatigheid afwesig is. Volgens appèlregter Zondi (par. 54) was die verhoorhof se bepaling van onregmatigheid foutief omdat dit nie oorweeg het nie of dit redelik sou wees om die polisie in die omstandighede aanspreeklik te stel vir die nadeel wat K gely het. Ter ondersteuning verwys die regter na *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development* 2015 1 SA 1 (KH) par. 20 waar regter Khampepe soos volg beslis:

[Wrongfulness] functions to determine whether the infliction of culpably caused harm demands the imposition of liability or, conversely, whether ‘the social, economic and other costs are just too high to justify the use of the law of delict for the resolution of the particular issue’. Wrongfulness typically acts as a brake on liability, particularly in areas of the law of delict where it is undesirable or overly burdensome to impose liability.

In die lig hiervan verklaar die hof (par. 55) dat om die SAPD in hierdie saak aanspreeklik te stel dit vir die polisie moeilik sal maak om hul ondersoeke in die toekoms uit te voer en hulle sou blootstel aan die potensiële risiko van siviele litigasie in elke geval waar enige reddingsoektog of hul daaropvolgende ondersoeke nalatig was en ’n suksesvolle arrestasie en skuldigebevinding van die oortreders aan ernstige misdade uitgebly het. Dus, nieteenstaande die feit dat die polisie moontlik nalatig opgetree het, was daar geen regsplig op hulle wat hulle verbreek het nie, hoofsaaklik omrede die beleidsoorweging dat ’n veelvuldigheid van aksies kan voortvloei indien sodanige regsplig op die staat gelê sou word. Die howe mag dus weier om ’n regsplig op die polisie te plaas om burgers te beskerm as dit tot ’n vloedgolf van litigasie kan lei wat onbeperkte aanspreeklikheid kan veroorsaak (vgl. bv. *Saaiman v Minister of Safety and Security* 2003 3 SA 496 (O) 511–2; *Van Eeden v Minister of Safety and Security (Women’s Legal Centre Trust, as amicus curiae)* 2003 1 SA 389 (HHA) 400; *Minister of Safety and Security v Hamilton* 2004 2 SA 216 (HHA) 236–7; Neethling en Potgieter 2020:84). In hierdie verband word tereg in *Fourway Haulage SA (Pty) Ltd v SA National Roads Agency Ltd* 2009 2 SA 150 (HHA) 161 verklaar dat “liability will more readily be imposed for a single loss of a single identifiable plaintiff occurring but once and which is unlikely to bring in its train a multiplicity of actions”.

Dit is jammer dat die hof slegs die kontroversiële nuwe toets vir onregmatigheid as die redelikheid om die verweerder aanspreeklik te stel, toepas (sien Neethling en Potgieter 2020:83–102 vir kritiek) sonder om na die tradisionele gevestigde *boni mores*-toets te verwys soos die verhoorhof wel gedoen het. Alhoewel daar pogings was om die *boni mores*-toets met die nuwe toets te vervang, het eersgenoemde oorleef en deesdae is die benadering om die twee toetse met mekaar te versoen (sien Neethling en Potgieter 2020:202–6). Interessant genoeg, het die

iniseerder van die nuwe toets, Fagan (2018:viii–ix, 246 e.v.) self bedenkinge daarvoor begin kry. Hy gee toe dat die “original analysis was in some respects simplistic” en dat hy nou “less confident [is] that the analysis got it entirely right” (sien ook Neethling en Potgieter 2020:95 vn. 363).

’n Punt van kritiek teen die nuwe benadering wat hier geopper kan word, is dat aanspreeklikheid vir skadeveroorsoaking nie net van die aanwesigheid van onregmatigheid afhanklik is nie maar van die bestaan van ’n delik (of onregmatige daad), dit wil sê, van die aanwesigheid van al die delikselemente. Regtens sal dit dus slegs “redelik” wees om ’n persoon vir skade aanspreeklik te stel waar hy ’n delik gepleeg het. Omgekeerd is dit onredelik om ’n persoon aanspreeklik te stel waar enige van die delikselemente, naamlik die handeling, kousaliteit, onregmatigheid, skuld of skade, ontbreek (sien Neethling en Potgieter 2020:95–7; sien ook Ahmed 2019:257–8).

2.4 Kousaliteit

Met betrekking tot oorsaaklikheid pas beide howe die *conditio sine qua non*-toets vir feitelike kousaliteit en die soepel toets vir juridiese kousaliteit toe (sien oor hierdie toetse Loubser en Midgley 2017:101 e.v., 123 e.v.; Van der Walt en Midgley 2005:276 e.v., 285 e.v.; Fagan 2019:289 e.v.) maar kom net soos by nalatigheid en onregmatigheid tot teenoorgestelde gevolgtrekkings. Die verhoorhof (par. 206) bevestig dat by feitelike kousaliteit die soepel benadering van die Konstitusionele Hof in *Lee* 162 toegepas moet word, te wete dat dit nie gebaseer is op wiskunde, suiwer wetenskap of filosofie nie maar op die gesonde verstand en die praktiese manier waarop die gewone mens se verstand werk teen die agtergrond van alledaagse ervaringe (sien ook *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 6 SA 431 (HHA) 449; Neethling en Potgieter 2020:198). Alhoewel daar ’n debat was of *Lee* die reg oor feitelike kousaliteit verander het (sien *AN v MEC for Health, Eastern Cape* [2019] 4 All SA 1 (HHA) parr. 4–8; Neethling en Potgieter 2020:226 vne. 66–7) het die Konstitusionele Hof in *Mashongwa v Passenger Rail Agency of South Africa* 2016 3 SA 528 (KH) par. 65 beslis dat dit nie die geval is nie.

Regter Sephton (par. 207) pas die gesondeverstand-, praktiese benadering toe waar K moet bewys dat dit meer waarskynlik is as nie dat indien die SAPD nie onregmatig en nalatig opgetree het nie (oftewel “but for” die polisie se onregmatige nalatige gedrag) sy nie haar lyding sou ervaar het nie. Die hof (parr. 225–6) beslis dat K haar van die bewyslas gekwyt het en dat feitelike oorsaaklikheid aanwesig is. Die regter het nie veel aandag aan juridiese kousaliteit gegee nie waar die vraag is of die polisie se nalatige versuim ’n genoegsame noue verband met K se nadeel het dat dit die SAPD toegereken kan word op grond van redelikheid, billikheid en regverdigheid, en of dit nie te ver verwyderd (“too remote”) is nie (Neethling en Potgieter 2020:205–6). Hy (par. 203) kom tot die slotsom:

The omissions of SAPS caused the plaintiff harm and it is my finding that it is sufficiently closely linked to the harm that she suffered. There is no doubt in my mind that, adopting a common sense approach, the plaintiff has discharged the burden of proving that there is a causal link between the omissions of SAPS and harm she has suffered.

Na appèlregter Zondi se beslissing dat onregmatigheid ontbreek het, was dit klinkklaar dat die SAPD nie ’n onregmatige daad begaan het nie en daarmee *cadit quaestio*. Dit maak dus nie sin dat die Hoogste Hof van Appèl (par. 56) nogtans voortgegaan het om te bepaal of die “wrongful”

versuim van die polisie die oorsaak van K se nadeel was nie. Desnietemin, soos die verhoorhof pas die hof (parr. 57–9) die “but for”-toets vir feitelike kousaliteit en die soepel benadering tot juridiese oorsaaklikheid toe. Na oorweging van die feite word bevind (parr. 60–3), dat K haar nie op ’n oorwig van waarskynlikheid in hierdie verband van haar bewyslas gekwyt het nie en dat kousaliteit afwesig is.

Die Hoogste Hof van Appèl (par. 64) beslis gevolglik dat die bevinding van die Hooggeregshof dat nalatigheid, onregmatigheid en kousaliteit bewys is nie deur die feite gestaaf word nie en wys K se eis van die hand.

3. Beslissing van die Konstitusionele Hof

3.1 Inleiding

Ten aanvang beklemtoon waarnemende regter Tlaetsi (parr.1–2) dat daar min dinge is wat belangriker vir vroue is as om vry te wees van die bedreiging van seksuele geweld. Tog is die skrikwekkende realiteit dat ons land vir baie lank reeds deur ’n plaag van geslagsgebaseerde geweld geteister word wat in min ander lande in die wêreld voorkom (sien ook Neethling 2021:172). In hierdie verband verwys die hof na *Tshabalala v S; Ntuli v S* 2020 5 SA 1 (KH) par. 61 waar verklaar word:

Hardly a day passes without any incident of gender-based violence being reported. This scourge has reached alarming proportions. It is sad and a bad reflection of our society that 25 years into our constitutional democracy, underpinned by a Bill of Rights, which places a premium on the right to equality and the right to human dignity, we are still grappling with what is a scourge in our nation.

Regter Tlaetsi (par. 3) vervolg dat die staat (waarvan die SAPD in hierdie verband een van die belangrikste agentskappe is) ’n plig het om veral vroue en kinders teen alle vorme van geslagsgebaseerde geweld te beskerm en redelike stappe moet doen om sodanige geweld te voorkom. Die huidige saak gaan juis oor die vraag of die SAPD in die uitvoering van sy pligte in die omstandighede inderdaad redelike en voldoende stappe gedoen het om die aantasting van K se regte te verhinder. Na die afhandeling van voorafgaande aangeleenthede, fokus die hof (parr. 69 e.v.) op die meriete van K se eis en ondersoek of dit voldoen aan die delikselemente nalatigheid, kousaliteit en onregmatigheid.

3.2 Nalatigheid

Betreffende nalatigheid ten aansien van die polisie se soektog na K, pas die hof (parr. 70–1) in navoring van *Mashongwa* (parr. 40–1; en soos die Hoogste Hof van Appèl hier bo) die toets met betrekking tot staatsorgane (inbegrepe die SAPD) toe:

Crucial to this inquiry is the reasonableness of the steps taken. However, it must be emphasised that owing to the fact that [the SAPS] is an organ of state, the standard is not that of a reasonable person but a reasonable organ of state. Organs of state are in a position that is markedly different from that of an individual. Therefore, it does not

follow that what is seen to be reasonable from an individual's point of view must also be reasonable in the context of organs of state.

Die standaard wat toegepas moet word, is dus nie dié van die redelike persoon nie maar dié van die redelike staatsorgaan. Hierdie benadering is soortgelyk aan dié wat as gevestigde reg op die huidige gebied aanvaar word, te wete dié van die redelike polisiebeampte in dieselfde posisie as die betrokke lid van die SAPD, en nie dié van die redelike gewone persoon nie (sien bv. *Minister of Safety and Security v Carmichele* 2004 3 SA 305 (HHA) 325–7; *Van Duivenboden* 448; *Ntamo v Minister of Safety and Security* 2001 1 SA 830 (TkH) 838–9; sien ook Neethling 2005:587; Neethling en Potgieter 2020:174 vn. 127). Daar word van die redelike staatsorgaan verwag om redelike stappe te doen om die regte in die Handves van Regte te beskerm en in hierdie verband is die beskikbaarheid van hulpbronne 'n belangrike faktor om in ag te neem (*Mashongwa* par. 41).

Regter Tlaletsi (parr. 72–81) stem saam met die Hooggeregshof dat die polisie nalatig was weens hul versuim om aanvanklik 'n basiese soektog te voet te doen. Dit geld ook die polisieman wat met sy hond in die area rondgery het maar nie die duine waar K gevange gehou is, ondersoek het nie, en ook die beampte wat versuim het om die helikopter opdrag te gee om oor daardie plek te vlieg. Indien hierdie stappe gedoen is, kon K waarskynlik baie vroeër gevind gewees het as wat die geval was en kon dit haar baie verdere trauma gespaar het. Hy (par. 74) verklaar:

If the SAPS are not required to act promptly and respond with appropriate seriousness, as they failed to do in this case, then the obligation upon them to protect the public and ensure the safety and security of vulnerable persons becomes hollow and meaningless.

Daar word van SAPD-beamptes verwag om hul beskikbare hulpbronne in te span met die vereiste mate van toewyding, sorg en vaardigheid wat redelikerwys van beamptes in die omstandighede verwag word. Aangesien dit nie hier gebeur het nie, het die Hoogste Hof van Appèl fouteer met sy beslissing dat die optrede van die SAPD met betrekking tot die soektog nie nalatig was nie bloot omrede hulle al die hulpbronne tot hul beskikking gemobiliseer het. Soos regter Tlaletsi (par. 81) egter opmerk: “in the circumstances, it is not the type of the resources that were made available, but how they were used to conduct the search and rescue mission that is important”.

Die hof (parr. 82–96) stem ook saam met die Hooggeregshof dat die verdere ondersoek van die polisie na die verkragting nalatig uitgevoer is, hoofsaaklik om twee redes. Eerstens moes die polisie, soos 'n redelike polisiebeampte sou doen, die sogenaamde “bush dwellers” wat in die omgewing gebly het, in hul soeke na moontlike verdagtes terwyl die misdaad nog vars was, die oggend na die verkragting so gou moontlik aangekeer en ondervra het. Tweedens moes die polisie, welwetend dat die area waar K se voertuig geparkeer was, gedek word deur CCTV-kameras, onmiddellik planne beraam het om die video-opnames in die hande te kry en te bekyk vir moontlike leidrade. In beide gevalle het die polisie nie behoorlik opgetree nie en boonop was hul ondersoek “riddled with material flaws”. Regter Tlaletsi (par. 86) verklaar:

For these reasons, the police investigation was negligent. The police failed to take reasonable measures which were available to them in the circumstances. They furthermore failed to act promptly and expeditiously so as to follow up on any available leads. The investigation was not deficient because it failed to result in a successful

prosecution of the applicant's perpetrators, but because the methodology was flawed; the police failed to act diligently and with the skill required of them by the Constitution.

Die hof (parr. 87–97) verwys ook na internasionale verdrae, met inbegrip van die *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, wat 'n hoë standaard van professionele gedrag by polisie verg, onder andere dat die polisie onverwyld en met bekwame spoed moet optree. Hierdie benadering is baie meer veeleisend as die relatief ontspanne benadering van die Hoogste Hof van Appèl ten aansien van die huidige aangeleentheid. Soos vroeër gestel, het dié hof bevind dat bloot omdat die polisie alle beskikbare hulpbronne gemobiliseer het, hulle hul grondwetlike verpligtinge nagekom het. Volgens regter Tlaletsi is die strenger standaard van die internasionale reg egter meer in ooreenstemming met die positiewe verpligting om geslagsgebaseerde geweld te beveg wat deur die Konstitusionele Hof in *Carmichele* daargestel is. Hy (par. 95) kom tot die volgende slotsom:

Therefore, the police are under a duty to act promptly and expeditiously, and they must furthermore take all reasonable measures which are available to them in the circumstances. It is not sufficient that they mobilise the resources at hand; they must also deploy those resources diligently and effectively. They must act with haste, they must take appropriate steps to secure the available evidence, including eyewitness accounts, potential leads and suspects, and they must subject relevant evidence to forensic analysis. They must never act in a cavalier manner or display indifference to the plight of women in the position of the applicant.

3.3 Kousaliteit

Vervolgens fokus die hof (parr. 97 e.v.) op die vraag of die nalatige optrede van die SAPD die feitelike en juridiese oorsaak van die K se nadeel was. Wat feitelike kousaliteit betref, verwys regter Tlaletsi (par. 99) na *Lee* (par. 56) waar die hof beklemtoon dat die “but for”-toets immer soepel is en “does not require proof equivalent to a control sample in a scientific investigation”. Indien dit wel vereis sou word, sou dit tot die onaanvaarbare situasie lei dat dit feitlik onmoontlik sou wees vir oorlewendes van geslagsgebaseerde geweld om die polisie aanspreeklik te hou vir die sekondêre trauma wat hulle verduur weens enige nalatigheid aan die kant van die polisie. Die regter (par. 109) verklaar dat die toets vir kousaliteit is of, “but for” die nalatige optrede van die polisie, K nadeel sou gely het. Volgens hom bevestig die deskundige getuienis dat die lates van die SAPD *in casu* materieel bygedra het tot K se nadeel. Hy verwys dan na *Van Duivenboden* (par. 26) (sien ook *Lee* par. 41) waar die hof verklaar:

[A] plaintiff is not required to establish a causal link with certainty, but only to establish that the wrongful conduct was probably a cause of the loss, which calls for a sensible retrospective analysis of what would probably have occurred, based upon the evidence and what can be expected to occur in the ordinary course of human affairs rather than metaphysics.

Wat die hof te doen staan, is om sy bes te doen met die getuienis wat voorhande is en dan kousaliteit te bepaal deur 'n afweging daarvan waar gesonde verstand die deurslag moet gee. In hierdie opsig het die Hoogste Hof van Appèl dus fouteer deur te bevind dat geen kwantifiseerbare psigiatriese verlies spesifiek daaraan toegeskryf kan word indien K vroeër gevind sou word nie. Die deskundiges was dit egter eens dat “the [applicant]’s subjective experience of the quality of the SAPS investigation contributes to, maintains and aggravates

the psychiatric illness” (par. 111). Op grond hiervan is regter Tlaetsi (par. 112) tevrede “that the negligent omissions of the SAPS, outlined above, made a material contribution to the applicant’s psychopathology and were therefore a factual cause of the harm she suffered. As the High Court correctly found, it is not necessary to scientifically quantify the measure of damage suffered as a result of the negligent search and investigation”.

Met betrekking tot juridiese oorsaaklikheid volg die hof (parr. 113–4) die benadering van die Konstitusionele Hof in *Mashongwa* (par. 68), te wete dat deliktuele aanspreeklikheid nie onbegrens kan wees nie maar beperk moet word. Die toerekening van aanspreeklikheid hang daarvan af of die skadelike gedrag te ver verwyder van die gevolg is, dan wel of dit nou genoeg daarmee verbind is. In laasgenoemde verband behoort aanspreeklikheid net aan die dader toegereken te word indien beleidsoorwegings gegrond op die norme en waardes van die Grondwet asook geregtigheid op die redelikheid daarvan dui om aanspreeklikheid aan die dader toe te reken. Toegepas op die feite *in casu*, bevind regter Tlaetsi (par. 114) dat daar ’n genoegsame noue verband tussen die nalatige optrede van die polisie en K se trauma was en dat dit bygevolg nie te ver verwyderd was om deliktuele aanspreeklikheid te vestig nie. Hierdie slotsom word gesteun deur die beleidsoorweging dat die Konstitusionele Hof hom al baie sterk daarvoor uitgespreek het dat alle sektore van die samelewing die plaag van geslagsgebaseerde geweld moet bestry.

Hieruit blyk duidelik dat die hof die nou reeds gevestigde soepel benadering tot juridiese kousaliteit volg (sien hieroor o.a. *S v Mokgethi* 1990 1 SA 32 (A) 40–1; *Smit v Abrahams* 1994 4 SA 1 (A) 15; en in die algemeen Neethling en Potgieter 2020:233 e.v.; Loubser en Midgley 2017:125–8; Van der Walt en Midgley 2016:286-7; Fagan 2019:339 e.v.). In *Premier of the Western Cape Province v Loots NO*[2011] JOL 27067 (HHA) par. 17 (sien Potgieter 2017:975 e.v. vir ’n bespreking van hierdie beslissing) word verklaar:

In accordance with the flexible test, issues of remoteness are ultimately determined by broad policy considerations as to whether right-minded people, including judges, would regard the imposition of liability on the defendant for the consequences concerned as reasonable and fair.

Die bestaande juridiese kousaliteitsmaatstawwe (soos “direct consequences” en redelike voorsienbaarheid) kan nietemin wel ’n bykomende rol by die bepaling van juridiese kousaliteit speel. In hierdie verband is dit interessant om daarop te let dat die hof in *K*, niteenstaande die feit dat die respondente (par. 113) aangevoer het “that the officers could not reasonably have foreseen that their omissions would have resulted in the applicant’s trauma”, glad nie na die toepaslikheid van redelike voorsienbaarheid as juridiese kousaliteitsmaatstaf verwys nie. Dit kom heeltemal tereg voor aangesien die toepassing daarvan kon lei tot die onbillike resultaat dat juridiese kousaliteit (en deliktuele aanspreeklikheid) dan afwesig sou wees. Hierdie standpunt word bevestig in *Cape Empowerment Trust Limited v Fisher Hoffman Sithole* 2013 5 SA 183 (HHA) 198 waar die hof verklaar dat die soepel benadering 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 nadeel ’n redelik onvoorsienbare gevolg van die handeling was (soos die respondente in *K* beweer), soepelheid die hof in staat sou kon stel om aanspreeklikheid te erken indien die resultaat so onregverdig of onbillik sou blyk te wees dat dit as onhoudbaar beskou kan word (vgl. Neethling en Potgieter 2020:236; sien veral Potgieter 2017:975 e.v. oor deliktuele aanspreeklikheid vir onvoorsienbare gevolge van nalatige optrede).

3.4 Onregmatigheid

Ten einde die kwessie van onregmatigheid te bereedder, behandel regter Tlaletsi (parr. 115 e.v.) eerstens die vraag of die SAPD 'n regsplig teenoor K verbreek het. Volgens hom (par. 117) hang die vraag of 'n nalatige late of versuim onregmatig is, van die regsoortuiging van die gemeenskap soos toegelig deur grondwetlike waardes af. Wesentlik word hier gevra na die redelikheid om die verweerder aanspreeklik te stel. Dit is verblydend dat die hof die tradisionele *boni mores*-toets vir onregmatigheid en die nuwe toets as die redelikheid om die verweerder aanspreeklik te stel as 't ware onder dieselfde sambreel benut om onregmatigheid te bepaal. Hierdie harmonieuse vervlegting van die twee toetse word reeds in 'n hele aantal beslissings van die Konstitusionele Hof toegepas (sien bv. *Loureiro v Invula Quality Protection (Pty) Ltd* 2014 3 SA 394 (KH) 410; *Country Cloud Trading CC v MEC, Department of Infrastructure Development, Gauteng* 2015 1 SA 1 (KH) par. 21; *H v Fetal Assessment Centre* 2015 2 SA 193 (KH) 216; *Oppelt v Head: Health, Department of Health Provincial Administration: Western Cape* 2016 1 SA 325 (KH) 343–4; sien vir besonderhede Neethling en Potgieter 2017:97 e.v.; Neethling en Potgieter 2020:102–6). Voorts verklaar hy (par. 117) dat die beklemtoning in *Carmichele v Minister of Safety and Security (Centre for Applied Legal Studies Intervening)* 2001 4 SA 938 (KH) par. 62 van die verpligting van die SAPD om doeltreffende stappe te doen om alle vorme van geslagsgebaseerde diskriminasie uit te roei, 'n relevante oorweging by die vraag na onregmatigheid is. Hy vervolg:

That gender-based violence constitutes one of the most pernicious and systematic forms of discrimination against women in our society is beyond dispute. Gender-based violence sustains women's subordination in society and imperils the constitutional values of human dignity, freedom, substantive equality, and the establishment of a non-sexist society.

Om geslagsgebaseerde geweld te voorkom, is volgens die hof (par. 122) 'n openbare beleids-oorweging. Dit is ten onregte nie deur die Hoogste Hof van Appèl in ag geneem by sy beoordeling van onregmatigheid nie.

Die hof (par. 118) is van oordeel dat die SAPD sy statutêre en grondwetlike pligte teenoor K verbreek het. Die versuim om die pligte na te kom, was nie gering nie maar “*serious and significant*” en moet daarom gedingsvatbaar wees. Hierdie benadering word ondersteun deur die Engelse Supreme Court in *Commissioner of Police of the Metropolis v DSD* [2018] UKSC 11 (*DSD*) wat die belangrikheid beklemtoon van die positiewe verpligting wat op die polisie rus om die publiek te beskerm teen benadeling en die aantasting van hul regte ingevolge die Europese Konvensie. Hierby sluit die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl in *Van Duivenboden* parr. 19, 44 ook aan waar uitgewys word dat die staat 'n positiewe verpligting het om die regte in die Handves van Regte te respekteer, beskerm, bevorder en verwesenlik. Regter Tlaletsi (par. 120) besluit gevolglik: “As such, the imposition of liability could rather be seen as an accountability enhancing measure.”

Hierteenoor het die respondent (par. 116) aangevoer dat die oplegging van aanspreeklikheid op die SAPD in hierdie omstandighede 'n dempende effek op die uitvoering van hul pligte sou hê aangesien enige fout tydens 'n soektog of ondersoek, hoe gering ook al, tot aanspreeklikheid sou lei. Die hof (par. 121) stem egter nie saam nie. Soos die Hooggeregshof is regter Tlaletsi van mening dat om die polisie nie aanspreeklik te hou nie, eerder 'n dempende effek sal hê op die vermoë van oorlewendes van geslagsgebaseerde geweld om hul regte te laat geld en die

SAPD aanspreeklik te hou vir enige sekondêre veronregting wat dit veroorsaak het. Anders as wat die Hoogste Hof van Appèl (parr. 54–5) te kenne gee, sal die “imposition of liability in these circumstances ... also not open the floodgates, because any potential applicant would still have to satisfy all the elements of delictual liability, and this would be dependent on the facts of each case”. Maar meer nog (par. 122), om die SAPD verantwoordbaar te hou vir hul benede-standaard-soeke en -ondersoek, kan net die doeltreffendheid en kwaliteit van hul werk verbeter, en die publiek se vertroue in hul vermoë om hul grondwetlike verpligtinge na te kom, vergroot.

Op grond van al die bostaande oorwegings, beslis regter Tlaetsi (par. 123) dat die SAPD onregmatig opgetree het.

3.5 Slotsom

Die appèl van K teen die beslissing van die Hoogste Hof van Appèl slaag dus en die beslissing van die Hooggeregshof word in beginsel bekragtig. Die beslissing van die Konstitusionele Hof verdien instemming.¹ Die weldeurdagte, goedberedeneerde en oortuigende uitspraak stel duidelike riglyne in ons grondwetlike bedeling daar vir die aanspreeklikheid van die SAPD weens nalatige ondersoeke na verkragting.

4. Samevatting

Samevattend kan verklaar word dat die Hooggeregshof, die Hoogste Hof van Appèl en die Konstitusionele Hof bevestig dat ten einde te slaag, K al vyf elemente van ’n delik moet bewys, te wete die handeling, onregmatigheid, nalatigheid, kousaliteit en nadeel. Vir huidige doeleindes is op onregmatigheid, nalatigheid en kousaliteit gefokus. Al die beslissings word ingelei deur eers vas te stel of die polisie nalatig opgetree het omdat dit die gerieflikste was om dit so te doen. Nalatigheid word deur middel van die redelike polisiebeampte in die verhoorhof en die redelike staatsorgaan in die appèlhof en die Konstitusionele Hof toegepas. Daar word aan die hand gedoen dat alhoewel hierdie beskrywings verskil, hulle dieselfde standaard van die redelike polisedeskundige weerspieël. Na ’n deeglike ondersoek van die feite en getuienis deur al drie houe kom hulle tot verskillende gevolgtrekkings – die verhoorhof en die Konstitusionele Hof bevind dat die polisie grof nalatig was, terwyl die appèlhof beslis dat die polisie redelik opgetree het. Aangesien nalatigheid volgens hierdie hof ontbreek het, was daar geen sprake van ’n delik nie en bygevolg geen aanspreeklikheid nie. Dit maak daarom geen sin dat dié hof voortgegaan het om ook die vraag na onregmatigheid te ondersoek nie.

Betreffende onregmatigheid is die kernvraag of die polisie ’n regsplig gehad het om K se benadeling te voorkom. Die verhoorhof pas die tradisionele *boni mores*-toets toe en bevind dat die polisie wel bedoelde regsplig gehad het wat hulle verbreek en daarom onregmatig opgetree het. Daarenteen volg die Hoogste Hof van Appèl die omstrede nuwe benadering deur te vra na die redelikheid om die polisie aanspreeklik te stel. Dié hof bevind dat onregmatigheid ontbreek omrede die toestaan van die eis tot ’n veelvuldigheid van aksies kon lei wat beleidsgewys onaanvaarbaar sou wees weens die swaar las wat dit op die polisie kon plaas. Die Konstitusionele Hof het egter nie saamgestem nie. Die hof bevind, deur sowel die *boni mores*-toets as die redelikheid om aanspreeklikheid te vestig-toets toe te pas, dat die SAPD onregmatig opgetree het, en wel om die volgende redes: die appèlhof het nie die grondwetlike plig om

K teen geslagsgebaseerde geweld te beskerm, oorweeg nie; die SAPD het sy statutêre en grondwetlike verpligtinge teenoor K op 'n ernstige en beduidende wyse verbreek; die aanspreeklikstelling van die SAPD sou nie 'n dempende effek op die aktiwiteite van die polisie hê nie en ook nie die vloedsluise vir eise teen die polisie oopmaak nie aangesien elke eis steeds aan al die elemente van deliktuele aanspreeklikheid sou moes voldoen; om aanspreeklikheid te ontken, sou eerder 'n dempende effek op die vermoë van oorlewende slagoffers van geslagsgebaseerde geweld hê om hul regte te vindikeer; laastens sou die aanspreeklikstelling van die polisie vir hul benede-standaard-soeke en -ondersoeke die doeltreffendheid en kwaliteit van hul werk verbeter, asook openbare vertroue verskerp in hul vermoë en verbintenis om hul grondwetlike verpligtinge na te kom.

Met betrekking tot oorsaaklikheid pas die drie howe die *conditio sine qua non*-toets vir feitelike kousaliteit en die soepel toets vir juridiese kousaliteit toe en kom net soos by nalatigheid en onregmatigheid tot teenoorgestelde gevolgtrekkings.

Soos gestel, verdien die oortuigende beslissing van die Konstitusionele Hof volle instemming.

Bibliografie

- Ahmed, R. 2019. The historical development of the concept 'reasonableness' in the law of delict. *Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 82(2):257–66.
- Fagan, A. 2018. *Undoing delict*. Claremont: Juta.
- . 2019. *Aquilian liability in the South African law of delict*. Claremont: Juta.
- Loubser, M. en R. Midgley. 2017. *The law of delict in South Africa*. 3de uitgawe. Kaapstad: Oxford University Press.
- Neethling, J. 2005. Delictual protection of the right to bodily integrity and security of the person against omissions by the state. *South African Law Journal*, 122(3):572–90.
- . 2021. Liability of police for investigation of rape. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 1:171–84.
- Neethling, J. en J.M. Potgieter. 2017. Aanspreeklikheid *ex delicto* weens 'n late: harmonieuse vervlegting van uiteenlopende benaderings. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 5:97–110.
- . 2020. *Law of delict*. 8ste uitgawe. Durban: LexisNexis.
- Potgieter, J.M. 2017. Deliktuele aanspreeklikheid vir onvoorsienbare gevolge van mediese nalatigheid. *LitNet Akademies*, 14(3):975–93.
- Van der Walt, J.C. en J.R. Midgley. 2016. *Principles of delict*. 4de uitgawe. Durban: LexisNexis.

Eindnota

¹ Regters Theron en Majiedt het met die meerderheidsbeslissing van regter Tlaletsi saamgestem, maar bykomende redes vir die beslissing verskaf. Waarnemende regter Pillay, met wie regters Mogoeng en Jafta saamgestem het, het egter 'n afwykende uitspraak gelever en bevind dat die SAPD se optrede nie onregmatig was nie. Weens 'n lengtebeperking word nie verder op hierdie uitsprake ingegaan nie.