DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL VAN SUID-AFRIKA

UITSPRAAK

RAPPORTEERBAAR
Saaknommer: 861/2011

In die saak tussen:

DIE MINISTER VAN POLISIE	**APPELLANT**
en	
FREDERIK BAREND VAN DER VYVER	**RESPONDENT**

Neutrale sitering:	*Die Minister van Polisie v Van der Vyver* (861/2011) [2013] ZASCA 39 (28 Maart 2013).
Coram:	Brand, Leach, Theron, Majiedt en Pillay ARR
Aangehoor:	**7 March 2013**
Gelewer:	**28 March 2013**

Samevatting: **Kwaadwillige vervolging – aksie gebaseer op twee onjuiste verklarings deur lede van die SAPD – ten aansien van eerste verklaring – bevind dat kousale verband tussen verklaring en respondent se vervolging nie bewys is nie – ten aansien van tweede verklaring bevind dat *animus iniuriandi* nie bewys is nie – grondwetlike eis vir skadevergoeding ook onsuksesvol.**

BEVEL

Op appèl van: Wes-Kaapse Hooggeregshof, Kaapstad (Veldhuizen R as hof van eerste instansie):

1. Die appèl slaag met koste insluitende die koste van twee advokate.
2. Die bevel van die hof a quo word ter syde gestel en vervang met die volgende:

   'Eiser se eis word van die hand gewys met koste, insluitende die koste van twee advokate en die kwalifiserende gelde van Dr L Liebenberg, mnr F Maritz en mnr J A Bierman.'

UITSPRAAK

BRAND AR (LEACH, THERON, MAJIEDT en PILLAY ARR stem saam):

[1] Hierdie saak het van meet af aan die openbare mening aangegryp, waarskynlik omdat 'n jong lewe wat soveel belofte ingehou het so wreed, tragies en sinneloos beëindig is, en die impak op 'n ander jong lewe, synde dié van die respondent, so ingrypend was. Op 16 Maart 2005 is mej Inge Lotz (die oorledene), 'n jong honneursstudent, op brutale wyse in haar woonstel op Stellenbosch aangeval en gedood. Op 15 Junie 2005 is die respondent, wat in 'n vaste verhouding met die oorledene was, in hegtenis geneem op aanklag dat hy die moordenaar was. Op dieselfde dag is hy op borgtog vrygelaat. Verskeie versoeke van die respondent se regsverteenwoordigers aan die Direkteur van Openbare Vervolging, Wes-Kaap (DOV) om die aanklagte te laat vaar, was vrugteloos. Gevolglik is die respondent op 12 Februarie 2007 voor Van Zyl R en twee assessore van moord aangekla. Die verhoor het met onderbrekings voortgeduur tot 29 November 2007 op welke datum die respondent onskuldig bevind is.

[2] Voortspruitend hieruit het die respondent die appellant as Minister verantwoordelik vir die Suid-Afrikaanse Polisiediens (die SAPD), in die Wes-Kaapse Hooggeregshof, Kaapstad aangespreek vir skadevergoeding op grond van kwaadwillige vervolging. By die aanvang van die verhoor het Veldhuizen R op versoek van beide partye gelas dat die geskilpunte rakende die appellant se aanspreeklikheid op die meriete ter aanvang bereg moes word, terwyl die kwantum van respondent se beweerde skade sou oorstaan vir latere beregting. Aan die einde van die aanvanklike verhoor het Veldhuizen R die meriete in die guns van die respondent beslis. Bygevolg het hy gelas dat die appellant aanspreeklik is vir sodanige skade as wat die respondent mag bewys voortgevloei het uit sy vervolging. Die huidige appèl teen hierdie beslissing is met die verlof van hierdie hof. Geriefshalwe verwys ek vervolgens na die verrigtinge voor Van Zyl R as 'die strafsaak' en na dié voor Veldhuizen R – wat aanleiding gegee het tot die onderhawige appèl – as 'die siviele saak'.

[3] As basis vir sy bewering dat die polisie kwaadwillig die vervolging teen hom aangestig het, het die respondent in sy besonderhede van vordering gesteun op beweerde opsetlike wanvoorstellings deur lede van die SAPD teenoor die DOV met verwysing na drie aspekte, synde:

(a) Die voorwerp waarvan 'n vingerafdruk van die respondent afkomstig was.

(b) Die voorwerp waarmee die noodlottige kopwonde aan die oorledene toegedien is.

(c) Die verbintenis tussen 'n bloedmerk op die oorledene se badkamervloer en 'n sportskoen van die respondent.

[4] Die geskilpunte voortspruitend uit hierdie bewerings is beter verstaanbaar teen die agtergrond van die onderliggende feite waarvan ek vervolgens 'n beknopte uiteensetting gee. In die vroeë oggendure van 17 Maart 2005 is die liggaam van die oorledene in haar woonstel aangetref. Volgens alle aanduidings het sy gesterf in 'n gewelddadige aanval waarin sy verskeie wonde toegedien is, veral aan haar kop en haar bors. In teenstelling met hierdie brutale geweld het sy blykbaar onmiddellik voor die aanval op haar rusbank gesit en na 'n Digitale Videoskyf (algemeen bekend, ook in Afrikaans, as 'n DVD) op haar televisie gekyk. Daar was geen tekens van gedwonge toegang tot die oorledene se

woonstel nie. Sy was geklee in 'n bloes en 'n klein slaapbroekie. Hieruit is die afleiding gemaak dat sy haar aanvaller goed geken het, omdat sy die persoon moes binnegelaat het terwyl sy skamel gekleed was en daar rustig voortgegaan het om na ‘n DVD te kyk. Daar was niks uit die woonstel vermis nie. Artikels van waarde soos 'n skootrekenaar en 'n selfoon is oop en bloot in die woonstel aangetref. Die enigste vermiste items was 'n mes en 'n afstandbeheerder wat die aanvaller nodig gehad het om die woonstelkompleks te verlaat. Dit het die afleiding laat ontstaan dat roof nie die oogmerk van die aanval was nie. Gedurende die vroeë oggendure van 17 Maart 2005, pas nadat die liggaam van die oorledene aangetref is, het 'n span ondersoekers van die Plaaslike Kriminele Rekordsentrum (PKRS) van die Paarlse Polisie die misdaadtoneel ondersoek. In die proses het een van die lede van die span, konstabel Swartz, volgens sy getuienis, met twee folienstrokies, vingerafdrukke gelig van 'n DVD-houer (folien 1) en 'n drinkglas (folien 2) wat in die oorledene se woonstel was.

[5] Bykans 'n maand later, op 12 April 2005, is vingerafdrukke van die respondent en sy vriende geneem. Dit was 'n roetine-prosedure wat vir doeleindes van uitskakeling beoog is. Later daardie dag is egter vasgestel dat die respondent se vingerafdrukke ooreenstem met ‘n vingerafdruk op folien 1 wat, volgens konstabel Swartz, van die DVD-houer afkomstig was. Indien Swartz se weergawe waar was, sou dit beteken dat die respondent in die oorledene se woonstel was na 3 nm van 16 Maart 2005 omdat dit die tyd was toe sy die DVD by ‘n videowinkel op Stellenbosch gehuur het. Dit sou fataal wees vir die respondent se alibi. Hiervolgens het hy gedurende die oggend van 16 Maart 2005 van die oorledene afskeid geneem en toe, nadat hy 'n klas bygewoon het by die universiteit, na sy werkplek by Ou Mutual in Pinelands, Kaapstad, vertrek waar hy die res van die dag deurgebring het. Gevolglik het hy, volgens hom, die oorledene nooit weer lewend gesien nie. Op 14 April 2005 het konstabel Swartz onder eed bevestig dat hy die betrokke vingerafdruk van die DVD-houer gelig het. Van toe af het hierdie vingerafdruk 'n sentrale rol in die polisieondersoek teen die respondent gespeel. Onder meer is hierdie getuienis aangevoer ter ondersteuning van 'n aansoek vir 'n lasbrief ter deursoeking van die respondent se woonplek, sy kantoor en sy voertuig, waaraan uitvoering gegee is op 15 April 2005. Klaarblyklik het die vingerafdruk ook 'n belangrike rol gespeel in die

daaropvolgende verkryging van 'n lasbrief vir die respondent se arrestasie op 15 Junie 2005.

[6] Na die respondent se arrestasie het sy regsverteenwoordigers egter die kwessie van hierdie vingerafdruk opgeneem met die twee advokate in diens van die DOV, Theunissen en Van der Vijver, aan wie die respondent se vervolging opgedra is. In besonder is dit onder die aandag van die twee staatsadvokate gebring dat die respondent die opinie ingewin het van vingerafdrukdeskundiges waarvolgens die betrokke vingerafdruk nie van ‘n DVD nie, maar inderwaarheid van 'n drinkglas afkomstig was. Dit het die twee staatsadvokate genoop om senior forensiese deskundiges in die polisie te raadpleeg. Twee van hulle was van oordeel dat die respondent se vingerafdruk tog moontlik van ‘n DVD-houer gelig is. Op 12 Desember 2006 het senior superintendent R D Dixon van die SAPD egter onder eed verklaar dat die respondent se vingerafdruk op folien 1, na sy mening, afkomstig was van ‘n drinkglas en nie van ‘n DVD-houer nie. Sy mening was voorts dat die vingerafdruk moontlik gelig is van ‘n drinkglas wat in die oorledene se woonstel aangetref is. Hieruit voortspruitende het die DOV op 13 Desember 2006 die volgende brief aan die respondent se regsverteenwoordigers gerig:

‘Ek bevestig hiermee dat die Staat nie meer van voorneme is om voort te gaan met die getuienis rondom u kliënt se beweerde vingerafdruk op die DVD-omslag nie.
Aangeheg die verslag van Senior Superintendent Dixon vir u aandag . . .. ’

[7] Volgens alle redelike verwagting sou dit die einde wees van die hele sage rondom die vingerafdruk. Die respondent se regsverteenwoordigers het egter in die strafsaak die houding ingeneem dat hierdie toegewing deur die Staat hulle nie daarvan weerhou het om getuienis oor die fabrisering van die vingerafdruk aan te bied nie omdat dit ‘die Staat se saak teen hom besmet’ het. As teenvoeter was die Staat toe verplig om volledige getuienis oor die onderwerp in die strafsaak aan te bied ten einde bewerings van *mala fides* aan die kant van die polisiebeamptes te weerlê. Aan die einde van die strafsaak het die hof by monde van Van Zyl R bevind dat die folien 1 onmoontlik van 'n DVD-houer afkomstig kon wees. Terselfdertyd het die hof egter ook bevind dat daar ‘nie genoeg getuienis voor hierdie hof [geplaas is] om met enige sekerheid te bevind dat dit aan

opsetlike optrede deur die polisie te wyte was nie. Dit mag trouens die gevolg gewees het van nalatigheid of [blote] onbevoegdheid'.

[8] In die siviele saak het die respondent weereens die verhoorhof probeer oortuig dat die verkeerde stellings rondom die oorsprong van die gewraakte vingerafdruk nie aan blote nalate of onbevoegdheid te wyte was nie, maar aan 'n bedrieglike poging deur die polisie om te mislei, welke poging sy vervolging aangestig het. Die verhoorhof het egter hierdie geskilpunt ten gunste van die appellant beslis. Die *ratio decidendi* skyn in die volgende aanhaling uit die hof se uitspraak opgesluit te wees:

'Konstabel Swartz het gedurende Oktober 2000 by die SAPD aangesluit. In 2003 het hy 'n basiese opleidingskursus, wat onder andere ingesluit het die lig van vingerafdrukke, voltooi. Hy het die kursus geslaag en het toe werk gedoen as 'n vingerafdrukondersoeker maar was nie 'n vingerafdrukdeskundige nie. Hy was nie gemoeid met die vergelyking van vingerafdrukke nie, dit was die taak van die vingerafdrukdeskundiges.

Voor hierdie hof het konstabel Swartz (tans 'n sersant) getuig dat hy steeds oortuig is dat hy folien 1 van die DVD-houer gelig het. Hy het egter toegegee dat 'n fout kon ingesluip het en dat hy hom mag vergis het. Hy was 'n onindrukwekkende getuie. Hy was ontwykend en vaag. Hy het ook teenstrydige getuienis gelewer oor onder andere hoe en waar hy die vingerafdrukke gelig het en wie teenwoordig was tydens die ondersoek in die woonstel. Dit is tog van belang dat, op die stadium toe hy verklaar het dat folien 1 van die DVD-houer gelig is, hy nie geweet het of kon geweet het dat dit van belang is of die vingerafdruk van die drinkglas of van die DVD-houer afkomstig is nie. Dat hy nalatig of selfs roekeloos was staan vas. Maar na my mening, selfs inaggenome sy swak getuienis, is die afleiding dat hy in dié opsig leuenagtig was en met *animus injuriandi* opgetree het nie geregverdig nie.'

[9] Desnieteenstaande het die respondent op appèl volgehou met sy argument gebaseer op die vingerafdruk. Ek kom hierby terug. Vir die huidige gaan ek egter voort met die kroniek van die agtergrondfeite. Soos ek ter inleiding gesê het, het die tweede been van die respondent se saak berus op polisieverklarings aangaande die voorwerp waarmee die noodlottige kopwonde aan die oorledene toegedien is. In die verband het ek vroeër verwys na die lasbrief vir die deursoeking van die respondent se woonstel, sy kantoor en sy voertuig wat uitgevoer is op 15 April 2005. Tydens die deursoeking van die respondent se voertuig is onder meer 'n ornamentele hamer onder die sitplek

gevind. Die vermoede het by die polisie ontstaan dat dit moontlik die moordwapen was. By die ondersoek van hierdie moontlikheid het kaptein Maritz, sekere proefnemings gedoen. As deel van sy saak het die respondent aangevoer dat kaptein Maritz in sy verslag oor hierdie proefnemings opsetlike onwaarhede verkondig het wat tot aanstigting van die vervolging gedien het. Die slotsom waartoe kaptein Maritz egter aan die einde van sy verslag gekom het, was slegs dat hy nie die ornamentele hamer as moordwapen kon uitsluit nie. In hierdie lig was die verhoorhof se beslissing, in wese, dat hierdie neutrale slotsom nie bydraend kon wees tot die respondent se vervolging nie. Hierdie bevinding deur die verhoorhof, ten gunste van die appellant, is nie deur die respondent op appèl aageveg nie. Gevolglik kan ek die hele kwessie van die hamer met vrymoedigheid daar laat.

[10] Dit bring my dan by die derde been van die respondent se saak wat gebaseer is op die verbintenis tussen 'n bloedmerk op die oorledene se badkamervloer en die respondent se skoen. Die verloop van gebeure wat hiertoe gelei het, was in die breë soos volg: tydens die polisieondersoek in die woonstel van die oorledene gedurende die vroeë ure van 17 Maart 2005, is 'n bloedmerk op die badkamervloer deur die polisie waargeneem en gefotografeer. Op 15 April 2005 is by die deursoeking van die respondent se woonstel – waarna ek vroeër verwys het – beslag gelê op 'n paar manssportskoene. Die skoene is in die forensiese laboratorium van die polisie vir bloed getoets, maar die uitslag van die toets was negatief. Superintendent B S Bartholomew van die PKRS in Kaapstad het egter die skoene verder ondersoek en onder meer die sole onder 'n mikroskoop bekyk. Aan die hand van hierdie ondersoek het Bartholomew tot die slotsom gekom dat sandkorreltjies onder die regterskoen ooreengestem het met wit kolletjies op die foto's van die bloedmerk in die oorledene se badkamer en dat die respondent se skoen gevolglik met die bloedspoor verbind kon word. Hieroor was die ondersoekspan van die polisie uiteraard baie opgewonde. Dit het immers die respondent tydens die aanval op die oorledene in haar woonstel geplaas. Ander polisiedeskundiges in Kaapstad het egter koue water op die entoesiasme gegooi deur die mening uit te spreek dat Bartholomew se gevolgtrekkings geen steek hou nie.

[11] In 'n poging om stawing vir sy gevolgtrekking te kry, is Bartholomew toe na die hoofkantoor van die polisie se forensiese afdeling in Pretoria. Daar het hy die aangeleentheid bespreek met die nasionale bevelvoerder van die forensiese afdeling, kommissaris Du Toit, sy tweede in bevel, direkteur Vorster en nog 'n lid van die nasionale ondersoekspan. Hy het aan hulle sy waarnemings en sy gevolgtrekking, dat die bloedmerk deur die respondent se skoen veroorsaak is, in besonderhede verduidelik. Nie een van hierdie deskundiges het egter met hom saamgestem nie; inteendeel, aldrie van hulle was onomwonde die mening toegedaan dat die bloedmerk nie met die skoen verbind kon word nie. By sy terugkoms in Kaapstad het Bartholomew hierdie verwikkelinge aan sy seniors in die polisie sowel as die betrokke advokate in die kantoor van die DOV oorgedra. Bartholomew het egter nie so maklik bes gegee nie. As deel van sy verdere soeke na stawing vir sy mening, het hy 'n gesaghebbende werk oor skoenafdrukke deur 'n internasionaal erkende Amerikaanse deskundige, mnr W J Bodziak, geraadpleeg. Toe hy niemand hier te lande kon vind wat met sy mening saamstem nie, het Bartholomew vervolgens verlof verkry om Bodziak in die Verenigde State te besoek in 'n verdere poging om steun vir sy standpunt te werf. Tydens hul ontmoeting, wat plaasgevind het op 30 Junie 2006, het Bartholomew sy waarnemings en sy gevolgtrekking breedvoerig aan Bodziak verduidelik.

[12] Bodziak is later in sowel die strafsaak as die siviele saak namens die respondent as getuie geroep. Volgens sy getuienis, wat deur beide howe aanvaar is, het hy dit aan Bartholomew in geen onsekere terme oorgedra dat hy nie enige verbintenis tussen die skoen en die bloedmerk kon sien nie. Ter motivering van hierdie standpunt het Bodziak verduidelik dat wanneer 'n merk met 'n voorwerp, soos 'n skoen, vergelyk word, daar in die eerste plek bepaal moet word of die voorwerp ooreenstemmende klaseienskappe, soos skoengrootte, soolpatroon ensovoorts met die merk toon. Indien nie, is dit die einde van die ondersoek. Waar die klas eienskappe wel ooreenstem, word gesoek vir unieke eienskappe wat die besondere skoen van ander skoene in dieselfde klas onderskei. Volgens Bodziak het hy dit aan Bartholomew gestel dat hy nóg enige klaskenmerke, nóg enige unieke ooreenkomste tussen die bloedmerk en die skoen kon vind. Nietemin het Bodziak in sy mening volhard dat daar wel ooreenstemmende klaseienskappe was. Vir die unieke kenmerke het hy

gesteun op die sandkorreltjies in die skoen wat hy verbind het met wit kolletjies op die foto's van die bloedsmeer. Volgens Bodziak het hy dit egter aan Bartholomew duidelik gemaak dat die sandkoreltjies na sy mening te diep in die groef van die skoen se sool vasgesit het om die wit kolletjies in die bloedsmeer te veroorsaak. Tydens Bartholomew se besoek aan Bodziak het die twee van hulle by wyse van proefneming vasgestel dat, hoe hard ook al op die skoen getrap word, die sandkorreltjies eenvoudig te diep was om met die vloer kontak te maak en enige merke agter te laat.

[13] Heel onverwags, in die lig van hierdie gebeure, het Bartholomew egter by sy terugkeer na Kaapstad teenoor sy seniors te kenne gegee dat Bodziak sy mening in wesenlike opsigte steun, welke wanvoorstelling aan die advokate in die kantoor van die DOV oorgedra is. Op 21 Julie 2006 het Bartholomew uit die diens van die polisie getree. In Desember 2006 was die respondent se regsverteenwoordigers, wat vooraf verneem het van die bewering dat Bodziak die mening van Bartholomew steun, in direkte verbinding met Bodziak. Hy het met verbasing op dié bewering reageer en hulle oor die ware toedrag van sake ingelig. Op hulle beurt het die respondent se regsverteenwoordigers dit aan advokate Theunissen en Van der Vijver oorgedra dat Bodziak se mening direk in stryd was met dié van Bartholomew en dat hulle deur hom onder 'n wanindruk gebring is. Na aanleiding hiervan het die twee staatsadvokate op 15 Januarie 2007 'n telefoonkonferensie met Bodziak gevoer. In die loop hiervan het Bodziak dit aan die advokate duidelik gemaak dat hy hoegenaamd nie met Bartholomew saamgestem het nie. Eerstens, omdat daar na sy mening geen klaskenmerke in die bloedmerk was wat die gevolgtrekking kon regverdig dat dit hoegenaamd deur enige skoen gemaak is nie. Tweedens, omdat die wit kolletjies in die bloedmerk, wat deur Bartholomew as unieke eienskap aangemerk is, nie deur die sandkorreltjies in die skoen veroorsaak kon word nie, weens die diepte daarvan in die sool van die skoen.

[14] Op 17 Januarie 2007 het die respondent se regsverteenwoordigers tydens samesprekings met Theunissen en Van der Vijver gepoog om die terugtrekking van die aanklag teen die respondent te bewerkstellig. In die loop van hierdie samesprekings is 'n verslag van nog 'n deskundige uit die Verenigde State, mnr

M R Grimm, aan die staatsadvokate beskikbaar gestel wat onomwonde die gevolgtrekking van Bodziak steun en die teenoorstaande mening van Bartholomew oortuigend as onjuis verwerp. Vervolgens het Theunnissen en Van der Vijver vir Bartholomew gekonfronteer met die inhoud van Grimm se verslag asook met wat hulle van Bodziak verneem het. Op daardie stadium het Bartholomew vir die eerste keer toegegee dat Bodziak destyds teenoor hom aangedui het dat die sandkorrels te diep in die skoensool was om die wit kolletjies in die bloedmerk te veroorsaak. Hy het ook toegegee dat hy dit nie tydens proefnemings kon regkry om die sandkorreltjies met die vloer in kontak te bring nie. Nietemin het hy voet by stuk gehou dat sy mening die enigste korrekte een was en dat die teenoorstaande standpunt van al die ander deskundiges, nasionaal en internasionaal, almal uit pas.

[15] Na die konsultasie met Bartholomew het die staatsadvokate besluit om tog met die aanklag teen die respondent voort te gaan en het hulle die respondent se regsverteenwoordigers dienooreenkomstig verwittig, Soos ons weet het die strafsaak toe op 12 Februarie 2007 'n aanvang geneem. Gedurende die verhoor het Bartholomew as staatsgetuie gepoog om sy teorie aangaande 'n verbintenis tussen die bloedmerk en die respondent se skoen te verdedig. In antwoord het die respondent onder meer die getuienis van Bodziak en 'n Britse deskundige, mnr P F Ryder, aangebied. In kort is Bartholomew se teorie in vlamme afgeskiet. Kwalik onverwags het die strafhof dan ook hierdie teorie verwerp op die basis dat dit geen sin maak nie. Onder meer het Van Zyl R die volgende in die verband gesê:

> ‘Superintendent Bartholomew, wat nie 'n goeie indruk as getuie gemaak het nie, se getuienis was onbetroubaar en veral gekleur deur die ernstig misleidende bewerings wat hy oor sy besoek aan mnr Bodziak kwytgeraak het. . . . Daar was . . . geen verduideliking van hoe die sandkorrels bloed-kontaminasie kon vrygespring het of hoe hulle, ten spyte van die diepte waartoe hulle in die betrokke groef vasgesit het, steeds daarin kon slaag om hulle afdruk op die bloedmerk te maak . . .. Les bes was daar geen betroubare bewys van enige klaseienskappe van die skoen in die merk waarneembaar nie.’

[16] In die siviele saak het Veldhuizen R bevind dat Bartholomew se mening, in die lig van Bodziak se getuienis, nie die ‘papier werd [was] waarop dit geskryf is nie’. Verder het hy hom ook soos volg in onderhawige verband uitgelaat:

‘Ek is tevrede dat mnr Bartholomew nie 'n eerlike getuie is nie. Ek bevind dat hy nie eerlik kon geglo het en inderdaad nie geglo het dat sy opinie reg is nie. Daar het 'n plig op hom gerus om enige twyfel wat hy gehad het en wat hy, na my mening, inderdaad gekoester het aan die vervolgingsgesag oor te dra. Dit het hy nie gedoen nie. In stede daarvan het hy volhard met sy mening. Hy het in dié opsig, met die nodige opset, hom skuldig gemaak aan die aanstigting van die vervolging.’

[17] Soos Veldhuizen R ook tereg opgemerk het, was die staatsadvokate se besluit om steeds op Bartholomew se getuienis te steun, ten spyte van al hierdie feite tot hulle beskikking, op die oog af moeilik verstaanbaar. Voor Veldhuizen R is Van der Vijver deur die appellant as getuie geroep om hierdie besluit te verduidelik. In breë trekke het dit op die volgende neergekom. Volgens Van der Vijver het hy en sy kollega Theunnissen besef dat Bartholomew waarskynlik nie die probleme wat deur Bodziak geopper is, dat die sandkorrels te diep was om die wit kolletjies in die bloedmerk te veroorsaak, kon antwoord nie. Gevolglik was die unieke kenmerk waarop Bartholomew gesteun het daarmee heen. Nietemin het Bartholomew ten spyte van dit alles in sy eie opinie bly glo. Hoewel die staatsadvokate ernstige bedenkinge gehad het oor hierdie opinie, het hulle besluit om dit tog in die skaal te plaas. Na alles, so het Van der Vijver getuig, was dit nie vir hulle nie, maar vir die hof om oor die aanvaarbaarheid van Bartholomew se mening te beslis.

[18] Indien Bartholomew twyfel oor sy eie mening uitgespreek het, so het Van der Vijver voortgegaan, sou hulle nie sy getuienis aangebied het nie. Maar selfs al sou Bartholomew glad nie getuig het nie, het Van der Vijver onomwonde op vrae deur Veldhuizen R self geantwoord, sou hulle beslis nie die vervolging gestaak het nie. Vir hul standpunt dat die vervolging met of sonder Bartholomew se getuienis sou voortgaan, het die staatsadvokate, volgens Van der Vijver, gesteun op omstandigheidsgetuienis wat in die breë, onder andere, die volgende behels het:

(a) Die ornamentele hamer wat in die respondent se voertuig gevind is deur die staatsadvokate as die waarskynlike moordwapen beskou. Onder meer weens die uniekheid daarvan en omdat beide kante – dit is, sowel die hamerkant as die botteloopmakerkant – sommige of al die oorledene se kopwonde kon veroorsaak het. Daarbenewens is 'n handdoek in die oorledene se badkamer gevind met 'n bloedmerk wat ooreengestem het met die vorm van die hamer.

(b) Daar was geen gedwonge toegang tot die oorledene se woonstel nie en daar was niks uit die woonstel gesteel nie. Hierdie aspekte en die wyse waarop die oorledene geklee was, dui daarop at sy die aanvaller geken het, meer bepaald, omdat sy die persoon binnegelaat het en nie skaam was om in 'n klein slaapbroekie voor die persoon te verskyn nie. Dit het uiteraard die vinger na die respondent gewys met wie sy in 'n vaste verhouding betrokke was.

(c) Die enigste item, behalwe 'n mes, wat uit die woonstel vermis was, is 'n afstandbeheertoestel om die woonstelkompleks te verlaat. Die oorledene was ten tye van die moord slegs sowat twee tot drie weke daar woonagtig terwyl die respondent nie oor so 'n afstandbeheerder beskik het om die kompleks te verlaat nie. Die oorledene moes hom altyd met behulp van die afstandbeheerder uit die woonstelkompleks laat. Die respondent het dus geweet dat daardie afstandbeheer nodig was om uit die kompleks te kom.

(d) Gedurende die aand van 15 Maart 2005 het die oorledene en die respondent met mekaar getwis, welke twis die oggend van 16 Maart 2005, synde die dag van die moord, nog voortgeduur het. Dit het tot gevolg gehad dat die respondent die oggend na sy vertrek teruggekeer het na die oorledene, wat gehuil het, om haar te troos.

(e) Die oorledene het later, op die dag van die moord, teenoor 'n vriend van haar genoem dat sy en die respondent vroeër 'n hewige stryery (''n helse fight') gehad het en dat alles tussen hulle verby is. Die respondent het hierdie stryery teenoor die polisie verswyg.

(f) 'n Brief wat die oorledene die ogend van 16 Maart 2005 aan die respondent oorhandig het en waarin sy hom verskeie kere om verskoning vra vir wat sy teenoor hom kwytgeraak het, is deur die respondent van die polisie weerhou. Die polisie het dit eers op 15 April 2005 by die uitvoering van 'n deursoekingslasbrief gevind en daarop beslag gelê.

(g) 'n Getuie, mnr J N Swart, het beweer dat hy die respondent op 16 Maart 2005 in Stellenbosch gesien het op 'n stadium toe die respondent, volgens sy alibi, by sy werkplek in Pinelands was.

(h) Die sekuriteitstelsel by die respondent se werkplek was nie onfeilbaar nie en sou, na die staatsadvokate se mening, nie verhoed dat die respondent daar kon wegkom sonder om opgemerk te word nie.

[19] Aangaande Van der Vijver se getuienis dat die Staat selfs sonder Bartholomew se getuienis met die vervolging teen die respondent sou voortgaan, het Veldhuizen R kom onder meer soos volg uitgelaat:

‘Ek moet dadelik sê dat ek sy getuienis verstommend vind. Die feit is egter dat mnr Bartholomew nie eerlik met die DOV was nie en adv van der Vijver se getuienis is dus hoogstens ‘n opinie van wat sou gebeur het indien Bartholomew eerlik was. Dit is my plig om te bepaal of daar op ‘n oorwig van waarskynlikhede, sy opinie inaggenome, bewys is dat die vervolging sou voortgegaan het.’

[20] Vervolgens het Veldhuizen R die ander feite en omstandighede oorweeg waarop die Staat, volgens Van der Vijver, besluit het om met die vervolging voort te gaan, waarna hy tot die volgende slotsom gekom het:

‘Na my mening was daar, indien mnr Bartholomew se opinie buite rekening gelaat word, op die stadium toe daar besluit is om met die vervolging voort te gaan, nie ‘n *prima facie* saak teen die eiser nie. Die waarskynlikheid is oorweldigend dat 'n redelike lid of lede van die DOV, in die afwesigheid van mnr Bartholomew se opinie, nie met die vervolging sou voortgegaan het nie.’

[21] Dit bring my by die toepaslike regsbeginsels. In dié verband het hierdie hof reeds by verskeie geleenthede 'n uiteensetting gegee van wat die vereistes vir ‘n suksesvolle beroep op kwaadwillige vervolging behels. (Sien bv *Lederman v Moharal Investments (Pty) Ltd* 1969 (1) SA 190 (A) te 196G-H; *Prinsloo v Newman* 1975 (1) SA 481 (A) te 491H; *Rudolph v Minister of Safety and Security* 2009 (5) SA 94 (HHA) para 16.) Twee van hierdie vereistes meld sigself in die onderhawige saak vir oorweging aan. Die eerste hiervan is, soos dit in Engels geformuleer word, dat ‘the defendant must have instigated the criminal procedings by setting the law in motion’ oftewel, dat die verweerder deur sy of

haar gewraakte optrede die strafregtelike vervolging aangestig het. Die tweede is dat hierdie optrede met 'n kwaadwillige gesindheid moes geskied. Soos Jansen AR egter in *Lederman* (te 197A) verduidelik het, omvat die eerste vereiste eintlik niks meer nie as dat daar 'n oorsaaklike verband moet wees tussen die verweerder se optrede aan die een kant en die strafregtelike vervolging, aan die ander. Wat betref die tweede vereiste is die terminologie van kwaadwilligheid (of malice) ietwat verwarrend, asof dit ‘n vereiste sou wees dat die verweerder met nyd of bose opset teenoor die eiser moes gehandel het. Dit is egter nie so nie. Inteendeel kan dit op hierdie stadium van ons regsontwikkeling met vertroue aanvaar word dat die aksie vir kwaadwillige vervolging, net soos ander aksies wat hulle oorsprong in die *action injuriarum* het, slegs *animus injuriandi* oftewel opset vereis. Voorts staan dit vas dat hierdie opset nie alleen direkte opset nie, maar ook opset in die regstegniese sin van *dolus eventualis* insluit (sien bv *Prinsloo* te 492A-B; *Rudolph* para 16. Vergelyk ook *Le Roux v Dey* 2011 (3) SA 274 (KH) para 129). Indien ‘n verweerder dus subjektief voorsien het dat sy of haar optrede die ongeregverdigde vervolging van die eiser sou meebring en hom of haar met daardie moontlikheid sou versoen, is daar aan die vereiste van kwaadwilligheid voldoen.

[22] By toepassing van hierdie regsbeginsels oorweeg ek eers die basis van die respondent se saak waarop hy in die hof benede geslaag het, synde Bartholomew se onegte verbinding van die bloedmerk in die oorledene se badkamer met die respondent se skoen. Met verwysing hierna het die hof a quo bevind dat daar aan die vereiste van kwaadwilligheid voldoen is. Na my mening was hierdie bevinding korrek. In die lig van die oorweldigende koor van deskundige getuienis tot die teendeel, is die afleiding geregverdig dat Bartholomew na alle waarskynlikheid subjektief voorsien het dat sy mening ongegrond mag wees. Nietemin het hy halstarrig geweier om dit toe te gee en hom sodoende versoen met die moontlikheid dat die voortsetting van die respondent se vervolging op ongeregverdigde basis mag geskied. Soos ek dit sien word Bartholomew se kwaadwilligheid – selfs in die letterlike sin – onderstreep deur die blatante onwaarheid wat hy aan sy seniors en die staatsadvokate verkondig het, naamlik, dat Bodziak sy mening steun.

[23] Met verwysing na die vereiste van oorsaaklikheid is namens die appellant aangevoer dat Bartholomew sy gewraakte mening eers op 22 Augustus 2005 vir die eerste maal uitgespreek het. Gevolglik, so is betoog, kon hierdie optrede nie ter aanstigting dien van die respondent se vervolging wat reeds op 15 Junie 2005 'n aanvang geneem het nie. Ek vind hierdie betoog onoortuigend. Indien argumentshalwe aanvaar word dat die DOV by afwesigheid van Bartholomew se getuienis, die vervolging sou staak, is daar myns insiens aan die vereiste van oorsaaklikheid voldoen. Die tweede punt van betoog namens die appellant het berus op die feit dat Bartholomew reeds op 21 Julie 2006 uit die SAPD bedank het. Ook hierdie betoog oortuig nie. Weereens; indien die oorsaaklike verband tussen Bartholomew se mening en die respondent se vervolging argumentshalwe aanvaar word, moet eweneens aanvaar word dat hy hierdie kousale ketting van gebeure aan die gang gesit het toe hy nog in die Polisiediens was en dat hierdie kousale ketting toe nooit daarna verbreek is nie.

[24] Dit bring my by die appellant se betoog wat steun op die getuienis van Van der Vijver dat hy selfs sonder Bartholomew met die vervolging sou voortgaan. Hierdie betoog moet uiteraard verstaan word in die lig van die sogenaamde 'but-for test' wat in ons reg as maatstaf vir die vasstelling van feitelike kousaliteit aanvaar word. In *International Shipping Co (Pty) Ltd v Bentley* 1990 (1) SA 680 (A) te 700E-G het Corbett HR die aanwending van hierdie maatstaf soos volg verduidelik:

'The enquiry as to factual causation is generally conducted by applying the so-called "but-for" test, which is designed to determine whether a postulated cause can be identified as a *causa sine qua non* of the loss in question. In order to apply this test one must make a hypothetical enquiry as to what probably would have happened but for the wrongful conduct of the defendant. This enquiry may involve the mental elimination of the wrongful conduct and the substitution of a hypothetical course of lawful conduct and the posing of the question as to whether upon such an hypothesis plaintiff's loss would have ensued or not. If it would in any event have ensued, then the wrongful conduct was not a cause of the plaintiff's loss; *aliter*, if it would not so have ensued.'

[25] Met verwysing na hierdie toets het die appellant betoog dat, in die lig van Van der Vijver se getuienis – dat die vervolging van die respondent selfs sonder

Bartholomew se mening sou voortgaan – kousaliteit nie bewys is nie. Die hof a quo het hierdie betoog verwerp. Soos ek dit verstaan kom die hof se redes vir hierdie bevinding, in kort, op die volgende neer: Van der Vijver se getuienis is hoogstens ‘n opinie wat tesame met ander faktore in ag geneem moet word by die vraag of ‘n redelike lid van die DOV waarskynlik met die vervolging sou voortgaan; aangesien die Staat, sonder Bartholomew se getuienis, objektief gesproke geen prima facie saak teen die respondent gehad het nie, is die waarskynlikheid oorweldigend dat 'n redelike lid van die DOV nie sonder hierdie getuienis met die vervolging sou voortgaan nie.

[26] Hiervolgens het die hof dus die objektiewe toets van die redelike advokaat as maatstaf aangelê. Ter ondersteuning van hierdie objektiewe benadering het die respondent hom beroep op die beslissing van hierdie hof in *Minister of Safety and Security v Carmichelle* 2004 (3) SA 305 (HHA). Wat in *Carmichelle* die polisie ten laste gelê is, was dat hulle nie by die borgaansoek van ene Coetzee sekere feite voor die landdros geplaas het nie, as gevolg waarvan Coetzee toe op borg vrygelaat is wat weer tot die aanval op me Carmichelle gelei het. Die betrokke landdros se getuienis was egter dat, selfs al sou die polisie hierdie feite voor hom geplaas het, hy steeds Coetzee se borgaansoek sou toegestaan het. Hierop het Harms AR homself soos volg uitgelaat oor die vraag of die toepaslike toets objektief of subjektief moet wees (in paras 60 en 61):

‘The inquiry is subjective in the sense that a court has to determine what the relevant magistrate *on the probabilities would have done* had the application for bail been opposed. In this regard the *ex post facto* evidence of the magistrate would generally amount to an inadmissible opinion as to what his or her state of mind would have been at some time in the past. To the extent that the evidence is admissible it would generally be unhelpful because it would be speculative.

Courts of appeal are often called upon to decide what a reasonable judicial officer should have done and this they do by establishing what a reasonable judicial officer *would* have done. It may be presumed factually that judicial officers conform to that norm and it is fair to deduce that any particular judicial officer (even if his or her identity cannot be established), on the probabilities and as a matter of fact, would have so acted. The proper inquiry is, thus, what the relevant judicial officer, who is factually assumed to make decisions reasonably, would, on the probabilities, have done.’

[27] Die respondent se betoog was in wese dat Harms AR in die aangehaalde gedeelte 'n objektiewe toets voorstaan waarvolgens die optrede van die betrokke landdros vervang word met die van die fiktiewe redelike landdros. Dit is nie korrek nie. Inteendeel is die toets wat Harms AR onderskryf subjektief. Die vraag bly steeds – wat sou die betrokke landdros waarskynlik doen indien die polisie hulle plig nagekom het. Die betrokke landdros was egter nooit in die situasie waar die polisie inderdaad hulle plig nagekom het nie. Sy getuienis oor wat hy waarskynlik sou doen kom dus neer op blote spekulasie. Meer betroubaar in die omstandighede, sê Harms AR, is om by wyse van logiese afleiding te bepaal wat waarskynlik sou gebeur het. As vertrekpunt vir hierdie proses van logiese afleiding gebruik hy dan die fiktiewe redelike landdros. Wat sou die redelike landdros waarskynlik gedoen het? Die volgende stap in die proses is dan die aanvaarding dat die betrokke landdros waarskynlik dieselfde sou doen.

[28] Wat Bartholomew in hierdie saak ten laste gelê word, is positiewe optrede of 'n *commissio*. Ons weet dus, aan die een kant, presies wat die aard van Bartholomew se getuienis was en, aan die ander kant, wat van die Staat se saak sou oorbly indien ons hierdie getuienis sou elimineer. Ons weet ook dat die betrokke staatsadvokaat, volgens sy uitdruklike getuienis, geglo het dat daar selfs sonder Bartholomew voldoende getuienis was om met die vervolging voort te gaan. Die hof a quo bevind dat hierdie standpunt geignoreer kan word omdat dit nie sou strook met die optrede van 'n redelike staatsadvokaat nie. Wat die hof se redenasie egter buite rekening laat is die ander kant van die munt, synde of die redelike advokaat na 17 Januarie 2007 met die vervolging sou voortgaan op sterkte van Bartholomew se getuienis. By die beoordeling van hierdie vraag moet in gedagte gehou word dat op 17 Januarie 2007, na Van der Vijver se wete, daar letterlik niks van Bartholomew se mening oorgebly het nie. Van der Vijver het immers geweet van die koor van deskundige menings, internasionaal en hier te lande, dat Bartholomew se teorie geen steek hou nie. Hy het veral ook geweet van Bodziak se mening wat gebaseer was op die totale afwesigheid van unieke kenmerke en waarop Bartholomew eenvoudig geen antwoord gehad het nie. Soos Veldhuizen R tereg bevind het, was Bartholomew se getuienis 'in alle opsigte nie die papier werd waarop dit geskryf is nie'. Selfs 'n leek kon op daardie stadium sien dat dit onsin is en Van der Vijver het dit alles geweet. Die antwoord

op die gestelde vraag is dus dat indien die redelike staatsadvokaat nie sonder Bartholomew se getuienis met die vervolging sou voortgaan nie, hy of sy dit vir seker nie op grond van Bartholomew se getuienis sou doen nie.

[29] In hierdie omstandighede skep die gebruik van die redelike staatsadvokaat as 'n vertrekpunt in die proses van logiese afleiding 'n netelige probleem. Indien aanvaar word dat Van der Vijver soos 'n redelike staatsadvokaat opgetree het, het ons sy direkte getuienis oor wat die redelike staatsadvokaat waarskynlik sou doen. Indien daarteenoor aanvaar word dat Van der Vijver onredelik was, is die tweede stap van die logiese redenasie – naamlik, dat hy waarskynlik soos die redelike staatsadvokaat sou optree – nie geregverdig nie. Ons weet reeds hy sou nie. Op die ou end, so wil dit my voorkom, is die deurslaggewende vraag dus of Van der Vijver se getuienis oor wat hy in die afwesigheid van Bartholomew se getuienis sou doen, as geloofwaardig aanvaar moet word. Indien wel, het die respondent, na my oordeel, nie die oorsaaklike verband tussen Bartholomew se onregmatige optrede, aan die een kant, en die voortsetting van sy vervolging, aan die ander kant, bewys nie.

[30] Soos ek dit sien kom die vraag of Van der Vijver se optrede inderdaad redelik was al dan nie, dus nie werklik ter sprake nie. Die hof a quo het bevind sy houding was onredelik. Ek is nie so seker nie. Vir my kom dit onbillik voor om 'n advokaat se besluit te toets met die voordele van 'n terugkykende oordeel en nadat al die getuienis behoorlik in kruisverhoor getoets is, wel wetende dat hy sy besluit sonder hierdie voordele moes neem. Nadat een maal besluit is om met die verhoor voort te gaan op die res van die getuienis, lyk die volgende redenasie ook nie vir my inherent onredelik nie: hoewel Bartholomew se getuienis opsigself eintlik geen waarde het nie, kan dit nie die Staat se saak benadeel nie. Dit kan dus maar net sowel in die skaal geplaas word vir wat dit werd is. Maar hoe dit ook al sy. Soos reeds gesê gaan dit myns insien op die ou end oor Van der Vijver se geloofwaardigheid wanneer hy sê dat die vervolging in elk geval sou voortgaan sonder Bartholomew se getuienis.

[31] Hoewel die hof a quo nie 'n geloofwaardigheidsbevinding teen Van der Vijver gemaak het nie, was die respondent se betoog in hierdie hof inderdaad dat

sy getuienis in hierdie opsig as ongeloofwaardig verwerp moet word. Hierdie betoog was in ooreenstemming met wat in kruisverhoor aan Van der Vijver gestel is, synde dat 'dit is nie die waarheid as u sê dat u sou definitief aangaan met die vervolging as die skoenspoor weggeval het nie'. In wese het die argument ter ondersteuning van hierdie betoog weereens berus op die inherente onwaarskynlikheid dat die Staat sonder Bartholomew se getuienis met die vervolging sou voortgaan. Weereens is my probleem met hierdie betoog egter dat dit die onwaarskynlikheid buite rekening laat dat die Staat op sterkte van Bartholomew se getuienis met die vervolging sou voortgaan. Uiteindelik strook die waarskynlikhede dus eerder met Van der Vijver se getuienis, naamlik dat hy sonder die voordeel van 'n terugkykende oordeel, nie die vervolging sou staak as Bartholomew se getuienis sou wegval nie.

[32] In hierdie hof het die respondent 'n verdere betoog geopper wat steun op die standpunt dat die Konstitusionele Hof in *Lee v Minister of Correctional Services* 2013 (2) SA 144 (KH) paras 45-51, 'n meer buigsame (flexible) toepassing van die 'but-for' toets neergelê het as dié wat tot nog toe deur ons howe aanvaar is. Ek stem nie saam met hierdie uitleg van die uitspraak van Nkabinde R in *Lee* nie. Wat sy bedoel met 'flexible' blyk duidelik uit para 47 waarin sy onder meer sê:

'The most recent, post-constitutional affirmations of [the flexible application of the but-for test] are to be found in *Van Duivenboden [ie Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 (6) SA 431 (SCA)] and *Gore* [ie *Minister of Finance v Gore NO* 2007 (1) SA 111 (SCA)]. In *Gore* the approach adopted in discharging the onus in relation to factual causation was described thus:

". . . . Application of the "but-for" test is not based on mathematics, pure science or philosophy. It is a matter of common sense, based on the practical way in which the ordinary person's mind works against the background of everyday-life experiences. Or, as was pointed out in similar vein by Nugent JA in *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden:*

"A plaintiff is not required to establish the 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."'

[33] Soos ek dit sien, doen Nkabinde R hoegenaamd nie 'n wysiging van hierdie hof se benadering tot die toepassing van die ‘but-for test’ aan die hand nie. Inteendeel, sy bevestig dit juis. Soos blyk uit die passasies wat sy aanhaal, word met ‘flexible’ slegs bedoel dat 'n eiser nie oorsaaklikheid met matematiese presiesheid hoef te bewys nie, maar bloot op oorwig van waarskynlikheid. Soos uit die voorgaande blyk is dit hoe ek gepoog het om die ‘but-for test’ in die onderhawige konteks toe te pas. En dit is juis die toepassing van die toets op hierdie ‘flexible’ oftewel buigsame wyse wat my tot die slotsom lei dat 'n kousale verband tussen Bartholomew se onregmatige optrede en die voortsetting van die respondent se vervolging nie bewys is nie.

[34] Dit bring my by die respondent se argument gebaseer op Swartz se verklaring dat hy die respondent se vingerafdruk van 'n DVD-houer gelig het terwyl dit, soos op hierdie stadium algemeen aanvaar word, van 'n drinkglas afkomstig was. Ons weet ook dat die verhoorhof op hierdie punt teen die respondent beslis het op grond van die bevinding dat opset aan die kant van Swartz nie bewys is nie. Nietemin het die respondent op appèl volgehou met hierdie argument. Die appellant se antwoord hierop was drieledig. Eerstens, dat by ontstentenis aan 'n kruisappèl hierdie argument nie die respondent in die mond lê nie. Tweedens, dat die hof a quo se feitebevinding aangaande afwesigheid van opset aanvaar moet word. Derdens, dat daar in elk geval geen kousale verband tussen die polisie se optrede rondom die vingerafdruk en die uiteindelike vervolging was nie. Ek beoog om hierdie drie antwoorde afsonderlik te oorweeg.

[35] As gesag vir sy betoog gebaseer op afwesigheid van 'n kruisappèl, het die appellant hom veral beroep op *Van der Plaats v SA Mutual Fire and General Insurance Co Ltd* 1980 (3) SA 105 (A) te 117G-H. Soos ek dit sien is die onderhawige saak egter op die feite eerder analoog aan *Bay Passenger Transport Ltd v Franzen* 1975 (1) SA 269 (A) as aan *Van der Plaats.* Die beginsel verskil tussen die twee situasies word verduidelik in *Bay Passenger Transport* (te 278A-D). Ooreenkomstig hierdie verduideliking is 'n appèl en derhalwe ook 'n kruisappèl, gerig teen die bevel van die verhoorhof en nie die hof se beredenering nie. Wanneer 'n respondent dus tevrede is met die verhoorhof se

bevel, maar dit op ander gronde wil verdedig as waarop die hof gesteun het, is 'n kruisappèl nie nodig nie. Die feit dat daardie gronde deur die verhoorhof verwerp is maak aan hierdie beginsel geen verskil nie. 'n Kruisappèl word slegs vereis wanneer die respondent die hof se bevel in sy geheel of gedeeltelik wil aanveg. Terwyl *Van der Plaats* in die laasgenoemde kategorie tuisgebring is, val hierdie saak, soos *Bay Passenger Transport*, myns insiens in die eerste. Die respondent is tevrede met die bevel van die hof a quo in sy geheel. Gevolglik was dit nie vir hom nodig om 'n kruisappèl te loods ten einde op die feite rondom die vingerafdruk as basis vir sy saak te steun nie.

[36] Wat kousaliteit betref weet ons dat die staatsadvokate 13 Desember 2006 die respondent se regsverteenwoordigers formeel verwittig het dat nie langer op die vingerafdrukgetuienis gesteun word as basis vir 'n skuldigbevinding nie. Dit was meer as twee maande voordat die strafsaak 'n aanvang geneem het. Vir soverre die appellant se betoog is dat daar na 13 Desember 2006 nie meer 'n kousale verband tussen die vingerafdrukgetuienis en die vervolging was nie, moet hy, na my oordeel, gelyk gegee word. Daarteenoor staan dit vas dat die vingerafdrukgetuienis direk aanleiding gegee het tot die begin van die respondent se vervolging op 16 Junie 2005 en daarna 'n belangrike rol gespeel het in die voortsetting van die vervolging tot 13 Desember 2006. Tussen die twee datums was daar dus inderdaad 'n kousale verband tussen die vingerafdrukgetuienis en die vervolging.

[37] Wat oorbly is die kwessie van *animus iniuriandi* oftewel opset aan die kant van Swartz. Blykens die uitspraak van die hof is hy veral tot sy bevinding, – dat opset aan die kant van Swartz nie bewys is nie – oorreed deur die oorweging dat Swartz ten tyde van sy onware verklaring hoegenaamd nie geweet het dat dit van belang is dat die vingerafdruk van 'n DVD-houer – instede van 'n drinkglas – afkomstig was nie. Soos ek dit sien is hierdie redenasie onaanvegbaar. Swartz kon op daardie stadium nie weet dat die aanwesigheid van die respondent se vingerafdruk op die betrokke DVD-houer in stryd sou wees met sy alibi nie. Trouens, Swartz het op daardie stadium nog nooit van die respondent gehoor nie en ook nie geweet wie se vingerafdruk ter sprake was nie. Die respondent se

antwoord op hierdie oorweging word in sy hoofde van betoog soos volg geformuleer:

‘Hierdie oorweging is ‘n *non sequitur*. Dit was nie nodig vir Swartz voordat hy die vals verklaring gemaak het om te geweet het of die oorsprong van die folien [met die vingerafdruk] van belang is al dan nie. Motief is irrelevant.’

Ek glo hierdie antwoord mis die punt. Die punt is eenvoudig dat indien daar vir Swartz hoegenaamd geen rede was om 'n valse verklaring te maak nie, dit hoogs onwaarskynlik is dat hy dit opsetlik sou doen.

[38] Die respondent se verdere argument is gebaseer op Swartz se getuienis dat hy slegs twee vingerafdrukke met twee stukke folien gelig het in die oorledene se woonstel en die feit dat die twee foliene wat nog beskikbaar is albei van drinkglase afkomstig is. Hieruit volg dit, so het die respondent betoog, dat die folien 1 – met die respondent se vingerafdrukke – op ‘n later stadium omgeruil moes gewees het met die oorspronklike folien 1 wat inderdaad deur Swartz van 'n DVD-houer gelig is. Indien nie, so het die respondent retories gevra, wat het geword van die folien wat Swartz inderdaad van die DVD gelig het. Hieruit volg dit, so het die respondent betoog, dat die folien 1 met die respondent se vingerafdruk deur 'n lid van die polisie gelig is van 'n drinkglas; dat dit daarna bedrieglik omgeruil is met die folien 1 wat gelig is van die DVD-houer; dat Swartz bedrieglik in sy handskrif aangedui het dat die vervangende folien afkomstig is van die DVD-houer; en toe die vervangende folien 1 voorgehou het as 'n bewysstuk wat van die DVD-houer in die oorledene se woonstel afkomstig was.

[39] Soos blyk uit wat volg lei hierdie teorie egter tot verskeie probleme. In die eerste plek is die foliene wat Swartz in die oorledene se woonstel gelig het op 18 Maart 2005 ingeskandeer op die polisie se rekenaarstelsel wat bekend staan as OVIS, synde 'n afkorting vir ‘outomatiese vingerafdruk identifikasie sisteem’. Op 22 Maart 2005 het Swartz foto’s van die foliene wat hy gelig het vanaf die polisie fotograwe ontvang waarvan hy 'n sogenaamde grootboogkaart gemaak het. Op 12 April 2008 het inspekteur Bester die vingerafdrukke wat op daardie datum geneem is van die respondent en sy vriende, vergelyk met die grootboogkaart. Toe eers is vasgestel dat die respondent se vingerafdruk ooreenstem met die vingerafdruk wat blykens die grootboogkaart van die DVD-houer gelig is.

Aanvaarding van die respondent se teorie sou dus beteken dat die polisie voor 12 April 2005 op klandestiene wyse 'n vingerafdruk van die respondent bekom het om dit dan kwansuis met sy vingerafdruk wat amptelik op 12 April 2005 geneem is, te vergelyk. Dit sou ook beteken dat die vingerafdruk afkomstig van die DVD-houer nie alleen op folien nie, maar ook in die OVIS-stelsel en op die grootboogkaart vervang moes word.

[40] Op die ou end is die enigste basis vir hierdie ingewikkelde teorie dan Swartz se getuienis dat hy slegs twee foliene in die oorledene se woonstel gelig het en sy ontkenning dat hy 'n fout gemaak het toe hy op folien 1 'n aantekening gemaak het dat dit van 'n DVD-houer afkomstig was. Daarteenoor dui Swartz se onprofessionele onbeholpenheid en louter onervarenheid egter juis op die waarskynlikheid dat hy 'n fout gemaak het. Onder meer het hy, in stryd met staande polisie-instruksies, nie sy aantekeninge van waar die vingerafdrukke afkomstig was op die toneel gemaak nie, maar eers later in sy kantoor. In die siviele saak het Swartz ook in kruisverhoor toegegee dat hy op 17 Maart 2005 by ander sake betrokke was waar hy vingerafdrukke gelig het wat hy toe ook na sy kantoor geneem het. Uiteindelik moes hy dan ook in die siviele saak teësinnig toegee dat 'dit moontlik is dat êrens hier goed deurmekaar geraak het'. Teen hierdie agtergrond is die moontlikheid van 'n fout na my mening baie meer waarskynlik as die spekulatiewe teorie van 'n gekompliseerde bedrieglike skema deur die polisie waarop die respondent steun. Hieruit volg dat die bevinding van die hof a quo waarvolgens die respondent geen opset aan die kant van Swartz bewys het nie, myns insiens as korrek aanvaar moet word.

[41] Laastens het die respondent aangevoer dat, indien hy nie met sy eis op grond van kwaadwillige vervolging kan slaag nie, hy óf 'n grondwetlike eis óf 'n statutêre eis vir skadevergoeding het. As basis vir sy grondwetlike eis het hy gesteun op aantasting van sy reg op menswaardigheid, sy reg op vryheid en integriteit van sy persoon, insluitende psigologiese integriteit, wat almal deur die Handves van Menseregte in die Grondwet onderskryf word. Vir sy statutêre eis het die respondent hom beroep op art 14 van die Wet op die Suid-Afrikaanse Polisiediens 68 van 1995 ingevolge waarvan die polisie, volgens die respondent se betoog, verplig was om sy grondwetlike regte te beskerm. Aangaande sy

statutêre eis is in argument namens die respondent toegegee dat dit eintlik ondervang word deur sy grondwetlike eis en kan ek hierdie eis dus met vrymoedigheid daar laat. Wat betref die feitegrondslag van sy grondwetlike eis steun die respondent op dieselfde feitebewerings as vir sy eis gebaseer op kwaadwillige vervolging. In argument het die respondent se advokaat dan ook uitdruklik toegegee dat die vereistes van opset en 'n kousale verband ook by hierdie eis toepassing vind.

[42] Dit staan vas dat hierdie hof in terme van artikel 8(3) en 39(2) van die Grondwet verplig is om die gemenereg te ontwikkel indien dit sou blyk dat die beginsels van ons gemenereg onvoldoende beskerming aan fundamentele regte verleen. Die uitgangspunt wat by oorweging van sodanige ontwikkeling geld word soos volg saamgevat deur Ponnan AR in *Dendy v University of Witwatersrand* 2007 (5) SA 382 (HHA) para 23:

'A court, faced with such a task, is obliged to undertake a two-stage enquiry. First, it should ask itself whether, given the objectives of s 39(2), the existing common law should be developed beyond existing precedent. If the answer to that question is a negative one, that should be the end of the enquiry. If not, the next enquiry should be how the development should occur and which court should embark on that exercise.'

[43] By toepassing van hierdie benadering is ek nie oortuig dat die gemeenregtelike aksie gebaseer op kwaadwillige vervolging onvoldoende beskerming aan die respondent se fundamentele regte verleen nie. Die rede waarom die respondent se gemeenregtelike eis nie kan slaag nie is omdat hy nie die feitebewerings waarop hy steun kon bewys nie. Vir soverre hy vir sy grondwetlike eis op dieselfde feitebewerings steun, kan hierdie eis logieserwys ook nie slaag nie. Hierdie hof het al by geleentheid die mening uitgespreek dat aksies gebaseer op kwaadwillige vervolging weens oorwegings van openbare beleid ontmoedig word (sien bv *Le Roux v Dey* 2010 (4) SA 210 (HHA) para 34). Aangesien die respondent egter nie in sy pleitstukke of in argument aangevoer het dat die vereistes van die gemeenregtelike aksie afgewater moet word nie, kom die vraag of sodanige afwatering nodig en wenslik is en indien wel, tot welke mate dit moet geskied, nie ter sprake nie.

[44] Gevolglik word gelas:

1. Die appèl slaag met koste insluitende die koste van twee advokate.

2. Die bevel van die hof a quo word ter syde gestel en vervang met die volgende:

   'Eiser se eis word van die hand gewys met koste, insluitende die koste van twee advokate en die kwalifiserende gelde van Dr L Liebenberg, mnr F Maritz en mnr J A Bierman.'

F D J BRAND
APPÈLREGTER

VERSKYNINGS:

Vir Appellant:	J W Olivier SC R Liddell
In opdrag van:	Staatsprokureur KAAPSTAD
Korrespondente:	Staatsprokureur BLOEMFONTEIN
Vir Respondent:	P J de Bruyn SC B J Pienaar SC T N Price
In opdrag van:	Lowe & Petersen KAAPSTAD
Korrespondente:	Honey Prokureurs BLOEMFONTEIN