

**VRYSTAAT HOË HOF, BLOEMFONTEIN**  
**REPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA**

Appélnommer : A334/2010

In die appél tussen:-

**MINISTER VAN VEILIGHEID EN SEKURITEIT**

Appellant

en

**SAMSON DLAMINI**

Respondent

---

**CORAM:**           WRIGHT, R *et* VAN ZYL, R

---

**UITSPRAAK DEUR:**           VAN ZYL, R

---

**GELEWER OP:**           29 NOVEMBER 2011

---

**Agtergrond, pleitstukke en kennisgewing van appél:**

- [1] Respondent is op 22 November 2008 om 19h00 deur Adjudant-Offisier Mokoena (hierinlater na verwys as “Mokoena”), synde ‘n polisiebeampte in diens van die Suid-Afrikaanse Polisiediens, te Cornelia, distrik Vrede, sonder ‘n lasbrief gearresteer op ‘n aanklag dat hy Konstabel Motholo (hierinlater na verwys as “die klaer”) te Villiers ernstig

aangerand en beroof het. Respondent is toe geneem na Villiers, waar hy aangehou is vanaf 20h00 daardie aand totdat hy op waarskuwing vrygelaat is na sy verskyning in die hof te Villiers op Maandag, 24 November 2008. Die aanklag is eventueel op 26 Januarie 2009 teen respondent teruggetrek. Respondent het daarop as eiser in die landdroshof, Villiers, dagvaarding uitgereik teen appellant as verweerder op die basis van appellant se middellike aanspreeklikheid. Die wese van respondent se skuldoorsaak is as volg in paragraaf 6 van die besonderhede van vordering uiteengesit:

“It is plaintiff’s contention that his arrest without a warrant and subsequent detention was unlawful and intentional or due to the negligence of the investigating officer who failed to ascertain that the complainant’s identification of the plaintiff was reasonably possible; and that that constituted an *injuria* for which plaintiff suffered damages and/or claims satisfaction in the amount of one hundred thousand rand (R100,000-00).”

- [2] Appellant het as volg in sy verweerskrif op voormelde paragraaf 6 van respondent se besonderhede van vordering gepleit:

“5.1 Defendant admits that plaintiff was arrested without a warrant on 22 November 2008 at Cornelia.

5.2 Defendant denies that plaintiff’s arrest and detention were unlawful.

5.3 Insp Mokoena was a peace officer as described by Section 40 of Act 51 of 1977.

5.4 Insp Mokoena lawfully arrested plaintiff in terms of Section 40(1)(b) of Act 51 of 1977.

5.5 The balance of the allegations are denied and plaintiff is put to the proof thereof.”

[3] Addisioneel tot appellant se voormelde pleit op die meriete, het appellant ook die volgende spesiale pleit ten opsigte van jurisdiksie in sy verweerskrif geopper:

“1.

In paragraph 3 of his particulars of claim plaintiff avers that the whole cause of action arose within the jurisdiction of the Honourable Court, Villiers.

2.

Plaintiff's first cause of action is unlawful arrest.

3.

Plaintiff was arrested in Cornelia which falls under the jurisdiction of the Honourable Court of Vrede, not Villiers.

4.

Defendant thus prays that plaintiff's action be dismissed with costs."

[4] By ooreenkoms tussen die partye is daar geen getuienis ten opsigte van die spesiale pleit in die hof *a quo* aangebied nie. Die spesiale pleit is bloot namens die onderskeie partye geargumenteer op die basis van die ooreengekome feitelike gebeure uiteengesit in die paragraaf 1 hierbo.

[5] Die spesiale pleit is deur die hof *a quo* van die hand gewys. Vir redes wat later uit hierdie uitspraak sal blyk, ag ek dit onnodig om na die hof *a quo* se redes vir laasgenoemde bevinding te verwys.

[6] Wat die meriete van respondent se vordering teen appellant betref, het die hof *a quo* bevind dat respondent onregmatig gearresteer en aangehou is en daaropvolgend gelas dat

appellant aan respondent die bedrag van R25 000-00 as skadevergoeding moes betaal, tesame met rente en koste. Dit blyk uit die uitspraak dat die bevinding van onregmatige arrestasie en aanhouding in wese op twee gronde gebaseer is, synde:

6.1 Dat die klaer nie vir respondent as sy beweerde aanvaller behoorlik geïdentifiseer het nie, met die gevolg dat hoewel daar “...oënskynlik wel ‘n Bylae 1 misdryf gepleeg was, was daar nie genoegsame bewyse en objektief gesien ‘n redelike verdenking dat dit die eiser was wat dit gedoen het nie.” (UITSPRAAK, p. 228, reëls 5 – 7)

6.2 Dat dit nie bewys is dat dit in belang van geregtigheid was dat respondent in hegtenis geneem en aangehou moes word nie. Hierdie gevolgtrekking is daarop gebaseer dat daar “...geen aanduiding (was) dat die eiser sy verhoor sou ontduik, weer ‘n geweldsmisdaad sou pleeg of sou vlug nie... Adjudant-Offisier Mokoena het nie eers getuig rakendende enige diskresie wat hy moes uitoefen nie.” (UITSPRAAK, p. 228, reëls 8 – 12)

[7] Uit appellant se kennisgewing van appèl blyk dit dat die appèl in wese op die volgende gronde gebaseer is:

7.1 Dat die spesiale pleit ten opsigte van jurisdiksie gehandhaaf moes gewees het;

7.2 Dat respondent se saak, beide wat die pleitstukke en getuienis betref, slegs daarop gebaseer was dat sy arres onregmatig is deurdat Mokoena opsetlik of nalatiglik versuim het om te bepaal of respondent se identifikasie deur die klaer in die strafsak, redelik moontlik was. Die hof *a quo* se bevinding met betrekking tot die uitoefening van 'n diskresie wat betref die vraagstuk of dit nodig was om respondent te arresteer, aldan nie, was gevolglik buite die pleitstukke en die getuienis en het die hof *a quo* fouteer deur die meriete van respondent se vordering hierop te beslis.

7.3 Dat die hof *a quo* fouteer het deur op die feite te bevind dat Mokoena nie 'n redelike vermoede gehad het dat respondent die persoon is wat die klaer beroof

en ernstig beseer het nie.

7.4 Dat vanweë die foutiewe bevinding wat betref die meriete van respondent se vordering, die hof *a quo* ook fouteer het deur skadevergoeding, rente en koste aan respondent toe te dien.

[8] Dit moet vermeld word dat hoewel kennis gegee is aan beide respondent se prokureur van eerste instansie, synde Fantisi & Co. Prokureurs, Vanderbijlpark, en aan respondent se prokureurs van rekord in die hof *a quo*, synde Richter van der Watt Prokureurs, Villiers, van die kennisgewing van appèl, sowel as iedere en elke dokument wat daaropvolgend namens appellant geliasseer is, insluitende die kennisgewing van terrolleplasing, is daar op geen stadium deur of namens respondent aangedui dat die appèl opponeer word nie. Geen betoogshoofde is ook deur of namens respondent geliasseer vir doeleindes van die argumentering van die appèl nie en was daar ook geen verskyning deur of namens respondent ten tyde van die aanhoor van die appèl nie.

**Die getuienis:**

- [9] Die feitlike gebeure wat aanleiding gegee het tot die arrestasie van respondent, is deur twee getuies aan die hof *a quo* voorgehou namens appellant, synde deur Moekoena, die ondersoekbeampte in die tersaaklike strafsak, en Konstabel Motholo, die klaer wie gestasioneer was te Cornelia. Op 4 Oktober 2008 en naby Villiers, is die klaer aangeval, verskeie kere met 'n mes gesteek en beroof. In 'n verklaring deur hom afgelê op 7 Oktober 2008, welke verklaring ingehandig is as Bewysstuk "A", is die volgende genotuleer ten opsigte van die klaer se aanvaller:

"He is an African male plus minus 20 tot 25 years old, plus minus 1.6m long. Speaks Southern Sotho. Dark brown in complexion. Clothes: wearing an orange two-piece overall. Grey long trousers. Wearing a cap. I can identify him if I see him again and can also recognise his voice."

- [10] Dit blyk duidelik uit die getuienis dat die beserings wat klaer opgedoen het, ernstig van aard was. Dit blyk dan ook uit die uitspraak van die hof *a quo* dat respondent sou teregstaan op 'n aanklag van roof met verswarende omstandighede. Op 21 November 2008 het die klaer vir Mokoena ingelig dat hy

sy aanvaller by die vulstasie te Cornelia gesien het en vasgestel het dat hy aan diens sou wees die volgende aand, synde Saterdag, 22 November 2008. Mokoena het toe die Saterdagmiddag die klaer vergesel na die vulstasie, waar die klaer respondent aan Mokoena uitgewys het as synde die persoon wat hom te Villiers aangerand en beroof het. Respondent het op daardie stadium ontken dat hy enigsins van die voorval weet en het aangedui dat hy nie te Villiers was nie. Hy het egter nie teenoor Mokoena aangedui waar hy hom bevind het op die dag van die voorval nie. Mokoena het daarop vir respondent gearresteer en het respondent op 24 Oktober 2008 in die Hof verskyn, waarna hy op borg (aldus die getuienis) vrygelaat is. (Dit moet egter vermeld word dat dit uit die hof *a quo* se uitspraak blyk dat ooreenkomstig die aantekeninge in die hofboek ten aansien van die strafsak se verrigtinge, is respondent nie op borg vrygelaat nie, maar wel op waarskuwing.)

- [11] Respondent het getuig dat die klaer aan hom bekend was voor die datum waarop hy (respondent) gearresteer is. Volgens sy getuienis het die klaer van tyd tot tyd brandstof ingegooi by die vulstasie en het respondent kennis gedra

daarvan dat die klaer 'n polisiebeampte is wat te Cornelia Polisiestatie gestationeer is, hoewel hy hom nie by name geken het nie. (Dit moet egter vermeld word dat dit nie op enige stadium aan enige van appellant se getuies gestel was dat die klaer aan respondent bekend was voor sy arrestasie nie en het respondent ook ten tyde van kruisverhoor erken dat hy dit nog op geen stadium vantevore gemeld het nie.) Die dag van sy arrestasie op 22 November 2008 het beide Mokoena en die klaer na die vulstasie gekom en het Mokoena respondent gekonfronteer rondom die insident. Respondent het ontken dat hy enige kennis dra van die insident en ook ontken dat hy te Villiers was. Hy is gearrester en daarna na Villiers polisiestatie geneem. Hy het nie op daardie stadium aan Mokoena vermeld waar hy was ten tyde van die voorval nie, anders as om te ontken dat hy te Villiers was. Ook op Maandag, 24 November 2008, toe respondent se waarskuwingsverklaring geneem was, het hy steeds nie aan Mokoena vermeld waar hy was ten tyde van die voorval nie. Volgens respondent het hy dit nie gedoen nie, omdat hy nie kon onthou waar hy hom bevind het nie. Eers nadat hy reeds op waarskuwing vrygelaat is en weer deur Mokoena genader is (dit blyk te gewees het op

instruksies van die Streekhofaanklaer om respondent se alibi op te volg), het respondent Mokoena ingelig dat hy ten tyde van die voorval te Frankfort was tesame met twee van sy vriende. (Dit het ook uit die getuienis geblyk dat dit na aanleiding van die opvolg van hierdie alibi was en daar 'n alibiverklaring verkry is, dat die aanklag teen respondent teruggetrek is.) Volgens respondent se eie getuienis het hy reeds op 'n stadium voordat hy weer deur Mokoena hieromtrent genader was, beskik oor die inligting met betrekking tot sy alibi, maar het hy dit nie op eie inisiatief aan Mokoena verskaf nie.

### **Tersaaklike regsbeginnels:**

- [12] Artikel 40(1)(b) van die Strafproseswet, Wet 51 van 1977, bepaal dat 'n vredesbeampte iemand sonder 'n lasbrief in hegtenis kan neem "...wat hy redelikerwys verdink dat hy in Bylae 1 bedoelde misdryf gepleeg het, behalwe die misdryf van ontsnapping uit wettige bewaring". Mev Bester, namens appellant, het volledige en betoogshoofde wat goed nagevors is, namens appellant geliasseer, waarvoor sy bedank word. Hierin, en ook in haar mondelinge betoog het sy, onder andere, tereg daarop

gewys dat Artikel 12(1)(a) van die Grondwet, 1996, die reg op vryheid en sekerheid van elke persoon waarborg, whereby inbegrepe is die reg om nie arbitrêr of sonder gegronde rede sodanige vryheid ontnem te word nie. Derhalwe blyk dit duidelik uit die regspraak, soos ook deur haar aangehaal, dat die bewyslas in die onderhawige geval op appellant gerus het om aan te toon dat Mokoena se optrede voldoen het aan die vereistes daargestel deur voormelde Artikel 40(1)(b). In die verband is daar as volg in MINISTER OF SAFETY AND SECURITY v SEKHOTO AND ANOTHER 2011 (5) SA 367 (SCA), paragrawe [6] en [7], bevestig en beslis:

[6] As was held in *Duncan v Minister of Law and Order*, the jurisdictional facts for a s 40(1)(b) defence are that (i) the arrestor must be a peace officer; (ii) the arrestor must entertain a suspicion; (iii) the suspicion must be that the suspect (the arrestee) committed an offence referred to in Schedule 1; and (iv) the suspicion must rest on reasonable grounds...

[7] It is trite that the onus rests on a defendant to justify an arrest. As Rabie CJ explained in *Minister of Law and Order v Hurley*:

‘An arrest constitutes an interference with the liberty of

the individual concerned, and it therefore seems fair and just to require that the person who arrested or caused the arrest of another person should bear the onus of proving that his action was justified in law.”

- [13] In die onderhawige geval, is die eerste drie voormelde vereistes van Artikel 40(1)(b) nie in dispuut nie. Dit kan vermeld word dat wat betref die vereiste dat dit ‘n Bylae 1 misdryf moet wees, dit uit die hof *a quo* se uitspraak blyk, paragraaf 33 daarvan, dat die hof *a quo* in ieder geval reeds ten gunste van appellant aanvaar het dat daar wel in die onderhawige geval ‘n Bylae1 misdryf ter sprake was. Die enigste vereiste wat derhalwe in dispuut is, is dié van ‘n redelike suspisie. Die toets ten opsigte hiervan is objektief en as volg verwoord in MABONA AND ANOTHER v MINISTER OF LAW AND ORDER AND OTHERS 1988 (2) SA 654 (SE) op p. 658 E – H:

“The test of whether a suspicion is reasonably entertained within the meaning of s 40(1)(b) is objective... Would a reasonable man in the second defendant’s position and possessed of the same information have considered that there were good and sufficient grounds for suspecting that the plaintiffs were guilty of

conspiracy to commit robbery or possession of stolen property knowing it to have been stolen?... The reasonable man will therefore analyse and assess the quality of the information at his disposal critically, and he will not accept it lightly or without checking it where it can be checked. It is only after an examination of this kind that he will allow himself to entertain a suspicion which will justify an arrest. This is not to say that the information at his disposal must be of sufficiently high quality and cogency to engender in him a conviction that a suspect is in fact guilty. The section requires suspicion but not certainty. However, the suspicion must be based upon solid grounds..."

Sien ook OLVIER v MINISTER OF SAFETY AND SECURITY AND ANOTHER 2008 (2) SASV 387 (W) op p. 393 – 394

[14] Die hof *a quo* het in sy uitspraak verwys na die geykte beginsel dat daar in strafsake bo redelike twyfel bewys moet dat 'n getuie se identifisering van 'n verdagte of 'n beskuldigde nie net eerlik en geloofwaardig moet wees nie, maar inderdaad bo redelike twyfel betroubaar moet wees. Dit is onduidelik waarom die hof *a quo* na hierdie toets verwys het, aangesien dit nie die toets in die onderhawige geval is nie. Voortspruitend uit die verwysing hierna in die

kennisgewing van appèl, het ek egter wel kennis geneem van die hof *a quo* se redes hieromtrent in die aanvullende redes, soos dit verskyn in die oorkonde, p. 11, reël 19 tot p. 12, reël 9. Hoe dit ook al sy, dit blyk dat die woord “suspisie” juis aanduidend is van ‘n afwesigheid van sekerheid en voldoende bewys. In die verband het Mev Bester in haar betoogshoofde uitgewys dat in DUNCAN v MINISTER OF LAW AND ORDER 1984 (3) SA 460 (T) op p. 465 – 466 die Hof verwys het na ‘n definisie van suspisie in SHAABAN BIN HUSSIEN AND OTHERS v CHONG FOOK KAM AND ANOTHER [1969] 3 ALL ER 1626 op 1630, wat as volg lees:

“Suspicion in its ordinary meaning is a state of conjecture or surmise where proof is lacking; ‘I suspect but I cannot prove’. Suspicion arises at or near a starting point of an investigation of which the obtaining of prima facie proof is the end.”

### **Meriete bevinding van die hof *a quo*:**

[15] As daar dan teruggekeer word na die getuienis, blyk dit dat die hof *a quo* bevind het dat die klaer se getuienis ten opsigte van “...baie aspekte onwaarskynlik, ongeloofwaardig en

veral onbetroubaar” is. Soos egter tereg deur Mev Bester uitgewys, is daar geen spesifieke verwysing na sodanige aspekte gemaak nie. Ook het die hof *a quo* in sy uitspraak bevind dat die klaer “...sy getuienis grootliks aangevul en ingekleur (het) in ‘n poging dat die Hof hom moes glo dat hy eiser behoorlik geïdentifiseer het”. (UITSPRAAK, p. 224, reëls 13 – 14)

Wanneer daar dan egter gelet word op die aspekte waarna die hof *a quo* verwys, is dit inderdaad aspekte wat deur die klaer reeds in sy getuienis in hoof getuig is en het die hof *a quo* dus fouteer deur te bevind dat die klaer sy getuienis in die verband aangevul het. (OORKONDE, p. 94, reëls 20 – 25 en p. 95, reëls 1 – 4) Dit blyk dus dat die Verhoorhof in hierdie verband ‘n mistasting begaan het.

- [16] Verdermeer en insoverre die hof *a quo* bevind het dat die klaer se beskrywing van die aanvaller ‘n “algemene omskrywing” behels, is ek van mening, soos deur Mev Bester aan die hand gedoen, dat ook hierdie bevinding ‘n mistasting daarstel. Die klaer het, hoewel hy nie enige spesifieke beskrywing van sy aanvaller se gesig verskaf het nie, wel meerdere detail ten opsigte van sy aanvaller se voorkoms en kleredrag beskryf, welke detail, soos hieronder

sal blyk, ook op sigwaarde objektief ooreengestem het met die voorkoms van respondent.

[17] Na my mening is die wesenlike getuienis waarop die onderhawige appèl bereg moet word, tot die grootste mate gemeensaak tussen die partye. Wat betref die optrede deur Mokoena, blyk dit, soos ook deur Mev Bester betoog, dat die stappe wat deur hom geneem is en inligting wat deur hom bekom is op grond waarvan hy respondent gearresteer het, die volgende behels het:

17.1 Mokoena het in die hospitaal met die klaer gekonsulteer, waartydens hy dan ook die erns van die klaer se beserings waargeneem het.

17.2 Ten tyde van die afneem van die klaer se getuieverklaring op 7 Oktober 2008, het die klaer 'n beskrywing van die verdagte gegee en ook aangedui dat hy hom sal herken as hy hom weer sien en ook sy stem sal erken.

17.3 Toe die klaer Mokoena gekontak het en aangedui het

dat hy die persoon gesien het wat hom aangeval het, het Mokoena hom gevra of hy baie seker is dat dit daardie persoon is wat hom beseer het, waarop die klaer dit bevestig het.

17.4 By die vulstasie het Mokoena die klaer versoek om die aanvaller uit te wys, waarop die klaer vir respondent uitgewys het.

17.5 Mokoena het vanaf respondent se werkgewer navraag gedoen of respondent aan diens was die dag van die voorval. Daarop het Mokoena insae gehad in 'n register wat betref die werknemers van die vulstasie se diensbeurte, waaruit dit geblyk het dat hy op die dag van die voorval nie aan diens was nie.

17.6 Die voorkoms van respondent het ooreengestem met die beskrywing wat die klaer in sy verklaring van die aanvaller gegee het. In die verband moet daar op gewys word dat ten tyde van kruisverhoor van respondent in die hof *a quo*, dit geblyk het dat dit objektief vasstaan dat die fisiese beskrywing wat deur

die klaer van respondent verskaf is, inderdaad ooreenstem met respondent se voorkoms. (OORKONDE, p. 151, reël 13 – p. 152 reël 9)

17.7 Respondent het nie op enige stadium voordat hy op waarskuwing vrygelaat is op 24 Oktober 2008 aan Mokoena enige inligting verskaf met betrekking tot waar hy hom bevind het ten tyde van die voorval nie. Hy het bloot ontken dat hy in Villiers was en dat hy enige kennis van die voorval dra. Volgens Mokoena se getuienis sou hy nie vir respondent gearresteer het indien respondent hom die besonderhede van sy alibi verskaf het alvorens hy nie sodanige besonderhede opgevolg en nagegaan het nie.

17.8 Ten tyde van die neem van die klaer se verklaring, het Mokoena spesifiek die klaer gevra hoe dit vir hom moontlik was om daardie tyd van die vroeg aand, waar dit alreeds skemer was, die voorkoms van sy aanvaller waar te neem. Die klaer het verduidelik dat hulle met mekaar gepraat het en dat die aanvaller voor hom was en dat hy behoorlik na hom kon kyk. Nadat die

stoeiery tussen hom en die aanvaller ontstaan het, het hy die persoon in die pad getrek voor 'n aankomende voertuig in, welke voertuig se ligte aan was en op die aanvaller geskyn het wat hom ook gehelp het om hom behoorlik te identifiseer. Toe die klaer respondent uitgewys het, was hy op geen stadium huiwerig nie; hy was seker van sy uitwysing. (OORKONDE, p. 74, reël 14 – p. 75, reël 11)

- [18] Wat betref respondent se getuienis dat die klaer aan hom bekend was voor die voorval, of dat hulle waarskynlik aan mekaar bekend moes wees gegewe dat dit die enigste vulstasie te Cornelia was, het die hof *a quo* in sy uitspraak as volg bevind: “Hierdie bewerings is nie ontken nie. Indien Motholo hom sou ken, sou hy hom onmiddellik op die toneel geïdentifiseer het”. (OORKONDE, p. 227, reëls 14 – 15)

Voormelde bevinding dat hierdie bewerings nie ontken is nie, is duidelik 'n mistasting. In die verband het ek reeds in paragraaf 11 hierbo daarna verwys dat die klaer se getuienis in die verband deeglik in kruisverhoor betwis is. Verdermeer, aangesien dit die eerste keer geopper is deur

die klaer in sy getuienis en nie op enige vroeër stadium nie, kon geen getuies van appellant uiteraard hieromtrent getuig nie.

[19] Na aanleiding van bogemelde getuienis, is ek oortuig dat die hof *a quo* 'n mistasting begaan het ten opsigte van sy bevinding dat Mokoena nie 'n redelike verdenking kon gehad het dat dit respondent was wat die misdryf gepleeg het nie. Dit blyk duidelik dat gegewe die inligting wat Mokoena tot sy beskikking gehad het ten tyde van respondent se arres, hy objektiewe rede gehad het om dit as behoorlike en voldoende gronde vir 'n suspisie ooreenkomstig die bepalings van Artikel 40(1)(b) te beskou het. Alwaar respondent ook bloot ontken het dat hy in Villiers was en nie enige feite aan Mokoena verskaf het wat gedui het op 'n alibi nie, was daar geen verpligting op Mokoena om verdere inligting in die verband in te win nie.

[20] Gevolglik is ek van mening dat appellant hom van sy bewyslas gekwyt het met betrekking tot die vier vereistes uiteengesit in Artikel 40(1)(b).

[21] Wat betref die hof *a quo* se bevinding met betrekking tot 'n diskresie wat Mokoena moes uitoefen, waarna ek reeds in paragraaf 6.2 hierbo verwys het, en wat ook in die kennisgewing van appèl vermeld is, is ek van mening dat dit duidelik uit die pleitstukke en die getuienis blyk dat dit nooit respondent se saak was dat sy skuldoorsaak gebaseer is op 'n onbehoorlike uitoefening van hierdie diskresie nie. Volledigheidshalwe moet vermeld word dat wat die aard en vereiste van hierdie diskresie betref, die Hoogste Hof van Appél in ieder geval sedert die uitspraak in die hof *a quo* gelewer is, die regspraak waarop die hof *a quo* gesteun het, omvergewerp in THE MINISTER OF SAFETY AND SECURITY v T J SEKHOTO AND OTHERS, *supra*. Addisioneel hiertoe, is ek in elk geval oortuig dat alwaar die aspek van sodanige diskresie nie in die onderhawige geval deur die pleitstukke of die getuienis geopper en/of geventileer is nie, die gevolgtrekking in bogemelde uitspraak ook in hierdie geval van toepassing is, waar as volg in paragraaf [57] van die uitspraak beslis is:

“The case can be disposed of on a simple basis, namely, that the proper exercise of Van Der Watt’s discretion was never an

issue between the parties. The plaintiffs, who had to raise either in their summons or in a replication, failed to do so. The issue was also not ventilated during the hearing. This means that since the magistrate had found that the four jurisdictional facts required for a defence under S 40(1)(b) were established by the appellant (a finding upheld by the court below) their claims had to be dismissed.”

[22] Gevolglik is ek van mening dat appellant se appèl moet slaag ten opsigte van die bevinding van die hof *a quo* wat betref die meriete van respondent se vordering. Dit het tot gevolg dat dit onnodig is om die gronde van appèl met betrekking tot die bevinding wat betref die spesiale pleit, te bereg.

[23] Wat die koste betref, spreek dit vanself dat wat respondent se onsuksesvolle aksie in die hof *a quo* betref, respondent aanspreeklik moet wees vir die koste van daardie aksie.

[24] Wat die koste van die appèl betref, het ek reeds vermeld dat respondent van meet af aan op geen stadium die appèl opponeer het nie. Terselfdertyd is dit egter so dat respondent ook nie met die aantekening van die appèl die

bevel deur die hof *a quo* in sy guns, abandoneer het nie. Onder sodanige omstandighede is ek van oordeel dat, in die uitoefening van my judisiële diskresie wat die aspek van koste betref, dit reg en billik is dat respondent (slegs) gelas word om die helfte van appellant se koste met betrekking tot die appèl te betaal.

[25] Gevolglik word die volgende bevel gemaak:

25.1 Appellant se appèl slaag, die bevel van die hof *a quo* word tersyde gestel en vervang met die volgende:

“Die Eiser se aksie word van die hand gewys, met koste.”

25.2 Respondent word gelas om die helfte van appellant se koste van die appèl te betaal.

---

**C. VAN ZYL, R**

Ek stem saam:

G F WRIGHT, R

Namens die appellant:

Adv A Bester  
In opdrag van:  
Die Staatsprokureur  
BLOEMFONTEIN

Namens die respondent:

Geen verskyning