

14/89

Saak No: KPA 439/87

Rekliddeel

DIE MINISTER VAN WET EN ORDE

en

IAN DONALD MCKENZIE

RESPONDENT

J J F HEFER AR

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

APPÈLAFDELING

In die saak tussen

DIE MINISTER VAN WET EN ORDE

APPELLANT

en

IAN DONALD MCKENZIE

RESPONDENT

CORAM : HEFER, E M GROSSKOPF, VIVIER, STEYN et
EKSTEEN ARR.

AANGEHOOR : 15 FEBRUARIE 1989.

GELEWER : 21 MAART 1989.

UITSpraak

HEFER AR :

Die regulasies wat op 12 Junie 1986 in Prokla-
masie R 109/86 ooreenkomstig art 3 van die Wet op Open-
bare Veiligheid (Wet 3 van 1953) afgekondig is,

het 'n aantal onlangse beslissings van hierdie hof ter

sprake gekom. Reg 3 waaroor dit in die onderhawige ge-

val gaan, is oorweeg oa in State President and Others v

Tsenoli 1986(4) S A 1150, Minister of Law and Order and

Another v Dempsey 1988(3) S A 19 en Nggumba/Damons N O/

Jooste v Staatspresident en Andere 1988(4) S A 224. In

die lig van die breedvoerige bespreking in daardie beslis-

sings is ek nie van voorneme om reg 3 weer aan te haal of

te bespreek nie.

Die respondent in die appèl was gedurende 1986 'n

student aan die Universiteit van Kaapstad. Sy bedrywig-

hede, waaroor daar nie uitgewei hoef te word nie, het mee-

gebring dat hy gedurende Julie 1986 gearresteer en tot

Oktober 1986 onder reg 3 in die gevangenis aangehou is.

Nie lank na sy vrylating nie is hy gedurende die nag van 11 Desember 1986 betrap terwyl hy besig was om pamflette in Woodstock te versprei. Die oggend van 12 Desember 1986 is hy ooreenkomstig reg 3(1) deur 'n lid van die veiligheidstak van die polisie gearresteer en aangehou en op 22 Desember 1986 het die appellant kragtens reg 3(3) gelas dat hy verder aangehou word vir solank die regulasies van krag is. Vanaf 24 Desember 1986 is hy in die Pollsmoor gevangenis aangehou.

Na 'n vrugtelose versoek wat respondent se prokureurs op 23 Desember 1986 om hom "on compassionate grounds" vry te laat tot die appellant gerig het, het sy prokureurs die appellant op 20 Januarie 1987 versoek om die redes vir sy voortgesette aanhouding skriftelik

te verskaf. Toe die redes teen die begin van Februarie 1987 nog nie ontvang is nie, is 'n aansoek om sy vrylating by die hof a quo ingehandig. In die kennisgewing van mosie is 'n bevel aangevra -

"(a) -----

(b) Declaring:

- (i) the arrest on 12 December 1986;
and
- (ii) the initial detention for 14 days;
and
- (iii) the continued detention until the
lifting of the State of Emergency;
of the applicant to be unlawful and of no
force and effect.

(c) Directing the respondents forthwith to
release the Applicant from detention at
Pollsmoor prison.

(d) Alternatively to paragraphs (b) and (c)

...../5

above :

Directing the First respondent to furnish the Applicant in writing with the reasons for his continued detention in terms of Regulation 3(3) of Proclamation R.109 of 12 June 1986.

- (e) Further or alternative relief.
- (f) Ordering the First Respondent to pay the costs of this application, except in the event of the Second respondent opposing the Application, in which event, ordering the Respondents to pay the costs of this application jointly and severally, the one paying the other to be absolved. "

Op 12 Februarie 1987 het respondent se prokureurs 'n brief gedateer 10 Februarie 1987 van die appellant ontvang wat soos volg lui:

"Dear Sirs,

Detention in terms of Regulation 3(3) of the Regulations promulgated under the Public Safety

...../6

Act, 1953 (Act 3 of 1953) by Proclamation R.109
of 12 June 1986: IAN DONALD MACKENZIE

With reference to your telex dated 20 January 1987, I wish to advise that the political unrest which prevails in the country, especially amongst the black communities, manifests in various ways, inter alia in endeavours to bring the administration of the State into disrepute by the creation of unofficial structures intent on supplanting existing ones. These endeavours led to the breakdown of law and order with concomitant eruption of violence, injury to or death of innocent persons and damage to private and public property.

According to information at my disposal, your client was arrested in the act of distributing inflammatory pamphlets in connection with the 'Christmas against the Emergency Campaign'. This campaign has already led to numerous incidents of violence. His actions undermined and endangered the maintenance of public order. "

Die aansoek om respondent se vrylating het inmiddels voortgegaan. Appellant het dit bestry maar nieteenstaande

sy teenstand het WILLIAMSON R op 31 Maart 1987 'n bevel ver-

leen -

"-----that the continued detention of applicant under Regulation 3(3) is declared to be unlawful and the respondents are directed forthwith to release the applicant from detention at Pollsmoor Prison."

Die appellant is ook gelas om die koste van die aansoek te betaal. Met verlof van hierdie hof het appellant nou in hoër beroep gekom teen die hele bevel.

Soos uit die bevel blyk, is al die smeekbedes in die kennisgewing van mosie nie toegestaan nie. Smeekbede (d) het verval weens die ontvangs deur respondent se prokureur van die brief van 10 Februarie 1987 en smeekbedes (b) (i) en (ii) is nie toegestaan nie omdat bevind is dat die arrestasie en aanvanklike aanhouding inderdaad geldig was.

Ek is van voorneme om die hof a quo se motivering vir hierdie bevinding volledig aan te haal maar voordat ek dit doen, is dit nodig om eers te verwys na die inhoud van die pamflet wat die respondent versprei het. Dit is voorberei deur die United Democratic Front ("UDF") - 'n organisasie wie se bedrywighede nie tans ter sprake is nie - met die oog op 'n veldtog wat beplan was vir die tydperk van 16 to 26 Desember 1986. Die eerste gedeelte daarvan lui soos volg :

"LET US MAKE THIS A CHRISTMAS TO
REMEMBER

- * Remember those in detention especially the CHILDREN. The Detainees Parents Support Committee (DPSC) believes more than 2000 children under the age of 18 are in detention.
- * Remember the thousands who have died in the

struggle for freedom.

- * Remember the thousands who have left the country. Some are training to fight in Umkhonto we Sizwe, the army of the ANC. The thousands in exile cannot be with their families this Christmas or any Christmas until we are free.

UDF CALLS ON ALL SOUTH AFRICANS TO OBSERVE THE PERIOD

16 Dec - 26 Dec

IN A WAY THAT WILL BRING US CLOSER TO THESE THOUSANDS IN JAIL AND IN EXILE.

LET THERE BE NO DRUNKARDNESS,
INSTEAD OF SPENDING MONEY ON FANCY PRESENTS
AND PARTIES - USE THE MONEY TO SUPPORT THE
FAMILIES OF DETAINEES, THE UNEMPLOYED AND
THE WORKERS ON STRIKE"

Umkhonto we Sizwe en die ANC het geen bekendstelling nodig

nie en oor die bedrywighede van dié organisasies hoef ook

nie uitgewei te word nie. Met betrekking tot die inhoud van

die pamflet en respondent se verspreiding daarvan het WIL-

LIAMSON R opgemerk:

" I turn then to consider in more detail the first portion of the pamphlet. There can be no doubt but that the sentiments expressed therein are ones of identification with and sympathy for the fighters of Mkonto we Sizwe, the army of the ANC. Many of these people have been guilty of horrifying acts of terrorism and brutality. They are responsible for the death and maiming of many innocent people. To express solidarity with these sort of people is, at the very least, to give tacit approval of their evil deeds. This portion of the pamphlet can, in my judgment, reasonably be considered to have the potential of contributing towards and fostering a climate of approval of terrorism and violence. It is clearly not a direct call for acts of terrorism or violence or a direct approval thereof, but in its own not too subtle way it is an indirect expression by the UDF of its own approval of the methods adopted by the military wing of the ANC. To distribute a pamphlet with this message carries the potential for heightening tensions and of endangering public order and safety. Mr Viljoen contended that this portion of the pamphlet could reasonably be regarded as inflammatory and encouraging the idea that with force problems can be solved. In my opinion there is substance in this argument. From this it follows that the initial arrest and detention of the applicant on 12 December

was, in my view, justified under the regulations."

Ek behandel vervolgens die redes waarom respondent se verdere aanhouding ooreenkomstig reg 3(3) ongeldig verklaar is. Ter inleiding vestig ek die aandag op die feit dat die veldtog waarop die pamflet betrekking gehad het op 26 Desember 1986 ten einde sou loop sodat dit nie redelikerwyse verwag kon word dat die pamflet na 26 Desember verder versprei sou word nie. Ten spyte daarvan dat dit dus nie redelikerwys verwag kon word dat respondent hom na 26 Desember weer aan dieselfde gedrag sou skuldig maak as dié wat aanleiding gegee het tot sy arrestasie nie, was WILLIAMSON R van oordeel dat daar redelike gronde was vir sy aanhouding na 26 Desember vir solank die regulasies van krag sou bly. Sy redenasie lui soos volg:

"As I have already pointed out I consider that the initial arrest and detention on 12 December was justified. There were, in my view, grounds upon which the detaining member of the Force could reasonably have held the belief that such initial detention was necessary for one or more of the four purposes set out in Regulation 3(3). There was also, in my view, grounds upon which the 1st respondent could reasonably have held the view that the further detention of applicant until the end of the State of Emergency was necessary for the stated purposes. I say this because of the legal approach which I am compelled to adopt in opposed applications of this nature. The facts set out in the 1st respondent's papers filed in court show the following:

1. Applicant was a person whose Hout Bay activities and note book could reasonably justify the view that he was a political activist operating clandestinely in ways which threatened the public safety and order.
2. The prior detention for three months did not deter him from his activities for on 12 December he was found to be distributing pamphlets which could reasonably be

regarded as being of a subversive nature as discussed earlier in this judgment.

3. It would not be unreasonable to think that the applicant was undeterred by the prospect of detention and that if he were to be released at the end of the Christmas campaign period he was the sort of person who would probably carry on with political activities of a subversive nature.

If this was the view which the 1st respondent in fact held and if this view was the basis upon which the detention order was signed, then applicant would not have made out a case. Indeed Mr Seligson readily conceded this."

(Die aktiwiteite en notaboek waarna in paragraaf 1 verwys word, het betrekking op die respondent se eerste aanhouding).

Hoe dit gekom het dat appellant se lasgewing nogtans ongeldig beskou is, blyk uit die laaste

passasie uit die uitspraak wat ek van voorneme is om aan

te haal en wat soos volg lui :

" (Mr Seligson) submitted however that on the papers before me it is clear that 1st respondent did not in fact hold this view and that the truth of the matter is that in all probability he did not have regard to the considerations which the law required of him.

After careful consideration I have come to the conclusion that Mr Seligson's submissions in this regard are correct. What primarily leads me to this conclusion is the letter of 10 February written by 1st respondent in response to a request for reasons to be furnished for applicant's continued detention. This letter, after referring to the distribution of pamphlets, baldly makes the following statement:

'This campaign has already led to numerous incidents of violence. His actions undermined and endangered the maintenance of public order.'

There is not one word about the campaign being limited to the period 16 to 26 December; not one word about fears for the future or that further actions of an undermining or endangering

nature might thereafter be committed. One would have thought that if 1st respondent had directed his mind at all towards the necessity for detaining the applicant for as long as the regulations remain in force, he would at least have mentioned something in his letter in this regard.

The campaign was so obviously of a limited time duration that it is inconceivable that anyone could be detained beyond the time period of the campaign unless there were other reasons unconnected with this limited campaign. If there were such reasons it is difficult to believe that they would not have been given when the whole purpose of the letter was to give reasons for the further detention of applicant. Furthermore if there were such reasons and 1st respondent did not want to disclose them he could so easily have said so.-----1st respondent does say in paragraph 4 of his affidavit that he considered a motivated recommendation before ordering the further detention. One wonders whether this recommendation even directed attention towards the necessity of detention beyond 26 December. I say this for the reason that 1st respondent in paragraph 7 of his affidavit confirms that the reasons set out in his letter are in fact his reasons. In my view

all this serves to strengthen the almost irresistible inference that 1st respondent never applied his mind to the necessity of a detention beyond 26 December in order to achieve one or more of the purposes set out in Regulation 3(1). That he was, as a matter of law, required to direct his mind to the time period of the detention is manifest. That this time period had to be evaluated within the parameters of a necessity to achieve the stated objectives of the regulation is equally manifest. That 1st respondent on his own showing failed to direct his mind to these considerations is in my opinion an inescapable conclusion. "

Uit die voorafgaande blyk dit dat die hof a quo slegs 'n enkele nadelige bevinding vir die appellant gemaak het nl dat hy versuim het om die noodsaaklikheid van respondent se aanhouding na 26 Desember 1986 te oorweeg. By die beredenering van die appèl was hierdie bevinding die kern van die geskil. In die skriftelike betoogpunte wat namens die respondent in-

gehandig is, was die geldigheid van sy arrestasie en aanvanklike aanhouding ooreenkomstig reg 3(1) wel weer opnuut in gedrang gebring maar tydens die beredenering het sy advokaat tereg toegegee dat dit onaanvegbaar is. In die skriftelike betoogpunte is die ligging van die bewyslas ook te berde gebring. Op gesag van Minister of Law and Order v Dempsey and Another (supra) het appellant se advokaat aangevoer dat die bewyslas op die respondent rus om die hof te oortuig dat die appellant versuim het om die noodsaaklikheid van die aanhouding na 26 Desember 1986 behoorlik te oorweeg. Respondent se advokaat het aangevoer dat Dempsey verkeerd beslis is wat die ligging van die bewyslas in sake soos die onderhawige betref. Ek vind dit egter onnodig om uitsluitel hieroor te gee aangesien ek van mening is dat die waarskynlikhede dat

die appellant wel die noodsaaklikheid van die aanhouding na 26 Desember 1986 oorweeg het, in sy guns is.

Aanvanklik moet daarop gewys word dat die betrokke geskilpunt, net soos enige ander feitegeskil, deur die verhoorhof beslis moes word aan die hand van die waarskynlikhede soos geopenbaar in al die beskikbare getuienis en met behulp van elke geregverdigde afleiding, en dat die hof a quo dit beslis het op die voorgelegde beëdigde verklarings sonder enige mondelinge getuienis of geloofwaardigheidsbevindings. Die struikelblok genoem in R v Dhlumayo and Another 1948(2) S A 677 (A) op 695-698 staan die appellant dus nie in die weg nie.

Die enigste grond wat in die uitspraak vir die hof se bevinding aangevoer word, is dat appellant geen redes

vir respondent se voortgesette aanhouding verskaf het nie behalwe dié in die brief van 10 Februarie 1987 waarin die feit nie vermeld word dat die veldtog van beperkte duur was of dat verdere optrede wat die handhawing van die openbare orde in gevaar kon stel na 26 Desember 1986 van die respondent verwag is nie. Dit is inderdaad so dat appellant geen verdere redes verskaf het nie. In sy bestrydende beëdigde verklaring beweer hy dat hy respondent se verdere aanhouding gelas het nadat 'n gemotiveerde aanbeveling aan hom gedoen is waarna hy dit sorgvuldig oorweeg en 'n goeie trou geoordeel het dat die verdere aanhouding nodig was vir die handhawing van die openbare orde. Hy verwys na die brief van 10 Februarie 1987 en voeg dan by:

"Ek bevestig die inhoud van hierdie skrywe

en die redes daarin verstrek en voeg by dat my diskresie te alle relevante tye behoorlik, opreg en bona fide uitgeoefen was."

Ek stem egter nie saam dat appellant se versuim om enige ander redes te verstrek die afleiding regverdig dat hy nie die noodsaaklikheid van die aanhouding na 26 Desember 1986 oorweeg het nie. In die lig van wat volg, is dit myns insiens veel meer waarskynlik dat oorwegings wat nie in die brief genoem is nie, bygedra het tot sy besluit om die respondent verder aan te hou.

As vertrekpunt verwys ek na WILLIAMSON R se opmerking in die laasaangehaalde passasie uit die uitspraak dat "(t)he campaign was so obviously of a limited time duration that it is inconceivable that anyone would be detained beyond the time period unless there were other

reasons unconnected with the limited campaign". Ek kan
 nie sê dat ek hierdie beklemtoning van die beperkte duur
 van die Kersfees-veldtog heeltemal begryp nie. Natuur-
 lik kon dit nie redelikerwys verwag word dat die pamflet
 wat tydens die veldtog gebruik is na 26 Desember verder
 versprei sou word nie. Maar dit is klaarblyklik nie
 waarom dit gaan nie; wat die appellant moes oorweeg,
 was nie of die respondent na 26 Desember sou voortgaan
 met die verspreiding van die besondere pamflet nie. Deur
 die verspreiding daarvan het hy sy gesindheid openbaar
 en sy bereidwilligheid om deel te hê aan die bedreiging
 van die veiligheid van die publiek of die handhawing van
 die openbare orde. Wat appellant in die lig hiervan
 moes oorweeg, was of dit noodsaaklik was om hom aan te

hou, gedagtig daaraan dat hy na Kersfees op 'n ander wyse aan dieselfde soort aktiwiteite kon deelneem. Dit is hoe WILLIAMSON R self geredeneer het in paragraaf 3 van die voorlaaste passasie uit die uitspraak wat ek aangehaal het.

Hoe dit ook al sy, appellant was ongetwyfeld bewus dat die pamflet betrekking gehad het op 'n tyd-bepaalde veldtog. Dit spreek duidelik uit die verwysing in die brief na die "Christmas against the Emergency Campaign". Hy moes dus geweet het dat hy nie verdere aanhouding kon gelas bloot weens respondent se verspreiding van die pamflet nie, tensy hy totaal onbewus was van die doel van aanhouding ooreenkomstig reg 3 en van die perke van sy bevoegdheid om verdere aanhouding te gelas. Dit word

nêrens in die stukke beweër dat dit die geval was nie - selfs nie eens in respondent se repliserende verklaring waarin, na ontvangs van appellant se bestrydende verklaring, spesifieke bewerings gemaak is ten aansien van die opsigte waarin hy sou fouteer het nie. Boonop het respondent se prokureurs dit uitdruklik in hulle versoek van 23 Desember 1986 onder appellant se aandag gebring dat respondent nie onder die regulasie aangehou kon word bloot weens die verspreiding van die pamflet nie. Dit is nouliks denkbaar dat appellant, na ontvangs van hierdie teregwysing, in die verskafde redes sou wou te kenne gee dat hy gedoen het presies wat hy gemaak is om nie te doen nie.

Die opvallendste weglating, myns insiens, uit appellant se brief van 10 Februarie 1987 is 'n verwysing na

respondent se vorige aanhouding. Dit sou naïef wees om te veronderstel dat, indien appellant daarvan geweet het, die vorige aanhouding nie 'n belangrike rol in sy besluit gespeel het nie. En dit sou ewe naïef wees om te vermoed dat hy nie daarvan geweet het nie. Dit is hoogs onwaarskynlik dat die polisie nie sy aandag op hierdie kardinale feit gevestig het nie. Volgens majoor Smit, die persoon wat respondent se arrestasie en aanhouding op 12 Desember 1986 gelas het, was hy, Smit, volledig op hoogte met die optrede wat aanleiding gegee het tot respondent se eerste aanhouding (dit is alles, trouens, in respondent se leër genotuleer) en dit was vir hom duidelik dat sy vorige aanhouding die respondent nie van stryk gebring het nie en hy steeds bereid was om aktief deel te neem aan

die Kersfees-veldtog. Dit is waarom hy van oordeel was dat respondent se arrestasie en hernude aanhouding nodig was. Ek vind dit ondenkbaar dat dieselfde inligting nie aan appellant oorgedra is nie en dat, na oorweging daarvan, hy nie presies dieselfde oordeel as Smit gevorm het nie. Tog word die vorige aanhouding nie as bykomende rede in die brief genoem nie. Ek glo ook nie dat dit nodig was om dit te noem nie. Blykens die teleks waarin respondent se prokureurs op 20 Januarie 1987 die redes aangevra het vir sy voortgesette aanhouding het hulle die redes benodig met die oog op vertoë vir respondent se vrylating wat hulle van voorneme was om tot appellant te rig. Appellant se antwoord van 10 Februarie 1987 kan nie beskou word as 'n formele uiteensetting van redes en op

daardie basis beoordeel word nie. Dieselfde prokureurs het tydens sy eerste aanhouding namens respondent opgetree en in hulle versoek van 23 Desember 1986 het hulle pertinent na die vorige aanhouding verwys. Hulle (en respondent natuurlik self ook) het geweet dat hy vantevore aangehou en vrygelaat is en al wat nodig was, was om hulle in te lig oor wat hy daarna gedoen het om hom weer in aanhouding te laat beland. Dit is wat appellant in die brief gedoen het.

In die lig van appellant se bewustheid van die beperkte duur van die veldtog, van die sterk waarskynlikheid dat hy ook bewus was van die vorige aanhouding, en van die vanselfsprekende effek wat kennis van die vorige aanhouding moes gehad het op die besluit om die respondent

weer aan te hou, is dit myns insiens veel meer waarskynlik dat appellant op die verdere aanhouding besluit het weens redes wat nie in die brief genoem is nie, as dat hy eenvoudig nie oorweeg het of dit nodig was om respondent na 26 Desember 1986 aan te hou nie.

Dat bykomstige redes nie in appellant se bestrydende beëdigde verklaring verskaf is nie kan natuurlik nie geïgnoreer word nie. Die verklaring was immers die formele antwoord op bewerings dat respondent se voortgesette aanhouding ongeldig was en dit kon van appellant verwag word om die volledige redes daarvoor te openbaar. Nogtans kan daar myns insiens nie veel van hierdie leemte in appellant se saak gemaak word nie. Die vraag is of die afleiding geregverdig is dat oorwegings wat nie genoem is nie, nie

oorweeg is nie en ek het reeds gewys op die sterk waarskynlikheid dat ander oorwegings inderdaad 'n rol gespeel het.

Maar selfs al sou ek fouteer en selfs al sou die appèl beslis moet word op die basis dat die waarskynlikhede nie aandui dat appellant bewus was van die vorige aanhouding nie, meen ek dat die afleiding wat WILLIAMSON R gemaak het nie geregverdig is nie. Vir die beslissing van die appèl op hierdie basis postuleer ek dat die appellant nie van die vorige aanhouding geweet het nie en bepaal ek my bloot by wat in die brief van 10 Januarie 1987 en in appellant se bestrydende verklaring gesê is.

In die brief verwys die appellant na die politieke onrus wat destyds geheers het en spesifiek na die versteuring van wet en orde, geweldpleging, die besering en

dood van onskuldige persone, en die beskadiging van eiendom. Vervolgens verwys hy na respondent se verspreiding, te midde van hierdie toestand, van 'n opruiende pamflet in verband met die Kersfees-veldtog wat self tot veelvuldige gevalle van geweldpleging gelei het, en ten slotte verklaar hy dat respondent se optrede die handhawing van die openbare orde ondermyn en in gevaar gestel het. Ek het reeds daarop gewys dat respondent se verspreiding van die pamflet sy gesindheid en sy bereidwilligheid om deel te neem aan optrede wat die veiligheid van die publiek of die handhawing van die openbare orde bedreig, openbaar het. Ek het ook daarop gewys dat appellant in die lig hiervan moes oorweeg of dit nodig was om respondent ooreenkomstig reg 3(3) aan te hou, gedagtig daaraan dat hy na afloop

van die veldtog weer op 'n dergelike manier mag optree.

Appellant het onder eed verklaar in sy bestrydende ver-

klaring dat hy respondent se aanhouding sorgvuldig oor-

weeg het en van oordeel was dat sy verdere aanhouding

nodig was vir die handhawing van die openbare orde. Dit

is bekend dat hy gelas het dat die verdere aanhouding

sou duur vir solank die regulasies van krag sou bly.

Ek kan werklik nie dink watter verdere wesenlike

bewerings gemaak moes word om die hof te oortuig dat

die noodsaaklikheid van aanhouding na 26 Desember 1986

oorweeg is nie. Indien die besluit om die respondent

na daardie datum aan te hou in al die omstandighede van

die saak uiters onredelik was, was die afleiding dat die

duur van sy aanhouding nie oorweeg is nie, dalk geregverdig

(vgl Nggumba (supra) op 252 F.G). Maar dit is klaarblyk-
lik nie .

My gevolgtrekking is dat WILLIAMSON R die aange-
vraagde bevel nie moes verleen het nie en dat die appèl
derhalwe gehandhaaf moet word. Wat die koste van appèl
betref, meen ek egter nie dat die dienste van twee advo-
kate geregverdig kan word nie.

Die appèl slaag met koste. Die bevel van die hof
a quo word tersyde gestel en vervang met die volgende:

"The application is dismissed with costs
including the costs of two counsel."

J J F HEFER AR.

VIVIER AR)
STEYN AR) STEM SAAM.
EKSTEEN AR)

Saak No 439/87

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-~~AFRIKA~~

(APPÈL AFDELING)

In die saak tussen:

DIE MINISTER VAN WET EN ORDE

Appellant

en

IAN DONALD MCKENZIE

Respondent

CORAM: HEFER, E M GROSSKOPF, VIVIER, STEYN et EKSTEEN, ARR

VERHOOR: 15 Februarie 1989

GELEWER: 21 Maart 1989

U I T S P R A A K

E M GROSSKOPF, AR

Ek het die voorreg gehad om my kollega HEFER se uitspraak te lees maar kan ongelukkig nie met sy uiteindelijke gevolgtrekking akkoord gaan nie. My redes is kortliks soos volg.

Soos blyk uit my kollega se uitspraak, het die

appellant (na wie ek geriefshalwe as die Minister sal verwys) gelas dat die respondent verder aangehou word kragtens regulasie 3(3) van die regulasies afgekondig ingevolge Proklamasie R 109/86 ("die noodregulasies"). Ingevolge die Minister se lasgewing sou die respondent se aanhouding voortduur "vir solank gemelde Regulasies (d.w.s. die noodregulasies) van krag is". Die noodregulasies is egter nie net vir 'n beperkte tydperk afgekondig nie. Hulle sal van krag bly totdat hulle herroep word of totdat die noodtoestand, waaraan hulle hul geldigheid ontleen - sien art. 3 van die Wet op Openbare Veiligheid, no. 3 van 1953 - beëindig word. Die noodtoestand bly weliswaar nie langer as twaalf maande op 'n slag van krag nie, maar kan onbepaald verleng word (art. 2(2) van gemelde Wet). Aanhouding vir solank die noodregulasies van krag is beteken dus aanhouding vir 'n onbepaalde tyd. So 'n aanhouding duur voort totdat die Minister dit beëindig ingevolge regulasie 3(6) van die noodregulasies, of totdat die Staatspresident die noodregulasies herroep, of totdat die noodtoestand beëindig word. Die respondent se aanval op die

geldigheid van die Minister se lasgewing is hoofsaaklik gebaseer op die onbepaalde duur van die aanhouding wat deur die Minister gelas is. Die eerste vraag is waar die bewyslas lê ten opsigte van hierdie geskilpunt.

In Minister of Law and Order v. Hurley and Another 1986

(3) SA 568 (A) het hierdie hof bevind dat die bewyslas om die geldigheid van 'n inhegtenisneming ingevolge art. 29(1) van Wet 47 van 1982 te bewys, op die owerheid rus wat vir die inhegtenisneming verantwoordelik was. Die rede vir hierdie beginsel is soos volg uitgedruk deur RABIE HR, wat die uitspraak van die hof gelewer het (op bl. 589 E):

"An arrest constitutes an interference with the liberty of the individual concerned, and it therefore seems to be 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."

Dieselfde beginsel is gevolg in Kabinet van die Tussentydse Regering vir Suidwes-Afrika en 'n Ander v. Katofa

1987(1) SA 695 (A) op bl. 730 E en bl. 739 H - 740 B waar dit gegaan het oor 'n lasbrief vir die inhegtenisneming en aanhouding van 'n persoon deur die Administrateur-Generaal van Suidwes-Afrika ingevolge art. 2 van Proklamasie AG 26 van 1978. Die kwessie van bewyslas het weer ter sprake gekom in Minister of Law and Order v. Dempsey and Another 1988 (3) SA 19 (A). Hierdie saak het te doen gehad met 'n inhegtenisneming deur 'n lid van die polisiemag ingevolge regulasie 3(1) van die noodregulasies. HEEFER AR, wat die uitspraak van die hof gelewer het, se uitgangspunt met betrekking tot bewyslas was die volgende (op bl. 38 B):

"I accept, of course, that the onus to justify an arrest is on the party who alleges that it was lawfully made and, since an arrest can only be justified on the basis of statutory authority, that the onus can only be discharged by showing that it was made within the ambit of the relevant statute."

Wat bewys moes word in daardie saak, het die hof bevind, was dat die betrokke lid van die polisiemag die oordeel gehuldig het wat deur die regulasie as voorvereiste vir optrede deur hom bepaal is. Ten opsigte van die bewyslas van hierdie

factum probandum het HEFER AR die volgende gesê (op bl. 38 F-I):

"Once the jurisdictional fact is proved by showing that the functionary in fact formed the required opinion, the arrest is brought within the ambit of the enabling legislation, and is thus justified. And if it is alleged that the opinion was improperly formed, it is for the party who makes the allegation to prove it. There are in such a case two separate and distinct issues, each having its own onus (Pillay v Krishna and Another 1946 AD 946 at 957). The first is whether the opinion was actually formed; the second, which only arises if the onus on the first has been discharged or if it is admitted that the opinion was actually formed, is whether it is properly formed. If, eg., in a case like the instant one the applicant were to admit that a member of a Force had formed the opinion that the detention of the person concerned was necessary for the maintenance of the public order, there can, in my view, be no doubt that the application will be dismissed unless evidence is produced which persuades the Court on a preponderance of probabilities that the opinion was not properly formed."

RABIE WHR, JOUBERT AR en VILJOEN AR het hiermee

saamgestem. NESTADT AR het egter sy twyfel uitgespreek oor die vraag of dit toelaatbaar is om die bewyslas op hierdie manier op te splits (bl. 42 G) en het die saak op 'n ander basis beslis.

Mnr Gauntlett, wat in die onderhawige geval namens die respondent optree, het betoog dat Dempsey se saak in bogemelde

opsig verkeerd beslis was. Om redes wat hieronder blyk, vind ek dit onnodig om hieroor n mening uit te spreek. Ek sal gevolglik veronderstel dat daar n relevante onderskeid is tussen bewys dat n opinie inderdaad gevorm is, en bewys dat dit behoorlik gevorm is; en dat daar verskillende bewyslaste ten opsigte van hierdie twee aspekte is.

By die toepassing van die beginsel in Dempsey se saak is dit nodig om vas te stel wat presies die geskilpunt in die onderhawige geval is. Aangesien die Minister sy bevoegdhede ontleen het aan regulasies 3(1) en 3(3) van die noodregulasies is dit wenslik om hierdie regulasies van naderby te beskou.

Hulle lui soos volg:

"3.(1) n Lid van die Mag kan enige persoon wie se aanhouding na die oordeel van daardie lid nodig is vir die handhawing van openbare orde, of die veiligheid van die publiek of daardie persoon self, of ter beëindiging van die noodtoestand, sonder lasbrief arresteer of laat arresteer, en kan so n persoon by wyse van n skriftelike bevel deur enige lid van die Mag onderteken, in bewaring in n gevangenis aanhou, of laat aanhou.

(2).....

(3) Die Minister kan, sonder kennisgewing aan

enigiemand en sonder om enigiemand aan te hoor, by wyse van 'n skriftelike kennisgewing deur hom onderteken en gerig aan die hoof van 'n gevangenis, gelas dat 'n persoon wat ingevolge subregulasie (1) gearresteer is en aangehou word, verder in daardie gevangenis aangehou word vir die tydperk in die kennisgewing vermeld, of vir solank hierdie Regulasie van krag is."

Wat die omvang van die Minister se bevoegdhede betref, het hierdie hof soos volg beslis in State President and Others v. Tsenoli 1986 (4) SA 1150 (A) op bl. 1184 F:

"... I consider that the Minister's power under reg 3(3) must, by necessary implication, be taken to be subject to the limitation that he may order the further detention of a person already detained under reg 3(1) only if he is of opinion that it is necessary to do so for the purposes stated in reg 3(1)."

Dit volg hieruit dat die Minister die respondent se verdere aanhouding kon gelas as hy van oordeel was dat sodanige verdere aanhouding nodig was vir die handhawing van die openbare orde of the veiligheid van die publiek of daardie persoon self, of ter beëindiging van die noodtoestand. Maar ook die tydsduur van die aangehoudene se verdere aanhouding moes bepaal word. Ingevolge regulasie 3(3) kan die Minister 'n aangehoudene se

verdere aanhouding gelas "vir die tydperk in die kennisgewing vermeld, of vir solank hierdie Regulasies van krag is". Die Minister moet dus aandag skenk nie alleen aan die nodigheid van aanhouding nie, maar ook aan die tydperk waarvoor verdere aanhouding nodig mag wees. In argument voor ons was dit dan ook gemene saak dat die Minister in albei hierdie opsigte 'n oordeel moet vorm voordat hy die verdere aanhouding van 'n aangehoudene kan gelas. Die Minister se oordeel, wat die jurisdiksionele feit is waarop sy magsuitoefening berus, behels dus nie slegs dat die verdere aanhouding syns insiens nodig is vir die gemelde doeleindes nie, maar ook dat dit nodig is vir die tydperk gemeld in die kennisgewing. En as dit die aard en inhoud van die oordeel is wat moet bestaan voordat hy sy bevoegdhede kan uitoefen, volg dit uit die gewysdes, insluitende Dempsey se saak, supra, dat dit die Minister is wat die bewyslas dra dat hy inderdaad hierdie oordeel gevorm het. Dit is natuurlik ook die benadering wat my kollega HEFER in die onderhawige saak toepas, sonder egter om 'n mening oor die ligging van die bewyslas uit te

spreek.

Dit bring my dan by die feite. Daar kan aanvaar word dat die Minister bewys het dat hy bona fide van oordeel was dat dit nodig was vir een of meer van die voorgeskrewe doeleindes om die respondent verder aan te hou. Die vraag is of die Minister ook bewys het dat hy die oordeel gevorm het dat sodanige aanhouding onbepaald moes voortduur. Voordat ek die getuienis hieromtrent ontleed is dit miskien gepas dat ek een of twee algemene opmerkings maak. Die Minister, soos enige ander litigant, is geregtig om sy saak te bewys met enige getuienis tot sy beskikking. Die oortuigingskrag van getuienis hang egter af van omstandighede. In die onderhawige geval het ons te doen met 'n ondersoek na die Minister se subjektiewe gemoedstoestand. Die vraag is of die Minister 'n bepaalde oordeel gevorm het. Oor hierdie vraag is daar uiteraard net een persoon wat met gesag kan praat en dit is die Minister self. Dit beteken natuurlik nie dat ander mense se getuienis geen gewig kan dra nie. Hulle getuienis mag wel moontlik bydra tot die waarskynlikhede. 'n Hof

moet egter baie versigtig wees om nie die ware geskilpunt uit die oog te verloor nie. Die saak gaan nie oor die menings of oordeel per se van ander mense as die Minister nie. En, soos al dikwels beklemtoon is, die Hof kan nie sy eie oordeel in die plek van die Minister se plaas nie.

Die getuienis moet beoordeel word in die lig van die regshulp wat aangevra was. Onder meer het die respondent 'n bevel aangevra wat verklaar dat

"the continued detention until the lifting of the state of Emergency of the Applicant (is) unlawful and of no force and effect,"

asook 'n bevel om die Minister te gelas om redes te verskaf vir sy verdere aanhouding.

Die Minister se bestrydende verklaring, insoverre ter sake, lui soos volg:

"3. Ek bevestig dat ek, uit hoofde van die bevoegdheid aan my verleen deur Regulasie 3(3) 'n skriftelike Kennisgewing onderteken het ingevolge waarvan ek gelas het dat die Applikant verder aangehou word ooreenkomstig die bepalinge van voormelde regulasie 3(3).

4. Ek het die verdere aanhouding van Applikant gelas nadat h gemotiveerde aanbeveling aan my gedoen was, waarna dit deur my sorgvuldig oorweeg was en ek te goedertrou geoordeel het dat die verdere aanhouding van die Applikant nodig is vir die handhawing van die openbare orde."

Ten opsigte van die respondent se versoek om die redes vir sy verdere aanhouding, het die Minister in sy verklaring aangedui dat hy reeds h skrywe aan die respondent se regsverteenwoordigers gestuur het waarvan die wesentlike paragrawe (na korrigerings van h paar tikfoute) soos volg lui:

"With reference to your telex dated 20 January 1987, I wish to advise that the political unrest which prevails in the country, especially amongst the black communities, manifests in various ways, inter alia in endeavours to bring the administration of the State into disrepute by the creation of unofficial structures intent on supplanting (supplanting?) existing ones. These endeavours led to the breakdown of law and order with concomitant eruption of violence, injury to or death of innocent persons and damage to private and public property.

According to information at my disposal, your client was arrested in the act of distributing inflammatory pamphlets in connection with the 'Christmas against the Emergency Campaign'. This campaign has already led to

numerous incidents of violence. His actions undermined and endangered the maintenance of public order."

Dan word die verklaring soos volg afgesluit:

"7. Ek bevestig die inhoud van hierdie skrywe en die redes daarin verstrekk en voeg by dat my diskresie te alle relevante tye behoorlik, opreg en bona fide uitgeoefen was."

By die beoordeling van die vraag of die Minister hom van die bewyslas gekwyd het om die geldigheid van die respondent se verdere aanhouding te bewys, is sy eie getuienis, om redes wat ek reeds genoem het, van kernbelang. Dit is dus eerstens nodig om duidelikheid te hê oor die aard en strekking van sy beëdigde verklaring.

By 'n deurlees van die verklaring is dit opvallend dat die Minister nêrens sê dat hy aandag gegee het aan die duur van die respondent se aanhouding, en die oordeel gevorm het dat dit onbepaald moes wees nie. Om vas te stel of daar nogtans afgelei kan word dat hy hierdie oordeel gevorm het, moet 'n mens versigtig ingaan op die verklaring en die brief wat daarby ingelyf is.

Ek begin by die brief. Die eerste paragraaf skep die indruk dat die euwel wat die Minister wou bekamp deur die respondent se aanhouding verband gehou het met die skepping van nie-amptelike strukture wat daarop gemik was om bestaande strukture te vervang. Wanneer die Minister in die tweede paragraaf die respondent se gedrag spesifiseer wat tot sy verdere aanhouding gelei het, is daar egter geen verwysing na die skepping van nie-amptelike strukture nie. Die gedrag wat die respondent ten kwade gedui word, is dat hy opruiende pamflette in verband met die "Christmas against the Emergency Campaign" ("die kampanje") versprei het. Luidens die brief het hierdie kampanje reeds aanleiding gegee tot talle dade van geweld. Dit was die verspreiding van hierdie pamflette, wil dit voorkom, wat, volgens die Minister se oordeel, die handhawing van die openbare orde in gevaar gestel het.

Dit is insiggewend, meen ek, dat die Minister die kampanje koppel met dade van geweld. Ter ondersteuning van die Minister se saak is daar be-edigde verklarings van 'n aantal

polisie-offisiere en ander lede van die Mag geliasseer waarin hulle die agtergrond waarteen hulle die betrokke kampanje gesien het, uitvoerig behandel. Daarbenewens is daar op 'n laat stadium, onder omstandighede wat nie nou ter sake is nie, 'n dokument geliasseer wat moontlik die polisie se voorlegging was in verband met die respondent se verdere aanhouding. Nêrens in al hierdie stukke word daar gemeld dat die kampanje tot geweld gelei het nie. So 'n bewering verskyn slegs in die Minister se brief, soos bevestig in sy be-edigde verklaring. Dit wil dus voorkom dat die Minister sy oordeel gevorm het oor die noodsaaklikheid van die respondent se aanhouding na aanleiding van beskouinge oor die aard van die kampanje wat nie in alle opsigte ooreengestem het met dié van ander getuies in die saak nie. Dit is ook nie verbasend nie - per slot van sake vereis die regulasies dat die Minister sy eie oordeel moet vorm.

Dit is dus duidelik uit die brief, soos bevestig in die be-edigde verklaring, dat dit die respondent se deelname aan die kampanje was, en die Minister se beskouing oor die aard van die

kampanje, wat tot die respondent se verdere aanhouding gelei het. Die kampanje sou op 26 Desember tot 'n einde kom. Gevolglik, so betoog die respondent, was daar geen rede om hom nà daardie datum aan te hou nie. Hierdie betoog is myns insiens nie volkome logies nie. Al was die aanleidende oorsaak van die respondent se aanhouding hierdie kortstondige kampanje, kon die respondent hom uiteraard ook nà 26 Desember skuldig gemaak het aan die verspreiding van opruiende pamflette of soortgelyke optrede. Dit is dus denkbaar dat die Minister van oordeel kon gewees het dat die respondent se aanhouding nà 26 Desember nog nodig sou wees (selfs dan sou dit natuurlik nie noodwendig onbepaald hoef te gewees het nie). Aan die ander kant is die respondent se betoog nie van alle gewig ontbloom nie. Dit is ewe denkbaar dat die Minister die respondent laat aanhou het bloot omdat die Minister die kampanje, wat hy, so wil dit voorkom, in 'n besonder ernstige lig beskou het, wou lam lê en dat hy nie juis besorg was oor moontlike latere optrede deur die respondent nie; of in elk geval, nie dermate besorg dat hy sy aanhouding

onbepaald sou wou laat voortduur nie. Die Minister se eie verklaring, gelees teen die agtergrond van die objektiewe feite, dui nie aan dat hy aandag gegee het aan hierdie verskillende moontlikhede nie, of wat sy gevolgtrekking daaromtrent was nie.

Die verklaring toon dus nie dat hy die nodige oordeel oor die duur van die respondent se verdere aanhouding gevorm het nie.

Hierdie leemte word myns insiens nie gevul deur enige ander getuienis nie. 'n Mens kan seker bespiegel oor watter feite ten opsigte van die respondent se verlede, of ten opsigte van ander aangeleenthede, tot die Minister se kennis gebring is, en hoe hy daarop sou gereageer het. Dit bring 'n mens egter niks verder nie. Die vraag is nie wat die Minister geweet het, of watter oordeel hy redelikewyse kon gevorm het nie, maar watter oordeel hy inderdaad gevorm het na aanleiding van die kennis wat hy gehad het. Ander mense se opinies help ook nie juis nie, tensy daar getuienis is dat die Minister met hulle saamgestem het, en sodanige getuienis ontbreek. Soos ek hierbo aangetoon het is daar trouens aanduidings dat die Minister nie dieselfde

sienswyses gehuldig het as sommige van die ander getuies nie.

Die feit dat die Minister inderdaad die respondent se verdere aanhouding gelas het vir solank die noodregulasies van krag is, is sekerlik 'n aanduiding dat hy onbepaalde aanhouding nodig geag het. Hierdie afleiding word egter myns insiens geneutraliseer deur die baie belangrike omstandigheid dat die Minister versuim het om hom uitdruklik oor die tydperk van die respondent se aanhouding uit te laat, hetsy in sy bestrydende verklaring, hetsy in enige verdere verklaring wat hy mag besluit het om aan te bied in antwoord op pertinente bewerings in hierdie verband in die respondent se repliserende verklaring.

Om op te som: die bewyslas het op die Minister gerus om aan te toon dat hy 'n oordeel gevorm het oor die tydperk van aanhouding wat nodig was. Oor hierdie aspek het die Minister self geen getuienis gelewer nie, en daar is myns insiens onvoldoende materiaal voor die hof waaruit 'n afleiding op 'n oorwig van waarskynlikhede gemaak kan word dat die Minister die nodige oordeel hieroor gevorm het. Ek meen dus dat die Minister

hom nie van die bewyslas gekwyd het nie, en dat die uitspraak van die hof a quo korrek was. Ek sou die appèl afwys met koste.

E M GROSSKOPF, AR