

Reportable:	YES / NO
Circulate to Judges:	YES / NO
Circulate to Magistrates:	YES / NO
Circulate to Regional Magistrates:	YES / NO

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA (Noord-Kaapse Afdeling)

Saakno: CA&R 232/2003

Datum Aangehoor: 23/04/2007

Datum Gelewer: 30/04/2007

In die saak tussen:

Section 1.1J MAKARI

teen

Section 1.2 DIE STAAT

Coram: Williams R et Olivier R

UITSPRAAK OP APPÉL

OLIVIER R:

1. Die appellant is in die Streekhof te Upington skuldig bevind aan die moord op sy saamleefmaat van 30 jaar, en gevonnissen tot 15 jaar gevangenisstraf. Hy kom nou in hoër beroep teen beide die skuldigbevinding en die vonnis.
2. Wat die skuldigbevinding betref, was die Staat se saak teen die appellant in wese gebaseer op getuienis van die appellant se minderjarige kind, Jacobus Nel, wat volgens hom sou gesien het hoedat die appellant die oorledene met 'n mes gesteeke het, die getuienis van mnr Joseph Philander, wat die oorledene van buite haar woonplek ingedra het (blykbaar op 'n stadium toe sy reeds noodlottig verwond was), die getuienis van die polisiebeampte Inspekteur Jansen rakende die inhoud van 'n waarskuwingsverklaring wat die appellant volgens die getuie sou afgelê het en die getuienis van 'n verdere polisiebeampte, Inspekteur Myburgh, oor 'n mes wat hy in die appellant se besit gevind het toe die appellant kort ná die voorval gearresteer is.
3. Die appellant is reeds op 5 November 2001 gevonnissen en sy kennisgewing

van appél is eers op 11 September 2002 deur die Landdroskantoor te Upington ontvang. Hy het dus ook 'n aansoek om kondonاسie afgelewer, waarin hy aangevoer het dat sy kennisgewing van appél wel gedurende Februarie 2002 ingehandig is by die gevangenisowerhede.

4. Dit sou natuurlik al klaar laat gewees het, maar die appellant het nie alleen sonder regsverteenvoordiging in die verhoor opgetree nie, maar het ook onverteenvoordig en as gevonniste gevangene sy appél probeer loods. Bowendien blyk dit ook uit die oorkonde dat die Streeklanddros nooit aan die appellant sy regte met betrekking tot appél verduidelik het nie. In die lig hiervan, en ook in die lig van wat volg, meen ek dus dat kondonاسie toegestaan behoort te word.
5. Dit is egter uiters kommerwekkend dat die kennisgewing van appél reeds so lank terug as in September 2002 by die Landdroskantoor te Upington ontvang is, en die appél nou eers, byna 5 jaar later, aangehoor word. Ten spyte van 'n navraag in hierdie verband, is daar steeds geen verduideliking hiervoor nie. Dit spreek vanself dat so 'n vertraging, veral as dit bloot weens administratiewe rompslomp of flaters was, totaal onaanvaarbaar is en nodeloos om te sý ook uiters benadelend vir 'n onverteenvoordigde beskuldigde soos die appellant.
6. In sy aanvanklike betoogshoofde het die appellant se advokaat, mnr S P Rasethuntsa, die toegewing gemaak dat die skuldigbevinding in orde is, nadat vlugtig verwys is na wat die Staat se getuienis teen die appellant was. Nadat die advokate vir die appellant en die respondent toe egter die geleentheid gegee is om sekere verdere aspekte aan te spreek wat vir ons op die oog af gelyk het soos onreëlmatighede, het mnr Rasethuntsa namens die appellant die houding ingeneem dat die appél teen die skuldigbevinding behoort te slaag. Mnr Olivier, die advokaat namens die respondent, het ook toe toegegee dat verskeie onreëlmatighede begaan is en aan die hand gedoen dat die skuldigbevinding op die basis van enige een daarvan tersyde gestel behoort te word.
7. In die lig daarvan dat die bykomende aspekte nie deel uitgemaak het van die appellant se kennisgewing van appél nie, is die Griffier ook versoek om op 'n dringende basis die inhoud van ons navrae onder die betrokke Streeklanddros se aandag te bring, vir die geleentheid om daarop kommentaar te lewer, maar is daar tot dusver nog geen reaksie hierop

ontvang nie. In die lig van die totaal onaanvaarbare vertraging wat daar reeds plaasgevind het in die afhandeling van hierdie appél, meen ek nie dat dit wenslik sal wees om langer te wag vir sodanige kommentaar nie.

8. Telefoniese navrae het in elk geval aan die lig gebring dat die betrokke Streeklanddros nie meer in voltydse diens as sodanig is nie en mnr Olivier het ook aangedui dat pogings om die Streeklanddros op te spoor onsuksesvol was tot op hierdie stadium.
9. Die eerste aspek waarmee vervolgens in hierdie verband gehandel word, raak die kwessie van assessore. Omdat die appellant in 'n Streekhof tereggestaan het op 'n aanklag van moord, was die voorbehoudsbepaling tot artikel 93 *ter* (1) van die Wet op Landdroshoe, 32 van 1944, van toepassing, en was die gebiedende bepaling dus dat die Streeklanddros *“deur twee assessore bygestaan moet word, tensy so 'n beskuldigde versoek dat die verhoor sonder assessore voortgesit word, waarop die regterlike amptenaar na goeddunke een of twee assessore kan aansê om hom by te staan”* (my onderstrepings).
10. In **S v Titus** 2005 (2) SACR 204 (NC) is hierdie bepalings vertolk om te beteken dat, waar 'n beskuldigde in die Streekhof teregstaan op 'n aanklag van moord, dit eers nà 'n spesifieke versoek van die beskuldigde dat assessore nie aangestel moet word nie, sal wees dat die Streeklanddros enige diskresie sal hê in hierdie verband. Tot en met so 'n versoek deur die beskuldigde, of 'n ander positiewe stap van die kant van die beskuldigde om die verhoor te laat voortgaan sonder assessore, sal dit dus verpligtend wees dat so 'n Hof vir die doeleindes van die verhoor saamgestel is uit 'n Streeklanddros en twee assessore.
11. Daar is ook in die gemelde beslissing met goedkeuring verwys na die beslissing van **S v Khambule** 1999 (2) SACR 365 (O), waar beslis is dat dit slegs 'n positiewe stap van die kant van die beskuldigde, naamlik 'n pertinente versoek dat assessore nie aangestel word nie, sal wees wat die verpligte teenwoordigheid van twee assessore sal ophef.
12. Blykens die Streeklanddros se handgeskrewe aantekeninge met

betrekking tot die verrigtinge van 1 November 2001, toe die appellant vir die laaste keer regsverteenvoerdig verskyn het (maar nog voordat die aanklag gestel is en die verhoor 'n aanvang geneem het), het die appellant se prokureur op daardie stadium onttrek weens onvoldoende fondse en het die appellant toe aangedui dat hy nie regshulp verlang het nie en “*ook nie assessore nie*”.

13. As deel van dieselfde handgeskrewe aantekening, wat voorgee 'n opsomming te wees van wat op 1 November 2001 by die betrokke verskyning gebeur het, is ook genotuleer dat die betrokke verrigtinge meganies opgeneem is. Word gekyk na die getranskribeerde oorkonde, blyk dit dan ook dat daardie deel van die verrigtinge waar die prokureur onttrek het, die appellant aangedui het dat hy nie regshulp verlang het nie en daar toe met die verhoor voorgegaan is, wel meganies opgeneem is.
14. Die probleem is egter, eerstens, dat daar nírens in dié gedeelte van die getranskribeerde oorkonde enige aanduiding is van 'n gesprek tussen die Streeklanddros en die appellant rakende assessore nie.
15. Tweedens, en selfs al sou die handgeskrewe aantekeninge aanvaar word as 'n korrekte weergawe van wat op 1 November 2001, in die Hof gebeur het, is daar geen aanduiding:
 - 15.1 dat die onverteenvoerdigde appellant ooit ingelig is van sy regte met betrekking tot assessore in die geval van 'n ernstige aanklag soos moord in 'n Streekhof nie; of
 - 15.2 dat die appellant ooit pertinent versoek het dat assessore nie aangestel word nie, of enige ander positiewe stap (in teenstelling met 'n negatiewe stap, soos om die aanbod van assessore bloot af te wys) geneem het om aan te dui dat hy afstand doen van sy regte met betrekking tot assessore nie.
16. Soos blyk uit die gemelde beslissing van **S v Titus** sou dié onreëlmatighede rondom die aspek van assessore opsigself al fataal wees. Net soos in **S v Titus** gaan dit hier egter ook verder en is daar, soos hieronder aangedui sal word, 'n verskeidenheid van verdere faktore wat bygedra het tot die fatale onreëlmatigheid van die appellant se verhoor.
17. Die volgende probleem kom in by die Streeklanddros se hantering van die

voorskrifte van artikels 162 tot 164 van die Strafproseswet, 51 van 1977. Die voorskrifte van artikel 162 maak dit gebiedend dat 'n getuie onder eed geplaas word, behalwe in die uitsonderingsgevalle waarop die bepalinge van artikels 163 en 164 slaan (sien **Henderson v S** [1997] 1 All SA 594 (C) op 596d-e en **S v Mashava** 1994 (1) SACR 224 (T) op 228f).

18. Artikel 163 handel met gevalle van getuies wat beswaar het teen die aflê van die eed op bepaalde gronde of wat die eed nie as bindend op hulle gewetens beskou nie. Artikel 164 handel met gevalle waar getuies *“weens onkunde voortspruitende uit jeugdigheid, gebrekkige opvoeding of ander oorsaak, bevind word nie die aard en betekenis van die eed of bevestiging te begryp nie”*, in welke gevalle sulke getuies op 'n bepaalde wyse gewaarsku moet word.
19. Soos reeds gemeld, is die bepalinge van artikel 162 gebiedend en die normale gevolg van die nie-nakoming daarvan is dat die getuie wat afgelê is sonder dat die eed opgelê is, of dan in stryd met die bepalinge van artikels 162 tot 164, nie in ag geneem sal word nie (sien **S v Ndlela** 1984 (1) SA 223 (N) op 225G-H en **Henderson v S, supra**, op 598b-c).
20. Selfs al is 'n getuie jeugdig, sal dit nie sondermeer en in alle gevalle regverdig dat 'n waarskuwing in plaas van die eed (of minstens 'n bevestiging in terme van artikel 163) opgelê word nie. Die Hof moet minstens darem eers op behoorlike gronde tot 'n bevinding kom dat die getuie inderdaad nie die aard en betekenis van die eed of bevestiging verstaan nie (sien **S v B** 2003 (1) SASV 52 (HHA)).
21. Alhoewel die besondere jong ouderdom van 'n bepaalde jeugdige getuie opsigself al in sommige gevalle voldoende mag wees vir so 'n bevinding (soos in die geval van die 9-jarige getuie in **Director of Public Prosecutions, Kwa-Zulu Natal v Mekka** 2003 (2) SACR 1 (SCA)), sal dit nie noodwendig die geval wees by 'n ouderdom soos 15 jaar nie (sien **S v Chalale** 2004 (2) SACR 264 (W)).
22. In die onderhawige geval is daar nie enige aanduiding hoegenaamd dat enige van die twee polisiebeamptes onder eed geplaas is voor die aflegging van hulle getuie nie.

23. Daar is geen aanduiding dat die getuie Philander onder eed geplaas is voordat hy getuig het nie. Nadat hy aangedui het dat hy 20-jaar oud was, het die Streeklanddros bloot vir hom gesê: *“Jy gaan nou getuig in hierdie saak nou”*, waarop die getuie toe volgens die oorkonde spontaan sou gesê het: *“Help my God om die waarheid te praat”*.
24. In die geval van die getuie Jacobus Nel het die Streeklanddros, nadat hy bloot vasgestel het dat die getuie 15 jaar oud was en standerd 5 op skool geslaag het, vir die getuie gesê: *“Goed kom ons begin nou voor. Jy gaan nou vir die hof vertel van iets wat gebeur het net die waarheid wat jy weet, wat jy self weet hoor, vertel vir die hof die waarheid”*.
25. Die getuie Nel is duidelik nie die eed opgelê nie. Daar is geen aanduiding hoegenaamd dat die Streeklanddros dalk tot die bevinding gekom het dat die getuie nie die eed sou verstaan nie. In **S v B, supra**, het die Hoogste Hof van Appél duidelik nie eers 'n ouderdom van 13 jaar beskou as so jonk dat dit die moontlikheid sou uitsluit dat die getuie die aard en betekenis van die eed kon verstaan nie (vergelyk ook **S v Sikhapha** 2006 (2) SACR 439 (SCA), waar die getuie 14 jaar oud was).
26. Selfs al sou die Streeklanddros geregtig gewees het om ten aansien van die getuie Nel die bepalinge van artikel 164 van die Strafproseswet toe te pas, lyk dit nie of dit wat die Streeklanddros toe vir Nel gesê het, 'n waarskuwing soos in dié bepalinge vereis kon wees nie, maar in die lig van die voorgaande is dit onnodig om finaal hieroor te besin.
27. Dit bring my by die getuie oor die appellant se waarskuwingsverklaring, waarmee ek in die lig van die voorgaande net kortliks gaan handel. Toe die aanklaer die betrokke polisiegetuie, Inspekteur Jansen, se getuie onderbreek het, op 'n stadium voordat die getuie nog oor die inhoud van die waarskuwingsverklaring getuig het, het die aanklaer duidelik die Streeklanddros versoek om vas te stel of die appellant nie moontlik die toelaatbaarheid van die verklaring wou betwis nie. Die Streeklanddros se reaksie hierop was: *“Laat hy maar getuig en dan sal ons hoor”*. Daarop is Inspekteur Jansen se getuie eenvoudig gelei oor die inhoud van die betrokke verklaring. Dit het die onvertegenwoordigde appellant ontnem van sy regte om die toelaatbaarheid van hierdie getuie aan te val.

28. Die Streeklanddros het toe in die uitspraak, sonder dat die appellant ooit die geleentheid gegee is om hierop kommentaar te lewer, eenvoudig bevind dat die inhoud van die betrokke verklaring nie regtens neergekom het op 'n bekentenis nie en, alhoewel afgelê aan 'n vredesbeampte en nie 'n vrederegter nie, dus nie getref is deur die bepalinge van artikel 217 (1) (a) van die Strafproseswet nie en dus nie ontoelaatbaar was nie.
29. Die bevinding van die Streeklanddros dat die inhoud nie neergekom het op 'n bekentenis nie, val in elk geval vreemd op in die lig van die bevinding, onmiddellik daarna, dat daardie selfde inhoud ooreenstem met die getuienis van die seun, Jacobus Nel, op welke getuienis en basis die Streeklanddros tog immers toe die appellant aan moord skuldig bevind het.
30. Die strekking van die inhoud van die waarskuwingsverklaring was dat die appellant die oorledene met 'n mes sou gesteek het omdat sy besig was om sy penis te draai en hom seer te maak en nie wou ophou toe hy haar versoek het om so te doen nie.
31. Die inhoud van so 'n verklaring moet objektief beoordeel word om vas te stel of dit neerkom op 'n bekentenis (sien **S v Yende** 1987 (3) SA 367 (A) op 374G en **R v Kant** 1933 WLD 128 op 129-130), selfs op 'n mindere misdaad (sien, **R v Kant, supra**, op 129 en **S v Lalamani** 1981 (1) SA 999 (V)). Na my oordeel sou dit heel moontlik die perke van noodweer oorskry om iemand met 'n mes te dood in sodanige omstandighede.
32. Dit is so dat die appellant, toe hy daarna vir Inspekteur James ondervra het, gestel het dat hy nooit die betrokke verklaring afgelê het of sy duimafdruk daarop aangebring het nie, maar dit was nadat die volle inhoud reeds deur die Hof aangehoor en toegelaat is.
33. Die Streeklanddros het ook (soos ook in die **Titus**-saak gebeur het) die Staat gehelp met die aanbied van die getuienis, deur in die hoofverhoor van Inspekteur Jansen op 'n leidende wyse uit hom te kry dat hy die appellant ingelig het met betrekking tot sy grondwetlike regte.
34. Nog is dit het einde niet. Die Streeklanddros het by meerdere geleenthede toegelaat dat hoorsí-getuienis deur die aanklaer ontlok word

tydens die verhoor van die onverteenvoordigde appellant en het dit dan teen die appellant in ag geneem in die uitspraak. Alhoewel die bron van die betrokke mededelings, naamlik die seun Jacobus Nel, wel ook gaan getuig het, is die vraag wat die status en bewyswaarde dan was van mededelings wat die seun aan mnr Philander en Inspekteur Myburgh gemaak het en wat ooreengestem het met sy getuienis in die Hof. Die vraag is, meer spesifiek, of daardie getuienis nie neergekom het op getuienis van vorige ooreenstemmende verklarings nie en, indien wel, op watter basis dit uiteindelik toelaatbaar was en teen die appellant in ag geneem kon gewees het.

35. Verder is ek van oordeel dat die Streeklanddros, in sy aanvaarding van die getuienis van mnr Philander en die seun Jacobus Nel, versuim het om oorweging te verleen aan bepaalde wesenlike strydighede en onwaarskynlikhede. Daar sal vervolgens baie kortliks na enkele daarvan verwys word.
36. Philander se weergawe in hoof was dat hy die appellant en die oorledene aangetref het waar hulle bymekaar gesit het by die hek van die perseel waar hulle gewoon het. Dit was verder hierdie getuie se hoofgetuienis dat hy toe die oorledene ingedra het en neergelê het en dat die appellant op daardie stadium verdwyn het, maar later self weer teruggekeer het op 'n stadium toe die getuie en andere die polisie gaan bel het.
37. In kruisverhoor deur die appellant het die getuie Philander egter met 'n totaal ander weergawe vorendag gekom, naamlik tot die effek dat hy, nadat hy die oorledene neergelê het – en ook al geweet het dat sy dood is – die appellant in die straat gekry het en toe vir hom gesê het: *“Jy moet kom en kyk wat het jy gedoen”*.
38. Toe selfs die Streeklanddros hierdie weergawe nie kon versoen met die getuie se weergawe in hoof nie, het Philander verduidelik dat hy die appellant in die straat teëgekom het toe hy na hom gaan soek het. Dit was op die oog af egter ook strydig met sy vroeëre getuienis dat die appellant self weer by die huis opgedaag het.
39. Hierdie weersprekings is van belang omdat dit juis die appellant se

weergawe was dat die eerste woord wat hy gehoor het van sy vrou se dood, was toe Philander hom elders sou kom meedeel het dat hy na sy vrou moet gaan kyk.

40. Phillander se getuienis dat hy die appellant en die oorledene saam by die hek aangetref het, was totaal strydig met Nel se weergawe, waarvolgens die oorledene alleen buite was en Philander haar alleen daar aangetref het en ingedra het. Inteendeel, volgens Nel sou Philander toe nog by hom wou geweet het waar die appellant was.
41. Volgens Philander het hy toe, skynbaar nadat hy die oorledene ingedra het, probeer om haar wakker te kry, en toe hy onsuksesvol was vir die 15-jarige Nel gevra om te kom kyk na sy moeder. Volgens hom het Nel toe na die oorledene gaan kyk, haar oë oopgemaak en daarna gesê dat sy dood was. Hoekom sou Philander 'n 15-jarige seun gevra het om te kom kyk? Hoekom sou Nel, op sy weergawe, ook toe eers gaan kyk het; volgens hom het hy al buite die huis gesien dat die oorledene dood is, nog voordat Philander op die toneel gekom het.
42. Philander het laat val dat die oorledene ook onder die invloed van drank was. Hoe sou hy dit geweet het en hoe sou hy, op enige van sy of Nel se weergawes, die geleentheid kon gehad het om dit waar te neem?
43. Volgens Philander sou hy eers die volgende dag by die kind verneem het dat die appellant die oorledene gedood het (dit was een van die gedeeltes hoorsê-getuienis waarna reeds verwys is). Hoe sou dit dan vir Philander moontlik gewees het om al die vorige aand vir die appellant in die straat te kon gesê het dat hy moet kom kyk wat hy aan die oorledene gedoen het?
44. Waarom sou Philander nie dadelik, toe hy besef het dat die oorledene dood was, vir Nel gevra het of hy geweet het wat met haar gebeur het nie?
45. Philander het homself duidelik weerspreek toe hy op 'n stadium beweer het dat Nel die betrokke aand saam met hom was voordat hy op die appellant en die oorledene afgekom het. Later het hy probeer voorgee dat hy eintlik na iemand anders verwys het wat saam met hom was.

46. Alhoewel dit gemenesaak was dat daar 'n mes in die appellant se besit was toe hy kort na die voorval gearresteer is, was Inspekteur Myburgh nie in staat om te sê of die mes bebloed was nie en is daar ook nooit sulke getuienis van die kant van die Staat aangebied nie.
47. Verder het die Streeklanddros toegelaat dat die aanklaer die appellant in kruisverhoor konfronteer met die blatant verkeerde stelling dat hy in sy pleitverduideliking sou gesê het dat Philander die oorledene in die huis ingedra het op die stadium toe hy en Philander saam daar aangekom het. Die appellant se ontkenning dat hy dit in sy pleitverduideliking gesê het, is afgemaak as vals, terwyl hy inderdaad in sy pleitverduideliking uitdruklik gesê het: *“Wat ek daar kom saam met hom toe het hy al vroeër die vrou in die huis ingedra”*.
48. In die lig van al die voormelde is ek van oordeel dat die appellant nie 'n billike verhoor gehad het nie en dat die skuldigbevinding tersyde gestel behoort te word. Hierdie resultaat is, alhoewel daar ook strydighede en onwaarskynlikhede op die aangebode getuienis was, hoofsaaklik die gevolg van tegniese onreëlmatighede. Die omvang en effek van die onreëlmatighede is egter so wyd dat dit nie hier moontlik sal wees om (soos in **S v B, supra**) die saak terug te verwys vir die regstelling van die een of ander daarvan nie. Dit is ook so toegegee deur mnr Olivier.
49. Om dieselfde rede meen ek ook dat dit nie gerade sal wees om op hierdie stadium 'n mening uit te spreek oor of dit regtens moontlik sal wees om die appellant weer op die betrokke aanklag te vervolg nie. Dit is 'n vraag waaraan die Direkteur van Openbare Vervolgings maar, moontlik met inagneming van die tydperk wat die appellant alreeds in die gevangenis deurgebring het, oorweging kan verleen.
50. In die omstandighede is dit ook onnodig om te handel met die appellant se appél teen sy vonnis en sal ek volstaan met die opmerking dat die Streeklanddros na my oordeel verkeerdelik bevind het dat daar geen wesenlike en dwingende omstandighede was wat 'n mindere vonnis regverdig het nie en dat die opgelegde vonnis inderdaad na my oordeel treffend onvanpas sou wees op die bepaalde feite (iets wat eweneens deur mnr Olivier namens die respondent toegegee is).

51. In die omstandighede sou ek die volgende bevele maak:

51.1 Die laat aantekening van appèl word gekondoneer.

51.2 **Die appèl slaag en die appellant se skuldigbevinding en vonnis word tersyde gestel.**

C J OLIVIER
REGTER
NOORD-KAAPSE AFDELING

Ek stem saam en dit word so beveel:

C C WILLIAMS
REGTER
NOORD-KAAPSE AFDELING

Namen die appellant: Adv S P Rasethuntsa
In opdrag van: Regshulpsentrum

Namens die respondent: Adv D P Olivier
In opdrag van: Direkteur van Openbare Vervolgings,
KIMBERLEY

(i)