

RAPPORTEERBAAR
OP DIE PUNT *IN LIMINE*

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID AFRIKA
(KAAP DIE GOEIE HOOP PROVINSIALE AFDELING)

Appèlsaaknommer: A55/2005

In die saak tussen:

FRANCOIS ERSKINE

Appellant

teen

DIE STAAT

Respondent

UITSPRAAK GELEWER OP 15 NOVEMBER 2006

VELDHUIZEN, R:

[1] Die appellant het, as beskuldigde 2, saam met drie ander

beskuldigdes in die streekhof vir die streekafdeling die Kaap te Parow tereg gestaan op 'n aanklag van menseroof; ses aanklagte van verkragting en 'n aanklag van onsedelike aanranding.

- [2] Op 14 Augustus 2002 is die appellant aan menseroof, vyf aanklagte van verkragting en onsedelike aanranding skuldig bevind. Sy mede-beskuldigdes is ook op die meerderheid van die aanklagte skuldig bevind. Op die aanklag van menseroof is die apellant tot sewe (7) jaar gevangenisstraf gevonniss. Die aanklagte van verkragting is saamgeneem vir die doeleindes van straf en die appellant is tot vyftien (15) jaar gevangenisstraf gevonniss. Op die aanklag van onsedelike aanranding is die appellant ook tot vyftien (15) jaar gevangenisstraf gevonniss. Die landdros het verder gelas dat die vonnis van sewe (7) jaar met die vonnis op die verkragtingaanklagte opgelê, saamloop. Die appellant is dus 'n effektiewe vonnis van dertig (30) jaar gevangenisstraf opgelê.

Hy appelleer nou na hierdie Hof teen sy skuldigbevindings

en vonnisse.

[3] Die respondent het *in limine* aan die hand van die ongerapporteerde beslissing in hierdie afdeling, *Henry Lotriet v Die Staat* saak nr. A43/05, betoog dat die opgelegde vonnisse nietig is omrede die landdros versuim het om die bepalings van artikel 52(1)(b) van die Strafwysigingswet No. 105 van 1997 ('die Wet') toe te pas. Die misdade van verkragting waaraan die appellant skuldig bevind is, is op 30 of 31 Mei 1999, dus ná die inwerkingtreding van die Wet, gepleeg. Verder was die klaagster ten tyde van die misdade onder die ouderdom van 16 jaar en is sy meermale verkrag. Die verkragtings val dus binne die omskrywing van Deel 1 van Bylae 2 van die Wet.

[4] In 'n reeks sake waarvan *S v Liau* 2005(1) SASV 498 (T) en *S v Sekgobela and Four Other Cases* 2006(2) SASV 309 (WLD) die jongstes is, is beslis dat waar 'n landdros self 'n vonnis oplê, in weerwil van die bepalings van artikel 52(1) van die Wet wat hom verplig om die verrigtinge te staak en

die saak na die Hoër Hof, wat regsbevoegdheid het, te verwys vir vonnis, die landdros se vonnis nietig is. Die hof het op appél die landdros se vonnis ter syde gestel en die saak ingevolge artikel 52(1) van die Wet na die Hoër Hof vir vonnis verwys.

[5] Ook in die Lotriet saak het van Zyl, WnR (Foxcroft, R samestemmend) beslis dat die vonnis wat die appellant opgelê is, nietig is omrede die landdros verkeerdelik versuim het om die bepalings van artikel 52(1) van die Wet toe te pas. Die appellant se vonnis is gevolglik ter syde gestel en die saak is na die verhoorhof teruggestuur sodat die landdros ooreenkomstig die bepalings van artikel 52(1) van die Wet kon handel. Na my mening sou dit meer gepas gewees het indien die regter self die saak na die Hoër Hof verwys het sonder om dit na die landdros terug te verwys om artikel 52(1) van die Wet toe te pas.

[6] Bogemelde beslissings is na my mening nie gesag vir die betoog dat in alle gevalle waar 'n laerhof versuim het om die

bepalings van die Wet toe te pas die opgelegde vonnis nietig is nie.

- [7] Die probleem in die onderhawige saak is egter verskillend. Daar is nòg in die klagstaat nòg tydens die appellant se verhoor na die bepalings van die Wet verwys. Die verdediging is dus nooit op hulle hoede gestel dat die staat sal vra vir die toepassing van die Wet nie.

- [8] Die vraag of die vervolging deur die klagstaat 'n beskuldigde moet inlig van sy voorneme is om te bewys dat die Wet van toepassing is, is in *S v Legoa* 2003(1) SASV 13 (HHA) deur Cameron AR behandel. Op bl 22 g – 23 f is beslis:

“Under the common law it was therefore ‘desirable’ that the charge-sheet should set out the facts the State intended to prove in order to bring the accused within an enhanced sentencing jurisdiction. It was not, however, essential. The Constitutional Court has emphasised that under the new constitutional dispensation, the criterion for a just criminal trial is ‘a concept of substantive fairness which is not to be equated with what might have passed muster in our criminal courts before the Constitution of the Republic of South Africa Act 108 of 1996

came into force'. The Bill of Rights specifies that every accused has a right to a fair trial. This right, the Constitutional Court has said, is broader than the specific rights set out in the sub-sections of the Bill of Rights criminal trial provision. One of those specific rights is 'to be informed of the charge with sufficient detail to answer it'. What the ability to 'answer' a charge encompasses this case does not require us to determine. But under the constitutional dispensation it can certainly be no less desirable than under the common law that the facts the State intends to prove to increase sentencing jurisdiction under the 1997 statute should be clearly set out in the charge-sheet.

The matter is, however, one of substance and not form, and I would be reluctant to lay down a general rule that the charge must in every case recite either the specific form of the scheduled offence with which the accused is charge, or the facts the State intends to prove to establish it. A general requirement to this effect, if applied with undue formalism, may create intolerable complexities in the administration of justice and may be insufficiently heedful of the practical realities under which charge-sheets are frequently drawn up. The accused might in any event acquire the requisite knowledge from particulars furnished to the charge or, in a Superior Court, from the summary of substantial facts the State is obliged to furnish. Whether the accused's substantive fair trial right, including his ability to answer the charge, has been impaired,

will therefore depend on a vigilant examination of the relevant circumstances.

The question thus remains, whether the accused had a fair trial under the substantive fairness protections afforded by the Constitution.”

- [9] Hierdie beleid dat dit wenslik is dat die Staat ‘n beskuldigde deur die klagstaat op sy hoede moet stel dat die hof gevra sal word om die verrhoogde strafjurisdiksie wat ‘n Wet verleen uit te oefen is reeds lank bekend. Sien byvoorbeeld *S v Seleke en Andere* 1976(1) SA 675 (TPD); *S v Ackerman* 1972(1) SA 130 (KPA) en *S v Mgalo* en *S v Mongele* 1976(1) SA 49 (NPD), *S v Kraush and Another* 1976(2) SA 157(ECD) wat handel met die toepassing van die Wet op Gevaarlike Wapens Nr. 71, van 1968.

- [10] Ook in *S v Ndlovu* 2003(1) SASV 331(HHA) het Mpati AR (soos hy toe was) hom op bl 337 a – f soos volg uitgelaat:

‘And I think it is implicit in these observations that where the State intends to rely upon the sentencing regime created by the Act a fair trial will generally demand that its intention pertinently

be brought to the attention of the accused at the outset of the trial, if not in the charge-sheet then in some other form, so that the accused is placed in a position to appreciate properly in good time the charge that he faces as well as its possible consequences. Whether, or in what circumstances, it might suffice if it is brought to the attention of the accused only during the course of the trial is not necessary to decide in the present case. It is sufficient to say that what will at least be required is that the accused be given sufficient notice of the State's intention to enable him to conduct his defence properly.

Upon conviction in the present matter the appellant became liable to a minimum sentence of 15 years' imprisonment in view of the magistrate's finding that he had been found in possession of a semi-automatic firearm, unless substantial and compelling circumstances were present justifying a departure from the prescribed sentence. Were it not for the magistrate's finding the sentence which would have been imposed would not have exceeded R12 000 or three years' imprisonment or both (s 39 (2) (b)(i) of Act 75 of 1969). The difference is huge and, in my view, where the minimum sentencing provisions apply an accused must not be subjected to the risk of being visited with them without having been made fully aware that such will be the

case unless substantial and compelling circumstances are present which would justify a lesser sentence.'

en op bl 337 h:

'By invoking the provisions of the Act without it having been brought pertinently to the appellant's attention that this would be done rendered the trial in that respect substantially unfair. That, in my view, constituted a substantial and compelling reason why the prescribed sentence ought not to have been imposed.'

[11] In al die laasgenoemde beslissings het die hof op appél of hersiening bevind dat die toepasing van die onderskeie Wette by vonnisoplegging onbillik is omrede die beskuldigde nie vooraf op sy hoede gestel is aangaande die moontlikheid dat hy ingevolge die toepaslike Wet swaarder gestraf kan word nie.

[12] Wat egter van belang is vir die onderhawige saak is die feit dat die hof in al die laasgenoemde beslissings self vonnis gevel het sonder om die saak na die verhoorhof terug te verwys. So 'n werkwyse maak sin. Waarom 'n saak na die

verhoorhof terugverwys wanneer dit duidelik is die bepalings van die verhoogde-strafjurisdiksie Wet nie toegepas behoort te word nie omdat dit 'n onregverdige en onbillike verhoor tot gevolg sal hê.

- [13] In die afwesigheid van 'n waarskuwing tydens die appellant se verhoor aangaande die toepassing van die Wet sal dit 'n onbillike verhoor to gevolg hê indien die Wet nou toegepas word.

Na my mening sal dit net tydvermorsing wees om die saak terug te stuur na die verhoorhof.

Die respondent se *in limine* aansoek word gevolglik geweier en ek gaan hierna voort om self die meriete van die appellant se appél te oorweeg.

- [14] Die getuienis in hoof van die klaagster, wat ten tyde van die verhoor vyftien (15) jaar oud was, toon die volgende: Sy was op 30 Mei 1999 saam met vriende op pad huistoe. Dit was ongeveer 6:15 die oggend. Hulle het die appellant, sy mede-

beskuldigdes en nog persone teëgekom. Beskuldigde 3 het haar beveel om saam met hulle te gaan maar sy het geweier en aan haar vriend vasgehou. Hy het daarop vir haar en haar vriend omgeruk. Nadat die appellant en beskuldigde 3 vir haar aangerand het is sy na 'n leë huis geneem. Sy is beveel om te ontklee en toe sy weier het beskuldigde 3 haar bostuk uitgetrek. Beskuldigde 3 het daarna ook haar broek uitgetrek. Die appellant het ook haar buustelyf geskeur toe hy dit wou afruk. Sy is daarna herhaaldelik deur beskuldigde 1 verkrag. Sy is later ook deur beskuldigde 3 verkrag nadat hy sy penis in haar anus gedruk het. Terwyl sy deur beskuldigde 1 verkrag is het die appellant haar beveel om sy penis vas te hou wat sy toe gedoen het. Nie net is sy herhaaldelik verkrag nie maar ook onsedelik aangerand. Tydens hierdie gebeure het die polisie opgedaag. Die appellant, beskuldigde 1 en beskuldigde 3 is in hegtenis geneem. Eers tydens kruisondervraging het die klaagster getuig dat die appellant haar ook verkrag het. Sy het ook haar vroeëre getuienis dat die appellant haar buustelyfie geskeur het weerspreek deur te getuig dat dit beskuldigde 3

was wat dit gedoen het. Verskille tussen haar polisieverklarings en haar getuienis is ook tydens kruisondervraging uitgelig.

[15] Die klaagster se vriendin, me. Michelle Adonis, het bevestig dat die klaagster die oggend onder dwang uit hulle geselskap geneem is na die leë huis. Sy het daarna na die polisiestasie gehardloop en die polisie ontbied. Sy getuig dat die klaagster deurmekaar was, 'n swelsel aan haar gesig gehad het asook bloed aan haar klere gehad het toe die polisie haar uit die huis uit gebring het.

[16] Sers. Carmen Jordaan het getuig dat sy die betrokke oggend saam met drie polisiebeamptes en die getuie Adonis na die leë huis gegaan het. Haar kollegas het die appellant en beskuldigdes een en twee uit die huis gebring. Toe die klaagster haar gewaar, het sy histeries geraak en haar om die nek gehang. Op pad na die polisievoertuig het die klaagster agtergebly en op navraag van die getuie gemeld dat sy nie kan loop nie. Die getuie moes haar toe na die

polisievoertuig dra. Sy het gemerk dat die klaagster vol bloed is en ook dat haar klere en veral haar buustelyfie geskeur is. Sy het kneusings aan haar gesig, nek en borste opgemerk. Sers. Jordaan se getuienis is tot 'n mate gestaaf deur haar kollega inspekteur Brian Daniels. Die feit dat hy nie die klaagster se toestand met dieselfde mate van detail beskryf het nie is heeltemal verstaanbaar aangesien hy sy aandag meer op die beskuldigdes gevestig het.

- [17] Die klaagster se moeder me. Charlene Davids het getuig oor die invloed wat die vooral op die klaagster se lewe het. Dr. Andrew Laubscher wat die klaagster op die middag van 5 September 1999 ondersoek het se getuienis toon dat die klaagster: se linker oogkas en slaap geswel en teer was; se nek blou kneusmerke getoon het en teer was; se hymen het verskeie vars skeure getoon en was opgeswel; en haar boudnaat en anus het 'n skeur getoon. Die getuie was van mening dat die merke aan die klaagster se nek deur stomp geweld eerder as 'n suigsoen veroorsaak is.

[18] Die appellant wou hê die hof moet aanvaar dat die klaagster uit vrye wil na die huis gegaan het. Hy het in getuienis ontken dat hy gesien het dat enige van sy mede-beskuldigdes met die klaagster geslagsgemeenskap het. Hy het ook getuig dat hy die huis twee maal verlaat het om te gaan bier koop. Tydens kruisondervraging het die appellant se regsman dit aan die klaagster gestel dat die appellant: eenmaal die huis verlaat het om te gaan bier koop; gesien het hoe beskuldigde 1 en sy seksueel verkeer en dat sy daarna aangebied het om die appellant te mastubeer; en inderdaad daarna die appellant gemastubeer het.

[19] Die appellant se verduideliking vir hierdie wesenlike verskille naamlik, dat sy regsman hom verkeerd verstaan het, gaan eenvoudig nie op nie. Die appellant was 'n leuenagtige getuie en die verhoorhof het tereg bevind dat sy weergawe verwerp moet word.

[20] Die appellant se skuld moet gevolglik aan die hand van die staatsgetuienis beoordeel word.

[21] In die lig van die weerspreking tussen die klaagster se getuienis in hoof en tydens kruisondervraging aangaande die feit of die appellant met haar gemeenskap gehad het, meen ek dat die landdros verkeerdelik aanvaar het dat die appellant haar fisies verkrag het. Die klaagster se getuienis, in die geheel beoordeel, tesame met die ander staatsgetuienis bewys na my mening dat: die klaagster wederregtelik ontvoer en na die leë huis geneem is; die klaagster herhaalde male wederregtelik deur een of meer van die beskuldigdes verkrag en onsedelik aangerand is; die appellant meegedoen het om die klaagster teen haar wil in die huis aan te hou; die appellant die klaagster beveel het om sy penis vas te hou terwyl sy verkrag is. In die geheel gesien is daar bo redelike twyfel bewys dat die beskuldigdes, die appellant inkluis, die gemeenskaplike oogmerk gehad het om die klaagster haar vryheid te ontnem haar te verkrag en onsedelik aan te rand en dat hulle saam opgetree het om daardie oogmerke te bereik. Dit volg dat die skuldigbevindings moet bly staan.

[22] Wat die vonnis aanbetref is dit duidelik dat die landdros al die beskuldigdes oor dieselfde kam geskeer het. Dit was verkeerd. Wat die misdade betref is dit van belang dat die appellant nie so aktief meegedoen het om die klaagster na die leë huis te ontvoer nie. Dit moet ook in sy guns aanvaar word at daar nie bewys is dat die appellant self geslagtelik met die klaagster verkeer het nie of dat hy per anum met haar verkeer het nie. Dit ly nogtans geen twyfel nie dat hierdie misdade en veral die verkragtings ernstig is en swaar strawwe verdien. Die appellant se persoonlike omstandighede is volledig deur die landdros uiteengesit en ek vind dit nie nodig om dit te herhaal nie. Die feit dat die appellant geen vorige veroordelings het nie verdien beklemtoning. Wanneer al hierdie omstandighede in ag geneem word is die kummulatiewe effek van die vonnisse buitensporig swaar.

[23] Bygevolg word die appellant se appél teen sy skuldigbevindings verwerp en sy skuldigbevindings

bekragtig. Die appellant se appél teen sy vonnis word gehandhaaf, die vonnis word ter syde gestel en vervang met die volgende:

Aanklag 1: Vyf (5) jaar gevangenisstraf.

Aanklagte 2 tot 6 word saamgeneem vir die doeleindes van vonnis en die appellant word gevonnissen tot tien (10) jaar gevangenisstraf.

Aanklag 8: Agt (8) jaar gevangenisstraf.

Dit word verder gelas dat drie (3) jaar van die vonnis op aanklag 1 opgelê met die vonnis op aanklagte 2 tot 6 opgelê sal saamloop.

A.H. VELDHUIZEN (R)

Ek stem saam.

K. KLOPPER (WnR)