

LL

Saak No 317/1989

208 89(8)

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
APPÈLAFDELING

In die saak tussen:

SIBUSISO SENELE MASUKU

Petisionaris

en

JURISDIKTIE

DIE MINISTER VAN JUSTIEREPUBLIEK VAN SUID-AFRIKA

Eerste Respondent

DIE PROKUREUR-GENERAAL VAN TRANSVAAL

Tweede Respondent

DIE BALJU VAN TRANSVAAL

Derde Respondent

CORAM:

HOEXTER, BOTHA, VAN HEERDEN, F.H.

GROSSKOPF ARR et NICHOLAS WnAR

VERHOORDATUM:

17 NOVEMBER 1989

LEWERINGSDATUM:

30 NOVEMBER 1989

 UITSPRAAK

BOTHA AR: -

Hierdie uitspraak het betrekking op 'n aansoek om verlof om te appelleer wat na die Hof verwys is vir oorweging ingevolge artikel 316 (8) (d) van die Strafproseswet 51 van 1977 ("die Wet").

Die applikant is op 31 Augustus 1987 in die Transvaalse Provinsiale Afdeling ter dood veroordeel, nadat hy deur HUMAN WnR en assessore skuldig bevind is aan moord sonder versagende omstandighede. 'n Aansoek om verlof om te appelleer teen sy skuldigbevinding en vonnis is deur die Verhoorregter van die hand gewys op 16 Oktober 1987. 'n Versoekskrif gerig aan die HOOFREGTER, waarin sodanige verlof aangevra is, is ook van die hand gewys, op 15 Februarie 1988. Gedurende September 1988 het die applikant 'n versoekskrif gerig aan die Staatspresident om begenadiging (vgl artikel 326 van die Wet). Daarna, op 'n datum wat nie blyk uit die stukke nie, het die Staatspresident besluit om nie die applikant te begenadig nie. Gevolglik is 'n datum vir die teregstelling van die applikant bepaal, naamlik

24 Mei 1989.

Op 23 Mei 1989 het die applikant 'n dringende aansoek aan die Transvaalse Provinsiale Afdeling gerig om 'n uitstel van sy teregstelling te verkry. As eerste respondent het hy gesitêr die Minister van Justisie ("die Minister"), en as tweede respondent die Balju van die Transvaal. In sy kennisgewing van mosie het die applikant 'n bevel aangevra, waarvan paragrawe 2 en 3 soos volg lui:

"2. Dat die Eerste Respondent gelas word om die voltrekking van die doodsvonnis op die Applikant wat vir Woensdag 24 Mei 1989 bepaal is uit te stel ten einde die Applikant die geleentheid te gee om ingevolge die bepalinge van artikel 327 van die Strafproseswet, Wet 51 van 1977, 'n versoekskrif gesteun deur beëdigde verklarings aan die Staatspresident te rig in welke verband die Applikant reeds instruksies aan sy prokureur gegee het;

3. Dat die Tweede Respondent belet word om die doodsvonnis te voltrek hangende die uitslag van die versoekskrif en die prosedures wat daarop volg."

In sy bevestigende beëdigde verklaring het die

applikant onder meer die volgende bewerings gemaak:

"8.

Ek is skuldig bevind op grond van die getuienis van twee ooggetuies. Ek is egter nou meegedeel dat die twee ooggetuies erken dat hulle valse getuienis afgelê het in die Verhoorhof en dat hulle nou die getuienis wil wysig.

9.

Ek wil nou ingevolge die bepalings van artikel 327 van die Strafproseswet, Wet 51 van 1977 n versoekskrif aan die Staatspresident rig waarin ek sal beweer dat verdere getuienis nou beskikbaar geword het wat my skuldigbevinding asook die doodsvonnis wat my opgelê is, wesenlik kan raak. Ek doen respekvol aan die hand dat ek die reg het om sodanige versoekskrif te rig en alle regsmiddele tot my beskikking uit te put alvorens die vonnis voltrek word."

Ter ondersteuning van die bewerings dat verdere getuienis beskikbaar geword het en dat die genoemde twee ooggetuies erken het dat hulle valse getuienis afgelê het in die Verhoorhof, het die applikant twee beëdigde verklarings by sy aansoek aangeheg, waarna ek later weer sal verwys.

Die aansoek is aangehoor deur HUMAN WnR. Hy het dit van die hand gewys, op gronde wat later sal blyk. Verlof is toe by hom aangevra om te appelleer teen die afwysing van die aansoek. Verlof is geweier. Daarop het die advokaat wat namens die applikant opgetree het, dringende skriftelike vertoë gerig aan die Minister om die applikant se teregstelling uit te stel, ten einde die applikant in staat te stel om ingevolge artikel 316(6) van die Wet 'n versoekskrif aan die HOOFREGTER te rig om verlof om te appelleer teen die afwysing van die aansoek. Die Minister het aan die vertoë gehoor gegee en dienooreenkomstig gelas dat die applikant se teregstelling uitgestel word.

Daarna het die applikant die versoekskrif wat tans onder oorweging is, aan die HOOFREGTER gerig. Die regters van hierdie Hof wat volgens artikel 316(7) aangewys is om in kamers die versoekskrif te oorweeg, het op 16 Augustus 1989 die volgende bevel uitgereik:

"In terms of section 316(8)(d) of Act 51 of

1977 the application for leave to appeal is referred to the Appellate Division for consideration upon argument of the following questions:

1. whether the Court a quo had jurisdiction to entertain the application for a stay of execution;
2. if so, whether the Appellate Division has jurisdiction to entertain an appeal against the refusal of the Court a quo to stay the execution;
3. if so, whether, on the merits, the application for leave to appeal should be granted."

Die genoemde vrae is nou voor hierdie Hof beredeneer, namens die applikant en namens die Prokureur-Generaal van Transvaal ("die Staat"). Die vrae word agtereenvolgens hieronder bespreek.

Alhoewel dit bekend is dat aansoeke om uitstel van teregstelling, soos dié wat op 23 Mei 1989 in hierdie geval voor die Hof a quo gedien het, dikwels in die Transvaalse Provinsiale Afdeling aangehoor en beslis word, is daar nog nie, sover ek weet, in enige

gerapporteerde beslissing ingegaan op die vraag van die Hof se jurisdiksie om dit te doen nie, in die besonder met verwysing na die bepalings van artikel 327 van die Wet. In die saak Makhali v Minister van Justisie en h Ander 1957 (4) SA 322 (T) het BOSHOFF R h grondige ondersoek ingestel na die regsbevoegdheid van die Hof om uitstel van teregstelling te verleen, maar in h ander verband as die huidige. In daardie geval het die applikant nog nie sy statutêre regte ten opsigte van h aansoek om kondonاسie, verlof om te appelleer en die voorlegging van verdere getuienis, uitgeput nie. h Prosedure soos dié van artikel 327, waar h veroordeelde inderdaad reeds al daardie regte uitgeput het, het destyds nie bestaan nie. Daar is nietemin heelwat gedagtes vervat in BOSHOFF R se beredenering wat met vrug in die huidige samehang in aanmerking geneem kan word, soos hieronder sal blyk.

Voordat artikel 327 in 1977 die lig gesien het, was daar geen manier waarop h veroordeelde

persoon, wie se gewone statutêre regsmiddels in verband met appèl, hersiening en dies meer alreeds uitgeput was of nie meer beskikbaar was nie, n heropening van sy saak kon bewerkstellig op grond van nuwe getuienis wat beskikbaar geword het en wat daarop gedui het dat sy skuldigbevinding op valse getuienis berus het nie. In Mokoena v Minister of Justice and Another 1968 (4) SA 708 (A) is daar beslis dat restitutio in integrum nie gevorder kon word nie, en dat die spesiale prosedure van die gemene reg waarvolgens die princeps aan so n veroordeelde persoon verligting kon verleen, by ons in onbruik verval het. STEYN HR, wat die uitspraak van die Hof gelewer het, het egter oor die uitwerking van die beslissing die volgende kommentaar gelewer (op 717D-G):

"Whatever the merits of the applicant's allegations in this matter may be, these proceedings draw attention to what may be regarded as a deficiency in our criminal procedures. There is substance in the submission on behalf of the applicant that the issues and investigations incidental to

the functions of the State President in his exercise of the prerogative of mercy, differ materially from those in a court, where examination and cross-examination are the essential instruments for arriving at the truth beyond reasonable doubt. Depending on the nature of the case, it may well be an advantage if a petition by a condemned person, based on evidence discovered after the recognised judicial procedures have been exhausted or are no longer available, could be referred by the State President, if so advised after the usual departmental enquiries into the facts, to the trial Court for the hearing of further evidence and a report thereon. That would be a resuscitation of a similar procedure under the common law, which has fallen into disuse. The effect would be that the doors of our Courts would at no stage be closed to an innocently condemned person beyond the possibility of a re-opening. It would be a procedure which could not be readily abused, and merits, I would suggest, consideration by the Legislature."

Hierdie opmerkings is van belang, want daar kan aanvaar word dat artikel 327 in die Wet ingesluit is as gevolg daarvan; dit verskaf dus die agtergrond waarteen die artikel in oënskou geneem moet word.

Artikel 327(1) bepaal soos volg:

"Indien iemand wat aan 'n misdryf in 'n hof skuldig bevind is of ten opsigte van 'n

misdryf ter dood veroordeel is, ten opsigte van die skuldigbevinding of die doodvonnis al die erkende regsprosedures betreffende appèl of hersiening uitgeput het, of indien sodanige prosedures nie meer aan hom beskikbaar is nie, en so iemand of sy regsverteenwoordiger 'n versoekskrif, gesteun deur toepaslike beëdigde verklarings, aan die Staatspresident rig wat beweer dat verdere getuienis sedertdien beskikbaar geword het wat sy skuldigbevinding of die doodvonnis wat hom opgelê is wesenlik raak, kan die Staatspresident, indien hy van oordeel is dat sodanige verdere getuienis, as dit waar is, die skuldigbevinding of die doodvonnis redelikerwys sou kon raak, die Minister gelas om die versoekskrif en die toepaslike beëdigde verklarings na die hof te verwys waarin die skuldigbevinding geskied het of waarin die doodvonnis opgelê is."

Subartikels (2), (3), (4), (5) en (6) bepaal die procedure wat gevolg word as die Staatspresident 'n lasgewing ingevolge subartikel (1) uitgereik het. Subartikel (7) lui dan soos volg.

"Geen appèl-, hersienings- of ander verrigtinge van watter aard ook al is ontvanklik ten opsigte van -

(a) 'n weiering deur die Staatspresident om 'n lasgewing ingevolge subartikel (1) uit te reik of om op te tree as gevolg van die bevinding of advies van die hof ingevolge subartikel (4) (a) nie; of

- (b) enige aspek van die verrigtinge, bevinding of advies van die hof ingevolge hierdie artikel nie."

Artikel 327 self maak geen voorsiening vir die uitstel of opskorting van die tenuitvoerlegging van enige vonnis hangende die afhandeling van die prosedure wat daarin bepaal word nie, hetsy die proses alreeds aanhangig gemaak is deur die rig van 'n versoekskrif aan die Staatspresident, waaroor hy nog nie besluit het nie, hetsy die rig van so 'n versoekskrif nog maar net in die vooruitsig gestel word. Terselfdertyd is ek van oordeel dat sodanige uitstel of opskorting nie uitgesluit word deur die bepalinge van artikel 327(7) nie. Volgens die bewoording van subartikel (7) het dit slegs betrekking op die optrede van die Staatspresident en enige aspek van die verrigtinge van die hof ingevolge artikel 327 as sodanig. Die bevoegdheid van 'n hof om die tenuitvoerlegging van 'n vonnis uit te stel of op te kort, word nie daardeur geraak nie. Die vraag is dus of so 'n bevoegdheid elders gevind kan word.

Binne die raamwerk van die strafprosesreg is 'n hof nie bekleed met jurisdiksie om die inwerkingtreding van 'n vonnis uit te stel hangende die afhandeling van verrigtinge ingevolge artikel 327 nie. Die Wet bevat heelwat bepalings wat die opskorting van bepaalde strawwe in sekere gegewe omstandighede reël (kyk by artikels 278, 307, 308, 309 en 321), maar geeneen van hulle kan in verband gebring word met die prosedure van artikel 327 nie. By ontstentenis van statutêre magtiging daartoe, het 'n hof geen inherente jurisdiksie om die inwerkingtreding van 'n vonnis uit te stel nie. Dit volg uit die algemene beginsels op die gebied van die strafprosesreg wat bespreek is in Sefatsa and Others v Attorney-General Transvaal and Another 1989 (1) SA 821 (A). Met betrekking tot artikel 327 in die besonder, het die Hof in Hoosain v Attorney-General, Cape (2) 1988 (4) SA 142 (C) te doen gehad met 'n aansoek om uitstel van die inwerkingstelling van 'n vonnis van gevangenisstraf, hangende die uitslag van 'n

versoekskrif wat die applikant ingevolge die artikel aan die Staatspresident wou rig. TEBBUTT R het beslis dat die Hof nie by magte was om die aansoek toe te staan nie. Ek stem met eerbied saam met die beslissing, en in hoofsaak ook met die beredenering wat dit ten grondslag lê, maar onderhewig aan een voorbehoud. In die loop van sy uitspraak het TEBBUTT R die vraag na die bevoegdheid van die Hof om uitstel te verleen in die samehang van artikel 327 in algemene en ongekwalfiseerde terme gestel (op 145J-146A), en ten dele ook aldus bespreek (bv op 148G-I). In feite was die geval voor hom beperk tot 'n vonnis van gevangenisstraf, en ten spyte van sy algemene uitlatings is ek oortuig daarvan dat sy beredenering slegs op daardie vorm van straf toegespits was, soos onder meer blyk uit sy beklemtoning van die Hof se onvermoë om borgtog toe te staan (op 146H-J); dit is duidelik, meen ek, dat hy geensins die geval in gedagte gehad het van 'n ter dood veroordeelde gevangene wat op die vooraand van sy

teregstelling n uitstel van die voltrekking van sy vonnis wil verkry met die oog op die gebruikmaking van die prosedure van artikel 327 nie (kyk sy beredenering op 148I-149F, wat klaarblyklik nie op so n geval van toepassing kan wees nie). Daar is natuurlik n fundamentele verskil tussen die twee soorte gevalle: n veroordeelde wat gevonniss is tot gevangenisstraf en wat nie n uitstel van die inwerkingtreding daarvan kan verkry nie, word nie die geleentheid ontnem om tog n versoekskrif aan die Staatspresident te rig nie, maar n veroordeelde wat die doodstraf opgelê is en op die vooraand van die voltrekking van sy vonnis n uitstel daarvan ontsê word, word daardie geleentheid met starre finaliteit ontnem. Of n hof jurisdiksie het om laasgenoemde resultaat te vermy, is die vraag wat in hierdie saak beantwoord moet word.

Soos nou reeds geblyk het, is sodanige jurisdiksie nie beskikbaar op die gebied van die strafprosesreg nie. Na my oordeel bestaan dit egter

wel op sivilregtelike gebied, binne die raamwerk van die bekende beginsels wat van toepassing is op 'n hof se regsbevoegdheid om 'n interdik uit te vaardig. Dit is op daardie grondslag dat BOSHOF R in Makhali v Minister van Justisie en 'n Ander supra op 329F-H bevind het dat die Transvaalse Provinsiale Afdeling by magte was om te gelas dat 'n teregstelling uitgestel word. Ek stem saam met daardie benadering, en alhoewel dit gebaseer was op die beskerming van 'n veroordeelde se statutêre regte ten opsigte van kondonasie, appèl en die voorlegging van verdere getuienis, is ek van mening dat dieselfde benadering geldig is in die samehang van die bepalinge van artikel 327 van die Wet, soos ek hieronder sal aantoon.

As eerste vereiste vir 'n interdik, moet daar 'n reg wees wat vatbaar is vir beskerming deur 'n hofbevel. Na my mening setel daar ongetwyfeld 'n reg in 'n veroordeelde persoon, met betrekking tot die oorweging deur die Staatspresident van 'n versoekskrif aan hom ge-

rig ingevolge artikel 327 en die neem van 'n besluit daaromtrent. Daar kan geen twyfel wees nie dat as die Staatspresident so 'n versoekskrif ontvang het, hy statutêr verplig is om dit te oorweeg en tot 'n besluit daaroor te geraak. Die teenkant van sy verpligting is vanselfsprekend 'n ooreenstemmende reg van die persoon wat die versoekskrif gerig het. As die Staatspresident 'n versoekskrif ontvang het van 'n ter dood veroordeelde persoon, en hy nog besig is om dit te oorweeg en nog nie tot 'n besluit daaroor gekom het nie, en die veroordeelde sou in kennis gestel word dat sy vonnis op die punt staan om voltrek te word, dan lê dit voor die hand dat 'n hof in beginsel by magte is om die teregstelling te verbied, hangende die Staatspresident se besluit. Die beginsel geld na my mening ook waar die veroordeelde nog nie reeds sy versoekskrif aan die Staatspresident gerig het nie, maar van vaste voorneme is om dit so spoedig moontlik te doen. Dat die Staatspresident se verpligting tot oorweging en besluit

nog nie geaktiveer is deur die ontvangs van die versoekskrif nie, doen nie afbreuk aan die bestaan van die verpligting nie. Die artikel beoog trouens ook klaarblyklik dat die Staatspresident verplig is om die versoekskrif in ontvangs te neem, wat weer eens die teenkant veronderstel van die reg van die veroordeelde om sy versoekskrif te rig. Dit is gevolglik implisiet in die artikel dat 'n veroordeelde 'n reg het om 'n versoekskrif aan die Staatspresident te rig. Daardie reg is vatbaar vir beskerming deur 'n hof.

Die tweede vereiste vir 'n interdik is 'n inbreukmaking, of 'n bedreiging van inbreukmaking, op die reg. So klaarblyklik word daar in die omstandighede tans onder bespreking voldoen aan hierdie vereiste, dat dit onnodig is om enige verdere fasette daarvan te noem, soos bv 'n redelike verwagting van benadeling. Dit is wel waar dat die Balju 'n statutêre verpligting het, ingevolge artikel 279(2) van die Wet, om die doodvonnis te voltrek na ontvangs van 'n

kennisgewing dat die Staatspresident besluit het om nie die veroordeelde te begenadig nie, maar daardie verpligting word voorgeskryf in die samehang van die Balju se funksie om die vonnis uit te voer, en dit kan nie aangewend word om die veroordeelde se reg wat hy ontleen aan artikel 327 te oorheers nie (vgl Makhali se saak supra op 328H en 329F); dit verhoed dus nie h hof om die verdeling van die reg te verbied nie.

Die derde vereiste vir h interdik is die afwesigheid van h ander toereikende regsmiddel waarmee die reg beskerm kan word. In hierdie verband word daar verwys na h regsmiddel in die sin van h geregtelike prosedure waardeur regshulp verkry kan word wat die verlening van h interdik onnodig maak. In daardie sin is hierdie vereiste ook klaarblyklik bevredig. Dit is wel moontlik vir h veroordeelde om op h administratiewe vlak aan die Minister vertoë te rig om uitstel te verkry van die teregstelling (soos die applikant in die huidige geval met sukses gedoen het na

die afwysing van sy aansoek in die Hof a quo), maar optrede van so 'n aard val nie binne die bestek van 'n "regsmiddel" soos in hierdie verband bedoel word nie, en die moontlikheid daarvan skakel dus nie die verlening van 'n interdik uit nie. (Op die moontlikheid om vertoë aan die Minister te rig, kom ek hieronder weer terug.)

Hierbo het ek die vereistes in oënskou geneem vir 'n finale interdik, soos dit geformuleer is in Setlogelo v Setlogelo 1914 AD 221 op 227, en soos dit sedertdien in die regspraak toegepas is. Die soort interdik waarom dit in die huidige saak gaan, is natuurlik bestem om slegs tydelike werking te hê, totdat die uitoefening van die applikant se reg om gebruik te maak van die proses van artikel 327 deur 'n toepaslike besluit van die Staatspresident afgehandel is. Die interdik is nietemin in wese van so 'n aard dat die uitwerking daarvan finaal is, en daarom geld die vereistes soos hierbo bespreek. Dit is nie 'n tydelike

interdik in die tegniese sin waarin daardie uitdrukking gewoonlik in die praktyk gebruik word nie, omdat dit nie verleen word hangende die latere verkryging van finale regshulp in 'n regsproses nie (vgl Airoadexpress (Pty) Ltd v Chairman, Local Road Transportation Board, Durban, and Others 1986 (2) SA 663 (A)). Die vereistes vir 'n tydelike interdik, sover dit verskil van dié vir 'n finale interdik soos hierbo bespreek is, is gevolglik nie van toepassing in 'n geval soos die onderhawige nie.

Om die voorgaande redes is my gevolgtrekking dat die Hof a quo wel jurisdiksie gehad het om die applikant se aansoek aan te hoor en te besleg.

Dit is egter gerade, na my mening, om 'n paar verdere opmerkings te maak oor die hantering van aansoeke van hierdie aard in die praktyk. 'n Gerieflike aanknopingspunt vir die bespreking is die oorweging wat geld by tydelike interdikte, naamlik dat die applikant 'n redelike vooruitsig moet hê om welslae te behaal in die verdere proses wat gaan volg. Hierdie

oorweging is in aanmerking geneem, met betrekking tot verrigtinge in verband met 'n beoogde appèl, in die aansoeke om uitstel van teregstelling wat gedien het in Makhali v Minister van Justisie en 'n Ander supra (op 331G-H), Sibande v Minister of Justice and Another 1958 (2) SA 114 (T) op 116A/B, en S v Malai 1972 (4) SA 402 (T) op 403G. Na my oordeel is daar geen ruimte vir die aanwending van 'n soortgelyke oorweging met betrekking tot die proses wat bepaal word in artikel 327 nie. In daardie proses het die Wetgewer dit aan die uitsluitlike diskresie van die Staatspresident toevertrou om te besluit oor die lotgeval van 'n versoekskrif wat aan hom gerig word, en dit is nie vir 'n hof om te bespiegel of kommentaar te lewer oor die moontlike of waarskynlike uitslag van die Staatspresident se oorweging van so 'n versoekskrif nie.

Dit beteken egter nie dat 'n ter dood veroordeelde persoon geregtig is om uitstel van sy teregstelling te verkry op grond van 'n blote bewering,

sonder meer, dat hy van voorneme is om 'n versoekskrif aan die Staatspresident te rig nie. Hy moet ten minste inligting aan die hof voorlê wat prima facie daarop dui dat "verdere getuienis sedertdien beskikbaar geword het", wat, na die oordeel van die Staatspresident, "as dit waar is, die skuldigbevinding of die doodvonnis redelikerwyse sou kon raak". Of 'n applikant 'n genoegsame grondslag daargestel het vir die verlening van 'n interdik ter uitstel van sy teregstelling, moet, volgens my beskouing, uitsluitlik beoordeel word aan die hand van die maatstawwe van goeie trou en misbruik van die regsproses. In Makhali se saak supra (op 330E) het BOSHOFF R daardie maatstawwe gebruik by sy beoordeling van die applikant se vooruitsig op sukses in die beoogde appèl-prosedure wat sou volg, maar hy het dit toegepas op so 'n wyse dat die aansoek misluk het omdat hy nie kon bevind dat dit te goeder trou was nie en dat die toestaan daarvan nie op 'n misbruik van die geregtelike proses sou neerkom nie (op 332F). Na my

mening moet die maatstawwe liever op 'n ander wyse toegepas word, gedagtig aan die woorde van STEYN HR in Mokoena se saak supra, wat ek vroeër aangehaal het:

"... the doors of our Courts would at no stage be closed to an innocently condemned person beyond the possibility of a re-opening."

Die korrekte metode van toepassing, volgens my mening, is die volgende: 'n aansoek om uitstel van teregstelling by wyse van 'n interdik, met die oog op die rig en die afhandeling van 'n versoekskrif ingevolge artikel 327, behoort afgewys te word slegs as die hof positief kan bevind dat die aansoek nie te goeder trou gedoen is nie of dat die toestaan daarvan op 'n misbruik van die regsproses sou neerkom. Dit, meen ek, is die allesoorheersende toets.

Dit is welbekend dat aansoeke van hierdie aard dikwels op die laaste nippertjie van stapel gestuur word. Dit is 'n onwenslike toestand van sake en, indien moontlik, behoort dit vermy te word. In

Sibande v Minister of Justice and Another supra op 116A

is daar bevind dat daar 'n verduideliking verskaf behoort te word waarom so 'n aansoek op 'n laat stadium aanhangig gemaak is. Ek stem daarmee saam, maar terselfdertyd wil ek beklemtoon dat die afwesigheid van so 'n verduideliking nie op sigself die aansoek behoort te laat verongeluk nie. Dit is maar net een van die faktore wat, tesame met alle ander tersaaklike omstandighede, in oorweging geneem moet word ten einde die beslissende toets toe te pas, naamlik of, in die geheel beskou, daar bevind kan word dat die aansoek nie bona fide is nie of 'n misbruik van die proses uitmaak.

Die laaste aspek van praktyk waarna ek wil verwys, is die moontlikheid, vroeër reeds genoem, dat 'n ter dood veroordeelde vertoë kan rig aan die Minister om uitstel van sy teregstelling te verkry. Waar die oogmerk van die uitstel is om die geleentheid te hê om 'n versoekskrif ingevolge artikel 327 aan die Staatspresident te rig, is ek van oordeel dat dit in

die eerste plek veel wensliker is vir die Minister om oor so 'n uitstel te besluit as vir 'n hof. Nadat iemand deur 'n hof die doodstraf opgelê is en daarna al sy "erkende regsprosedures" ingevolge die strafprosesreg sonder sukses "uitgeput het", of dit "nie meer aan hom beskikbaar is nie", dan het hy uit die gebied van die regspleging beweeg en 'n terrein binnegegaan waar die besluite oor sy lot tuishoort op die vlak van die uitvoerende gesag. Dit is daarom vanpas dat die besluit oor 'n uitstel van sy teregstelling in die eerste plek ook tuishoort by die uitvoerende gesag. Dit is gevolglik verkieslik dat so 'n persoon eers die Minister nader, indien moontlik op grond van 'n reeds opgestelde versoekskrif aan die Staatspresident, en dat hy hom na 'n hof sal wend slegs as hy by die Minister nie geholpe kan raak nie, om watter rede ook al. Om so 'n praktyk aan te moedig en te laat posvat, dink ek dat die Transvaalse Provinsiale Afdeling oorweging kan skenk daaraan om as 'n praktyksreël te aanvaar dat 'n

applikant in 'n aansoek om uitstel van sy teregstelling behoort te beweer watter pogings aangewend is om sodanige uitstel op 'n uitvoerende vlak te verkry, of waarom dit nie moontlik was om sodanige pogings aan te wend of suksesvol afgehandel te kry nie. Terselfdertyd wil ek in hierdie verband ook weer beklemtoon dat 'n versuim om aan so 'n praktyksreël te voldoen nie op sigself 'n aansoek behoort te laat verongeluk nie, maar dat dit slegs een van die faktore sal wees om in oorweging te neem by die toepassing van die breë deurslaggewende toets wat ek hierbo bespreek het.

Vervolgens kom ek by die vraag of hierdie Hof jurisdiksie het om 'n appèl aan te hoor en te besleg teen die afwysing deur die Hof a quo van die applikant se aansoek om uitstel van sy teregstelling. Die advokate van die applikant en van die Staat was dit eens dat, indien daar bevind sou word dat die Hof a quo jurisdiksie gehad het om die aansoek te besleg op grond van die sivielregtelike beginsels met betrekking tot

die verlening van 'n interdik, soos ek beslis het die geval is, hierdie Hof wel oor appèl-jurisdiksie beskik, net soos in enige ander siviele geding. Hierdie standpunt is klaarblyklik korrek en dit behoeft geen verdere bespreking nie.

Ten slotte moet die meriete van die aansoek om verlof om te appelleer oorweeg word.

Soos vroeër geblyk het, het die applikant in sy aansoek in die Hof a quo beweer dat sy skuldigbevinding aan moord berus het op die getuienis van twee ooggetuies. Dat hierdie bewering korrek is, blyk uit die uitspraak van HUMAN WnR tydens die verhoor, toe hy die applikant skuldig bevind het. Die strekking van die getuienis wat voor die Verhoorhof was, soos dit blyk uit die gemelde uitspraak, was kortliks soos volg. Die oorledene in die saak was 'n konstabel in die polisiemag. Hy is gedurende die nag van 21-22 Februarie 1986 in die woongebied Soshanguve op grusame wyse vermoor. 'n Paar mans het hom aangerand, en uit 'n

huis tot in die straat gesleep. Daar is sy mond oopgedruk en petrol daarin gegooi. Motor-buitebande is om sy nek en sy middellyf geplaas. Petrol is oor hom gestort en dit is aan die brand gestee. Hy is dood as gevolg van verbranding. Van die Staatsgetuies was dit slegs die betrokke twee ooggetuies wat die applikant uitgeken het as 'n lid van die groepie aanranders van die oorledene, in verskillende stadiums van die gebeure. Daar is na hulle tydens die verhoor slegs verwys as ooggetuie nr 2 en ooggetuie nr 3 onderskeidelik. Tydens die verhoor, wat plaasgevind het in Augustus 1987, was elk van hulle 17 jaar oud. Die applikant se verweer was 'n ontkenning dat hy hoegenaamd op die toneel was ten tyde van die gebeure. Die Verhoorhof het sy alibi as vals verwerp en die getuienis van die betrokke twee ooggetuies aanvaar.

Soos vroeër vermeld, het die applikant twee beëdigde verklarings by sy aansoek in die Hof a quo aangeheg, ter ondersteuning daarvan. Die eerste is 'n

beëdigde verklaring van Agnes Thoko Kgokong, gedateer 22 Mei 1989 (dit is die dag voor die aansoek voor die Hof gebring is). In haar verklaring sê sy dat sy ooggetuie nr 2 was by die verhoor van die applikant.

Haar verklaring lui voorts soos volg:

"3.

I was also arrested during the investigation of the matter in which the Applicant was charged. I was kept in custody for a period of approximately 3 weeks. During this period I was harassed by the police and I was told that I should give evidence against the Applicant. I was told by the police that if I do not testify in Court that I saw the Applicant taking part in the actual committing of the murder that I would be charged for this offence.

4.

As a result of this harassment by the police I gave false evidence against the Applicant in the Trial Court. I never saw the Applicant bringing the deceased to the scene of the murder nor did I see the Applicant assault the deceased at any stage. This evidence given by me was false and was given as a result of fear.

5.

I would like to have the opportunity to give the correct evidence in this matter."

Die tweede beëdigde verklaring is dié van mnr Aubrey Lekwane, ook gedateer 22 Mei 1989. Hy beskryf homself as "the Regional Organiser of the Johannesburg Regional Office of the Organisation Lawyers for Human Rights". Sy verklaring lui soos volg:

"3.

I know the Applicant and have visited him in prison and have also got to know his brother. The brother of the Applicant had a list of the names of the State witnesses and he asked me to speak to these witnesses regarding their evidence before the Trial Court.

4.

I went to see AMELIA MANDLAZI, eye witness number 3 before the Trial Court, on 21 May 1989.

5.

AMELIA MANDLAZI told me that her evidence before the Trial Court was false. She said that she was threatened by the police and told what evidence to give before the Trial Court. She was told to give the same evidence as AGNES THOKO KGOKONG, eye witness number 2, thus testifying that the Applicant

took an active part in the murder of the deceased.

6.

AMELIA MANDLAZI told me that the police had told her that if she would not give such evidence, she would be prosecuted for this offence.

7.

AMELIA MANDLAZI indicated to me that she would be willing to make an affidavit in this regard and to give the true version of the events during the particular night.

8.

I made arrangements with AMELIA MANDLAZI to meet her at her house at 8 o'clock on the morning of 22 May 1989. When I arrived there, there was nobody at home and I could not establish where AMELIA MANDLAZI was.

9.

I was told earlier by the brother of the Applicant that he was threatened by the brother of AMELIA MANDLAZI because according to him they were harassing his sister. That may explain her absence when I had to meet her in order to take her to Counsel so that she could make an affidavit in this matter.

10.

AMELIA MANDLAZI told me that on the night of the murder she saw the Applicant during the early stages of the evening. However, she never saw the Applicant at the scene while the actual killing and burning of the deceased took place. She told me that her evidence that she saw the Applicant assaulting the deceased, forcing open the deceased's mouth, putting a tyre around the deceased's middle and throwing petrol over the deceased was false, and given in fear of the police.

11.

I do not know where AMELIA MANDLAZI can be now but I feel convinced that she will give the evidence as she conveyed it to me, if she is given the opportunity."

Uit die uitspraak van HUMAN WnR in die Hof a quo is dit duidelik dat daar gedurende die aanhoor van die aansoek, van die kant van die Staat sekere verdere inligting voor die Hof geplaas is, skynbaar by wyse van mededeling deur die advokaat wat toe namens die Staat opgetree het, en dat vroeëre beëdigde verklarings van elk van die twee ooggetuies ook aan die Hof voorgelê is. In watter omstandighede dit gebeur het, blyk nie uit die oorkonde nie, en die

advokate wat voor ons in hierdie appèl opgetree het, kon ook nie enige verdere lig op die aangeleentheid werp nie, aangesien nie een van hulle in die Hof a quo opgetree het nie. Hierdie Hof is egter namens die Staat versoek om die gegewens wat in die uitspraak van HUMAN WnR uiteengesit word, as juis te aanvaar en om die saak op daardie grondslag te beoordeel. Aan daardie versoek sal daar voldoen word. In die omstandighede is dit nodig om taamlik breedvoerig uit die uitspraak aan te haal.

Met verwysing na die bepalings van artikel 327, word daar in die uitspraak gesê:

"The application is brought in terms of this section and it has been suggested by Mr Marais for the applicant, that all I should do now is to consider whether I should send the matter back to the State President for further consideration in view of the affidavits that have been put before me. I consider this to be an exercise in futility and the reasons being the following: The brother of the appellant made similar allegations approximately a year ago, stating that certain state witnesses gave false evidence before this court. The matter was

investigated by the department of justice and instructions were given to obtain affidavits from various people."

Na 'n algemene beskrywing van die betrokke beëdigde verklarings, gaan die uitspraak dan voort soos volg, met verwysing, eerstens, na Agnes Kgokong:

"She made an affidavit on 23 January 1989 wherein she stated the following:

'The statement I am now submitting is to the best knowledge convincingly true. I am aware of the fact it is going to be laid as evidence and should I falsely state anything which I do not know or be true, I shall be prosecuted.

On 22 February 1986 at about 02h00 I was at a certain house in Block K, Soshanguve, to attend a night vigil of the deceased, J. Madlala. There were many other people who had attended. Amongst those who attended were Sibusiso Montolo Masuku (that is the present applicant) Oupa Mbonane (that was accused no. 2 at the trial, who was also convicted of murder) who introduced himself to the crowd and other known people. I did not know the two abovementioned people. I only knew them as they identified themselves. People were singing and chanting as they were dancing. At that stage, a group of male attendants, including the named two people, whom I respectively refer to

hereunder as accused nos. 5 and 2, brought a man they accused as an impimpi of a policeman. They were assaulting him at intervals. He was also doused with petrol when he was bludgeoned. Ultimately he was set alight and burnt to death. All along, during these crucial stages, the two were present. Consequently, I was one of those arrested for murder. During my arrest and detention I made my statement regarding the death of that policeman. I was never under duress to incriminate any other person. The evidence I gave was freely and voluntarily made. No one before or during the trial at which I testified influenced nor compelled me to incriminate one or all of those who stood trial. I was neither assaulted threatened or promised any advantage in this regard. I testified at the consequential trial in which the two were sentenced to hang. I honestly testified to the best of my knowledge as I still stated the truth of what actually happened.

After the finalisation of the case, apparently towards the end of the year 1988, an unknown lady pestered me and my parents, saying that I should state in a possibly resumed trial that accused no. 5 was not present during the murder, which is wrong according to my convictions. I still maintain that he was present. I am not compelled to say this but it is my stance and what actually happened on the day in

question. That is all.'

And then she took the oath.

Similarly, the other witness, eye witness no. 3, Amelia Mandlazi, also made an affidavit on 23 January 1989 to the following effect:

'On the night of 21 February 1986 I was at the night vigil of the late J. Madlala. There were many other vigil attendants. Oupa Mbonane, that is no. 2 accused, and Sibusiso Senele Masuku, that is no. 5, (the applicant) were amongst those that attended. The two are very much known to me. Later during that night a group of people crowded around a black male who was pointed out as a policeman. Amongst the group I could identify Montolo Sibusiso Senele, that is no. 5, as he was known to me. Oupa Mbonane introduced himself to the crowd. All women were ordered back when the male section entered certain premises just some few houses from the vigil. Oupa Mbonane gave the order whilst Montolo, that is no. 5 (the applicant) and others were dragging the said policeman into that premises. I did not see what happened inside the house. They brought the man back in the street where he was set alight while he was apparently semi-conscious. He was doused with petrol and burnt to death. The two named accused were both present in the group. Consequently almost half

of the group were arrested and I was one of them. I was released on 11 March 1986 as I was arrested on 22 February 1986. I made my statement to the investigating officer, a white police official. During my statement submitted, I was never assaulted or compelled to state anything implicating anyone unnecessarily with the crime. I still maintain that the evidence I gave and even during the trial in which Sibusiso Masuku and others were convicted of murder is true and should still be true to the best of my knowledge in all respects regarded the involvement in the murder.

Towards the end of 1988, if not during September, a male person identified himself as the brother of the applicant, that is Montolo Sibusiso Masuku, arrived at home. He requested to speak to me concerning the said accused's involvement in the murder. He asked me many questions, amongst which some I had forgotten. He further wanted to know whether Montolo (that is no. 5) was actually present at the night vigil during the murder and I confirmed this to him. He left and said he would like me to say Montolo was actually not present at the vigil when the murder was committed. This is still against my convictions as the truth is that he, Montolo, was present at the time of the murder. Never at any stage before or during the trial did any member of the police or court members force me to

incriminate neither of the accused.
That is all.'

Then she made this statement under oath.

It is quite clear that on that occasion they both stated that their evidence was true. It was being investigated by the police and by the police who were not present or who had anything to do with the investigation of the case.

It is clear therefore under the circumstances that to submit the matter again to the State President for further investigation would be an exercise, as I said, in futility.

The application is dismissed."

Met eerbied teenoor die Hof a quo, is ek van mening dat die uitspraak soos hierbo aangehaal n foutiewe benadering weerspieël tot die wyse waarop die aansoek beoordeel moes word. Soos blyk uit wat ek vroeër gesê het, was dit nie die funksie van die Hof a quo om te probeer bepaal hoe die Staatspresident sy diskresie sou uitoefen indien n versoekskrif volgens artikel 327 aan hom gerig sou word nie. Volgens die objektiewe feite wat aan die Hof a quo in die aansoek

voorgelê is, het daar "verdere getuienis" beskikbaar geword kort voordat die aansoek geloods was, wat, "as dit waar is", na die oordeel van die Staatspresident die applikant se skuldigbevinding "redelikerwys sou kon raak". Die beoogde versoekskrif aan die Staatspresident sou gevolglik volkome binne die bestek van die artikel geval het. Die feit dat die twee ogetuies op 'n vroeëre stadium teenstrydige beëdigde verklarings afgelê het, kan geen afbreuk doen aan die fundamenteel belangrike oorweging dat die versoekskrif aan die Staatspresident wat in die vooruitsig gestel is, juis so 'n versoekskrif was as wat in artikel 327 beoog word nie. Deur te bevind dat die oorweging van die versoekskrif deur die Staatspresident 'n "exercise in futility" sou wees, het die Hof a quo, met eerbied gesê, in effek homself die reg aangematig om die diskresie uit te oefen wat kragtens die artikel uitsluitlik aan die Staatspresident toekom, en sodoende het die Hof a quo gefouteer.

Namens die Staat is daar in hierdie Hof betoog dat die resultaat wat die Hof a quo bereik het, nogtans geregverdig was op die gronde dat die applikant se aansoek nie bona fide was nie en 'n misbruik van die regsproses was. In hoofsaak is daar vir hierdie betoog gesteun op die feite dat die getuienis vervat in die verklarings waarop die aansoek berus het, nie "nuwe getuienis" was nie; dat die bewering dat die twee ooggetuies se getuienis voor die Verhoorhof vals was, al vantevore gemaak was; dat dit behoorlik ondersoek was; en dat dit alreeds deur die Staatspresident oorweeg moes gewees het toe hy besluit het om die applikant nie te begenadig nie. (Al hierdie feite het klaarblyklik ook in die uitspraak van die Hof a quo 'n rol gespeel.) Ek huiwer nie om hierdie betoog te verwerp nie. Die grondliggende fout daarin kan ten beste uitgewys word deur as voorbeeld slegs die geval van ooggetuie nr 2, Agnes Kgokong, te beskou. Die voorval waaroor sy by die verhoor getuig het, het in

Februarie 1986 plaasgevind; sy het haar getuienis by die verhoor afgelê in Augustus 1987, toe sy 17 jaar oud was; teen ongeveer Mei 1988 beweer die applikant se broer (oënskynlik in verband met 'n aansoek om begenadiging aan die Staatspresident) dat haar getuienis by die verhoor vals was; op 23 Januarie 1989 verklaar sy onder eed aan die polisie dat haar getuienis by die verhoor die waarheid was, en dat daar druk op haar uitgeoefen word om dit valslik te ontken; en op 22 Mei 1989 verklaar sy onomwonde onder eed dat sy as gevolg van dwang deur die polisie, en uit vrees, valse getuienis by die verhoor afgelê het, dat sy die applikant in der waarheid nooit op die moordtoneel gesien het nie, en dat sy graag die geleentheid wou hê om die korrekte getuienis in die saak af te lê. By 'n beskouing van die geheelbeeld wat blyk uit die voorgaande, moet daar in gedagte gehou word dat die verdere getuienis wat vervat is in die laaste beëdigde verklaring van die getuie (dié van 22 Mei 1989) nie

beoordeel moet word soos 'n hof dit sou doen in 'n aansoek om verdere getuienis te lei op appèl nie; die benadering van 'n hof in daardie soort geval (vgl bv R v Van Heerden and Another 1956 (1) SA 366 (A); S v De Jager 1965 (2) SA 612 op 613D; artikel 316(3) (a) van die Wet) is nie in die omstandighede van 'n aansoek van die huidige aard die uitgangspunt nie. Hier is die uitgangspunt die vraag na die goeie trou van die applikant. Uit sy subjektiewe oogpunt beskou (nie die hof sh nie) lê die perspektief van die geheelbeeld opgesluit in die volgende drie vrae wat hy, die applikant, kan vra: een, watter getuienis van hierdie self-weersprekende getuie is die waarheid?; twee, kan daar peil getrek word op die getuienis wat sy by die verhoor afgelê het?; drie, behoort die antwoord op die eerste twee vrae nie bepaal te word aan die hand van 'n behoorlike ondersoek in 'n hof, soos wat beoog word in subartikels (2) en (4) (a) van artikel 327 nie? Dit is wel so dat die getuie se jongste weergawe waar kan wees

slegs as sy op twee vorige geleenthede meineed gepleeg het, maar dit is n faktor wat deur die Staatspresident oorweeg sal moet word by die uitoefening van sy diskresie, wanneer hy besin oor die vraag of n lasgewing ingevolge artikel 327(1) uitgereik moet word. Daar bestaan dus nie gronde vir n bevinding dat die applikant se aansoek nie te goeder trou was nie of n misbruik van die regsproses daargestel het.

Namens die Staat is daar gewag gemaak van die feit (soos deur die applikant se advokaat aan hierdie Hof meegedeel) dat die applikant sedert 23 Mei 1989 nog geen versoekskrif aan die Staatspresident gerig het nie. Dit is aangevoer as n aanduiding van gebrek aan goeie trou van sy kant. Ek stem nie saam nie. Soos vroeër aangedui, het die Minister die teregstelling uitgestel op grond van vertoë dat die applikant die geleentheid wou hê om n aansoek aan die HOOFREGTER te rig om verlof om te appelleer teen die bevel van die Hof a quo. In sy huidige aansoek sê die applikant dat

die Minister

"... granted an administrative stay of execution pending the launching of this petition."

Bes moontlik was dit die Minister se bedoeling dat 'n versoekskrif aan die Staatspresident gerig sou kon word eers as die aansoek om verlof om te appelleer suksesvol afgehandel was. Die applikant kan dit in ieder geval nie verkwalik word as dit is hoe hy die posisie verstaan het nie.

Ander ondergeskikte punte is namens die Staat geopper as aanduidend van 'n gebrek aan bona fides by die applikant. Ek is nie van voorneme om hulle afsonderlik op te noem nie. Ek volstaan daarby om te sê dat ek hulle sorgvuldig oorweeg het en oortuig is daarvan dat hulle nie op goeie gronde berus nie.

My gevolgtrekking is dus dat die aansoek om verlof om te appelleer moet slaag.

Al die feite wat nodig is vir 'n beslissing van die appèl self is tans voor die Hof. Dit is om

klaarblyklike redes wenslik dat die appèl so gou as moontlik afgehandel word. Die applikant se advokaat het versoek dat dit gedoen word, en die Staat se advokaat was dit daarmee eens, indien die feite wat aan HUMAN WnR meegedeel is, soos weergegee in sy uitspraak, as korrek aanvaar word. Ek het reeds aangedui dat dit die geval is.

Die appèl slaag, om die redes wat blyk uit wat reeds hierbo gesê is.

Die applikant benodig nie tans 'n bevel ooreenkomstig paragraaf 2 van sy kennisgewing van mosie nie. Wat betref paragraaf 3, is dit egter nodig om die bevel te koppel aan 'n tydsbeperking ten opsigte van die rig van 'n versoekskrif aan die Staatspresident. Die applikant se advokaat het aanvaar dat dit binne 'n kort tyd moet en kan geskied.

Die bevel van die Hof is soos volg:

1. Die aansoek om verlof om te appelleer word toegestaan.

2. In die appèl self word die afwysing van die aansoek deur die Hof a quo tersyde gestel en vervang deur die volgende bevel:

(a) Die Balju van Transvaal word verbied om die doodvonnis van die applikant te voltrek hangende die finale uitslag van 'n versoekskrif aan die Staatspresident ingevolge artikel 327 van die Strafproseswet 51 van 1977, welke versoekskrif binne 14 dae vanaf datum van lewering van hierdie uitspraak aan die Staatspresident gerig moet word;

(b) Die bevel in paragraaf (a) verval indien 'n versoekskrif nie soos voormeld binne 14 dae

vanaf datum van lewering van
hierdie uitspraak aan die
Staatspresident gerig word
nie.

A.S. BOTHA AR

HOEXTER, AR

VAN HEERDEN AR

F.H. GROSSKOPF AR

NICHOLAS Wn AR

STEM SAAM