107/96

Saaknommer: 620/95

<u>IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA</u>

<u>(APPèLAFDELING)</u>

In die saak tussen:

<u>J L YOUNG</u> Appellant

<u>en</u>

<u>DIE STAAT</u> Respondent

<u>Coram:</u> **HEFER, F H GROSSKOPF, MARAIS, SCHUTZ <u>et</u> ZULMAN ARR**

<u>Verhoordatum:</u> **27 AUGUSTUS 1996**

<u>Leweringsdatum:</u> **25 SEPTEMBER 1996**

<u>U I T S P R A A K</u>

F H GROSSKOPF AR:

Die appellant is op 6 September 1993 op 'n aanklag van diefstal van 'n motorvoertuig gearresteer. Die bewering in die klagstaat was dat hy 'n Ford Sierra motor ("Sierra") op 19 Oktober 1992 by die besigheidsperseel van 'n sekere D & D Performance gesteel het.

Kort na sy arrestasie is die appellant besoek deur 'n sekere mnr H Hattingh ("Hattingh"), 'n kandidaatprokureur in diens van 'n sekere mnr G T Pretorius ("Pretorius"), 'n prokureur van Klerksdorp. Nadat die appellant die saak met Hattingh bespreek het, het hy 'n skriftelike verklaring ingevolge die bepalings van art 112 (2) van die Strafproseswet 51 van 1977 ("die wet") onderteken waarin hy erken het dat hy die Sierra gesteel het. Die appellant het op 7 September 1993 in die Klerksdorpse landdroshof verskyn. Hy is tydens die verrigtinge in daardie hof deur Hattingh verteenwoordig. Die appellant het skuldig gepleit op die aanklag van diefstal van die Sierra soos in sy verklaring uiteengesit. Daarna het die landdros die verrigtinge ingevolge art 122 C (2) (a) van

die wet tot 29 Oktober 1993 verdaag vir vonnis deur die streekhof.

Pretorius het die appellant tydens die verrigtinge in die streekhof bygestaan. Die streekhof het die appellant ingevolge die bepalings van art 122 C (3) (b) van die wet skuldig bevind aan die aanklag waarop hy skuldig gepleit het, en hom vervolgens tot 4 jaar gevangenisstraf gevonnis.

Pretorius het namens die appellant appèl teen die vonnis aangeteken, en die appellant is op borgtog vrygelaat hangende die aanhoor van die appèl. Die appèl sou op 6 Mei 1994 in die Transvaalse Provinsiale Afdeling aangehoor word, maar is by verstek van die rol geskrap.

Die appellant het nuwe prokureurs aangestel en op 19 Desember 1994 het hulle namens die appellant kennis gegee dat hy by die aanhoor van die appèl aansoek om kondonasie vir die laat-voortsetting van die appèl sal doen. Die appellant beweer in sy eedsverklaring ter ondersteuning van die kondonasie aansoek dat hy Pretorius opdrag gegee

het om die appèl teen vonnis voort te sit en dat hy nooit toestemming verleen het dat die appèl laat vaar word nie. Volgens die appellant het Pretorius hom egter na die tyd meegedeel dat hy van oordeel was dat die appèl geen vooruitsig op sukses gehad het nie. Pretorius het op eie houtjie besluit om nie met die appèl voort te gaan nie.

Die appèl sou weereens op 13 Maart 1995 aangehoor word. Met die oog op daardie verskyning het die appellant op 13 Februarie 1995 'n hersieningsaansoek ingevolge reël 53 van die Eenvormige Hofreëls geloods wat ook vir 13 Maart 1995 op die rol geplaas is. In die hersieningsaansoek het die appellant gevra dat sy skuldigbevinding en vonnis hersien en ter syde gestel word op grond van sekere beweerde ernstige onreëlmatige optrede van Pretorius en Hattingh.

Beide die appèl en die hersieningsaansoek is op 13 Maart 1995 uitgestel en het uiteindelik op 15 September 1995 voor die Transvaalse Provinsiale Afdeling gedien. Sowel die appèl teen die vonnis as die hersieningsaansoek is toe deur die hof *a quo* afgewys. Die hof *a quo* het

egter verlof aan die appellant verleen om teen die afwysing van die hersieningsaansoek na hierdie hof te appelleer.

In sy eedsverklaring in die hersieningsaansoek sit die appellant uiteen wat die beweerde onreëlmatige optrede van Pretorius en Hattingh was. Die appellant meld dat hy na sy arrestasie op 6 September 1993 sekere mededelings aan die ondersoekbeampte, luitenant L Reynecke, gemaak het. Hy het hom onder andere meegedeel dat 'n sekere mnr Theo Swanepoel ("Swanepoel") kop in een mus met hom was en dat Swanepoel 'n mededader by die pleging van die diefstal was.

Die appellant verduidelik verder in sy eedsverklaring dat Hattingh kort daarna by die polisieselle opgedaag het waar hy aangehou was. Hy beweer dat hy Hattingh nie voorheen geken het nie en dat nóg hy nóg enige van sy familielede Hattingh opdrag gegee het om hom te adviseer en by te staan. Hattingh het trouens vir hom gesê dat hy opdrag van Swanepoel het om namens die appellant op te tree. Volgens die appellant het Hattingh hom toe geadviseer om 'n leuen aan die polisie te

vertel deur te sê dat hy alleen by die diefstal betrokke was en dat sy vorige verklaring aan die polisie foutief was vir sover hy Swanepoel by die diefstal betrek het. Hattingh het die appellant verder aangeraai om skuldig te pleit op die aanklag van diefstal. Volgens die appellant het Hattingh aan hom verduidelik dat aangesien hy 'n eerste oortreder was, die hof hom slegs 'n boete sou oplê. Hattingh het bygevoeg dat Swanepoel daardie boete sou betaal, asook die regskoste met betrekking tot die verhoor. Die appellant beweer dat hy na sy arrestasie in 'n geskokte toestand was en dat hy as gevolg daarvan Hattingh se advies gevolg het.

Die appellant beweer voorts in sy eedsverklaring dat hy na aanleiding van Hattingh se advies 'n skriftelike verklaring by die polisie afgelê het waarin hy die weergawe soos deur Hattingh voorgestel, uiteengesit het. Volgens die appellant was die ondersoekbeampte baie ontevrede oor die gewysigde weergawe wat toe geen melding van 'n tweede oortreder gemaak het nie.

Die appellant verduidelik verder in sy eedsverklaring in die hersieningsaansoek dat hy op 7 September 1993 in die landdroshof verskyn het en dat hy toe op advies van Hattingh skuldig gepleit het. Dit was gedoen op grond van die erkennings en feite vervat in sy artikel 112 (2) verklaring. In hierdie verklaring het die appellant al die wesenlike elemente van die misdryf erken sonder om enigsins te verwys na die rol wat Swanepoel by die beplanning en pleging van die diefstal sou gespeel het.

Die appellant meld verder in sy eedsverklaring in die hersieningsaansoek dat Pretorius op 29 Oktober 1993 namens hom in die streekhof verskyn het. Tydens 'n konsultasie die vorige dag het die appellant na bewering ook aan Pretorius "die ware toedrag van sake" meegedeel. Volgens die appellant het Pretorius egter nie hierdie ware feite aan die hof oorgedra nie. Pretorius se houding was nes dié van Hattingh, naamlik dat Swanepoel nie by die aangeleentheid betrek moes word nie en dat hy dan sou toesien tot betaling van die appellant se

boete.

Die appellant verduidelik in sy eedsverklaring watter rol Swanepoel by die diefstal van die Sierra gespeel het. Volgens hom wou Swanepoel aanvanklik slegs sekere elektriese knoppies van die Sierra verwyder om in sy eie motor te gebruik. Later het Swanepoel egter voorgestel dat hulle die Sierra moes verwyder sodat hulle ook ander onderdele van die Sierra kon gebruik.

Die respondente in hierdie hersieningsaansoek was die betrokke landdros en streeklanddros asook die prokureur-generaal. Die bewerings wat die appellant in sy eedsverklaring in die hersieningsaansoek gemaak het, word nie betwis in die beantwoordende eedsverklarings wat namens die respondente ingedien is nie. Die ondersoekbeampte bevestig trouens in sy eedsverklaring die appellant se bewering dat hy in sy aanvanklike verklaring aan die polisie vir Swanepoel by die diefstal betrek het, maar dat hy in sy latere verklaring geen melding van 'n mededader gemaak het nie. Die respondente het ook 'n eedsverklaring van Pretorius voor die

hof geplaas waarin hy erken dat Hattingh as kandidaatprokureur vir hom gewerk het. Volgens Pretorius het Hattingh sedertdien sy leerkontrak opgesê en kon hy nie sê waar Hattingh hom bevind nie. Daar is ook geen eedsverklaring van Hattingh bekom nie. Pretorius erken verder in sy eedsverklaring dat hy verskeie kere deur die kantoor van die prokureur-generaal versoek is om op die appellant se bewerings in sy eedsverklaring te antwoord. Pretorius se reaksie op daardie versoek is kort en bondig soos volg in sy eedsverklaring vervat: "Ek is nie bereid om enige verdere kommentaar daarop te lewer nie." In die omstandighede moet die hersieningsaansoek dus beoordeel word aan die hand van die feite soos deur die appellant in sy eedsverklaring uiteengesit.

Die appellant se advokaat het betoog dat die onbetwiste weergawe van die appellant aantoon dat Pretorius en Hattingh met opset 'n leuenagtige weergawe van die relevante gebeure aan die polisie, die landdros en die streeklanddros voorgehou het met die oogmerk om hulle

werklike kliënt, Swanepoel, se aandadigheid aan die diefstal te verdoesel. Hierdie optrede, so is betoog, was so grof onreëlmatig dat dit sonder meer tot nietigheid van die verrigtinge gelei het, ongeag of die appellant op sy eie weergawe skuldig was aan die diefstal.

Ter ondersteuning van hierdie argument verwys die appellant se advokaat na onder andere *S v Moodie* 1961 (4) SA 752 (A) en *S v Naidoo* 1962 (4) SA 348 (A). In *Moodie* se saak was die appellant van moord aangekla. Dit was 'n jurieverhoor. Die jurie het die appellant skuldig bevind aan moord, waarna hy ter dood veroordeel is. Op appèl het hierdie hof egter beslis dat die teenwoordigheid van die adjunk-balju in die kamer waar die jurielede beraadslaag het, so 'n growwe onreëlmatigheid was dat dit daartoe gelei het dat geregtigheid nie geskied het nie en die proses dus nietig was. Holmes AR stel dit soos volg op 759 C - D:

> "It was so gross a departure from established rules of procedure that it can be said that the appellant was not properly tried. In

> other words it was an irregularity of such a nature as to amount *per se* to a failure of justice. It is therefore unnecessary to enquire whether, on the evidence, a reasonable jury would inevitably have convicted if the deputy sheriff had not been present."

Die saak van *Naidoo* het ook gehandel oor onreëlmatigheid in die proses. In daardie geval is die appellant ook deur 'n jurie aan moord skuldig bevind. Dit het egter geblyk dat die tolk wat die getuienis van sekere getuies moes vertolk het, nie ingesweer was nie. Op appèl (1962 (2) SA 625 (A)) het die hof beslis dat daar wel 'n onreëlmatigheid was deurdat die getuienis wat deur die betrokke tolk vertolk was, voor die jurie geplaas was. Die hof het egter bevind dat die onreëlmatigheid in daardie geval nie so 'n ernstige afwyking van die gevestigde prosedure was dat dit *per se* tot nietigheid van die verrigtinge gelei het nie. Die skuldigbevinding en vonnis is egter op appèl tersyde gestel op grond van die bevinding dat die jurie op die oorblywende getuienis wat wel

toelaatbaar was, nie noodwendig sou bevind het dat die appellant skuldig was nie. Die appellant is daarna opnuut van moord aangekla, maar die verhoorhof het sy pleit van vorige vryspraak gehandhaaf. Op appèl (1962 (4) SA 348 (A)) het hierdie hof beslis dat daardie pleit tereg deur die verhoorhof gehandhaaf is. In die loop van die uitspraak verduidelik Holmes AR op 354 D - H dat daar verskillende kategorieë van onreëlmatighede bestaan:

> "I would add a word of explanation why Moodie could be re-tried but not Naidoo. In each case there was an irregularity in the first trial. But irregularities vary in nature and degree. Broadly speaking they fall into two categories. There are irregularities (fortunately rare) which are of so gross a nature as *per se* to vitiate the trial. In such a case the Court of Appeal sets aside the conviction without reference to the merits. There remains thus neither a conviction nor an acquittal on the merits, and the accused can be re-tried in terms of sec. 370 (c) of the Criminal Code. That was the position in *Moodie's* case, in which the irregularity of the deputy sheriff remaining closeted with the jury throughout their two hour deliberation was regarded as so

gross as to vitiate the whole trial.

On the other hand there are irregularities of a lesser nature (and happily even these are not frequent) in which the Court of Appeal is able to separate the bad from the good, and to consider the merits of the case, including any findings as to the credibility of witnesses. If in the result it comes to the conclusion that a reasonable trial Court, properly directing itself, would inevitably have convicted, it dismisses the appeal, and the conviction stands as one on the merits. But if, on the merits, it cannot come to that conclusion, it sets aside the conviction, and this amounts to an acquittal on the merits. In such a case sec. 370 (c) of the Code does not permit of a re-trial. That was the position in *Naidoo's* case, in which the failure to swear an interpreter at one stage, resulted in certain evidence being regarded as inadmissible."

In *S v Mushimba en Andere* 1977 (2) SA 829 (A) het hierdie hof beslis dat die skuldigbevinding en vonnis van elk van die appellante in daardie geval tersyde gestel moet word vanweë 'n volgehoue en langdurige skending van die privilegie wat daar tussen die appellante en hulle prokureur bestaan het. Die hof het bevind dat dit 'n onreëlmatigheid was wat so ernstig van aard was dat geregtigheid

inderdaad nie geskied het nie. Rumpff HR beslis soos volg op 844 H - 845 A:

> "Die 'geregtigheid' waarna hier verwys word, is nie 'n begrip wat veronderstel dat die beskuldigde noodwendig onskuldig is nie. Geregtigheid wat geskied het in hierdie sin is die resultaat wat 'n bepaalde eienskap van verrigtinge aandui. Die eienskap toon aan dat aan vereistes wat grondbeginsels van reg en regverdigheid aan die verrigtinge stel, voldoen is. Die vraag of onreëlmatige of met die reg strydige verrigtinge in verband met 'n verhoor van 'n beskuldigde van so 'n aard is dat dit gesê kan word dat van daardie grondbeginsels nie nagekom is nie, en geregtigheid dus nie geskied het nie, sal afhang van die omstandighede van elke geval en sal altyd 'n oorweging van publieke beleid vereis."

Daar kan ook verwys word na die beslissing van hierdie hof in die saak van *S v Mkhise; S v Mosia; S v Jones; S v Le Roux* 1988 (2) SA 868 (A). Die gemeenskaplike faktor in die geval van elkeen van die appellante was daarin geleë dat elkeen van hulle tydens sy verhoor verteenwoordig was deur 'n persoon wat nooit behoorlik as advokaat

toegelaat was nie, maar wat bedrieglik gepraktiseer het onder die naam van 'n ander persoon wat wel so toegelaat was. Die hof het tot die beslissing gekom dat die onreëlmatigheid in daardie sake so fundamenteel van aard was dat dit die verrigtinge in die geheel ongeldig gemaak het. Met verwysing na vorige beslissings het die hof in daardie saak die basiese beginsels soos volg geformuleer:

> "It is a well-established principle that an irregularity in the conduct of a criminal trial may be of such an order as to amount *per se* to a failure of justice, which vitiates the trial. (I shall, for convenience, refer to an irregularity having such effect as a 'fatal irregularity'). On the other hand, less serious and less fundamental irregularities do not necessarily have that effect." (871 G)

> "As the decisions in our law on the nature of an irregularity bear out, the enquiry in each case is whether it is of so fundamental and serious a nature that the proper administration of justice and the dictates of public policy require it to be regarded as fatal to the proceedings in which it occurred." (872 G)

Myns insiens moet daar in die onderhawige geval dus eerstens gevra word of daar 'n onreëlmatigheid plaasgevind het, en indien wel, moet daar vervolgens bepaal word of dit van so 'n ernstige aard was dat dit sonder meer tot nietigheid van die proses gelei het. Volgens die appellant se weergawe, wat vir doeleindes van hierdie saak as die waarheid aanvaar moet word, kan die optrede van Pretorius as prokureur en Hattingh as kandidaatprokureur sekerlik nie anders as onreëlmatig bestempel word nie. Hulle het eintlik die belange van Swanepoel behartig en nie dié van die appellant nie. In die proses het hulle die appellant oorreed om die volle feite van die polisie en die verhoorhof te weerhou. Op die appellant se eie weergawe was hy egter terdeë bewus van die feit dat dit nie sy familie nie, maar Swanepoel was wat vir Hattingh opdrag gegee het om hom by te staan. Die appellant het na sy

aanvanklike konsultasie met Hattingh geweet dat Swanepoel se deelname aan die diefstal ten alle koste verswyg moes word. Die appellant was heeltemal bereid om dit te doen. Hy was die persoon wat daarna in sy gewysigde verklaring aan die polisie en in sy art 112(2) verklaring die rol van Swanepoel verswyg het. Hy was dus die persoon wat nie die ware toedrag van sake aan die polisie en die hof openbaar het nie, en hy het dit heeltemal gewilliglik gedoen. In die omstandighede kan die appellant beswaarlik aanvoer dat geregtigheid nie geskied het nie. En wat meer is, die appellant het dit vir eie voordeel gedoen. As alles volgens plan verloop het, sou Swanepoel sy boete en regskoste betaal het. Die appellant steun trouens op 'n sogenaamde skulderkenning wat hy by sy eedsverklaring aangeheg het waarvolgens Swanepoel hom R4000 teen R500 per maand moes betaal. Toe die appellant egter

gevangenisstraf in plaas van die verwagte boete opgelê was, wou hy hom skielik op die ware feite beroep wat hyself verdoesel het. Na my mening sal dit eerder in stryd met geregtigheid wees om die appellant onder hierdie omstandighede toe te laat om hom op die onreëlmatigheid te beroep. Daarbenewens is ek van oordeel dat die onreëlmatigheid in ieder geval nie van so 'n ernstige aard was dat dit *per se* tot nietigheid van die hele proses aanleiding kon gee nie. En as die proses as sodanig nie nietig is nie, staan dit vas op die appellant se eie weergawe dat hy tereg skuldig bevind is.

Die appèl word gevolglik afgewys.

F H GROSSKOPF
APPèLREGTER

HEFER AR)STEM SAAM
MARAIS AR)
SCHUTZ AR)
ZULMAN AR)