



IN DIE HOOGSTE HOF VAN APPÈL VAN SUID-AFRIKA

RAPPORTEERBAAR

SAAKNOMMER: 562/04

In die saak tussen:

T E BOTHA

APPELLANT

en

DIE STAAT

RESPONDENT

CORAM: HOWIE P, SCOTT AR en COMBRINCK Wnd AR

VERHOOR: 4 NOVEMBER 2005

GELEWER: 15 NOVEMBER 2005

Opsomming: Strafprosesreg – art 317 van die Strafproseswet – taak van verhoorregter by aantekening van spesiale inskrywing – onreëlmatigheid waar een advokaat optree vir twee beskuldigdes en daar ‘n botsing van belange is – beskuldigde bewus voor verhoor van potensiële botsing van belange – op die feite geen onreëlmatigheid nie.

UITSPRAAK

COMBRINCK Wnd AR**COMBRINCK Wnd AR:**

[1] Op 12 Augustus 2001 is die liggaam van Frans Papaday Konya by 'n stormwatersloot op die Ventersdorp-Swartruggens pad net buite Ventersdorp gevind. 'n Nadoodse ondersoek het getoon dat hy veelvuldige kneusings en swelsels aan sy gesig en lyf opgedoen het en dat hy dood is as gevolg van 'n harde hou teen die agterkop wat bloeding op die brein veroorsaak het. Die Staat het vier mans, Johannes Frederik Strydom ('beskuldigde 1'), Gert Petrus Coetzer ('beskuldigde 2'), sy seun, Gotlieb Christiaan Coetzer ('beskuldigde 3') en Ernst Botha ('beskuldigde 4, die huidige appellant) aangekla van die moord op die oorledene. Hulle het in die Rondgaande Plaaslike Afdeling vir die Westelike Rondgaandehofdistrik te Potchefstroom voor Hendricks WR op die aanklag verskyn. Beskuldigdes 2, 3 en appellant is skuldig bevind en tot agtien jaar gevangenisstraf gevonnis. Beskuldigde no 1 is onskuldig bevind en ontslaan.

[2] Appellant het aansoek gedoen om verlof om te appelleer teen beide skuldigbevinding en vonnis. Die aansoek is van die hand gewys. Daarna rig die appellant 'n aansoek aan die President van hierdie Hof om verlof toe te staan. Dié is ook geweier. Twee maande later bring appellant 'n aansoek vir die maak van 'n spesiale aantekening ingevolge die bepalings van art 317 van die Strafproseswet, Wet 51 van 1977 ('die Wet'). Die appellant het gesteun op vier beweerde onreëlmatighede tydens die verhoor. Die hof *a quo* het bevind dat drie van die vier nie ter goedertrou gemaak is of beuselagtig en onsinnig was. Die vierde is egter gehandhaaf en die volgende aantekening is ingevolge art 317 gemaak:

'die gesamentlike verteenwoordiging van die Applikant en beskuldigde 2 en 3 niteenstaande die bestaan van 'n botsing van belange tussen hulle, is 'n onreëlmatigheid.'

As gevolg van die aantekening is verlof toegestaan om te appelleer. Gesien die bepalings van art 318 was verlof streng gesproke onnodig. Kennisgewing van appèl na hierdie Hof is ingevolge gemelde artikel ingedien.

[3] In sy uitspraak in die art 317 aansoek het die verhoorregter die volgende gesê:

‘Myns insiens is ‘n onreëlmatigheid gepleeg deur die regsverteenwoordiger van die Applikant deurdat hy nie die saak van die Applikant na behore kon voer nie as gevolg van die botsing van belange wat bestaan het tussen die onderskeie beskuldigdes wat hy verteenwoordig het.’

Daarna beskryf hy sy taak as volg:

‘As verhoorhof is dit my taak om slegs die onreëlmatigheid aan die orde te stel, en nie om die meriete of die gevolge van die onreëlmatigheid te besleg nie.’

Hierin het die geleerde regter fouteer. Dit is nie sy taak om ‘n bevinding te maak of die gewraakte gebeure neerkom op ‘n onreëlmatigheid nie. Dit is die taak van hierdie Hof. Sien *S v Kroon* 1997 (1) SASV 525 op 530b waar die volgende beskrywing van ‘n verhoorhof se plig in Hiemstra *Suid-Afrikaanse Strafproses* 6 uitg op 890 goedgekeur is:

‘Die hof wat die aantekening maak, moet die feite waarop dit berus vasstel, en nie die aantekening bewoord asof die Appèlafdeling die feite moet bepaal nie. Daar word ‘n positiewe feitestelling gemaak *vergesel van die bewering van die beskuldigde dat dit ‘n onreëlmatigheid was* wat meegebring het dat geregtigheid inderdaad nie geskied het nie.’ (My kursivering) Die verhoorhof besleg nie die meriete of gevolge daarvan nie. Dit is die funksie van die

Appèlhof, wat ten eerste bepaal of daar 'n onreëlmatigheid was (*loc cit* 889).

[4] Die eerste stap in die appèl is dan om te bepaal of daar wel 'n onreëlmatigheid gedurende die verrigtinge plaasgevind het. Indien wel, dan is die tweede stap om ingevolge die voorbehoudsbepaling tot art 322 van die Wet te bepaal of geregtigheid geskied het nieteenstaande sodanige onreëlmatigheid. (*S v Xaba* 1983 (3) 717 te 735H-736A.)

Die toets om te bepaal of 'n onreëlmatigheid plaasgevind het is al meermale deur hierdie Hof neergelê. (Sien *S v Rudman and Another*; *S v Mthwana* 1992 (1) SA 343 (A) te 337B; *S v Felthun* 1999 (1) SACR 481. In laasgenoemde saak te 485 h sê Vivier AR:

'Generally speaking, an irregularity or illegality in die proceedings at a criminal trial occurs whenever there is a departure from those formalities, rules and principles of procedure with which the law requires such a trial to be initiated and conducted. The basic concept underlying s 317 (1) is that an accused must be fairly tried (*per* Botha JA in *S v Xaba* 1983 (3) SA 717 (A) at 728D).'

Dit is ook in ooreenstemming met art 35 van die Grondwet.

[5] Voordat oorgegaan word tot die ondersoek of daar wel 'n onreëlmatigheid voorgekom het, is dit nodig om kortliks te verwys na die getuienis wat gelei is in die verhoorhof. Die Staat se saak het hoofsaaklik op die getuienis van 'n medepligtige, ene Jacques Coetzer, 'n stiefseun van beskuldigde 2 berus. Hy het getuig dat op 12 Augustus 2001, 'n Sondag om ongeveer 4.30 die middag hy saam met beskuldigdes 2, 3 en appellant na beskuldigde 1 se huis te Ventersdorp gegaan het. Daar aangekom, het beskuldigde 1 hulle verwittig dat die oorledene se stiefpa (John Mogobane) wat by hom gestaan het, hom meegedeel het dat die oorledene sy (beskuldigde 1) se vuurwapen gesteel het. Beskuldigde 3, die appellant en die getuie is toe aangesê om die oorledene in 'n swart woongebied te gaan haal wat hulle toe ook gedoen het. Met hulle terugkeer is die oorledene na 'n binneplaas by beskuldigde 1 se huis geneem. Daar is hy ondervra oor die vuurwapen. Tydens die ondervraging is hy herhaaldelik deur beskuldigde 3 en appellant in opdrag van beskuldigde 2 met die vuus en oop hand in die gesig geslaan. Die oorledene het eers ontken dat hy iets weet van die vuurwapen maar na verdere aanranding het hy erken dat hy die vuurwapen het en

vertel waar dit was. Beskuldigde 3, appellant en John Mogobane is toe weg om die vuurwapen te gaan haal. Terwyl hul weg is, het oorledene gepoog om te ontsnap deur oor die betonheining van die binneplaas te spring maar is deur die getuie Jacques gekeer. Die oorledene is toe vasgemaak aan 'n wasgoedlynpaal oënskynlik deur beskuldigde 2. Die drie wat weg was, het toe teruggekeer en oorledene is losgemaak en laat staan teen die paal. Hy is toe deur beskuldigde 3 in die gesig geslaan met sodanige krag dat 'n bloedkol op die paal waar sy agterkop daarteen gestamp het te bespeur was. 'n Verdere aanranding deur beide beskuldigde 3 en appellant met vuiste en oop hande het toe gevolg. Op 'n stadium het beskuldigde 2 ook deelgeneem en oorledene geslaan en geskop. Oorledene het hande vier voet gestaan en beskuldigde 2 het hom herhaaldelik onderstebo geskop. Tydens die aanranding deur beskuldigde 2 het 1, 3 en appellant drankies gedrink terwyl hulle toe gekyk het. Daar is toe besluit om die oorledene met beskuldigde 1 se bakkie te neem en buite die dorp af te laai. Die getuie het die oorledene op die bakkie geplaas. Hy het op hierdie stadium roerloos op die sementblad by die motorhuis gelê. Die bakkie is deur beskuldigde 3 bestuur en

appellant het saam gery in die kajuit. Jacques was agterop saam met oorledene. 'n

Ent buite die dorp, dit was toe al donker, het die bakkie stilgehou en die oorledene is van die bakkie langs die pad laat val. Hy het roerloos bly lê. Die drie is toe terug na beskuldigde 1 se huis.

[6] Appellant en sy medebeskuldigdes het 'n heel ander verhaal vertel. Appellant het 'n volledige pleitverduideliking ingevolge art 112 (hy het skuldig gepleit op gewone aanranding) en art 115 van die Wet gegee. Daarin het hy erken dat oorledene gehaal is by sy huis en by beskuldigde 1 se huis ondervra is oor die gesteelde vuurwapen. Hy het oorledene nie toe aangerand nie en die enigste aanranding wat hy waargeneem het, was een klap deur die gesig en 'n stamp teen die bors deur beskuldigde 3. Met hul terugkeer nadat hulle die vuurwapen gaan haal het, het hy oorledene, toe hy probeer ontsnap het, een keer gestamp en een keer met die oop hand geklap. Andersins het hy geen aanranding gepleeg of waargeneem nie. Hy het erken dat hulle oorledene buite die dorp gaan aflaai het, maar beweer dat beide ten tyde van die oplaai en die aflaai die oorledene springlewendig was en regop gestaan het nadat

hy afgelaai is. Hy het geen beserings aan die oorledene se gesig of lyf opgemerk nie.

Beskuldigde 2 en 3 het in hulle pleitverduideliking hul vereenselwig met wat appellant gesê het. In getuienis het al die beskuldigdes (appellant ingeslote) daarin volhard dat afgesien van 'n klap en 'n stamp deur beskuldigde 3 en appellant niemand oorledene aangerand het nie. Uit hulle getuienis en die kruisverhoor van die Staat se getuies is dit duidelik dat die beskuldigdes en appellant die redelike moontlikheid wou verwek dat die beserings wat die oorledene opgedoen het of veroorsaak is deur John Mogobane met wie hy 'n bakleiery gehad het vroeër die dag of deur 'n onbekende persoon of persone nadat hy op die Swartruggens pad afgelaai is.

[7] Die verhoorregter het bevind dat Jacques 'n eerlik en geloofwaardige getuie was en sy getuienis aanvaar. Die appellant en sy medebeskuldigdes se getuienis is verwerp as vals. Daar is ook bevind dat daar geen moontlikheid bestaan dat oorledene se beserings deur iemand anders veroorsaak kon gewees het nie. Daar is bevind dat appellant en beskuldigdes 2 en 3 van die begin af met 'n gemeenskaplike doel opgetree het en op 'n stadium voor die laaste aanranding die nodige opset by

moontlikheidsbewussyn gehad het om die dood van die oorledene te veroorsaak.

[8] Ek keer nou terug na die eerste vraag naamlik of daar wel 'n onreëlmatigheid plaasgevind het. Die beweerde onreëlmatigheid verskyn nie in die oorkonde nie. Die bestaan aldan nie daarvan, berus alleenlik op die bewerings van die appellant in sy beëdigde verklaring ter staving van sy aansoek om 'n spesiale inskrywing. Die verhoorregter in sy uitspraak in die art 317 verrigtinge het die volgende feite geboekstaaf.

'[24] Uit die beëdigde verklaring van die Applikant is dit duidelik dat daar na konsultasie met sy prokureur en advokaat, aan hom die versekering gegee is dat daar nie 'n botsing van belange tussen sy weergawe en die van beskuldigdes 2 en 3 bestaan nie. Applikant se vrese oor die bestaan van 'n moontlike botsing van belange is toe besweer.

[25] Applikant is toe aangemoedig om skuldig te pleit op 'n minder ernstige klagte van aanranding, wat hy ook gedoen het. Die Staat het die pleit egter nie aanvaar nie. Vir die Applikant was dit uiters vreemd dat slegs hy en beskuldigde 3 moes skuldig pleit terwyl beskuldigde 2 ook die oorledene aangerand het.

[26] Applikant het niteenstaande sy wete of die moontlike voorsiening van 'n botsing van

belange hom berus in die versekering van die suksesvolle verdediging van hul almal op

die moordklagte soos aan hom voorgehou deur sy regsverteenwoordiger. Beskuldigde 2 se

aandeel in die aanranding op die oorledene is derhalwe doelbewus verswyg tot nadeel van

die Applikant.

[27] Applikant se weergawe wat hy tydens konsultasies aan sy advokaat meegedeel het, is nie volledig aan die artikel 204 Staatsgetuie Jacques Coetzer gestel nie.

[28] Die getuienis soos blyk uit die verklarings van sekere van die getuies wat die aandeel van Applikant aan die aanranding op die oorledene bevestig, is aan die advokaat beskikbaar gestel, maar hy het dit nie tydens kruisondervraging gebruik nie.’

[9] Mnr Oosthuizen, wat namens appellant opgetree het, het sy betoog beperk tot die feite uiteengesit in die aangehaalde par [26] hierbo. Sy submissies was die volgende:

(a) beskuldigde no 1 het ‘n verklaring aan die Staat gegee aangaande die gebeure in ‘n poging om aanvaar te word as ‘n staatsgetuie. Die verklaring bevat die volgende paragraaf:

Frans het teen die wasgoedpaal gesit. Ek vir hom die tuinslang gegee sodat hy die bloed van hom kon afspoel. Sy neus en lip het gebloei nadat Lieb (beskuldigde 3) hom geslaan het. Hy het drie keer gepoog om weg te handloop en oor die muur te spring maar Jacques Coetzer het hom telkens gevang en weer teen die wasgoedpaal laat sit. Gedurende hierdie tyd het Gerdrie (beskuldigde 2) hom gereeld met tussenposes en met geskoende voete op sy hele liggaam geskop. Ek weet nie hoeveel skoppe dit was nie, maar dit was baie. Ek het elke keer vir Gerdrie Coetzer gesê dat hy nie vir Frans moet skop nie. Hy het my egter geïgnoreer en voortgegaan met die skoppery aan die lyf van Frans. Gerdrie Coetzer is 'n baie dominerende mens en het my heeltemal geïgnoreer.'

- (b) die aanranding deur beskuldigde 2 kon moontlik die bloeding op die brein veroorsaak het waaraan die oorledene dood is;
- (c) appellant was afwesig tydens hierdie aanrandings en kon hy hom nie assosieer of vereenselwig daarmee nie;
- (d) een advokaat het namens beide appellant en beskuldigde 2 opgetree. Daar was 'n botsing van belange deurdat enersyds was dit in belang van appellant dat die getuienis aangaande die aanranding deur beskuldigde 2 openbaar word en andersyds was dit in beskuldigde 2 se belang om dit te verswyg.

(e) tot nadeel van die appellant is beskuldigde 1 nie oor die aanranding deur

beskuldigde 2 kruisverhoor nie en daar is ook nie gepoog om beskuldigde 1 se

verklaring voor die hof te bewys nie.

[10] Dat dit 'n onreëlmatigheid daarstel waar 'n advokaat vir twee beskuldigdes ten spyte van 'n botsing van belange tussen hulle voortgaan om hulle albei te verteenwoordig behoeft geen betoog nie (*S v Naidoo* 1974 (3) SA 706 te 712E-H). Die vraag is of daar sodanige onreëlmatigheid in hierdie saak was.

[11] Daar is twee redes waarom ek van mening is dat die vraag negatief beantwoord moet word. Ten eerste blyk dit uit appellant se verklaring ter stawing van die aansoek in die art 317 verrigtinge dat hy en sy prokureur voor die verhoor volkome bewus was van beskuldigde 1 se verklaring. In 'n brief gedateer 8 Mei 2003 skryf sy prokureur aan die Direkteur van Openbare Vervolgings om hom te oorreed om appellant te gebruik as 'n staatsgetuie. Die volgende paragraaf verskyn daarin:

'Dit is gemeensaak ook uit Staatsgetuie dat my kliënt saam Lieb Coetzer (beskuldigde 3) en Staatgetuie is om vuurwapen te gaan haal. Uit die verklaring van Strydom (beskuldigde 1) en

Jacques Coetzer wil dit voorkom asof die Oorledene toe weer aangerand is deur Gerdrie Coetzer

(beskuldigde 2) wat selfs uit woede 'n deurkosyn stukkend hardloop. My kliënt weet egter nie van hierdie aanranding enige iets nie, want hy was nie daar nie, en beide Strydom en Jacques Coetzer se verklarings probeer hulle verontskuldig in hierdie situasie, terwyl die betrokkenheid by ontsnapping vaag en verwarrend is sonder aanduidings hoe en wie die oorledene geslaan het. Dit het wel vir my kliënt voorgekom dat die Oorledene weer geslaan is en dat hy vasgebind was en ook nat gegooi is.'

(My onderstreping)

Dat daar 'n moontlike botsing van belange tussen die beskuldigdes gaan wees is deur appellant se destydse prokureur dus voorsien en met appellant bespreek. Die appellant het toe voor 'n keuse gestaan. Óf hy distansieer hom van die ander beskuldigdes en voer sy saak op die basis dat oorledene wel ernstig aangerand is en dat die noodlottige besering deur beskuldigde 2 veroorsaak is terwyl hy afwesig was, óf hy skaar hom by die ander se leuenagtige verweer dat nie een van die vier die oorledene ernstig aangerand het nie. Hy het laasgenoemde weg gekies. Hy kan gevolglik nie nou kla van 'n botsing van belange nie. Daar is betoog dat as 'n leek dit nie van hom verwag

kon word om die gevare van 'n moontlike botsing van belange in te sien en daarvolgens te handel nie. Die antwoord hierop is dat hy geen ondervinding nodig gehad het om te besluit of hy die waarheid gaan praat aldan nie. Boonop het hy die bystand van sy eie prokureur gehad voordat hy die keuse uitgeoefen het.

[12] Die tweede rede waarom ek van mening is at daar geen onreëlmatigheid was, is dat dit, gegewe appellant se opdrag aan sy advokaat, nie in sy belang was dat beskuldigde 1 se verklaring in die verhoor openbaar gemaak word nie. In die verklaring is daar stellings wat appellant betrek by die aanranding en teenstrydig was met sy pleitverduideliking en sy getuienis. Die volgende paragrawe uit die verklaring illustreer dit:

‘28.

Ek en Gerdrie Coetzer is toe die huis in waar Jacques Coetzer vir ons 'n drankie gaan ingooi het. Na twee drankies het Gerdrie Coetzer toe by die deur uitgestorm om Frans te gaan slaan, waar ek hom toe probeer voorkeer het. Hy het toe die kosyn van die deur stukkend gehardloop. Ek het gesê hulle moet stop sodat Frans kan huis toe gaan. Ek het toe weer gesien dat Ernst Botha en Lieb Coetzer

besig was om hom te slaan. Terwyl ons nog in die huis was het ek gehoor hoe slaan Lieb Coetzer en Ernst Botha vir Frans. Dit het 'n hele ruk so aangegaan.

31.

Frans wou nie op die bakkie klim nie en het nie meer baie stabiel voorgekom nie. Hy het baie deurmekaar gelyk. Ek het gesê hulle moet hom los dat hy kan loop aangesien hy te bang is om polisie toe te gaan. Ek het gedink hy sou wel nog reg wees. Gerdrie Coetzer het gesê: “Nee, laai hom af” Hulle is toe met hom weg. Jacques Coetzer het agter op gesit en hom vasgehou.’

[13] Die appellant het gevolglik nie daarin geslaag om te bewys dat daar 'n onreëlmatigheid in die verrigtinge was nie.

[14] Volledigheidshalwe en al sou hy die beweerde onreëlmatigheid bewys het, sou appellant nie die tweede vereiste oorkom het nie naamlik om ons te oortuig dat weens die onreëlmatigheid geregtigheid nie geskied het nie (die voorbehoudsbepaling tot art 322(1) van die Wet). Al sou die verhoorhof bevind het dat beskuldigde 2 oorledene aangerand het in appellant se afwesigheid, beteken dit nie dat hy onskuldig bevind sou word nie. Op die aanvaarde getuienis het appellant toe oorledene ondervra is oor die vuurwapen, hom herhaaldelik met die vuig gelaan. By sy terugkoms na die

vuurwapen gehaal is, moes oorledene in 'n erger toestand gewees het as aanvaar

word dat beskuldigde 2 hom ernstig aangerand het in appellant se afwsigheid. Tewens

volgens die aangehaalde brief van appellant se prokureur het appellant dit

waargeneem. Nogtans gaan appellant voort en rand oorledene weer met sy vuiste aan.

Om alles te kroon gaan hy saam om die oorledene, wat toe bewusteloos of semi-

bewusteloos was, wat klaarblyklik ernstig beseer is, wie se klere pap nat is as gevolg

daarvan dat beskuldigde 2 hom met 'n tuinslang nat gespuit het, op 'n verlate pad op

'n bitter koue aand af te laai en daar te laat. Daar was na my mening bo enige twyfel

bewys dat appellant aktief deelgeneem het aan 'n deurlopende aanranding en hom

vereenselwig het met die ander om die oorledene eerstens aan te rand om die

vuurwapen uit te wys en daarna te straf omdat hy dit gasteel het. Al die voorvereistes

vir 'n skuldigbevinding op grond van gemeenskaplike doel soos neergelê in *S v*

Mgedezi and Others 1989 (1) SA 687 (A.D.) is aan voldoen.

Die appèl word van die hand gewys.

P C COMBRINCK
WAARNEMENDE APPÈLREGTER

HOWIE P)Stem saam
SCOTT AR)