

**DIE SUID-AFRIKAANSE STRAFREG EN DIE NOODSAAKLIKHEID
VAN VOORTDURENDE VERNUWENDE INTERPRETASIE - 'N
KRITIESE EVALUERING.**

HENRIETTE GERTENBACH-FOWLER

Hierdie tesis word voorgelê deur **Henriette Gertenbach-Fowler**
ter vervulling van die vereistes vir die graad

DOCTOR LEGUM

In die Regsfakulteit

Departement vir Strafreë en Geregtelike Geneeskunde
van die Universiteit van die Vrystaat

Promotor : Professor H. Oosthuizen

Mede-promotor : Professor T. Verschoor

Januarie 2015

VERKLARING

HIERMEE VERKLAAR EK DAT HIERDIE NAVORSINGSWERK:

*DIE SUID-AFRIKAANSE STRAFREG EN DIE
NOODSAAKLIKHEID VAN VERNUWENDE INTERPRETASIE –
‘N KRITIESE EVALUERING*

INGEGEE VIR DIE LL.D-KWALIFIKASIE AAN DIE
UNIVERSITEIT VAN DIE VRYSTAAT MY EIE, ONAFHANKLIKE
WERK IS, EN DAT EK DIESELFDE WERK NIE VOORHEEN
VIR ‘N ANDER KWALIFIKASIE AAN ENIGE ANDER
UNIVERSITEIT/FAKULTEIT VOORGELê HET NIE. EK GEE
HIERMEE OOK DIE KOPIEREG OP HIERDIE WERK OOR
AAN DIE UNIVERSITEIT VAN DIE VRYSTAAT.

.....
Henriette Gertenbach-Fowler

24 Januarie 2015, te Kaapstad.

INHOUDSOPGAWE:

Hoofstuk 1:	10
1.1 Inleiding	10
1.2 Premisse en wyse van benadering	10
1.3 Kommunikasie, en ondeursigtige taal as hindernis tot goeie kommunikasie	14
1.4 Fases in die groeiproses.....	24
Hoofstuk 2: Die Suid-Afrikaanse regspraak	28
A : Historiese perspektief – die Tradisionele Benadering tot voor 1995.....	28
A.2.1 Kort inleiding	28
A.2.2 Die hermeneutiek of die interpretasiekunde	34
A.2.3 Die tekstuele teenoor die kontekstuele benadering	36
A.2.4 Die kontekstuele of funksionele benadering.....	39
B : Die Sprong van die Tydperk voor die Grondwet (108 van 1996) na die Tydperk wat volg op die inwerking- treding van die Grondwet.....	42
B.2.1 Die teks en die vertolker	42
B.2.2 Metodes of riglyne vir interpretasie	45
(a) Die letterlike interpretasie	45
(b) Die bedoeling van die wet.....	46
(c) Wye interpretasie	48
(d) Historiese interpretasie	49
(e) Kontekstuele interpretasie	50
B.2.3 Wye interpretasie as tradisionele metodes	50
B.2.4 Politiek	52
B.2.5 Statutêre interpretasie: Die benadering van die howe.....	54
B.2.6 Die reëls, vermoedens en stelreëls van uitleg.....	62
B.2.7 Problematiek aangaande vertolking in die praktyk: Twee voorbeelde uit die twintigste eeu	67
C : Die twee dekades na die inwerkingtreding van die Grondwet, ongeveer 1994 – 2014	71
C.2.1 Inleiding	71
C.2.2 Burgerregsake	71

C.2.3	Die doodstraf	76
C.2.4	Lyfstraf	76
C.2.5	Geregverdigde doodslag tydens arrestasie (artikel 49 (1) van die Strafproseswet)	77
C.2.6	Aborsie.....	77
C.2.7	Bewyslas en vermoede van onskuld.....	81
C.2.8	Georganiseerde misdaad	87
C.2.9	Vryheid van spraak/uitdrukking.....	88
C.2.10	Streng aanspreeklikheid (<i>strict liability</i>).....	89
C.2.11	Seksuele misdrywe.....	90
C.2.12	Straf/vonnisse... ..	94
C.2.13	Konstitusionele uitdagings tot die strafreg in die Gemenebest	98
	(a) Bestialiteit.....	98
	(b) Gemeenskaplike oogmerk.....	99
	(c) Minagting van die hof.....	100
	(d) Laster/ <i>crimen iniuria</i>	100
	(e) Bedrog.....	100
	(f) Die legaliteitsbeginsel en die saak van <i>Masiya</i>	101

Hoofstuk 3: Die Suid-Afrikaanse reg van die vroeë en latere twintigste eeu, en die aanpasbaarheid van die regstelsel.....	104
---	-----

3.1	Die reg as sosiale wetenskap en as instrument.....	104
3.2	Hibriede stelsel	106
3.3	Die wenslikheid van “vermenging”	124
3.4	Engelsregtelike beïnvloeding.....	127
3.5	Regstoepassing.....	137
3.6	Die benadering van die Appèlhof.....	143
3.7	Verskerping van die toepassing van die Romeins-Hollandse reg.....	145
3.8	Die teenstand teen die benadering.....	147
3.9	Sintese.....	150
3.10	Voortgesette toepassing; samevatting.....	155

Hoofstuk 4: Die hiërargie van die Howe, die presedenteleer en <i>stare decisis</i>	158
--	-----

4.1	Inleiding.....	158
4.2	Die presedenteleer, die <i>stare decisis</i> - en aanverwante	

beginsels.....	158
Hoofstuk 5: Die afskaffing van die doodstraf in Suid-Afrika... ..	169
5.1 Inleiding.....	169
5.2 Agtergrond.....	170
5.3 <i>S v Makwanyane en 'n ander</i> (1995).....	176
5.3.1 Die feite van die waterskeidingsaak, soos blyk uit die hofverslae van die Hoogste Hof van Appèl en die Konstitusionele Hof. Uitspraak: Junie 1995.....	176
5.3.2 Regsvergelyking.....	187
5.3.2.1 Ongelykheid en die onaanvaarbare rol van die toeval.....	189
5.3.2.2 Waardigheid.....	191
5.3.2.3 Die reg op lewe.....	195
5.3.2.4 Die openbare mening	196
5.3.2.5 Wreed, onmenslik en vernederend.....	199
5.4 Is die oplê van so 'n tipe straf regverdigbaar?.....	201
5.4.1 Die vier strafteorieë.....	205
5.4.2 Die wesentliche inhoud van 'n reg.....	220
5.4.3 Gevolgtrekking – Regter-President Chaskalson.....	224
5.4.4 Kritiek.....	226
5.4.4.1 Algemeen.....	226
5.4.4.2 Aborsie.....	237
5.4.4.3 Die alternatief: lewenslange gevangenisstraf... ..	240
5.4.4.4 Eenparige beslissing in <i>Makwanyane</i> betreffende die doodstraf.....	245
5.4.4.5 Uitlewering.....	249
5.5 Samevatting.....	253
Hoofstuk 6: Artikels van die Strafproseswet (en ander wette) wat met die Grondwet versoen moes word, spesifiek artikel 49	268
6.1. Inleiding: Artikel 49 van die <i>Strafproseswet</i>	268
6.2. Die grondwetlikheid van artikel 49.....	291
6.3. Artikel 36 van die Grondwet.....	293
6.4 Die beslissing in <i>S v Walters</i> (2002) en die Legaliteitsbeginsel.....	314
6.5 Die <i>De Menezes</i> -saak in Brittanje en die les wat dit inhou.....	317

Hoofstuk 7: Lyfstraf – konstitusioneel of nie?.....	321
7.1 Inleiding.....	321
7.2 Agtergrond – tugbevoegdheid.....	323
7.2.1 'n Misdad moet aan vyf vereistes voldoen.....	323
7.2.2 Wederregtelikheid en die regverdigingsgronde soos tugbevoegdheid.....	324
7.2.3 <i>S v Williams</i> (1995).....	327
7.2.3.1 Artikels 294 en 295 van die Strafproseswet in 1995.....	327
7.2.3.2 Interpretasie en semantiese waardes.....	331
7.2.3.3 Regsvergelyking.....	334
7.4 Gevolgtrekking.....	355
7.5 Die openbare mening.....	357
Hoofstuk 8: <i>Moodie, Naidoo</i> en dubbele blootstelling (“ <i>double jeopardy</i> ”)	363
8.1 Inleiding.....	364
8.1.1 <i>Moodie</i> (1962).....	364
8.1.2 <i>Naidoo</i> (1962).....	367
8.2 Artikel 322(3) van die Strafproseswet.....	369
8.3 <i>Mistrial</i>	371
8.4 Agtergrond: dubbele blootstelling (<i>double jeopardy</i>) of <i>res iudicata</i>	375
8.5 Verwante begrippe:	380
8.5.1 <i>Res iudicata</i>	380
8.5.2 <i>Collateral</i> en <i>issue estoppel</i>	382
8.5.3 <i>Autrefois convict</i> en <i>autrefois acquit</i>	387
8.5.3.1 Bevoegde hof.....	388
8.5.3.2 Geldige aanklag.....	389
8.5.3.3 Dieselfde misdad	389
8.5.3.4 Op die meriete.....	390
8.6 Artikel 83 (Strafproseswet) en verdubbeling van aanklagte.....	391
8.7 Latere toetredende feite.....	393
8.8 Appèl deur die staat.....	394
8.9 Die drastiese proses in Suid-Afrika.....	395
8.10 Grondwet, Wet 200 van 1993 (Interim-) en 108 van 1996.....	398
8.11 Die Strafwysigingswet 105 van 1997.....	400
8.12 <i>S v Bezuidenhout</i> (2003)	402

Hoofstuk 9: <i>Campher</i> (1987), <i>Wiid</i> (1990) en <i>Ferreira</i> (2004).....	414
9.1 Inleiding.....	414
9.2 Toerekeningsvatbaarheid.....	416
9.2.1 Die begrip toerekeningsvatbaarheid.....	416
9.2.2 Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid	420
9.3 <i>Campher</i> (1987).....	429
9.4 <i>Wiid</i> (1990).....	443
9.5 Die verskil tussen <i>Campher</i> en <i>Wiid</i>	453
9.6 <i>Ferreira</i> (2004).....	456
Hoofstuk 10: Die staat se verpligting teenoor die individu (Engelsregtelike <i>duty of care</i>).....	475
10.1 Inleiding.....	475
10.1.1 Die handelingsvereiste.....	475
10.1.2 Uitdruklike of onuitdruklike omissie (mis)dade.....	476
10.1.3 Regsplig om positief op te tree.....	478
10.2 <i>Carmichele</i> en verwante sake.....	481
10.2.1 <i>Ewels</i> (1975).....	481
10.2.2 <i>Kader</i> (1995).....	486
10.2.3 <i>Mpongwana</i> (1999).....	489
10.2.4. <i>Dersley v Minister van Veiligheid en Sekuriteit</i> (2001).....	495
10.2.5 <i>Van Eeden v Minister of Safety and Security</i> (2001).	499
10.2.6 <i>Minister of Security v Van Duivenboden</i> (2002)	506
10.2.7 <i>Carmichele</i> (2001)(KH).....	512
10.2.8 <i>Minister of Safety and Security v Hamilton</i> (2003).....	533
10.3 Gevolgtrekking	547
10.4 MIV-VIGS en ander hoogs aansteeklike lewensbedreigende siektes	549
Hoofstuk 11: Gevolgtrekking en aanbevelings	551
11.1 Inleiding	551
11.2 Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.....	551
11.3 Vrywillige dronkenskap/invloed van dwelms	553
11.4 Toenemende misdaad.....	554
11.5 Verkragting	555
11.6 Tolke, taalkundiges en taalprobleme	560

11.7	Selfdood met of sonder hulp: Genadedood	564
11.8	Vonnisse vir “kwesbare” persone	568
11.9	Korrupsie wat die regspleging kniehalter	571
11.10	Die oortjies van die seekoei	575
11.11	Ten slotte.....	578
BIBLIOGRAFIE		580
LYS VAN AANGEHAALDE SAKE.....		592
LYS VAN SUID-AFRIKAANSE WETTE en ordonnansies.....		603
INTERNETVERWYSINGS.....		606

Met dank aan my promotors Proff. H. Oosthuizen en Teuns Verschoor.

'n Enkele riet knak maklik, maar die bondel (*fasces*) is sterk en breek nie sommer nie

Opedra aan my rekenaaradviseurs Anton Döckel en Neil Schreuder vir hul hulp met die fynere puntjies.

HOOFSTUK 1

INLEIDING EN TAAKSTELLING

1.1 INLEIDING

*'However anxious the court may be to maintain the Roman Dutch law in all its integrity, there must, in the ordinary course, be a progressive development of the law, keeping pace with modern requirements.'*¹

Die reg is nie staties nie, maar dinamies, en in 'n veranderende wêreld waar behoeftes en begrippe verander, moet die reg telkens opnuut kyk na die interpretasie van die regsposisie, van vorige uitsprake en wetgewing. Hierdie proses van slyping en verandering en vernuwende interpretasie het stukrag gekry met die inwerkingtreding van die 1996-Grondwet, Wet 108 van 1996 van die Republiek van Suid-Afrika. Dit gaan om veel meer as die behoud al dan nie van die Romeins-Hollandse Reg (wat HR De Villiers in bostaande aanhaling aanspreek), naamlik die noodsaaklikheid dat die reg tred moet hou met die tyd en nie in 'n onbruikbare dinosourus moet ontaard nie.

1.2 PREMISSE EN WYSE VAN BENADERING

Die reg en die interpretasie en uitleg daarvan is ten nouste verbonde aan die taal waarin dit geskryf en oorgedra word. Die taal is 'n sosiale sisteem wat 'n gemeenskap dien, en wanneer die dinamika van die gemeenskap verander, moet opnuut gekyk word wat gesê is en of dit nog die essensie van die doel waarvoor die wetgewing verorden is, weergee, en of 'n nuwe interpretasie moontlik die veranderende behoeftes/eise/oogmerke beter

¹ *Henderson v Hanekom* 1903 20 SC 519. p. 519. (Skrywer se kursivering)

vertolk. Taal is 'n kommunikasie-middel, en taalgebruik is 'n handeling wat op andere gerig is – mense wend nie taal aan om met hulleself te sit en praat nie; wetgewing word nie geskryf bloot om die wetboeke te vul nie; gevolglik is taal by uitstek die middel waardeur mense ander mense bereik, sodat taal 'n kommunikatiewe verskynsel is tussen mense in 'n bepaalde verband. Taal moet as sosiale en kommunikatiewe sisteem geïnterpreteer word of dan 'n gemeenskaps-eie fenomeen en die kultuur daarvan. Wette wat verorden word, is gerig op die gemeenskap wat dit moet uitvoer, maar in die eerste plek *ontstaan* die wette uit die gemeenskap, wat self mettertyd verander. Om hierdie wette uit te voer, moet die gemeenskap asook die uitvoerende gesag die wette verstaan, en indien daar twyfel bestaan oor wat presies daarmee bedoel en beoog word, moet die houe dit interpreteer ter wille van regsekerheid. Ook die gemenerereg moet telkens opnuut vertolk word, met inagneming van nuwe ontwikkelinge op die gebied van die regsleer en die gepaardgaande behoeftes van die gemeenskap. Die taal (enige taal waarin die wet opgestel en later gepromulgeer word) is hier die instrument wat die korrekte kommunikasie bewerkstellig, en dit is gevolglik dikwels noodsaaklik dat daar presies bepaal word watter boodskap wetgewing asook die gemenerereg (hier in die betekenis van die Suid-Afrikaanse reg wat nie in wetgewing vervat is nie) oordra.

Stoops² sê in hierdie verband:

‘Wie het Afrikaans bekijkt, kan zich plotseling realiseren hoe ingenieus menselijke taal, dus ook het Afrikaans, in elkaar zit, hoe bepaalde ontwikkelingen repercussies hebben op andere taalelementen, hoe de taalgemeenschap in specifieke situasies eigen oplossingen vindt met het oog op goede communicatie, *ten slotte hét doel van*

² Stoops, Yvette: *Bobbejane of Bavianen*, p.9.

taal' (skrywer se kursivering – dit geld uiteraard nie net Afrikaans nie, maar ook ander tale.)

Die doel van hierdie navorsing is om die historiese verloop van ons regstelsel objektief na te gaan, met die gepaardgaande eise vir aanpassing en vernuwing en hernude interpretasie, en om te beoordeel hoe goed dit geslaag het. Voorts word probleemgebiede in die Suid-Afrikaanse regspraak en wetgewing ondersoek. Hierdie probleme spruit dikwels uit ingewikkelde of verouderde of onduidelik geformuleerde begrippe en selfs subartikels en wette in die geheel wat effektiewe kommunikasie verhoed. Verder word regsontwikkeling ondersoek wat die afgelope dekades en ietwat langer met geweldige spronge nuwe interpretasiemoontlikhede ontsluit het. Dit is veral as gevolg van nuwe insigte, eise en behoeftes -- moontlik ook 'n dringender besef van die bestaan maar verontagsaming van hierdie eise en behoeftes, en by uitstek die werking van eers die Interim-grondwet, Wet 200 van 1993 en daarna die finale Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika van 1996.

Verskillende interpretasiemoontlikhede ontstaan hoofsaaklik op taalkundige vlak waar begrippe ondeursigtig is, of vir meer as een vertolking vatbaar is. Die hiërargie van die howe moet dan die verskillende bestaanbare interpretasies teenoor mekaar opweeg en tot 'n beslissing kom om in die toekoms as riglyn en meer nog, as vasgelegde maatstaf gebruik te word met die oog op regsekerheid. Hierdie studie poog om die howe se interpretasie objektief te beoordeel en, met die nodige eerbied, beter en suiwerder vertolkings aan die hand te doen wat die billikste bedeling vir die landsburger sal teweegbring, met die wete dat die howe in hul voortdurende strewe en lofwaardige soeke na die allerbeste interpretasie beslis kennis neem van akademiese beskouings.

Nie net op die gebied van statutêre wetgewing (oftewel voorskrifte wat in wetgewing vervat is) moet daar 'n suiwer interpretasieproses wees nie, maar ook ten opsigte van die gemenerereg. Dit is die nuwe, opwindende voortvloeiende uit die vereistes van die Grondwet dat die gemenerereg só ontwikkel moet word dat daar uiting gegee word aan die gees, strekking en doelstellings van die Grondwet van 1996, soos vervat in artikel 39(2) daarvan. Die ontwikkeling van die gemenerereg is 'n reeds bestaande proses vanuit die tydperk voor die bestaan van die Grondwet, en hierdie studie volg die proses krities en beoordeel dit onder andere op grond van regsvergelyking en die eise van 'n dinamiese, veranderende samelewing.

Litigasie is 'n duur, langsame en vir die litigant meestal 'n traumatiese proses. Indien 'n siftingsproses die meeste, of selfs alle moontlike interpretasies kan uitdun, sodat absolute regsekerheid (op ten minste die tydperk waartydens die litigasie ontstaan) bereik kan word, sal onnodige litigasie uitgeskakel word tot voordeel van die individu afsonderlik en die samelewing in die geheel. Daar sal aangetoon word dat die proses van ontwikkeling van die gemenerereg reeds ver te lank geneem het en dat alle verwante sake in die toekoms onverwyld vanuit die staanspoor op die korrekte interpretasie en die ontwikkeling en uitbreiding van die gemenerereg behoort te kan staatmaak, en nie eers die lang en moeisame pad tot by die Hoogste Hof van Appèl of selfs die Konstitusionele Hof hoef te loop nie.

1.3 KOMMUNIKASIE, EN ONDEURSIGTIGE TAAL AS HINDERNIS TOT GOEIE KOMMUNIKASIE.

Hoe beantwoord die Suid-Afrikaanse regs-kommunikasie aan die eise van die een-en-twintigste eeu in 'n land met elf landstale (eintlik twaalf as gebaretaal ingereken word), waar gelykberegting van alle landsburgers deur die Grondwet gewaarborg word?

Kommunikasie is die oordrag of uitruil van gedagtes, boodskappe of iets soortgelyks deur spraak, skrif of ander tekens. Dit slaan ook op 'n stelsel vir die stuur of ontvang van boodskappe of die oordra van gedagtes deur enige metode insluitende publikasie, uitsending en telekommunikasie. In hierdie studie slaan dit ook op die geskrewe woord waarin ons statutêre reg vervat is, en in 'n mindere mate op die gesproke woord soos verteenwoordig deur getuienis tydens hofverrigtinge en die mondelinge oordra van regsvoorskrifte.

Verbale kommunikasie is lankal nie meer die normale oordragvorm van wette aan die samelewing nie – die dae van die “*town crier*”³ wat deur die strate moes loop om aankondigings te maak (ook “*bellman*” genoem) is lank vergete. Nogtans is dit goed moontlik dat byvoorbeeld stasiebevelvoerders (en ander senior lede van die uitvoerende gesag) sekere aspekte van wetgewing aan ondergeskiktes in die Suid-Afrikaanse polisie diens moet vertolk of verduidelik en by tye ook aan lede van die publiek soos byvoorbeeld tydens samesprekings of ander werksessies en onderhoude. 'n Voorbeeld is die strekwydte en toepassing van die *Wet op*

³ *Readers' Digest Universal Dictionary*, p. 1594.

Gesinsgeweld.⁴ Die woord/begrip “gesin” moet wyd vertolk word as nie net ouers en kinders nie, maar in ‘n baie breër verband as enigiemand in ‘n saamwoonverhouding soos selfs loseerders en besoekers (artikel 1(f) van die wet). Alle lede van die polisie diens moet dit goed begryp. Deursigtigheid is juis een van die uitvloeisels van die “nuwe” bedeling na 1994 en ook ons regstelsel vind baat by beter kommunikasie en ‘n nouer samewerking tussen die staatsamptenare en die lede van die gemeenskap as wat vroeër die geval was. Die doeltreffendheid van die kommunikasieproses word bepaal deur die duidelikheid of verstaanbaarheid, kontinuïteit, eenvoud, direktheid, prosessering en terugvoering daarvan. Die wetgewer en die regsprekende gesag bedien ‘n diverse gemeenskap en objektiewe kommunikasie is noodsaaklik, sodat die boodskap nie gekontamineer word nie. In die verlede was dit dikwels die geval soos blyk uit ‘n enorme volume litigasie juis omdat sekere dele van die gemeenskap of sekere bevolkingsgroepe nie die vereistes en verordeninge verstaan het nie. Duidelikheid en verstaanbaarheid is die ideaal, wat uiteraard selfs nie altyd in die huidige bedeling bereik word nie. Daar is juis vanaf die einde van 2008 ‘n beweging in die rigting van die vereenvoudiging van wetgewing, “klein skrif” op dokumente, asook ander voorskrifte, wat gemik is op groter verstaanbaarheid deur ‘n ieder en elk. Dit is lofwaardig. Soos blyk uit navrae gerig aan talle landdroste en aanklaers, is daar egter nog geen wetgewing in hierdie verband op die wetboeke nie. Die enigste beweging in hierdie rigting is die omsendbrief aan staatsaanklaers ná die hersiening van die Kaapse landdrossaak *S v Himal Ramji*. Na die afhandeling van die hersiening is aan aanklaers opdrag gegee⁵ dat toegesien moet word

⁴ Wet 116 van 1998.

⁵ Departement van Justisie en Grondwetlike ontwikkeling, 29 Julie 2013, landdroskantoor Kaapstad,

dat beskuldigdes te alle tye ingelig moet word dat erkenning van skuld ooreenkomstig artikel 56(1) en (2) van die *Strafproseswet* 51 van 1977 beteken dat dit as vorige veroordeling aangeteken word. In die onderhawige geval het die beskuldigde een stopsel dagga in sy besit gehad, en die speurder wat hom gearresteer het, het nie aan hom verduidelik dat hy enige ander keuse gehad het as om die R100 erkenning-van-skuld boete te betaal nie. Eers nadat hy die boete betaal het, het hy ontdek dat hy as gevolg daarvan 'n vorige veroordeling op sy rekord gehad het.

Indien die boodskap wat gekommunikeer word, onduidelik of ondeursigtig is, kan dit nie die ontvanger bereik nie of 'n verdraaide/verstoorde boodskap maak dit vir die ontvanger onmoontlik om doelmatig daarop te reageer en terugvoering te gee. Die ontvanger ter sprake is die landsburger wat die wette moet gehoorsaam en die wetstoepasser wat die boodskap sowel as die regte van die landsburger moet verstaan. Indien hulle dit nie verstaan nie, is dit baie onbevredigend: die halwe waarheid is erger as die leuen.

In sekere Afrika-kulture (ook hier te lande byvoorbeeld by die Xhosa, soos telkens aan die outeur oorgedra tydens Diversiteitwerksessies in die Suid-Afrikaanse Polisie diens) ⁶ is dit byvoorbeeld onaanvaarbaar om ná 'n (uitvoerige) verduideliking te kenne te gee dat die boodskap nie begryp is nie. Dit kan drastiese gevolge hê in 'n misdadaatsituasie. 'n Voorbeeld is die *Strafproseswet* ⁷ wat besondere voorskrifte het wat presies reg vertolk

insake hofsaak nommer 996/2013, en Hoë Hof-saak nommer 13735.

⁶ As voorbeeld die werksessies gehou te Graaff-Reinet aan die Polisie-Akademie tydens die volgende datums: 4 – 6 November 1997; 23 – 25 Junie 1998; 28 – 30 Oktober 1998.

⁷ Wet 51 van 1977.

en nagekom moet word ten opsigte van die gewraakte maar veroorloofde gebruik van geweld deur die arresteerder tydens inhegtenisneming ooreenkomstig artikel 49 (1) en 49 (2). Dit word volledig bespreek in hoofstuk 6.

Geskrewe kommunikasie verteenwoordig alles wat deur woorde of simbole/skryftekens weergegee kan word, soos gevind in die wye spektrum vanaf persoonlike kommunikasie en die letterkunde aan die een kant tot die amptelike stukke van die staats- of regsmašjinerie, byvoorbeeld kennisgewings, regulasies, ordonnansies, wette en hofbeslissings aan die ander kant. Interpretasie speel hier 'n groot rol en die graad van die ontvanger se begrip (en die gewenste impak wat dit het) word grootliks bepaal deur die geletterdheid, ervaring of kennis van die ontvanger. Die eise van deursigtigheid in 'n demokratiese bestel roep al hoe harder om 'n drastiese ommeswaai, met ander woorde dat wetgewing op watter vlak ook al, byvoorbeeld kennisgewings aan die publiek, só opgestel moet word dat dit meer toeganklik is.

Obskure of dubbelsinnige kommunikasie gee maklik aanleiding tot groot misverstand of konflik tussen individue of groepe. 'n Bekende voorbeeld kan uit die geskiedenis genoem word: In 1631 het die Koninklike Drukkers in Londen die *King James Bible* herdruk. In die Tien Gebooie is die woord "not" uitgelaat, sodat die betrokke gebod gelees het: "*Thou shalt commit adultery*".⁸ Dit het groot oproer veroorsaak, die kerke het gekla mense leef losbandig want hulle sê die Bybel keur owerspel goed, die drukkers het £300 boete gekry, hulle lisensie is teruggetrek en die Bybels, met die

⁸ www.fowlerbiblecollection.com/the-wicked-bible--king-james.html , Exodus 20:14(2014/05/02).

uitsondering van ongeveer twaalf kopieë, is verbrand.⁹ ‘n Kopie van die *Wicked Bible* is te sien in die British Library, Londen.

Dit is soms die geval dat die wetgewer weens ‘n oormaat van versigtigheid ‘n uitgebreide reeks voorbeelde opnoem, en daardeur presies die teenoorgestelde oogmerk (naamlik duidelikheid) bereik, omdat die uitsluiting van ander voorbeelde juis verwarring skep oor die geldigheid daarvan of nie. Daar is in die Engelse saak *The Queen v Bishop of Oxford*¹⁰ gesê dat ‘n wet “*should be so construed that, if it can be prevented, no clause, sentence or word shall be superfluous, void or insignificant.*”¹¹

Geen hof sal maklik aanneem dat enige woorde in ‘n wet sonder betekenis is nie of dat hulle per abuis of *per incuriam* (deur onoplettendheid) ingevoeg is nie. Sulke woorde word egter (soos hierbo genoem) *ex abundante cautela* bygevoeg: Die opsteller van die wet is só versigtig om niks uit te laat nie, dat te veel gesê word. So ‘n oortolligheid moet by die uitleg verwerp word om betekenis aan die artikel te gee. Voorbeelde volg later in hierdie studie.

In ‘n Amerikaanse saak, *US v Stern*¹², het ‘n wet bepaal dat ‘n persoon wat ‘n sekere handeling verrig en daarvan aangekla kan word, daaraan

⁹ Ook maar goed, want ‘n verdere, erger fout is in Deuteronomium 5:24 ontdek: die word *greatness* is gedruk as *great arse*, sodat daar gestaan het “the Lord showed His glory and great arse”; www.fowlerbiblecollection.com/the-wicked-bible-king-james.html.

¹⁰ 4 QBD, p. 261, 1879 - archive.org/stream, 26/10/2013. Dit word dikwels nog aangehaal in sake, byvoorbeeld ‘n saak in die Arbeidshof van Namibië: NALCMD 19 - *Vox Orion (Pty) Ltd. T/A Vox Orion v Willie Prinsloo*.

¹¹ *Ibidem*, p. 261.

¹² *United States v Stern* 418 F. 2d 198 (1969).

skuldig bevind kan word. Daar is bevind dat die woorde “shall be thereof convicted” as oortollig verwerp moet word.

‘n Interessante saak uit eie bodem is *R v Herman*.¹³ Die kwessie waaroor beslis moes word, was of artikel 4 van die *Wet op Spoorweë en Hawens: Regulasies, Kontrole en Beheer*¹⁴ die Spoorwegadministrasie gemagtig het om banke op ‘n spoorwegstasie vir die gebruik van “slegs blankes” en “slegs nie-blankes” opsy te sit. Die artikel het die Spoorwegadministrasie gemagtig om regulasies op te stel “*in respect to the reservation of railway premises (including conveniences) for the exclusive use of males or females, persons of particular races, or **different classes or natives.***”

Hierdie woorde is weergegee in regulasie 19 van die Algemene Spoorwegregulasies van die wet. Ene Herman het beweer dat die Spoorwegadministrasie nie bevoeg was om sekere banke “slegs vir blankes” en ander “slegs vir nie-blankes” af te sonder nie. Hy het geargumenteer dat, soos vervat in die beslissing van hierdie saak by monde van Waarnemende Appèlregter Feetham,¹⁵

‘... the various terms used in the regulation as descriptive of persons for whose use premises or conveniences may be reserved - (1) ‘males or females’, (2) ‘persons of particular races’, (3) ‘different classes of persons’, (4) ‘natives’ - must be regarded as mutually exclusive; that natives being specially mentioned cannot be included with any other class or race; and that, as the term ‘non-Europeans’ covers members of all non-European or coloured races, including Natives, a reservation for non-Europeans is not in accordance with the section. The occurrence of the word ‘or Natives’ in the Act and the regulation showed that Natives were to be excluded both from ‘particular races’ and from ‘different classes’, and that this must be the correct interpretation as otherwise the words ‘or natives’ would be merely redundant.’

¹³ 1937 AD 168.

¹⁴ Wet 22 van 1916.

¹⁵ 1937 AD 168 op 173.

Die regter kom tot die gevolgtrekking dat die klassifikasie in die artikel en die regulasie herhaling behels: Die bedoeling skyn te wees om seker te maak dat die magte van reservering genoegsaam en volledig is, en met hierdie oogmerk in gedagte het die opsteller van die wet 'n aantal klassifikasies gebruik sonder om op oorfleueling ag te slaan, maar deur slegs op 'n enkele algemene uitdrukking te let. Die woorde “*class of persons*” sou waarskynlik voldoende gewees het om elke moontlike tipe beperking te dek.

Nie-verbale kommunikasie is nóg geskrewe nóg mondelinge kommunikasie. Tot 'n paar dekades gelede is min aandag geskenk aan hierdie aspek. As 'n getuie byvoorbeeld nie op 'n gewone, normale manier kon praat nie, is hy/sy bloot as onbevoeg tot getuielewering beskou, sodat geen getuienis deur hom/haar op 'n ander manier gelei kon word nie. In die regstelsel speel nie-verbale kommunikasie veral 'n rol in die interpretasie van 'n getuie se weergawe in die hof. Dit kan allerlei vorms van liggaamsbewegings aanneem soos armbewegings, handgebare, oogbewegings of gesigsuitdrukkings, fisiese aanraking of 'n stilte waar verbale kommunikasie verwag kan word, en waaruit die hof (negatiewe) afleidings tot nadeel van die beskuldigde of getuie kan maak. Nie-verbale simbole kan die inhoud van verbale kommunikasie uiteraard op 'n positiewe of negatiewe manier beïnvloed. In *S v Bezuidenhout*¹⁶ is getuienis in 'n verkragtingsaak van 'n minderjarige aanvanklik op grond van die eng vertolking van artikels 162, 163 en 164 van die *Strafproseswet*, Wet 51 van 1977 verwerp – die “tegniese tekortkoming” is eers na aanleiding van 'n regspraak aan 'n Hoë Hof reggestel (besonderhede later hieronder).

¹⁶ *S v Bezuidenhout* 2003 (1) SA 552.

Gebaretaal wat algemeen maar onoffisieel beskou word as die “twaalfde” amptelike taal van Suid-Afrika, is in die hof toelaatbaar mits die “tolk” ingesweer is, en dit is ook hier van belang (artikel 1 van die *Strafprosesregwysigingswet* 135 van 1991). Ernstige begripshindernisse is goed moontlik, aangesien die betekenis van alle gebare nie universeel is nie, maar dikwels van plaaslike aard en hiervan moet die “tolk” bewus wees. Hier te lande beteken die gebalde vuus met die duim na bo, alles wel, puik. In Griekeland is dit egter ‘n obsene gebaar.¹⁷ Dit moet die “tolk” wat namens ‘n Griekse spraakgestremde optree goed in gedagte hou, hoe vaag die moontlikheid van so ‘n geval ook mag wees. In Bulgarye en Indië beteken die skud van die kop “ja”, en ‘n knik van die kop is “nee.” Soms word die gebare omgedraai wanneer hulle weet dat hulle met vreemdelinge te doen het, en dit maak alles nog meer verwarrend.¹⁸ In sekere dele van die Ooste (byvoorbeeld Maleisië en Japan) is dit uiters swak maniere as jy só sit dat jou skoensole sigbaar is (soos uitvoerig deur die media berig tydens ‘n besoek aan Maleisië en Brunei deur oud-president Mandela in 1998)¹⁹ en dit kan ‘n groot invloed uitoefen op die vertolking van die houding van die beskuldigde/getuie in die hof. Onervare en oningeligte “tolke” kan dus maklik onwetend ‘n verkeerde boodskap kommunikeer. Die moontlikheid tot misverstand is legio.

¹⁷ “The OK sign is a rude gesture : ‘thumbs up’. ‘Yes’ is signified by a slight downward nod of the head, ‘no’ is a slight upward nod of the head. Nodding your head ‘yes’ is not polite, say ‘yes’ instead.” http://www.ediplomat.com/np/cultural_etiquette/ce_gr.htm

¹⁸ http://www.nataliyanedkova.combulgarian-and-british-language-and-cultural_differences.

¹⁹ *Die Burger*, 4 Maart 1997; *Die Burger*, 21 April 1998.

Selfs gebaretaal is nie 'n universeel-geldende kommunikasiemiddel nie, omdat daar verskillende soorte is, byvoorbeeld American Sign Language (ASL)²⁰ en British Sign Language (BSL).²¹

Nie net die inhoud van die reg verander nie, maar ook die vorm waarin dit aangebied word, of dan die “aangesig” soos elektroniese kommunikasie. Dit kan vernuftig gemanipuleer word, soos deur gedeeltes uit te sny of op ander plekke in te pas. Die motief en houding van sowel die afsender as die ontvanger is deurslaggewend. 'n Wye verskeidenheid kommunikasiemiddele wat in hofverrigtinge 'n rol kan speel, kan byeengebring word onder die begrip “elektroniese” kommunikasie,²² byvoorbeeld die televisie (veral geslote kring-televisie), die radio, die telefoon, selfoon, faksmasjiene, bandopnames, die rekenaar en veral die internet en e-pos. Dis belangrik vir die beskerming teen verdere traumatisering van misdadaadslaggoffers soos minderjarige gemolesteerdes of verkragtes; vergelyk hier die saak van *S v Bezuidenhout*.²³ 'n Goeie voorbeeld van die toenemende aanvaarbaarheid van selfoonfoto's en -opnames by getuienislewering is die saak teen regter Nkola Motata wat in September 2009 skuldig bevind is op 'n klag van bestuur onder invloed van alkohol. Die landdros, Desmond Nair, het gesê 'n foto spreek 1000, maar 'n oudio-opname 10 000 woorde (soos gerapporteer deur die media). Motata het teen die uitspraak geappelleer in die Suid-Gauteng-Afdeling: saak A 345/2010, maar albei regters het bevind dat landdros Nair se bevindings en beslissings bo kritiek verhewe is. In nog 'n

²⁰ American Sign Language: www.ASL.com : *The predominant sign language of deaf communities in the USA*, 18/10/2013.

²¹ British Sign Language, *ibidem*: *Sign language used world-wide, other than the USA and Canada*.

²² *HAT* 1994, p. 193.

²³ 2003 (1) SA 552.

ongerapporteerde landdroshofsaak van 2008 in Port Elizabeth is 'n verkeersbeampte se versoek om omkoopgeld deur 'n motoris op 'n selfoon vasgelê, en deur die hof aanvaar. Dit behels met ander woorde alle kommunikasie wat te doen het met die elektronika of die aanwending van swakstroomapparaat soos elektron- en radiobuise, fotoselle en dies meer.²⁴

Omdat 'n mens hier te doen het met 'n eksakte metode van boodskapversending, is dit normaalweg baie akkuraat. As sprekende voorbeeld uit die alledaagse lewe kan genoem word televisie-sportuitsendings wat per satelliet dwarsoor die wêreld gestuur word.

Die hof moet egter daarop bedag wees dat materiaal wat op die oog af baie oortuigend, oorspronklik en eg lyk, gemanipuleer mag wees: Rekenaarbedrog neem hand oor hand toe, daar word by sekerheidstelsels "ingebreek" en inligting kan verander word; virusse lê rekenaarstelsels lam, soos daaglik deur rekenaargebruikers ondervind.

Elektroniese kommunikasie is bepaald, ten spyte van beperkings, die kommunikasiemiddel van die toekoms en die howe moet hiermee rekening hou. Nuwe ontwikkelings word daaglik bekendgestel en wie nie daarmee tred hou nie, verander sienderoë in 'n Rip van Winkel. Wet 25 van 2002, die *Wet op Elektroniese Kommunikasie en Transaksies* reël tans die toepassing. Dit voorsien onder andere regulasies en die ontwikkeling van 'n e-strategie vir die Republiek van Suid-Afrika, en verhoed die misbruik van inligtingstelsels.

²⁴ HAT 1994, p.193.

In hierdie navorsing sal gepoog word om aan te toon dat juridiese kommunikasie slegs die punt van die ysberg daarstel en dat 'n enorme korpus verworwe kennis nodig is om sin te gee aan die “puntjie” wat bo die water uitsteek. Die howe is voortdurend besig om wetgewing soos die Grondwet en ander wette asook vroeëre bindende uitsprake te interpreteer en moet so sleutels vind wat die deur na die onbekende en ontoeganklike begrippe ontsluit.

1.4 FASES IN DIE GROEI PROSES

Die aanpassing, verandering en groeiproses van ons regstelsel het deur fases beweeg – in die vroeë en middel-twintigste eeu het dit hoofsaaklik gegaan oor die blootlê van die Romeins-Hollandse Reg en die toepaslikheid daarvan op ons regsbegrippe, en, aan die ander kant, die wenslikheid om hierdie bronne aan te vul uit die Engelse (en ander) Reg. Die koms van 'n grondwetlike demokrasie in Suid-Afrika ná die waterskeidingsverkiesing van 1994, en die daaropvolgende inwerkingtreding van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika,²⁵ het 'n regsorde ingelui gebaseer op “demokratiese waardes, maatskaplike geregtigheid en basiese menseregte” soos die aanhef van die Grondwet dit uitdruk. 'n Aantal regte word gewaarborg, onder andere die reg op lewe,²⁶ dat die ingebore waardigheid gerespekteer en beskerm word,²⁷ vryheid en sekerheid van persoon²⁸ en veral om vry te wees van alle

²⁵ Wet 108 van 1996.

²⁶ Artikel 11: Elkeen het die reg op lewe.

²⁷ Artikel 10: Elkeen het ingebore waardigheid en die reg dat daardie waardigheid beskerm en gerespekteer word.

²⁸ Artikel 12(1): Elkeen het die reg op vryheid en sekerheid van persoon, en artikel 12(1)(c): Elkeen het die reg om vry te wees van alle vorme van geweld, hetsy van openbare of private oorsprong.

forme van geweld, hetsy van openbare of private oorsprong, en ander. Voorts word bepaal²⁹ dat howe die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing, gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid ten grondslag lê, moet bevorder, die volkereg in ag moet neem en ander buitelandse reg in ag kan neem, en boweal die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Regte bevorder.³⁰

Die basiese kenmerke en ideale van die Grondwet (en die voorloper daarvan, die Interim-grondwet) beklemtoon 'n fundamentele en drastiese afwyking van onder andere die stelsel van parlementêre soewereiniteit en die *Westminster*-stelsel,³¹ waarin die staat in 'n magsposisie teenoor die onderdaan gestaan het en selde verantwoordelik gehou is, sodat die hou wat val (dikwels van staatsweë) maar verduur moes word. Daardie stelsel en bedeling het ook nie geslagsgelykheid bevorder nie, met min klem op die beskerming van vroue teen geweldsmisdade soos verkragting of emosionele mishandeling voortspruitende uit die man se sterker posisie in die samelewing, en vanuit 'n regsoogpunt. Daar was nie werklik iets soos vroueregte nie. As voorbeeld uit die outeur se eie ervaring word genoem dat onderwyseresse wat voor en lank na die sestigerjare van die twintigste eeu begin skoolhou het, minder verdien het as mans, selfs pas

²⁹ Artikel 39(1)(b)&(c): By uitleg van die Handves van Regte moet 'n hof, tribunal of forum die volkereg, en kan dit buitelandse reg, in ag neem.

³⁰ Artikel 39(2): By die uitleg van enige wetgewing, en by die ontwikkeling van die gemenerereg of die gewoontereg, moet elke hof, tribunaal of forum die gees, strekking en oogmerke van die Handves van Menseregte bevorder.

³¹ Dis 'n demokratiese regeringstelsel met 'n Laerhuis (*House of Commons*) en Hoërhuis (*House of Lords*) waarvan die monarg (koning(in)) die seremoniële staatshoof is, of dan die teoretiese, *de iure* bron van uitvoerende gesag. Die leier van die meerderheidsparty in die Laerhuis is gewoonlik die Eerste Minister, die *de facto* staatshoof. Die Britse parlement word in die *Westminster*-paleis gehuisves, vandaar die naam. Vergelyk Hosten WJ *et al: Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Reg en Regsleer*, p. 653.

uit die universiteit, sonder enige meriete vir hul hoër salarisse. Wanneer die onderwyseresse in die huwelik getree het, moes hulle summier hul onderwysposte bedank. Dit was nie op mans van toepassing nie. Hierdie magtspolisie van die man wat nie op verdienste gegrond was nie, is heelwat afgeskaal, en daar word nou gestreef na geslagsgelykheid. Die howe is tans verplig om al die bepalings van die Grondwet van Suid-Afrika te vertolk en toe te pas, insluitende Hoofstuk 2, die Handves van Menseregte, aangesien die Grondwet die oppergesag van die Republiek van Suid-Afrika is.

Die Handves is van toepassing op die totale reg en bind die wetgewende, uitvoerende en regsprekende gesag en alle staatsorgane.³² Die Grondwet noem die Handves van Menseregte die “hoeksteen van die demokrasie in Suid-Afrika, dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid”.³³

Vir die eerste keer in die geskiedenis van Suid-Afrika is ‘n aantal regte (soos byvoorbeeld vroueregte hierbo genoem en ander regte waarna die aangehaalde artikels verwys) as basiese grondwetlike regte verskans. Nogtans is geen grondwetlike reg absoluut nie en daar bestaan grense en beperkings ten opsigte van die botsende regte van individue en staatsbelange. Die toenemende misdaadspiraal in hierdie land, veral waar geweld betrokke is soos dié teen vroue – getroud, in saamwoonverhoudings of as “ondergeskikte” van die man in sekere kulture -- vereis dat die howe opnuut na die hele bestel moet kyk met

³² Artikel 8(1) van die Grondwet.

³³ Artikel 7(1) van die Grondwet.

inagneming van heden-daagse wêreldtendense, sodat vorige uitsprake en die regsposisie in die geheel in heroorweging geneem kan word. Hierdie studie sal poog om aan te dui dat dit juis is wat die howe veral gedurende die nuwe millennium begin doen het, meer bepaald in die sake van *Ferreira*³⁴ asook *Carmichele*.³⁵ Feministiese bewegings van die 20ste eeu het as kampvegter opgetree vir rewolusionêre veranderings aan die status van die vrou in die samelewing en het getrag om die basis van die vrou se onderdrukking (ook deur die reg) te ondersoek. Dit duur vandag voort, en word gerugsteun deur die grondwetlike vereiste van geslags-gelykheid en die reg van die vrou om as mens met menswaardigheid beskerm te word.

Ook die staat se verantwoordelikheid teenoor die onderdaan word in die lig van die genoemde bepalings en beginsels van die Grondwet toenemend onder die loep geneem. Veral die optrede van die lede van die uitvoerende gesag wat tot nadeel van die landsburger strek, word opnuut ondersoek en geïnterpreteer met die oog op die beskerming van die onderdaan en sy/haar regte, soos blyk uit byvoorbeeld die sake van *Carmichele*³⁶ en *Hamilton*.³⁷

³⁴ *S v Ferreira* 2004 (2) 454 (SCA).

³⁵ *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 (4) SA 938 (CC).

³⁶ *Ibidem*.

HOOFSUK 2

DIE SUID-AFRIKAANSE REGSPRAAK:

A. HISTORIESE PERSPEKTIEF – TRADISIONELE BENADERING TOT VOOR 1995

- Wanneer die woord *Grondwet* gebruik word, beteken dit deurgaans die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 108 van 1996, tensy uitdruklik anders vermeld.
- Die woorde vertolker/uitlêer/interpreteerder word beurtelings vir dieselfde begrip gebruik, ter wille van stylafwisseling. Dieselfde geld vir vertolk/uitlê/interpreteer.
- Wanneer die *Strafproseswet* genoem word, word deurgaans Wet 51 van 1977 bedoel, tensy anders vermeld.

A.2.1 KORT INLEIDING

Wanneer dit by wetsuitleg kom, moet vaaghede en botsende interpretasies soos wat hulle opduik, aan die hand van reëls wat in ons gewone reg uitgekristalliseer het, vertolk word. Wetsuitleg kom ooreen met die uitleg van testamente in die sin dat die hulp van die outeur nie in gevalle van onduidelikheid ingeroep kan word nie. Diegene wat as komitees die wette opgestel het, is in baie gevalle nog nie dood nie, maar die komitee as sodanig bestaan nie meer nie. Wanneer die geskrewe of die gesproke woord 'n onvolmaakte weergawe van die menslike denke is, is die howe genoodsaak om uitlegreëls te gebruik. Sodanige reëls pas nie netjies in kompartemente in nie; gegewens kan nie slegs in 'n rekenaar ingevoer word en netjies geprosesseer aan die ander kant uitkom nie:

³⁷ *Minister of Safety and Security v Hamilton* 2003 (4) SA 216 (SCA).

Feite en omstandighede verskil en daar bestaan nie 'n vaste en voorspelbare patroon wat onnadenkend gevolg kan word nie.

Die taak van die wetsuitlêer/vertolker is om die wils- of gedagte-inhoud van die wetgewer vas te stel. Die uitlêer is in die eerste plek aangewese op die woorde wat die wetgewer gebruik het om daardie wils- of gedagte-inhoud te openbaar. Woorde is egter dikwels 'n onvolmaakte middel om aan die werklike wil of gedagte "so 'n duidelike gestalte te gee dat dit in alle omstandighede waarop daardie wil of gedagte betrekking kan hê, alleen vir 'n enkele uitleg vatbaar sal wees".³⁸ Hoofregter Innes stel dit so in *Venter v R*:³⁹

'... no matter how carefully words are chosen, there is a difficulty in selecting language which, while on the surface of it expressing generally the idea of the framer of the measure, will not, when applied under certain circumstances, go beyond it, and, when applied under other circumstances, fall short of it.'

Hy noem dit voorts "*a difficulty inherent in language.*" Daarom ook dat 'n mens nie altyd met die letterlike betekenis van 'n wet tevrede kan wees nie. Die wetsbepaling moet dikwels na 'n geval uitgebrei word wat nie in die wet genoem word nie, en soms moet selfs 'n geval wat duidelik binne die woorde van die wet val, uitgesluit word. Al is die woorde van 'n wet met die eerste oogopslag baie duidelik (en dit is dikwels nie die geval nie) is dit onmoontlik om alle omstandighede wat mag voorkom, te voorsien en duidelike woorde word onduidelik wanneer hulle onder ander omstandighede met besondere gevalle in verband gebring word. Steyn haal Forster aan waar hy in *De Juris Interpretatione*⁴⁰ sê dat, terwyl dit

³⁸ Steyn, LC: *Die Uitleg van Wette*, p. 1.

³⁹ 1907 TS 913.

⁴⁰ Steyn LC: *Op. cit.* p 1; *De Juris Interpretatione*, op p 954.

nodig is om ons in algemene bewoording uit te druk, dit bepaalde dinge is wat gebeur.

Die bedoeling van die wetgewer is deurslaggewend. Schomaker word deur Steyn aangehaal: “...*niet de schors der woorden, maar de pit en zin der wetten... als het primarium et causa rationabilis, by suppositie in derzelve uitlegginge moet in acht, en nooit by een Rigter uit't oog verloren worden: Scire namque leges non est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem.*”⁴¹

Daar moet dus oorweeg word wat beoog word, nie net wat geskryf is nie. 'n Mens kan, ongelukkig, teen die bedoeling van die wet gaan juis deur by die woord van die wet te hou. Gesag hiervoor in die Suid-Afrikaanse reg is die volgende hofsake:

Farrar's Estate v Commissioner for Inland Revenue;⁴²

R v Thamae 1927;⁴³

R v Westenraad.⁴⁴

In *Farrar's Estate* byvoorbeeld, moes die woorde van artikel 3(2)(g) van Wet 29 van 1922 vertolk word. Dit het só gelui: “*if the ownership of those shares pass (sic) by registration...*”. Hierdie woorde is vertolk as nie van toepassing nie, omdat eiendomsoorgang by aandele **voor** registrasie plaasvind.

Ander reëls wat, benewens die belangrikheid van die bedoeling van die

⁴¹ Steyn, LC: *Op cit.*, p 2.

⁴² 1926 TPD 501 – 508.

⁴³ 1927 EDL 173.

⁴⁴ 1941 OPD 105.

wetgewer, in ag geneem moet word, is die volgende:

- Woorde moet volgens hulle gewone betekenis verstaan word. Die woorde van 'n wet is te verstaan volgens die spraakgebruik van die tyd waarin hulle gebruik word, en ook van die bedryf waarby hulle tuishoort.
- Algemene woorde moet algemeen verstaan word. In *Oberholzer v Johannesburg City Council*⁴⁵ word verklaar: “*The wording of (the) regulation appears to me to be quite clear. It says, ‘No person shall.....’ They are words of general import and should, in the absence of some convincing indication to the contrary, be given their ordinary meaning.*”
- Die uitlêer mag nie buite die woorde van die wet gaan nie. In *Hollandsche Consultation*⁴⁶ word die vraag bespreek of 'n eggenoot goed aan sy skoonouers kan bemaak, waar sy vrou hul enigste erfgenaam is en bemakings tussen man en vrou *stante matrimonio* (tydens die huwelik) by ordonnansie verbied is. Die antwoord is dat hy dit wel kan doen omdat die ordonnansie “*alleen spreek in terminis van man en wyf, en dat de zelve malkanderen niet zullen mogen geven noch maken, 't welk in casu nostro niet geschied zynde.... daar uit dan mede volgt, dat alhier directe contra statutum eiusque verba niet is gecomiteert,*” en omdat die bemaking ook nie teen die bedoeling van die wet indruis nie.

Dit behels dus ook eerstens dat 'n regter nie mag wysig of 'n *casus omissus* aanvul nie, want die regter mag slegs interpreteer en nie iets

⁴⁵ 1951 4 SA 115 (T) 118A.

⁴⁶ 5 C 125 op 407, aangehaal deur Steyn LC : *Op. cit.*, p. 11.

wysig nie. Die belangrike Romeinse spreuk is: *iudicis est ius dicere sed non dare*.⁴⁷ Johannes Voet het reeds gesê dat 'n onduidelike of dubbelsinnige teks deur langdurige gebruik of opeenvolgende regterlike uitsprake een vaste betekenis kan kry wat feitlik die krag van 'n wet het en waaraan daar ter wille van regsekerheid nie verander moet word nie, maar hy voeg by dat die gewysdes van regters, selfs die hoogstes, nie die krag van 'n wet het nie (Voet: *Commentarius* ⁴⁸). Die regter moet dus oordeel volgens die wette self, maar nie volgens presedente nie. Die toonaangewende saak hieroor is *Harris v Law Society of the Cape of Good Hope*⁴⁹ waarin verklaar word dat die basiese beginsel van onderskeid tussen die funksies van die wetgewer en die hof gehandhaaf moet word. Indien die regter van mening is dat die betrokke wet onder die omstandighede van die betrokke saak onbillik is en swaarkry (*hardship*) sal veroorsaak, moet die wetgewer die wet verander,⁵⁰ want die hof moenie “*commit the greater evil by seeking to repeal the clear letter of the Act.*” Die reël geld dus dat die Hof hom nie sal bemoei met die wysheid of onwysheid van die wetgewer nie (Appèlregter Rumpff in *Gouws v OVS Ongedierte Bestrydings-en Wildbeskermings-vereniging*.⁵¹ Dit is ook só gestel in *Shangase and others*:⁵² “*If the words of an Act is (sic) clear, the court is not concerned with the propriety of the legislation or the policy of the Legislature ...*”. Dit is veral van belang vir die sewentiger jare van die vorige eeu, toe sommige regters hulle sterk uitgespreek het teen die sogenaamde

⁴⁷ Aangehaal deur Hosten WJ *et al* : *Op. cit.*, p 250.

⁴⁸ 1.3.19.

⁴⁹ 1917 CPD 451.

⁵⁰ Soos in 1972, na die 1962-saak van *Naidoo*, hieronder in hoofstuk 8 bespreek.

⁵¹ 1970 (1) SA 508 (A) op 519H.

⁵² 1972 (2) SA 410 (N) op 434G.

“apartheidswette”.

Die uitleg van ‘n wet behels tweedens dat, in die geval van ‘n *casus omissus*, die gemenerereg geld (met ander woorde daardie gedeelte van die Suid-Afrikaanse reg wat nie in wetgewing vervat is nie, soos in hoofstuk 1 uiteengesit).

Aan elke woord moet ‘n betekenis toegeskryf word. Geen bepaling van ‘n wet moet as oorbodig beskryf word nie. Daar word aangeneem dat die wetgewer daarvan bewus is dat sy woorde die belangrikste getuie is omtrent die inhoud van sy soewereine wil uitmaak en sy woorde dus omsigtig en noulettend sal kies en geen betekenislose woorde sal invoeg nie. Dit is ‘n enorme taak en die ervaring is dat dit nie altyd die geval is nie. Vergelyk onder andere die ou *Waterwet*,⁵³ wat wyd gekritiseer is om die gebrek aan klaarheid en eksaktheid, onder andere deur JC de Wet.⁵⁴ Hy noem sekere verwysings ten opsigte van openbare water en privaat water wat mekaar weerspreek, “onsinnig”. (Die wet is vervang deur Wet 36 van 1998, die *Nasionale Waterwet vir die Hervorming van Waterbronne en -voorsiening* wat ongelukkig ook nie sonder gebreke is nie, aangesien dit klaarblyklik eiendomsreg aantast en nie voorsiening maak vir vergoeding waar gebruiksreg ingekort word nie. Dié aspekte word egter net terloops genoem en is nie direk in hierdie bespreking ter sake nie.)

In die gemenerereg het ‘n vraag opgeduik aangaande ‘n bepaling van die landreg van Veluwe wat bepaal het dat persone wat testamente maak,

⁵³ Wet 54 van 1956.

⁵⁴ De Wet JC : *Opuscula Miscellanea*, p. 32.

hul “*versegelen und onderteikenen zullen.*”⁵⁵ Die vraag het gehandel oor die regsgeldigheid van ‘n nie-verseelde testament wat voor ‘n predikant en vier getuies opgestel en behoorlik onderteken is. Daar is beslis dat dit nie regsgeldig is nie, want elke deel of artikel van ‘n wet moet ‘n uitwerking hê en is nie oorbodig nie.

A.2.2 DIE HERMENEUTIEK OF DIE INTERPRETASIEKUNDE:

Lategan⁵⁶ definieer die hermeneutiek as die “wetenskap van verstaan.” Dit raak eintlik alle vorme van geskrewe of gesproke kommunikasie, want almal is daagliks besig om simbole te interpreteer, om slegs ‘n paar te noem: Hittegrade op ‘n stoof of weerkaart, die letterkunde, padtekens en wegwysers, syfers op bankstate, musieknote, grafieke, vervaldatums op kosverpakkings, logo’s.

Die begrip “hermeneutiek” is afgelei van die Grieks *hermeneuein* wat “interpreteerder” beteken.⁵⁷ Klaarblyklik is die etimologiese oorsprong van *hermeneuein* die naam van die boodskapper van die Griekse gode, naamlik *Hermes*.⁵⁸ Hy moes die gode se boodskappe aan die sterflike mense oordra en uitlê. Hier is dus sprake van ‘n baie ou dissipline – Aristoteles⁵⁹ het onder andere baie oor die interpretasiekunde geskryf. Die Bybelse hermeneutiek (of skrif-eksegese) en die regshermeneutiek (wetsuitleg) het mettertyd as selfstandige dissiplines ontstaan. Lategan⁶⁰

⁵⁵ *Consultatien, Advysen*, 4.36.5 en 6, aangehaal deur Steyn LC : *Op. cit.*, p. 17.

⁵⁶ Lategan BC : *TSAR*, 1980, p. 107.

⁵⁷ *Readers’ Digest Universal Dictionary*, p. 721.

⁵⁸ www.parrhesiajournal.org: In the footsteps of Hermes, 18/05/2014 ;

www.vocabulary.com/dictionary/hermeneutic, 18/05/2014.

⁵⁹ 384 – 322 voor Christus.

⁶⁰ Lategan BC: *TSAR*, 1980, p. 108 – 110.

noem 'n aantal verskille sowel as ooreenkomste tussen die Bybel- en wetsuitleg, byvoorbeeld die bevrydende heilsboodskap aan die mens wat in die Bybelteks vervat is, terwyl wetsuitleg gerig is op die soeke na regsekerheid en regsordening. Al twee dissiplines het te doen met veranderende situasies en omstandighede wat besondere eise aan die interpreteerder stel. Wat die verskille behels, is die belangrikste dat die Bybelse teks geslote of afgesluit is, terwyl die wetgewer voortdurend uitbrei en verander. Labuschagne⁶¹ onderskei voorts tussen *eksegese* (dit wat die outeur van die teks oorspronklik vir sy leser wou sê) en *hermeneuse* (dit wat die outeur van die teks nou vir die leser wil sê).

Du Plessis⁶² bespreek die praktiese waarde van die hermeneutiek en die nut van die sogenaamde hermeneutiese sirkel. Hiervolgens moet elke onderdeel van die teks volgens die geheel verstaan word, en die geheel weer volgens sy onderdele -- dit is 'n aanhoudende proses waartydens die geheel sowel as die onderdele al hoe meer verhelder word. Dit beklemtoon die belang van die **konteks** van 'n bepaalde sin of sinsnede.

Die regshermeneutiek is nie 'n geïsoleerde dissipline nie, maar dit maak deel uit van die wyer kader van die **algemene verstaan** in die sosiale wetenskappe. In die letterkunde word veranderende benaderingswyses (ook modes genoem) aangewend om tot die sin of ware betekenis deur te dring, en net so raak sekere benaderings tot die wetsuitleg verouderd en word by nuwe ontwikkelings in die hermeneutiek aangepas. In die bestudering van die letterkunde was dit baie lank streng verbode om na enigiets buite die teks (soos biografiese besonderhede van die outeur) te kyk om behulpsaam te wees met die betekenisuitleg. Ná Umberto Eco se

⁶¹ Labuschagne JMT: *Die Konkurrentieproblematiek by Wetsuitleg, De Jure* (1986) 369, p. 370

⁶² Du Plessis LM : *Die Teoretiese grondslae van Wetsuitleg (LC Steyn Gedenkbundel)* 1980, p. 29.

roman *The Name of the Rose*⁶³ en sy eie verklarende publikasie oor die werk wat net daarna gevolg het, het daar 'n duidelik waarneembare ommeswaai plaasgevind sodat die volledigste denkbare interpretasie moontlik gemaak kan word. In die regshermeneutiek is 'n soortgelyke voorbeeld die gebruik van die begrip "die bedoeling van die wetgewer". Dit veronderstel dat die uitlêer die bedoeling van die individuele of kollektiewe psige kan rekonstrueer, wat duidelik 'n onmoontlike taak is. Daar is gevolglik oor die jare heelwat kritiek uitgespreek op so 'n benadering,⁶⁴ omdat dit aangewend word om 'n interpretasie van wetgewing te regverdig, eerder as om die proses van interpretasie te lei.

A.2.3 DIE TEKSTUELE TEENoor DIE KONTEKSTUELE BENADERING:

Daar bestaan twee basiese benaderings tot wetsuitleg: Die ortodokse letterlike (tekstuele) en die kontekstuele (funsionele of teleologiese) benadering.⁶⁵

Die letterlike benadering vereis dat die interpreteerder primêr konsentreer op die letterlike betekenis van die betrokke wetsbepaling.⁶⁶ Die eerste reël hier van belang is dat, indien die woorde duidelik en ondubbelsinnig is, daaraan gevolg gegee moet word en die woorde gelykgestel moet word aan die wetgewer se bedoeling, vergelyk *Principal Immigration Officer v*

⁶³ In Italiaans gepubliseer in 1980, Bompiani - Milaan: *Il nome della rosa*; in Engels gepubliseer in 1983, Harcourt - San Diego, VSA: *The Name of the Rose*.

⁶⁴ Soos deur Cowen DV : *The Interpretation of Statutes and the Concept of 'intention of the legislature'*, (1980) THRHR 374, p. 378.

⁶⁵ Wiechers M & Burns Y: *Uitleg van Wette en Administratiefreg, UNISA-gids 1(1976)* pp.16 en 21.

⁶⁶ Steyn LC : *Op. cit.*, p.4.

Hawabu.⁶⁷ Indien die sogenaamde “*plain meaning*” van die woorde dubbelsinnig is, of vaag en misleidend, of -- belangriker nog -- die streng letterlike uitleg tot absurditeite sal lei, dan mag die hof afwyk van die voor-die-hand-liggende interpretasie .⁶⁸ Dit is die sogenaamde “goue reël” van uitleg. Die “*plain meaning*” en die “goue reël” is eintlik via *De Villiers v Cape Divisional Council*⁶⁹ ten onregte in die Suid-Afrikaanse Reg ingevoer. Die Romeins-Hollandse uitlegreëls wat hoofsaaklik van die standpunt uitgaan dat die duidelike oogmerk of doelstelling van die wetgewing (*ratio legis*) die uitlegproses moet rig, moes plek maak vir die Engelsregtelike letterlike (tekstuele) benadering. Die hof is onder omstandighede van dubbelsinnigheid, vaagheid en misleidende woorde daarop geregtig om die “sekondêre hulpmiddels” (soos dit bekend staan) aan te wend om die bedoeling van die wetgewer na te speur, soos deur te kyk na die lang titel van die wet, opskrifte van hoofstukke en artikels, die teks van die ander amptelike landstaal (indien enige, soos gedurende die tydperk voor 1994 toe daar net twee amptelike tale was), ensovoorts. As daar dan nog onduidelikheid bestaan, mag “tersiêre” hulpmiddels betrek word, naamlik die onderskeie gemeenregtelike vermoedens (met ander woorde ‘n toedrag van sake wat in ‘n regstelsel aanvaar word as geldig, totdat die teendeel onteenseglik bewys kan word.) As voorbeeld is daar vroeër aanvaar, dit wil sê daar was ‘n vermoede, dat ‘n seun van onder 14 jaar nie ‘n meisie kan verkrag nie. Dit lyk tans baie naïef en byna ongelooflik – dit strook doodeenvoudig nie met die praktyk nie – nie in die een-en-twintigste eeu nie. Dit gaan hier duidelik om die “heerskappy van die woord” en Steyn⁷⁰ het dit afkeurend “letterknegtelike woordkibbelary”

⁶⁷ 1936 AD 26.

⁶⁸ *Venter v R* (supra).

⁶⁹ 1875 Buch op 50.

⁷⁰ Steyn LC : *Ididem*, p. 68.

genoem.

Hierbo is verwys na die eerste reël, naamlik dat daar gevolg gegee moet word aan woorde wat duidelik en ondubbelsinnig is en dat dit gelykgestel moet word aan die bedoeling van die wetgewer. Die grondliggende beginsel hiervan moet egter bevraagteken word. Alle geskrewe tekste is waarskynlik vir meer as een uitleg vatbaar -- die feit dat die Hoogste Hof van Appèl dikwels dispute oor betekenis moet oplos, en die feit dat die Uitleg van Wette as vakgebied bestaan, wys duidelik dat wetgewings-tekste nie altyd duidelik en ondubbelsinnig is nie.

Verder dui twee bekende stelreëls die beginsel aan dat byvoegings en weglatings tot die teks nie toelaatbaar is nie. Die eerste reël is, soos hierbo bespreek, *iudicis est ius dicere sed non dare* -- die hof kan net reg spreek maar dit nie skep nie (*Harris v Law Society of the Cape of Good Hope*.⁷¹) Dit is dus slegs die wetgewer wat gebreke in die wet kan regstel. Dit word hieronder uitvoerig bespreek in *Naidoo* 1972 en *Moodie* 1972. Hierdie reël beskerm natuurlik die outonomie van die drie staatsafdelings waarop die *trias politica*-leerstuk⁷² gebaseer is.

Ook die tweede reël, naamlik die *casus omissus*-reël, laat die hof nie toe om 'n weglating in 'n wet aan te vul nie, want dit is die werk van die wetgewer (*Ex Parte Slater Walker Securities (SA) Ltd.*⁷³)

⁷¹ 1917 CPD 449.

⁷² Hosten WJ *et al: Op. cit.*, p. 251, voetnoot 123: In die ideale staat vaardig die wetgewer die wette uit, die regbank vertolk hulle en en die uitvoerende gesag dwing hulle af. Montesquieu se *L'Esprit des Lois* is ongetwyfeld die moderne bron van die skeiding van magte. So 'n staat, volgens hom, bevorder die vryheid op die doeltreffendste manier, want die magte tree onafhanklik op.

⁷³ 1974 4 SA 67 (W).

A.2.4 DIE KONTEKSTUELE OF FUNKSIONELE BENADERING

Die kontinentaal-Europese gekodifiseerde regstelsels en die wyse van wetsopstelling het hier 'n rol gespeel. Die wetgewing word in algemene terme opgestel. Die uitleg en toepassing van wetgewing hang grootliks af van die howe se regterlike kreatiwiteit. Dis 'n objektiewe benadering en die doel soos deur die wetgewer beoog, is die oorheersende faktor. Die konteks van die wetgewing en selfs politieke en sosiale beleidsoorwegings word in aanmerking geneem om die oogmerk van die wetgewing vas te stel. Die hof kan gevolglik die aanvanklike teksbetekenis aanpas of wysig om dit met die doel te versoen. Die rol van die howe is dus soepeler en nie slegs beperk tot blote analise en die meganiese toepassing van die teks nie. Tradisioneel het die Romeins-Hollandse reëls van wetsuitleg hierdie benadering gevolg, maar ná die tweede Britse besetting van die Kaap in 1806 het die Engelsregtelike reëls 'n al hoe groter rol begin speel.⁷⁴

Sedert Appèlregter Schreiner se minderheidsuitspraak in *Jaga v Dönges*⁷⁵ is die howe meer geneë om die wetgewingstekst volgens die wyer kontekstuele benadering te interpreteer, soos byvoorbeeld in die uitspraak van appèlregter Jansen in *Mjuqu v Johannesburg City Council*.⁷⁶ In hierdie uitspraak het die regter alle moontlike hulpmiddels en omringende faktore aangewend om te verseker dat daar uitvoering gegee word aan die oogmerk van die wetgewing. Ook hoofregter Rabie het in *University of Cape Town v Cape Town Bar Council*⁷⁷ na die mening van

⁷⁴ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p. 207.

⁷⁵ 1950 4 SA 653 (A).

⁷⁶ 1973 3 SA 903 (A).

⁷⁷ 1986 4 SA 903 (A).

die outeur korrek daarop gewys dat die hof alle kontekstuele faktore in ag moet neem om die bedoeling van die wetgewer na te speur, duidelikheid en ondubbelsinnigheid van woorde of te nie. Daarteenoor het appèlregter Smalberger egter in *Public Carriers Association v Toll Road Concessionnaires*⁷⁸ weer 'n U-draai gemaak en verklaar dat die letterlike uitleg deeglik in die Suid-Afrikaanse gevestig is en dat hy geen rede insien waarom dit bevraagteken moet word nie. Die skrywer hiervan is van mening dat kreatiewe regterlike diskresie 'n groot rol moet speel by die interpretasieproses. Dis egter baie belangrik om te onthou dat dit 'n objektiewe proses is wat nie op raaiwerk berus nie, en plaasvind binne die raamwerk van die duidelike oogmerk van die wetgewing. Gesonde verstand (*common sense*) behoort 'n belangrike rol te speel.

Een van die ekstra-tekstuele hulpmiddels wat aangewend word by uitleg volgens die kontekstuele benaderings, is "omringende omstandighede". Dit is die toestand wat voor en tydens die aanname van die wet geheers het en aanleiding gegee het tot die wetgewing,⁷⁹ Dit is ook bekend as die misstandreël ("*mischief rule*"): Lord Coke het hierdie reël gedurende die 16de eeu vasgelê in die bekende *Heydon's Case*.⁸⁰ Dit vorm die basis van die kontekstuele benadering tot interpretasie en lord Coke se siening van die beginsels van wetsuitleg word so uiteengesit⁸¹ -- vier vrae moet beantwoord word om die betekenis van wetgewing vas te stel:

1. Wat was die regsposisie voor die aanvaarding van die wetgewing?
2. Wat was die misstand ("*mischief*") waarvoor die bestaande reg nie voorsiening gemaak het nie?

⁷⁸ 1990 1 SA 925 (A).

⁷⁹ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p. 270.

⁸⁰ 1584 3 Co Rep 7 a (76 ER 637).

⁸¹ *Olley v Maasdorp and Another* 1948 (4) SA 657 (A).

3. Watter remedie het die wetgewer voorsien om die probleem te oorkom?
4. Wat was die werklike rede vir die remedie?

Die misstandsreël is reeds telkemale deur ons howe toegepas, byvoorbeeld in *Santam Insurance Ltd v Taylor*⁸² waar die destydse Appèlhof genoodsaak was om die historiese agtergrond van die wet te ondersoek en die oogmerk daarvan vas te stel, aangesien die taalgebruik in die *Wet op Verpligte Motorvoertuigversekering*⁸³ inderwaarheid onverstaanbaar is. Twee begrippe speel 'n rol by die omringende omstandighede-reël, naamlik *contemporanea expositio* en *subsecuta observatio*, aangesien dit deel vorm van die faktore wat die historiese konteks van die betrokke wetgewing bepaal.⁸⁴ Hierdie twee reëls is al dikwels deur ons howe aan mekaar gelykgestel,⁸⁵ maar kan tog van mekaar onderskei word:

'n *Contemporanea expositio* is 'n uiteensetting van die wetgewing wat gelyktydig met die aanname daarvan of kort daarna daaraan gegee word, byvoorbeeld kantskrifte, leestekens, paragraafindeling en die eerste toepassing van die wetgewing. By *subsecuta observatio* gaan dit oor die gevestigde gebruik of gewoonte (*consuetudo*) wat te enigertyd na die aanname van die wetgewing kan ontstaan en in stryd kan wees met die *contemporanea expositio*.⁸⁶ In *R v Lloyd*⁸⁷

⁸² 1985 1 SA 514 (A).

⁸³ Wet 56 van 1972.

⁸⁴ Steyn LC : *Op. cit.*, pp. 162 – 163. Hierdie reël is afkomstig van die Romeinse reg: D.1.3.37 wat aandui dat daar gelet moet word wat in die verlede in soortgelyke gevalle angewend is, want die gewoonte is die beste uitlegger van wette.

⁸⁵ *Ibidem*, p.159.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 166.

het die hof beslis dat 'n maatreël wat oor 'n lang tydperk deur die howe en ander amptenare gebruik word, 'n goeie aanduiding kan wees van die betekenis daarvan.

B DIE SPRONG VAN DIE TYDPERK VOOR DIE GRONDWET NA DIE TYDPERK NÁ DIE SUID-AFRIKAANSE GRONDWET.

B. 2.1. DIE TEKS EN DIE VERTOLKER.

In die bespreking van die posisie rondom die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika word ruimskoots gebruik gemaak van die omvattende werk van JR de Ville,⁸⁸ aangesien dit baie aspekte verhelder en substansie gee aan die interpretasie, asook enige begripvorming van en die toepassing van die Grondwet sedert die aanvaarding daarvan.

Tradisioneel is aanvaar dat die teks 'n aparte en onafhanklike objek is, wat nogtans toeganklik is vir die uitlêer/vertolker of interpreteerder. Die teks het met ander woorde 'n betekenis op sy eie wat onafhanklik is van die ondervinding van die interpreteerder. Hierdie inherente betekenis is objektief van aard en kan begryp word deur abstrakte, analitiese prosesse. Taal word gesien as die medium waardeur betekenis gekommunikeer word, dit speel self geen substantiewe rol nie. Volgens Phelps en Pitts⁸⁹

'...the interpreter is capable of standing outside history – his own personal history and the larger context in which he is situated – and is able to span the temporal gulf between the text and himself. Leaving behind the prejudices and preconceptions of his present situation, he is able to recover a past no longer alien to him and thus understand word

⁸⁷ 1920 AD 485.

⁸⁸ De Ville JR: *Constitutional and Statutory Interpretation*.

⁸⁹ De Ville JR : *Op. cit.*, p.2.

meanings and world views in the same manner as the author.'

Die vertolker het 'n metode benodig om die bedoeling van die teks vas te stel, deur byvoorbeeld die bedoeling van die wetgewer na te gaan – die vertolker moes die wêreld van die oorspronklike teks herkonstrueer en sodoende die oorspronklike betekenis van die teks. Dit bring probleme mee: 'n Teks kan byvoorbeeld meer sê as wat die opsteller bedoel het, aangesien die vertolker sy/haar eie konteks na die teks saambring en daardeur die betekenis daarvan beïnvloed. Begrip is dus altyd nuut met elke hernude interpretasie (selfs wanneer dieselfde vertolker op verskillende tye die teks interpreteer) – derhalwe bereik interpretasie nooit finaliteit nie. Die teks kan dus nooit volkome sê wat 'n regsvoorskrif beteken nie, want verskillende vertolkers kan dit in die toekoms op ander maniere vertolk, aangesien elke vertolker hom/haar anders posisioneer as sy/haar voorgangers.⁹⁰ Daarom is dit moontlik dat die Hoogste Hof van Appèl byvoorbeeld tot 'n ander beslissing kan kom as 'n Hoë Hof waar dieselfde saak gedien het.

Daar kan in hierdie stadium samevattend gesê word dat die volgende gevolgtrekkings gemaak kan word:

- Geen teks het 'n betekenis op sy eie of kan sonder interpretasie begryp word nie.
- die vertolker bevind hom/haar altyd binne 'n gemeenskap van vertolkers;
- regstradisie is voorwaardelik en daarom onderworpe aan verandering.
- vooroordele (ook interpretasie-metodes) moet krities beskou word;
- die konteks, insluitende die sosiale, politieke en ekonomiese konteks en

⁹⁰ De Ville JR : *Op.cit.*, p10.

die konteks van die onderhawige saak, is belangrik vir die begrip daarvan, aangesien begrip nie in die abstrakte kan plaasvind nie;
- interpretasie is 'n gesprek of dialoog tussen die vertolker en die teks.

Die belangrikste is:

- die betekenis van die teks lê nie net in die bedoeling van die wetgewer/outeur nie;
- betekenis lê in die onderlinge verhouding tussen die teks en die vertolker;
- die konteks self moet vertolk word;
- die metode verseker nie dat die korrekte betekenis van die teks gevind sal word nie, aangesien geen korrekte betekenis bestaan nie.

'n Verdere probleem is die taal. Volgens die tradisionele siening gaan bedoeling die taal vooraf, met ander woorde dis 'n medium waardeur betekenis gekommunikeer word. Daaruit volg dat die suiwer gedagtes van die opsteller nie perfek deur die gebrekkige medium van die taal oorgedra kan word nie. Die oorspronklike betekenis gaan verlore in die linguistiese aksie en moet deur die reëls van uitleg vasgevang word. Dis vergesog – gedagtes kry nie gestalte in 'n gedagtevrye atmosfeer nie – 'n mens dink in en deur taal. Daar bestaan geen bedoeling buite die taal nie.

Roland Barthes⁹¹ verklaar:

'...text is not a line or word releasing a single "theological" meaning (the "message" of the Author-God) but a multi-dimensional space in which a variety of writings, none of them original, blend and clash. The text is a tissue of quotations drawn from the innumerable centres of culture.'

⁹¹ Soos aangehaal deur De Ville JR : *Op. cit.*, p. 10.

Vertolking kan dus nie 'n oorspronklike bedoeling blootlê nie, want daar is en was geen oorspronklike bedoeling nie. Betekenis bestaan uit 'n interaksie tussen die teks en die vertolker. Tog moet die een of ander metode aangewend word om betekenis aan 'n teks toe te skryf, soos grammatikale, doelgerigte of historiese interpretasie, maar metode alleen verseker nie dat die korrekte betekenis van die teks gevind sal word nie, aangesien daar geen korrekte betekenis bestaan nie.

B. 2.2. METODES OF RIGLYNE VAN INTERPRETASIE.

Die Konstitusionele Hof is bewus daarvan dat 'n teks betekenis verkry binne die betekeniskonteks, en uit die Hof se beslissings is dit duidelik dat kontekstualisasie van die Grondwet plaasvind deur grammatikale, teleologiese, algemene/wye, kontekstuele (of skematiese), historiese, en vergelykende/internasionale metodes van interpretasie. Hierdie hermeneutiese tegnieke – alhoewel hulle waardevol is in die verskaffing van riglyne om interpretasie te bewerkstellig – is nie magiese formules wat kits- of onfeilbare oplossings bied vir ingewikkelde vraagstukke nie. Die metodes moet trouens self geïnterpreteer word en in 'n bepaalde (grondwetlike) konteks toegepas word, en sommige van die regters het duidelik verby die toepassing van hierdie metodes beweeg.⁹²

(a) Die letterlike interpretasie.

In die eerste gerapporteerde beslissing van die Konstitusionele Hof in 1995, naamlik *S v Zuma*,⁹³ het die Hof beklemtoon dat die uitleg van die Grondwet **op die teks self** gebaseer moet wees. Aan 'n grondwet wat

⁹² De Ville JR : *Op. cit.*, p. 41.

⁹³ (2) SA op 642 (CC).

basiese beginsels behels moet, sover die taalgebruik dit toelaat, 'n wye konstruksie gegee word. Dit kom neer op die sogenaamde letterlike of grammatikale interpretasie, waarna ook soms verwys word as die *gewone* of woordeboekinterpretasie van 'n voorskrif of teks. Hierdie tegnieke fokus op die rol van die taal as 'n middel om by die ware betekenis van die teks uit te kom. Dit is egter duidelik dat 'n ingewikkelde teks nie noodwendig net deur middel van 'n letterlike interpretasie uitgelê kan word nie – dit het die Konstitusionele Hof self verklaar in *Makwanyane*.⁹⁴ Grammatikale interpretasie moet dus tesame met ander interpretasie-metodes gebruik word.

(b) Die bedoeling van die wet:

Die Konstitusionele Hof het hom reeds telkemale, onder andere in *Zuma*,⁹⁵ verbind tot interpretasie op grond van die bedoeling van die wet. In hierdie saak het die Konstitusionele Hof die formulering van die Kanadese Hooggeregshof van wat sodanige interpretasie behels, goedgekeur.⁹⁶ Dit vereis dat die bedoeling/betekenis van die reg of vryheid wat ter sprake is, gesoek moet word met verwysing na die aard en groter doelstelling van die wetgewing, die taal wat gebruik word om die bepaalde reg/vryheid uit te druk, die geskiedkundige oorsprong van die verskanste konsepte en die betekenis en doel van die ander toepaslike regte waarmee dit in die teks geassosieer word. In *Makwenyana*⁹⁷ sê Regter Chaskalson dat “*the very reason for establishing the new legal order, and for vesting the power of judicial review of all legislation in the courts, was to protect the rights of minorities and others who cannot*

⁹⁴ 1995 (3) SA 391 (CC), op p. 676.

⁹⁵ 1995 (2) SA CC.

⁹⁶ *R v Big M Drug Mart Ltd*, 1985 18 DLR (4th) 321.

⁹⁷ 1995 (3) SA 391 (CC), paragraaf 88.

protect their rights adequately through the democratic process.” Regter Langa stem saam met Regter Chaskalson dat die bedoeling van die Grondwet die beskerming van die swakstes, die armes en die kwesbares is. Hy sê verder dat dit die misdadigers insluit en diegene “who have placed themselves on the wrong side of the law”.⁹⁸ Regter O’Regan stem ook saam, en voeg by dié wat beskerm moet word is die gemarginaliseerdes, die ontnemdes (*dispossessed*) en die verwerptes. As sodanig is die bedoeling-interpretasie wyd (“*generous*”) en daarop gemik om die doel van die reg/vryheid te bereik -- *R v Big M Drug Mart Ltd.*⁹⁹ Wat betref die Grondwet kan hierdie interpretasietegniek daarop gemik wees om effek te gee aan die grondwetlike waardes wat ten grondslag lê van die fundamentele regte/vryhede in ‘n oop en demokratiese gemeenskap. Die identifikasie van die interpretasie van ‘n grondwetlike voorskrif wat die waardes van menslike waardigheid, gelykheid en vryheid die beste ondersteun, is dus die oogmerk.

Waar na die bedoeling gekyk word, word erken dat (grondwetlike) litigasie te doen het met die bepaling, opweeg en balansering van beginsels, waardes en beleidsoorwegings binne die konteks van die doelstelling, ideale en verbintenis van ‘n grondwet. Dit vereis dat ‘n waarde-oordeel gemaak word -- *Ex parte Attorney-General, Namibia: In re Corporal Punishment by Organs of the State.*¹⁰⁰ Die sosiale konteks waarin op bepaalde regte/vryhede aanspraak gemaak word, is dus van primêre belang. Waar die waardes objektief bepaal moet word met verwysing na die “norme, strewes, verwagtings en sensitiwiteite” (*S v Williams*)¹⁰¹ van

⁹⁸ *Makwanyane* (1995)(KH), paragraaf 88.

⁹⁹ 1985 18 DLR (4th) 321.

¹⁰⁰ 1991 (3) SA 76 (NmS)

¹⁰¹ 1995 (3) SA 632 (CC), per R Langa.

mense, kan dit nogtans nie gelykgestel word aan die openbare mening nie – al kan die openbare mening relevant wees, is dit nie 'n plaasvervanger vir die hof se plig om die Grondwet te interpreteer nie. Hierdie aanname is gebaseer op die veronderstelling dat, sou die openbare mening bepalend wees, die beskerming van die regte netsowel aan die Parlement oorgelaat kan word wat ingevolge sy politieke mandaat aanspreeklik is teenoor die publiek. Indien die Hof te veel waarde moet heg aan die openbare mening, kan dit nie sy funksie van beskerming van die regte van minderhede en diegene wat hulle op die rand van die samelewing bevind, vervul nie.¹⁰²

(c) Wye interpretasie.

'n Wye interpretasie word ook deur die Konstitusionele Hof aanvaar.¹⁰³ Die meerderheid van die Hof het per geleentheid kragtens art 241(8) van die Interim-grondwet persone, betrokke by sake tydens die inwerking-treding van die finale Grondwet, toegelaat om hulle te beroep op die regte van die Interim Handves van Menseregte (*Mhlungu, supra*) – ten spyte van die duidelike voorskrifte van art. 241(8) waarop die minderheid van die Hof sy beslissing gebaseer het. Dit het die meerderheid te eng gevind. Waar die grondwetlike teks dit dus redelikerwys toelaat, moet 'n wye interpretasie verkies word bo 'n eng interpretasie, indien laasgenoemde sou beteken dat iemand die voordele van die Handves van Menseregte sou moes ontbeer. 'n Wye interpretasie sal egter nie te alle tye dieselfde resultaat lewer as 'n bedoelingsgerigte interpretasie nie, aangesien laasgenoemde nie altyd tot 'n wye interpretasie sal lei nie.

¹⁰² *Makwanyane* (1995)(KH) 703; *Williams* 1995 (KH) 877-878.

¹⁰³ *Ibidem*, 678; *Mhlungu* 1995 (3) SA 867 (CC) op p. 799-800.

(d) Historiese interpretasie.

Ook hiervan maak die Konstitusionele Hof gebruik. Daar kan 'n onderskeid getref word tussen regshistoriese interpretasie (wat die geskiedenis van die inhoud van 'n regsvoorskrif, -konsep of -beginsel nagaan), en wetgewende geskiedkundige interpretasie (wat kyk na die geskiedenis van die wetsontwerp in die Parlement of die grondwetlike onderhandelingsproseses).¹⁰⁴ Sommige skrywers ken aan hierdie tipe historiese interpretasie 'n sekondêre rol toe om aangewend te word “*to confirm the results achieved by the more objective methods of constitutional interpretation*”¹⁰⁵ – terwyl ander die ontwerpgeskiedenis van die Grondwet as geheel en al ontoepaslik beskou.¹⁰⁶

Die ontwerpgeskiedenis van die Grondwet blyk van min belang te wees by grondwetlike interpretasie. Die Kanadese Hooggeregshof is van mening dat die verklarings van die individuele rolspelers wat deel uitgemaak het van die onderhandelings- en opstelproses met versigtigheid benader moet word, watter belangrike rol hulle ook al gespeel het;¹⁰⁷ die Konstitusionele Hof onderskryf dit. Nogtans heg die Konstitusionele Hof waarde aan agtergrondmateriaal (insluitende die verslae van tegniese komitees) wat gedurende die ontwerpproses saamgestel is. Dit is deel van die teks vir die interpretasie van die Grondwet en behoort daarom nie as getuienis uitgesluit te word nie. Die gewig daaraan toegeken sal afhang van die aard van die getuienis en doel waarvoor dit aangebied word.

¹⁰⁴ De Ville JR : *Op. cit.* p. 211.

¹⁰⁵ Du Plessis L en Corder H : *Understanding South Africa's Bill of Rights*, p. 83-85.

¹⁰⁶ Mureinik E : *SALJ* 1987 264 : *Expressio Unius: Exclusio Alterius?* (1987) 264.

¹⁰⁷ *Mahé v The Queen in Right of Alberta* 1990 1 SCR 342.

(e) Kontekstuele interpretasie.

Die Grondwet kan nie gelees word asof dit uit 'n reeks individuele, geslote voorskrifte bestaan nie. Die Grondwet moet in sy **geheel** in **konteks** gelees word. Dit sluit in die geskiedenis en agtergrond van die Grondwet en ander grondwetlike voorskrifte. So sê Regter Chaskalson byvoorbeeld in *Makwanyane*:¹⁰⁸ “*We are required to construe the SA Constitution...with due regard to our legal system, our history and circumstances.*” 'n Kontekstuele benadering in die Kanadese reg sluit byvoorbeeld grammatikale, sistematiese, historiese sowel as vergelykende interpretasie in. In *Edmonton Journal v Alberta (Attorney General)*¹⁰⁹ wys Regter Wilson daarop dat 'n hof moet erken dat 'n bepaalde reg of vryheid verskillende waardes kan hê, afhangende van die konteks. Kontekstuele interpretasie kan van groot hulp wees in grondwetlike uitleg, maar die Konstitusionele Hof het 'n paar breë beginsels uitgelig wat nie uit die oog verloor moet word nie. Konteks mag byvoorbeeld nie aangewend word om regte te beperk nie, want artikel 39 lê die riglyne neer vir die beperking van regte en moet nagekom word. Gevolglik kan konteks klaarblyklik net gebruik word as tegniek om die doel en betekenis van grondwetlike voorskrifte vas te stel, en nie om slegs die toepaslike basiese regte en vryhede vas te stel en so ander voorskrifte te sistap nie.

B 2.3 WYER INTERPRETASIE AS DIE TRADISIONELE METODEDES.

Hoewel die algemene benadering van die Konstitusionele Hof dus baie “tradisioneel hermeneuties” is, blyk ten minste sommige van die regters van hierdie Hof daarvan bewus te wees van die gevare van te veel vertrou te hê in die tradisionele metodes van interpretasie, met die

¹⁰⁸ *Makwanyane, supra* (1995)(KH), p. 687-688.

¹⁰⁹ 1989 [2] SCR 1326 op 1355; 64 DLR (4th) op 583 - 584

Grondwet van Suid-Afrika in gedagte. Hulle het duidelik verder gevorder, verby die aanwending van hierdie metodes, veral wat betref die ontleding van die Handves van Menseregte, en dis duidelik uit die volgende:¹¹⁰

1. Sommige regters het uitvoerig uitgewei oor die grondwetlike teorie wat hul vertolking van die grondwetlike voorskrifte toelig, vergelyk *Ferreira v Levin*¹¹¹ per Regter Ackermann;

2. Die impak van die regeringstrukture op individue en gemeenskappe word in ag geneem (*Fedsure Life Insurance*);¹¹²

3. In die samelewing speel kantlyngroepe se belange 'n kritieke rol by die vasstel van die betekenis van grondwetlike voorskrifte (*Makwanyane*);¹¹³

4. Die behoefte om substantiewe gelykheid te verkry en om diepgeleë patrone van ongelykheid uit te wis, lê ten grondslag van die interpretasie wat aan verskeie grondwetlike voorskrifte gegee word -- *Ex parte Gauteng Provincial Legislature*.¹¹⁴ Regter Sachs sê daar is 'n geweldige ongelykheid ten opsigte van toegang tot onderwys, en dit moet reggestel word, nogtans moet regte wat deur die Grondwet beskerm word soos dié betreffende taal en kultuur, nie verontagsaam word nie. Die tema van die verwydering van teenstrydighede in die lewe van Suid-Afrikaners is die riglyn dwarsdeur die Grondwet en moet daarom oral gereflekteer word.

5. Wanneer daar besluit moet word of wetlike of uitvoerende optrede grondwetlik is, is die Hof gewillig om op te tree vanuit die perspektief van diegene wat deur die reg op die kantlyn gerangeer is -- *National Coalition*

¹¹⁰ De Ville JR : *Op. cit.*, p. 41.

¹¹¹ 1996 (1) SA 984 (CC).

¹¹² 1999 (1) SA 373 (CC).

¹¹³ *Makwanyane, supra* (1995)(KH).

¹¹⁴ *Ex parte Gauteng Provincial Legislature: In Re Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995*; 1996 (3) SA 165 (CC).

for Gay and Lesbian Equality;¹¹⁵

6. Die Hof pak interpretasie aan (en die vasstelling van waardes) met inagneming van die realiteite van Suid-Afrika se sosiale, ekonomiese en politieke omstandighede – *Williams*¹¹⁶ -- en die bepaalde konteks wat onder die loep is -- *Coetzee v Government of the RSA*.¹¹⁷

7. Die belangrikheid van die ontwikkeling van grondwetlike beginsels in die lig waarvan sake beslis moet word, word erken -- *Mistry v Interim National Medical and Dental Council of SA*).¹¹⁸

Ook die Hoë Howe, die Hoogste Hof van Appèl en die Grondeise-Hof volg die aanvaarding deur die Konstitusionele Hof van 'n doelmatige en wye interpretasie. Wat betref die feit dat die sosio-politieke konteks en die belange van die gemarginaliseerdes in die gemeenskap deur die Konstitusionele Hof in ag geneem word, is daar ook navolging deur die genoemde houe.¹¹⁹

B. 2.4 POLITIEK.

Baie regters van die Konstitusionele Hof tref 'n rigiede onderskeid tussen die reg aan die een kant en die etiese, politieke en filosofiese oorwegings aan die ander kant. In *Makwanyane*¹²⁰ sê Regter Sachs:

¹¹⁵ 2000 (2) SA 1 (CC).

¹¹⁶ *Williams, supra* (1995)(CC).

¹¹⁷ 1995 (4) SA 631 (CC).

¹¹⁸ 1998 (4) SA 1127 (CC).

¹¹⁹ Byvoorbeeld *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Justice and Others* 1998 (6) BCLR 726 (W); *Director of Public Prosecutions : Cape of Good Hope v Bathgate* 2000 (2) BCLR 151 (C).

¹²⁰ *Supra* (1995)(KH), paragraaf 349.

‘Our function is to interpret the text of the Constitution as it stands. Accordingly, whatever our personal views on this fraught subject might be, our response must be a purely legal one.’

In dieselfde saak erken R Kriegler dat

‘the judicial process cannot operate in an ethical vacuum, the incumbents [of the Court] are Judges, not sages; their discipline is law, not ethics or philosophy and certainly not politics.’

Nogtans blyk dit dat ander baie bewus is van hulle politieke funksie. As voorbeeld sê Regter Langa in *Williams*:¹²¹

‘In seeking the purpose of the particular rights, it is important to place them in the context of the South African society.’

Regter Didcott verklaar in *Mohlomi v Minister of Defence*¹²² dat die *grondwetlikheid van die voorskrifte*

‘... must be viewed against the background depicted by the state of affairs prevailing in South Africa, a land where poverty and illiteracy abound and differences of culture and language are pronounced, where such conditions isolate the people whom they handicap from the mainstream of the law, where most persons who have been injured are either unaware or poorly informed about their legal rights and what they should do in order to enforce those, and where access to the professional advice and assistance that they need so sorely is often difficult for financial or geographical reasons.’

Ook Regter Ackermann sê in *Ferreira v Levin*¹²³ dat probleme nie op ‘n abstrakte manier opgelos kan word nie, maar in die konteks van Suid-Afrikaanse omstandighede en bronne – polities, sosiaal, ekonomies en op menslike vlak. Regter Madala het dit goedkeurend aangehaal in sy

¹²¹ 1995, *supra* (CC).

¹²² 1997 1 SA 124 (CC), paragraaf 14.

¹²³ 1996, *supra*.

minderheidsuitspraak in *Coetzee and Others*.¹²⁴

Die benadering van die Konstitusionele Hof was tot dusver nie in alle opsigte bevredigend nie. Die meerderheid van die Hof is tereg gekritiseer vir hulle omarming van 'n liberale grondwetlike teorie wat betref hulle toepassing van die gelykheidsklousule. Vergelyk ook AJ van der Walt en H Botha se kommentaar op *Harksen v Lane and others*,¹²⁵ asook Albertyn en Goldblatt.¹²⁶

B. 2.5 STATUTÊRE INTERPRETASIE: DIE BENADERING VAN DIE HOWE.

Die saak van *Venter v R*,¹²⁷ word nog (na meer as 100 jaar!) beskou as die *locus classicus* sover as wat dit die benadering tot die wettereregtelike interpretasie deur die howe betref.¹²⁸ Die belangrike (goue) reël van statutêre konstruksie is die vasstelling van die bedoeling van die wetgewer. Onder sekere omstandighede kan daar egter afgewyk word van die gewone betekenis van die woorde, waar dit tot 'n flagrante absurditeit sal lei wat die wetgewer nooit kon beoog het nie, of tot die teenoorgestelde van wat beoog is, soos blyk uit die konteks of ander oorwegings wat die Hof in ag mag neem, dan kán die Hof afwyk van die gewone betekenis van die woorde in die mate wat nodig is om die absurditeit te verwyder en effek te gee aan die ware bedoeling van die wetgewer -- vergelyk *Farrar's Estate v Commissioner for Inland*

¹²⁴ 1997 3 SA 527 (CC); 1997 4 BCLR 437 (CC), paragraaf 124.

¹²⁵ Van der Walt AJ en Botha H: *Coming to Grips with the New Constitutional Order: Critical Comments on Harksen v Lane NO*, 1998 (1) SA 300 (CC).

¹²⁶ 1998 SAJHR, p. 259.

¹²⁷ 1907, *supra*.

¹²⁸ De Ville JR : *Op. cit.*, p. 51.

Revenue.¹²⁹ In *Venter* se saak is gesê¹³⁰ die doel van interpretasie is

‘..... to ascertain the intention which the legislature meant to express from the language which it employed. By far the most important rule to guide courts in arriving at that intention is to take the language of the instrument, or of the relevant portion as a whole; and, when the words are clear and unambiguous, to place upon them the grammatical construction and to give them their ordinary effect.’

In 1998 is hierdie interpretasie aanvaar in *Randburg Town Council v Kerksay Investments*,¹³¹ per Regter Scott:

‘The starting point in statutory interpretation remains an endeavour to ascertain the intention of the Legislature from the words used in an enactment.’

Soos gesien, is hierdie basiese reël onderworpe aan uitsonderings (per Regter Innes in *Ngcobo and Others v Salimba*).¹³² Hierdie uitsonderings, soos beskryf in *Venter v R*¹³³

‘arise from the difficulty – a difficulty inherent in the nature of language – that no matter how carefully words are chosen, there is a difficulty in selecting language which, while on the face of it expressing generally the idea of the framer of the measure, will not, when applied under certain circumstances go beyond it, and, when applied under other circumstances, fall short of it.’

Dit staan bekend as die eerste (gewone betekenis) en tweede (uitsonderings-) dele van die “goue reël” uitleg.¹³⁴ Benewens hierdie reël is verskeie hulpmiddels, veronderstellings en grondreëls ontwikkel, almal

¹²⁹ 1926 TPD 501-508 (*supra*).

¹³⁰ 1907 TS 910 op 913.

¹³¹ 1998 (1) SA 98 (SCA) op 107.

¹³² 1999 (2) SA 1057 (SCA).

¹³³ 1907 TS 901, p. 913 (*supra*).

¹³⁴ De Ville JR : *Op. cit.*, p. 52.

met die doel om die bedoeling van die wetgewer vas te stel in geval van onsekerheid.¹³⁵ Die bedoeling van die wetgewer moet ook vasgestel word met verwysing na die **konteks** van die wet, wat die verordening as 'n geheel insluit, verordeninge *in pari materia* en die misstand wat reggestel moet word.¹³⁶ In *Hoban v ABSA Bank* is beslis¹³⁷ dat die konteks die ekwivalent van wetlike bedoeling is:

'(T)here is no justification for the distinction....between linguistic context and legislative intention. The moment one has to analyse context in order to determine whether a meaning is to be given which differs from the defined meaning one is immediately engaged in ascertaining legislative intention. One remains so engaged until the interpretation process is concluded. It is only concluded when legislative intention is established ... Context does no more than reflect legislative meaning which in turn is capable of being expressed only through words in context.'

Die Hoogste Hof van Appèl het hom reeds in 2000 – in ooreenstemming met die aanvaarding van 'n doelgerigte benadering tot grondwetlike interpretasie deur die Konstitusionele Hof – ten gunste daarvan getoon om so 'n benadering tot wetsuitleg te aanvaar (*Stopforth v Minister of Justice*).¹³⁸

Daar is ten minste twee interpretasies van “bedoeling”. Dié tot dusver deur die Hoogste Hof van Appèl gevolg, is die spesifieke bedoeling van die opsteller: Die vraag word gevra hoe die wetgewer die vraagstuk sou opgelos het. Die ander is die algemene bedoeling van die wetgewer – dit verwys na die totale doelstelling en aannames wat die wet ten grondslag lê: 'n Algemene bedoeling word vasgestel en die wet in die lig daarvan vertolk. In 1977 het Lord Denning in die saak van *James Buchanan v*

¹³⁵ Cowen DV : 1980 *THRHR*, p. 380.

¹³⁶ *Jaga v Dönges* 1950 4 SA 653 (A) 662-664.

¹³⁷ 1999 (2) SA 1036 (SCA) 1044 – 1045.

¹³⁸ 2000 (1) SA 113 (SCA) paragraaf 21.

Babco Forwarding and Shipping UK ¹³⁹ hierdie benadering só beskryf, met verwysing na die houding van Europese regters ten opsigte van die vraagstuk:

'It means ... that the Judges do not go by the literal meaning of the words or by the grammatical structure of the sentence. They go by the design or the purpose which lies behind it. When they come upon a situation which is to their minds within the spirit – but not the letter – of the legislation, they solve the problem by looking at the design and purpose of the Legislature – at the effect it was sought to achieve. They then interpret the legislation so as to produce the desired effect. This means they fill in the gaps, quite unashamedly, without hesitation. They ask simply what is the sensible way of dealing with this situation so as to give effect to the presumed purpose of the legislation. They lay down the law accordingly.'

'n Algemene benadering laat 'n wet/grondwet oor die algemeen toe om te ontwikkel, terwyl 'n spesiale bedoeling-benadering gewoonlik aan die verlede verbind is.¹⁴⁰ Derhalwe lei die twee benaderings uiteraard nie noodwendig tot dieselfde resultaat nie.

Kritiek is teen die howe se houding ingebring,¹⁴¹ onder andere op grond van die verdeling van gesag en omdat dit gebaseer is op die verontagsaming van die sosiale, politieke en ekonomiese konteks. Die howe beklemtoon meestal die bewoording van die regsvoorskrif in plaas daarvan om dit in die breër konteks te plaas.¹⁴²

Daar is groot verskille tussen statutêre en grondwetlike interpretasie, vergelyk *De Klerk and Another v Du Plessis and Others*.¹⁴³ 'n Grondwet

¹³⁹ 1977 I All ER 518 op 522 – 523.

¹⁴⁰ De Ville JR : *Op. cit.*, p. 54.

¹⁴¹ Schachter Jane S : 1995 *Harvard LR* 593-594; Farber DA : *Statutory Interpretation and Legislative Supremacy*, 1989 *Georgetown LJ* 281.

¹⁴² *Ibidem*, p. 57.

¹⁴³ 1995 (2) SA 40 (T) 45 – 46.

word opgestel met die oog op die toekoms, dit kan nie maklik verander word nie, dit is 'n verwysingsraamwerk vir toekomstige geslagte, en dit moet die ruimte gegun word om te groei en te verander saam met veranderende omstandighede,¹⁴⁴ (vergelyk *Hunter et al v Southam Inc*).¹⁴⁵ Hierdie verskille word dan gebruik om 'n wegbeweeg van die tradisionele benadering tot die uitleg van wette te regverdig wanneer die Grondwet vertolk word (*Nortje and Another v Attorney General, Cape and Another*).¹⁴⁶ Hierdie beslissings kan begryp word in 'n oorgangsfase van 'n parlementêre oppergesag na 'n grondwetlike oppergesag waar die howe “*under the previous order, by seeking the intention of the legislature, failed dismally in protecting the fundamental rights of individuals against the oppressive actions of the state.*”¹⁴⁷ Terwyl daar belangrike verskille is tussen die Grondwet en gewone wette, behoort die verskil tussen die vertolking van die statutêre reg en die Grondwet nie so wyd te wees nie, “want enige teorie van statutêre uitleg is basies 'n teorie oor grondwetlike reg” (Jerry Mashaw¹⁴⁸ soos aangehaal deur De Ville.¹⁴⁹) Die vermoedens en stellings van interpretasie reflekteer die kenmerke van die grondwetlike orde. Hulle spruit in werklikheid uit die Grondwet. Daar is dus inderwaarheid geen groot verskil in die vertolkingsbenadering tot die Grondwet en ander wette nie.¹⁵⁰ Artikel 39 (1) en (2) van die Grondwet wat die uitleg van die Handves van Menseregte behandel, vereis 'n soortgelyke benaderingswyse tot altwee.

¹⁴⁴ De Ville JR : *Op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁵ 1985 11 DLR (4de uitgawe) 641 (SCC) op 649.

¹⁴⁶ 1995 (2) SA 460 (C) op 471 .

¹⁴⁷ De Ville JR : *Op. cit.*, p.58.

¹⁴⁸ ‘*As if Republican Interpretation*’ 1998 *Yale LJ* 1685 op 1686.

¹⁴⁹ De Ville JR : *Op. cit.*, p. 58.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 59.

In *Matiso and Others*¹⁵¹ verklaar Regter Froneman onomwonde:

‘The interpretive notion of ascertaining “the intention of the legislature” does not apply in a system of judicial review based on the supremacy of the Constitution, for the simple reason that the Constitution is sovereign and not the legislature. This means that both the purpose and method of statutory Interpretation in our law should be different from what it was before the commencement of the Constitution on 27 April 1994. The purpose now is to test legislation and administrative action against the values and principles imposed by the Constitution. This purpose necessarily has an impact on the manner in which both the Constitution itself and a particular piece of legislation said to be in conflict with it, should be interpreted. The interpretation of the Constitution will be directed at ascertaining the fundamental values inherent to the Constitution, whilst the interpretation of the particular legislation will be directed at ascertaining whether that legislation is capable of an interpretation which conforms with the fundamental values or principles of the Constitution. Constitutional interpretation is thus primarily concerned with the recognition and application of constitutional values and not with a search for the literal meaning of statutes.’

Die Hof se funksie kom uiteindelik daarop neer om wetgewing te ondersoek en te verseker dat dit versoenbaar is met die Grondwet. Statutêre interpretasie moet met ander woorde nie gesien word as ‘n soeke na die bedoeling van die wetgewer nie, maar as ‘n toepassing van van die grondwetlike waardes. Voorbeelde daarvan is sekere beslissings van die Konstitusionele Hof en die Grondeise-hof, (sover as wat hulle verband hou met statutêre interpretasie), byvoorbeeld *S v Dhlamini*.¹⁵² So ‘n benadering sal onder andere behels die uiteensetting van die breër, historiese en sosiale konteks van die wetgewing; die skenk van aandag aan die taal wat in die wetgewing gebruik is binne die konteks waarin dit gebruik is; om effek te gee aan die waardes van die Grondwet en sodoende die wetgewing met die waardes te versoen; ook om ag te slaan op die perspektief van die gemarginaliseerdes, en ‘n versagting van die

¹⁵¹ 1994 (4) SA 592 (SE) 597.

¹⁵² 1999 (4) SA 623 (CC).

impak en effek van die patrone van onderdrukking en uitsluiting van sekere sosiale groepe, deur die kweek van dialoog en substantiewe gelykheid. In *Ngcobo*¹⁵³ is verklaar dat ‘n wegbreek van die “gewone betekenis” van die wetgewing geregverdig is indien dit nodig is om die wetgewing te versoen met die gees, strekking en doelstelling van die Handves van Menseregte. Voorts, indien dit nie moontlik is om die wetgewing só te interpreteer dat dit versoenbaar is met die Grondwet nie, kan dit ongeldig verklaar word.

Tradisioneel is die primêre funksie van die uitlegreëls dus ‘n poging om die konteks te beheer.¹⁵⁴ Die eerste manier waarop dit gedoen word, is om die uitgebreide betekenis in te perk deur byvoorbeeld die “goue reël” van uitleg – met ander woorde die beperking van die betekenis tot die “gewone betekenis” van die woorde of frases wat in ‘n wetsvoorskrif gebruik word en wat ‘n afwyking net onder sekere omstandighede toelaat.¹⁵⁵ Die ander manier om hierdie doel te bereik, is om die bronne te beperk (met ander woorde die grense wat betref die konteks – kantlynaantekeninge word normaalweg nie beskou as deel van die wetgewing nie en is derhalwe nie toelaatbaar vir uitlegdoeleindes nie) en om ‘n hiërargie van betekenis-bronne op te stel, met ander woorde om vas te stel watter gewig toegeken word aan dit wat binne die grense val. Hierdie reëls moet verstaan word in die lig van die oorwegend “noodsaaklikheids-” benadering van die howe.¹⁵⁶ In hulle poging om die bedoeling van die wetgewer in die woorde van die wetgewing vas te stel, moet die een of ander rangorde bestaan in geval van ‘n botsing tussen

¹⁵³ *Ngcobo and Others v Salimba*, 1999 (2) SA 1057 (SCA), paragraaf 11.

¹⁵⁴ De Ville JR : *Op. cit.*, p. 61.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 61.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 61.

die verskillende dele van die wetgewing. Sodoende moet die teks van die wetgewing slegs een boodskap oordra.¹⁵⁷ Die reëls wat die howe in hierdie verband neergelê het, is almal pogings om die verskillende dele van die konteks met mekaar te versoen of om sekere kontekstuele oorwegings uit te sluit om sodoende 'n eenheid van betekenis te bewerkstellig. Hierdie benadering plaas al die verantwoordelikheid vir geregtelike betekenis op die wetgewer en ontken/ignoreer alle juridiese verantwoordelikheid.

Met die nuwe grondwetlike bedeling, waar die verantwoordelikheid van die uitlêer erken word, is dit nie nodig om hierdie reëls betreffende die konteks neer te lê nie.¹⁵⁸ Algemene welsyn moet geskep word deur 'n breë kontekstuele benadering. Die konteks waarin die wet uitgelê word, behoort dus die grondwetlike waardes in te sluit, asook die historiese agtergrond van die wet, die doel daarvan (gesien in die lig van die doelstellings van die Grondwet), ander wette, sowel as die sosiale, politieke en ekonomiese konteks en, waar toepaslik, regsvergelyking en die internasionale reg. Dit beteken nie die statutêre teks moet buite rekening gelaat word nie. Die Parlement is 'n belangrike deelnemer aan die dialoog aangaande die algemene welsyn. Daar behoort dus tog gekyk te word na dit waarvoor die Parlement voorsiening gemaak het in die opstel van die wetgewing. Dit sluit die taal van die voorskrif in, gelees in sy onmiddellike konteks, die wet in sy geheel, die aanhef (as daar een is), die lang titel, opskrifte, kantaantekeninge, voetnote, skedules en ander.¹⁵⁹

¹⁵⁷ De Ville JR : Op. cit, p. 61.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 62.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 62.

B. 2.6 DIE REËLS, VERMOEDENS EN STELREËLS VAN UITLEG.

In die nuwe bedeling is die reëls, soos die “goue reël”, vermoedens en stelreëls hoogs problematies, omdat hulle die ontoereikende sienswyses aangaande die bedoeling van die wetgewer, die verdeling van gesag, verantwoordelikheid en die wyer konteks rugsteun. Rubin sê:¹⁶⁰

‘Canons of statutory construction are premised on a mistaken notion of the judiciary’s role. They presume that the courts are observers rather than participants, and that a statute is primarily a linguistic artifact, rather than a mechanism for allocating resources and deploying force.’

Vermoedens en stelreëls kan transformasie aan bande lê deurdat dit druk uitoefen op die regters om hul beslissings te wettig deur daarna te verwys, in plaas daarvan om antwoorde te soek deur hulle met die teks en die ware vraagstukke van die gemeenskap besig te hou. Klare maak die volgende stelling:¹⁶¹

‘Future generations will judge the Constitutional Court by the contribution it makes to achieving equality, advancing social justice and deepening the culture of democracy, multi-racialism and respect for human dignity. How tightly the Court squares its arguments with textbook canons and maxims will be far less important at the end of the day.’

Uit hierdie stelling blyk dit dat van die pogings wat aangewend is deur De Ville en Du Plessis¹⁶² om die tradisionele vermoedens en stelreëls as instrumente vir grondwetlike uitleg aan te pas, nie veel gekom het nie.

Alhoewel die vermoedens en stelreëls ernstige vrae laat ontstaan

¹⁶⁰ Rubin Edward L : *Modern Statutes, Loose Canons, and the Limits of Practical Reason: A Response to Faber and Ross*, 1992 *Vanderbilt LR* 579 op 580.

¹⁶¹ Klare Karl: 1998 *SAJHR* 171 -172.

¹⁶² Du Plessis Lourens M en De Ville JR : *Bill of Rights Interpretation in the South African Context (3): Comparative Perspectives and Future Prospects*, 1993 *Stell LR* 356.

rakende die belang van statutêre voorskrifte (soos: Is die staat gebonde? Is die betekenis van die woord dieselfde as die betekenis daarvan in 'n ander deel van die wet?) poog hulle ook om antwoorde te verskaf op hierdie vrae.¹⁶³ Hulle skep 'n terugval-posisie wat 'n hof kan eerbiedig (in die afwesigheid van 'n uitdruklike of geïmpliseerde voorskrif tot die teendeel) sonder om die belangrike vraag te vra wát die Grondwet vereis. Die antwoorde op die vrae wat die vermoedens en stelreëls vra, kan nie in hierdie vermoedens en stelreëls gevind word nie, aangesien hulle voortspruit uit 'n stelsel van parlementêre oppergesag. Die vermoedens en stelreëls plaas die klem op die taal van die betrokke wetgewing en die korrekte interpretasie daarvan in plaas van die wetgewing se versoenbaarheid met die Grondwet. Waar daar onder parlementêre oppergesag gevra is of die wetgewing vir iets voorsiening gemaak het, is die vraag onder die grondwetlike bedeling of daar vir iets voorsiening gemaak behoort te gewees het. Die primêre doel vir statutêre interpretasie moet dus wees om te verseker dat die wet in ooreenstemming is met die doel en waardes van die Grondwet.¹⁶⁴

De Ville¹⁶⁵ vat die posisie soos dit tans is, so saam: Daar moet gevolglik nou nie meer –

1. aanvaar word dat die wetgewer bedoel het dat die gewone betekenis van woorde toegepas moet word nie, en daar vasgestel moet word of 'n uitsondering nodig is nie, maar watter betekenis **nou** aan die woorde gegee moet word (met of sonder woordeboeke) binne die gebruiks-

¹⁶³ De Ville JR : *Op. cit.*, p. 64.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 64.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 65-68.

konteks in die lig van die waardes van die Grondwet;

2. gekyk word watter weergawe van die wet onderteken is nie, maar watter die beste ooreenkom met die waardes van die Grondwet;¹⁶⁶

3. gevalle voorkom waar regters nie gapings in die wetgewing mag aanvul nie, maar die vraag moet gevra word hoe die wet vertolk (of heropgestel moet word) om dit in ooreenstemming te bring met die waardes van die Grondwet;

4. aanvaar word dat die wetgewing nie bedoel het om ongeldige en doellose voorskrifte op te stel nie, maar in ooreenstemming met die Parlement se grondwetlike status as demokraties verkose deelnemer aan die dialoog vir die algemene welsyn, moet die taal wat gebruik is, sorgvuldig oorweeg word;

5. aanvaar word dat die wetgewer nie bedoel het om die bestaande wetgewing te verander nie, (of die stellings *lex posterior priori derogat* en *generalia specialibus non derogant* toegepas moet word nie), maar daar moet gevra word watter van die twee botsende wette toegepas moet word, of **wat die gemenerereg behoort te voorsien in die lig van die waardes van die Grondwet;** (die navorser se beklemtoning)

6. aanvaar word dat die wetgewer nie bedoel het om die jurisdiksie van die Hoë Hof uit te sluit nie, maar daar moet gevra word of sodanige jurisdiksie uitgesluit behoort te word in die lig van die grondwetlike beginsel van die skeiding van gesag;

7. aanvaar word dat die bedoeling van die wetgewer was dat die staat nie deur die wetgewing gebind sou wees nie, maar (waar die vraag opduik) of die waardes van die Grondwet (en veral die legaliteitsbeginsel) vereis dat die staat gebonde moet wees;

¹⁶⁶ Selfs wat betref die Grondwet, waarvan die Afrikaanse teks onderteken is, word die Engelse vertaling as die geldende wet beskou.

8. aanvaar word dat dit die bedoeling van die wetgewer was dat 'n staat nie buite sy grense (ekstra-territoriaal) moet optree nie, maar daar moet gevra word of sodanige wetgewing só 'n uitwerking sal hê dat dit ooreenstem met die waardes van die Grondwet;
9. aanvaar word dat die wetgewer nie bedoel het om wetgewing daar te stel wat met die internasionale reg sal bots nie, maar die wetgewing moet vertolk word in ooreenstemming met artikel 233 van die Grondwet;
10. aanvaar word dat die wetgewer nie bedoel het dat onregverdige, onbillike of onredelike resultate uit die wetgewing sal voortvloei nie, maar dat wetgewing so vertolk moet word dat dit ooreenstem met die waardes van die Grondwet, (of hulle nou dubbelsinnig of duidelik is daaromtrent of nie);
11. aanvaar word dat die bedoeling van die wetgewer was om die toepassing van die *audi alteram partem*-beginsel uit te sluit nie, waar die bestaande regte, eiendom, vryheid of wettige verwagtings van die individu geaffekteer word nie, maar hoe prosedurele billikheid verkry kan word en 'n gemeenskap gebaseer op dialoog en 'n geleentheid om deel te wees van 'n proses van kollektiewe besluitneming;
12. aanvaar word dat die wetgewer vertrou is met die uitleg van wette nie, maar gevra word hoe die wetgewing vertolk moet word om versoenbaarheid met die Grondwet te verseker;
13. aanvaar word dat wanneer die wetgewer magte afwentel, daarmee bedoel word dat die ondergeskikte owerheid self die magte moet gebruik nie, maar gevra word of die afwenteling gemagtig was in ooreenstemming met die eise van die *Bevordering van die Administratiewe Wet*,¹⁶⁷ en so gemagtig sou wees in ooreenstemming met artikel 33 van die Grondwet;
14. aanvaar word dat dieselfde woorde in dieselfde wet dieselfde

¹⁶⁷ Wet 3 van 2000, artikel 6(2)(a)(ii).

betekenis het nie, maar daar moet gevra word hoe die woorde vertolk moet word om met die Grondwet versoenbaar te wees;

15. aanvaar word dat die regstellende wetgewing liberaal gekonstrueer moet word nie, maar daar moet gevra word hoe dit vertolk moet word om versoenbaar te wees met die waardes van die Grondwet, veral die eise vir substantiewe gelykheid, en die sosiaal-ekonomiese en omgewingsregte wat in die Grondwet uiteengesit is.

In al die bostaande gevalle speel die konteks, doel en historiese agtergrond van die wetgewing 'n belangrike rol om die betekenis van die verordening vas te stel. Dit **beteken egter nie dat die vermoedens behandel moet word asof hulle nooit bestaan het nie**. Hulle is deel van die regstradisie. Nogtans moet hulle 'n ondergeskikte rol speel in die soeke na die beginsels vir uitleg, en die oogmerke van die Grondwet van Suid-Afrika moet die aard van die voorskrif bepaal.¹⁶⁸

Die howe moet nie daarvan wegs kram om inhoud te gee aan die waardes vervat in die Grondwet wanneer die gemeenskap hersaamgestel word nie. Dit kan dus help om beginsels neer te lê wat gebruik kan word om wette te vertolk. Hierdie beginsels kan gebaseer word op die aanhef, die stigtingswaardes, die handvesvoorskrifte wat betrekking het op substantiewe gelykheid (artikel 9), sosio-ekonomiese regte (artikel 26-29), die beginsels van 'n samewerkende regering, en die breë en basiese waardes wat die publieke administrasie reguleer. Hierdie beginsels moet (in teenstelling met die tradisionele vermoedens) nie weerlegbaar wees nie. Hulle moet egter hersienbaar wees en daar moet erken word dat

¹⁶⁸ De Ville JR : *Op. cit.*, p. 68.

hulle self vertolk moet word.¹⁶⁹

B. 2.7 DIE PROBLEMATIEK AANGAANDE VERTOLKING IN DIE PRAKTYK: TWEE VOORBEELDE UIT DIE TWINTIGSTE EEU TER ILLUSTRASIE.

Dit is reeds baie duidelik dat elke aspek van die regspleging op interpretasie berus. Wette word deur die parlement of ander ondergeskikte instansies soos provinsies of munisipaliteite gemaak of het deur gewoontereg ontstaan of is as gemenerereg oorgedra. Die landsburger moet sy/haar optrede ooreenkomstig rig soos hy/sy dit verstaan/interpreteer. Wanneer die wette wel oortree word en op litigasie uitloop, moet die hof daardie wetgewing interpreteer om vas te stel of die “oortreder” inderdaad skuldig is en indien wel, in watter mate. Landdroste en regters is dus by uitstek interpretasiespesialiste wat onduidelikhede in wetgewing of die regsposisie moet opklaar. Dit gaan by litigasie nie om ‘n akademiese oefening of slegs die speel met woorde nie, hoewel die hele uitklaringsproses soms amusant kan verloop en onverwagte gevolgtrekkings kan oplewer. Bureregte wat vir die betrokkenes van groot belang is, noop hulle soms om die hof te nader om verligting van hul posisie wat nie as amusant of bloot akademies bestempel kan word nie. Maar selfs in gewigtige regsangeleenthede is daar ligter momente, net soos selfs Shakespreare te midde van geweldige spanningsvolle dramatiese gebeure gebruik gemaak het van “comic relief”.¹⁷⁰ Dit weerspieël die lewe.

¹⁶⁹ De Ville JR : *Op. cit.*, p. 69.

¹⁷⁰ As voorbeeld *Macbeth, Act 11, scene 1*: net na die verraderlike moord op koning Duncan maak die deurwag (*porter*) die deur in ligte luim oop en maak kru grappies, onbewus van wat gebeur het.

As voorbeeld word twee aanverwante sake onder die loep geneem, waarna kortliks verwys sal word as die “*pou*”-saak en die “*volstruis*”-saak. Eersgenoemde is die saak van *S v Kohler*.¹⁷¹ Die hof moes oor die vraag beslis of ‘n pou “pluimvee” is of nie: Dis in ‘n Administrateurskennisgewing van daardie tyd omskryf as “enige hoender, eend, gans, kalkoen, tarentaal, patrys, fisant, duif en die kuikens daarvan of enige ander voël”. Regter Human het die HAT geraadpleeg, wat ‘n pou beskryf as “‘n hoenderagtige siervoël met sierlike stertvere.”¹⁷² Die *Chambers English Dictionary*¹⁷³ het dit omskryf as ‘n “*large gallinaceous bird of the pheasant kind.*” (Latyn *gallus* = haan en *gallina* = hen). Die regter het op grond hiervan bevind dat ‘n pou wel ‘n hoender is of ‘n fisant en dat hy daarom onder die Administrateurskennisgewing ressorteer. Die regter het egter op grond van die *eiusdem-generis*-reël ‘n restriktiewe konstruksie geplaas op die Administrateurskennisgewing, en bevind dat ‘n pou nie “enige ander voël” is nie. Hy het bevind dat die pou wel ‘n *specie* van die *genus* is van wat in die definisie genoem word.

Dit is dus duidelik dat definisies soos in wetgewing vervat, met die grootste sorg en omsigtigheid opgestel moet word, aangesien ‘n lukrake benadering groot interpretasieprobleme kan veroorsaak, veral as ‘n mens in gedagte hou dat munisipale of provinsiale amptenare wat normaalweg gemoeid is met hierdie tipe wetstoepassing, min of geen regsagtergrond het. Die leek kan hom/haar deur alledaagse optrede soos die aanhou

¹⁷¹ 1979 (1) SA 861 (T).

¹⁷² Die 1994-uitgawe van die HAT het die “*hoenderagtige*”-gedeelte uitgelaat. Die gerapporteerde saak noem nie watter uitgawe gebruik is nie.

¹⁷³ Die datum van die uitgawe word ook nie aangegee nie. Skrywer hiervan se 1964-uitgawe van die *Oxford Dictionary* sê bloot “*bird with splendid plumage and tail that can be expanded erect like a fan.*”

van poue in 'n stadsgebied baie moeilikheid op die hals haal, wat dikwels uitloop op hoë regskoste. In 2013 het daar in Port Elizabeth weer 'n taamlike vurige polemiekie ontstaan oor poue wat in die nabyheid van een van die hospitale soveel raas dat hulle mense uit die slaap hou. Ander het die mening gehuldig dat die poue se geraas soos strelende musiek is in vergelyking met die stadsverkeer.

Die “volstruis”-saak het sy ontstaan in Oudsthoorn, waar daar reeds in Langenhoven se tyd baie sonde met die bure was. In 'n landdroshofsaak (uit die aard van die saak ongerapporteer) moes die hof beslis of die aanhou van volstruise in 'n munisipale gebied gedek word deur die verordeninge insake die aanhou van diere. Die tersaaklike verordening was die *“Regulatie betreffende het Houden van Struisvogels”* afgekondig deur provinsiale kennisgewings.¹⁷⁴ Daarvolgens beteken “diere” enige perde, muile, donkies, beeste, varke, skape, bokke, inheemse soogdiere en enige ander wilde diere. “Oorlas” beteken onder meer enige handeling, versuim of toestand wat na die mening van die plaaslike owerheid skadelik vir die gesondheid of aanstootlik of nadelig is of wat wesenlik inbreuk maak op die gewone gemak of gerief van die publiek of die veiligheid van die publiek nadelig raak of wat inbreuk maak op die stilte van die omgewing”. “Troeteldiere” beteken “enige honde, katte, marmotte, hamsters, konyne, pelsmuise of voëls wat nie vir aantel-doeleindes aangehou word nie.” Skriftelike toestemming moet van die plaaslike owerheid verkry word vir die aanhou van diere in die dorpsgebied, uitgesluit troeteldiere soos omskryf. Daar word voorts gedetailleerde spesifikasies voorgeskryf vir die terrein en strukture vir die huisvesting van diere in 'n dorpsgebied, en die afstand en toestand van sodanige

¹⁷⁴ 252 van 15 Julie 1920 en 330 van 16 September 1920, asook 603 van 28 Augustus 1989.

strukture (van wonings in die dorpsgebied) mag nie onwenslik of aanstootlik wees nie of beskou kan word as 'n oorlas of 'n gevaar vir die gesondheid nie.¹⁷⁵

Die vraag waarom die hof moes beslis, was die volgende: Hoe moet “volstruis” geïnterpreteer word in die onduidelike lig van die verordenings? Volstruise is duidelik nie “perde, muile, donkies, beeste, varke, skape, bokke, inheemse soogdiere” nie. Is dit dan “enige ander wilde diere”? Of hoort dit tuis onder troeteldiere, met ander woorde “voëls wat nie vir aanteel- of handelsdoeleindes aangehou word nie”? Mag die eiers en die vere of vel of ander produkte dan nie verkoop word nie? Die hof kom op die ou end tot die gevolgtrekking dat 'n volstruis onder “pluimvee” ressorteer want *pluime* is vere, en dit het die volstruis, terwyl dit duidelik is dat 'n volstruis 'n soort voël is, maar aangesien die verordening nie daarvoor voorsiening maak nie anders as “voëls wat nie vir aanteel- of handelsdoeleindes” aangehou mag word nie, laat die hof dit aan die provinsiale owerheid oor om die verordeninge te wysig, sodat 'n soortgelyke probleem nie weer ontstaan nie. Gevolglik is die standaardverordening insake die aanhou van diere gewysig¹⁷⁶ deurdat die woord “volstruise” ná skape en bokke ingevoeg is. Daar is ook 'n artikel 13 ingevoeg betreffende die uitbroeiing (*sic*) van volstruiseiers. Sodanige eiers mag net met die skriftelike toestemming van die plaaslike owerheid uitgebroid word; Die aansoek om toestemming moet vergesel wees van die skriftelike kommentaar van al die eienaars/huurders van naasliggende persele, en die toestemming kan teruggetrek word, sou daar 'n oorlas ontstaan.

¹⁷⁵ 252 van 25 Julie 1920 en 330 van 16 September 1920, asook 603 van 28 Augustus 1989.

¹⁷⁶ In 'n Provinsiale verordening van 4 Julie 1997.

Die howe se interpretasie van die ondeursigtige en verwarrende subartikels in die “pou”- en “volstruis” sake het beter regsekerheid bewerkstellig. Dit is belangrik, nie net in die Strafbereg nie, maar ook in die privaatrebereg (soos die voorbeelde hierbo) waarvan die burgerereg ‘n belangrike onderafdeling vorm. ‘n Duidelike vertolking voorkom onnodige wrywing in ‘n ontvlambare, spanningsvolle samelewing, en onnodige hoë litigasiekoste kan voorts vermy word.

C DIE TWEE DEKADES NA DIE INWERKINGTREDING VAN DIE GRONDWET (ONGEVEER 1994 TOT 2014)

C.2.1 Inleiding.

Die Grondwet met die Handves vir Menseregte het beduidende veranderinge aangebring wat betref ‘n hele aantal aspekte wat die samelewing ten nouste raak en deur bepaalde groeperings as geheel en al oudmodies, krenkend en onaanvaarbaar beskou is. Die howe moes uiteraard hierdie bepalings vertolk in die lig van die Grondwet. Die opvallendste van hierdie bepalings het te doen met seksualiteit en seksuele oriëntering. Internasionaal is byvoorbeeld gay-huwelike toenemend erken, en aangesien die Grondwet in artikel 9 gelykheid waarborg, word dit natuurlikerwys uitgebrei na geslagsgelykheid (vergelyk artikel 9(3)).

C.2.2 Burgerregsake

Aangesien hierdie navorsing op die strafereg gerig is, gaan daar slegs kortliks melding gemaak word van burgerregsake wat voortgespruit het uit die bepalings van die Grondwet.

Tot 1994 was die parlement van Suid-Afrika die hoogste gesag en

parlementêre wetgewing was net ongeldig as die prosedure wat gevolg is, ongeldig was. Met die koms van die Grondwet moes hierdie oppergesag aan die Grondwet afgestaan word, want die Grondwet verklaar dat dit die hoogste reg van die Republiek is en enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar, is ongeldig, en die verpligtinge daardeur opgelê, moet nagekom word.¹⁷⁷ Reeds in die Bybel kom burgerregte ter sprake in Handeling 22. Paulus het hom, as Romein van geboorte, meer as 2000 jaar gelede beroep op sy swygreg, sy reg op appèl en die vermoede van onskuld. Hierdie ou konsepte lê ten grondslag van die Suid-Afrikaanse grondwetlike waardes.

Gedurende die eerste jare ná die aanvaarding van die Grondwet was die howe baie besig om die wette van die vorige bedeling en die gevolge daarvan wat bots met die Grondwet, ongedaan te maak. Dit kan vergelyk word met 'n stuk breiwerk wat stuk-stuk uitgetrek word en weer volgens die nuwe patroon oorgebrei word. Daarna, na die wending van die eeu, het die pendulum begin terugswaai, sodat minderhede hulle met toenemende mate suksesvol op die howe, en by uitstek die Konstitusionele hof beroep het vir beskermingsmaatreëls. 'n Nuwe stelsel van respek vir die regte van minderhede het tot stand begin kom. Die Handves van Menseregte is 'n lewende dokument wat deur alle burgers gebruik kan word om hul regte af te dwing.

Baie regte het nou praktiese inhoud verkry. Die afgelope dekade en 'n half het litigasie gewentel om veral drie aspekte: (a) toegang tot inligting (vergelyk die Nkandla-verslag);¹⁷⁸ (b) die bevordering van

¹⁷⁷ Artikel 2 van die Grondwet.

¹⁷⁸ In Desember 2013 deur die Openbare Beskermer, advokaat Thuli Madonsela, uitgebring oor die besteding van meer as R246 miljoen aan die sekuriteit van die privaat presidentswoning.

administratiewe geregtigheid; (c) onbillike diskriminasie soos haatspraak (vergelyk die *Malema*-saak).¹⁷⁹

(a) Die regering het gepoog om die Nkandla-verslag tot na die verkiesing vier maande later, in Mei 2014, in die doofpot te stop, sodat van die opposisiepartye aansoek moes doen om toegang daartoe te kry.

Andersins sou die howe magtiging kon gee. *The Mail and Guardian* moes aansoek doen om die staat te verplig om die vergrype tydens die 2002-verkiesing in Zimbabwe openbaar te maak. Suid-Afrika het twee regters na Zimbabwe gestuur om 'n verslag op te stel, maar dis nie openbaar gemaak nie. Gedurende daardie tyd het die toenmalige president van Suid-Afrika, Thabo Mbeki 'n beleid van sogenoemde "stille diplomاسie" gevolg, want eintlik net beteken hy wou nie in die openbaar standpunt inneem nie. Die hof het beveel dat die verslag wel, na twaalf jaar, openbaar gemaak moes word.

(b) Die Wet op Billike Indiensneming het uitgeloop op 'n jarelange saak wat, ten tye van die skryf van hierdie stuk, nog nie finaliteit bereik het nie. Luitenant-kolonel Renate Barnard van die polisie ('n wit vrou) het in 2005 aansoek gedoen om bevordering, maar die pos is nie gevul nie, alhoewel Barnard deur al die panele beskou is as die geskikste kandidaat.¹⁸⁰ Eers die Arbeidshof en toe die Hoogste Hof van Appèl het in haar guns beslis dat die wet op billike indiensneming nie op grond van regstellende aksie in die werkplek voorskriftelik is oor die werksmag nie.¹⁸¹ Die Suid-Afrikaanse Polisediens het besluit om teen die beslissing na die Konstitusionele Hof te appelleer, en die appèl het geslaag.

Grondwetkenner Marinus Wiechers sê¹⁸² 'n mens kry al hoe meer die

¹⁷⁹ *Afriforum & Another v Malema*, Noord-Gauteng HH 2010 ZAGPPHC 39.

¹⁸⁰ [http://www.news24.com/SouthAfrica/News/Ex-cop-Barnard now turns to UN](http://www.news24.com/SouthAfrica/News/Ex-cop-Barnard%20now%20turns%20to%20UN).

¹⁸¹ *Solidarity on behalf of Barnard v SAPS* 165/2013; [2013] ZASCA 177.

¹⁸² *Rapport*, 7 September 2014.

indruk dat die Konstitusionele Hof hom toenemend gedra soos 'n hoogste hof van appèl en "allerlei prosedurele en soms kleinsielige praktyksbesware word aangegryp sodat hy (die Hof) sy hande in onskuld kan was. Die Hof behoort veral dieper betekenis aan die Grondwet te gee. Hy is nie bloot 'n hersieningshof van laerhofuitsprake nie. Die Hof het in die Barnard-saak 'n kans verspeel om rigting te gee oor hoe regstellende aksie grondwetlik toegepas behoort te word."¹⁸³ Hy noem hierdie besware "die gooi van jakkalsdraaie rondom kwessies soos ras- en velkleurdiskriminasie."¹⁸⁴ Die onafhanklike kommentator Leopold Scholtz noem die uitspraak van die Konstitusionele Hof " 'n ramp vir die demokrasie. Ek twyfel of die regters regtig wéét watse dwarsklap hulle die Suid-Afrikaanse demokrasie gegee het."¹⁸⁵ Dis tydens die skrywe van hierdie stuk nog nie die einde van die pad nie, aangesien Barnard se regspan die saak aan die Verenigde Nasies en *International Labour Organisation* gaan voorlê.¹⁸⁶

Afriforum het 'n saak teen die Minister aanhangig gemaak na die aanstelling van 'n munisipale bestuurder in Springbok (Nama-Khoi Munisipaliteit). Die bestuurder het 'n groot salaris verdien, sonder dat hy matriek geslaag het. Matriek was een van die vereistes in die advertensie om die pos. Die gevolg van die hofsaak was dat die bestuurder bedank het.¹⁸⁷

(c) Die hof het beslis dat die woorde van die "*struggle*"-liedjie *Avudubele*

¹⁸³ *Rapport*, 7 September 2014.

¹⁸⁴ *Die Burger*, 12 September 2014.

¹⁸⁵ *Ibidem*; http://www.news24.com/SouthAfrica/News/Ex-cop-Barnard_now_turns_to_UN.

¹⁸⁶ *Rapport*, 8 Junie 2014.

¹⁸⁷ www.afriforum.co.za/munisipale-bestuurder-bedank-op-hof-se-trappe/ 2014/06/14.

Ibulu (shoot the farmer) neerkom op haatspraak. Dit is kwalik te onderskei van *kill the farmer, kill the boer*.¹⁸⁸ Die gewraakte liedjie is by hoëprofiel politieke byeenkomste gebruik. Die hof het 'n interdik verleen teen die gebruik van die woorde en soortgelyke lirieke wat geweld kan aanhits. Volgens die hof is die demokrasie nog broos (*fragile*) en situasies en oorsake van geweld moet vermy word. Die saak is voorts na die Gelykheidshof verwys.

(d) Zimbabwe se regering het stelselmatig boere met geweld van hul plase verdryf, sonder enige vergoeding en sonder die reg om die howe om verligting te nader. Louis Fick en bykans 80 ander boere het in Suid-Afrika 'n saak aanhangig gemaak.¹⁸⁹ Die Konstitusionele Hof het uiteindelik beslis dat ingevolge artikels 8(3), 34 en 39 respektiewelik die partye wel die hof mag nader, dat buitelandse reg in ag geneem moet word en die gemenerereg uitgebrei mag word. 'n Bevel is gemaak dat eiendom van Zimbabwe in Suid-Afrika verkoop moes word ten bate van die eisers.

(e) In *Coetzee*¹⁹⁰ is siviele gyseling vir skuld ongrondwetlik verklaar. Die regte in die Handves van Menseregte is nie onbeperk nie, soos geïllustreer in die saak van *Prince*.¹⁹¹ Die Konstitusionele Hof beslis dat daar inbreuk gemaak word op die regte van 'n Rastifariër wat in Suid-Afrika nie dagga mag rook nie, maar dis geregverdigde diskriminasie,

¹⁸⁸ Dit is in die saak van *Vryheidsfront v SA Human Rights Commission* 2003 11 BCLR 1283 (SAHRC) per voorsittende beampte K Govender.

¹⁸⁹ 2013 (5) SA 325 (CC).

¹⁹⁰ *Coetzee v Government of RSA, Matiso & Others v Commanding Officer of Port Elizabeth Prisons*: 1995 ZACC 7.

¹⁹¹ *Prince v S*, 2004 AHRLR 105 (ACHPR 2004).

ingevolge artikel 36 van die Grondwet.

(f) 'n Suid-Afrikaner, Willem Richter, wat in die buiteland gewerk het, het die hof genader om in die 2004-verkiesing te kan stem. Hy het op daardie tydstip vrywillig militêre diens gedoen in die Kongo. Hy kon wel stem omdat hy in diens was van die staat. 'n Ander onderwyser sou nie in 2009 in Engeland kon stem nie, want hy was nie in diens van die staat nie. Die Konstitusionele Hof het die bepalings van die Kieswet ongrondwetlik verklaar, sodat Suid-Afrikaners in die buiteland in 2009 en 2014 kon stem.¹⁹² Gevangenes is ook in 2014 ingevolge die Wysigingswet¹⁹³ toegelaat om te stem, mits hulle nie 'n vonnis van gevangenisstraf sonder die keuse van 'n boete uitdien nie.¹⁹⁴

C.2.3 Die doodstraf.

Die grondwet verbied nie die doodstraf as sodanig nie. Dis aan die Konstitusionele Hof oorgelaat om die doodstraf af te skaf, soos gebeur het in die saak van *Makwanyane*.¹⁹⁵ Dit is “vervang” met die sogenaamde lewenslange gevangenisstraf. 'n Aparte hoofstuk (5) word hieronder aan die doodstraf en die afskaffing daarvan gewy. Dit ressorteer onder die eerste paar hofsake wat in 1995 deur die Konstitusionele Hof gehanteer is.

C.2.4 Lyfstraf.

Lyfstraf is in die saak van *Williams*¹⁹⁶ per Regter Langa afgeskaf. Hy het bevind het dat artikel 294 van die *Strafproseswet* bots met artikel 10 en

¹⁹² Artikel 2, Wet 18 van 2013: die kieser moet 'n geldige paspoort en ID-dokument voorlê.

¹⁹³ *Wysigingswet van die ou Kieswet*, 28 van 2013.

¹⁹⁴ Artikel 5 van Wet 18 van 2013.

¹⁹⁵ 1995 (3) SA 391 (CC).

¹⁹⁶ 1995 (3) SA 632 (CC).

11(2) van die Grondwet wat respektiewelik die waardigheid van die persoon waarborg en wrede, onmenslike en vernederende straf verbied. Dit kon nie deur artikel 33 van die Interim Grondwet “gered” word nie. Die hele aangeleentheid word in hoofstuk 7 hieronder behandel.

C.2.5 Geregverdigde doodslag tydens arrestasie.

Artikel 49(1) en die omstandighede waaronder die polisie wel nog geweld mag gebruik, asook ander tersaaklike aspekte word hieronder in hoofstuk 7 volledig onder die loep geneem. Om Burchell aan te haal : “*It has had a rather chequered history.*”¹⁹⁷

C.2.6 Aborsie.

In die verlede, voor 1975, was aborsie – die onwettige beëindiging van ‘n swangerskap -- ‘n gemeenregtelike misdaad. (Daar is gewoonlik na vrugafdrywing verwys in plaas van aborsie.) Die enigste regverdigingsgrond was noodsaaklikheid.¹⁹⁸ Die wet is in 1975 vervang met die *Wet op Aborsie en Sterilisasie*,¹⁹⁹ waarin ‘n aantal streng vereistes vir die beëindiging van ‘n swangerskap gestel is. Hierdie wet is op sy beurt gedeeltelik vervang deur die *Wet op die Keuse van Beëindiging van Swangerskap* wat die reg verleen aan die swanger vrou of sy ‘n swangerskap wil beëindig of nie.²⁰⁰ Dit is in ooreenstemming met artikel 12(2)(a) en (b) van die Grondwet, waardeur elkeen besluite oor voortplanting kan neem en sekerheid en beheer het van die eie liggaam. Ook artikels 10 en 14 (wat waardigheid en privaatheid waarborg) lê ten grondslag van die wetgewing.

¹⁹⁷ Burchell J : *Principles of Criminal Law*, p. 18.

¹⁹⁸ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 443 (1999-uitgawe).

¹⁹⁹ Wet 2 van 1975.

²⁰⁰ Wet 36 van 1996.

In die saak van *Christian Lawyers Association of South Africa v Minister of Health*²⁰¹ is die Wet op die Keuse van Beëindiging van Swangerskap²⁰² in die Hoë Hof aangeveg op grond daarvan dat dit die beëindiging van 'n menslike lewe veroorloof, direk in kontras met artikel 11 van die Grondwet.²⁰³ Die hof het egter beslis dat die woord "elkeen" in die betrokke artikel wat handel oor die draers van die reg op lewe nie 'n fetus insluit nie. Ooreenkomstig die familiereg is 'n fetus egter in gepaste omstandighede reeds die draer van regte,²⁰⁴ in die sin van die toepassing van die belange van die kind wat beskerm word. 'n Ongebore vrug word as gebore beskou telkens as sy belange ter sprake is: *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodo eius agitur*. As 'n testateur dus sekere bates kan nalaat aan 'n kind wat reeds verwek is, maar nog nie gebore nie,²⁰⁵ is daardie ongebore kind se reg op lewe sekerlik belangriker as materiële regte, maar dit word klaarblyklik, ooreenkomstig Wet 92 van 1996 nie so aanvaar nie.

In die Suid-Afrikaanse reg is daar twee gevalle waar die belange van die ongebore kind beskerm word. Daar was eerstens, toe die doodstraf nog geldig was, die reël dat 'n verwagte moeder wat ter dood veroordeel is, nie voor die kind se geboorte tereggestel kon word nie.²⁰⁶ Tweedens die reël in die saak van *Pinchin and Another NO v Santam Insurance Co Ltd*²⁰⁷ waar die hof in beginsel bereid was om 'n eis om skadevergoeding aan 'n kind toe te staan waar die kind met serebrale gestremdheid gebore

²⁰¹ 1998 (4) SA 1113 (T).

²⁰² Wet 92 van 1996.

²⁰³ Elkeen het die reg op lewe.

²⁰⁴ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p. 297.

²⁰⁵ *Ex parte Boedel Steenkamp* 1962 (3) SA 954 (O).

²⁰⁶ Artikel 278 van die *Strafproseswet* 51 van 1977.

²⁰⁷ 1963 (2) SA 254 (W).

is as gevolg van die feit dat die moeder (en fetus) voor die geboorte weens die verweerder se nalatigheid in 'n motorongeluk beseer is. Die beslissing is wel gekritiseer,²⁰⁸ maar omrede daar 'n praktieser oplossing voorhande was, naamlik dat die verweerder se handeling voor die kind se geboorte, *ex post facto*, beskou kon word as die oorsaak van die kind se besering wat eers by geboorte geblyk het. Ook so sou dit die regte van die ongeboore kind beskerm.

Artikel 5 van die wet hierbo is verder aangeveg in *Christian Lawyers' Association v National Minister of Health*.²⁰⁹ Hierdie artikel veroorloof 'n vroulike persoon van onder 18 jaar om 'n swangerskap sonder die verlof van haar ouers te laat beëindig. Ook hier het die aansoek nie geslaag nie. Die hele aangeleentheid van die wettiging van aborsie is in hierdie land geweldig kontroversieel. Vir veral Christene is dit geheel en al onaanvaarbaar. Volgens die vorige sensus in 2007 het 73,52%²¹⁰ van die land se bevolking aangedui dat hulle Christene is, en die meerderheid, veral die Rooms Katolieke, is waarskynlik teen aborsie. Te oordeel aan verslae in die media en briewe in koerante en tydskrifte, asook verklarings en optrede deur medici wat ooreenkomstig die wet teen hulle wil aborsies moet uitvoer, is daar groot teenkanting teen aborsie. Dis 'n enorme probleem, want die Grondwet behoort die gevoelens en waardes van ten minste 'n groot gedeelte van die samelewing te weerspieël: dis opgestel om hierdie land en sy inwoners te dien.

Die posisie ten opsigte van aborsie is vandag dus totaal anders as die

²⁰⁸ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p. 298 en 496, voetnoot 42.

²⁰⁹ 2005 (1) SA 509 (T).

²¹⁰ statssa.gov.za; 07/06/2014. In 2011 was daar geen vrae oor godsdiens in die sensusvorm nie.

gemeenregtelike verbod daarop. Daar bestaan slegs 'n paar vereistes vir die uitvoer van 'n aborsie. Gedurende die eerste 12 weke van die swangerskap²¹¹ kan dit op versoek van die swanger vrou beëindig word. Ongelukkig lei dit ook in die praktyk daartoe dat dit aangewend word as 'n soort van laat-in-die-dag kontrasepsie. Hierdie vereiste dat 'n aborsie op versoek gedoen word, is myle verwyder van die gemeenregtelike posisie. Vanaf die 13de tot die 20ste week kan 'n aborsie gedoen word om mediese en sosiale redes. Dit moet die mening wees van 'n mediese praktisyn dat sekere toestande aanwesig moet wees:

(a) die gesondheid van die vrou of die fetus moet bedreig wees;

(b) die swangerskap moet die gevolg wees van verkragting of bloedskunde;

(c) die swangerskap sal die sosiale en ekonomiese omstandighede van die vrou aanmerklik affekteer.²¹² Na die mening van hierdie outeur is dit 'n baie vae bepaling wat meer gemik is op die materiële as ander belangriker waardes.

Na week 20 kan die swangerskap nog beëindig word as die lewe van die swanger vrou bedreig word of die fetus wangeskape of beseer is.²¹³ 'n Hele reeks omstandighede word genoem waaronder die swangerskap beëindig kan word, maar hulle is wyd en nie gedefinieer nie, soos "om 'n risiko te wees vir die vrou se fisiese of geestelike gesondheid" en die "risiko van besering aan die fetus". Dis 'n groot probleem. Voorts is die beginsel van legaliteit (hieronder vollediger bespreek), met ander woorde

²¹¹ Artikel 2(1)(a) van die betrokke wet.

²¹² Artikel 2(1)(b)(iv).

²¹³ Artikel (2)(1)(c).

dat dit duidelik moet wees wat die misdaad behels en dat daar 'n spesifieke straf aan verbonde moet wees as dit oortree word, nie deurgaans in die betrokke wetgewing nagekom nie. Dit lei tot 'n dilemma in die implementering en afdwinging van die wet, soos Van Oosten tereg opmerk.²¹⁴ Die feit dat slegs 'n mediese praktisyn of 'n vroedvrou die swangerskap in die eerste trimester wettig mag beëindig, maak die bedrywighede van ander, ongekwalfiseerde persone wat die sogenaamde “agterstraat” aborsies uitvoer, ooglopend onwettig. Ook kan talle ander bepalings sonder straf oortree word, byvoorbeeld dat die swangerskap in bepaalde fasiliteite en onder bepaalde omstandighede gedoen moet word na die 13de week.²¹⁵

In hoofstuk 5 hieronder, wanneer die afskaffing van die doodstraf bespreek word, word die aborsie-kwessie weer aangeroeer.

C.2.7 Bewyslas en vermoede van onskuld.

(a) Elke beskuldigde het die grondwetlike reg op 'n billike verhoor, en dit sluit in die reg om onskuldig geag te word, te swyg en nie gedurende die verrigtinge te getuig nie.²¹⁶ Die doel van die bepaling is uitgelig deur die hof in die *Manamela*-saak.²¹⁷

‘The purpose of the presumption of innocence is to minimize the risk that innocent persons may be convicted and imprisoned. It does so by imposing on the prosecution a burden of proving the essential elements of the offence beyond reasonable doubt, thereby reducing to an acceptable level the risk of error in a

²¹⁴ Van Oosten F : *The Choice on Termination of Pregnancy Act: some comments* , SALJ 116(1), p. 60-76.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 60-76.

²¹⁶ Artikel 35(3)(h) van die Grondwet.

²¹⁷ 2000 (3) SA 1 (CC); 2000 (1) SACR 414 (CC).

court's overall assessment of evidence tendered in the course of a trial.'

Die meerderheid van die Konstitusionele Hof het in *S v Manamela* 'n omgekeerde onus geskrap betreffende die misdryf van die ontvangs van gesteelde goedere²¹⁸ en dit vervang met 'n onus van bewyslewering. In *Osman v Attorney-General, Transvaal*²¹⁹ het die Konstitusionele Hof die geldigheid van artikel 36 bevestig, (naamlik die onvermoë van iemand om 'n bevredigende verduideliking te gee wanneer hy/sy in besit betrap is van goed wat 'n redelike vermoede laat ontstaan dat dit gesteel is) en beslis dat daar geen verskuiwing in die onus is nie, of dat dit nie inbreuk maak op die vermoede van onskuld, of op die reg van stilswye nie.

Reeds in die saak van *Woolmington v Director of Public Prosecution*²²⁰ het Viscount Sankey LC gesê die een goue draad wat deur die Engelse strafreg loop, is die plig van die staat om te bewys dat die beskuldigde bo alle twyfel skuldig is. Daar is net twee uitsonderings, volgens Sankey, en dit is met die verdediging van geestesongesteldheid waar die die onus op die beskuldigde is om met 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys dat sy/haar verweer wel aanneemlik is, en verder spesifieke statutêre uitsonderings.

Die grondwetlike verskansing van die vermoede van onskuld word voortdurend aangeveg – sekere wetlike bepalings, word beweer, vereis die verskuiwing van die onus, en die vraag ontstaan dan of die verskuiwing geregverdig kan word ingevolge artikel 36 van die Grondwet. Die omgekeerde onus kom daarop neer dat die staat nie die skuld van die beskuldigde bo alle redelike twyfel hoef te bewys nie. Die beskuldigde,

²¹⁸ Artikel 37 van die Algemene Regswysigingswet.

²¹⁹ 1998 4 SA 1224 (CC)

²²⁰ 1935 AC 462 (HL) 481-2.

daarenteen, moet bewys dat dit wat die staat beweet, nie bo redelike twyfel die geval is nie.

Die Konstitusionele Hof het merkwaardig konsekwent opgetree in die weiering om te bevind dat daar regverdiging is vir die skending van die vermoede van onskuld.²²¹ In *S v Zuma*²²² het die hof die vermoede betreffende skulderkennings deur beskuldiges voor verhoor ondersoek en verklaar dat so 'n bepaling in die *Strafproseswet* ongeldig is, aangesien dit 'n onus plaas op die beskuldigde dat 'n erkenning wat voor 'n landdros op skrif gestel is, nie vrywillig gemaak is nie.²²³ Die vermoede het die moontlikheid ingehou dat die beskuldigde veroordeel kon word ten spyte van die redelike twyfel van die hof. Die hof erken egter die dringende behoefte van die gemeenskap vir die doeltreffende vervolging van misdadigers en dat, in sommige sake, die staat redelike vermoedens kan vereis om hom (die staat) behulpsaam te wees om 'n skulderkenning te kry. Nie alle statutêre bepalings wat vermoedens in strafsake skep, is strydig met die vermoede van onskuld en ongeldig nie.

(b) Vermoedens met betrekking tot die *Wet op Verdowingsmiddels*.²²⁴

Die meeste van die vermoedens wat artikels 20 en 21 van hierdie wet geskep het, is ongrondwetlik bevind, aangesien dit inbreuk maak op die reg van die beskuldigde om onskuldig geag te word.

Hierdie artikels skep die vermoede dat, wanneer die staat bewys dat 'n verdowingsmiddel in die onmiddellike nabyheid van die beskuldigde gevind is, daar vermoed word dat die beskuldigde dit besit het, totdat die

²²¹ Kruger HB : *The Impact of the Constitution on the South African criminal law sphere*, 2001 *Journal for Juridical Science* 26(3): 116-135 op p. 132.

²²² 1995 (2) SA 642; 1995 (1) SACR 568 (CC).

²²³ Artikel 217 (1)(b)(ii).

²²⁴ Wet 140 van 1992.

teendeel bewys word. In *S v Mello and Another*²²⁵ is hierdie vermoede ongrondwetlik verklaar. 'n Hele aantal vermoedens, genoem in artikel 21, is ook ongrondwetlik verklaar:

(i) dat daar vermoed word dat 'n persoon wat meer as 115 gram dagga (dus 'n "stop") in sy besit het, 'n handelaar is, en skuldig bevind kan word, tensy hy/sy kan bewys dat hy/sy nie 'n handelaar is nie;²²⁶

(ii) as dit bewys word dat die persoon enige ander afhanklikheidsvormende middel besit het, is daar die vermoede dat hy 'n handelaar is;²²⁷

(iii) as dit bewys word dat hy/sy beheer gehad het oor 'n land beplant met daggaplante, is daar 'n vermoede dat hy/sy 'n handelaar is;²²⁸

(iv) as dit bewys word dat hy 'n verdowingsmiddel vervoer het, is daar die vermoede dat hy 'n handelaar is;²²⁹

(v) as daar bewys word dat hy in beheer was van 'n dier of voertuig waarin/waaraan verdowingsmiddels gevind is, is daar die vermoede dat hy/sy 'n handelaar is.²³⁰

Al hierdie bepalings is ongrondwetlik verklaar.

(c) In twee verdere sake het die vermoede van onskuld in die Konstitusionele Hof ter sprake gekom. Daar is beslis dat artikel 40(1) van die *Wet op Vuurwapens en Ammunisie*²³¹ neerkom op 'n onredelike en ongeregverdigde inbreuk op die vermoede van die onskuld van die beskuldigde. Die artikel het die vermoede bevat wat die staat tegemoet kom om "besit" te bewys met die oog op 'n skuldigbevinding wat betref

²²⁵ 1999 (2) SACR 255 (CC).

²²⁶ *S v Bhulwana* 1995 (2) SACR 746 (CC).

²²⁷ *S v Julies* 1996 (2) SACR 108 (CC).

²²⁸ *S v Ntsele* 1997 (2) SACR 740 (CC).

²²⁹ *S v Mjevu* 1996 (2) SACR 594 NC.

²³⁰ *Ibidem*.

²³¹ Wet 75 van 1969.

onwettige vuurwapens en ammunisie.²³² Ook artikel 245 van die *Strafproseswet* het 'n vermoede dat die beskuldigde kennis het van 'n bedrieglike voorstelling, wat die staat bevoordeel om 'n skuldigbevinding te verkry.

In *S v Coetzee*²³³ is bevind artikel 332(5) van die *Strafproseswet* bevat ook 'n vermoede wat die staat behulpsaam kan wees om die aanspreeklikheid te bewys van 'n direkteur of werknemer van 'n korporasie vir 'n misdaad van die korporasie. Al twee artikels (245 en 332(5)) is ongrondwetlik bevind, asook artikel 40(1) hierbo.

(d) Die enigste geval waar 'n omgekeerde onus die grondwetlike aanslag deurstaan het, is in *S v Meaker*²³⁴ waar Regter Cameron beslis het dat die vermoede dat 'n voertuig deur die eienaar bestuur word (artikel 130(1) van die *Padverkeerswet*),²³⁵ alhoewel dit inbreuk maak op die fundamentele vermoede van onskuld, ooreenstem met praktiese gesonde verstand en, wanneer toegepas, dit billike resultate lewer. Eienaars kan die vermoede met redelike gemak weerlê omdat hulle gewoonlik self hul motors bestuur of weet wie dit op 'n gegewe tydstip bestuur. Die beperkingsklousule (36) van die Grondwet kom tot die redding van die artikel. As gevolg van die Konstitusionele Hof se klaarblyklike renons in omgekeerde onusse²³⁶ is die verkeersartikel, die twispunt in *Meaker*, nou gewysig om te lui dat daar 'n vermoede is dat die bestuurder van 'n voertuig die eienaar is in die afwesigheid van getuienis wat die teendeel bewys.

In die teorie kan 'n omgekeerde onus 'n deeglike ondersoek aangaande

²³² *S v Mbatha; S v Prinsloo* 1996 (2) SA 464 (CC).

²³³ 1997 (3) SACR 73 (W).

²³⁴ 1998 (2) SA SACR 73 (W).

²³⁵ Wet 29 van 1989.

²³⁶ Burchell J : *Op. cit.*, p.21.

die grondwetlikheid daarvan deurstaan, binne die balanserende toepassing van die beperkingsklousule. Die lot van die omgekeerde onus wat reeds byna konsekwent deur die Konstitusionele Hof verwerp is, voorspel egter niks goeds vir die toekoms van die omgekeerde onus in Suid-Afrika nie, en dit kan net tot voordeel wees van die goue draad van die vermoede van onskuld wat deur die strafreg loop.²³⁷

Daar is voorbeelde van die omgekeerde onus in die Wet op die Voorkoming en Bekamping van Georganiseerde Misdaad.²³⁸ Die Engelse afkorting POCA word normaalweg as letterwoord gebruik vir *Prevention and Combating of Corrupt Activities Act*, daarom word daar hieronder ook so na die wet verwys. Artikel 24 van die wet skeep die vermoede van *mens rea* wat weerlegbaar is deur die beskuldigde deur die lei van getuienis wat 'n redelike twyfel in sy guns kan skeep. Hierdie artikel is daarop gemik om ongeregverdigde en onredelike inbreuk op die vermoede van onskuld of die swygereg te vermy. Burchell noem dit die "New Age" vermoede,²³⁹ wat in 2013 nog nie deur die Konstitusionele Hof getoets is nie, en geen sake kon gevind word waarin dit daarna wel gedoen is nie.

Dit wil voorkom asof die vermoede van geestesgesondheid (hierbo genoem aan die begin van paragraaf 2.6) ooreenkomstig die gemenerereg, nou ondersteun deur wetgewing, ook te kort skiet ten opsigte van die vermoede van onskuld. Die artikel plaas die onus op die beskuldigde om te bewys dat hy/sy geestelik onbevoeg is vir 'n verhoor.

²³⁷ Burchell J : *Op. cit.*, p. 21.

²³⁸ Wet 12 van 2004.

²³⁹ Burchell J : *Op. cit.*, p. 22.

C.2.8 Georganiseerde misdaad.

Die Konstitusionele Hof het in *National Director of Public Prosecutions v Mohamed*²⁴⁰ die geldigheid van artikel 38 van POCA bevestig, wat beteken dat die artikel nie 'n *rule nisi* uitsluit nie, sodat 'n interim bevel gemaak kan word.²⁴¹

In *First National Bank of South Africa v Commissioner for the South African Revenue Services*²⁴² het die Konstitusionele Hof die betekenis van “*arbitrary deprivation of property*” ondersoek in 'n beslissing wat gehandel het oor batebeslaglegging.

In *Mohunram v National Director of Public Prosecutions*²⁴³ het die Konstitusionele Hof die belangrikheid van die verhoudingsondersoek tussen die oortreding en die omvang van die verlies aan eiendom bevestig en het die onus aangaande proporsionaliteit op die vervolging geplaas. Die hof was nogtans verdeeld -- vyf teenoor ses regters – aangaande die uitslag van die ondersoek na proporsionaliteit. Regter Sachs kom vorendag met 'n oplossing vir die vraag of POCA se bepalings verder as die strekwydte van georganiseerde misdaad toegepas moet word. Hy beklemtoon dat, hoe verder die misdaad ter sprake verwyder is van die primêre doelstelling van POCA, hoe waarskynliker is dit dat die beslaglegging van die middel tot die misdaad buite verhouding sal wees.²⁴⁴

In *Shaik v The State*²⁴⁵ het die Konstitusionele Hof vir die eerste keer die doel en strekking van die strafregtelike beslagleggingsbepalings (hoofstuk

²⁴⁰ *National Director of Public Prosecutions v Mohamed* NO 2003 (4) SA 1 (CC).

²⁴¹ Burchell J : *Op. cit.*, p. 22.

²⁴² 2002 (4) SA 768 (CC).

²⁴³ 2007 (2) SACR 145 (CC).

²⁴⁴ Op paragraaf 126. Regter Moseneke het hierdie benadering ondersteun.

²⁴⁵ 2008 (2) SACR 165 (CC).

5 van POCA) oorweeg. Die hof het eenparig tot die beslissing gekom dat die hoofdoel van die bepalings in die wet is dat 'n persoon nie sal voordeel trek uit sy oortredings nie. Regter O'Regan het ook toegegee dat twee verdere doelstellings voortvloei uit hierdie primêre oogmerk: (a) om te verseker dat mense oor die algemeen daarvan weerhou word om misdadigers te word deurdat hulle verhoed word om die opbrengste van hulle misdade te geniet (dus: hulle moet besef *that crime does not pay*) en (b) deur die misdadiger die finansiële middele om verdere misdrywe te pleeg, te ontnem. Faktore wat 'n rol speel in die vasstelling van die bedrag of waarde van goedere waarop beslag gelê moet word, sluit volgens Regter O'Regan in: Al die omstandighede van die misdaadaktiwiteit, die mate waarin die eiendom direk uit die kriminele aktiwiteit verkry is, en die nabye verwantskap van die misdade of kriminele aktiwiteite aan die omvang van georganiseerde misdaad. In *Geyser* se saak²⁴⁶ is die aanhou van 'n bordeel behandel as georganiseerde misdaad, en die bordeel is aan die staat verbeurd verklaar.

C.2.9 Vryheid van spraak/uitdrukking.

Die uitoefening van sensorskap het in Suid-Afrika baie wrywing veroorsaak gedurende die ou bedeling voor 1994. Die Konstitusionele Hof het reeds in 1996 in *Case v Minister of Safety and Security*²⁴⁷ bevind dat artikel 2(1) van Wet 37 van 1967 wat onweloweglike en obsene fotomateriaal verbied, ongrondwetlik en ongeldig is. Regter Didcott het beslis dat artikel 2(1) neerkom op inbreuk op die reg op privaatheid soos genoem in artikel 13 van die Interim-Grondwet en dit is nie redelik of

²⁴⁶ *NDPP v Geyser & Another*, 2008 IOL 21551 (SCA).

²⁴⁷ 1996 (3) SA 617 (CC).

regverdigbaar nie. Regter Mokgoro het in 'n minderheidsbeslissing bevind dat hierdie inbreuk ook neerkom op 'n skending van die vryheid van spraak.

Daarteenoor het die Konstitusionele Hof in die saak van *De Reuck v Director of Public Prosecutions (WLD)*²⁴⁸ beslis dat artikel 27 van die Films en Publikasiewet²⁴⁹ wel geldig en grondwetlik is. Die artikel verbied die maak, verspreiding en besit van kinderpornografie. Alhoewel die artikel inbreuk maak op privaatheid en vryheid van spraak, is dit redelik en geregverdig, veral omdat die artikel daarop gemik is om die euwel wat die waardigheid van kinders ernstig bedreig, uit te roei. Adjunk-hoofregter Langa het bevind dat die beeldmateriaal (*image*) wat vermoedelik kinderpornografie is, objektief beoordeel moet word en daar moet bevind word dat dit erotiese stimulasie eerder as estetiese gevoel by die teikengehoor ten doel het. Die definisie van kinderpornografie in die wet is duidelik en artikel 22 maak voorsiening vir 'n vrystellingsprosedure as daar 'n goeie rede is.

C.2.10 Streng of middellike aanspreeklikheid (*strict liability*)

In *S v Coetzee*²⁵⁰ het Regter O'Regan bevestig die 'n fundamentele beginsel van 'n demokratiese samelewing dat iemand wat nie skuld het nie, nie sy/haar vryheid ontnem moet word nie. (Daar moet onthou word dat skuld in die Suid-Afrikaanse konteks twee bene het : Opset en nalatigheid.) Die spreuk *actus non facit reum nisi mens sit rea* staan bo twyfel. Die grys area lê wesenlik in die betekenis van skuld – hoe ver dit strek en of skuld vir alle misdrywe teenwoordig moet wees. In 1977 is in

²⁴⁸ 2004 (9) SA 406 (CC); 2003 (2) SACR 445 (CC).

²⁴⁹ 37 van 1967.

²⁵⁰ 1997 (3) SA 527 (CC).

die saak van *De Blom*²⁵¹ beslis dat *bona fide*, egte onkunde aangaande die reg in beginsel subjektiewe skuld uitsluit, maar as nalatigheid voldoende is vir strafregtelike aanspreeklikheid, dan moet die onkunde of fout aangaande die reg redelik en aanvaarbaar wees. Dit is verder uitgebrei in *Goosen* se saak.²⁵² Skuld word vereis sowel in die gemenerereg as die statutêre reg. Tog, word daar geargumenteer, sekere administratiewe misdrywe wat optrede in 'n moderne samelewing reguleer, kan uitsonderings oplewer tot die goue reël dat skuld voorveronderstel word vir aanspreeklikheid. Die misdrywe wat ressorteer onder streng aanspreeklikheid het normaalweg die beskerming van gesondheid en veiligheid ten grondslag in 'n moderne samelewing. Daar kan miskien geredeneer word dat hierdie administratiewe of regulerende misdrywe nie misdade is nie, en dat dit neerkom op minder ernstige optrede. Dit is egter onrealisties as daar gekyk word na die moontlike gevolge, byvoorbeeld vervaardigers van kosprodukte wat deur 'n gebrek aan die noodsaaklike voorsorgmaatreëls siekte of selfs die dood van gebruikers van die produk kan veroorsaak in 'n hoogs industriële samelewing. Streng aanspreeklikheid het onder die invloed van die Engelse reg in Suid-Afrika inslag gevind.²⁵³

C.2.11 Seksuele misdrywe

(a) Manlike homoseksualiteit en sodomie.

Ooreenkomstig die gemene reg is sodomie beskryf as die onwettige en opsetlike geslagsgemeenskap per anum tussen manlike persone. Orale

²⁵¹ *S v De Blom* 1977 (3) SA 513 (A).

²⁵² *S v Goosen* 1989 (4) SA 1013 (A).

²⁵³ Hosten WJ *et al* : *Op. cit.*, p. 761. Die oorsprong word verder in hoofstuk 3 bespreek.

seks of masturbasie is nie ingesluit by die definisie nie.

Anale seks tussen 'n man en 'n vrou is nooit 'n misdryf geag nie. Dit is dus duidelik dat daar sprake is van diskriminasie: Mans het 'n misdryf gepleeg as hulle met mekaar dieselfde daad gepleeg het wat nie gestraf kon word as hulle dit met vrouens gepleeg het nie. Trouens, daar word beweer dat Rooms Katolieke mans en vrouens (veral in Italië) wat voorhuwelikse swangerskappe wou/wil vermy sonder om kontrasepsie te gebruik, en ook nie die Kerk se verbod op voorhuwelikse seks wou/wil oortree nie, anale seks verkies (het). Dit is/word dus beskou as 'n normale praktyk.

Die tyd was ryp in Suid-Afrika om die teenstrydigheid in die lig van die Grondwet te vertolk. In die saak van *Kamfer*²⁵⁴ het Regter Farlam van die Kaapse Hoë Hof bevind die gemeenregtelike misdaad van sodomie, soos in die private seksuele omgang tussen mans wat daartoe toegestem het, nie meer as 'n misdaad beskou kan word nie. Die hof neem artikel 9 van die Grondwet in ag, wat onbillike diskriminasie op grond van seksuele oriëntasie verbied. Verdere regte wat geskend word, is die reg op privaatheid (artikel 14) en die reg op menslike waardigheid (artikel 10). 'n Soortgelyke beslissing is deur die Konstitusionele Hof gegee in die epogmakende saak reeds hierbo genoem: *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Others*.²⁵⁵ Gevolglik is sodomie soos vervat in die *Strafproseswet*²⁵⁶ ook ongrondwetlik verklaar.

Verder is die artikel wat dade, daarop gerig om seksuele passie en die gee van seksuele bevrediging tussen mans by 'n partytjie/byeenkoms

²⁵⁴ 1997 (2) SACR 418 (C).

²⁵⁵ 1998 (2) SACR 556 (CC).

²⁵⁶ Wet 51 van 1977.

(soos die sogenaamde *daisy chain*) te verbied,²⁵⁷ op grond van onbillike diskriminasie ten opsigte van seksuele oriëntasie ongrondwetlik verklaar.

(b) Seksuele aktiwiteite tussen vrouens was nog nooit 'n misdryf nie, nie in die gemenereg of die statutêre reg nie. Met die inwerkingtreding van die Wet op Seksuele Misdrywe²⁵⁸ kon vroulike homoseksuele daade met meisies onder 19 jaar egter gestraf word. Dit is gemik op die beskerming van minderjariges en val nie onder die beskerming van regte soos vervat in die Grondwet nie.

(c) Gay-huwelike en die aanneming van kinders.

Gay huwelike is in Suid-Afrika in Desember 2006 gewettig.²⁵⁹ In ander lande, soos Kanada en die Nederlande, kon *gays* reeds 'n paar jaar al die knoop deurhaak.

Die wettige aanneming van kinders is in April 2010 gereguleer.²⁶⁰

(d) Die grondwetlikheid van die oudste professie in die wêreld het in die saak van *S v Jordan*²⁶¹ in die Konstitusionele Hof onder die loep gekom. Die meerderheid het beslis dat die bepaling²⁶² wat prostitusie tot misdaad verklaar, ongrondwetlik is, en die minderheid van die bank het saamgestem, maar beslis dat daar diskriminasie is op grond van geslag, aangesien die prostituut geteiken word, maar die kliënt gaan vry. Per slot van rekening, *it takes two to tango*.

Die hof bevind verder dat bordele steeds as onwettig geag word, want dit skend die belange van die gemeenskap. Voorts vind dit nie in privaatheid plaas nie, want die kliënt word op die onderste verdieping in die portaal

²⁵⁷ *Seksuele Misdrywewet* 23 van 1957, artikel 20A.

²⁵⁸ *Ibidem*.

²⁵⁹ *Civil Union Act*, 77 van 2006.

²⁶⁰ Wysiging van die Kinderwet 38 van 2005. Artikel 1(a) bepaal dat kinders aangeneem kan word (ii) "jointly by partners in a permanent domestic life-partnership."

²⁶¹ 2002 (6) SA 642 (CC); 2002 (2) SACR 499 (CC).

²⁶² Artikel 20(1) (aA) van die *Wet op Seksuele Misdrywe*, 23 van 1957.

ontvang, hoewel die kamers van die prostitute normaalweg op die verdiepings daarbo is. Wetgewing moet besluit oor die regulasie van prostitute, bevind die hof.

Kinderprostitusie bly 'n misdryf, sodat die belange van kinders beskerm kan word.

(e) Openbare naaktheid.

Die *Drankwet*²⁶³ bepaal dat naaktheid op gelisensieerde eiendom, soos waar ontkleedanse gedoen word, te wyd geformuleer is, aangesien dit nie net van toepassing is op kroëë, hotels, restaurante, klubs en sportvelde nie, maar ook teaters. Dit word ongrondwetlik verklaar.

(f) Wet 32 van 2007.

△ Verkragting kry 'n nuwe, uitgebreide betekenis. Dit sluit nou altwee geslagte in, asook die geslagsdele, anus, mond, penis, die hande, 'n voorwerp. Uiteraard word die afwesigheid van toestemming nog steeds vereis.

△ Onsedelike aanranding word vervang deur seksuele aanranding.

△ Bloedskande, bestialiteit,²⁶⁴ en omgang met 'n lyk (voorheen drie aparte misdade) vorm nou alles deel van hierdie wet.

△ Dit bevat omvattende nuwe misdrywe teen kinders en verstandelik gestremde persone. Dit sluit in die die seksuele uitbuiting, die blootstelling aan of vertoning van pornografie of die vervaardiging van kinderpornografie. Dit maak voorts voorsiening vir die verpligte aanmelding van seksuele oortredings gepleeg met of teenoor kinders of verstandelik gestremde persone. Gevangenisstraf van tot 5 jaar kan opgelê word indien iemand wat daarvan kennis dra, dit nie rapporteer nie.

△ Die wet skep misdrywe betreffende die gebruik van persone vir

²⁶³ Wet 59 van 2003.

²⁶⁴ Paragraaf C 2.13(a) hieronder.

pornografie, prostitusie en mensehandel vir seksuele misbruik, asook die sameswering, poging of aanhitsing tot die pleeg van seksuele misdrywe. Daar is ook misdrywe betreffende dwang of die veroorsaking deur volwas-senes dat sekere seksuele gedrag of liggaamsdele aanskou moet word.

In die slothoofstuk word weer samevattend opmerkings gemaak oor die strekwydte van hierdie wet en die uitbreiding van die misdaad verkragting. In Desember 2014 is John Meyer skuldig bevind aan verkragting omdat hy sy penis in die mond van 'n meisie gedruk en toe geürineer het.²⁶⁵ Die wetgewer het byna onmiddellik ná die saak van *Masiya*²⁶⁶ ingegryp en die wet uitgebrei, wat die gevoel vertolk het van eers die landdros voor wie die saak gedien het en later 'n aantal Regters van die Konstitusionele Hof. Vergelyk die bespreking onder paragraaf C 2.13(f) hieronder.

C.2.12 Straf/vonnisse.

Die vraag mag gevra word of die howe nog geheel en al misdadigers wat skuldig bevind is, mag straf, aangesien artikel 12 die vryheid en sekerheid van die persoon waarborg. Die hele artikel is egter ter sprake, en artikel 12 (1)(a) skryf voor dat niemand arbitrêr of sonder gegronde rede sy vryheid ontnem mag word nie. Verder bepaal artikel 12(1)(e) dat niemand op 'n wrede, onmenslike of vernederende wyse behandel of gestraf mag word nie. Daarby moet onthou word dat die howe slegs die individu mag straf ooreenkomstig vonnisse wat aan streng grondwetlike vereistes onderwerp is en die toets geslaag het.

Hoe ernstig mag die straf dan wees? Die tradisionele houding is dat die

²⁶⁵ *Die Burger*, 9 Desember 2014.

²⁶⁶ 2007 (5) SA 30 (CC).

staat 'n wye diskresie het ten opsigte van die handhawing van die regte van die landsburgers. Om ooreenkomstig die strafregstelsel te vonnis, is maar een van die opsies beskikbaar.²⁶⁷ Hierdie buigbare houding teenoor strafregtelike vonnisse word egter toenemend bevraagteken deur groepe soos die Beweging vir Slagoffers.²⁶⁸ Artikel 300 van die *Strafproseswet*²⁶⁹ maak reeds lank voorsiening vir die vergoeding deur die misdadigers aan die slagoffers wie se eiendom beskadig is as gevolg van die dae van die misdadigers. Voorts wen die beweging vir die vergoeding van verliese veld (veral in die konteks van jeugmisdadigers), grootliks as gevolg van 'n groter bewussyn van die betekenis van *ubuntu*.

Die Suid-Afrikaanse howe het aangedui dat hulle beseft dat grondwetlikheid vereis dat daar sekere verpligtinge vir die staat ontstaan ten opsigte van vonnisse wat opgelê word – vergelyk die sake van *Carmichele*, hieronder in hoofstuk 10 volledig bespreek.²⁷⁰

Die saak *Azanian People's Organisation & Others v President of the Republic of South Africa*²⁷¹ brei die verpligting selfs uit na die familie van die oorledene om te verseker dat die misdadiger behoorlik vervolgd en gestraf word, soos in die buiteland.²⁷²

Dis nie net die reg op lewe wat die staat moet beskerm deur die gebruik van strafregtelike sanksies nie, maar ook die regte van kinders as

²⁶⁷ Van Zyl Smit D : *Constitutional Law of South Africa – Bill of Rights*. 49.1 – Introduction.

²⁶⁸ Van Zyl Smit D: *Op. cit.*,49.1

²⁶⁹ Wet 51 van 1977.

²⁷⁰ *Carmichele v Minister of Safety and Security* 2001 (4) SA 938 (CC); 2001 (10) BCLR 995 (CC).

²⁷¹ 1996 (4) SA 671 (CC)

²⁷² *Osman v United Kingdom* (2000) 29 EHRR 245, paragraaf 115.

sodanig moet deur streng onderhoudswetgewing beskerm word. Die nalate om onderhoud te betaal word beskou as minagting van die hof en aan nie-betalers kan gevangenisstraf opgelê word.²⁷³ Voorts is daar die behoefte om oormatige ouerlike “tug” as aanranding te bestraf.²⁷⁴ In April 2014 het die streekhof in Bloemfontein²⁷⁵ ‘n ma en haar tweede man ‘n vonnis van een jaar korrektiewe toesig plus 192 uur gemeenskapsdiens elk opgelê omdat hulle die ma se tienjarige dogter geslaan het as sy nie na sportoefeninge wou gaan nie, of te moeg was om voort te gaan na twee uur-lange oefensessies in die swembad en op die atletiekbaan. In 1998 het wetgewing ingevolge die *Strafwysigingswet*²⁷⁶ in werking getree wat ‘n minimumvonniss vir sekere oortredings verpligbaar maak. Die voorsittende beampte kan slegs ‘n mindere vonnis oplê as hy/sy oortuig was dat daar wesenlike en gebiedende omstandighede was wat so ‘n ligter vonnis genoodsaak het. Hierdie tipe vonnis is oorspronklik as tydelik beskou, maar dit is nog in werking.

In die saak van *Malgas*²⁷⁷ het die hof per Appèlregter Marais herbevestig dat die trefwydte van die oplê van die straf deur ‘n hof ooreenkom met die gemeenregtelike (dus die pre-minimum) standpunt. Hierdie benadering is onderskryf deur die Konstitusionele Hof in *S v Dodo*²⁷⁸ en ook in *S v Niemand*.²⁷⁹ In die *Malgas*-saak het Appèlregter Marais die standpunt ingeneem dat die toets vir die aanname dat daar wesenlike en gebiedende redes in ‘n saak bestaan, daarop neerkom dat die huiwering

²⁷³ *Bannatyne v Bannatyne & Another* 2003 (2) SA 363 (CC).

²⁷⁴ *A v United Kingdom* (1999) 27 EHRR 611.

²⁷⁵ *Rapport*, 27 April 2014, p. 10.

²⁷⁶ Wet 105 van 1997.

²⁷⁷ 2001 (1) SACR 469 (SCA).

²⁷⁸ 2001 (3) SA 382 (CC).

²⁷⁹ 2002 (1) SA 21 (CC).

waarmee die hof die voorgeskrewe straf oplê, moet groei tot 'n oortuiging dat dit op 'n onreg sal neerkom indien die straf nie in verhouding is met die misdaad, die misdadiger en die regmatige behoeftes van die samelewing nie. Hierdie onreg (*injustice*) hoef nie skokkend te wees nie, en die hof kan die hele reeks van tradisionele faktore in ag neem wat 'n rol speel by die uitoefening van 'n vonnisopleggingsdiskresie. Dit kan verder strek as daardie faktore wat morele skuld verminder, en selfs die neiging van die hof om strafpatrone uit die verlede te gebruik. Ingevolge artikel 51(6) van die oorspronklike wet is kinders onder 16 jaar nie onderworpe aan die minimum vonnisse nie. As gevolg van die wetgewer se kommer oor die neiging van jeugdiges wat toenemend ernstiger misdade pleeg, is minimum vonnisse wel van toepassing gemaak op jeugdiges van 16 en 17 jaar ten tye van die misdaad.²⁸⁰ In die saak van *Centre for Child Law v Minister for Justice and Constitutional Development*²⁸¹ het die regte van jeugdiges per Regter Cameron sterk ondersteuning gekry deurdat daar beslis is dat dat die wysigingswet aangaande jeugdiges van 16-18 jaar ongrondwetlik is. Die hof beklemtoon artikel 28 van die Grondwet waarin 'n skerp onderskeid getref word tussen kinders en onvolwassenes, omdat kinders fisies en sielkundig kwesbaarder is. Artikel 36 maak dit nie redelik en regverdigbaar nie. Daar bestaan nie data oor misdaadpatrone wat die toepassing van die wet ondersteun nie. Regter Cameron het aanbeveel dat jeugdiges reeds gevonniss ingevolge die wysigingswet²⁸² verlov kry tot appèl teen vonnisse.

²⁸⁰ *Strafproses-(vonnisse)wysigingswet* 32 van 2007.

²⁸¹ 2009 (2) SACR 477 (CC).

²⁸² Wat op 3 Maart 2008 in werking getree het.

In 2000 het die South African Law Commission 'n raamwerk aanbeveel wat sou toelaat dat daar wegbeweeg word van die onbuigsaamheid van verpligte minimum vonnisse na vonnisse wat ontwikkel moes word deur 'n Vonnisraad waarin die verskillende relevante regeringsdepartemente moet saamwerk.²⁸³ Die wagwoord vir vonnis moet proporsionaliteit wees: Die skade aangerig deur die misdryf en die skuld van die beskuldigde ten opsigte van die misdryf.²⁸⁴

C.2.13 Konstitusionele uitdagings tot die strafreg in gemeneregvorm.

(a) Bestialiteit.²⁸⁵

In 2004 het die Hoë Hof in *S v M*²⁸⁶ verklaar dat bestialiteit steeds as 'n misdaad beskou word, al maak dit inbreuk op die reg om nie op grond van seksuele oriëntering diskriminasie te ondervind nie, asook die reg op vryheid en sekuriteit van persoon en die reg op privaatheid. Dis egter steeds teen die *boni mores* van die samelewing, en boonop, per Regter Wright, kan die dier nie toestemming gee nie. (Ingevolge artikel 13 van die *Strafproseswysigingswet*²⁸⁷ is dit 'n misdaad.) Die vraag kom by die outeur op of hier werklik sprake is van seksuele oriëntering. Speel ander oorwegings nie hier 'n rol nie, soos byvoorbeeld sosiale wanaanpassing, die misbruik van drank of ander middels of moontlik verwerping deur ander lede van die samelewing? Wat ook al die geval, dit is die mening van die skrywer dat die dier se regte geskend word. Sulke regte is na alle waarskynlikheid nie op skrif gestel nie, maar as nie-lewende dinge soos 'n

²⁸³ Burchell J : *South African Criminal Law and Procedure*, volume 1, p. 27.

²⁸⁴ *Ibidem*, p 27.

²⁸⁵ In paragraaf C2.11.(f) is reeds genoem dat bestialiteit nou deel vorm van Wet 32 van 2007.

²⁸⁶ 2004 (3) SA 360 (O).

²⁸⁷ 32 van 2007.

berg of rotsformasies byvoorbeeld die reg op bewaring kan hê²⁸⁸ of sekere geboue/bouwerke, dan kan 'n lewende dier soos 'n skaap of hond of hoender miskien ook regte hê, al kan dit uiteraard nie gelykgestel word aan menseregte nie. Die bekende groot Deense hond *Just Nuisance* het as "*Able Seaman*" die reg gehad om op enige trein heen en weer van die Kaap na Simonstad te ry²⁸⁹ en selfs die bobbejaan Jack het 'n salaris ontvang vir dienste gelewer, en hy het 'n werknemersnommer gehad.²⁹⁰

(b) Gemeenskaplike oogmerk.

Veral twee gemeenskaplike oogmerk-sake het aan die einde van die twintigste eeu geweldig kritiek uitgelok. Dit was die sogenaamde Upington 14-saak²⁹¹ waarin 26 mense tegelyk van moord aangekla en skuldig bevind is. Die ander saak is die sogenaamde Delmas-verhoor²⁹² wat van Bethal na Delmas verskuif is ooreenkomstig artikel 111 saamgelees met artikel 169 van die *Strafproseswet*²⁹³ wat bepaal dat 'n verhoor verskuif kan word indien dit tot geweld kan lei of daar baie getuies is wat verontrief kan word. Die leerstuk word uiteengesit in die Safatsa-saak.²⁹⁴ Dit word ook in ander regstelsels so aanvaar, byvoorbeeld die Amerikaanse.²⁹⁵

²⁸⁸ Byvoorbeeld Tafelberg en die Vallei van Verlatenheid by Graaff-Reinet wat as bewaringsgebiede verklaar is.

²⁸⁹ Terence Sisson: *Just Nuisance AB*. Hy was die enigste hond wat ooit deur die Royal Navy met 'n rang "aangestel" is.

²⁹⁰ Van die Suid-Afrikaanse Spoorweë en Hawens, aangesien hy onder andere sinjale beheer en ander take gedoen het: portelizabethdailyphoto.blogspot.com/2010_08_01/archive.html.

²⁹¹ *S v Khumalo en Andere* 1991 (4) SA 310 A.

²⁹² *S v Malinde and Others* 1990 (1) SA 57 A. Hierdie verhoor het 37 maande geduur, 437 hofdae; 278 getuies het getuig. Die beskuldigdes is van terrorisme en hoogverraad aangekla – van hulle is na Robbeneiland gestuur na hul skuldigbevinding. Die eiland is toe nog vir politieke gevangenes gebruik.

²⁹³ Wet 51 van 1977, nou bepaal deur artikel 19 van Wet 59 van 1983.

²⁹⁴ 1988 (1) SA 868 (A) 896.

²⁹⁵ Soos aangehaal deur Snyman CR : *Op. cit*, p. 262, voetnoot 27.

In *S v Thebus*²⁹⁶ het die Konstitusionele Hof eenparig bevestig dat die gemeenskaplike oogmerk-reël steeds grondwetlik is. Die vervolging moet nogtans *mens rea* bewys, asook aktiewe assosiasie as feit.

(c) Minagting van die hof.

In *S v Mamabolo*²⁹⁷ het die Konstitusionele Hof beslis dat die beperking op die reg tot vryheid van spraak, byvoorbeeld in die misdaad minagting van die hof *ex facie curiae* (in die vorm van belastering van die hof), neerkom op 'n geregverdigbare beperking van die reg. Die rede is dat dit belangrik is om die integriteit van die administrasie van die reg (*justice*) te beskerm, veral op grond van die nou toepassing daarvan en die openbare belang om die integriteit van die hof te handhaaf. Die hof het egter beslis dat 'n summiere verhoor van die lasteraar nie meer geld nie, want dit druis in teen die vereiste van 'n billike verhoor, waarmee die Hoë Hof van Zimbabwe, terloops, nie saamgestem het nie.²⁹⁸

(d) Strafregtelike laster (*crimen iniuria*).

In *S v Hoho*²⁹⁹ het die Hoogste Hof van Appèl bevestig dat hierdie misdryf nie ongrondwetlik is nie, en nie deur die “stille toestemming van die hele samelewing” herroep is nie.³⁰⁰ Appèlregter Streicher gee toe dat, hoewel die toets van “erns” vaag is, dit wel 'n vereiste is vir *crimen iniuria*.

(e) Bedrog.

In *S v Friedman*³⁰¹ het die hof beslis dat, alhoewel die misdryf wyd

²⁹⁶ 2003 6 SA 505 (CC).

²⁹⁷ 2001 (3) SA 409 (CC).

²⁹⁸ *S v Chinamasa* 2001 (1) SACR 278 (ZS).

²⁹⁹ 2009 (1) SACR 276 (SCA).

³⁰⁰ *Ibidem*, paragraaf 15.

³⁰¹ 1996 (1) SA SACR 181 (W).

omskryf is, dit nie te moeilik is om toe te pas nie, en nie ongrondwetlik is nie. Regter Cloete het “vaagheid” in hierdie saak blykbaar as ‘n element beskou wat inbreuk maak op die reg tot ‘n billike verhoor.

(f) Die beginsel van legaliteit en die saak van *Masiya*.³⁰²

Die beginsel van *nullum crimen sine lege* lê ten grondslag van die regstaat (*rule of law*) en vorm die basis vir menslike waardigheid.³⁰³ Dit is lank reeds deel van die Suid-Afrikaanse gemenerereg en is nou opgeneem in die Grondwet³⁰⁴ as deel van die reg op ‘n billike verhoor. (Dit word weer volledig bespreek in die hoofstukke hieronder.) Dit beskerm die onderdaan teen ‘n skuldigbevinding wat gebaseer is op vereistes wat nie bestaan het ten tye van die pleeg van die misdaad nie. Terwille van regsekerheid moet elkeen vooraf weet wat as ‘n misdaad beskou word en wat nie. Die howe het nie die gesag om nuwe reg te skep nie. Dit is reeds telkemale hierbo genoem. Die straf vir ‘n misdaad moet voorts reeds vasgestel/neergelê wees.

In *Masiya* is ‘n beskuldigde deur ‘n landdros verhoor en skuldig bevind aan die anale verkragting van ‘n 9-jarige meisie. Die landdros het beslis dat die gemeenregtelike misdaad van verkragting (beperk tot penis-vagina geslagsgemeenskap) argaïes en irrasioneel is en neerkom op arbitrêre geslagsdiskriminasie. Dit behoort ontwikkel te word om anale penetrasie sonder toestemming in te sluit.

In die Konstitusionele Hof het die meerderheid (per Regter Nkabinde) beslis dat gemeenregtelike verkragting nie ongrondwetlik is nie, in soverre as wat dit gedrag kriminaliseer wat duidelik moreel en sosiaal

³⁰² 2007 (5) SA 30 (CC).

³⁰³ Burchell JR : *Op.cit.*, p. 35.

³⁰⁴ Artikel 35(3)(l) tot (n).

onaanvaarbaar is. Verder dat die gemenerereg insake verkragting uitgebrei behoort te word om die anale penetrasie van 'n vrou in te sluit, maar dat die feite van die onderhawige saak nie regverdig dat die gemeenregtelike verkragting ook uitgebrei word tot anale penetrasie van mans nie. Drie redes word aangegee:

- (i) Die beginsel van legaliteit verhoed die uitbreiding van gemeenregtelike misdrywe;
- (ii) Dat enige uitbreiding deur die parlement gedoen moet word;
- (iii) Dat histories gesien verkragting gemik is op vrouens, en te doen het met die vernederende oormag van mans oor vrouens.

Die beskuldigde Masiya kon nie ten tye van sy daad voorsien het dat dit as verkragting beskou kon word ingevolge die bestaande reg toe die daad gepleeg is nie.

Die minderheid van die Konstitusionele Hof (Regter Langa en Regter Sachs) was van mening dat die gemenerereg uitgebrei moes word om die anale penetrasie van mans in te sluit, aangesien dit eintlik neerkom op 'n herkategorisering van wat vroeër as onsedelike aanranding beskou is. Verder sal die beskerming van mans teen anale verkragting nie die beskerming van vrouens verminder nie, en jong seuns en gevangenes en homoseksuele mans is, soos vrouens, 'n kwesbare deel van die samelewing.

Ná hierdie saak is Wet 32 van 2007 op 16 Desember 2007 ter tafel gelê en 'n paar maande ná die *Masiya*-beslissing het die wysiging in werking getree met 'n geslagsneutrale definisie van verkragting wat anale penetrasie van mans en vrouens insluit, asook verdere uitbreiding, soos genoem in paragraaf C 2.11(f) hierbo.

Snyman³⁰⁵ kritiseer die uitspraak van die Konstitusionele Hof op grond

³⁰⁵ Snyman CR : (2007) 124 SALJ 677, p. 686.

daarvan dat dit die parlement se rol oorgeneem het deur reg te skep. Die beginsel van legaliteit is geskend, en die Konstitusionele Hof het op emosionele oorwegings gesteun. Na aanleiding van hierdie presedent wat geskep is, kan ander misdade ook uitgebrei word, byvoorbeeld diefstal van nie net tasbare goed nie, maar ook van idees of iets anders (soos Regter Farlam juis geweier het om te doen in *S v Mintoor* deur diefstal uit te brei³⁰⁶ na die ongemagtigde gebruik van elektrisiteit, aangesien elektrisiteit nie 'n spesifieke ding is nie).

Snyman sê voorts dat vaginale penetrasie verskillend behandel moet word as anale penetrasie, omdat dit tot swangerskap kan lei.

Kelly Phelps³⁰⁷ reken weer die Konstitusionele Hof het nie ver genoeg gegaan om die reg met die Grondwet te versoen nie. Die legaliteitsbeginsel het nooit enige ontwikkeling van die gemenerereg geheel en al verbied nie. Sy gee ook die voorbeelde van kredietkaardiefstal³⁰⁸ wat as diefstal gehanteer word, en regsverdeling wat uitgebrei word as dwarsboming van die polisie en nie net die howe nie.

Die howe het dus begin om die gemenerereg uit te brei om dit in ooreenstemming met die Grondwet te bring, terwyl die legaliteitsbeginsel ook deel is van die Grondwet. Op daardie tydstip is gewonder hoe ver die hof bereid sou wees om te gaan wees om die beweging voort te sit.³⁰⁹ Ná die saak van *Masiya (supra)* het Wet 32 van 2007 in werking getree.

³⁰⁶ 1996 (1) SACR 514.

³⁰⁷ *A dangerous precedent indeed – A response to CR Snyman's note on Masiya (2008) 125 SALJ*, p. 648.

³⁰⁸ Phelps Kelly : *Op. cit.*, p. 258-9.

³⁰⁹ Burchell JR : *Op. cit.*, 48.

HOOFSTUK 3

DIE SUID-AFRIKAANSE REG VAN DIE VROEë EN LATERE TWINTIGSTE EEU, EN DIE AANPASBAARHEID VAN DIE REGSTELSEL.

3.1. INLEIDING:

As 'n regstelsel nie in 'n fossiel wil ontaard nie, moet dit in staat wees om nuwe begrippe en opvattinge te absorbeer en te assimileer, sodat dit kan aanpas by die veranderde omstandighede van die land en die samelewing.³¹⁰ Strominge kom en gaan en druk hulle stempel af op die jurisprudence van 'n bepaalde tydvak. Dit kan nie anders nie, solank die mens, ook die regter, in sy/haar denke en opvattinge 'n produk van sy/haar tyd is en bly.³¹¹ Die reg is 'n onvolmaakte instrument, en slegs 'n middel tot 'n doel, naamlik die handhawing van die sosiale orde ingevolge die opvattinge van die samelewing. Die reg kan nooit 'n eksakte wetenskap wees nie, dis 'n sosiale wetenskap; en in 'n groot mate is dit die vloeibaarheid en die veranderlikheid van algemene beginsels (soos billikheid, goeie trou, openbare belang, die standaard van die *diligens paterfamilias* waarvan elke moderne Westerse regstelsel deurdrenk is) wat aan die reg hierdie aard van sosiale wetenskap gee.³¹² Ook Mostert³¹³ beklemtoon die feit dat die reg nie staties kan bly nie, maar aanpassing moet nie neerkom op 'n proses van klakkelose oornames uit ander stelsels nie, en dit beteken ook nie dat die regter reg skep (*ius facere*) nie – soos hierbo in hoofstuk 2 beklemtoon, en soos die

³¹⁰ Bodenstern HDJ : *Engelse invloeden op het Gemeenrecht van Zuid-Afrika*, p. 26.

³¹¹ *Ibidem*, p. 26.

³¹² Hosten WJ : *UNISA-studiegids 1, 1977 (Regsvergelyking)*, p.65.

³¹³ Mostert DF : *Die Romeins-Hollandse reg in oënskou*, p. 15.

Amerikaanse en Engelse regters in 'n hoë mate doen. Slegs waar daar 'n leemte in die regsbronne is, of onduidelikhede, of waar 'n reël klaarblyklik nie meer by die moderne samelewing tuishoort nie, behoort die regter reg te skep, byvoorbeeld deur middel van regsvergelyking en hernude interpretasie, anders moet hy/sy reg spreek (*ius dicere*). Was 'n uitspraak nie in ooreenstemming met die Suid-Afrikaanse reg nie, moet die hof terugkeer na die reg.³¹⁴ Dit beteken egter nie dat daar geen verdere ontwikkeling en verandering sal kom nie.

Ook Van Zyl³¹⁵ sê dat daar 'n voortdurende behoefte aan aanpassing is: Maatskaplike, ekonomiese, politieke en tegnologiese ontwikkeling vind plaas teen so 'n snelle tempo dat die reg en regstelsel soepel dog viriel moet bly. Volgens Van Zyl geld dit veral die laaste tien, twintig jaar waarin hele nuwe regsgebiede binne ons regstelsel ontstaan het om nuwe ontwikkelings te akkommodeer.³¹⁶

Teenoor hierdie voortdurende groei staan die beginsel van *stare decisis* wat 'n enigszins remmende invloed op die moontlikheid van verandering het.³¹⁷ Hierdie beginsel het nie in die Romeins-Hollandse reg bestaan nie: voorafgaande beslissings het nie die krag van wette gehad nie, alhoewel dit oorredingskrag gehad het en daar aanvaar is dat, ter wille van regsekerheid, nie ligtelik van vorige beslissings afgewyk sou word nie.³¹⁸ In die Engelse reg is die geregtelike presedenteleer met groot eerbied bejeën.³¹⁹ Die Romeins-Hollandse jurisprudence het die beginsel

³¹⁴ Mostert DF : *Op. cit.*, p. 15.

³¹⁵ Van Zyl DH : *Die Geskiedenis van die Romeins-Hollandse reg*, p. 501.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 501. Hy verwys na die jare voor die publikasie van sy aangehaalde werk wat in 1979 gepubliseer is.

³¹⁷ Dié beginsel word volledig in die volgende hoofstuk bespreek.

³¹⁸ Mostert DF : *Op. cit.*, pp. 6 en 10.

³¹⁹ Hosten WJ *et al* : *Op. cit.*, p. 211-212.

toegepas “*that a previous decision, which has been shown to be erroneous, ought not to be followed*”, per Regter JG Kotzé.³²⁰ De Wet spreek hom in 1948³²¹ sterk uit teen hierdie stelsel en gaan sover as om te sê: “Die verderflikste leer wat ons howe hier by ons ingevoer het, is die presedentesisteam, waarkragtens laer howe hulle gebonde ag aan die beslissings van hoër howe, en elke hof hom gebonde ag aan sy eie beslissings. Alhoewel ons howe nog nie heeltemal verslaaf is aan die presedentesisteam nie, het die idee van *stare decisis* hier by ons al eienaardige resultate gelewer. Daar bestaan geen verstandige verklaring waarom ’n hof, wat eenmaal gedwaal het, daardie dwaling doelbewus moet bestendig nie, en dit net omdat hy eenmaal verkeerd reggespreek het.”³²² De Wet verloor met hierdie stelling natuurlik die toesighoudende hoedanigheid van die Hoogste Hof van Appèl uit die oog. In die volgende hoofstuk gaan dit breedvoerig bespreek word.

3.2 DIE HIBRIEDE STELSEL.

Voordat daar oor die samestellende dele van die Suid-Afrikaanse regstelsel besin word, moet daar eers vasgestel word tot watter familie dit behoort. Dit is vanselfsprekend ’n Westerse stelsel, maar ’n mens moet nog bepaal, binne hierdie kategorie, of dit ’n lid is van die Romeins-Germaanse of die *common law*-familie.³²³ In die lig van die invloed wat die *common law* op die Romeins-Hollandse reg gehad het, word die Suid-Afrikaanse reg deurgaans as ’n hibriede stelsel bestempel,³²⁴ dit wil sê ’n

³²⁰ 34 SALJ 1917, 280 : *Judicial Precedent*, pp. 285-287; Hahlo HR en Kahn E haal dit ook aan in *The Union of South Africa*, p. 29.

³²¹ De Wet, JC : *Gemene Reg of Wetgewing?* – THRHR 1948, 1 – 17, p.15.

³²² *Ibidem*, p. 15.

³²³ Hosten WJ *et al* : *Op. cit.*, p. 233. Die term “*common law*” word deurgaans gebruik as ekwivalent vir die Engelse “*gemenereg*”.

³²⁴ David R en Brierly JEC : *Major Legal Systems in the World Today*, p. 60.

stelsel met kenmerke van altwee families in hom verenig. Ook die Suid-Afrikaanse regsbronneteorie dra kenmerke van altwee stelsels, nogtans is die struktuur en beginsels van die Suid-Afrikaanse privaatreë, ten spyte van talle voorbeelde van Engelse infiltrasie, nog hoofsaaklik Romeins-Germaans van aard.³²⁵ En aangesien die indeling in regs families tradisioneel op die kenmerke van die betrokke regstelsels se privaatreë steun, is dit miskien nie vergesog nie om die stelling te maak dat die Suid-Afrikaanse reg steeds nader aan die Romeins-Germaanse reg as aan die *common law*-familie staan.³²⁶ Na die mate van beïnvloeding van die verskillende dele van die Suid-Afrikaanse reg word hieronder gewys.

Hahlo en Kahn wys in 1968³²⁷ daarop dat die Romeins-Hollandse reg uit die aard van die benaming oorspronklik uit twee elemente bestaan het: Romeinse reg en Hollandse reg, met sommige oornames van Spaanse en Franse idees. “*Whether we like it or not, during its prolonged sojourn in South Africa the old ‘two layer cake’ has collected a third layer, English law Like a jewel in a brooch, the Roman-Dutch law today glitters in a setting that was made in England.*”³²⁸ Indien Hahlo en Kahn hier verwys na ons formele reg, moet die skrywer hiervan saamstem dat dit onbetwisbaar Engelse reg is, maar vir die Suid-Afrikaanse regstelsel as ’n geheel geld dit nie, want só diepgaande ag die skrywer die invloed van die Engelse reg nie. Hierdie skrywers, Hahlo en Kahn, sê vervolgens dat, selfs op die gebied van die privaatreë en strafreg waarvan die Romeins-Hollandse reg die *caput et fundamentum* gebly het, die Romeins-

³²⁵ Hosten WJ : *The Permanence of Roman Law Concepts in SA Law*, 2 CILSA (1969) 192, p. 204.

³²⁶ *Ibidem*, p. 204.

³²⁷ Hahlo HR en Kahn E : *The SA Legal System and its Background*, p. 584.

³²⁸ *Ibidem*, p. 584.

Hollandse reg nie meer is wat dit in die 18de eeu was nie³²⁹ – dit is verander deur wetgewing, aangepas deur die howe, gehibridiseer deur die insypeling van Engelse (meestal ongewenste) leerstukke.³³⁰ Ook Mostert³³¹ is van mening dat 'n mens moet aanvaar dat ons vandag nie meer te doen het met die reg wat Jan van Riebeeck in 1652 na die Kaap gebring het nie. Dit is so vanselfsprekend dat 'n mens dit byna nie hoef te sê nie. Die reg het ontwikkel en aangepas en verander.

In werklikheid is dit nou nie meer Romeins-Hollandse reg nie, maar Suid-Afrikaanse reg, veral as daar in ag geneem word dat die inheemse reg 'n al hoe groter rol begin speel. Eeue lank reeds leef 'n groot deel van die Suid-Afrikaanse bevolking, naamlik die inheemse groepe, volgens hulle stam- of gewoontereg. In 1927 is daar deur die parlement voorsiening gemaak vir die instelling van kommissarishowe,³³² voorts dat gewoonteregreëls toegepas mag word (volgens die diskresie van die kommissaris) in gedinge tussen inheemse persone waarby hul gewoontereg van toepassing is, mits dit nie teenstrydig is met die Suid-Afrikaanse openbare beleid of met natuurlike geregtigheid nie.³³³ Appèlregter Wessels wys in *Ngcobo v Ngcobo*³³⁴ op die feit dat deskundiges die saak verhoor, en dit die voordeel het dat elke gewoonte

³²⁹ Van Zyl DH : *Op. cit.*, p. 498, wys tereg daarop dat die begrip "Romeins-Hollandse Reg" in die wye sin van die woord opgeneem moet word as synde die *ius commune* van Europa wat uit die *Corpus Iures Civiles* ontwikkel het. Dis nie bloot die reg van die provinsie Holland nie. Ook Regter Toon van den Heever sê in *Partiarian Agricultural Lease in South African Law*, p. 7, dit was eeue lank die "common law" van Wes-Europa, dus is die naam Romeins-Hollandse reg eintlik 'n "misnomer".

³³⁰ Hahlo HR en Kahn E : *The SA Legal System and its background*, p. 584.

³³¹ Mostert DH : *Op. cit.*, p. 8.

³³² Wet 38 van 1927, onder andere artikels 10 en 11.

³³³ Hosten WJ *et al* : *Op. cit.*, p. 284-285.

³³⁴ 1929 AD 233 op p. 236.

nie bewys hoef te word nie, sodat die sake nie onnodig duur is en uitgerek word nie. Die wetgewer het bepaal ³³⁵ dat *lobola*- en *bogadi*-gebruike ³³⁶ as deel of voorbereiding tot die sluiting van “huwelike” nie strydig is met die openbare beleid nie. ’n Gebruiklike verbinding kon ooreenkomstig stamreg aangegaan word. Dit is egter potensieel poligaam en hoofsaaklik om hierdie rede kan dit nie deur Suid-Afrikaanse howe as ’n huwelik erken word nie, want poligame huwelike is teen die openbare beleid. ³³⁷

[Ook tradisionele Moslemhuwelike is gedurende hierdie jare in Suid-Afrika beskou as afwykend van die beginsel van monogamie, dit wil sê die vrywillige vereniging van een man en een vrou met die uitsluiting van ander. ³³⁸]

In Natal is die Kode vir Zoeloereg opgestel op versoek van die koloniste, regsgeleerdes en politici wat regsekerheid verlang het aangaande die gewoontes en “wette” van die inheemse bevolking. ³³⁹ Dit het begin met Wet 1 van 1869 toe die gebruiklike aangaande huwelike en egskeidings gekodifiseer is. Sommige van die gewoontes/gebruike moes aangepas word om dit in ooreenstemming te bring met die regeeringsvoorskrifte. Daarna is ’n omvattender kode opgestel om die familiereg, erfreg en die gebruiklike aangaande hoofmans te inkorpereer. In 1891 is dit hersien en

³³⁵ Hosten WJ *et al.* *Op. cit.*, p. 337-338.

³³⁶ HAT, p. 624: “*Lobola/lobolo* is ’n instelling by Bantoevolke (*sic*) waardeur ’n jong vrou as vrou verkry kan word teen betaling van ’n aantal beeste; bruidsprys.”

³³⁷ Hosten WJ *et al.* : *Op. cit.*, p. 337.

³³⁸ *Ibidem.*, p 337, voetnoot 147. Vroeg in Mei 2014 is 100 opgeleide imams na ’n “eksamen” as wettige huweliksbevestigers toegelaat, veral ten opsigte van die beskerming van die eerste vrou in die verbintenis en haar eis teen haar man se boedel, en die wettiging van hulle kinders. Dis in ooreenstemming met die *sharia* (Moslemwette); www.iol.org.za/news/politics/muslims-can-wed-legally. Egskeidings sal waarskynlik voortaan ook verskillend benader word.

³³⁹ Van den Bergh R : *The Remarkable Survival of Roman-Dutch Law in the Nineteenth-Century South Africa*, p. 88; ook die gesag daar aangehaal van Bennett: *Customary law in South Africa* (2004) 38.

as die Natal-Wet 19 van 1891 gepubliseer.³⁴⁰ Hierdie kode het die kodifikasie van die tradisionele wette en gebruike uitgemaak, en is vandag nog, onder die Grondwetlike bedeling van die land, van krag in die provinsie van Kwazulu-Natal.³⁴¹

Inheemse stamme was vanouds daaraan gewoond om twispunte op 'n informele wyse op te los. Veral dispute van 'n persoonlike aard is tussen families besleg eerder as in die openbaar. Mediasie was die norm, nie konfrontasie nie.³⁴² Slegs in uitsonderlike gevalle is die koloniale howe genader, want die prosedure was hoogs tegnies, en boonop is 'n vreemde taal gebruik, en van die voorsittende beamptes het nie altyd veel geweet van die inheemse gebruike en waardes nie. Wanneer daar beeste betrokke was, het die gegriefdes makliker die koloniale howe genader. Van Niekerk toon aan dat beeste vir die inheemse Afrikaan 'n spesiale kulturele betekenis inhou.³⁴³ Hulle waarde is veel meer as die intrinsieke geldwaarde. Hy sê daar is 'n spirituele verbintenis tussen die mense en hulle beeskuddes, en ook die beeskraal, waar hulle gewigtige besluite moes neem en as "hof" gebruik is. Die kraal en die beeste het godsdienstige, estetiese en regs waarde gehad en om hierdie rede kon die beproewing van 'n Westerse hofverskyning deurstaan word.³⁴⁴

Die sake *Makonto v M'Dabankulu*³⁴⁵ en *Hebe v Mdinelwa Mda*³⁴⁶ het altwee te doen met die terugeis van beeste wat as lobola betaal is, maar

³⁴⁰ Van den Bergh R : *Op. cit.*, p. 88.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 88.

³⁴² Van Niekerk G : *The Superior Courts and Legal Pluralism in the last Decade of the Nineteenth Century*, p. 485.

³⁴³ *Ibidem*, p. 485.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 485.

³⁴⁵ 1890 HCG 244.

³⁴⁶ 1897-1898 12 EDC.

die toekomstige huweliksplanne het respektiewelik deur die wegloop van die bruid met iemand anders, of die toekomstige bruidegom se ontrouheid skipbreuk gely. In eersgenoemde saak het die redenering van Regter Hopley getoon watter verwarring in daardie stadium bestaan het ten opsigte van wat presies die reg van die Kaap uitgemaak het, en hoe die regspluralisme hanteer moes word, Die hof het nie net inheemse reg toegepas nie, maar ook gefluktueer tussen die Engelse en Romeins-Hollandse reg in sy soeke na 'n billike oplossing.³⁴⁷ In die tweede saak het Regter Barry die gesag van Grotius verwerp, aangesien dit na 'n ooreenkoms van *propter nuptias* verwys het, wat nie vergelyk kan word met die inheemse Afrika-gebruik van *lobola* nie. Dit toon merkwaardige insig in die inheemse gebruike – die Regter het inderdaad baie goeie kennis gehad van die inheemse gebruike, omdat hy meer as twintig jaar in Pondoland in die jurisdiksie van die Oostelike Distrikshof as regter gedien het.³⁴⁸ In hierdie saak is sowel na die Engelse as die Romeins-Hollandse reg verwys, asook die inheemse gebruike.

In *Meesedoosa v Links*³⁴⁹ het Regter Curlewis gewaarsku dat die nie-erkenning van die gewontehuwelik die grondslag van die familiegebruike wat onder inheemse volke bestaan, sal aantas. Dan, meen hy, “*we might as well sweep overboard all the native customs and usages...*”³⁵⁰

In 1927 het die wetgewer uiteindelik die *Native Administration Act* gemaak

wat bepaal dat die tradisionele gebruik van die betaling van 'n lobola-bruidskat waarskynlik nie teen die beginsels van die openbare beleid of

³⁴⁷ Van Niekerk G : *Op. cit.*, p. 477- 482.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 482.

³⁴⁹ 1915 TPD 357.

³⁵⁰ Van Niekerk G : *Op. cit.*, p. 484.

natuurlike geregtigheid is nie.³⁵¹

Lokin som die posisie so op:

'The two streams mingled and mixed and became the mighty river of South African law strengthened by a third source, indigenous African law. Until this day the systems are in a constant flux.'³⁵²

Oor die vermenging van regstelsels wat reeds in Suid-Afrika plaasgevind het, sê Regterpresident Claassen in *R v Goseb* :³⁵³ *"I consider that the term 'Roman-Dutch law' is confusing, for in fact (our) common law is not Roman-Dutch law, it is South African common law."* Vergelyk verder *Ex parte De Winnaar*³⁵⁴ en die 1925-saak *R v Mlooi & Others*.³⁵⁵ In laasgenoemde saak sê Hoofregter Innes: *"The point has of course to be decided by our law and not by the rules of Roman-Dutch jurisprudence, which are only applied as subsidiary common law where our law and practice are silent on the subject."* Wat die laaste gedeelte betref, kan met eerbied nie akkoord gegaan word nie, daarvoor lê die wortels te diep. Nogtans, sê Hahlo en Kahn,³⁵⁶ word dit steeds die Romeins-Hollandse reg genoem, en as gevolg van die konserwatisme van juriste sal dit so genoem word *"until the last trumpet is sounded"*. Mostert is waarskynlik een van hierdie "konserwatiewes", want hy verkies om van die Romeins-Hollandse privaatreë te praat, eerder as van die Suid-Afrikaanse privaatreë "sowel vanweë piëteitsoorwegings asook omdat laasgenoemde

³⁵¹ Van Niekerk G : *Op.cit.* p. 484.

³⁵² Lokin JHA : *Harmonisation in Roman, Roman-Dutch and South African law*, p. 35.

³⁵³ 1956 (2) SA 696 (SWA), p. 698.

³⁵⁴ 1959 (1) SA 837 (N), p. 839.

³⁵⁵ 1925 AD 131, p. 149.

³⁵⁶ Hahlo HR en Kahn E : *The SA Legal System*, p. 586.

die verkeerde indruk skep.”³⁵⁷ Die stamreg van die Bantoe (*sic*) in Suid-Afrika word aldus Mostert ook erken en maak deel uit van die Suid-Afrikaanse reg,³⁵⁸ soos reeds hierbo genoem. Die privaatreg is ontwikkelde Romeins-Hollandse reg en kan Hedendaagse Romeins-Hollandse reg genoem word. Hierby word dan uitgesluit die handelsreg wat eintlik uitsluitlik op die Engelse lees geskoei is.³⁵⁹ Van Zyl merk tereg op dat Mostert se benadering, wat in hierdie verband beperk word tot die privaatreg, nie ‘n oplossing is vir die beskrywing van die reg as ‘n geheel nie.³⁶⁰ Die skrywer hiervan aanvaar dit is ook nie moontlik om te praat van iets soos die Romeins-Hollandse Internasionale Privaatreg nie.

Besonder insiggewend is die houding van Appèlregter De Villiers in die saak van *Maisel v Van Naeren* waarna weer in paragraaf 3.7 verwys word. Alhoewel die saak oor die vereistes vir laster gaan, maak die Regter ‘n diepgaande studie van die Suid-Afrikaanse regsverloop tot op daardie tydstip en die Romeins-Hollandse vereiste van opset om te skaad of te veronreg (*animus iniuriandi*). Die Engelse reg, daarenteen, vereis “*privileged*” laster. Van die onderhawige saak sê die Regter dat, as dit beslis moes word in ooreenstemming met die beginsels van die Romeins-Hollandse reg soos uiteengesit en toegepas in die sake van *Botha v Brink*,³⁶¹ *Bennett en Morris*³⁶² en *Taute v Odendaal*,³⁶³ sal hy, Regter De Villiers, sonder huiwering tot die gevolgtrekking kom dat die teeneis nie kan slaag nie, want dit sluit die vermoede van *animus iniuriandi* uit wat

³⁵⁷ Mostert DF : *Op. cit.* p. 10.

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 10

³⁵⁹ *Ibidem*, p.10.

³⁶⁰ Van Zyl DH : *Op. cit.*, p. 500, voetnoot 82.

³⁶¹ 1878 Buch. 118.

³⁶² 10 SC 223.

³⁶³ 23 SC 691.

normaalweg uit die publisering van lasterlike woorde sou ontstaan . Dit gaan nie in die saak oor “*privileged*” laster nie, soos die betekenis van die term klaarblyklik in die Suid-Afrikaanse praktyk vanuit die Engelse reg oorgeneem is.³⁶⁴ In die Romeins-Hollandse reg is laster ‘n spesies van *iniuria* en ‘n eis vir algemene skade vir laster is bloot ‘n voorbeeld van *amende profitable* wat onder die *actio iniuriarum* geëis word.³⁶⁵ Sover as wat *dolus* of *animus iniuriandi* ‘n vereiste is vir aanspreeklikheid onder die *actio iniuriarum* is dit ook ‘n vereiste vir aanspreeklikheid vir laster.³⁶⁶

Die beginsel, soos deur Ulpianus gestel³⁶⁷ is *iniurium nemo facit nisi qui scit se iniuriam facere*. Soos die posisie vir *dolus*, oor die algemeen, is dit wesenlik dat die beweerde oortreder bewus moet wees van die verkeerdheid van sy/haar optrede.³⁶⁸ *Dolus* of *iniuriandi* is dus bewustelike kwade opset, in die sin dat daar onregmatig inbreuk gemaak word op ‘n ander se regte.

Voet gee ‘n aantal voorbeelde waar die vermoede nie toepaslik is nie, byvoorbeeld waar ‘n grap gemaak is, ‘n fout begaan is, dit per ongeluk

³⁶⁴ Indien iemand die reg het om bewerings te maak en ‘n persoon aan wie hulle gepubliseer is, geregtig is om hulle te verneem, word dit ‘privilegie’ genoem. ‘n Privilegie kan absoluut wees, soos beweringe in die parlement wat deur parlamentslede gemaak word, en diegene wat die bewerings maak, is dan nie aanspreeklik nie, al is die betrokke woorde irrelevant of kwaadwillig geuiter. In die geval van relatiewe privilegie geniet die beweerder geen beskerming nie indien hy die perke van privilegie oorskry het, en dit sal die geval wees as hy met kwaadwilligheid (*malice*) opgetree het – Hosten WJ *et al* : *Op. cit.*, p. 525 -526 ; vergelyk ook Regter De Villiers in *Maisel (supra)*, p. 511.

³⁶⁵ Regter De Villiers in *Maisel (supra)*, p. 511.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 511.

³⁶⁷ *Digesta* 47.10.3.2.

³⁶⁸ McKerron RG : 48 *SALJ* pp. 168-9 en gesag daar aangehaal; ook De Wet JC en Swanepoel HL: *Strafreg*, p. 209.

gebeur het of ter selfverdediging.³⁶⁹ Die voorkoms van sekere voorbeelde van “gekwalfiseerde privilegie” was waarskynlik die rede waarom daar gepoog is om hulle, afkomstig van die Engelse reg, geleidelik in die Suid-Afrikaanse reg op te neem. Die Regter reken egter dat daar geen twyfel is nie dat die suiwer Romeins-Hollandse reg soos onder andere deur Voet uiteengesit, slegs voorbeelde is waar hulle ooreenkom met die gekwalfiseerde privilegie, en niks meer as dit nie.³⁷⁰ Hulle is bloot stelle voorbeelde wat *prima facie* die afwesigheid aandui van *animus iniuriandi*. Ook Mattheus en Van Leeuwen bespreek dit.³⁷¹ In die Engelse reg veroorsaak die aangeleentheid probleme en teenstrydighede, sodat die verweerder beperk word tot “die groewe van gevestigde en taamlik kasuïstiese verwere”, meen die Regter,³⁷² soos blyk uit *Jenoure v Delmege*³⁷³ en *Hebditch v MacIlwaine*.³⁷⁴ In die Romeins-Hollandse reg, daarenteen, kan alle probleme en teenstrydighede vermy word deur ‘n behoorlike toepassing van die beginsel dat *animus iniuriandi* wesenlik is vir aanspreeklikheid.

Regter De Villiers is verder van mening dat daar in Suid-Afrika ongelukkig beslissings is wat afwyk van bogenoemde beginsels van die lasterreg. Professor TW Price het in *Animus Iniuriandi in Defamation*³⁷⁵ ‘n goeie uiteensetting gegee van die Suid-Afrikaanse sake oor die onderwerp. Hierdie artikel het bygedra tot ‘n omvangryke woordstryd wat aan die gang gesit is deur professor Mc Kerron se 1931-artikel *Fact and Fiction in*

³⁶⁹ Aangehaal in *Maisel v Van Naeren* 1960 (4) SA 836 (K), p. 512.

³⁷⁰ Per Regter De Villiers in *Maisel v Van Naeren* (*supra*), p. 512.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 512.

³⁷² *Ibidem*, p. 513.

³⁷³ 1891 AC 73, p. 77.

³⁷⁴ 1894 (2) QBD 54.

³⁷⁵ SALJ 1949, volume 66, p. 4.

*the Law of Defamation*³⁷⁶ waarin hy die siening uiteensit dat daar in die Suid-Afrikaanse sake so 'n algehele afwyking was van die Romeins-Hollandse lasterreg, dat van die vereiste vir die sogenaamde *animus iniuriandi* niks oorgebly het nie as “a hollow fiction”.³⁷⁷ Hierop het (Regter) Melius de Villiers in 'n artikel *Animus Iniuriandi: An Essential element in Defamation*³⁷⁸ vurig geantwoord en beweer dat *animus iniuriandi* 'n wesenlike bestanddeel van die lasterreg hier te lande is, en nie af te skryf is “with a stroke of a pen” nie.³⁷⁹

In 1940 het professor D Pont in 'n artikel³⁸⁰ van die belangrikste en afwykendste beslissings krities ontleed en 'n sterk pleidooi gelewer dat daar 'n meer bewustelike aanklewing van die Romeins-Hollandse reg insake laster moet wees. Nadat professor Price aan dieselfde kant tot die stryd toegetree het in 1949, het RW Parsons die teenoorgestelde standpunt ondersteun in sy werk *The Bases of the South African Law of Defamation*.³⁸¹

Tot 1915, soos deur Pont aangetoon,³⁸² het die howe met merkwaardige konsekwentheid die beginsels van die Romeins-Hollandse reg toegepas, ten spyte van mindere “wanklanke” en die na vore tree van terminologie en selfs formulering uit die Engelse reg. Veral in die Kaapse Hooggeregshof is die Romeins-Hollandse reg toegepas. Dit dan wat betref Engelse invloed op lastersake.

³⁷⁶ SALJ 48, 154.

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 154.

³⁷⁸ SALJ 48, p. 308; klaarblyklik in dieselfde uitgawe, hoe dit ook moontlik mag wees.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 308.

³⁸⁰ THRHR, p. 270.

³⁸¹ THRHR 1951, p. 192.

³⁸² SALJ 66, pp. 6-13.

In nog 'n paar sake uit hierdie vroeë jare het die Regters tot die slotsom gekom dat die Romeins-Hollandse reg toegepas behoort te word, maar as daardie skrywers nie lig op die probleem ter hand werp nie, moet daar na die Engelse reg en selfs die Amerikaanse reg gekyk word. Die betrokke sake is *Littlejohn v Norwich Union Fire Insurance Society*³⁸³ en *Mancho v SAR*³⁸⁴ met Regters Wessels en Solomon respektiewelik op die bank. Verder moet in hierdie stadium die werk van Regter Sir Henry Conner, 'n Ier van geboorte, genoem word “*for his masterful research and knowledge of the principles or the Roman Dutch legal system.*”³⁸⁵ In 1903 in die saak van *Rolfes, Nebel v Zweigenhaft*³⁸⁶ het Regter J Kotze soos gebruiklik die Romeins-Hollandse reg en veral die werk van Voet as gesag toegepas.

In de saak van *E Marais v T Smuts* het Regters Gregorowski en Kotze nie van Van der Linden, Van Leeuwen of Grotius gebruik gemaak nie, maar wel verwys na die werke van 'n hele aantal minder bekende skrywers, soos Perezius, Brunneman, Kersteman, Merenda en Van der Kop; waarskynlik was hulle beskikbaar en het relevante inligting bevat.

Gedurende hierdie tydperk is daar dus van 'n mengsel van Engelse en Romeins-Hollandse gesag gebruik gemaak. Die Kaapse howe is dikwels deur die Transvaalse en Vrystaatse howe nagevolg.

Tog het daar in hierdie tydperk spanning ontstaan rakende die aanwending van die Engelse reg en die Romeins-Hollandse reg. Veral

³⁸³ 1905 TH 374, p, 378.

³⁸⁴ 1928 AD 89.

³⁸⁵ Vindex: *The suggested repeal of Roman-Dutch law in South Africa*, soos aangehaal deur Van den Bergh R : *Op. cit*, p. 76.

³⁸⁶ 1903 TS 185.

drie sake is hier ter sprake: *Holland v Scott*,³⁸⁷ *Roodt v The State*³⁸⁸ en die saak van *Rolfes* hierbo genoem. In die *Holland*-saak het Regter Barry die Engelsregtelike “*nuisance*” in alle opsigte gelykgestel aan die Romeins-Hollandse *prohibit ne quis faciat in suo quod nocere possit alieno*.³⁸⁹ Aldrie die regters het saamgestem dat hulle nie veel hulp kon kry van die Romeins-Hollandse skrywers nie. Regter Shippard het selfs gesê dat tot Voet “*himself for once turned a deaf ear and declines to discuss such a question at all.*”³⁹⁰ Voet het egter wel, maar met misnoeë, na Menochius en Carpzovius se menings verwys.³⁹¹ Dit neem die hof nie in ag nie en derhalwe word die saak ooreenkomstig die Engelse reg beslis. Ook die saak van *Roodt v The State* word op hierdie manier beslis, “aangesien die Romeins-Hollandse reg nie ‘n bevredigende oplossing bied nie,” aldus Hoofregter Kotzé.³⁹² In *Rolfes, Nebel and Co. v Zweigenhaft*³⁹³ word gekonstateer dat dit nie nodig is om na die Engelse reg te kyk nie, aangesien dit ooreenstem met die Romeins-Hollandse reg, waartoe die Grondwet van die Zuid-Afrikaanse Republiek die hof verbind. Daar is talle verwysings na Voet, Grotius, Van der Linden en Van Leeuwen en ander wat nie eens in die betrokke Grondwet as gesag genoem word nie. Dat dit ooreenstem met die Engelse reg is egter nie ‘n uitgemaakte saak nie. Tog gee hierdie uitspraak ‘n goeie aanduiding van hoe voel-voel die howe soms te werk gegaan het.

³⁸⁷ (1881-1882) 2 EDC 307.

³⁸⁸ (1885-1888) 2 SAR TS 331.

³⁸⁹ Aangehaal in *Holland v Scott*, 317.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 317.

³⁹¹ Van den Bergh R : *Op. cit.*, p. 82.

³⁹² *Ibidem*, p. 82.

³⁹³ 1903 TS 185.

In *Hay v African Gold Recovery Co*³⁹⁴ word geen Romeins-Hollandse gesag genoem nie, alhoewel daar talle verwysing is na die Engelse, die Amerikaanse en selfs die Duitse reg. Daarteenoor word in *Master v African Mines Corporation Ltd*³⁹⁵ gesê dat die hof die Romeins-Hollandse reg toepas, nie die Romeinse reg van Justinianus nie.

In sy artikel *Animus Iniuriandi in Defamation*³⁹⁶ noem Price 'n hele aantal sake. Die eerste, sê hy, is *Mackay v Philip*³⁹⁷ waarin die hof dit as vanselfsprekend aanvaar dat die Romeins-Hollandse *animus iniuriandi* 'n noodsaaklike vereiste is by laster. Hy sê voorts in die artikel hierdie saak “*was followed consistently in case after case for nearly fifty years.*”³⁹⁸ Price merk voorts op dat die word “*malice*” stadigaan in beslissings genoem word, maar waar dit gebruik word, is dit klaarblyklik beskou as niks meer nie as 'n term wat gerieflikheidshalwe gebruik is vir *animus iniuriandi*.³⁹⁹

Na 1915 het die Transvaalse howe se beslissings in die teenoorgestelde rigting beweeg, weg van Romeins-Hollandse gesag. In *Jooste v Claassens*⁴⁰⁰ het die verweerder in 'n lastersaak staatgemaak op 'n verweer van die afwesigheid van *animus iniuriandi* tydens nie-

³⁹⁴ 1896 3 Off Rep 244.

³⁹⁵ 1907 TS 925.

³⁹⁶ TW Price: 1949 SALJ, 66.

³⁹⁷ 1830 1 Menzies 455.

³⁹⁸ Op p. 7. Van die sake wat hy noem is *Sparks v Hart* 1833 3 Menzies 3, *Moody v Fairburn* 1837 3 Menzies 14, *Lewison v Philips* 1842 3 Menzies 37, *Hill v Curlewis* 1841 3 Menzies 520, *Norden v Oppenheim* 1846 3 Menzies 42 op p. 53, *White v Plikington* 1851 1 Searle 107 op p. 119, *Fick v Watermeyer* 1874 Buch 89 op p. 89; *De Jager v Bryant* 1875 Buch 145.

³⁹⁹ Price TW : *Op. cit.*, p. 7.

⁴⁰⁰ 1916 TPD 273.

geprivilegeerde omstandighede, en daar is teen hom beslis. Regter Mason het ⁴⁰¹ die indruk geskep dat *dolus* kleurloos kan wees, anders as wanneer 'n onregmatige daad beoog word. Regter Mason sowel as Regter Gregorowski het aangedui dat daar buite om bepaalde verweres soos privilegie en regverdiging geen moontlikheid bestaan het om 'n lasteraksie teen te staan op grond van die afwesigheid van 'n *animus iniuriandi* nie. Dit was juis die *ratio decidendi* van Regterpresident De Villiers in *Laloe Janoe v Bronkhorst*.⁴⁰²

Tohill v Foster,⁴⁰³ *Mankowitz v Geyser*⁴⁰⁴ en *Barry v Bayer*⁴⁰⁵ het die voorbeeld van *Jooste (supra)* en *Laloe Janoe (supra)* gevolg. Die Appèlhof het egter nie aan hierdie neiging meegedoen nie, maar “*the pendulum has swung both ways as far as dicta are concerned.*”⁴⁰⁶ Dus is daar in *Kleinhans v Usmar*⁴⁰⁷ 'n gedeelte van die beslissing van Hoof-Appèlregter De Villiers wat sterk herinner aan wat hy in *Laloe Janoe (supra)* gesê het, naamlik sy verwysing na die Engelsregtelike verweer van privilegie.

In *Nasionale Pers v Long*⁴⁰⁸ slaan Regter Wessels die teenoorgestelde rigting in. Voorts sê Appèlregter Tindall in *Young v Kennedy*:⁴⁰⁹

‘As the Court cannot look into the mind of the speaker, it starts with the principle that a man is presumed to intend the natural consequences of his acts and, therefore, that a person who

⁴⁰¹ Op p. 730-1.

⁴⁰² 1918 TPD 165, p. 168-9.

⁴⁰³ 1925 TPD 857, p. 862-3.

⁴⁰⁴ 1928 OPD 138, p. 139.

⁴⁰⁵ 1937 SWA 73, p. 97.

⁴⁰⁶ Regter De Villiers in *Maisel v Van Naeren (supra)*, p. 844.

⁴⁰⁷ 1929 AD 121, p. 126.

⁴⁰⁸ 1930 AD 87, pp. 99 -100.

⁴⁰⁹ 1940 AD 258, pp. 277-8.

uses defamatory language of another is presumed to intend to injure. The variety of circumstances, however, under which defamatory words may be spoken shows that in many cases the speaker is not moved to say the objectionable words through *animus iniuriandi*. As reported cases multiply, an attempt to classify the decisions and to use concise and convenient

terminology for the purposes of classification is only to be expected. Thus the term "privileged occasion" has been adopted as a comprehensive term for denoting a certain class of case where the special circumstances in which the words are spoken *prima facie* negative existence of malice. For the sake of convenience of expression we make use of the terminology used in the English decisions. But that does not mean that we do not apply the principles of our own law.'

In *Basner v Trigger*⁴¹⁰ sê Appèlregter Schreiner dat, histories gesien, daar geen twyfel bestaan nie dat die *animus iniuriandi* of bedoeling om te skaad of te veronreg, die kern is van 'n lasteraksie nie. Die verweerder moet hierdie bedoeling weerlê om die eis af te weer. Daar moet op enige manier bewys gelewer word. Met verloop van tyd het daar egter in die Suid-Afrikaanse reg sekere vasgestelde stereotipes lasterverwere ontstaan, byvoorbeeld privilegie en billike kommentaar. Die trefwydte van ander verwere waarvoor daar gesag bestaan (soos *rixa*, *compensatio*, 'n grap en 'n fout) is onseker. Die groei van regsreëls en idees is algemeen en dikwels nuttig in die ontwikkeling van die reg. Groepe sake wat 'n ooreenkoms toon, kan op dieselfde grondslag beoordeel word, en dit kan versterk tot 'n reël wat alle sake dek. Buigzaamheid word ingeboet, maar regsekerheid word so verkry. Aangesien dit nog nie seker is of die lys van verwere vasstaan nie, kan die uitdrukking *animus iniuriandi* nog gebruik word.

Regter De Villiers is in die *Maisel*-saak van mening dat die voorgestelde verwere eintlik net neerkom op die klassifikasie van besliste sake en die aanvaarding van gerieflike terminologie vir die doel van sodanige

⁴¹⁰ 1946 AD 83, pp. 94-5.

klassifikasie.⁴¹¹ *Laloe Janoe* poog om die verweer te beperk tot 'n stel verwere en dit, sê Regter De Villiers, berus op niks anders nie as 'n interpretasie van die *Jooste*-saak en 'n waninterpretasie van Voet,⁴¹² tesame met die invloed van die benadering van die afwykende Engelse reg. Regter De Villiers verkies om die vroeëre volbank-beslissings van die Kaapse Hooggeregshof in *Botha v Brink* en *Bennett v Morris* (*supra*) te volg. Die navolging van *Jooste*, *Laloe Janoe* en *Young* sou die aanvaarding van die Engelse reg aangaande aanspreeklikheid vir laster beteken, aldus Regter De Villiers.⁴¹³

Die grondslae van die Engelse en Romeins-Hollandse regstelsels ten opsigte van delikte verskil wesenlik. Oor die algemeen kan gesê word dat alle aanspreeklikheid vir delikte in die Romeinse gemenereg op die aanwending van die beginsels van die *actio iniuriarum* en die *actio legis Aquiliae* berus soos hulle deur die eeue ontwikkel het, en die skuld van die verweerder in die vorm van *dolus* of *culpa* is wesenlik in elke saak. Die Engelse reg is in dié opsig baie meer kasuïsties en selfs arbitrêr.⁴¹⁴

Bliss haal in *Belediging in die Suid-Afrikaanse reg*⁴¹⁵ uit Miles⁴¹⁶ aan:

'To put it briefly, there is no English law of torts, i.e. a list of acts and omissions which, in certain conditions, are actionable..... If the layman wants to know the nature of those breaches of duty which give rise to actions for damages the only answer that can be given is: "Read this and the preceding volume." '

⁴¹¹ *Maisel v Van Naeren* (*supra*), p. 516.

⁴¹² 47.10.20, aangehaal in *Maisel v Van Naeren* (*supra*).

⁴¹³ *Maisel v Van Naeren*, *supra*, p. 517.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 517.

⁴¹⁵ Bliss Maurice : *Belediging in die Suid-Afrikaanse reg*, p. 94.

⁴¹⁶ Miles Sir John C : *Digest of English Civil Law*, Book II, Part III, Preface xiii – xiv.

Daar is 'n aantal verdere probleme wat voortspruit uit die toenadering tot die Engelse reg, volgens Price,⁴¹⁷ aangesien regsekerheid beswaarlik deur 'n litigant ondervind kan word vir wie sukses of nie afhang van die “skepping” of “erkenning” van 'n nuwe tipe privilegie deur die hof. Vergelyk ook Parsons⁴¹⁸ wat daarop wys dat die hof kasuïsties te werk moet gaan met baie min leiding.

As daar sterk leiding gesoek word, is dit beter om na die stelsels van die Wes-Europese vasteland te kyk, want, alhoewel gekodifiseer, “*they have their roots in the same historical soil as our own law,*” per Regter De Villiers.⁴¹⁹ Van der Linden verwys na “oogmerk om te beledig”, bedoelende opset of *dolus*. Vergelyk ook Asser: *Nederlands Burgerlijk Recht*,⁴²⁰ waar die ooreenstemmende artikel (261) van die Nederlandse Strafwet sê dat die vereiste as “opzettelijk” aangedui word. Die sake van *Whittaker v Roos and Bateman*⁴²¹ en *Shahmahomed v Hendriks and Others*⁴²² bewys dat Romeins-Hollandse reg nie deur ons howe afgeskryf is nie. Vergelyk egter McKerron wat sê⁴²³ die beginsel van die Romeins-Hollandse reg “*is opposed to modern ideas*”. De Wet en Swanepoel⁴²⁴ betwyfel dit, ook Metzger⁴²⁵ en Asser.⁴²⁶

⁴¹⁷ SALJ, 11, p. 28.

⁴¹⁸ THRHR 1951, p. 215; Gattley p. 195.

⁴¹⁹ Die *Maisel*-saak (supra), p. 518.

⁴²⁰ 1954 Part iii, Volume ii, p. 615.

⁴²¹ 1912 AD 92.

⁴²² 1920 AD 151.

⁴²³ *The Law of Delict*, 5de uitgawe, pp. 52-53.

⁴²⁴ De Wet JC en Swanepoel: *Strafwet*, p. 102-4.

⁴²⁵ Metzger E: *Strafrecht* II Besonderer Teil, pp. 92 & 102.

⁴²⁶ Asser C: *Op. cit.*, pp. 513 & 516.

3.3. DIE WENSLIKHEID VAN “VERMENGING”.

Baie skrywers het al groot lof uitgespreek vir die voortreflikheid van die Romeins-Hollandse reg as regstelsel. Vindex⁴²⁷ sê byvoorbeeld in 1901:

‘What Sir Matthew Hale has said of the English Common Law is equally true of our Roman-Dutch Jurisprudence. “It is not the product of wisdom of some man or society of men, in any one age, but of the wisdom, counsel, experience, and observation of many ages of wise and deserving men.” The Roman-Dutch system has admirably stood the test of time and has, in fact, within the last 25 years, instead of proving to be the law of a bygone age, manifested a vigour and growth and expansion of civilization in South Africa. This is due to the equitable spirit and practical adaptability of the Roman-Dutch law.’

Dis ‘n mooi uitspraak, maar, soos later bespreek sal word, moes ook die Romeins-Hollandse reg se “*equitable spirit*” ‘n paar diep driewe deur in ons latere regsgeskiedenis. Vergelyk Hahlo en Kahn⁴²⁸ se minder vleierende opmerking:

‘Excellent legal system though it was, it was 18th century law. Our courts have recognized that it may have to be developed and, to some extent, modified to meet conditions of our day.’

Die tydsverloop tussen hierdie uitspraak en dié van Vindex byna sestig jaar vroeër is natuurlik van belang. Ook Bodenstien reken in 1912 dat die Romeins-Hollandse reg die toets van die tyd deurstaan het,⁴²⁹ en wel

‘glansrik en door zijn innerlike waarde niet alleen behouden van de afstammelingen van het aloude voorgeslacht, dat met noeste vlijt het stelsel had opgebouwd, maar ook de genegenheid gewonnen van de Engelse Afrikaners, waaronder het vandaag stoere en krachtige verdedigers telt. De invloed van het

⁴²⁷ SALJ, 18 (1901) 153 en volgende, p. 159.

⁴²⁸ Hahlo HR en Kahn E : *The Union of South Africa*, p. 582.

⁴²⁹ Bodenstien HDJ : *Op. cit.* p.6.

Engels recht is niet te wijten aan miskenning of opzettelijke achteruitzetting van ons recht. De oorsaken zijn elders te zoeken.'

Na gemelde oorsake word hieronder vlugtig gekyk.

Voorts is dit in 1948 die mening van De Wet ⁴³⁰ dat infiltrasie van die Engelse reg nie die wese en karakter van die Romeins-Hollandse reg veel aangetas het nie. Hy sê:

'..... 'n onsistematiese en wetenskaplik onontwikkelde stelsel soos die Engelse reg (na die mening van die skrywer 'n stelling wat vatbaar is vir kritiek) kan nie 'n gesistematiseerde stelsel soos die Romeinse, en daarop gegronde Romeins- Hollandse, verdring of aanmerklik vervorm nie.... Ongewenste elemente van die Engelse reg, wat hier ingedring het, sal mettertyd uitgewerp word, want selfs 'n regstelsel duld in sy liggaam nie elemente wat hy nie kan oplos en verteer nie.'

Hy voeg egter by dat die invloed van die Engelse reg nie altyd nadelig was nie:⁴³¹

'Die intieme kontak met die ryke kasuïstiek van die Engelse reg het ook in menige opsig ons verryk met nuttige instellings soos die trust, of meegewerk om vergete of verskuilde beginsels van ons eie reg op die voorgrond te stel... Engelse beïnvloeding moet dus nie sonder meer veroordeel word nie, maar, waar dit nuttig kan wees, op verstandige wyse aangewend word en in die regte rigting gestuur word.'

Dit is 'n volkome aanvaarbare houding.

Van Zyl ⁴³² sluit hierby aan as hy sê dit is, wat die verhouding tussen die Romeins-Hollandse reg en die Engelse reg in Suid-Afrika betref, 'n voldonge feit dat Engelsregtelike beïnvloeding hier te lande op groot skaal

⁴³⁰ De Wet JC : *Op. cit.*, p.3.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 3.

⁴³² Van Zyl, DH : *Op. cit.*, p. 500.

plaasgevind het en dat dit goed werk in die praktyk. Mits hierdie beginsels, wat ons hoewe of die wetgewer trag in te voer of verder te omlin, wetenskaplik verantwoord word, met inagneming van die bestaande gemeenregtelike beginsels en die behoeftes van die tyd, kan daar geen beswaar teen die gebruikmaking van die Engelsregtelike presedente of regsbeginnsels wees nie. In hierdie opsig moet genoem word dat daar ook by wyse van regsvergelyking uit die Engelse reg geput word, veral as ons in aanmerking neem dat die Engelse reg self nie vry is van Romeinsregtelike beïnvloeding nie (vergelyk Vindex⁴³³), terwyl dit as ongekodifiseerde stelsel in sekere opsigte nader aan die Suid-Afrikaanse reg is as aan die reg van lande waar kodifikasie plaasgevind het. Hiermee moet akkoord gegaan word.

Die posisie kan vergelyk word met die aanvaarding van anglisismes in die Afrikaanse taal: Die eie wat funksioneel is, moet gehandhaaf word. Alles wat na Engels klink, moet egter nie dadelik nek omgedraai word of soos 'n pessiekte vermy word nie – dikwels is so 'n woord of uitdrukking glad nie eers direk uit Engels afkomstig nie, dit het Afrikaans moontlik via ander weë vanaf Grieks en Latyn bereik. Wanneer dit dus 'n leemte vul, moet dit verwelkom word, want dit verryk in plaas van besoedel.

Alhoewel daar tot dusver slegs na Engelsregtelike invloed verwys is, geld dieselfde argumente ook ten opsigte van ander regstelsels. Sodanige beïnvloeding was lank minimaal, maar is uiteindelik, byna twee dekades na die inwerkingtreding van die Grondwet van Suid-Afrika, met goeie gevolg aan die toeneem, vergelyk byvoorbeeld *Ferreira*⁴³⁴ wat later uitvoerig bespreek word. Dit moet verwelkom word.

⁴³³ Vindex : *Op. cit.*, 159.

⁴³⁴ 2004 (4) All SA 373 (SCA).

3.4. ENGELSREGTELIKE BEÏNVLOEDING

Die indringing van die Engelse reg moet noodwendig teen die sosio-politieke agtergrond van die 19de-eeuse Kaap nagespoor word. Daar was 'n tydperk van Engelse politieke oorheersing as gevolg van die besetting van die Kaap in 1806 en die latere anneksasie van Natal, die Vrystaat en Transvaal. Hierdie oorheersing het verskeie nuwe aspekte voortgebring wat noodwendig tot Engelse beïnvloeding moes lei. Die agtste artikel van die Kapitulasie-akte van 10 en 18 Januarie 1806 het voorsiening gemaak vir die behoud van burgerregte en voorregte, insluitende onder andere die toepassing van die Romeins-Hollandse reg.⁴³⁵ Nogtans het die Engelse reg se invloed dadelik gewys en dis versterk deur die aankoms en vestiging van die Britse Setlaars in 1820.⁴³⁶ Vyfduisend Britse Setlaars moes “*serve as a human barrier to keep out the belligerent Xhosas on the western side of the Fish River.*”⁴³⁷

Daarna het Lord Charles Somerset, die goewerneur, met 'n algehele verengelsingsbeleid begin wat die reg ingesluit het,⁴³⁸ al was daar geen openlike poging aan die kant van die Britse regering om die Romeins-Hollandse reg uit te skakel nie.⁴³⁹ Die eerste *Charter of Justice* (1827) wat die eerste hooggeregshof ingestel het – bestaande uitsluitlik uit Britse regters – het naamlik die hof die taak opgelê om die Romeins-Hollandse

⁴³⁵ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p. 207. (Dit was ook die metode wat deur die Romeinse Ryk toegepas is: oorwonne gebiede kon hul eie regstelsels behou.)

⁴³⁶ *Ibidem*, p. 207, paragraaf 4.2.4: Die Britse koloniste is na die 1819-sensus wat getoon het hoe skraal die Britse gemeenskap aan die Kaap was, doelbewus aangevul deur die vestiging van setlaars (in veral die Grahamstad-gebied). Ná 1820 is die verengelsingsbeleid met mening nagestreef.

⁴³⁷ Theal G Mc: *History of South Africa, 1795 – 1834*, p.428-429.

⁴³⁸ Mostert DF : *Op. cit.*, p 4.

⁴³⁹ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p. 207.

reg toe te pas.⁴⁴⁰ Ook die tweede *Charter of Justice* (1832) maak in artikel 32 daarvoor voorsiening dat die bestaande wette van die Kolonie op daardie tydstip nog erken en toegepas moes word.⁴⁴¹ Een van die *puisne* (van 'n laer rang) regters, Regter Menzies, kan waarskynlik die eerste belangrike interpreteerder van die Romeins-Hollandse reg genoem word.⁴⁴² Hahlo en Kahn⁴⁴³ noem die nie-bestaan van 'n Romeins-Hollandse regscode as een van die redes waarom Engelse beïnvloeding in so 'n hoë mate plaasgevind het: “*In Quebec and Louisiana codes acted as dykes against the incoming tides, keeping the common law flood down, though not entirely out. There was no such dyke in South Africa.*”⁴⁴⁴ Die invloed van die Engelse reg op die reg van Suid-Afrika het gegroei en gekwyn saam met die mag en prestige van Groot Brittanje. Dit het 'n hoogtepunt bereik gedurende die halfeeue van 1860 tot 1910, en Hahlo en Kahn sê:

‘When the sun of the British Empire stood at its zenith and Britannia, firmly and indisputably, ruled the waves, by a process of imperceptible accretion, not unlike *alluvio*, aided by legislation with an English bias, a layer of English rules and concepts became superimposed upon the law of Grotius and Voet. Roman-Dutch law was assuming an anglicised look.’⁴⁴⁵

Mostert⁴⁴⁶ stip die redes vir die beïnvloeding soos volg aan:

- Die regters is Engels-regtelik opgelei. Verskeie faktore het ook veroorsaak dat hulle hul voortdurend na die Engelse reg gewend het:

⁴⁴⁰ Vindex : *Op. cit.*, p. 155.

⁴⁴¹ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p 209.

⁴⁴² Vindex : *Ibidem*, p. 155.; Cowen DV : *The History of the Faculty of Law in the University of Cape Town 1859 – 1959, Acta Juridica* 59, p. 5.

⁴⁴³ Hahlo HR en Kahn E : *The SA Legal System*, p. 578.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 578.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 578.

⁴⁴⁶ Mostert DF : *Op. cit.*, p 5.

Die prosesreg en bewysleer was Engelse reg; die regters was vertrouwd met die Engelse reg, maar nie die Romeins-Hollandse reg nie; Engelse reg was beskikbaar – die Romeins-Hollandse reëls was moeilik naspeurbaar en die bronne moeilik bekombaar; die *Privy Council*⁴⁴⁷ was die hoogste hof en het in 'n mate 'n gelykmakende invloed gehad; die handelsreg was vir alle praktiese doeleindes suiwer op die Engelse reg gebaseer en die raadpleeg van Engelse beslissings was noodsaaklik; die taal in die hof was Engels en die hofverslae was in Engels.

- Die wetgewer het op groot skaal uit die Engelse reg oorgeneem.
- Die opleiding hier te lande is aanvanklik nie deur kenners van die Romeins-Hollandse reg aangebied nie.⁴⁴⁸
- Die verowering van Transvaal, Natal en die Vrystaat het meegebring dat die Engelsregtelike beïnvloeding daarheen uitgebrei is.⁴⁴⁹
- Die Engelse staatsreg met die parlementêre stelsel en konvensies het die oornam van Engelsregtelike beginsels aangemoedig.⁴⁵⁰

Voorts het die leerstuk van *stare decisis* ook 'n belangrike faktor geword om die Engelse reg te perpetueer.⁴⁵¹ Die oornam van hierdie leerstuk was waarskynlik 'n gevolg van die Engelse regsopleiding van die vroeëre regters en die behoefte aan sekerheid “*in a welter of often obscure and inaccessible authorities...*” (Hahlo en Kahn).⁴⁵²

Hierbo is genoem dat die wetgewer swaar geleun het op Engelse

⁴⁴⁷ Formele liggaam van Raadgewers van die Britse monarg – senior politici, lede van *die House of Commons of House of Lords*; [Wikipedia.org/wiki/privy_council](https://www.wikipedia.org/wiki/privy_council); 2013/12/05.

⁴⁴⁸ Mostert DF : *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p.5.

⁴⁵¹ Hahlo HR en Kahn E : *The Union of South Africa*, p.29.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 29.

presedente, sodat daar veral voor, maar ook na 1910 deur middel van wetgewing ruimskoots Engelse resepsie plaasgevind het, en dit was die taak van die howe om hierdie wette te vertolk. Oor die algemeen kan daar geen wesenlike beswaar teen die invoer van Engelse reg langs hierdie weg wees nie, veral op die gebied van die maatskappyereg, insolvensiereg, versekeringsreg, wisselreg en bankreg, terreine wat verreweg nie so ontwikkel was in die Romeins-Hollandse reg as in die Engelse reg nie.⁴⁵³ Die ou *lex mercatoria*⁴⁵⁴ met sy universele karakter het egter na die mening van die skrywer heelwat invloed op altwee dié stelsels gehad wat groot ooreenkomste op hierdie gebied van die reg tot gevolg gehad het. As sodanig was die “verengelsing” van die betrokke genoemde terreine ‘n opbouende en verrykende proses. Ongelukkig is sekere Engelsregtelike beginsels van algemene aard en sekere regsterminologie ook via sodanige wetgewing ingevoer (vergelyk die leerstuk van *stoppage in transitu*)⁴⁵⁵ al het die Romeins- Hollandse reg nie oor soortgelyke beginsels en terminologie beskik nie. Dit het verwarring veroorsaak by die uitleg van wetgewing, aangesien daar gepoog is om die Engels-georiënteerde wetgewing in ‘n Romeins-Hollandse keurslyf in te gord. Sir John Wessels se kritiek ten opsigte van die wetgewing wat voor 1910 uitgevaardig is, het bly geld met betrekking tot latere

⁴⁵³ Hosten WJ *et al.* *Op. cit.*, pp. 542 – 629.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 542. Die *lex mercatoria* het reeds in 5000 v.C begin ontwikkel, en aanhou ontwikkel. Dit het uit die gebruike van handelslui gegroei en was nie gebonde aan die jurisdiksie of ryk van ‘n koning of keiser nie. Dis algemeen eerbiedig en eers later gekodifiseer.

⁴⁵⁵ Bodenstern HDJ : *Op. cit.*, p. 30 -31: dit is die bevoegdheid van die verkoper om op die goedere wat hy reeds na die koper laat vervoer het, beslag te lê voordat dit die koper bereik, sodat sy retensiereg as onbetaalde verkoper herleef, want volgens die Engelse reg het die blote koopkontrak die eiendomsreg laat oorgaan op die koper. Dit was totaal onnodig, want die lewering gaan selfs by kontantverkope na lewering nie oor nie, en die verkoper kan dus te enige tyd op die vervoerde goed beslag lê, ooreenkomstig die reg in Suid-Afrika.

wetgewing en die metode wat hy voorgestel het om verwarring en onsekerheid uit te skakel, is nog steeds (ten tye van die uitspraak) van toepassing. Ook Van Zyl sê: ⁴⁵⁶

'Lazy and ignorant draughtsmen have copied whole sections from English statutes without first inquiring how these conflicted with the principles of our law. Terms have been used which have a meaning in English law, but which are either meaningless in our law or have a quite different signification... The proper course to adopt is not to take over a whole department of English law *en globe* and to say that all English decisions up to a certain date shall apply, but to determine what principles of the English law are to be incorporated into our law, to formulate these principles so that they harmonise with the principles of our law, and then to give them legislative sanction...' ⁴⁵⁷

Daar kan as voldonge feit aanvaar word dat daar wel Engelse beïnvloeding was en die vraag het ontstaan wat daaromtrent gedoen moes word en of optrede enigsins nodig is/was. Die regs fakulteite van die universiteite van Kaapstad, Stellenbosch en Suid-Afrika (UNISA) het gedurende die twintigerjare van die vorige eeu die eerste begin om die Romeins-Hollandse reg wetenskaplik te benader en het beswaar gemaak teen die volgehoue anglisering van die Suid-Afrikaanse reg.⁴⁵⁸ Met die totstandkoming van die universiteit van Pretoria het daar 'n ommekeer gekom met betrekking tot die voorliefde vir die Engelse reg,⁴⁵⁹ veral as gevolg van die werk van professor D Pont.⁴⁶⁰ Die bydrae van professor

⁴⁵⁶ Van Zyl DH : *Op. cit.*, pp. 494, 495.

⁴⁵⁷ Wessels JW : *History of the Roman Dutch law*, pp. 399-401. Sien ook Hosten WJ *et al.*: *Op. cit.*, pp. 220-221 waar die slaafse oornome gekritiseer word as onkunde aangaande elementêre regsdenke.

⁴⁵⁸ Hosten WJ *et al.*: p. 223; Deur Wette 14 en 13 van 1916 respektiewelik is die universiteite tot stand gebring, soos wat Bodenstien al in sy intreerede van 1912 bepleit het.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, p 223.

⁴⁶⁰ Mostert DF : *Op. cit.*, p. 5.

Robert Warden Lee was verder van groot waarde. Sy boek *An Introduction to Roman Dutch Law* wat in 1915 vir die eerste keer verskyn het, het baie jare lank die standaardhandboek op die gebied gebly.⁴⁶¹

Soos genoem, is die invloed op die privaatreë nie heeltemal so sterk nie. Die persone- en familiereg⁴⁶² het deurgaans vry gebly van Engelse invloede, soos meestal ook die sakereg.⁴⁶³ In die erfreg het die Suid-Afrikaanse reg die beginsel van feitlik onbeperkte testeervryheid van die Engelse reg oorgeërf.⁴⁶⁴ Dit was wel ook kenmerkend van die Romeins-Hollandse reg, maar hier is verder gegaan deur, in navolging van Engelse wetgewing, die legitieme porsie af te skaf -- wat later weer in Engeland in ere herstel is!⁴⁶⁵ Ook ons Wet op Testamente⁴⁶⁶ is hoofsaaklik 'n navolging van parallelle Engelse wetgewing. Die toenemende invloed op die kontraktereg is in 'n mate gestuit veral deur die reaksie van regsrywers soos De Wet en Yeats.⁴⁶⁷ Nogtans is daar heelwat spore van die *common law* te vind: Die beginsel van estoppel, repudiëring as vorm van kontrakbreuk, aanspreeklikheid vir onskuldige wanvoorstelling, wetgewing aangaande huurkontrakte en huurkoop, en die betreklik willekeurige gebruikmaking van fiksies in die vorm van "*implied conditions or terms*" is voorbeelde.⁴⁶⁸ Desnieteenstaande is die Suid-Afrikaanse kontraktereg basies nog Romeins-Hollands. Dieselfde geld wat die

⁴⁶¹ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p 223.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 315; vergelyk die ontwikkeling van die huweliksreg.

⁴⁶³ Vergelyk talle hofsake waarin die Engelse reg verwerp is, soos *Regal v African Superslate (Pty) Ltd*, 1963 (1)SA 102 (A).

⁴⁶⁴ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p. 393.

⁴⁶⁵ Hosten WJ : *UNISA-studiegids* (1977) (2) *Regsvergelyking*, p. 81.

⁴⁶⁶ Wet 7 van 1953.

⁴⁶⁷ De Wet JC en Yeats JF: *Die Suid-Afrikaanse Kontraktereg en Handelsreg* .

⁴⁶⁸ Hosten WJ : *UNISA-studiegids* (1977) (2) (*Regsvergelyking*), p. 81.

deliktereg betref: Die eenvoudige struktuur op die basis van die *lex Aquiliae*⁴⁶⁹ en die *actio iniuriarum*⁴⁷⁰ het behoue gebly, hoewel verwarring veroorsaak is deur die indringing van die Engelse “*duty of care*”. Laasgenoemde is deur die meeste regsrywers gekritiseer, soos reeds in 1948 deur De Wet.⁴⁷¹ ‘n Soortgelyke Engelse invloed in die lasterreg het reeds teen die sestigerjare van die vorige eeu begin taan, vergelyk *Gelb v Hawkins*⁴⁷² en *Maisel v Van Naeren*.⁴⁷³ Die strafreg het sterk wal gegooi teen sekere Engelsregtelike opvattinge, byvoorbeeld aanspreeklikheid sonder skuld en die *versari*-leer. Laasgenoemde is gedeeltelik aan die meer primitiewe Romeinse reg toe te skryf. Hieronder word die proses van ontslae raak van Engelsregtelike beginsels verder belig.

Waar die Suid-Afrikaanse reg sy toevlug tot die Engelse reg geneem het, het dit in ‘n hoë mate daarin geslaag om die Engelse beginsels só toe te pas dat hulle sover moontlik in die kader van die Romeins-Hollandse reg inpas, en dan kan daar slegs van verryking sprake wees. Die Suid-Afrikaanse reg, veral deur middel van die Appèlhof, het dus ‘n antwoord gevind op die moeilike vraagstuk van ‘n harmoniese sintese tussen *common law* en die Romeins-Germaanse reg. Die oorneem van die trust-

⁴⁶⁹ Hosten WJ *et al* : *Op. cit.*, p. 492: Algemene beginsels van aanspreeklikheid is op grond van die *actio legis Aquiliae* ontwikkel, dus het Suid-Afrika ‘n algemene deliktereg en nie soos die Engelse reg ‘n stelsel van afsonderlike delikte elk met sy eie stel reëls nie.

⁴⁷⁰ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, pp. 492 - 493. Dit kon gebruik word vir alle gevalle van *iniuria*, dit wil sê die opsetlike skending van ‘n ander se persoonlikheid.

⁴⁷¹ De Wet JC : *Op. cit.*, p. 3.

⁴⁷² 1959 PH (J) 20 (W): die twee bogenoemde aksies (*Aquiliae* en *iniuria*) kon gelyk ingestel word as ‘n handeling wat ‘n persoon se persoonlikheidsreg krenk, tegelyk ook vermoënskade veroorsaak.

⁴⁷³ 1960 (4) SA 836 (K): Regter De Villiers sê as daar na ander regstelsels gekyk word vir die toepassing van moderne omstandighede, moet die Wes-Europese regstelsels verkies word, aangesien hulle hul wortels in dieselfde historiese grond het as die Suid-Afrikaanse regstelsel.

instelling is 'n goeie voorbeeld hiervan.⁴⁷⁴ Dit wat betref die substantiewe reg.

In die materiële reg is die invloed van die *common law* baie duidelik.⁴⁷⁵ Die dele van die reg wat die sterkste deur die Engelse reg beïnvloed is, is waarskynlik die handelsreg, prosesreg en bewysreg, soos hierbo genoem.⁴⁷⁶ Veral die handelsreg is in 'n groot mate Engelse reg, soos 'n mens kan verwag waar 'n hoogs ontwikkelde handelsnatie 'n ietwat geïsoleerde nasie op dié gebied ontmoet.⁴⁷⁷ Dit is uiteraard in teenstelling met die huidige situasie van globalisering, maar die handelsreg het reeds baie lank gelede sy beslag gekry. In die lig van Suid-Afrika se handelsbetrekkinge met Groot Brittanje het die beïnvloeding op hierdie gebied nooit veel kritiek uitgelok nie.

By die proses- en bewysreg is die posisie anders: Ook dié is feitlik deurgaans Engelsregtelik georiënteerd, maar waar baie van die tersaaklike reëls in die Engelse reg verklaarbaar is op grond van hul historiese ontwikkeling, is hulle vir diegene wat gewoon is aan die Suid-Afrikaanse reg en vir wie hierdie historiese tradisie vreemd is, baie keer onlogies en selfs onaanvaarbaar. Baie van die verstarde opvattinge, byvoorbeeld die reëls in verband met hoorsêgetuïenis, is in die verlede kwaai gekritiseer as verstarde opvattinge.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ Hosten WJ *et al* : *Op cit.*, p 392, voetnoot 103: Die trust kom van die Engelse reg, maar verskil daarvan aangesien die begunstigde slegs 'n persoonlike vorderingsreg het teenoor die trustee om uitvoering van sy pligte ingevolge die trust te eis.

⁴⁷⁵ Hosten WJ : *UNISA-studiegids* (1977) (2) (*Regsvergelyking*), pp. 81-83.

⁴⁷⁶ Mostert DF : *Op. cit.*, p10.

⁴⁷⁷ Het Napoleon dan nie spottenderwys na die Engelse verwys as “*a nation of shopkeepers*” nie?

⁴⁷⁸ Hosten WJ : *UNISA-studiegids* (1977) (2) (*Regsvergelyking*) p. 81.

Die Suid-Afrikaanse regsbronne toon kenmerke van altwee stelsels, die Romeins-Germaanse en die *common law*. Kortliks -- soos die Britse -- word die Suid-Afrikaanse gemenerereg beskou as basis van die reg oor die algemeen, met die wettereg as beperkings en uitsonderings daarop. Anders as die *common law*, word die gemenerereg nie uitsluitlik gevind in vroeëre hofbeslissings nie, maar in die ouer regsbronne soos die ou regswerke. Dit sluit in van die Glossatore tot die Pandektiste,⁴⁷⁹ en selfs die Romeinse reg, hoewel hofuitsprake as regsbron in Suid-Afrika meer gesag geniet as op die Vasteland.⁴⁸⁰ Die “kodes”, soos die maatskappywet, boedelwet en strafproseswet,⁴⁸¹ word liever as eerste kenbron beskou en die gemene reg as aanvullend. Die gesag van die hofuitsprake is ook ‘n sintese. Die *stare decisis*-reël is beslis nie so sterk as in Brittanje nie,⁴⁸² aangesien nóg die provinsiale hofe nóg die Appèlhof in die verlede gekroom het om van die vroeëre **onaanvaarbare** of blatant verkeerde beslissings af te wyk, hoewel hulle, waarskynlik onder Engelse invloed, slegs met goeie motivering beslissings omvergewerp het of in die toekoms sal omverwerp. Ook wat die inhoud van uitsprake betref, is daar verskille: Die Suid-Afrikaanse hofe soek in die Vastelandse tradisie eerder na die logika en beginsels, teenoor die Engelse *pedigree*,⁴⁸³ en die Suid-Afrikaanse hofe verwys meer na regswetenskaplike, selfs regsvergelykende werke. Ook hier bied die Suid-Afrikaanse reg egter die beeld van ‘n kompromis -- die regters is, in die lig van die ou “universiteitstradisie” van die *civil law*, geneig om, meer as die

⁴⁷⁹ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p. 149-153; Hulle is skrywers wat aantekeninge geskryf het oor die *Corpus Iuris Civilis* oftewel die vier dele van die Romeinse reg wat keiser Justinianus (483-565 v. C.) laat kodifiseer het.

⁴⁸⁰ Hosten WJ : *UNISA-studiegids* 1981 (2) (*Regsvergelyking*), p. 82.

⁴⁸¹ Onderskeidelik Wet 46 van 1926/ 61 van 1973; 24 van 1913/ 66 van 1965 en 51 van 1977.

⁴⁸² Hosten WJ : *Op. cit.*, p. 82.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 83.

Engelse regters, akademiese werke in ag te neem.⁴⁸⁴ Soos die Engelse is die howe egter traag om op die eenstemmige aanbevelings of kritiek van die regsrywers te reageer.⁴⁸⁵

Wat die regsbenadering in Suid-Afrika betref, is die reg veral die afgelope jare meer geneig tot die Europese logiese as die Engelse kasuïstiese benadering.⁴⁸⁶

Die Suid-Afrikaanse regsrywers⁴⁸⁷ het hulle nog steeds beywer vir 'n meer regswetenskaplike benadering, gebaseer op die ou Romeins-Hollandse tradisie en op algemene regsistematiese en regsvergeljkende oorwegings. Die meer individualistiese regsbenadering toon Engelse invloed teenoor die Vastelandse "sosialistiese" benadering as gevolg van toenemende industrialisasie en verstedeliking.⁴⁸⁸ Dis 'n proses wat in Suid-Afrika teen die einde van die twintigste eeu en selfs die begin/middel van die tweede dekade van die een-en-twintigste eeu nog nie geheel en al voltooi is nie. 'n Toenemende invloed na stede stel steeds nuwe eise aan die regstelsel om nuwe vereistes ten opsigte van byvoorbeeld die mynbou, grondeise en dienstevoorsiening te akkommodeer.

Suid-Afrika het ook die groot klassifikasies van die Vasteland (privaatreg/handelsreg, en privaatreg/administratiefreg) vrygespring⁴⁸⁹ en

⁴⁸⁴ Hosten WJ : UNISA *Studiegids* (1977) (2) (*Regsvergeljking*) p. 83.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁸⁶ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁸⁷ Byvoorbeeld Robert Warden Lee, D Pont, HR Hahlo en Ellison Kahn; HDJ Bodenstein, TW Price, JC De Wet en JP Yeats, DF Mostert, WJ Hosten, NJ van der Merwe en JC Smith wat sê "*The common law cuckoo has already laid too many eggs in the eagle's nest.*"

⁴⁸⁸ Hosten WJ : UNISA *Studiegids* (1977) (2) (*Regsvergeljking*), p. 84.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 84.

het geredelik die Engelse eenvormigheid in hierdie verband as vanselfsprekend aanvaar – ‘n houding wat te verwelkom is. Dit lewer probleme op en die Vasteland toon die neiging om hierdie onderskeid af te skaf, byvoorbeeld die *Switserse Kode*⁴⁹⁰ en die *Ontwerp Meijers*.⁴⁹¹

3.5. DIE REGSTOEPASSING

In hierdie gedeelte word slegs gekyk na die regstoepassing soos deur die Appèlhof, vanweë die toonaangewendheid van die uitsprake van hierdie hof. Die Hoogste Hof van Appèl en die Konstitusionele Hof kom later aan die beurt, aangesien dit in hierdie gedeelte van die historiese oorsig nog nie bestaan het nie en dus geen rol gespeel het nie.

Die Engelsregtelike beïnvloeding van ons gemene reg het vanaf die 19de eeu voortgeduur tot die eerste gedeelte van die twintigste eeu, maar die totstandkoming van die reeds genoemde regs fakulteite van die universiteite van Kaapstad en Suid-Afrika, maar veral Pretoria en Stellenbosch in die twintigerjare het ‘n terugkeer na die Romeins-Hollandse reg in sy “suiwer” vorm aan die gang gesit,⁴⁹² veral met professore Bodenstern aan die Stellenbosch-universiteit en professor D Pont aan die Pretoria-universiteit. Dit het ook gelei tot die stigting van die Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg (THRHR) in 1937, en die verklaarde oogmerk daarvan was om die Romeins-Hollandse reg sy regmatige plek in die Suid-Afrikaanse regstelsel te besorg. Volgens

⁴⁹⁰ Dit bestaan nie meer in die moderne Switserse Kode nie – Hosten WJ : *Studiegids (2) (supra)*, p. 84.

⁴⁹¹ Nuwe Burgerlike Wetboek, in opdrag van die Nederlandse koningin Juliana in 1947. Dis vernoem na Eduard Meijers, politikus: www.Wikipedia.org/wiki, 2013/12/05; Hosten WJ; *Op.cit*, p. 84.

⁴⁹² Voetnoot 458 hierbo oor die universiteite van Kaapstad, Stellenbosch, Pretoria en UNISA.

Mostert was die South African Law Journal (SALJ), daarteenoor, veral die platform vanwaar die opvatting verkondig is van diegene wat 'n besondere piëteit vir die Engelse reg gehad het,⁴⁹³ soos Mc Kerron, PQR Boberg, RW Parsons, Dugard en *Proculus Redivivus*.⁴⁹⁴

Hierdie terugkeer na die Romeins-Hollandse reg in sy suiwer vorm (hierbo) het vanaf 1950 toe die *Privy Council* afgeskaf is, in momentum toegeneem.⁴⁹⁵ Ná Republiekwording in 1961 het die beweging in die rigting van 'n "suiwer" Romeins-Hollandse reg verskerp, maar gedurende die sewentigerjare het daar 'n ruimer opvatting van die begrip "gemene reg" ontstaan en volgens Van Zyl⁴⁹⁶ is daar eerder sprake van 'n werklike Suid-Afrikaanse gemene reg as van die "Hedendaagse Romeins-Hollandse reg". Vergelyk egter Mostert se houding.⁴⁹⁷ Vanaf sy ontstaan het die Appèlhof daadwerklik gepoog om, met inagneming van die heersende behoeftes, Romeins-Hollandse Reg as gemenereg toe te pas. So gebruik Lord de Villiers reeds in 1903 in *Henderson v Hanekom*⁴⁹⁸ die woorde wat in die subtitel van hierdie verhandeling aangehaal word: Al wil die Hof graag die Romeins-Hollandse Reg ongeskonde behou, moet daar natuurlikerwys 'n progressiewe ontwikkeling van die reg wees wat tred hou met moderne vereistes (die skrywer se vertaling). Dieselfde standpunt is deur Sir James Rose-Innes ingeneem in *Blower v*

⁴⁹³ Mostert DF : *Op. cit.*, p. 7.

⁴⁹⁴ Soms het van die skrywers wat nie geesdriftig was oor die resepsie van die Engelse reg nie, egter as reaksie op artikels in die SALJ ook hul standpunt gestel in die SALJ, soos Bodenstein in 1915 SALJ 337.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 9.

⁴⁹⁶ Van Zyl DH : *Op. cit.*, p 479.

⁴⁹⁷ Mostert verkies om konserwatief van die Romeins-Hollandse reg te praat.

⁴⁹⁸ 1903 20 SC 513, p. 519.

*Van Noorden.*⁴⁹⁹

‘There come times in the growth of every living system of law when old practice and ancient formulae must be modified in order to keep in touch with the expansion of legal ideas, and to keep pace with the requirements of changing conditions. And it is for the courts to decide when the modifications which time has proved to be desirable, are of a nature to be effected

by judicial decision, and when they are so important that they should be left to the legislature.’⁵⁰⁰

Hierdie beginsel is in 1975 herhaal per Appèlregter DH Botha in *Alpha Trust (Edms) Bpk v Van der Watt*:⁵⁰¹

‘Dit is moontlik dat waar die feite dit regverdig, ons howe ons reg in hierdie rigting kan aanpas om probleme, wat in die moderne handelsverkeer kan ontstaan, die hoof te bied.’⁵⁰²

Vergelyk ook die 1934-uitspraak in *Pearl Insurance Co. v Union Government*⁵⁰³ per Lord Tomlin :

‘That law (= Roman-Dutch law) is a **virile, living system** of law, ever seeking, as every system must, **to adapt** itself consistently with its inherent basic principles to deal effectively with the increasing complexities of modern organised society’ (die skrywer se beklemtoning).⁵⁰⁴

‘n Soortgelyke benadering is gevolg in *Green v Fitzgerald*⁵⁰⁵ waarin per Appèlregter Innes bevind is dat owerspel nie meer ‘n misdaad is nie aangesien so ‘n opvatting “*has become out of harmony with modern*

⁴⁹⁹ 1909 TS 890.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 905.

⁵⁰¹ 1975 (3) SA 734.

⁵⁰² *Alpha Trust (Edms) Bpk*, p. 749.

⁵⁰³ 1934 AD 560.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 563.

⁵⁰⁵ 1914 AD 88, p. 113.

views and unsuited to modern conditions”, en *Tjollo Ateljees (Edms) Bpk v Small*⁵⁰⁶ waarin die Romeinsregtelike beginsel van *laesio enormis* verwerp is as synde “*not in harmony either with immanent reason or public policy*”,⁵⁰⁷ per Appèlregter Toon van den Heever. Die parlement het daarna die nodige stappe gedoen om die leerstuk af te skaf.⁵⁰⁸ In bogenoemde saak noem dieselfde regter ook met goedkeuring dat ‘n onpraktiese regsreël wat deur die ou skrywers ondersteun is, in *Motan v Joosub*⁵⁰⁹ verwerp is.

In *Jajbhay v Cassim*⁵¹⁰ noem Hoofregter Stratford die Romeins-Hollandse reg ‘n lewende stelsel in staat tot groei en ontwikkeling. Vergelyk ook *Phame v Paizes*⁵¹¹ per Appèlregter Holmes: “*The relevant principles of the Roman-Dutch law can be adapted to a modern situation*”; in *S v Graham*⁵¹² sê Appèlregter Holmes voorts: “*However, the Roman-Dutch law is a living system, adaptable to modern conditions...*” Die *ratio vir* hierdie aanpasbaarheid word só uitgedruk deur Hoofregter Stratford in *Kergeulen Sealing and Whaling Co. Ltd v Commissioner for Inland Revenue*:⁵¹³ “*The practice of law, as a living system, is based rather on human necessities and experience of the actual affairs of men than on notions of purely philosophical kind...*”

⁵⁰⁶ 1949 (1) SA 856 (A).

⁵⁰⁷ *Tjollo Ateljees v Small*, p. 873.

⁵⁰⁸ Artikel 25 van die Algemene Regswysigingswet 32 van 1952. Die leerstuk het die koper van eiendom toegelaat om die kontrak te repudieer as die eiendom vir meer as tweemaal die werklike waarde verkoop is en indien die koper geweier het om toe te stem tot ‘n regstelling in ooreenstemming met die werklike waarde – Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p.250.

⁵⁰⁹ 1930 AD 61.

⁵¹⁰ 1939 AD 537, p. 542.

⁵¹¹ 1973 (3) SA 397 (A), pp. 418-419.

⁵¹² 1975 (3) SA 569 (A), p. 576.

⁵¹³ 1939 AD 487, p. 504.

Aan die ander kant was die Appèlhof steeds traag om bestaande beginsels, wat deur jarelange toepassing in ons praktyk ingeburger geraak het, goedsmoeds oorboord te gooi omdat daar later bevind sou word dat sodanige beginsels nie met die Romeins-Hollandse reg in ooreenstemming is nie. In hierdie verband het Sir John Wessels reeds meer as 'n eeu gelede 'n beginsel neergelê in 'n saak waarna hierbo verwys is, naamlik *Rolfes, Nebel & Co. v Zweigenhaft*:⁵¹⁴ “*This court would be loth to upset a practice that had become a general custom of South Africa, even if it were somewhat different from Roman-Dutch practice....*”

Hierdie beginsel is in 1910 bevestig deur Lord De Villiers in *Webster v Ellison*:⁵¹⁵ “*(T)he court must be satisfied that the doctrine is established, and if it is so established, the court may have to decide whether the doctrine should be maintained even if it were to be found to be in conflict with the common law in South Africa*”, asook deur Hoofregter Centlivres in *Linton v Corser*:⁵¹⁶

‘The question that now arises is whether we should apply the old Roman-Dutch law to modern conditions where finance plays an entirely different role. I do not think we should. I think that we should take a more realistic view than in a matter such as this to have recourse to the old authorities.’

Veral op die gebied van die strafreg het die hof nie geredelik afgewyk van die beginsels wat diep wortel geskiet het in die praktyk van die howe nie, vergelyk *R v Sibiya*⁵¹⁷ waarin die vraagstuk van *furtum usus* ter sprake gekom het en die Hof per waarnemende Hoofregter Schreiner sê:

⁵¹⁴ 1903 TS 185, p. 207.

⁵¹⁵ 1910 AD 299, p. 300.

⁵¹⁶ 1952 (3) SA 685 (A), pp. 695-696.

⁵¹⁷ 1955 (4) SA 247 (A).

'Even if texts could be brought to light which suggest or even prove that Fortuin could have been successfully prosecuted criminally under Roman or Roman-Dutch law, this would in my view provide only slender grounds for departing from what has been in substance the established definition of theft in South Africa for, at least, about a century.'

Vergelyk ook *R v Badenhorst*⁵¹⁸ per Hoofregter Steyn: "Ek sou nie beweer dat dit met ons gemeenregtelike bronne ooreenstem nie, maar dit is nogtans die misdaad wat sedert jaar en dag daagliks in ons howe bereg word." Voorts kan Appèlregter Schreiner se uitspraak in *R v Khumalo & Others*⁵¹⁹ in ag geneem word:

'It is well known that in matters of criminal procedure our practice has changed so radically that the writers of those times furnish us with little assistance; and particularly is this the case in the field of punishment. The fact that a particular form of punishment was regarded as permissible or appropriate in the 18th century or earlier is a poor reason for holding that it may be imposed today.'

In *Moulang v PE Municipality*⁵²⁰ het dieselfde regter gesê:

'...the particular branch of the law with which we are concerned should not be disturbed merely in order to make it conform with what may or may not be the proper inference to be drawn from certain passages in the *Digest*. If the practical results of the present state of law are seen on balance to be unsatisfactory the remedy lies in legislation.'

Vergelyk voorts *Van Staden v Van Wyk*⁵²¹ per Regter Grobler:

'Die hof is nie by magte om dié erkende regsbeginsels van ons reg soos dit deur ons howe vertolk is, te wysig nie. Indien daar so 'n wysiging nodig is, dan is dit vir die Staat om by wyse van wetgewing in te gryp, en my plig is om die reg te vertolk soos dit bestaan.'

⁵¹⁸ 1960 (3) SA 563 (A), p. 566 B-C.

⁵¹⁹ 1952 (1) SA 381 (A).

⁵²⁰ 1958 (2) SA 518 (A), p. 523 E.

⁵²¹ 1958 (2) SA 682 (O), p. 684.

3.6. DIE BENADERING VAN DIE AppèlHOF.

Die benadering van die Appèlhof ten opsigte van die infiltrasie van die Engelse reg in die Suid-Afrikaanse regspraktyk het van tyd tot tyd gewissel. Gedurende die eerste twee dekades van sy bestaan⁵²² was die Appèlhof betreklik Engels geïntereseerd in sy beregtiging van aangeleenthede waar die Engelse reg reeds wortel geskiet het. 'n Belangrike afwyking van hierdie benadering het in 1919 plaasgevind toe die Hof in *Conradie v Rossouw*⁵²³ beslis het dat die Engelsregtelike beginsel van *valuable consideration* nie deel van ons reg uitmaak nie.⁵²⁴ Dit het die standpunt van die Transvaalse saak *Rood v Wallach*⁵²⁵ gehandhaaf. Daarna het die sogenaamde “suiwering” van ons reg begin. Tog het die gedagte ontstaan dat die Engelse reg subsidiêre aanwending geniet, soos uitgedruk deur Hoofregter Solomon in *Mancho v SAR & H*:⁵²⁶ “*There being then no case in our courts exactly in point, I turn to English decisions to see whether any assistance can be obtained from them.*” Ook Appèlregter Greenberg het hierdie benadering verder gevoer in *Feldman (Pty) Ltd v Mall*:⁵²⁷ “*Where there is no difference in principle our courts have always sought and obtained guidance from the decisions of the English courts.*” Vergelyk ook *Littlejohn v Norwich Union Fire Insurance Society*⁵²⁸ per Regter Wessels:

⁵²² Sedert 1910 met die totstandkoming van die Unie van Suid-Afrika, ingestel deur deel VI van die *Zuid-Afrika Wet van 1909* -- Hosten WJ *et al*: *Op. cit*, p. 217.

⁵²³ 1919 AD 279.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 288.

⁵²⁵ 1904 TS 187.

⁵²⁶ 1928 AD, p. 100.

⁵²⁷ 1945 AD 733, p. 776.

⁵²⁸ 1905 TH 374, P. 378.

“Our Roman-Dutch law books, as far as I can see, throw but little light upon the subject, and therefore we must have recourse to English and American authorities.”

‘n Reaksie teen hierdie aanvaarding, sonder meer, van Engelse regsbeginsele al sou dit *in subsidio* wees, het reeds gekom toe waarnemende Regter Stratford in 1937 in *Dukes v Marthinusen*⁵²⁹ beslis het dat hy nie die Hof gebonde ag aan sake waarin die Engelse reg gevolg is nie. Hy sê: “*If the decisions have disregarded the fundamental principles of our law, we might have to reassert those principles even at the cost of reversing judgments of long standing.*”

In die saak van *Malherbe v Ceres Munisipaliteit*⁵³⁰ het Appèlregter Hoexter na die Romeins-Hollandse burereg verwys en selfs Duitse werke aangehaal, soos dié van Windscheid en Spangenberg:⁵³¹

‘Jeder kann auf seinem Grundstücke vornehmen, was ihm beliebt, mit der Beschränkung, dass er nichts auf das fremde Grundstück imitieren darf, das dasselbe oder die Bewohner dasselben belästigt. Als Belästigung eines Klagsrechts derselben kann aber nicht angesehen werden, was die Folge der gewöhnlichen Benützung (des gewöhnlichen Lebens) ist; wohl aber, was die Folge einer aussergewöhnlichen Benützung (der Errichtung von Apparaten zu besonderen Zwecken) ist, und eine solche Belästigung der letztern Art braucht sich der Eigentümer des fremden Grundstücks nur dann gefallen lassen, wenn sein Gegner hierzu eine Servitut erworben hat.’

Dit was veral Appèlregter FP (Toon) van den Heever wat as kampvegter vir die handhawing van die Romeins-Hollandse reg en die stuiting van ongeregverdigde Engelse beïnvloeding daarvan na vore getree het. So sê

⁵²⁹ 1937 AD 12, pp. 22-23.

⁵³⁰ 1951 (4) SA 510 A.

⁵³¹ *Archiv für Civilistische Praxis*, Boekdeel 9, p. 265, aangehaal deur AR Hoexter op p.517.

hy in *Baines Motors v Piek*:⁵³²

'I cannot agree that the practice which has grown in South Africa over a number of years was a modification of the positive rules of Roman-Dutch law "for the purpose of applying the more effectively to modern conditions its own recognised principles". I doubt whether such a rational teleological cause influenced this development. It was purely a case of gradual reception of English law – *per incuriam* perhaps or because the sources of that system were readily accessible.'

In *Preller and Others v Jordaan*⁵³³ wat handel oor die geldigheid van die Engelsregtelike *undue influence* -- het Appèlregter Van den Heever sy standpunt nog sterker gestel:

'Hier het ons 'n verskynsel wat in ons jurisprudence maar al te dikwels voorkom: 'n Romeins-Hollandse regsreël word met sy Engelse eweknie vergelyk; met welgevallen, indien nie met vreugde nie, word daar gekonstateer dat daar geen verskil is nie en dan staan die deur wyd oop vir die resepsie van die Engelse reg. Gewag is gemaak van die feit dat ons 'n lewende regstelsel het wat vatbaar is vir ontwikkeling. Ek wil egter daarop attent maak dat geleidelike **aanpassing** aan nuwe omstandighede en probleme 'n soort van groei is wat tot krag lei; onbeheerde groei, daarenteen, lei tot boosaardige gewasse en ontbinding.'

Vergelyk ook *Harris v Harris*⁵³⁴ en *Estate Watkins-Pitchford & Others v CIR*.⁵³⁵

3.7. VERSKERPING VAN DIE TOEPASSING VAN DIE ROMEINS-HOLLANDSE REG.

Gedurende die sestigerjare van die twintigste eeu het daar 'n duidelike verskerping in die toepassing van die Romeins-Hollandse reg as primêre bron van ons reg plaasgevind, soos blyk uit talle beslissings, byvoorbeeld

⁵³² 1955 (1) SA 534 (A), p. 543.

⁵³³ 1956 (1) SA 483 (A), p. 504 E.

⁵³⁴ 1949 (1) SA 254 (A), p. 262.

⁵³⁵ 1955 (2) SA 437 (A), p. 459.

dié in die waterskeidingsaak *Regal v African Superslate*,⁵³⁶ waarkragtens bepaal is dat die Engelse reg van *nuisance* nie die Suid-Afrikaanse reg in hierdie verband vervang het nie. Hierdeur verwerp die Hof dus *Holland v Scott*⁵³⁷ na byna 'n eeu.

Dit blyk ook uit *Trust Bank van Afrika v Eksteen*,⁵³⁸ waar Hoofregter LC Steyn die Appèlhof se houding jeens die ongegronde oornam van Engelse regsbeginsels in ons reg soos volg weergegee het:

'Die beskouing dat ons eie outoriteite deur hierdie en dergelike uitsprake regtens of vir alle praktiese doeleindes vervang is deur Engelse gewysdes, met die meegaande implikasie dat ons howe, en ook hierdie Hof, aan Engelse gewysdes gebonde is, sou ek klaarblyklik as geheel en al ongegrond moet verwerp. Geen hof, ook nie hierdie hof nie, besit die bevoegdheid om die gemene reg met die reg van enige land te vervang nie. Dit kan alleen die wetgewer doen... dit sou reëlreg in stryd wees met die elementêre plig van elke hof om geen ander reg as die geldende reg toe te pas nie...Vergelykende oorweging kan, soos ten oorfloede uit talle van ons gewysdes en regsverhandelinge blyk, 'n besonder dienstige middel wees om tot helderheid te geraak omtrent die beste toepassing, aanpassing en uitbouing van eie beginsels. Om die bevrugterende inwerking van verwante regstelsels te wil uitsluit, sou nie slegs 'n onbegonne taak wees nie, maar ook 'n verarmende kortsigtigheid waaraan ek geen deel sou wil hê nie. Maar dit is een ding om 'n ander reg te ondersoek ten einde ons eie weer doeltreffend te kan hanteer, en 'n gans ander saak om 'n ander reg te benader asof dit 'n ingelyfde deel van ons erkende regsbronne is.'

Vergelyk ook *Maisel v Van Naeren*⁵³⁹ (hierbo bespreek) per Appèlregter De Villiers:

'I conclude that the principles of *stare decisis* do not in my view provide any reason why I should decline to give effect to the principles of Roman-Dutch law, as I understand them and as they were applied in the earlier decisions of the Cape Supreme Court to which I have referred. '

⁵³⁶ 1963 (1) SA 102 (A).

⁵³⁷ 1881 (2) EDC 307.

⁵³⁸ 1964 (3) SA 402 (A), pp. 410-411.

⁵³⁹ 1960 (4) SA 836 (K), p. 851.

In *Schlesinger v CIR*⁵⁴⁰ sê Appèlregter Van Wyk: “*Inasmuch as English law is foreign law, our courts cannot take judicial notice of it. Foreign law is a question of fact and must be proved.*” Ellison Kahn kritiseer hierdie stelling heftig.⁵⁴¹

Vergelyk ook *S v Van der Mescht*⁵⁴² ten opsigte van die *versari in re illicita*-leerstuk, en *Peri-Urban Areas Health Board v Munarin*⁵⁴³ per Appèlregter Holmes: “*...the decisions in question were not based upon an acceptable principle and it becomes the duty of this court to disapprove of them.*”

3.8. TEENSTAND TEEN HIERDIE BENADERING

Baie academici kon hulle nie met hierdie benadering vereenselwig nie. Proculus Redivivus⁵⁴⁴ het byvoorbeeld die vraag gestel “*...whether, in order to assert an independence which no one disputes, we should try to reverse the direction along which our law has been developing for the last hundred years or more, by purging it of institutions and doctrines of English origin.*” Sy vernaamste beswaar hierteen is dat die Engelse en Romeins-Hollandse reg gedurende die afgelope eeu sodanig vermeng geraak het, dat “*even the archangels on doomsday cannot sort them out again,*” terwyl die suiweringsveldtog tot regonsekerheid aanleiding kan gee. Voorts reken hy dat die neiging sal ontwikkel om te bepaal wat die ou bronne sê en nie wat die beste oplossing vir ‘n probleem is nie:

⁵⁴⁰ 1964 (3) 389 (A), p. 396 G.

⁵⁴¹ Kahn E : SALJ 82 (1965), p. 133.

⁵⁴² 1962 (1) SA 521 (A).

⁵⁴³ 1965 (3) SA 367 (A), p. 376.

⁵⁴⁴ Proculus Redivivus: SA Law at the Crossroads or What is our Common Law? SALJ (1965), p. 23.

”Clawing” the texts, fascinating pursuit though it may be, is not necessarily the best approach to the legal problems of our day. Law is a social tool, not an exercise in logic or an outlet for love of the past. As with all social controls “the proof of the pudding is in the eating.” The acid test of a legal system is how it works.’⁵⁴⁵

Ook Hahlo en Kahn⁵⁴⁶ spreek hulle teen dié benadering uit:

‘Occasionally the English element has been looked upon as a foreign intruder, but by now it is part of the very warp and woof of SA law. To eliminate it would be as impossible as to eliminate Roman law from the fabric of European legal systems or to sort out the waters of the sea into the rivers whence they came.’

Boberg is voorts in sy artikel *Oak Tree or Acorn*⁵⁴⁷ baie beslis omtrent die onmoontlikheid van sodanige skeiding: “...when we look back upon the battle-scarred terrain ... here a few tufts of Roman grass, there a stunted Roman-Dutch bush never grown to maturity, there...an ancient German tree long dead for lack of nourishment...”

Hahlo en Kahn sit hulle standpunt uiteen in hul “*random remarks*”:⁵⁴⁸

Daar kan kwalik beswaar gemaak word teen die aanhaal van Engelse gesag waar die Suid-Afrikaanse wetgewing duidelik op die Engelse patroon gemodelleer is, byvoorbeeld baie van die destydse staatsreg en administratiefreg, patente, en ander. Hulle sê voorts dat, waar dit gevaarlik is om te aanvaar dat die Engelse en Romeins-Hollandse reg dieselfde is, dit net so gevaarlik is om aan te neem dat hulle noodwendig verskil – altwee skakel met gelyksoortige ekonomiese en sosiale toestande en hul oplossing is dikwels dieselfde, alhoewel verskillende terminologie gebruik word. Met hierdie stelling kan die skrywer nie

⁵⁴⁵ Proculus Redivivus: *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁴⁶ Hahlo HR en Kahn E : *The SA Legal System*, p. 47.

⁵⁴⁷ Boberg PQR : *Oak Tree or Acorn?* – *SALJ* (1966), pp. 150–175.

⁵⁴⁸ Hahlo HR en Kahn E : *The Union of South Africa*, pp. 590-596.

heelhartig saamstem nie, die verdere verloop van die geskiedenis van die Suid-Afrikaanse reg het dit ook bevestig dat dié here se standpunt nie die toets van die tyd deurstaan het nie. Derdens is dit die mening van Hahlo en Kahn dat die Engelse invloed voordelig is; ook reken hulle dat toenadering liefs by die Engelse ongekodifiseerde reg as by die gekodifiseerde Wes-Europese stelsels gesoek moet word. Hulle sê dat die reg van Holland gedurende die tydperk van die Verenigde Oos-Indiese Kompanjie die reg van die Kaap was; gedurende die Britse era het die Suid-Afrikaanse reg nader beweeg aan die Engelse reg, weg van die Romeins-Hollandse reg. Ná die totstandkoming van die Unie van Suid-Afrika was daar – soos te verwagte -- ‘n reaksie teen die Engelse reg, en dit het met verloop van tyd momentum gekry. Die skrywers spreek later, in 1968, die hoop uit dat daar ‘n nuwe sintese aan die kom is – die tyd mag wel aanbreek wanneer die vraag of ‘n reël Romeins-Hollands, Engels of van gemengde afkoms is, slegs vir die regshistorici van belang sal wees.⁵⁴⁹ Die reg, sê hulle, moet uitgelê word in die lig van die regstoestande in dié land en die behoeftes van die tyd:⁵⁵⁰

“The danger inherent in the legal situation in this country is that in our laudable desire to restore the old law to its full glory we may overlook the need to examine its adequacy to achieve justice today...”

Ook dié stelling vind die skrywer hiervan, in die lig van die Appèlhof se “navorsingswerk” en gewilligheid tot regsvergelyking, ietwat oordrewe. Uit die aard van die saak het daar ‘n polemieë ontstaan tussen diegene wat *pro*-Engelse reg en diegene wat *contra*-Engelse reg was, sodat

⁵⁴⁹ Hahlo HR en Kahn E : *The Union of South Africa*, p. 594.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 594.

Mulligan⁵⁵¹ in 1952 gepraat het van die “puriste” (dié wat alles wat Engels was, wou uitroei), die “besoedelaars” (wat tevrede of selfs gretig was om Engelse leerstukke in te voer) en die “pragmatiste” (wat ‘n praktiese middeweg wou inslaan).

3.9. SINTESE

Daar kan seer sekerlik geen beswaar wees teen die wetenskaplike invoer van Engelse regsbeginsels waar die Suid-Afrikaanse gemenereg oor ‘n bepaalde aspek swyg nie, mits die ingevoerde beginsel inpas in die algemene patroon van die betrokke regsgebied. Indien ‘n mens hierdie proses sien as ‘n toepassing van die regsvergelykende metode, kan dit slegs ‘n opbouende en verrykende invloed op die Suid-Afrikaanse regsontwikkeling hê. Van Zyl verwys na Henning,⁵⁵² waarin die skrywer tot die gevolgtrekking kom dat daar in die Appèlhof enersyds ‘n tendens van kreatiwiteit was en andersyds van konserwatisme, tesame met toenemende kasuïstiek na gelang van “veranderende ekonomiese werklikhede”. Presedente word aangedui as die belangrikste bron van die reg (na die skrywer se mening ‘n stelling wat vir kritiek vatbaar is) terwyl daar ‘n toenemende belangstelling was in die Romeins-Hollandse bronne en ‘n kwynende belangstelling in die Romeinse reg as sodanig. Henning meen ook dat die verwysings na Engelse bronne ‘n afwaartse neiging (7,6% teenoor 1,5% vanaf 1951 tot 1971) toon, maar dat die gebruikmaking van regsvergelyking betreklik konstant bly.

⁵⁵¹ Mulligan GA : *SALJ* 69 (1952), pp. 25-32.

⁵⁵² Henning JJ : *‘n Kritiese Privaatregtelike beskouing van Enkele Tendense in ‘n aantal Uitsprake van die Appèlhof gedurende die Tydperk 1951-1971*, ongepubliseerde LLB-verhandeling aan die UOVS 1973, soos aangehaal deur Van Zyl DH : *Op.cit.*, p.486.

Van Zyl se eie ondersoek⁵⁵³ toon dat daar tussen 1972 en 1978 'n meer gematigde houding in die Appèlhofbeslissings ten opsigte van die toepassing van Engelsregtelike beginsels in die Suid-Afrikaanse regspraktyk ingetree het en dat daar inderdaad ruimskoots na Engelse gewysdes en handboeke verwys word. Vergelyk die uitspraak van Appèlregter Potgieter wat in die *Aartappelmoerkwekers-saak*⁵⁵⁴ gesê het:⁵⁵⁵

‘Ofskoon... die leerstuk van die versweë prinsipaal (die Engelse “undisclosed principal”) inderdaad indruis teen die grondbeginsels van ons reg, is die onderhawige myns insiens nie ‘n geval waar ingegryp en die leerstuk oorboord gegooi kan word nie.’

Dit wil inderdaad voorkom asof hierdie leerstuk bepaald ‘n Suid-Afrikaanse oplossing geword het. ‘n Soortgelyke benadering is dié van Appèlregter Kotzé in die 1978-beslissing van *Bezuidenhout v AA Mutual Insurance Association Ltd.*⁵⁵⁶

‘... I hold the view that the approach of the English Courts ... is sound in principle and ought to be followed in the present case...’

Die regshistoriese metode kom dus nie altyd tot sy reg nie – hiervan is die Appèlhof self bewus; in die woorde van Hoofregter Rumpff⁵⁵⁷ in 1978:

‘Somtyds is ons howe met reg gekritiseer omdat hulle na die ou skrywers verwys sonder om die verskillende fases van ontwikkeling van die reg wat hulle verteenwoordig in aanmerking te neem en sonder om behoorlik in gedagte te hou dat die skrywers (na wie) verwys word nie

⁵⁵³ Van Zyl DH : *Op. cit.*, p. 487.

⁵⁵⁴ 1972 (1) SA 761

⁵⁵⁵ *Cullinan v Noordkaaplantse Aartappelmoerkwekers-Koöperasie Bpk.* 1972 (1) SA 761 (A) p.767 G.

⁵⁵⁶ *Bezuidenhout v AA Mutual Insurance Association Ltd.* 1978 (1) SA 703 (A), pp. 710 H-711A.

⁵⁵⁷ Hoofregter Rumpff : ‘n *Waardering van die Bydrae tot die ontwikkeling van die Regswetenskap in die Appèlhofsake van Hoofregter LC Steyn*, gepubliseer in die *TSAR* 1978 (2), 87-106, p. 105 .

altyd verteenwoordigend van hulle betrokke tydperk of skool beskou kan word nie.'

Hierdie kritiek geld egter nie vir Appèlregter FP van den Heever nie. Hy het byna deurgaans in sy uitsprake 'n historiese plaasbepaling van die verskillende ou skrywers beoefen. Vergelyk *Gerber v Wolson*⁵⁵⁸ waar die gesag van Pothier onder die soeklig geplaas is. Die vraag word gevra: Aan watter van die ou skrywers behoort nou eintlik die meeste gewig toegewys te word? Appèlregter Van den Heever sê in *Tjollo Ateljees (Edms) Bpk v Small*:⁵⁵⁹

'I know of no law of citations which could aid us in making a selection between these warring authorities. Where they make conflicting statements on a useful and rational institute, we may choose to rely upon those opinions which appear to us to be more conformable to reason.'

Dit wil voorkom of die Appèlhof voor 1971, volgens Henning se verhandeling⁵⁶⁰ weinig van regsvergelyking gebruik gemaak het in sy vertolking van moeilike regsbeginsels. Die situasie het, volgens Van Zyl,⁵⁶¹ nie veel verander nie (in daardie stadium verwys hy na die tydperk tot 1979), waarskynlik toe te skryf aan die destydse gebrek aan buitelandse regsbronne in die Suid-Afrikaanse biblioteke.⁵⁶² Waar die bronne wel beskikbaar was, soos ten opsigte van die Engelse en Amerikaanse reg, is vry geredelik daarna verwys, vergelyk *Wood & Others v Ondangwa Tribal Authority & Another*⁵⁶³ en *Publications Control Board v CNA*.⁵⁶⁴ Die Kaapse Hooggeregshof het die houding ingeneem

⁵⁵⁸ 1955 (1) SA 158 (A), pp. 170 H-171 A.

⁵⁵⁹ 1949 (1) SA 856 (A).

⁵⁶⁰ Hierbo, voetnoot 552.

⁵⁶¹ Van Zyl DH : *Op. cit.*, p. 493.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 493.

⁵⁶³ 1975 (2) SA 294 (A), p. 310.

⁵⁶⁴ 1977 (1) SA 717 (A), pp. 726-736.

dat daar liever na Vastelandse Europese regstelsels by wyse van regsvergelyking verwys moet word as na dié van Engeland: *Maisel v Van Naeren*,⁵⁶⁵ per waarnemende Regter De Villiers:

'If guidance as to the application of law to modern circumstances is to be sought from other legal systems, regard should much rather be had to those systems of the West-European continent, which, though codified, have their roots in the same historical soil as our own law.'

Dit is deur Hahlo en Kahn⁵⁶⁶ gekritiseer en ook die Appèlhof het dit nie bevestig nie, wat 'n mens goed kan begryp aangesien selfs lande soos Engeland en Skotland 'n mate van Romeinsregtelike resepsie beleef het, met die gevolg dat daar talle aanknopingspunte tussen die Vastelandse en Anglo-Amerikaanse regstelsels is. Dit is ook verkeerd om die Engelse reg te verwerp as vergelykingsbron bloot omdat dit reeds 'n besondere rol in en invloed op ons Suid-Afrikaanse regsontwikkeling gehad het.⁵⁶⁷ Dit bly steeds 'n vreemde regstelsel en, indien 'n regsvergelykende ondersoek daarvan vrugte kan afwerp, is daar geen rede om nie daarna te kyk nie, is die mening van Van Zyl.⁵⁶⁸ Die Appèlhof het regsvergelyking nie buite rekening gelaat nie, soos blyk uit die beslissing in *Government of RSA v Ngubane*⁵⁶⁹ waarin die hof na Nederlandse, Duitse, Italiaanse, Spaanse, Oostenrykse, Switserse, Franse, Engelse, Amerikaanse en Skotse reg verwys het, maar per Appèlregter Holmes bevind het daar is 'n "divergence so marked that we are unable in this instance to find guidelines from a comparative survey."⁵⁷⁰ Vergelyk ook *Sanlam Insurance*

⁵⁶⁵ 1960 (4) SA 836 (K), p. 847 F.

⁵⁶⁶ Hahlo HR en Kahn E : *The SA Legal System*, p 13.

⁵⁶⁷ Van Zyl DH : *Op. cit.*, p. 493.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 493.

⁵⁶⁹ 1972 (3) SA 601 (A), 610 G.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 610.

Co. Ltd. v Vorster:⁵⁷¹ Kanadese, Nieu-Seelandse en Amerikaanse reg; *Alpha Trust (Edms.) Bpk. v Van der Watt*:⁵⁷² Franse reg; *Nduli & Another v Minister of Justice and Others*:⁵⁷³ Amerikaanse, Engelse en Spaanse reg en *Gollach & Comperts (Pty.) Ltd. v Universal Mills & Produce Co. (Pty.) Ltd. & Others*,⁵⁷⁴ waarin na die Amerikaanse en Nederlandse reg verwys is.

Dit wil voorkom asof dié posisie eers gedurende die laaste dekades van die twintigste eeu werklik momentum gekry het, veral as daar in ag geneem word hoe vryelik bronne op die internet beskikbaar geraak het, sodat beskikbare biblioteke 'n ondergeskikte rol, alhoewel nog belangrik, begin speel het. Met die druk van 'n paar knoppies het bronne van oor die hele wêreld onmiddellik beskikbaar geraak. As sake ietwat vooruitgehoop mag word, kan in hierdie stadium reeds genoem word dat die werking van die Grondwet van Suid-Afrika reeds voor die eeuwending (die einde van die twintigste eeu) bepaald 'n groot rol begin speel wat betref onder meer ondersoek na ander regstelsels, asook die “veroorloofdheid” van verwysing na en die aanvaarding van die Volkereg of Volkeregtelike gewoontereg.⁵⁷⁵ Reeds in die heel eerste sake wat ná 1995⁵⁷⁶ voor die Konstitusionele Hof geding het,⁵⁷⁷ is uitvoerig gekyk na die toepaslikheid van talle buitelandse regstelsels, insluitend die Engelse reg, en in watter

⁵⁷¹ 1978 (1) SA 893 (A), p. 910.

⁵⁷² 1975 (3) SA 734 (A), p. 749 C.

⁵⁷³ 1978 (1) SA 893 (A), p. 910.

⁵⁷⁴ 1978 (1) SA 914 (A), pp. 923 C en 958 D-H.

⁵⁷⁵ Artikel 231 en 232 van die *Grondwet van Suid-Afrika*, Wet 108 van 1996.

⁵⁷⁶ Toe die Interim-Grondwet as voorloper van die uiteindelijke Grondwet reeds deur die houe aangewend is.

⁵⁷⁷ *Makwanyane* - *supra* (doodstraf); *Williams* – *supra* (lyfstraf) en *Zuma* 1995(1) SACR 568 (CC) (vermoedens).

mate hulle gesag in Suid-Afrika aanvaarbaar is.

3.10. VOORTGESETTE TOEPASSING; SAMEVATTING.

Reeds met sy intreerede in 1912⁵⁷⁸ het professor Bodenstein 'n aantal opmerkings gemaak wat nog steeds ter sake is: Vra 'n mens of jy die invloed van die Engelse reg moet betreur, is die antwoord nee. Daar waar die twee stelsels dieselfde beginsels ondersteun, is die Engelse gewysdes 'n ryke bron van inligting en kennis, en waar die Suid-Afrikaanse reg tekort skiet, het die billike beginsels van byvoorbeeld die Engelse handelsreg die Suid-Afrikaanse reg in staat gestel om te voldoen aan die toenemende behoeftes van die groeiende handelsverkeerslewe sodat ons 'n mengsel gekry het van die goeie in sowel die ou as die nuwe reg. Waar suiwer Engelse beginsels, vreemd aan ons reg, toegepas is, het dit nie wortel geskiet nie. Beter kennis van ons reg verdryf die indringer of sal dit verdryf, aldus Bodenstein 'n eeu gelede.⁵⁷⁹ Die Suid-Afrikaanse regters staan lojaal teenoor die eie Suid-Afrikaanse stelsel (vergelyk Hoofregter Innes se beredenering van die ou skrywers in *Ex Parte Kaiser*)⁵⁸⁰ en skroom nie, sê Bodenstein, om begane foute reg te stel nie. Die rede vir hulle loyaliteit is, aldus Bodenstein, die waarde van die ou Suid-Afrikaanse reg, die breë gees van billikheid wat elke deel daarvan beheers, die afwesigheid van subtiliteits- en kunsmatig opgeboude begrippe, die buigzaamheid en aanpassingsvermoë aan die omstandighede van die land en die opvattinge van die volk, die praktiese en billike sin van ons Hollandse voorgangers wat uit hulle gemene gewoontereg en die Romeinse reg 'n stelsel opgebou het wat wars was

⁵⁷⁸ Bodenstein HDJ : *Op. cit.*, pp. 38-39.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 89-39.

⁵⁸⁰ 1902 (1) TH 172.

van alle kunsmatigheid en ruimskoots voldoen aan die eise van die moderne samelewing en in hom die kiem dra van groot lewensvatbaarheid.⁵⁸¹ (Dis belangrik om te onthou dat hierdie uitsprake meer as 'n eeu gelede gemaak is, en dat die politieke bestel intussen geheel en al verander het, en dat die Grondwet van Suid-Afrika die tekortkominge wat toe nog nie eers ingesien is nie, moes en sou aanvul.)

Selfs toe was daar egter wel probleme -- vergelyk byvoorbeeld professor Lee se uitspraak van sowat twintig jaar later:⁵⁸²

'Much has been said in praise of Roman Dutch Law. I subscribe to it. Shall I be a traitor if I say some things in its dispraise? It is loaded with much archaic matter, which has no reason to exist..... It is cast in an ancient mould. It is to be looked for in an undigested mass of law books written in Latin and in the Dutch of bygone centuries. It has broken from its moorings in Europe. Codification and scientific doctrine have left it untouched...."

'n Vroeëre LL M-verhandeling deur hierdie skrywer het gehandel oor die regmatige of onregmatige optrede van die oewerbewoner ter beskerming van sy grond ten opsigte van betreding, soos in *Martinus*⁵⁸³ en ander verwante sake. Daar is volledig deur die howe betrokke by hierdie sake gekyk na die posisie van oewerbewoners in die Nederlande. Na die mening van die skrywer moet die feit dat die meeste riviere van Europa soos die magtige Ryn of selfs die Maas en ander bevaarbaar is, nie uit die oog verloor word nie. Hulle kan geensins vergelyk word met die Suid-Afrikaanse riviere nie, aangesien laasgenoemde, behalwe vir 'n klein gedeelte van die Breërivier, onbevaarbaar is en normaalweg droë lope het. Daarom kan die Romeins-Hollandse reg beslis nie net so van

⁵⁸¹ Bodenstein HDJ : *Op. cit.*, p. 38-39.

⁵⁸² Van Zyl DH : *Op. cit.*, p. 497.

⁵⁸³ 1990 (2) SASV 568 (A).

toepassing gemaak word op die toestande hier te lande nie. Die Nederlande met sy lewensbelangrike dyke het 'n probleem met 'n oorvloed van water, terwyl baie, waarskynlik die meeste, dele in Suid-Afrika 'n voortdurende knellende waterskaarste ondervind.

Gelukkig is alles wat professor Lee noem nie meer waar nie:⁵⁸⁴ Baie werke is beskikbaar gemaak deur goeie, bruikbare vertalings,⁵⁸⁵ die hele regstelsel word wetenskaplik benader en die internet is 'n byna onuitputlike bron van inligting. Maar daar kon nie toe en daar kan nie nou stilgestaan word nie. Vergelyk byvoorbeeld Hosten se ondersoek na die doel van regsvergelyking.⁵⁸⁶ Hy wys onder andere op die “*reine Rechtsvergleichung*” en toegepaste regsvergelyking. Hy maak beswaar teen onoordeelkundige en onvanpaste ontlenings aan die Engelse of watter regstelsel ook al – 'n bewuste ondersoek word voorgestel ter aanvulling van, en in gepaste gevalle, verbetering van die Suid-Afrikaanse reg.⁵⁸⁷

Daar kan dus gesê word dat die Suid-Afrikaanse benadering vandag histories, regsvergelykend en met inagneming van die sistematiek (dit wil sê die bestudering van die basiese beginsels en die plek wat hulle in ons regstelsel inneem) en die regsfilosofie moet wees. Want waar die regswetenskap eindig, daar begin die regsfilosofie.

Voorts maak die reeds genoemde bepalinge van die Suid-Afrikaanse Grondwet daarvoor voorsiening dat daar vanaf 1996 beslis gekyk mag

⁵⁸⁴ Van Zyl DH : *Op. cit.*, p. 497.

⁵⁸⁵ *Ibidem*, p. 497.

⁵⁸⁶ Hosten WJ : *Romeinse Reg, Regsgeskiedenis en Regsvergelyking, mededelings van die Universiteit van Suid-Afrika*, p. 15 en volgende.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 15 en volgende.

word na ander regstelsels, soos in verdere hoofstukke (*infra*) bespreek word.

HOOFSTUK 4

DIE HIËRARGIE VAN DIE HOWE, DIE PRESEDENTELEER EN STARE DECISIS.

- Wanneer daar voortaan na die Grondwet verwys word, beteken dit die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, anders sal dit pertinent so aangedui word.

4.1 INLEIDING .

Dit is nie moontlik om binne die bestek van hierdie studie te kyk na die invloed van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika op al die ondergeskikte bestaande wetgewing en hofsake wat in die verlede beslis is nie. Omdat die Grondwet homself in artikel 2⁵⁸⁸ tot die hoogste gesag in die land verhef, moet wette wat aangeneem is vóór die Grondwet nou opnuut geïnterpreteer word in die lig van die Grondwet en die voortspruitende drasties verskillende benadering, met die groot klem op menseregte.

4.2. DIE PRESEDENTELEER, DIE STARE DECISIS- EN AANVERWANTE BEGINSELS.

⁵⁸⁸ Oppergesag van die Grondwet: hierdie Grondwet is die hoogste reg van die Republiek, enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar, is ongeldig, en die verpligtinge daardeur opgelê, moet nagekom word.

Howe in hierdie land kan nie na willekeur wetgewing of die uitsprake van ander howe op 'n losse basis vertolk nie; dit is natuurlik dat regters die goedgekeurde gedragspatroon wat deur hul voorgangers daargestel is, sal navolg en stof wat in die beslissings van die verlede te vinde is, sal benut.⁵⁸⁹ Daarom is dit in dié stadium nodig om 'n samevatting van die samestelling en werking van ons howe te gee.

In die Suid-Afrikaanse regstelsel het 'n mens te doen met 'n hiërargie van howe. Dit impliseer 'n verhouding tussen laer en Hoë Howe, terwyl die Hoë Howe die bevoegdheid het om appèlle vanaf die laerhowe aan te hoor. Die Hoogste Hof van Appèl, gesetel in Bloemfontein, hoor appèlle aan vanaf die onderskeie Hoë Howe. Dit word uiteengesit in artikel 166 van die Grondwet. Die howe is:

- (a) die Konstitusionele Hof;
- (b) die Hoogste Hof van Appèl;
- (c) die Hoë Howe, met inbegrip van enige hoë hof van appèl wat ingevolge 'n Parlements wet ingestel word om appèlle vanaf Hoë Howe aan te hoor;
- (d) die landdroshowe;
- (e) enige ander hof ingevolge 'n Parlements wet ingestel of erken, met inbegrip van 'n hof met 'n status soortgelyk aan dié van hetsy die Hoë Howe hetsy die landdroshowe.

Die Hoogste Hof van Appèl het nie oorspronklike jurisdiksie nie. Die gedingvoerder het slegs daartoe toegang met die verloop van 'n Hoë Hof soos 'n provinsiale afdeling, of in uitsonderlike gevalle waar dit geweier word, verloop van die Hoogste Hof van Appèl self. Artikel 173 van die

⁵⁸⁹ Hosten WJ *et al* : *Op. cit.*, p 236.

Grondwet bepaal egter dat die Konstitusionele Hof, die Hoogste Hof van Appèl en die Hoë Howe inherente bevoegdheid het om, met inagneming van die belang van geregtigheid, hul eie proses te beskerm en te reël en die gemenereg te ontwikkel. Die Hoë Howe het verder inherente jurisdiksie, dit beteken dis slegs onderworpe aan statutêre en gemeenregtelike beperkings en mag enige aangeleentheid wat voor die hof gebring word, aanhoor en mag beslis en bevele maak wat onbeperk is ten opsigte van geldbedrae.⁵⁹⁰ Hierdie howe mag derhalwe enigiets doen wat nie deur die reg verbied word nie: 'n Hoë Hof kan ⁵⁹¹ byvoorbeeld enige aangeleentheid beslis, uitgesonderd 'n aangeleentheid wat slegs deur die Konstitusionele Hof beslis kan word, en deur 'n Parlements wet opgedra is aan 'n ander hof met 'n status soortgelyk aan dié van 'n Hoë Hof. So sluit die *Inkomstebelastingwet*⁵⁹² byvoorbeeld die jurisdiksie van Hoë Howe uit en sodanige appèlle moet deur 'n spesiale inkomste-belasting-appèlafdeling verhoor word. Dieselfde geld vir Waterhowe,⁵⁹³ Patente,⁵⁹⁴ ensovoorts, met ander woorde, soos genoem, aangeleenthede wat deur 'n parlements wet aan 'n ander hof opgedra is. Wat gemeenregtelike beperkings betref, het geen afdeling van die Hoë Hof byvoorbeeld die bevoegdheid om 'n vonnis van 'n ander afdeling van gelyke jurisdiksie ter syde te stel of te wysig nie.⁵⁹⁵ Die Hoë Hof se jurisdiksie is beperk wat betref gebied.⁵⁹⁶ Die basiese beginsel is *actor sequitur forum rei*, sodat die eiser die verweerder moet opsoek en die

⁵⁹⁰ Hosten WJ *et al*: *Op,cit*, p. 238.

⁵⁹¹ Artikel 169 van die Grondwet, 106 van 1996.

⁵⁹² Wet 58 van 1962, gewysig in 2010, artikel 11 (w) en artikel 23, paragraaf (m).

⁵⁹³ Artikel 34 van Wet 54 van 1956 soos gewysig.

⁵⁹⁴ Artikel 17,18 en 19 van die Wet op Patente 57 van 1978.

⁵⁹⁵ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*; ook *Eckard v Olyott* 1962 (4) SA 189 (O).

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 783.

aksie in sy/haar hof moet instel.⁵⁹⁷ Daar moet gevolglik die een of ander *nexus* bestaan, soos die domisilie van die partye of tussen die persoon oor wie jurisdiksie uitgeoefen word en die geografiese gebied waarbinne die jurisdiksie van die hof van toepassing is.⁵⁹⁸ Uitsonderings kan gemaak word, soos om getuies wie se lewens bedreig word, te beskerm.⁵⁹⁹

Daar is derhalwe 'n hele aantal howe wat die hele land bedien. Ten tyde van die skryf van hierdie tesis bestaan die volgende provinsiale en plaaslike afdelings van die Hoë Hof in Suid-Afrika:⁶⁰⁰

Oos-Kaap, Bisho (ECB)

Oos-Kaap , Grahamstad (ECG)

Oos-Kaap, Mthatha (ECM)

Oos-Kaap, Port Elizabeth (ECP)

Vrystaat , Bloemfontein (FB)

KwaZulu-Natal, Durban (KZD)

KwaZulu-Natal, Pietermaritzburg (KZP)

Suid-Gauteng, Johannesburg (GSJ)

Noord-Gauteng (GNP)

Noord-Kaap, Kimberley (NCK)

Noord-Wes, Mafikeng (NWM)

Limpopo, Thohoyandou (LT)

Wes-Kaap, Kaapstad (WCC)

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 783.

⁵⁹⁸ Hosten WJ *et al* : *Op. cit.*, p. 783.

⁵⁹⁹ *Mbako* 1964 (2) SA 280 (OK), ingevolge artikel 169 van Wet 51 van 1977, of artikel 111 waar die verhoor in die belang van regspleging verskuif kan word, of waar getuies wat almal, of die meeste van hulle, woonagtig is in 'n ander jurisdiksiegebied sodat koste bespaar kan word of ongerief vermy kan word.

⁶⁰⁰ Naas die naam in Afrikaans volg die Engelse afkorting, soos dit in hofverslae gebruik word – lawreports@juta.co.za.

Die Laerhowe, daarenteen, is deur 'n wet geskep en kan nie op gesag aanspraak maak wat nie binne die raamwerk van die *Wet op Landdroshowe*⁶⁰¹ te vinde is nie. In die praktyk sal gedingvoerende partye nie 'n Hoë Hof nader as die saak deur 'n landdroshof verhoor kan word nie, bloot omdat dit minder koste kan beteken.

Voorts noem artikel 170 van die Grondwet dat landdroshowe en alle ander howe enige aangeleentheid kan beslis wat deur 'n parlamentswet bepaal word, maar 'n hof met 'n laer status as 'n Hoë Hof mag nie ondersoek instel na of beslis oor die grondwetlikheid van enige wetgewing of enige optrede van die President nie.

Die jurisdiksie van die landdroshof is meer beperk as dié van die streekhof (ook 'n laerhof) ten opsigte van die tipe misdaad wat verhoor word, vonnisoplegging en gebied of area.⁶⁰² Die streekhof het landdroste met in die praktyk verkieslik meer as 10 jaar ondervinding⁶⁰³ en sit, soos die Rondgaande hof, van tyd tot tyd in die groot landdrosdistrikte waar hulle van die geriewe van die landdroshof (soos die geboue) gebruik maak,⁶⁰⁴ aangesien hulle ook laer howe is, soos die distrikshowe.

⁶⁰¹ Wet 32 van 1944 – met gereelde tussenposes gewysig, die laaste vier keer: Wet 120 van 1993; Wet 80 van 1997; Wet 81 van 1997 en Wet 67 van 1998.

⁶⁰² Wet 32 van 1944, artikel 89 en 90. Bedrae vir boetes kan van tyd tot tyd deur kennisgewings in die Staatskoerant gewysig word.

⁶⁰³ Daar bestaan nie amptelike voorskrifte vir die ervaring wat vereis word om as regterlike beampte in die streekhof of Hoë Hof aangestel te word nie. Volgens artikel 174 van die Grondwet kan enige man of vrou wat toepaslik gekwalifiseer en 'n geskikte en gepaste persoon is, as regterlike beampte aangestel word. Iemand wat in die Konstitusionele Hof aangestel word, moet 'n Suid-Afrikaanse burger wees. "Gesik en gepas" (Engels "fit and proper") is vatbaar vir baie wye interpretasiemoontlikhede.

⁶⁰⁴ Ooreenkomstig die Wet op Landdroshowe, 32 van 1944, artikel 2, subartikel (a), saamgelees met

Die hiërargie van die howe word in Hoofstuk 8 van die Grondwet uiteengesit.⁶⁰⁵ Daarvolgens het die Hoogste Hof van Appèl hoër gesag as die Hoë Howe. Dit is die hoogste hof van appèl, “behalwe in grondwetlike aangeleenthede”. Dit beteken geensins dat die beslissings in sulke sake nie die Hoë Howe bind nie: dit kom nie daarop aan dat die Grondwet alle howe gebied om wetgewing te interpreteer en die gemenerereg te ontwikkel ooreenkomstig die gees, bedoeling en doelstellings van die menseregte nie; al doen hulle dit, is hulle beslissings nog altyd onderhewig aan die uitsprake van die Hoogste Hof van Appèl en sodoende is alle howe gebonde om die gesag en die bindende krag van toepaslike beslissings van Hoë Howe te eerbiedig.

As voorbeeld is dit dus duidelik dat die Oos-Kaapse (Mthatha) verhoorhof gebonde was/is deur die Hoogste Hof van Appèl se vertolking van artikel 49 van die *Strafproseswet*⁶⁰⁶ in *Govender v Minister of Safety and Security*,⁶⁰⁷ ‘n saak wat in hoofstuk 5 hieronder ter sprake kom. Die regter was verplig om die saak voor hom te benader op die basis dat sodanige interpretasie korrek is, hoeveel bedenkinge hy ook al daaroor gehad het. Hoë Howe moet die vertolking van die Hoogste Hof van Appèl volg, of dit handel oor grondwetlike of ander aangeleenthede, en hulle bly so gebonde totdat die Hoogste Hof van Appèl self anders besluit, of as die Konstitusionele Hof anders besluit aangaande die grondwetlike vraagstuk. In die Walters-saak,⁶⁰⁸ soos hieronder in hoofstuk 5

artikel 169 van Wet 51 van 1977.

⁶⁰⁵ Artikel 166 is reeds *supra* aangehaal.

⁶⁰⁶ Wet 51 van 1977.

⁶⁰⁷ 342 1999 ZASCA 80.

⁶⁰⁸ 2002 (2) SACR (CC),

bespreek, is dit ook die mening van Regter Kriegler.

Volgens die presedenteleer word probleme wat in die hede ondervind word, opgelos op dieselfde wyse as vantevore, soos die woord *presedent* aandui.⁶⁰⁹ Dit word om verskillende vanselfsprekende redes gedoen:⁶¹⁰

1. Dit sou onwys wees om die geakkumuleerde wysheid van die verlede te ignoreer;
2. Dit is gerieflik;
3. Dit werk regsekerheid in die hand;
4. Dit hou 'n tradisie in stand.

Die navolging van die presedenteleer word aangetref in die meeste ontwikkelde regstelsels,⁶¹¹ want houe soek gewoonlik leiding in die ondervinding van die verlede, sodat dit hulle kan help om tot 'n beslissing te kom.⁶¹² Dit gee duidelike riglyne aan regspraktisyns wat kan staatmaak op die houe se uitsprake in die verlede -- hoe groter die betroubaarheid van vorige beslissings, hoe groter is die begeerte om dit na te volg.⁶¹³ Presedente word as bindend eerder as net oorredend beskou.⁶¹⁴ Baie van die regsreëls wat 'n regter bind, is in die *rationes decidendi* (die redes vir die regter se beslissing) te vinde.⁶¹⁵

Hahlo en Kahn verduidelik die belangrikheid van die *stare decisis*–

⁶⁰⁹ HAT, p. 817: Vroeë beslissing waarop jy jou mag beroep; *Readers' Digest Universal Dictionary*, p.1213: Latin *praecedens* (vantevore).

⁶¹⁰ Hosten WJ *et al* : *Op. cit.*, p. 236.

⁶¹¹ *Ibidem*, p.236.

⁶¹² *Ibidem*, p.236.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 236.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 236.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 242.

beginsel:⁶¹⁶

‘... it prevents the dislocation of rights, particularly contractual and proprietary ones, created in the belief of an existing rule of law; it cuts down the prospect of litigation; it keeps the weaker judge along right and rational paths, drastically limiting the play allowed to partiality, caprice or prejudice, thereby not only securing justice in the instance but also retaining public confidence in the judicial machine through like being dealt with alike... Certainty, predictability, reliability, equality, uniformity, convenience: these are the principal advantages to be gained by a legal system from the principles of *stare decisis*.’

In *Shabolala v Attorney - General, Transvaal*⁶¹⁷ is die argument aangevoer dat, waar ‘n hof die Grondwet moet vertolk, die hof van ander beslissings oor dieselfde punte in dieselfde afdeling kan afwyk as dit van daardie beslissing verskil. Regter Cloete verwerp dit onomwonde en sê dat dit gevestigde reg is dat ‘n hof net kan afwyk van die vorige beslissings van ‘n hof met gelyke status in dieselfde jurisdiksiegebied, indien dit tevrede is dat die vorige beslissing daadwerklik verkeerd is. Die regter weier om te aanvaar dat daar van die beginsel afgewyk moet word net omdat dit die vertolking van die Grondwet is wat ter sprake is.⁶¹⁸ Dit is wel so dat artikel 2 van die Grondwet bepaal dat die Grondwet die hoogste werklike gesag van die Republiek is en dat die Grondwet alle regsorgane van die staat op alle regeringsvlakke bind, maar dit beteken nie dat die beginsel van *stare decisis* nie meer van toepassing is nie.⁶¹⁹ Dit sou beteken dat ‘n enkel-regter kan afwyk van ‘n volbankbeslissing in dieselfde afdeling, aangesien hy/sy van mening is dat die volbank se vertolking van die Grondwet onkonstitusioneel is. Dit sal veroorsaak dat daar ‘n gebrek aan eenvormigheid en sekerheid sal wees totdat die

⁶¹⁶ Hahlo HR en Kahn E : *The South African Legal System and its Background*, p. 214.

⁶¹⁷ 1995 (2) SACR 761 (CC).

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 764.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 764.

Konstitusionele Hof wat ingevolge artikel 98(4) alle regsorgane van die staat bind, hom oor die aangeleentheid uitgespreek het. Dit het die Interim-grondwet ⁶²⁰ gegeld, en is nou ook ook van toepassing op die Grondwet van 1996. Dit sal andersins chaos veroorsaak.

Met die instelling van die Hooggeregshof aan die Kaap in 1828 is die Engelse *stare decisis*-reël in ons reg aanvaar.⁶²¹ Dit het 'n nuwe benadering tot die presenteleer veroorsaak, aangesien dit die opvatting dat vroeëre beslissings slegs oortuigingskrag het, vervang het deur die aanvaarding dat sodanige beslissings vasstaan, en hulle word beskou as gesaghebbend en imperatief.⁶²² Dit word uitgedruk in die Latynse spreuk *stare decisis et non quieta movere* (bly by dit wat beslis is en moenie gevestigde reg verander nie), alhoewel die beginsel nie deel van die Romeinse reg was nie.⁶²³ Die laerhowe is hiervolgens gebonde aan die beslissings van Hoë Howe, en howe van gelyke rang (soos die provinsiale en plaaslike howe) moet hul eie vorige beslissings volg en word net gewysig indien die Hoogste Hof van Appèl anders beslis ⁶²⁴-- of tans die Grondwetlike hof mits dit handel oor grondwetlike aangeleenthede. Dit spreek vanself dat dit slegs moontlik is as daar 'n behoorlike byhouding van hofverslae is.

Met verloop van tyd, ná die inwerkingtreding van die Grondwet in 1996, het die neiging ontstaan om, wanneer die Hoogste Hof van Appèl teen die gedingvoerder beslis, die Konstitusionele Hof ten onregte as 'n verdere

⁶²⁰ Wet 200 van 1993.

⁶²¹ Hosten WJ *et al.*: *Op. cit.*, p. 326.

⁶²² *Ibidem*, p. 236.

⁶²³ *Ibidem*, p. 236.

⁶²⁴ Artikel 168 van die *Grondwet* van 1996.

hof van appèl beskou word, en daar word vernuftige draaie gegooi om die grond vir hernude appèl oor die boeg van die skending van 'n grondwetlike reg te gooi, bloot om vir oulaas te probeer om die saak in die guns van die gedingvoerder te beslis. Dit is 'n onaanvaarbare vertragingstegniek wat ook die koste van die saak enorm opjaag en die afhandeling van die saak in die wiele ry. Dit is die persepsie van die skrywer hiervan dat daar al heelwat sodanige gevalle was waar die truuk van regeringskant probeer is, waar die gedingvoerder natuurlik nie die hoë koste aan eie sak voel nie, en hoop om blootstelling te ontduik. Die veroordeelde “Modimolle-Monster” Johan Kotzé en sy mede-pligtiges wat reeds lewenslange vonnisse uitdien vir die aanval op en verkragting van Kotzé se eks-vrou en die moord op haar seun, wil laat in 2014 die Konstitusionele Hof nader omdat “hulle nie 'n billike verhoor gehad het nie.” Die rede sou dan wees die Hoogste Hof van Appèl se hantering van hulle aansoek om verlof om te appelleer.⁶²⁵ 'n Mens kan nie help om te wonder oor die etiek van advokate wat sulke opdragte aanvaar nie, terwyl die korrekte optrede sou wees om dit duidelik te maak dat geen verdere appèl moontlik is as daar nie waarlik regsgronde voor bestaan nie, naamlik die wesenlike skending van grondwetlike regte. 'n Regspraktisyn het dit so gestel aan skrywer: 'n mens probeer maar alles om te kyk of jou kliënt nie by die verlangde beslissing kan uitkom nie. Met ander woorde, hoewel die regspraktisyn besef alle ware middele is uitgeput, word die Konstitusionele Hof nogtans genader, al is dit op die wankeligste “grondwetlike” gronde moontlik.⁶²⁶ 'n Voorbeeld waar dit wel aanvaarbaar is, omdat grondwetlike aangeleenthede betrokke is, is die

⁶²⁵ *Die Burger*, 2014/10/15.

⁶²⁶ Die e-pos-boodskap met die woordelike aanhaling is in die besit van skrywer, en die regspraktisyn tree dikwels op namens Afriforum.

saak van Renate Barnard wat deur die Hoogste Hof van Appèl gelyk gegee is aangaande die Suid-Afrikaanse Polisie se weiering om haar, 'n geskikte persoon, aan te stel in 'n bevorderingspos. Die betrokke minister kon met reg na die Konstitusionele Hof appelleer, aangesien grondwetlike aangeleenthede, hier Regstellende Aksie, betrokke was.

Die wanopvatting dat die Konstitusionele Hof 'n verdere hof van appèl is op 'n hoër vlak as die Hoogste Hof van Appèl was egter nie die bedoeling met die skep van hierdie hof nie. Dit is in die lewe geroep met die spesifieke doel om dispute van grondwetlike aard te besleg, terwyl die Hoogste Hof van Appèl die hoogste hof is vir die beregting van alles behalwe grondwetlike aangeleenthede. Oorvleueling is moontlik, maar 'n gedingvoerder kan nie die Konstitusionele Hof om verligting nader bloot omdat alle strafregelike remedies uitgeput is tot op die vlak van die Hoogste Hof van Appèl nie. In elk geval nie in die teorie of sonder jakkalsdraaie in die praktyk nie.

Ná die totstandkoming van die nuwe regeringsbestel in 1994 is die Grondwet, eers as Interim-Grondwet 200 van 1993 en toe as finale, aanvaar as Wet 108 van 1996. Daarna moes die hof onduidelikhede begin uitklaar, beginsels opnuut interpreteer, veral betreffende bestaande wetgewing wat teenstrydig of skynbaar teenstrydig is met sekere artikels van die Grondwet. Dit is ook duidelik dat dié hof met groot noukeurigheid moes begin kyk na hofbeslissings uit die tydperk voor 1994, aangesien baie sodanige beslissings nie meer in die nuwe bedeling ooreenkomstig die *stare decisis*- beginsel geperpetueer kon word nie.

HOOFSTUK 5

DIE AFSKAFFING VAN DIE DOODSTRAF⁶²⁷ IN SUID-AFRIKA.

Toon van den Heever - *Gerwe uit die Erfpag van Skoppensboer (uit Galathea):*

‘Dit is gevaarlik om met gebede van die Gode iets af te pers; hulle gee jou dikwels wat jy vra maar selde ooit wat jy verlang.’

□ Waar die woord *Grondwet* gebruik word, word steeds bedoel die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, tensy spesifiek anders vermeld.

5. 1 INLEIDING.

In die hoofstuk wat volg, word gekyk na die vraagstuk van die grondwetlikheid al dan nie van die vroeëre doodstraf in Suid-Afrika, geïnterpreteer in die lig van ‘n aantal bepalings in die tweede hoofstuk van die Grondwet van Suid-Afrika wat handel oor menseregte. Van hierdie regte sluit in die reg op lewe,⁶²⁸ en die moontlikheid dat sekere regte beperk kan word mits dit redelik en regverdigbaar is in ‘n oop en demokratiese samelewing, gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid. Dit is duidelik dat dit hier gaan om ‘n aantal begrippe wat ondersoek moet word en waarvan alle moontlike aanvaarbare betekenis oorweeg moet word.

⁶²⁷ As gevolg van die teenstrydigheid waar Wet 108 van 1966 na die doodvonnis verwys en die Afrikaanse Woordelys en Spelreëls na doodsvonnis, word die woord doodstraf deurgaans gebruik.

⁶²⁸ Artikel 11 van die Grondwet.

5.2 AGTERGROND

Daar is by die meeste denkende mense, na die mening van die skrywer, 'n sekere dualisme wat betref die bestaansreg van die doodstraf in 'n sogenaamde beskaafde land. Daar is aan die een kant die mooi ideaal dat elke mens se lewe heilig is en met eerbied behandel moet word, en aan die ander kant die pragmatiese besef dat alle mense nie altyd daardie lewe só leef dat dit die toonbeeld van heiligheid is waardeur ook die medemens se lewe, liggaam en eiendom gerespekteer word nie.

In 1971 reeds, baie lank voor die afskaffing van die doodstraf in Suid-Afrika, skryf Strauss, een van die voortreflikste juriste wat hierdie land nog opgelewer het, in 'n populêre tydskrif⁶²⁹ 'n sterk-bewoorde aanval op die doodstraf waarin dit duidelik is dat sy primêre argument gebaseer is op hoër waardes as dié wat algemeen geldend was in die openbare mening van daardie jare:

'Dit is vir my 'n logiese stap in die vooruitgang van die beskawing dat hierdie strafvorm moet verdwyn. 'n Kenmerk van die Westerse beskawing, wat ook voortvloei uit die Christelike leer, is eerbied vir die lewe. Die opsetlike ontneming van 'n lewe deur die staat - al is dit dié van 'n misdadiger - druis hierteen in. Hierdie beskouing berus nie op die gedagte dat boosdoeners op die hande gedra en vertroetel moet word nie, maar op die uitgangspunt dat die reg nie aangewend moet word as 'n instrument van lewensvernietiging nie.'

Dié "waardes-benadering" het Strauss ook in 'n bydrae in die *Rand Daily Mail*⁶³⁰ só gestel:

⁶²⁹ SA Strauss in *Ster* 28 Mei 1971, p. 69.

⁶³⁰ 3 Mei 1971.

'The abolitionist cause is fundamentally based on the changing values of a civilisation - and specifically on more civilised notions of what is a decent, fair and acceptable mode of punishment. We are honouring our legal tradition, not violating it, by introducing more enlightened notions.'

Vandat die debat rondom die afskaffing van die doodstraf in alle erns begin het, lank voor die inwerkingstelling van die Grondwet, het daar vele stemme opgegaan teen die vervanging van die doodstraf met lewenslange gevangenisstraf.⁶³¹ Sedert daar sprake was dat die doodstraf afgeskaf sou word en na die afskaffing, is daar al telkemale gevra dat die regering 'n referendum moet uitroep om presies te bepaal wat die houding van die meerderheid kiesers in die land is ten opsigte van die behoud/herinstelling van die doodstraf. Die kiesers het voor die afskaffing nie die meerderheid van die bevolking verteenwoordig nie. So 'n referendum, word beweer, is nie die oplossing nie. Waarom? Die antwoord, gebaseer op 'n juridiese grondslag, lui só: In die tydperk voor die Grondwet het die Parlement alleen die septer geswaai, gebaseer op die openbare mening. Daar was nie 'n "reg bo die reg" nie en die grondwetlike geldigheid van die doodstraf kon nie in 'n geregshof aangeveg word nie. Tans is die Grondwet die "reg bo die reg", want volgens artikel 2 van die Grondwet is die Grondwet die hoogste gesag van die Republiek. Daarom is dit die taak van die Konstitusionele Hof om oor alle grondwetlike aangeleenthede te beslis, en een van die eerste take van dié hof was om artikel 277 van die *Strafproseswet*⁶³² te interpreteer in die lig van die vereistes soos gestel in 'n aantal artikels van die Grondwet, hieronder bespreek.

⁶³¹ Geskep deur Wet 197 van 1990,

⁶³² Wet 51 van 1977.

Deur die eeue heen, vanaf Paulus,⁶³³ Thomas Aquinas,⁶³⁴ die Romeinse en Romeins-Hollandse skrywers⁶³⁵ tot nou, is daar wyd uiteenlopende interpretasies van die wenslikheid en toelaatbaarheid van die doodstraf op grond van goddelike voorskrifte gegee. Dit is beduidend dat Kaïn, die eerste moordenaar van wie daar vroeg in die Bybel melding gemaak word, nie deur God die doodstraf “opgelê” is nie.⁶³⁶ Die Ou-Testamentiese vergeldingsbeginsel van ‘n oog-vir-‘n-oog⁶³⁷ is volgens die beskaafde regstelsels nie meer aanvaarbaar nie.⁶³⁸ Daarna word verder verwys as die *lex talionis*.⁶³⁹ Dit is ook die mening van *De Groot*:⁶⁴⁰ Die beginsel moet in die lig van die Nuwe Testament verwerp word. Straf is net geregverdig, volgens De Groot, as die misdaad ongerief en/of gevaar vir die gemeenskap sal veroorsaak, en wanneer dit toegepas word, moet dit beperk word tot die minimum wat die gemeenskap sal beskerm.⁶⁴¹ Dit moet voorts so min as moontlik nadeel aan die oortreder veroorsaak. De Groot gee toe dat dit een van die eerste beginsels van die reg is dat daar ‘n

⁶³³ Die skrywer van die boek *Handelinge* in die Bybel. Paulus het eers Saulus geheet, tot met sy “Damaskus”-ervaring toe hy na ‘n visioen opgehou het om Christus se volgelinge te vervolg.

⁶³⁴ Teoloog en filosoof, 1225 – 1274.

⁶³⁵ Genoem in hoofstuk 2 en 3 hierbo, byvoorbeeld De Groot (of *Grotius*), Voet, Van der Keessel, Van Leeuwen, Damhouder en ander, vergelyk Hosten WJ *et al*: *Op, cit.*, p. 203.

⁶³⁶ *Génesis* 4: 10 – 15.

⁶³⁷ Regter Masipa beskryf dit in die *Oscar Pistorius*-saak (2014 – tot met skrywe hiervan nog ongerapporteer) as behorende tot “the dark ages”.

⁶³⁸ Die boek *Levitikus* in die Bybel, hoofstuk 24: 17-21; asook *Génesis* 9:6 en *Eksodus* 21: 23-25. Vergelyk ook Hosten WJ *et al*: *Op cit.*, p.768, en *veral p. 770, paragraaf 5.2.5.*

⁶³⁹ Die Germaanse *weidervergeltung*: Hosten WJ *et al*: *Op.cit.* p 159.

⁶⁴⁰ *De Iure Belli ac Pacis* 2.20.2

⁶⁴¹ *Ibidem*, 2.20.2.

sekere gelykheid tussen die straf en die oortreding moet wees.⁶⁴²

Van der Keessel se grootste beswaar teen die oog-vir-'n-oog beginsel is dat net die daad beoordeel word, nie ook die omstandighede of die persoon self nie. Hy is van mening dat daar een uitsondering is waar die beginsel (oog-vir-'n-oog) wel geldig mag wees, en dit is by moord met voorbedagte rade. Vergelyk ook Middleton.⁶⁴³ Hierdie standpunt word ondersteun, alhoewel skrywer hiervan verkragting waarby geweld betrokke is, soos wat dit meestal die geval is, ook hierby wil insluit.

Daar was dus altyd die gevoel dat opsetlike doodslag só vertolk moet word dat dit in 'n ander kategorie val as geringe misdade en swaarder gestraf moet word, soos hierbo genoem is. Voor die afskaffing van die doodstraf in Suid-Afrika het Van Rooyen, een van grootste voorstanders van en leiers in die beweging vir die afskaffing van die doodstraf, reeds in 'n artikel⁶⁴⁴ genoem dat die ware lewenslange vonnis, geskep deur 'n wysiging van die *Strafproseswet*,⁶⁴⁵ 'n waardevolle alternatief is vir die doodstraf, omdat dit baie van die besware tegemoet kom van diegene ten gunste van die behoud van die doodstraf. Die meeste besware berus op die behoefte aan

⁶⁴² *De Iure Belli ac Pacis* 2.20.2.

⁶⁴³ Middleton AJ: *Judicial Considerations Concerning the Imposition of Criminal Punishment: A Historical Survey* (ongepubliseerde LL D-verhandeling UNISA, p 291 -308, 1983) op p 304.

⁶⁴⁴ Wat deel vorm van 'n simposium oor die doodstraf, gehou in Februarie 1992 aan die Florida State University in die Verenigde State van Amerika: *Florida State University Law Review* 737 -786 (Spring 1993); Van Rooyen Jan H: *Toward a New South Africa without the Death Sentence – Struggles, Strategies and Hopes*, p. 761.

⁶⁴⁵ Wet 51 van 1977, gewysig deur Wet 107 van 1990. Ook die Wet op Gevangenis, Wet 8 van

beskerming van die gemeenskap.⁶⁴⁶ Indien daar nie 'n aanvaarbare alternatief is nie, is dit goed moontlik dat die gemeenskap die reg in eie hande kan neem deur middel van optrede soos “*mob killings*,” iets soos wat elf jaar na Van Rooyen se artikel in groot swart letters as hoofopskrif in *Die Burger*⁶⁴⁷ aangekondig word: SKARE VERKOOL VERDAGTES - Jeffreysbaai: Vigilantes gebruik 'halssnoer'. Die berig lui so:

“n Hoog gespanne situasie het teen druktyd gisteraand nog op dié kUSDorp geheers ná 'n klaarblyklike vigilante-aanval waarin drie mans grusaam deur 'n skare mense - sowat 400 - met kapmesse aangeval en verbrand is in die Tjoksville-plakkersbuurt. Dit volg blykbaar ná die beweerde verkragting van 'n tienermeisie Vrydagnag.’

Regter Pierre J Olivier, vise-voorsitter van die Suid-Afrikaanse Regskommissie was die leier van 'n projek wat 'n Interim-verslag oor menseregte uitgebring het.⁶⁴⁸ By die Algemene Jaarvergadering van die *Society for the Abolition of the Death Penalty in South Africa-Pretoria* in 1991 het hy gesê dat die voorgestelde Handves vir Menseregte nie die doodstraf *per se* skrap nie. Dit het die *African National Congress* voorgestel en dit was die geval met die Namibiese Grondwet. 'n “Salomoniese oplossing” word liewer verkies: 'n Middeweg tussen die

1959, is hierdeur gewysig.

⁶⁴⁶ Van Rooyen Jan H: *Op. cit.*, p. 761.

⁶⁴⁷ Maandag 2 Augustus 2004.

⁶⁴⁸ *Interim-verslag op Groep- en Menseregte* (1991) van die Suid-Afrikaanse Regskommissie: pp. 687-697. Die Kommissie is in die lewe geroep deur Wet 19 van 1973, en bestaan uit regsliu, akademi en lede van die Departement van Justisie. Die Kommissie is getaak om navorsing te doen en voorstelle te maak aangaande die verbetering/hervorming/ontwikkeling van alle vertakings van die Suid-Afrikaanse reg.

behoud van die doodstraf en die afskaffing daarvan.⁶⁴⁹ Van Rooyen het dit nie as 'n oplossing of Salomonies beskou nie, maar liever as *passing the buck* na die toekomstige Konstitusionele Hof.⁶⁵⁰ Die verslag lui onder andere:

'The solution that is suggested is that the question of capital punishment should be seen in the correct perspective, i.e. as a limitation to the right to life, and that the [future Constitutional] court must exercise its proposed testing competence in accordance with the limitation clause which is of general force and effect. The Bill itself therefore does not express itself for or against capital punishment, but leaves it to the court to deliver a finely balanced judgment in the light of, *inter alia*, empirical evidence. The proposed solution naturally imposes an onerous task on the Constitutional Court. But it is a task which this court will in future have to carry out in respect of many other laws and executive and administrative acts. The Court must not shrink from this task.'⁶⁵¹

Dit blyk uit die verslag dat nie alle menseregte as absoluut beskou word in die sin dat hulle nooit beperk kan word nie. Sommige is slegs relatief en kan in sekere omstandighede afgebaken of selfs opgehef word. Tot die reg op die lewe is nie absoluut nie. Die lewe van 'n onregmatige aanvaller kan, in gepaste omstandighede, in noodweer of selfverdediging, geneem word.⁶⁵² Absolute regte is, volgens die Suid-Afrikaanse Regskommissie,⁶⁵³ om nooit onderwerp te word aan wrede en ongewone straf of om gevonnissen te word tot onmenslike of

⁶⁴⁹ Ibidem: *Interim-verslag op Groep- en Menseregte* van die Suid-Afrikaanse Regskommissie: p. 275. Dit verwys na die Bybelse koning Salomo, bekend vir sy wyse besluite: *I Konings* 3:16-28.

⁶⁵⁰ Van Rooyen Jan H: *Op. cit.*, p, 765.

⁶⁵¹ Aangehaal deur Van Rooyen Jan H : *Op. cit.*, p. 765.

⁶⁵² Dit word volledig bespreek in hoofstuk 6 hieronder.

⁶⁵³ Die Interim-verslag van die SA Regskommissie, soos aangehaal deur Van Rooyen Jan H : *Op. cit.*, p. 766, vergelyk die aanhaling hierbo in die voorlaaste paragraaf.

vernederende straf nie,⁶⁵⁴ asook gelykheid voor die reg of die reg op 'n billike verhoor.

Dit was dus reeds in hierdie stadium, in 1991, duidelik dat die *onerous task*⁶⁵⁵ van die Konstitusionele Hof min of meer op 'n uitspraak sou uitloop wat inderwaarheid reeds vooraf 'n uitgemaakte saak was. Die wêreldklimaat en veral die interpretasie van menseregte in die Verenigde State van Amerika, Kanada, Duitsland, die Europese Hof vir Menseregte en ander het op daardie tydstip reeds bepaal wat aanvaarbaar is en wat nie. Suid-Afrika, toenemend deel van die *global village*, sou graag sy muishond-beeld wou afskud en meer klem lê op die groeiende belang van menseregte. Die tafel was so te sê gedek vir die toekomstige Konstitusionele Hof se afskaffing van die doodstraf.⁶⁵⁶

5.3 S v MAKWANYANE EN 'n ANDER:

5.3.1 Die Feite van die waterskeidingsaak, soos blyk uit die hofverslae van die Hoogste Hof van Appèl en die Konstitusionele Hof:

In Februarie 1995 is die saak van Makwanyane deur die Konstitusionele Hof aangehoor en op 6 Junie 1995 is uitspraak gelewer. Die twee beskuldigdes is in die Witwatersrandse Plaaslike Afdeling van die Hooggeregshof op vier aanklagte van moord, een

⁶⁵⁴ Die Interim-verslag van die SA Regskommissie, p. 766.

⁶⁵⁵ Soos in die voorlaaste paragraaf hierbo uit die verslag aangehaal.

⁶⁵⁶ Wat sou gebeur in *S v Makwanyane* 1995 (3) SA 391 (KH), hieronder bespreek.

van poging tot moord en een klag van roof met verswarende omstandighede skuldig bevind en die doodstraf opgelê vir elke moordklag, met lang gevangenisstraf vir die ander aanklagte. Hulle het geappelleer na die Hoogste Hof van Appèl wat die appèl teen die skuldigbevindings verwerp het en bevind het hulle moet die swaarste straf wat ooreenkomstig ons reg toelaatbaar is, opgelê word.⁶⁵⁷ Die Appèlafdeling het die appèl teen die doodstraf uitgestel totdat die grondwetlike posisie deur die Konstitusionele Hof beslis is, wat 'n uitvoerige interpretasieproses deur hierdie hof sou behels.

In die saak het dit gegaan om 'n goed voorafbeplande rooftog met 'n sterk moontlikheid van moord op die koop toe. Op 31 Augustus 1990 om 6:00 het 'n bankvoertuig vertrek, begelei deur 'n polisiemotor met twee gewapende polisielede, Thompson en Goddard, om lone na twee hospitale te neem.⁶⁵⁸ Die bankvoertuig was 'n paneelwa met versterkte glas in die vensters en versterkte panele in die bakwerk. Die bestuurder, alleen in die bestuurderskajuit, was ene Pretorius. Agter in die voertuig was daar vyf bankkamptenare. Die geldtrommels was in 'n aparte deel van die voertuig. By die J.G. Strydom-hospitaal is geld en drie van die bankkamptenare afgelaai.⁶⁵⁹ Botha en Havenga is toe saam met Pretorius en die polisievoertuig na die Coronation-hospitaal. Toe die twee voertuie by die hospitaal stilhou, is 'n aantal skote op hulle geskiet. Thompson en Goddard is noodlottig gewond, so ook Botha en Pretorius, hoewel laasgenoemde volgens getuienis daarin geslaag het om die voertuig weer aan die gang te kry, op pad uit teen die aanvallers se voertuig gebots het

⁶⁵⁷ Ooreenkomstig die *Strafproseswet* 51 van 1977, artikel 277: Die doodstraf.

⁶⁵⁸ *S v Makwanyane* (1994) ZASCA 76; p. 159.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 160.

en twee kilometer verder eers tot stilstand gekom het.⁶⁶⁰ Die beskuldigdes het by 'n rooi verkeerslig in 'n taxi gespring en weggekom. Hulle is later gearresteer en die vuurwapens in hulle besit, AK 47's, is deur ballistiese getuienis verbind met die aanval.⁶⁶¹ Aan die begin van die verhoor is die saak teen een van die beskuldigdes teruggetrek. Tydens die verhoor het die beskuldigdes uit polisiebewaring probeer ontsnap. Een is doodgeskiet, 'n ander het weggekom, sodat daar net twee beskuldigdes oorgebly het.⁶⁶²

Die Hoogste Hof van è per Aregter EM Grosskopf beskou die aard van die misdade wat gepleeg is, as besonder strafverswarend. Die twee beskuldigdes/appellante was deel van 'n bende wat vooraf beplan het om die bankvoertuig te beroof. Volgens die Hof het hulle sorgvuldig uitgewerk hoe hulle die bankvoertuig sou oorval en die polisiebeskerming uitskakel. Hulle was swaar bewapen met outomatiese gewere en voldoende ammunisie. Dat verskeie mense in die aanval gedood sou word, was onvermydelik, 'n klinkklare geval van *dolus eventualis*.⁶⁶³ Hulle het derhalwe voorsien dat lewens geneem kon word gedurende hul beplande aanval, maar hulle het hulle daarmee versoen en voortgegaan. Hulle dade was koelbloedig bereken en beplan. Die oorledenes was polisie- en bankkamptenare, mense wat bloot besig was om hulle werk te doen.⁶⁶⁴

⁶⁶⁰ *S v Makwanyane* (1994) ZASCA 76, p 160(b).

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 160(d).

⁶⁶² *Ibidem*, p. 160(f).

⁶⁶³ *Ibidem*, p. 160(d).

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p 160(d).

Regter-President Chaskalson was van mening dat dit beter sou gewees het as die opstellers van die Grondwet spesifiek verklaar het die doodstraf is óf toelaatbaar óf nie 'n geoorloofde straf nie.⁶⁶⁵

Omdat dit nie gedoen is nie, is die interpretasie aan die Konstitusionele Hof oorgelaat, sodat bepaal kon word of die straf met die voorskrifte van die Grondwet bots (die *passing the buck* wat Van Rooyen voorspel het.)⁶⁶⁶ Die hof moes die saak onverwyld afhandel, aangesien daar tussen 300 en 400 ter dood veroordeeldes (sekerlik angstig) hul lot en die Hof se beslissing afgewag het.⁶⁶⁷

Regter-President Chaskalson haal die slotreëls van die Interim-grondwet aan:⁶⁶⁸

'(the Constitution) ... provides a historic bridge between the past of a deeply divided society characterised by strife, conflict, untold suffering and injustice, and a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence and development opportunities for all South Africans, irrespective of colour, race, class, belief or sex.'

Dit lui, volgens Regter-President Chaskalson, 'n nuwe orde in Suid-Afrika in, waarin menseregte verskans is, en waarin die Grondwet die opperste gesag in die land is. Enige regsvoorskrif of optrede daarmee onbestaanbaar, is ongeldig, (artikel 4(1) van die Interim-grondwet) en sal, tensy spesifiek of by noodwendige implikasie deur die Grondwet so bepaal, sover dit die teenstrydigheid betref, geen krag of gevolg

⁶⁶⁵ *S v Makwanyane* (1995) KH, p. 402B.

⁶⁶⁶ Van Rooyen, Jan H: *Op. cit.*, p. 765 (*supra*).

⁶⁶⁷ *S v Makwanyane* (1995) KH, p. 402D.

⁶⁶⁸ *S v Makwanyane*, (1995)(KH), p. 402F.

hê nie.⁶⁶⁹

Die hoofstuk oor menseregte, hoofstuk 3 (tans hoofstuk 2) bevat bepalings oor die wyse waarop die hoofstuk deur die hofe uitgelê moet word.⁶⁷⁰ Dit behandel nie spesifiek die doodstraf nie, maar verbied in artikel 11(2) (tans 12 (1)) “wrede, onmenslike of vernederende behandeling of straf.”⁶⁷¹ Daar is geen definisie van wat daarmee bedoel word nie, en dit is die taak van die Hof om self betekenis aan daardie woorde te gee:⁶⁷² Die *onerous task*⁶⁷³ waarvan die Regskommissie melding gemaak het. Regter-President Chaskalson wys daarop dat die Konstitusionele Hof reeds in 1995 in *S v Zuma and Others*⁶⁷⁴ die benadering behandel het wat gevolg moet word in die interpretasie van die basiese regte wat in hoofstuk 3 (tans 2) van die Grondwet verskans word.⁶⁷⁵ Regter Kentridge, wat die uitspraak gelewer het, het met goedkeuring verwys na die Kanadese saak *R v Big M Drug Mart Ltd*:⁶⁷⁶

‘The meaning of a right or freedom guaranteed by the Chapter was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect. In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right of freedom in question is to be sought, by reference to the character and larger objects of the Charter itself, to the language chosen to articulate the specific right or

⁶⁶⁹ *Makwanyane* (1995) KH, p. 403A.

⁶⁷⁰ *Ibidem*, p. 403B.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 403B.

⁶⁷² *Ibidem*, p. 403B.

⁶⁷³ Van Rooyen Jan H : *Op. cit.*, p 765.

⁶⁷⁴ 1995 (1) SASV 568 (KH).

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 403D.

⁶⁷⁶ 1985 18 18 DLR (4th) 321, p. 396, *S v Makwanyane* (1995) (KH), p. 403D.

freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the Charter. The interpretation should be a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the Charter's protection.'

Regter-President Chaskalson wys daarop dat artikel 11(2) van die Grondwet (tans 12(1))⁶⁷⁷ nie in isolasie uitgelê moet word nie, maar in konteks, wat die geskiedenis en agtergrond tot die aanvaarding van die Grondwet insluit, ander bepalings van die Grondwet self en spesifiek die ander bepalings in hoofstuk 3 (nou 2) waarvan dit deel vorm.⁶⁷⁸ Dit moet ook só uitgelê word dat dit vir die individu *the full measure of its protection* bied.⁶⁷⁹ Sodanige regte wat van besondere belang is in die besluit oor die grondwetlikheid al dan nie van die doodstraf, is vervat in artikel 9 (nou 11),⁶⁸⁰ artikel 10 (steeds 10), en art 8 (nou 9). [Voortaan sal daar slegs na die artikels verwys soos wat hulle in die huidige Grondwet aangedui word.] Straf, per Regter-President Chaskalson, moet aan die vereistes van artikels 9, 10 en 11 voldoen, en dit is die geval, of hierdie artikels behandel word asof hulle verdere betekenis verleen aan artikel 12(1),⁶⁸¹ en of hulle aparte en onafhanklike standarde voorskryf waaraan alle strafsoorte moet voldoen.⁶⁸²

⁶⁷⁷ Artikel 12(1) van die Grondwet omskryf die reg op vryheid en sekerheid van die persoon.

⁶⁷⁸ *S v Makwanyane* (1995) (KH), p. 403H.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 404A.

⁶⁸⁰ Elkeen het respektiewelik: die reg op lewe; die reg op waardigheid en die reg dat dit gerespekteer en beskerm word; elkeen is gelyk voor die reg.

⁶⁸¹ Elkeen het die reg op sekerheid en vryheid van die persoon.

⁶⁸² *S v Makwanyane* (1995) (KH), p. 404B.

In die Hof se ontleding (waarna vervolgens gekyk word) word artikels 9, 10 en 11 behandel asof hulle saam betekenis verleen aan artikel 12(1).⁶⁸³ Advokaat George Bizos wat namens die staat opgetree het in die saak, het dit aan die hof gestel dat die staat aanvaar dat die doodstraf wreed, onmenslik en vernederend is en dat dit ongrondwetlik verklaar behoort te word.⁶⁸⁴ Die destydse Prokureur-generaal⁶⁸⁵ van die Witwatersrand, advokaat Klaus von Lieres und Wilkau, bygestaan deur T P McNally van Natal plus agt ander, se houding was dat die doodstraf nie noodwendig as wreed, onmenslik en vernederend geïnterpreteer hoef te word nie, en dat dit inderwaarheid 'n noodsaaklike en aanvaarbare strafvorm is.⁶⁸⁶ Dis 'n vertolking wat reëlreg die teenoorgestelde van dié van die staat is. Die Prokureur-Generaal het geredeneer dat, indien die opstellers van die Grondwet bedoel het dat die doodstraf ongrondwetlik is,⁶⁸⁷ hulle so sou gesê het, en aangesien hulle dit nie gesê het nie, was hulle bedoeling om dit aan die Parlement oor te laat om dit op die gewone manier te behandel.⁶⁸⁸ Die Parlement, nie die regering nie, moes besluit of die doodstraf herroep moes word, en dit het die Parlement nie gedoen nie.⁶⁸⁹

⁶⁸³ *Makwanyane* (1995) KH, voetnoot 11 op p. 404.

⁶⁸⁴ *Ibidem*, p. 404C en D.

⁶⁸⁵ Die Prokureur-Generaal se kantoor is onafhanklik van die regering. Tans word die benaming Direkteur van Openbare Vervolging gebruik.

⁶⁸⁶ *S v Makwanyane* (1995) (KH), p. 404D.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, p. 404D.

⁶⁸⁸ Deur wetgewing. *Ibidem*, p. 404E

⁶⁸⁹ *Ibidem*, p.404E.

Die Konstitusionele Hof, per Regter-President Chaskalson, het eers gekyk na die standpunt dat die hof, in die proses om die Grondwet te interpreteer, rekening mag hou met die debat wat oor die doodstraf gevoer is voor die begin van die onderhandelinge wat aanleiding gegee het tot die ontstaan van die Grondwet.⁶⁹⁰ Ons howe het beslis dat dit toelaatbaar is om die doel en agtergrond van wetgewing in ag te neem wanneer 'n wet uitgelê word. Hy haal Appèlregter Schreiner aan in *Jaga v Dönges*:⁶⁹¹

'Certainly no less important than the oft-repeated statement that the words and expressions used in a statute must be interpreted according to their ordinary meaning is the statement that they must be interpreted in the light of their context. But it may be useful to stress two points in relation to the application of this principle. The first is that "the context", as here used, is not limited to the language of the rest of the statute regarded as throwing light of a dictionary kind on the part to be interpreted. Often of more importance is the matter of the statute, its apparent scope and purpose, and, within limits, its background.'

Parlementêre debatte is nie toegelaat as agtergrondmateriaal nie. Dit sluit in stellings gemaak deur ministers wat verantwoordelik is vir wetgewing, en verduidelikende memoranda wat redes gee vir nuwe wetsontwerpe. Wat egter wel toelaatbaar is,⁶⁹² is om die verslag van 'n regs kommissie in ag te neem, met die oog op die vasstelling van die misstand waarop die wetsontwerp gerig is.⁶⁹³ Hierdie beginsels is gedeeltelik aan die Engelse reg ontleen.⁶⁹⁴ In Engeland het die howe egter kort vantevore hierdie

⁶⁹⁰ *S v Makwanyane* (1995) KH, p. 404G.

⁶⁹¹ *Ibidem*, p. 404H: *Jaga v Dönges & Another* (1950) (4) SA 653 (A) 662-3, (*supra*).

⁶⁹² *S v Makwanyane* (1995) (KH), p. 405B.

⁶⁹³ *Ibidem*, p. 405B: *AG Eastern Cape v Blom* 1998 (4) SA 645 (A) pp. 668H –669F.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, p. 405B-C.

uitsluitingsreël verslap en in die *Pepper-saak*⁶⁹⁵ beslis dat verwysing na parlementêre materiaal toegelaat behoort te word as 'n hulpmiddel tot die vertolking van wetgewing wat dubbelsinnig of obskuur is, of waarvan die letterlike betekenis tot 'n absurditeit kan lei. 'n Soortgelyke verslapping het ook in Australië en Nieu-Seeland plaasgevind, soos genoem in *Pepper*.⁶⁹⁶

In ander lande waar die Grondwet ook die hoogste gesag is, neem die houe gewoonlik die omstandighede wat heers ten tye van die aanname van die Grondwet in ag,⁶⁹⁷ insluitende die debatte en geskrifte wat deel gevorm het van die proses.⁶⁹⁸ Die Hooggeregshof van die Verenigde State van Amerika neem sodanige sake in ag, so ook die Duitse Konstitusionele Hof.⁶⁹⁹ Die Duitse Federale Konstitusionele Hof het in sy beslissing oor die grondwetlikheid van 'n lewenslange vonnis,⁷⁰⁰ die feit in ag geneem dat die opstellers van die Grondwet hierdie tipe vonnis beskou het as die alternatief vir die doodstraf toe hulle besluit het om dit (die doodstraf) af te skaf.⁷⁰¹ Ook die Kanadese Hooggeregshof het sodanige getuienis as toelaatbaar beskou, en het na die geskiedkundige agtergrond verwys. 'n Voorbeeld is pre-konfederasiedebatte met die doel om bepalinge van die Kanadese Grondwet te interpreteer,⁷⁰² alhoewel dit nie soveel waarde daaraan heg as die Verenigde State van Amerika

⁶⁹⁵ *Pepper (Inspector of Taxes) and related appeals* 1993 AC 593 HL(E) 1 All ER 42.

⁶⁹⁶ *S v Makwanyane* (1995) (KH), p. 405 C.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, p. 405G.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 405G.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, p. 406A.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, p. 406A.

⁷⁰¹ *Ibidem*, p. 406, voetnoot 18.

⁷⁰² *Ibidem*, p. 406A.

nie.⁷⁰³ Nogtans oorweeg dit voorts parlementêre stellings van ministers met verwysing na die doel van bepaalde wetgewing. In Indië is toesprake van ministers in die parlement nie normaalweg in die uitlegproses toelaatbaar nie, maar die verslae van komitees wat wetgewing opstel, sal aangewend word om te help met uitleg.⁷⁰⁴ Die Europese Hof vir Menseregte en die Verenigde Nasies se Komitee vir Menseregte laat inligting toe wat afkomstig is van die *travaux préparatoires* (voorbereidende werksaamhede).⁷⁰⁵

Die Grondwet was die produk van die samesprekings by 'n multi-party onderhandelingsproses.⁷⁰⁶ Hierdie proses is geadviseer deur tegniese komitees en die verslae van hierdie komitees is soortgelyk aan die *travaux préparatoires*.⁷⁰⁷ Dit kan die nodige agtergrond vir die Grondwet verskaf, en Regter-President Chaskalson is van mening dat dit om dié rede nie uitgesluit kan word nie.⁷⁰⁸ Daarteenoor is die kommentaar van individue, hoe prominent ook al die rol wat hulle gespeel het, nie deurslaggewend nie.⁷⁰⁹ Waar agtergrondmateriaal duidelik en relevant is en nie in geskil is nie, kan dit deur die Hof in aanmerking geneem word by die interpretasie van die Grondwet.⁷¹⁰

⁷⁰³ *S v Makwanyane* (1995) KH, p 406B: *Mahe v Alberta* 1990 1 SCR 342; 1990 46 CRR 193, p.214.

⁷⁰⁴ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 406B-C.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 406D.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 406E.

⁷⁰⁷ *Ibidem*, p. 407A.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 407A en B.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 407D.

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 407E.

Die doodstraf was die onderwerp van debat voor en gedurende die grondwet- opstellingsproses, en dit is, per R P Chaskalson, duidelik dat die spesifieke weglating daarvan uit die Grondwet nie per abuis geskied het nie.⁷¹¹

In Augustus 1991 het die Suid-Afrikaanse Regskommissie in sy Interimverslag die doodstraf as “hoogs kontroversieel” beskryf.⁷¹² ‘n Werksdokument wat die Interimverslag voorafgegaan het, het voorgestel dat die reg op die lewe deur ‘n Menseregtehandves erken word, onderworpe aan die voorbehoud dat die diskresionêre oplê van die doodstraf toegelaat word vir die ernstigste misdade.⁷¹³ As gevolg van kommentaar daarop, het die Regskommissie besluit om hulle tot die “Salomoniese oplossing” te wend, soos hierbo genoem in paragraaf 5.2: ‘n middeweg tussen die behoud en afskaffing van die doodstraf: Die Konstitusionele Hof sou moes besluit of die reg op die lewe wat ongekwalifiseerd beskryf is, beperk kon word deur die beperkende klousule in die Handves.⁷¹⁴

Dus, voordat die Konstitusionele Hof sy *onerous task* uitgevoer het, is die doodstraf nog regmatig deur die hof opgelê waar dit as die enigste gepaste vonnis beskou is, hoewel daar ‘n moratorium ingestel is op die voltrekking daarvan.⁷¹⁵

⁷¹¹ *S v Makwanyane* (1995)KH, p. 407F.

⁷¹² *Ibidem*, p. 408 A.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 408A.

⁷¹⁴ *Ibidem*, p. 408B.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 408G.

5.3.2. REGSVERGELYKING

As deel van die interpretasieproses moes die Konstitusionele Hof ook kyk na internasionale en vreemde vergelykbare reg; artikel 39 van die Grondwet bepaal onder andere:

‘Wanneer die bepalings van hierdie wet geïnterpreteer word, moet die hof die waardes bevorder onderliggend aan ‘n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid, en moet, waar toepaslik, kyk na die internasionale publiekreg wat betrekking het op die regte verskans in hierdie hoofstuk, en dit kan vergelykbare vreemde uitgewysde sake in ag neem.’

Dit is dus wenslik om die posisie in ander lande in oënskou te neem. Die beweging teen die doodstraf het in die laat-twintigste eeu só sterk gegroei dat baie lande dit totaal afgeskaf het. Ander lande pas dit net toe in oorlogtoestande en nog ander wat die straf behou het, beperk dit tot die heel uiterste gevalle.⁷¹⁶ In 1993 is 1 831 (opgetekende) vonnisse wêreldwyd voltrek: 1 417 daarvan in China, die ander 414 in die res van die wêreld.⁷¹⁷ Byna die helfte van alle lande het dit afgeskaf, soos die demokrasieë van Europa en buurlande van Suid-Afrika soos Namibië, Mosambiek en Angola.⁷¹⁸

Die internasionale publiekreg sluit in bindende sowel as nie-bindende reg. Dugard stel voor⁷¹⁹ dat alle bronne wat deur die Statuut van die

⁷¹⁶ Makwanyane (1995) KH, p. 412H en 413A.

⁷¹⁷ *Ibidem*, p.413B-C.

⁷¹⁸ *Ibidem*, p. 413C.

⁷¹⁹ Dugard J, en Van Wyk, Dawid *et al: Rights and Constitutionalism: The New South African Legal Order*, 192-195.

Internasionale Strafhof erken word, ingesluit word: Konvensies, internasionale gebruike (*customs*), die algemene regsbeginsels deur beskaafde nasies erken, geregtelike beslissings en die leringe van die hoogste gekwalifiseerde skrywers van die onderskeie nasies.⁷²⁰ Die doodstraf word nie verbied deur die internasionale publiekreg nie. Die Konstitusionele Hof kon dit in ag neem as hulpmiddel, maar was nie daaraan gebonde nie.

In die Verenigde State van Amerika is die doodstraf van die begin af erken: Die Vyfde Amendement noem dit spesifiek⁷²¹ en die Veertiende Amendement verklaar dat state nie iemand sy lewe, vryheid of eiendom *without due process of law* kan ontnem nie, en erken die reg van state om vir sulke doeleindes wette te verorden.⁷²² Die beswaar teen die doodstraf is gebaseer op die Agtste Amendement wat wrede en ongewone straf verbied.⁷²³ In *Gregg v Georgia*⁷²⁴ is die wettigheid van die doodstraf bevestig, maar voor en ná die saak was die Hooggeregshof sterk verdeel oor dié aangeleentheid en dit het soms tot skerp-bewoorde oordele gelei.⁷²⁵ In gevalle waar wette geen of min diskresie toelaat, of 'n te wye diskresie aan regters en juries verleen, is die bepalinge wat die doodstraf veroorloof, beskou as ongeldig op grond van die Agtste

⁷²⁰ *S v Makwanyane* (1995)(KH), voetnoot 46 op p. 414.

⁷²¹ *Ibidem*, p. 415G.

⁷²² *Ibidem*, p. 416A.

⁷²³ *Ibidem*, p. 416A.

⁷²⁴ 1976 428 US 153.

⁷²⁵ *S v Makwanyane* (1995) (KH), p. 416C.

Amendement.⁷²⁶

5.3.2.1 Ongelykheid en die onaanvaarbare rol van toeval

Dit is die taak van die hof om indringend te kyk na alle moontlike betekenis van die vereiste van gelyke behandeling in die Grondwet⁷²⁷, of dan wat ongelykheid impliseer. Sodanige vertolkingsprosesse het reeds in ander lande soos die Verenigde State van Amerika plaasgevind.

Die Suid-Afrikaanse hof neem beslis daarvan kennis en gebruik dit as hulpmiddel in die soeke na die regte interpretasie.⁷²⁸ Die Konstitusionele Hof verwys (per Regter-President Chaskalson) herhaaldelik na *Furman v Georgia*,⁷²⁹ veral op grond van die argumente van ongelykheid en willekeurigheid of die rol van toeval. Dit gaan hier oor faktore wat 'n groot rol speel, soos ras of klas, of dan armoede. Die meerderheid van die ter dood veroordeeldes in Suid-Afrika, argumenteer advokaat Trengrove (vir die beskuldiges/appellante) is swart en arm.⁷³⁰ (Hy noem nie dat die oorgrote meerderheid van die bevolking as sodanig swart is nie.) 'n Verdere argument is dat daar 'n groot kultuurgaping tussen die veroordeeldes en die wit, middelklas regters is. Voorts is die taal van die hof Engels en Afrikaans, tale wat vir baie beskuldiges betreklik

⁷²⁶ *S v Makwanyane* (1995) KH, p. 417A.

⁷²⁷ *Ibidem*, p. 417.

⁷²⁸ *Ibidem*, p. 417.

⁷²⁹ 1972 408 US 238, op p. 290.

⁷³⁰ *S v Makwanyane* (1995) (KH), p. 419, voetnoot 78.

ontoeganklik is en getolk moet word, wat die verrigtinge kan beïnvloed en die beskuldigde kan benadeel. Die *Pro Deo*-stelsel kan hiertoe bydra, want die betrokke regspraktisyns is meestal jonk en onervare, en dikwels van 'n ander ras as die kliënt.⁷³¹ Hulle word 'n nominale fooi betaal, en het gewoonlik nie fondse vir infrastrukturele ondersteuning soos spesialis-getuienis, die nodige ondersoek en navorsing nie, terwyl 'n beskuldigde met geld die beste verdediging kan bekostig en hy/sy meer geredelik die doodstraf sal vryspring.⁷³² Dit is nie onmoontlik nie dat 'n (buitengewoon sensitiewe) regter beweeg kan word om, op grond van die persoonlike omstandighede van die beskuldigde, meer toegeeflik te wees. Ook dit is verkeerd en arbitrêr, want sulke regters doen nie hulle plig na behore nie. Daarmee word sekerlik nie beweer dat ander regters onsensitief is nie, moet tot advokaat Trengrove se argument toegevoeg word.

Daar word in alle regstelsels foute gemaak wat aanvaar moet word, maar foute in verband met die doodstraf is onomkeerbaar: Wanneer 'n onskuldige persoon tereggestel word, kan dit nie vergelyk word met die onreg van onverdiende gevangenisstraf nie. In die saak van *Suffolk District v Watson and Others*⁷³³ sê Hoofregter Hinnesy: “ (*the court cannot, of course, raise the dead.*)” Daar is voortdurend 'n soeke na die

⁷³¹ *S v Makwanyane* (1995) KH, p. 419, voetnoot 78.

⁷³² *Ibidem*, p. 419, voetnoot 78; dis ook weer telkens deur die media en die publiek en regslui opgehaal in die 2014-Oscar Pistorius-saak waar die gestremde atleet heelwat aan die begin van die duur en uitgerekte verhoor besit het en 'n goeie regspan kon bekostig. Dis ongelukkig hoe die lewe is: sommige kan die Versailles-paleis in Frankryk huur vir duur, uitspattige huweliksonthale; Cleopatra het na bewering pêrels opgelos in asyn gedrink om te beïndruk. Ander het kwalik genoeg kos op die tafel elke dag, reken skrywer hiervan.

⁷³³ 1980 381 Mass. 648.

regstelling van moontlike foute, die vereiste van 'n *due process*, byvoorbeeld deur die werking van appèl en hersiening. Dit veroorsaak ook probleme, want dit rek die berugte *death row* tydperk uit en dit is op sigself wreed en vernederend,⁷³⁴ per Regter Brennan. Regter Blackman wat deel was van die meerderheidsbeslissing in die *Gregg-saak*,⁷³⁵ kom tot die gevolgtrekking dat dit nie moontlik is om 'n stelsel te ontwikkel wat willekeurigheid uitsluit nie. Regter-President Chaskalson is egter van mening dat Suid-Afrika nie die voorbeeld van die Verenigde State van Amerika se eindelose litigasie (soms tot 16 jaar voor teregstelling) in die soeke na 'n besonder hoë standaard van prosedurele billikheid behoort te volg nie.⁷³⁶

5.3.2.2 Waardigheid

Oor die gebrek aan waardigheid sê Regter Brennan in *Gregg*:⁷³⁷

‘The fatal constitutional infirmity in the punishment of death is that it treats members of the human race as non-humans, as objects to be toyed with and discarded. (It is) thus inconsistent with the fundamental premise of the clause that even the vilest criminal remains a human being possessed of common human dignity.’

Dit is ook, per Regter-President Chaskalson, die strekking van ons Grondwet.⁷³⁸ In Duitsland het die Federale Grondwetlike Hof bevind die Staat mag nie die oortreder in 'n objek omskep ter misdadvoor-

⁷³⁴ *Furman v Georgia* 1972 408 US 238, p. 290.

⁷³⁵ 1976 428 US 153.

⁷³⁶ *S v Makwanyane* (1995 (KH)), p. 417, 418 voetnoot 84.

⁷³⁷ 1976 428 US 153, p. 273.

koming nie.⁷³⁹ Die Kanadese uitleweringssaak *Kindler*⁷⁴⁰ beklemtoon eweneens die belang van menslike waardigheid. Die hof moes besluit of die Minister van Justisie onkonstitusioneel opgetree het om Kindler en sy mede-voortvlugtige Ng aan die Verenigde State van Amerika uit te lewer waar hulle die doodstraf kon kry. Om te verhoed dat Kanada 'n veilige hawe word vir misdadigers het die hof ('n meerderheid van 4 uit 7 regters) beslis dat dit nie onkonstitusioneel is nie, want dis nie teen die basiese beginsels van geregtigheid nie. Die ander drie regters het die mening uitgespreek dat die doodstraf wreed en ongewoon is:⁷⁴¹

'It is the supreme indignity to the individual, the ultimate corporal punishment, the final and complete lobotomy and the absolute and irrevocable castration. (It is) the ultimate desecration of human dignity.....'

Kindler en Ng het geappelleer na die Menseregtekomitee van die Verenigde Nasies⁷⁴² op grond van Kanada se betrokkenheid by die Internasionale Verdrag vir Siviele en Politieke Regte.⁷⁴³ Die meerderheid van die tribunaal beslis Ng se vonnis van versmoring in 'n gaskamer is wreed en onaanvaarbaar, terwyl dit wat op Kindler gewag het, naamlik 'n dodelike inspuiting, nie wreed is nie en dat uitlewering deur Kanada nie op 'n verbreking van die Verdrag sou

⁷³⁸ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 423B.

⁷³⁹ *Ibidem*, p. 423C.

⁷⁴⁰ 1992 6 CCR (2d) 193 (SCC), 214.

⁷⁴¹ *Kindler v Canada*, 186 CCR (2d) 193, p. 241.

⁷⁴² *Ibidem*, p. 241.

⁷⁴³ *S v Makwanyane* (1995) (KH), p 424 E en F.

neerkom nie.⁷⁴⁴

Ten spyte van die verskillende opinies is dit duidelik uit die beslissings van die Menseregtekommissie van die Verenigde Nasies dat die doodstraf as wreed en onmenslik beskou word ooreenkomstig die gewone betekenis van die woorde, en dat, volgens die spesifieke bepalinge van die Internasionale Konvensie⁷⁴⁵ wat die ophê van die doodstraf deur lede-state onder sekere omstandighede magtig, aan die woorde 'n eng betekenis gegee moet word.⁷⁴⁶

Die saak van *Soering v United Kingdom*⁷⁴⁷ het voor die Europese Hof vir Menseregte gediën.⁷⁴⁸ Sowel die Verenigde State van Amerika (Virginia) waar Soering 'n aantal moorde gepleeg het, as Duitsland (waarvan hy 'n burger was) wou hom uitgelewer hê.⁷⁴⁹ Die hof het beslis dat hy nie aan die Verenigde State van Amerika waar hy die doodstraf opgelê kon word, uitgelewer moes word nie, ook op grond van sy jeugdigheid (18 jaar ten tye van die moorde), sy verminderde geestekapasiteit en 'n moontlike agt jaar *on death row*.⁷⁵⁰ Wat vir die Hof van belang was, was die feit dat die Verenigde Koninkryk 'n keuse gehad het. Nie tussen uitlewering om 'n moontlike doodstraf in die gesig te staar aan die een kant en geen straf aan die ander kant nie, maar 'n keuse tussen uitlewering aan 'n

⁷⁴⁴ *Makwanyane*, (1995)(KH), p. 425A.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 425F.

⁷⁴⁶ *Ibidem*, p. 425F.

⁷⁴⁷ 1989 11 EHRR 439, paragraaf 103, 105, 111.

⁷⁴⁸ *S v Makwanyane* (1995) (KH), p. 425G.

⁷⁴⁹ *Ibidem*, p. 426C.

⁷⁵⁰ *Ibidem*, p. 426C.

land waar die doodstraf toegelaat word en 'n land waar dit nie toegelaat word nie.⁷⁵¹ Regter-President Chaskalson meen die Konstitusionele Hof is hier in dieselfde posisie: Die keuse is nie tussen die doodstraf en geen straf nie, maar tussen die doodstraf en 'n ernstige straf, naamlik lewenslange gevangenisstraf.⁷⁵²

Die posisie in Indië is anders as in Suid-Afrika. Artikel 21 van hulle Grondwet veroorloof die doodstraf *according to procedure established by law*.⁷⁵³ In *Bachan Singh v State of Punjab*⁷⁵⁴ het die beskuldigde se regsverteenwoordiger beweer artikel 19 wat onder andere vryhede (soos spraak, beweging, assosiasie) waarborg, word onredelik deur die doodstraf beperk, terwyl die afskrikkingseffek nie bewys is nie en die doodstraf die waardigheid van die individu skend.⁷⁵⁵ Die Indiese Hof het bevind dat daar sterk, teenstrydige gevoelens onder geleerdes is wat die aangeleentheid betref, maar dat die Indiese Strafkode⁷⁵⁶ nie inbreuk maak op artikel 19 nie en die staat wel die doodstraf kan uitvoer deur middel van 'n *fair, just and reasonable procedure*.⁷⁵⁷ Die bewoording van die Suid-Afrikaanse Grondwet verskil egter hiervan. Die Konstitusionele Hof moes beslis of die doodstraf wreed, onmenslik en vernederend is.⁷⁵⁸

⁷⁵¹ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 426E.

⁷⁵² *Ibidem*, p. 426F.

⁷⁵³ *Ibidem*, p. 426H.

⁷⁵⁴ 1980 (2) SCC 684.

⁷⁵⁵ *S v Makwanyane* (1995) (KH), p. 427C.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, p. 427H en 428B.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, p. 428D.

⁷⁵⁸ *S v Makwanyane, supra* (1995)(KH), p. 428F.

5.3.2.3 Die reg op die lewe

Ook hier verskil die Suid-Afrikaanse Grondwet van dié van Indië en die Verenigde State van Amerika, dié van die Europese Konvensie en die Internasionale Verdrag.⁷⁵⁹ Nogtans het regters wat sake onder hierdie Grondwette moes aanhoor, afwykend beslis dat die doodstraf nie toegelaat behoort te word nie.⁷⁶⁰ So het Regter de Meyer in *Soering*⁷⁶¹ gesê dat die doodstraf nie verenigbaar is met die huidige Europese beskawing nie.⁷⁶² Dit is met ander woorde duidelik dat die interpretasieproses nie 'n geïsoleerde oefening uitmaak nie, maar dat die onderbou daarvan, naamlik die samelewing of beskawing waaruit dit spruit, voortdurend met die vertolkingsproses in gedagte gehou moet word. En komiteelid B Wennergren van die Verenigde Nasies se Menseregtekomitee het in *Kindler* veel klem gelê op die reg op lewe: Daardie reg is die heel belangrikste reg en partye tot die Verdrag moet die lewe van alle mense in hul gebiede beskerm.⁷⁶³ Skrywer hiervan neem baie sterk standpunt in ten opsigte daarvan dat die lewe van die slagoffer só geïnterpreteer moet word dat dit ook tel onder dié van “alle mense in hul gebiede”. ‘n “Gewone” mens kan en moet hom/haar nóóit in die plek stel van ‘n moordenaar nie, vir laasgenoemde hou die dood klaarblyklik ‘n bepaalde aantreklikheid in en dit kan nie geïgnoreer word wanneer die begrip “die reg op die lewe” vertolk word nie. Die Verdrag behoort

⁷⁵⁹ *S v Makwanyane* (1995) KH, onderskeidelik p. 429B-C.

⁷⁶⁰ *Ibidem*, p. 429C.

⁷⁶¹ 1989 11 EHRR 439 (*supra*), paragraaf 103, 105, 111.

⁷⁶² *Ibidem*, p. 484.

⁷⁶³ *Ibidem*, p. 429F.

voorkeur te kry bo eie (huishoudelike) reg, is die mening van B Wennergren, wanneer dit gaan oor die reg op die lewe.⁷⁶⁴

Die interpretasie van die grondwetlikheid van die doodstraf al dan nie in Hongarye is gebaseer op artikel 54 van hulle Grondwet:⁷⁶⁵

‘In die Republiek van Hongarye het elkeen die inherente reg op die lewe en menslike waardigheid, en niemand sal dit op arbitrêre wyse ontnem word nie.
Niemand sal onderwerp word aan marteling of wrede of vernederende straf nie.’

Die Hongaarse Hof het die doodstraf gevolglik ongrondwetlik bevind omdat dit inbreuk maak op die reg op die lewe en menslike waardigheid.⁷⁶⁶ Die Hongaarse Grondwet verbied dus slegs die arbitrêre ontneming van die lewe.⁷⁶⁷ Die Suid-Afrikaanse Grondwet gebruik in artikel 11 nie die woord arbitrêr nie, en sê bloot: “elkeen het die reg op lewe”, wat dit sterker stel en groter beskerming verleen as dié van die Hongaarse Grondwet.

5.3.2.4 Die openbare mening

Regter Powel se afwykende beslissing in *Furman* kom daarop neer dat die evaluering van die openbare mening wesenlik ‘n wetgewende en nie ‘n geregtelike funksie is nie. Hy sê :⁷⁶⁸

⁷⁶⁴ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 429F.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, p. 430A.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, p. 430E.

⁷⁶⁷ *Ibidem*, p. 430F.

' ... (T)he weight of the evidence indicates that the public generally has not accepted either the morality or the social merit of the views so passionately advocated by the articulate spokesman for abolition. But however one may assess amorphous ebb and flow of public opinion generally on this volatile issue, this type of inquiry lies at the periphery - not the core - of the judicial process in constitutional cases.'

Ook Regter Jackson sê in die saak van *Barnette*⁷⁶⁹ dat die *Bill of Rights* juis sekere onderwerpe aan die wisselvalligheid van die openbare mening wou onttrek, sodat hulle as geregtelike beginsels gevestig kon word, onafhanklik van die uitslae van verkiesings.

Die Prokureur-Generaal het geargumenteer dat dit wel so is dat die openbare mening grotendeels bepaal presies hoe die woorde "wreed, onmenslik en vernederend" geïnterpreteer word, en dat die hedendaagse Suid-Afrikaanse samelewing nie die doodstraf in uitsonderlike gevalle as 'n wrede, onmenslike of vernederende straf beskou nie.⁷⁷⁰ Gedurende die Anglo-Boere-oorlog (al is dit meer as honderd jaar gelede) is veral rebelle as voorbeeld vir ander in die openbaar tereggestel vir dade wat die "openbare mening" as geregverdig beskou het, en wat nie beskou is as "uitsonderlike gevalle" waar die "oortreders" besonder grusame dade gepleeg het nie. Regter-President Chaskalson se standpunt is egter onwrikbaar: Die vraag waarom die Konstitusionele Hof moet beslis, is nie wat die meerderheid van die Suid-Afrikaners as 'n behoorlike straf vir moord beskou nie, maar of die Grondwet die doodstraf toelaat of nie.⁷⁷¹ As die openbare mening deurslaggewend was, sou daar geen noodsaak

⁷⁶⁸ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 432A.

⁷⁶⁹ *West Virginia State Board of Education v Barnette*, 319 US 624 1943, p. 638.

⁷⁷⁰ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 431A.

gewees het vir grondwetlike beoordeling nie. Die beskerming van regte kon dan aan die Parlement oorgelaat gewees het, wat 'n mandaat van die publiek het en aan die publiek verantwoordelik is vir die wyse waarop die mandaat uitgeoefen word. Dit sou egter 'n terugkeer beteken tot parlementêre soewereiniteit, en 'n wegbeweeg van die Grondwet en die nuwe bedeling ná 1993, per Regter-President Chaskalson.⁷⁷² Om dié rede, soos dit aan die begin van hierdie hoofstuk gestel is, is die standpunt (waaroor skrywer hiervan bedenkinge het) dat 'n referendum oor die vraagstuk van die doodstraf nie aangewese is nie. Daar word aan die hand gedoen dat die probleem is dat, aan die een kant, dit vir ons howe – ook dié in ander lande -- saak maak wat vir die samelewing (met ander woorde die openbare mening) aanvaarbaar is. Wanneer dit egter kom by die openbare mening wat betref sekere bepalings van die Grondwet, dan tel die samelewing se houding nie meer nie en moet die Grondwet bloot aanvaar word as dit wat bo die reg verhewe is en nie verander kan word nie. Hierdie redenasie is nie logies nie en veroorsaak 'n verdraaiing van die vertolking van die begrippe “samelewing” en “openbare mening”.

Regterpresident Chaskalson stem nie saam met die argumente van die Prokureur-Generaal nie en stel dit so:⁷⁷³

'The very reason for establishing the new legal order, and for vesting the power of judicial review of all legislation in our courts, was to protect the rights of minorities and others who cannot protect their rights adequately through the democratic process. Those who are entitled

⁷⁷¹ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 431B.

⁷⁷² *Ibidem*, p. 431D.

⁷⁷³ *Ibidem*, p. 431E.

to claim this protection include the social outcasts and marginalised people of our society. It is only if there is a willingness to protect the worst and the weakest amongst us that all of us can be secure that our own rights will be protected.’

5.3.2.5 Wreed, onmenslik en vernederend

Hierdie begrippe moes voorts deur die hof onder die loep geneem word. Die Verenigde Nasies se Menseregtekomitee, die Hongaarse Grondwetlike Hof en drie regters van die Kanadese Hooggeregshof het almal bevind dat die doodstraf wreed en vernederend is.⁷⁷⁴ Ook in die Verenigde State van Amerika is dit in die sake van *Anderson*⁷⁷⁵ en *Watson*⁷⁷⁶ ontoelaatbaar wreed bevind. In laasgenoemde is gesê: “*The mental agony is, simply and beyond question, a horror*”.⁷⁷⁷ In *Anderson* beslis die hof:⁷⁷⁸

‘It degrades and dehumanises all who participate in its processes. It is unnecessary to any legitimate goal of the state and is incompatible with the dignity of man and the judicial process.’

Proporsionaliteit is ook hier ‘n faktor. In die 18de-eeuse Engeland kon die doodstraf opgelê word vir die afkap van ‘n boom of die doodmaak van ‘n takbok, by uitstek in die woude wat vir die gebruik

⁷⁷⁴ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 432D.

⁷⁷⁵ *People v Anderson* 494 P 2d 880 (Cal 1972) p. 886, per Regter Wright.

⁷⁷⁶ 381 Mass, 648, 1980.

⁷⁷⁷ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 432, voetnoot 118.

⁷⁷⁸ *Ibidem*, p. 432F.

van die koning bestem was.⁷⁷⁹ In *Coker v Georgia*⁷⁸⁰ is bevind dat die verhouding tussen die doodstraf en verkragting, *a non-lethal offence*, onproporsioneel is. [Van hierdie interpretasie van wat die daad verkragting behels, al verwys dit na 'n Amerikaanse saak,⁷⁸¹ wil skrywer hiervan haar ten sterkste distansieer. Verkragting maak miskien nie altyd die liggaam dood nie, en is só dus *non-lethal*, maar dit knak dikwels die gees en vernietig die slagoffer. 'n Regter wat 'n slagoffer van verkragting was, sou nie só 'n onsensitiewe opmerking kon maak of tot só 'n onsuiwer vertolking kon kom nie. Weer eens is dit belangrik dat die opinie van die samelewing -- en dit sluit die slagoffers in -- rakende die interpretasie van die misdaad in ag geneem moet word.] Die misdaad van doodslag, sê die hof voorts in *Coker*⁷⁸² is, vergeleke met verkragting, eweredig met die doodstraf. Tog moet dit, sê Regter-President Chaskalson, saam met al die ander relevante faktore beoordeel word, soos die enormiteit en onomkeerbare aard van die doodstraf in omstandighede waar nóg foutering nóg arbitrêre optrede uitgesluit kan word. Dieselfde geld vir moord, reken skrywer. Die dispariteit, volgens die Regter-President, wat in die praktyk bestaan tussen beskuldigdes wat soortgelyke aanklagte in die gesig staar en te wyte is aan faktore soos armoede, ras en onkunde, en die ander subjektiewe faktore moet ook in ag geneem word tesame met die twee fundamentele regte op die lewe en waardigheid. Dan kan besluit of die drumpel van artikel 12(1)

⁷⁷⁹ *S v Makwanyane* (1995) KH, p. 433B.

⁷⁸⁰ *Coker v Georgia* 433 US 782 1977.

⁷⁸¹ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 433, voetnoot 119.

⁷⁸² *Coker v Georgia*, *supra*.

oorgesteek is.

Ná oorweging van al die relevante faktore, kom Regter-President Chaskalson tot die volgende gevolgtrekking: Die voltrekking van die doodstraf wis die lewe uit wat sonder voorbehoud beskerm word kragtens artikel 11 van die Grondwet. Dit vernietig verder menslike waardigheid wat deur artikel 10 beskerm word. Die Regter neem hierdie faktore in ag tesame met die aanname wat hy reeds gemaak het oor die openbare mening. Voorts gee hy aan die woorde van artikel 11(2) van die Interim-grondwet die breër betekenis waarop dit in hierdie stadium van die ondersoek geregtig is, liewer as die enger betekenis. Dit oortuig hom dat die doodstraf inderdaad 'n onmenslike, wrede en vernederende straf is.⁷⁸³

5.4. IS DIE OPLÊ VAN SO 'N SOORT STRAF REGVERDIGBAAR?

Vervolgens was dit die taak van die Konstitusionele Hof om die vraag te beantwoord of die oplê van sodanige vonnis desnieteenstaande regverdigbaar is as 'n straf vir moord onder die omstandighede bepaal deur artikel 277(1)(a), 316A en 322(2A) van die *Strafproseswet* wat op daardie tydstip, in 1995, geldig was. Dit sal wel volgens artikel 36 van die Grondwet die geval wees as die reg wat beperk word, redelik is en regverdigbaar in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op vryheid en gelykheid, en nie die wesenlike inhoud van die betrokke reg negeer nie. Artikel 33(1)(b) van die Interim-grondwet vereis verder dat die

⁷⁸³ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 434C.

reg ook noodsaaklik moet wees.⁷⁸⁴ In *Furman*⁷⁸⁵ is die bewering dat die doodstraf noodsaaklik is ondersoek “omdat dit die pleeg van halsmisdade meer effektief voorkóm as ‘n ander minder strawwe vonnis.” Dis ook in *Anderson*⁷⁸⁶ ondersoek, en ontkennend beantwoord deur Hoofregter Wright. In *Gregg*⁷⁸⁷ is beslis dat dit wel in sommige gevalle noodsaaklik is. Die doodstraf is dus nie sonder regverdiging nie en gevolglik nie ongrondwetlike straf nie.⁷⁸⁸ Regter-President Chaskalson verklaar egter dat die posisie in Suid-Afrika anders is: Daar moet vasgestel word of die staat se besluit regverdigbaar is ingevolge die kriteria van die destydse artikel 33, met ander woorde of die doodstraf redelik en noodsaaklik is.⁷⁸⁹

Daar is geen algemene standaard om dit te bepaal nie. Beginsels kan slegs toegepas word by ‘n beoordeling van elke saak. Verskillende belange moet dus teen mekaar opgeweeg word. Daar moet gekyk word na die aard van die beperkte reg, en die belangrikheid van daardie reg in ‘n oop en demokratiese samelewing; na die doel van die beperking, die omvang daarvan en of die begeerde doel bereik kan word op ‘n ander wyse wat die reg minder aantast.

Die Kanadese *Charter of Rights*, soos die Suid-Afrikaanse Grondwet, maak voorsiening vir die beperking van regte deur middel van ‘n

⁷⁸⁴ *S v Makwanyane* (1995) KH, p. 434E-H.

⁷⁸⁵ 1972 408 US 238 (*supra*).

⁷⁸⁶ *People v Anderson* 494 P 2d 880 (Cal 1972), p. 895, (*supra*).

⁷⁸⁷ 1976 428 US 153 (*supra*).

⁷⁸⁸ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 435G.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 435H.

algemene klousule.⁷⁹⁰ Artikel 1 van die *Charter* laat sodanige redelike beperkings van regte toe as wat “aanwysbaar geregverdig kan word in ‘n vry en demokratiese gemeenskap”, soos genoem in *R v Oakes*.⁷⁹¹ In hierdie saak, waarop advokaat Trengrove aansienlik staatmaak in sy argumente teen die doodstraf, is beslis dat ‘n beperking van ‘n reg gerig moet wees op die bereiking van ‘n doel wat van genoegsame belang moet wees om die beperking van die reg te regverdig. Daar moet ook proporsionaliteit wees tussen die beperking en daardie doel. Hoofregter Dickson het in hierdie saak die komponente van proporsionaliteit soos volg beskryf:⁷⁹²

‘There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Secondly, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair “as little as possible” the right of freedom in question: *R v Big M Drug Mart Ltd* at 352. Thirdly, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the Charter right of freedom, and the objective which has been identified as of “sufficient importance.”

Regter-President Chaskalson is van mening dat, alhoewel daar ‘n rasonale band bestaan tussen die doodstraf en die doel waarvoor dit daargestel is, die elemente van willekeurigheid, onbillikheid en irrasionaliteit in die toepassing van die straffaktore in ag geneem moet word in die toepassing van die eerste komponent van die toets.⁷⁹³

⁷⁹⁰ *S v Makwanyane* (1995) KH, p. 437A.

⁷⁹¹ 1986 CRR 308, p.337.

⁷⁹² 1986 CRR 308, p. 337 en 500g-i.

⁷⁹³ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 437E.

Wat die tweede komponent betref, is die feit dat lewenslange gevangenisstraf as 'n alternatief vir die doodstraf bestaan, relevant by die vraag of die doodstraf die reg wat ter sprake is so min as moontlik aantast.⁷⁹⁴

Hierdie tweede vereiste van die *Oakes*-toets gee aanleiding tot die vraag of 'n onverkose hof sy eie opinie oor wat redelik of noodsaaklik is in die plek stel van dié van die verkose wetgewer. In *Irwin Toy Ltd v Quebec (Attorney General)*⁷⁹⁵ het Hoofregter Dickson gemaak die howe *must be mindful of the legislature's representative function*. Dit bring ons terug by die gevestigde beginsel dat die hof reg spreek maar nie reg skep nie. Die strafmaatreël moet, volgens *R v Chaulk*⁷⁹⁶ die reg so min as moontlik aantast. Onder die Europese Konvensie word vereis dat, hoe meer fundamenteel die reg, hoe hoër is die standaard van die vereiste regverdiging (*R v France*).⁷⁹⁷

Die Appèlhof van Tanzanië het in *antán Mbushuu*⁷⁹⁸ bevind dat die Hof tevrede is dat die samelewing die doodstraf voorstaan en in daardie omstandighede is voldoen aan die vereiste van redelikheid en noodsaaklikheid. Die doodstraf is gevolglik 'n regmatige/wettige afwyking van die verbod op wrede en vernederende straf, en daarom geldig.⁷⁹⁹ Regter-President Chaskalson is egter van mening dat die Hof en nie die

⁷⁹⁴ *S v Makwanyane* (1995) KH, pp. 437H-438A.

⁷⁹⁵ 1989 39 CRR 193, p. 248.

⁷⁹⁶ 1991 1 CRR (2d) 1; 1990 3 SCR 1303; 2 CR (4th) 1; 62 CCC (3d).

⁷⁹⁷ 1993 16 EHRR 1 paragraaf 63.

⁷⁹⁸ *Criminal Appeal* 142 of 1994 (30 Januarie 1995).

⁷⁹⁹ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 441C.

samelewing of die Parlement nie, moet besluit of die doodstraf regverdigbaar is op grond van artikel 33 (tans 36). Ook in *Zuma*⁸⁰⁰ het Regter Kentridge daarop gewys dat die kriteria wat deur die Kanadese howe ontwikkel is vir die interpretasie van die Kanadese *Charter of Rights*, deur ons howe as hulpmiddel aangewend kan word, maar daar is verskille tussen die Suid-Afrikaanse Grondwet en die Kanadese Handves wat invloed uitoefen op die manier waarop artikel 33(tans 36) benader moet word. Dit geld ook vir ander howe.⁸⁰¹

5.4.1 Die vier strafteorieë

Die Hof oorweeg vervolgens by monde van Regter-President Chaskalson veral die afskrikkingsteorie, aangesien die Prokureur-Generaal baie klem daarop lê. In hierdie stadium is dit wenslik dat daar kortliks na interpretasies van hierdie vier teorieë gekyk word, soos wat hulle met verloop van tyd in ons regspraak uitgekristalliseer het:

Die teorieë kan in die eerste instansie aangedui word as die absolute teorie (naamlik vergelding) waar die straf op sigself 'n doel is.⁸⁰² Die ander drie teorieë (naamlik afskrikking, hervorming en voorkoming) is relatiewe teorieë, aangesien die straf 'n middel is om 'n nuttige doel te bereik.⁸⁰³ Hierdie relatiewe teorieë oorvleuel soms, soos afskrikking wat ook voorkomend is. Wat betref die Konstitusionele Hof se

⁸⁰⁰ 1995 (2) SA 642 (CC).

⁸⁰¹ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 439F-G.

⁸⁰² Snyman CR: *Op. cit.*, p. 13 (vierde druk).

⁸⁰³ *Ibidem*, p. 13.

interpretasieproses van alle relevante faktore rakende die afskaffing van die doodstraf, is al vier die teorieë van belang, alhoewel die Prokureur-Generaal in die onderhawige saak van *Makwanyane* veral die afskrikkingsteorie beklemtoon het.⁸⁰⁴ Daar bestaan in werklikheid twee vertakings van die afskrikkingsteorie, naamlik die individuele en die algemene afskrikkingsteorie.⁸⁰⁵ Eersgenoemde beteken dat die veroordeelde wat deur die Hof gestraf word, nie weer in die toekoms sal oortree nie, aangesien hy/sy “n les geleer het”.⁸⁰⁶ Dit blyk nie baie suksesvol te wees nie, aangesien ‘n groot aantal residiviste herhaaldelik terugkeer na die hof/gevangenis.⁸⁰⁷ Snyman⁸⁰⁸ haal ‘n misdaadverslag aan van Nedcor wat in Junie 1996 gepubliseer is, pas na die *Makwanyane*-uitspraak en dus relevant hier, waarin beraam word dat soveel as 94% van alle gevangenes wat die gevangenis verlaat, voortgaan om misdade te pleeg. Dit is veral van groot belang in die geval van moordenaars en verkragters wat die doodstraf vrygespring het en weer soortgelyke misdade kan pleeg.⁸⁰⁹

By die algemene afskrikkingsteorie (waarna die Prokureur-Generaal veral verwys het en *an indispensable weapon* genoem het *if we are serious about combating violent crime*) val die klem op die uitwerking

⁸⁰⁴ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 442G en H.

⁸⁰⁵ Snyman CR : *Op. cit.*, p.18 (vierde druk).

⁸⁰⁶ *Ibidem*, p. 18 (vierde druk).

⁸⁰⁷ *Ibidem*, p. 18 (vierde druk).

⁸⁰⁸ *Ibidem*, p. 18, voetnoot 17. Die verslag is gepubliseer pas nadat die *Makwanyane*-uitspraak in die Konstitusionele Hof gelewer is, en dus uiters relevant. *Infra* volg meer onlangse statistiek.

⁸⁰⁹ Vergelyk die sake van *Carmichele* (KH) en die ander in hoofstuk 10 hieronder bespreek.

van ('n swaar) straf op die samelewing.⁸¹⁰ Só 'n straf stel 'n voorbeeld aan die samelewing: As die landsburger oortree, sal hy/sy op 'n bepaalde manier gestraf word, en hierdie wete weerhou die lid van die gemeenskap daarvan om 'n misdaad te pleeg, veral moord, roof en verkragting,⁸¹¹ is die mening van Regter-President Chaskalson. Die swaar straf wat hy in gedagte het, is lewenslange gevangenisstraf.⁸¹² Hy gee toe dat die Suid-Afrikaanse strafregstelsel op dié tydstip juis hier tekortsiet en "*it is this level and through addressing the causes of crime that the State must seek to combat lawlessness.*"⁸¹³ Die straf hoef nie noodwendig swaar te wees nie, maar dit moet vasstaan dat daar redelike sekerheid is dat die oortreder aan die man gebring sal word, die straf sal uitdien en nie sal ontsnap of gou weer (deur vroeë parool) in die samelewing opgeneem word nie.⁸¹⁴ Waarskynlik is die sinsnede "op die samelewing losgelaat word" meer toepaslik, reken skrywer hiervan. Anders sal die voornemende oortreder maar die kans waag, omdat dit loon om die misdaad te pleeg. Hierdie teorie hou egter nie rekening met misdade wat in 'n oomblik van emosionele opwelling⁸¹⁵ gepleeg word soos tydens voorvalle van padwoede⁸¹⁶ of provokasie⁸¹⁷ nie. Daar kan voorts ook nie proefondervindelik bewys

⁸¹⁰ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 442A.

⁸¹¹ *Ibidem*, p. 443H.

⁸¹² *Ibidem*, pp. 451E-F.

⁸¹³ *Ibidem*, p. 443H.

⁸¹⁴ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 19 (vierde druk).

⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁸¹⁶ *S v Eadie* 2001 (1) SACR 172 (C); 2002 IOL 9524 (A).

⁸¹⁷ *Ibidem*.

word hoeveel mense misdade sou gepleeg het as sekere strawwe nie bestaan het nie.⁸¹⁸ Verder kan 'n regstelsel sulke swaar strawwe opleë dat die misdaad nie die straf regverdig nie, sodat die dader en sy verdiende loon op die agtergrond geskuif word ter wille van die afskrikingswaarde van die straf. Voorbeelde is hierbo genoem, naamlik die doodstraf vir die afkap van 'n boom, of lewenslange verbanning gedurende die agtiende en die vroeg-negentiende eeu na die destydse jong Australiese Kolonie vir die steel van 'n brood. Vir die diefstal van goedere wat meer werd was as 'n destydse sjieling, het die doodstraf gegeld.⁸¹⁹ Dit is tans ongeveer £30 of R500.⁸²⁰

Ook die vergeldingsteorie speel 'n groot rol by misdade waar die slagoffer dood is en die naasbestaandes voel en eis dat die juridiese balans herstel moet word, of die behoefte dat misdadigers na behore gestraf moet word: Vergelyk die Ou-Testamentiese betekenis van die woord vergelding in Genesis 9:6 en Eksodus 21:23-25: "As sy blywend beseer is, is die straf: 'n lewe vir 'n lewe, 'n oog vir 'n oog, 'n tand vir 'n tand, 'n hand vir 'n hand, 'n voet vir 'n voet, 'n brandwond vir 'n brandwond, 'n wond vir 'n wond en 'n kneusplek vir 'n kneusplek." (Die "sy" na wie hier verwys word, is 'n swanger vrou.) Die Duitse filosowe Immanuel Kant en Georg Hegel was sterk voorstanders van hierdie teorie; Hegel het gereken "straf is die regstelling van die misdaad en die bevestiging van die oppergesag van geregtigheid."⁸²¹ Die Prokureur-Generaal argumenteer dat gewelddadige

⁸¹⁸ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 19/20; *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 445C, per die Prokureur-Generaal.

⁸¹⁹ Van 1788 tot 1823 was Nieu-Suid Wallis 'n strafkolonie waarheen Britse veroordeeldes gestuur is. Sommige is na Tasmanië gestuur: www.Australia.au: *Convicts and the British Colonies in Australia*.

⁸²⁰ Gebaseer op die wisselkoers en die randwaarde soos op 14 Oktober 2014.

⁸²¹ Soos aangehaal deur Snyman CR : *Op. cit.*, p.15; Immanuel Kant:1724-1804, Hegel:1770-1831.

misdade 'n afskrikingsmiddel noodsaaklik maak.⁸²² Die lande wat die doodstraf afgeskaf het, is hoofsaaklik ontwikkelde en vredige lande waar ander strawwe genoegsame afskrikingswaarde het. Suid-Afrika het nog nie daardie stadium bereik nie. Wanneer dit gebeur, kan die doodstraf afgeskaf word, miskien binne 10 jaar, sê hy in 1995. Die Parlement kan besluit of daardie tyd aangebreek het, aldus die Prokureur-Generaal. [Nou, byna twintig jaar later, lyk die posisie in werklikheid veel erger as in 1995, te oordeel na hofverslae, dekking van misdaad in die media en ander amptelike statistiek⁸²³ of deur die parlement vrygestel.⁸²⁴]

Regter-President Chaskalson argumenteer dat die grootste afskrikmiddel nie die doodstraf is nie, maar die waarskynlikheid dat oortreders gevang, veroordeel en gevonnissal word.⁸²⁵ Vergelyk die redenasie hierbo. Veral met die voordeel van retrospeksie is dit nie die geval nie. Die Regter meld dat die statistiek aangebied deur die *amicus* van die Kommissaris van Polisie aantoon dat die meeste geweldsmisdade nie opgelos word nie.⁸²⁶ Die Prokureur-Generaal het toegegee dat slegs 30 - 40% van sulke misdade uitloop op skuldigbevindings en dat vonnisse wat te lig is die reg in diskrediet sal bring sodat die publiek die reg in eie hande sal neem.⁸²⁷

⁸²² *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 441H.

⁸²³ www.dailymaverick.co.za/2014-09-19: moorde het gestyg van 16 259 in 2012/3 tot 17 068 in 2013/4. Dis 32.2 moorde per 100 000 mense, 5 keer hoër as as die wêreldstatistiek van 6 moorde per 100 000. Die moordsyfer dui 'n land se onstabieliteit aan: hoe hoër, hoe onstabielier.

⁸²⁴ *Die Burger* 2014-09-23: syfers in parlement vrygestel: 3 kinders word per dag in Suid-Afrika vermoor, 10% van hulle word eers verkrag.

⁸²⁵ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 443H.

⁸²⁶ *Ibidem*, p. 443D en E.

⁸²⁷ *Ibidem*, p. 444C. Vergelyk ook *Die Burger* 2014-09-10, wat toon weinig meer as 50% van die Suid-Afrikaanse publiek vertrou die strafregstelsel en die howe, gebaseer op bevindings van die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing (RGN).

As een lewe gespaar kan word deur die teregstelling van veroordeeldes van afskuwelike moorde, sal dit genoeg regverdiging wees vir die doodstraf, beweer die Prokureur-Generaal. Regter-President Chaskalson se teenargument was dat meer lewens gered kan word deurdat die staat as rolmodel optree wat nie die lewe goedkoop maak nie. [Weer eens laat val die Regter, met eerbied, meen die skrywer hiervan, die klem eensydig. “Die lewe” interpreteer hy net as dié van die oortreder, terwyl dié van die slagoffer blykbaar geen rol speel nie. Die staat behoort in werklikheid die voortou te neem om die lewens van regsgehoorsame onderdane bo alles te beskerm.] By die meeste moorde, per Regter-President Chaskalson, is daar in elke geval strafversagende faktore, sodat die doodstraf van 1990 tot 1995 net in 243 gevalle opgelê is, waarvan 143 deur die Appèlafdeling bekragtig is, uit 20 000 moorde wat gepleeg is en 9 000 sake wat verhoor is.⁸²⁸ Die regter meen die doodstraf van hierdie 143 mense sal geen afskrikwaarde hê nie. Dis ook moeilik, sê die regter, om te bewys hoeveel wel afskrik is, want ‘n mens weet nie van dié wat nie afskrik is nie en vreeslike misdade begaan het. [Vergelyk die argument hierbo in verband met die probleem om die afskrikingswaarde vir dié wat hulle bedink het voor die pleeg van ‘n moord as gevolg van die afskrikking, empiries vas te stel.] Spekulاسie alleen vir straf so onherroeplik as die doodstraf is nie genoeg om te bewys dat die straf redelik en noodsaaklik is nie.⁸²⁹ Regter-President Chaskalson is van mening dat voorkoming en vergelding ook belangrik is, maar veral vergelding is nie so belangrik soos afskrikking nie en kan goed bewerkstellig word deur ‘n lewenslange

⁸²⁸ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 445A.

⁸²⁹ *Ibidem*, p. 445E-F. Vergelyk ook Regter Wright se uitspraak in *Anderson*, 493 P 2d 880 (Cal 1972) p.886.

vonnis. Die Suid-Afrikaanse reg het die lex talionis (“oog vir ‘n oog”) ontgroeï.⁸³⁰ Straf moet in ‘n mate met die oortreding ooreenstem, maar dit hoef nie gelykstaande of identies daarmee te wees nie. Die Staat steek nie die oë uit van iemand wat ‘n ander as gevolg van ‘n gewelddadige aanval blind laat nie; ‘n verkragter word ook nie gekastreer en aan die uiterste vernedering in die gevangenis onderwerp nie. Hy voeg by: “The State does not need to engage in the cold and calculated killing of murderers in order to express moral outrage at their conduct”.⁸³¹ Die keuse is nie tussen die doodstraf en geen straf nie, dis tussen die doodstraf en ‘n lang gevangenisstraf, byvoorbeeld ‘n lewenslange straf. Al twee strafsoorte skrik af, en die vraag is of die doodstraf ‘n groter afskrikkingsmiddel as ‘n lewenslange gevangenisstraf is, en of die Grondwet die beperking van die regte wat daardeur geaffekteer word, sanksioneer.⁸³²

Regter-President Chaskalson oorweeg die bewering van die Prokureur-Generaal dat vonnisse wat te lig is, die reg sal diskrediteer sodat lede van die samelewing die reg in eie hande sal neem. Die regter is van mening dat dit slegs gebeur as die regstelsel oneffektief is en misdadigers nie gestraf word nie.⁸³³ Die outeur hiervan reken ten tyde van die skrywe van dié navorsing is hierdie stadium reeds bereik. Sake word aanhoudend uitgestel en uiteindelik teruggetrek, dossiere raak onverklaarbaar verlore, die Polisie word beskuldig van growwe nalatigheid en die fabrisering van

⁸³⁰ *S v Makwanyane* (1995) KH, p. 446A.

⁸³¹ *Ibidem*, p. 446B.

⁸³² *Ibidem*, p. 444A.

⁸³³ *Ibidem*, p. 444C.

bewyse, sodat hul werk min geloofwaardigheid het. Vergelyk die vingerafdrukke in die Lotz-moord⁸³⁴ in Stellenbosch of die Booyenmoord in Bredasdorp.⁸³⁵ Waar oortreders wel skuldig bevind en veroordeel word, dien van hulle 'n breukdeeltjie van die gevangenisstraf uit, soos byvoorbeeld die hoë profiel-gevalle van Shabir Shaik⁸³⁶ en gewese Polisiehoof Jackie Selebe,⁸³⁷ want hulle word op mediese parool vrygelaat “omdat hulle sterwend is”, tog word Shaik nie lank na sy vrylating nie op die golfbaan gewaar waar hy rustig golf speel, hy en Selebi besoek inkopiesentrums sonder sigbare terminale siektesimptome of enige ongemak.⁸³⁸ Shaik is in 1995 skuldig bevind aan twee klagte van korrupsie en een van bedrog en is veroordeel tot gevangenisstraf van 15 jaar plus 2 jaar vir bedrog, wat samelopend uitgedien sou word. Hy is aanvanklik in die hospitaal behandel (nie die gevangenis-hospitaal nie) waar hy allerhande voorregte geniet het voordat hy vrygelaat is, sonder dat hy in 'n sel aangehou is. Baie jare later leef hy nog, oënskynlik fris en gesond. Selebi is reeds in 2011 gevangenisstraf opgelê, maar ook hy is nooit in 'n sel aangehou nie. Die reaksie van die publiek is dat daar sekere prosedures bestaan vir mense met die regte konneksies, en ander

⁸³⁴ *S v Van den Vywer* 2008 (1) SA 556 (K); 'n vingerafdruk op 'n glas is na bewering op 'n video “geplant”, het Amerikaanse deskundiges in die hof getuig.

⁸³⁵ maroelamedia.co.za/blog/nuus, 2014-09-23; die veroordeelde se familie probeer deur die dienste van privaatspeurders vasstel hoekom bewysstukke wat op die toneel gevind is, nie by die hof ingedien is nie, soos bebloede klippe en 'n bebloede stok met 'n stuk draad daaraan, en waarom sekere getuies nie geroep is nie: een het byvoorbeeld na bewering die oggend na die moord bloed van sy kar afgewas.

⁸³⁶ 2008 (1) SACR 1 (CC).

⁸³⁷ 2012 (1) SACR 209 (SCA).

⁸³⁸ www.netwerk24.com/nuus/2013-10-07: Selebi: 'n Wonderwerk – 'siek' maar rits rond in blink BMW. Selebi is uiteindelik op 23 Januarie 2015 in Pretoria oorlede.

vir die “gewone” mens. Met ander woorde, die landsburgers is nie gelyk voor die reg nie, net soos voorheen tydens die voor-grondwetlike bedeling. Die boodskap aan die publiek is dat die misdadiger kan wegkom met selfs ernstige misdade, daar is geen sekerheid dat hy/sy na behore gearresteer, verhoor en gestraf sal word nie. Daar is, wanneer daar gekyk word na die opinies van mense weerspieël in gesprekke en besprekings in koerante⁸³⁹ en die televisie, baie min vertroue oor in die werk van die Suid-Afrikaanse Polisie,⁸⁴⁰ die gevangenisdiens en ongelukkig ook die regstelsel. Nkrumah Mazibuko, hoof van die Polisie se personeelbestuur het in laat-2013 in die parlement erken dat byna 1500 lede (offisiere) van die Polisie self misdaadrekords of uitstaande sake teen hulle het.⁸⁴¹ Hy het aan die Parlementêre Komitee bekendgemaak dat ‘n generaal-majoor, 10 brigadiers, 21 kolonels, 43 luitenant-kolonels, 10 majoors, 163 kapteins en 706 adjudant-offisiere skuldig bevind is aan/ sake hangende teen hulle het vir moord of poging tot moord, verkragting, diefstal, opsetlike saakbeskadiging, handel in dwelms, inbraak, ontvoering, hulp aan ontsnapte gevangenes en ander misdade.⁸⁴² Nie een van hulle is afgedank nie. Die Demokratiese Alliansie, hoof-opposisieparty, se skaduminister van Polisie het ernstig beswaar gemaak teen die wanbestuur van die Polisie.⁸⁴³ Wat die beeld van die Polisie nog verder geskaad het, is die doodskiet van 34 mynwerkers tydens die Marikana-slagting van 16

⁸³⁹ Briewekolom van *Die Burger*, 2014/10/29.

⁸⁴⁰ *Die Burger* 2014/10/14: die Departement van Polisie se jaarverslag toon dat Suid-Afrikaners gemiddeld 20 minute wag vir reaksie op ernstige misdade, teenoor 10 minute internasionaal.

⁸⁴¹ www.theguardian.com 2013/12/13.

⁸⁴² www.theguardian.com 13/12/2013; *Die Burger* 23/7/2014.

⁸⁴³ *Ibidem*.

Augustus 2012⁸⁴⁴ en 'n voorval waar 'n Mosambiekse taxi-bestuurder dood is nadat die polisie hom geboei en agter 'n bakkie aangesleep het.⁸⁴⁵ Dat sodanige misdadige lede van die Polisie verdagtes moet arresteer en voor die hof moet bring, is nie geloofwaardig nie. Die wetstoepassers is self nie rolmodelle nie.

Om terug te keer na die onderhawige Konstitusionele Hof-saak van *Makwanyane* wat die aanvaarbaarheid van die doodstraf onder die loep neem, maak Regter-President Chaskalson die volgende stelling:⁸⁴⁶

'We have made the commitment to "a future founded on the recognition of human rights, democracy and peaceful co-existence for all South Africans." (Hierdie stelling is ontleen aan die slotbepaling van die dokument oor Nasionale Eenheid en Versoening.) Respect for life and dignity lies at the heart of that commitment. One of the reasons for the prohibition of capital punishment is "that allowing the State to kill will cheapen the value of human life and thus (through not doing so) the State will serve in a sense as a role model for individuals in society".⁸⁴⁷ Our country needs such role models.'

Skrywer se respekvolle submissie is dat dit 'n lofwaardige oogmerk is om die toekoms, gevul met idealisme, te baseer op menseregte, demokrasie en 'n vreedsame naasbestaan. As daardie menseregte egter só vertolk word dat dit groter beskerming verleen aan die misdadiger as aan die regsgehoorsame onderdaan (wat deel is van die veelgeprese demokrasie) dan is vreedsame naasbestaan nie moontlik nie. Dit is bewys

⁸⁴⁴ www.wikipedia.org 13/12/2013, asook *Die Burger* 2014/06/21: Farlam-kommissie. Klaarblyklik het die polisie reeds voor die skietery begin het, 'n paar lykswaens laat kom. Dit spreek boekdele oor opset, of hoogstens voorbereiding vir enige verwagte gebeurlikheid.

⁸⁴⁵ www.theguardian.org 13/12/2013.

⁸⁴⁶ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 444C-E.

⁸⁴⁷ *Rodriguez v British Columbia*, 1994 17 CRR (2d) 193, p. 218.

deur die tyd wat verloop het ná hierdie interpretasie van wát artikel 36 van die Grondwet as beperking toelaat en wat nie. Daar verskyn daagliks in publikasies briewe⁸⁴⁸ en artikels wat vra hoe die Grondwet met sy beperkingsklousule ten opsigte van menseregte deur die Konstitusionele Hof uitgelê kon word dat die regsgehoorsame landsburger se regte al hoe meer moet wyk voor dié van die misdadiger.⁸⁴⁹ Daar is te veel eensydige klem op die regte van beskuldigdes en gevonniste misdadigers en te min klem op die regmatige aansprake van regsgehoorsame burgers op veiligheid.⁸⁵⁰ Die verloop van tyd, bykans twintig jaar, het die Prokureur-Generaal klaarblyklik reg bewys: Die afskaffing van die doodstraf het die Suid-Afrikaanse reg in diskrediet gebring en die gegriefde lede van die samelewing neem gereeld die reg in eie hande.⁸⁵¹ Die aanhaling van die koerantopskrif aan die begin van hierdie hoofstuk is dus geensins 'n geïsoleerde geval nie.⁸⁵² Waar die Konstitusionele Hof dus per Regter-President Chaskalson bevind dat die doodstraf nie redelik en noodsaaklik is nie (sodat dit in ooreenstemming is met die vereiste van die beperkingsklousule artikel 36) bewys die realiteit tans in Suid-Afrika presies wat die Prokureur-Generaal aangevoer het, naamlik dat dit wel redelik en noodsaaklik is op grond van die tipe gemeenskap wat in Suid-Afrika nog nie op dieselfde ontwikkelingsvlak is van die lande waar die doodstraf afgeskaf is nie. Skrywer hiervan plaas dus 'n groot vraagteken

⁸⁴⁸ Briewekolom van *Die Burger*, 2014/10/29, as voorbeeld.

⁸⁴⁹ Soos ná skietdood van die Bafana-sokkerspeler Senzo Meyiwa: www.news24.com/SouthAfrica/News/Meyiwas-death-should-unite...2014/10/28.

⁸⁵⁰ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 25 (sesde uitgawe).

⁸⁵¹ *Die Burger*, 2014/10/25: vermeende dief gehang; *Die Burger*, 2014/10/09: dubbel-moordverdagte gestenig.

⁸⁵² *Die Burger*, 2004/08/02, paragraaf 5.2 hierbo: 3 mans met halssnoer verkool oor verkragting.

agter die Konstitusionele Hof se vertolking van die begrippe wat in diepte bespreek is. Skrywer dra persoonlik kennis van moordenaars wat lewenslange vonnisse opgelê is, en ten aanhore van almal gesê het hulle wéét hulle vonnisse gaan verkort word en “hulle lag in die gesig van die Hof, want sodra hulle vrygelaat word, gaan hulle weer moor, die doodstraf is al wat hulle sou gekeer het.” Dit is dus skrywer se respekvolle mening dat die Konstitusionele Hof ‘n interpretasie aan artikel 36 gegee het wat nie as suiwer beskou kan word nie en nie strook met die realiteit nie. Verder reken skrywer dat die stroom van gewelddadige misdaad in hierdie land net deur die herinstelling van die doodstraf as afskrikmiddel gekeer kan word, ten minste vir bese misdade soos beplande en grusame moorde en poging tot moord gedurende gewapende rooftogte, asook verkragting wat volgens skrywer as ‘n tipe moord geïnterpreteer moet word, want die siel word uit die slagoffer geruk.

Die barbaarse verkragting van babas, sommige slegs ‘n paar dae oud, is ongelukkig nie meer geïsoleerde voorvalle nie.⁸⁵³ Plaasmoorde word weekliks of meer dikwels gerapporteer, en gaan gepaard met langdurige en die gruwelikste marteling, nie blote doodmaak nie. ‘n Ou man is eers gestek en geskop en toe agter ‘n bakkie aangesleep totdat sy lewer gebars het,⁸⁵⁴ ‘n vrou is met ‘n warm strykyster gebrand en verder gemartel,⁸⁵⁵ vrouens word wreed deur die een na die ander aanvaller

⁸⁵³ www.netwerk24.com/news/2002-09-02: een week-oue baba barbaars verkrag slegs een week ná beskuldigde, Potse, 18 jaar gevangenisstraf kry vir die verkragting van baba Tsepang te Upington.

⁸⁵⁴ www.boerevryheid.co.za/forums/archive/index.php/t-23501.html.

⁸⁵⁵ maroelamedia.co.za/blog/nuus/suid-afrika/plaasaanval-in-ermelo-bejaardes-met-kookwater-

verkrag (sommige swanger en met ('n) klein kind(ers) wat toekyk),⁸⁵⁶ bejaarde mense se koppe word met klippe oopgekap en onherkenbaar vermink,⁸⁵⁷ 'n bejaarde egpaar is in Wellington vermink aangetref met plastieksakke oor hulle koppe.⁸⁵⁸ 'n Skaapdief in die Oos-Kaap is skaars uit die tronk vrygelaat toe hy weer vyf dragtige ooie se bene morsaf gebreek het sodat hulle nie kon wegkom nie.⁸⁵⁹ Die lys misdade is eindeloos en ontstellend tot die hoogste graad, en kom neer op alles wat boos, wreed en verontmenslikend is.

Byna twintig jaar die nuwe bedeling in, skryf Snyman⁸⁶⁰ oor die moordstatistiek van Suid-Afrika:

“Terwyl die gemiddelde aantal moorde in Suid-Afrika gedurende die jare 1950 tot 1990 omtrent 7000 per jaar was, was dit in die eerste agt jaar van die nuwe demokratiese bedeling in die land meer as driemaal soveel, te wete 24 000 per jaar.⁸⁶¹Terwyl die jaarlikse moordsyfer in 1994/1995 25 965 (67,27 per 100 000 van die bevolking) was, het dit in 2009/2010 afgeneem tot 16 834 (34,1 per 100 000).⁸⁶²

Al was die 2011-moordsyfer⁸⁶³ in Suid-Afrika weer effens aan die styg,

[strykyster-gemartel](#) /03/04/2014.

⁸⁵⁶ [www.news24.com/South Africa/News/12-men-held-for-rape-2013/02/21](http://www.news24.com/SouthAfrica/News/12-men-held-for-rape-2013/02/21); *Rapport* 2014/08/31:

Lindsay Pistorius is deur Mothate met 'n tuinvurk aangeval en voor haar 7-jarige seun verkrag. Sy eis R7miljoen van die Polisie en DKD, want Mothate was op borgtog uit vir 'n soortgelyke saak en op parool vir gewapende roof. Die polisie het na bewering bewysstukke geïgnoreer of besoedel.

⁸⁵⁷ www.boerevryheid.co.za/forum/archive/index.php/t_23501.html.

⁸⁵⁸ *Cape Argus*, 8 Mei 2013. Daan (71) en Erka (70) Rousseau word deel van statistiek op bejaardes.

⁸⁵⁹ *Die Burger*, 08/09/2014.

⁸⁶⁰ Snyman CR : *Strafreg*, pp.27 en 28 (sesde uitgawe); statistiek verskaf deur die Polisie.

⁸⁶¹ *Ibidem*, p. 23 (sesde uitgawe).

⁸⁶² *Ibidem*, p. 24 (sesde uitgawe).

⁸⁶³ In 2011: *SAIRR Survey 2009/2010* 665; Time 30 Mei 2011 11.

naamlik 36,5 per 100 000, vergelyk dit nog uiters sleg met die res van die wêreld. In die Verenigde Koninkryk was dit 1,2, in Duitsland 0,8 en die Verenigde State van Amerika 5,2.⁸⁶⁴

Die misdaadstatistiek van Suid-Afrika toon dat die land gedurende 2013/2014 die ergste jare van die dekade beleef het wat betref die afname/toename in misdaad.⁸⁶⁵ Die misdaadsyfer (insluitende moord en verkragting) is aan die toeneem.⁸⁶⁶

In Maart 2013 het 'n Suid-Afrikaanse navorsingsmaatskappy, *Pondering Panda*,⁸⁶⁷ 'n peiling onder 6900 jong mense tussen 18 en 34 jaar gedoen. Altesame 76% was ten gunste van die herinstelling van die doodstraf en 80% meen die doodstraf sal misdadigers afskrik en tot daling in misdaad lei. Van die respondente (75%) glo dat misdaad in Suid-Afrika al hoe erger word en dat misdaad in die jaar voor die opname (2012 – 2013) toegeneem het. Hulle is desperaat, daarom ondersteun hulle die drastiese stap dat die doodstraf heringestel moet word. Die peiling weerspieël die demografie van Suid-Afrika. Altesame 52,56% van die respondente is tussen 25 en 34 jaar oud, en die res tussen 18 en 24 jaar. Altesaam 50,47% van die respondente was vroulik, 80,85% was swart mense, 8,48% wit, 8,30% bruin en 2,37% Indiërs en Asiërs. Altesame 23,48% van die respondente was van Gauteng, terwyl 3,46% van die respondente

⁸⁶⁴ SAIRR Survey 2009/2010 655; *Time* 30 Mei 2011 11; *ISS SA Crime Quarterly* Des. 2009 6, soos aangehaal deur Snyman CR : *Op. cit.*, p. 24, voetnoot 47 (sesde uitgawe).

⁸⁶⁵ www.dailymaverick.co.za/article/2014-09-19, volgens die Instituut vir Sekerheidstudies.

⁸⁶⁶ *Ibidem*.

⁸⁶⁷ *Corruption, Death Penalty and Crime Line – SA Youth perception*; www.bizradio.co.za. (2013/12/10)

van die Noord-Kaap was.⁸⁶⁸

Reeds in 1999 het Snyman dieselfde gevoel gehad, en hy noem dat byna driekwart van die bevolking volgens meningsopnames⁸⁶⁹ aangetoon het dat hulle die herinstelling van die doodstraf ondersteun. In 2007 het Regter Arrie Hattingh in sy vonnisoplegging van die twee moordenaars van 'n vierjarige kind, die kleinkind van Regter Bernard Ngoepe, gesê alle regdenkende Suid-Afrikaners wil hê dat die doodstraf teruggebring word. Hy het ook 'n referendum gevra oor die herinstelling van die doodstraf⁸⁷⁰ wat egter nie gematerialiseer het nie.

Snyman word weer eens aangehaal:⁸⁷¹

'Al lei die herinstelling van die doodstraf nie tot 'n betekenisvolle afname in moord en misdaad in die algemeen nie, sal dit minstens die inwoners van die land die gevoel gee dat reg geskied, dat moordenaars betaal vir hul dade; dat daar – al is dit gedeeltelik – uitdrukking gegee word aan die geregverdigde verontwaardiging van die gemeenskap; en dat die misdadiger se reg op lewe nie méér tel as die slagoffer en regsgehoorsame lid van die publiek se reg op lewe nie. Die herinstelling van die doodstraf sal, ironies soos wat dit mag klink, juis 'n boodskap uitstuur dat die staat en die reg mense se lewens hoog ag. Dán sal uitdrukkings soos “die reg op lewe” en “the sanctity of human life” konkrete betekenis kry vir die mense van hierdie land. 'n Halwe eier is beter as 'n leë dop.'

Hierdie donker prentjie was ten tye van Regter-President Chaskalson se uitspraak in die Konstitusionele Hof nog byna twintig jaar ver die toekoms in, maar nou is dit duidelik vir enigiemand in die land. Die posisie raak net

⁸⁶⁸ Corruption, Death Penalty and Crime Line – SA Youth Perception: www.bizradio.co.za, 2013/12/10.

⁸⁶⁹ Snyman CR: *Op. cit.*, p. 27 (vierde uitgawe), voetnoot 48.

⁸⁷⁰ *Die Burger* 2007/05/01.

erger, soos hierbo aangetoon. Vergelyk ook die saak van die musikante Jub-Jub Maarohanye en Themba Tshabala wat onder die invloed van dwelms tydens 'n onwettige straatren met 'n motor “deur 'n groep skoolkinders in Soweto geploeg het.”⁸⁷² Hulle vonnis van lewenslange gevangenisstraf vir moord is op appèl aansienlik verminder na tien jaar vir strafbare manslag, aangesien hulle onder die euforiese invloed van die dwelms volgens die Hof geen opset, soos dit manifesteer in *dolus eventualis*, kon vorm nie.⁸⁷³ Die publiek het hewig daarop gereageer met optogte en betogings by die hof en in die strate.⁸⁷⁴

5.4.2. Die wesenlike inhoud van 'n reg

Artikel 36 van die Grondwet bepaal dat die beperking van 'n reg nie die wesenlike inhoud van die reg mag negeer nie. Regter-President Chaskalson wys⁸⁷⁵ daarop dat daar in die regs literatuur onsekerheid oor die ware betekenis van die bepaling bestaan. Dit wil voorkom asof dit in die konstitusionele reg opgeneem is deur die bepalings van die Duitse Grondwet en ook in die Suid-Afrikaanse Grondwet en, hoewel nie in dieselfde vorm nie, in die Grondwette van Namibië, Hongarye en ander lande.⁸⁷⁶ Die probleem met die vertolking ontstaan uit die onsekerheid oor wat die “wesenlike inhoud” van 'n reg is, en hoe dit vasgestel moet

⁸⁷¹ Snyman CR: *Op. cit.*, pp. 29, 30 (sesde uitgawe).

⁸⁷² *Die Burger*, 2014/10/09.

⁸⁷³ Vergelyk ook *Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A) dat dronkenskap 'n volkome verweer kan wees; Bennett 1973 SALJ 69, waar dit handel oor beneweling deur verdowingsmiddels.

⁸⁷⁴ *Die Burger*, 2010/10/09.

⁸⁷⁵ *S v Makwanyane* (1995)(KH), pp. 446H en 447A en B.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, p. 446H.

word. Moet dit subjektief vanuit die gesigspunt van die individu wat deur die aantasting van die reg geaffekteer is, vasgestel word, of objektief vanuit die gesigspunt van die aard van die reg en sy plek in die konstitusionele orde of moontlik op 'n ander manier? Negeer die doodstraf die wesenlike inhoud van die reg op die lewe? Indien die wesenlike inhoud van die reg om nie aan wrede of onmenslike of vernederende straf onderwerp te word nie, gevind word in die respek vir die lewe en waardigheid, negeer die doodstraf vir moord, subjektief gesien vanuit die oogpunt van die veroordeelde gevangene, wel die wesenlike inhoud van die reg. Objektief gesien vanuit die oogpunt van die grondwetlike norm wat lewe en waardigheid beskerm, is dit nie noodwendig die geval nie. Die belange van die onskuldige slagoffer en die oortreder/moordenaar se lewe moet teen mekaar opgeweeg word. As die doodstraf dan nie 'n afskrikmiddel is en dus geen doel dien nie, beskerm dit nie die lewe van die onskuldige nie. Die Prokureur-Generaal het geargumenteer dat die reg op lewe en waardigheid nie absoluut is nie. Daar is beperkings, byvoorbeeld waar gemoor word in omstandighede waar die doodstraf ooreenkomstig artikel 277 van die Strafproseswet veroorloof was (op daardie tydstip), verbeur die oortreder sy/haar reg op die beskerming van die lewe en waardigheid. Die Prokureur-Generaal baseer hierdie standpunt op beginsels soos selfverdediging en 'n toestand van oorlog of rebellie waar die staat regmatig lewens mag neem. Regter-President Chaskalson verwerp hierdie argument en hou vol dat ook misdadigers veroordeel weens afskuwelike misdade die reg op die lewe het.⁸⁷⁷ Dit is gebaseer op die bepalings van die Grondwet waar alle

⁸⁷⁷ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 448F.

menseregte beskerm word en onderworpe is aan die bepaling vervat in artikel 36.

Ooreenkomstig artikel 37 kan sekere regte gedurende 'n noodtoestand opgehef word. Andersins het elkeen regte, ook misdadigers wat skuldig bevind is aan gruwelike misdade. Kragtens die Grondwet verloor sodanige misdadigers nie hulle regte nie en is daarop geregtig om soos enige ander persoon daardie regte uit te oefen,⁸⁷⁸ ook die reg op lewe, menswaardigheid en die reg om nie aan wrede, onmenslike of vernederende straf onderwerp te word nie. Dit is, sê Regter-President Chaskalson, gebaseer op die bepalings van die Grondwet, nie die morele oordeel dat die moordenaar nie daarop geregtig is nie. Hier maak die Hof na die respekvolle mening van skrywer 'n ernstige denk- en interpretasiefout. Die Grondwet is juis veronderstel om te steun op die hoë morele waardes wat die gevoel van die samelewing oor sedelikheid, gebaseer op dit wat goed en reg is, reflekteer, sodat die landsburger hom/haar daarmee kan vereenselwig en dit as 'n "rolmodel" kan dien (Regter-President Chaskalson se woorde).⁸⁷⁹ As morele oordele nie hier 'n rol speel nie, waaraan het die Grondwet dan sy ontstaan te danke? Dit is 'n "reg bo die reg" en as sodanig verhewe, en gekoppel aan die hoogste moraliteit. Moraliteit is nie 'n alleenstaande begrip wat in die lug sweef nie, dis gekoppel aan samelewings en hulle waardes, reken skrywer hiervan. Met Regter-President Chaskalson se redenasie as riglyn, is dit nie verbasend nie dat gevangenes in besit van identiteitsdokumente in in die April- 2004 parlementêre verkiesing en ook

⁸⁷⁸ *S v Makwanyane* (1995)KH, p. 448F.

daarna toegelaat is om te stem. Hulle stemreg was vantevore vir die duur van hul gevangesetting opgehef. In April 2004 is wetsgehoorsame landsburgers wat tydelik in die buiteland werk egter nie toegelaat om te stem tot 2009 nie.⁸⁸⁰

In die onderhawige saak sê Regter-President Chaskalson voorts, in antwoord op die Prokureur-Generaal se argument hierbo,⁸⁸¹ dat selfverdediging en die reg op beskerming van 'n gyselaar wie se lewe in gevaar verkeer, in 'n ander kategorie val, byvoorbeeld omdat daar by selfverdediging 'n oomblik van nood is, terwyl die voltrekking van die doodstraf lank ná die misdaad plaasvind, sodat daar lank oor 'n alternatiewe vonnis besin kan word.⁸⁸² Doodmaak in die hitte van die stryd verskil ook op dieselfde manier, en selfs hier is beperkings. Krygsgevangenes wat nie meer die staat bedreig nie, kan nie meer met geweld uitgewis word nie.⁸⁸³ So het ook die werking van artikel 49 (2) van die Strafproseswet sy beperkings. Daaroor meer in 'n hoofstuk hieronder. Hierdie vertolking van Regter-President Chaskalson is lofwaardig, maar hou weer eens nie rekening nie met die afweging van belange waar die slagoffer van byvoorbeeld moord of verkragting summier “sonder verhoor tereggestel word” en sodoende van sy/haar regte permanent ontnem word.

⁸⁷⁹ S v Makwanyane (1995) KH, p. 448G.

⁸⁸⁰ Soos die onderwyser in Essex, Willem Richter. *Rapport* 2009/02/08; *Rapport*, 2014/04/14; *Die Burger* 2009/02/13.

⁸⁸¹ Dat die staat in gevalle van oorlog of die bedreigde persoon in selfverdediging 'n lewe mag neem.

⁸⁸² S v Makwanyane (1995)(KH), p. 449B.

⁸⁸³ *Ibidem*, p. 449E.

Volgens die Prokureur-Generaal behels alle straf 'n verlies aan waardigheid. Gevangesetting, die alternatief vir die doodstraf, beperk die gevangene se basiese regte en vryhede drasties. Vryheid van beweging en verblyf bestaan skaars, en ander basiese regte soos vryheid van spraak en om te vergader word ernstig ingekort.⁸⁸⁴ Regter-President Chaskalson gee toe dat die mens se waardigheid deur gevangesetting aangetas word, maar die gevangene verloor nie alle regte nie, vergelyk Regter Innes in *Whittaker v Roos en Bateman*:⁸⁸⁵ “(Prisoners are) entitled to demand respect for what remained ..” As die doodstraf voltrek word, verloor hy/sy alle regte. Gevangenes word nie kaal uitgetrek, vasgeketting of genuilband nie, en hulle reg op assosiasie met ander gevangenes, die reg om oefening te kry, om briewe te skryf en te ontvang is vir die gevangenes baie belangrik, juis omdat hulle in aanhouding is, beperkte kontak met die buitewêreld het en aan die dissipline van die gevangenis onderworpe is. Gevangenisstraf is swaar straf, maar die gevangenes behou al die regte genoem in hoofstuk 2 van die Handves, en hierdie regte is net onderworpe aan die beperkinge van die gevangenisowerhede wat onder artikel 36 regverdigbaar is. Vergelyk ook die Woods-saak.⁸⁸⁶ Die Regter meen daar is 'n verskil tussen die inkorting van regte en die algehele vernietiging daarvan.⁸⁸⁷

5.4.3. Die gevolgtrekking – Regter-President Chaskalson

⁸⁸⁴ *S v Makwanyane*, p. 450E.

⁸⁸⁵ 1912 AD 92, pp. 122,123.

⁸⁸⁶ *Woods v Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs, and Others*, (1995) (10 SA 703 (ZS), p. 705G-H; *Turner v Safley* 482nUS (1887), p. 84-5.

⁸⁸⁷ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 451B.

Die belangrikste van hierdie regte is seker om nie onderwerp te word aan marteling of wrede, onmenslike of vernederende straf nie. Dit beteken ook die reg op die lewe en menslike waardigheid is die belangrikste van alle menseregte en die bron van al die persoonlike regte in Hoofstuk 2 van die Grondwet.⁸⁸⁸ Ons moet meer gestel wees op hierdie regte as alle ander. Ook die Staat moet dit in alles wat hy doen, toon, bepaald die wyse waarop misdadigers gestraf word. Dit word nie bereik deur misdadigers as voorwerpe te beskou en hulle die lewe te ontnem sodat dit tot voorbeeld kan dien vir ander in die hoop dat dit hulle sal afskrik nie. Die belangrikste faktore wat teen mekaar opgeweeg moet word is, aan die een kant, die vernietiging van die lewe en waardigheid deur die doodstraf; die elemente van willekeurigheid en die moontlikheid van foute; en die bestaan van 'n swaar alternatiewe straf, naamlik lewenslange gevangenisstraf. Aan die ander kant is daar die bewering dat die doodstraf 'n groter afskrikmiddel vir moord is, en die pleeg daarvan meer effektief sal voorkóm as lewenslange gevangenisstraf, en dat daar 'n openbare behoefte is aan vergelding wat slegs die doodstraf kan bevredig.⁸⁸⁹ Vergelding, per Regter-President Chaskalson, kan nie ooreenkomstig die Grondwet dieselfde gewig dra as die reg op die lewe en menslike waardigheid, die belangrikste regte nie. Daar is nog nie bewys dat die doodstraf effektiewer sal wees as lewenslange gevangenisstraf om voornemende moordenaars af te skrik nie.⁸⁹⁰ Dit, tesame met die faktore van willekeurigheid en die moontlikheid van foute, maak nie 'n duidelike en oortuigende saak uit om die doodstraf vir moord

⁸⁸⁸ Artikels 10 en 11; *Ibidem*, p. 451D.

⁸⁸⁹ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 451F.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 451G.

te regverdig nie. Die vereistes van artikel 36 is derhalwe nie nagekom nie, gevolglik moet daar beslis word dat die bepalings van artikel 277(1)(a) van die Strafproseswet 51 van 1977 nie in ooreenstemming met artikel 11(2) van die Grondwet is nie. Alle persone wat in daardie stadium reeds ter dood veroordeel was, sou in aanhouding bly totdat nuwe vonnisse opgelê kon word.⁸⁹¹

5.4.4. Kritiek op die bevinding

5.4.4.1 Algemeen

Dit is skrywer se respekvolle submitisie dat, met die voordeel van retrospeksie, die tyd ook geleer het dat die aannames en gevolglike vertolking van die Hof nie in alle opsigte suiwer was nie. Die behoefte van die gemeenskap aan vergelding is totaal onderskat. Dit het intussen uitgeloop op betogings, meestal gewelddadig, by byna elke hofsaak waar 'n moord- of verkragtingsaak aangehoor word, waar betogers die herinstelling van die doodstraf eis.⁸⁹² Erger nog, die gemeenskap neem toenemend die reg in eie hande, soos in die geval van die vermeende verkragters waarvan aan die begin van hierdie hoofstuk melding gemaak is. Ongelukkig is die gemoedere van die gemeenskap só ontvlambaar dat daar soms tot geweld teen vermeende oortreders oorgegaan word sonder dat die gemeenskap baie seker is dat só 'n misdaad wel gepleeg is, en deur die

⁸⁹¹ S v Makwanyane 1995(KH), p. 453A-C.

⁸⁹² As voorbeeld is groot betogings na die dood van die kleuter Taegrin Morris teen kapings en ander geweldsmisdade gehou: *Die Volksblad* 2014/07/21. Ook 'n RSG-program, *Praat Saam*, is geheel en al aan die ontevredenheid van die publiek gewy, ook 'n opinie-kolom in *Die Burger*, 2014/07/22.

verdagtes.⁸⁹³ Wanneer daar by die gemeenskap sekerheid oor die pleging van die misdaad is, moet die polisie dikwels ingryp, en dit veroorsaak polarisasie tussen die polisie en die gemeenskap. Skrywer dra kennis van 'n voorval waar lede van die gemeenskap binne 'n uur na 'n plaasmoord (die slagoffer was skrywer se swaer)⁸⁹⁴ al vier verdagtes aangekeer het en een van die verdagtes se bene en arms wou breek en beslis verder sou gegaan het indien die polisie nie opgedaag het en hulle gekeer het nie. Die meeste lede van die gemeenskap wat by die voorval betrokke was, was in die hitte van die stryd bepaald nie tevrede met die polisie se “inmenging” nie. Dié optrede en houding kan geensins goedgepraat word nie, maar dit is die noodwendige gevolg van die Konstitusionele Hof se interpretasie van die onwenslikheid van die doodstraf in die Suid-Afrikaanse gemeenskap, ooreenkomstig die Grondwet.

Die Hof het ook na skrywer se mening te veel klem gelê op die geskiktheid en aanvaarbaarheid van 'n lewenslange vonnis as alternatief tot die doodstraf. Waar die Hof regsvergeljking doen, is dit uiteraard onmoontlik om aandag te skenk aan alle tersaaklike beslissings die wêreld deur. Dit is egter skrywer se mening dat die Hof hom laat lei het deur 'n aantal beslissings (hierbo genoem)⁸⁹⁵ terwyl ander opsigtelike gevalle nie in aanmerking geneem is nie, moontlik omdat die Prokureur-Generaal en sy span dit nie in

⁸⁹³ *Die Burger*, 2014/10/09: Dubbelmoord-verdagte deur gemeenskap gestenig, *Die Burger*, 2014/10/25: vermeende dief gehang deur gemeenskap.

⁸⁹⁴ 10 Oktober 1997 op La Riviera naby Bultfontein, die slagoffer was Theo Pieterse.

⁸⁹⁵ *S v Makwanyane* (1995)(KH), byvoorbeeld die sake van *Gregg*, *Furman*, *Kindler* en ander.

argumente genoem het nie. So het John Mc Rae in 1951 in die Verenigde State van Amerika in die staat Michigan 'n agtjarige kind vermoor, waarvoor hy 'n lewenslange gevangenisstraf opgelê is.⁸⁹⁶ Een-en-twintig jaar later, in 1972, is hy op parool vrygelaat. Eers drie tienermoorde later (Kip Hess, Charles Collingwood en Randy Laufer) het die polisie in 1997 daarin geslaag om hom vas te trek en is hy 'n tweede lewenslange vonnis opgelê.⁸⁹⁷ Dieselfde foute wat gemaak kan word in die oplê van die doodstraf (per Regter-President Chaskalson) kan ook gemaak word waar 'n misdadiger met 'n lewenslange vonnis op grond van verkeerde aannames dat hy/sy 'n hervormde gevangene is weer eens op die gemeenskap losgelaat word. Indien 'n vermeende moordenaar foutiewelik die doodstraf kry en dit na al die beskikbare daaropvolgende regsmiddele voltrek word, is een lewe daarmee heen. Indien 'n moordenaar soos Mc Rae die doodstraf ontduik omdat dit nie “redelik en noodsaaklik” is nie, is die moontlikheid groot dat 'n aantal onskuldige mense/kinders deur die vrygelate moordenaar die “doodstraf opgelê word.”⁸⁹⁸

Die Hof moes met die Grondwet werk soos dit deur die wetgewer opgestel is, deurdrenk van die hoë ideale van menseregte wat deur ontwikkelde lande aanvaar word, maar die Grondwet behoort ook rekening te hou met die samelewing waarin dit aanwending moet vind. Iewers in die proses is daar klaarblyklik 'n vertolkingsfout begaan. Die Grondwet het die Konstitusionele Hof so te sê in 'n hoek

⁸⁹⁶ *Cold Cases*, History Channel, SATV, Augustus 2004.

⁸⁹⁷ www.Michigan.gov/ag.

⁸⁹⁸ www.Michigan.gov/ag.

vasgeverf, sodat die Hof die voortbestaan van die doodstraf nie anders kon interpreteer nie as teenstrydig met die betrokke artikels van die Grondwet en nie redbaar deur die beperkingsklousule nie. Tog lewe Suid-Afrikaners doodeenvoudig nie in gemeenskappe wat gelykgestel kan word aan die ander “oop en demokratiese” gemeenskappe waar jy nie snags die “tronkdeure” van jou eie huis dig hoof te grendel,⁸⁹⁹ of op ‘n lang reis met ‘n geruste hart iewers langs die pad kan stilhou om jou bene te rek sonder dat jy aangeval word nie,⁹⁰⁰ of jou kind teen skemeraand na die winkel kan stuur om ‘n brood te gaan koop in die verwagting dat hy/sy veilig sal terugkeer nie,⁹⁰¹ of jou rug draai op ‘n babawaentjie in ‘n winkel sonder dat jou baba/tweeling byna gesteel word.⁹⁰² Reusebedrae word betaal vir alarmstelsels en om private sekuriteitsfirmas te betaal om burgers te beskerm – dit wil sê te doen wat die polisie veronderstel is om te doen.⁹⁰³ Die onvermoë van die polisie om burgers behoorlik te beskerm, blyk uit die feit dat privaatsekuriteitsondernemings omtrent 250% meer wagte in diens het as wat daar polisiebeamptes in die land is.⁹⁰⁴ Inwoners onder alle bevolkingsgroepe stig buurtwagte, wat beteken dat duisende landsburgers hulleself periodiek aan gevare moet blootstel om veral snags patrollies te ry om woonbuurte te

⁸⁹⁹ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 25 (sesde uitgawe).

⁹⁰⁰ ‘n Gesin op pad na Oos-Londen het etlike jare gelede een nag stilgehou sodat die twee kleuters langs die pad kon urineer. Hulle is aangeval, die ouers vermoor en die twee kleuters is alleen agtergelaat. Dit skep die gevoel dat daar agter elke bos aanvallers sit en wag dat iemand stilhou, waar ook al, en die aanvallers dan gereed is om toe te slaan. Dit is wyd in die media gerapporteer.

⁹⁰¹ *Die Burger*, 2014/10/02: *Donderdag Aktueel*, artikel van Haffajee.

⁹⁰² maroelamedia.co.za/blog/news/suid-afrika/video-tweeling-amper-ontvoer-by-winkelsentrum.

⁹⁰³ Snyman CR : *Op cit.*, p. 26 (sesde uitgawe).

beskerm. Suid-Afrika, sê Snyman,⁹⁰⁵ “het ongetwyfeld een van die onveiligste lande ter wêreld geword om in te bly.”

In hierdie “wye en droewe land”⁹⁰⁶ weeg die skaalbak met die belange en regte van die beskuldigde te swaar en die regsgehoorsame landsburgers behoort beter beskerm te word deur die staat, en derhalwe behoort die bekamping van misdaad, met meer klem op vergelding, groter gewig te dra. Dit het die Konstitusionele Hof, met respek, verontagsaam in sy beoordeling van die redelikheid en noodsaaklikheid van die doodstraf wat die beperking van menseregte (waardigheid, die reg op lewe, die reg om nie op ‘n wrede of vernederende en onmenslike manier gestraf te word nie) deur artikel 36 regverdig.

Die amptelike misdaadstatistiek van die Instituut vir Sekerheidstudies en “Africa Check” vir 2013/2014 word ter ondersteuning van die standpunt hierbo aangehaal.⁹⁰⁷ Gewelddadige misdade verteenwoordig ‘n aantal verskillende oortredings. Daar word daaglik 47 moorde gepleeg, waarvan drie kinderslagoffers is.⁹⁰⁸ Elke dag word daar 172 seksuele misdade aangemeld. Ongelukkig is die statistiek van hierdie tipe misdade nie baie betroubaar nie, omdat hulle nie op ‘n gereelde basis aangemeld word nie, en omdat die polisie nie rekord hou van alle aangemelde sake

⁹⁰⁴ Snyman CR : *Op. cit.*, 26 (sesde uitgawe).

⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 26 (sesde uitgawe).

⁹⁰⁶ Gedig van NP Van Wyk Louw.

⁹⁰⁷ www.dailymaverick.co.za/article/2014-09-19.

⁹⁰⁸ *Die Burger* 2014/09/23: Skok-inligting aan parlement oor kindermoorde in Suid-Afrika.

nie. Die syfer moet dus opwaarts aangepas word. Slagoffers meld dit eenvoudig nie aan nie, omdat die polisie in die oë van die publiek geloofwaardigheid verloor het.⁹⁰⁹ Ondanks die moord-toename wys die polisiejaarverslag⁹¹⁰ vir 2013/2014 in die parlement bekend gemaak, dat die polisie bykans 3 000 minder vermeende moordenaars gearresteer het. In 2012/2013 is 17 145 mense vir moord vasgetrek, maar in 2013/2014 net 14 413, terwyl die aantal moorde met 5% toegeneem het. Die hoof van Polisie, generaal Riah Phiyega, kon dit nie verklaar nie. Dokter Pieter Groenewald, parlementêre lid van 'n opposieparty, die *Volksfront Plus*, het aan Phiyega gesê dit lyk of Suid-Afrika die stryd teen misdaad verloor. Die speurhoof, luitenant-generaal Vinesh Moonoo, het aangedui dat die groot verlies aan speurders, naamlik 1 000 uit 25 000,⁹¹¹ wel 'n faktor kan wees.⁹¹² Daar is daaglik 47 moorde en 47 pogings tot moord, asook 502 aanrandings met die doel om ernstig te beseer, en 227 rooftogte met verswarende omstandighede, plus 148 gewone rooftogte.⁹¹³ 'n Parlementêre verslag van die Mediese Navorsingsraad het getoon 1 018 kinders is in 2009 vermoor, 3 per dag, dubbel die wêreldgemiddelde.⁹¹⁴ Talle Suid-Afrikaners emigreer as gevolg van die misdaadsyfer.⁹¹⁵ Die gemiddelde aantal moorde in die tydperk 1950-1993 vóór die

⁹⁰⁹ *Die Burger*, 2014/05/04. In 'n Media24-peiling onder wit, swart en bruin Suid-Afrikaners met internettoegang is bevind 27% het geen vertroue in die polisie nie, en 59% baie min; 15% het geen vertroue in die howe nie, en 62% baie min.

⁹¹⁰ *Die Burger*, 2014/10/16 .

⁹¹¹ Baie het liever bedank, want hulle pensioenvoordele is besig om weens swak bestuur te verdwyn.

⁹¹² *Die Burger*, 2014/10/16.

⁹¹³ *Ibidem*, 2014/09/23.

⁹¹⁴ *Ibidem*, 2014/09/23.

⁹¹⁵ *Litnet* 2013/03/20: Na 1994 het tussen ½ en ¾ miljoen wit (en swart) Suid-Afrikaners die land verlaat. Die redes aangegee deur 82% is geweld, misdaad, korrupsie.

afskaffing van die doodstraf was 7 036 per jaar.⁹¹⁶ Dis ook die syfer deur Snyman hierbo, afgerond, aangegee. Ná die opheffing van die doodstraf was die jaarlikse syfer volgens die amptelike statistiek van die Suid-Afrikaanse Polisie 24 206, maar vir dieselfde tydperk toon Interpol en die Mediese Navorsingsraad egter die werklike syfer aan as dubbeld soveel, naamlik 47 892.⁹¹⁷ Emeritus-aartsbiskop Desmond Tutu het in Maart 2013 in Kaapstad gesê Suid-Afrika het een van die gewelddadigste samelewings,⁹¹⁸ erger as gedurende die apartheidstyd. Phumla Williams, waarnemende hoof van regeringskommunikasie het dit ontken, waarop doktor Johan Burger, senior navorser by die Instituut vir Sekerheidstudies beweer het nie een van die twee is reg nie, “want misdaad voor 1994 kan nie vergelyk word met latere misdaad nie, aangesien die syfers nie beskikbaar is nie.”⁹¹⁹ Tot 1994 was daar elf polisie dienste in Suid-Afrika en elkeen het sy eie misdaadstatistieke (*sic*) gehou. Baie mense het al probeer om die syfers te kry, maar hulle is nie beskikbaar nie, aldus Burger. Daar was destyds hoë vlakke van misdaad in die swart woongebiede wat nie in ag geneem is nie. Maar ook Williams fouteer, sê Burger, want misdaad het tussen 1994 en 2003 geweldig toegeneem, met 2003 as ’n hoogtepunt. Daarna het dit met ongeveer 24% gedaal, maar dit is nog steeds 4.5% hoër as die wêreldgemiddeld.⁹²⁰ Klaarblyklik is die moordsyfer op lede van die polisie dubbeld soveel en plaasmoorde drie keer soveel as die “gewone” moorde.⁹²¹ Die feit dat misdaadstatistiek net

⁹¹⁶ www.boerevryheid.co.za/forums/showthread.php.30532-Moorde-Interpol-wys-anders.

⁹¹⁷ www.boerevryheid.co.za/forums/showthread.php.30532-Moorde-Interpol-wys-anders.

⁹¹⁸ www.netwerk24.com/nuus/2013-04-14-misdaad-glo-erger-as-voor-1994.

⁹¹⁹ www.netwerk24.com/nuus/2013-04-14-misdaad-glo-nie-erger-as-voor-1994.

⁹²⁰ *Ibidem*. Dit klop met Snyman se syfers hierbo aangehaal.

⁹²¹ maroelamedia.co.za/blog/nuus-in-konteks.

een keer per jaar bekend gemaak word en dan wanneer die syfers reeds ses maande verouder is, plaas 'n verdere vraagteken agter die waarde daarvan.⁹²² Syfers wat klaarblyklik aangedik is oor veral plaasmoorde is deur die selferkende aktivis en sogenaamde sangeres Sunette Bridges op haar Facebook-inskrywings gemaak onder die vlag van die Afrikaner-Weerstandsbeweging, en is nie gesubstansieer nie en daar is beweer sommige van die name is fiktief en ander verdubbel.⁹²³ Dit is dus van geen hulp by navorsing nie, omdat dit op emosionaliteit gebaseer is, en nie wetenskaplik verwerk is nie, soos vermoedelik ook sommige van die aangehaalde “boerevryheid”-inligting hierbo.

Gevangenisse is oorvol, reeds volgens die Fagan-verslag⁹²⁴ en as die staat nie aan gevangenes die basiese gerief van 'n sel wat nie oorbevolk is nie, kan voorsien nie, is dit te betwyfel of die ideaal van 'n duur proses vir hervorming enigsins tot sy reg kan kom. In Desember 1997 was daar volgens die *South African Institute of Race Relations*⁹²⁵ ongeveer 141 000 gevangenes in die land terwyl die gevangenisplek slegs vir 91 000 mense. Toe Shrien Dewani, beweerde meesterbrein agter die “kapings”moord op sy vrou Anni, in 2011-2013 probeer het om uitlewering aan Suid-Afrika te voorkom, het sy regsverteenwoordigers die toestande in die Suid-Afrikaanse gevangenisplek as onmenslik beskryf.⁹²⁶ Hulle het klem gelê op die bestaan van intimiderende, gewelddadige tronkbendes

⁹²² maroelamedia.co.za/blog/nuus-in-konteks.

⁹²³ maroela.netwerk24.com/nuus/2013/04/14-misdaad-glo-erger-as-voor-1994: die SA Menseregtekommissie verwerp Bridges en S Hofmeyer se klagtes oor wit moorde; 2013/09/20.

⁹²⁴ www.netwerk24.com/nuus/2014-07-21. Die verslag is in 2004 gepubliseer.

⁹²⁵ *Fast facts* 1/98 12, soos aangehaal deur Snyman CR : *Strafreg*, p. 24 (vierde uitgawe).

⁹²⁶ *Die Volksblad*, 2011/05/03.

en rituele, oorbevolking, verkragting van en moord op gevangenes. ‘n Gevangene het onlangs ‘n opname met ‘n versteekte kamera gemaak van drank- en dwelmmisbruik in tronke, van seks deur mans met manlike “seksslawe” en korrupte bewaarders wat dit alles moontlik maak.⁹²⁷ In die Leeuhof-gevangenis naby Vereeniging is daar 80 gevangenes in ‘n sel bedoel vir 30 mense, slegs twee toilette wat dikwels weens ‘n watertekort nie gespoel kan word nie, tronkbewaarders staan wag buite ‘n sel waar tot 8 mans nuwelinge verkrag. Volgens ‘n politieke gevangene in die Middelburg-gevangenis, Cornelia De Wet, is verdowingsmiddels vryelik beskikbaar, daar is vlieë en muisuitwerpsels in die kos.⁹²⁸ As hulle weier om dit te eet, word hulle die res van die dag toegesluit, terwyl hulle “beloon” word deur toegelaat te word om te bad as hulle dit wel eet. Die selle is besmet met kakkerlakke, vlooië, luise en ander insekte. Gevangenes neem openlik deel aan seksuele aktiwiteite in die “*polluted, unsanitary and disgusting confinement*.”⁹²⁹ Tydens die *Oscar Pistorius*-verhoor (Oktober 2014), daarenteen, het die staat tydens die aflegging van strafverswarende/ strafversagende getuienis aangevoer toestande in die tronke is heeltemal aanvaarbaar: Die tronke is nie vuil nie, dis siektevry, nie gewelddadig nie, verkragting/sodomie is nie aan die orde van die dag nie.⁹³⁰ Die hoof van die Departement van Korrektiewe Dienste, Zac Modise, het selfs beweer die tronke is “progressief en professioneel.”⁹³¹ Die twee argumente staan reëlreg teenoor mekaar, en

⁹²⁷ guardianlv.com/2014/07-inside-south-african-prisons-shocking-abuse-continues.

⁹²⁸ guardianlv.com/2014/7-inside-south-african-prisons.

⁹²⁹ *Ibidem*.

⁹³⁰ www.dailymail.co.uk/wires/reuters/article/2795677/Pistorius-faces-prison-hospital-wing.

⁹³¹ Per Regter Masipa tydens die vonnisoplegging in die *Oscar Pistorius*-verhoor, teen laat 2014 nog ongerapporteer. Sy het ‘n woordvoerder van die Departement van Korrektiewe Dienste aangehaal.

skrywer is, met respek, geneig om die genoemde video-opnames van haglike toestande en die getuienis van die gevangenes self te glo.

Wat ook in ag geneem moet word, is dat baie gevangenes die gevangenis beter geskool in misdaad verlaat. Dit staan bekend as die sogenaamde “swaaideur”-verskynsel: Die gevangene wat die gevangenis verlaat, pleeg gou weer misdaad en dien weer gevangenisstraf uit, sodat daar van die hervormingsideaal nie veel kom nie, aldus Snyman.⁹³² Noodwendigerwys moet daar dus minder klem val op hervorming, en meer op die ander strafteorieë soos afskrikking en vergelding.

Snyman verwys vervolgens na dekade-lange ontwikkelings in die Engelse reg,⁹³³ waarvan hy meen die Suid-Afrikaanse howe kennis behoort te neem. Die Britse regering het na ‘n reeks lofwaardige pogings tot duur maar mislukte hervormingsprogramme erken dat hervorming nie haalbaar is nie, en die klem sou voortaan val op vergelding: “*The first objective for all sentences is denunciation of and retribution for the crime.*”⁹³⁴ Hierdie benadering het neerslag gevind in die *Criminal Justice Act* van 1991, waarin die eweredigheidsbeginsel weer verhef is tot die sentrale beginsel by strafoplegging. Die hof moet straf opleë wat ooreenstem met die erns van die oortreding. Dit is in die tweede dekade van die een-en-twintigste eeu nog die geval in Engeland.⁹³⁵

⁹³² Snyman, CR : *Strafreg*, pp. 24-25; vergelyk ook die geval van Mothate wat op parool vrygelaat is weens gewapende roof, en ten tyde van ‘n aanval op en verkragting van Lindsay Pistorius op borgtog vrygelaat was ten opsigte van ‘n soortgelyke saak: hierbo, *Rapport* 2014/08/31.

⁹³³ Snyman CR: *Strafreg*, p.25 (vierde uitgawe).

⁹³⁴ Witskrif: *Crime, Justice and Protecting the Public*, aangehaal deur Snyman CR : *Op cit.*, p. 25.

⁹³⁵ Die Britse premier, David Cameron, het gesê lewenslank behoort 100 jaar te wees: Die Britse

Om terug te keer na die dualisme wat aan die begin van hierdie hoofstuk bespreek is: Die Grondwet is ongetwyfeld, met sy Handves van Regte, 'n prysenswaardige poging om meer klem te lê op dit wat mooi en goed en moreel aanvaarbaar is en om die rug te keer op die foute wat in die verlede gemaak is. Dit beteken egter nog nie dat die afskaffing van die doodstraf noodwendig korrek was gegrond op 'n suiwer vertolking nie. Meer lewens sal gerespekteer word juis as gevolg van die feit dat daar 'n doodstraf bestaan wat voornemende moordenaars afskrik. Die doodstraf behoort vir ten minste moord en verkragting weer ingestel te word. Die hoë voorkoms van dié tipe misdade regverdig dit in hierdie land. Dit kan nie vergelyk word met die syfers in ander beskaafde lande nie. Ter ondersteuning van die standpunt, word Snyman weer aangehaal. Die stelling is in 1999 gemaak, maar is meer as 'n dekade later nog juis, in die lig van gevalle en statistiek hierbo genoem.⁹³⁶

'Selfs al aanvaar 'n mens dat die doodstraf nie 'n afskrikmiddel is nie ('n stelling wat nóg ek, nóg menige regters en ander regslui, nóg die publiek oor die algemeen, aanvaar), beteken dit nog nie dat die afwesigheid van die doodstraf in ons land derhalwe geregverdig is nie. Afskrikking is nie die enigste doel van straf nie. Vergelding speel ook 'n rol; vergelding behoort trouens in 'n land soos Suid-Afrika 'n veel belangriker rol te speel as oorwegings van afskrikking en hervorming. Die vergeldingsgedagte impliseer dat die straf 'n weerspieëling behoort te wees van die gemeenskap se afkeer en veroordeling van die misdaad. Die afskaffing van die doodstraf in die huidige tydsgewrig in Suid-Afrika beantwoord nie aan hierdie grondliggende beginsels van strafoplegging nie. ... (Skrywer se kursivering)... Een van die staat se belangrikste pligte is om sy onderdane te beskerm. Kan 'n mens, in die lig van die misdaadgolf wat oor Suid-Afrika spoel, en die daarmee gepaardgaande lyding van slagoffers en onsekerheid en vrees

Hooggeregshof behoort die finale seggenskap te hê oor menseregte, liever as die Europese Hof vir Menseregte in Strassbourg; www.bbc.com/news/uk-25574176. (2014).

⁹³⁶ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 25.

waaraan die hele gemeenskap blootgestel is, beweer dat die staat in Suid-Afrika daarin slaag om hierdie basiese plig ... na te kom? In Junie 1996 is daar 67 mense per dag in Suid-Afrika vermoor. Die voorkoms van moord is 718% hoër as die internasionale gemiddelde. In 1990, die eerste jaar waarin die moratorium op die doodstraf van krag was, het die hoeveelheid moorde wat aangemeld is gestyg van 11 740 tot 18 659. Suid-Afrika is een van die moorddadigste lande ter wêreld. In hierdie land is die lewe goedkoop ... Hoeveel meer mense ... moet nog per jaar vermoor word voordat ... erken (sal word) "genoeg is genoeg" en dat die doodstraf weer heringestel behoort te word?"

Die persepsie bestaan dat die misdadiger meer voordeel trek uit die Handves van Regte en die vertolking daarvan deur die Hof as die regsgehoorsame landsburger. Dié persepsie is na die mening van skrywer nie te weerlê nie: Vergelyk die *Pondering Panda*-navorsing (hierbo in paragraaf 5.4.6) en die steeds relevante 1996-syfers van 'n opname van die Raad op Geestesnavorsing.⁹³⁷ Met die Konstitusionele Hof se vertolking van die Grondwet in die onderhawige *Makwanyane*-saak beteken die "*sanctity of human life*" dié van die veroordeelde moordenaar en nie dié van die slagoffer van die verlede, hede en toekoms nie.

5.4.4.2. Aborsie

'n Verdere diskrepansie wat nêrens deur die Konstitusionele Hof in *Makwanyane* aangespreek is nie, is die wettiging van aborsie. Waar die Hof die doodstraf as wreed, vernederend en onmenslik geïnterpreteer het, moet die parallel myns insiens verder getrek word. Die ongebore kind is volgens ons reg wel reeds op daardie voorgeboortelike stadium die draer van beperkte regte.⁹³⁸ Hoe is dit dan in een en dieselfde regstelsel

⁹³⁷ SA Institute of Race Relations SA Survey 1996/1997 57.

⁹³⁸ Hosten WJ et al: *Op. cit.*, p. 287. Ook uitvoerig bespreek in hoofstuk 2 hierbo.

moontlik dat 'n veroordeelde misdadiger nie die doodstraf opgelê kan word nie op grond van sy/haar regte, terwyl 'n onskuldige ongeboore kind se lewe sonder meer regmatig beëindig kan word? Wat van die regte van die mediese personeel wat die eed van Hippokrates afgelê het, en in staatshospitale onder 'n verpligting is om as deel van hul taak lewens te beëindig? Is hulle nie in 'n soortgelyke posisie as die laksman wat die veroordeeldes moet ophang en oor wie se klaaglike lot die Hof in *Makwanyane*⁹³⁹ so hoog opgegee het nie? Wetenskaplike studies het getoon dat die fetus wat geaborteer word, "skreeu van pyn",⁹⁴⁰ ander aanvaar dit nie.⁹⁴¹ In *Makwanyane*⁹⁴² haal Regter O'Regan dokter Chris Barnard aan waar hy op 12 Junie 1978 in die *Rand Daily Mail* beskryf het wat met die mens gebeur wat opgehang word:

"The man's spinal cord will rupture at the point where it enters the skull, electrochemical discharges will send his limbs flailing in a grotesque dance, eyes and tongue will start from the facial apertures under the assault of the rope and his bowels and bladder may simultaneously void themselves to soil the legs and drip on the floor. ..."

Dis ongetwyfeld alles waar, maar vonnisse is op daardie stadium lank nie meer in die openbaar voltrek nie. Sonder om lighartig te klink, kan beklemtoon word dat hierdie aaklige galgdood maklik vermy kan word bloot deur weg te bly van misdaad af (wat ook al die omstandighede), en dit behoort verder die sensitiewe misdadiger (indien daar so iemand

⁹³⁹ *S v Makwanyane* (1995) (3) SA 391(KH).

⁹⁴⁰ *Die Burger* 2007/08/22: Prof. Gert Kirsten, wat spesialiseer in die versorging van pasgebore babas, het getuig dat babas voor geboorte pyn ervaar soos enige lewende wese; www.silentscream.org.

⁹⁴¹ www.libchrist.com/other/abortion/slinet.html

⁹⁴² *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 508.

bestaan) so af te skrik dat hy/sy nie daaraan sal dink om 'n halsmisdaad te pleeg nie. Voorts word daar deur die regter geen woord gesê of foto's gewys van die slagoffers van geweldenaars waar hulle verontmenslik en vermink, sterwend of dood agtergelaat is nie. Niks van die pyn en verskrikking en wanhoop wat hulle moes deurmaak nie. Of dat baie slagoffers, sterwend of dood, op plekke gelaat word waar hulle deur diere verskeur en opgevreet word of ontbind tot onherkenbare menslike oorskot. Dat hierdie laaste aaklige prent in die geheue van hulle naasbestaandes ingegrif bly, word verswyg.

Hoe is dit moontlik dat die Hof geen melding maak van die wreedheid en onmenslikheid van die moord/verkragting wat deur die veroordeelde misdadiger gepleeg is nie? Soos as voorbeeld dié van die tiener Anene Booysen wat op 2 Februarie 2013 in Bredasdorp verkrag en vermink is sodat haar ingewande langs haar op die grond gelê het en sy kermend van pyn in die hospitaal gesterf het.⁹⁴³ Dit is natuurlik jare na die onderhawige *Makwanyane*-uitspraak, maar daar was talle verslae en foto's van ander aaklige verminkings en gru-moorde beskikbaar in 1995 toe die *Makwanyane*-verhoor plaasgevind het.⁹⁴⁴

Nogtans noem die Hof nie sulke voorbeelde of wat hierbo in hoofstuk 2 gesê is van aborsies wat wettig is in Suid-Afrika nie.

Daar bestaan alternatiewe en meer "sensitiewe" maniere om die lewe van 'n veroordeelde misdadiger te beëindig as die galg of die Spaanse

⁹⁴³ *Die Burger*, 2014/04/14.

verwurger van ouds⁹⁴⁵ of die militêre vuurpeleton of onthoofding soos in Iran wat in 2014 weer die hoofskrifte in die koerante gehaal het.⁹⁴⁶ As voorbeeld kan 'n dodelike inspuiting genoem word wat dit vir die toeskouer laat lyk of die persoon doodeenvoudig aan die slaap raak, soos 'n siek dier wat sagkens deur 'n veearts uitgesit word. Sulke inspuitings word lank reeds vryelik in sekere state van Amerika en elders gebruik.⁹⁴⁷ Die toediener van die inspuiting hoef nie eens in dieselfde lokaal as die veroordeelde te wees nie, dit kan op 'n afstand binne-aars toegedien word nadat die apparaat vantevore aangebring is. Die galg is sekerlik nie die enigste opsie nie.

5.4.4.3. Die alternatief: Lewenslange gevangenisstraf

⁹⁴⁴ Gordon I en Shapiro HA: *Forensic Medicine*, byvoorbeeld pp. 25, 78, 80, 89, 90-91 en talle ander.

⁹⁴⁵ www.capitalpunishmentuk.org/garotte.html. 'n Apparaat is gebruik om mee te wurg, nie mensehande nie. Die apparaat is al hoe stywer gedraai deur die persoon agter die veroordeelde.

⁹⁴⁶ edition.cnn.com/2014/world/meast/isis/james-foley-index.html.

⁹⁴⁷ www.deathpenaltyinfo.org.

In lande soos Engeland, Duitsland, die Verenigde State van Amerika en Australië is reeds beslis dat 'n verpligte lewenslange vonnis vir ernstige misdade as wreed en ongewoon beskou kan word omdat dit op grond van die oneweredigheid tussen die erns van die misdaad en die vonnis onaanvaarbaar is. In die Australiese saak *Sillery v The Queen*⁹⁴⁸ is byvoorbeeld beslis dat 'n verpligte lewenslange vonnis vir die kaping van 'n vliegtuig kragtens artikel 8(3) van die wet wat die aangeleentheid reël, beteken dat dit toepaslik is op alle vorme van kaping. Daaroor sê Regter Murphy:

‘ Construed as mandatory the punishment of life imprisonment in relation to the less serious offences covered by the definition of hijacking would be cruel and unusual because it is excessive and serves no valid legislative purpose.’

In die Verenigde State van Amerika is die twee leidende sake die reeds aangehaalde *Furman v Georgia*⁹⁴⁹ en *Weems v United States*.⁹⁵⁰ Hulle het die basis gevorm vir die beslissing in *Solem v Helm*,⁹⁵¹ waarin vyf regters teenoor vier beslis het dat 'n lewenslange vonnis sonder parool oneweredig is en daarom ongrondwetlik. In 1991 het die Hooggeregshof egter in *Hamelin v Michigan*⁹⁵² sy vorige beslissing omgekeer, weer met 'n meerderheid van vyf teenoor vier. (Dit is insiggewend dat van die regters wat die meerderheidsbeslissing gelever het, naamlik Regter

⁹⁴⁸ 1981 180 CLR 353, 357.

⁹⁴⁹ 1972 (*supra*).

⁹⁵⁰ 1910 217 US 349, veral p. 378.

⁹⁵¹ 463 US 277.

⁹⁵² 1991 111 S Ct 2680.

Scalia en veral Regter Renquist deur die Republikeinse Administrasie van president Ronald Reagan aangestel is, en veral Regter Renquist as baie konserwatief beskou is.⁹⁵³) Die beskuldigde is 'n verpligte lewenslange vonnis sonder parool opgelê vir die besit van 'n groot hoeveelheid van 'n verbode verdowingsmiddel, kokaïne. Twee regters van die meerderheid (Regter Scalia en Regter Renquist) het gesê dat die verbod op wrede en ongewone straf geen algemene beginsel van eweredigheid inhou nie; die oorblywende drie regters van die meerderheid het met die beslissing van die minderheid saamgestem dat die eweredigheidsbeginsel deel vorm van die Amerikaanse Grondwetlike reg, maar het dit baie eng geïnterpreteer. Al vyf regters van die meerderheid het egter die aansoek verwerp dat die feit dat dit 'n verpligte vonnis is, dit ongrondwetlik maak. Hulle het bevind dat die wetgewer daarop geregtig is om wette aan te neem wat verpligte vonnisse voorskryf en dat, op grond van die erns van die misdaad, dit nie 'n voorbeeld van *the most extreme circumstance* was wat die Hooggeregshof sal dwing om in te gryp nie.

Lande soos Spanje, Portugal, Noorweë en Brasilië het alle lewenslange vonnisse vervang met vonnisse vir vasgestelde tydperke.⁹⁵⁴ Daar is geredeneer dat daar geen getuienis bestaan dat 'n lewenslange vonnis groter afskrikingswaarde het as byvoorbeeld 15 jaar gevangenisstraf nie.⁹⁵⁵ Voorts lui die argument dat, om iemand vir die res van sy/haar natuurlike lewe toe te sluit, só wreed is, of sy/haar menswaardigheid só

⁹⁵³ www.biography.com/people/william-renquist

⁹⁵⁴ *Taking Life Imprisonment Seriously* – referaat gelewer deur D Van Zyl Smit (op daardie tydstip verbonde aan UCT) aan die UPE tydens Grondwet-besprekings in 1995, p. 11.

⁹⁵⁵ Van Zyl Smit D : *Op. cit.*, p.11.

erg aantas, dat geen beskaafde gemeenskap dit behoort toe te laat nie.⁹⁵⁶ Ander vonnisse wat objektief beskou minder wreed is as 'n lewenslange vonnis, byvoorbeeld die openbare vernedering van die verrigting van gemeenskapsdiens, word ook as heeltemal onaanvaarbaar beskou.⁹⁵⁷

In die Namibiese saak *S v Nehemia Tjijo*⁹⁵⁸ sit Regter Levy *obiter dictum* 'n aantal besware teen lewenslange gevangenisstraf uiteen. Hy verklaar eerstens dat 'n lewenslange vonnis as 'n doodvonnis geïnterpreteer moet word, en aangesien die Namibiese Grondwet die doodstraf verbied, lewenslange vonnisse ook verbied behoort te word. Regter Levy sê verder dat dit ongrondwetlik is, aangesien dit wreed, vernederend en onmenslik is. Derdens verklaar Regter Levy dat 'n lewenslange vonnis van die hervormingsteorie 'n bespotting maak; hy verwerp ook die argument dat die moontlikheid van parool die lewenslange vonnis minder drasties maak:⁹⁵⁹

'For a judicial officer to impose any sentence with parole in mind, is an abdication by such officer of his function and duty to transfer his duty to some administrator probably not well equipped as he may be to make judicial decisions. It also puts into the hands of the Executive, where the sentence is life imprisonment, the power to detain a person for the remainder of his life irrespective of the fact that the person may well be reformed and fit to take his place in society.'

Die posisie is dus duidelik: Die doodstraf is te wreed en onmenslik, lewenslange gevangenisstraf is te wreed en ongewoon,

⁹⁵⁶ Van Zyl Smit D : *Op. cit.*, p. 11.

⁹⁵⁷ Van Hirsch A, soos aangehaal deur Van Zyl Smit D : *Op. cit.*, p. 80-87.

⁹⁵⁸ Ongerapporteer en aangehaal in *S v Tcoeib* 1993 (1) SACR 274 (Nm), pp. 275g-278c.

⁹⁵⁹ *Ibidem*, p. 278.

gemeenskapsdiens is te vernederend. Die lys word al hoe langer. Die “geskikte alternatiewe vonnis” waaraan Regter-President Chaskalson in saak van *Makwanyane*⁹⁶⁰ groot waarde geheg het, sal waarskynlik binne afsienbare tyd ook onder die skoot kom en as ongrondwetlik geïnterpreteer word om presies dieselfde redes as die doodstraf. (Die tydperk van 25 jaar word van die begin van die “nuwe” bedeling af aan ‘n lewenslange vonnis gekoppel. Normaalweg word dit verkort op grond van goeie gedrag of ander redes, en die “geskikte straf om die doodstraf te vervang” verander dikwels tot tussen 15 en 20 jaar.) Dit kan dus, na skrywer se mening, nie ‘n suiwer interpretasie wees om te beweer dat lewenslange gevangenisstraf die ideale plaasvervanger vir die doodstraf is en in toepaslikheid daaraan gelykgestel word nie. Dit kan op die ou end dalk uitloop op die persepsie dat daar nie so iets as ‘n misdadiger is nie, slegs persone wat dit deur omstandighede ongelukkig getref het, of mislei is, of met gene gebore is wat hulle onherroepelik op ‘n weg geplaas het sonder dat hulle ‘n wilskeuse kon uitoefen, of die predestinasieleer kan op teologiese vlak bygesleep word, of watter ander denkbare redenasie ook al. Of verder dat dit wreed en vernederend en onmenslik is om iemand op enige aanklag te laat teregstaan, want hy/sy kan dalk weens die spanning van die hofsaak ernstige geestelike letsels oorhou. Vergelyk Shrien Dewani se “swak geestelike toestand” en sy stryd om nie deur Engeland aan Suid-Afrika uitgelewer te word om tereg te staan op ‘n klag van moord op sy bruid in 2011 nie, terwyl sy medepligtiges reeds skuld beken het en gevonniss is.⁹⁶¹ Skrywer hiervan reken dat enigiemand wat van moord aangekla word, in die nag sleg sal slaap, om die minste te

⁹⁶⁰ 1995 (3) SA 391 (KH) (*supra*).

sê. Of vergelyk die gewese hoof van die Polisie, Jackie Selebi se “ineenstorting” toe hy hoor die appèl teen sy vonnis het nie geslaag nie.⁹⁶² Om die Franse frase aan te haal: *C’est la vie*: Die doodnormale verloop van die lewe, met die te verwagte gevoelens van mismoedigheid en teleurstelling as jy weet die gevangenis is jou enigste vooruitsig. Sulke nuus word nie met vreugde gevier nie; jy het egter nie in daardie posisie beland weens ‘n voorbeeldige lewe nie. Of die naasbestaandes ly meer as die beskuldigde self. Die moontlikhede is eindeloos. Dit alles is die uitkoms van ‘n ernstige denkfout wat tydens die aanvanklike interpretasieproses gemaak is, naamlik dat meer waarde geheg word aan die regte van die oortreder as die onskuldige slagoffer wat waarskynlik meer ly as die oortreder. Hy/sy sal waarskynlik nooit ten volle “gerehabiliteer” kan word ten opsigte van ‘n voortgesette lewe of van finansiële sekuriteit of liggaamlike en geestelike herstel of volle vertroue in die goedheid van die medemens nie. Hierdie tipe logika, soos, met eerbied, deur die Konstitusionele Hof toegepas, lei tot ‘n verwronge waardestelsel en regstelsel waar die skale nie balanseer nie: Die regte van die misdadiger en wat aan hom uitgedeel word weeg swaarder as die regte van diegene wie se regte deur dieselfde misdadiger aangetas is. Of erger nog: Wanneer die Konstitusionele Hof na die reg op die lewe verwys, word dit nooit geïnterpreteer as almal se reg op die lewe nie, maar net dié van die oortreder.

5.4.4.4. Eenparige beslissing in *Makwanyane* betreffende die doodstraf

⁹⁶¹ Die Burger, 2014/10/17; www.biznews.com/briefs/2014/10/dewanis-killer-wanted-earlier-parole/

Die Konstitusionele Hof se beslissing was eenparig, aangesien die ander tien regters in 1995 saamgestem het met Regter-President Chaskalson dat die doodstraf ongrondwetlik is en afgeskaf moes word. Elk van die regters het egter klem gelê op die een of ander aspek van die interpretasie van die Grondwet om hierdie resultaat te bereik:

1. Regter Ackermann het ongelykheid as gevolg van die toeval beklemtoon.⁹⁶³ “ ‘n Mens word ‘n nommer in ‘n gesofistikeerde lotery”, terwyl almal ooreenkomstig artikel 9 van die Grondwet gelyk voor die reg behoort te wees. Skrywer wil byvoeg daar is in die lewe self geen werklike regverdigheid nie: Sommige word gebore met verstand, in ‘n welgestelde huis, iemand wat as inspirasie dien, kruis hulle pad, ander weer aanskou die eerste lig spreekwoordelik in die afvoersloot, het min verstand en geen geleenthede nie en net die allergeringste kans om van die lewe op ‘n eerlike manier ‘n sukses te maak.
2. Regter Didcott :⁹⁶⁴ As daar gekyk word na die liggaamlike en geestelike lyding van die veroordeeldes, kan die doodstraf nie as beskaafd beskou word nie. (Dus: die veroordeelde se lyding word in ag geneem, maar nie dié van die aangerande/verkragte/vermoorde/berooftde persoon nie). Die afskrikking van ‘n lewenslange vonnis is waarskynlik net so groot as die doodstraf, maar respekteer daarteenoor die lewe (van die misdadiger, maar nie die slagoffer nie, laat die regter na om as grondslag van die argument te gebruik).

⁹⁶² www.netwerk24.com/nuus/2013-10-07-jackie-selebi...

⁹⁶³ *S v Makwanyane* (1995)(KH), p. 454E-F.

⁹⁶⁴ *Ibidem*, p. 462E-G.

3. Regter Kentridge:⁹⁶⁵ Die doodstraf hoort nie by 'n beskaafde land nie. Ander oop en demokratiese samelewings het dit afgeskaf.

4 Regter Kriegler:⁹⁶⁶ Artikel 277 van die Strafproseswet (die oplegging en die uitvoer van die doodstraf) kan nie met arikel 10 van die Grondwet versoen word nie. Daar is ook geen bewys dat dit groter afskrikwaarde het as 'n lewenslange vonnis nie.

5 Regter Langa:⁹⁶⁷ Ook hy lê klem op die reg op lewe (artikel 10). Die Staat moet die voortou neem in 'n kultuur van respek vir die menslike lewe en waardigheid. Vergelding moet vervang word met *ubuntu*; 'n ander mens se lewe is net so waardevol as jou eie. (Weer eens: Wat van die slagoffer?) Die “*death row*”-verskynsel kan nie versoen word met menslike waardigheid nie.

6 Regter Madala:⁹⁶⁸ Die doodstraf druis in teen die moontlikheid van rehabilitasie en dit is weer 'n struikelblok op die weg na *ubuntu*. (Sien skrywer se standpunt hierbo oor hervorming in die Suid-Afrikaanse gevangnisse, paragraaf 5.4.4). Daar is 'n behoefte by ons regstelsel aan 'n bydrae uit die tradisionele Afrika-regsleer.

7 Regter Mohamed:⁹⁶⁹ Die doodstraf maak inbreuk op 'n hele aantal bepalinge van die Grondwet (artikels 8, 9, 10 en 11(2)) en kan nie deur die beperkingsklousule gered word nie. Dit kon miskien die geval gewees het as die doodstraf werklik afskrikwaarde gehad het. Die beplande uitwissing van die lewe deur die Staat moet onderskei word van

⁹⁶⁵ *S v Makwanyane* (1995) KH, p. 473B,

⁹⁶⁶ *Ibidem*, p. 478E-G.

⁹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 480C, 481A.

⁹⁶⁸ *Ibidem*, 484A,G.

⁹⁶⁹ *Ibidem*, 490C.

byvoorbeeld die regmatigheid van 'n persoon se optrede wat in 'n lewensbedreigende situasie die lewe neem van 'n aanvaller, of die Staat se daad gedurende 'n oorlogstoestand.

8 Regter Mokgoro:⁹⁷⁰ Die konsep *ubuntu* behels waardes wat artikel 35 van die Grondwet wil bevorder. Inheemse Afrika-waardes is soms relevant by die bevordering van die waardes van 'n oop en demokratiese gemeenskap.

9 R O'Regan:⁹⁷¹ Die reg op die lewe is verweef met die reg op waardigheid. Sonder waardigheid het die menslike lewe minder kwaliteit, sonder die lewe is daar nie waardigheid nie.

10. R Sachs:⁹⁷² Daar moet erkenning gegee word aan eerstens die reg op lewe en tweedens die Afrika-reg en geregtelike denke as deel van die bron van waardes wat artikel 35 van die Grondwet wil bevorder. Artikel 36 laat die beperking van regte toe, nie hulle uitwissing nie. Die meeste Afrika-gemeenskappe is nie ten gunste van die doodstraf nie. By die Kaapse Nguni is die doodstraf feitlik beperk tot gevalle van towenary nadat die skuldige deur dolosgooiers uitgewys is. (Dis te betwyfel of hierdie laaste "regsmiddel" vertolk kan word as in ooreenstemming met artikel 12(1)(a) wat bepaal dat niemand sy/haar vryheid arbitrêr ontnem mag word nie, benewens die vereiste dat dit as beskaafd aanvaar moet word in oop en demokratiese gemeenskappe. En hoe wetenskaplik is dit? Die uitwys van 'n skuldige deur dolosgooiers rym nie met 'n billike openbare verhoor voor 'n geregshof, soos gewaarborg deur artikel 34 van die Grondwet nie. Dit is skrywer se mening dat dit goed is as alle kulture

⁹⁷⁰ *Makwanyane* 1995(KH), p. 500H-I.

⁹⁷¹ *Ibidem*, p. 506F.

⁹⁷² *Ibidem*, p. 517C.

betrek word in ons regstelsel. 'n Voorbeeld: huwelike wat ooreenkomstig Afrika-tradisies gesluit word met regsgevolge wat tans erken word, sodat kinders uit sodanige verbintenisse nie meer as buite-egtelik beskou word nie, en dat die vrou uit 'n saamwoonverhouding geregtig is op die man se pensioenvoordele as hy sterf.⁹⁷³ Op sommige gebiede voorsien skrywer egter groot probleme waar Afrika-waardes sonder meer as deel van die Romeins-Hollandse regstelsel geïnterpreteer word: In Augustus 2004 het 'n aktrise⁹⁷⁴ wat opgetree het as “ekstra” in die Suid-Afrikaanse TV-sepie *Generations* na bewering haar tweejarige seuntjie wreedaardig vermoor deur hom in die kop te steek en sy oë met 'n warm yster te brand aangesien sy geglo het hy is van die duiwel besete. Daarna het sy 'n Bybel op sy gesig neergesit. Waarop grond 'n mens so 'n verweer? Tydelike ontoerekeningsvatbaarheid, geestesversteurdheid of die een of ander soort “bygeloof”?⁹⁷⁵ In die verlede het die Hof al verweere wat gesteun het op die doen en late van die tokkelossie aanvaar, maar in daardie gevalle was die verweerder totaal ongekultiveerd en nie soos in die onderhawige geval iemand wat deel uitmaak van 'n moderne, Westerse opset soos 'n byderwetse televisieprogram nie.

5.4.4.5. Uitlewering

⁹⁷³ Vergelyk hierbo in hoofstuk 3 die verwysing na onder andere die toelating van opgeleide Moslem-imams as wettige huweliksbevestigers sodat die eerste vrou in die huweliksverbintenis en haar eis teen die man se boedel beskerm word, so ook die wettiging van die kinders uit die verbintenis: www.iol.org.za/news/politics/muslims-can-wed-legally. Dit sluit natuurlik nie voordele vir inheemse groepe uit nie; al hoe meer ontwikkeling vind plaas.

⁹⁷⁴ www.iol.co.za/news/south-africa/tv-actress-held-after-son-hacked-to-death15/8/2004.

⁹⁷⁵ Klaarblyklik was daar geen hofsak nie, aangesien die moeder vir sielkundige waarneming verwys is ooreenkomstig artikel 77 van die Strafproseswet 51 van 1977, en sy nie aangekla is nie.

Op 14 Augustus 2004 het die Konstitusionele Hof 'n versoek aangehoor van 70 Suid-Afrikaanse mans wat in Zimbabwe aangehou is op aanklagte dat hulle 'n staatsgreep in Ekwatoriaal-Guinee beplan het.⁹⁷⁶ In die aansoek het hulle versoek dat die Suid-Afrikaanse regering ingryp om hulle na Suid-Afrika te laat terugkeer om hier verhoor te word. Hulle regsverteenwoordigers het aangevoer dat regverdige en billike verhore die hoeksteen is van ons Handves van Menseregte se bepalings oor hofgedinge, byvoorbeeld artikel 34. Die manier waarop die mans in Zimbabwe behandel is en die feit dat die ander mans in Ekwatoriaal-Guinee ná maande nog nie in die Hof verskyn het nie, werp twyfel op enige regverdige verhoor.⁹⁷⁷ In hofstukke namens die ministers van Justisie, Veiligheid en Sekuriteit, Intelligensie, Binnelandse Sake, Buitelandse Sake, die President en die Nasionale Vervolgingsgesag is 'n baie sterk pleidooi gelewer dat die aansoek nie in die Konstitusionele Hof aangehoor behoort te word nie.⁹⁷⁸ Dit kom daarop neer dat hierdie regeringsinstansies die aangehoudenes wat die aansoek gebring het, die rug toegekeer het, of meer nog, hulle aansoek kragdadig beveg het, in plaas van hulle te ondersteun soos 'n mens sou verwag van 'n regering wat meer as lippediens betoon aan die ideale van die Grondwet.

Die Konstitusionele Hof het, ten spyte van die feit dat die aangehoudenes in die betrokke lande die doodstraf opgelê kon word, nie die verlangde bevel gemaak nie, en beslis dat die regering self daarvoor besluit.⁹⁷⁹ 'n

⁹⁷⁶ *Beeld*, 30 Augustus 2004.

⁹⁷⁷ *Ibidem*, 2004/08/30.

⁹⁷⁸ *Ibidem*.

⁹⁷⁹ *Kindler v Canada* 1992 6 CRR (2d) 193 (SC) (*supra*) en *Soering v United Kingdom* 1989

Mens sou in die lig van die aangehoudenenes se moontlike lot 'n sterker standpunt-inname van die Hof verwag het. Dit klop nie met die regsvergelykende ondersoek wat die Hof in *Makwanyane* gedoen het met verwysing na die sake van *Kindler*⁹⁸⁰ en veral *Soering*⁹⁸¹ nie. Die hof het in laasgenoemde saak beslis het dat die beskuldigde nie aan die Verenigde State van Amerika uitgelewer mag word waar hy die doodstraf opgelê kon word nie.⁹⁸² Die Konstitusionele Hof se weiering om die bevel te maak, kom met eerbied neer op 'n onkonsekwente interpretasie wat verwarring skep, alhoewel dit hier gaan om 'n aansoek en nie 'n verhoor nie. Daar moet onthou word dat alle aangehoudenenes volgens die Suid-Afrikaanse regstelsel wat deur die howe in die land toegepas word, onskuldig geag word totdat die teendeel in die Hof bewys word. Dit is na skrywer se mening nie te vergesog nie om te verwag dat die howe in 'n land met 'n Grondwet wat baie klem lê op menseregte alles in die stryd sal werp om te verhoed dat onderdane die doodstraf in 'n ander land opgelê word. Bygesê indien die ideale vervat in die interpretasies van die verskillende regters in die saak van *Makwanyane* aangaande die heiligheid van die oortreder se lewe ernstig bedoel is. Die aangehoudenenes het beweer dat hulle in Zimbabwe, waar hulle in hegtenis geneem en aangehou is, gemartel is. Totdat hulle uiteindelik voor die hof verskyn het, het hulle die "wrede, onmenslike, vernederende en ongewone doodstraf" in die gesig gestaar. Een is oorlede, die ander is gevangenisstraf opgelê, maar is uiteindelik in 2009 vrygelaat en na Suid-

11 EHRR (*supra*) waar die beskuldigdes beskerm is teen die land waar die doodstraf geld het.

⁹⁸⁰ *Kindler* 1992 (*supra*).

⁹⁸¹ *Soering* 1989 (*supra*).

⁹⁸² *S v Makwanyane* (1995) (KH), pp. 425G-I, 426A-E.

Afrika gedeporteer. Twee Suid-Afrikaanse vlieëniers en Simon Mann, beweerde leier van die groep, sou in aanhouding bly. Die president van Ekwatoriaal-Guinee, Teodoro Obiang Nguema, het besluit dat Mann en vier huursoldate op 3 November 2009 “om humanitêre redes” vrygelaat sou word.⁹⁸³

Die Suid-Afrikaanse hofe het al minstens drie gevalle gehanteer waarin amptenare van die departement van binnelandse sake mense deporteer na lande waar hulle waarskynlik die doodstraf sal kry. Die amptenare was telkens bewus daarvan dat die land aan wie hulle die persoon oorhandig, geen onderneming gegee het dat die doodstraf nie opgelê sal word as die uitgelewerde daar aan 'n misdaad skuldig bevind word nie. Dit blyk uit 'n uitspraak wat Regter Eberhard Bertelsman in die laaste week van Desember 2014 in die Noord-Gautengse Hoë Hof in Pretoria gelewer het in die saak van Edwin Samotse. Hy is in Botswana van moord aangekla op sy vriendin, en het na Suid-Afrika gevlug. Op 13 Augustus 2014 het amptenare van binnelandse sake hom vanaf die Polokwane-gevangenis aan Botswana uitgelewer, ondanks die ministers van justisie en korrektiewe dienste se opdrag dat hy nie uitgelewer moes word nie. In elk van die drie gevalle het die amptenare geweet die doodstraf is ingevolge die Konstitusionele Hof se vertolking 'n wrede en ongewone straf, volgens die Regter: “Dis erg kommerwekkend dat staatsamptenare weer eens skuldig is aan gedrag wat indruis teen die fundamentele regte op lewe, waardigheid en liggaamsintegriteit.”⁹⁸⁴ Tugstappe is ingestel teen die betrokke amptenare, maar die drie uitgelewerdes kan, as gevolg

⁹⁸³ m.news24.com/nuus24/Afrika/Nuus/Simon-Mann-vry.

van die optrede van Suid-Afrikaanse amptenare wat bewus is van die stand van sake betreffende die doodstraf en uitlewering, in hul eie lande die doodstraf opgelê word. Dit lyk asof uitlewering in Suid-Afrika problematies bly. Die motiewe daaragter verskil en is meestal duister.

5.5. SAMEVATTING

Wanneer daar gekyk word na die twee dekades wat gevolg het op die uitspraak in *S v Makwanyane* waarin die doodstraf in 1995 in Suid-Afrika afgeskaf is, is die gevoel van, om dit sagkens te stel, onbehaaglikheid waarmee die samelewing gelaat is, nie weg te redeneer nie. Die oorweldigende meerderheid van die bevolking (alle bevolkingsgroepe) is gekant teen die afskaffing van die doodstraf.⁹⁸⁵ Die onlangse verslae hierbo aangehaal, versterk die gevoel. Snyman sê voorts: “Hierdie standpunt van die meerderheid van die land se inwoners is duidelik korrek.”⁹⁸⁶ Hy baseer die stelling op die ongelooflik hoë misdadafsyfers hierbo aangehaal.⁹⁸⁷

Na die bekendmaking van die polisie se 2013/2014 jaarverslag⁹⁸⁸ skryf die redakteur van *City Press* onder die opskrif “Hoe meen jy dan nou

⁹⁸⁴ *Die Burger*, 2014/12/29.

⁹⁸⁵ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 29 (sesde uitgawe), waar hy aanhaal uit verslae soos *SAIRR Survey 1996/1977* 57 (dus net na die afskaffing van die doodstraf), en die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing (ongeveer tien jaar later in 2004): 72% van die swart mense in die land is teen die doodstraf, 92% van die wit mense, 76% van die bruin mense en 86% van die Indiërs.

⁹⁸⁶ Snyman CR : *Ibidem*, p. 29 (sesde uitgawe).

⁹⁸⁷ Die gemiddelde jaarlikse moordsyfer in Suid-Afrika is 36,5 per 100 000 mense, vergeleke met 1,2 in Brittanje, 0,8 in Duitsland en 5,2 in die Verenigde State van Amerika (hierbo aangehaal).

⁹⁸⁸ Hierbo aangehaal in paragraaf 5.4.4.1, *Die Burger*, 2014/05/04.

‘misdaad?’” oor die stand van sake in Suid-Afrika: ⁹⁸⁹

‘Het jy al ‘n senior politikus of leier sien stap? Dis nogal iets om te aanskou. President Jacob Zuma ry in ‘n konvooi van 12 voertuie. Wanneer hy stap, word hy deur ‘n falanks van minstens ses lyfwagte omring. Dit gebeur selfs in sy Nkandla-ryk, soos foto’s van sy onlangse aankoms by die weelderige huwelikseremonie van sy neef Khulubuse toon. Die praktyk van BBP-beskerming geld in elke sfeer – ministers, premiers, lede van hul uitvoerende komitees en burgemeesters van metropole en dorpies. Dit is billik om te sê ons leiers leef in ‘n ivoortoring en kan maklik van die werklikheid verwyder raak. Dit is dus geensins verrassend dat die onlangse misdaadstatistieke (sic) van die politieke agenda af verdwyn het nie – as jy nie gedurig om jou hoef te kyk nie, is misdaad nie jou topprioriteit nie. Maar vir ons gewone mense is dit. Toe ek na die syfers kyk, het ek besef die argitektuur van ons lewe word deur misdaad bepaal. Ek sou eerder wou stap as ry, maar dis nie veilig nie. Die skerp styging in straatrooftogte maak van mense sonder ‘n motor ‘n maklike teiken. Misdaad bepaal al hoe meer waar en hoe ons kies om te lewe, wanneer jy pendel en hoe jy voel. Misdaad in die omgewing van enige kommersiële sentrum het skerp gestyg. Dieselfde geld die kaping van vragmotors. Enigeeen met ‘n bate is in die moeilikheid. Eiendomsverwante misdaad het net in twee provinsies (uit die nege) nie gestyg nie. Moord, die misdaad met die grootste sekerheid omdat lyke meestal nie weggesteek of (die syfer) onderbeklemtoon kan word nie, is aansienlik hoër. As burger voel ek bang sedert die bekendmaking van die syfers, maar ek ervaar geen steun van ons politieke leiers en die polisie diens aan wie ons ons veiligheid toevertrou nie. Zuma het Richard Mdluli, ‘n voormalige hoof van misdaadintelligensie wat dié eenheid gestroop en geplunder het, aangemoedig en beskerm. Die jongste syfers toon die omvang van die skade. Misdaadintelligensieverlae en -ontledings het met onderskeidelik 60% en 30% gedaal. Mdluli is tans geskors, maar hy swaai steeds die septer oor misdaadintelligensie. En al het ‘n mens hoeveel respek vir (generaal) Phiyega se talle vaardighede, misluk sy by die polisie diens. Die syfers wys dit.’

Pas na die bogenoemde swak jaarverslag van die polisie in die parlement bekendgemaak is, is die polisiehoof, general Phiyega vereer met vier

⁹⁸⁹ *Die Burger* 2014/10/02, Ferial Haffajee in *Donderdag Aktueel*.

medaljes.⁹⁹⁰ Alhoewel sy eers in 2012 by die polisie aangesluit het, spog sy met 'n tienjaar-herdenkingsmedalje, die amalgamasiemedalje “vir haar voortdurende bydraes tot transformasie”, 'n goue medalje vir uitstekende diens en die polisie se 2010-Fifa-Wêreldbekermedalje. Die polisie en hulle vakbond is baie ontevrede met hierdie toekennings.⁹⁹¹ Die Suid-Afrikaanse Polisie-unie het gesê dis nie net 'n skande vir die polisiediens nie, dis ook 'n verleentheid vir die ontvanger. Oscar Skommere, die sekretaris-generaal van die unie het gesê Phiyega het in haar termyn die een fout na die ander gemaak en die polisie van skandaal tot skandaal gelei, verwysende na onder andere die Marikana-slagting.⁹⁹² Om vir haar 'n medalje te gee, volgens hom, is soos om iemand te beloon wat 60ste in 'n wedloop geëindig het.⁹⁹³ Dit is duidelik uit hierdie uitsprake en dié van Haffajee hierbo, dat nóg die polisie, nóg die publiek vertrou het in die bestuur van die polisie.

Die syfers hierbo aangehaal spreek vir hulleself. Opsommenderwys word egter 'n aantal punte saamgevat, soos deur Snyman in 2012⁹⁹⁴ genoem, en wat betrekking het op die tydperk net voor 2012:

1. Meer as 36 mense per 100 000 word die afgelope tyd jaarliks in Suid-Afrika vermoor, daar is heelwat meer pogings tot moord, 319 gevalle van roof met verswarende omstandighede per dag, en ongeveer 187 seksuele misdade per dag.

⁹⁹⁰ *Die Burger*, 2014/10/25.

⁹⁹¹ *Ibidem*, 2014/10/25.

⁹⁹² www.sahistory.org.za/article/marikana-massacre-19-august-2012; *Die Burger*, 2014/06/21.

⁹⁹³ *Die Burger*, 2014/06/21.

⁹⁹⁴ Snyman CR : *Op. cit.*, pp. 22-25, (sesde uitgawe).

2. Die persentasie skuldigbevindings is nie hoog nie: 65% van die moorde loop uit op vervolgings in die hof, en slegs 44% van die vermeende moordenaars word skuldig bevind. Minder as een uit vier gewapende rooftogte lei tot vervolgings, en net 19% van die verdagtes word uiteindelik skuldig bevind.
3. Teen 2000 het misdaad die land ongeveer R30miljoen per jaar gekos; teen 2012 aansienlik meer.⁹⁹⁵
4. Volgens berekenings is die residivismekoers (die swaaideur-verskynsel) 94%. Dit toon at daar nie veel gekom het van hervorming in die gevangnisse nie, reken skrywer hiervan.⁹⁹⁶
5. Misdaad betaal. Volgens die SA Regskommissie kom in 2000 ongeveer 90% van misdadigers wat geweldsmisdade pleeg, daarmee weg. Teen 2011 het 'n polisieverslag verklaar dat slegs 52% van die aangemelde misdade "opgelos" word, terwyl slegs 31% hiervan in die hof beland, en dit lei tot nog minder skuldigbevindings.
6. In 2009 het die Wêreld-Ekonomiese Forum Suid-Afrika die heel laaste geplaas uit 133 lande, wat betref die veiligheid van die mense en die stryd teen misdaad.
7. Die tronke is 43% oorbevolk. Net 8 lande ter wêreld het tronke wat meer oorbevolk is.⁹⁹⁷
8. In Oktober 2011 het die Mo-Ibrahim-indeks wat jaarliks 'n ranglys opstel van die stand van regerings in Afrika, Suid-Afrika 44ste geplaas uit 53 wat betref persoonlike veiligheid en die stand van die regsorde.

⁹⁹⁵ *Die Burger*, 2013/07/31.

⁹⁹⁶ *Die Burger*, 2014/10/27: skaapdief, 'n week gelede op parool vrygelaat, weer gevang vir skaapsteel.

⁹⁹⁷ Vergelyk ook die verslag hierbo genoem: guardianlv.com/2014/07/inside-south-african-prisons...

9. In die eerste dekade van die afskaffing van die doodstraf is ongeveer een kwart miljoen mense in Suid-Afrika vermoor. Dit is drie maal soveel as voor die afskaffing.

10. Net na die afskaffing, in 1996, het die aantal moorde per 100 000 van die bevolking die wêreldgemiddeld met 718% oorskry.

11. Die kans dat moordenaars kan loskom, is hoog. Slegs 27% van moordsake word “opgelos”, 30% daarvan verskyn in die hof, en dit beteken nog nie dat iemand skuldig bevind is nie.

12. Waar die moordsyfer ietwat afgeplat het, is daar ‘n ontstellende toename in die voorkoms van roof met verswarende omstandighede. Dit het die laaste twee dekades met 34,2% toegeneem. In 2011 is beraam dat daar elke 25 sekondes ‘n vrou in Suid-Afrika verkrag word, 104 vrouens per 100 000 (in 2001) teenoor 16 in Brittanje, 7 in Duitsland en 1,4 in Japan.⁹⁹⁸ Huisbraak het in tien jaar met 38.3% gestyg.

Uit wat hierbo deur Snyman⁹⁹⁹ genoem en aangehaal is, behoort dit baie duidelik te wees dat juis die argumente waarop die Konstitusionele Hof gesteun het om aan te toon dat die afskaffing van die doodstraf gewens is, klaaglik onjuis bewys is. Daar kan veral drie argumente genoem word wat ‘n streep trek deur die Konstitusionele Hof se beredenerings:

(a) Die gepaste “swaar” vonnis van lewenslange tronkstraf wat die doodstraf moes vervang is voor die saak van *Makwanyane* reeds in 1991

⁹⁹⁸ Snyman CR : *Op.cit.*, p. 24 (sesde uitgawe) haal die MNR aan wat in 2010 bevind het 1/3 van die mans wat ondervra is, het al ‘n vrou verkrag. Hulle reken dis nie verkeerd om gedwonge seks te hê met ‘n bekende nie. In Oktober 1995 het ‘n polisie lid van KZN (sy naam is aan skrywer bekend) tydens ‘n Diversiteit-werksessie (Paarl) op ‘n vraag van skrywer vertel hoe hulle, as jong seuns, dikwels meisies wat in die rivier gaan swem het, voorgelê en verkrag het – dit was ‘speletjies’.

⁹⁹⁹ Snyman CR : *Op. cit.* pp. 21-25.

deur onder andere Van Rooyen aangeprys, soos aan die begin van hierdie hoofstuk aangehaal. Dit was ook die houding van die Konstitusionele Hof. Argumente hierbo bewys die teendeel. In sommige lande (hierbo genoem)¹⁰⁰⁰ is 'n lewenslange vonnis reeds as ongrondwetlik veroordeel, in Suid-Afrika is dit afgewater na 10 of 15 jaar gevangenisstraf, met die moontlikheid van vroeë vrylating op parool. Die statistiek aangehaal toon duidelik dat hierdie tipe vonnis nie werklik afskrikingswaarde het nie, en afgemaak word as alles behalwe 'n swaar vonnis.

(b) Die Suid-Afrikaanse samelewing is in *Makwanyane*¹⁰⁰¹ vergelyk met dié van beskaafde¹⁰⁰² lande waar die doodstraf afgeskaf is. Intensiewe regsvergelyking is in die saak gedoen, soos hierbo volledig bespreek. Dit reflekteer ongelukkig nie die ware toedrag van sake nie. Hierbo is reeds aangetoon watter tipe misdade in Suid-Afrika gepleeg word wat nie beskou kan word as dade wat versoen kan word met 'n beskaafde samelewing nie: Verkragting van babas, plaasmoorde en die moorde op weerlose bejaardes wat gepaard gaan met intense geweld en marteling en verminking, om slegs drie van die voorbeelde hierbo te herhaal. Tydens die Marikana-ondersoek na die doodskiet van mynwerkers deur die polisie, het van die getuies aan die Farlam-kommissie vertel¹⁰⁰³ hoe die mynwerkers/stakers voor die aanvang van die konfrontasie geloofsgenesers besoek het en teen betaling van R1000 deur die

¹⁰⁰⁰ Brittanje, Duitsland, die Verenigde State van Amerika en Australië in *Sillery v The Queen* 1981.

¹⁰⁰¹ 1995 (3) SA 391 (CC).

¹⁰⁰² *HAT*, p. 78: *beskawing* word gedefinieer as "geestelike verfyning, teenoor barbaarsheid".

¹⁰⁰³ *Die Burger*, 2014/07/21.

mynwerkers gesamentlik en R500 individueel “beskerming” teen polisiekoëls ontvang het. Twee skape is in materiaal toegedraai en verbrand. Snye is met skeermeslemme regoor die lywe van die mynwerkers gemaak. ‘n Mengsel van skaapvet, skaapbloed, water en moetie¹⁰⁰⁴ is aan hulle gesmeer. Verder is hulle verbied om sewe dae lank seks met hul vroue te hê, naby ‘n rivier te stap, of om vark, skaap of vis te eet, of om ‘n horlosie, goue tande of silwer muntstukke te dra.¹⁰⁰⁵ Nogtans is 34 deur die polisie doodgeskiet. Dit klop nie met omstandighede en feite in die aangehaalde oorsese sake nie. Suid-Afrikaners lewe in ‘n ander land.

Regter Sachs maak in *S v Makwanyane*¹⁰⁰⁶ ‘n baie verontrustende opmerking, naamlik dat die doodstraf deur sekere groepe toegepas is in gevalle van hekserij “*and was spontaneously carried out after accusation by the diviners*”. Hy maak die stelling verwysende na die verlede tyd, maar dis algemene kennis dat, veral in Gauteng en die Limpopo-provinsie, daar van tyd tot tyd nog mense, gewoonlik vrouens, verbrand word omdat hulle daarvan verdink word dat hulle hekse is.¹⁰⁰⁷ Daar is geen sprake daarvan om so ‘n persoon voor die hof bring nie. Mense, gewoonlik kinders, word vermoor om liggaamsdele, dikwels geslagsdele, vir moetie te gebruik.¹⁰⁰⁸ Halssnoermoorde word gebruik, of mense soos

¹⁰⁰⁴ Medisyne/geneesmiddel, ontleen aan Zoeloe/Sotho: ook *muti* gespel.

¹⁰⁰⁵ Die berig noem nie of die goue tande getrek moes word en of die skape nog gelewe het nie.

¹⁰⁰⁶ 1995 (3) SA 391 (CC), p. 517C.

¹⁰⁰⁷ *Beeld*, 1994/09/27 : mense het ‘n heks op ‘n hond sien vlieg; *Beeld*, 1996/04/25: geloof in hekse lê baie diep; [praag.co.za/2013/11/25: vrou as heks verantwoordelik vir busongeluk op Molotopad](http://praag.co.za/2013/11/25/vrou-as-heks-verantwoordelik-vir-busongeluk-op-Molotopad).

¹⁰⁰⁸ www.ofm.co.za/article/Local-News/141909/muti-moord; swanger vroue se buike oopgesny om

burgers van ander lande wat in Suid-Afrika werk, word gestenig of met brandstof besprinkel en aan die brand gestee: ¹⁰⁰⁹ In Julie 2008 het grusame voorvalle in die Ramaphosa-plakkerskamp in Reigerpark aan die Oos-Rand die voorblaaie van talle oorsese koerante gehaal en mense het met verontwaardiging en ontsetting op hierdie “barbaarse” optrede gereageer. ¹⁰¹⁰ Busse en treine wat laat is, word gereeld aan die brand gestee, hoe ironies ook al: ¹⁰¹¹ Uitgebrande busse en treine kom glad nie weer nie, nie eers laat nie. By Kirkwood is munisipale geboue en duur voertuie en implimente ter waarde van miljoene rande uitgebrand ¹⁰¹² en historiese geboue is vernietig as protes teen swak dienslewering van amptenare vir wie die meerderheid ‘n paar maande vantevore in Mei 2014 gestem het. By die Bokori-platinummyne het ‘n vlieënde voorwerp afkomstig van skietwerk in ‘n oop groef ‘n man, Moropane, teen die kop getref en gedood. Die huis van die mynkaptein is aan die brand gestee en talle geboue en toerusting ter waarde van meer as R200 miljoen is uitgebrand. ¹⁰¹³ In Uitenhage is ‘n pragtige, splinternuwe skool, Gqebera High School van R40miljoen, ten volle toegerus, steen vir steen afgebreek en weggedra. ¹⁰¹⁴ Die leerdergetalle het geweldig gedaal omdat ouers hulle kinders na beter-presterende skole gestuur het. ‘n Opsigter is met geweld gedreig en weggejaag en die skool geplunder sodat net

fetusse uit te haal vir moeties; al twee vroue is dood.

¹⁰⁰⁹ www.stormfront.org/forum/showthread.php/south-africa-carnage-grows-against-49...

¹⁰¹⁰ *Ibidem*. Skrywer was ten tyde van hierdie aanvalle in Londen en alle koerantvoorblaaie in sig het “Flames of Hate” en “Barbarism” in hoofopskrifte uitgebasuin.

¹⁰¹¹ www.netwerk24.com/2014-05-14.

¹⁰¹² www.netwerk24.com/2014/09/24; [Die Burger, 2014/10/14](http://www.netwerk24.com/2014/10/14).

¹⁰¹³ SABC News, kanaal 3, 2014/10/07.

¹⁰¹⁴ *Die Burger*, 2014/10/21.

wankelrige konstruksiepilare oorgebly het.¹⁰¹⁵ Winkelsentrumrooftogte het binne 'n jaar van 274 tot 438 toegeneem¹⁰¹⁶ en mense is te bang om hul huise te verlaat om na 'n winkel te gaan. Dragtige skape se bene is gebreek sodat hulle nie kan wegkom nie, en beeste en selfs mense se hakskene word afgesny sodat hulle tydens 'n diefstal/aanranding nie kan wegkom nie.¹⁰¹⁷ Padwoede loop uit op die doodslaan van die tampteerder met 'n hokkiestok.¹⁰¹⁸ “Verkragtingspeletjies” word in Mitchellsplein deur kinders so jonk as 10 jaar gespeel, en die kinders lag daaroor, terwyl opvoedkundiges met afgryse vervul is.¹⁰¹⁹

Hierdie voorbeelde is maar die oortjies van die seekoei. Daar word daagliks 'n aantal barbaarse dade gerapporteer.

3. Daar bestaan baie min vertroue in die polisie dat oortreders aangekeer sal word en gestraf sal word. Selfs die howe geniet nie veel vertroue nie, soos hierbo aangedui, en dit sluit in die Departement van Korrektiewe Dienste. Voorbeelde van gevalle wat die gewone landsburger met skeptisisme vervul, is die vrylating van veroordeelde misdadigers soos Shabir Shaik (bedrog, korrupsie) en Jackie Selebi (korrupsie, ontvanger van omkoopgeld) wat na 'n baie kort periode uit hospitale ontslaan is, sonder dat hulle ooit in 'n sel aangehou is, omdat “hulle terminaal siek was”. Nie een van die twee toon na geruime tyd, selfs jare, enige teken

¹⁰¹⁵ *Die Burger*, 2014/10/21.

¹⁰¹⁶ *Rapport*, 2014/10/26.

¹⁰¹⁷ *Die Burger*, 2014/09/08; www.boerevryheid.co.za/forum/archive/index.php/t23501.html.

¹⁰¹⁸ *S v Eadie* 2001 (1) SACR 172 (C); *Eadie v S* 2002 IOL 9524 (A).

¹⁰¹⁹ *Rapport*, 2014/08/24.

van 'n ernstige siekte nie. Daarteenoor word parool keer op keer aan Clive Derby-Lewis wat betrokke was by die moord op Chris Hani, voormalige sekretaris-generaal van die Suid-Afrikaanse Kommunisteparty, geweier, al is hy gediagnoseer met terminale kanker en ander lewensbedreigende toestande.¹⁰²⁰ Die aansoek om mediese parool vir Derby-Lewis is afgekeur, aangesien sy dokter en twee mediese spesialiste die vorm ingevul het en nie die gevangenskliniekpersoneel nie. Die areakommissaris het aan Derby-Lewis se prokureur gesê dat, in sy kultuur, 'n vorm nie mag verklaar iemand is terminaal siek nie, *“because you invoke the spirits of the forefathers.”*¹⁰²¹

Die onbevoegdheid van die polisie in veral arm gemeenskappe is so skreiend dat selfs regters in hul hofuitsprake begrip toon wanneer mense eie reg gebruik.¹⁰²² Twee uitsprake (een van Regter Ashley Binns-Ward en een van Regter Roseline Nyman)¹⁰²³ dui aan dat minstens sewe mense wat in 2013 skuldig bevind is aan vigilante-misdade tronkstraf vrygespring het omdat die regters van mening was dat hulle nie die wetteloosheid in die Wes-Kaap se arm gemeenskappe kon ignoreer nie. Hulle optrede moet in 'n ander lig gesien word, sê die hof, as misdade wat uit gierigheid of misdadigheid gepleeg is.¹⁰²⁴

'n Dertienjarige meisie van Cradock is deur 'n man “ontvoer”, en die polisie kon haar kry nie. Na negentien dae het 'n verslaggewer van *Die*

¹⁰²⁰ mg.co.za/article/2014/06/21-lawyer-to-approach-high-court-over-derby-lewiss-parole-application.

¹⁰²¹ mg.co.za/article/2014/06/21-lawyer-to-approach-high-court-over-derby-lewiss-parole-application.

¹⁰²² *Rapport*, 2014/01/25.

¹⁰²³ m.news24.com/rapport/Suid-Afrika/Nuus/Vigilantes_het_rede_2014/01/25.

¹⁰²⁴ Dis ongerapporteerde sake. Die premier van die Wes-Kaap het 'n kommissie van ondersoek aangestel om die peil van polisiëring te ondersoek. Daar was vanaf die einde van die eerste dekade van die 21ste eeu besonder baie bendegegeweld in die Wes-Kaap.

Volksblad haar binne 'n uur in Bloemfontein by 'n gastehuis opgespoor. Reg voor die gastehuis was lammepale met koerantplakkate van die verdagte en die meisie. Die naaste polisiekantoor was baie naby. Die polisie kon net die arrestasie kom uitvoer toe die verslaggewer hulle laat weet waar die meisie is.¹⁰²⁵

Die Konstitusionele Hof het in *Makwanyane* klem daarop gelê dat almal, voor die afskaffing van die doodstraf, nie gelyk was voor die reg nie. Dit is ongelukkig nog steeds die geval. Regter Masipa het in die Oscar Pistorius-verhoor¹⁰²⁶ tydens vonnisoplegging gesê “dit sal 'n hartseerdag vir hierdie land wees as die indruk gewek word dat een wet vir armes geld en 'n ander vir rykes en bekendes.”¹⁰²⁷ Nogtans word beraam dat Oscar se regs-koste R15,5 miljoen beloop het, terwyl Regshulp Suid-Afrika gemiddeld R1 900 per kliënt bestee. Die dag na die moord op die Bafana-sokkerkaptein Senzo Meyiwa het die polisie by monde van die hoof, Riah Phiyega, aangekondig¹⁰²⁸ die polisie loof 'n beloning van R250 000 uit vir die vastrek van die moordenaar(s): iemand moet weet en daardie iemand moet praat. Die land se “voorste speurders” is reeds die volgende dag aangestel om die saak te ondersoek. Op dieselfde dag is 'n boer en gewese polisiekaptein, Johan van Rensburg, vermoor. Hy is in die bors geskiet, in sy kar se katebak gelaai en die boosdoeners het met hom weggejaag.¹⁰²⁹ Sy bure het op sy werkers se noodoproep gereageer, die

¹⁰²⁵ *Die Burger*, 2014/10/29.

¹⁰²⁶ Begin 2015 nog ongerapporteer.

¹⁰²⁷ *Rapport*, 2014/10/26.

¹⁰²⁸ www.iol.co.za/news/crime-courts/bafana-captain-killed-over-a-cellphone, 2014/10/27.

¹⁰²⁹ www.iol.co.za/news/crime-courts/bafana-captain-killed-over-a-cellphone, 2014/10/27.

misdadigers voorgekeer, twee in die skermutseling wat ontstaan het, doodgeskiet,¹⁰³⁰ terwyl die polisie eers later op die toneel verskyn het. Die hoof van polisie het geen woord oor die moord op 'n afgetrede polisiekaptein gerep nie.

Daar word gereeld beweer dat die polisie midesdaadtonele met laksheid hanteer, sodat die staat se saak benadeel word.¹⁰³¹

In plaas daarvan dat die polisie hulle eie werk doen,¹⁰³² is 5 378 beamptes toegewys aan die president, sy kabinet en BBP's vir hulle beskerming.¹⁰³³ “Op die ou end is hulle nie veel meer nie as gewapende handsakdraers en heeltemal onnodig, want daar is vir die meeste ministers nie 'n sekerheidsbedreiging nie”.¹⁰³⁴ Daarteenoor beskerm slegs 1 885 soldate ons landsgrense. Die reeds sukkelende speurdiens¹⁰³⁵ (vergelyk die speurhoof se verklaring in paragraaf 5.4.4.1) wat 1400 speurders verloor het omdat hulle bang was hulle pensioenvoordele verdwyn in die niet, moes R30 miljoen afstaan om vir hierdie

¹⁰³⁰ Onderhoud oor RSG met Ian Cameron, hoof van Afriforum-Gemeenskapsveiligheid, 2014/10/27.

¹⁰³¹ Vergelyk die sake hierbo genoem, naamlik *S v Van den Vyver 2008 (1) SA 556*, Oscar Pistorius en Lindsay Pistorius (laasgenoemde sake nog ongerapporteer) waar van die bewysstukke blykbaar vervals/besoedel is, en verklarings eers na geruime tyd deur die polisie geneem is. Ook in die *Dewani*-saak het die ballistiese deskundige Pieter Engelbrecht deurgeloopt vir slap werk, hy het onder andere nie die oorspronklike voertuig ondersoek en gemeet nie: *Die Burger* 2014/10/23.

¹⁰³² Die gemiddelde speurder hanteer 150 dossiere op 'n slag, drie keer meer as die internasionale gemiddelde, volgens dr. Johan Burger van die Instituut vir Sekuriteitstudies: *Rapport*, 2014/10/26.

¹⁰³³ *Rapport*, 2014/10/26.

¹⁰³⁴ *Ibidem*: die woorde van DA-woordvoerder vir verdediging, David Maynier.

¹⁰³⁵ *Die Burger*, 2014/05/04, jaarverslag van die polisie aan die parlement voorgelê.

blouligbrigades en beskermingsdienste te betaal.¹⁰³⁶ Hierdie skerp stygings in die polisie se begroting, plus 'n verdere R44,7 miljoen wat ook van die speurdiens na die blouligbrigades verskuif word, is op 22 Oktober 2014 deur die minister van finansies in die parlement aangekondig,¹⁰³⁷ aangesien daar 35 ministers en 37 adjunk-ministers in Suid-Afrika se kabinet is -- onder die grootste ter wêreld.

Omdat die polisie en die howe nie by die landsburgers vertrouwe inboesem nie, voel hulle dat hulle die reg in eie hande moet neem, anders kom die misdadiger net weg. Voorbeelde is hierbo genoem. So word die gewone, regsgehoorsame burger ook “gedwing” om self misdadigers te word, ten einde hulle regte te beskerm omdat die polisie versuim of verhoed word om dit na behore te doen. Dis 'n baie onbevredigende stand van sake.

In Pakistan het die parlement aan die einde van 2014 summier die moratorium op die doodstraf afgeskaf, nadat 132 skoolkinders in 'n terreuraanval doodgeskiet is. Suid-Afrika behoort daarvan kennis te neem.¹⁰³⁸

Hierdie hoofstuk word afgesluit met twee aanhalings uit Snyman:¹⁰³⁹

'n Boom word aan sy vrugte geken. Al word daar ook hoeveel mooi linkende frases (soos “die reg op waardigheid”, “the sanctity of human life”) gebruik in die formulering van

¹⁰³⁶ *Die Burger*, 2014/05/04.

¹⁰³⁷ *Rapport*, 2014/10/26.

¹⁰³⁸ Aand-nuusbulletins BBC en Sky News, 16 Desember 2014. Die aanval was by Peshawar.

¹⁰³⁹ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 25, 26, 27 (sesde uitgawe).

basiese beginsels, is die uiteindelijke toetssteen waaraan die sukses van die strafregstels gemeet word, sy praktiese resultate. Indien 'n mens kyk na die vrugte van ons huidige strafregstels – die skokkend hoë misdaadsvyfers, die gebrekkige polisieëring en vervolging van misdadigers, die oorbevolkte tronkstels en die altyd-aanwesige vrees vir misdaad wat deur die hele samelewing loop – is daar nie veel in ons regstels om oor (sic) trots te wees nie, en alle rede om besorg te wees. Daar is te veel eensydige klem op die regte van die beskuldiges en gevonnide misdadigers en te min klem op die regmatige aansprake van regsgehoorsame burgers op veiligheid. ... Sonder werklike vrugte is baie van die menseregtekonsepte wat gereeld opklink maar blote ritualistiese towerspreuke . Apartheid is gekenmerk deur die gebruik van sulke towerspreuke -- leë uitdrukkings wat onversoenbaar is met die alledaagse werklikhede. Suid-Afrika loop die risiko om dieselfde soort fout te herhaal. Daar moet daarteen gewaak word om nie weer ideologie bo die werklikheid, en idees bo mense te stel nie. Daar kan min ander lande in die wêreld wees, en sekerlik geen ander beskaafde land, waar vrees daaglik so 'n skadu oor die mense gooi soos in Suid-Afrika. ... Mense beskryf die land as in 'n greep van 'n "lae-intensiteit oorlog".'

Snyman doen aan die hand dat die doodstraf vir moord weer ingestel behoort te word. In vergelyking met ander lande is die voorkoms van moord so hoog dat dit die herinstelling van die doodstaf regverdig. Hiermee stem skrywer honderd persent saam, maar wil daaraan toevoeg dat dit vir verkragting ook behoort te geld. Volgens Snyman¹⁰⁴⁰ is die saak van *Makwanyane*

'.... een van die merkwaardigste uitsprake in die geskiedenis van ons strafregpleging, en een wat die mees katastrofiese gevolge van enige uitspraak op ons samelewing gehad het. Selde, indien ooit, sal 'n mens 'n uitspraak vind wat so presies die teenoorgestelde bereik het as wat die hof beoog het. Wat die hof wou probeer bereik, was om die reg op lewe en die waarde van die menslike lewe te beskerm en uit te bou. Wat die uitspraak bereik het, is presies die teenoorgestelde.... Dit het algemeen geword om mense te hoor sê dat die waarde van 'n menslike lewe in Suid-Afrika gedaal het tot die prys van 'n selfoon.....¹⁰⁴¹ 'n Strafregstels wat voorgee dat die reg op lewe die hoogste goed is, maar wat in die praktyk eindig met een van die hoogste *pro rata* moordsvyfers (en

¹⁰⁴⁰ Snyman CR : *Op. cit.*, (6de uitgawe) p. 26.

¹⁰⁴¹ Vermoedelik Meyiwa : www.iol.co.za/news/crime-courts/bafana-captain-killed-over-a-cellphone.

misdaadsyfers oor die algemeen) ter wêreld, is 'n siek sisteem, wat met verwronge beginsels werk.'

Vergelyk hierdie uitspraak van Snyman met die aanhaling uit Toon van den Heever, regter, digter en skrywer se *Gerwe uit die Erfpag van Skoppensboer* aan die begin van hierdie hoofstuk.

HOOFSTUK 6

ARTIKELS VAN DIE STRAFPROSESWET (EN ANDER WETTE) WAT MET DIE GRONDWET VERSOEN MOES WORD, SPESIFIEK ARTIKEL 49.

- As hieronder na die *Grondwet* verwys word, beteken dit die Grondwet van Suid-Afrika, Wet 108 van 1996, tensy spesifiek anders uitgespel.

Vervolgens word daar gekyk na 'n aantal artikels van wette soos die *Strafproseswet*¹⁰⁴² en hofbeslissings wat wetgewing uit die tydperk voor 1994 moes vertolk. Die *Strafproseswet* is uiteraard dié wet wat magte aan die uitvoerende gesag verleen om die regte van die individu wat voorskrifte oortree, te beperk. Dit is dus duidelik dat die Grondwet in hierdie opsig 'n waterskeiding moes teweegbring, aangesien dit juis die regte van die individu wat teen die staatsgesag te staan kom, beskerm. Dié konfliktsituasie moes gevolglik so spoedig moontlik deur wetgewing gereël of andersins aan die Konstitusionele Hof voorgelê word. Die Hof moes dus die inhoud van hierdie artikels van die wet sorgvuldig ontleed en vertolk in die lig van die vereistes van die Grondwet. Die Hof moes beslis of die artikels soos in die verlede toegepas kon word, of ongrondwetlik geword het omdat die artikels bots met die gees van die Grondwet.

6.1. Inleiding: Artikel 49 van die *Strafproseswet*.

Hierdie artikel lui soos volg:

¹⁰⁴² Wet 51 van 1977.

Artikel 49(1) - “Indien iemand wat ingevolge hierdie wet gemagtig is om ‘n ander in hegtenis te neem of om met sy inhegtenisneming behulpsaam te wees, poog om so ‘n persoon in hegtenis te neem en so ‘n persoon –
 (a) hom teen die poging verset en nie sonder die aanwending van geweld in hegtenis geneem kan word nie; of
 (b) vlug wanneer dit duidelik is dat ‘n poging gedoen (sic) word om hom in hegtenis te neem, of hom teen die poging verset en vlug, kan die aldus gemagtigde persoon, ten einde die inhegtenisneming uit te voer, die geweld aanwend wat in die omstandighede redelikerwys nodig is om die verset te bowe te kom of om die betrokke persoon te verhinder om te vlug.”

Die onus rus dus op die arresteerder om te bewys dat hy/sy ten tye van die arrestasiepoging gemagtig was om die verdagte te arresteer; dat hy/sy probeer het om hom/haar te arresteer; dat die verdagte probeer vlug het of probeer het om weerstand te bied; en dat die geweld redelikerwys nodig was vir die arrestasie. Laasgenoemde vereis ‘n objektiewe benadering, en beteken ook dat net die minimum geweld gebruik mag word.

Die saak van *Basson*¹⁰⁴³ illustreer duidelik hoe gesteld die howe (lank reeds voor die Grondwet) daarop was dat die arresteerder nie sommer goedsmoeds geweld mag gebruik nie:

Basson, ‘n konstabel, het in die nag op ‘n motor geskiet wat hy probeer voorkeer het. Die polisie het inligting ontvang dat twee voortvluggende bandiete in ‘n gesteelde Chevrolet aan die vlug was. Toe ‘n Ford ‘n ruk daarna teen ‘n hoë spoed verbyjaag ten spyte van die polisie se tekens

¹⁰⁴³ 1961 (3) SA 279 (T).

met swaaiende flitse en handtekens dat hulle moet stop, het konstabel Basson twee en twee verkeerd bymekaar gesit en begin skiet. Die hof het bevind dat die oortreder wat ingevolge 'n ordonnansie oortree het deur nie te stop nie, nogtans nie weerstand gebied het teen arrestasie (hierbo as vereiste gestel vir die gebruik van geweld) nie. Basson is derhalwe skuldig bevind aan aanranding met die doel om ernstig te beseer. Die hobbelrige pad en die donkerte het verhoed dat hy ordentlik kon skiet en hy moes verwag het dat hy 'n insittende in plaas van die band waarna hy gemik het, kon raakskiet. So is ook *Martinus*,¹⁰⁴⁴ 'n privaat persoon (rivieroewerbewoner) wat met rubberkoeëls geskiet het op kanovaarders wat sy privaat eiendom betree het, skuldig bevind aan ernstige aanranding.

Die woorde “gebruik van geweld” word gewoonlik (en veral deur polisiebeamptes) vertolk as skote afvuur met 'n vuurwapen. Dit kan 'n baie wyer betekenis hê en hoef hoegenaamd nie net die geval te wees dat daar geskiet word nie. 'n Verdagte kan dikwels oorweldig word deur 'n fikse, parate arresteerder wat byvoorbeeld 'n verdagte wat ernstig weerstand bied, met 'n knuppel op die sleutelbeen slaan. As die sleutelbeen gebreek is, kan die verdagte nie sy/haar arm gebruik nie en sal die weerstand waarskynlik beëindig wees.

Die gebruik van polisiehonde verteenwoordig ook so 'n vuurwapenlose vorm van geweld, daarom moet ook dit met die nodige omsigtigheid geskied. 'n Hond wat op 'n verdagte losgelaat word, kan inderdaad

¹⁰⁴⁴ 1990 (2) SASV (A).

gelykgestel word aan 'n koeël uit 'n vuurwapen. Jy kan dit nie terugroep nie, die hond in elk geval byna nooit onmiddellik nie. Ook hier is die toets objektief: Was die gebruik van honde deur die polisie onder die omstandighede redelik? As die antwoord “ja” is, soos in *Chetty*,¹⁰⁴⁵ dan is die polisie nie skuldig aan aanranding nie. In die saak van *Chetty* was daar 'n winkeluitverkoop en 'n skare het teen die winkeldeure en vertoonvensters gedruk terwyl hulle ongeduldig gewag het dat die deure oopmaak. Die polisie het besluit dat mense ernstig beseer of selfs doodgetrap kon word as die vensters of deure meegee. Toe die skare nie gehoor gee aan hulle bevel om terug te staan nie, is van die honde losgelaat. Die hof het die besering van 'n bystander wat deur 'n hond gebyt is, as 'n mindere euwel beskou, en die polisie se optrede is as redelik aanvaar, aangesien dit verhoed het dat veral vrouens en kinders ernstig beseer word. Na 'n sorgvuldige opweging van die botsende belange kom die hof se vertolking dus daarop neer dat die feit dat 'n bystander beseer kon word, as verweer aanvaarbaar is in die lig van die omstandighede. Skrywer hiervan stem, met eerbied, saam met hierdie vertolking in 1977, lank voor die inwerkingtreding van die Grondwet.

In Mei 2002 het die Konstitusionele Hof uitspraak gelewer in die saak van *S v Walters*.¹⁰⁴⁶ Sowel artikel 49(1) as 49(2) van die Strafproseswet is beoordeel en opnuut geïnterpreteer. Artikel 11 van die Grondwet bepaal kort en kragtig: “Elkeen het die reg op lewe.” Dit kan gekwalifiseer word deur artikel 36 van die Grondwet, die beperkingsklousule, waarna reeds verwys is in die bespreking van die afskaffing van die doodstraf in die

¹⁰⁴⁵ 1977 (2) SA 885 A.

vorige hoofstuk. Dit word hieronder verder in die onderhawige konteks bespreek. Aangesien die betrokke artikel 49(1) handel oor verwonding of besering tydens arrestasie en nie die neem van 'n lewe nie, beslis die hof dat hierdie artikel konstitusioneel is en só vertolk word dat 'n lid van die Suid-Afrikaanse Polisie slegs geweld mag gebruik (dus ook na 'n verdagte skiet) tydens 'n arrestasiepoging in sekere beperkte gevalle.

Die posisie is dus min of meer dieselfde as wat dit was voor die aanvaarding van die Grondwet, aangesien daar ook toe nie 'n algemene magtiging bestaan het om wild en wakker te skiet of geweld te gebruik nie.

Aan die tweede deel van die betrokke artikel, naamlik 49(2) moes veral indringend aandag gegee word. Die artikel bepaal soos volg:

'Waar 'n persoon in hegtenis geneem staan te word weens 'n in Bylae 1 bedoelde misdryf¹⁰⁴⁷ op grond daarvan dat hy redelikerwys verdink word so 'n misdryf te gepleeg het, en die persoon wat ingevolge hierdie Wet gemagtig is om hom in hegtenis te neem of om met sy inhegtenisneming behulpsaam te wees,¹⁰⁴⁸ hom nie op 'n ander wyse in hegtenis kan neem of kan verhinder om te vlug¹⁰⁴⁹ as om hom te dood nie, word die doding geag straffelose doodslag te wees.'

Dit is met die eerste oogopslag duidelik dat artikel 11 van die Grondwet direk teenoor die 1977-artikel 49(2) te staan kom en in diepte deur die Konstitusionele Hof oorweeg sou moes word, soos wat in 2002 uiteindelik

¹⁰⁴⁶ 2002 (2) SACR 105 (CC).

¹⁰⁴⁷ Dit wil sê 'n ernstige oortreding.

¹⁰⁴⁸ Byvoorbeeld 'n privaat persoon wat deur die polisie aangesê word om te help.

¹⁰⁴⁹ Skrywer se kursivering.

in *S v Walters*¹⁰⁵⁰ gedoen is. (Wat voorts duidelik is uit die bostaande aanhaling van artikel 49(2) is dat die taalgebruik nie gerig is op die gemiddelde onervare polisiebeampte of -student nie. Dit moet normaalweg besonder uitvoerig geïnterpreteer word, soos skrywer hiervan ervaar het gedurende die opleiding van nuwe sowel as ervare polisie-beamptes.)

Dit is egter van die grootste belang dat daarop gewys word dat hierdie “straffelose doodslag” van ‘n verdagte tydens ‘n arrestasie nooit sommer goedmoeds veroorloof is nie -- dit was nog altyd die houding van ons howe dat die neem van ‘n lewe onder watter omstandighede ook al, ‘n ernstige saak is, veral aangesien dit goed moontlik is dat die verdagte geheel en al onskuldig mag wees. Om dié rede(s) het die *Strafproseswet* nog altyd besonder streng vereistes gestel wat nagekom moes word voordat sodanige optrede as straffelose doodslag beskou kon word, en die howe was net so streng in hul toepassing van hierdie vereistes. In *Britz*¹⁰⁵¹ het die Appèlafdeling dit duidelik gestel dat ‘n beskuldigde wat iemand gedood het en hom/haar op die beskerming van artikel 49(2) beroep, op ‘n oorwig van waarskynlikheid moet bewys dat daar aan die vereistes van die artikel (wat hieronder volg) voldoen is. In *Scholtz*¹⁰⁵² is daarop gewys dat dit ‘n uiters belangrike aspek van die howe in ‘n regstaat is dat ‘n polisiebeampte nie die perke van sy/haar bevoegdhede ingevolge artikel 49(2) mag oorskry nie. Optrede ingevolge artikel 49(2) moet **noukeurig** ontleed word om dit aan die vereistes van die artikel te

¹⁰⁵⁰ 2002 (2) SACR 105 (CC), *supra*.

¹⁰⁵¹ 1949 (3) SA 293 (A).

¹⁰⁵² 1974 (1) SA 120 (W), p. 124.

toets.

Die nege vereistes is soos volg:

1. Dit gaan nie oor geringe misdade nie, maar slegs oor ernstige misdade soos vervat in Bylae I.¹⁰⁵³ Dit sluit ook in uitlokking, sameswering of poging tot hierdie tipe misdaad. Indien 'n persoon weens 'n geringe oortreding in hegtenis geneem is en dan ontsnap, mag hy nie in 'n verdere arrestasiepoging gedood word nie. Indien hy egter wel weer gearresteer word en dan ('n tweede keer) ontsnap mag hy ingevolge die "ou" artikel 49 (2) gedood word, want dan is die misdaad waarvoor hy gearresteer kan word, nie die oorspronklike geringe misdaad nie, maar die Bylae I misdaad, naamlik ontsnapping uit wettige bewaring. Al die ander vereistes van artikel 49(2) moet natuurlik ook nog nagekom word.

Aanvanklik het beslissings wat berus het op 'n besliste verkeerde interpretasie van dit wat die wetgewer beoog het, verwarring geskep oor die korrekte posisie. In *Denysshien*¹⁰⁵⁴ is iemand wat die grond van 'n sekere Vrystaatse grondeienaar betree het om hase te jag, in hegtenis geneem. Hy het daarin geslaag om 'n ent weg te hardloop, waarna hy doodgeskiet is. Ten spyte van die relatiewe geringheid van die slagoffer se oortreding het die hof bevind dat die beskuldigde wel die reg gehad het om te dood, aangesien die eienaar van die grond die reg gehad het om so 'n oortreder in hegtenis te neem. In 1959 is hierdie beslissing met reg in *Metelerkamp*¹⁰⁵⁵ gekritiseer.

¹⁰⁵³ 'n Lys as 'n bylaag aangeheg tot die *Strafproseswet* 51 van 1977.

¹⁰⁵⁴ 1955 (2) SA 81 (O).

¹⁰⁵⁵ 1959 (4) SA 102 (OK).

2. Daar moet 'n redelike vermoede wees dat die persoon wat gearresteer moet word, 'n Bylae I misdaad pleeg of gepleeg het. Die objektiewe toets word gebruik, dit wil sê die omstandighede moet sodanig wees dat elke redelike persoon (buitestaander) tot dieselfde gevolgtrekking sou gekom het. In *Purcell-Gilpin*¹⁰⁵⁶ het die beskuldigde na 'n vragmotor op sy plaas geskiet, sonder om navraag te doen waarvoor die vragmotor gebruik is en wat die insittendes gedoen het. Hy was verkeerdelik onder die indruk hulle het van sy vee gesteel, terwyl hulle in werklikheid besittings vervoer het tydens 'n verhuisingsproses en daar doodonskuldige vrouens en kinders agter op die vragmotor was.

3. Die arresteerder of die persoon wat hulp verleen, moet die bevoegdheid hê om die slagoffer in hegtenis te neem, met of sonder lasbrief.¹⁰⁵⁷ Daar bestaan byvoorbeeld ook baie spesifieke gronde waarop 'n privaat persoon ingevolge artikel 42 van die *Strafproseswet* mag arresteer.¹⁰⁵⁸ As een van dié gronde nie aanwesig is nie, het hy/sy doodeenvoudig nie die bevoegdheid nie, en mag nie arresteer nie, laat staan nog geweld gebruik soos skiet en dood.

4. Die arresteerder moes ten minste 'n poging aangewend het om die verdagte/oortreder in hegtenis te neem. Die huiseienaar wat iemand op sy perseel gewaar wat weghardloop, kan nie net waarsku en dan skiet nie. Dis nog nie in alle omstandighede 'n poging tot arrestasie nie. [Die meeste huiseienaars voel bitter ongelukkig oor hierdie vereiste. Hulle is oortuig

¹⁰⁵⁶ 1971 (3) SA 548 (RAD).

¹⁰⁵⁷ Artikel 40 van die *Strafproseswet*. **Lasbriewe word nie aan privaat persone** uitgereik nie, net aan polisiebeamptes.

¹⁰⁵⁸ As voorbeeld beamptes van die DBV ten opsigte van dieremishandeling, of die kaptein van 'n vliegtuig ten opsigte van onaanvaarbare gedrag van passasiers.

daarvan dat bloot die feit dat die oortreder die huis betree het, veral deur self geweld te gebruik soos om 'n vensterruit te breek of diefwering oop te buig, toon dat hy dit gedoen het met die oog op betreding om 'n misdaad te pleeg, en die huiseienaars behoort die reg te hê om hom buite aksie te stel voor hy hulle leed aandoen. Hulle voel hulle het geen misdadige bedoeling gehad waar hulle normaalweg in hul eie huis lê en slaap het nie, en die betreder het hulle geïrriteer om op te tree en bedreig en moet derhalwe die gevolge dra.]¹⁰⁵⁹

5. Daar moes 'n besliste poging tot arrestasie gewees het, met ander woorde 'n poging om die oortreder voor die gereg te bring. Die motief om wraak te neem, verteenwoordig byvoorbeeld glad nie 'n regmatige poging om in hegtenis te neem nie. In *Malindisa*¹⁰⁶⁰ het M sy dagga-landerye met groot entoesiasme versorg. Toe hy op 'n dag twee persone haastig en met groot sakke op die rug van die geplunderde lande af sien padgee, het hy met 'n geleende haelgeweer losgebrand en een van hulle doodgeskiet. Malindisa kon hom hoegenaamd nie op die beskerming van artikel 49(2) beroep nie, want hy wou hulle nie arresteer nie, hy wou bloot sy dagga terugkry.

6. Dit moet vasstaan dat die verdagte/oortreder probeer vlug het of weerstand gebied het. Teenoor iemand wat sy samewerking gee of net stilstaan, stilsit of stillê, mag onder geen omstandighede geweld gebruik word nie.

¹⁰⁵⁹ www.sajwvbethal.co.za/stories; www.bravoland.co.za/forum/index.php/t-30105.html.; www.boerevryheid.co.za/forums/archive/index.php/t-30105.html: Nie net huiseienaars nie, maar ook boere wie se wingerde aan die brand gesteeke en ander eiendom en hul lewens bedreig word, voel dat hulle die reg moet hê om pro-aktief op te tree (De Doorns-onluste, November 2012): www.worcesterstandard.com/2374/media/photogallery/de-doorns-onluste#ad-image-O.

¹⁰⁶⁰ 1961 (3) SA 377 (T).

7. Die oortreder moet kennis dra van die voorneme van die arresteerder om hom/haar in hegtenis te neem, en dan probeer ontvlug. Die arresteerder moet uiters versigtig wees en nie net sommer aanvaar dat die verdagte weet dat iemand hom/haar probeer arresteer nie. Die ongelukkige omstandighede van *Barnard*¹⁰⁶¹ illustreer dit goed. Die hof noem die bisarre gebeure 'n tragikomedie. Die vermeende oortreder, ene Brian Eudey, het ontdek dat sy bakkie plofgeluide maak as hy dit aan- en afskakel terwyl hy ry. Hy jaag in die nag deur die strate van Pietermaritzburg. Ongelukkig was daar juis kort vantevore 'n terroriste-aanval op die hofgebou en toe 'n wag daar die plofgeluide hoor, het hy radio-kontrole van die polisie laat weet die hofgebou word weer aangeval. Radio-kontrole stel die beskuldigde, Barnard, 'n polisieman in 'n patrolliemotor, om ongeveer 02:00 daarvan in kennis. Hy haas hom daarheen, saam met konstabel Mzila. Die nagwag deel hom mee dat iemand vanaf die sportterrein na hom geskiet het. Dit lui die tweede bedryf in van die *tragedy of errors*. Toe Barnard die bakkie gewaar en self die "skote" hoor, sit hy hom agterna, volg 'n korter roete en wag by 'n stopstraat op hom. Eudey hou wetsgehoorsaam by die stopstraat stil, maar toe hy wegry, skiet Barnard eers 4 skote na die bande. Toe die voertuig nog nie tot stilstand kom nie, mik Barnard (wat vas oortuig is dat daar terroriste in die bakkie is) na die bestuurder en skiet hom met drie skote dood -- in die poëtiese woorde van die hof: 'n jongman in die fleur van sy lewe, in 'n gees van uitbundigheid, tot aan die einde onbewus daarvan dat hy agtervolg word.

Die getuienis van Currie, die passasier in die bakkie en dié van Mzila, het

¹⁰⁶¹ 1986 (3) SA 1 (A).

die hof oortuig dat Barnard nie posisie by die stopstraat ingeneem het “doodsveragterend oop en bloot in ‘n helder ligkol” soos Barnard beweert het nie, veral omdat hy self verklaar het dat hy nie verwag het dat die terroriste maklik sou oorgee sonder om “hul pad oop te skiet” nie. Hy het ook die moontlikheid voorsien dat hulle handgranate na sy geparkeerde voertuig kon gooi. Tog het Barnard volgehou dat hy vir hulle geskreeu het om stil te hou, en in die straat voor hulle posisie ingeneem het. Die hof het dit nie aanvaar nie, eerder Currie se getuienis dat Barnard langs sy voertuig geskuil het om nie deur die “terroriste” gesien te word nie en eers begin skiet het nadat die bakkie weer weggetrek het. Die hof was nie oortuig dat Barnard geheel en al op hulle geskreeu het om stil te hou nie, aangesien dit die aandag juis op hom sou gevestig het. Al het hy uitgeroep, was dit nie ‘n uitgemaakte saak dat hulle hom op ‘n afstand van byna 40 meter sou gehoor het nie. Barnard het nie eers geweet of die motorvenster oop of toe was nie.

Barnard het dus nie aan al die vereistes voldoen nie, veral nie dat die slagoffer geweet het die polisie wou hom arresteer en desnieteenstaande probeer ontvlug het nie. Dit is onaanvaarbaar dat terroriste skote op die hofgebou sou skiet, wegjaag, terugkom om weer te skiet, daarna op en af ry agter die hofgebou, links en regs skiet en dan, as hulle weet die polisie is in die omgewing, ewe stigtelik by ‘n stopstraat stilhou in die vroeë oggendure wanneer daar geen verkeer is nie. Die hof het nie daarop gewys nie, maar daar moet te alle tye onthou word dat gehoorgestremde persone wel regmatig bestuurderslisensies mag kry of dat baie mense hulle motors vul met oorverdowende musiek, dan sal hulle bevele om stil te hou of selfs waarskuwingskote nie hoor nie. Barnard is gevangenisstraf opgelê, omdat hy, volgens die hof, iewers gedurende die laaste

bedryf van die tragedie die inligting oor terroriste in twyfel moes begin trek het, soos van 'n redelike persoon verwag kan word. Hierdie saak illustreer hoe streng die howe nog altyd was wanneer hulle moes besluit of daar aan die vereistes voldoen is sodat 'n beskuldigde op die beskerming van artikel 49(2) kon staatmaak. Hoewel radio-kontrole laat weet het daar word op die hofgebou geskiet en dit deur die nagwag bevestig is, klaarblyklik die bron van die kommunikasie- en persepsieprobleem, moes die beskuldigde nogtans tot ander insigte gekom het nadat hy die bewegings van die bestuurder van die bakkie gadeslaan het. Hoeveel simpatie 'n mens (en veral polisiebeamptes) ook met Barnard het, het die howe nog altyd die neem van 'n lewe as 'n baie ernstige saak beskou. Voorts behoort Barnard op hoogte te gewees het van die vereistes van artikel 49(1) en (2), soos wat dit die plig is van enige polisiebeampte.

8. Daar moes nie 'n ander manier gewees het waarop die oortreder in hegtenis geneem kon word of verhinder kon gewees het om te ontsnap nie. Die hof sal goed kyk na die feite van elke saak. Appèlregter Toon van den Heever het in *Mazeka*¹⁰⁶² 'n stelling gemaak wat nou nog aanvaar word:

'Where a fit young man of 24 intends to arrest a person more than ten years his senior, who has only a few yards start and is admittedly not running very fast, where such a young man promptly avails himself of the *ultima ratio regis* without essaying any other means of effecting an arrest -- especially where he has information which points to the likelihood of the arrestee being identified, located and arrested -- I do not think it is enough for him to say that he thought there were no other means of preventing the escape.'

¹⁰⁶² 1956 (1) SA 312 (A).

In *Metelerkamp (supra)* het Regterpresident De Villiers die mening gelug dat die hof “uit die leunstoel van die Bank” moet opstaan, met ander woorde in ag moet neem dat ‘n arresteerder binne ‘n breukdeel van ‘n sekonde ‘n besluit moet neem, maar “ontsnap” beteken nie net om ‘n paar treë weg te kom nie, dit beteken om aan die gereg te ontkom.

9. Dit is vanselfsprekend dat die geweld teen die oortreder gerig moet wees. As die bestuurder van ‘n voertuig ‘n verdagte is, moet daar byvoorbeeld nie na een of meer van die insittendes geskiet word nie.

Dit is belangrik om daarop te let dat al nege vereistes tegelyk aanwesig moet wees voordat ‘n arresteerder (in die verlede) kon staatmaak op die beskerming van artikel 49(2) sodat dit as straffelose doodslag beskou kon word. Skrywer se oorwoë mening hieroor is dat die bostaande nege vereistes só streng was en dat die howe dit só noulettend toegepas het, dat dit werklik nie moontlik was om agter artikel 49(2) te skuil as iemand goedsmoeds gedood is tydens ‘n arrestasiepoging nie. Nogtans het daar reeds sedert 1994 en die daaropvolgende afskaffing van die doodstraf voortdurend stemme opgegaan dat die Konstitusionele Hof onomwonde moet besin oor artikel 42(1) en (2) sodat daar algehele klaarheid kan wees oor die grondwetlikheid al dan nie van die artikel en die betekenis daarvan opnuut deur die Hof geïnterpreteer moes word.

In hierdie stadium van die bespreking moet net weer daarop gelet word dat daar in die Strafreë sekere regverdigingsgronde bestaan wat die wederregtelikheid of onregmatigheid van sekere misdade uitsluit, sodat die “oortreder” nie aanspreeklik is nie. Daar word normaalweg agt sodanige gronde geïdentifiseer, maar dis nie ‘n *numerus clausus* nie, en

ook hierdie regverdigingsgronde het hulle perke. Een van die regverdigingsgronde wat hier ter sake is, is die oeroue noodweer (Engels *self defense*). “Selfverdediging” as term word te eng beskou, want ook ‘n persoon wat iemand anders verdedig en nie net hom/haarself nie, kan hom/haar op dié regverdigingsgrond beroep. Dit spreek vanself dat ‘n daad soos moord (die neem van ‘n lewe) afkeurenswaardig is, omdat die samelewing dit nie as aanvaarbare optrede beskou nie. As ‘n persoon iemand dood omdat hy/sy die persoon aangeval het, tree daardie persoon nie wederregtelik op nie, omdat dit nie teen die aanvaarde norme van die samelewing is: Wette reël die ordelike saamleef in ‘n samelewing, en die kultuur van daardie samelewing bepaal wat aanvaarbaar is en wat nie, en dit word uiteindelik weerspieël in die wette, gemeenregtelik of statutêr. Klimaat- en lewensomstandighede speel natuurlik ‘n groot rol. Volgens oorlewering het die San wat in uiterste klimaatsomstandighede as nomadiese ras rondgeswerf het, die swakkes en die oues aan hul lot oorgelaat, en die Inuïete het die ou vrouens wie se werk dit was om velle te kou tot hulle sag is, buite gelaat as hulle tandeloos was en hulle nie meer die werk kon doen nie, sodat hulle op natuurlike wyse in die koue omgekom het. Ander (moderne) gemeenskappe soos ons eie sal dit bepaald totaal onaanvaarbaar en ongevoelig vind, selfs harteloos en grusaam, en as moord beskou.

Wanneer ‘n persoon besig is om iemand te arresteer, is dit goed moontlik dat die verdagte/oortreder onregmatig weerstand kan bied in so ‘n mate dat dit die lewe van die arresteerder bedreig sodat hy/sy in noodweer optree en die aanvaller noodlottig of andersins beseer. Dit kan dus oorvleuel met die werking van artikel 49(1) en (2). Daar sal na hierdie

stelling teruggekeer word aan die einde van die bespreking van die Konstitusionele Hof se beslissing oor die grondwetlikheid al dan nie van artikel 49.

In *Ex parte die Minister van Veiligheid en Sekuriteit en die Nasionale Kommissaris van die SAPD* saam met die Minister van Justisie en Grondwetlike Ontwikkeling en die Sentrum vir die Studie van Geweld en Versoening, die *Amici Curiae*, in die saak van *Die Staat v Edward Joseph Walters en Marvin Edward Walters*,¹⁰⁶³ is uiteindelik op 21 Mei 2002 uitspraak gelewer. Die partye wat in die aansoek saamgevoeg is, dui op die dringendheid van die aangeleentheid en die groot behoefte tot regsekerheid, aangesien die onsekerheid en verwarring reeds byna tien jaar voortgesleep het. Gedurende dié tydperk kon polisiebeamptes (en in uitsonderlike gevalle privaat persone) voortgaan om regmatig arrestasies te maak waartydens die verdagte/oortreder om die lewe gebring is. Volgens 'n Memorandum van die Streekhoof en Regsdienste van die Suid-Afrikaanse Polisie diens in die Oos-Kaap aan die Nasionale Kommissaris van die Suid-Afrikaanse Polisie diens¹⁰⁶⁴ is daar gedurende die periode 1 Januarie 1994 tot 30 September 1994 slegs in die Oos-Kaap alleen 25 persone gedood in artikel 49(2)-omstandighede. Die memorandum wys daarop dat die doodstraf (wat eers in 1995 afgeskaf sou word) slegs uitgespreek word nadat 'n beskuldigde deur ('n) regter(s) na 'n behoorlike verhoor skuldig bevind is aan een van slegs 'n paar ernstige misdade. Daarteenoor, volgens die memorandum, *to put it bluntly, the policeman, without hearing evidence and in (sic) the spur of*

¹⁰⁶³ 2002 (2) SACR 105 (CC).

the moment, may 'sentence' a suspected petty offender, although (for) a Schedule I offence, to eternity. Hierdie stand van sake is algemeen beskou as teen die gees, strekking en oogmerke van die Grondwet (wat reeds as Interim-grondwet in 1993 aangeneem is) en die beslissing van die Konstitusionele Hof kon nie langer uitgestel word nie. Die Hof behandel die hele vraagstuk uitvoerig en raak onder andere die volgende punte aan:

Benewens artikel 49 van die *Strafproseswet*, maak ook artikel 39(1) voorsiening vir die gebruik van geweld tydens arrestasie -- as die omstandighede dit vereis, kan die liggaam van die verdagte met geweld in bedwang gebring word (skrywer se beklemtoning). Hierdie bepalinge veroorsaak grondwetlike besware in die lig van die vereistes van drie basiese regte wat vervat is in artikel 7 van die Grondwet se hoofstuk oor Menseregte, te wete die reg op lewe, menswaardigheid en liggaamlike integriteit. (Artikel 7 bepaal dat die Handves van Menseregte die hoeksteen is van die demokrasie in Suid-Afrika. Dit verskans die regte van alle mense in ons land en bevestig die demokratiese waardes van menswaardigheid, gelykheid en vryheid). Daarom beveel die Grondwet die Staat en al sy organe aan om al die regte vervat in die Handves te respekteer, te beskerm, te bevorder en te vervul. Daar moet egter onthou word dat artikel 7(3) verklaar dat hierdie regte onderworpe is aan die beperking van artikel 36 van die Grondwet.

Artikel 10,11 en 12 word só uitgedruk in die Grondwet:

¹⁰⁶⁴ 8 Februarie 1995.

Artikel 10: Menswaardigheid. Elkeen het ingebore waardigheid en die reg dat daardie waardigheid gerespekteer en beskerm word.

Artikel 11: Elkeen het die reg op lewe.

Artikel 12: Elkeen het die reg op vryheid en sekerheid van persoon, waarby inbegrepe is die reg om –

a) nie arbitrêr of sonder gegronde rede sy/haar vryheid ontnem te word nie

(b) nie sonder verhoor aangehou te word nie

(c) vry te wees van alle vorme van geweld van hetsy openbare hetsy private oorsprong;

(d) op geen wyse gemartel te word nie; en

(e) nie op 'n wrede, onmenslike of vernederende wyse behandel of gestraf te word nie.

Die Hof verwys voorts na die “doodstrafsaak”, naamlik *S v Makwanyane and Another (supra)*, waarin beslis is dat die toepassing van die doodstraf ingevolge die *Strafproseswet* onkonstitusioneel is. Die Hof haal Regter O'Regan aan:

‘The right to life is, in one sense, antecedent to all other rights in the Constitution. Without life, in the sense of existence, it would not be possible to exercise rights or to be the bearer of them. But the right to life was included in the Constitution not simply to enshrine the right to existence. It is not life as mere organic matter that the Constitution cherishes, but the right to human life: the right to live as a human being, to be part of a broader community, to share in the experience of humanity. This concept of human life is at the centre of our constitutional values. The Constitution seeks to establish a society where the individual value of each member of the community is recognized and treasured. The right to life is central to such a society. The right to life, thus understood, incorporates the right to dignity. So the rights to human dignity and life are entwined. The right to life is more than existence -- it is a right to be treated as a human being with dignity: without dignity, human life is substantially diminished. Without life, there cannot be dignity.’

Ook argumente van Regter Langa¹⁰⁶⁵ in *Makwanyane* word aangehaal aangesien dit direk betrekking het op die onderhawige saak re artikel 49. Regter Langa verwys na die gebrek aan respek vir lewe in die politieke bestel van die verlede, sodat daar 'n klimaat van geweld, en 'n kultuur van wraak ontstaan het. Die Staat was deel van hierdie verwordingsproses, veral omdat dit strawwe in stand gehou het wat nie respek betoon het vir menswaardigheid of die menselewe nie. Die Staat behoort 'n voorbeeld te stel, aldus Regter Langa. Hy het voorts geargumenteer: "*A culture of respect for human life and dignity, based on the values reflected in the Constitution, has to be engendered and the State must take the lead*"¹⁰⁶⁶ (skrywer se beklemtoning.) Dit is skrywer se respekvolle submitisie dat die afskaffing van die doodstraf deur die uitspraak in die saak van *Makwanyane* presies die teenoorgestelde bereik het, soos reeds in die vorige hoofstuk genoem. Skrywer is van mening dat die doodstraf as besondere afskrikmiddel gedien het vir die neem van 'n lewe, en dat daar vanaf 1995 tot op hede, ongeveer twintig jaar later, 'n geweldige toename in moorde en ernstige geweldsmisdade was: Plaasmoorde, motorkapings, transito-rooftogte, inbrake wat met onnodige geweld gepaard gaan, padwoede, menseroof, wreedaardige verkrachtings van jong kinders, kleuters, vrouens en mans, asook talle ander gevalle van barbaarse optrede, selfs bloedskandelike verkrachting,¹⁰⁶⁷ iets wat in byna geen kultuur toegelaat word nie, maar eerder as gruwelike taboe veroordeel word. Moordenaars erken openlik by skuldigbevinding dat hulle nie só sou opgetree het as die doodstraf nog bestaan het nie (*supra*,

¹⁰⁶⁵ 1995 (2) SASV (1) (KH), p. 479G-H.

¹⁰⁶⁶ *Ibidem*, p. 480D-E.

¹⁰⁶⁷ *Die Volksblad*, 2014/09/06: pa verkrag twee dogters herhaaldelik, verwek kind.

hoofstuk 5). Die lofwaardige kultuur van respek vir die mens se lewe wat Regter Langa voorsien het, word in die Suid-Afrikaanse samelewing al hoe meer 'n mite en hersenskim wat totaal onhaalbaar is.

Die feite waarom dit gaan in die *Walters*-saak, is kortliks soos volg: In Februarie 1997 is daar by 'n bakkerij in Lady Frere ingebreek. Die beskuldigdes, 'n pa en seun, het op die inbreker geskiet en een van die skote het hom noodlottig getref. Hulle steun op artikel 49(2), maar die Transkeise verhoorhof bevind per Waarnemende Regterpresident C Jafta dat artikel 49(2) onkonstitusioneel is en derhalwe nie geld nie, aangesien dit die reg van die verdagte op die lewe en menswaardigheid aantast. Artikel 36 van die Grondwet wat regte beperk (sodat arrestasie byvoorbeeld nog regmatig is, al ontnem dit die verdagte tydelik sy vryheid van beweging), bevind die Transkeise verhoorregter, kan nie só wyd strek dat dit die genoemde regte kan opskort nie. Derhalwe het hy die saak na die Konstitusionele Hof verwys vir bekragtiging. Die Minister van Veiligheid en Sekuriteit het die verhoorhof se bevinding ten sterkste teëgestaan.¹⁰⁶⁸

Die Transkeise verhoorhof het, deurdat dit bevind het dat artikel 49 ongrondwetlik is, blatant afgewyk van die beginsels hierbo bespreek in hoofstuk 4 betreffende die hiërargie van die howe en die bindende gesag van howe hoër op in die hiërargie. Dit het ook willens en wetens die uitspraak in *Govender v. Minister of Safety and Security*¹⁰⁶⁹ wat kort vantevore in die Hoogste Hof van Appèl gelewer is, geïgnoreer. In hierdie uitspraak is beslis dat artikel 49(1) nie teenstrydig met die Grondwet is

¹⁰⁶⁸ S v Walters 2002 (2) SACR 105 (CC), paragraaf 10: (*the parties*).

nie. Die Transkeise verhoorhof het kordaat die interpretasie as die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl verwerp en beweer dat dit grondwetlike vraagstukke is wat deur die Grondwetlike Hof as bindende gesag beslis moet word, en nie die Hoogste Hof van Appèl wat sodoende die Hoë Howe sou bind nie. Beslissings van die Hoogste Hof van Appèl oor grondwetlike aangeleenthede, het die verhoorhof geredeneer, behoort nie deur Hoë Howe gevolg te word as hierdie beslissings verkeerd is nie. So 'n redenasie het ernstige implikasies vir die gevestigde verhouding in die hof-hiërargie soos hierbo in hoofstuk 4 uiteengesit en gevolglik ook vir die regsadministrasie oor die algemeen; verder ook vir die *rule of law*. Dit alles het die Konstitusionele Hof per Regter Kriegler in die *Walters*-saak toegegee.

Regter Kriegler het voorts gesê dat daar ernstige oorweging gegee moes word aan die prosedure van die verhoorhof wat oor die grondwetlike uitdaging ten opsigte van die artikel (49) beslis het sonder om eers die strafregtelike verhoor op sy feite- en regsverdienste af te handel. Daar sou dus ook aan die retrospektiewe ongrondwetlikheidsverklaring van artikel 49(2), die verontskuldigende artikel, oorweging gegee moes word. Verder moes die potensiële impak op die skuldvraagstuk van die beskuldigdes in die onderhawige saak ondersoek word, aangesien hulle opgetree het toe die vrywaring teen skuld deur die artikel nog ten volle regsgeldig was. [Hier moet genoem word dat die legaliteitsbeginsel in die Strafbereg juis vereis dat, ten tye van die pleging van 'n "misdaad", daar 'n verbod gekoppel aan 'n strafbepaling teen so 'n daad moet bestaan,

¹⁰⁶⁹ 2001 ZASCA 80.

anders kan die daad nie as 'n misdaad beskou word nie. Vergelyk ook Snyman se omskrywing van die legaliteitsbeginsel.¹⁰⁷⁰ Dit sluit aan by Regter Kriegler se mening pas hierbo genoem.]

Wat sake nog verder deurmekaar gekrap het, was die feit dat 'n bepaling wat spesifiek ten doel gehad het om die hele artikel 49 te vervang, reeds in 1998 deur die Parlement aangeneem is, sonder dat dit van krag geword het. Die grondwetlike gepastheid van so 'n vertraging deur die uitvoerende gesag om 'n statutêre bepaling deur die wetgewende gesag goedgekeur, in werking te stel, moes ook onder die loep geneem word. In die saak voor die Konstitusionele Hof moes daar in die eerste instansie besluit word of die beperking van die drie grondwetlike regte wat deur artikel 49 aangetas word, naamlik die lewe, menswaardigheid en liggaamlike integriteit, geregverdig kan word ten opsigte van artikel 36 van die Grondwet. Die voorleggings wat aan die Hof gedoen is (onder andere dié van die Departement van Justisie) het aangedui dat artikel 49 nie die beperkingstoets slaag nie, hoofsaaklik omdat dit nie vereis dat die gebruik van dodelike geweld proporsioneel moet wees teenoor die skade wat dit probeer afweer nie. Afgesien van die objektiewe redelikheid van die geweld, verklaar die artikel dat enige dood wat daaruit spruit geregverdigde doodslag is, sodat die spreekwoordelike doodskiet van 'n kind wat weghardloop omdat hy 'n appel gesteel het, aanvaarbaar is. Ander voorleggings (deur die *Amicus Curiae*) wat gebaseer is op statistiek van polisieverslae en polisiewerk in Noord-Amerika het aangevoer dat geweld lei tot verdere geweld, en dat, waar die polisie minder van

¹⁰⁷⁰ Snyman CR : *Op. cit.* p. 36 (vierde uitgawe).

vuurwapens gebruik maak, die misdadigers die polisie se voorbeeld volg.¹⁰⁷¹ [Daar is ernstige bedenkinge oor so 'n redenasie, veral wat betref die klaarblyklike posisie in Suid-Afrika. Dit is skrywer se persepsie dat, hoe minder vuurwapenlisensies daar toegestaan word, en hoe minder die polisie self vuurwapens gebruik, hoe erger word gewapende geweld, soos byvoorbeeld bendegegeweld, want die slagoffers is sagte teikens.]

Die *Amicus* was van mening dat artikel 49(1) sowel as (2) ongrondwetlik is en so verklaar moes word. Die regsverteenwoordigers van die Minister van Veiligheid en Sekuriteit het onder andere die Hof daaraan herinner dat artikel 13(3)(b) van die *Polisiewet*¹⁰⁷² voorskryf dat, wanneer 'n polisiebeampte geweld gebruik, **slegs** die minimum geweld wat nodig is, gebruik mag word. Daarby skryf die relevante Staande Order eksplisiet voor dat lede van die Suid-Afrikaanse Polisie diens die geweld aangewend ooreenkomstig artikel 49 moet beperk. Die Order stel dit duidelik dat

- (i) polisiebeamptes slegs geweld mag gebruik waar dit op redelike gronde nodig is om weerstand te oorkom of ontsnapping te verhoed,
- (ii) die minimum geweld aangewend mag word, (iii) die geweld proporsioneel moet wees tot die erns van die misdaad van die verdagte,
- (iv) die gebruik van geweld beperk is tot arrestasie op grond van relatief ernstige misdade vervat in 'n bylae. Voorts skryf die Order voor dat skote deur 'n lid afgevuur voorafgegaan moet word deur 'n waarskuwing en/of 'n waarskuwingskoot indien moontlik. Daar word beklemtoon dat lede te alle tye moet besin of geweld geheel en al nodig is, ook dat geweld nooit geregtig is teen 'n verdagte wie se identiteit bekend is en later

¹⁰⁷¹ *S v Walters* 2002 (2) SACR 105 (CC).

opgespoor kan word nie, watter misdaad ook al gepleeg is. Daar word verder beklemtoon dat doodslag nooit 'n opsie is nie, tensy die misdaad ernstig is en in die bylae opgeneem is. Ten slotte stel die Order dit duidelik dat dit nie die gebruik van geweld in noodweer (selfverdediging en die verdediging van ander) kwalifiseer nie. Daar is betoog namens die Minister van Veiligheid en Sekuriteit dat artikel 49 konsekwent met grondwetlike norme gekonstrueer behoort te word deur *both reading in and reading down*. Hoe dit moet geskied by die interpretasiestadium, is nie duidelik nie. Daar kan veronderstel word dat dit neerkom op 'n spesiale konstruksie wat aan die artikel gegee word deur doelgerigte interpretasie. Die tegniese sin waarin die term *reading down* normaalweg deur die Konstitusionele Hof gebruik word, is 'n metode van konstitusionele konstruksie waar 'n beperkter betekenis aan 'n statutêre bepaling gegee word wanneer dit redelik moontlik is, sodat die betrokke bepaling nie teenstrydig is met die Grondwet nie. Die term *reading in* word gebruik om 'n moontlike grondwetlike remedie aan te dui nadat daar bevind is dat so 'n bepaling konstitusioneel ongeldig is, soos bv. in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others*.¹⁰⁷³ Dit wil voorkom asof die bedoeling was dat die twee subartikels saamgelees behoort te word en mekaar moet aanvul. So geïnterpreteer, is voorgestel, het die artikel voldoende beperkings op die gebruik van geweld, insluitende dodelike geweld onder artikel 49(2) om dit in ooreenstemming te bring met vergelykbare bepalings in oop en demokratiese samelewings soos Duitsland, Frankryk, Kanada, Nederland en sekere state van die Verenigde State van Amerika.

¹⁰⁷² Wet 68 van 1995.

'n Verdere voorlegging was dat die artikel, om ooreen te stem met vergelykbare oorsese kodes, subsidiariteit sowel as proporsionaliteit vereis.¹⁰⁷⁴ Dit beteken dat (a) geweld slegs toelaatbaar behoort te wees waar die arrestasie nie moontlik is deur die gebruik van 'n ander opsie/metode nie en (b) dat sodanige geweld redelikerwys proporsioneel moet wees met die erns van die oortreding van die verdagte. So behoort 'n vuurwapen slegs gebruik te word wanneer die verdagte nie gearresteer of voor die gereg gebring kan word op 'n ander manier as om geweld te gebruik soos om te skiet nie, en in elk geval slegs as die erns van die oortreding sodanige graad van geweld regverdig. Andersins, is namens die Kommissaris aangevoer, behoort die wetgewer die geleentheid te kry om 'n geskikte nuwe artikel te formuleer as artikel 49 ongrondwetlik bevind word, want die nuwe artikel van Wet 122 van 1998 (wat nooit in werking getree het nie) is só onredelik beperkend dat dit onwerkbaar is.

6.2. Die Grondwetlikheid van artikel 49.

Hierdie artikel en sy voorgangers is reeds ongeveer 165 jaar op die wetboeke van hierdie land, en, omdat dit aanvegbaar is, het die artikels deur die jare groot juridiese sowel as akademiese kritiek ontlok, lank nog voor daar sprake was van 'n nuwe Grondwet. Voorbeelde hiervan is te vinde in sake hierbo aangehaal: *Mazeka*,¹⁰⁷⁵ *Metelerkamp* en *Martinus* (1990). Die kritiek het grotendeels ontstaan as gevolg van die feit dat dit geweld veroorloof nie net om weerstand te oorkom nie, maar ook om ontvlugting te voorkom, al sy dit ook in beperkte omstandighede, en

¹⁰⁷³ 2000 (2) SA 1 (KH).

¹⁰⁷⁴ 2002 (2) SACR 105 (CC), paragraaf 22.

¹⁰⁷⁵ Onderskeidelik 1956, 1959 en 1990.

omdat dit die doodmaak van 'n verdagte sanksioneer.

Dit is in die eerste instansie die lede van die Suid-Afrikaanse Polisie wat daarop geregtig is om presies en in duidelike taal ingelig te word of die artikel geldig/konstitusioneel is, en, indien nie, in watter mate nie en waarom. Dis noodsaaklik want hulle bevind hulle daagliks in situasies waar die gebruik van geweld nodig is of wat subjektief as sodanig ervaar word. In daardie situasies moet hulle presies weet wat hulle mag en plig is om die arrestasie uit te voer. In die woorde van Regter Kriegler:¹⁰⁷⁶

'It is the police that bear the brunt of the war against crime and it is those men and women who have the most direct interest in having clarity as to the boundaries of constitutionally permissible force when apprehending or attempting to detain suspects.

In hierdie stadium moet daar teruggekeer word na die Makwanyane-saak (*supra*) waar Regter-President Chaskalson van die Grondwetlike Hof hom in 1995 só uitgespreek het oor die gebruik van dodelike geweld deur polisielede wat 'n arrestasie uitvoer:¹⁰⁷⁷

'The case of a police officer shooting at an escaping criminal was also raised in argument. This is permitted under s. 49(2) of the Criminal Procedure Act as a last resort if it is not possible to arrest the criminal in the ordinary way. Once again, there are limits. It would not, for instance, be permissible to shoot at point blank range at a criminal who has turned his or her back upon a police officer in order to abscond, when other methods of subduing and arresting the criminal are possible. We are not concerned here with the validity of s. 49(2) of the Criminal Procedure Act, and I specifically refrain from expressing any view thereon. Greater restriction on the use of lethal force may be one of the consequences of the establishment of a *constitutional State which respects every person's right to life* (skrywer se kursivering).

¹⁰⁷⁶ S v *Walters* 2002 (2) SACR 105 (CC), paragraaf 24.

¹⁰⁷⁷ S v *Makwanyane* (1995)(KH), p. 449G-450A-C.

Shooting at a fleeing criminal in the heat of the moment is not necessarily to be equated with the execution of a captured criminal. But if one of the consequences of this judgment might be to render the provisions of s. 49(2) unconstitutional, the Legislature will have to modify the provisions of the section in order to bring it into line with the Constitution.'

Die kursief gedrukte gedeelte, naamlik "*a constitutional State which respects every person's right to life*" is volgens skrywer die spilpunt wat betref die afskaffing van die doodstraf sowel as die probleem met die grondwetlikheid al dan nie van artikel 49(1) en (2). Dit is skrywer se respektvolle submissie dat die Konstitusionele Hof hier die klem verkeerd laat val het: Die lewe van die verdagte of veroordeelde misdadiger is onaantasbaar, maar die lewe van die slagoffer of die polisiebeampte beklee 'n mindere posisie. Dit is, met respek, skrywer se opinie dat die Hof hom in die saak van *Makwanyane* laat lei het deur die politieke klimaat wat uitgeloop het op die aanvaarding van die Grondwet met sy klem op menseregte en die gevolglike oorbeklemtoning van die regte van die misdadiger of vermeende misdadiger: Hulle het in die vorige bedeling nie so lig daarvan afgekome nie, en kon hulle op baie minder regte beroep. Ook omrede dit wat in die Republiek van Suid-Afrika as norm gestel word, aanvaarbaar moet wees vir daardie lande in die wêreld wat as die *open and democratic societies* beskou word: Die idee van die *global village* waar Suid-Afrika nie langer as die muishond beskou moet word nie.

6.3. Artikel 36 van die Grondwet:

Die werking van die beperkingsklousule van die Grondwet, artikel 36, moet van naderby bekyk word:

'n Wet kan die fundamentele regte (vervat in die Grondwet) wat deur die

Staat gerespekteer en beskerm moet word, slegs beperk indien die beperkings onder artikel 36 geregverdig kan word. Anders moet dit ongeldig verklaar word ingevolge artikel 172(1) wat soos volg lui:

“Wanneer ‘n hof ‘n grondwetlike aangeleentheid buite sy bevoegdheid beslis –

- (a) moet die hof verklaar dat enige regsvoorskrif of optrede wat met die Grondwet onbestaanbaar is, ongeldig is in die mate waarin dit onbestaanbaar is; en
- (b) kan die hof enige bevel gee wat regverdig en billik is, met inbegrip van
 - (i) ‘n bevel wat die terugwerkendheid van die ongeldigverklaring beperk; en
 - (ii) ‘n bevel wat die ongeldigverklaring vir enige tydperk en op enige voorwaardes opskort ten einde die bevoegde gesag toe te laat om die gebrek reg te stel.

Dis ‘n twee-fase proses. Aanvanklik moet vasgestel word of die betrokke wet een van die regte beperk. Dit behels

- (a) die inhoud en trefwydte van die tersaaklike beskermende reg en
- (b) die betekenis en effek van die betrokke wet om vas te stel of daar enige beperkings is.

Artikel 39(1) en (2) van die Grondwet gee leiding vir die interpretasie van sowel die wet as die beperkte reg; dit vereis dat dit só geïnterpreteer word dat die waardestelsel van ‘n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid bevorder word. As daar na aanleiding van so ‘n analise geen beperking gevind word nie, dan is dit die einde van die saak, en die grondwetlike aanvegting kom onmiddellik tot ‘n einde.

As daar wel ‘n beperking is, neem die tweede fase ‘n aanvang. Dit behels ‘n opweeg van die aard en belangrikheid van die reg(te) wat beperk word, saam met die omvang van die beperking teenoor die belangrikheid en

doel van die beperkende wet. Artikel 36 spel uit watter faktore 'n rol speel in hierdie evaluering. Die artikel bepaal soos volg:

(1) Die regte in die Handves van Regte kan slegs kragtens 'n algemeen geldende regsvoorskrif beperk word in die mate waarin die beperking redelik en regverdigbaar is in 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, met inagneming van alle tersaaklike faktore, met inbegrip van

- (a) die aard van die reg
- (b) die belangrikheid van die doel van die beperking
- (c) die aard en omvang van die beperking
- (d) die verband tussen die beperking en die doel daarvan; en
- (e) 'n minder beperkende wyse om die doel te bereik.

Dit is baie duidelik dat die reg op lewe, menswaardigheid en liggaamlike integriteit afsonderlik en gesamentlik die hoekstene vorm van die waardestelsel wat die Grondwet voorskryf. As hierdie regte aangetas word, kan ook die samelewing waarna die Grondwet streef, nie in stand gehou word nie. Sou een of almal van hierdie regte dus beperk word, kan dit slegs geregverdig word deur 'n besonder gebiedende openbare belang.

In watter mate artikel 49 die genoemde drie regte beperk, is telkemale in die verlede ontleed, selfs nog voor die bestaan van die Grondwet, en veral in Parlementêre debatte oor die plaasvervanger van die artikel in

1998, soos hierbo genoem. In 2001 is dit ook in die *Govender*-saak¹⁰⁷⁸ weer eens deeglik ondersoek.

In die onderhawige saak, *Walters*, vat Regter Kriegler die posisie soos volg saam:¹⁰⁷⁹

'Op voorwaarde dat daar sekere omstandighede aanwesig was, kan geweld regmatig gebruik word om liggaamlike beserings te veroorsaak, insluitende potensieel dodelike beserings, aan 'n persoon wat daarvan verdink word dat hy/sy 'n misdaad gepleeg het en wat weerstand bied teen arrestasie of probeer ontvlug om aan die gereg te ontkom. Arrestasie beteken per definisie die ontneming van vryheid en 'n mate van ontneming van waardigheid en liggaamlike integriteit. Waar dit gepaard gaan met die gebruik van geweld, is die aantasting van hierdie regte soveel erger, en, oplaas, plaas die gebruik van potensieel dodelike geweld die belangrikste van al die regte, naamlik die reg op lewe, op die spel. Dit is dus duidelik in watter mate artikel 49 die tersaaklike regte beperk. Daar moet derhalwe gekyk word na die mate waarin sodanige optrede geregverdig kan word.'¹⁰⁸⁰

Regter Kriegler gaan voort deur die vraag te vra hoe 'n balans bewerkstellig kan word tussen die openbare belang waarop artikel 49 gerig is, dit wil sê die vasvat van misdadigers, en die ernstige aantasting van die regte wat die implementering daarvan behels. Hy maak die volgende betekenisvolle opmerking:¹⁰⁸¹ "*The debate is coloured by our history of state violence being used to enforce repressive policies, the state often being personified by armed policemen. Today the debate is given added pungency by the high level of violent crime which often targets the police.*" (So sê die regter in 2002). Dit is ook die rede waarom

¹⁰⁷⁸ 2001 ZASCA 80 (*supra*).

¹⁰⁷⁹ *S v Walters* (2) SACR 105 (CC), paragraaf 30.

¹⁰⁸⁰ Skrywer se vertaling.

¹⁰⁸¹ *S v Walters* (2) SACR 105 (CC), paragraaf 31.

daar 'n groot meningsverskil is tussen die twee ministeries wat ten nouste met die aangeleentheid gemoeid is. Elk beklemtoon 'n spesifieke openbare belang: die Minister van Veiligheid en Sekuriteit onderstreep die behoefte dat die Suid-Afrikaanse Polisie diens die nodige mag moet hê om op 'n redelike manier wet en orde te handhaaf; die Minister van Justisie streef daarna om die grondwetlike vereistes te laat nakom deur te verseker dat die fundamentele regte en vryhede beskerm word, ook dié van ontsnappende verdagtes.

Dit is miskien wenslik om in hierdie stadium statistiek te verskaf wat ten tyde van Regter Kriegler se uitspraak nie beskikbaar was nie. Teen die einde van Junie 2004 het die Minister van Veiligheid en Sekuriteit in die Parlement aangekondig dat een polisiebeampte elke 48 uur in hierdie land vermoor word, wat op 'n baie ernstige probleem dui. Volgens die syfers wat die Minister verskaf het, is 1570 polisiebeamptes sedert 1995 vermoor.¹⁰⁸² Dit is dus goed te begryp waarom die behoefte bestaan dat polisiebeamptes alle moontlike middele tot hul beskikking moet hê om hul taak te verrig en hulself te beskerm, en dat hulle staatmaak op 'n vertolking van artikel 36 wat hulle nie daarvan ontnem nie.

Regter Kriegler verwys vervolgens daarop dat die werking van artikel 49 nie net betrekking het op polisiebeamptes nie, maar ook in sekere gevalle ook privaat persone, soos die geval is met Walters senior en junior. Sodanige persone word deur artikels 42 en 47 van die Strafproseswet gemagtig om te arresteer, al is dit in beperkte omstandighede. Daar kan

¹⁰⁸² Parlementêre verslag van Veiligheid en Sekuriteit (tans weer die Polisie), Junie 2004.

verwag word dat polisiebeamptes behoorlike opleiding ontvang in die gebruik van vuurwapens en dat hulle ten minste 'n basiese begrip sal hê van die vereistes om (regmatig) te arresteer. Buitendien staan polisiebeamptes onder die toesig en dissipline van hoër offisiere. Dit is nie die geval met privaat persone nie. Dit, volgens Regter Kriegler, moet die Grondwetlike Hof in ag neem wanneer oor die hele aangeleentheid beslis word.¹⁰⁸³ Dit is 'n baie geldige argument. Daar moet onthou word dat dit hier net gaan om artikel 49 van die *Strafproseswet* en geheel en al nie die reg op noodweer (of in die volksmond selfverdediging) of waar die lewe van iemand anders beskerm word nie.

Reeds in die *Govender*-saak (*supra*) het die Hoogste Hof van Appèl gekyk na die grondwetlikheid van artikel 49(1). Die betrokke hof het gepoog om die belange van die staat en dié van die ontvluggende verdagte te balanseer deur die toepassing van die grondwetlike toets van redelikheid en regverdigbaarheid in 'n oop en demokratiese samelewing, gebaseer op vryheid en gelykheid. Die omstandighede wat die verwonding van 'n ontsnappende verdagte veroorloof, word onder die loep geneem, en die Hof beklemtoon dat slegs geweld wat redelikerwys nodig is om die weerstand te oorkom en ontsnapping te verhinder, gebruik mag word. Die Hoogste Hof van Appèl verwys ook na ander Suid-Afrikaanse sake oor die aangeleentheid, byvoorbeeld die 1956-saak *Mazeka* (*supra*) hierbo, en daarna die beslissing in Amerikaanse saak *Tennessee v Garner*¹⁰⁸⁴ wat gehandel het oor 'n wet soortgelyk aan artikel 49. Die Hof het in laasgenoemde saak beslis dat die gebruik van

¹⁰⁸³ Walters (2002)(KH), paragraaf 32.

dodelike geweld nie regverdigbaar is waar die verdagte geen onmiddellike gevaar vir die polisiebeampte inhou nie en ook nie vir ander nie. Dan verklaar die hof:

'Where the officer has probable cause to believe that the suspect poses a threat of serious physical harm, either to the officer or others, it is not constitutionally unreasonable to prevent escape by using deadly force. Thus, if the suspect threatens the officer with a weapon or there is probable cause to believe that he has committed a crime involving physical harm, deadly force may be used if necessary to prevent escape, and if, where feasible, some warning has been given.'¹⁰⁸⁵

Om te voldoen aan die Grondwet-vereiste van “aanvaarbaar in ‘n oop en demokratiese samelewing” kyk Appèlregter Olivier in *Govender (supra)* ook na beslissings in ander lande, byvoorbeeld Kanada: *R v Lines*¹⁰⁸⁶ en artikel 25(4) van die Kanadese strafbode; Duitsland: *Bundesgerichtshof*,¹⁰⁸⁷ die Verenigde Koninkryk: *Reference under s 48A of the Criminal Appeal (Northern Ireland) Act 1968*; ¹⁰⁸⁸ Die Europese hof vir menseregte: *McCann and Others v United Kingdom*;¹⁰⁸⁹ die Verenigde Nasies: *Basic Principles on the use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials*.¹⁰⁹⁰ Appèlregter Olivier kom hierna tot die gevolgtrekking dat die proporsionaliteit van die geweld, wat veroorloof word om ‘n ontvluggende verdagte te arresteer, bepaal moet word nie net deur die erns van die oortreding nie, maar ook deur die dreigende gevaar wat die verdagte vir die

¹⁰⁸⁴ 471 US 1 (1985)

¹⁰⁸⁵ Aangehaal in *Walters* (2002) (KH), paragraaf 37,

¹⁰⁸⁶ (1993) O.J. No. 3284.

¹⁰⁸⁷ (1992) 5 StR 370/92, BGHSt 39/1.

¹⁰⁸⁸ Number 1 of 1975 (1976) 2 All ER 937 (HL), p. 947d.

¹⁰⁸⁹ 1996 2 EHRR 97, paragraaf 207.

¹⁰⁹⁰ Paragraaf 9.

arresteerder, ander en die breë gemeenskap inhou. Hy vind dit 'n rasionele en billike manier om die belange van die staat, die gemeenskap, die betrokke polisieledede en die verdagte wat poog om te ontsnap, te balanseer en 'n behoorlike meganisme om die individuele en die kollektiewe belange te balanseer. Die regter verwerp die moontlikheid om die graad van toelaatbare geweld slegs te bepaal aan die hand van die erns van die misdaad, en wys daarop dat die gebruik van potensieel dodelike geweld onvanpas is vir 'n verdagte wat 'n nie-gewelddadige misdaad gepleeg het en wat, ongewapen, probeer ontsnap sonder om 'n bedreiging te wees vir enigiemand. Daarmee kan skrywer haar, met eerbied, goed vereenselwig. Die regter het sy interpretasie gebaseer op die woorde “redelik” en “noodsaaklik” in artikel 49(1) wat die toelaatbare geweld kwalifiseer.

Ook Regter Kriegler aanvaar in die onderhawige saak van *Walters* dat die bevinding in *Govender (supra)* grondwetlik suiwer is. Die Transkeise verhoorhof *a quo* het in die *Walters*-saak die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl in *Govender* ongeldig verklaar. Dit is 'n duidelike voorbeeld van *ultra vires*-optrede. Die Konstitusionele Hof (per Regter Kriegler) kan derhalwe nie die verhoorhof se ongeldigheidsverklaring van die uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl bevestig nie.

Om terug te keer na artikel 49(2): Regter Kriegler haal in *Walters* die lys van Bylae I misdade aan en wys daarop dat die lys varieer van werklik ernstige misdade met 'n element van geweld (byvoorbeeld moord, verkragting, roof) aan die een kant tot relatief nietige misdade (soos sakkerol en vrugte steel by 'n vrugtestalletjie). Regter Kriegler wys daarop dat van hierdie Bylae I misdade geen liggaamlike bedreiging inhou nie, om

nie te praat van geweld nie. Hy sê dat dit moeilik is om te aanvaar dat dodelike geweld geregverdig kan word in gevalle waar 'n verdagte gearresteer word wat 'n vervalste tjek of 'n tuisvervaardigde banknoot aangebied het, of, "*for that matter, having gratified his sexual urges with an animal*". Met die voorlaaste twee voorbeelde kan skrywer, met eerbied, saamstem, maar oor die laaste het skrywer baie ernstige bedenkinge: Geweld teenoor diere is sekerlik ook geweld, en 'n dier is net so weerloos soos 'n jong kind of swak mens, liggaamlik of geestelik. Nogtans moet die moontlike doodskiet van so 'n ontsnappende beoefenaar van bestialiteit gesien word in die lig van die tipe misdadiger. So 'n persoon het waarskynlik 'n sielkundige probleem en doodskiet ten tyde van sy ontsnappingspoging behoort nie 'n opsie te wees nie. Met raaiwerk rondom misdadigheidsmotiverings kan 'n mens jouself egter in 'n moeras verstrik, want moontlik spruit alle misdadigers se misdrywe uit sielkundige probleme.

Dit is in hierdie stadium wenslik om te wys op 'n spesiale diensorder wat die Nasionale Kommissaris van die Suid-Afrikaanse Polisie diens aan alle bevelvoerders en dus aan alle lede op 14 Augustus 1996¹⁰⁹¹ as omsendbrief uitgestuur het. In paragraaf 4 word lede daaraan herinner dat dodelike geweld net gebruik mag word vir arrestasies op grond van Bylaag I misdade, wat daar aangehaal word. Daar is egter wysigings, byvoorbeeld by veediefstal word pertinent uitgespel dat dit nie pluimveediefstal insluit nie.¹⁰⁹² 'n Polisielid of privaat persoon wat dus 'n hoenderdief dodelik wond tydens 'n arrestasiepoging, is nie geregtig op die beskerming van artikel 49 (2) (soos die posisie toe was in 1996) nie. Daar is ook uitgespel dat, waar

¹⁰⁹¹ Nadat George Fivaz in 1996 deur president Mandela as Polisiekommissaris aangestel is.

geweld gebruik gaan word, 'n duidelike waarskuwing gegee moes word – dit is veral belangrik waar die beplande geweld die dood van die verdagte kan veroorsaak. Indien daar na 'n verdagte geskiet word, moet daar eers 'n waarskuwingskoot geskiet word, tensy die afvuur van 'n waarskuwingskoot die lewens van ander in gevaar kan stel of daar redelikerwys verwag kan word dat dit sal veroorsaak dat die verdagte ontsnap. Voorts sal die afvuur van 'n vuurwapen beskou word as die gebruik van geweld, ongeag na watter liggaamsdeel van die verdagte daar gemik word (paragraaf 5). Paragraaf 8 verwys na 'n besonder interessante interpretasieprobleem, naamlik die gryp van 'n handsak. In sekere omstandighede kan dit neerkom op roof, byvoorbeeld as dit gepaard gaan met geweld. Dit is nog onseker wanneer dit in ons reg as sodanig beskou sal word en wanneer dit blote diefstal sal uitmaak. Lede word dus in die onderhawige omsendbrief aangesê om nooit dodelike geweld in sodanige gevalle te gebruik nie, behalwe as daar verswarende omstandighede aanwesig is, byvoorbeeld die gebruik van 'n vuurwapen, mes, of ander gevaarlike wapen om die handsak van die slagoffer in die hande te kry of wanneer die slagoffer ernstig beseer word tydens die pleeg van die misdaad. [Dit gaan egter moeilik wees om te bewys die handsakroer het nie bloot bedoel om die mes te gebruik om die band van die handsak deur te sny nie, maar liever om dit as wapen teen die handsakdraer te gebruik.] Die Order wys voorts daarop (paragraaf 9) dat polisielede te alle tye moet onthou dat die doodslag van 'n verdagte deur die gebruik van geweld nie in elke enkele geval geregverdig sal wees nie. Indien die identiteit van die verdagte bekend is en dit redelik maklik sal wees om hom/haar later te arresteer, sal

¹⁰⁹² Vergelyk in hoofstuk 2 hierbo die saak oor poue/volstruise/pluimvee, paragraaf 2.7.

sodanige doodslag **nooit** regverdigbaar sal wees nie, watter misdaad hy/sy ook al gepleeg het.¹⁰⁹³ Die Order stel dit voorts duidelik dat die instruksie in die onderhawige omsendbrief nie betrekking het op noodweer of die beskerming van 'n ander se lewe nie (paragraaf 11).

In *Walters* word die geldige argument genoem dat die Anglo-Amerikaanse regstelsels onderskei tussen *felonies* en *misdemeanours* wat nie die geval is in ons regstelsel nie. Vir *felonies* kan/kon normaalweg die doodstraf opgelê word (in Amerikaanse state waar dit nog geld, en dit sluit Engeland teenswoordig natuurlik uit). Sodanige oortredings is dus van 'n ernstige aard, sodat die Engelse gemenereg die polisie veroorloof het om dodelike geweld te gebruik om *felons* wat probeer ontvlug, te arresteer. Dit is uit die aard van die saak nie van toepassing op ons reg nie. Die dodelikheid en akkuraatheid van hedendaagse vuurwapens het die felheid van die reël buitendien verskerp, terwyl, aan die ander kant, die onaantasbaarheid van die menslike lewe toenemend in moderne demokrasieë beklemtoon word. Om hierdie rede moes, volgens Regter Kriegler, verskillende kriteria ontwikkel word om te onderskei tussen misdade ernstig genoeg om dodelike geweld te regverdig, en die ander waar sodanige geweld buite verhouding sal wees met die gemeenskapsbelang dat oortreders aangekeer moet word. In *Tennessee v Garner*¹⁰⁹⁴ het Regter White onder andere gesê:

'... where the (felony) suspect poses no immediate threat to the officer and no threat to others,

¹⁰⁹³ Vergelyk weer eens die nege vereistes hierbo genoem vir die staatmaak op artikel 49-beskerming.

¹⁰⁹⁴ 471 US 1 (1985) (*supra*).

the harm resulting from failing to apprehend him does not justify the use of deadly force to do so. It is no doubt unfortunate when a suspect who is in sight escapes, but the fact that the police arrive a little late or are a little slower afoot does not always justify killing the suspect. A police officer may not seize an unarmed, nondangerous suspect by shooting him dead. The Tennessee statute is unconstitutional insofar as it authorizes the use of deadly force against such fleeing suspects.

It is not, however, unconstitutional on its face. Where the officer has probable cause to believe that the suspect poses a threat of serious physical harm, either to the officer or to others, it is not constitutionally unreasonable to prevent escape by using deadly force. Thus, if the suspect threatens the officer with a weapon or there is probable cause to believe that he has committed a crime involving the infliction or threatened infliction of serious physical harm, deadly force may be used if necessary to prevent escape, and if, where feasible, some warning has been given.'

Van hierdie uitspraak sê Regter Kriegler dat dit, op die oog af, na 'n blatante wanbalans lyk om 'n ontsnappende en ongewapende verdagte (Regter Kriegler praat heel verbasend van "*criminal*") te dood bloot in 'n poging om te arresteer, veral in die lig van die Grondwet se gebiedende vereiste dat die lewe, liggaamlike integriteit en menswaardigheid eerbiedig moet word, want dit is noodsaaklik dat daar ondanks die huidige klimaat van openbare kommer oor die vlak van misdaad, onthou moet word dat dit nie gebruik moet word om wydlopende en ontoepaslike inbreuk te maak op individuele regte nie. Verder is die lys van misdade byeengebring in Bylae I te wydlopend om as sodanig dodelike geweld te regverdig.

Regter Kriegler keer terug na die vereiste dat die staat 'n voorbeeld moet stel, aangesien die land 'n geskiedenis van geweld het – persoonlik, polities en institusioneel. Die land ly steeds onder geweld, nie net in die dramatiese vorm van moord, verkragting en roof nie, maar ook deur die alledaagse vorms in ons huise en op die paaie. Dit strook nie met die

ideale van die Grondwet nie. Die staat se rol is nie om geweld te kondoneer nie, maar om te toon dat ons ernstig is oor die menseregte wat die Grondwet aan almal waarborg, selfs aan verdagte misdadigers. Gevolglik is 'n wet wat polisiebeamptes magtig om geweld te gebruik in die uitvoering van hul plig waar dit nie noodsaaklik is of redelik in verhouding tot die misdaad nie, sowel onwenslik vir die samelewing as grondwetlik ontoelaatbaar.

Artikel 39 van die *Strafproseswet* word saamgelees met artikel 49 – die **doel** van die arrestasie is om die verdagte voor die hof te bring en dit verg nie noodwendig die gebruik van geweld nie. Die betrokke artikel stel dit duidelik dat die verdagte **slegs** aangeraak hoef te word wanneer hy/sy weerstand bied – en dan is slegs die minimum geweld wat redelikerwys nodig is, veroorloof. [Die ou geloof van sommige ouer polisielede dat die verdagte op die skouer aangeraak moet word tydens arrestasie geld dus nie.]

Dit is belangrik om daarop te let dat hoofstuk 4 van die *Strafproseswet* (artikel 38) vier metodes noem wat aangewend kan word om 'n verdagte voor die hof te kry – arrestasie is slegs die eerste van die vier metodes wat genoem word. Die ander is by wyse van dagvaarding, die oorhandiging van die akte van beskuldiging en skriftelike kennisgewing. Dit is duidelik dat nie een van hierdie ander drie so drasties is as arrestasie nie. Al vier is slegs 'n middel tot 'n doel: Die voorbrenging. Wanneer die verdagte in die poging tot arrestasie gedood word, is dit ongetwyfeld die effektiefste manier om te verseker dat hy/sy nie in die hof verskyn nie. Regter White beskryf dit gepas só in *Tennessee v Garner*

(*supra*): “A self-defeating way of apprehending a suspect and so setting the criminal justice mechanism in motion.” Regter Kriegler reken dit is dus kwalik moontlik om te sê dis regverdigbaar om te skiet waar daar geen aanduiding is dat die verdagte iemand bedreig nie, soos in die geval in *Govender (supra)* waar ‘n seun van die polisie af weggehardloop het. Oor die gevaarlike werk van lede van die Suid-Afrikaanse Polisie maak Regter Kriegler egter die volgende betekenisvolle opmerking:¹⁰⁹⁵

‘It also needs to be emphasized that the lives of policemen and -women are not endangered by the institutional interpretation of subsection 49(1) by the SCA in *Govender*, nor by a striking down of subsection 49(2) pursuant to the finding in this case. Nothing said in (this) judgment and nothing that flows from it can contribute one iota to the dangers that these brave men and woman have to face in the performance of their often thankless task. The interpretation put on the existing s 49 in (this) judgment has no bearing on the situation where the life or safety of the prospective arrester or of someone else is being threatened by the suspect.¹⁰⁹⁶ The right – and indeed the duty – of police officers to protect their lives and personal safety and those of others is clearly endorsed and in no respect diminished. What (this) judgment deals with.... is the use of force merely to stop a fleeing subject from getting away. The judgment (does) not say that a police officer who is threatened or who may reasonably apprehend that he or she is threatened, may not use a reasonable degree of proportionate force to avert the threat. Nor (does it) say that where the threat is... directed at someone other than the arrester, reasonably proportionate force cannot be used to avert such threat. The judgment also (does) not say that a *dangerous fugitive should be allowed to make good an escape when the use of force is all that can prevent it.*’

Die gekursiveerde gedeeltes reduseer die gebruik van geweld (ook om te arresteer) met ander woorde tot die algemene regverdigingsgrond hierbo bespreek, naamlik noodweer. Dit maak ‘n andersins onregmatige daad “aanvaarbaar” of regmatig, omdat dit nie teen die belang van die

¹⁰⁹⁵ *S v Walters* 2002 (2) SASR 105 (CC), paragraaf 51.

¹⁰⁹⁶ Skrywer se beklemtoning.

gemeenskap indruis nie. Die onskuldige party wat 'n onregmatige aanval afweer, ag sy eie lewe (en die lewens van ander wat bedreig word) hoër as dié van die onregmatige aanvaller (soos byvoorbeeld 'n verdagte wat hom gewelddadig teen regmatige arrestasie verset).

Die kerninhoud van *Govender* is nie nuut nie. Dit kom bloot neer op wat alle polisiebeamptes weet (of behoort te weet as gevolg van opleidingsessies en Staande Orders, byvoorbeeld die omsendbrief waarna hierbo verwys is, of aanvullend die Staande Order van Januarie 1997) naamlik dat hy/sy nie mag skiet nie, tensy –

- a) jy glo dat, en
- b) redelike grond het om te glo dat die verdagte óf
 - i) 'n bedreiging inhou vir jou of lede van die gemeenskap óf
 - ii) 'n gewelddadige daad gepleeg het, óf gedreig het om 'n misdaad te pleeg wat ernstige liggaamlike leed kan veroorsaak.¹⁰⁹⁷

Die doel van die *Govender*- uitspraak is om die Suid-Afrikaanse reg in ooreenstemming te bring met dié in vergelykbare oop en demokratiese samelewings wat gebaseer is op waardigheid, gelykheid, vryheid, soos weerspieël in *Tennessee v Garner* (*supra*) in die Verenigde State, en *McCann v United Kingdom*¹⁰⁹⁸ in Europa. Dit is slegs die beskerming van die lewe en liggaamlike integriteit van die verdagte wat op grond van die Grondwet se beklemtoning van die waarde van die menslike lewe op 'n veranderde benadering dui. Wat betref die reg van alle ander persone om hul eie lewe of dié van ander te verdedig (noodweer) bly die toestand onveranderd na *Govender*. Die Konstitusionele Hof het dit reeds in 1995

¹⁰⁹⁷ *Staande Order SAPS*, Januarie 1997, aanvullend tot omsendbrief van Augustus 1996 (*supra*).

bevestig in *Makwanyane, supra*, per Regter-President Chaskalson: Noodweer word in alle regstelsels erken. Waar daar tussen twee lewens gekies moet word, geniet die lewe van die onskuldige voorrang bo dié van die aanvaller. Dit is in ooreenstemming met artikel 36 van die Suid-Afrikaanse Grondwet. Om aan die onskuldige sy/haar reg op selfverdediging te ontnem, sal neerkom op die ontsegging van daardie persoon se reg op die lewe. Dit is soortgelyk aan die geval waar dodelike geweld gebruik word teen 'n persoon wat dreig om die lewe van 'n gyselaar te neem – dit is toelaatbaar om die kaper te dood sodat die lewe van die onskuldige gyselaar gered kan word, met die voorbehoud dat die gyselaar werklik in gevaar verkeer. Die reg los sodanige probleme op deur die beginsel van proporsionaliteit, waardeur die regte van die aanvaller opgeweeg word teen dié van die slagoffer. Daar bestaan egter streng beperkings op die neem van 'n lewe, selfs onder omstandighede soos hierbo genoem, en die reg dring daarop aan dat hierdie beperkings gehandhaaf word.

Tot in die negentigerjare van die vorige eeu, dus voor die onderhawige *Walters*-saak, het die Suid-Afrikaanse reg die regmatigheid erken van doodslag van 'n ander om die eie lewe te verdedig, maar ook in sekere uitsonderlike gevalle verdediging van eiendom, waar dit redelik en noodsaaklik is: *Ex parte Die Minister van Justisie: In re S van Van Wyk*.¹⁰⁹⁸ In hierdie saak het die eienaar van 'n winkel in 'n afgeleë gebied ná talle inbrake 'n geweer in die winkel gestel wat kon afgaan tydens 'n inbraak. Hy het talle voorsorgmatreëls getref: hy het in die plaaslike tale

¹⁰⁹⁸ 21 ECHR 97 GC.

kennisgewings aangebring om te waarsku dat daar 'n geweer gestel is, hy het die geweer só geplaas dat dit 'n inbreker in die bene sal skiet indien hy by 'n bepaalde venster inkom om goed agter die toonbank te kom vat. Die doel was klaarblyklik nie om 'n inbreker aan flenters te skiet nie, maar slegs om hom te verwond sodat hy aangekeer kon word. Die winkelier het dit ook mondeling rugbaar gemaak dat daar 'n gestelde haelgeweer is om sodoende te voorkom dat iemand weer die winkel wederregtelik betree. Nogtans is daar weer ingebreek en die inbreker is dodelik verwond, maar nie op 'n wyse wat verwag of voorsien kon word nie.

Die vraag ontstaan of die *Van Wyk*-beslissing versoenbaar is met die Grondwet. Skrywer is van mening dat dit wel die geval is, indien die persoon in *Van Wyk* se posisie van die *ultima ratio* (die heel laaste uitweg) gebruik gemaak het om sy besittings te beveilig. Sodoende skend hy/sy natuurlik die oorledene se reg op die lewe, maar dit is redelik regverdigbaar as iemand wie se regte wederregtelik bedreig word die aanval afweer, desnoods deur die aanvaller te dood. Snyman¹¹⁰⁰ is ook van mening dat so 'n feitestel met die Grondwet versoenbaar is. Hy voeg egter by dis onwaarskynlik dat so iets weer sal voorkom, aangesien daar deesdae sulke gesofistikeerde alarmstelsels en veiligheidsmeganismes bestaan dat dit buitengewoon sal wees dat 'n persoon 'n haelgeweer sal moet stel om sy roerende besittings te beveilig. Ook Maré¹¹⁰¹ reken dat *Van Wyk* se saak nie in stryd met die Grondwet is nie. In die Verenigde State van Amerika word aanvaar dat “*deadly force is never permitted in defence of property, even if it is the only means available to prevent the*

¹⁰⁹⁹ 1967 (1) SA 488 (A).

¹¹⁰⁰ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 109 (vierde uitgawe).

¹¹⁰¹ Maré MC : *Bill of Rights Compendium*, 2A -13.

loss” – Dressler.¹¹⁰² Die Duitse strafregwetenskap erken, daarenteen, dat iemand in uiterste gevalle wel iemand anders kan dood ter beskerming van besittings, ten spyte van die beskerming van regte wat voortvloei uit die bepalinge van die Duitse *Grundgesetz*, asook dié van artikel II(a) van die Europese Menseregtekonvensie.¹¹⁰³ Skrywer is van mening dat dit ‘n kwade dag in hierdie sal land wees as die bepalinge van die Grondwet só geïnterpreteer word dat daar aan *Van Wyk* en die vereistes daarin gestel, geen gevolg hoegenaamd meer gegee word nie, sodat eienaars maar hande gevou moet sit en toekyk hoe hulle goed weggedra word. Skrywer bepleit nie die neem van ‘n lewe in sulke gevalle nie, maar as alle voorsorgmaatreëls getref is om iemand af te skrik – soos in die *Van Wyk-saak* – en die misdadiger dan die lewe laat, was die opset sekerlik nie om te dood nie, slegs om te sorg dat misdadigers wegbly (= deur hulle af te skrik) of om hom/haar makliker te arresteer. Misdadigers skroom nie om ‘n lewe te neem nie, besittings wat veel minder werd is, word deur hulle beskou as “*fair game*”. In 2013 is die bejaarde Rossouw-egpaar in Wellington vermoor vir ‘n selfoon (hulle is vasgebind en met plastieksakke versmoor, hierbo in hoofstuk 5 genoem). Vir baie boere het dit byna onmoontlik geword om te boer, omdat nie net vee op ‘n daaglikse of nagtelike basis gesteel word nie, maar volledige heininge oornag verdwyn, en onbewaakte geboue in sekere dele steen vir steen met vensters, deure, balke en dakplate weggedra word. As so ‘n boer byvoorbeeld ‘n volstruis in die veekamp aanhou om sy diere teen roofdiere of mense te beskerm en waarskuwings aanbring, waarna ‘n voornemende veedief die grond betree en noodlottig verwond word deur

¹¹⁰² Dressler J : *Understanding Criminal Law*, 1995.

die skoppende volstruis, is skrywer van mening dat die boer nie as die oortreder uitgewys behoort te word nie. Hierdie aangeleentheid sal dalk in die nabye toekoms deur die Grondwetlike Hof vertolk moet word.

Regter Kriegler maak 'n opsomming van die stand van sake ten tye van die *Walters*-saak voor die Konstitusionele Hof:¹¹⁰⁴

Die doel van arrestasie is om persone wat daarvan verdink word dat hulle misdade gepleeg het, voor die hof te bring. Daar is nege riglyne:

- a) Arrestasie is nie die enigste manier om die doel te bereik nie en ook nie altyd die beste nie.
- b) Arrestasie mag nooit gebruik word om die verdagte te straf nie.
- c) Wanneer geweld noodsaaklik is, mag slegs die minimum geweld wat redelikwys nodig is, gebruik word.
- d) Wanneer bepaal moet word watter graad van geweld noodsaaklik is, moet al die omstandighede in ag geneem word, insluitende die gewelddadige bedreiging wat die verdagte vir die arresteerder en ander persone inhou en die aard en omstandighede van die misdaad wat die verdagte sou gepleeg het -- die geweld moet in alle omstandighede proporsioneel wees.
- e) Die skiet van 'n verdagte met die doel slegs om te arresteer, kan net in baie beperkte gevalle toelaatbaar wees.
- f) Gewoonlik is die gebruik van 'n vuurwapen nie toelaatbaar nie, tensy die verdagte 'n bedreiging vir die arresteerder of ander inhou, of wat op *redelike gronde* (skrywer se ursivering) daarvan verdink

¹¹⁰³ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 109 (vierde uitgawe).

word dat hy/sy 'n misdaad gepleeg het wat ernstige liggaamlike leed of die dreigement daarvan behels, en daar geen ander redelike manier bestaan om die arrestasie uit te voer nie, op daardie tydstip of later.

- g) Hierdie beperkings verminder nie die reg van die arresteerder om 'n verdagte in noodweer te dood nie.

Dit is in hierdie stadium nodig om te kyk na die interpretasie van die frase “redelike gronde” wat herhaaldelik in ons regspraak voorkom en hierbo gekursiveer is. Hoe moet dit vertolk word? Dit is kortweg die optrede van die “redelike mens” wat op grond van sekere feite tot 'n besondere gevolgtrekking gekom het. Die “redelike mens” is op sy beurt 'n bloot fiktiewe persoon wat in ons regspraak gebruik word as 'n verpersoonliking van die objektiewe maatstaf van “redelike optrede” wat die reg vir die bepaling van nalatigheid stel. Die regsliteratuur verwys dikwels na die redelike mens as die *bonus paterfamilias*. Dit is afkomstig uit die Romeinse reg en beteken “die goeie vader van die gesin”. In daardie regstelsel het die manlike lid van die samelewing as maatstaf gedien vir wat die reg as redelik beskou. Tot 1994 is daar na hierdie figuur verwys as die “redelike man” – tans word dit nie meer gebruik nie, weens die seksistiese konnotasie. Die “redelike mens” is dan die gewone, normale, deursneemens. Hy/sy is die persoon “*of ordinary knowledge and intelligence*” (*Mbombela*¹¹⁰⁵). Dis nogal 'n mondvol in 'n multi-kulturele samelewing soos dié in Suid-Afrika. Nogtans is hy/sy nie buitengewoon

¹¹⁰⁴ *S v Walters* 2002 (2) SACR 105 (CC).

¹¹⁰⁵ 1933 AD 269.

versigtig of begaafd nie, maar ook nie onontwikkeld of onverskillig nie.¹¹⁰⁶

So 'n persoon is die “*man on the Clapham omnibus -- to use an archaism familiar to all lawyers. He may also be called the right-minded man*”.¹¹⁰⁷

Wanneer die persoon wie se optrede beoordeel word, hom/haar egter op 'n gebied begewe wat besondere vaardigheid, kennis en konsentrasie verg, word daar van hom/haar verwag om op te tree soos die redelike mens wat wel hierdie besondere eienskappe besit. Die polisiebeampte wat 'n vermoede vestig op “redelike gronde” word dus aan die deursnee-polisiebeampte beoordeel en van hom/haar word nie verwag om heldersiene te wees nie (alle polisielede is nie die helde in speurrillers op die televisie of 'n Sherlock Holmes¹¹⁰⁸ nie), maar bepaald ook nie dikdood en stiksienig nie. Hierdie polisiebeampte moet dus die optrede van die verdagte só interpreteer dat hy/sy dit moet oorweeg op grond van vasstaande feite, nie slegs subjektiewe gevoelens en suspisies (“*vibes*” of drome of “gevoelenthede” nie). Die afleiding wat uit die feite gemaak word, moet voorts nie onredelik (dit wil sê vergesog, spekulatief, wild) wees nie, maar die normale afleiding wat die gewone mens ook daaruit sou gemaak het. Die polisiebeampte wat in 1986¹¹⁰⁹ (*Barnard*, hierbo bespreek) na die verdagte geskiet het wat sy voertuig vir die pret aan- en afgeskakel het sodat dit plofgeluide maak, moes nie net staategemaak het op die inligting wat hy van radio-kontrole ontvang het nie, maar hy moes ook self die verdagte se optrede beoordeel het en homself afgevra het of 'n terroris

¹¹⁰⁶ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 213 (vierde uitgawe).

¹¹⁰⁷ Lord Patrick Devlin : *The Enforcement of Morals*, p. 15.

¹¹⁰⁸ Die hoofkarakter in die speurverhale van Sir Arthur Conan Doyle: *Readers' Digest Universal Dictionary*, p. 1405: “English detective with superb powers of observation and deduction.”

¹¹⁰⁹ *Barnard*, supra, 1986 (3) SA 1 (A).

wetsgehoorsaam by stopstrate sal stilhou of weer en weer verby 'n plek sal ry wat hy pas vantevore "aangeval" het. Hy moes op grond van sy basiese opleiding, ervaring en kennis van die *Strafproseswet* en ander wetgewing tot 'n meer realistiese gevolgtrekking gekom het.

6.4. Die beslissing in *Walters* en die Legaliteitsbeginsel

Die Transkeise verhoorhof het sonder meer bevind dat artikel 49, waarop die twee beskuldigdes hulle verdediging gebaseer het, ongeldig is. Die probleem is egter: Indien dit wel die geval is, van watter tydstip af verleen artikel 49 nie meer beskerming nie? Van 27 April 1994 af met die totstandkoming van die Grondwet (in daardie stadium voorlopig as Interim-grondwet) of op die tydstip dat die Konstitusionele Hof hom daarvoor uitspreek of ten tye van die aanneem van die vervanging van die artikel deur die Parlement in 1998 deur wetgewing wat nog nie in werking getree het nie?

Die Konstitusionele Hof besluit (per R Kriegler) na skrywer se mening tereg dat artikel 49(1) wel in ooreenstemming met die Grondwet is. Artikel 49(2) is egter onkontitusioneel en die riglyne hierbo uiteengesit tree onmiddellik in werking, dus op 21 Mei 2002. Alle Staande Orders van die Suid-Afrikaanse Polisie diens wat nie in ooreenstemming is met die hofbeslissing nie, word, in soverre dit teenstydig is met die Grondwet, onmiddellik herroep.

Die Hof stel dit egter duidelik dat die artikel slegs wat toekomstige handeling betref, ongeldig is en nie retrospektief nie. Toe die twee beskuldigdes (*Walters senior* en *junior*) die vlugtende inbreker geskiet het,

was hulle klaarblyklik daarop geregtig om op die beskerming van artikel 49(2) staat te maak. Regter Kriegler stel dit so:

'Whipping away the protective statutory shield against criminal prosecution with the wisdom of constitutional hindsight would not only be unfair but would arguably offend the right protected by section 35(3) of the Constitution (not to be convicted for an act that was not an offence... at the time it was committed)... On the face of it, therefore, it would be just and equitable if the order invalidating section 49(2) were to be made prospective only.'

Regter Kriegler haal artikel 35(3)(1) van die Grondwet aan, maar verwys nie na die beginsel waarop dit berus nie, naamlik die legaliteitsbeginsel. Dit is van groot belang in die moderne staat waar die individu te staan kan kom teenoor die staat wat beklee is met baie mag. Die legaliteitsbeginsel kan beskryf word as 'n meganisme wat verseker dat die staat, sy organe en amptenare in die uitoefening van hul funksies nie bo die reg verhewe is nie. Dit verhoed dus dat amptenare van die staat arbitrêr teenoor die onderdane van die staat optree, en sorg dat straf opgelê word ooreenkomstig duidelike, vasstaande regsreëls. In die Strafwet staan dit ook bekend as die *nullum crimen sine lege*-beginsel (dit wil sê geen misdaad sonder 'n regsreël nie). 'n Beskuldigde mag nie aan 'n misdaad skuldig bevind word en gevonnissen word nie, tensy sy optrede in duidelike, terme (*ius certum*) deur die reg van die land as misdaad erken is (*ius acceptum*) reeds voor die optrede (*ius praevium*). Vroeër in hierdie hoofstuk is reeds na die beginsel verwys.

Die vraag rakende die retrospektiewe werking al dan nie van artikel 49 (2) op siviele gebied (naas die kriminele waarvoor uitsluiting gegee is) moet nog beantwoord word, aangesien die vrywaring van die artikel sowel

kriminele as siviele aanspreeklikheid dek. Indien die siviele aanspreeklikheid retrospektief sou werk, sou die legaliteitsbeginsel nie ter sprake kom nie, en derhalwe sou dit nie so onbillik wees as om die beskuldigde in 'n strafregtelike saak sy verdediging te ontnem nie. Dit sou egter 'n anomalie daarstel en tog in 'n mate onbillik wees om siviele aanspreeklikheid ná die voorval te skep – siviele aanspreeklikheid geld dus ook, per Regter Kriegler, slegs prospektief.

Met die uitspraak van die Konstitusionele Hof rakende die geldigheid al dan nie van artikel 49 van die *Strafproseswet*, soos wat dit in die *Walters*-saak die spilpunt gevorm het, is die volledige interpretasieproses van 'n strafprosessionele aangeleentheid waaroor daar meer as tien jaar 'n donker wolk gehang het, afgehandel. Die Konstitusionele Hof het finaal sy stempel eenparig (die ander tien regters het met Regter Kriegler saamgestem) op die ongrondwetlikheid van artikel 49(2) gedruk. Die bevel van die verhoorhof is tersyde gestel en die verrigtinge en verhoor is daarheen terug verwys op die basis dat artikel 49(2) ten tyde van die doodskiet van die inbreker nog grondwetlik was en beskerming verleen het.

Daarmee is die sirkel voltooi: Vantevore is die artikel na skrywer se mening só streng deur ons howe beoordeel (vergelyk *Barnard, supra*) en is daar só noulettend op die nakom van al nege vereistes (hierbo bespreek) aangedring voordat 'n beskuldigde skotvry daarvan kon afkom, dat die bestaan van die artikel (as beskermende statutêre skild, in die woorde van Regter Kriegler hierbo aangehaal) inderwaarheid genegeer is. Dit was nooit 'n maklike ontglikkans vir skietlustige arresteerders nie.

Die bestaan van die artikel het, inteedeel, menige polisiebeampte in groot moeilikheid laat beland omdat hy/sy hom/haar in die krisisoomblik misgis het met die streng toepassing van die artikel. Die posisie was dus eintlik min of meer dieselfde as nou, na die Konstitusionele Hof se uitspraak, alhoewel hierdie hof deur die vertolkingsproses die toepassing verfyn het en moontlike onbeantwoorde vrae finaal uitgeklaar het, tot regsekerheid vir die algemene publiek en in die besonder polisiebeamptes wat regmatige arrestasies moet uitvoer.

6.5. Die De Menezes-voorval in Brittanje en die lesse wat dit inhou.

In die vorige paragraaf is die nege riglyne aangehaal wat die Konstitusionele Hof gestel het in die *Walters*-saak¹¹¹⁰ rakende die gebruik van geweld ten einde iemand in hegtenis te neem. Die Strafproseswysigingswetsontwerp van 2010¹¹¹¹ stel wysigings voor ten einde artikel 49 van die *Strafproseswet*¹¹¹² in ooreenstemming te bring met hierdie gestelde riglyne.

In die Verenigde Koninkryk het in 2005 'n voorval plaasgevind wat sekere tekortkomings in die voorgestelde Suid-Afrikaanse wysigings belig.¹¹¹³ 'n Verslag is saamgestel wat die skietdood van Jean Charles de Menezes by die ondergrond-treinstasie Stockwell op 22 Julie 2005 ondersoek. In

¹¹¹⁰ 1995 (KH), *supra*.

¹¹¹¹ GG 33619 2010-10-07; *Criminal Procedure Amendment Bill B39B-2010*.

¹¹¹² Wet 51 van 1977.

¹¹¹³ *Stockwell One Report* title page at http://www.ipcc.gov.uk/Pages/the-stockwell_investigation.aspx (accessed 2013-12-17).

hierdie insident is 'n onskuldige man deur die Britse polisie doodgeskiet. Die vlak van geweld wat die polisie mag gebruik om te arresteer het hiermee weer in die kollig gekom, veral wat betref die impak wat terrorisme, en by uitstek selfmoord-terrorisme, op polisie-taktiek die wêreld oor het en gehad het.

Uit die verslag blyk dit dat die voorgestelde wysiging aan artikel 49 nie 'n bevredigende oplossing bied vir 'n moontlike soortgelyke terroriste-bedreiging in Suid-Afrika nie. Die argument is gebaseer op die voorgestelde teks in artikel 49(2)(b), naamlik dat die frase *die verdagte word vermoed* (“*the suspect is suspected*”) mag lei tot onskuldige dodings, aangesien die woorde die potensiaal het om die besluitneming van die arresteerder na die verwyderde inspekteur of bevelvoerder (“supervisor”) oor te dra. Dit suggereer dat die arresteerder veroorloof is om dodelike geweld te gebruik gebaseer op inligting aan hom oorgedra deur 'n verwyderde derde party wat op die toneel is. Dit kan sy subjektiewe beoordeling van wat redelik is, beïnvloed. Dit kan daartoe lei dat die arresteerder werklik kan glo dat die beriggewer goed ingelig en eerlik is. So 'n veronderstelling kan lei tot misbruik of ongelukkige foute. As die bevelvoerder (of ander derde persoon) se inligting later verkeerd blyk te wees, is die arresteerder nie meer verantwoordbaar nie, want daar is geen subjektiewe vereiste dat die verdagte wel die verdagte was in byvoorbeeld 'n veelvuldige moord-ondersoek (soos in die geval van De Menezes) nie. Die polisie het vas geglo dat die verkeerd-geïdentifiseerde man 'n selfmoorbom-aanvaller was en dat hulle die geweld kon gebruik wat hulle wel gebruik het, maar die geweld wat hulle gebruik het, was

gebaseer op die vermoede van die bevelvoerder, nie hul eie nie. Op die ou end kan 'n situasie ontstaan van “*the blind leading the blind.*”¹¹¹⁴ Die feitestel herinner ook baie aan die Barnard-saak¹¹¹⁵ van 1986 waar die wag in Pietermaritzburg by die hof aan radio-kontrole (twee verwyderde derde partye) laat weet het daar is 'n terroris wat skote skiet, terwyl dit 'n onskuldige, maar nie versierende nie, pretmaker was wat sy bakkie laat *back-fire* het.

Die insluiting van die teks “*having committed a crime*”, en die uitsluiting van die frase “*future death or grievous bodily harm*” het die gevolg dat die voorgestelde artikel 49 slegs bruikbaar sal wees in voorvalle waar die verdagte ook 'n verdagte is in 'n vorige misdaad. Dit sal nie van hulp wees vir die arresteerder in gevalle waar die verdagte moontlik 'n misdaad in die toekoms beplan nie, soos 'n terroris wat sy bom vervaardig of toerusting aankoop nie. Die frase “*having committed a crime*” kan so te veel beperkinge plaas op die arresteerder, want hy kan net optree teen iemand wat reeds 'n misdaad gepleeg het, maar geen dodelike geweld gebruik teen iemand wat inderdaad op redelike gronde daarvan verdink word dat hy 'n misdaad beplan nie. So kan 'n anti-terroriste aksie waardevolle tyd verloor deurdat hulle moet probeer vasstel of die verdagte die besondere verdagte is wat in die gewysigde artikel 49 bedoel word. Die verdagte kan ontsnap, of dit kan lei tot die dood van die arresteerder.

Die laaste woord oor die wysiging van artikel 49 is dus nog nie gespreek

¹¹¹⁴ Burring P & Managay R : *Section 49, lethal force and lessons from the De Menezes shooting in the United Kingdom: 2013 De Jure.*

¹¹¹⁵ 1986 (3) SA (1) (A).

nie. Die kring is nog nie voltooi soos hierbo hoopvol aangekondig is nie. Burring en Reddi stel voor dat die gewysigde artikel verder gewysig word. Dit moet situasies voorsien waar die verdagte moontlik 'n misdad kan beplan, maar daar moet met versigtigheid te werk gegaan word, en die vermoede moet op redelike gronde gebaseer wees. Hulle stel dit so:¹¹¹⁶

'This would assist the arrestor in making a speedy decision in a potentially life-threatening situation, and would prevent a suspect from escaping, and to continue potentially life-threatening.'

¹¹¹⁶ Burring P & Reddi M: OP. cit., p. 944.

HOOFSTUK 7

LYFSTRAF – KONSTITUSIONEEL OF NIE?

7.1. Inleiding.

Die aangeleentheid is deur die volbank van die Afdeling van die Kaapse Hooggeregshof na die Konstitusionele Hof verwys. Dit is 'n konsolidasie van vyf verskillende sake waarin ses jeugdige deur verskillende landdroste skuldig bevind is en vonnisse opgelê is van “matige lyfstraf” van 'n paar houe met 'n ligte rottang. Voordat die vonnisse voltrek is, moes die Konstitusionele Hof beslis oor die grondwetlikheid al dan nie van artikel 294 van die *Strafproseswet*¹¹¹⁷ wat lyfstraf vir jeugdige veroorloof het. Die Grondwet met sy klem op menseregte het op hierdie tydstip sy gesag ten volle laat begin geld met die kollig op die doodstraf en lyfstraf.

Voor die aanvang van die verhoor in die Konstitusionele Hof het die Kaapse Prokureur-Generaal die Hof in kennis gestel dat hy sy argumente wat voorgelê sou word om die ongrondwetlike verklaring van lyfstraf teen te staan, terugtrek. Nogtans sou meneer Slabbert van die kantoor van die Prokureur-Generaal as *amicus curiae* die voorbereide argumente voordra sodat die opponerende sy van die saak volledigheidshalwe beredeneer kon word. Meneer Slabbert word gerieflikheidshalwe “die staat” genoem en die beskuldigdes die “applikante”.¹¹¹⁸ Daar kan aanvaar word dat die Prokureur-Generaal ingesien het dat daar nie werklik 'n kans was dat lyfstraf nie afgeskaf sou word nie, in die lig van die afskaffing van die

¹¹¹⁷ Wet 51 van 1977.

doodstraf deur dieselfde Hof 'n paar dae vantevore waar die bepalings van die Grondwet in diepte bespreek is. Dit was inderwaarheid 'n voldonge saak.

Voor die Konstitusionele Hof se beslissing in *Williams*¹¹¹⁹ het van ons buurlande soos Namibië en Zimbabwe reeds in 'n groot aantal beslissings die aangeleentheid van lyfstraf ondersoek. Artikel 15(1) van die Zimbabwiese Grondwet kom basies ooreen met die Suid-Afrikaanse artikel 12(1)(c)(d) en (e) – om vry te wees van geweld, op geen wyse gemartel te word nie, en nie op 'n wrede, onmenslike of vernederende wyse behandel of gestraf te word nie. In S v A Juvenile sê Appèlregter Gubbay:¹¹²⁰

‘Thus a penalty that was permissible at one time in our nation’s history is not necessarily permissible today. What might not have been regarded as inhuman or degrading decades ago may be revolting to the new sensitivities which emerge as civilization advances.’

Dit gaan dus hier weer eens om interpretasie – wat beteken “onmenslik” en “vernederend” teenswoordig teenoor wat dit miskien vroeër behels het? Is daar enige verskil in betekenis in Suid-Afrika aan die een kant en die betekenis in ander lande? Dit word in hierdie hoofstuk ondersoek, aan die hand van die beslissing van die Konstitusionele Hof in die saak van *Williams (supra)*.

Artikel 18(1) van die Namibiese Grondwet kom ooreen met ons Grondwet

¹¹¹⁸ *S v Williams* 1995 (2) SACR 251 (CC), paragraaf 1-2.

¹¹¹⁹ *Ibidem*, paragraaf 5.

¹¹²⁰ 1990 (4) SA 151, p. 168A.

se artikel 10, en Namibië se artikel 18(2)(b) met die Suid-Afrikaanse artikel 12.¹¹²¹ In die lig hiervan is Hoofregter Berker se uitlatings in *Ex Parte Attorney General, Namibia: In RE Corporal Punishment*¹¹²² baie insiggewend. Hy sê:

‘The one major and basic consideration in arriving at a decision, involves an enquiry into the generally held norms, approaches, world standards, aspirations and a host of other established beliefs of the people of Namibia. In other words, the decision is based on a value judgement which must take full cognizance of the social conditions, experiences and perceptions of the people of this country.’

Ook sê hy ‘n mens kan net hierdie waarde-oordeel maak deur die historiese agtergrond in ag te neem met sy sosiale omstandighede en die politieke impak op die persepsie van mense en ‘n klomp ander faktore. Die Namibiese hof beslis dat lyfstraf in staatskole ongrondwetlik is, omdat dit die menslike waardigheid verontagsaam en wreed, onmenslik en vernederend is.¹¹²³ Sowel Namibië en Zimbabwe het lyfstraf afgeskaf op grond daarvan dat dit barbaars, vernederend en onmenslik is. In hierdie hoofstuk sal die terme “barbaars”, “vernederend” en “onmenslik” geëvalueer word, asook die relevansie van hierdie terme wat betref die aanvaarbaarheid van lyfstraf as vonnis.

7.2. Agtergrond – tugbevoegdheid

7.2.1. ‘n Misdaad moet aan vyf vereistes voldoen voordat dit as sodanig bestempel kan word.¹¹²⁴ Daar word vlugtig na hierdie vereistes gekyk :

¹¹²¹ *S v Williams* (1995) ZACC 6.

¹¹²² 1991 (3) SA 76 (NMSC).

¹¹²³ *Williams* (1995) (KH), paragraaf 13.

¹¹²⁴ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 154-155 (vierde uitgawe).

Eerstens die legaliteitsbeginsel. Dit is reeds in die vorige hoofstuk bespreek en beteken dat die tipe optrede in ons reg voor die pleging reeds as misdaad bekend moet wees – *nullum crimen sine lege*. Tweedens die handelingsvereiste: Daar moet 'n willekeurige gedraging wees waardeur voornemens in 'n handeling omskep word, of daar moet 'n late of 'n versuim wees om positief op te tree waar daar 'n regsplig op die dader gerus het om in bepaalde omstandighede positief op te tree, maar hy/sy het versuim om dit te doen, byvoorbeeld om belasting te betaal. Derdens moet die gedrag voldoen aan die omskrywingselemente van die misdaad, met ander woorde wat presies deur die reg verbied word, en die omstandighede waarin dit moet plaasvind ten einde as misdaad te kwalifiseer, byvoorbeeld onder die invloed van alkoholiese drank 'n voertuig op 'n openbare pad bestuur. Vierdens moet die handeling wederregtelik wees, wat beteken teen die geheel van al die regsreëls – na juis hierdie vereiste word aanstons teruggekeer. Die laaste vereiste is skuld. Die oortreder moet ten tye van die pleeg van die misdaad toerekeningsvatbaar wees en met skuld optree, dus óf opsetlik óf nalatig sodat hy/sy persoonlik verwytbaar is. Die begrip “wederregtelik” word vervolgens verder belig.

7.2.2. Wederregtelikheid en die regverdedigingsgronde soos tugbevoegdheid.

Wanneer 'n persoon wederregtelik optree, is daar nogtans sekere situasies waarin die regsorde handeling geduld wat andersins as onregmatig beskou sou word. Daarmee word bedoel sekere gedrag is vir die samelewing aanvaarbaar of nie aanvaarbaar nie. Hierdie gevalle staan bekend as regverdedigingsgronde, soos noodtoestand, noodweer,

toestemming (tot benadeling), en tugbevoegdheid, om slegs 'n paar te noem. 'n Ouer wat sy stout kind met die plat hand een of twee houes op die agterstewe slaan (omdat hy byvoorbeeld sy ouma sonder rede gevloek het) sodat hy/sy beter maniere leer, en hy kan weet wat in die toekoms van hom verwag word, is 'n voorbeeld van tugtiging soos dit in die verlede aanvaar en toegepas is. Natuurlik was en is daar ouers wat ver buite hierdie perke op(ge)tree (het), soos dit die geval is met alle voorskrifte en toegewings. Dit is 'n ongelukkige realiteit dat daar ouers/toesighouers is wat kinders mishandel, seksueel of andersins. Dit gebeur gewoonlik in die ouerhuis en is nie polisieerbaar nie, behalwe as bure of onderwysers of familieledes dit agterkom en aanmeld. Dikwels is dit reeds te laat om sulke kinders te help en word hulle deel van die skokkende statistiek van kindermoord of kindermishandeling. Sulke gevalle val beslis nie onder wat hier bespreek word as tugtiging nie.

Uit talle geskrifte van die Romeinse en Romeins-Hollandse skrywers is dit duidelik dat die tugbevoegdheid van ouers nog altyd aanvaarbaar was, vergelyk Grotius.¹¹²⁵ Die tugtiging moet egter matig en redelik wees met die doel om hulle gesag te handhaaf, en in die belang van die opvoeding van die kind.

Voor die inwerkingstelling van die Grondwet het, benewens ouers, ook ander persone *in loco parentis*, byvoorbeeld onderwysers en koshuisouers, die reg gehad om dissipline te handhaaf deur die toedien van matige en redelike lyfstraf. Die Konstitusionele Hof het ten tye van die *Williams*-saak nog nie oor onderwysers se tugbevoegdheid beslis nie,

¹¹²⁵ *De Iure Belli ac Pacis* (2 5 4).

maar dit druis – so sal waarskynlik aanvaar word -- in teen artikel 10 (die reg op waardigheid), artikel 12 (die reg op vryheid en sekerheid van persoon, en veral om nie op 'n wrede, onmenslike of vernederende wyse behandel of gestraf te word nie), en artikel 28(1)(a) (die reg van 'n kind om teen mishandeling of vernedering beskerm te word.) Voorts bepaal artikel 10 van die Suid-Afrikaanse *Skolewet*¹¹²⁶ dat niemand in 'n skool lyfstraf aan 'n leerder¹¹²⁷ mag toedien nie, en dat so 'n persoon aan 'n misdad skuldig is, naamlik aanranding. Skrywer is bewus van 'n skool ('n departementele skool in die area waar skrywer woonagtig is) waar lyfstraf desondanks nog gereeld, laat-2014, toegepas word, omdat die ouers nie net toestemming gegee het nie, maar daarop aangedring het, en die betrokke skool se Beheerraad dit goedkeur. Daar word algemeen aanvaar dat die dissipline in daardie skool uit die ses sekondêre skole in die dorp die beste is: Daaroor stem onderwysers van ander skole en die betrokke skool, ouers, leerlinge van ander skole (en veral leerlinge wat vriende in daardie skool het of self vroeër daar skoolgegaan het) saam. Skrywer het 'n paar keer daar besoek afgelê en onder dieselfde indruk gekom.

Die tugbevoegdheid van ouers/onderwysers is klaarblyklik nie kragtens die gemene reg deur die Grondwet opgeskort nie, op voorwaarde dat dit redelik en matig is. Dit was die posisie tot die verbod daarop in 1997.¹¹²⁸ Matigheid word bepaal deur die geslag en ouderdom van die kind, sy/haar gesondheidstoestand en liggaamsbou, die tipe oortreding, en hoeveel houe toegedien. Redelik beteken die kind moes verkeerd

¹¹²⁶ Wet 84 van 1996.

¹¹²⁷ Skrywer verkies die woord *leerling* liewer as *leerder*, want baie sogenaamde *leerders* leer juis nie.

¹¹²⁸ Wet 33 van 1997.

opgetree het of gepoog het om so op te tree. Die motief van die ouer is belangrik: Dit moet 'n opvoedkundige doel hê en nie bloot spruit uit woede/wreedaardigheid nie.

Eggenote en werkgewers het geen tugtigingsbevoegdheid nie, vergelyk *Collett*.¹¹²⁹ 'n Aantal artikels van die Grondwet kan bepaald ook só geïnterpreteer word dat hierdie tipe persone uitgesluit is van die bevoegdheid, naamlik artikels 9,¹¹³⁰ 10, 12(1)(c)(d)(e). Daar bestaan vandag nog kulture waarvolgens (manlike) eggenote daarop “geregtig” is om die vrou te tugtig, maar tans word dit in Suid-Afrika as aanranding beskou en die *Wet op Gesinsgeweld*¹¹³¹ is ook in hierdie omstandighede van toepassing en verleen beskerming aan die eggenoot wat “getugtig” word.

7.2.3. *S v Williams (supra)*.

7.2.3.1. Artikels 294 en 295 van die *Strafproseswet*, soos in 1995.

Die uitspraak in hierdie saak (van *Williams*) voor die Konstitusionele Hof is gelewer op 9 Junie 1995, dus slegs drie dae na die *Makwanyane*-saak (*supra*, hoofstuk 5) waarmee die doodstraf afgeskaf is. Dit is dus te verwagte dat die uitvoerige interpretasie van die relevante artikels van die Grondwet in *Williams* dieselfde riglyne sou volg.

Soos genoem, is die aansoek gebring as 'n konsolidasie van vyf

¹¹²⁹ 1978 (3) SA 206 (RA) 209.

¹¹³⁰ Artikel 9: gelykheid; artikel 10: menswaardigheid; artikel 12(1)(c)(d)(e): vry te wees van alle vorme van geweld, op geen wyse gemartel te word nie en nie op 'n wrede, onmenslike, vernederende wyse gemartel of gestraf behoort te word nie.

¹¹³¹ Wet 116 van 1998.

verskillende sake waarin ses jeugdiges deur verskillende landdroste skuldig bevind is en gevonniss is om “korreksie” van ‘n paar houe met ‘n ligte rottang te ontvang. Die Hof moes beslis of die vonnis van lyfstraf ooreenkomstig die bepaling van artikel 294 van die *Strafproseswet* in ooreenstemming is met die Grondwet. Al die verhore het begin vóór 27 April 1994 en al die vonnisse is opgelê ná 27 April van daardie jaar toe ‘n nuwe bedeling in Suid-Afrika in werking gestel is.

Regter Langa lewer die uitspraak en wys daarop dat lyfstraf ingevolge artikel 294 nie normaalweg aan hersiening (van ‘n Hoë Hof) onderworpe is nie. Die straf word dus toegedien byna onmiddellik nadat die vonnis opgelê is. In baie hersieningsake wat op grond van onreëlmatighede die verrigtinge van die verhoorhof tersyde gestel het, was die vonnisse van lyfstraf reeds voltrek en kon dit uit die aard van die saak nie ongedaan gemaak word nie, vergelyk *S v Ruiters en Ander*.¹¹³² In die geval van *Williams*, egter, het die landdros die toedien van die lyfstraf eers uitgestel sodat die aangeleentheid deur die Konstitusionele Hof beslis kon word. Regter Langa noem dat hierdie sensitiwiteit te verwelkom is – die howe moet ‘n rol speel in die bevordering en ontwikkeling van ‘n nuwe kultuur wat gevestig is op die erkenning van menseregte, en veral daardie regte wat deur die Grondwet beskerm word. Waaksaamheid, per Regter Langa, is ‘n integrale komponent van hierdie rol van die howe, sodat geregtigheid kan geskied en die regte van “*particularly the weakest and the most vulnerable*” beskerm kan word. Hy gaan voort :

¹¹³² 1975 (3) SA 526 (CC).

'One of the implications of the new order is that old rules and practices can no longer be taken for granted; they must be subjected to constant reassessment to bring (them) into line with the provision of the constitution.'

Die regsverteenwoordigers vir die applikant en die Staat het saamgestem dat lyfstraf vir volwassenes ongrondwetlik is. Dit erken die effek wat die bepaling van die Grondwet het, sê Regter Langa, om die parameters van beskaafde optrede uit te stip, ten minste op die vlak van die regsadministrasie. Tot op daardie tydstip het ons reg lyfstraf toegelaat nie net vir jeugdige nie, maar ook vir volwassenes tussen 21 en 30 jaar, ten spyte van die feit dat dit toenemend deur die houe gekritiseer is as "*punishment of a particularly severe kind ... brutal in its nature ... a severe assault upon not only the person of the recipient but upon his dignity as a human being*" – Regter Fannin in *S v Kumalo and Others*;¹¹³³ "*a very severe and humiliating form of punishment*" – Regter De Wet in *S v Mynte, S v Baby*;¹¹³⁴ " 'n uiterste strafvorm" – Regter Conradie in *S v Staggie*;¹¹³⁵ " 'n erg vernederende en fisies baie pynlike vorm van bestraffing" – Appèlregter MT Steyn in *S v Ven 'n Ander*.¹¹³⁶ Ook in ander lande soos Zimbabwe en Namibië is soortgelyke kritiek uitgespreek, vergelyk hierbo aan die begin van die hoofstuk. As lyfstraf vir volwassenes afgeskaf word, sê Regter Langa, sal dit slegs onderskryf wat die res van die wêreld ondervind, naamlik 'n wegbeweeg van lyfstraf, soos die Landsdown-Kommissie van Ondersoek reeds in 1947 meld,¹¹³⁷

¹¹³³ 1965 (4) SA 565 (N).

¹¹³⁴ 1985 (2) SA 61 (CK).

¹¹³⁵ 1990 (1) SACR 669 (C).

¹¹³⁶ 1989 (1) SA 532 (A).

¹¹³⁷ Soos aangedui in *Williams* 1995 (*supra*), paragraaf 12.

en ook die Viljoen-Kommissie van 1977¹¹³⁸ wat lyfstraf as brutale aanranding op 'n persoon en sy waardigheid bestempel.

In die onderhawige saak is die grondwetlikheid al dan nie van lyfstraf vir jeugdiges bevraagteken. Die *Strafproseswet* het (op daardie tydstip) 'n aantal bepalings (gehad) wat lyfstraf reël. Dit dui geen minimum ouderdom aan nie, maar in die praktyk is dit beperk tot nie onder 9 jaar nie. Artikel 295 (2) het bepaal dat lyfstraf nie toelaatbaar was nie indien bewys is dat die een of ander psigoneurotiese of psigopatiese toestand tot die pleging van die misdaad bygedra het. Artikel 294 (1)(a) het voorgeskryf dat die lyfstraf toegedien sou word deur die persoon, op die plek en met die instrument soos deur die hof bepaal, alhoewel 'n rottang gewoonlik gebruik is. Nie meer as sewe houe nie, op die boude bedek deur die normale kleding, nadat 'n distriksgeneesheer of 'n assistent-distriksgeneesheer die "kandidaat" se gezondheidstoestand geskik vir lyfstraf verklaar het – dit was verdere bepalings van die Wet. Dit is artikel 294 wat in die aansoek onder skoot kom, op grond daarvan dat dit die huidige Grondwet en wel artikels 9 (gelykheid), 10 (menswaardigheid), 12 (geweld, marteling, wrede, onmenslike, vernederende behandeling en straf), 28 (beskerming van kinders teen mishandeling, misbruik, vernedering) aantas.¹¹³⁹ Artikel 9 verbied verder ook onbillike diskriminasie op grond van ras, geslag, geslagtelikheid, kleur en ouderdom." Daar is aangevoer dat artikel 294 op onbillike wyse diskrimineer teen manlike jeugdige op grond van ouderdom en geslag, en, sê Regter Langa, "*in the context of South Africa's unjust and unequal*

¹¹³⁸ Williams (1995) KH.

past, their application was susceptible to racial bias.” Dit is heel moontlik wel die geval, maar skrywer weet nie of daar vergelykende statistiek bestaan om hierdie stelling te staaf nie. Die omstandighede waarin lyfstraf toegedien is, insluitende die feit dat dit die opsetlike veroorsaking van fisiese pyn deur ‘n vreemdeling namens die Staat behels, kan nie versoen word nie met respek vir en die beskerming van die waardigheid van die ontvanger van die straf nie, meen Regter Langa. Dit geld ook vir die persoon wat die straf toedien.¹¹⁴⁰

Die meeste van die argumente het gefokus op die aantasting van artikel 12 wat handel oor die vryheid en sekerheid van die persoon, die reg om nie gemartel te word nie (fisies, geestelik of emosioneel) of onderwerp te word aan wrede, onmenslike of vernederende behandeling en straf nie. Dit is die enigste bepaling (waarop die applikante gesteun het) wat spesifiek verwys na straf. Regter Langa gee in *Williams (supra)* voorts ook aandag aan die impak van artikels 10 en 12 van die Grondwet op die voorgeskrewe handeling van artikel 294 van die *Strafproseswet*.

7.2.3.2. Interpretasie en semantiese waardes.

Regter Langa sê dis duidelik dat, as die woorde van artikel 12 apart gelees word, soos dit hoort, die bepaling na sewe onderskeibare tipes optrede verwys, naamlik marteling, wrede behandeling, onmenslike behandeling, vernederende behandeling, wrede straf, onmenslike straf en vernederende straf. Dit stem ooreen met die meeste internasionale bepalinge wat betrekking het op menseregte. Oor die algemeen word

¹¹³⁹ Ooreenkomstig die Grondwet 108 van 1996, *supra*, soos in hoofstuk 1 volledig aangehaal.

hierdie regte gewaarborg in absolute en ongekwalifiseerde terme. In sulke gevalle is geen regverdiging moontlik nie. (Vergelyk die Grondwet van Namibië wat lui dat geen persoon se waardigheid aangetas mag word nie; geen persoon onderwerp sal word aan wrede, onmenslike of vernederende behandeling nie, en geen beperking is toepaslik op hierdie bepalinge nie – artikel 8.) Die *Oxford English Dictionary* definieer “cruel”¹¹⁴¹ as “*delighting in another’s pain*”, “*causing or inflicting pain without pity*”; “*inhuman*” as “*destitute of natural kindness or pity, brutal, unfeeling, savage, barbarous*” en “*degrading*” as “*lowering in character or quality, moral or intellectual debasement.*” In die Suid-Afrikaanse reg, sê Regter Langa, kom verwysing na “*cruel*” wat betref behandeling of straf selde voor. Die uitdrukking “*cruel treatment*” is gebruik as “*willfully caus(ing) pain without justification...intention of causing substantial pain and not reasonably necessary in all circumstances*”: *R v Mountain*.¹¹⁴²

Regter Langa meen dat dit sal afhang van die aard van die optrede wat aangeveg word, of dit nodig sal wees om die woorde van die uitdrukking te skei en die konsep telkens individueel uit te lê.¹¹⁴³ Dit is moontlik dat, in sekere gevalle, optrede wat vernederend is nie noodwendig onmenslik of wreed is nie. Aan die ander kant kan ander optrede al drie van die bogenoemde wees. Dit kan nuttig wees om die konsepte op ‘n glyskaal te gradeer, gebaseer op die lyding wat toegedien word. De boonste posisie sal deur marteling ingeneem word, gevolg deur wreed, dan onmenslik en

¹¹⁴⁰ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 11.

¹¹⁴¹ Soos aangehaal deur Regter Langa in *Williams* (1995) (*supra*), paragraaf 24.

¹¹⁴² 1928 TPD 86, p. 88.

¹¹⁴³ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 25.

daarna vernederend.¹¹⁴⁴

Dis die mening van die skrywer dat dit in hierdie stadium wenslik is om die onderskeid tussen die verskillende tipes lyfstraf duidelikheidshalwe saam te vat. Dit kan in vier groepe verdeel word:

1. Vir jong manlike volwassenes (18 – 30) as tipe straf deur die hof opgelê.
2. Vir manlike jeugdige bo 9 jaar, maar onder 18, as tipe straf deur die hof opgelê.
3. Vir skoolgaande seuns op grond van herhaalde ernstige wangedrag, toegedien in die privaatheid van byvoorbeeld die kantoor deur die skoolhoof of 'n aangewese senior onderwyser.
4. Tugtiging deur die ouer tuis met die voorskrifte van matigheid en redelikheid in gedagte.

Hierdie kategorieë maak na skrywer se mening 'n groot verskil aan die wenslikheid van lyfstraf al dan nie -- voor die afskaffing daarvan as straftipe opgelê deur die hof of andersins. Hieroor later meer, maar in hierdie stadium kan skrywer reeds die mening uitspreek dat lyfstraf vir 'n jong man bo 21 (dus 'n jong volwassene) as onwenslik beskou word, lank voor dit om grondwetlike redes ter sprake gekom het. Hoe nader aan 30 jaar, hoe onwensliker. Baie jong mans is reeds in daardie stadium getroud en het self kinders, en so 'n straf is beslis, veral as daar gedink word aan die kinders se reaksie daarop, nie toepaslik nie, al het hy ook watter misdaad gepleeg: 'n Ander straf sou gevind moes word.

¹¹⁴⁴ Williams (1995) KH, paragraaf 25.

7.2.3.3 Regsvergelyking

a) Algemeen :

Buitelandse howe gee min leiding wat betref die betekenis wat aan elke woord op sy eie toegeken moet word. Die neiging is om met frases of 'n kombinasie van woorde te werk.¹¹⁴⁵ Volgens die Menseregtekomitee van die Verenigde Nasies is die beoordeling van wat onmenslik of vernederende behandeling is, afhanklik van die omstandighede van elke geval, soos die tydsduur en wyse van optrede, die fisiese en geestelike gevolge daarvan, asook die geslag, ouderdom en gezondheidstoestand van die "slagoffer", vergelyk *Vuolanne v Finland*.¹¹⁴⁶ Regter Langa verwys na artikel 3 van die Europese Konvensie vir die Beskerming van Menseregte en Basiese Vryhede (Europese Konvensie); dit word geïnterpreteer deur konsepte te onderskei op grond van die graad van lyding toegedien.¹¹⁴⁷ Die Europese Kommissie vir Menseregte (Europese Kommissie) het onmenslike behandeling beskryf as dit wat "geweldige lyding, sielkundig of fisies, veroorsaak en wat onder die bepaalde omstandighede nie geregverdig kan word nie," en marteling as "*an aggravated form of inhuman treatment*."¹¹⁴⁸ Die Europese Hof vir Menseregte (Europese Hof) het onderskei tussen marteling en onmenslike behandeling op grond van die feit dat marteling 'n spesiale stigma heg aan opsetlike onmenslike behandeling wat baie ernstige en wrede lyding veroorsaak.¹¹⁴⁹ Die Hof het ook vernederende optrede

¹¹⁴⁵ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 26.

¹¹⁴⁶ 1996 ILR 649, p. 657.

¹¹⁴⁷ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 27.

¹¹⁴⁸ *Ibidem*, paragraaf 27.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*.

gekategoriseer as die tipe optrede wat in slagoffers gevoelens van vrees, angs en minderwaardigheid veroorsaak – dit lei tot vernedering en onderdanigheid, sodat hul fisiese en morele weerstand moontlik afgebreek kan word. Dieselfde Hof het in *Tyrer v UK*¹¹⁵⁰ onderskei tussen onmenslike en vernederende straf en het beslis dat lyding ‘n sekere vlak moet bereik voordat straf as onmenslik geïdentifiseer kan word. In ‘n saak waar ‘n jeugdige tot drie houe met ‘n lat gevonniss is, het die Hof bevind dat, alhoewel daardie vlak nie bereik is nie, die lyfstraf van die jeugdige nogtans op vernederende straf neergekom het. (Tog het dit dikwels voorgekom in Suid-Afrikaanse skole dat die ontvangers van lyfstraf daarmee gespog het dat hulle ‘n aantal houe gekry het, en die pak “soos ‘n man gevat het”. Selfs meisies het houe oor die hande gekry met ‘n lineaal of lat of bordpasser. Skrywer weet nie van spog daarmee nie.)

b) Die Verenigde State van Amerika

Die Agtste Amendement tot die Grondwet van die Verenigde State van Amerika, (sowel as artikel 12 van die Kanadese Handves vir Regte en Vryheid) verbied ‘*cruel and unusual punishment*.’¹¹⁵¹ In *Furman v Georgia*¹¹⁵² het Regter Brennan kriteria daargestel vir die evaluering van wat as wrede en ongewone straf beskou kan word. Hy wys daarop dat straf nie wreed en ongewoon is bloot omdat dit pyn veroorsaak nie. Die ware betekenis lê in die feit dat lede van die menseras behandel word “*as nonhumans, as objects to be toyed with and discarded ... (and that this is)... thus inconsistent with the fundamental premise of the Clause that even the vilest criminal remains a human being possessed of common*

¹¹⁵⁰ 1979 – 1980 2 EHRR 1.

¹¹⁵¹ Aangehaal deur Regter Langa in *Williams* 1995 (supra), paragraaf 28.

¹¹⁵² 1972 408 US 238, *supra*: hoofstuk 5.

*human dignity.*¹¹⁵³

Alhoewel sommige van die opvattinge wat in *Furman* uitgespreek is, in *Gregg v Georgia*¹¹⁵⁴ gekwalifiseer is, het Regter Stewart bevestig dat die basiese konsep onderliggend aan die Agtste Amendement die waardigheid van die mens is.

c) Kanada

In die Kanadese Regte kom die raamwerk van die wetgewing ooreen met die Suid-Afrikaanse en artikel 1 van hulle Handves speel 'n soortgelyke rol as dié van artikel 36 van Suid-Afrika se Grondwet. Die Kanadese Hooggeregshof het die konsep "*cruel and unusual punishment*" geïnterpreteer as "*a compendious expression of a norm*" met die toepaslike toets "*whether punishment prescribed is so excessive as to outrage the standards of decency*", volgens *Smith v The Queen*.¹¹⁵⁵

[Met pak word algemeen verstaan 'n paar matige houe, onder redelike omstandighede, nie marteling wat die bloed laat loop nie. Dit oorskry dus geensins die "standaarde van ordentlikheid" nie.] Faktore wat in ag geneem moet word in die beoordeling van die straf, sluit in die effek wat nie grof oneweredig moet wees nie, die erns van die oortreding, die persoonlike karaktertrekke van die oortreder en die spesifieke omstandighede van die saak. In die *Smith*-saak (*supra*) stel Regter Dickson en Regter Lanier dit so:¹¹⁵⁶

'Some punishments or treatments will always be grossly disproportionate and will always outrage our standards of decency: For example, the infliction of corporal punishment, such as the lash,

¹¹⁵³ Williams (1995)(KH), paragraaf 28.

¹¹⁵⁴ 1976 428 US 153, *supra*: hoofstuk 5.

¹¹⁵⁵ 1988 31 CRR 193 (SCC).

¹¹⁵⁶ *Smith v The Queen* (1988) 31 CRR 193, p. 214.

irrespective of the number of lashes imposed...’

d) Namibië en Zimbabwe

Die beslissings van die Hoër Howe van Namibië en Zimbabwe is van groot belang, per Regter Langa.¹¹⁵⁷ Die state is geografiese buurlande en Suid-Afrika deel ook met hulle dieselfde Engelse koloniale agtergrond wat die Suid-Afrikaanse reg grootliks beïnvloed het. Voorts deel ons die Romeins-Hollandse regstradisie.¹¹⁵⁸ Anders as die Suid-Afrikaanse Grondwet het die Namibiese Grondwet nie ‘n algemene beperkingsklousule nie. In *Ex parte Attorney – General, Namibia (supra)* het Waarnemende Appèlregter Mahomed egter sonder huiwering beslis dat lyfstraf, sy dit vir volwassenes of jeugdiges, teenstrydig is met artikel 8 van die Namibiese Grondwet en neerkom op “onmenslike en vernederende” straf.¹¹⁵⁹

In *S v Ncube; S v Thsuma, S v Ndhlovu*¹¹⁶⁰ het die Hof beslis dat lyfstraf vir volwassenes onmenslik en vernederend is en teenstrydig met artikel 15(1) van die Grondwet van Zimbabwe wat “marteling of onmenslike of vernederende straf” verbied. Soos reeds hierbo gestel, ondersteun skrywer die kwalifikasie “vir volwassenes”. Dieselfde bevinding is gemaak in *S v F.*¹¹⁶¹ In *S v A Juvenile*¹¹⁶² het Appèlregter Gubbay lyfstraf vir jeugdige só beskryf:

¹¹⁵⁷ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 31.

¹¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹¹⁵⁹ *Ibidem*, paragraaf 31.

¹¹⁶⁰ 1988 (2) SA 702 (ZS).

¹¹⁶¹ 1989 (1) SA 460 (ZH).

¹¹⁶² 1990 (3) SA 76 (NMSC) (*supra*).

'inherently brutal and cruel; for its infliction is attended by acute physical pain. After all, that is precisely what it is designed to achieve. In short, whipping, which invades the integrity of the human body, is an antiquated and inhuman punishment which blocks the way to understanding the pathology of crime.'

*Tyrer v United Kingdom (supra)*¹¹⁶³ sluit hierby aan en kritiseer veral die feit dat dit institusionele geweld is wat deur die reg toegelaat word en deur die Staat beveel en uitgevoer word. Die ontvanger van die straf word as 'n voorwerp behandel.

e) Ordentlikheid en menswaardigheid.

Regter Langa meen dat die draad wat deur al die interpretasies van sinsnedes en uitdrukkings loop, soos gebruik deur verskillende organisasies en die howe van baie lande, die identifisering en erkenning van die gemeenskap se konsep van "*decency*" en "*human dignity*" is.¹¹⁶⁴ Die Agtste Amendement tot die Grondwet van die Verenigde State van Amerika waarin "*cruel and unusual punishment*" verbied word, word geïnterpreteer in die lig van "*contemporary standards of decency*."¹¹⁶⁵ In *Trop v Dulles*¹¹⁶⁶ is beslis dat die Agtste Amendement se betekenis afgelei moet word uit die "*evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society*." In *Weems v United States*¹¹⁶⁷ (*supra*) het die Hof reeds in 1910 opgemerk dat die Agtste Amendement nie net wrede straf verbied soos dit bekend was in 1688 of 1787 nie, maar 'n wyer betekenis moet aanneem "*as public opinion becomes enlightened by human justice*." Regter Langa meen dat die verhouding tussen

¹¹⁶³ 1979-1980 2 EHRR 1.

¹¹⁶⁴ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 35.

¹¹⁶⁵ *Ibidem*, paragraaf 35.

¹¹⁶⁶ 1958 356 US 86.

¹¹⁶⁷ 1910 USSC 55; 217 US 349 , p.378.

“*contemporary standards of decency*” en die openbare mening onseker is, en hy is nie oortuig dat hulle een en dieselfde is nie. Die openbare mening is egter nie van bepalende belang wat betref konstitusionele aangeleenthede nie, soos Regter-President Chaskalson dit in *Makwanyane* (*supra*) gestel het:¹¹⁶⁸ As die openbare mening bepalend was, sou daar geen behoefte gewees het aan geregtelike beoordeling nie. Dan kon die beskerming van regte aan die Parlement oorgelaat gewees het, wat ‘n mandaat van die publiek het. Dit sou egter ‘n terugkeer na parlementêre soewereiniteit beteken, en ‘n wegkeer van die nuwe regsorde wat deur die 1993 Grondwet gevestig is.¹¹⁶⁹ [Volgens skrywer is dit egter nie die enigste opsie nie. As die openbare mening getoets word en daar bevind word dat ‘n baie groot meerderheid van die bevolking sekere optredes verwerp of ondersteun, kan die aangeleentheid na die parlement geneem word en met ‘n twee-derde steun kan daardie aspek van die Grondwet gewysig word, met behoud van die waardes van die Grondwet. Die behoeftes en begeertes van die sosiale orde sal egter beter ondersteun word. Dit is vir skrywer duidelik dat Suid-Afrika se inwoners reeds daardie punt bereik het, sover dit die herinstelling van die doodstraf vir ‘n klein aantal gruwelmisdade aangaan, asook lyfstraf in skole, want daar is heelwat skole waar uiters swak dissipline die leerlinge wat wel wil werk daarvan weerhou om hulle grondwetlike reg op ‘n basiese skoolopvoeding te geniet.]

Regter Langa is voorts in die saak van *Williams* van mening dat dit nie vir hom klinkklaar is dat ons die Amerikaanse konsep van “*contemporary*

¹¹⁶⁸ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 36.

standards of decency” moet aanneem nie, of dat dit nodig is om die frase ‘n duidelike omskrewe betekenis te gee nie, aangesien ons Grondwet van die Amerikaanse verskil en ons Grondwet spesifiek bepaal dat die regte daarin verskans, met inbegrip van artikels 10 en 12(1), geïnterpreteer moet word in ooreenstemming met die waardes van ‘n oop en demokratiese samelewing wat gebaseer is op vryheid en gelykheid.¹¹⁷⁰ Om vas te stel of optrede/straf wreed, onmenslik en vernederend is ooreenkomstig die Grondwet, moet die straf beoordeel word in die lig van die waardes wat die voedingsbron is van die Grondwet.¹¹⁷¹ [Skrywer wil byvoeg: Daardie voedingsbronwaardes van die Grondwet het nie uit die lug geval nie, dit is van toepassing op die land en die beskouing van die meerderheid ten opsigte van wat ordentlik en aanvaarbaar is, met in agneming van die waardes van daardie dele van die wêreld wat as beskaaf beskou word, hoe moeilik dit ook is om dit te definieer. In die *Cape Times*¹¹⁷² is berig – die bron is die *Saudi Sabq* nuuswebwerf – dat ‘n man wat iemand vals belaster het ingevolge die Islamitiese reg veroordeel is tot drie maande tronkstraf plus **80 houe lyfstraf**. Daarby moes hy ongeveer R28 000 boete betaal. ‘n Mens kan daardie land kwalik onbeskaaf noem, veel meer die teenoorgestelde wat betref hul lewenstandaard en aansien in die wêreld, maar as dit by menseregte kom, word die begrip meer problematies. Skrywer wil byvoeg dat die Suid-Afrikaanse Grondwet geskryf is deur regskenner wat in voeling is (of behoort te gewees het) met die waardes van hierdie land en sy

¹¹⁶⁹ Williams (1995) KH.

¹¹⁷⁰ *Ibidem*, paragraaf 37.

¹¹⁷¹ *Ibidem*, paragraaf 37.

¹¹⁷² *Cape Times*: 2014/01/03.

inwoners, al is daar 'n wye verskeidenheid en enorme diversiteit. Nie net waardes wat in die buiteland aanvaar word nie, maar ook plaaslike waardes en behoeftes moes bepaald 'n rol gespeel het toe die Grondwet geformuleer is. Skrywer het die grootste respek en waardering vir van die opstellers van die Grondwet, soos -- om maar een naam te noem -- emeritus-professor Marinus Wiechers, en hulle het ongetwyfeld deeglike navorsing gedoen. Noudat die Grondwet reeds byna 20 jaar in werking is, het daar besliste voorkeure en afkere uitgekristalliseer wat in ag geneem sal moet word, juis omdat ons reg nie staties is nie maar dinamies, en dit die gees van die tyd moet weerspieël. Met ander woorde, die huidige gees, ongeveer twintig jaar na die inwerkingtreding en interpretasie van die Grondwet. Die ander uiterste, wat reëlreg staan teenoor die aanvaarding van die waardes van die Grondwet is dat inwoners van die land toenemend voel hulle word nie deur die reg beskerm nie, daarom moet hulle die reg in eie hande neem. Ook dat die Grondwet nie voorsiening maak vir die norme waaraan hulle waarde heg nie, soos dat nie net die leerder in die skool regte het nie, maar ook die opvoeders. Of dat misdadigers nie gestraf word soos wat hulle verdien nie, maar wegkom met min of geen straf nie, omdat die howe hulle te lig daarvan laat afkom of omdat die Polisie nie hulle werk behoorlik doen nie en die misdadigers deur die net glip, of dat belangrike dossiere uit die Polisie se bewaring “wegraak” sodat vervolging as gevolg van korrupsie gestaak moet word. Of dat die howe wel behoorlike strawwe oplê, maar Korrektiewe Dienste sekere gevangenes op onverdiende parool uitlaat.¹¹⁷³ Skrywer praat hier van die gevoelens van gewone

¹¹⁷³ Soos Jackie Selebi : *Die Burger*, 2011/12/24 en latere berigte hierbo in hoofstuk 5.

wetsgehoorsame mense wat onder misdaad ly, nie boosaardige wesens wat tot elke prys wraak wil neem nie. As voorbeeld word die *Cape Times*¹¹⁷⁴ weer aangehaal: “*Mob justice*”: ‘n Man wat daarvan verdink is dat hy ‘n vyftienjarige meisie met ‘n mes gedreig het en verkrag het, is met sambokke geslaan (= lyfstraf toegedien) en daarna gestenig (= die doodstraf opgelê.) ‘n Lid van die gemeenskap het namens die ander aan ‘n verslaggewer gesê hulle is nie jammer die man is dood nie, want hy het voortdurend misdade gepleeg, soos om mense te beroof en aan te rand en as hulle nie iets daaraan gedoen het nie, sou niemand anders (= die Polisie/die reg) iets daaraan gedoen het nie. So praat mense wat glo die Grondwet beskerm net die misdadiger, nie die gewone mens nie.

Om terug te keer tot *Williams*, per Regter Langa, is die eenvoudige boodskap dat die Staat wat straf, dit moet toepas ooreenkomstig sekere standarde, en hierdie standarde sal die waardes reflekteer waarop die Grondwet steun. In die onderhawige konteks beteken dit dat straf menslike waardigheid moet respekteer en verenigbaar moet wees met die bepalinge van die Grondwet.¹¹⁷⁵

In die internasionale gemeenskap is daar ongetwyfeld ‘n groeiende konsensus dat geregtelike lyfstraf wat uiteraard die doelbewuste toediening van fisiese pyn behels, indruis teen die gemeenskap se begrip van ordentlikheid (“*decency*”), en ‘n direkte inbreukmaking is op die reg wat elke mens het op menswaardigheid. Hierdie konsensus is uitgedruk

¹¹⁷⁴ 2013/12/31.

¹¹⁷⁵ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 38.

deur die Howe en die wetgewers van verskillende lande en deur internasionale instellings. Dit is 'n duidelike neiging wat gevestig is, per Regter Langa.¹¹⁷⁶ Skrywer kan, met eerbied, nie fout vind met hierdie stelling van Regter Langa nie, alhoewel dit duidelik is dat die gemeenskappe van Kanada en die Verenigde State van Amerika nie noodwendig gelykgestel kan word aan dié van Suid-Afrika nie. Zimbabwe en Namibië is egter wel nader aan Suid-Afrika s'n in meer as net die geografiese sin. Selfs tussen Suid-Afrika en laasgenoemde lande is daar nogtans beduidende verskille. Verder is daar welvarende en op die oog af ontwikkelde lande soos Saudi Arabië in die voorbeeld hierbo aangehaal, wat nie hierdie beskouing ondersteun nie.

In die lig hiervan moet daar gekyk word na stemme wat uit die betrokke gemeenskap na vore kom (soos in Suid-Afrika) en wat hulle as “*decent*” beskou – byvoorbeeld CESA¹¹⁷⁷ (*Christian Education South Africa*) wat volhou dat Christene die toedien van lyfstraf grond op die Bybel, met die doel om die ontvanger van die straf op die regte pad te plaas en te hou.¹¹⁷⁸ Alhoewel CESA hulle hoofsaaklik beywer vir lyfstraf in skole (en nie as strafvorm opgelê deur die howe nie) bestaan daar 196 CESA-skole met byna 15 000 leerlinge.¹¹⁷⁹ Die ouers en hulle (godsdiensstige) gemeenskappe is maar één groepering in die land wat lyfstraf nie as “*indecent*” beskou nie en myns insiens moet daar gekyk word na die opinies van sterk belangegroeppe wanneer begrippe soos “*decent*”

¹¹⁷⁶ Williams (1995) KH, paragraaf 39.

¹¹⁷⁷ CESA word as akroniem gebruik en nie as verkorting nie, daarom word dit so geskryf.

¹¹⁷⁸ Vergelyk *CESA v Minister of Education* 2000 (4) SA 757 (CC).

¹¹⁷⁹ cesashools.org.

geïnterpreteer word. CESA (en talle ander Christene) steun sterk op die Bybel en wel op Spreuke 22:15 : “Onverstandigheid is eie aan ‘n jongmens, maar ‘n pak slae haal dit uit hom uit,” en ook Spreuke 23:13 : “Moenie huiwer om ‘n kind te straf nie, want as jy hom slaan, red jy sy lewe.” ‘n Baie hoë persentasie van alle gemeenskappe in die land is Christene,¹¹⁸⁰ wat die Bybel bo alles as riglyn aanvaar, ook die Ou Testament soos hier ter sprake is, en dit nie beskou as “*antiquated punishment*” soos hierbo aangehaal uit Regter Gubbay se *S v A Juvenile* se uitspraak nie. Skrywer aanvaar dat die Bybelse waardes (saam met die hoë waardes van ander religieuse groepe) bepaald ook die voedingsbron is van die Grondwet. Dit kan nie aan die een kant die voedingsbron wees en aan die ander kant geïgnoreer word wanneer die Grondwet geïnterpreteer word nie. ‘n Paar houe met ‘n rottang (selfs al is dit nie ‘n ligte rottang nie) kan kwalik met marteling gelykgestel word.

Regter Langa wys daarop dat lyfstraf in ‘n groot aantal lande afgeskaf is, insluitende die Verenigde Koninkryk, Australië (behalwe Wes-Australië), die Verenigde State van Amerika, Kanada, die Nederlande, Swede, Denemarke, Finland, Noorweë, Oostenryk, Cyprus en Mosambiek.¹¹⁸¹ In Lesotho bestaan daar beperkings op lyfstraf vir mans bo 30 jaar.¹¹⁸² Botswana het lyfstraf behou, maar die houe kritiseer dit oor die algemeen. Appèlregter Aguda haal in *Petrus*¹¹⁸³ met goedkeuring aan

¹¹⁸⁰ In die voorlaaste sensus het 73.3% van die bevolking aangedui hulle is Christene. In die laaste sensus was daar nie ‘n geleentheid om ‘n geloofsopsie aan te dui nie, statsa.gov.za. 2014/06/07.

¹¹⁸¹ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 40.

¹¹⁸² *Ibidem*.

¹¹⁸³ 1985 {LRC} Const 699.

uit 'n werk van professor Nwabueze :

'Any punishment involving torture, such as the rack, the thumbscrew, the iron boot, the stretching of limbs, burning alive or at the stake, crucifixion, breaking on the wheel, embowelling alive, beheading, public dissection and the like, or involving mutilation or a lingering death, or the infliction of acute pain and suffering, either physical or mental, is inherently inhuman and degrading.'

Dié tipe straf word ingevolge die Grondwet van Botswana verbied, “*notwithstanding the fact that public sentiments favour it,*” per Appèlregter Aguda.¹¹⁸⁴ Voorts, sê hy, kan enige straf wat inherent nie onmenslik of vernederend is nie, dit word op grond van die manier waarop dit toegedien word. 'n Heel verskillende interpretasie dus uit 'n buurland; 'n vertolking waarmee die meerderheid van die Suid-Afrikaanse gemeenskap hom klaarblyklik kan vereenselwig. Professor Nwabueze se beskrywing van marteling of wrede en onmenslike straf pas by wat die Suid-Afrikaanse samelewing as onaanvaarbaar vertolk, in teenstelling met 'n paar “matige houe met 'n ligte rottang” soos ons howe gewoonlik lyfstraf opgelê het.

Die Staat het in sy betoog klem gelê op die verskil tussen lyfstraf vir volwassenes en jeugdige. Regter Langa meen dit verskil net in graad, nie in die tipe straf nie.¹¹⁸⁵ In die verlede was die geldende voorskrifte: die instrument kan verskil – tipe rottang – die jeugdige word nie vasgemaak nie en hou sy klere aan, 'n jeugdige kan telkens lyfstraf opgelê word teenoor die twee maal maksimum vir 'n volwassene, en met

¹¹⁸⁴ Aangehaal in *Williams* (1995)(KH), paragraaf 40.

¹¹⁸⁵ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 44.

tussenposes van drie jaar, en vir altwee nie meer as 7 houe nie.¹¹⁸⁶

Regter Langa stem saam met die afwykende beslissing in *Campbell and Cosans v United Kingdom*:¹¹⁸⁷

‘Corporal punishment amounts to a total lack of respect for the human being; it therefore cannot depend on the age of the human being...’

Die Staat het verder in *Williams* beweer dat jeug ‘n voordeel is: ‘n Jeugdige se karakter word nog gevorm en lyfstraf kan hom hervorm, terwyl dit ‘n ouer persoon sal verhard.¹¹⁸⁸ Regter Langa stem nie saam nie en meen dat ‘n sensitiewe jeugdige teen so ‘n ondervinding beskerm behoort te word. Hy haal Regter Brandeis in *Olmstead v US*¹¹⁸⁹ aan:

‘Our Government is the potent, the omni-present teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example.’

Regter Langa reken lyfstraf in skoolverband hoef nie bespreek te word nie, want dis nie waaroor dit gaan nie. Dit is nogtans insiggewend, meen Regter Langa voorts in *Williams* om *Costello-Roberts v United Kingdom*¹ te bekyk. Daar is bevind dat daar nie ‘n bepaalde vlak van felheid (*severity*) bereik is om as vernederend bestempel te word nie. ‘n Skoolhoof het in ‘n privaat skool ter handhawing van dissipline ‘n leerling drie houe met ‘n rubbersool-gimnastiekskoen op die boude (en deur ‘n broek) in privaatheid gegee. Die beslissing is gegee deur vyf regters teenoor vier. Dit is, volgens skrywer, die probleem : die interpretasie van

¹¹⁸⁶ *Williams* (1995) KH.

¹¹⁸⁷ 1980 3 EHRR 531.

¹¹⁸⁸ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 46.

¹¹⁸⁹ 1928 277 US 438.

die woorde “vernederend” en “onmenslik” verskil van mens tot mens, en gemeenskap tot gemeenskap. Slegs die Verenigde Koninkryk aanvaar klaarblyklik nie sonder uitsondering die vertolking van “onmenslik” en “vernederend” as toepaslik op lyfstraf nie.

Regter Langa sê dat die Grondwet ‘n geleentheid bied aan Suid-Afrika (wat reeds ‘n agterstand op die gebied het) “*to join the mainstream of a world community that is progressively moving away from... retribution and vengeance.*”¹¹⁹⁰ Wanneer artikel 12 van die Grondwet geïnterpreteer word, moet ons nie net na ander jurisdiksies kyk nie. Die regte verskans in die Grondwet moet in die konteks van die Suid-Afrikaanse samelewing gesien word. Hiervan sê hy:¹¹⁹¹

‘It is regrettable, but undeniable, that since the middle 1980s our society has been subjected to an unprecedented wave of violence. Disputes, whether political, industrial or personal, often end in violent assaults. In addition, during the same period, there has been a marked increase in violent crimes, such as armed robbery and murder.’

Regter Langa kom dus tot die gevolgtrekking dat ‘n kultuur van gesag wat die gebruik van geweld toelaat, teenstrydig is met die waardes waarvoor die Grondwet staan. Om daardie rede tas artikel 294 van die *Strafproseswet* artikels 10 en 12 van die Grondwet aan, en derhalwe is artikel 204 wat lyfstraf toelaat en reël ongrondwetlik en moet nietig verklaar word.¹¹⁹²

f) Die beperkingsklousule, artikel 36 van die Grondwet.

¹¹⁹⁰ Williams (1995)(KH), paragraaf 50.

¹¹⁹¹ *Ibidem*, paragraaf 51.

¹¹⁹² *Ibidem*, paragraaf 53.

Soos hierbo bespreek in Hoofstuk 3, kan regte in hoofstuk 2 van die Grondwet beperk word indien die beperking redelik is, regverdigbaar in 'n oop en demokratiese samelewing, nie die bepaalde reg negeer nie en noodsaaklik is. Die individu se reg wat die Staat wil beperk, moet opgeweeg word teen die doel wat die Staat met so 'n beperking wil bereik. Die interpretasie van wat redelik, regverdigbaar en noodsaaklik is, moet beoordeel word op grond van die waardes van die Suid-Afrikaanse samelewing soos vervat in die Grondwet, ander wetgewing, hofbeslissings en, sê Regter Langa, oor die algemeen uit ons eie ervaring as 'n nasie.¹¹⁹³ [Let op: Regter Langa sê die waardes van die Suid-Afrikaanse samelewing soos vervat in die Grondwet en ander wette uit ons eie ervaring as 'n nasie. Dit is volgens skrywer die crux van die hele interpretasie-dilemma: Daar word aanvaar dat die waardes wat in die Grondwet vervat is ook die waardes van die Suid-Afrikaanse samelewing was en is en die ervaring van die nasie weerspieël. Met ander woorde die Grondwet verwoord die waardes van die (diverse) landsburgers van Suid-Afrika, soos wat dit uit hulle ervaring gekristalliseer het. Uit die talle aanhalings uit die media in hierdie studie en opnames wat skrywer gedoen het en uit skrywer se ervaring word gestel dat dit juis nie die geval is nie. Die waardes waarop die Konstitusionele Hof steun en in die Grondwet inlees, is uit die buiteland afkomstig, en was of is nie die wil van die burgers van Suid-Afrika nie, (hoe mooi en vooruitstrewend en aanbevelenswaardig die klem op menseregte ook al klink.) Bepaald nie wat betref die plek wat die doodstraf en lyfstraf in ons reg behoort te hê nie. Lyfstraf as strafvorm vir volwasse mans is die uitsondering, daar was

¹¹⁹³ Williams (1995)(KH), paragraaf 59.

en is nie 'n sterk gevoel dat dit behou moes word nie. Verder is daar net 'n sterk oproep na die herinstelling van doodstraf vir wreedaardige of gewelddadige moorde en ander onaanvaarbare gruwelike optrede, soos babaverkragting. Op 30 Desember 2013 het 'n groot skare by die hof in Brakpan betoog by die verskyning van 'n man van 23 jaar op aanklag van die verkragting en moord op sy vierjaarou niggie. “*Give him to us!*” het hulle gedreunsing,¹¹⁹⁴ nie met welwillende bedoelings nie.

En nou, byna twintig jaar na die afskaffing van hierdie twee strafvorme, naamlik die doodstraf en lytstraf, is daar voortdurende uitinge van ontevredenheid oor die toename van gewelddadige misdade wat die landsburgers koppel aan die afskaffing van die doodstraf, en die swak toestand in die skole as gevolg van die verbod op lyfstraf vir leerlinge en die ontneming van die ouer se tugtgingsbevoegdheid. Inderdaad is dit meer as uitinge van ontevredenheid, dis 'n kookpot wat lank by prut verby is, daarom word die reg toenemend in eie hande geneem, want al hoe meer mense op alle vlakke van die samelewing voel die misdadiger het menseregte, maar nie die slagoffer of ander mense wat deur die misdade geraak word nie. Die skoolkinders wat alle perke soos in die verlede daargestel is, oorskry, het sterk regte, hulle kan 'n onderwyser wat net 'n hand op die skouer sit, gaan aankla van aanranding, hulle kan sê wat hulle wil, hulle kan onderwysers fisies aanrand, en normaalweg kom daar niks van nie. Hulle kan ander leerlinge die Grondwetlike reg ontnem om 'n basiese opvoeding te kry, omdat hulle klasse onregeerbaar maak. Dit weet skrywer uit eie ondervinding – deur na aftrede van 2008 tot 2012

¹¹⁹⁴ *The Cape Times*, 31 Desember 2013.

Engels suksesvol aan graad elf en twaalf onderrig. Net die werklik sterk en vasbeslote onderwyser met 'n baie goeie vakkennis en die nodige regs-kennis kan staande bly. Jong, toetredende onderwysers verlaat hulle klasse in trane en bedank na 'n kort rukkie uit die onderwys.

Om terug te keer na *Williams (supra)*: die Staat het beweer lyfstraf vir jeugdiges is noodsaaklik, aangesien dit 'n afskrikmiddel is en ook omdat daar min alternatiewe is vir gevangenisstraf, veral in die lig van 'n tekort aan hulpbronne en infrastruktuur. Lyfstraf is 'n beter alternatief vir gevangenisstraf, veral vir "grys areas", naamlik misdade nie só ernstig dat dit aanhouding verg nie, maar ook nie so gering dat straf nie toepaslik is nie.¹¹⁹⁵ Regter Langa aanvaar nie hierdie pragmatiese argumente dat 'n wrede, onmenslike en vernederende straf as redelik en noodsaaklik geïnterpreteer kan word nie. Dit gaan reëlreg teen die waardes van 'n mensliker en "caring" gemeenskap. Daar behoort, sê Regter Langa, minder klem te wees op vergelding, en meer op hervorming en voorkoming.¹¹⁹⁶ Hy haal Appèlregter Holmes aan waar hy in *S v V*¹¹⁹⁷ sê:

'Punishment should fit the criminal as well as the crime, be fair to the accused and to society, and be blended with a measure of mercy... The element of mercy, a hallmark of civilized and enlightened administration, should not be overlooked, lest the Court be in danger of reducing itself to the plane of the criminal...'

Vandat daar 'n aantal kreatiewe vonnismaatreëls ontwikkel is soos korrektiewe toesig, huisarres, 'n monitor-stelsel, gemeenskapsdiens en

¹¹⁹⁵ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 62.

¹¹⁹⁶ *Ibidem*, paragraaf 65.

¹¹⁹⁷ 1989 (1) SA 532 (A).

werksplasing, kan lyfstraf nie meer as redelik en noodsaaklik geïnterpreteer word as enigste alternatief vir gevangenisstraf nie, sê Regter Langa.¹¹⁹⁸ 'n Verligte gemeenskap, gaan hy voort, sal oortreders straf, maar sonder om ordentlikheid en menslike waardigheid op te offer. (Regter Mitchell het in *Vakalisa*¹¹⁹⁹ gewys op die teenoorgestelde standpunt van die Transkeise wetgewer wat selfs vroulike jeugdige lyfstraf opgelê het, veral omdat daar nie aparte geriewe bestaan het vir eerste oortreders of vir jeugdige weg van volwasse oortreders nie.¹²⁰⁰) Die Staat se interpretasie dat lyfstraf redelik en noodsaaklik is, kan dus nie aanvaar word nie, per Regter Langa, want interessante strafopsies word toenemend toegepas in byvoorbeeld die Wes-Kaap:¹²⁰¹ Daar is gemeenskapsdiens-bevele wat gekoppel word aan opgeskorte en uitgestelde vonnisse. Hulle voldoen aan die strafelement, terwyl daar terselfdertyd vir die opvoeding en rehabilitasie van die oortreder voorsiening gemaak word. Daar is ook die slagoffer-oortreder mediasieproses waardeur die slagoffer in staat gestel word om aan die geregtelike proses deel te neem en vergoeding ontvang, waarskynlik wanneer dit moontlik is, terwyl die oortreder gehelp word om homself te rehabiliteer. Sommige vonnisse word opgeskort op voorwaarde dat die jeugdige oortreder met 'n bepaalde doel voor oë 'n skool vir jeugdige oortreders bywoon. So trek sowel die slagoffer as die oortreder en die gemeenskap voordeel uit die hofbevel. Regter Langa spreek die wens uit dat hierdie prosesse ontwikkel kan word deur staatsbetrokkenheid en die

¹¹⁹⁸ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 67.

¹¹⁹⁹ 1990 (2) SACR 88 TK.

¹²⁰⁰ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 71.

¹²⁰¹ *Ibidem*, paragraaf 75.

bydrae van nie-regeringsorganisasies en -instansies wat betrokke is by projekte bedoel vir jeugdiges betreffende die geregtelike proses.¹²⁰² Indien daar op hierdie prosesse voortgebou kan word, en die geld daarvoor gevind kan word, aanvaar skrywer, met respek, die hof se vertolking dat lyfstraf as strafvorm onder hierdie omstandighede nie meer as redelik en noodsaaklik beskou kan word nie en die oortreder daarom geregtig is op die beskerming van artikel 36 wat die individu se reg op liggaamlike aantasting kan beperk. Pragmaties beskou hang daar egter 'n groot vraagteken oor die uitvoerbaarheid van hierdie prosesse/projekte as daar in ag geneem word dat die nodige fondse klaarblyklik nie altyd gevind kan word nie.

Die Staat het in *Williams* voorts beweer lyfstraf is redelik en noodsaaklik op grond daarvan dat dit 'n betreklik gerieflike strafvorm is:¹²⁰³ Dit bevredig die kriteria vir straf, dit is nie te erg vir jong oortreders nie en stel hulle in staat “*to get it over and done with*”. Ouers versoek die hof dikwels om dié tipe straf op te lê.¹²⁰⁴ Regter Langa aanvaar hierdie versoeke van ouers nie, want die gebruik van geweld kan nie as redelik geïnterpreteer word nie.

Die Staat het klem gelê op die afskrikingswaarde van lyfstraf. Ook dit aanvaar Regter Langa nie, want daar is volgens hom nie duidelike bewyse dat lyfstraf meer afskrik as ander vorms van straf nie.¹²⁰⁵ Om dié

¹²⁰² *Williams* (1995)(KH), paragraaf 75.

¹²⁰³ *Ibidem*, paragraaf 78.

¹²⁰⁴ 'n Voorbeeld volg in paragraaf 7.5 hieronder: *Die openbare mening*.

¹²⁰⁵ *Williams* (1995)(KH), paragraaf 81.

rede kan dit nie as noodsaaklik geïnterpreteer word sodat dit deur die beperkingsklousule beskerm kan word nie. Hy haal aan uit die 1960-verslag van die “*Advisory Council on the Treatment of Offenders*”¹²⁰⁶ wat daarop wys dat -

‘there is no evidence that corporal punishment is an especially effective deterrent either to those who have received it or to others.’

Regter Page het in *Motsoesoana*¹²⁰⁷ ‘n uitvoerige ontleding van lyfstraf gedoen en bevind dit skrik nie af nie; die effek is, inteendeel, “*likely to be coarsening and degrading rather than rehabilitative.*” Drie van die applikante in die saak van *Williams (supra)* is vantevore gevonniss en het lyfstraf ontvang : Witbooi het vyf maande vantevore vyf houes ontvang; Thomas het reeds ‘n totaal van 16 houes ontvang. Regter Langa aanvaar dat daar wel ‘n mate van afskrikking in lyfstraf vir jeugdiges is, soos Regter-President Milne opgemerk het in *Kumalo*:¹²⁰⁸

‘... the thought of a severe whipping, whether as a result of experience or only of an act of imagination, could well have deterred very many, although it is all too evident that very many have not thereby been deterred.’

Die beskuldigde behoort nie geoffer te word op die “altaar van afskrikking” nie, meen Waarnemende Appèlregter Howie in *Sobandla*.¹²⁰⁹

Wat betref lyfstraf vir skoolleerlinge, is dit skrywer se ondervinding dat dit

¹²⁰⁶ Aangehaal in *Williams (supra)*, paragraaf 81.

¹²⁰⁷ 1986 (3) SA 350 (N).

¹²⁰⁸ 1965 (4) SA 565 (N).

¹²⁰⁹ 1992 (2) SACR 613 (A).

juis onmiddellik help. Skrywer het in die verlede 'n leervak, senior Aardrykskunde, onderrig, en die seuns wat 'n toets gedruip het, het lyfstraf ontvang (hulle kon uitskryfwerk doen, maar het lyfstraf verkies). Geeneen het ooit weer gedruip nie en het by navraag nie gevoel asof hulle op die “altaar van afskrikking” geoffer is nie. Wanneer sodanige lyfstraf genoem word, word altyd redelike en matige lyfstraf bedoel, twee tot drie houe met 'n ligte rottang, die ontvanger ten volle gekleed en in die privaatheid van die kantoor met die toediener die hoof of 'n senior onderwyser. Skrywer bepleit onder geen omstandighede aanranding of marteling nie, bloot net wat die gemeenskap aanvaar as regverdig. Skrywer kan dus geensins met van die beslissings hierbo genoem, saamstem nie. Hierdie anekdote sluit aan by latere navorsing wat in die periode voor, tydens en na die afskaffing van lyfstraf deur die Konstitusionele Hof gedoen is. Dit word hieronder gemeld in paragraaf 7.4.

Regter Langa weeg dan die “voordele” van lyfstraf op teen die regte wat artikel 33 (1) (tans 36) moontlik kan beperk. Die graad van pyn wat veroorsaak is, is arbitrêr want dit hang af van die persoon wat dit moet toedien: Die hof beslis slegs oor die aantal houe. Hy gaan voort:¹²¹⁰

‘The objective must be to penetrate the levels of tolerance to pain; the result must be a cringing fear, a terror of expectation before the whipping and acute distress which often draws involuntary screams during the infliction. There is no dignity in the act itself; the recipient might struggle against himself to maintain a semblance of dignified suffering or even unconcern; there is no dignity even in the person delivering the punishment. It is a practice which debases everyone involved in it.’

¹²¹⁰ Williams (1995) (supra), paragraaf 89.

Regter Langa verwys weer na die “woordeboekbetekenis”¹²¹¹ van *cruel*, *inhuman* en *degrading* en sê dat optrede wat beantwoord aan enige van hierdie byvoeglike naamwoorde verbode is, en ‘n stelsel wat pyn op beplande wyse toedien, is wreed. Die daad is onpersoonlik, deur ‘n vreemdeling toegedien, in ‘n onbekende/onvriendelike omgewing. Die jeugdige word as ‘n voorwerp behandel en nie as ‘n menslike wese nie.

Die Staat kon nie bewys dat sodanige optrede as noodsaaklik of redelik geïnterpreteer kan word nie, beslis die Konstitusionele Hof in *Williams*. Regter Langa beslis gevolglik in die saak:¹²¹²

“it is my view that at this time, so close to the dawn of the 21st century, juvenile whipping is cruel, it is inhuman and it is degrading. It cannot, moreover, be justified in terms of section 33 (1) of the Constitution.”

7.4. Gevolgtrekking

Soos dit die geval was met die Konstitusionele Hof se vertolking van die ongrondwetlikheid van die doodstraf, is die interpretasieproses in twee fases behandel: Eerstens is daar gekyk na die betekenis van “wreed, onmenslik en vernederend”. Daarna moes beslis word of lyfstraf “gered” kan word deur die beperkingsklousule, omdat dit redelik en noodsaaklik is. Wat laasgenoemde betref, kan daar volgens skrywer aanvaar word dat, soos die Hof aangevoer het, die afskrikingswaarde klaarblyklik nie só beduidend is dat dit as strafvorm behou moet word nie. Dit is dus nie noodsaaklik as die soort straf deur ‘n hof opgelê nie. Die alternatiewe wat

¹²¹¹ *Williams* (1995) KH, paragraaf 90.

¹²¹² *Ibidem*, paragraaf 91.

Regter Langa as kreatiewe opsies aanhaal, behoort meer effektief te wees as lyfstraf, sodat rehabilitasie moontlik is: die mediasieproses tussen slagoffer en oortreder, gemeenskapsdiens, skole vir jeugdige oortreders. Mits dit natuurlik prakties haalbaar is, is skrywer genoop om by te voeg. Met die eerste gedeelte van die proses het skrywer egter 'n probleem, spesifiek wat betref jeugdige oortreders. “Marteling”, “wreed”, “onmenslik” en “vernederend” is almal sterk betekenis-gelaaide woorde wat ander beelde oproep as 'n paar houe met 'n rottang in die privaatheid van 'n sel toegedien. 'n Mens hoef maar net een of twee Middeleeuse museums van martelinstrumente te besoek om die ware betekenis van hierdie woorde te begryp. Daar moet ook onthou word dat 'n hof nooit in die verlede 'n bevel van lyfstraf gemaak het ten opsigte van 'n totaal onskuldige persoon nie. Ook moet die houding of opinie van die gewone landsburger en hul interpretasie van die woorde hierbo genoem nie uit die oog verloor word nie. Skrywer het talle steekproewe gedoen by 'n groot aantal Suid-Afrikaners uit verskillende gemeenskappe en alle vlakke van die samelewing en verskeie kulture,¹²¹³ en niemand het matige lyfstraf met 'n ligte rottang vir 'n jeugdige as marteling of wreed of onmenslik of vernederend ervaar nie, selfs nie eens diegene wat al aan die ontvangkant daarvan was nie. Laasgenoemde het dit as beslis pynlik ondervind, maar het dit inderwaarheid verwelkom omdat die hele aangeleentheid daar en dan afgehandel word. Van hierdie persone met

¹²¹³ Tydens opleiding van polisiebeamptes aan die Polisie-Akademie te Graaff-Reinet, later herbenoem as Polisie-Kollege, voor, net na die afskaffing van lyfstraf en lank daarna. Skrywer het gereeld by elke kursus die gevoel van die lede getoets en onderhoude gevoer; ook wye in die hele gemeenskap en ander in die land, soos by skole of groepe waar skrywer lesings of werksessies aangebied het aan volwassenes en kinders: Cradock, Port Elizabeth, Paarl, Pretoria en ander. Skrywer het dit nie gepubliseer nie, maar deurlopend in dagboeke aangeteken.

wie onderhoude gevoer is, het selfs verduidelik waarom hulle meer as een keer lyfstraf moes ontvang: Die pyn wat ondervind word, is kortstondig van duur (“môre het jy dit vergeet,” was die kommentaar van vele). Omdat die pyn nie só allesoorweldigend is nie, nie naastenby wrede marteling nie, vervaag dit in die geheue en die uitbundige, waaghalsige en onverskillige jeugdige swig weer voor die versoeking. Baie van die jong mans het met ’n glimlag onder andere gesê “ons was maar rowwe laaities en praat het nie gehelp nie. Dis net die lat wat jou ore laat oopgaan en jou red van ’n hele lewe agter die tronkdeure.” Dit is skrywer se weloorwoë mening -- deur die onderhoude gestaaf – dat só ’n houding nie kon voortspruit uit optrede wat vertolk kan word as wrede, onmenslike behandeling of marteling nie. Sodanige behandeling skroei in die geheue in en word nooit uitgewis nie.

7.5 Die Openbare mening.

Hoewel Suid-Afrika in baie opsigte al hoe nader beweeg aan die internasionale opinie, byvoorbeeld lande soos Brittanje en die Verenigde State van Ameika, kan die houding teenoor lyfstraf oor die algemeen nog nie in alle opsigte gelykgestel word aan dié soos aanvaar in hierdie lande nie. Landdros Melissa Gregor het byvoorbeeld op 31 Januarie 2004 in die verhoor van André Blignaut gesê “tugtiging is ’n teken van liefde.” Blignaut het sy driejarige seuntjie drie houe met ’n lyfband geslaan nadat hy verf op ’n duur mat gemors het ten spyte van die feit dat hy verbied is om met die verf te “speel.” Die ouers is geskei en die ma het die kind wie se sitvlak pimpel en pers was dokter toe geneem en die dokter het die kinderbeskermingseenheid gebel. Die landdros het gesê : “Tug ’n ouer ’n kind nie, gee hy nie om vir die kind nie. ’n Kind moet gelei en

gedissiplineer word.” Sy het egter, volgens skrywer tereg, bevind Blignaut het die perke van tugtiging oorskry, en het hom gewaarsku om nie weer so op te tree nie. Skrywer wil byvoeg ’n kind van drie behoort nie in die posisie gestel te word waar hy verf in die hande kan kry om naby matte mee te speel nie. Die ouer se toesig was dus ook swak. So ’n jong kind het verder geen benul van wat ’n duur mat is nie. ’n Lyfband is hoegenaamd nie geskik nie, een matige hou met die plat hand is meer as genoeg. Dit gaan in bogenoemde geval nie om lyfstraf as strafmaatreël opgelê deur howe nie, maar tugtiging deur ’n ouer. Nogtans is die betrokke hof se houding duidelik ten opsigte van die toedien van liggaamlike pyn: Dit word nie as negatief en afbrekend beskou nie, maar as positief in die sin van dissiplinerings met karaktervorming ten doel.

Doktor John Wait van die Departement Sielkunde aan die Universiteit van Stellenbosch meen ’n pak slae op sy tyd “is soos brood en konfynt,” maar “’n loesing kan slegs negatiewe gedragpatrone by ’n kind verander as dit toegedien word deur ’n volwassene wat omgee vir die kind, een vir wie die kind vertrou en wat ’n goeie voorbeeld aan die kind stel... Straf bly een van die kragdadigste maniere om gedragpatrone te wysig, en lyfstraf is maar een vorm.”¹²¹⁴ ’n Amerikaanse sielkundige aan die Columbia-Universiteit in New York, Elizabeth Thompson Gershoff, is van mening dat ’n loesing dalk die gewenste uitwerking het, maar dit kan sommige jeugdige laat ontaard in aggressiewe volwassenes wat hulle aan kindermishandeling skuldig maak.¹²¹⁵ Dis moontlik. ’n Anonieme

¹²¹⁴ *Die Burger*, 2002/06/08.

¹²¹⁵ www.endcorporalpunishment.org/pages/Gershoff-2002.pdf.

onderwyser van Manenberg, Kaap, waar bende-aktiwiteite hoogty vier, reken die verbod op lyfstraf in skole het die onderwyser ontmagtig en dissipline by die venster laat uitvlieg – die onderwyser is nou dikwels die mishandelde wat “lyfstraf” kry.¹²¹⁶ Tien jaar nadat ’n onderwyseres, Tania Jacobs, deur ’n leerling in die Kaap met ’n hamer aangeval is, het die hof R1,1miljoen vergoeding aan haar toegestaan.¹²¹⁷ ’n Ander onderwyseres, Sharidene Meyer, se hare is deur ’n graad 8-leerling aan die brand gestee, ¹²¹⁸ en in Johannesburg wou ’n leerling sy onderwyser se sak gryp, en toe hy dit nie regkry nie het hy hom onder aanmoediging van die ander leerlinge uit die klas gejaag en ’n stoel en besemstok agter hom aangegooi.¹²¹⁹ Die voorval is met ’n selfoonkamera afgeneem en versprei.

Pas ná die uitspraak in die onderhawige Williams-saak, waarin lyfstraf afgeskaf is, het die ma van ’n twaalfjarige seun wat saam met drie ander skade van baie duisende rand in die distrik aangerig het, in 1996 die landdros voor vonnisoplegging gesmeek om haar seun ’n pak slae te gee, ¹²²⁰ wat die landdros natuurlik nie kon doen nie. Die seun het tereggestaan op ’n klag van huisbraak en van diefstal van goedere ter waarde van R19 000, onder andere ’n rewolwer van R4000. Hy en ’n ander jeugdige het by ’n pakhuis ingebreek en met twee groot vragmotors in mekaar vasgery en skade van R15 000 veroorsaak. Die jeugdige wie

¹²¹⁶ *Die Burger*, 2002/06/28.

¹²¹⁷ *Ibidem*, 2011/11/05. Hy (13) het haar “doodvonnis” in sy dagboek geskryf, toe val hy haar aan.

¹²¹⁸ *Rapport*, 2013/03/09.

¹²¹⁹ praag.co.za: 2013/09/20.

¹²²⁰ *Die Burger*, 1996/07/12. Die waarde van die rand was in 1996 baie, baie meer as tans.

se ma 'n pak slae versoek het, het 'n stoetram van R5000 flou gery en met 'n stuk lyn gewurg tot hy dood is – hy het erken hy het geweet hy het die dier erg gepynig en mishandel. Dit klink vir die objektiewe waarnemer na onmenslike, wrede optrede, al gaan dit hier om 'n dier. Of juis daarom. En dit is waarskynlik hierdie tipe jeugdige wat later aggressief raak – hy is voor lyfstraf al gewelddadig en lyk na 'n goeie kandidaat vir latere kinder- of dieremishandeling.

Die munt het twee kante: in dieselfde jaar het 'n veertienjarige skoolmeisie van Kenia gesterf nadat 'n onderwyser haar met 'n rottang op die kop geslaan het. Lyfstraf is reeds voor hierdie voorval verbied nadat 'n ander meisie ná 15 rottanghoue gesterf het.¹²²¹

Daar is dus geen sprake van eenstemmigheid aangaande die houding teenoor lyfstraf in Suid-Afrika of in ander lande wat betref die skool of as strafmaatreël deur 'n hof opgelê nie. Die uiteenlopende menings maak die kompleksiteit van die aangeleentheid nog ingewikkelder. Omdat Suid-Afrika as 'n beskaafde, vooruitstrewende land wil bekendstaan, kan tendense in die res van die wêreld se oop en demokratiese lande nie geïgnoreer word nie. Daarom moes die wetgewer na skrywer se mening wetgewing aangeneem het wat na aanleiding van regsvergelyking bepaal dat lyfstraf nie meer deur ons howe opgelê mag word nie, aangesien Suid-Afrika sy swak menseregte-rekord wil afskud – dit behoort nie aan die Konstitusionele Hof oorgelaat te gewees het om dié tipe straf ongrondwetlik te bevind op grond van 'n interpretasie dat dit marteling en

¹²²¹ *Die Burger*, 1996/09/24.

wreed/onmenslik/vernederend is nie. Sodanige interpretasie is, met eerbied, nie oortuigend of suiwer nie en skaad die aanvaardingsproses deur die burgers van die land. Vergelyk die uitsprake hierbo aangehaal. Lyfstraf vir volwassenes is na skrywer se mening onvanpas, en dis 'n baie algemene siening. Lyfstraf vir jeugdiges behoort in ernstige gevalle na 'n behoorlike agtergrondondersoek tog soms opgelê te word, en in skole en die ouerhuis het dit bepaald 'n plek, mits daar goeie rede is en dit met matigheid en 'n rehabilitasieopset gepaard gaan. [Skrywer gee onmiddellik toe: Daar is ouers wat hierdie perke te bowe gaan, en soms in dronkenskap of dwelmverslawing of blote inherente boosheid hul kinders mishandel, soos hierbo genoem.] Die teenoorgestelde het egter gebeur: Lyfstraf is vir **alle** oortreders as straf deur howe afgeskaf, daarna het eers die Skolewet (*supra*)¹²²² dit onwettig verklaar, en later is ook tugtiging in die ouerhuis verban. Geen wonder nie dat baie skole dissipline net as 'n hersenskim onthou en kinders hulle ouers met 'n streng hand regeer. Die onderwyseres wie se hare aan die brand gestee is, is na die voorval deur haar skoolhoof huilend na haar klas teruggestuur. Sy is vir posttraumatiese stres behandel en het geweier om terug te gaan skool toe. Tania Jacobs wat met die hamer aangeval is, sien nie eers kans om by die skool waar sy onderrig gegee het, verby te ry nie. Dit, en die ander aanvalle hierbo genoem, is slegs enkele gevalle; in die Wes-Kaap alleen, berig *Rapport* op 3 September 2013, is in twee jaar (2011–2013) klagtes by die betrokke onderwysdepartement teen 20 leerlinge gelê weens die aanranding op onderwysers. Die Suid-Afrikaanse howe behoort hiervan kennis neem, en deeglik te besef wat die verskil is tussen die hofsaal

¹²²² Wet 84 van 1996.

waar die voorsittende beampte die gerief geniet van die hofordonnans wat stilte vir die verrigtinge verseker, en die skool waar 'n klompie kinders in baie gevalle die gee van sinvolle onderrig onmoontlik maak en die gees breek van onderwysers wat nog baie vir die samelewing sou kon beteken. Skrywer het in vyf jaar by net een skool drie belowende jong onderwysers met heelwat vakkennis die handdoek sien ingooi, want hulle klasse was in chaos en hulle is getraumatiseer en so te sê gyselaar gehou deur 'n paar kinders wat waarskynlik met toepaslike lyfstraf (in die privaatheid van die skoolhoof se kantoor) gerehabiliteer kon gewees het.

HOOFSTUK 8

MOODIE, NAIDOO en DUBBELE BLOOTSTELLING (*DOUBLE JEOPARDY*)

8.1. Inleiding

Wanneer daar foute in die regstelsel van 'n land voorkom, te meer nog ooglopende foute wat veroorsaak dat onreg gepleeg word, is dit belangrik dat daarvan werk gemaak moet word. Die vraag ontstaan: Wanneer is daar 'n herverhoor moontlik as dinge erg skeef geloop het tydens 'n verhoor? Kom 'n herverhoor nie neer op 'n onreg teenoor die beskuldigde nie? Moes die staat sy saak nie so goed voorberei het dat daar nie skuiwergate moontlik is nie? Is 'n herverhoor nie net 'n onverdiende tweede kans vir die staat nie? En is dit regverdig om 'n beskuldige wat reeds met 'n behoorlike verhoor die gevaar geloop het om skuldig bevind te word, maar onskuldig bevind is, weer aan 'n volgende verhoor bloot te stel (die sogenaamde *double jeopardy*) net omdat die staat nie die nodige voorbereiding gedoen het of insig gehad het vir 'n behoorlike vervolging nie? Kan wetgewing die skuiwergate toemaak sodat reg geskied?

In Suid-Afrika het daar in die sestigerjare van die vorige eeu in die sake van *Moodie*¹²²³ en *Naidoo*¹²²⁴ juis onreëlmatighede opgeduik wat die moontlikheid van 'n regstelling of die regmatigheid van 'n herverhoor belig. Wat verder van belang is, is die erns van die onreëlmatigheid. Is dit só erg dat die fout nie beredder kan word nie, of is remediëring moontlik? Hierdie moordsake van *Moodie* en *Naidoo* het groot verwarring en onsekerheid veroorsaak omdat hulle op die oog af lyk asof hulle op grond van onreëlmatige verrigtinge dieselfde behandeling moes ontvang het, terwyl dit alles behalwe die geval was. Aan die wortel van hierdie verwarring en onsekerheid lê weer eens die verskillende interpretasie-moontlikhede van begrippe wat op die oog af soortgelyk voorkom. In *Moodie* is die beskuldigde se verhoor op grond van 'n tegniese fout ongeldig verklaar, hy is herverhoor en ter dood veroordeel. In *Naidoo* se saak is die verhoor ook op grond van 'n tegniese fout aangetas, maar daar was geen herverhoor nie op grond van die beginsel *double jeopardy* (wat hieronder bespreek word), en die beskuldigde het vry uitgegaan. Oënskynlik het 'n mens hier te doen met blatante ongeregtigheid as gevolg van 'n ernstige mistasting van die betrokke howe. Dit is gevolglik nodig om die verskynsel van *double jeopardy* in hierdie hoofstuk te ondersoek en die onreëlmatighede in die twee sake in die lig van hierdie beginsel te interpreteer en te evalueer.

8.1.1. Moodie:

Moodie en sy vrou se huweliksverskille het daarop uitgeloop dat hy haar op 'n dag in die slaapkamer doodgeskiet het. Volgens hom wou hy

¹²²³ 1962 (4) SA 752 (A) en 1962 (1) SA 587 (A).

homself skiet omdat hy sy skoonmoeder se inmenging nie verder kon verduur nie. Sy vrou het gespot dat hy te lafhartig is om so iets te doen. Daarop het hy sy rewolwer uitgepluk om homself te skiet. Sy vrou wou, volgens Moodie, die rewolwer by hom afneem en in die worsteling het 'n skoot afgegaan en sy is noodlottig getref. Moodie is in die Rondgaande Hof op Klerksdorp deur 'n jurie aan moord skuldig bevind en hy is ter dood veroordeel. (Die jurie is eers sewe jaar ná die *Moodie*-saak in Suid-Afrika afgeskaf.¹²²⁵ Die verhoor het plaasgevind voor 'n regter en nege jurielede). Na afloop van die verhoor is daar op versoek van die beskuldigde 'n spesiale aantekening van onreëlmatige verrigtinge op die oorkonde gemaak:

“Die beskuldigde is van mening dat die verrigtinge in verband met die verhoor onreëlmatig is, aangesien die onderbalju gedurende al die beraadslagings wat ongeveer twee uur geduur het, in die juriekamer teenwoordig was.”

Artikel 143(2) van die destydse *Strafproseswet*¹²²⁶ het vereis dat die jurielede op 'n privaat plek alleen afgesonder moet wees. Hierdie woorde is nooit beskou as 'n blote formaliteit nie. Dit is die grondslag van die juriestelsel dat die lede deurentyd ten volle verseker sou wees van absolute vryheid om privaat die saak te bespreek. Die teenwoordigheid van 'n ongemagtigde persoon, al is hy 'n hofbeampte, tas hierdie wesenlike reg tot privaatheid ten diepste aan. Die juriekamer was nie baie groot nie, maar het drie deure sonder sleutels gehad. Om te verseker dat geen buitestaander toegang tot die vertrek het of met die jurielede

¹²²⁴ 1962 (4) SA 348 (A).

¹²²⁵ Wet 34 van 1969.

¹²²⁶ Wet 56 van 1955.

kommunikeer nie, het die onderbalju gereken hy moet self in die kamer bly. Dit was die enigste plek waarvandaan hy al drie die deure kon sien. Die Appèlafdeling het beslis dat die onreëlmatigheid, naamlik die teenwoordigheid van 'n tiende persoon, so erg was, en so ernstig afgewyk het van die ingeburgerde prosesregtelike reëls, dat dit *per se* daarop neergekom het dat reg nie geskied het nie sodat die beskuldigde nie 'n behoorlike verhoor gehad het nie. Die verhoor was met ander woorde nietig en om dié rede het die hof nie eens die meriete van die saak van die verdediging oorweeg nie. Die skuldigbevinding sowel as die vonnis is tersyde gestel en die beskuldigde is vrygelaat.

Vervolgens is Moodie op dieselfde klag (moord) in die Transvaalse Provinsiale Afdeling aangekla. Hy het *autrefois acquit* gepleit, met ander woorde dat hy reeds vantevore op grond van dieselfde aanklag vrygespreek is. Die Hof het die pleit aanvaar, maar op versoek van die aanklaer die volgende regspraak voorbehou om deur die Appèlafdeling beslis te word: "Of die verhoorregter korrek opgetree het deur die pleit van *autrefois acquit* te aanvaar." Ten grondslag van die *autrefois*-pleit lê die beginsel van *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* (niemand behoort twee keer gekwel te word op grond van een en dieselfde oorsaak nie). Die Appèlafdeling moes dié keer beslis of Moodie op grond van 'n tegniese vraag vrygelaat is of op grond van die feit dat die aanklag teen hom nie meriete gehad het nie. Die Appèlafdeling beslis dat hy nie op die meriete vrygespreek is nie, maar bloot as gevolg van die tegniese fout vrygelaat is. Dit beteken dat die eerste verhoor van die Rondgaande Hof in Klerksdorp inderwaarheid geen verhoor was nie. Die tweede verhoor

(TPA¹²²⁷) was dus in werklikheid die eerste ware verhoor, daarom kon die beskuldigde nie *autrefois* pleit nie, want daar was nie 'n vorige keer nie! (Die Frans *autre fois* beteken 'n ander keer.) Op die meriete van die saak word Moodie skuldig bevind en gehang.

8.1.2. Naidoo:

Hierdie saak is in 'n sin die teenoorgestelde van *Moodie*. Naidoo is in die Plaaslike Afdeling Durban/Kus deur 'n jurie skuldig bevind aan moord op sy vriendin en ter dood veroordeel. Die lyk van die 20-jarige meisie, Pushpaghandi Nayager is tussen die bosse op 'n sandduin naby die Virginia-lughawe by Durban-Noord ontdek. Sy is met haar eie gordel verwurg. Daar is getuienis gelei dat sy en die beskuldigde intiem bevriend was. Die na-doodse ondersoek het aan die lig gebring dat sy ongeveer 'n week voor haar dood 'n miskraam gehad het. Die beskuldigde het aanvanklik in 'n verklaring aan die polisie beweer dat hy die meisie die laaste keer om 8:00 die dag van haar dood gesien het. Toe die getuie Pireuna (een van twee getuies wat in Tamil getuig het) sê dat hy hulle omstreeks 13:00 naby die plek waar haar lyk gevind is, gesien het, het die beskuldigde sy deuntjie verander en gesê hulle was wel saam, maar het gestry omdat sy wou hê hy moes dadelik met haar trou, dus het hy hom vererg en weggeloop en om 17:15 alleen die bus huis toe gehaal. Die meisie se ma (die ander getuie wat in Tamil getuig het en wie se getuienis aan die Hof getolk moes word) het getuig dat haar dogter nie 8:00 in die stad kon gewees het nie, aangesien sy die huis eers na 9:00 verlaat het. Sy het ook voorheen toestemming gegee dat haar dogter met

¹²²⁷ Transvaalse Provinsiale Afdeling van die Hooggeregshof.

'n ander man (ook 'n Naidoo) kon trou, en hy het haar gereeld besoek tot 'n paar maande voor haar dood. Die Indiese tolk (ene AC Naidoo) is nie behoorlik voor die aanvang van die verhoor ingesweer nie en daar is beweer dat hy nie korrek uit Tamil in Engels en andersom getolk het nie. Hy was 'n geleentheidstolk wat dan en wan op 'n daaglikse basis in die hof getolk het. Hy is egter nooit deur enige instansie beoordeel op grond van sy kwalifikasie om Tamil, Telegu en Hindustani in Engels en andersom te tolk nie. Geleentheidstolke behoort elke maal ingesweer te word vir 'n spesifieke saak. Permanente tolke, daarenteen, word by aanstelling ingesweer en voor 'n landdros of klerk van die hof beëdig en dan hoef hulle nie elke keer opnuut ingesweer te word nie. Aangesien AC Naidoo per abuis nie aan die begin van die saak ingesweer is nie, is daar op die oorkonde 'n spesiale aantekening gemaak op grond van hierdie onreëlmatigheid. Die Appèlafdeling het per Appèlregter Williamson die spesiale aantekening aanvaar, want dit was onreëlmatig om die onbeëdigde Tamil-getuienis so aan die jurie voor te lê. Die Appèlafdeling het daarna die oorblywende toelaatbare getuienis waarby geen onreëlmatigheid betrokke was nie, ondersoek, en bevind dat daar nie sonder twyfel gesê kan word dat die jurie die beskuldigde op grond van hierdie getuienis skuldig sou bevind het nie. Die skuldigbevinding en vonnis is gevolglik tersyde gestel.

Daarna is die beskuldigde weer eens op dieselfde moordaanklag voorgebring. Hy pleit *autrefois acquit*. Regter Kennedy aanvaar die pleit en ontslaan die beskuldigde.

Vervolgens is twee regs vrae aan die Appèlafdeling voorgelê:

- (i) Het die verhoorregter korrek opgetree toe hy die beskuldigde onskuldig bevind en ontslaan het terwyl hy nie op grond van die meriete

van die aanklag gepleit het nie?

(ii) Het die verhoorregter korrek opgetree toe hy die pleit van *autrefois acquit* aanvaar het?

Appèlregter Holmes wys daarop dat alle onreëlmatighede nie aan mekaar gelykgestel kan word nie, aangesien hulle in erns en graad verskil.

Sommige is só ernstig dat hulle die verhoor *per se* nietig maak – gelukkig kom hulle selde voor (vergelyk *Moodie*). In so 'n geval stel die

Appèlafdeling die skuldigbevinding tersyde sonder om na die meriete te

kyk. Die beskuldigde kan weer verhoor word, want hy/sy is nie op die

meriete vrygespreek nie. Aan die ander kant is daar minder ernstige

onreëlmatighede (wat ook selde voorkom) waar die Appèlafdeling in staat

is om die goeie van die slegte te skei en die meriete van die saak te

ondersoek, insluitende die geloofwaardigheid van die getuies. As dit dan

blyk dat die redelike verhoorhof onvermydelik skuldig sou bevind het,

word die appèl tersyde gestel en die skuldigbevinding op die meriete

gehandhaaf, maar as daar nie op die meriete tot hierdie gevolgtrekking

gekom kan word nie, word die skuldigbevinding tersyde gestel en dit kom

neer op vrypraak op die meriete. In so 'n geval is 'n herverhoor nie

moontlik nie. Dit was die geval in die onderhawige saak van *Naidoo*. Dit

het tot gevolg gehad dat die verdoemende getuienis van twee Tamil-

sprekende getuies van die verhoor uitgesluit is omdat dit ontoelaatbaar

was.

8.2. Artikel 322(3) van die *Strafproseswet*.¹²²⁸

¹²²⁸ 51 van 1977.

Na die *Naidoo*-saak is artikel 322 (3) van die *Strafproseswet* verorden, aangesien hier 'n skuiwergat ontbloot is wat ernstige regsgevolge kon hê. Daarvolgens (artikel 322(3)) word bepaal dat, wanneer 'n skuldigbevinding tersyde gestel word op grond daarvan dat geregtigheid nie geskied het nie omdat getuienis (andersins toelaatbaar) wel toegelaat is, en sodanige getuienis is nie behoorlik aan die hof voorgelê nie weens die een of ander gebrek by die verrigtinge, dan kan die hof van appèl die saak na die verhoorhof terugverwys met die opdrag om enige saak, *insluitende die aanhoor van getuienis*, na goeddunke te hanteer. Hierdie wysiging is spesifiek aangebring om die stortvloed van besware (klaarblyklik regmatig) teen die *Naidoo*-beslissing te bowe te kom. Indien hierdie artikel (322(3)) voor die saak bestaan het, sou die Tamil-getuienis van Pireuna en mevrou Nayager weer aangehoor kon word, dié keer deur middel van 'n behoorlike ingesweerde tolk, en sou die skaal na skrywer se mening beslis nie in die guns van die beskuldigde geswaai het nie. Artikel 322(3) kom min of meer ooreen met die prosedure wat dikwels in die howe van die Verenigde State van Amerika aangewend word, naamlik by die sogenaamde *mistrial*. Die Amerikaanse reël is dat die beskuldigde blootgestel word (in *jeopardy* verkeer) wanneer die jurie saamgestel en ingesweer is, of, wanneer daar nie 'n jurie is nie, sodra die vervolging sy eerste getuienis aangebied het. Die Amerikaanse regstelsel bevestig dus hiermee sy groot besorgdheid oor die regte van die individu deur reeds in hierdie stadium erkenning te gee aan dubbele blootstelling. Aan die ander kant moet ook die belange van die samelewing beskerm word, dus moet billike verhore in korrekte uitsprake eindig, en daarom word 'n herverhoor nie deur elke abortiewe verhoor gestuit nie. Dit was nodig om in sekere beperkte omstandighede 'n uitsondering op die reël daar te stel

en 'n herverhoor toe te laat waar die eerste verhoor omvermydelik geaborteer is. Daar is dus spanning tussen die dubbele blootstellingsbeginsel (wat onversoenbaar is met 'n herverhoor en waaraan aanstons volledig aandag gegee sal word) en die *mistrial*, 'n prosedurele middel waarvan die noodwendige uitvloeisel 'n herverhoor is.

8.3. Mistrial.

'n *Mistrial* is enige verhoor wat nie op 'n wettige beslissing of uitspraak uitloop nie. Dit is gelykstaande aan geen verhoor nie en word verklaar omdat die Hof daarvan oortuig is dat omstandighede ontstaan het wat die uitslag van die verrigtinge fundamenteel sal besmet. Verhore moet onpartydig en billik wees, maar moet ook 'n prosedure volg wat die uitslag van potensieel nadelige gebeurtenisse gedurende die verrigtinge kan teenwerk. Sommige omstandighede kan net reggestel word deur 'n *mistrial* te verklaar. Volgens die *New York University Law Review*¹²²⁹ kan daar geredeneer word dat die Vyfde Amendement se verbod op dubbele blootstelling absoluut is sodat alle herverhore gestuit word sonder inagneming van die oorsaak van die *mistrial*. Die sou egter nie verenigbaar wees met die afweging van belange inherent aan die konsep van dubbele blootstelling nie. Laasgenoemde beskerm die individu, maar daarteenoor sal 'n algehele verbod op 'n herverhoor die gemeenskap se belang dat misdaad gestraf moet word, geheel en al verontagsaam. Nogtans kan die individu nie onderwerp word aan 'n eindelose reeks verhore nie. Daar moet 'n *manifest necessity* wees vir die verklaring van 'n *mistrial*, anders sal dubbele blootstelling toepaslik wees en 'n

¹²²⁹ *Mistrial and Double Jeopardy*, p. 938.

herverhoor stuit. Die basiese standaard vir die behoorlike verklaring van 'n *mistrial* is byna 200 jaar gelede in *US v Perez*¹²³⁰ uiteengesit: Die hof moet sy diskresie gebruik en dis onmoontlik om al die omstandighede te omskryf wat tot behoorlike ingryping kan lei. Die bevoegdheid moet slegs met groot omsigtigheid aangewend word, by dringende omstandighede en vir *very plain and obvious causes*. Hiermee het Regter Story 'n rigiede, formalistiese benadering verwerp. Sy houding is van toe tot nou met goedkeuring aangehaal, alhoewel daar meningsverskille ontstaan het aangaande die mate van *manifest necessity* en die interpretasie daarvan wat aan die verhoorregter oorgelaat word. 'n Paar voorbeelde van gevalle waar 'n herverhoor toegelaat is, is die volgende:

- ∞ Die jurie kon nie ooreenstem nie (*Keerl*);¹²³¹
- ∞ Waar daar 'n gebrekkige klagstaat was (*Simpson v US*);¹²³²
- ∞ Waar daar rede was om te vermoed dat die jurie bevooroordeeld was (*Thompson*);¹²³³
- ∞ Waar 'n jurielid onbekwaam geraak het (*Potash.*)¹²³⁴

Die Hooggeregshof (van die Verenigde State van Amerika) behandel die probleem nou liefs op 'n saak-vir-saak basis:

*Gori*¹²³⁵ het daarop klem gelê dat die *mistrial* spesiaal vir die voordeel van die verweerder verklaar word, en het daardeur die omstandighede

¹²³⁰ 1824 9 Wheat. (22 US) 579.

¹²³¹ *Keerl v Montana* 1909 213 US 135.

¹²³² 1916 US 668.

¹²³³ 1941 118 F 2d 54 313 US.

¹²³⁴ *Ibidem*.

¹²³⁵ 1961 367 US 372-373.

uitgebrei waaronder die regter 'n *mistrial* kan verklaar. Dit het die trefwydte van *Perez* se *very plain and obvious causes* wat die diskresie beperk het, vergroot. Die praktiese effek van *Gori* is in *Downum*¹²³⁶ bevestig.

In *US v Jorn*¹²³⁷ is *Gori* egter verwerp (die *mistrial* word verklaar vir die voordeel van die getuies) en daar is aangevoer dat die verhoorregter prosedurele alternatiewe tot die *mistrial* moet ondersoek voordat daar gesê kan word dat die verhoor behoorlik geaborteer is. *Gori* vereis dat die verhoorregter ten minste lewensvatbare alternatiewe hofprosedures moet oorweeg as 'n voorvereiste vir 'n bevinding van *manifest necessity* vir 'n *mistrial*. Hierdie beslissing is die hof se openhartigste poging om konkrete riglyne aan laer howe te verskaf. Dit bring twee botsende deugde mee: Die regters is geneig om minder *mistrials* te verklaar, sodat die staat se belang in skuldigbevinding beskerm word, terwyl die beskuldigde benadeel kan word ten opsigte van sy/haar kans op vrypraak. Aan die ander kant word die beskuldigde se reg om sy/haar saak in een forum verhoor te kry, beskerm. Die oorweging van ander alternatiewe (tot die *mistrial*) moet op die oorkonde verskyn en dit verseker 'n mate van *due process* wat deur die Amerikaanse howe beklemtoon word.

Toestemming vir, of 'n aansoek om 'n *mistrial* deur die verweerder, is normaalweg 'n afstanddoening van die dubbele blootstellingsbeskerming, alhoewel dit nie altyd duidelik is wat presies as toestemming beskou kan word nie. Daar word aanvaar dat, as die verdediging nie beswaar maak

¹²³⁶ 1962 373 US 734.

nie, dit neerkom op stilswyende toestemming. Sou die Hof die beskuldigde intimideer sodat hy tot die *mistrial* toestem, is 'n herverhoor gestuit, want die toestemming was onvrywillig en dus ongeldig, vergelyk *Walden*.¹²³⁸

Sedert *Jorn* (*supra*) is daar baie aandag gegee aan die alternatiewe prosedures om benadeling wat gedurende die verhoor ontstaan het, te herstel. As daar byvoorbeeld nadelige stellings voor die jurie gemaak word, kan die regter die jurie gelas om dit te verontagsaam (*US v Haskins*)¹²³⁹ -- die regter het hier 'n wye diskresie ná *Jorn*. [Volgens skrywer se mening is dit egter 'n ope vraag hoe suksesvol jurielede, gewone mense uit alle vlakke van die samelewing, inderdaad iets wat in die hof opgehaal is, uit hul geheue kan wis]. Die regter kan ook aan die verweerder se regsverteenvoerder vra om 'n alternatiewe hofprosedure voor te stel sodat die verhoor kan voortgaan. Stel hy/sy nie iets voor nie, is daar 'n sterk vermoede dat die *mistrial* behoorlik verklaar is. As die regsverteenvoerder wel 'n voorstel maak en die hof volg dit, funksioneer die stelsel optimaal deur sowel die regte van die beskuldigde en die behoefte van die gemeenskap in ag te neem. Dit is onmoontlik om 'n lys op te stel wat 'n regter moet lei wanneer hy/sy moet vasstel of 'n herverhoor toelaatbaar gaan wees indien 'n *mistrial* verklaar word. *Jorn* wat vereis dat die regter alle alternatiewe ondersoek, is egter die mees rasonale Hooggeregshofstelling aangaande die *mistrial*-dubbele blootstellingskonflik in die Verenigde State van Amerika. In die *New York*

¹²³⁷ 1971 400 US 470.

¹²³⁸ *Walden v US* 1971 448 F 2d 925 No. 14974 – 14 983.

¹²³⁹ 1965 139 A 2d 827, p. 296.

*University Law Review*¹²⁴⁰ word dit liries só aangeprys :

'It offers a fixed star upon which the judicial eye may sight as it steers a course designed to maximize both human integrity and social order.'

Die konsep van *mistrial* is een van die mees problematiese aspekte van die Amerikaanse regstelsel, soos veral blyk uit die saak van *Oregon v Kennedy*.¹²⁴¹

8.4. Agtergrond: Dubbele blootstelling (*double jeopardy*) of *res iudicata* en ander verwante begrippe.

Die leer van *res iudicata* is die gevolg van en het ontstaan uit die natuurlike billikheidsgevoel wat die woorde *nemo debet bis vexari si constat curiae quod sit pro una et eadem causa* ten grondslag lê -- niemand behoort twee keer in die hof gekwel te word vir een en dieselfde oorsaak nie.

Dit is in hierdie stadium wenslik om te kyk na die ontwikkeling van die leerstuk en hoe dit met verloop van tyd verskillend (of ooreenstemmend) geïnterpreteer is:

Enige beskaafde regstelsel aanvaar sonder meer dat dit onbillik is om 'n oortreder meer as een keer vir dieselfde misdaad te straf. As hy in 'n eerste verhoor gevaar geloop het om skuldig bevind te word, kan die

¹²⁴⁰ *Op.cit.*, p. 948.

Staat nie ná vrypraak 'n tweede asem gegun word om sy verbroude saak nuwe lewe in te blaas nie. Hierdie beginsel van *double jeopardy* is nie nuut nie -- die wortels word reeds gevind in antieke Griekeland (die geskrifte van Demosthenes¹²⁴²) en Rome in die *Digesta* van Justinianus: "... *the governor should not permit the same person to be again accused of a crime of which he had been acquitted.*"¹²⁴³ Dit moet nie verwar word met die siviele spreuk *res iudicata pro veritate accipitur* (die bekende *res iudicata*-konsep van die Anglo-Amerikaanse reg wat in die *Digesta*¹²⁴⁴ genoem word) nie. Ook in die Spaanse reg het *double jeopardy* teen 1255 sy verskyning gemaak.¹²⁴⁵ Die vroeë kanonieke reg het die beginsel geken van "*God does not punish twice for the same transgression*".¹²⁴⁶ Heelwat vroeër, natuurlik, lees ons in die Bybel in die boek *Nahum*¹²⁴⁷ van die toorn van God oor sy vyande en sy goedertierendheid oor sy volk: "*Affliction shall not rise up a second time.*" (Daar sal nie weer verdrukking wees nie.) Ten tyde van die Napoleontiese kode¹²⁴⁸ was die leerstuk goed ingeburger in die Franse siviele reg.

In Engeland was die ontwikkeling van die leerstuk 'n stadige proses; daar word geen melding daarvan gemaak in die *Magna Carta*¹²⁴⁹ nie -- hoewel die howe soms (uit eerbied vir die konsep) plegtig verklaar het dat

¹²⁴¹ 1982 456 US 667.

¹²⁴² 1 *Demosthenes* 589: Vince-vertaling 1962, *Harvard Law Review* 1974, pp.1822-1841.

¹²⁴³ Boek 48, Titel 2, voetnoot 7, Scott se vertaling.

¹²⁴⁴ Boek 50, Titel 17, voetnoot 207 van die *Digesta*.

¹²⁴⁵ *Harvard Law Review* 1823.

¹²⁴⁶ Pollock and Maitland: *A History of English Law* 448-449.

¹²⁴⁷ *Nahum* 1:9.

¹²⁴⁸ Van 1804 en 1807: *Universal Dictionary, Readers' Digest*. p. 311.

dit wel in die *Magna Carta* genoem is “and that it was regarded so vital to the maintenance of the Anglo-Saxon concept of individual liberty that it was made a part of the Constitution of the United States.”¹²⁵⁰ Hierdie stelling is egter misleidend, veral aangesien “*double jeopardy*” nie eens in die Engelse wettereg genoem word voor die opname daarvan in die Amerikaanse Grondwet nie,¹²⁵¹ en die enigste beskerming teen herhaalde vervolging voor die 15de eeu was meer van toepassing op opeenvolgende private vervolging as staatvervolgings. Veral in die regeringstyd van Henry die Eerste¹²⁵² het die beskerming verleen deur die “*double jeopardy*”-leerstuk egter ‘n groot behoefte geword, aangesien straf vir ‘n tweede oortreding meestal die dood of verminking was. Die frase “*life and limb*” soos opgeneem in die Vyfde Amendement van die Amerikaanse grondwet het ‘n letterlike betekenis gehad in die Engelse geskiedenis: Reeds in Ethelred¹²⁵³ se wette is van die beskuldigde na ‘n tweede oortreding gesê “*let him be smitten so that his neck break.*”¹²⁵⁴ Ook sy opvolger, Knut, se wette skryf die verminking voor van hande, neuse en ore. Teen die 18de eeu was daar reeds ‘n gevestigde onderskeid tussen hals- en ander misdade, en “*life and limb*” was nie in gevaar by mindere misdade nie. Ná die *Norman Conquest*¹²⁵⁵ het van die Engelse konings soos William Rufus maar min ontsag gehad vir die beginsels van die *double jeopardy* leerstuk. Was die “*judgement of God*”

¹²⁴⁹ Op 15 Junie 1215 onderteken deur koning John van Engeland.

¹²⁵⁰ 1918 *State v Telch*, 92 Vt 477, 482.

¹²⁵¹ Sigler JA : *A History of Double Jeopardy*, p. 285.

¹²⁵² 1100-1136 AD.

¹²⁵³ Hy regeer van 978-1016 AD.

¹²⁵⁴ Sigler JA : *Op. cit.*, p. 286.

¹²⁵⁵ 14 Oktober 1066 (Die Slag van Hastings).

by die gebruik van “*trial by ordeal*”¹²⁵⁶ byvoorbeeld nie na William se sin nie, het hy die beskuldigde(s) eenvoudig weer laat verhoor.¹²⁵⁷ Eers toe vervolgings vir kriminele oortredings ‘n staatsfunksie geword het, kon die moderne konsep van *double jeopardy* ontwikkel. Teen die tyd van Sir Edward Coke¹²⁵⁸ het die leerstuk ontwikkel as beskerming teen die staat deur middel van die gemeneregpleite van *autrefois acquit* en *autrefois convict* wat toe selfs vir relatief geringe misdade beskikbaar geraak het. (Deur hierdie pleite word ‘n tweede vervolging na onderskeidelik ‘n vorige vrypraak en skuldigbevinding ten opsigte van dieselfde misdaad geblokkeer, soos aangedui in die bespreking van *Moodie* en *Naidoo* hierbo. Later, hieronder, word daarop teruggekom.) Maar selfs by Coke en later Blackstone is die beskerming deur *double jeopardy* nog nie dieselfde as dié van die huidige leerstuk nie, hoewel dit beperk is tot suiwer kriminele sake.¹²⁵⁹ Die aard is dus nog relevant, alhoewel die inhoud aangepas is.

Die Amerikaanse konseptualisering van *double jeopardy* het in die kolonie van Massachusetts begin.¹²⁶⁰ Hulle kode van 1648 het ‘n redelik volledige verklaring bevat van regte, voorregte, pligte en wette, en daarvandaan het dit versprei na onder andere New York, New Jersey en Pennsilvanië.

Vandaar waarskynlik dat hierdie leerstuk verhef is met konstitusionele

¹²⁵⁶ Eers afgeskaf in 1219.

¹²⁵⁷ Sigler JA : *Op. cit.*, p. 286.

¹²⁵⁸ 17de eeu.

¹²⁵⁹ Sigler JA : *Op. cit.*, p. 295.

¹²⁶⁰ *Ibidem*, p. 298.

waardigheid. Dat daar 'n groot behoefte aan die beskerming deur die leerstuk bestaan het, is seker, bepaald op grond van die strengheid van die bestaande destydse strafregvoorskrifte. In die kolonie van East Jersey kon die doodstraf byvoorbeeld opgelê word vir misdade van moord tot valse getuienis of saakbeskadiging.¹²⁶¹ In 1789 is die *double jeopardy*-beginsel (soos bewoord deur Madison) uiteindelik in die Amerikaanse grondwet opgeneem.¹²⁶² Die teenswoordige Vyfde Amendement het egter Madison se *single trial for the same offence* vervang met die minder presiese *jeopardy of life and limb*, wat 'n uitnodiging is tot misverstand. “*The drafters of double jeopardy clauses were so steeped in common law that they tended to perpetuate its inadequacies rather than declare a precise protection for a criminal defendant.*”¹²⁶³ Die ander state het eers met verdrag die federale formule aangeneem, byvoorbeeld New Hampshire in 1792: “*No subject shall be liable to be tried, after an acquittal, for the same crime or offence.*”¹²⁶⁴ Vandag is die resepsie van *double jeopardy* in die Amerikaanse grondwette redelik volledig, maar met verloop van tyd het 'n eiesoortige “*body of American law*”¹²⁶⁵ om die *double jeopardy*-klousule ontstaan.

Geskiedenis alleen kan nie die inhoud van die *double jeopardy*-ideaal vasstel nie: Die behoeftes van die botsende belange van die individu en die gemeenskap wat inherent is aan *double jeopardy* moet deur elke

¹²⁶¹ Sigler JA: *Op. cit.*, p. 303.

¹²⁶² *Ibidem*, p. 306.

¹²⁶³ *Ibidem*, p. 307.

¹²⁶⁴ Sigler JA : *Op. cit.*, p. 307.

¹²⁶⁵ *Ibidem*, p. 308.

geslag uitgewerk en herinterpreteer word.

8.5. Verwante Begrippe:

8.5.1. Res iudicata

Daar bestaan begrippe in die verskillende regstelsels onder dieselfde benamings, maar die trefwydte en inhoud is nie oral noodwendig toepaslik of dieselfde nie. So stel Regter Eksteen dit duidelik in *S v Vermeulen*¹²⁶⁶ dat, waar Engelse beslissings oor *res iudicata* tot hulp kan wees, daar “met groot versigtigheid te werk gegaan moet word voordat stelreëls geformuleer in die Engelse reg ten opsigte van die aanwendingsgrond van hierdie leerstuk sonder meer in ons reg oorgeplant word.” Die begrip moet met ander woorde opnuut geïnterpreteer word, dit kan nie net klakkeloos oorgeneem word nie. Voet definieer die *res iudicata* soos volg: “A *res iudicata* is a matter in which an end has been put to disputes in a declaration of a judge by absolution or adverse judgement.”¹²⁶⁷ Voet gaan voort om te verduidelik dat die begrip op tweërlei wyse uitgelê kan word: Enersyds ‘n geding wat deur die uitspraak van ‘n bevoegde hof tot ‘n einde gekom het (sodat daar geen *res iudicata* is voordat uitspraak gelewer is nie) en andersyds is daar sprake van ‘n *res iudicata* sodra uitspraak gegee is, maar met die moontlikheid van ‘n appèl teen die uitspraak. By die *exceptio res iudicata* word daar nie gevra of die uitspraak reg of verkeerd was nie (solank dit nie deur ‘n appèl opgeskort is nie) maar net gekyk na die feit dat daar wel uitspraak gegee is, want *res iudicata pro veritate accipitur*.¹²⁶⁸ Die pleite *autrefois convict* en *acquit*

¹²⁶⁶ 1976 (1) SA 623 C, p.631.

¹²⁶⁷ Gane P: *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects* (Volume 6), p. 297.

¹²⁶⁸ Gane P : *Op. cit.*, p. 553.

word dikwels beskou as die ekwivalent van die *exceptio rei iudicatae* (vergelyk *Manasewitz*.)¹²⁶⁹ Schmidt¹²⁷⁰ beskryf ook die *autrefois*-pleite as die “strafregtelike vorms van die *res iudicata*.” Volgens Regter Eksteen (in *Vermeulen, supra*) berus die *autrefois*-pleit nie net op die *res iudicata* of die *nemo bis vexari*-beginsel nie, en hy haal ter ondersteuning Appèlregter Beyers in *Manasewitz (supra)* aan:

‘Hierdie mening berus nie op *res iudicata* nie, maar op die eenvoudige feit dat dit weersinwekkend is vir ons gevoel van billikheid en regverdigheid, dat die gestrafde (*sic*) vir die tweede maal weens dieselfde misdaad vervolgd sou word.’

Hoe dit ook al sy, in *Vermeulen (supra)* is beslis dat die *exceptio rei iudicatae* met die nodige wysigings ‘n tuiste gevind het in ons Strafreg. (Ook in *Manasewitz* het die hof bevind dat die leerstuk van *res iudicata* in strafsake sowel as siviele sake aangewend kan word.) Die begrippe *stare decisis* en *res iudicata* moet ook nie met mekaar verwar word soos wat Hoofregter Wessels klaarblyklik in *Manasewitz* gedoen het nie.

Smythe¹²⁷¹ verklaar dat die regter (in *Manasewitz*) “*succeeded only in confusing both the issue at stake and himself.*” Die wese van *res iudicata* is dat, sodra uitspraak finaal gegee is, die saak nie weer deur enige van die partye voor die hof gebring kan word nie. *Stare decisis* aan die ander kant, is ‘n uitspraak oor ‘n sekere regspunt wat alle ondergeskikte en gelyke howe bind, maar nie howe met ‘n hoër jurisdiksie nie, soos hierbo uiteengesit.

¹²⁶⁹ 1933 AD 165-168.

¹²⁷⁰ *Schmidt C : Bewysreg*, p. 580.

¹²⁷¹ Smythe *CC : Issue Estoppel in Criminal Law*, p. 308.

Bolton¹²⁷² sê dat *res iudicata* in Kanada gewoonlik onder die opskrif “spesiale pleite” tuishoort, maar in werklikheid is dit, streng gesproke, ‘n verweer en nie ‘n pleit nie -- dit is verwant aan die spesiale pleite onder die dubbele blootstelling-konsep. Die verweer het betrekking op die geskilpunte in die saak en nie werklik op die getuienis nie. Die uitspraak van ‘n hof met ‘n jurie lewer veral probleme op, want dit is dikwels moeilik om te bepaal watter geskilpunt die basis vorm van ‘n jurie se onskuldigbevinding, aangesien juries nie redes gee vir hulle bevindings nie. Dit bring ons by die volgende verwante begrip, naamlik *issue estoppel*.

8.5.2. “Collateral” of “issue estoppel”

Volgens Barton en Peel¹²⁷³ word *issue estoppel* in Kanada oor die algemeen beskou as ‘n bewysregreël, te berde gebring in ‘n tweede verhoor tussen dieselfde partye, vermoedelik vir ‘n misdad wat nie deur die spesiale pleit van *autrefois* gedek word nie. As ‘n feitebevinding in ‘n verhoor gemaak word waarin dieselfde beskuldigde twee aanklagte moet trotseer, moet die uitspraak oor die twee aanklagte op dieselfde bevinding gebaseer wees. Gebeur dit nie, geld die argument dat hulle teenstrydige beslissings is en nie naas mekaar kan bestaan nie. Die reël teen teenstrydige beslissings is dus gebaseer op die teorie van *issue estoppel*, dat die eerste beslissing die geskil tussen die partye besleg en die hof moenie in ‘n tweede beslissing anders besluit nie. *Issue estoppel* bring

¹²⁷² Bolton PM : *The Canadian Criminal Trial Process*, p. 75.

¹²⁷³ Barton PG & Peel NA : *Criminal Procedure in Practice*, p. 159.

groot probleme mee (Barton & Peel¹²⁷⁴), onder andere dat daar slegs enkele verhore is waar gesê kan word dat 'n uitspraak op 'n bepaalde feit of bevinding gebaseer is. Die Engelse House of Lords het in *DPP v Humphrys*¹²⁷⁵ aan die hand gedoen dat die leerstuk geen plek behoort te hê in die Strafberegning. Hiemstra¹²⁷⁶ definieer die Engelse *issue estoppel* so: indien 'n vraag in 'n verhoor beslis word as noodwendige voorvereiste vir die beslissing van die hoofgeskilpunt, is die beslissing op die voorgaande vraag bindend in alle latere verhore tussen dieselfde partye oor geskilpunte wat van dieselfde voorafgaande beslissing afhang. Hiervolgens sou dit (as voorbeeld) onnodig gewees het om in *Gabriel*¹²⁷⁷ weer die aanranding te bewys as gevolg waarvan die slagoffer gesterf het nadat die beskuldigde vantevore aan poging tot moord skuldig bevind is. Dat die beskuldigde van so 'n beslissing tot sy voordeel gebruik kan maak, is uitgemaak in *Connelly v Director of Public Prosecution*.¹²⁷⁸ In Suid-Afrika word *issue estoppel* nie aanvaar nie -- dit geld vir die Staat sowel as die beskuldigde.¹²⁷⁹ Dit blyk dus dat *R v Kriel*¹²⁸⁰ verkeerd beslis is waar bevind is dat 'n vorige bevinding aan versuim om 'n kind te onderhou, die beskuldigde belet om in 'n tweede verhoor te pleit dat hy nie die vader is nie. Die Hoogste Hof van Appèl het egter nog nie onomwonde verklaar dat *issue estoppel* nie in die Strafberegning erken word nie.

¹²⁷⁴ Barton PG en Peel NA : *Op. cit.*, p. 159.

¹²⁷⁵ 1976 2 All ER 497.

¹²⁷⁶ Hiemstra VG : *Suid-Afrikaanse Strafberegning*, p. 264.

¹²⁷⁷ 1971 (1) SA 646 (RA).

¹²⁷⁸ 1964 2 All ER 401.

¹²⁷⁹ Hiemstra VG : *Op. cit.*, p. 264.

¹²⁸⁰ 1939 CPD 221.

Zeffertt¹²⁸¹ is sterk ten gunste van die verwerping daarvan. Hy is van mening dat die benaming waarskynlik in 1921 in Australië in *Hoysted v The Federal Commissioner of Taxation*¹²⁸² geskep is, maar ten spyte van die nuwe etiket beskryf dit volgens Zeffertt,¹²⁸³ geen nuwe wyn nie, dis bloot “*bad old English vinegar and sour to the taste.*” Ongelukkig, reken hy, het die etiket judisiële aansien verwerf toe Lord Denning dit in *Fidelitas Shipping Co. Ltd v V/O Exportchleb*¹²⁸⁴ oorgeneem het en daarna die *House of Lords* in *Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd.*¹²⁸⁵ Hy sê voorts dat, waar een eisosaak tussen partye finaal beslis is, daardie beslissings oor geskilpunte wat hul wesenlike basis is en waarsonder dit nie kan bestaan nie, nou gebruik kan word as die basis van *issue estoppel* tussen dieselfde partye wanneer ‘n nuwe eisosaak ingestel word. Dit, volgens Zeffertt, “*offends the letter and spirit of the Roman-Dutch law*”, en het onder andere gelei tot die *Menasewitz*-debakel. Die beskuldigde is aangekla van bedrog tot nadeel van die Sekretaris van Lande, en skuldig bevind. Dis vir appèl na die Provinsiale afdeling verwys waar beslis is dat die skuldigbevinding tersyde gestel moes word, aangesien bedrog tot nadeel van die Unie-regering beweer moes gewees het, nie die Sekretaris van Lande nie. Daarna is hy weer aangekla, dié keer van bedrog tot nadeel van die Unie-regering. Hy het *autrefois acquit* gepleit, maar die pleit is nie aanvaar nie. Hy is skuldig bevind en die Provinsiale Afdeling het dit bekragtig. Die Appèlafdeling het

¹²⁸¹ Zeffertt D : *Issue Estoppel in South Africa*, p. 312.

¹²⁸² 1921 29 CLR 537.

¹²⁸³ Zeffertt D : *Op. cit.*, 312.

¹²⁸⁴ 1966 1 QB 630 CA.

¹²⁸⁵ 1967 1 AC 853 (HL).

oplaas die eerste verhoor ondersoek en tot die gevolgtrekking gekom dat “benadeling van die Sekretaris van Lande” by implikasie ook benadeling van die Unie-regering behels. ‘n Korrekte interpretasie kon dus van die begin af die regte beslissing ten gevolg gehad het. Die Appèlhof se beslissing het daarop neergekom dat die beskuldigde reeds in die eerste verhoor blootgestel was (“stood in jeopardy”) aan skuldigbevinding, dus kon hy nie weer aangekla word nie, en sy appèl het na baie hofdae en baie onkoste geslaag.

Zeffertt vra die vraag of die Romeins-Hollandse beperkings van *res iudicata* oorskry mag word, en of dit uitgebrei behoort te word om *issue estoppel* te omvat? Vinnius het beklemtoon dat dieselfde ding geëis moet word voordat die *exceptio* van toepassing is.¹²⁸⁶ Ook Voet beperk die werking van die *exceptio* tot daardie gevalle waar dit gaan oor dieselfde partye, dieselfde dinge en dieselfde oorsake.¹²⁸⁷ Die drie hoofbesware teen *issue estoppel* lê, volgens Lanham¹²⁸⁸ en aangehaal deur Zeffertt¹²⁸⁹ in “*the lack of isolation of issues, the lack of positive determination and the lack of mutuality.*” Die eerste beswaar het betrekking op die jurie. Die tweede het betrekking op die waarskynlike waarheid van die beskuldigde se getuienis, wat ook in die tweede geding die geval sal wees, dus is dit nie so ‘n ernstige beswaar nie. Maar as die beskuldigde hom op estoppel kan beroep, waarom nie ook die vervolging nie?

¹²⁸⁶ *Ad Inst.* 4.13.5.

¹²⁸⁷ *Kommentaar oor die Pandekte*, 44.2.3.

¹²⁸⁸ Lanham D : *Issue Estoppel in the English Criminal Law*, p. 439-444.

¹²⁸⁹ Zeffertt D : *Op. cit.*, p. 317.

Friedland¹²⁹⁰ se hipotetiese probleem spreek vanself: veronderstel X word skuldig bevind aan die moord op Y terwyl X in werklikheid onskuldig is, en word gevangenisstraf opgelê. Wanneer hy vrygelaat word, ontdek hy dat Y nog leef, en vermoor hom dan. *Autrefois convict* sal nie help nie, want hy was nie met die eerste verhoor in gevaar van die latere doodslag nie, maar 'n pleit van *issue estoppel* sal slaag -- in die eerste verhoor is bevind dat Y reeds dood is, en X kan nie daarna veroordeel word vir die moord op 'n dooie man nie. Daar moet egter bygevoeg dat dit nie saak maak of die *jeopardy* gewaan is of nie.

Skrywer stem saam met Zeffertt¹²⁹¹ (ook Friedland en Lanham¹²⁹²) dat *issue estoppel* onaanvaarbaar is. Selfs in die leidende saak, nl. *Connelly* (*supra*) het Lord Devlin ernstige besware geopper.

CC Smythe¹²⁹³ reken egter dat, ten spyte van talle besware, alle pleite van dubbele blootstelling op die bevordering van geregtigheid gerig is. Dit vereis 'n balans tussen die beskerming van die individu wat onbillik deur die streng beginsels van die Strafprosesreg bedreig word, en verseker dat skuldiges gestraf word. Smythe is dus van mening dat *issue estoppel* in die Strafreg help om die nodige balans te verkry en dat verantwoordelike gebruik deur die howe die behoorlike administrasie van geregtigheid behulpsaam sal wees.

Dit lyk asof *issue estoppel* deur die Amerikaanse reg erken word --

¹²⁹⁰ Friedland ML : *Double Jeopardy*, p. 119.

¹²⁹¹ Zeffertt D : *Op. cit.*, 317.

¹²⁹² Lanham D : *Op. cit.*, p. 445.

¹²⁹³ Smythe CC : *Op. cit.*, p.320.

vergeelyk die opmerkings van Regter Holmes in *US v Oppenheimer*¹²⁹⁴ en *Ashe v Swenson*¹²⁹⁵ waarin beslis is dat “*collateral estoppel*” ‘n bestanddeel is van die beskerming teen dubbele blootstelling. (In vergelyking met die groter probleem van dubbele vervolging op staats- en federale vlak is dit egter ‘n mindere probleem.)

Peter Mirfield¹²⁹⁶ is van mening dat die *House of Lords* wat die leerstuk in *Humphrys*¹²⁹⁷ verwerp het, ‘n fout begaan het, aangesien die staat die geleentheid het om sy mag te misbruik, terwyl die beskuldigde nie so iets het nie. (Wat siviele sake betref, is *issue estoppel* egter goed gevestig in die Engelse reg.)

8.5.3. Autrefois convict en autrefois acquit

Hierdie pleite toon die belangrikheid van die beginsel dat, as die beweerde pleging van die misdaad een maal deur ‘n bevoegde hof (met die nodige jurisdiksie) aangehoor en **afgehandel** is, dan is daardie beregtiging (wat gelei het tot óf ‘n vryspraak óf ‘n skuldigbevinding) **finaal** sover dit die vervolging en die beskuldigde met betrekking tot die spesifieke misdryf aangaan -- *interest rei publicae ut sit finis litium* (*Minister of Justice v Bagathini and Others.*)¹²⁹⁸ Sou die staat die beskuldigde weer van dieselfde misdryf waarop hy tereggestaan het, wil vervolg, verhinder hierdie pleite dit. Volgens Hiemstra¹²⁹⁹ is dit die eweknie van die Amerikaanse dubbele blootstelling of *double jeopardy*. In

¹²⁹⁴ 242 US 85, 9, 87 en wat daarop volg.

¹²⁹⁵ 1970 397 US.

¹²⁹⁶ Mirfield P : *Shedding a Tear for Issue Estoppel*, p. 336.

¹²⁹⁷ 1977 A.C.I.

¹²⁹⁸ 1975 (4) SA 252 (T).

¹²⁹⁹ Hiemstra VG : *Op. cit.*, p. 260.

die Duitse strafproses staan dit bekend as *Doppel-bestrafung*.

Schmidt¹³⁰⁰ beskou die *autrefois*- verwere as verskyningsvorms van die leerstuk van *res iudicata* wat partye tot die geding en hulle regsopvolgers verbied om die finale uitspraak in 'n geding tussen hulle agterna te betwis. (Vergelyk ook De Jager.¹³⁰¹)

Die onus dat hy/sy voorheen vrygespreek/skuldig bevind is op dieselfde feite, rus op die beskuldigde, soos met behulp van die oorkonde van die vroeëre verrigtinge/mondelinge getuienis dat dit dieselfde persoon is.

Daar is spesifieke vereistes vir 'n suksesvolle beroep op hierdie pleite, naamlik die blootstelling moes in 'n bevoegde hof gewees het, op 'n geldige aanklag en dit moet dieselfde misdaad wees waaraan hy/sy skuldig bevind is of waarvan hy/sy op die meriete vrygespreek is:

8.5.3.1. Bevoegde hof

Normaalweg lewer hierdie vereiste nie veel probleme op nie -- die hof moes die nodige jurisdiksie gehad het, vgl. *Mogatsi*¹³⁰² waar 'n *autrefois convict*-pleit verwerp is op grond daarvan dat die hoofman wat die beskuldigde summier aan verkragting skuldig bevind het, nie 'n hof met bevoegde jurisdiksie was nie. ('n Stamhof kon 'n bevoegde hof wees mits aan die hoofman wat voorgesit het kriminele jurisdiksie verleen is deur 'n bevoegde gesag: *Sibinda*.¹³⁰³) Ook 'n buitelandse hof kan as bevoeg

¹³⁰⁰ Schmidt C : *Op. cit.*, pp.557 en 558.

¹³⁰¹ 1985 TSAR 246.

¹³⁰² 1970 (1) PH H74 (B).

¹³⁰³ 1977 – 1979 BSC 188.

beskou word: *Pokela*.¹³⁰⁴ 'n Bevoegde hof sluit ook tribunale soos militêre en offisershowe in -- iemand wat aan militêre reg onderworpe is en deur 'n burgerlike hof weens 'n misdryf verhoor is, kan nie weer ten opsigte van daardie misdryf deur 'n militêre hof verhoor word nie, vergelyk *Makoko*.¹³⁰⁵

8.5.3.2. Geldige aanklag. Dit kom neer op 'n aanklag waarop 'n skuldigbevinding gegrond kon gewees het. Die beskuldigde moes dus blootgestel gewees het: *Makhutha*.¹³⁰⁶ Waar 'n appèlhof 'n skuldigbevinding en vonnis tersyde stel omdat die aanklag ongeldig of gebrekkig was, kan geregtelike stappe weer ingestel word asof daar nie 'n vorige "verhoor" was nie, maar die hof moet anders saamgestel word as by die oorspronklike verhoor (artikel 324(b) van die *Strafproseswet*.)¹³⁰⁷

8.5.3.3. Dieselfde misdaad. Die misdrywe hoef nie absoluut identies te wees nie, hulle moet slegs wesenlik dieselfde wees (*Constance*.¹³⁰⁸) Die feite by die twee verhore moet dus minstens dieselfde wees; die misdaadbenaming hoef nie dieselfde te wees nie. Daar word gekyk na die *ratio decidendi* van die vorige beslissing wat bindend sal wees (*Manasewitz, supra*). Daar is 'n wesenlike ooreenkoms as die beskuldigde reeds blootgestel was, met ander woorde as die misdryf ter sprake by die tweede verhoor 'n bevoegde uitspraak was op die vorige

¹³⁰⁴ 1968 (4) SA 702 (OK).

¹³⁰⁵ 1984 (2) SA 62 (O).

¹³⁰⁶ 1960 (2) SA 490 (O), 493A-F.

¹³⁰⁷ 51 van 1977.

¹³⁰⁸ 1960 (4) SA 629 A.

aanklag (vergelyk *Long*;¹³⁰⁹ *Manasewitz*,¹³¹⁰ *Ex parte Minister of Justice: In re Moseme*.)¹³¹¹ In *Kerr*¹³¹² word die toets aangelê wat in *Ndou*¹³¹³ met goedkeuring aangehaal is: “... *that the true test is whether the evidence would have been sufficient to procure a legal conviction upon the first...*” En voorts in *Ndou (supra)*¹³¹⁴:

“... *The overall enquiry is whether there exists that identity of subject-matter necessary to establish the exceptio rei iudicatae.*” In *Blockburger v US*¹³¹⁵ is die toets só geformuleer : “ *Twee misdrywe is verskillend as elk bewys van ‘n feit vereis wat die ander nie vereis nie.*” Dis bevestig in *Gore v US*.¹³¹⁶

8.5.3.4. Op die meriete

Hierdie vereiste kom daarop neer dat die beskuldigde moet aantoon dat hy tydens die eerste verhoor blootgestel was en dat daar tydens daardie verhoor tot by uitspraak geen onreëlmatigheid in die prosedure was wat die verhoor se geldigheid kon besmet nie. Die hof moes dus die meriete van die saak oorweeg het en op grond van sodanige oorweging (en nie bloot as gevolg van ‘n tegniese onreëlmatigheid nie) vrygespreek het. (Skuldigbevindings word uiteraard net op die meriete gedoen.) Vergelyk weer eens *Moodie* en *Naidoo* aan die begin van hierdie hoofstuk.

¹³⁰⁹ 1958 (1) SA 115 A.

¹³¹⁰ 1933 AD 165-168.

¹³¹¹ 1936 AD 52.

¹³¹² 1907 21 EDC 324, p. 340.

¹³¹³ 1971 (1) SA 688 A.

¹³¹⁴ *Ndou* (1971) 680D-F.

¹³¹⁵ 1932 284 US 299.

¹³¹⁶ 1958 (*supra*).

8.6. Artikel 83 (Strafproseswet) en die verdubbeling van aanklagte.

Die reël teen die verdubbeling van skuldigbevindings (liewer as aanklagte) verhoed dat 'n persoon twee keer aan dieselfde aanklag skuldig bevind en gevonniss word, veral in daardie gevalle waar die beskuldigde se kriminele gedrag in werklikheid net een misdryf openbaar wat in een enkele insluitende aanklag vervat kon gewees het, soos in *Grobler*.¹³¹⁷ Die gevaar lê daarin dat 'n onbehoorlike verdubbeling van skuldigbevindings kan voortspruit uit 'n enkele daad wat talle krimineel-relevante gevolge kan hê en talle misdrywe kan verteenwoordig, byvoorbeeld waar 'n terroris een bom laat ontplof wat baie lewens eis, of waar 'n pa sy dogter verkrag. Ander misdrywe soos roof kan weer net gepleeg word deur middel van meer as een daad (*Grobler* ¹³¹⁸).

Die verdubbeling van skuldigbevindings benadeel die beskuldigde (as voorbeeld) deurdat 'n landdros se strafbevoegdheid regmatig verhoog word en by 'n daaropvolgende saak die vorige oortredings veelvuldiger is as wat hulle behoort te gewees het.

As riglyn word twee "toetse" in die alternatief gestel: Is daar telkens 'n nuwe opset gevorm of is die getuienis wat nodig is om die een misdryf te bewys, noodwendig ook bewys van die ander? Omdat die toets slegs 'n riglyn is, is daar talle botsende beslissings. Grensgevalle behoort, volgens *Kuzwayo* ¹³¹⁹ aan die regterlike beampste se billikheidsgevoel en gesonde verstand oorgelaat te word. Waar die som van die beskuldigde se

¹³¹⁷ 1966 (1) SA 507 A.

¹³¹⁸ *Ibidem*.

¹³¹⁹ 1960 (1) SA 340 A.

misdadige handeling onder slegs een klag tuisgebring kan word, mag die beskuldigde nie aan veelvuldige klagtes skuldig bevind word nie. Waar die opset tot elke handeling egter só verskil dat dit onmoontlik is om al die handeling onder een aanklag te plaas, kan die beskuldigde aan veelvuldige aanklagte skuldig bevind word sonder onbehoorlike duplisering (*Waites*)¹³²⁰ - die beskuldigde breek by A se huis in, steel paraffien, vuurhoutjies en 'n sigaretstompie, vertrek en steek B en C se huise aan die brand met die gesteelde artikels: So 'n persoon pleeg huisbraak met die doel om te steel, asook diefstal sowel as brandstigting.

In *Benjamin*¹³²¹ het die destydse Appèlafdeling beslis dat skuldigbevindings aan roof en poging tot moord sou meebring dat dieselfde aanrandingshandeling twee maal gestraf word en dat dit sou neerkom op 'n onbehoorlike verdubbeling van aanklagte. Hierdie mistasting gee daartoe aanleiding dat Hoofregter Hiemstra hom in *Moloto*¹³²² daaraan gebonde moet hou, al twyfel hy nie daaraan nie dat daar inderwaarheid twee misdade gepleeg is, nl. poging tot moord gedurende 'n rooftog en roof. Daarteenoor het P en C (in *Benjamin*) saam planne beraam om Solomon van kontantgeld te beroof, en het hom met daardie doel na sy huis agtervolg. P het S toe geskiet om hom tot onderwerping te dwing en hom daarna nog bedreig totdat F die geldsak uit 'n bakkie kon verwyder. *Benjamin* is gevolglik verkeerd beslis en waar Joubert¹³²³ sê dat Regter Hiemstra in *Moloto* moes beslis het dat die

¹³²⁰ 1991 (2) SASV 388 (NK).

¹³²¹ 1980 (1) SA 950 A.

¹³²² 1980 (3) SA 1081 (B).

¹³²³ SASK 1980. p. 301.

beskuldigde aan sowel roof met verswarende omstandighede en poging tot moord skuldig was, ten spyte van *Benjamin*, moet skrywer met hom saamstem. [Dis belangrik om hier te let op Appèlregter Joubert se bevinding dat die beskuldigdes “in die omstandighede van die onderhawige geval twee maal skuldig bevind is aan en twee maal gestraf is vir dieselfde aanrandingshandeling.” Dit sluit aan by verskeie ander beslissings, soos *Kuzwayo*, (*supra*) *Grobler* (*supra*) en *Prins*.¹³²⁴]

Alhoewel daar gepraat word van ‘n verdubbeling van aanklagte, is dit inderwaarheid nie die aanklag waaroor dit gaan nie, maar moet dit geïnterpreteer word as die uiteindelijke skuldigbevinding(s) op een of meer as een aanklag. Dit is dus die regter met sy groter kennis en/of ondervinding wat daaroor besluit -- die aanklaer wat die klagstaat/akte van beskuldiging formuleer, kan in werklikheid die net so wyd gooi as wat hy wil, sonder uiteindelijke benadeling van die beskuldigde.

8.7. Later toetredende feite.

In *Gabriel* (*supra*) is die beskuldigde van poging tot moord aangekla en tot vier jaar gevangenisstraf gevonniss. Twee jaar na die aanranding is die slagoffer (sy vrou) oorlede as gevolg van die aanranding. Die beskuldigde is weer aangekla, dié keer van moord. Dis volkome in orde en misken nie die “*double jeopardy*”-beginsel nie, aangesien dit by die eerste verhoor onmoontlik was om die ernstiger aanklag in te bring. Ook in *Dayzell*¹³²⁵ is die beskuldigde eers skuldig bevind, dié keer aan nalatige motorbestuur. Na die beskuldigbevinding is die beseerde oorlede. Die beskuldigde is

¹³²⁴ 1977 (3) SA 807 A, p. 814A.

weer aangekla, nou van strafbare manslag en sy pleit van *autrefois convict* is regmatig verwerp. Interessant is Van Rooyen¹³²⁶ se betoog dat, in sekere omstandighede, 'n heraanklag selfs na 'n onskuldigbevinding moontlik sou wees, byvoorbeeld waar die onskuldigbevinding nie gebaseer is op feite wat by die tweede aanklag ter sake was nie. As voorbeeld noem hy 'n bevinding van onskuldig aan roekelose bestuur, omdat dit nie op 'n openbare pad was nie. Daarna sterf 'n persoon wat in die ongeluk beseer is. 'n Tweede aanklag, nou van strafbare manslag, lyk in orde, want die verantwoordelikheid vir die noodlottige besering was nie tevore die onderwerp van 'n uitspraak nie. Dit bring ons weer by *issue estoppel*.

8.8. Appèl deur die Staat.

Verkry die vervolger nie 'n tweede kans om die beskuldigde aan te kla téén die beginsels in van “*double jeopardy*” as die Direkteur van Openbare Vervolging of aanklaer die geleentheid kry om te appelleer nie? Om hierdie rede kan die Staat nie appelleer teen 'n ontslag op die feite nie, maar alleen op 'n regspraak (*Brasch*).¹³²⁷ Indien die staat se appèl afgewys word, kan die appellant beveel word om die respondent se koste te betaal (artikel 310A(6) van die *Strafproseswet*). Die bevoegdheid van die hof om ontslag van 'n beskuldigde aan die einde van die staatsaak (artikel 174 van die *Strafproseswet*) te verleen, is 'n regspraak. Die vervolging mag ook nie appelleer net om 'n akademiese vraag te laat

¹³²⁵ 1932 WLD 157.

¹³²⁶ Van Rooyen Jan H : 1971 *THRHR* 182-184.

¹³²⁷ 1911 AD 525.

beslis nie (*SAUK.*)¹³²⁸ Die staat mag wel teen 'n vonnis appelleer. Waar dit om slegs vonnis gaan, lyk dit na 'n aanvaarbare beginsel, vergelyk die Kaapse Di Blasi-saak¹³²⁹ waar 'n vonnis vir skuldigbevinding aan vooraf beplande moord verhoog is van vier na vyftien jaar. Indien die Appèlafdeling in die guns van die vervolger beslis, kan 'n vervolging *de novo* ingestel word (artikel 324 van die *Strafproseswet*).

Die doel van *double jeopardy* is juis om te verhoed dat die staat sy gesag misbruik, volgens Seabrooke¹³³⁰ en is 'n kontrole-maatreël sodat die vervolgingsproses nie die individu of minderheid verdruk nie. Seabrooke sê ook:¹³³¹

“To allow a man who has been sentenced once (in accordance with the due process of law) to be sentenced again, at the instigation of the state, is not just ‘wrong’, it is potentially extremely dangerous. It would mean that the state, were it ever moved to do so, should seek to manipulate the sentencing system for its own purposes.”

8.9. Die Drastiese Proses in Suid-Afrika.

Dit kan onderstreep word dat ons howe opreg gepoog het om die beginsels van natuurlike geregtigheid soos vervat in bostaande bespreking en deur die aangehaalde sake geïllustreer, sover as moontlik suiwer en pligsgetrou toe te pas. Vanaf die laat vyftigerjare het die wetgewer egter die taak van die howe aansienlik bemoeilik met 'n aantal wette en voorskrifte wat die toepassing van natuurlike geregtigheid wesenlik bemoeilik. Skrywer verwys hier na wat algemeen as die “drastiese proses” bekend staan.

¹³²⁸ 1991 (2) SA 698 (W).

¹³²⁹ 1996 1 SASV 1 (A).

¹³³⁰ Seabrooke S : *Two-timing the Double Jeopardy Principle*, p. 104.

Lord Reid het in 1964 in die *Connelly*-saak (*supra*) gesê dat billikheid vereis dat 'n persoon nie weer vir dieselfde misdaad verhoor kan word as hy op die meriete vrygespreek is nie, maar ook “*that he should not be retried on the same facts under the guise of a new charge*” (op p.1295 – skrywer se beklemtoning.)

Soos baie ander reëls van prosedurele billikheid is hierdie beginsel ernstig ondermyn deur byvoorbeeld die *Sabotasiewet*¹³³² en die *Terrorismewet*¹³³³ wat toegelaat het dat 'n persoon wat op 'n sabotasieklag vrygespreek is of 'n klag van deelname aan terroristebedrywighede, weer aangekla kan word op enige ander klag wat voortspruit uit die daede wat in verband met die klag beweer is (vergelyk SA Strauss.)¹³³⁴ Ook die *Wet op die Onderdrukking van Kommuniste*¹³³⁵ val in hierdie kategorie. Dugard¹³³⁶ gee die voorbeeld van 'n persoon wat in die tydskedule van twee minute 'n lid word van die (tot 1990) verbanne ANC, 'n lidmaatskapswapen aansit, en 'n bydrae tot die organisasie maak, pleeg drie aparte misdrywe wat hom 'n kandidaat maak vir dertig jaar gevangenisstraf. (Vergelyk ook *Xoswa*¹³³⁷ en *Sermae*.¹³³⁸) Die Hof sal hierdie twee minute in gedagte hou, en veral die feit dat dit hier eintlik

¹³³¹ Seabrooke S : *Op. cit.*, p. 105.

¹³³² *Die Algemene Wysigingswet* 76 van 1962, artikel 21(4)(g).

¹³³³ Wet 83 van 1967, artikel 5(h).

¹³³⁴ *THRHR* (1962), p. 240.

¹³³⁵ Wet 44 van 1950.

¹³³⁶ Dugard J : *Autrefois Acquit and Substantial Identical Offences*, *SALJ* (1971) p. 302.

¹³³⁷ 1964 (2) SA 401 (N) op p. 411.

¹³³⁸ 1964 (2) SA 511 (T).

met wesenlik een daad te doen het. Maar, soos Dugard¹³³⁹ aandui, is daar niks wat die bedrewe aanklaer verhoed om die beskuldigde by verskillende geleenthede en verskillende howe met die verskillende komponente van die twee minute van subversie te konfronteer nie. Is hy reeds daaraan skuldig bevind dat hy 'n lid van die (destydse verbanne) ANC is, sal dit nie help om *autrefois convict* te pleit op 'n klag van die vertoon van 'n lidmaatskapswapen of 'n bydrae tot hulle fondse nie. Hierteen spreek Dugard hom in 1971 tereg baie sterk uit:¹³⁴⁰

“The reader who believes that the State is incapable of such vindictiveness is referred to the cases of *S v Malus 1967(2) PH H306 (OK)* and *S v Matinka 1968 (1) PH H119 (OK)* in which persons were charged with different component parts of the same conduct after their release from prison and the prosecutor failed to draw attention to the fact that they had already undergone a period of imprisonment for substantially similar conduct committed over the same period of time.”

(In 'n reeks appèlle het die aanklaer se versuim egter onder die Hof se aandag gekom en Dugard het die hoop uitgespreek dat hierdie gebruik toe reeds gestaak was.)

Sterk standpunt teen hierdie keurslyf waarin die Wetgewer die Hof probeer indwing het, is in *Ndou*¹³⁴¹ ingeneem. In 'n eerste verhoor het 22 beskuldigdes op 'n klag van oortredings van die *Wet op die onderdrukking van Kommunisme* onskuldig gepleit. Die vervolging is om onbekende redes deur die Prokureur-Generaal gestaak en die Hof het hulle ontslaan. Daarna is hulle van Februarie tot Augustus *incommunicado* onder die

¹³³⁹ Dugard J : *Op.cit.*, p. 302.

¹³⁴⁰ *Ibidem*, p. 302.

Terrorismewet aangehou. By die nuwe verhoor is die eerste aanklag byna woordeliks herhaal. Hulle het *autrefois acquit* gepleit en Regter Viljoen het die pleit gehandhaaf. Die staat het daarna die korrektheid van die beslissing per aantekening van 'n regspraak bevestig. Met verwysing na *Kerr (supra)* het die destydse Appèlhof per Appèlregter Ogilvie Thompson die beslissing van die hof *a quo* onderskryf. Hierdie beslissing, sê Dugard¹³⁴² “*places a very necessary interpretation on the plea of double jeopardy. A contrary ruling would have exposed the political offender to a possible multiplication of oppressive prosecution...*” Die *Sabotasiwet*, *Terrorismewet* en ander verwante wette wat die billike beskerming van die *autrefois*-pleite ondermyn het, gaan Dugard voort, het “*a serious blemish on our system of criminal justice*” geplaas. Met die aanvaarding van 'n paar wette het die Staat effektief 'n streep getrek deur die billikheidsvereistes wat ons ken van reeds voor die Romeinse reg af.

8.10. Grondwet, Wet 200 van 1993 (die Interim-grondwet) en 108 van 1996.

Gedurende die tydperk van die drastiese proses moes die howe in 'n groot mate lippediens bewys aan die hoë billikheidsideale van die beginsels wat dubbele blootstelling teenstaan. Intussen het die regsposisie egter verander en is hierdie gemeenregtelike beginsels selfs in die Grondwet ingeskryf in artikels 25(3)(g) en 35(3)(m) respektiewelik waarin die reg van 'n beskuldigde gewaarborg word om nie opnuut vir 'n oortreding waaraan hy/sy vantevore skuldig bevind is of waarvan hy/sy vrygespreek is, verhoor te word nie. (Artikel 33 en artikel 36

¹³⁴¹ 1971 (1) SA 688 A.

respektiewelik kan egter sekere regte op sekere voorwaardes beperk, maar dit behoort nie maklik op artikels 25(3)(g) of 35(3)(m) van toepassing te wees nie.)

Dit is dus goed duidelik dat enige regstelsel ter wêreld wat daarop wil aanspraak maak dat dit nie die onderdane se regte eensydig inkort nie, die beginsel van die onaanvaarbaarheid van dubbele blootstelling ondersteun en handhaaf, selfs oor landsgrense heen. Barbey, soos aangehaal deur Dickinson,¹³⁴³ stel die *non bis in idem*-reël kragtig:

“Autant dans le cas d’un acquittement que dans celui d’une condamnation exécutée, l’individu qui a été jugé et qui a subi la peine éventuellement prononcée contre lui, doit pouvoir recouvrer son entière liberté individuelle et considérer son sort comme définitivement réglé.”
(Both in the case of an acquittal where the individual could have been condemned, and where he has been judged and has been subjected to an eventual penalty against him, he can regain his complete freedom and is considered to be liberated, and may consider his case as finalised – skrywer se vertaling.)

Die interpretasieproses wat ná 1962 en *Moodie en Naidoo* begin het na aanleiding van die dubbele blootstellingsbeginsel en die beskerming wat dit aan die onderdaan verleen, het nog twee verdere verwickelings gehad, naamlik --

(a) wetgewing in die vorm van die *Strafregwysigingswet*¹³⁴⁴, en meer bepaald artikel 51 en 52, en

(b) die appèlsaak *S v Isak Hermanus Bezuidenhout*¹³⁴⁵ waarin die Hof ‘n

¹³⁴² Dugard : *Op. cit.*, p. 304.

¹³⁴³ Dickinson ED : *Jurisdiction with respect to crime*, p. 603.

¹³⁴⁴ Wet 105 van 1997.

¹³⁴⁵ 2002 (4) All SA 326.

regsvraag moes beantwoord aangaande die toelaatbaarheid van getuienis wat afgelê is as alternatief vir die getuienis onder eed soos vereis deur artikels 162, 163 en 164 van die *Strafproseswet van 1977*.

8.11. Die Strafwysigingswet 105 van 1997.

Artikel 52(3) bepaal soos volg:

3(a): Wanneer 'n beskuldigde ingevolge subartikel (1)(b) vir vonnis na 'n Hoër Hof verwys word, word die oorkonde van die verrigtinge in die Streekhof by bewys daarvan in die Hoër Hof deur die Hoër Hof ontvang en maak dit deel uit van die oorkonde van daardie Hof. (Skrywer se kursivering).

3(b): Die Hoër Hof moet, na oorweging van die oorkonde van die verrigtinge in die Streekhof, die beskuldigde vonnis, en die uitspraak van die Streekhof bly vir hierdie doel staan en is voldoende vir die Hoër Hof om 'n vonnis soos in artikel 51 beoog, op te lê: Met dien verstande dat, indien die regter van mening is dat die verrigtinge nie ooreenkomstig die reg uitgevoer is nie of dat twyfel bestaan of die verrigtinge die regsbeginsels gevolg het, hy of sy, sonder om die beskuldigde te vonnis, van die streeklanddros wat by die verhoor voorgesit het 'n uiteensetting van sy of haar redes vir die skuldigbevinding kan verkry.

3(c): Indien 'n regter ingevolge die voorbehoudsbepaling by (b) optree, stel hy of sy die beskuldigde dienooreenkomstig in kennis en verdaag die saak vir uitspraak, en, indien die beskuldigde in hegtenis is, kan die regter die bevel tot die aanhouding of vrylating van die beskuldigde lewer wat hy

of sy goedvind.

3(d): Die betrokke Hof kan by enige sitting daarvan enige getuienis aanhoor (skrywer se kursivering) en vir daardie doel enigiemand dagvaar om te verskyn en getuienis af te lê of om 'n dokument of ander voorwerp voor te lê.

3(e): Sodanige Hof, hetsy hy getuienis aangehoor het, al dan nie, en nadat hy 'n uiteensetting in paragraaf (b) bedoel, verkry en oorweeg het, kan –

- (i) die skuldigbevinding bekragtig en daarop 'n vonnis in artikel 51 beoog, oplê;
- (ii)&(iii) die skuldigbevinding wysig na 'n skuldigbevinding aan 'n ander misdryf in Bylae 2 of nie in Bylae 2 nie en daarop 'n vonnis in artikel 51 beoog oplê/ die vonnis oplê wat die Hof goedvind;
- (iv) die skuldigbevinding tersyde stel;
- (v) die saak na die Streekhof terugverwys met die opdrag om die saak te hanteer op die wyse wat die Hoër Hof goed sal vind; of
- (vi) 'n bevel maak met betrekking tot 'n aangeleentheid of saak wat in verband staan met daardie persoon of die verrigtinge ten opsigte van daardie persoon wat na die oordeel van die Hoër Hof die regspiegling waarskynlik sal bevorder (skrywer se kursivering).

Dit is van groot belang dat bostaande bepalings noodwendigerwys só

vertolk moet word dat die verhoor van 'n beskuldigde wat deur 'n Streekhof vir vonnis na 'n hoër hof verwys word, nie afgehandel is nie. Die oorkonde van die verrigtinge in die Streekhof maak deel uit van die oorkonde in die Hoër Hof en, indien die Hoër Hof van mening is dat die verrigtinge nie ooreenkomstig die reg is nie of dat daar twyfel is of dit ooreenkomstig die reg is, kan die Hof, onder andere, nadat getuienis kragtens artikel 52(3)(d) aangehoor is, die skuldigbevinding bekragtig, wysig of tersyde stel; die saak na die Streekhof terugverwys; of 'n bevel maak wat die regspleging sal bevorder. (Na skrywer hiervan se oordeel is dit presies waaroor dit ten slotte moet gaan, sodat reg geskied en nie onderhewig is aan toevallighede of tegniese foute of foute wat mense begaan nie – vergelyk weer eens *Moodie en Naidoo*). Die skuldigbevinding in die Streekhof kan dus, in werklikheid, vertolk word as 'n voorlopige skuldigbevinding wat bekragtig word indien dit aanvaar word deur die Hoër Hof. Die *Strafwysigingswet* het dus 'n spesiale prosedure geskep ingevolge waarvan die verhoor van 'n beskuldigde in die Streekhof begin en in die Hoër Hof afgehandel kan word. (Kyk hieronder ook *S v Bezuidenhout* (2002).)

8.12. *S v Bezuidenhout*¹³⁴⁶

Die beskuldigde, Bezuidenhout, is in 'n Streekhof daarvan aangekla dat hy sy dogter, Amanda (13 jaar oud, die klaagster) gedurende 1999 herhaaldelik verkrag het. Die Staat het die getuienis van die klaagster, die ondersoekbeampte aan wie sy die beweerde verkrachtings gerapporteer het en die mediese dokter wat haar ondersoek het, aangebied. Die

¹³⁴⁶ 2002 (4) All SA 326 (A).

klaagster het haar getuienis afgelê deur middel van 'n tussenganger, ene me. Siebritz. Die klaagster was nie onder eed nie, maar is slegs gewaarsku om die waarheid en niks anders nie as die waarheid te praat. Kragtens artikel 162 van die Strafproseswet (51 van 1977) moet alle getuies 'n eed aflê dat hulle die hele waarheid en niks anders nie as die waarheid sal praat. Die woorde "so help my God" word bygevoeg en die hand kan opgehef word.

Aangesien ons egter in 'n veelgelowige samelewing leef, is dit goed moontlik dat die beskuldigde die Hof kan meedeel dat hy/sy geen godsdienstige geloof het nie of dat die aflê van die eed strydig is met sy/haar godsdienstige geloof, of dat hy/sy bloot teen die aflê van die eed beswaar maak of teen die aflê van die eed in die voorgeskrewe vorm, of dat hy/sy nie die eed in die voorgeskrewe vorm as bindend vir sy/haar gewete beskou nie. So 'n persoon doen dan kragtens artikel 163 'n **bevestiging** in die volgende woorde:

"Ek bevestig plegtig dat die getuienis wat ek sal aflê, die waarheid, die hele waarheid en net die waarheid sal wees." Die bevestiging het dieselfde regs krag en -gevolg as die eed. (Dit is moontlik dat iemand nie deur so 'n eed gebonde mag voel nie, maar hy/sy sal desnieteenstaande blootgestel wees aan die strawwe wat geld vir meineed.)

Artikel 164 maak voorsiening vir die lewer van toelaatbare getuienis sonder dat die getuie die eed afgelê het of die bevestiging gedoen het. Dit is van toepassing wanneer iemand weens onkunde nie die aard en betekenis van die eed of bevestiging begryp nie. Die onkunde kan voortspruit uit jeugdigheid, gebrekkige opvoeding of 'n ander oorsaak. Die voorsittende beampte moet egter die betrokke persoon waarsku om die

waarheid, die volle waarheid en net die waarheid te praat.

Dit is nie ongewoon nie dat die bepalings van artikel 170A van die *Strafproseswet* in die geval van artikel 164 gevolg word, naamlik dat, wanneer dit aan die Hof blyk dat dit 'n getuie onder die ouderdom van agtien jaar aan onredelike geestespanning of -lyding sal blootstel indien hy/sy by die verrigtinge getuig, die Hof 'n bevoegde tussenganger kan aanstel sodat die getuie deur bemiddeling van die tussenganger sy/haar getuienis kan aflê. Die tussenganger kan die algemene strekking van 'n vraag aan die betrokke getuie oordra. Die Hof kan ook gelas dat die getuie op 'n plek getuig wat informeel ingerig is om die getuie op sy/haar gemak te stel, en só geleë is dat iemand wie se teenwoordigheid die getuie mag ontstel, nie deur die getuie gehoor of gesien kan word nie. Elektroniese of ander toestelle kan gebruik word om kommunikasie tussen die hof, die tussenganger en die getuie te bewerkstellig. Hierdie voorskrif moet vertolk word as die aanwend van eenrigtingglas of geslotebaan televisie en mikrofone. Normaalweg sal die tussenganger deur oorfone met die hof in verbinding wees, terwyl die klank uit die “informele plek” na die hof oorgedra word. Die oorkonde sal ongetwyfeld die ondervraers, die tussenganger en die getuie se *ipsissima verba* moet bevat. Dit is natuurlik 'n sinvolle manier om slagoffers van beweerde kindermishandeling of verkragting of ander misdade waardeur hulle bedreig voel, van hulp te wees, en behoort na skrywer se insig waar moontlik gebruik te word – dit bevorder goeie kommunikasie en help die Hof om die korrekte interpretasie te maak.

In die Streekhofverhoor van die beskuldigde Bezuidenhout is juis hierdie

prosedure gevolg:

Hof (aan me Siebritz): Weet sy wat dit beteken om te sweer dat sy die waarheid sal praat?

Me Siebritz: Weet jy wat dit beteken om te sê as jy sê jy praat die waarheid?

Getuie (die klaagster, Amanda): Ja.

Hof: Kan u haar waarsku sy moet die waarheid en niks anders as die waarheid praat nie?

Me Siebertz: Ons wil jou net waarsku dat jy net die waarheid gaan praat en niks anders as die waarheid nie.

Getuie: "Okay".

Die beskuldigde het getuig en het ook twee ander getuies geroep. Daarna het die Streekhof die beskuldigde skuldig bevind soos aangekla en hom kragtens artikel 52(1)(b) van die *Strafwysigingswet* 105 van 1997 na die Transvaalse Provinsiale Afdeling verwys vir vonnisoplegging. Daardie hof het bevind dat die klaagster se getuienis ontoelaatbaar was omdat dit nie voldoen het aan artikel 162 van die *Strafproseswet* nie, en nie in ag geneem kon word nie, en dat die oorblywende getuienis nie die skuld van die beskuldigde bewys nie. Gevolglik was (volgens die Transvaalse Provinsiale Afdeling) die verrigtinge in die Streekhof nie ooreenkomstig die reg nie, derhalwe word die skuldigbevinding tersyde gestel.

Vervolgens word twee regs vrae deur die Hoër Hof kragtens artikel 319 van die *Strafproseswet* vir oorweging aan die Hoogste Hof van Appèl voorgelê. (Artikel 311 van die *Strafproseswet* maak voorsiening vir 'n

appèl deur die Staat na die Hoogste Hof van Appèl teen 'n beslissing deur 'n provinsiale of plaaslike afdeling op grond van 'n regspraak, maar nie op feitevraag nie, soos hierbo onder *dubbele blootstelling* bespreek. Wat 'n regspraak is en wat 'n feitevraag, verg soms versigtige ontleding, soos blyk uit *S v Mosterd*.¹³⁴⁷ In die appèl op 'n regspraak is die vraag nie of die hof van appèl dieselfde bevinding sou maak het nie, maar of die hof *a quo* regtens tot so 'n bevinding **kon** gekom het – iets soortgelyk aan die konjunktief- konstruksie in die taalkunde. (Of 'n krieketskeidsregter se beslissing in 'n been-voor-paaltjie geval: As die been nie die paaltjie beskerm het nie, **sou** die bal die paaltjie getref het.) Die regspraak mag dus nie wees of daar getuienis is op grond waarvan die hof redelikerwys kon beslis het soos hy inderdaad beslis het nie, aangesien dit 'n feitevraag sou wees. Hierdie interpretasie is van die allergrootste belang, want as dit ná ontleding blyk dat die hof *a quo* ten gunste van die beskuldigde beslis het op die feite en nie op 'n regspunt nie, sal die Hoogste Hof van Appèl die appèl van die rol skrap op die grond dat die Direkteur van Openbare vervolging -- of 'n private aanklaer -- nie daarop geregtig was om te appelleer nie. Die eerste regspraak in *Bezuidenhout* lui soos volg:

Het die afwesigheid van 'n ondersoek en daaropvolgende bevinding deur 'n verhoorhof dat 'n getuie weens onkunde voortspruitend uit jeugdigheid, gebrekkige opvoeding of ander oorsaak, nie die aard en betekenis van die eed of bevestiging begryp nie, noodwendig die effek dat die getuienis wat daarna, nadat die getuie gewaarsku is om die waarheid te praat, nie

¹³⁴⁷ 1991 (2) SASV 636 (T).

as getuienis beskou kan word nie, en by beoordeling van die meriete van die saak op appèl geheel en al buite rekening gelaat moet word?

(Skrywer se kursivering).

Die regspraak het twee onderafdelings. **Eerstens** moet daar gevra word of die getuienis van 'n getuie wat slegs gewaarsku is om die waarheid te praat, sonder dat daar vooraf 'n ondersoek gehou is om dit vas te stel, en wat uitloop het op 'n bevinding dat die getuie nie die aard en betekenis van die eed of bevestiging begryp nie (weens onkunde op grond van genoemde jeugdigheid, gebrekkige opvoeding of ander oorsaak), of daardie getuienis geheel en al nie as getuienis beskou kan word nie?

Tweedens: Moet sodanige getuienis dan, wanneer die meriete van die saak deur 'n Hoër Hof kragtens artikel 52 beoordeel word, geheel en al buite rekening gelaat word?

Om hierdie vrae te beantwoord, moet daar weer na artikel 162(1) van die *Strafproseswet* gekyk word. Dit bepaal op gebiedende wyse dat niemand in strafregtelike verrigtinge ondervra mag word as getuie, as hy/sy nie onder eed is nie, **tensy** artikel 163 of 164 van toepassing is. Soos hierbo gesien, het artikel 163 betrekking op 'n persoon wat 'n bevestiging doen omdat hy teen die aflê van die voorgeskrewe eed beswaar maak, en sy bevestiging het dieselfde regsrag en -gevolge as die eed. Artikel 164 het, soos ook hierbo uiteengesit, betrekking op die jeugdige/onkundige wat nie die aard of betekenis van die eed of bevestiging begryp nie. Nadat hy/sy op die voorgeskrewe wyse gewaarsku is om die waarheid te praat, kan hy/sy getuig sonder eed of bevestiging. Dit is in talle sake in die

provinsiale afdelings beslis (volgens S v N,¹³⁴⁸ en ook in die Appèlafdeling: vergelyk *Naidoo (supra)*).

Dit is duidelik dat artikel 164 'n bevinding vereis dat 'n persoon nie die aard en betekenis van die eed of bevestiging mag begryp nie as gevolg van jeugdigheid/gebrekkige opvoeding/ander oorsake. Soos in 'n aantal vroeëre uitsprake het die hof *a quo* in die onderhawige Bezuidenhout-saak beslis dat die feit dat 'n bevinding vereis word, noodwendig impliseer dat 'n ondersoek die bevinding moet voorafgaan (volgens *S v Mashava*.)¹³⁴⁹ Hierdie interpretasie is klaarblyklik te eng. Die artikel vereis nie uitdruklik dat so 'n ondersoek gehou word nie en 'n ondersoek is nie in alle omstandighede nodig ten einde so 'n bevinding te maak nie. Dit is ook die mening van Appèlregter Streicher in die *Bezuidenhout*-saak, en Appèlregter Harms en Appèlregter Schultz het daarmee saamgestem. Appèlregter Streicher voer aan dat daar byvoorbeeld, wanneer gepoog word om die eed op te lê om 'n bevestiging te verkry, dit duidelik kan word dat die betrokke persoon nie die aard en betekenis van die eed of bevestiging verstaan nie -- die jeugdigheid van 'n kind kan so 'n bevinding regverdig. Die voorsittende beampte kan bloot so 'n oordeel vel dat die getuie nie die aard of betekenis van die eed/bevestiging begryp nie. Hoewel verkieslik, word geen formele genotuleerde bevinding vereis nie -- per Appèlregter Streicher (vergelyk ook *S v Stefaans*.)¹³⁵⁰

Die hof *a quo* (wat betref die *Bezuidenhout*-saak) was ook van mening

¹³⁴⁸ 1966 (2) SASV 225 (K), p. 227C.

¹³⁴⁹ 1994 (1) SASV 224 (T).

¹³⁵⁰ 1999 (1) SASV (K) op 185.

dat, indien die persoon nie die aard of betekenis van die eed/bevestiging verstaan nie, daar ook vasgestel moet word of hy/sy kan onderskei tussen die waarheid en onwaarheid, voordat hy/sy kragtens artikel 164 gewaarsku word om die waarheid te praat. Die hof *a quo* het nogtans bevind dat daar wel in die *Bezuidenhout*-saak in die Streekhof só 'n ondersoek gehou is.

Indien die hof *a quo* se taak ingevolge artikel 52 slegs was om te bepaal of die beskuldigde skuldig of onskuldig is en daardie hof slegs die skuldigbevinding kon bekragtig of die beskuldigde onskuldig kon bevind en ontslaan, sou daardie hof wel by die beoordeling van die meriete van die saak die getuienis van die jeugdige klaagster geheel en al buite rekening moes laat. Artikel 52 verleen egter aan 'n hoër hof **wyer** bevoegdhede as bloot 'n skuldig- of onskuldigbevinding. Kragtens artikel 52(3)(d) (hierbo aangehaal) kan die betrokke hof **by enige sitting** daarvan **enige getuienis** aanhoor en vir daardie doel enigiemand dagvaar om te verskyn en om getuienis af te lê. Voorts kan die Hof ingevolge artikel 52(3)(c), behalwe om die skuldigbevinding te bekragtig of tersyde te stel, ook die saak na die streekhof terugverwys met die opdrag om die aangeleentheid te hanteer op die wyse wat die Hof goedvind (artikel 52(3)(c)(v)) of 'n bevel maak met betrekking tot 'n aangeleentheid wat met die verrigtinge in verband staan ten opsigte van die beskuldigde wat na die oordeel van die Hof waarskynlik die regsspleging sal bevorder (artikel 52(3)(c)(vi)).

Die bevoegdhede (hierbo genoem) moet vanselfsprekend op só 'n manier uitgeoefen word dat dit nie die beskuldigde se grondwetlike reg op 'n

billike verhoor aantas nie; vergelyk *S v Dzukuda and Others*¹³⁵¹ waar die Konstitusionele Hof in paragraaf 49 sê:

'It is for the High Court, in each case committed to it under section 52 for sentence, to ensure that the accused receives a fair trial and nothing in the section prevents the High Court from doing so. It is, in the first instance, the duty of the High Courts to flesh out the procedures enacted in s52 in a manner consistent with the accused's right to a fair trial' (Skrywer se kursivering).

Dit is gevolglik die taak van die Hoë Hof om artikel 52 te interpreteer deur "vleis aan die bene te sit." Die getuienis van die klaagster is van wesenlike belang en mag nie buite rekening gelaat word nie. Haar getuienis was ontoelaatbaar omdat daar 'n moontlikheid bestaan dat sy wel die aard en betekenis van die eed of bevestiging verstaan het, sodat sy óf moes sweer óf bevestig dat sy die waarheid sou praat. Indien, aan die ander kant, sy dit nie verstaan het nie, sou die waarskuwing tot haar gerig wel voldoende gewees het om haar getuienis toelaatbaar te maak. In die *Bezuidenhout*-saak maak Appèlregter Schreiner die volgende (met eerbied) juiste en belangrike aanmerking:

'Begrip aan die kant van die klaagster van die aard en betekenis van die eed en bevestiging kan beswaarlik die getuienis wat sy afgelê het minder betroubaar maak. Die beswaar teen die toelaatbaarheid van haar getuienis is gevolglik van 'n tegniese aard en is te wyte aan 'n fout wat deur die landdros begaan is. In die lig van die voorafgaande moes die hof *a quo* na my mening oorweging daaraan geskenk het of dit nie 'n geval was waar, sonder om inbreuk te maak op die respondent se reg op 'n billike verhoor, die gebrek reggestel kon word en in belang van geregtigheid reggestel moes word nie.'

Die regstelling kon op verskillende maniere geskied het: Die

¹³⁵¹ 2000 (4) SA 1078 (KH).

skuldigbevinding kon tersyde gestel gewees het en verdere getuienis kon aangehoor gewees het deur die Hoë Hof self of die Streekhof wat die beskuldigde skuldig bevind het. Die getuienis kon bestaan het uit 'n bevestiging deur die klaagster van haar vroeëre getuienis nadat die bepalinge van artikels 162, 163 en 164 nagekom is, of uit die herhaling van daardie getuienis en daaropvolgende kruisondervraging van die klaagster in soverre dit nodig mag wees om aan die grondwetlike vereistes van 'n billike verhoor te voldoen. (Die kruisondervraging hoef nie noodwendig die getuienis van die klaagster in die geheel te dek nie.) Daar moet nie uit die oog verloor word nie dat 'n billike verhoor van die beskuldigde nie noodwendig beteken dat die skaal na sy kant toe moet swaai nie. "Billik" behels dat alle moontlike feite belig word sodat die volle, gebalanseerde waarheid aan die Hof geopenbaar word, want dit is die doel van alle hofverrigtinge.

Appèlregter Schreiner merk op:

'In dié verband is dit belangrik om in gedagte te hou dat geregtigheid nie alleen vereis dat 'n onskuldige persoon nie verkeerdelik skuldig bevind word nie maar ook dat 'n persoon wat 'n misdadig gepleeg het behoorlik vir die pleging van die misdadig gestraf word.'

Hierdie opmerking ondersteun skrywer hiervan ten volle. Sonder die korrekte interpretasie van artikel 52 sou hierdie lofwaardige ideaal nie bereik kon word nie, en sou skuldige persone steeds deur die net kon glip, soos verskeie veroordeelde kindermolesteerders in Kwazulu-Natal en elders wat op grond van dieselfde tegniese fout soos in *Bezuidenhout* in die Natalse Hooggeregshof vrygespreek is. Die wye bevoegdhede wat artikel 52(3) aan 'n Hoë Hof verleen kan op 'n soortgelyke wyse

uitgeoefen word as wat die geval is met artikel 322(3) van die *Strafproseswet* soos hierbo bespreek. Dit bepaal dat, wanneer 'n skuldigbevinding en vonnis deur 'n Provinsiale of Plaaslike afdeling op appèl tersyde gestel word op grond daarvan dat geregtigheid nie geskied het nie omdat getuienis teen die beskuldigde toegelaat is wat bloot ontoelaatbaar is as gevolg van die feit dat dit weens die een of ander gebrek by die verrigtinge (byvoorbeeld die nie-insweer van die tolk by *Naidoo*) nie behoorlik voor die hof geplaas is nie, kan die hof van appèl die saak na die verhoorhof terugverwys met die opdrag dat daar met die aangeleentheid gehandel word op die wyse wat die Hof van Appèl goed ag, insluitende die aanhoor van die betrokke getuienis.

In *Bezuidenhout* bevind die Hoogste Hof van Appèl dat die hof *a quo* gefouteer het deur die getuienis van die klaagster geheel en al buite rekening te laat by die beoordeling van die meriete van die saak, en veral by die interpretasie van watter bevoegdhede kragtens artikel 52(3)(c) verleen, uitgeoefen moes word. Derhalwe word die saak na die hof *a quo* terugverwys met die opdrag dat die saak heropen word vir die aanhoor van verdere getuienis deur die klaagster ná regstelling van die aanvanklike gebrek -- in óf die Streekhof óf die Hoë Hof. Met hierdie lofwaardige en na skrywer se mening lang agterweë vertolking van die regsposisie deur die Hoogste Hof van Appèl word die skuiwergate toegemaak wat meer as veertig jaar gelede met Naidoo blootgestel is en 'n presedent geskep het. Dit het algaande momentum gekry, en teen alle regsgevoel in 'n wanbalans veroorsaak tussen die aanvaarbare vereiste dat getuienis aan sekere formele voorwaardes moet voldoen om in die Hof toelaatbaar te wees, en aan die ander kant die behoefte van die

gemeenskap dat oortreders vir bewese misdade gestraf moet word, en nie vrygespreek moet word op grond van tegniese foute wat voorkom kon gewees het of later reggestel kon gewees het nie. Die belangrikheid van hierdie interpretasie wat reeds ver te lank agterweë gebly het, kan nie oorbeklemtoon word nie, veral aangesien die getuie oor wie dit hier gaan, dikwels die jeugdige is wat reeds as gevolg van kindermishandeling en/of verkragting geweldige trauma beleef het en die gevaar loop dat dit voortgesit kan word as die oortreder op grond van tegniese foute vrykom. Die primêre doel van regspleging is juis: Om te sorg dat die oortreder gestraf word en die slagoffer(s) beskerm word, en die samelewing gevolglik nie vertrou in die regstelsel en sy werking verloor nie.

HOOFSTUK 9

WIID, CAMPHER EN FERREIRA - TOEREKENINGSVATBAARHEID

- Voortaan gaan by veralgemenings slegs die persoonlike voornaamwoord hy en die besitlike voornaamwoord sy gebruik word, ook waar die vroulike vorms sy en haar bedoel word. Dit beteken geensins dat geslagsgelykheid verontagsaam word nie -- allermens. Dit word bloot gedoen ter wille van die gladde vloeï van die bespreking. Dit is uiteraard ook die regsposisie dat sodanige persoonlike voornaamwoorde wat na geslag verwys, uitruilbaar is. (*Interpretasiewet* 33 van 1957, artikel 6: geslag en getal: In elke wet, tensy 'n ander bedoeling blyk, (a) sluit woorde wat die manlike geslag aandui ook vroue in, en (b) sluit woorde in die enkelvoud ook woorde in die meervoud en woorde in die meervoud ook die enkelvoud in.
- 'n Verwysing na *Grondwet* beteken steeds dié van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 108 van 1996.

9.1. INLEIDING

Sedert 1986 het daar in Suid-Afrika met die sake van *Campher*¹³⁵² en *Wiid*¹³⁵³ vroe ontstaan oor die interpretasie van toerekeningsvatbaarheid wat 'n voorvereiste is vir aanspreeklikheid en die skuldigbevinding van 'n aangeklaagde. In November 2000 is Anieta Ferreira verhoor in 'n soortgelyke saak tot *Campher* en *Wiid* wat uiteindelik uitgeloop het op 'n

¹³⁵² 1987 (1) SA 940 (A).

¹³⁵³ 1990 (1) SASV 561 (A).

saak voor die Hoogste Hof van Appèl.¹³⁵⁴ Die raakpunt tussen die sake is dat al drie beskuldigdes vrouens is wat die dood veroorsaak het van hulle mans/metgeselle. Hulle verweer is gebaseer op tydelike nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as gevolg van gebrekkige geestesvermoëns, voortspruitend uit langdurige geestelike en liggaamlike mishandeling. Die gevolg was dat hulle op 'n dag weens bepaalde gebeure 'n breekpunt bereik het en tot die wederregtelike daad oorgegaan het. Die sake van *Campher* en *Wiid* is beslis voor die inwerkingtreding van Wet 116 van 1998 wat bystand verleen aan slagoffers van geweld in die woonplek.¹³⁵⁵ Die beoordeling van die aangeklaagdes toon, soos die tydsverloop tussen die sake die veranderende benadering wêreldwyd beïnvloed, verskillende beskouings ten opsigte van hulle skuld. Die *Campher*-saak is ongeveer tien jaar voor die inwerkingtreding van die finale Grondwet beslis, *Wiid* drie jaar later, en Ferreira se opeenvolgende sake nog later, aan die begin van die een-en-twintigste eeu. Teen hierdie tyd is die “nuwe” grondwetlike beginsels reeds goed gevestig en word daar, ooreenkomstig artikel 39 van die Grondwet, deeglik kennis geneem van buitelandse benaderings in soortgelyke beslissings. Dit is gevolglik hierdie vernuwende aspek en ontwikkelende interpretasies wat byna 'n totale ommekeer genoem kan word, waarna in hierdie hoofstuk gekyk word. Tot voor die *Wiid*-saak het die posisie betreffende veral die vroulike beskuldigdes wat 'n verweer van nie-patologiese toerekeningsvatbaarheid geopper het, redelik gestagneer. Dit kom voor asof so 'n verweer dikwels beskou is as 'n wankelrige verskoning wanneer daar nie werklik 'n soliede waterdigte verweer was nie. Teen die einde van die twintigste eeu het

¹³⁵⁴ 2004 (4) All SA 373 (SCA).

daar uiteindelik 'n baie nodige herinterpretasie deur die Suid-Afrikaanse howe betreffende die posisie gekom. Sedert 1977 word die verweer van geestesongesteldheid genoem, wetterereglik gereël in artikels 77 tot 79 van die *Strafproseswet* 51 van 1977. Voor 1977 is die verweer van wat destyds bekend gestaan het as kranksinnigheid in 'n groot mate gegrond op die sogenaamde M'Naghten-reëls afkomstig uit die Engelse reg.¹³⁵⁶

Hieronder sal ook vlugtig gekyk word na die sake van *Steyn*¹³⁵⁷ en *Engelbrecht*¹³⁵⁸ wat in die kielwater van *Campher, Wiid en Ferreira* gevolg het, en die uiters verwarrende saak van *Eadie*.¹³⁵⁹

9.2. TOEREKENINGSVATBAARHEID

9.2.1. Die Begrip Toerekeningsvatbaarheid

In alle beskaafde regstelsels, ook die Suid-Afrikaanse regstelsel, word 'n persoon slegs as toerekeningsvatbaar beskou indien hy oor die nodige geestesvermoëns beskik wat deur die reg vereis word sodat hy aanspreeklik gehou kan word vir sy wederregtelike doen of late.¹³⁶⁰ Die dader se psigiese gesteldheid moet dus sodanig wees dat hy regtens vir sy gedrag geblameer kan word. Dit is net billik. 'n Baba of iemand wat byvoorbeeld baie ernstige breinbeserings opgedoen het en nou uit sy bed val, sodat hy 'n kosbare artikel te pletter val of 'n ander baba/persoon doodval, kan bepaald nie van saakbeskadiging of moord in 'n hof

¹³⁵⁵ *Die Wet op Gesinsgeweld*.

¹³⁵⁶ *M'Naghten (1843) 10 CL and Finn 200*; aangehaal deur Snyman CR: *Op. cit.* (6de uitgawe) p.174.

¹³⁵⁷ 2009 ZASCA 152.

¹³⁵⁸ 2005 IOL 13771 (W).

¹³⁵⁹ 2002 (1) SASV 663 (HHA).

¹³⁶⁰ Snyman CR: *Op. cit.* (6de uitgawe), p. 164.

aangekla en verantwoordelik gehou word nie.

Die erkende psigologiese kenmerke van toerekeningsvatbaarheid is soos volg:¹³⁶¹

Eerstens: Die vermoë om tussen reg en verkeerd te onderskei. Die dader het die onderskeidingsvermoë om die regmatigheid of onregmatigheid van die handeling in te sien, met ander woorde, hy het die vermoë om te besef dat hy wederregtelik optree.

Tweedens: Die vermoë om ooreenkomstig daardie onderskeidingsvermoë te handel, deurdat hy die weerstandskrag (of wilsbeheervermoë) het om die versoeking om wederregtelik op te tree, te weerstaan.

As een van hierdie twee psigologiese vermoëns ontbreek, dan is die betrokke persoon ontoerekeningsvatbaar en kan hy nie op grond van die wederregtelike handeling wat hy verrig het terwyl daardie vermoë ontbreek het, strafregtelik aanspreeklik gehou word nie.¹³⁶² Waarnemende Appèlregter Goldstone stel dit ook só in *Wiid (supra)*.¹³⁶³ Die Regter haal Appèlregter Joubert aan wat die posisie in *S v Laubscher* uiteensit:¹³⁶⁴ Die funksie om te kan onderskei tussen reg en verkeerd of dit wat geoorloof of ongeoorloof is, vorm deel van die mens se *kognitiewe* geestes- of bewussynsfunksie, en het te doen met 'n mens se verstand of intellek: Jou vermoë om waar te neem, te redeneer en te onthou.¹³⁶⁵ Hier val die klem op insig en begrip. Die kognitiewe funksie word in artikel 78(1) van die

¹³⁶¹ Snyman CR : *Op. cit.* (6de uitgawe) p. 164.

¹³⁶² *Ibidem*, p. 164.

¹³⁶³ 1990 (1) SASV 561, (A), p. 563 j.

¹³⁶⁴ 1988 (1) SA 163 (A), p. 166F – 167A.

¹³⁶⁵ Snyman CR: *Op. cit.*, (6de uitgawe), p. 166.

*Strafproseswet*¹³⁶⁶ beskryf as die vermoë om die ongeoorlooftheid van die handeling te besef. Ander uitdrukkings wat daarvoor gebruik word, is die vermoë om te onderskei tussen reg en verkeerd, of om die onregmatigheid of wederregtelikheid van die handeling in te sien. Dit kom alles op dieselfde neer.

Die vermoë om jou gedrag ooreenkomstig daardie insig te rig, is die mens se *konatiewe* geestes- of bewussynsfunksie.¹³⁶⁷ Hiervolgens is die mens (teenoor die dier) daartoe in staat om sy gedrag te beheer volgens sy insig. Die mens kan dus vir hom 'n doel stel, 'n wilsbesluit neem en weerstand bied teen versoeking. Die kognitiewe en konatiewe funksies kan respektiewelik weergegee word as onderskeidingsvermoë en weerstandskrag (vergelyk die Rumpff-verslag;¹³⁶⁸ in die derde paragraaf hieronder word weer daarna verwys.)

Die onvermoë om ooreenkomstig die besef van die ongeoorlooftheid op te tree, moet nie verwar word met die onvermoë om jou liggaamsbewegings deur jou verstand of wil te beheer nie.¹³⁶⁹ Dit is outomatisme, soos om in jou slaap te loop. Só word geen juridiese handeling verrig nie. Dit gaan, daarenteen, daaroor om jou bewegings deur jou wil te beheer, met ander woorde om die geestelike weerstandskrag te hê van die normale mens.¹³⁷⁰

¹³⁶⁶ Wet 51 van 1977.

¹³⁶⁷ Snyman CR: *Op. cit.*, (6de uitgawe), p. 166.

¹³⁶⁸ Verslag van die Kommissie van Ondersoek na die Toerekeningsvatbaarheid van Geestelik Versteurde Persone en Aanverwante Aangeleenthede, RP 69/1967 (die "Rumpff-verslag".)

¹³⁶⁹ Snyman CR: *Op. cit.*, (6de uitgawe) p. 167.

¹³⁷⁰ *Ibidem*, p. 167.

Dit is vanselfsprekend dat mense soos geestessiekes (voorheen “kranksinniges” genoem)¹³⁷¹ en baie jong kinders, byvoorbeeld dié van onder sewe jaar wat as *doli incapax*¹³⁷² beskou word, nie strafregtelik aanspreeklik gehou kan word vir hulle wederregtelike gedrag nie, doodeenvoudig omdat hulle nie oor die geestesvermoëns beskik wat ‘n mens by normale, volwasse mense sal aantref nie.

Gedurende die sewentigerjare van die twintigste eeu is daar ‘n breedvoerige ondersoek ingestel na die hele aangeleentheid van toerekeningsvatbaarheid in ons reg, en die sogenaamde Rumpff-verslag¹³⁷³ het die posisie duidelik uiteengesit. Voor die tagtigerjare, vergelyk *Chretien*,¹³⁷⁴ is daar meestal aanvaar dat ontoerekeningsvatbaarheid slegs ‘n verweer kan wees indien die geestesonvermoë die gevolg is van bepaalde “biologiese faktore”, naamlik geestesongesteldheid of jeugdigheid. In *Chretien* het die Appèlhof naamlik beslis dat vrywillige dronkenskap ‘n volkome verweer kan wees wat tot algehele vrypraak kan lei. Dit is dus moontlik dat iemand hom só besope kan drink dat hy ontoerekeningsvatbaar is. Daarna moes die wetgewer uiteindelik sewe jaar later ingryp¹³⁷⁵ om die vernietigende gevolge van hierdie blatant-verkeerde uitspraak te beperk. Ná die saak van *Chretien* het die vraag natuurlikerwys ontstaan: as dronkenskap toerekeningsvatbaarheid heeltemal uitsluit, hoekom nie ook emosionele spanning

¹³⁷¹ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 164.

¹³⁷² Hosten WJ *et al.* *Op. cit.*, p. 754.

¹³⁷³ Snyman CR: *Op. cit.*, (6de uitgawe) p. 166.

¹³⁷⁴ 1981 (1) SA 1097 (A).

¹³⁷⁵ Snyman CR: *Op. cit.*, (6de uitgawe), p. 168.

veroorzaak deur ekstreme provokasie nie? Daarna is dit presies wat die Appèlhof beslis het in *Campher* en *Wiid*.

9.2.2. Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as verweer

Tydens die tagtigerjare van die vorige eeu is die toepassingsgebied van die verweer van toerekeningsvatbaarheid dus uitgebrei en daar is aanvaar dat ontoerekeningsvatbaarheid 'n verweer kan wees selfs al is dit nie die gevolg van hierdie “biologiese” faktore nie, vergelyk *Arnold*¹³⁷⁶ en ook die sake van *Campher* en *Wiid*. Gevolglik is die ondersoeker wat probeer vasstel of iemand kan slaag met 'n verweer van ontoerekeningsvatbaarheid nie meer gebonde aan slegs die twee gemelde “biologiese faktore” nie; hy kan slaag met hierdie verweer op grond van 'n suiwer psigologiese toets vir ontoerekeningsvatbaarheid.¹³⁷⁷

'n Persoon wat 'n wederregtelike handeling verrig het en ten tyde van die handeling nie oor die vermoë beskik het om te besef dat die handeling ongeoorloof is nie of om ooreenkomstig hierdie besef op te tree nie, is ongeag die oorsaak van hierdie onvermoë nie strafregtelik vir daardie handeling toerekenbaar nie. Hy móét onskuldig bevind word op grond van die toestand van ontoerekeningsvatbaarheid waarin hy ten tye van die daad verkeer het. Die bewyslas berus op die Staat, anders as in die geval van patologiese ontoerekeningvatbaarheid. Getuienis moet egter eers gelei word vir die basis van die verweer.¹³⁷⁸ Dit is dus baie duidelik dat die hof hom moet wend tot 'n diepgaande interpretasieproses om te bepaal of ontoerekeningsvatbaarheid as 'n verweer behoort te slaag. Dit

¹³⁷⁶ 1985 (3) SA 256 (K).

¹³⁷⁷ Snyman CR: *Op. cit.*, p. 157 (4de uitgawe).

¹³⁷⁸ Vergelyk *Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A).

gaan hier om moeilik bepaalbare of “meetbare” geestesvermoëns, wat ook nog kan wissel van tyd tot tyd. Daar moet onthou word dat ‘n ontoerekeningsvatbare mens wel ‘n wederegtelike handeling kan verrig. ‘n Jong kind kan byvoorbeeld ‘n mens doodskiet deur met ‘n rewolwer te speel. So ook kan iemand in noodweer optree wanneer hy hom verdedig teen ‘n wederegtelike aanval van die geestessieke of kind wat ontoerekeningsvatbaar is.¹³⁷⁹ Verder is dit duidelik dat, indien dit uit die ondersoek blyk dat die verweerder of beskuldigde ten tye van die handeling ontoerekeningsvatbaar was, hy op grond daarvan onskuldig bevind moet word, soos hierbo genoem. Dit is dan onnodig om verder ondersoek in te stel of daar opset of nalatigheid by die dader was.

Die twee begrippe toerekeningsvatbaarheid en opset moet onder geen omstandighede verwar word nie.¹³⁸⁰ Om vas te stel of die dader opset gehad het, moet ondersoek word watter kennis hy gehad het. Om aan die ander kant vas te stel of hy ontoerekeningsvatbaar was, word nie sy kennis ondersoek nie, maar sy geestesvermoë, met ander woorde of hy in staat was om te beseef dat die handeling ongeoorloof is, en volgens daardie insig te handel. Dit is voorts van groot belang om nie die vraag of die dader wederegtelike bewussyn gehad het, te verwar met die vraag of die dader ontoerekeningsvatbaar is nie.¹³⁸¹ Wederegtelike bewussyn verwys na die dader se bewussyn (of kennis) van die wederegtelikheid van sy daad. Toerekeningsvatbaarheid, daarteenoor, verwys na die vermoë van die dader om sy wederegtelikheid te beseef en

¹³⁷⁹ Snyman CR: *Op. cit.*, (4de uitgawe). p. 158.

¹³⁸⁰ Snyman CR: *Op. cit.*, 6de uitgawe, p.165 en 176.

¹³⁸¹ Snyman CR : *Op. cit.*, (4de uitgawe) p. 159.

dan dienoooreenkomstig op te tree. Die hof moet met omsigtigheid te werk gaan in dié vertolkingsproses, en dit sou totaal verkeerd wees om te sê dat hy toerekeningsvatbaar was, want hy het geweet wat hy doen is verkeerd. Dit moet deeglik in gedagte gehou word wanneer hieronder spesifiek na die *Wiid* en *Campher*-sake gekyk word.

Dit is goed moontlik om op 'n sekere tydstip toerekeningsvatbaar te wees, en op 'n ander tydstip weer ontoerekeningsvatbaar. Dit is vir 'n geestesongestelde persoon moontlik om 'n *lucidum intervallum* ('n helder oomblik) te beleef, waartydens hy vir 'n kort tydjie geestesnormaal en derhalwe toerekeningsvatbaar sal wees, maar daarna keer hy terug na sy toestand van geestesongesteldheid.¹³⁸² Die teenoorgestelde is ook waar: 'n "normale" persoon wat toerekeningsvatbaar is, kan vir 'n rukkie die vermoë verloor om sy dade te rig in ooreenstemming met sy insig van reg en verkeerd en kan gedurende daardie tydjie (oomblikke, minute) ontoerekeningsvatbaar wees. Dit gebeur gewoonlik wanneer die persoon in 'n geweldige emosionele spanningstoestand verkeer.¹³⁸³ In leketaal word daarna verwys as sy "kop haak uit" of hy "sien rooi, en toe hy hom kom kry...." of "*he lost it...*" Die hof moet vasstel of die verweerder toerekeningsvatbaar was op die oomblik¹³⁸⁴ toe hy die wederregtelike handeling verrig het of nie. As die hof oortuig is dat die verweerder op daardie tydstip nie in staat was om die ongeoorlooftheid van die handeling te begryp en dienoooreenkomstig op te tree nie, moet hy onskuldig bevind word, wat ook al die oorsaak van die geestesonvermoë.

¹³⁸² *Snyman CR* : Op. cit , p. 159.

¹³⁸³ *Ibidem*, p. 159.

¹³⁸⁴ *Ibidem*, p. 159.

Daardie oorsaak kan 'n wye spektrum behels wat manifesteer in 'n sogenaamde emosionele ineenstorting, dit kan emosionele stres wees (*Arnold 1985, supra*), 'n totale persoonlikheidsineenstorting (*Laubscher 1988 supra*), skok en vrees (*Campher 1987 supra* en *Bailey*,¹³⁸⁵) spanning, woede. Die toestand kan die gevolg wees van provokasie, normaalweg deur die optrede van die slagoffer, en die provokasie kan voortspruit uit fisieke en/of geestelike uitputting wat veroorsaak is deur langdurige beledigings/uittarting, wat daartoe lei dat die verweerder se selfbeheersing geleidelik as gevolg van die toenemende druk weggekalwe word en uiteindelik 'n breekpunt bereik. Dit word dikwels aangetref in 'n liefdesverhouding of huwelik wat besig is om te verbrokkel, soos wat die geval was in sowel *Wiid* as *Campher*. Dit behels in hierdie sake dus meer as net 'n eensklapse woedebui of die "verloor van jou humeur".

Voor 1987 het die Suid-Afrikaanse reg nie die soort verweer as 'n volkome verweer erken waarop die beskuldigde hom in gevalle soos dié hierbo genoem, kon beroep nie. Die rede hiervoor, sê *Snyman*,¹³⁸⁶ is eenvoudig: Die howe het die verweer bloot beskou as niks anders nie as 'n verweer van provokasie. Die Suid-Afrikaanse reg het, soos die Anglo-Amerikaanse reg, van die standpunt uitgegaan dat woede of toorn wat spruit uit provokasie nooit 'n volkome verweer kan wees nie in die sin dat dit tot 'n algehele vryspraak kan lei nie.¹³⁸⁷

Die rede hiervoor is dat die reg alle mense gelyk moet behandel. *Snyman*

¹³⁸⁵ 1982 (3) SA 772 (A).

¹³⁸⁶ *Snyman CR: Op. cit.*, (6de uitgawe), p. 168.

¹³⁸⁷ *Ibidem*, p. 168.

noem dit tereg 'n baie gesonde stukkie regsbeleid.¹³⁸⁸ Die reg kan nie 'n onderskeid tref tussen mense wat hulle humeure in toom kan hou en diegene wat onbeteueld woedend word nie. Dit sou onregverdig wees om die gedissiplineerde mens te meet aan dit waaraan die ongedissiplinerde mens nie hoef te voldoen nie. Dit sluit aan by die objektiewe aard van die reg, naamlik die gelyke behandeling van alle mense.¹³⁸⁹ Appèlregter Van den Heever druk dit treffend uit in *Kensley*:¹³⁹⁰

'Criminal law for purposes of conviction ... constitutes a set of norms applicable to sane adult members of society in general, not different norms depending on the personality of the offender. Then virtue would be punished and indiscipline rewarded: the short-tempered man absolved for the lack of self-control required of his more restrained brother. As a matter of self-preservation society expects its members, even when under the influence of alcohol, to keep their emotions sufficiently in check to avoid harming others and the requirement is a realistic one since experience teaches that people normally do.'

Sodra 'n mens die sake van *Campher, Wiid* en *Ferreira* (ook *Steyn* en *Engelbrecht*)¹³⁹¹ onder die loep neem, word dit egter duidelik dat dit gaan om veel meer as provokasie of 'n woedebui. Dit is dan die verskil tussen hierdie sake en die saak van *Eadie*¹³⁹² waar die oortreder 'n irriterende en uittartende padgebruiker na provokasie van ongeveer 'n halfuur in 'n woedebui met 'n hokkiestok doodgeslaan het. Die uitspraak is, om die minste te sê, baie verwarrend. Dit gooi, volgens Snyman,¹³⁹³ nie net koue water oor die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid nie,

¹³⁸⁸ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 168.

¹³⁸⁹ *Ibidem*, p. 168.

¹³⁹⁰ 1995 (1) SASV 646 (A), p. 658g-i.

¹³⁹¹ Al vyf sake is hierbo genoem en verwysings gegee.

¹³⁹² 2002 (1) SASV 663 (HHA).

¹³⁹³ Snyman CR: *Op. cit.*, (6de uitgawe), p. 167, voetnoot 44.

maar lui in der waarheid die doodsklok vir die verweer. Appèlregter Navsa beslis dat iemand wat hom op hierdie verweer beroep, se verweer beskou moet word as een van gesonde outomatisme, wat daarop neerkom dat die aangeklaagde nie 'n vrywillige handeling verrig het nie. So 'n verweer word baie selde deur 'n hof aanvaar.¹³⁹⁴ Uit hierdie beslissing lyk dit of 'n mens die afleiding moet maak dat die verweer wel nog van toepassing kan wees in situasies waar die oortreder beweer dat hy ontoerekeningsvatbaar was as gevolg van faktore wat nie regstreeks met provokasie verband hou nie, soos stres, skok, harsingskudding, paniek of vrees.¹³⁹⁵ Baie van hierdie toestande is egter so nou verweef met emosionele stres as gevolg van provokasie, dat hulle beswaarlik daarvan geskei kan word.¹³⁹⁶ Die hof beweeg hiermee ook weg van die ekstreem subjektiewe benadering tot skuld wat die hof in die sake van *De Blom*,¹³⁹⁷ *Chretien*, *Campher* en *Wiid* ingeslaan het. Die meer objektiewe benadering moet as "korrektief" in die ontwikkeling van die skuldbegrip verwelkom word.¹³⁹⁸

Om terug te keer na die tydperk voor *Eadie*¹³⁹⁹ en die beslissing in *Campher*, *Wiid* en *Ferreira*: Die presiese beskrywing van die oorsaak deur die psigiater of die voorsittende beamppte is nie wat van belang is nie, want dit gaan nie om die oorsaak van die onvermoë nie, maar om die onvermoë self. In *Calitz*¹⁴⁰⁰ praat die psigiater byvoorbeeld van " 'n

¹³⁹⁴ *Ibidem*, p. 169.

¹³⁹⁵ Snyman CR : *Op. cit.*, p. 173.

¹³⁹⁶ *Ibidem*, p. 173.

¹³⁹⁷ 1977 (3) SA 513 (A).

¹³⁹⁸ Snyman CR; *Op. cit.*, (6de uitgawe), p. 174.

¹³⁹⁹ 2002 (1) SASV 663 (HHA).

¹⁴⁰⁰ 1990 (1) SASV 119 (A).

tydelike bewussynsvernouing of beneweling” en van die verweerder se “frustrasiedrumpel wat baie laag was” op die tydstip van die pleging van die handeling. In *Nursing*¹⁴⁰¹ beskryf die psigiater die toestand treffend:

‘ a separation of intellect and emotion, with temporary destruction of the intellect, a state in which although the individual’s actions may be goal-directed, he would be using no more intellect than a dog biting in a moment of response to provocation.’¹⁴⁰²

Met ander woorde, die spreekwoordelike “*worm that will turn.*” Die benaming nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is die eerste keer deur Appèlregter Joubert in *Laubscher (supra)* geformuleer. Die regter wou ‘n onderskeid tref tussen hierdie verweer en die verweer van geestesongesteldheid wat betrekking het op artikel 78(1) van die *Strafproseswet*.¹⁴⁰³ Laasgenoemde berus op ‘n patologiese of sieklike versteuring van die geestesvermoëns. Die uitdrukking nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid het sedertdien in ons regspraak gevestig geraak. Snyman sê¹⁴⁰⁴ dat die hof nie die verweer oor die boeg gegooi het van provokasie nie, maar ‘n “baie geleerdklinkende nuwe uitdrukking” geskep het,¹⁴⁰⁵ naamlik “nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid,” wat aandui dat die toestand nie veroorsaak word deur ‘n patologiese of sieklike geestesongesteldheid of geestesgebrek nie.¹⁴⁰⁶ Die skepping van hierdie verweer het verreikende implikasies gehad: Mense van moord aangekla wat erken het dat hulle die slagoffer wederregtelik doodgemaak

¹⁴⁰¹ 1995 (2) SASV 331 (D).

¹⁴⁰² *Ibidem*, p. 333 d-e.

¹⁴⁰³ Wet 51 van 1977.

¹⁴⁰⁴ Snyman CR: *Op. cit.*, (6de uitgawe) p. 168.

¹⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 168.

¹⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 168.

het, is onskuldig bevind op grond van ontoerekeningsvatbaarheid veroorsaak deur faktore soos emosionele stres of emosionele ineenstorting.

Indien 'n hof ná oorweging van die getuienis tot die gevolgtrekking kom dat die beskuldigde ten tye van die pleging van die handeling wel toerekeningvatbaar was (en die ander vereistes vir aanspreeklikheid -- opset/wederregtelikheid -- ook teenwoordig was), is die beskuldigde skuldig. Dit is egter moontlik dat die hof kan bevind dat hierdie toerekeningsvatbaarheid minder was as dié van die normale mens, byvoorbeeld waar die verweerder wel beseft het dat die handeling ongeoorloof is, maar as gevolg van faktore soos emosionele spanning/provokasie dit vir hom moeiliker was as vir die normale mens om die versoeking te weerstaan. In so 'n geval is die verweerder nog aanspreeklik en dus skuldig, maar die hof moet dit in ag neem en 'n ligter straf opleë. *Snyman*¹⁴⁰⁷ sê hiervan: “Die verskynsel van verminderde toerekeningsvatbaarheid bevestig dat die grens tussen toerekeningsvatbaarheid en ontoerekeningsvatbaarheid nie absoluut is nie, maar gradueel.” Dit is na die mening van die skrywer 'n baie geldige interpretasie.

Die hof is baie versigtig om die getuienis van die beskuldigde in die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in sy guns te interpreteer. Die verweer kan maklik deur iemand wat geen verweer het nie, misbruik word as 'n laaste en desperate poging om verantwoor-

¹⁴⁰⁷ Snyman CR : *Op. cit.* (6de uitgawe) p. 159.

delikheid te ontduik, soos hierbo aangedui . Daar moet onthou word dat die beskuldigde wie se verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid slaag, noodwendig onskuldig bevind moet word, anders as 'n verweer ingevolge artikel 78(1) van die *Strafproseswet*, waar die beskuldigde nie vry uitgaan nie, maar in 'n psigiatriese hospitaal of gevangenis aangehou word hangende die beskikking van 'n regter in kamers. Om dié rede hanteer die hof die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid met groot omsigtigheid. Die hof moet dikwels die getuienis ontleed van die enigste oorblywende party in 'n een-tot-een situasie waar net die verweerder weet of hy werklik “woedend kwaad” was, of “só emosioneel dat hy nie beheer gehad het oor sy optrede nie”, vergelyk *Di Blasi, supra*.¹⁴⁰⁸ Die hof is meer geneig om die verweer te aanvaar waar die emosionele spanningstoestand waarvan daar sprake is, nie van korte duur was nie, met ander woorde net 'n rukkie voor en gedurende die wederregtelike daad nie. Daar moet aangevoer en bewys word dat die spanningstoestand oor 'n tydperk opgebou het, soos by *Campher, Wiid* en *Ferreira*, sodat dit uitgeloop het op 'n daad wat onkeerbaar was: 'n Situasie van iets soos “dit was die laaste fel reën bui wat die damwal van 'n reeds oorvol dam laat breek het.”

In só 'n verweer sal deskundige getuienis wat aan die hof voorgelê word, die hof se vertolkingsproses vergemaklik. Indien hierdie objektiewe getuienis die beskuldigde se verweer staaf, kan dit 'n duideliker beeld aan die Hof gee van sy geestestoestand gedurende die pleeg van die gewraakte daad. Dit kan die Hof met die vertolkingsprobleem behulpzaam

¹⁴⁰⁸ 1996 (1) SASV 1 (A).

wees, waardeur ook aan objektiwiteit gewen word. Dit is egter nie gedoen in die saak van *Campher* (hieronder) nie, en die hof moes dus die nodige hulp van sodanige deskundige opinies ontbeer.

9.3. CAMPHER (1987)

Hoe moeilik die interpretasieproses kan wees van die getuienis in 'n verhoor waar die beskuldigde staatmaak op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, blyk uit die uiteenlopende uitsprake en vonnisse van twee verskillende howe en vier regters.

Mevrou Campher is in die verhoorhof (Witwatersrandse Plaaslike Afdeling) skuldig bevind aan moord op haar man, Nicolaas Campher. Nadat die hof bevind het dat daar versagende omstandighede was, is sy gevonniss tot tien jaar gevangenisstraf waarvan vyf jaar op sekere voorwaardes opgeskort is. Daar is geen deskundige getuienis deur 'n psigiater gelewer nie, klaarblyklik omdat die verdediging tydens die aanhoor van die getuienis nie, ongelooflik soos wat dit is, gesteun het op die ontoerekeningsvatbaarheid van die beskuldigde nie. Eers tydens die betoogstadium is dit vir die eerste keer deur die verdediging te berde gebring. Die Hof moes dus staatmaak op slegs die getuienis van die beskuldigde aangaande haar geestestoestand ten tye van die afvuur van die doodskoot. Daar is geen psigiatryse of klinies-sielkundige evaluering aan die Hof voorgedra¹⁴⁰⁹ wat enigsins kon aantoon dat die beskuldigde nie die vermoë gehad het om die ongeoorlooftheid van haar handeling te besef nie of ooreenkomstig so 'n besef op te tree nie.

¹⁴⁰⁹ *S v Campher* 1987 (1) SA 940 (A), p.956C.

Die feite van die saak is van belang, omdat die bestaan al dan nie van 'n toestand van ontoerekeningsvatbaarheid slegs uit die volledige prentjie afgelei kan word. Verder gee dit 'n goeie aanduiding van die lang tydperk van liggaamlike en geestelike mishandeling wat die aangeklaagde moes deurmaak voor die pleeg van die wederregtelike daad. Sy het nie net op 'n dag "haar humeur verloor" nie, daar was 'n lang tydperk wat die daad voorafgegaan het. Mevrouw Campher het haar toekomstige man in Januarie 1983 ontmoet toe sy reeds twee jaar geskei was. Hulle is in Julie 1983 getroud. Sy het beheer en toesig oor haar drie kinders (9, 14 en 16 jaar) gehad. Die huwelik het nie goed begin nie. Campher was dominerend en "kwaad van geaardheid". Twee weke ná die huwelik het hy haar ten aanskoue van haar jongste dogter ernstig aangerand.¹⁴¹⁰ Ná die aanranding moes sy haar man om verskoning vra en sê dat sy "dit nie weer sal doen nie". Hy het dikwels kwaad geword en dan kon hy nie sy humeur beteuel nie. Hy het gereeld met haar godsdiens gespot.¹⁴¹¹ Hy het op 'n tydstip gesê hy is Jesus en ook Hitler; nogtans was hy bang vir geeste.¹⁴¹² In die nag moes sy wakker bly om dié geeste van hom weg te hou. Die gangligte moes in die nag aanbly. Die geeste het hom op sy neus gekielie en op sy voorkop geskryf. In die huis het gesigte na hom geloer. Die geeste het met hom oor die radio en op die TV gepraat. Hy was ook bang dat 'n oorlog gaan uitbreek, daarom moes hulle vuurwapens aanhou.¹⁴¹³ Sy vuurwapen waarmee mevrou Campher hom

¹⁴¹⁰ *S v Campher* 1987(1) SA 940 (A), p. 944C.

¹⁴¹¹ *Ibidem*, p. 944C-D.

¹⁴¹² *Ibidem*, p. 944D.

¹⁴¹³ *Ibidem*. p. 944D.

later geskiet het, moes sy in die bedkassie aan haar kant van die bed hou. 'n Ander vuurwapen was in die kassie aan sy kant van die bed. Die vuurwapen by haar moes altyd oorgehaal gehou word. As daar in die nag geluide by die duiwehok was, moes sy met die vuurwapen uitgaan om vas te stel wat aangaan.¹⁴¹⁴ Hy het haar na 'n ou gat met blikke en motorwrakke geneem om haar te leer om 'n vuurwapen te hanteer.¹⁴¹⁵

Hy het haar kinders as 'n oorlas bestempel -- hulle het sy kos en sy geld "gevreet". Hy het hulle gevloek, en die seun wat ietwat verstandelik gestremd was en vir wie hy nie kon verdra nie, 'n "vertraagde bliksem" genoem.¹⁴¹⁶ Die kinders moes in die huis en buite stilbly, anders het hulle die "duiwe gesteur." As gevolg van hierdie situasie is die kinders teruggeplaas in die sorg van hul eie pa. Daar het alles nie voor die wind gegaan nie, maar dit was nogtans beter as by die Camphers.¹⁴¹⁷ Campher het daarop aangedring dat die beskuldigde die duiwe moes kosgee. Sy moes die hokke skoonmaak, en moes onder andere die mis met 'n plat mes van die hokke afskraap, sy moes dit met 'n stofsuierskoonsuig (die skrywer kan nie help om op te merk dat daar dan geen melding gemaak is van 'n steurende geraas nie), in reënweer moes sy die nat mis uitvee.¹⁴¹⁸ Sy moes hom help met sy sweiswerk, en moes help ysters en pype saag. Sy moes bo-op die duiwehok klim om die elektriese verlengingskoord vas te hou.¹⁴¹⁹ Sy moes die duiwehokke verf terwyl hy

¹⁴¹⁴ *Campher* (1987) (A), p. 944F.

¹⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 944G.

¹⁴¹⁶ *Ibidem*, p. 944G.

¹⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 944H.

¹⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 944J.

¹⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 945A.

op 'n stoel gesit en kyk het, en sy moes die duiwe medisyne gee. Sy durf nooit weier of teëpraat nie -- dan het hy woedend geword en haar geslaan.¹⁴²⁰ Vir alles wat verkeerd gegaan het, het sy die skuld gekry.

In November 1983 het sy 'n skeisaak aanhangig gemaak en na Port Elizabeth vertrek waar sy by mense gebly het. In Desember 1983 het hy 'n telegram aan haar gestuur om te sê daar is moeilikheid, sy moet terugkom. Sy is met die vliegtuig terug, en hy en sy ma het haar oorreed om na hom terug te gaan. Hy het haar egter weer begin aanrand. Sy is terug Port Elizabeth toe (saam met hom). Sy het op die vliegtuig geklim met "twee blou oë en 'n donkerbril."¹⁴²¹ Hy het haar selfs by die akwarium voor mense aangerand. Haar ma en pa (vir wie sy skelm van die bure af moes bel), 'n welsynwerker en van die mynbeampies waar hy gewerk het, was bewus van die probleme.¹⁴²² Sy het egter nooit 'n klag by die polisie gelê nie. (Daar moet gemeld word dat die *Wet op Gesinsgeweld*,¹⁴²³ *supra* toe nog nie bestaan het nie.)

Hy het sy werk bedank, maar hy het haar verbied om buitenshuis te werk. Hulle moes toe leef van die geld wat sy ná haar egskeiding as skikkingsbedrag van haar gewese man ontvang het, en dié geld het vinnig verminder.¹⁴²⁴

¹⁴²⁰ *Campher* (1987)(A), p. 945A.

¹⁴²¹ *Ibidem*, p. 945D.

¹⁴²² *Ibidem*, p. 945D.

¹⁴²³ Wet 116 van 1988.

¹⁴²⁴ *Campher* (1987) (A), p. 945G.

Die nag voor die skietvoorval moes sy die hele nag wakker bly om die geeste van hom weg te hou.¹⁴²⁵ Die volgende oggend was sy baie moeg en hy in 'n slegte bui. Sy moes vir hom gaan koffie maak. In die kombuis het sy 'n ruk op 'n bankie gelê terwyl sy gewag het dat die water kook. Sy het geestelik en liggaamlik “af” gevoel, haar oë wou nie goed fokus nie. Toe sy die koffie vir hom gee, wou hy dit nie drink nie, wat dit het “suur geruik en na seep gesmaak.”¹⁴²⁶ Haar oudste dogter was daar en hy het haar gevloek omdat sy nie die wasbak in die badkamer skoongemaak het nie, terwyl dit sy hare was wat in die wasbak was. Die seun was ook daar en het graanvlokkies op 'n kombuisstoel gemors. Campher het gevloek en tekere gegaan. Die dogter is in trane skool toe. Die beskuldigde het begin skoonmaak, maar “binnekant my was 'n storm besig om los te kom. Ek het gevoel ek gaan ingee. Ek kon net nie meer nie, want ek het gevoel hy was besig om my af te takel. Ek was vir hom 'n vloerlap. Hy het op my getrap net omdat hy lus kry.”¹⁴²⁷ Hy het gesê sy en haar kinders moes “*get out*”, uit die huis uit.

Hy is duiwehokke toe en het geskreeu sy moet kom help. Sy moes die skuifslot vashou sodat hy 'n gaatjie kon boor. Sy was in 'n ongemaklike posisie en het die slot nie goed vasgehou nie, sodat hy die gaatjie skeef geboor het. Hy het haar gevloek en geskel en gesê sy het sy lewe “opgefook”. Toe sy begin huil, dreig hy om haar met die skroewedraaier dood te steek.¹⁴²⁸ Sy is huis toe, maar kon nie die deur sluit nie en hy is

¹⁴²⁵ Campher (1987) (A), p. 945H.

¹⁴²⁶ *Ibidem*, p. 945 I.

¹⁴²⁷ *Ibidem*, p. 946C.

¹⁴²⁸ *Ibidem*, p. 946E.

agter haar aan. Sy het getuig sy kon nie meer dink nie, sy moes vlug, sy was vasgedruk. Hy het haar met die skroewedraaier na die slaapkamer gevolg. Sy het die oorgehaalde vuurwapen uitgehaal, maar hy het hom nie daaraan gesteur nie. Hy het haar vasgegryp en teruggedwing duiwehok toe, sy nog met die vuurwapen in die hand. Hy het haar die hok agter hom ingetrek en geskreeu: “Jou klein teef, jy sal nou die gaatjie reg bid.” Sy moes op haar knieë gaan. Sy het gehuil en het gevoel dit was ‘n krisistyd in haar lewe. Sy het gevoel sy gaan flou word “... ek het gevoel ek gaan af en af. Dis of ek ‘n sluik ingaan in ‘n diep, donker put.”¹⁴²⁹ Niks het meer vir haar saak gemaak nie. Dit het gevoel of iemand haar keel toedruk. Hy was soos ‘n monster voor haar, “... en al wat ek weet, is nadat ek uit die hok uit is, het ek besef ek het hom geskiet.” Sy is die huis in, “.... en toe het die volle werklikheid by my gekom. Ek het besef ek het hom geskiet.”¹⁴³⁰

Onder kruisondervraging het sy gesê dat sy, voor sy hom geskiet het, gedink het sy moet hom, wat besig was om haar af te breek, vernietig. Die verhoorhof bevind dat sy nie in noodweer opgetree het nie, ook dat sy nie haar selfbeheer in so ‘n mate verloor het dat haar weerstandskrag ontbreek het nie. Alhoewel haar gemoedstoestand sterk beïnvloed is deur provokasie en die voorafgaande gebeure, het sy haar man toe as ‘n monster gesien en nie as ‘n mens nie en wou hom vernietig. Met daardie doel voor oë het sy die sneller opsetlik getrek.¹⁴³¹

Die feite en omstandighede van die saak is hierbo taamlik volledig

¹⁴²⁹ *Campher* (1987) (A), p. 947C.

¹⁴³⁰ *Ibidem*, p. 947E.

¹⁴³¹ *Ibidem*, p. 948J.

weergegee omdat dit die ondraaglike situasie waarin die beskuldigde haar oor 'n tydperk van baie maande bevind het, uitspel. Ook haar (subjektiewe) weergawe van die gebeure is betreklik volledig behandel, aangesien dit juis die crux is waarop die Hof sy interpretasie van haar geestestoestand moes baseer, veral in die afwesigheid van enige spesialisgetuenis soos van 'n psigiater.

Die verdediging het klaarblyklik in die verhoorhof rondgeval tussen verwere en kon nie werklik besluit watter van die verwere die effektiëste sou wees nie. Dit is die skrywer se respekvolle submissie dat, indien die beskuldigde ('n) meer bedrewe regsverteenvoerder(s) gehad het en 'n sterk en oortuigende verweer van nie-patologiese ontoerekenvatbaarheid, dit die verhoorhof kon gehelp het met 'n duideliker en meer korrekte ontleding van die gemoedstoestand van die beskuldigde tydens die gewraakte voorval. Die drie verwere was eerstens dat die daad as gevolg van provokasie gepleeg is, die tweede dat sy onder die omstandighede haar selfbeheer in só 'n mate verloor het dat haar weerstandskrag ontbreek het, en derdens dat sy in noodweer opgetree het ter afwering van 'n fisiese aanval op haar of ter afwering van 'n aanval op haar *dignitas*.¹⁴³² Die laaste twee verwere is deur die verhoorregter, Regter Stafford, verwerp. Dit behoort, na die mening van die skrywer, alles saamgevoeg te gewees het, met uitsluiting van noodweer ter afwering van 'n fisiese aanval, onder die vaandel van nie-patologiese ontoerekenvatbaarheid. Wat die provokasie-verweer betref, interpreteer Regter Stafford die beskuldigde se getuienis só dat die aard en intensiteit van die

¹⁴³² *Campher*, (1987)(A), p. 949D.

woede nie so groot was dat die beskuldigde nie die opset om te dood kon vorm nie.¹⁴³³ Hy bevind sy het opset gehad, daarom is sy nie net skuldig aan strafbare manslag nie, maar aan moord. Daar was wel provokasie, maar dit werk net strafversagkend.¹⁴³⁴

Die beskuldigde het na die Appèlafdeling geappelleer teen die skuldigbevinding en die vonnis. Ook in hierdie hof word die getuienis sorgvuldig ontleed en 'n afwykende beslissing word gegee. Appèlregter Jacobs aanvaar nie die verweer van noodweer nie, aangesien die skroewedraaier buite die duiwehok gelê het tydens die skietery, soos die foto's duidelik wys. Ook die feit dat die oorledene in die rug geskiet is, toon dat hy haar nie op daardie tydstip bedreig het nie. Hy aanvaar ook nie dat sy die skoot afgevuur het om haar *dignitas* te beskerm nie, want die beskuldigde het getuig dat sy al voorheen dinge moes "regbid" op bevel van haar man. Veral die getuienis van die beskuldigde dat haar man "op daardie oomblik vir haar 'n monster" was wat vernietig moes word en haar bevestigende antwoord op die staatsadvokaat se vraag of dit haar begeerte was om die monster dood te maak, oortuig die regter sodat hy daaruit geen ander afleiding kan maak nie as dat sy die opset gehad het om die oorledene dood te skiet. Haar optrede ná die afvuur van die skoot versterk hierdie afleiding, volgens Appèlregter Jacobs.¹⁴³⁵ Sy het geen poging aangewend om te gaan vasstel of hy nog lewe nie, want sy het geweet hy is dood, omdat sy geskiet het om dood te skiet. Sy het besef sy het iemand doodgemaak. Na die mening van die skrywer is juis

¹⁴³³ *Campher* (1987)(A), p. 949E.

¹⁴³⁴ *Ibidem*, p. 949C-E.

¹⁴³⁵ *Ibidem*, p. 962G-H.

hierdie gedeelte van die beskuldigde se getuienis by uitstek vatbaar vir presies die teenoorgestelde interpretasie -- sy het agterna besef sy het haar man doodgeskiet en as gevolg van die skoktoestand waarin sy verkeer het nadat die “dawal uiteindelik gebreek het” (die skrywer se uitdrukking), die vorige nag se min slaap en al die traumatiese gebeure van die oggend, was sy totaal uitgeput en futloos.

In sy uitspraak waarin waarnemende Appèlregter Boshoff met Appèlregter Jacobs saamstem, bevind hy dat medies-psigiatrisse getuienis by hierdie tipe verweer onontbeerlik is.¹⁴³⁶ Hy meen daar is geen sprake van geesteskrankheid nie, en daar is deur die verdediging geen grondslag gelê vir ‘n beroep op ontoerekeningsvatbaarheid veroorsaak deur geesteskrankheid nie. Die regter interpreteer haar getuienis só dat sy deurgaans die vermoë gehad het om die ongeoorlooftheid van haar handeling te besef, en dat sy versuim het om haar wilsbeheer uit te oefen. Die regter haal aan uit die saak van *Bailey*¹⁴³⁷ waar Appèlregter Jansen *obiter sê*:

‘Dit is duidelik dat vrees wat as gevolg van dreigemente ontstaan, fisiologies en psigologies op die slagoffer kan inwerk. Dit is denkbaar dat hy so vreesbevange kan word dat hy nie behoorlik die gevolge van sy handeling kan insien nie of kan insien dat wat hy doen wederregtelik is nie; in ‘n *uiterste geval kan hy selfs ontoerekeningsvatbaar word*. (Die skrywer se kursivering.)

Appèlregter Boshoff vertolk die getuienis van die beskuldigde nie as sodanige “uiterste geval” nie, miskien omdat dié verweer eers op ‘n laat

¹⁴³⁶ *Campher* (1987)(A), p. 965G.

¹⁴³⁷ 1982 (3) SA 772 (A).

tydstip deur die verdediging na die mening van die skrywer aan die hare bygesleep is. Die bewyslas om geesteskrankheid te bewys, rus op die beskuldigde en die regter is van mening dat dit nie bewys is nie. Appèlregter Viljoen, daarenteen, interpreteer die geestestoestand van die beskuldigde anders in sy minderheidsuitspraak. Ook hy aanvaar nie die verweer van noodweer nie. (In hierdie stadium is dit nodig om net daarop te wys dat daar sekere vereistes is om te slaag met 'n verweer van noodweer as regverdigingsgrond, en een daarvan is dat die wederregtelike aanval dreigend moet wees, maar nog nie afgeloop nie). Ten tye van die doodskoot het die oorledene nie meer die beskuldigde fisies met die skroewedraaier gedreig nie -- die getuienis toon ook nie dat sy op daardie tydstip haar *dignitas* wou beskerm nie, alhoewel haar *dignitas* andersins op 'n ernstige wyse aangetas is. Appèlregter Viljoen aanvaar dat, volgens die beskuldigde se getuienis, die verkleinerende en onbillike optrede van die oorledene, die onreg wat hy haar en haar kinders aangedoen het, die liggaamlike uitputting wat sy ondervind het as gevolg van haar man se bisarre optrede, haar weerstand laat knak het.¹⁴³⁸ Volgens die regter was Nicolaas Campher se gedrag van daardie oggend die presipiterende oorsaak van die tragedie. Hy reken, op grond van sy ontleding van die getuienis, dat sy nie as sodanig woede ervaar het nie, maar liever 'n emosie van radeloosheid, van magteloosheid om aan die aftakelende optrede te ontsnap, van desperaatheid. Sy was geestelik en liggaamlik uitgeput, en haar vermoë om die toestand langer te verduur, het in duie gestort.¹⁴³⁹ Dit alles per Appèlregter Viljoen. Hy haal ook aan

¹⁴³⁸ *Campher, supra (1987)*, p. 958E.

¹⁴³⁹ *Ibidem*, p. 958, paragraaf I.

uit *Van Zyl*¹⁴⁴⁰ waar Appèlregter Van Blerk sê:

‘As I understood the argument, there must have been a *gradual building up of an emotional state which happened to reach a climax or breaking point* subjecting the appellant to an irresistible impulse ...’ (Die skrywer se kursivering)

Appèlregter Viljoen is van mening dat die gebeure in *Campher* juis tot so ‘n klimaks opgebou het. Hy reken voorts dat die beginsels van ontoerekenbaarheid behoort te geld of die geestesversteuring of gemoedsomwenteling deur drank of deur hewige emosie veroorsaak is.¹⁴⁴¹

Die regter maak vervolgens die volgende belangrike opmerking: ontoerekenvatbaarheid en opset is nie kongruente begrippe nie. Hy verwys na Strauss.¹⁴⁴² Wanneer ontoerekenbaarheid as ‘n geskilpunt geopper word, moet dit eers beslis word. Dit is ‘n onafhanklike ondersoek. Eers nadat en as die hof beslis het dat die beskuldigde wel toerekenbaar was ten tye van die pleging van die daad, ondersoek en beslis die hof die geskilpunt van skuld. Dit is die skrywer se respekvolle submissie dat die regter volkome reg is, en dat dit die interpretasie van die hof in sy geheel moes gewees het. Appèlregter Viljoen verwys na die opmerking van Regter Stafford waar hy in die hof *a quo* sê dat die beskuldigde/appellant nie in soveel woorde sê dat haar weerstandskrag ontbreek het nie, en Appèlregter Viljoen stem daarmee saam, maar hy meen die vraag is of dit nie afgelei kan word uit wat sy wel gesê het dat

¹⁴⁴⁰ 1964 (2) SA 113 (A), aangehaal in *Campher (supra)*, p. 954B.

¹⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 955B.

¹⁴⁴² Strauss SA: *THRHR* 1974, p. 234.

dit die geval was nie. Die verhoorregter het die feite ontleed en daaruit afgelei dat die beskuldigde heeltemal “rasioneel” te werk gegaan het en selfs nadat die skoot afgetrek is, besef het dat sy die oorledene geskiet het. Hierdie redenasie probeer aantoon dat sy deurgaans met opset gehandel het. Appèlregter Viljoen is van mening dat die vraag nie was of sy die opset gehad het om te dood nie, dit was of sy onder die omstandighede wat bestaan het die vermoë gehad het om te besef dat sy ‘n wederregtelike daad verrig of, indien sy dit wel besef het, of sy die vermoë gehad het om ooreenkomstig daardie besef op te tree.¹⁴⁴³

Hierdie vermoë om te besef dat sy ‘n wederregtelike daad verrig het, is nie uit haar getuienis af te lei nie. Dit mag wees dat sy op ‘n prikkel van die onderbewussyn gehandel het en dus nie op daardie oomblik besef het dat sy wederregtelik handel nie, maar in die afwesigheid van psigiatriese getuienis aanvaar Appèlregter Viljoen dat sy wel besef het dat sy wederregtelik optree, maar die tweede vraag wat handel oor haar vermoë om weerstand te bied, moet nog beantwoord word. Dis sy mening dat die feit dat die beskuldigde na die tyd besef het dat sy die oorledene geskiet het, nie die hof verhinder om te bevind dat haar emosies só ‘n breekpunt bereik het en haar só oorweldig het dat sy nie op die kritieke oomblik kon weerstand bied nie.¹⁴⁴⁴ Hy is oortuig dat daar geen rede is waarom ‘n betrokke dader nie onmiddellik, “nadat die storm uitgewoed het en bedaar het “en wanneer die normale funksies van die gees weer oorneem en die ewewig tussen die kognitiewe, affektiewe en konatiewe funksies van die psige weer herstel is, kan besef wat hy gedoen het nie, hoe versteurd die

¹⁴⁴³ *Campher, supra (1987)*, p. 955H-I.

¹⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 956C.

gemoed op die kritieke of “orgastiese stadium” ook al was.¹⁴⁴⁵ Dat sy die sneller getrek en die skoot afgegaan het, mag vir haar ‘n vae en onwerklike herinnering gewees het. Dit mag ook iets wees wat sy later besef het, soos sy getuig het. Die beskuldigde/appellant het getuig sy het die vuurwapen geneem om die oorledene (met die skroewedraaier in sy hand) af te skrik -- sy wou hom nie skiet nie. Die verhoorregter het tewens toegegee dat die skietvoorval nie sou plaasgevind het as die oorledene nie sy vrou na die duiwehok getrek het terwyl sy in besit van die vuurwapen was nie.¹⁴⁴⁶

Appèlregter Viljoen haal aan uit die uitspraak van die verhoorregter:¹⁴⁴⁷

‘Dit is verder aan haar gestel dat, alhoewel aan die een kant haar gedagtes mag gewees het dat sy nie wil nie, het sy tog die begeerte gehad (*sic*) om die monster dood te maak. En haar antwoord was ja gewees.’ (*sic*).

Hierdie getuienis het die verhoorregter, per Appèlregter Viljoen, gebruik om te toon dat die beskuldigde/ appellant met opset gehandel het. As die woord “begeerte” met die woord “drang” vervang word -- wat Appèlregter Viljoen as meer korrek beskou -- dan blyk dit dat sy nie haar wil kon beheer nie. Die regter gaan voort:

‘Dit is egter ook af te lei, uit uitdrukkings wat sy gebruik het, dat sy deur haar emosies oorweldig is om gevolg te gee aan die drang om die “monster” te vernietig. Sy het getuig dat haar gegriefdheid reeds in die kombuis, voordat die oorledene uit is na die duiwehok, besig was om op te laai. Sy het gesê sy het gevoel binne in haar was ‘n storm besig om “los te

¹⁴⁴⁵ *Campher* (1987)(A), p. 956, paragraaf I.

¹⁴⁴⁶ *Ibidem*, p. 957H.

¹⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 958C.

kom". Wat sy waarskynlik bedoel het, was dat die storm besig was om op te laai, om dreigende afmetings aan te neem. Sy sê sy het gevoel sy gaan ingee, met ander woorde dat haar beheer gaan knak. Sy kon die aftakeling nie "verwerk" nie; sy het gevoel "binnekant" was iets besig om te gebeur; sy het in 'n hoek vasgedruk gevoel. Van die oomblik toe sy hom geskiet het, onthou sy nie veel nie, het sy gesê, dinge het donker geword; sy het gevoel of sy in 'n sluik ingaan, in 'n diep donker put; dit het gevoel of haar keel toegedruk word. Sy het gevoel sy gaan flou word. Sy kon die gaatjie nie reg bid nie; hy het die onmoontlike van haar verwag; niks het meer saak gemaak nie...'

Haar getuienis noop Appèlregter Viljoen om tot die gevolgtrekking te kom dat haar gees op die kritieke oomblik erg versteurd was en dat haar weergawe van haar gemoedsbewegings vergelykbaar is met 'n drang waarteen sy nie kon weerstand bied nie. Die regter is van mening dat die remmende effek teen of inhibering van die drang om die monster wat haar hele bestaan bedreig het, te vernietig, heeltemal meegegee het.¹⁴⁴⁸

Daarom behoort sy op grond van ontoerekeningsvatbaarheid onskuldig bevind te word, en die verhoorhof se bevinding en vonnis tersyde gestel te word.¹⁴⁴⁹

Die skrywer wil beklemtoon dat dit belangrik is om te onthou dat beskuldigdes wat hulleself moet verweer, in die taalregister getuig wat hulle magtig is. (Vergelyk ook *Pistorius* 2014, tans nog nie gerapporteer nie, waaroor meer in hoofstuk 11.) Die oorgrote meerderheid van mense in die beskuldigdebank of die getuiebank (moontlik selfs sommige voorsittende beamptes met 'n akademiese agtergrond) het nie 'n besonder hoë taalvaardigheid nie, en druk hulle nie op 'n besonder logiese en duidelike manier uit nie. Dit is opvallend as 'n mens hofverslae

¹⁴⁴⁸ *Campher (1987)(A)*, p. 958, paragraaf I.

¹⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 959C.

bestudeer. Vergelyk byvoorbeeld die aanhaling hierbo van Regter Stafford, die verhoorregter. Dit is die weloorwoë mening van die outeur dat daar in 'n geval soos dié van die beskuldigde wat staatmaak op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, aangedring behoort te word op deskundige getuienis. Dit wat in 'n persoon se gedagtes aangegaan het of sy gemoedstoestand in woorde weergegee moet word, moet vertolk word. Hierdie deskundige getuienis is van tweërlei aard: ten eerste medies-psigiatryse getuienis, en ten tweede dié van 'n taalspesialis (anders as 'n tolk) wat die hof kan bystaan met die interpretasie van die “stotterende” getuie. Alhoewel die psigiater of sielkundige moet staatmaak op die beskuldige se subjektiewe weergawe van die gebeure, word dit nogtans objektief beoordeel. Dis 'n baie belangrike pluspunt. Wat die behoefte aan 'n taalspesialis betref, het die beskuldigde byvoorbeeld in die *Campher*-saak gesê dat sy gevoel het dat sy “in 'n *sluik* ingaan”. Dis 'n woord wat nie in die HAT aangegee word nie, en die skrywer is nie oortuig dat al die betrokke partye in die hof presies verstaan het wat sy gesê het nie. In hierdie tipe saak (soos inderdaad in alle sake) is veel meer op die spel as 'n potjie skaak.

9.4. WIID (1990)

Dit wil voorkom asof die *Campher*-saak die verdediging in hierdie saak moontlik behulpsaam was en as voorbeeld gedien het in die aanbod van die verweer in *Wiid*, met ander woorde dat daar uit die foute in die *Campher*-verweer geleer is. Die tydelike toerekeningsvatbaarheid van die beskuldigde, later appellant, Joan Wiid, is ten tyde van die pleeg van die beweerde misdad in geskil geplaas. Die verdediging het na die gesag verwys van onder andere *Campher, supra* (1987), *Laubscher* (1988),

Arnold (1985) en *Bailey* (1982), waarna ook hierbo in die bespreking van *Campher* verwys is.

By die aanvang van die verhoor in die Durban/Kus Plaaslike Afdeling is die aard van die beskuldigde se verweer in die pleitverduideliking ooreenkomstig artikel 115 van die *Strafproseswet* soos volg uiteengesit:

- ∞ Op 3 Desember 1987 het my verhouding met die oorledene (Graziel Wiid) 'n breekpunt bereik en was ek in 'n hoogs gespanne toestand.
- ∞ Kort voor die gemelde voorval het die oorledene my ernstig aangerand.
- ∞ Oorledene het ook gedreig om my te vermoor.
- ∞ Alhoewel ek erken dat ek my man doodgeskiet het, kan ek dit nie onthou nie.
- ∞ Toe ek die oorledene geskiet het, het ek as gevolg van verskeie faktore waarskynlik onbewustelik opgetree en nie besef dat my handeling wederregtelik was nie.
- ∞ Ek was ook nie in staat om enige beheer oor my gemelde handeling uit te oefen nie. Derhalwe was my handeling nie strafregtelik toerekenbaar nie.
- ∞ My ontoerekenvatbaarheid was tydelik van aard en is nie aan enige permanente of tydelike geestesongesteldheid of -gebrek (soos in artikel 78 van die *Strafproseswet* bedoel) toe te skryf nie.

In hierdie pleitverduideliking is die verweer netjies en logies uiteengesit (anders as mevrou Campher se stotterende weergawe), en sluit aan by die ontleding van die verweer deur Appèlregter Joubert in *Laubscher* (*supra*), waarin hy onder andere sê dat, om toerekeningsvatbaar te wees, die dader se geestesvermoëns of psigiese ingesteldheid sodanig moet

wees dat hy regtens vir sy gedrag geblameer kan word. Daarna stip hy die erkende psigologiese kenmerke van toerekeningsvatbaarheid aan, soos hierbo bespreek. Dit kom kortliks daarop neer dat die dader 'n besef moet hê van die geoorlooftheid al dan nie van 'n daad en die vermoë moet hê om ooreenkomstig daardie onderskeidingsvermoë te handel. Ontbreek een van hierdie twee kenmerke, dan is die dader ontoerekeningsvatbaar, en dan kan die beskuldigde nie skuldig bevind word nie. Die verhoorhof verwerp Joan Wiid se verweer en bevind haar skuldig. Sy appelleer daarteen.

Waarnemende Appèlregter Goldstone haal in sy uitspraak 'n gedeelte aan uit Hiemstra,¹⁴⁵⁰ waar dit gaan om gesonde outomatisme, 'n ander nie-patologiese toestand:

'Hoewel by gesonde outomatisme die bewyslas op die Staat rus, moet die beskuldigde eers die fondament vir die verweer lê. Daar moet getuienis van die kant van die beskuldigde wees wat sterk genoeg is om twyfel te laat ontstaan oor die vrywilligheid van die beweerde daad of versuim. Dit moet gerugsteun word deur geneeskundige of ander deskundige getuienis wat aantoon dat die onwillekeurige gedraging heel moontlik te wyte was aan oorsake anders as geestesongesteldheid of geestesgebrek. As aan die einde van die verhoor twyfel bestaan of die gedraging willekeurig was of nie, moet die beskuldigde die voordeel van die twyfel geniet.'

Die Hof herinner homself per Waarnemende Appèlregter Goldstone daaraan om ag te slaan op die waarskuwing van die Appèlafdeling in *R v H* in 1962:¹⁴⁵¹

'..... (D)efences such as automatism and amnesia require to be carefully scrutinised. That

¹⁴⁵⁰ Hiemstra, VG: *Op.cit.*, p. 189.

¹⁴⁵¹ *R v H* 1962 (1) SA 197 (A), p. 208B-C.

they are supported by medical evidence, although of great assistance to the Court, will not necessarily relieve the Court from its duty of careful scrutiny for, in the nature of things, such medical evidence must often be based on the hypothesis that the accused is giving a truthful account of the events in question.'

Die tersaaklike feite van die *Wiid*-saak is kortliks soos volg: Die egpaar Wiid was in Desember 1987 reeds 32 jaar getroud. Hulle het twee kinders gehad, 'n dogter en 'n seun. Die dogter is verstandelik gestremd gebore en het probleme vir haar ma, die beskuldigde/appellant, veroorsaak. Die seun was 'n polisiebeampte en sy ma was baie trots op hom. Gedurende 1983 het hy breinbeserings in 'n motorongeluk opgedoen wat hom heeltemal verlam in sy regterbeen en regterarm gelaat het, sy visie en spraak is ook aangetas en sy ma moes hom intensief versorg. Die pa, die oorledene, het nooit 'n goeie verhouding met sy kinders gehad nie en het geweier om bystand te verleen met sy seun se regsgeeding om vergoeding te eis teen 'n assuransiemaatskappy.¹⁴⁵²

Gedurende die huwelik het Graziel Wiid talle buite-egtelike verhoudings aangeknoop. Die verhoorregter, Regter Bristowe, het opgemerk dat dit die beskuldigde ongelukkig gemaak het, maar sy was "gewillig dat hy so optree". Appèlregter Goldstone verskil daarvan: sy het hom dalk vergewe, maar het dit geensins goedgekeur nie, en dit het tot baie argumente gelei.¹⁴⁵³ Op twee geleenthede het Wiid sy vrou ernstig aangerand. Hy het maklik kwaad geword. Vanaf Augustus 1987 het die beskuldigde in 'n baie gespanne toestand verkeer. Sy het min geëet en kalmeer-, slaap- en hormoonpille gedrink. Haar emosionele toestand het

¹⁴⁵² *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A), p. 564 i.

¹⁴⁵³ *Ibidem*, p. 565 b.

vererger, want haar man het weer eens in 'n buite-egtelike verhouding betrokke geraak. Die verhoorhof bevind dat die beskuldigde in die tyd voor die voorval buitengewoon bekommerd en emosioneel was.¹⁴⁵⁴ Drie dae voor die skietvoorval het Wiid uit sy eie aan sy vrou erken dat hy die dag by ene mevrou Bekker in Margate deurgebring het, maar die doel van die besoek was om die verhouding te beeindig. Die appellant het getuig dat sy haar man met die aanhoor van dié nuus gesoen het en bedank het. Uit haar getuienis blyk dit dat sy nog steeds vir haar man lief was, ten spyte van alles.¹⁴⁵⁵ Die verhoorhof rapporteer dat sy “so te sê gegloei het” wanneer sy van haar aangename en gelukkige herinnerings gepraat het.¹⁴⁵⁶ Sy was oortuig mevrou Bekker was permanent uit die prentjie. Die dag van die skietvoorval is Wiid vroeg uit die huis en om verskeie redes was die beskuldigde oortuig dat hy na mevrou Bekker is. Sy was uiters teleurgesteld ná sy plegtige belofte. Haar hele dag was “vaag”.¹⁴⁵⁷ Die verhoorhof aanvaar dit en beklemtoon dat dit die eerste keer was dat Wiid so 'n belofte verbreek het. Laat die middag het die appellant 'n mevrou Harmse gebel en gevra om oor te kom. Mevrou Harmse het getuig die appellant het baie gehuil en gebewe en gesê sy weet nie wat om te doen nie. Hulle het elk 'n glas wyn gedrink. 'n Ruk later het Wiid by die huis aangekom. Sy vrou het hom daarvan beskuldig dat hy by mevrou Bekker was. Hy het dit ontken. Die appellant het daarna kos aan mevrou Harmse en haar man voorgesit maar self nie geëet nie.¹⁴⁵⁸ Op 'n

¹⁴⁵⁴ *Wiid (1990)(A)*, p. 565 c.

¹⁴⁵⁵ *Ibidem*, p. 565 e.

¹⁴⁵⁶ *Ibidem*, p. 565 e.

¹⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 565 h.

¹⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 565 j.

stadium het Wiid aan die beskuldigde gevra: “Waarom kyk jy vir my?” Hy het toe die bandopnemer gaan haal -- dit was sy gewoonte om hulle rusies op band op te neem. Die appellant het gesê: “Nie dit weer nie,” en probeer om die bandopnemer af te skakel. Dit het op die vloer geval toe haar man haar probeer keer het.¹⁴⁵⁹ Daarna het hy haar ‘n paar keer teen die kop geklap. Haar neus is gebreek, ‘n voortand is by die wortel afgebreek en stukkies het uit haar ondertande gesplinter. Die volgende dag was haar oor blou en geswel. Haar bril was stukkend en haar neus en mond het baie gebloei.¹⁴⁶⁰

Wiid het gesê: “Nou loop ek,” en is na die slaapkamer. Mevrou Harmse het ‘n waslap gaan haal om die bloed af te vee en het daarna die waslap gaan uitspoel. Sy het met Wiid in die slaapkamer probeer praat, maar hy het haar uitgejaag, “anders donder ek jou hier uit”. Sy is na die kombuis, en toe sy by die deur kom, hoor sy Wiid sê: “O God!” en toe hoor sy skote.¹⁴⁶¹ Wiid het op die vloer gelê. Die seun het opgedaag; die beskuldigde het aan mevrou Harmse gevra: “Wat het ek gedoen?” en toe dié antwoord: “Jy het Wiid geskiet” wou die appellant weet wat sy moes doen. Mevrou Harmse het die polisie geskakel en die beskuldigde het self met hulle gepraat.¹⁴⁶²

Speurder-konstabel De Villiers het getuig dat dit by sy aankoms kort ná die voorval gelyk het of die appellant in ‘n dwaal is en nie gelyk het of sy

¹⁴⁵⁹ *Wiid (1990)(A)*, p. 566 a.

¹⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 566 b.

¹⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 566 b.

¹⁴⁶² *Ibidem*, p. 567 b.

weet waar sy is nie. Sy was verward en nie by haar volle positiewe nie.¹⁴⁶³ Die appellant het getuig sy kan min van die dag onthou, wel dat hulle wyn gedrink het. Sy kon niks onthou wat tussen haar en haar man gebeur het nie. Met die aanranding het sy 'n sensasie gekry of sy ligte sien en sweef.¹⁴⁶⁴ Sy het geen pyn gevoel nie. Sy weet sy het haar man in die kamer sien staan met 'n wreedaardige trek op sy gesig en toe het hy afgemete ("soort van woord vir woord") gesê: "Ek gaan jou vermoor."¹⁴⁶⁵ Sy het sy pistool daar op 'n bankie gesien en kan net onthou dat sy verweg skote gehoor het, hoeveel weet sy nie. Sy onthou Leonie Harmse het geskreeu sy, die appellant, het Graziel Wiid geskiet en dat sy daarna vir die polisie oor die foon gesê het sy dink sy het haar man geskiet.

Die appellant het haar eie pistool gehad en was 'n taamlik bedrewe skut. Wiid het altyd sy gelaaide pistool by hom gehad.¹⁴⁶⁶ Dis met hierdie pistool wat die appellant sewe skote geskiet het. Twee deskundige getuies (sielkundiges) het namens die verdediging getuig. Gillmer het onder andere getuig: "... *it seems psychologically probable that her judgement was impaired to an appreciable degree.*"¹⁴⁶⁷ Dokter Plunkett het na die volgende faktore verwys:¹⁴⁶⁸

1. Die inname van kalmeermiddels en alkohol en die feit dat die appellant nie geëet het nie.

¹⁴⁶³ *Wiid* (1990)(A), p. 566 f.

¹⁴⁶⁴ *Ibidem*, p. 566 g.

¹⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 566 h-i.

¹⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 567 c.

¹⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 567 e.

¹⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 567 f-g.

2. Die geweldige aanranding en veral die houe teen haar kop.

3. Die dreigement dat die oorledene haar wou vermoor.

Die gesamentlike effek kan wees “ *a state of complete lack of responsibility at that time.*” Sy kon wel gehandel het in ‘n toestand waarin sy nie die vermoë gehad het om tussen reg en verkeerd te onderskei nie. Haar geheueverlies is ook daarmee versoenbaar.

Die verhoorhof aanvaar die getuienis van die sielkundiges, maar is van mening dat die beskuldigde die gebeure nie wil onthou nie, want dit is en was vir haar te ontstellend. Waarnemende Appèlregter Goldstone vind geen bevestiging in die oorkonde vir so ‘n gevolgtrekking nie.¹⁴⁶⁹ Die verhoorhof bevind die beskuldigde het doelbewus (met ander woorde met opset) na die slaapkamer geloop: sy kon dit nie aanvaar dat haar man haar vir mevrou Bekker gaan verlaat nie. Voor hy slaapkamer toe is, het Wiid gesê: “Nou loop ek.” Dit is nie vir die skrywer ‘n uitgemaakte saak dat dit geïnterpreteer moet word dat hy sy vrou gaan verlaat nie; dit kon miskien slegs beteken het hy loop kamer toe, hy verlaat die eetvertrek. Regter Bristowe van die hof *a quo* aanvaar nie dat haar man gesê het hy gaan haar doodmaak nie -- “dis geheel en al nie karakteristiek vir die oorledene nie”. Hierdie afleiding, vind die skrywer -- met respek -- verbasend. Hier is sprake van ‘n man wat pas vantevore sy vrou erg aangerand het, en dit was nie die eerste keer nie. Waarnemende Appèlregter Goldstone is van mening dat die verhoorhof met hierdie bevinding misgetas het. Van die staatsgetuies het getuig dat die oorledene ‘n ontvlambare humeur gehad het, en dat hy tot geweld in staat

¹⁴⁶⁹ Wiid (1990)(A), p. 567 j.

was. Hy het sy vrou aangerand en mevrou Harmse gedreig. Dis uit al die getuienis duidelik dat hy smookwaad was.¹⁴⁷⁰ Die verhoorhof betwyfel die weergawe van die beskuldigde van haar kommunikasie met mevrou Harmse ná die skietvoorval, maar waarnemende Appèlregter Goldstone is van mening dat dit nie verwerp kan word slegs omdat dit met die fynere detail van mevrou Harmse se getuienis bots nie, want mevrou Harmse het self getuig dat sy in 'n toestand van skok was.

Die verhoorhof bevind Joan Wiid het haar man met opset geskiet, “al het sy miskien kalmeerpille gebruik, al het sy 'n bietjie wyn gedrink, al het sy moontlik dié dag niks geëet nie, al was sy in 'n emosionele en gespanne toestand en al het die oorledene haar ernstig aangerand net voor die voorval”. Regter Bristowe reken die sielkundiges het “nie met groot oortuiging” voorgestel dat die beskuldigde nie in staat was om die ongeoorloofdheid van haar handeling te besef nie. Dis vir die Regter duidelik dat daar geen redelike moontlikheid bestaan dat dit die geval was nie, en dat sy ooreenkomstig haar besef kon opgetree het.¹⁴⁷¹ Hy is tog van mening dat sy aan verminderde toerekenbaarheid gely het. Die Appèlregter, Goldstone, daarenteen, betwyfel egter nie die getuienis van die twee sielkundiges nie. Hy aanvaar ook nie dat die appellant haar man bewustelik en opsetlik wou doodskiet nie -- haar steeds sterk liefde rym nie met 'n doelbewuste doodmaak van die voorwerp van haar liefde nie, en is nie met haar persoonlikheid en karaktertrekke te versoen nie. En die feit dat sy sewe skote geskiet het, dui op onbeheerste optrede.¹⁴⁷² Die onsa-

¹⁴⁷⁰ *Wiid (1990)(A)*, p. 568 d-e.

¹⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 568 i-j.

¹⁴⁷² *Ibidem*, p. 569 e.

mehangende geheue van die appellant kan as 'n onbevredigende kenmerk van haar weergawe geïnterpreteer word, maar daar is geen sielkundige getuienis wat suggereer dat hierdie verskynsel teenstrydig is met 'n verlies van óf die onregmatigheid van die handeling in te sien óf die verlies van die vermoë om daarvolgens te handel nie. Die appellant moet die voordeel van die twyfel kry. Joan Wiid word onskuldig bevind en ontslaan.¹⁴⁷³

Die twee verskillende interpretasies van die twee howe vind die skrywer, om die minste te sê, verbysterend. Dit is die skrywer se respekvolle submissie dat die verhoorhof staatgemaak het op die uitspraak van die meerderheid van die Appèlafdeling in die saak van *Campher* daardeur gebonde gevoel het. Volgens die *stare decisis*-beginsel was dit nie nodig nie, want dit het nie gegaan om 'n *ratio decidendi* nie, maar om 'n interpretasie van die omstandighede aanleidend tot die gemoedstoestand van die beskuldigde en daardie gemoedstoestand self gedurende die pleeg van die onregmatige daad. Met die uitspraak van waarnemende Appèlregter Goldstone (Hoofregter Corbett en Appèlregter Viviers het daarmee saamgestem) kan die skrywer ten volle saamstem.

Uit hierdie wyd-uiteenlopende beslissings is dit weer eens duidelik dat die lot van die individu soms afhang van 'n enkelregter se minder gelukkige interpretasie van menslike gevoelens wat nie as feite vasstaan of matematies bereken kan word nie. 'n Regter is nie 'n robot nie, en laat hom lei deur sy siening van 'n saak. Gelukkig is die Hoogste Hof van Appèl die instelling wat as kontrole-maatreël aangewend word en drie of

¹⁴⁷³ *Wiid (1990)(A)*, p. 569 g.

vyf regters kan 'n tweede en finale opinie gee, sodat die regstelsel op die ou end verseker kan wees van 'n suiwer vertolking. Ook dit is nie altyd haalbaar nie, soos blyk uit die skrywer se respekvolle kritiek op die meerderheidsuitspraak in die *Campher*-saak (hierbo).

9.5. DIE VERSKIL TUSSEN CAMPHER EN WIID.

Hoe is dit dan verklaarbaar dat die uiteindelijke beslissing in hierdie twee soortgelyke sake so geweldig verskil? Die beskuldigde in *Campher* is skuldig bevind, terwyl die beskuldigde/appellant in *Wiid* vry uitgegaan het. Wat miskien gehelp het om die skaal in die guns van Joan Wiid te swaai, is die feit (soos hierbo genoem) dat die verdediging geleer het uit die *Campher*-saak en van die begin af die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid geopper het; dat daar deskundige getuienis gelei is om die verweer te staaf; en die voorsittende beamptes op die noodsaaklike getuienis kon konsentreer en dit nie nodig was om deur ander verwere te "sif" nie.

Globaal beskou, kom die verskil egter neer op die vertolking van die gebeure pas voor die gewraakte skietvoorval in altwee sake. Joan Wiid het haar man ná die aanranding na die kamer gevolg, daar sy gelaaide pistool op die bankie gesien, dit klaarblyklik gegryp en haar dreigende man op die ingewing van die oomblik toe haar weerstand teen die ongeoorloofde daad geknak het, doodgeskiet. Sy het aanhou skiet, soos iemand wat nie beheer oor homself het nie. Dit was dus vir die Appèlhof moontlik om te redeneer dat sy nie tyd gehad het om die saak te oordink en die opset te vorm om oor te gaan tot die wederregtelike daad nie. In die geval van mevrou Campher, daarenteen, het sy voor haar man wat

haar met die skroewedraaier gedreig het, uitgevlug, en in die huis van die kombuis na die slaapkamer gegaan waar sy die oorgehaalde vuurwapen wou gebruik om haar man te laat skrik, sodat hy tot bedaring kon kom. Dit het sy onomwonde verklaar. Haar man het haar egter vasgegryp en met die vuurwapen nog by haar, na die duiwehok teruggedwing. Daar het hy haar beveel om die skewe gaatjie reg te bid, en omdat sy gevoel het sy moet die monster vernietig wat háár wil vernietig, het sy, terwyl sy op haar knieë was, die sneller getrek. Daarna het die besef van wat sy gedoen het, tot haar deurgedring. Die meerderheidsuitspraak vertolk die optrede van die beskuldigde as dié van iemand wat genoeg tyd gehad het om 'n opset te vorm om dood te skiet. Sy kon die vuurwapen in die huis gelos het, maar sy het nie. Toe sy in die duiwehok op haar knieë was, het sy haar man as 'n monster gesien en daarom die opset gevorm om hom te skiet. Dit strook egter net nie met die idee van iemand wat 'n moord beplan en opsies oorweeg soos watter wapen om te gebruik, hoe om die nodige aan te koop en hoe om later die gebeure te vergoelike nie. Die skrywer beskou die handeling as deurlopend, vanaf die bedreiging met die skroewedraaier, terug na die kombuis/slaapkamer/duiwehok en die uiteindelijke doodskoot, en nie soos die hof eers as bedreiging, dan die vorm van opset in die slaapkamer en daarna 'n hernude opset in die duiwehok nie. Na die mening van die skrywer is dit 'n gekunstelde onderskeid. Al twee vrouens het langdurige slegte behandeling verduur, al twee het verstandelike gestremde kinders gehad wie se versorging groot eise aan hulle gestel het terwyl hulle mans hulle tot geen hulp was nie, al twee het onomwonde verklaar dat hulle hul buierige, dominerende, onredelike mans nog liefgehad het. Dit klink waarlik ongelooflik, maar die bestaan van smartvrate is nie weg te redeneer nie. (In die populêre

sielkunde word na so 'n tipe vrou verwys as iemand wat “internally oppressed” is. Sy glo later as gevolg van die manier waarop sy behandel word, sy is eintlik niks werd nie, en aanvaar die kriummels wat na haar kant kom met dankbaarheid.) Al twee het op 'n dag ná geestelike en/of liggaamlike teistering geknak soos 'n pot wat op 'n vuur oorkook wat gedurig gestook word. Myns insiens is die twee gevalle byna identies, en behoort mevrou Campher ook vry uit te gegaan het. Daar was nie sprake van kortstondige provokasie soos in byvoorbeeld die geval van *Eadie*¹⁴⁷⁴ nie. In altwee gevalle was daar teistering en geestelike en liggaamlike mishandeling oor lang tydperke. Campher het selfs haar man verlaat, maar hy het haar onder valse voorwendsels laat terugkeer na onuithoubare omstandighede. Mevrou Campher se skuldigbevinding is uiteindelik deur 'n meerderheid van twee teen een op appèl bekragtig, en die feit dat haar vonnis tot vyf jaar verminder is wat in die geheel opgeskort is, is 'n troosprys. Sy bly as moordenares gebrandmerk.

Met die inwerkingstelling van die Grondwet en daarna die *Wet op Gesinsgeweld*,¹⁴⁷⁵ moes die klem noodwendig verskuif. Die howe moes uiteraard met 'n simpatieker oog kyk na die onderdrukte vrou wie se menswaardigheid en ander menseregte in 'n groot mate deur haar man/metgesel en sy behandeling van haar misken word. Dit bring hierdie bespreking by die toetszaak van Anieta Natasha Ferreira. Tot hier (soos in *Campher* en *Wiid, supra*) het die vrou wat voor die hof moes verskyn, bloot as die beskuldigde (appellant in die Appèlafdeling) bekend gestaan, en is die saak benoem na haar man se van. In die *Ferreira*-saak word die

¹⁴⁷⁴ 2002 (1) SASV 663 (HHA), *supra*.

beskuldigde se volle voorname en haar eie van aangegee. Dis natuurlik ook omdat sy nie wettig getroud was met die man wat haar misbruik en mishandel het nie. Dit wil voorkom asof daar vanaf hierdie tydstop na die vrou as individu, iemand met 'n siel en gevoelslewe gekyk word.

9.6. FERREIRA (2004)

Die beskuldigde, Anieta Ferreira, het meer as sewe jaar lank in 'n intieme verhouding saam met Cyril Parkman geleef. Hy het haar herhaaldelik en behoorlik verbaal, geestelik en liggaamlik mishandel. Sy het uiteindelik haar mede-aangeklaagdes, twee jong swart mans, gehuur om hom dood te maak. Die verhoorhof het, per Regter Prinsloo, al drie beskuldigdes tot lewenslange gevangenisstraf gevonniss. Hulle appelleer in die Hoogste Hof van Appèl teen hulle vonnis.

Aangesien die moord vooraf beplan is, was die verhoorhof verplig om kragtens die *Strafregwysigingswet*¹⁴⁷⁶ 'n lewenslange vonnis op te lê, tensy daar bevind kon word dat daar wesenlike en dwingende omstandighede was vir haar optrede. In só 'n geval kon die hof kragtens artikel 51(3)(a) 'n ligter vonnis oplê. Die verhoorhofregter het bevind dat daar geen wesenlike en dwingende omstandighede was nie. Na die mening van die skrywer is dit weer eens soos in *Campher* en *Wiid* (hierbo) 'n vreemde interpretasie van die omstandighede. Ook die Hoogste Hof van Appèl noem dat daar billikheidshalwe gekonstateer moet word dat, ten tye van die verhoorhof se bevinding, *Malgas*¹⁴⁷⁷ nog nie

¹⁴⁷⁵ Wet 116 van 1998.

¹⁴⁷⁶ 105 van 1997, artikel 51 (3)9(a), saamgelees met Deel 1 van Bylae 2.

¹⁴⁷⁷ 2001 (3) SA 1222 (SCA).

deur die Hoogste Hof van Appèl beslis was nie. Hierdie beslissing, wat ook deur die Konstitusionele Hof in *S v Dodo*¹⁴⁷⁸ as korrek aanvaar is, het die duidelike verskillende benaderings tot die vraagstuk wat uit 'n hele aantal Hoë Hof-sake geblyk het, uitgestryk. Die tersaaklike gedeelte uit die *Malgas*-beslissing verduidelik dat die omstandighede wat deur die uitdrukking “weselik en dwingend” beoog word, nie buitengewoon hoef te wees nie, maar dit moet werklik oortuigende redes verskaf, of substansiële regverdiging (“*weighty justification*”) voordat 'n vonnis ligter as lewenslank deur die hof opgelê kan word; andersins moet die gevolgtrekking gemaak kan word dat die voorgeskrewe vonnis onbillik, onvanpas of buite verhouding tot die misdaad, die oortreder en die wettige behoeftes van die gemeenskap is.¹⁴⁷⁹ Regter-President Howie wys in sy uitspraak in *Ferreira* daarop dat daar algemeen aanvaar word dat die verhoorregter gefouteer het met sy interpretasie van die uitdrukking “weselike en dwingende omstandighede”, aangesien sodanige omstandighede wel bestaan het in die geval van die eerste beskuldigde/appellant, Anieta Ferreira.¹⁴⁸⁰ Wat betref die ander twee beskuldigdes/appellante bestaan daar egter twyfel. Volgens die hof was hulle nie bewus van Ferreira se hagleike omstandighede nie, en het net ingestem sodat hulle vir die moord betaal kon word.¹⁴⁸¹

Anieta Ferreira is op 27 November 2000 gevonniss, en is daarna in 'n gevangenis aangehou. Haar verdediging voer op appèl aan dat, waar

¹⁴⁷⁸ 2001 (3) SA 382 (KH).

¹⁴⁷⁹ *Malgas, supra*, paragraawe 22 en 251.

¹⁴⁸⁰ *Ferreira (2004)* (HHA), paragraaf 43.

¹⁴⁸¹ *Ibidem*, paragraaf 51 en 52.

gevangenisstraf reeds uitgedien is, die vonnis vervang behoort te word met 'n bevel van onmiddellike vrylating ná afloop van die hofverrigtinge. Die Staat het aangevoer dat haar vonnis tot 20 jaar gevangenisstraf verminder behoort te word, terwyl dié van die mede-beskuldigdes onveranderd moet bly.

In die verhoorhof het Anieta Ferreira skuldig gepleit op die moordklag, maar by haar pleitverduideliking het sy 'n geskrewe uiteensetting van die feite aangeheg. Hierdie feite het sy ook meegedeel aan me. Kailash Bhana en me. Lisa Vetten, werksaam by die sentrum vir die Studie van Geweld en Versoening in Johannesburg en verbonde aan hulle eenheid vir Geslagstudies, eersgenoemde as maatskaplike werker en laasgenoemde as geslagskoördineerder. Deur navorsing, studie en die hantering van gevalle van mishandelde vroue het hulle eerstehandse kennis en ervaring opgedoen van vroue wat hulle misbruikers doodmaak.

Anieta Ferreira het nie self getuig nie, maar me. Bhana en me. Vetten het namens haar feitelike getuienis gelewer. Haar mededelings aan hulle is in verslae neergeskryf en is as getuienis onder eed bevestig. Hulle het getuig dat die beskuldigde se reaksie op die mishandeling van die oorledene, met inbegrip van haar besluit om hom te laat vermoor, 'n baie bekende gedragpatroon gevolg het soos aangetref by misbruikte metgeselle. Ooreenkomstig daardie patroon is die denke van die misbruikte metgesel uiteindelik só oorweldig deur die mishandeling dat geen ander realistiese uitweg hom voordoet nie as die verwydering van die misbruiker deur moord. Dit kom na die mening van skrywer nie presies ooreen met ontoerekeningsvatbaarheid soos hierbo bespreek nie,

maar is soortgelyk daaraan en kan vergelyk word met 'n wegholtrein wat nie gestop kan word nie.

Die beskuldigde was 'n enkelgetuie, en die hof moes staatmaak op haar weergawe; die Staat kon egter bure en ander persone geroep het om te getuig, maar het dit nie gedoen nie. Die belangrike vraag waarom sy op moord besluit het eerder as om Cyril Parkman te verlaat, was volgens die getuies te vind in die kumulatiewe impak op haar hele persoonlike geskiedenis. Haar selfbeeld het reeds in haar kinderjare 'n knou gekry, omdat haar ma nie 'n dogter wou gehad het nie en haar verwerp en mishandel het, emosioneel en verbaal, byvoorbeeld deur haar op sesjarige ouderdom daarvan te beskuldig dat sy met haar pa "hoereer" en haar betekenisvolle kontak met haar pa ontsê het.¹⁴⁸² Dit het haar na 'n vaderfiguur laat hunker en geleer om woede eerder te onderdruk as om dit uit te spreek, en verder om mishandeling te verduur. Op sestien is haar ma weg en het haar aan haar lot oorgelaat sodat sy vir haarself moes sorg.

Gedurende haar twintigerjare het sy getrou en vier kinders gekry. Haar man het haar liggaamlik en emosioneel mishandel. Hy het haar en die kinders dikwels nooddrufdig gelaat, en gedreig om haar dood te maak. Ná vyf jaar het sy hom verlaat.¹⁴⁸³ Sy het haar kinders in pleegsorg laat plaas en werk gekry as huishoudster, maar net vir kos en slaapplek. Toe sy uiteindelik by 'n hotel werk kry waarvoor sy betaling sou ontvang, het 'n kennis haar na Parkman verwys wat haar meer sou betaal. Sy het

¹⁴⁸² Ferreira (2004)(HHA), paragraaf 14.

ingestem om sy huishoudster te word.¹⁴⁸⁴ Hy het op 'n plaas in die Rustenburg-distrik gewoon, en was ongeveer twintig jaar ouer as sy. Sy het aanvanklik in 'n buitekamer geslaap, maar toe hy ná drie maande sy liefde aan haar verklaar, het sy by hom ingetrek. Aan die begin was hy soos 'n pa vir haar en sy het hom liefgekry. Die verhouding het egter gou agteruit gegaan en hy het haar begin mishandel. Hy het haar geïntimideer sodat hy haar fisies, emosioneel en finansiële kon beheer. Hy het haar sy kind genoem, en sy hom "meneer Parkman". Sy het die rol van "kind" aanvaar, asook gepaardgaande straf.¹⁴⁸⁵ Hy het toenemend beledigend geraak, en uiteindelik gewelddadig. Hy het dikwels te veel gedrink, en dan was sy optrede erger as gewoonlik. Hy het haar as 'n onbetaalde huishulp behandel.¹⁴⁸⁶ Hy het haar elke dag take opgelê, insluitende swaar handewerk. As sy dit nie afgehandel het nie, het hy haar gestraf. Dit het behels om haar in 'n kamer toe te sluit sonder kos, soms tot twee weke lank. Sy het oorleef omdat 'n plaaswerker skelmpies vir haar kos gebring het. As haar kinders kom kuier het, het Parkman hulle skerp gekritiseer. Dit het hulle só ontstel dat die besoeke deur die betrokke owerhede stopgesit is.¹⁴⁸⁷ Hy het haar in elk geval verbied om met hulle kontak te maak, maar sy het hulle nogtans gebel. Die oorledene het dit agtergekem toe hy sy telefoonrekening nagaan en haar geslaan. Dit is waar die fisiese mishandeling begin het wat al hoe erger geword het. Hy het op 'n keer dronk by die huis

¹⁴⁸³ *Ferreira* (2004)(HHA), paragraaf 15.

¹⁴⁸⁴ *Ibidem*, paragraaf 16.

¹⁴⁸⁵ *Ibidem*, paragrawe 17–18.

¹⁴⁸⁶ *Ibidem*, paragraaf 18.

¹⁴⁸⁷ *Ibidem*, paragraaf 19.

aangekom en haar beveel om vir hom nog 'n dop te skink. Sy wou hê hy moet wag totdat sy vir haarself 'n koppie tee gemaak het. Hy het haar gegryp en haar met die vuig geslaan sodat haar neus gebreek het. Toe het hy haar in haar kamer toegesluit. Die bure het haar gehelp om met behulp van 'n trapleer te ontsnap. 'n Ander keer het hy haar met 'n mes probeer steek -- toe sy probeer keer, het hy een van haar vingers gebreek. Hy het haar ook met 'n vuurwapen gedreig.¹⁴⁸⁸ Sy is by uitsondering toegelaat om 'n dokter te spreek. Indien wel, het hy namens haar gepraat en haar gedreig om nie die ware oorsaak van haar beserings te openbaar nie.¹⁴⁸⁹

Parkman het buitensporige seksuele eise aan haar gestel. Hy het daarop aangedring dat sy kaal slaap, sodat hy nie met haar slaapklere hoef te sukkel as hy wou seks hê nie. Met tye het hy haar tydens seksuele omgang gewurg sodat sy nie kon asemhaal nie "omdat sy van sulke afwykende gedrag gehou het", volgens hom. Op 'n keer het hy haar so erg gewurg dat sy 'n keeloperasie moes ondergaan.¹⁴⁹⁰ Dis nie vir skrywer duidelik hoe niemand in die hospitaal die beserings aan mishandeling gekoppel het nie. Sodanige wurg-beserings moes tog vrae laat ontstaan het.

Hy het haar voortdurend gekritiseer, soms voor ander mense. Dikwels het dit haar op seksuele gebied verneder. Hy het ook absurde aantygings gemaak oor haar ontrouheid. Hy het haar van kontak met ander mense

¹⁴⁸⁸ *Ferreira (2004)(HHA)*, paragraaf 20.

¹⁴⁸⁹ *Ibidem*, paragraaf 21.

¹⁴⁹⁰ *Ibidem (2004)(HHA)*, paragraaf 22.

afgesny en sy was geheel en al van hom afhanklik op finansiële gebied.¹⁴⁹¹

Sy het hom nogtans ten minste vier keer verlaat. Hy het haar elke keer opgespoor en gesmeek om terug te kom. Die taktiek wat hy gebruik het, was om hom berouvol voor te doen en om verskoning te vra, en mooi beloftes te maak: Hy sou verander en haar geld gee. Soms het hy gehuil en een keer het hy op sy knieë gegaan.¹⁴⁹² *Dit het haar vas onder die indruk gebring dat sy dit nooit sou regkry om van hom af weg te kom nie.* (Die skrywer se kursivering van haar verklaring in die hof). Die beskuldigde het die polisie drie keer gebel -- net een keer het hulle opgedaag. Hulle het gesê Parkman is dronk, en sy moes hom nugter kry.¹⁴⁹³ Kragtens die Wet op Gesinsgeweld¹⁴⁹⁴ is dit heeltemal onaanvaarbaar.

Die gebeure wat tot die moord gelei het, en die invloed daarvan op die gemoed van die beskuldigde, was soos volg:¹⁴⁹⁵ Die tydstop waarop die mishandeling ondraaglik geword het, was twee weke voor die moord. Parkman het ongeveer 15 van die swart plaasarbeiders nader geroep en haar uit die huis uit laat kom. Daarop het hy haar beveel om haar onderklere uit te trek en haar geslagsdele aan die arbeiders te wys. Sy het geweier en die huis ingestap. Die mans het begin wegstap. Parkman

¹⁴⁹¹ *Ferreira* (2004)(HHA), paragraaf 23.

¹⁴⁹² *Ibidem*, paragraaf 24.

¹⁴⁹³ *Ibidem*, paragraaf 25.

¹⁴⁹⁴ Wet 116 van 1998.

¹⁴⁹⁵ *Ferreira* (2004) (HHA), paragraaf 26.

het aan haar geskreeu sy is só hopeloos dat selfs die swart werkers nie met haar wou seks hê nie. Sy het geantwoord sy wil met niemand seks hê nie en het gedink Parkman het dit nie gehoor nie. Daardie aand het hy gesê hy sal haar wys, waarop hy haar verkrag het. Dieselfde aand het hy gesê as sy hom ooit weer verlaat, sal hy swart mans huur om haar te verkrag. Sy het geglo hy sal dit doen, veral ná die dag se gebeure. Die faktore wat daartoe gelei het dat die beskuldigde die dreigement as 'n wesenlike gevaar vir haar liggaamlike en sielkundige integriteit beskou het, is die volgende: ¹⁴⁹⁶

'Firstly, the timing of the threat led the accused to appraise the situation as intolerable and dangerous as she had been asked to display her genitals to a group of men only a few days prior. Second, following her refusal to comply, mr Parkman had raped her and this has been recognised within literature as the most extreme violation. It is possible the accused's state of mind following this event led her to appraise the situation as one in which mr Parkman had made and acted on a threat, making the threat to have her raped an imminent threat to her physical and psychological integrity. Thirdly, mr Parkman repeatedly threatened her with the rape.'

Die beskuldigde het begin om die gevoelens te ervaar wat tipies is van die verkragtingstrauma-sindroom: Die slagoffer voel vuil en onteer, en is bang. Sy het begin om post-traumatische reaksies te toon; hiper-waaksaamheid, vermyding en slaapversteuring. ¹⁴⁹⁷ Parkman het gesê sy is mal.

Op daardie tydstip moes sy vrugte verkoop aan swart kliënte. Elke keer wat sy 'n swart man by die hek gesien het, het sy gevrees dis die man wat

¹⁴⁹⁶ *Ferreira* (2004)(HHA), paragraaf 26.

¹⁴⁹⁷ *Ibidem*, paragraaf 26.

gehuur is om haar te kom verkrag. Sy het geweldig onveilig gevoel. Tot op daardie tydstip het sy nog nie enige woede teenoor Parkman getoon nie. Twee dae later het een van die werkers voorgestel dat hulle *muti*¹⁴⁹⁸ by 'n *sangoma*, of 'n tradisionele geneser, kry om oor Parkman se kos te strooi sodat hy 'n beter mens kon word. Sy was gewillig om dit te probeer.¹⁴⁹⁹ Dit was veronderstel om binne 'n week te werk, maar het klaarblyklik geen effek gehad nie. Sy het gevoel sake versleg. Sy was vas oortuig dat sy nooit van hom sou kon ontsnap nie. Sy het ook geglo dat hy iemand het wat haar bewegings dophou. Daar was net een uitkomkans: Parkman moes sterf.¹⁵⁰⁰ Parkman se huishulp het haar in aanraking gebring met die twee mans wat saam met haar aangekla is. Die aand van 4 Februarie 1999 het Parkman dronk op 'n bank gelê toe hulle daar aankom. Hulle het hom verwurg. Sy het in haar kamer gewag. Sy sou hulle R10 000 betaal, maar het net R5 700 gehad. Daarom sou hulle sy motor vat as kompensasie. Hulle het die lyk in die kattedak gelaai en weggery, maar 'n ent daarvandaan teen 'n boom vasgery. Dit was waarskynlik sy geld wat sy aan hulle gegee het, maar daar is geen vrae daaroor in die hof gevra nie. Sou sy met die geld probeer padgee het, sonder om hom te laat doodmaak, sou sy 'n klag van diefstal in die gesig gestaar het en sy weerwraak beleef. Sy het geen familie gehad om op terug te val nie, net 'n baie bejaarde ouma; haar pa het sy jare laas gesien.¹⁵⁰¹

¹⁴⁹⁸ *Muti* is medisyne, sien hierbo in hoofstuk 2. Dis 'n leenwoord uit Zoeloe/Sotho, ook *moetie* gespel.

¹⁴⁹⁹ *Ferreira* (2004)(HHA), paragraaf 26.

¹⁵⁰⁰ *Ibidem*, paragraaf 26.

¹⁵⁰¹ *Ibidem*, paragraaf 28.

Me. Vetten het getuig dat haar sielkundige en gedragspatrone ooreenstem met dié van soortgelyke gevallestudies hier en oorsee. Ook die feit dat sy nie self die moord gepleeg het nie, hou steek met die studies. Haar pogings om te ontsnap het dinge wat reeds sleg was, net vererger. Die moord was 'n desperate poging tot selfbehoud en om die bietjie liggaamlike en geestelike integriteit wat sy nog gehad het, te red.¹⁵⁰²

Die getuienis van me. Bhana en me. Vetten is gestaaf deur verwysings na internasionale literatuur oor navorsing, en die menings van spesialiste op die gebied van die frekwensie en die gevolge van omvattende mishandeling van vroulike saamblymaats.¹⁵⁰³ Die hof het hulle objektiwiteit en spesialis-kennis aanvaar.

Die verhoorregter het nogtans die bewering verwerp dat die beskuldigde nie daartoe in staat was om Parkman te verlaat sodat sy op so 'n manier die mishandeling kon stopsit nie en noem die moord 'n goedbeplande kontrakmoord.¹⁵⁰⁴ Hy het ook 'n negatiewe afleiding gemaak van die feit dat die beskuldigde nie self getuig het nie. Regter-President Howie verwerp dit. Die Staat het die mededelings van die beskuldigde aan die twee getuies wat in hul verslae vervat was, aanvaar en aangedui dat die beskuldigde self nie nodig gehad het om te getuig nie. Regter-President Howie het gesê dat 'n kontrakmoord in uitgewysde sake as 'n geweldig verswarende omstandigheid beskou word, maar voeg by dat die

¹⁵⁰² *Ferreira* (2004)(HHA), paragraaf 29.

¹⁵⁰³ *Ibidem*, paragraaf 30.

¹⁵⁰⁴ *Ibidem*, paragraaf 31.

afkeurenswaardigheid van die persoon wat die kontrak uitgegee het se optrede afhang van sy motief en die geestestoestand van daardie persoon. Hy is heeltemal oortuig deur die voorleggings van die twee getuies aangaande die gedokumenteerde gedragspatrone van misbruikte vroue wat hulle in dieselfde posisie bevind het in die grootste Engelsprekende jurisdiksies in die hele wêreld.¹⁵⁰⁵ Die Regter aanvaar dat die episode in die teenwoordigheid van die 15 arbeiders 'n ondraaglike vernedering vir die beskuldigde was. Daarby het gekom die dreigement dat hy swart mans sou kry om haar te verkrag, 'n dreigement wat hy herhaal het hy sou uitvoer as sy sou waag om hom te verlaat. Die Regter voeg by:¹⁵⁰⁶

'The crude utterances of the deceased, and the first appellant's reaction in that regard, point up the stark racial and cultural divides which permeated their social attitudes, all of which is discomfoting to read and recount but crucial to an understanding of her subjective state of mind.'

Die beskuldigde het gevrees, per Regter-President Howie, dat sy verkrag sou word as sy probeer weggaan, maar sou sy bly, sou sy ook enige tyd wat Parkman daarna voel, verkrag word. Aanhoudende mishandeling wat sy gelate verduur het, het verander in mishandeling van 'n graad en perversiteit waarmee sy nie kon saamleef nie.¹⁵⁰⁷ Haar besluit om te moor en daarvoor iemand te huur, is volkome in ooreenstemming met hoe mishandelde vroue optree, soos blyk uit die verduideliking van die twee getuies. Regter-President Howie maak dan 'n baie belangrike

¹⁵⁰⁵ *Ferreira* 2004)(HHA), paragraaf 35.

¹⁵⁰⁶ *Ibidem*, paragraaf 39.

¹⁵⁰⁷ *Ibidem*, paragraaf 39.

interpretasie van die evaluering van die saak, iets wat nog nooit vantevore in soortgelyke sake genoem is nie, sekerlik nie in Wiid en Campher se sake nie:¹⁵⁰⁸

'It is something which has to be judicially evaluated not from a male perspective or an objective perspective but by the court's placing itself as far as it can in the position of the woman concerned, with a fully detailed account of the abusive relationship and the assistance of expert evidence such as that given here. Only by judging the case on that basis can the offender's equality right under 9(1) of the Constitution be given proper effect.'

Appèlregter Marais maak sterk beswaar teen juis hierdie gedeelte van Regter-President Howie se uitspraak. Hy sê dat alle regters nog altyd hul bes probeer het om in die skoene van die beskuldigde te staan, hoe sleg hierdie skoene ook al gepas het.¹⁵⁰⁹ (Die skrywer voel genoop om hier by te voeg dat dit juis een van die argumente vir die afskaffing van die doodstraf was: dat die regters op die bank meestal in die voor-Grondwet-tydperk geleerde, hoër middelklas, middeljarige wit mans was wat hulle nie in die plek kon stel van die beskuldigde wat meestal of dikwels ongeletterde, laer inkomste of onder-die-broodlyn, jong swart mans of vroue was nie.) As dit waar is, sê Appèlregter Marais, dat "*men are not capable of stepping into the shoes of battered woman and of understanding the feelings of utter helplessness they often experience and what drives them to desperate measures such as killing their partners*", dan moet alle regters ophou om te doen wat hulle geslagte lank al doen, naamlik om te probeer om hulle in die plek te stel van die mense

¹⁵⁰⁸ *Ferreira* (2004)(HHA), paragraaf 40.

¹⁵⁰⁹ *Ibidem*, paragraaf 60.

wat voor hulle getuig: getuies, gedingvoerders en beskuldigdes. Howe het nog altyd, per Appèlregter Marais, alles moontlik in ag geneem: ouderdom, geslag, stadium van ontwikkeling, graad van opvoeding, gesondheidstoestand, lewenservaring, temperament en persoonlikheid -- die lys is eindeloos. Dit is die respekvolle submissie van die skrywer dat die regter nog verder moes gegaan het: Dis nie genoeg om in die skoene van daardie persone te staan nie, die regter moet empaties in die hart of siel van daardie vernielde vrou inklim. Dit sou 'n juiste interpretasie van haar posisie en motivering teweegbring.

Regter-President Howie sê voorts seksuele geweld en die dreigement van seksuele geweld dring deur tot die kern van die vrou se ondergeskiktheid in die gemeenskap. Dit is die enkele grootste bedreiging vir die selfbeskikking van Suid-Afrikaanse vrouens.¹⁵¹⁰ Dit beteken ook die eerbiediging van die misbruikte vroulike beskuldigde se grondwetlike regte van menswaardigheid, om vry te wees van geweld, en haar liggaamlike integriteit wat deur die misbruiker geskend is.¹⁵¹¹ (Die skrywer wil byvoeg dat artikel 13 van die Grondwet verbied dat enigiemand onderwerp word aan slawerny, knegskap of dwangarbeid. Die beskuldigde moes sonder enige betaling 4:15 in die oggend begin met haar dagtake wat die maak van stene ingesluit het. Sy moes staan as sy die oorledene aan tafel bedien en kon eers gaan slaap as sy hom klaar van kop tot toon bedien het. Dit het ingesluit sy badwater intap, kosmaak, klere versorg en regsit, sy motor daagliks was en stofsuig, vrugte pluk en verkoop. Maandae, Woensdae en Vrydae moes sy

¹⁵¹⁰ *Ferreira* (2994)(HHA), paragraaf 40.

vensters en mure was, Dinsdae en Donderdae moes die matte skoongemaak word. Al wat sy daarvoor ontvang het, was die twee snye brood, een teesakkie en twee lepels suiker wat hy vir haar uitgesit het voor hy in die môre vertrek het. As hy in die aand klaar geëet het, en daar was iets oor, kon sy dit eet. “Gaan slaap” het verder beteken dat sy aan sy seksuele behoeftes moes voldoen. Dis die mening van die skrywer dat dit alles nie anders geïnterpreteer kan word nie as dwangarbeid en slawerny.)

Dit is voorts die respekvolle submissie van die skrywer dat ‘n hof in hierdie land uiteindelik met *Ferreira* die lig gesien het en tot die hart van hierdie tipe probleem deurgedring het. Oplaas is daar ‘n sinvolle interpretasie gegee van nie net die harde feite nie, maar ook alle ander faktore. Dit sluit in sosiale, finansiële, morele en sielkundige aspekte en oorerflike of aangeleerde gedragsfunksies wat ‘n persoon “dwing” om ‘n daad te pleeg wat hy andersins sou kon vermy.

Die verdediging het aangevoer dat die Staat en die gemeenskap die beskuldigde gefaal het: die polisie is drie keer ingeroep en het net een keer gekom.¹⁵¹² Die beskuldigde het egter nooit regsadvies gesoek nie en ook nie probeer om ‘n interdik te kry nie. Sy kon nie onafhanklik rondbeweeg of bel nie. Die bure en ander se onvermoë/onwilligheid om haar te help is ongelukkig toe te skryf daaraan dat die mens ongeneë is om betrokke te raak, per Regter-President Howie.¹⁵¹³

¹⁵¹¹ *Ferreira* (2004) (HHA): die Regter haal aan uit *Carmichele* 2001 (4) SA 938 (CC), paragraaf 45.

¹⁵¹² *Ibidem*, paragraaf 42.

¹⁵¹³ *Ibidem*, paragraaf 42.

Drie uit die ander vier regters het met Regter-President Howie saamgestem, terwyl Appèlregter Marais 'n minderheidsuitspraak gelewer is. Die bekuldigde/appellant se vonnis word versag tot 6 jaar gevangenisstraf. Daarvan word die drie jaar wat sy nog nie uitgedien het nie, opgeskort: Die beskuldigde is dus onmiddellik vrygelaat.

Daar kan verwag word dat daar in die toekoms aandag gegee sal word aan ander vrouens wat om soortgelyke redes as Anieta Ferreira gevangenisstraf uitdien, en dat die hof voortaan deeglik gaan en moet kennis neem van hierdie uitspraak van die Appèlafdeling, of dit reeds gedoen het.¹⁵¹⁴ (Dit beteken nie dat alle regsgeleerdes gelukkig is met die uitspraak en interpretasieproses nie.)

Die verhoorhof was onwillig om te aanvaar dat Anieta Ferreira nie probeer wegkom het van haar misbruiker af nie (soos ook die geval was met die beskuldigde in *Campher*). Daar moet egter, benewens faktore soos totale finansiële afhanklikheid, die voortdurende hoop dat sake sal verbeter, 'n gebrek aan werkservaring en -vaardigheid of kwalifikasies, die vrees dat haar kinders benadeel sal word as sy “verdwyn”, en geen waarborg dat die geweld sal ophou as sy “ontsnap” nie, omdat hy haar telkens weer opspoor en teruglok (soos in *Ferreira* en *Campher*). Ook moet rekening

¹⁵¹⁴ Vergelyk die latere sake van *S v Engelbrecht 2005 IOL 13771 (W)* en *Steyn v S 2009 ZASCA 152*. Engelbrecht is oor jare verbaal, seksueel en andersins mishandel en verneder. Toe sy uiteindelik haar man (nadat hy ook haar kind aangerand het) tydens sy dronkenskap met 'n plastieksak versmoor en van die lyk probeer ontslae raak het, is sy weens moord met voorbedagte rade skuldig bevind, maar gevonnissen net tot die hof verdaag, nadat sy reeds byna twee jaar in polisieaangehou is. Dis eintlik erger as tronkaanhouding, met minder geriewe.

gehou word met die sogenaamde Stockholm-sindroom. In 1973 het bankrowers drie vrouens en 'n man ses dae lank gevange gehou. 'n Gedragstudie het getoon dat 'n traumatiese band (“bonding”) ontstaan tussen die gevangene en die gevangene. In sulke gyselaars-omstandighede is dit nie ongewoon nie dat die gyselaars toegeneë begin vole tot of bevriend raak met die gevangene(s), of selfs op hulle verlief raak. Vergelyk ook die *Patti Hearst*-geval in die VSA gedurende die sewentigerjare¹⁵¹⁵ waar Patti ontvoer is en uiteindelik saam met die ontvoerders banke beroof het. Verdere studies het sedertdien getoon dat dieselfde soort oorlewingstrategie voorkom in ander toestande wat 'n ooreenkoms toon met gyselaar-situasies, soos emosionele en seksuele misbruik-verhoudings, kultusorganisasies en konsentrasiekampe.¹⁵¹⁶

Die Stockholm-sindroom word voorafgegaan deur die volgende:

- die bewuswording van 'n bedreiging vir jou liggaamlike of geestelike oorlewing en die geloof dat die misbruiker/gevangene die dreigement kan en sal uitvoer;
- die waarneming van klein gunsies deur die misbruiker, insluitend die geloof dat jou lewe tot dusver gespaar is;
- isolasie van ander mense;
- die onvermoë om weg te kom (opsluiting of gebrek aan geld of ander middele).

Wanneer vrouens 'n lewe neem, toon statistiek dat hulle vir slegs 4% van moorde in Suid-Afrika verantwoordelik is, teenoor die 96% van mans.¹⁵¹⁷

¹⁵¹⁵ 4 Februarie 1974; www.fbi.gov. 25/7/2014.

¹⁵¹⁶ Behr M & Lund T: *Murder, will out – Fair Lady*, Mei 2004, p. 34.

¹⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 34.

In die Verenigde State van Amerika is die persentasie vir mans minder: 85%. En wanneer vrouens wel moord pleeg, is die slagoffers van 'n kwart van daardie moorde metgeselle wat hulle misbruik het. (In die Verenigde State van Amerika is die persentasie 90%).

Van die 186 vrouens wat in 2004, tydens die *Ferreira*-saak, vonnisse uitgedien het vir moord van misbruikers was 49 van die Wes-Kaap, 36 van die Oos-Kaap, 35 van Gauteng, 32 van Noord-Kaap en 22 van Kwazulu-Natal. Die Departement van Korrektiewe Dienste kon nie presies sê watter vonnisse hulle uitdien nie, net dat 38 van die 710 vroulike moordenaars lewenslange vonnisse uitdien. (In die Verenigde State van Amerika is die gemiddelde gevangenisstraf vir vrouens wat metgeselle vermoor het, 15 jaar. Vir mans wat hulle vrouens/metgeselle vermoor het, is die vonnis 2 tot 6 jaar).¹⁵¹⁸ Korrektiewe dienste kon ook nie sê hoeveel van hulle eerste oortreders was nie. Die enigste beskikbare statistiek is dat byna 84% van alle vroulike moordenaars eerste oortreders is. Syfers vir mans wat gevangenisstraf uitdien vir moord op vrouens/metgeselle is ook nie beskikbaar nie. Dit is egter duidelik dat baie meer mans gevangenisstraf uitdien vir moord as vrouens: 18841 vergeleke met 710, 'n verbysterende 96%.¹⁵¹⁹

Hoe regverdig was die optrede van die 186 vrouens wat hulle tot die uiterste maatreël gewend het? Beperkte statistiek toon dat vrouens die grootste gevaar loop om vermoor te word as hulle aan hulle omstandighede probeer ontsnap -- die houding van "as ek jou nie kan kry nie, sal

¹⁵¹⁸ Behr M en Lund T: *Op. cit.*, p. 34.

niemand jou kry nie.” In slegs Gauteng alleen word daar elke sesde dag ‘n vrou deur haar intieme metgesel vermoor.¹⁵²⁰ Dis uiters belangrik om dit te onthou as daar afleidings gemaak word uit die onvermoë van Anieta Ferreira om pad te gee in plaas van haar misbruiker te laat vermoor.

Menseregte-regsverteenwoordigers is van mening dat die *Ferreira*-saak gronde bied daarvoor dat selfverdediging vir vrouens in verhoudings waar hulle mishandel word, opnuut gedefinieer en geïnterpreteer moet word. ‘n Vrou kan haarself nie verdedig teen ‘n man wat haar fisies bedreig nie. Dit word gestaaf deur deskundige getuienis in ‘n waterskeidingsaak in Kanada, naamlik *R v Lavallee*,¹⁵²¹ per Regter Wilson:

‘I do not think it is an unwarranted generalisation to say that due to their size, strength, socialisation and lack of training, women are typically no match for men in hand-to-hand combat. The requirement that a battered woman should wait until the physical assault is “under way” before her apprehensions can be validated in law would, in the words of an American court, be tantamount to sentencing her to “murder by instalment” ...I share the view that “society gains nothing, except the additional risk that the battered woman will herself be killed, because she must wait until her abuser instigates another battering episode before she can justifiably act.” ‘

Kragtens artikel 39(c) van die Grondwet kan ‘n hof, tribunaal of forum by die uitleg van die Handves van Regte *buitelandse reg* (die skrywer se kursivering) in ag neem. Dit is dus volkome geregverdig vir ons howe om hulle te laat lei

¹⁵¹⁹ *Behr M en Lund T*: Op. cit., p. 34.

¹⁵²⁰ *Ibidem*, p. 34.

¹⁵²¹ 1990 1 SCR 852 SCC (Canada), p. 126; *Osland v The Queen* 1998 HCA 75 (10 Desember 1998) (Australia).

deur uitsprake van howe soos hierbo aangehaal, in lande met die waardes van 'n oop en demokratiese samelewing gebaseer op menswaardigheid, gelykheid en vryheid, ingevolge artikel 39(1)(a).

Die interpretasieproses deur ons howe wat betref die rol van die gevoelslewe en reaksie op mishandeling/treitering deur huweliksmaats of saamwoonmaats en tot watter uiterstes so 'n persoon gedryf kan word voordat hy knak, het maar pas begin. Ook die ware betekenis van "knak" en die aanvaarbare of onaanvaarbare gevolge daarvan, sal nog duidelik deur die hof geformuleer moet word. Die gevaar bestaan aan die ander kant ook dat mishandeling as sodanig as 'n "lisensie om dood te maak" beskou kan word. Omdat regte wat in die Grondwet gewaarborg is, soos hierbo aangestip, van toepassing is, sal ook die Konstitusionele Hof, benewens die Appèlafdeling, hom onomwonde oor hierdie komplekse aangeleentheid moet uitlaat, sodat absolute regsekerheid verkry kan word.

HOOFSTUK 10

DIE STAAT SE VERPLIGTING TEENOOR DIE INDIVIDU (DIE ENGELSREGTELIKE “DUTY OF CARE”)

- Soos hierbo beteken die verwysing na *hy/sy* steeds ook *sy/haar*, sodat geeneen van die geslagte uitgesluit word nie.
- ‘n Verwysing na die *Grondwet* is steeds die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, Wet 108 van 1996, tensy anders aangedui.

10.1. INLEIDING

Met verloop van eeue het die staat van die individu se regte (soos om eiereg te gebruik om homself en sy eiendom te beskerm) “oorgeneem” in ruil vir die verpligting aan staatskant om die individu te beskerm. Later is polisiemagte deur gemeenskappe op die been gebring om die beskermingstaak op ‘n vaste grondslag te organiseer. Hierdie gemeenregtelike posisie waar die individu sy regte aan die staat oorgedra het, moes egter ook deur die jare ontwikkel om aan te pas by die eise van die tyd. Veral ná die inwerkingtreding van die Grondwet moes die howe in Suid-Afrika besondere aandag begin skenk aan die interpretasie of herinterpretasie van ‘n hele aantal begrippe.

10.1.1. Die handelingsvereiste is een van die elemente van ‘n misdaad hierbo in paragraaf 7.2 bespreek. Die woord “handeling” verwys normaalweg na iemand se “doen en late”. Streng gesproke kan die woord “handeling” in sy eng betekenis nie as sinoniem gebruik word vir

“doen en late” nie, want in die algemene spreektaal is ‘n “late” juis die teenoorgestelde van ‘n “doen/daad” of ‘n “handeling”.¹⁵²² In die strafregterminologie kan “handeling” egter nie gelykgestel word aan die betekenis wat dit in die alledaagse spreektaal het nie. Dit moet hier aangewend word as ‘n tegniese vakterm¹⁵²³ wat wyd genoeg is om sowel ‘n doen as ‘n late te behels. As alternatief kan “gedrag” gebruik word as ‘n algemene term wat sowel ‘n doen as ‘n late insluit. Die reg is nie ‘n natuurwetenskap nie,¹⁵²⁴ maar ‘n normatiewe wetenskap, en die begrip kan uiteraard in sekere omstandighede ‘n versuim om aktief op te tree, insluit.

Dit geld vir sowel ‘n misdad as ‘n delik, met ander woorde ‘n handeling/gedrag wat ‘n private of individuele belang aantast, waarvoor die benadeelde vergoeding kan ontvang na aanleiding van die doen of late van die persoon wat die onregmatige daad gepleeg het. ‘n Late of ‘n versuim staan bekend as ‘n *omissio*.¹⁵²⁵

10.1.2. Uitdruklike of onuitdruklike omissie(mis)dade.

Snyman¹⁵²⁶ onderskei tussen uitdruklike en onuitdruklike omissie-misdade. By eersgenoemde is daar, soos blyk uit die benaming, in ‘n wet of die gemenerereg ‘n uitdruklike gebod om positief op te tree. So bepaal

¹⁵²² Snyman CR: *Op. cit.*, (4de uitgawe) p 51.

¹⁵²³ *Ibidem*, p. 51.

¹⁵²⁴ *Ibidem*, p. 53.

¹⁵²⁵ *Ibidem*, p. 57.

¹⁵²⁶ *Ibidem*, p. 58.

die *Nasionale Padverkeerswet*¹⁵²⁷ byvoorbeeld dat die bestuurder van 'n motorvoertuig wat in 'n ongeluk betrokke was, moet stilhou, hulp aan beseerdes verleen en die ongeluk by die polisie moet aanmeld.¹⁵²⁸ Wat die deliktereg betref, kan as voorbeeld gebruik word dat die polisie slegs 'n vuurwapenlisensie waarvoor kragtens artikel 3(1) van die *Vuurwapen- en Ammunisiewet*¹⁵²⁹ aansoek gedoen word, mag goedkeur nadat die aansoeker ingevolge paragraaf 10 van vorm SAP 286 ondersoek is ten opsigte van karakter, fisiese en emosionele geskiktheid. Versuim om te voldoen aan die voorgeskrewe vereistes, kom dan neer op 'n oortreding – strafregtelik¹⁵³⁰ of deliktueel, na gelang van die omstandighede. In die geval van 'n misdaad is dit normaalweg betreklik maklik om vas te stel of die oortreder hom skuldig gemaak het aan die betrokke misdaad. Die gebodsnorm is uitdruklik geskep en 'n uitgerekte interpretasieproses wat ruimte bied vir groot meningsverskille is nie nodig nie.¹⁵³¹ Die hof moet net vasstel of die gebod op die vermeende oortreder van toepassing was en of hy nagelaat het om dit na te kom.

Die onuitdruklike omissie(mis)dade dui nie op 'n gebodsnorm nie, maar op 'n verbodsnorm.¹⁵³² Dit is juis by die omissie-delikte dat dit moeilik is om te bepaal of daar sprake is van 'n late waarvoor daar vergoed moet word.¹⁵³³ Daar is nie vooraf 'n regsplig om aktief op te tree geskep nie,

¹⁵²⁷ Wet 93 van 1996, artikel 61.

¹⁵²⁸ Snyman CR: *Op. cit.* (4de uitgawe), p. 58.

¹⁵²⁹ Wet 75 van 1969.

¹⁵³⁰ 'n Lid van die SAPD kan byvoorbeeld dissiplinêr vervolgd word en persoonlik gestraf word.

¹⁵³¹ Snyman CR: *Op. cit.* (4de uitgawe), p. 59.

¹⁵³² *Ibidem*, p. 59.

¹⁵³³ *Ibidem*, p. 58.

daarom moet die norme wat 'n rol speel, eers uitgelê word.¹⁵³⁴ Die hof moet dus self besluit (deur middel van 'n interpretasieproses) of daar 'n regsplig bestaan het waarvolgens die beweerde pleger van die delik aktief moes opgetree het.¹⁵³⁵

10.1.3. Regsplig om positief op te tree.

'n Late is slegs strafbaar waar daar 'n regsplig bestaan om positief op te tree. (Dit is nie noodwendig sinoniem met 'n morele plig nie).¹⁵³⁶ 'n Late of versuim beteken "nalaat om aktief op te tree in omstandighede waar daar 'n regsplig bestaan om aktief op te tree".¹⁵³⁷ As riglyn geld die aanname dat daar so 'n regsplig bestaan indien daar volgens die gemeenskap se regsoortuiging wel so 'n plig is.

In ons reg het reeds 'n aantal situasies uitgekristalliseer waar daar wel 'n regsplig bestaan om positief op te tree. Dit is egter nie 'n *numerus clausus* nie. Snyman¹⁵³⁸ noem die volgende situasies: 'n Wet of die gemene reg lê so 'n plig op (om inkomstebelasting te betaal of dade van hoogverraad aan te meld, onderskeidelik); 'n hofbevel (soos die nakoming van 'n interdik); 'n ooreenkoms (soos in *Pitwood*¹⁵³⁹ waar iemand betaal is om 'n hek by 'n spoorwegoorgang toe te maak ten einde ongelukke te voorkom); die aanvaarding van beheer oor 'n gevaarlike

¹⁵³⁴ Snyman CR: *Op. cit.*, p. 59.

¹⁵³⁵ *Ibidem*, p. 59.

¹⁵³⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹⁵³⁷ *Ibidem*, p. 59.

¹⁵³⁸ *Ibidem*, p. 60-61.

¹⁵³⁹ 1902 19 TLR 37.

voorwerp (*Fernandez*¹⁵⁴⁰ waar 'n bobbejaan uit 'n onveilige hok ontsnap en 'n kind doodgebyt het); vorige positiewe optrede (die nalaat om 'n piekniekvuur wat jy aan die brand gestee het behoorlik te blus);¹⁵⁴¹ die feit dat iemand in 'n beskermende verhouding teenoor iemand staan ('n lewensredder of veiligheidsbeampte by 'n strandoord);¹⁵⁴² die feit dat iemand 'n sekere amp beklee, byvoorbeeld 'n mediese dokter of polisiebeampte,¹⁵⁴³ soos in die *Ewels*-saak¹⁵⁴⁴ hieronder bespreek.

Vir die doeleindes van hierdie studie is veral die laaste twee situasies van belang. Met verloop van tyd het 'n aantal hofsake die bestaan al dan nie van so 'n regsplig belig. Die volgende sake word onder die loep geneem en die verskillende interpretasies word bespreek, onder andere sekere omstandighede van situasies wat dieselfde raakpunt het, naamlik die regsplig al dan nie van die staat/polisie teenoor die landsburger:

Ewels,¹⁵⁴⁵ *Kadir*,¹⁵⁴⁶ *Mpongwana*,¹⁵⁴⁷ *Dersley*,¹⁵⁴⁸ *Van Eeden*,¹⁵⁴⁹ *Duivenboden*,¹⁵⁵⁰ *Carmichele*,¹⁵⁵¹ *Hamilton*.¹⁵⁵² Dit gaan hier nie om 'n deliktuele of administratiewe verpligting waar die staat en die landsburger

¹⁵⁴⁰ 1966 (2) SA 259 (A),

¹⁵⁴¹ D 9.2.27.9, aangehaal deur Snyman CR: *Op. cit.* (4de uitgawe), p. 61.

¹⁵⁴² Snyman CR: *Op. cit.*, (4de uitgawe), p. 60.

¹⁵⁴³ *Ibidem*, p. 61.

¹⁵⁴⁴ *Minister van Polisie v Ewels* 1975 (3) SA 590 (A).

¹⁵⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁴⁶ 1995 (1) SA 303 (A).

¹⁵⁴⁷ 1999 (2) SA 794 (C).

¹⁵⁴⁸ 2001 (1) SA 1047 (T).

¹⁵⁴⁹ 2001 (4) SA 646 (T).

¹⁵⁵⁰ *Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Van Duivenboden* 2002 (6) SA 431 (SCA).

¹⁵⁵¹ 2001 (10) BCLR 995 (CC).

¹⁵⁵² [2003] (4) All SA 117 (SCA) 26 September 2003.

op “privaatregtelike” gebied teenoor mekaar te staan kom nie, soos waar ‘n privaatpersoon ‘n geoorloofde piekniekvuur op staatsgrond buite beheer laat raak en ‘n aangeplante bos afbrand. Dit gaan hier om die regsplig wat by die staat ontstaan het as gevolg van ‘n vorige positiewe optrede. Uit hierdie sake sal die omstandighede duidelik blyk, byvoorbeeld waar die staat ‘n verhoorafwagting op ‘n klag van ‘n misdadige soos verkragting borgtog toestaan, teen alle waarskuwings en gevaartekens in, en dan pleeg die beskuldigde op vrye voet ‘n soortgelyke of selfs erger misdadige. Of die polisie keur die toestaan van ‘n vuurwapenlisensie goed aan iemand wie se persoonlike omstandighede en psigiatrisiese geskiedenis hulle op uiters nalatige wyse glad nie nagaan nie, en die persoon skiet ‘n aantal mense, van wie een se beserings baie ernstig is.

Die skrywer wil in hierdie stadium daarop wys dat, by bepaling van aanspreeklikheid vir nalatigheid, die howe dikwels gebruik maak van die Engelsregtelike begrip *duty of care*.¹⁵⁵³ Hiervolgens bestaan daar so ‘n plig wanneer ‘n verweerder redelikerwys kon voorsien het dat sy handeling skade vir die eiser sou kon berokken, en aanspreeklikheid ontstaan indien daar ‘n verbreking van die plig is. Dit beteken dus dat hy in gebreke bly om te doen wat die redelike persoon sou gedoen het om te vermy dat ‘n ander persoon skade berokken word. Dit bring ‘n mens presies uit by die toets vir nalatigheid, wat baie eenvoudiger is en nie naastenby so omslagtig soos die *duty of care* nie.¹⁵⁵⁴ Hosten *et al* is derhalwe van mening dat dit nie net om hierdie rede verwerp moet word nie, maar ook omdat dit vreemd is aan die Romeins-Hollandse Reg en

¹⁵⁵³ Hosten WJ *et al*: *Op. cit.*, p. 507.

omdat dit die elemente van onregmatigheid en skuld verwar, in die opsig dat die nie-nakoming van 'n plig (wat normaalweg die toets vir wederregtelikheid sou wees) as die maatstaf vir onregmatigheid sowel as skuld gebruik word.¹⁵⁵⁵ Van der Merwe en Olivier asook Price verwerp die gebruik van *duty of care*, terwyl McKerron dit verdedig,¹⁵⁵⁶ soos dit onder andere in *Cape Town Municipality v Paine*¹⁵⁵⁷ aanvaar word. In hoofstuk 3 hierbo is reeds na die onnodige oornam van die Engelsregtelike benaming en werkswyse verwys.

10.2 CARMICHELE EN VERWANTE SAKE:

Skrywer wil dit net weer stel dat, alhoewel hier sprake is van onregmatige daade, dit nie gaan om suiwer deliktuele handeling nie, soos van een individu teenoor 'n ander. Die staat/polisie as die uitvoerende gesag of staatsarm is hier betrokke. Die vraag ontstaan telkens in watter mate die staat die eiser moet vergoed omdat die belange van die eiser verwaarloos is. Die staat verteenwoordig nie 'n spesifieke persoon nie, maar is aanspreeklik namens sy werknemers, en kan slegs deur middel van 'n skadevergoedingsbedrag "gestraf" word. Die eiser/individu stel dus 'n eis in teen die staat en nie 'n ander individu nie, sodat dit nie onder die privaatreg ressorteer nie.

10.2.1. Ewels, supra (1975)

¹⁵⁵⁴ Hosten WJ et al: *Op. cit.*, p. 507.

¹⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 507.

¹⁵⁵⁶ Van der Merwe NJ en Olivier PJJ: *Die onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg*, p.128; Price TW 1949 SALJ 171; Mc Kerron RG 1952 SALJ 189, voetnoot 126; Hosten WJ et al: *Op. cit* p.507.

¹⁵⁵⁷ 1923 AD 207.

Hierdie saak was die eerste van 'n reeks waarin die Minister van Polisie (daarna Wet en Orde en later Veiligheid en Sekuriteit, en oplaas tydens die skrywe van hierdie studie in 2014/2015 weer die Minister van Polisie) om vergoeding aangespreek is op grond van die versuim tot optrede van die polisie wat gelei het tot deliktuele aanspreeklikheid.

Die saak het in die Appèlafdeling voorgekom. In 'n eenparige beslissing het Hoofregter Rumpff die uitspraak gelewer. 'n Sekere Ewels is by 'n kafee in Umtata, nou Mthata, deur 'n polisiekonstabel, Barnard, en daarna by die polisiestasie aangerand, eers in die portaal voor die oop deur van die aanklagtekantoor (tans die gemeenskapsdienssentrum) en daarna op die trap. Tydens die aanranding het ander polisiebeamptes diens gedoen en die polisiekantoor beheer, naamlik sersant Wood, konstabels Nel en Hattingh en nog ander konstabels. Ewels het beweer dat hierdie polisielede aan diens was en opgetree het in die loop van hul diens, en dat hulle nalatig was deurdat hulle versuim het om Barnard te verhinder om hom aan te rand of om hom teen aanranding deur Barnard te beskerm. Al die polisielede was bewus van die aanranding. Woods het deur die portaal geloop en Hattingh het uit die kantoor gestap.

Digesta 9.2.44.1¹⁵⁵⁸ verwys reeds na die verantwoordelikheid van die eienaar van 'n slaaf wat iemand se dood of 'n besering veroorsaak, indien die handeling van die slaaf met die kennis van die eienaar plaasvind. Kennis word as toestemming geag, en hy wat die aantasting van 'n ander kan verhinder en dit nie doen nie, is aanspreeklik. Dit gaan hier oor die

¹⁵⁵⁸ *Minister van Polisie v Ewels* supra, 1975 (A), p. 595.

aanspreeklikheid van 'n persoon ten opsigte van die handeling van 'n ander waarvoor eersgenoemde bekeer het. Die Hof *a quo* het bevind dat die rang van sersant Wood die nodige beheervermoë oor Barnard aandui en omdat Wood versuim het om teenoor Barnard op te tree, is die verweerder, die Minister van Polisie, aanspreeklik. Trouens, al die polisielede in die kantoor het die funksie gehad om, ooreenkomstig die bepaling van artikel 5 van die *Polisiewet*,¹⁵⁵⁹ onder andere misdaad te voorkom, en die Hof *a quo* het bevind die woord “werkzaamhede” is sinoniem met “pligte”. Artikel 5 van die betrokke wet wat handel oor die werkzaamhede van die Polisie lui soos volg:

- (a) die bewaring van die binnelandse veiligheid van die Republiek;
- (b) die handhawing van wet en orde;
- (c) die ondersoek van enige misdryf of beweerde misdryf; en
- (d) die voorkoming van misdaad.

Hoofregter Rumpff wys daarop dat, indien die bedoeling van die wetgewer, soos blyk uit die *Polisiewet*, in aanmerking geneem word, daar nie gesê kan word dat 'n nie-nakoming van die bepaling van artikel 5 noodwendig 'n statutêre siviele aanspreeklikheid beteken nie. Die bedoeling van artikel 5 is om in breë trekke die aard van die werkzaamhede van die polisie aan te dui. Nêrens in die wet blyk dit dat die bedoeling is dat die blote nie-nakoming deur 'n polisiebeampte om 'n bepaalde misdaad te voorkom of te ondersoek, 'n statutêre deliktuele onregmatigheid skep nie. Die teendeel blyk uit artikel 32 wat oor verjaring handel en bepaal dat “enige siviele geding teen die Staat of 'n persoon

¹⁵⁵⁹ Wet 7 van 1958.

ten opsigte van enigiets uit hoofde van hierdie Wet gedoen” ingestel moet word binne ses maande nadat die eisorsaak ontstaan het. In daardie stadium het die vraagstuk van ‘n late as deliktuele onregmatige gedrag reeds in ‘n aantal sake na vore gekom: *Silva’s Fishing Corporation (Pty) Ltd*,¹⁵⁶⁰ *Regal v Superslate (Pty) Ltd*,¹⁵⁶¹ *Minister of Forestry v Quathlamba (Pty) Ltd*,¹⁵⁶² waarin as uitgangspunt aanvaar is dat daar oor die algemeen geen regsplig op ‘n persoon rus om te verhinder dat iemand anders skade ly nie, al sou so ‘n persoon maklik kon verhinder dat die skade gely word en al sou van so ‘n persoon verwag kon word, op suiwer morele gronde, dat hy daadwerklik optree om die skade te verhinder. Nogtans rus daar in sekere omstandighede ‘n regsplig op ‘n persoon om te verhinder dat iemand anders skade ly. As hy versuim om daardie plig uit te voer, ontstaan daar ‘n onregmatige late wat aanleiding kan gee tot ‘n eis om skadevergoeding. ‘n Sekere voorafgaande gedraging of die beheer oor eiendom mag ‘n faktor wees in die totaal van omstandighede van ‘n bepaalde geval waarvan onregmatigheid afgelei word, maar is nie ‘n noodwendige onregmatigheidsvereiste nie. Hoogregter Rumpff sê voorts:¹⁵⁶³

‘(d)it skyn of dié stadium van ontwikkeling bereik is waarin ‘n late as onregmatige gedrag beskou word ook wanneer die omstandighede van die geval van so ‘n aard is dat die late nie alleen morele verontwaardiging ontlok nie, maar ook dat die regsoortuiging van die gemeenskap verlang dat die late as onregmatig beskou behoort te word en dat die gelede skade vergoed behoort te word deur die persoon wat nagelaat het om daadwerklik

¹⁵⁶⁰ 1957 (2) SA 256 (A), p. 263.

¹⁵⁶¹ 1963 (1) SA 102 (A), p. 109, 121.

¹⁵⁶² 1973 (3) SA 69 (A).

¹⁵⁶³ *Minister van Polisie v Ewels* 1975 (3) SA 590 (A), p. 597.

op te tree. Om te bepaal of daar onregmatigheid is, gaan dit, in 'n gegewe geval van late, dus nie oor die gebruikelike "nalatigheid" van die *bonus paterfamilias* nie, maar oor die vraag of, na aanleiding van al die feite, daar 'n regsplig was om redelik op te tree.'

Appèlregter Rumpff haal die *Silva*-saak (*supra*) aan waar gesê word die Hof moet in elke saak beslis of die omstandighede sodanig is/was dat daar 'n regsplig ontstaan het. 'n Beskermingsplig sou 'n regsplig kan verteenwoordig, afhangende van die feite. Die gewone burger gaan na die polisiekantoor waar die polisie in beheer is, om onder andere 'n klag te gaan lê. Kragtens artikel 5 van die *Polisiewet*¹⁵⁶⁴ is een van die werksaamhede van die polisie die voorkoming van misdaad. Vir die gewone burger sou daar tussen hom en die diensdoende polisiebeampte 'n ander verhouding bestaan as tussen hom en 'n belangelose vreemde. Wat misdaad betref, is die polisiebeampte nie net afskrikker en opspoorder nie, maar ook beskermer. Die polisiebeamptes wat die aanval op Ewels gesien het, kon moontlik, selfs maklik, die aanval voorkom of stopgesit het. Bykomend het Wood gesag gevoer oor Barnard, maar in beginsel sou die posisie dieselfde gewees het as die aanrander nie 'n polisiebeampte was nie. Die Hof bevind dat die plig van die polisiebeamptes om Ewels te hulp te kom, 'n regsplig was, omdat dit 'n versuim was waartydens die polisiebeamptes aan diens was.¹⁵⁶⁵ Derhalwe is die Minister van Polisie aanspreeklik. Die polisiebeamptes behoort te voorsien het dat hulle die eiser skade sou laat ly en hulle het versuim om skade te verhoed deur redelike optrede.

¹⁵⁶⁴ Wet 7 van 1958.

¹⁵⁶⁵ *Ewels, supra* (1975)(A), p. 597.

10.2.2. *Kadir, supra* (1995)

Die eiser het beserings opgedoen toe hy met sy voertuig uitgeswaai het om nie oor die bondel klere wat van die voertuig voor hom afgeval het, te ry nie. Daarna het hy beheer oor sy voertuig verloor. Aangesien daar geen kontak was tussen die voertuie of die bondel nie, kon 'n eis teen die *Padongelukkefonds*¹⁵⁶⁶ net ingestel word as die bestuurder of eienaar van die ander voertuig geïdentifiseer kon word. Dit kon nie gedoen word nie, aangesien die polisiebeamptes wat die toneel net na die ongeluk besoek het om ondersoek in te stel terwyl die bestuurder omgedraai het om die bondel klere te kom optel, versuim het om inligting rakende die bestuurder of die betrokke voertuig te verkry. Die eiser het beweer dat dit neerkom op 'n versuim van 'n regsplig wat die polisie teenoor die eiser moes nakom.

Die Hof neem die beslissing in *Ewels* in ag, wat sedertdien die aanvaarde norm geword het om die onregmatigheid van 'n late te bepaal vir deliktuele aksies vir skadevergoeding. Dit is onder andere gevolg in *Bayer South Africa (Pty) Ltd v Frost*¹⁵⁶⁷ en *Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk.*¹⁵⁶⁸ In laasgenoemde saak het Hoofregter Rumpff met goedkeuring aangehaal uit Fleming:¹⁵⁶⁹

‘ In short, recognition of a duty of care is the outcome of a value judgment, that the plaintiff’s invaded interest is deemed worthy of legal protection against negligent interference by conduct of the kind alleged against the

¹⁵⁶⁶ Wet 93 van 1989.

¹⁵⁶⁷ 1991 (4) SA 559 (A), p. 570E-F.

¹⁵⁶⁸ 1979 (3) SA 824 (A), p. 833, 834.

¹⁵⁶⁹ *The Law of Torts* (4de uitgawe), p. 136.

defendant. In the decision whether or not there is a duty, many factors interplay: the hand of history, our ideas of morals and justice, the convenience of administering the rule and our social ideas as to where the loss should fall. Hence, the incidence and extent of duties are liable to adjustment in the light of the constant shifts and changes in community attitudes.'

Ook Corbett sê 1987 in 'n lesing¹⁵⁷⁰ beleidsoorwegings en waardeoordele *“shape and, at times, refashion the common law [and] must reflect the wishes, often unspoken, and the perceptions, often dimly discerned, of the people.”*

Corbett vervolg:

'A community has certain common values and norms. These are in part a heritage from the past. To some extent too they are the product of the influence of other communities, of the interaction which takes place between peoples in all spheres of human activity; of the sayings and writings of philosophers, the thinkers, the leaders, which have universal human appeal; of the living example which other societies provide. It is these values and norms that the Judge must apply in making his decision. And in doing so, he must become “the living voice of the people”; he must “know us better than we know ourselves”; he must interpret society to itself. In the process, the Judge would no doubt be influenced by concepts of natural law, by international law norms and by the way in which the particular problem is handled in other comparable systems of jurisprudence. He would draw upon his knowledge and experience gained as an educated, responsible, dedicated and enlightened member of society, upon the contact with and insight into his fellow humans which his professional career has given him; and he would draw upon his continuing perceptions of the attitudes of the community around him.'

Nie net die belange van die betrokke partye moet oorweeg word nie, maar

¹⁵⁷⁰ Corbett MM: 52 SALJ 104: *Aspects of the Role of Policy in the Evolution of Common Law.*

ook die botsende belange van die gemeenskap, om sodoende vas te stel wat die samelewing se siening is van wat presies geregtigheid behels.

Daar is 'n groot verskil tussen die *Ewels*-saak en dié van *Kadir*. Die late van die polisie in *Ewels* kan direk verbind word aan hulle statutêre plig kragtens artikel 5(d) van die destydse *Polisiewet (supra)*, betreffende die voorkoming van misdaad. Appèlregter Hefer sê in *Kadir* dat die polisie se gebrek aan besorgdheid tydens die aanranding van *Ewels* só skokkend was, dat die hoogste graad van verontwaardiging ongetwyfeld by die gemeenskap sou ontstaan het. Vergeleke daarmee, “the omission in the present case pales into insignificance despite its consequences to the plaintiff.” Die klag is nie dat die polisiebeamptes nagelaat het om die voorval te ondersoek nie, of dat hulle nie inligting verkry het oor die bestuurder van die voertuig waarvandaan die bondel klere afgeval het nie, maar dat hulle dit nie neergeskryf het nie.

Die Polisie diens is egter in die eerste instansie 'n staatsorgaan wat wet en orde moet handhaaf, misdaad moet voorkom en ondersoek, met die doel om misdadigers voor die gereg te bring. In die loop van hulle ondersoek win hulle dikwels inligting in wat tersaaklik is vir siviele sake. Die doel van hulle ondersoek is klaarblyklik nie om die partye in siviele sake van nuttige inligting te voorsien nie, en 'n voornemende litigant het ook nie die reg om 'n polisie-ondersoek te eis met die oog op die verskaffing van sodanige inligting nie. Hulle moet tevrede wees met wat die polisie aanbied en nie op meer aandring nie. Die gemeenskap moet beseft dat die polisie diens rakende motorongelukke beskou moet word as “*exceptional duties falling outside the meaning of the term ‘police duties’*”

as *ordinarily understood*,”¹⁵⁷¹ en dat hierdie selfopgelegde pligte beeindig of ingekort sal word as die Howe die polisie begin penaliseer vir “less than perfect performance”. Die gemeenskap sal sekerlik nie die late van die polisie om ‘n insleepvoertuig te laat kom in dieselfde lig sien as om ‘n ambulans te ontbied of hulp te verleen aan ‘n vasgekeerde in ‘n motorwrak nie. Die gemeenskap vereis nie dat elke *omissio* as onregmatig gebrandmerk moet word en dat die persoon wat versuim het om op te tree, persoonlik vir die verlies wat gely is, aanspreeklik gehou moet word nie.

Gevolgtik het die polisie in *Kadir* nie ‘n regsplig teenoor die eiser gehad nie. Indien hulle aanspreeklik gehou sou word, sou dit “too great a burden” op die polisie plaas, vergelyk *Hill v Chief Constable of West Yorkshire*,¹⁵⁷² of daar sou sprake wees van ‘n onaanvaarbare “oewerlose aanspreeklikheid” in die woorde van Hoofregter Rumpff (*Administrateur, Natal, supra*).

10.2.3. Mpongwana, supra (1999)

Die eiseres was ‘n passasier in ‘n minibus-taxi wat aan die Cata-vereniging behoort het. Skote is vanaf ‘n Codeta-taxi (‘n groep wat sterk met Cata meegeding het) geskiet, en die eiseres is getref sodat sy só ernstig beseer is dat sy in die onderlyf verlam is. Wie die skoot afgevuur het, kon nie vasgestel word nie. Sy stel dus ‘n eis in teen die Minister van Veiligheid en Sekuriteit, verantwoordelik vir die polisie. Die eis vir skadevergoeding beloop ongeveer R2,9 miljoen.

¹⁵⁷¹ *Dease v Minister of Justice* 1962 (3) SA 215 (T), p. 218B-C.

Die eiseres beweer nie dat 'n polisiebeampte die skoot afgevuur het nie, maar haar eis berus op die feit dat, in die omstandighede wat op die betrokke dag geheers het, die polisie 'n regsplig gehad het om die beserings wat sy opgedoen het, te voorkom; die polisie was nalatig deurdat hulle dit nie voorkom het nie. Indien hulle die regsplig nagekom het, sou sy nie die besering opgedoen het nie.

Regter Comrie gee die besonderhede soos uiteengesit in die eis weer: Lede en ondersteuners van Codeta was op 30 Oktober 1996 in 'n konvooi onderweg vanaf Kaapstad na Khayelitsha. In die omgewing van Langa is daar skote gevuur op 'n Cata-taxi. Die skietvoorval is voorafgegaan deur verskeie voorvalle van geweld tussen lede en ondersteuners van die twee taxi-verenigings wat met mekaar in 'n stryd betrokke was met betrekking tot die benutting van taxi-roetes deur hul lede in die Kaapse Skiereiland. Voordat die skietvoorval plaasgevind het, het die Codeta-taxis by die Kaapstad-spoorwegstasie byeengekom en vandaar in 'n konvooi vertrek in die rigting van Khayelitsha met die N2-nasionale pad. Lede en ondersteuners van Codeta was insittendes.

Ten tye van die byeenkoms van die Codeta-taxis te Kaapstad was lede van die Suid-Afrikaanse Polisie diens teenwoordig, en hulle het later die konvooi Codeta-taxis toegelaat om vanaf Kaapstad-stasie te vertrek. Sommige polisiebeamptes het ook die konvooi vergesel op die N2 vanaf die Kaapstad-stasie in die rigting van Khayelitsha. Hierdie lede van die

¹⁵⁷² [1987] 1 All ER 1173, die sogenaamde *Yorkshire Ripper*-saak.

Suid-Afrikaanse polisie diens was bewus daarvan dat:

- * Verskeie voorvalle van geweld (met inbegrip van die gebruik van vuurwapens) toe reeds tussen lede en ondersteuners van Codeta en Cata plaasgevind het.
- * Die toestand op 30 Oktober 1996 gespanne was en moontlik tot geweld kon lei.
- * Dit moontlik was dat daar vuurwapens in/op die Codeta-taxis kon wees.
- * Cata- en Codeta-taxis mekaar op die roete Kaapstad/Khyelitsha kon teëkom.

Die polisiebeamptes het te alle tye opgetree in die uitvoering van hul pligte in die loop van hulle dienslewering in die Suid-Afrikaanse Polisie diens en het 'n regsplig teenoor die eiseres en alle lede van die publiek gehad om hul veiligheid en sekuriteit te verseker.

Voorts beweer die eiseres die lede van die Suid-Afrikaanse Polisie diens het op onregmatige en nalatige wyse versuim om hierdie regsplig na te kom, omdat hulle nie verhoed het dat die Codeta-taxis in 'n konvooi reis nie, wel wetende dat die insittendes gewapen was, en/of nie die taxis sorgvuldig deursoek het om op vuurwapens beslag te lê nie/te verhoed dat gewapende persone of vuurwapens deel van die konvooi uitmaak nie. Hulle het verder versuim om die Cata-taxis te waarsku dat 'n Codeta-konvooi op pad is sodat hulle kon wag voordat hulle die N2 gebruik/te verhoed dat daar op Codeta-taxis geskiet word of 'n skietery dadelik beëindig word.

Sedert 1995 word die aktiwiteite van die Suid-Afrikaanse Polisie diens

gereël deur onder andere die *Polisiewet*,¹⁵⁷³ veral artikel 13, en ook deur die Grondwet. Artikel 215 van die Interim-grondwet het soos volg bepaal:

Die magte en funksies van die Diens sal wees –

- (a) die voorkoming van misdaad;
- (b) die ondersoek van 'n misdaad of beweerde misdaad;
- (c) die handhawing van wet en orde; en
- (d) die bewaring van die interne sekuriteit van die Republiek.

Dit verskil nie wesenlik van artikel 5 van die vorige *Polisiewet*¹⁵⁷⁴

waaroor die howe reeds beslis het dat dit nie 'n regsplig op die polisie plaas in die guns van burgerlikes nie. Die toets gaan oor die onregmatigheid van die polisie se optrede, nie oor nalatigheid nie.

Volgens Regter Comrie het die Engelse reg 'n bykomende stap ontwikkel, naamlik openbare beleid. Aanspreeklikheid kan op grond van beleid ontken word, ten spyte van die bestaan van 'n *duty of care*, vergelyk *Hill, supra*. Regter Comrie aanvaar dat die onlangse Suid-Afrikaanse sake erken dat openbare beleid 'n rol speel by 'n beoordeling van die staat se verpligting (*duty of care*).

Die Regter verwys na twee ander sake:

Minister of Police v Skosana:¹⁵⁷⁵ Die polisie het versuim om onmiddellik mediese hulp te verkry vir die oorledene wat in aanhouding was, maar dit het nie gegaan oor *duty* nie – die kousale verband het ontbreek;

Nkumbi v Minister of Law and Order:¹⁵⁷⁶ Die oorledene was 'n familielid van 'n polisie-informant en die polisie het onderneem om hom en sy gesin

¹⁵⁷³ Wet 68 van 1995.

¹⁵⁷⁴ Wet 7 van 1958.

¹⁵⁷⁵ 1977 (1) SA 31 (A).

¹⁵⁷⁶ 1991 (3) SA 29 (E).

by te staan en te beskerm tydens hul verhuising na 'n ander woonbuurt. 'n Skare het byeengekom en die informant gedood. Daar is beslis dat die polisie wel 'n regsplig gehad het om hom te beskerm.

In *Kadir (supra)* is beslis dat die polisie nie 'n regsplig gehad het om inligting vir die gebruik van burgerlikes neer te skryf nie. Die posisie in *die saak van Nkumbi* kan nie werklik gelykgestel word aan dié in die onderhawige saak van *Mpongwana* nie: In *Nkumbi* het die polisie die man en vrou onder hul beskerming geneem en 'n *duty of care* aanvaar terwyl hulle verhuis het. Daarteenoor was die polisie se teenwoordigheid te Kaapstad-stasie en daarna op pad na Khayelitsha gemik op die voorkoming van misdaad en die handhawing van wet en orde. Een van die redes vir hul teenwoordigheid was waarskynlik om die insittendes van die Cata-taxi's teen ongevalle te beskerm, aangesien hulle bewus was van die wedywering tussen die taxi-verenigings en die moontlike aanwesigheid van vuurwapens in die Codeta-taxi's. Daar was dus 'n spesiale verhouding tussen die polisie en die Cata-taxi's op die betrokke dag, maar daardie verhouding was nie só naby soos wat die Engelse Howe byvoorbeeld vereis nie, vergelyk *Hill v Chief Constable (supra)*. In hierdie saak sê Lord Keith of Kinkel:¹⁵⁷⁷

'Further, it would be reasonable to expect that if potential liability were to be imposed it would be not uncommon for actions to be raised against police forces on the ground that they had failed to catch some criminal as soon as they might have done, with the result that he went on to commit further crimes...'

¹⁵⁷⁷ *Hill v Chief Constable* 1988 (*supra*), p. 243h-244c.

Regter Comrie is van mening dat, om die blaam vir die eiseres se beserings op die polisie te plaas, teen-produktief sal wees, soos aangedui in die *Hill*-saak (*supra*), alhoewel die Engelse reg nie ons reg is nie. Dit dui egter dieselfde rigting aan as soortgelyke tipe sake wat in die Suid-Afrikaanse Appèlafdeling beslis is, soos hierbo genoem.

‘n Faktor wat in ag geneem moet word in die beoordeling van die bestaan van ‘n *duty of care* in die onderhawige saak, is die definisie van ‘n byeenkoms, na aanleiding van die *Wet op Byeenkomste*.¹⁵⁷⁸ Artikel 9(1)(f) bepaal dat, wanneer ‘n byeenkoms plaasvind, ‘n lid van die Suid-Afrikaanse polisediens die nodige stappe moet doen wat in die omstandighede redelik is om persone en eiendom te beskerm, of hulle deel vorm van die byeenkoms of betoging al dan nie. Daar kan aanvaar word, volgens Regter Comrie, dat die Codeta-konvooi binne die breë betekenis van die definisie ‘n “byeenkoms” was.¹⁵⁷⁹ Ook artikel 2(3) van die *Wet op Gevaarlike Wapens*¹⁵⁸⁰ verbied enige persoon om by ‘n byeenkoms of op ‘n openbare plek in besit te wees van ‘n vuurwapen. Hoewel die eiseres ‘n tipe van spesiale verhouding tussen haar en die polisie aangedui het, beskou die Hof dit as ‘n grensgeval wat betref ‘n *duty of care*.¹⁵⁸¹ Dit is die mening van die skrywer dat hierdie vrou baie ongelukkig was, en dat haar eis ‘n haarbreedte weg was van slaag, soos ook in die geval van *Van Eeden*¹⁵⁸² se saak (10.2.5 hieronder). Volgens

¹⁵⁷⁸ Wet 205 van 1993.

¹⁵⁷⁹ *Mpongwana v Minister of Safety and Security* 1999 (2) SA 794 (C), p. 804.

¹⁵⁸⁰ Wet 71 van 1968.

¹⁵⁸¹ *Mpongwana (1999)(C)*, p. 805.

¹⁵⁸² *Van Eeden v Minister of Safety and Security* 2001 (4) SA 646 (T).

die Hof werk die breër oorweging van openbare beleid teenoor die *duty of care*, en die Hof is van mening dat sy nie behoort te slaag met haar eis nie, maar haar eis kan nie op die eksepsie-stadium verwerp word nie.

10.2.4. *Dersley v Minister van Veiligheid en Sekuriteit, supra (2001)*

Tydens onderhandelinge vir die koop van 'n Toyota Hilux 4 x 4 het die eiser, omdat hy wou seker maak dat dit nie 'n gesteelde voertuig is nie, na die kantore van die polisie se voertuigdiefstaleenheid gegaan, waar hy aan die dame (in uniform) wat hom ontvang het, verduidelik het wat die doel van sy besoek was, naamlik om vas te stel of dit 'n gesteelde voertuig was of nie. Sy het klaarblyklik nie presies verstaan wat die eiser bedoel het nie, en eers nadat sy sowat 15 minute lank telefoonoproepe gemaak het, het sy hom verwys na 'n nabygeleë gebou. Daar het die eiser die doel van sy besoek aan sersant Hettinger verduidelik.

Hettinger was verbonde aan die voertuigbewaringseenheid, en nie die voertuigdiefstaleenheid nie, maar dit het hy nie aan die eiser gesê nie. Die eiser het ook sekere dokumente met die onderstel- en enjinnommers aan sersant Hettinger oorhandig. Die deskundiges van die voertuigdiefstaleenheid was in 'n gebou net langs, 'n paar meter vanaf die gebou waar die eiser en sersant Hettinger was. Laasgenoemde het die besonderhede in 'n rekenaar gevoer en toe, na aanleiding van die terugvoering, die eiser verseker die betrokke voertuig is nie gesteel nie.

Onder die omstandighede was dit egter duidelik dat 'n fisiese ondersoek van die voertuig, met die doel om die onderstel- en enjinnommers na te gaan, noodsaaklik was. Sodanige ondersoek sou maklik deur die deskundiges van die voertuigdiefstaleenheid onderneem kon gewees het.

Op grond van sersant Hettinger se versekering het die eiser die koop van die voertuig beklank, en die koopprys aan die verkoper betaal. Ongeveer vyf maande later het die polisie die eiser laat weet dat dit wel 'n gesteelde voertuig is, en op die voertuig beslag gelê. Die eiser het daarna 'n aksie teen die verweerder ingestel om die koopprys van die voertuig te verhaal, gebaseer op die nalatige wyse waarop die verweerder 'n regsplig teenoor die eiser verbreek het, sodat hy skade gely het.

Die vraag wat weer eens pertinent ter sprake gekom het, was of daar onregmatige en nalatige optrede aan die kant van die verweerder was, wat gehandel het deur middel van sersant Hettinger en in 'n mindere mate die ontvangsdame in uniform. Die Hof beslis per Regter Van Dyk dat die toets vir onregmatigheid tans daarin geleë is dat 'n judisiële waardeoordeel uitgespreek moet word oor die vraag of die aantasting van die eiser se betrokke belang in die omstandighede ooreenkomstig die *boni mores* beskermingswaardig is al dan nie. Indien wel, was daar 'n regsplig op die verweerder om die regte van die eiser te beskerm. Die *boni mores*-maatstaf bestaan uit die regsoortuiging van die gemeenskap, wat nie noodwendig gelykstaan aan 'n sedelike, sosiale of moderne morele maatstaf nie.¹⁵⁸³ Dit is daarop gerig om die redelikheid al dan nie van die verweerder se optrede, en die aantasting van die eiser se belange in die lig van die besondere omstandighede, teenoor mekaar op te weeg. As die redelikheid by die verweerder gelê het, het hy geen regsplig gehad nie; as die redelikheid daarenteen by die eiser gelê het, het daar wel 'n

¹⁵⁸³ Dersley (2001)(T), p. 1054J-1055E-F.

regspelig op die verweerder gerus.¹⁵⁸⁴

Regter Van Dyk is van mening dat daar nog nie vantevore 'n soortgelyke geval in ons regspraak voorgekom het nie. Gevolgtrekkings met betrekking tot die bestaan van 'n regspelig in gevalle waarvoor daar geen presedent is nie, behels beleidsbesluite en waarde-oordele wat deur die gemenerereg gevorm en by tye hergedefinieer is, en wat die wense en opvattinge van die samelewing moet weerspieël.

Die versuim van 'n polisiebeampte om aan sy statutêre misdaadsvoorkomingspligte te voldoen, lei nie noodwendig tot deliktuele aanspreeklikheid nie, maar dis slegs een van die faktore wat in ag geneem moet word by die bepaling van aanspreeklikheid. Daar is geen algemene regspelig op 'n persoon om te verhoed dat ander skade ly nie, selfs al sou sodanige skade maklik verhoed kon word. (Hierbo genoem, as voorbeeld *Regal v Superslate Pty. Ltd.*¹⁵⁸⁵) Nogtans het die Howe aanvaar dat daar in sekere gevalle wel 'n regspelig op 'n individu is om skade aan 'n ander te verhoed. As die individu in so 'n geval versuim om sy plig uit te voer, is hy skuldig aan 'n onregmatige late wat die grondslag van die skadevergoedingsaksie kan uitmaak. 'n Late kan as onregmatige optrede beskou word as die omstandighede van die saak sodanig is dat die morele verontwaardiging wat dit meebring, en die regsopvattinge van die gemeenskap sou vereis dat die late as onregmatig beskou moes word, sodat die skade wat gely is, goedgemaak moet word deur die party wat nagelaat het om op te tree. Om te bepaal of daar onregmatigheid

¹⁵⁸⁴ Dersley (2001) (T), p.1054J –1055E-F.

was in die geval van 'n late is die vraag dus nie of die gewone "nalatigheid" van die *bonus paterfamilias* bestaan nie, maar of, wanneer al die feite in ag geneem word, daar 'n plig bestaan het om op te tree. Die toepassing van hierdie beginsels kon in sekere omstandighede lei tot die ontstaan van 'n regsplig om stappe te doen om die individu te beskerm. Waar so 'n plig ontstaan het, is dit eenvoudig 'n plig om redelik op te tree. Voorts beslis Regter Van Dyk dat, waar die moontlikheid van kriminele aktiwiteite ter sprake was, soos *in casu*, en waar 'n lid van die publiek spesifiek met daardie doel voor oë hulp gaan soek by die polisie, daar 'n regsplig op die polisie rus om hom by te staan, en hulle nie daardie plig kan ontwyk nie, bepaald nie op nalatige wyse nie. Sersant Hettinger het nie die regsplig wat op hom gerus het, nagekom nie. Veral sy versuim om die eiser in te lig dat hy nie verbonde was aan die voertuigdiefstaleenheid nie, terwyl deskundiges byderhand was, is klinkklare nalatigheid. Die Hof verklaar dat enige redelike, versigtige polisiebeampte met die gegewens rakende die voertuig wat hy van die eiser ontvang het, sou beseft het dat 'n fisiese ondersoek van die voertuig noodsaaklik was voordat die versekering aan die eiser gegee kon word dat die voertuig nie gesteel is nie. Die eiser het aan sersant Hettinger genoem dat die voertuig "net hier buite geparkeer is". (Die Hof aanvaar egter dat sersant Hettinger "nie verstandelik goed bedeed is nie.")¹⁵⁸⁶

Die Hof het verder bevind dat, gemeet aan die algemene vereistes van redelikheid, en in die lig van die regsoortuiging van die gemeenskap, dit nie onredelik is om te vereis dat 'n polisiebeampte in sersant Hettinger se posisie in daardie omstandighede redelik moes opgetree het nie. Daar

¹⁵⁸⁵ 1973 (3) SA 69 (A).

was 'n regsplig op hom om te verhoed dat die eiser skade ly deur sy onredelike optrede.

Die eiser het gevolglik die element van onregmatigheid bewys, ook ernstige nalatigheid aan die kant van sersant Hettinger. Die optrede van die polisie was die direkte oorsaak daarvan dat die eiser die voertuig tot sy eie nadeel gekoop het. Die verweerder word gelas om die koopprys van die voertuig aan die eiser te betaal, asook die rente en die eiser se gedingkoste.

10.2.5 . Van Eeden v Minister of Safety and Security (2001)

'n Man wat uit polisiebewaring ontsnap het, het die eiseres aangeval, haar aangerand en beroof. Sy het 'n eis ingestel teen die verweerder op grond van die aantasting van haar waardigheid, vir emosionele skok en trauma, vir mediese koste en toekomstige mediese koste en vir die verlies aan eiendom. Die ontsnapte, Mohammed, het haar met 'n vuurwapen aangehou, haar in haar woonplek ingedwing, waarop hy haar gedwing het om orale seks op hom te beoefen en daarna boonop verkrag het. Op die koop toe het hy haar motorvoertuig gesteel en verskeie ander items wat aan haar behoort het. Die verweerder het nalatigheid aan die kant van die Suid-Afrikaanse Polisie diens toegegee. 'n Veiligheidshek is oop gelaat, sodat die gevangene maklik kon ontsnap. Die verweerder het egter ontken dat daar 'n regsplig teenoor die eiseres op die polisie gerus het om deur redelike optrede te verseker dat die gevangene nie ontsnap nie. Die verweerder het aangevoer dat daar 'n skeidslyn moet wees,

¹⁵⁸⁶ *Dersley* (2001)(T), p. 1059, per Regter Van Dyk.

gebaseer op die een of ander beginsel, tussen die direkte en onmiddellike gevolge waarvoor die oortreder verantwoordelik is aan die een kant, en aan die ander kant die indirekte, sekondêre en verwyderde gevolge wat die verontregte/beseerde individu self moet dra, vergelyk Mc Kerron.¹⁵⁸⁷ Gevolglik erken die verweerder feitelike oorsaaklikheid (*conditio sine qua non*) van die eiseres se skade/leed, maar ontken dat die versuim juridies die oorsaak daarvan was.

Op 5 Augustus 1998 was die eiseres slegs 19 jaar oud toe sy deur Mohammed aangeval is. Hy was in Mei 1998 in aanhouding vir doeleindes van 'n uitkenningsparade. Daar was reeds 14 dossiere teen hom met aanklagte van huisbraak met die doel om te steel, diefstal, diefstal van 'n motorvoertuig, *crimen iniuria*, onsedelike aanranding, verkragting en roof. Ten tye van sy ontsnapping op 22 Mei 1998 het die ondersoekbeampte, superintendent Booyen, verwag dat Mohammed verdere seksuele misdrywe sou pleeg. Booyen het Mohammed as 'n reeksverkrachter beskou, met sy primêre teikens (volgens sy algemene *modus operandi*) jong, wit meisies tussen 18 en 35 jaar, soos die eiseres. Statistiek toon aan dat die aantal ontsnappings uit bewaring 'n bron van kommer en 'n verleentheid is vir die Suid-Afrikaanse polisie diens, aldus Regter Swart, wat die saak in die Transvaalse Provinsiale Afdeling aangehoor het. Hy haal aan uit 'n verslag van die Instituut vir Veiligheidstudies:¹⁵⁸⁸

'The high number of escapes from police holding cells over the past three years (3 595,

¹⁵⁸⁷ Mc Kerron RG : *Law of Delict* (7de uitgawe), p 151.

¹⁵⁸⁸ *Van Eeden* 2001 (T), p. 649.

3 838 and 3 818 for 1996, 1997 and 1998 respectively) not only feeds the public's negative perceptions of the SAPS, but also gives an indication to the extent of negligence and corruption within the police service.'

Voorts, noem Regter Swart, was die toename in misdade teen vrouens en kinders in die negentigerjare sodanig dat die Suid-Afrikaanse Polisie diens dit in 1997 as polisieprioriteit verklaar het.

Die Regter haal argumente aan uit *Ewels (supra)*, *Administrateur, Natal (supra)*, *Kadir (supra)* en ook uit J C van der Walt:¹⁵⁸⁹

'Hedendaagse skrywers, gerugsteun deur tendense in die regspraak is dit betreklik eens dat die toets vir onregmatigheid – en die bestaan al dan nie van 'n *duty* in bepaalde gevalle – op 'n veel breër en gesofistikeerde basis berus as die betreklik eenvoudige *foreseeability*-toets. Die basiese toets is 'n judisiële waarde-oordeel of die eiser se betrokke aangetaste belang in die omstandighede en tipe van situasie, ooreenkomstig die *boni mores* (die regsopvatting van die gemeenskap) beskermingswaardig is; indien wel, is daar 'n regsplig; andersins is daar geen regsplig op die ander (verweerder) nie.'

Regter Swart verwys verder na die voormalige Hoofregter Corbett se lesing oor beleidsbeslissing soos hierbo in paragraaf 10.2.2 aangehaal. Hy voeg ook 'n verdere aanhaling uit die lesing by:¹⁵⁹⁰

'A community has certain common values and norms. These are in part a heritage from the past. To some extent too they are the product of the influence of other communities; of the interaction that takes place between peoples in all spheres of human activity; of the sayings and writings of

¹⁵⁸⁹ Van der Walt JC: *Duty of Care, Tendense in die Suid-Afrikaanse en Engelse Regspraak*, (1993) 56 *THRHR* 552, p. 562.

¹⁵⁹⁰ *Van Eeden* (2001)(T), p. 651.

philosophers, the thinkers, the leaders, which have universal human appeal; of the living example which other societies provide. It is these values and norms that the judge must apply in making his decision. And in doing so he must become “the living voice of the people”; he must “know us better than we know ourselves”; he must interpret society to itself.’

Die bestaan van ‘n regsplig hang ook daarvan af of die eiser(es) in ‘n spesiale verhouding staan teenoor die verweerder, wat die eiser(es) onderskei van ‘n ander lid van die publiek. Daarom moet so ‘n verhouding die eiser(es) by die nie-nakoming van die regsplig wat dit meebring, blootstel aan ‘n spesifieke risiko van skade wat te onderskei is van ‘n algemene skade-risiko vir alle lede van die gemeenskap. Regter Swart is van mening dat die feit dat Mohammed se ontsnapping maklik verhoed kon gewees het, sodat die Suid-Afrikaanse Polisie diens grof nalatig was, nie ‘n invloed het op die verlangde “spesiale verhouding” nie. In *Osman v United Kingdom*¹⁵⁹¹ wat voor die Europese Hoër Hof vir Menseregte aangehoor is, is op paragraaf 116 gesê:

‘In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their abovementioned duty to prevent and suppress offences against the person, it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.’

Die deliktuele aanspreeklikheid van die polisie op grond van ‘n onredelike late word nie verder gevoer deur staat te maak op ‘n beweerde

¹⁵⁹¹ (2000) 29 EHRR 245.

grondwetlike plig om beskermend op te tree nie, aangesien artikel 205(3) van die Grondwet nie so 'n algemene en onbeperkte plig op iemand plaas wat versuim het om op te tree nie. Die doel van die Suid-Afrikaanse Polisie is om misdaad te voorkom, te bestry en te ondersoek en om die inwoners van die Republiek van Suid-Afrika en hul eiendom te beskerm, en om wet en orde te handhaaf. Die *Polisiewet* 68 van 1995 het geen gelykwaardige bepaling aan artikel 205(3) van die Grondwet of artikel 5 van die vorige *Polisiewet* 7 van 1958 nie. Artikel 205(3) bepaal soos volg:

'Die doelstellinge van die polisie is om misdaad te voorkom, te bestry en te ondersoek, om die openbare orde te handhaaf, om die inwoners van die Republiek en hul eiendom te beskerm en om die reg te handhaaf en toe te pas.'

Artikel 5 van die ou *Polisiewet* bepaal dat die funksies van die polisie onder andere sal wees –

- (a) die bewaring van die binnelandse veiligheid van die Republiek;
- (b) die handhawing van wet en orde;
- (c) die ondersoek van enige misdryf of beweerde misdryf; en
- (d) die voorkoming van misdaad.

Regter Swart verwys in hierdie verband na *Kadir (supra)* waarin beslis is dat die bogenoemde pligte/werksaamhede verband hou met kriminele en nie siviele aangeleenthede nie. Regter Swart verwerp die eiseres se argument dat die Grondwet 'n regsplig plaas op die uitvoerende gesag van die land (waarvan die Suid-Afrikaanse Polisie deel vorm) om te verseker dat elkeen se regte onder die Handves van Menseregte beskerm is – dit kom nie daarop aan of daardie reg die reg op lewe of

enige ander reg is nie. Die Grondwetlike Hof het onlangs beklemtoon dat die nasionale regering die algemene verantwoordelikheid het om te verseker dat die staat die verpligtinge kragtens artikel 26 van die Grondwet nakom, per Regter Yacoob in *Government of the Republic and Others v Grootboom and others*, op daardie stadium ongerapporteer. Regter Swart wys daarop dat artikel 205(3) “doelstelling” daarstel en nie ‘n basis vir statutêre of deliktuele aanspreeklikheid nie.¹⁵⁹² Dit vind die skrywer ietwat ongelukkig. Wanneer ‘n doelstelling bereik moet word, moet alles moontlik gedoen word om dit te kan regkry, sodat dit bepaald as ‘n verpligting beskou kan word. As ‘n hek oopgelaat word, sodat ‘n gevangene kan ontsnap, maak dit die bedoeling onmoontlik. Die Hof, daarenteen, bevind dat artikels 206 – 208 bepalinge bevat om die Polisie diens te beheer en hul doeltreffendheid te bevorder. Wat *Grootboom (supra)* betref, kan daar nie op dié saak staatgemaak word nie,¹⁵⁹³ want daar is ‘n wesenlike verskil tussen ‘n *mandamus* om ‘n behuisingskema te implementeer en onregmatighede vas te stel vir die doel van deliktuele aanspreeklikheid.

Regter Swart steun voorts ook op die Engelse *Hill*-saak van 1988 (*supra*). Dit is die sogenaamde Yorkshire Ripper-saak, waarin bevind is dat die polisie nie die groot aantal potensiële slagoffers kan beskerm teen ‘n gewoontemisdadiger wat op vrye voet is nie: Alle vrouens is potensiële slagoffers van so ‘n verkragter, daarom was daar nie sprake van ‘n *duty of care* deur die (Yorkshire) polisie teenoor mejuffrou Hill nie. Dit is die skrywer se mening dat daar ‘n groot verskil is: die Yorkshire Ripper was

¹⁵⁹² Van Eeden, *supra* (2001) p. 658.

op vrye voet, het oral toegeslaan, maar was nie in polisie-aanhouding nie. Mohammed se ontsnapping is egter deur die polisie se nalate moontlik gemaak. Die Hof voel egter ook gebonde deur die eerste *Carmichele*-beslissing¹⁵⁹⁴ van die Hoogste Hof van Appèl, alhoewel Mohammed, die oortreder, in polisie-aanhouding was, in teenstelling met *Carmichele* en *Hill*.

Regter Swart beslis dat die gemeenskap ongetwyfeld sou wou sien dat diegene wat verantwoordelik was vir Mohammed se ontsnapping vir elke manifestasie van voorsienbare skade wat daarop gevolg het, aanspreeklik gehou behoort te word, maar so 'n reaksie is nie juridies geregverdig nie. Die Hof neem wel kennis van die stem van die mense, maar kan nie daardeur regeer word nie.¹⁵⁹⁵

Die Hof bevind dat daar geen spesiale verhouding tussen die eiseres en die polisie was nie; dat iemand nie aanspreeklik is vir al die gevolge van 'n verkeerde daad nie; en voorsienbaarheid op sigself nie voldoende is nie.¹⁵⁹⁶ Die Hof beslis met *due sympathy to the harrowing experience of the plaintiff and its aftermath*¹⁵⁹⁷ dat die eiseres se aansoek van die hand gewys moet word.

Dis die skrywer se mening dat die Hof eers ná die Konstitusionele Hof se

¹⁵⁹³ Per Regter Swart in *Van Eeden, supra* (2001) p. 658.

¹⁵⁹⁴ *Carmichele v Minister of Safety and Security and the Minister of Justice*, uitspraak 2 Oktober 2000.

¹⁵⁹⁵ *Van Eeden* (2001)(T) p. 660.

¹⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 660.

¹⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 661.

uitspraak in die jarelange *Carmichele*-saak in opeenvolgende howe (paragraaf 10.2.7 hieronder), met respek gesê, die lig begin sien het.

10.2.6. *Minister van Veiligheid en Sekuriteit v Van Duivenboden, supra*)

Hierdie saak is deur die Appèlafdeling aangehoor ná die beslissing van die Konstitusionele Hof in *Carmichele* in Augustus 2001, terwyl die uitspraak in *Van Eeden* (*supra*, paragraaf 9.2.5) op 9 November 2000 gelewer is. Die hof was in die *Van Eeden*-saak gebonde aan die eerste *Carmichele*-saak wat op 2 Oktober 2000 in die Appèlafdeling beslis is.

Brooks was in besit van twee gelisensieerde vuurwapens. Hy het gereeld alkohol misbruik en het dan aggressief geraak teenoor sy vrou, Dawn, en hul twee kinders Nicole en Aaron. Op 25 Oktober 1995 het 'n rusie tuis ontstaan toe Brooks weer eens 'n groot hoeveelheid drank ingeneem het. Brooks het altwee vuurwapens gelaai, ekstra ammunisie om sy middel gegord, en na sy vrou geskiet. Sy het, hoewel gewond, daarin geslaag om met die jong Aaron oor die straat na die bure te vlug waar Aaron Dawn se rewolwer aan Van Duivenboden oorhandig het. Brooks het eers die elfjarige Nicole doodgeskiet voor hy Dawn gevolg en haar doodgeskiet het. Daarna het hy Van Duivenboden, die eiser, in die enkel en skouer geskiet.¹⁵⁹⁸

Daar was reeds twee vorige insidente wat bewys het dat Brooks nie geskik was om 'n vuurwapen te besit nie, en waarvan die polisie bewus was. 'n Paar jaar vantevore het Brooks 'n vuurwapen by hulle werkplek

¹⁵⁹⁸ *Minister of Safety and Security v Van Duivenboden* 2002 (6) SA 431 (SCA), p. 437.

in Mowbray op Dawn gerig, maar hom bedink toe sy haar eie rewolwer uit haar handsak haal. Die Mowbray-polisie het op altwee vuurwapens beslag gelê, maar dit die volgende dag teruggegee.¹⁵⁹⁹

Op 27 September 1994 het Dawn haar pa, Cecil Connor, gebel om hulp te vra. Sy en die kinders het uit die huis in Bothasig gevlug omdat Brooks gedreig het om hulle dood te maak. Connor het gaan ondersoek instel, en gevind dat Brooks homself in die huis toegesluit het. Connor is daar weg en het die polisie gebel. 'n Polisie-reservis en 'n kollega is na die huis waar hulle 'n nota teen die venster gevind het waarin Brooks verklaar het dat hy selfmoord gaan pleeg. Daar was nog 'n nota waarin Brooks gewaarsku het dat hy vuurwapens en ammunisie het en enigiemand wat naderkom, sou skiet, ook die polisie.¹⁶⁰⁰ Toe die reservis teen die venster klop, kon hy hoor hoe 'n vuurwapen binne die huis oorgehaal word. Hy het homself as polisiebeampte geïdentifiseer, waarop Brooks uitgeroep het hy moet padgee, anders word hy geskiet. Die reservis het na die polisievoertuig gegaan om hulp te ontbied. 'n Meer senior polisie-offisier het opgedaag en besluit om die hulp van 'n spesialisspan wat opgelei is om sodanige situasies te ontloot, te ontbied. By hulle was onder andere superintendent (vroulik) Hefer. Lede van die Interne Stabiliteitseenheid het ook opgedaag, sodat daar op die ou end ongeveer twaalf polisie-beamptes op die toneel was.¹⁶⁰¹ Dawn en Connor het teruggekeer in die teenwoordigheid van die polisiebeamptes, maar het weer vertrek toe Brooks herhaal dat hy gaan skiet.

¹⁵⁹⁹ *Van Duivenboden (2002)(SCA)*, p. 439.

¹⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 439.

¹⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 439.

Later die aand het Dawn aan superintendent Hefer gesê dat Brooks nie vuurwapens behoort te hê nie. Superintendent Hefer het aan haar verduidelik dat Dawn ingevolge artikel 11 van die *Vuurwapenwet 75* van 1969 'n verklaring moes aflê voordat Brooks se vuurwapens weggeneem kon word. Dawn sou dit die volgende dag doen, maar het 'n paar dae later alle klagtes teruggetrek want, volgens haar, Brooks “*really showed regret.*”¹⁶⁰² Sy wou haar huwelik red en het nie gedink so iets sou weer gebeur nie. 'n Ruk later het Dawn egter weer die Milnerton-polisie gebel om te vra wat sy kan doen in verband met haar man se drinkery en dreigemente, en sersant Goldie het ook gesê dat sy 'n verklaring moet aflê met die oog op 'n artikel 11-ondersoek, maar sy het besluit om liever self die probleem op te los.¹⁶⁰³ Dawn het 'n ruk later weer met sersant Roos gepraat wat haar na adjudant-offisier Jenkins verwys het. Hy het gesê sy moes eers 'n klag lê teen haar man voor sy vuurwapens weggeneem kon word, en dit wou sy nie doen nie.

Inderwaarheid kon Brooks reeds op grond van die 27 September 1994-gebeure, toe hy gedreig het dat hy homself sou skiet asook enigiemand wat naderkom, insluitende die polisie, onbevoeg verklaar gewees het om 'n vuurwapen te besit. Al wat gedoen moes gewees het, was dat een van die polisiebeamptes 'n verklaring onder eed moes aflê en aan die persoon wat sodanige ondersoeke hou, moes stuur, met ander woorde die polisie kon self 'n verklaring geskryf het.¹⁶⁰⁴ Superintendent Hefer sê sy het dit nie gedoen nie, want Brooks se dreigemente het, wat haar betref, op

¹⁶⁰² *Van Duivenboden* (2002)(SCA), p. 440.

¹⁶⁰³ *Ibidem*, p. 440.

¹⁶⁰⁴ *Ibidem*, p. 440.

hoorsê berus – hy het dit teenoor ander gemaak. Sy kon egter verklarings by die ander polisiebeamptes gekry het wat wel die dreigement gehoor het. Waarom nie sy of die ander beamptes stappe gedoen het wat tot 'n ondersoek kon lei nie, kon niemand verklaar nie.¹⁶⁰⁵ Dit is hierdie late wat die kern vorm van die eiser se eis.¹⁶⁰⁶ En dit is juis hierdie tipe verkeerde interpretasie wat van 'n hoër rang in die Suid-Afrikaanse Polisie-gesagstruktuur aan ondergeskiktes oorgedra word, en waarvan in die eerste hoofstuk van hierdie studie melding gemaak is, wat eens en vir altyd opgeklaar moes word. Hier word dit oplaas gedoen deur die korrekte hofuitspraak wat in die toekoms geen twyfel meer sal laat by polisie-offisiere wat leiding moet gee in talle aangeleenthede van wetsvertolking nie.

Nalatigheid in ons reg is nie noodwendig onregmatig nie. Dit is slegs die geval waar dit voorkom in omstandighede wat die reg as voldoende beskou om 'n regsplig te laat ontstaan om die veroorsaking van skade te verhoed.¹⁶⁰⁷ Waar die reg 'n regsplig erken, volg dit nie noodwendig dat 'n late aanspreeklikheid teweeg bring nie – dit sal slegs die geval wees as die late beantwoord aan die toets soos gestel in *Kruger v Coetzee*¹⁶⁰⁸ (en konsekwent deur ons howe toegepas), naamlik dat die redelike persoon in die posisie van die verweerder die skade sou voorsien het en nogtans niks gedoen het om dit te verhoed nie.

¹⁶⁰⁵ Van Duivenboden (2002)(SCA), p. 441.

¹⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 441.

¹⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 440, paragraaf 12.

¹⁶⁰⁸ 1966 (2) SA 428 (A).

Appèlregter Nugent wys daarop dat die toets wat in *Ewels (supra)* geformuleer is, naamlik dat die gemeenskap se regsgevoel die late as onregmatig moet beskou, nou moet rekening hou met die norme en waardes van die Suid-Afrikaanse gemeenskap soos hulle in die Grondwet beliggaam is.¹⁶⁰⁹ Die Grondwet is die opperste wet en gesag, en geen norme en waardes wat daarmee teenstrydig is, kan regsgeldig wees nie, Dit het die effek dat dit die Grondwet 'n stelsel maak van objektiewe, normatiewe waardes vir regsdoeleindes.¹⁶¹⁰

Die onwilligheid om individue aanspreeklik te hou wat daarop geregtig is *to mind their own business* selfs waar daar moontlik van hulle verwag kan word om skade te verhoed, (ook as gevolg daarvan dat dit onregverdig is om een individu aanspreeklik te hou terwyl ander ook kon opgetree het), kan nou gerugsteun word deur die beskerming wat die Handves van Menseregte bied teen ongelyke behandeling, en tot persoonlike vryheid en privaatheid.¹⁶¹¹ Hierdie hindernisse is egter minder gedug waar dit kom by die gedrag van 'n openbare gesag of 'n openbare ampsdraer, want dit is gewoonlik juis hulle taak om die belange van ander te dien, en hul plig om dit te doen sal hulle onderskei van ander wat op hul beurt ook nagelaat het om skade te verhoed. Die oplegging van 'n regsplig op 'n openbare gesag of ampsdraer word liever gekortwiek deurdad aan hulle die vryheid veroorloof word om openbare dienste te lewer sonder dat die bedreiging van litigasie (indien hulle nalatig optree) oor hulle koppe hang, sowel as die spookbeeld van

¹⁶⁰⁹ *Van Duivenboden* (2002) (SCA), p. 444.

¹⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 444.

¹⁶¹¹ *Ibidem*, p. 445. Daar word verwys na artikels 22- 26 van die Grondwet.

oewerlose aanspreeklikheid.¹⁶¹² Wat laasgenoemde betref, word dit egter steeds aan bande gelê deur die vereiste van 'n kousale verband.¹⁶¹³

Verder kan die Staat (verteenwoordig deur sy amptenare) nie altyd passief bly nie. Kragtens artikel 7 van die Grondwet moet die Staat nie net die regte vervat in die Handves van Regte eerbiedig nie, maar dit ook beskerm, bevorder en verwesenlik, en artikel 2 vereis dat alle verpligtinge deur die Grondwet opgelê, nagekom moet word.¹⁶¹⁴ Artikel 41(1) bepaal verder dat alle regeringsfere en alle staatsorgane binne elke sfeer 'n doeltreffende, deursigtige, verantwoordingspligtige en samehangende regering moet voorsien.¹⁶¹⁵

Waar die gedrag van die Staat, soos verteenwoordig deur amptenare, in konflik is met sy grondwetlike plig om die regte in die Handves van Regte te beskerm, sê Appèlregter Nugent, moet die norm vir aanspreeklikheid noodwendig 'n belangrike rol speel in die vasstelling of 'n regsplig in 'n bepaalde geval erken moet word.¹⁶¹⁶ Die Hof beslis dus dat, waar die grondwetlike regte op menswaardigheid, die lewe en persoonlike veiligheid in gevaar gestel is, die Staat en sy amptenare 'n grondwetlike plig het om hulle te beskerm.¹⁶¹⁷

Die Hof beslis dat die polisie in die onderhawige omstandighede wel nalatig was, terwyl daar 'n regsplig op hulle gerus het om beskerming te

¹⁶¹² *Ibidem*, p. 445, paragraaf 19. Dit verwys na Regter Rumpff se stelling, hierbo in paragraaf 10.2.2 aangehaal.

¹⁶¹³ *Ibidem*, p. 445, paragraaf 19.

¹⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 446.

¹⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 446,

¹⁶¹⁶ *Ibidem*, p. 446, paragraaf 21.

¹⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 448.

verleen kragtens die bepalings van die Grondwet.¹⁶¹⁸ 'n Redelike polisiebeampte sou die inligting onverwyld deurgestuur het vir die ondersoek oor die bevoegdheid van Brooks om vuurwapens te besit. Dit was vir die eiser slegs nodig om aan te toon dat daar 'n moontlike kousale verband bestaan tussen die polisie se nalatigheid en die skade.¹⁶¹⁹ Die Hof beslis dat daar wel 'n direkte en moontlike kousale verband bestaan tussen die polisie se late rakende 'n ondersoek na Brooks se bevoegdheid om vuurwapens te besit en die verwonding van die eiser. Die Hoër Hof se beslissing word bekragtig en die appèl van die Minister van Veiligheid en Sekuriteit verwerp.¹⁶²⁰

10.2.7. Carmichele, supra (2001)(KH)

Die ontwikkeling van die gemeenregtelike delik, naamlik die versuim om op te tree waar daar 'n regsplig bestaan om wel op te tree, word opnuut in hierdie saak voor die Konstitusionele Hof onder die loep geneem. Weer eens is die polisie en lede van die Departement Justisie betrokke, sodat dit nie gaan om 'n suiwer privaatregtelike aangeleentheid van individu teenoor individu nie.

Op 6 Augustus 1995 is Alix Jean Carmichele wreed met 'n piksteel en mes aangeval deur 'n sekere Coetzee. Die aanval het plaasgevind by die huis van Julie Gösling by Noetzie, 'n klein plekkie naby Knysna. Coetzee was 'n veroordeelde misdadiger. Hy is byna 'n jaar vantevore in die streekhof op Knysna skuldig bevind aan huisbraak en onsedelike

¹⁶¹⁸ *Van Duivenboden* (2002)(SCA), p. 448.

¹⁶¹⁹ *Carmichele* (2001)(KH), paragraaf 24.

¹⁶²⁰ *Carmichele* (2001)(KH), p. 453, paragraaf 39.

aanranding waarvoor hy 'n boete opgelê is, sowel as 'n opgeskorte gevangenisstraf.¹⁶²¹ Coetzee het probleme van 'n seksuele aard gehad vanaf ongeveer die ouderdom van 10 jaar en het reeds in sy tienerjare sy niggie seksueel gemolesteer. Ten tye van die aanval op die eiseres het Coetzee 'n bykomende klag van verkragting in die gesig gestaar: Op 4 Maart 1995, toe Coetzee twintig was, en minder as 6 maande ná die skuldigbevinding in die streekhof vir die onsedelike aanranding op Beverley Claassen, 'n kennis van hom, het hy Eurona Terblanche aangeval en haar probeer verkrag.¹⁶²² Hy wou haar eers soen, maar toe sy haar teësit, het hy haar op die grond neergegooi, met die vuus geslaan en geskop. Hy het haar in die lang gras ingesleep en haar klere afgeskeur. Hy het daarna op haar gaan sit, haar in die gesig geslaan, haar gewurg en gebyt. Sy het haar bewussyn verloor en hy het haar vir dood agtergelaat en gevlug.¹⁶²³

Eurona en haar ma het die aanval die volgende dag aan sersant Beulah Jantjies te Knysna gerapporteer. Sy het 'n gedetailleerde verklaring afgeneem waarin Eurona en haar ma gesê het dat Coetzee aan hulle beken het dat hy reeds aan verkragting skuldig bevind is. Speurdersersant Klein het oorgeneem as ondersoekbeampte. Ten tye van Coetzee se verskyning twee dae later het Klein 'n nota aan die aanklaer gegee wat verklaar het daar is geen rede waarom daar nie borgtog aan Coetzee toegestaan moet word nie en hy het aanbeveel dat Coetzee met

¹⁶²¹ *Carmichele* (2001)(KH), paragraaf 8.

¹⁶²² *Ibidem*, paragraaf 9.

¹⁶²³ *Ibidem*, paragraaf 9.

‘n waarskuwing vrygelaat moes word.¹⁶²⁴

Coetzee het voor landdros Von Bratt verskyn op ‘n klag van verkragting. Die aanklaer, Olivier, het geen inligting aan die landdros verstrek aangaande Coetzee se vorige veroordeling nie, en het nie Coetzee se vrylating op waarskuwing teëgestaan nie. Gevolglik is Coetzee onvoorwaardelik vrygestel en gewaarsku om op 17 Maart 1995 weer voor die Hof te verskyn.¹⁶²⁵

Ná sy vrylating het hy na Noetzie teruggekeer waar hy by sy ma, Annie, gewoon het. Sy was ‘n huishulp van Julie Gösling. Twee dae later het Eurona Terblanche se ma Julie besoek en haar ingelig oor die aanval op Eurona. Julie het in die Hoër Hof getuig dat sy bekommerd was, want sy het gedink “*that he would obviously commit this crime again and I felt very scared to be anywhere where he was*”. Sy het ook gevoel “*that he shouldn’t remain a presence in society because my knowledge as a nursing sister and just in life is that a man that has committed two similar crimes is going to do it again.*”¹⁶²⁶

¹⁶²⁴ Carmichele (2001)(KH), paragraaf 13.

¹⁶²⁵ *Ibidem*, paragraaf 13.

¹⁶²⁶ *Ibidem*, paragraaf 14.

Gösling het daarna met kaptein Olivier, 'n polisiebeampte, by die Knysna-polisiekantoor gaan praat en gesê sy dink nie Coetzee “*should be out on the street*” en of hy nie aangehou kan word tot en met sy hofverskyning nie. Kaptein Olivier het haar verwys na die senior aanklaer, Dian Louw. Gösling is na Louw met wie sy goed bekend was. Sy het aan Louw gesê sy was bang dat Coetzee haar of een van haar vriende sou seermaak en dat sy regtig van mening was dat hy weer 'n soortgelyke daad sou pleeg. Louw het gesê hulle kon niks doen nie – daar was geen wet wat hulle beskerm nie, tensy Coetzee 'n ander misdryf begaan.¹⁶²⁷

Op 10 Maart 1995 is Coetzee na mevrou Terblanche se huis “om te praat.” Sy het hom weggejaag en die polisie ontbied. Hy het gevlug. Sy het die voorval aan die polisie gerapporteer en was ontsteld omdat hy op vrye voet was.¹⁶²⁸ Op 13 Maart 1995 het 'n familielid van mevrou Annie Coetzee, speurdersersant Grootboom, haar huis toe opgelaai. Hy was ook verbonde aan die Knysna-polisiekantoor. Sy het aan Grootboom gesê sy is bang haar seun pleeg selfmoord of “doen weer iets”. Sy het gehoop Grootboom kan help om hom iewers te laat opneem vir behandeling.¹⁶²⁹ By die huis het hulle gesien dat Coetzee wel probeer selfmoord pleeg het. Grootboom het hom hospitaal toe gevat. Met sy ontslag is hy weer huis toe.

Op 14 Maart 1995 het Grootboom Coetzee na Louw toe geneem. Sy het 'n onderhoud met hom gevoer en aantekeninge gemaak. Hy het gesê hy

¹⁶²⁷ Carmichele (2001)(KH), paragraaf 15.

¹⁶²⁸ *Ibidem*, paragraaf 16.

¹⁶²⁹ *Ibidem*, paragraaf 17.

het nie geweet wat hy doen toe hy Eurona aangeval het nie. Hy het 'n probleem gehad: as hy 'n meisie in 'n baaikostuum sien, moet hy huis toe hardloop om te masturbeer. Dit het begin toe hy ongeveer 10 jaar oud was. Dit was asof 'n "bo-menslike, onnatuurlike mag" oor hom kom, en hy het dan 'n daad gepleeg waarvan hy niks geweet het nie.¹⁶³⁰ Op grond van dié onderhoud het Louw besluit Coetzee moet vir psigiatriese waarneming verwys word. Hy is op 15 Maart hof toe. Die aanklaer het versoek dat Coetzee na Valkenburg gaan vir 30 dae waarneming kragtens art 77(1) van die Strafproseswet. Coetzee het toegestem. Die doel van die prosedure is, soos in die vorige hoofstuk genoem, om vas te stel of hy die verrigtinge by 'n verhoor ten volle begryp. Louw het 'n verslag geskryf vir die hospitaalowerhede, met besonderhede van die aanval op Eurona, Coetzee se vorige veroordeling, die gebeurtenisse daarna en haar onderhoud met Coetzee.¹⁶³¹

Op 18 April 1995 is Coetzee weer op Knysna voor die hof gebring. Volgens die Valkenburg-verslag was hy geskik om verhoor te word, en was hy ook toerekeningsvatbaar ten tye van die aanval op Eurona. Die aanklaer was Olivier en die landdros Goosen. Hy het onskuldig gepleit. Hy het beweer hy was onseker of hy Eurona verkrag het. Die saak is uitgestel tot 2 Mei 1995 vir die beslissing van die prokureur-generaal of die saak in die Hoër Hof voortgesit moet word. Borgtog het nie ter sprake gekom nie. Coetzee is bloot gewaarsku om op 2 Mei 1995 in die hof te verskyn.¹⁶³²

¹⁶³⁰ Carmichele (2001)(KH), paragraaf 18.

¹⁶³¹ *Ibidem*, paragraaf 19.

¹⁶³² *Ibidem*, paragraaf 20.

Coetzee het weer eens dikwels by Gösling se huis gekom. Een oggend in Junie het die eiseres (Carmichele) hom deur 'n venster sien loer, waarna hy dit probeer oopmaak het. Toe sy vra wat hy daar maak, het hy gesê hy soek vir Gösling -- wat nie tuis was nie. Hy is toe weg. Die eiseres het Gösling gebel om te sê wat gebeur het. Volgens Gösling het Coetzee haar die oggend sien werk toe ry en hy het dus goed geweet sy is nie tuis nie. Gösling is weer na die polisiekantoor om die gebeure aan kaptein Olivier te rapporteer. Sy is ook weer na Louw wat herhaal het sy kon niks doen om hulle teen Coetzee te “beskerm” nie. Op 2 Augustus was die eiseres en Gösling by laasgenoemde se sake-onderneming toe Louw hulle daar besoek het. Sy het weer eens gesê sy was magteloos om enigiets omtrent Coetzee te doen.¹⁶³³

Op 6 Augustus sou die eiseres Gösling by laasgenoemde se huis kry, maar Gösling was met haar aankoms nog nie daar nie. Toe sy by die huis ingaan, het sy Coetzee wat klaarblyklik ingebreek het, daar aangetref. Hy het die eiseres met 'n piksteel aangeval: Hy het haar in die gesig en oor die kop geslaan en toe sy wou keer, het een van die houe haar arm gebreek.¹⁶³⁴ Hy het haar in die huis rondgesleep en met 'n mes in die linkerbors gesteek sodat die lem gebuig het toe dit die borsbeen tref. Toe sy hom skop, het hy sy balans verloor en sy kon wegkom. Sy het strand langs gehardloop waar iemand haar kom help het.¹⁶³⁵ Coetzee is daarna onder andere aangekla van poging tot moord.

¹⁶³³ *Carmichele* (2001) (KH), paragraaf 22.

¹⁶³⁴ *Ibidem*, paragraaf 23.

¹⁶³⁵ *Ibidem*, paragraaf 23.

Die eiseres het uiteindelik 'n eis om skadevergoeding ingestel teen die Minister van Veiligheid en Sekuriteit en die Minister van Justisie en Grondwetlike Ontwikkeling, op grond van die late en onregmatige optrede van kaptein Klein en die aanklaers Louw en Olivier.¹⁶³⁶ Om met haar eis te slaag, moes die eiseres bewys dat:

- (a) Klein, Louw en Olivier 'n regsplig teenoor haar gehad het om haar te beskerm;
- (b) Hulle nagelaat het om dié plig na te kom en nalatig was;
- (c) Daar 'n kousale verband was tussen die nalatige nie-nakoming van die regsplig en die skade wat sy gely het.

Sy het in haar eis beweer dat die verweerders 'n regsplig teenoor haar gehad het om te verseker dat sy haar grondwetlike regte geniet, onder andere die reg op lewe, die reg op respek vir en die beskerming van haar waardigheid, die reg op vryheid en sekuriteit, die reg op persoonlike privaatheid en die reg op vryheid van beweging. Die eiseres se regsadviseur het aangevoer dat die Hoër Hof sowel as die Hoogste Hof van Appèl gefouteer het omdat hulle nie die tersaaklike bepalings van die Grondwet toegepas het om vas te stel of Klein en die aanklaers 'n regsplig teenoor die eiseres gehad het nie. Daar is veral klem gelê op die grondwetlike verpligting op alle howe om die “gemenereg te ontwikkel” met die oog op die “gees, strekking en doelstellings” van die Handves van Regte,¹⁶³⁷ artikel 392 van die Interim-Grondwet. Daar is verder aangevoer dat, as die gemenereg só ontwikkel sou gewees het, die Hoë Hof en die Hoogste Hof van Appèl sou bevind het dat daar 'n regsplig

¹⁶³⁶ Carmichele (2001)(KH), paragraaf 25.

bestaan het om op te tree. (Artikel 173 bepaal dat, wanneer die howe die gemenereg ontwikkel, dit die regsbelang in ag moet neem.)

Namens die eiseres is daar klem gelê op die volgende artikels van die Interim- grondwet:

- ° artikel 8 – elkeen is gelyk voor die reg en het die reg op *gelyke beskerming en voordeel van die reg* (die skrywer se kursivering);
- ° artikel 9 – die reg op lewe;
- ° artikel 10 – respek vir en bekerming van menswaardigheid;
- ° artikel 11 – vryheid en sekerheid van persoon; niemand sal onderwerp word aan wrede, onmenslike of vernederende behandeling ... nie;
- ° artikel 12 – elkeen het die reg op privaatheid;
- ° artikel 215 – die magte en funksies van die Suid-Afrikaanse polisie sal wees:
 - (a) die voorkoming van misdaad;
 - (b) die ondersoek van enige misdryf of beweerde misdryf;
 - (c) die handhawing van wet en orde;
 - (d) die handhawing van binnelandse veiligheid in die Republiek.

Die submitisie beweer voorts dat die Interim-grondwet spesifiek 'n besliste plig op die Staat plaas om vrouens teen gewelddadige misdaad oor die algemeen en seksuele misbruik in die besonder te beskerm.¹⁶³⁸ Die Hof is gewys op die volgende stelling van die Hoogste Hof van Appèl in *S v Chapman*:¹⁶³⁹

'Rape is a very serious offence, constituting as it does a humiliating,

¹⁶³⁷ Artikel 392 van die Interim-grondwet 200 van 1993.

¹⁶³⁸ *Carmichele, supra* (2001) (KH), paragraaf 29.

¹⁶³⁹ 1997 (3) SA 341(A), p. 344J-345B.

degrading and brutal invasion of the privacy, the dignity and the person of the victim. The rights to dignity, to privacy and the integrity of every person are basic to the ethos of the Constitution ... and to any defensible civilization. Women in this country are entitled to the protection of these rights.'

Daar is verder aangevoer (namens die eiseres) dat die polisie en beskermingsdienste van die primêre staatsinstansies is wat verantwoordelik is vir die nakom van die grondwetlike plig om die gemeenskap oor die algemeen en vrouens in die besonder teen gewelddadige misdade te beskerm. Daar is namens die eiseres toegegee dat sodanige late nie die slagoffer geregtig maak op deliktuele skadevergoeding nie, maar die feite van die saak maak haar wel op sodanige skadevergoeding geregtig.¹⁶⁴⁰

Die Konstitusionele Hof aanvaar dat dit verplig is om die gemenerereg te ontwikkel ooreenkomstig die Grondwet. Wanneer die howe hul gesag gebruik om die gemenerereg te ontwikkel, moet die regters daaraan gedagtig wees dat regshervorming die taak van die wetgewer is en nie die regbank nie. Regter Ackermann en Regter Goldstone haal Appèlregter Kentridge aan in *Du Plessis v De Klerk*.¹⁶⁴¹

'Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law ... In a constitutional democracy such as ours it is the Legislature and not the courts which has the major responsibility for law

¹⁶⁴⁰ Carmichele, *supra* (2001)(KH), paragraaf 30.

¹⁶⁴¹ 1996 (3) SA 850 (CC).

reform ... The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.'

Regter Ackermann en Regter Goldstone wys daarop dat die Interim-Grondwet in Suid-Afrika "*in one fell swoop*"¹⁶⁴² 'n heeltemal nuwe stel regsnorme in werking gestel het. Onder hierdie omstandighede moet die hof waaksaam bly en nie huiwer nie om te verseker dat die gemenerereg ontwikkel word om by die Grondwet te pas. Dit geld vir sowel die Privaatreg as die Strafreë, of die betrokke partye dit versoek of nie. Die verhore van die vorige *Carmichele*-sake in die Hoër Hof sowel as die Hoogste Hof van Appèl het ná Februarie 1997 plaasgevind toe die huidige Grondwet reeds in werking getree het. Hierdie hof moes dus aan die bepalings van artikel 39(2) van die Grondwet gehoor gegee het en hulle korrek geïnterpreteer het. Nogtans het altwee hofe aangeneem dat die voor-grondwetlike toets vir die vasstelling van die onregmatigheid van 'n late in deliktuele aksies soos in *Carmichele* toegepas moes word. Die Konstitusionele Hof, per Regter Ackermann en Regter Goldstone, beskou dit as 'n fout. Al die ander regters het daarmee saamgestem. Die bepalings van artikel 39(2) is nie diskresionêr nie. Saamgelees met artikel 173 het die hof 'n algemene verpligting om die gemenerereg toepaslik te ontwikkel. Dit beteken nie dat die hof in alle gevalle waar die gemenerereg betrokke is, moet "*embark on an independent exercise as to whether the common law is in need of development and, if so, how it is to be developed under section 39(2)*" nie.¹⁶⁴³ Aan die ander kant kan daar omstandighede wees waar 'n hof verplig is om uit eie beweging die

¹⁶⁴² *Carmichele* (2001) (SCA), paragraaf 36.

¹⁶⁴³ *Ibidem*, paragraaf 39.

aangeleentheid te berde te bring en volle beredenering van die partye te vereis.

In die onderhawige geval, per Regter Ackermann en Regter Goldstone, was dit vanselfsprekend dat die gemenerereg verder as enige bestaande presedent ontwikkel moes word. In so 'n situasie is daar twee fases van die ondersoek wat die Hof moet onderneem. Hierdie fases kan nie hermeties of lugdig van mekaar onderskei word nie:

Die eerste stadium is om vas te stel of die bestaande reg met die oog op die artikel 39(2)-doelstellings, ontwikkeling behoef in ooreenstemming met hierdie doelstellings; artikel 39(2) bepaal dat, wanneer enige wetgewing geïnterpreteer word, of wanneer die gemenerereg of gewoonterereg ontwikkel word, enige hof, tribunaal of forum die gees, strekking en doelstellings van die Handves van Menseregte moet bevorder. Hierdie ondersoek verg 'n heroorweging van die gemenerereg in die lig van artikel 39(2). As die ondersoek tot 'n positiewe antwoord lei, volg die tweede fase wat moet bepaal hoeveel ontwikkeling nodig is om aan die artikel 39(2)-doelstellings te voldoen. Dit is die mening van altwee Konstitusionele Hof-regters dat die Hoër Hof en die Hoogste Hof van Appèl geeneen aandag geskenk het aan enige van die twee fases nie, moontlik as gevolg van die manier waarop die saak voor hulle beredeneer is. Daar rus 'n plig op litigante (en eintlik op hul regsverteenvoerders) om konstitusionele argumente so vroeg as moontlik op te haal, sodat die regswetenskap so betroubaar en harmonies as moontlik ontwikkel kan word.¹⁶⁴⁴

¹⁶⁴⁴ Carmichele (2001) (KH), paragraaf 41.

Die Hoër Hof en die Hoogste Hof van Appèl het die begrip “onregmatigheid” vertolk soos wat dit in ons gemenerereg ontwikkel het voor die Interim-grondwet in 1993 in werking getree het. Appèlregter Vivier het in sy beslissing soos volg gesê:

‘The appropriate test for determining the wrongfulness of omissions in delictual actions for damages in our law has been settled in a number of decisions of this Court such as *Minister van Polisie v Ewels* (1975 ... on 597 A-C; *Minister of Law and Order v Kadir* (1995) ... on 317 C–318 I; *Knop v Johannesburg City Council* (1995) ... on 27 G–I and *Government of the Republic of South Africa v Basdeo and Another* (1996) ... on 367 E–H. The existence of the legal duty to avoid or prevent loss is a conclusion of law depending upon a consideration of all the circumstances of each particular case and on the interplay of many factors which have to be considered. The issue, in essence, is one of reasonableness, determined with reference to the legal perceptions of the community as assessed by the Court.’

Appèlregter Vivier haal ook aan uit *Kadir (supra)* wat weer Corbett aanhaal¹⁶⁴⁵ waar hy sê dat beleidsbeslissings en waarde-oordele opnuut aan die gemenerereg vorm gee en dit soms herfatsoeneer, en dat dit die wense en persepsies van die gemeenskap weergee. Wat verlang word, is dat die partye se belange onderling, asook die gemeenskap se botsende belange, opgeweeg moet word en ‘n balans gevind moet word betreffende die Hof se opvatting van die begrip van die gemeenskap van wat geregtigheid vereis. Appèlregter Hefer beklemtoon die verskil tussen ‘n late wat moreel afkeurenswaardig is en wat van regsweë afdwingbaar is, en hy waarsku dat ‘n regsplig nie vasgestel word slegs deur die erkenning van sosiale houdings en openbare en regsbeleid nie. Daar

moet altyd gevra word of die verweerder die skade van die eiser op 'n redelike en praktiese wyse kon verhoed het. Is dit met ander woorde redelik om te verwag dat die verweerder positiewe stappe moes gedoen het om die skade te voorkom? J C van der Walt stel dit ook so in *The Law of South Africa (supra)*.

Die opweeg van die belange van die partye en die gemeenskap soos in die vorige paragraaf genoem, gaan oor proporsionaliteit, waar aanspreeklikheid afhang van die wisselwerking van verskeie faktore.¹⁶⁴⁶ Proporsionaliteit is in ooreenstemming met die Handves van Menseregte, maar dit moet nou, meen Regters Ackermann en Goldstone, uitgevoer word kragtens die gees, strekking en doelstellings van die Handves, en die relevante faktore moet opgeweeg word in die konteks van 'n grondwetlike staat gefundeer in waardigheid, gelykheid en vryheid en waarin die regering positiewe pligte het om sulke waardes te bevorder en te handhaaf.¹⁶⁴⁷

Artikel 7(1) van die Interim-grondwet bepaal:

'Hierdie hoofstuk bind alle wetgewende en uitvoerende organe van die Staat op alle vlakke van die regering.'

Artikel 8(1) bepaal:

'Die Handves van Menseregte is van toepassing op alle reg, en bind die Wetgewer, die Uitvoerende en Regsprekende gesag en alle staatsorgane.' Daaruit is dit duidelik dat daar 'n regsplig op die Staat en al

¹⁶⁴⁵ Corbett MM: *Aspects of the Role of Policy in the Evolution of Common Law – 1987 SALJ 52*, p. 67.

¹⁶⁴⁶ Carmichele (2001) (KH), paragraaf 43.

¹⁶⁴⁷ *Ibidem*, paragraaf 43.

sy organe rus om geen handeling te verrig wat hierdie regte aantas nie.¹⁶⁴⁸ Onder sekere omstandighede sal daar 'n positiewe komponent wees wat die Staat en sy organe verplig om voldoende/geskikte beskerming te verleen aan almal, deur middel van wette en strukture wat ontwerp is om sodanige beskerming te verleen.

Vir die interpretasie van ons Grondwet is die volgende aanhaling uit *Osman v United Kingdom*¹⁶⁴⁹ (*supra*) van belang:

'It is common ground that the State's obligation in this respect extends its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted by those appearing before the Court that article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances as a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual.'

Die Engelse howe het ook begin om 'n meer buigsame benadering toe te pas in deliktuele eise teenoor openbare gesagsinstansies, bv. in *Barrett v Enfield London Borough Council*.¹⁶⁵⁰ Ook die Europese Hof vir Menseregte het in twee sake beslis teen die *immunity approach* wat die howe altyd in die verlede toegepas het. In *Osman (supra)* is verklaar:

'... In the instant case, involving the protection of a child and the right to life and where the damage caused was grave, the requirements of the public could not dictate that the police should be immune from liability. Furthermore, the combined effect of the strict tests of

¹⁶⁴⁸ *Carmichele* (2001)(KH), paragraaf 44.

¹⁶⁴⁹ (2000) 29 EHHR 245, p. 395, paragraaf 115.

¹⁶⁵⁰ [1999] (3) All ER 193.

proximity and foreseeability provided limitation enough to prevent untenable cases ever reaching a hearing and to confine liability to those cases where the police have caused serious loss through truly negligent actions.'

Die tweede saak, *Z and others v United Kingdom*¹⁶⁵¹ beslis dat die *immunity approach* die eisers weerhou van toepaslike middele om te laat beslis of 'n plaaslike gesag versuim het om hulle te beskerm teen onmenslike en vernederende behandeling en die moontlikheid om 'n afdwingbare bevel vir skadevergoeding te verkry vir skade gely. Dit sou indruis teen die bepaling van artikel 13 van die Konvensie, en die Hof het gevolglik 'n bevel vir skadevergoeding gemaak.¹⁶⁵²

Daar is in die verlede die kommer uitgespreek dat deliktuele aanspreeklikheid 'n *chilling effect*¹⁶⁵³ kon hê op die behoorlike uitvoering van pligte deur amptenare van openbare instansies, maar, sê Regters Ackermann en Goldstone, hierdie vrese kan genoegsaam besweer word met die proporsionaliteitsvereiste, asook dié van voorsienbaarheid en onmiddellike nabyheid. Dit sal beperkinge daarstel betreffende die aanspreeklikheid van openbare amptenare.¹⁶⁵⁴ Die regters maak die volgende belangrike opmerking:

'A public interest immunity excusing the respondents from liability that they might otherwise have in the circumstances of the present case, would be inconsistent with our Constitution and its values. Liability in this case must thus be determined on the basis of the law and its application to the facts of the case, and not because of an

¹⁶⁵¹ 10 Mei 2001, ongerapporteer, aansoeknommer 29392/95.

¹⁶⁵² *Carmichele* (2001) (KH), paragraaf 48.

¹⁶⁵³ *Ibidem*, paragraaf 49.

¹⁶⁵⁴ *Ibidem*, paragraaf 49.

immunity against such claims granted to the respondents.’¹⁶⁵⁵

Die Grondwet is nie net ‘n formele dokument wat openbare gesag reguleer nie. Dit beliggaam, soos die Duitse Grondwet, ’n objektiewe, normatiewe waardestelsel. Die Duitse Federale Hof word só aangehaal:¹⁶⁵⁶

‘The jurisprudence of the Federal Constitutional Court is consistently to the effect that the basic right norms contain not only defensive subjective rights for the individual but embody at the same time an objective value system which, as a fundamental constitutional value for all areas of the law, acts as a guiding principle and stimulus for the legislature, executive and judiciary.’

Dit geld ook, per Regters Ackermann en Goldstone, vir ons Grondwet. Binne die voedingsbodem van hierdie objektiewe, normatiewe waardestelsel moet die gemenerereg ontwikkel word.¹⁶⁵⁷ Dit verg nie net ‘n behoorlike waardering van die Grondwet en sy objektiewe, normatiewe waardestelsel nie, maar ook ‘n behoorlike begrip van die gemenerereg, sodat oorywerige regshervorming nie plaasvind nie. Dit vereis op sy beurt ‘n noue en sensitiewe interaksie tussen die Hoë Howe, die Hoogste Hof van Appèl en die Konstitusionele Hof.¹⁶⁵⁸

Die Konstitusionele Hof bevind, met verwysing na artikel 215 van die

¹⁶⁵⁵ *Carmichele, supra* (2001)(KH), paragraaf 49.

¹⁶⁵⁶ *Ibidem*, paragraaf 53.

¹⁶⁵⁷ *Ibidem*, paragraaf 54.

¹⁶⁵⁸ *Ibidem*, paragraaf 55.

Interim-grondwet hierbo aangehaal en artikel 5 van die *Polisiewet*,¹⁶⁵⁹ dat daar kragtens hierdie artikels positiewe verpligtinge op die lede van die Suid-Afrikaanse Polisie diens rus. Waar hierdie verpligtinge betrekking het op die waardigheid en die vryheid en sekerheid van die persoon, kan min dinge vir vrouens belangriker wees as om vry te wees van die bedreiging van seksuele geweld, soos die *amicus curiae* dit stel:¹⁶⁶⁰

‘Sexual violence (and the threat of sexual violence) goes to the core of women’s subordination in society. It is the single greatest threat to the self-determination of South African women.’

‘n Stelling uit *Chapman, supra*,¹⁶⁶¹ word ook aan die Hof voorgehou waarin gesê word dat die hof ‘n plig het om ‘n duidelike boodskap uit te stuur aan die beskuldigde, ander potensiële verkragters en die gemeenskap. Die gelykheid, waardigheid en vryheid van alle vrouens moet beskerm word, en geen genade sal betoon word aan dié wat op daardie regte inbreuk maak nie.¹⁶⁶² (Die stelling is aangehaal deur die *amicus curiae*, van die Sentrum vir Toegepaste Regstudie, wat navorsing doen oor en fokus op vroueregte en geslagsgelykheid.)

Suid-Afrika het ook kragtens die internasionale reg ‘n plig om alle geslagsgebaseerde diskriminasie te verbied en die skending van veral vroueregte te voorkom.¹⁶⁶³ Die polisie is een van die primêre organe van die Staat wat verantwoordelik is vir die beskerming van die publiek oor die

¹⁶⁵⁹ Wet 68 van 1995.

¹⁶⁶⁰ *Carmichele* (2001) (KH), paragraaf 62 – die *amicus curiae* is in hierdie geval Regter Kentridge.

¹⁶⁶¹ 1997 (3) SA 341 (A).

¹⁶⁶² *Carmichele* (2001) (SCA), paragraaf 62.

¹⁶⁶³ Die Konvensie vir die Uitskakeling van alle Vorme van Diskriminasie teen Vrouens (CEDAW) is op 18 Desember 1979 deur Suid-Afrika onderteken.

algemeen en vrouens en kinders in die besonder, wat betref die skending van hul basiese regte deur geweldsmisdadigers.¹⁶⁶⁴

In die onderhawige saak was Coetzee in aanhouding en kaptein Klein het 'n duidelike plig gehad om enige faktore waarvan hy kennis gedra het (met betrekking tot die landdros se diskresie om borgtog toe te staan) aan die staatsaanklaer te openbaar. Klein het aabeveel dat Coetzee op waarskuwing vrygelaat moes word, wel wetende dat die landdros die aanbeveling sou volg. Klein het onderhoude gevoer met Eurna en Coetzee, en was bewus van al Coetzee se handeling, onder andere die onsedelike aanranding waarvoor 'n opgeskorte vonnis oor sy kop gehang het. Dit behoort die normale vermoede van onskuld wat by die toestaan van borgtog in ag geneem word, te beïnvloed het.¹⁶⁶⁵ Klein was ook bewus daarvan dat Coetzee na sy ma in Noetzie, 'n afgeleë dorpie, sou terugkeer as hy vrygelaat word, en dat vrouens in daardie gebied besonder kwesbaar sou wees met hom in die omgewing. Gösling en die eiseres het hierdie vrees bevestig. Klein het ook geweet dat Coetzee gewoonlik vrouens wat hy ken, aanval.¹⁶⁶⁶

Ook die aanklaer, Louw, was bewus van hierdie agtergrond, en het geweet dat veral die aanval op Eurna met brutale geweld gepaard gegaan het. Coetzee het aan haar, Louw, erken dat hy gesukkel het om sy seksuele drange te beheer. Dit tesame met die feit dat hy sy slagoffers geken het, het sy aanhouding noodsaaklik gemaak. Louw het geweet die klein aantal vrouens by Noetzie was besorg oor hul eie veiligheid met

¹⁶⁶⁴ *Carmichele* (2001) (SCA), paragraaf 62.

¹⁶⁶⁵ *Ibidem*, paragraaf 65.

¹⁶⁶⁶ *Ibidem*, paragraaf 66.

Coetzee op vrye voet.¹⁶⁶⁷

Ná Coetzee se terugkeer van Valkenburg en sy hofverskyning, het Olivier (die aanklaer) ook nie aansoek gedoen dat Coetzee verder aangehou word nie.¹⁶⁶⁸

Die Interim-grondwet het geen bepalings betreffende aanklaers nie. Artikel 108(1) sê bloot dat die gesag om strafregtelike verrigtinge namens die Staat in te stel, by die prokureur-generaal berus. Laasgenoemde se magte, pligte en funksies word deur die reg voorgeskryf.¹⁶⁶⁹ Nogtans het aanklaers nog altyd die plig gehad om hulle openbare funksies onafhanklik uit te voer in die belang van die publiek. Alhoewel die toestaan van borgtog die taak van die landdros is, verkry hy die nodige inligting van die aanklaer. Laasgenoemde het die plig om alle relevante inligting aan die landdros beskikbaar te stel.¹⁶⁷⁰ Daar moet egter onthou word dat aanklaers onder groot druk werk, tog kan 'n aanklaer wat daarvan bewus is dat 'n verdagte gewelddadig is en gedreig het om verdere geweld te gebruik, aanspreeklik gehou word vir die gevolge as hy nalaat om daardie inligting onder die aandag van die Hof te bring. As die verdagte op borgtog vrygelaat word en voortgaan om sy dreigement uit te voer, kan daar 'n sterk saak uitgemaak word vir die aanklaer se aanspreeklikheid vir die skade wat die eiseres gely het.¹⁶⁷¹

Die verweerder het aangevoer dat landdroste ten tye van die aanval op

¹⁶⁶⁷ *Carmichele* (2001)(KH), paragraaf 68.

¹⁶⁶⁸ *Ibidem*, paragraaf 69.

¹⁶⁶⁹ *Ibidem*, paragraaf 72.

¹⁶⁷⁰ *Ibidem*, paragraaf 72.

¹⁶⁷¹ *Ibidem*, paragraaf 73.

die eiseres die bepalings van die Interim-grondwet só geïnterpreteer het dat borgtog toegestaan moes word, tensy die Staat kon bewys dat dit in die belang van geregtigheid sou wees om die verdagte aan te hou. Von Bratt, die landdros, het getuig dat hy Coetzee derhalwe sou vrygelaat het al het Klein die nodige inligting voorgelê.¹⁶⁷² Volgens Von Bratt was daar in 1995 ”...*very much a renewed emphasis on personal freedom at that stage, which did play a role...*”¹⁶⁷³

Ook aan persone wat aangekla is van ernstige misdade soos moord en verkragting is meer geredelik borgtog toegestaan. Von Bratt het egter toegegee dat borgtog geweier sou gewees het as hy oortuig was dat Coetzee se vorige veroordeling ernstig was en dat daar ‘n risiko was dat hy verdere misdade sou pleeg.¹⁶⁷⁴

Die Hof bevind uiteindelik dat die gemenerereg só ontwikkel moet word dat uiting gegee word aan die gees en doelstellings van die Grondwet. Kragtens die Grondwet is landsburgers en vrouens in die besonder geregtig op beskerming teen (seksuele) geweld.

Die interpretasie van die regsposisie in dié uitspraak verteenwoordig ‘n waterskeiding. Dis ‘n groot deurbraak in die land se geskiedenis vir die beskerming van vrouens (asook die publiek oor die algemeen) teen gewelddadige misdadigers. Die Hof beslis dat altwee aanklaers sowel as die polisie die plig wat op hulle gerus het, nie nagekom het nie. Coetzee moes nooit ná sy eerste verskyning vrygelaat gewees het nie. Die brutale

¹⁶⁷² Carmichele (2001)(KH), paragraaf 75.

¹⁶⁷³ *Ibidem*, paragraaf 75.

¹⁶⁷⁴ *Ibidem*, paragraaf 75.

aanval het bevestig hy hou 'n gevaar in vir vrouens, en sy geneigdheid tot seksuele aanranding moes duidelik uit die dossier geblyk het. Gösling se pleidooi dat Coetzee gevaarlik is en aangehou moes word, moes nie op dowe ore geval het nie. Kaptein Klein was bewus van die inhoud van die dossier en het nogtans Coetzee se vrylating aanbeveel. Hy het gefaal in die uitvoering van sy grondwetlike plig om Carmichele en ander te beskerm. Die aanklaers het Klein se aanbeveling aanvaar, waar dit aan hulle duidelik moes gewees het dat Coetzee 'n ernstige gevaar vir vrouens inhou, veral die vrouens van die klein gemeenskap. Hulle het versuim om die verlening van borgtog teen te staan en om die inligting oor sy vorige veroordeling voor die hof te plaas op daardie tydstip, en dit was regstreeks kousaal tot die aanval op Carmichele.¹⁶⁷⁵

Hierdie saak was die kulminasiepunt van 'n lang proses van interpretasie betreffende wat presies verstaan moet word onder 'n regsplig en die wederregtelikheid van 'n late wat lei tot deliktuele aksies om skadevergoeding. Dit is 'n besonder lofwaardige vertolking van die holistiese benadering van die howe tot die werking van die Grondwet.

Alhoewel dit 'n eis om skadevergoeding was wat gespruit het uit 'n deliktuele aksie, gaan dit ook om misdade wat gepleeg word terwyl die polisie, 'n deel van die land se uitvoerende gesag, dit in werklikheid vir die misdadiger moontlik gemaak het om voort te gaan met misdade. Op hierdie manier het die Staat, soos genoem in paragraaf 10.1 (die inleiding van hierdie hoofstuk) sy deel van die "ooreenkoms" nie nagekom nie.

¹⁶⁷⁵ *Carmichele* (2001)(KH), paragraaf 75-76.

Die individu het met verloop van baie eeue sy regte soos om homself en sy eiendom te beskerm aan die Staat oorgegee. Die Staat en veral die polisie het dan die verpligting om die individu te beskerm, maar in die meeste gevalle hierbo bespreek het die Staat gefaal om sy deel van die “kontrak” na te kom. Waar dit dus normaalweg in die deliktereg gaan om konflik tussen twee individue, is die staat hier betrokke as die “misdadiger”, en val sodanige sake buite die domein van die privaatrek as sodanig.

10.2.8. *The Minister of Safety and Security v Hamilton, supra, 2003*

Dié saak is beslis byna twee jaar ná die Konstitusionele Hof-saak van *Carmichele in 2001*. Die beginsels en interpretasie van die regsposisie rakende kriminele en deliktuele aanspreeklikheid wat in *Carmichele* aanvaar is, moes dus noodwendigerwys die basis vorm vir die onderhawige saak, want die toekomstige weg was reeds gebaan.

Die appèl het hoofsaaklik gehandel oor die vraag of die polisie belas met die oorweging, aanbeveling en toestaan van vuurwapenlisensies onder ‘n regsplig verkeer om inligting, deur die aansoeker aan hulle verskaf, na te gaan sodat die aansoeker se geskiktheid om ‘n vuurwapen te besit, beoordeel kan word.

Op 29 September 1993 het Erna McArdell by die Stellenbosch-polisiekantoor kragtens artikel 3(1) van die *Wapens en Ammunisiewet*¹⁶⁷⁶ aansoek gedoen om ‘n lisensie vir ‘n .38 *Special Rossi*-rewolwer. Sy het

¹⁶⁷⁶ Wet 75 van 1969.

aangedui dat sy die wapen nodig het vir selfverdediging: Sy het alleen gebly en moes dikwels Kaap toe ry om haar bejaarde moeder te besoek. Die aansoek is oorweeg en toegestaan en op 14 Oktober 1993 het die Kommissaris van Polisie die lisensie uitgereik.¹⁶⁷⁷

Tien maande later het McArdell die applikant in die rug geskiet ná 'n woordewisseling oor 'n parkeerplek by die woonstelgebou waar McArdell en die applikant se vriendin, Tarryn Weber, altwee gewoon het.¹⁶⁷⁸ As gevolg van die skoot is die applikant 'n tetrapleeg en permanent rolstoelgebonde. Die applikant eis deliktuele skadevergoeding van die Minister van Veiligheid en Sekuriteit. Die eis is gegrond op die bewering dat die polisiebeamptes wat die toestaan van die vuurwapenlisensie aanbeveel het, sowel as die Kommissaris wat dit uitgereik het, 'n regsplig het teenoor die lede van die gemeenskap (insluitende die applikant) om redelike sorg te openbaar wanneer die toestaan van 'n vuurwapen oorweeg, ondersoek, aanbeveel en uitgereik word. Hulle het hierdie plig versuim toe die lisensie aan McArdell uitgereik is. Verder het die versuim aanleiding gegee tot die skietvoorval en die gevolge daarvan vir die applikant, Hamilton.¹⁶⁷⁹

Die applikant het spesifiek beweer dat die polisiebeamptes en die Kommissaris 'n regsplig gehad het om redelike stappe te doen om ondersoek daarna in te stel of McArdell bevoeg en bekwaam was om 'n vuurwapen te besit. Hulle het nalatig versuim om dié plig uit te voer, *inter alia* deurdat hulle versuim het om McArdell se verlede na te gaan, asook

¹⁶⁷⁷ Hamilton (2003) (SCA), paragraaf 2.

¹⁶⁷⁸ *Ibidem*, paragraaf 3.

¹⁶⁷⁹ *Ibidem*, paragraaf 4.

haar karakter, haar liggaamlike en temperamentele geskiktheid kragtens paragraaf 10 van vorm SAP286.¹⁶⁸⁰ Adjudant-offisier Loubser en luitenant Groenewald het die aansoek hanteer. Adjudant-offisier (vroulik) Loubser het, benewens die skriftelike inligting deur McArdell verskaf, staatgemaak op haar persoonlike waarneming van McArdell met die onderhoud tydens die voltooiing van die vorms.¹⁶⁸¹

Almal wat by die proses betrokke was, het betreffende die beoordeling van McArdell se geestelike stabiliteit staatgemaak op McArdell se eie antwoorde, naamlik dat sy niks kon rapporteer aangaande haar verlede, karakter, liggaamlike en temperamentele geskiktheid of haar kennis van vuurwapens wat haar aansoek om 'n vuurwapen negatief kon beïnvloed nie. Nóg Loubser, nóg Groenewald het dit nodig geag om die inligting na te gaan om die waarheid daarvan te bevestig. McArdell is bloot deur Loubser gevra om te verklaar dat die inligting korrek is en in kennis gestel dat dit 'n misdryf is om 'n valse verklaring af te lê.¹⁶⁸²

In Pretoria is McArdell se vingerafdrukke nagegaan om te bevestig dat sy nie vorige veroordelings op haar rekord het nie. Geen verdere stappe is gedoen om die volgende aspekte rakende McArdell na te gaan nie:¹⁶⁸³

- (a) haar verlede;
- (b) haar karakter;
- (c) haar liggaamlike fiksheid;
- (e) haar temperamentele bevoegdheid (kragtens paragraaf 10 van SAP

¹⁶⁸⁰ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 4.

¹⁶⁸¹ *Ibidem*, paragraaf 6.

¹⁶⁸² *Ibidem*, paragraaf 6.

¹⁶⁸³ *Ibidem*, paragraaf 6.

286);

- (f) of sy enige onregmatige geweldsdaad verrig het;
- (g) of sy gedreig het om so 'n geweldsdaad te verrig;
- (h) of sy drank gebruik of misbruik het;
- (i) of sy ander middels misbruik het;
- (j) of sy in staat was of nie in staat was nie om 'n misdryf te begaan omrede geestelike ongesteldheid;
- (k) 'n persoonlikheidsteuring;
- (l) psigotiese ongesteldheid;
- (m) 'n geskiedenis van psigotiese ongesteldheid;
- (n) of sy gehospitaliseer, gearresteer of aangehou is vir enige van die bogenoemde in (e), (f), (g), (h), (i), (j), (k) en (l).

Geen dienaar van die verweerder of enige ander staatsamptenaar wat betrokke was by die proses, het in verbinding getree met enige van die volgende nie:

- (a) McArdell se bloedverwante;
- (b) Haar mediese praktisyn;
- (c) Haar werkgewer;
- (d) Haar bure;
- (e) Ander lede van die Stellenbosch-Polisiekantoor.

Ná die skietvoorval het dokter Magner, 'n spesialis by Lentegeur-Hospitaal, 'n sielkundige verslag oor McArdell opgestel en ná waarneming bevind sy ly aan paranoïese psigose, alkoholmisbruik en 'n persoonlikheidsteuring, en dat sy nie in staat is om die onregmatigheid

van haar handeling ten tye van die skietvoorval te begryp nie.¹⁶⁸⁴ Reeds in September 1992 ('n jaar voordat sy om die lisensie aansoek gedoen het) het McArdell by die Stellenbosch-hospitaal 'n ruit met haar hande gebreek.¹⁶⁸⁵ Sy is 'n kalmeermiddel toegedien en per ambulans na die Stikland-hospitaal geneem. Daar is sy byna 'n maand behandel (eerste toelating.) Vier maande later is sy op eie versoek weer opgeneem en is 4 dae behandel (tweede toelating). Sy het haarself ontslaan, maar het die volgende dag teruggekeer vir medikasie. Sy het Stikland by drie geleenthede as buite-pasiënt besoek. Sy het die hospitaal nog twee keer telefonies gekontak.¹⁶⁸⁶

Nadat McArdell op 6 Augustus 1994 op Hamilton en Weber geskiet het, het sy ook twee skote in die voordeur van Suzette McKerron geskiet, en vier skote in die voordeur van die Sielkunde Department van die Universiteit. In al hierdie gevalle het sy die *.38 Special Rossi* gebruik. Die koeël wat uit Hamilton se rug verwyder is, was afkomstig van die *.38 Special Rossi*.¹⁶⁸⁷

Die polisiebeampte wat ná die voorvalle McArdell se woonstel besoek het, het 'n deurmekaar woonplek gevind wat nie baie skoon was nie, met min meubels en heelwat vuil skottelgoed; ook talle leë bierblikkies en 'n klomp vuil wasgoed. In die badkamer was baie pilhouers, met onder andere valium. Hy beskryf dit as iemand wat alleen woon onder “*shabby*

¹⁶⁸⁴ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 6.

¹⁶⁸⁵ *Ibidem*, paragraaf 6.

¹⁶⁸⁶ *Ibidem*, paragraaf 6.

¹⁶⁸⁷ *Ibidem*, paragraaf 6.

*conditions.*¹⁶⁸⁸

Reeds in 1990 het dokter Fitzgerald ('n psigiater) McArdell met ernstige stres laat hospitaliseer. Daarna was sy dokter Spangenberg se pasiënt. Laasgenoemde het haar gediagnoseer as iemand met 'n paranoïese persoonlikheidsteurnis, wat manifesteer in 'n versteurde en oorweldigende geneigdheid om suspisies te wees en te voel dat "almal teen haar" is. Sy het veral haar werkgewers gewantou, en woede en aggressie teenoor hulle uitgespreek. Sy was nooit tydens besoeke aan Spangenberg onder die invloed van alkohol nie, maar Spangenberg was daarvan bewus dat McArdell van tyd tot tyd alkohol misbruik het.¹⁶⁸⁹

Spangenberg het ook geweet dat medikasie soos valium (wat deur verskeie psigiaters aan McArdell voorgeskryf is) ongereguleerd en verkeerd gebruik is: soms te veel en ander kere niks, en by tye in verkeerde kombinasies, met 'n negatiewe uitwerking. Haar hande het soms gebewe, te wyte aan haar spanningstoestand en die onstabiele gebruik van haar medikasie. Omdat Spangenberg min vordering gemaak het met McArdell, het sy haar na 'n kollega, Susan McKerron verwys.

Laasgenoemde se diagnose het in breë trekke ooreengekom met dié van Spangenberg.¹⁶⁹⁰ Verder het McArdell "gewelddige woede" en 'n gebrek aan beheer getoon, byvoorbeeld wanneer McKerron met verlof wou gaan of 'n ander "misstap" na McArdell se mening begaan het. Ook McKerron was bewus van McArdell se drankmisbruik. Per geleentheid het McArdell

¹⁶⁸⁸ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 7.

¹⁶⁸⁹ *Ibidem*, paragraaf 10.

¹⁶⁹⁰ *Ibidem*, paragraaf 10.

¹⁶⁹⁰ *Ibidem*, paragraaf 10.

besonder irrasioneel en dreigend opgetree en McKerron het haar na 'n ander psigiater, dokter Venter, verwys, wat McKerron se diagnose bevestig het. McKerron het tot die gevolgtrekking gekom dat “*the deeper structures of (McArdell’s) personality could not be changed and that she would only respond to ‘supportive’, rather than ‘incisive’ therapy.*”¹⁶⁹¹

Dokter Maria van Aswegen, 'n algemene praktisyn, is vanaf 1992–1994 deur McArdell besoek, en het reg aan die begin McArdell se persoonlikheidsteuring opgemerk: McArdell het 'n diep wantroue in die “fascistiese stelsel” en psigoterapeute gehad, en 'n geloof dat enigiemand wat deel is van die “stelsel” haar verwerp. Dokter van Aswegen was bewus van McArdell se misbruik van alkohol en voorskryfmedikasie soos valium en diazepine.¹⁶⁹² Dokter van Aswegen was een van die twee dokters (saam met dokter Rautenbach) wat kragtens artikels 12 en 22 van die *Geestesgesondheidswet*¹⁶⁹³ sertifikate uitgereik het om die dringende opname van McArdell in Stikland te ondersteun, gemaak deur die superintendent van die Stellenbosch-hospitaal ná die ruit-voorval, waarna McArdell deur 'n aantal personeellede fisies in bedwang gehou moes word.¹⁶⁹⁴

Volgens dokter van Aswegen en dokter Harms, 'n psigiater, is McArdell gediagnoseer as 'n paranoïese psigopaat. Dokter van Aswegen en dokter Rautenbach was altwee van mening dat McArdell moorddadige en

¹⁶⁹¹ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 11.

¹⁶⁹² *Ibidem*, paragraaf 12.

¹⁶⁹³ Wet 18 van 1975.

¹⁶⁹⁴ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 12.

selfmoordneigings het, dat sy haar woede buie nie kon beheer nie en 'n gevaar is vir haarself en ander.¹⁶⁹⁵ In 1993 het van Aswegen, op McArdell se versoek, fluaxol ('n anti-psigotiese middel) voorgeskryf. Twee dae voordat McArdell om die vuurwapenlisensie aansoek gedoen het, het McArdell gekla oor hartkloppings, ernstige stres en genoem dat sy erg gerook en gedrink het.¹⁶⁹⁶

Die verhoorhofregter, Appèlregter Jooste, het bevind “*one can, objectively speaking, hardly think of a less suitable candidate for a firearm licence than McArdell.*”¹⁶⁹⁷ Nogtans het die appellant (die Minister van Veiligheid en Sekuriteit) beweer daar was geen statutêre of gemeenregtelike plig op die polisie betrokke by die prosessering van McArdell se aansoek om verder te gaan as die oorweging van die inligting in die voorgeskrewe dokumente en die aanvaarding van die waarheid van McArdell se verklaring dat dit waar en korrek is nie.¹⁶⁹⁸ Die appellant het ook beweer dat daardie polisielede nie pligsgebonde was om die persoonlike omstandighede van individuele aansoekers om lisensies na te gaan nie, indien daar geen bepaalde en dwingende redes bestaan om dit te doen nie. Die appellant het tweedens aangevoer dat die betrokke polisielede nie nalatig enige plig versuim het nie en dat daar derdens geen kousale verband was tussen die beserings van die respondent en die handeling van die polisie in die toestaan van die vuurwapen aan McArdell nie.¹⁶⁹⁹

¹⁶⁹⁵ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 12.

¹⁶⁹⁶ *Ibidem*, paragraaf 12.

¹⁶⁹⁷ *Ibidem*, paragraaf 13.

¹⁶⁹⁸ *Ibidem*, paragraaf 13.

¹⁶⁹⁹ *Ibidem*, paragraaf 13.

Die Hof, per Waarnemende Appèlregter Van Heerden, verwys na die bogenoemde sake in die vorige hoofstuk (paragraaf 9.2.1-7) en die “toetse” daar gebruik, maar haal dan ook spesifiek aan uit *Van Duivenboden, supra* (2002)¹⁷⁰⁰ en sê dit moet beklemtoon word dat

‘the very generality in which the legal principles have been expressed in the various decisions is an emphatic reminder that, both in this country and abroad, the question to be determined is one of legal policy, which must perforce be answered against the background of the norms and values of the particular society in which the principle is sought to be applied. The application of those broad principles to particular cases in other jurisdictions will provide insight into the weight that is attached by that society to various values and norms when they are balanced against one another but that can assist only partially in the resolution of cases in this country. The fact that there have been different outcomes in similar cases when those principles have been applied in various common-law countries merely underscores that point. What is ultimately required is an assessment, in accordance with the prevailing norms of this country, of the circumstances in which it should be unlawful to culpably cause loss.’

In die onderhawige saak is die respondent se *invaded interest* sy reg op liggaamlike integriteit en sekerheid van persoon, reeds lank in ons reg beskou as “*one of an individual’s absolute rights of personality*”.¹⁷⁰¹ Dit is ook een van die belangrikste regte wat deur die Grondwet beskerm word.¹⁷⁰² Reeds voor die bestaan van die Grondwet het ons reg erken dat die polisie ‘n positiewe plig het om landsburgers teen aanvalle te beskerm as hulle in die posisie is om dit te doen en dat, indien hulle nalatig versuim om dit te doen, die Staat vir skadevergoeding aanspreeklik sal wees,

¹⁷⁰⁰ *Hamilton* (2003)(KH), paragraaf 18.

¹⁷⁰¹ *Minister of Justice v Hofmeyer* 1993 (3) SA 131(A) p. 145 I-146C.

¹⁷⁰² Artikel 12.

vergelyk *Van Duivenboden, supra*.¹⁷⁰³ Ook artikel 7 van die *Polisiewet* bepaal dat, in die woorde van Hoofregter Rumpff¹⁷⁰⁴ “wat misdaad betref, is die polisieman nie net afskrikker of opspoorder nie, maar ook beskermer.” Skrywer hiervan vind dit verbasend dat die appellant enige verantwoordbaarheid ontken en die saak op appèl geneem het.

Die statutêre raamwerk vir aansoeke om vuurwapens word verskaf deur die *Wet op Vuurwapens en Ammunisie*,¹⁷⁰⁵ die regulasies onder artikel 43 van die Wet; en die *Spesiale Magsorder* uitgevaardig op 24 September 1979 deur die Kommissaris van Polisie in verband met die administrasie van vuurwapens. Artikel 2(1) van die Wet het bepaal dat ‘n aansoeker vorm SAP 271 E of A (Engels/Afrikaans) moet invul. Afdeling C het vereis dat die persoonlike besonderhede van die aansoeker verskaf word, waarna dit deur die Suid-Afrikaanse Kriminele Buro en die Departement Binnelandse Sake nagegaan moet word. Die volgende is onder andere vereis:¹⁷⁰⁶

- die doel waarvoor die vuurwapen verlang word;
- vorige veroordelings waarvoor vingerafdrukke geneem is;
- verlies van ‘n vuurwapen deur applikant;
- of applikant ooit onbevoeg verklaar is om ‘n vuurwapen te besit;
- of daar ooit op ‘n vuurwapen in die applikant se besit beslag gelê is;
- of die aansoeker vantevore aansoek gedoen het om ‘n vuurwapen-lisensie en dit afgekeur is;

¹⁷⁰³ 2002 (6) SA 431 (SCA).

¹⁷⁰⁴ *Minister v Polisie v Ewels, supra* (1975), aangehaal in *Hamilton*, paragraaf 20.

¹⁷⁰⁵ Wet 75 van 1969, ten tye van McArdele se aansoek om ‘n vuurwapen.

¹⁷⁰⁶ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 24.

Onderaan die vorm word spesiaal gemeld dat iemand wat willens en wetens 'n valse verklaring aflê, 'n misdryf pleeg. McArdell moes ook 'n aanhangsel onderteken om te bevestig dat sy 'n kluis het vir die veilige bewaring van die vuurwapen.¹⁷⁰⁷

'n Spesiale Magsorder stipuleer in paragraaf 14(1) dat 'n verslag op vorm SAP 286 voltooi moet word in alle gevalle van aansoeke om vuurwapenlisensies. Paragraaf 10 van SAP 286 vereis dat die polisiebeampte wat die aansoek hanteer, "opmerkings met betrekking tot die applikant se verlede, karakter, liggaamlike en temperamentele geskiktheid, kennis van wapens" moet invul.¹⁷⁰⁸ Daarna moet die betrokke polisiebeampte sy aanbeveling motiveer, waarna die polisiebeampte in bevel van die polisiekantoor kommentaar moet lewer (in dié geval adjudant-offisier Loubser en luitenant Groenewald onderskeidelik.) Die Spesiale Magsorder bepaal dat die aansoek na die distrikskommandant vir kommentaar en aanbeveling aan Hoofkantoor gestuur moet word, indien die distrikskommandant van mening is dat die stasiebevelvoerder nie die nodige ondervinding en goeie oordeel het nie.¹⁷⁰⁹

Staande Orders of Magsorders uitgereik deur die Kommissaris van Polisie moet deur alle lede op wie dit van toepassing is, behoorlik gelees en gehoorsaam word. Die naamtekening en datum word op die dokument aangebring om te toon dat die polisiebeampte kennis dra van die inhoud. Onder-offisiere moet ook hul magsnommer neerskryf. Artikel 10 van die

¹⁷⁰⁷ Hamilton (2003)(KH), paragraaf 24 en 25.

¹⁷⁰⁸ *Ibidem*, paragraaf 27.

¹⁷⁰⁹ *Ibidem* (2003)(SCA), paragraaf 29.

Polisiewet van 1958 bepaal dat die nie-nakoming van 'n Staande Order 'n misdryf is.¹⁷¹⁰ Die polisiebeamptes betrokke by die aansoekproses om 'n vuurwapen het dus statutêre verpligtings wat hulle móét nakom. Die taal waarin die bepalings van die betrokke Spesiale Order en die ooreenstemmende paragrawe van SAP 286 uitgedruk is, na die Hof se mening per waarnemende Appèlregter van Heerden, laat geen ander konstruksie toe nie as dié van Hamilton,¹⁷¹¹ naamlik dat die betrokke polisiebeamptes verplig is om veel meer te doen as om die vorms in te vul, die vingerafdrukke van die aansoeker te neem en te aanvaar dat die inligting verskaf deur die aansoeker die waarheid is. Dit is logies en redelik. Anders tree die polisiebeampte soos 'n robot op wat slegs toesien dat die vorms ingevul word.¹⁷¹²

Volgens deskundige getuienis soos dié van professor Zabow, 'n psigiater, is persoonlikheidsteurnisse baie moeilik om te diagnoseer en kan ernstig versteurde en potensieel gevaarlike persone hulle as normale mense voordoen.¹⁷¹³ Daarom het polisiebeamptes 'n wetlike verpligting ten opsigte van behoorlike maatreëls om persone wat aansoek doen om vuurwapenlisensies behoorlik te ondersoek deur navrae te doen sodat die inligting wat verskaf is, nagegaan kan word wat betref die fisiese, temperamentele en sielkundige geskiktheid vir die besit van 'n potensieel dodelike vuurwapen.¹⁷¹⁴ Eie waarneming is nie goed genoeg nie. Die Hof is van mening dat hierdie plig baie belangrik is in 'n land waar

¹⁷¹⁰ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 31.

¹⁷¹¹ *Ibidem*, paragraaf 32.

¹⁷¹² *Ibidem*, paragraaf 32.

¹⁷¹³ *Ibidem*, paragraaf 32.

¹⁷¹⁴ *Ibidem*, paragraaf 32.

vuurwapens in 'n groot aantal gewelddadige gebruik word: Moord met 'n vuurwapen het van 42% in 1994 gestyg tot 49% in 1998.¹⁷¹⁵

Vuurwapens in die hande van persone wat nie daarvoor geskik is nie, stel die algemene publiek in gevaar. McArdell was, ten tye van haar aansoek, nie 'n bevoegde kandidaat nie op grond van haar geestestoestand, haar geneigdheid tot geweld, haar afhanklikheid van alkohol en verdowingsmiddels.¹⁷¹⁶ Daar moet gevolglik aanvaar word dat daar wel op die betrokke polisiebeamptes 'n plig gerus het – so 'n aanname is redelik en in ooreenstemming met die Hof se besef van die gemeenskap se sin vir geregtigheid. Die bron van hierdie regsplig is sowel die gemenerereg as die statutêre bepalings hierbo genoem. Die Hof aanvaar dat die regsplig op polisiebeamptes ook volkome strook met die norme en waardes van die Suid-Afrikaanse gemeenskap soos in die Grondwet vervat.¹⁷¹⁷

Die Hof bevind dat die polisie nalatig was.¹⁷¹⁸ Ook die verhoorhof het per Appèlregter Jooste gesê:¹⁷¹⁹

'One would think that making two telephone calls, one to the applicant's next of kin or a close friend, and another to the applicant's employer, would suffice. Only if anything in the reports of two such referees raises questions about the possible suitability of the applicant, would they have to investigate the matter further.'

'n Redelike persoon in die posisie van die polisiebeamptes sou besef het

¹⁷¹⁵ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 33.

¹⁷¹⁶ *Ibidem*, paragraaf 34.

¹⁷¹⁷ *Ibidem*, paragraaf 36.

¹⁷¹⁸ *Ibidem*, paragraaf 37.

¹⁷¹⁹ *Ibidem*, paragraaf 38.

dat, sonder sodanige navrae, 'n lisensie aan 'n nie-geskikte persoon soos McArdell uitgereik kon word en dat dit tot die verwonding van lede van die publiek kon lei. Redelike polisiebeamptes sou McArdell ook deegliker uitgevra het na haar agtergrond ooreenkomstig paragraaf 10 van SAP 286, en sou bevestiging van die inligting van haar ma en werkgewer probeer verkry het, en sou voorts nie daarsonder 'n positiewe aanbeveling aan die Kommissaris gemaak het nie. Sodanige ondersoek sou bepaald meer lig gewerp het op McArdell se baie ongunstige geskiedenis van geestelike onstabieliteit en geneigdheid tot geweld, en dit sou tot verdere navrae gelei het.¹⁷²⁰

Die Hof bevind dat daar 'n feitelike sowel as juridiese kousale verband bestaan tussen die uitreik van die vuurwapen aan McArdell en die verwonding van Hamilton.¹⁷²¹ Daar moet, wat die juridiese kousale verband betref, 'n beperking gestel word op regs aanspreeklikheid, aangesien die gevolge tot in die oneindigheid kan strek.¹⁷²² Dit staan soms bekend as die Adam-en- Eva-teorie. 'n Redelike verband word dus vereis tussen die "*harm threatened and the harm done*".¹⁷²³

Wat die feitelike kousale verband betref, hoef die eiser nie die verband met sekerheid te bewys nie, maar slegs dat die onregmatige en nalatige gedrag die moontlike oorsaak van die skade was.¹⁷²⁴ Daar word 'n retrospektiewe ontleding gedoen van wat moontlik sou gebeur het,

¹⁷²⁰ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 39.

¹⁷²¹ *Ibidem*, paragraaf 42.

¹⁷²² *Ibidem*, paragraaf 42.

¹⁷²³ *Ibidem*, paragraaf 42.

¹⁷²⁴ *Ibidem*, paragraaf 43.

gebaseer op die getuienis en wat verwag kon word in die normale loop van omstandighede. Sonder 'n vuurwapen kon McArdell ook beheer oor haarself verloor het, maar nie ander ernstig beseer het nie, soos toe sy in 1992 die hospitaalruit gebreek en haarself beseer het. Nadat sy die vuurwapen bekom het, het sy dokter Spangenberg en dié se man, mejuffrou Weber en vir Hamilton geskiet. Wat die juridiese kousale verband betref, bevind die Hof dat Hamilton se beserings/skade nie te ver verwyderd was van die gebeure rondom die toestaan van die vuurwapenlisensie nie.¹⁷²⁵

Die staat, naamlik die Minister van Veiligheid en Sekuriteit, is dus aanspreeklik vir die optrede van sy dienaars, en as dié *duty of care* nie nagekom word nie, is diegene wat daardeur skade gely het, geregtig op skadevergoeding.¹⁷²⁶

10.3 GEVOLGTREKKING

Met die vertolking van die Hof rakende die geldige regsposisie is die kringloop van interpretasie wat met *Ewels* (1975) begin het, voltooi. Die inwerkingtreding van die Grondwet het inderwaarheid die posisie verander, maar hierdie verandering het nie oornag die verwarring en onduidelikheid wat bestaan het, opgeklaar nie. Die proses moes deur die howe, en veral die Appèlafdeling en die Konstitusionele Hof, deur 'n stap-vir-stap interpretasieproses voltooi word. Die Staat se bykans onaantasbare posisie het gelei tot blatante onbillikheid. Daar kan byvoorbeeld gekyk word na van die sake hierbo bespreek, en veral die

¹⁷²⁵ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 46.

Carmichele-sake voor die verhoorhof en die Appèlafdeling, *Van Eeden* en *Mpongwana supra*. Dit het met die Konstitusionele Hof-uitspraak van *Carmichele* in 2001 drasties verander. Waar die Staat wat in 'n geweldige sterk posisie teenoor die individu staan, en voor die implementering van die Grondwet min rekening hoef te gehou het met grondwetlike vereistes, het die Staat en sy amptenare nou kragtens die Grondwet die plig om die regte daarin vervat, te beskerm. As voorbeelde kan genoem word die reg op menswaardigheid, die reg op lewe en persoonlike veiligheid. Ook die toets wat reeds in 1975 in *Ewels* geformuleer is, naamlik dat die regsgevoel van die gemeenskap 'n sekere mate as onregmatig beskou, sal voortaan rekening moet hou met die norme en waardes van die Suid-Afrikaanse samelewing, soos beliggaam in die Grondwet. Geen norme en waardes wat in konflik is met die Grondwet, die opperste wet en gesag, kan regsgevaldig wees nie. 'n Noodwendige uitvloeisel van hierdie posisie is dat die Staat deegliker opleiding aan sy amptenare beskikbaar moet stel, sodat hulle presies weet wanneer hulle 'n onregmatig is: Dit is goed en wel vir die Kommissaris om Staande Orders uit te reik, maar dit beteken nog nie dat alle polisiebeamptes presies weet, na die deurlees van so 'n Order, wat van hulle verwag word nie. Dis ook moontlik dat van die lede so oorlaai is met werk dat hulle die Order bloot voorlopig en sonder die nodige aandag deurkyk. Sommige lede benodig egter 'n goeie verduideliking. Dit is reeds in die heel eerste hoofstuk van hierdie studie uitgespel; vergelyk ook die blatante uitspraak in *Dersley* (2001) waar die Hof pertinent gesê het die sersant was verstandelik nie goed bedeed nie.

¹⁷²⁶ *Hamilton* (2003)(SCA), paragraaf 35.

Daar sal op alle gebiede gespesialiseer moet word. Stasie-bevelvoerders sal beter opgelei moet word, so ook gemeenskapsdienssentrum-bevelvoerders, sodat take en gedelegeerde take nougeset en sonder skuiwergate uitgevoer kan word. Daar ontvang voortdurend duisende polisieledede basiese opleiding, terwyl verdere opleiding van bevelvoerders gestaak is – dit voorspel niks goeds nie. Regsdienste sal ook 'n groter rol moet speel om nuwe wetgewing en uitgewysde sake nie net onder die aandag van stasiebevelvoerders/polisiebeamptes te bring nie, maar om te verseker dat nuwe ontwikkelinge en interpretasies duidelik is en goed begryp word. Daar kan gepoog word om dit te doen deur besoeke aan stasies of deur werksessies waar vrae gestel en werkswyses ingeskerp kan word. Dit was altyd die geval, maar hierdie intervensies moet met verskerpte intensiteit landswyd geïmplementeer word. Indien dit nie gedoen word nie, sal die Staat vir al hoe meer gevalle van onregmatige optredes deur sy dienaars/amptenare aanspreeklik gehou word, terwyl skadevergoedingsbedrae astronomiese hoogtes bereik. Dit beteken op die ou end dat die individu (die belastingbetaler) weer aan die kortste ent trek, en dit weerspieël nie die gees, strekking en doelstellings van die Grondwet wat juis ten doel het om die individu te beskerm nie.

10.4 MIV-VIGS en ander hoogs aansteeklike lewensbedreigende siektes

Die vraag ontstaan nou onvermydelik: Hoe ver strek die Staat se aanspreeklikheid waar polisiebeamptes verdagtes arresteer en as verhoor-afwagtendes in selle aanhou waar hulle deur MIV-VIGS-positiewe aangehoudenenes gesodomiseer of andersins besmet word? Die beperkingsklousule van die Grondwet maak daarvoor voorsiening dat die bewe-

gingsvryheid van 'n verdagte in die openbare belang opgehef word en hy aangehou kan word vir doeleindes van 'n verhoor, maar sluit dit in die blootstelling aan kontak met draers van 'n dodelike siekte? MIV-VIGS is tot op datum nog nie 'n aanmeldbare siekte nie en dit is dus vanselfsprekend dat polisiebeamptes nie weet wat die VIGS-status van aangehoudenes is nie. Al was dit 'n aanmeldbare siekte, is daar 'n inkubasietydperk waartydens 'n persoon nog self nie verseker weet of hy MIV-positief is of nie. Sal die Staat op die ou end verplig wees om slegs enkelselgeriewe vir aanhouding en in gevangenis te voorsien ten einde die oordrag van hierdie en ander aansteeklike siektes te voorkom?

In lande soos Kanada en die VSA is litigasie reeds moontlik vir byna enige denkbare eisoorzaak. Sou die Staat miskien verplig wees om versekering uit te neem as beskerming teen eise wat uit aanhouding van verdagtes kan spruit wat nog nie in 'n hof skuldig bevind is aan 'n misdryf nie? En sal versekeringsmaatskappye sulke dekking kan verleen? Aan die een kant het die Howe in die lig van die Grondwet met 'n billike interpretasie vorendag gekom – aan die ander kant is daar dalk 'n miernes oopgekrap wat die Staat se aanspreeklikheid die hoogte kan laat inskiet, iets soos die oewerlose aanspreeklikheid waarvan daar in die saak van Hill (*supra*) melding gemaak is, en die “*floodgates of litigation*”, aangehaal in Hamilton.¹⁷²⁷ Daar sal betyds diep en ernstig oor alle denkbare moontlikhede besin moet word.

¹⁷²⁷ Hamilton (2003)(SCA), paragraaf 35.

Hoofstuk 11

GEVOLGTREKKINGS EN AANBEVELINGS

11.1. Inleiding

Die antieke wêreld van ou-Egipte en die Grieke in die tyd voor Christus het die simbool geken van die slang of die draak wat met die lyf sirkelvormig uitgestrek sy eie stert vasbyt: Ouroboros.¹⁷²⁸ In die Noorse mitologie het Ouroboros so gegroei dat hy die aardbol kon omsirkel en sy stert tussen sy (mitologiese) tande vasbyt. Dis interessant dat die idee van 'n ronde aarde toe reeds aanvaar is. In sommige variasies byt die slang/draak slegs sy stert, in ander eet hy sy eie her-gegenereerde stert. Ook in Suid-Afrika is die gordelakkedis bekend (ook die Geelthysie genoem) wat sy stert vasbyt en homself ter beskerming soos 'n ietermagô oprol.

So kan die hervormingsproses of die ontwikkelingsproses van hernude interpretasie in die Suid-Afrikaanse reg van die afgelope dekades gesien word as 'n kringloop. Die proses is egter nooit voltooi nie. Wanneer dit lyk asof alle kinkels uiteindelik uitgestryk is, byt die kop die stert vas, en dit gaan gepaard met 'n nuwe posisionering, die uitwerk van nuwe strategieë, maar ook hernude pyn soos wat met die geboorteproses ondervind word.

11.2. As voorbeeld kan die langsame proses rakende die aanvaarding

¹⁷²⁸ www.crystalinks.com. Dis interessant dat die draak in die Ooste as 'n simbool van die goeie

van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as volkome verweer genoem word. Voor 1967 was die verweer van geestesongesteldheid, destyds bekend as kranksinnigheid, in Suid-Afrika in 'n groot mate gegrond op die sogenaamde M'Naghten-reëls afkomstig uit die Engelse reg.¹⁷²⁹ In 1967 het 'n kommissie onder leiding van Regter-President Rumpff 'n verslag uitgebring ná 'n ondersoek na die "toerekeningsvatbaarheid van geestelik versteurde persone en aanverwante aangeleenthede."¹⁷³⁰ In 1987 volg die saak van *Campher*,¹⁷³¹ die verweer word behoorlik deurgetrap in *Wiid*¹⁷³² om 'n kulminasiepunt te bereik in *Ferreira*,¹⁷³³ soos hierbo bespreek in hoofstuk 9. Dan kom die vasbyt van die stert: die saak van *Eadie*¹⁷³⁴ waarin die hele proses tot stilstand geruk word. In 'n eenparige beslissing by monde van Appèlregter Navsa bestaan daar geen verskil tussen 'n beroep op nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid voortspruitend uit emosionele spanning en provokasie, aan die een kant, en die verweer van gesonde outomatisme aan die ander kant nie. As die oortreder beweer dat sy gees weens provokasie so verbrokkel het/afgetakel is dat hy homself nie kon beheer nie, beteken dit volgens Appèlregter Navsa dat hy onwillekeurig opgetree het. Dit kom neer op outomatisme. Snyman noem hierdie uitspraak in *Eadie* "een van die mees enigmatiese uitsprake van die hoogste hof van

beskou word, soos in China, maar in die Westerse wêreld is hy boos en moet uitgeroei word.

¹⁷²⁹ Snyman CR : *Op.cit.* (4de uitgawe), p. 165, genoem in paragraaf 9.1.

¹⁷³⁰ 69/1967: die *Rumpff*-verslag, genoem in paragraaf 9.2.1.

¹⁷³¹ 1987 (1) SA 940 (A).

¹⁷³² 1990 (1) SASV 561 (A).

¹⁷³³ 2004 (4) All (SA) 373 (SCA).

¹⁷³⁴ 2002 (1) SASV 663 (HHA).

appèl op die gebied van die strafreg die afgelope stuk of 50 jaar.”¹⁷³⁵ Ook Hoctor¹⁷³⁶ verklaar:

'It is clear that lack of conative capacity (“weerstandskrag/wilsbeheervermoë”) does not result in involuntary (“onwillekeurige”) behaviour. It is submitted that though this case was correctly decided, (wat betref die skuld van die aangeklaagde, moet skrywer toevoeg) the reflection of the apparently increasing tendency to conflate sane automatism and non-pathological incapacity is unwelcome . Not only is such a development retrogressive in that it is clearly unscientific (the concepts contestably relate to different elements of criminal liability), it is also unwarrantable...” (Skrywer se beklemtoning).

11.3. In 1981 het die Appèlhof in *Chretien (supra)*¹⁷³⁷ beslis dat vrywillige dronkenskap 'n volkome verweer kan wees wat tot algehele vryspraak kan lei. Dus kon iemand vry uitgaan as hy homself so besope drink dat hy ontoerekeningsvatbaar is. Die vraag het ontstaan: As dronkenskap toerekeningsvatbaarheid geheel en al uitsluit, hoekom dan nie ook emosionele spanning veroorsaak deur geweldige provokasie nie? Hierdie totaal verkeerde uitspraak moes in 1988 deur die wetgewer in die bek geruk word om die gevolge van die *Chretien*-uitspraak te beperk. In 2014 het die slang weer omgespring en na die stert gehap, naamlik in die saak van die musikant Molemo “Jub-Jub” Maarohanye en Themba Tshabalala.¹⁷³⁸ Hulle het op 8 Maart 2010 tydens 'n onwettige straatren onder die invloed van dwelms met hul Mini Coopers in Soweto deur 'n groep skoolkinders geploeg. Hulle is lewenslange tronkstraf opgelê.

¹⁷³⁵ Snyman CR: *Op cit.* (6de uitgawe) p. 169.

¹⁷³⁶ 2001 SAS 195, pp. 202, 205.

¹⁷³⁷ 1981 (1) SA 1097 (A).

¹⁷³⁸ *Die Burger*, 2014/10/09.

Hierdie vonnis vir moord is in Oktober 2014 deur die Noord-Gautengse Hooggeregshof op 'n tweede appèl verander tot tien jaar vir strafbare manslag.¹⁷³⁹ Regter Maluleke het gesê die oortreders was eufories onder die invloed van dwelms en sou nie redelik die uiteinde van hul daad kon voorsien nie. Die Hof het die saak vergelyk met dié van *Humphreys* wie se minibustaxi vol kinders deur 'n trein op 'n spoorroorgang in die Kaap getref is.¹⁷⁴⁰ Die Hoogste Hof van Appèl het die moordaanklag teen hom tersyde gestel en sy vonnis van 20 jaar gevangenisstraf verminder tot 8 jaar. Al twee sake is oor die boeg gegooi van 'n gebrek aan *dolus eventualis*, met ander woorde dat hulle nie die opset gehad het en redelik kon voorsien dat hulle die dood van mense kon veroorsaak, en hulle daarmee versoen het nie. Dit lyk vir skrywer, met respek gesê, of die beslissing weer die *Chretien*-stert vasgebyt het: as iemand vrywillig dwelms gebruik, as hy die eerste “lyn snuif” of 'n spuitnaald nadertrek of 'n bedwelmende drankie na sy lippe bring, móét hy kan voorsien dat hy beheer oor homself gaan verloor wat ernstig tot die nadeel van ander kan strek. Hy is dan nog nie eufories bedwelm nie. Dus: *back to square one*.

11.4 Toenemende misdaad. Die swart-en-wit helftes van die beroemde tweede-eeuse tekening van die Ouroboros uit Alexandrië¹⁷⁴¹ verteenwoordig die dualiteit van die mens se bestaan op aarde. As sodanig kan dit geïnterpreteer word as die Westerse ekwivalent van die Taoïstiese Yin-Yang-simbool. So kan dit gesien word as die realiteit dat daar, naas die regsgehoorsame burgers, 'n enorme korps misdadigers bestaan wat,

¹⁷³⁹ *Ibidem*, 2014/10/09.

¹⁷⁴⁰ *S v Humphreys* [2011] ZAWCHC 498.

¹⁷⁴¹ www.crystalinks.com.

soos wetgewing hulle aktiwiteite aan bande lê, met nuwe en werklik briljante skemas vorendag kom om die regstelsel uit te daag. Dit lyk selfs of daar vir elke regsgehoorsame persoon een of meer misdadigers is. Om hierdie rede word die punt nooit bereik dat die gevoel kan ontstaan dat daar 'n einde gaan kom aan misdaad nie. Die ontwykende stertpunt moet voortdurend gejaag word en vasgebyt word. Die regspleging van 'n land, en inderdaad globaal, bereik nooit 'n versadigingspunt nie.

11.5. Verkragting. Nog 'n kringloop is oënskynlik in Suid-Afrika teen die einde van die eerste dekade van die 21ste eeu voltooi. Wat ter sprake is, is die millennium-lange eng vertolking van verkragting. Reeds in die Bybelse tyd lees 'n mens daarvan. In Génesis word die ontering van Dina, die dogter van Jacob en Lea¹⁷⁴² beskryf, en dit word as sinoniem gebruik vir verkragting. Só woedend was haar broers dat hulle al die mans in die stad met lis verswak het, en daarna gedood het, die stad verwoes het en al hulle besittings geneem het. Deur die eeue het verkragting 'n baie ernstige misdaad gebly, en in Suid-Afrika kon die doodstraf daarvoor opgelê word, maar dit het net betrekking gehad op geslagsgemeenskap tussen 'n man en 'n vrou, met die belangrike veronderstelling dat die vrou nie toegestem het nie. In die gemenereg is hierdie gedrag gestraf as 'n vorm van *vis*¹⁷⁴³ of geweld, of as 'n gekwalifiseerde en strafbare vorm van wat by skrywers soos Van Leeuwen en Moorman bekend gestaan het as *stuprum violentum*.¹⁷⁴⁴ Die

¹⁷⁴² Génesis 34:2 – “Toe Sigem vir Dina sien, het hy haar gegryp en met haar gemeenskap gehad en haar onteer.” (Skrywer se beklemtoning).

¹⁷⁴³ D 48 5 30 9; Carpzovius 68 2; M 1953 (4) SA 393 (A), p. 398A.

¹⁷⁴⁴ Aangehaal deur Snyman CR: *Op. cit.*, (4de uitgawe), p.460.

klem was dus op die geweld wat gebruik is. In die Suid-Afrikaanse reg val die klem op die afwesigheid van toestemming. In 1923 het 'n sangonderwyser sy leerling se "toestemming" op bedrieglike wyse verkry deur haar wys te maak dat hy haar asemhaling sou verbeter deur geslagsgemeenskap.¹⁷⁴⁵ Dit kon gevolglik nie as geldige toestemming aanvaar word nie. Met verloop van tyd is die gemenerereg-posisie algaande vervang met wetgewing. Uiteindelik is Wet 32 van 2007 deur die wetgewer aangeneem en daardeur is die gemeenregtelike posisie wydlopend uitgebrei om altwee geslagte in te sluit. 'n Vrou kan dus skuldig bevind word aan verkragting, waar sy voorheen net as medepligtige daaraan skuldig was as sy aan 'n man bystand verleen het om iemand te verkrag,¹⁷⁴⁶ byvoorbeeld deur die slagoffer aan te lok/te bedwelm/vas te hou. Ooreenkomstig die 2007-wet hoef dit nie net meer die vagina te wees wat geopenetreer word nie. Verder kom nie net die gebruik van die penis nie, maar ook van hande, mond en voorwerpe vir penetrasie neer op verkragting, as daar nie vrywillige toestemming is nie. Beteken dit dan dat 'n oopmondsoen, waar die man sy tong/lippe in die teensinnige vrou se mond indruk, verkragting is? Dit lyk wel so. In 'n Oudtshoorn-saak is 'n man skuldig bevind aan verkragting nadat hy sy penis in 'n kind se mond gedruk het en geürineer het.¹⁷⁴⁷ In die aanhef van die wet word die redes vir die wetgewing aangegee: die pleging van seksuele misdade in Suid-Afrika is onrusbarend hoog en

¹⁷⁴⁵ *Williams* 1923 (1) KB 340. 'n Dokter, Johannes Volsteedt, is ook 'n paar jaar gelede veroordeel weens verkragting onder die voorwendsel dat dit deel is van die behandeling vir vroulike pasiënte in sy spreekkamer in die Louis Leipoldt-Hospitaal in Bellville.

¹⁷⁴⁶ Snyman CR : *Op. cit.* (4de uitgawe), p. 460.

¹⁷⁴⁷ Paragraaf C.2.11 hierbo; *Die Burger* 2014/12/09. Die oortreder was ene John Meyer.

vroue, kinders en verstandelik gestremde persone is uiters kwesbaar. Hulle is gewoonlik die slagoffers van hierdie misdade, en word ook misbruik vir prostitusie, uitbuiting en mensehandel vir seksuele doeleindes. Die probleem in Suid-Afrika is in die eerste instansie 'n sosiale probleem, en wetgewing kan dit nie sonder meer regstel nie, maar die wet bied nogtans 'n mate van beskerming. Volgens die Handves van Menseregte, vervat in die Grondwet, het elkeen die reg om veilig te wees, en dit kom daarop neer dat niemand blootgestel mag word aan enige vorm van geweld nie.¹⁷⁴⁸ Die Wet maak verder voorsiening vir sekere dienste, soos dat die slagoffer daarop kan aandring dat die oortreder vir MIV-VIGS getoets moet word, en dat die slagoffer die reg het om behandeling teen VIGS te ontvang.¹⁷⁴⁹ Die voorwaarde is dat die misdryf binne 72 uur aan die polisie gerapporteer moet word. Voorts skep die wet 'n Nasionale Register vir Seksuele oortreders, waarin die name van alle oortreders wat skuldig bevind is aan seksuele oortredings teen kinders en verstandelik vertraagde persone aangeteken word. Hierdie oortreders mag nooit weer in hulle lewens met kinders of verstandelik gestremde persone werk nie. Dis 'n geweldige stap vorentoe in 'n land waar verkragting 'n alledaagse verskynsel is, selfs die verkragting van babas. Voorts word dit dikwels nie by die polisie aangemeld nie as gevolg van die stigma wat daaraan kleef, sowel as vrees dat die verkragter sal terugkom en wraak neem. Die werklike aantal gevalle is dus eintlik ver hoër as dié aangemeld. Soms is slagoffers nie geneë om die onaangename en vernederende besonderhede van die voorval aan manlike polisielede oor te dra nie. Die Wet vereis nou ook dat daar sensitiwiteit aan die dag gelê

¹⁷⁴⁸ Artikel 12(1)(c).

moet word met die hantering van die slagoffers.¹⁷⁵⁰ Uiteraard moet die inhoud van die Wet bekendgestel word aan veral soveel as moontlik potensiële slagoffers – dit help nie as dit “op die wetboek staan” en diegene wat geweld aangedoen word, dra nie kennis van die inhoud van die Wet nie. Skrywer is bewus daarvan dat die Departement van Justisie intervensies reël waar amptenare soos staatsaanklaers wat goed op hoogte is met die inhoud van die Wet, groepe in die gemeenskap toespreek, die bepalings verduidelik en vrae beantwoord. Ook gesondheidswerkers speel hier ’n belangrike rol. Daar behoort egter meer gedoen te word. Skole kan betrek word, die vak Lewensoriëntering kan ’n simplistiese bespreking van die Wet bevat, en onderwysers wat nie opgewasse is vir die taak nie, kan hulp vra by prokureurs of aanklaers of polisielede gemoeid met opleiding of ander persone met die nodige kennis. Elke gemeenskap het byvoorbeeld ’n hele aantal afgetrede persone wat bekwaam is en goed daartoe in staat is om sulke dienste te verrig, ook gewese slagoffers. Daar is voorts instansies soos Vroueverenigings wat sekerlik gewillig sal wees om te help. Dit kan geïnkorporeer word in vakansiekampe of ander programme wat gereël word vir kinders wat gedurende die skoolvakansie met die siel onder die arm rondloop. Dit is die jammerlike realiteit dat selfs baie jong kinders deesdae goed weet wat verkragting behels, en die hulp wat verkry kan word, moenie doodgeswyg word nie. Dit is noodsaaklik dat die “drinkwater” die dorstigste

¹⁷⁴⁹ Daar word in die omgangstaal daarna verwys as PEP: Post Exposure Prophylaxis.

¹⁷⁵⁰ Daar bestaan reeds geruime tyd in groot sentra soos Wynberg (Kaap) en Port Elizabeth aparte howe vir die aanhoor van seksuele misdrywe, sodat verkragtingsake sonder versuim afgehandel kan word. Die aanklaers spesialiseer in daardie howe en ken slagoffers se spesiale behoeftes.

bereik, en die inhoud van die wetgewing nie net in 'n “opgaartenk” sonder krane gestoor word nie. Eers dan het die Wet sy doel bereik.

Skrywer het uit ervaring geleer dat grafiese voorstellings en tekeninge help om begrippe vas te lê wat andersins nie so maklik begrypbaar is nie. Voorskoolse kinders wat nog nie kan lees of skryf nie, is ongelukkig tans sagte teikens vir verkragters. Dieselfde geld vir ou mense of verstandelik gestremdes en ander wat ongeletterd is. Skrywer stel nié voor dat die verkragtingsdaad eksplisiet deur byvoorbeeld tekeninge weergegee moet word nie. Sekere aspekte kan egter wel uitgebeeld word, soos die gryp van die slagoffer, hoe die aanvaller haar mond toedruk en haar op die grond/bed neergooi, terwyl die slagoffer “nee” uitroep of dit selfs deur middel van *think bubbles*, soos in strokiesprente, dink en haar teësit deur byvoorbeeld te krap of te skop. Die teenoorgestelde as kontras waar toestemming wel verleen word (glimlaggende gesig, lyftaal) kan die indruk beklemtoon. Of die 72 uur-tydperk waarbinne die misdaad aangemeld moet word (hierbo genoem), kan met behulp van tekeninge met horlosies en dag/nag-periodes uitgebeeld word. Die verbod op die vertoon van foto's en/of televisieprogramme met byvoorbeeld naakte kinders, van agter of andersins sensitief uitgebeeld en met 'n (rooi) kruis gemerk, kan ook so ingeskerp word tesame met die verduideliking daarvan. Polisiebeamptes wat sulke sake hanteer, moet verkieslik as fyn, simpatieke dames of ronde moederlike tipes uitgebeeld word om vertrouwe in te boesem. Hoe meer sintuie gebruik word, hoe beter is die oordragproses van inligting – dit word sonder teenspraak in die opvoedkunde aanvaar. Ook Einstein het gesê sy wetenskaplike vaardigheid kan toegeskryf word aan wat hy genoem het “a play with signs, images and other elements, both visual and muscular. This combinatory play seems to be the essential feature in

productive thought.”¹⁷⁵¹ Benewens hoor, kan die moontlike slagoffers ook met ’n visuele voorstelling baie gedeeltes van die Wet “sien” en op hierdie manier, of deur weldeurdagte en sensitiewe rolspel,¹⁷⁵² beter toegerus word.¹⁷⁵³ Dit is die doel van die Wet.

11.6. Tolke, taalkundiges en taalprobleme. Wanneer verskillende tale in die hof gebruik moet word, is die dienste van tolke onontbeerlik. ’n Voorvereiste is egter dat die tolkwerk van ’n baie hoë gehalte moet wees: dit moet ’n absolute presiese weergawe wees van die getuienis wat gelewer is. By die vergaderings van die Verenigde Volke waar misverstande katastrofiese gevolge kan hê, het ’n amptenaar verbonde aan die tolkdienste per geleentheid opgemerk dat dit beter is om geen tolk te hê nie, liewer as ’n swak tolk, want dan weet almal daar is sonder ’n tolk ’n totale gebrek aan kommunikasie. ’n Gebrekkige tolk kan die indruk skep dat alles wel is, terwyl die verkeerde boodskap oorgedra word. Daar is baie stres verbonde aan die werk van ’n tolk, sodat tolke normaalweg elke

¹⁷⁵¹ <http://www.geniusbydesign.com/other/windows/success/shtml/>

¹⁷⁵² Rolspel kan met groot nut aangewend word. Aspekte van baie wette kan so opgeklar word. As voorbeeld word genoem artikel 27(1) van die Strafproseswet wat lui ’n polisiebeampte kan geweld gebruik om vernet teen sy regmatige deursoeking en betreding te voorkom “...met dien verstande dat hy eers hoorbaar toegang tot die perseel moet eis en die doel bekend moet maak waarvoor hy die perseel wil betree.” Veral die Engelse vereiste “... he must audibly demand entrance” word deur baie min nuwe polisielede verstaan. Gedurende ’n rolspel wat skrywer tydens ’n opleidingsessie gebruik het om die korrekte betekenis duidelik te maak, het ’n konstabel (buite die klaskamer wat as die perseel diens gedoen het) aan die deur geklop en taamlik onduidelik gesê: “I audibly demand entrance...” So kan die taal dikwels aanvanlik ’n struikelblok wees wat met ’n bietjie moeite opgeklar kan word.

¹⁷⁵³ Die Chinese filosoof Confucius het baie eeue gelede gesê: ek hoor, en ek vergeet; ek sien en ek onthou; ek doen en ek verstaan : www.awakeblogger.com/confucius-says-the-top-10-quotes-by-Confucius.

twintig minute afgelos word.¹⁷⁵⁴ Dieselfde geld in die hof. In die 2014-*Oscar Pistorius*-saak¹⁷⁵⁵ wat oor televisie gebeeldsend is, het die pogings van gebrekkige gehalte van sommige van die tolke wat gebruik is, aan die lig gekom. Een van die tolke moes vertaal: “Dit was ’n windbuks.” Lede van die polisie en amptenare van die hof het hulle verbasing en geamuseerdheid probeer wegsteek toe hy vertaal: “It was a ’Windbuchs’ airgun.” Dit was gelukkig vermaaklik, sonder ernstige implikasies. In ander gevalle kan dit, as dit ongesiens verbygaan, ’n verkeerde boodskap oordra, soms met ernstige gevolge. ’n Voorbeeld is as daar in of uit ’n taal getolk word wat die aanklaer of beamptes van die hof of regsvertegenwoordigers nie verstaan nie, en niemand die fout kan opklaar nie. Dis onverstaanbaar dat daar in ’n prominente saak soos die genoemde *Pistorius*-saak nie vooraf gereël is vir plaasvervangers om in te staan as daar ’n probleem is met ’n tolk nie, veral aangesien daar by die vooruitsig op ’n televisie-uitsending die moontlikheid voorsien moes gewees het dat ’n tolk op die nippertjie koue voete kon kry, soos klaarblyklik aanvanklik die geval was. Deur die saak te beeldsend, is daar na die mening van die skrywer ’n skouspel (*show*) van die saak gemaak, en in *show-business* geld die motto: *No matter what, the show must go on*. Daarom is daar altyd in die vermaaklikheidswêreld iemand gereed (*an understudy*) wat op kort kennisgewing kan instaan. So moet howe ook goeie tolke beskikbaar hê. In sommige gevalle is meer as net ’n tolk nodig. As voorbeeld kan weer eens die *Oscar Pistorius*-saak genoem word. Op die belangrike vraag van die aanklaer moes die beskuldigde antwoord of hy met opset na die badkamerdeur/die persoon anderkant die

¹⁷⁵⁴ <http://www.rferl.org/content/UN-Interpreters-Make-Sure-Nothing-Is-Lost-In-Translation>.

deur geskiet het. Sy antwoord was dat hy “*by accident*” geskiet het. Die aanklaer het dit nie aanvaar nie. Indien ’n taalkundige geroep is om te getuig, sou die twee moontlike interpretasies maklik versoen kon gewees het. Daar moes bloot getoon word wat die teenoorgestelde is van *on purpose*. Een aanvaarbare moontlikheid is wel *by accident*, wat klaarblyklik die bedoeling was van die beskuldigde: Hy het dus nie die opset gevorm nie. Dan is daar as alternatiewe ook die alternatiewe van *deliberately or intentionally*, wat hy oënskynlik nie bedoel het nie. Ook in die saak van *Campher (supra)*¹⁷⁵⁶ het die beskuldigde haar onstuimige gemoedstoestand beskryf en gesê sy het gevoel dat sy in ’n “sluik” ingaan. Dis nie ’n woord wat eenvoudig in ’n woordeboek nageslaan kan word nie, ’n taalkenner moes die hof hier gehelp het sodat haar presiese gemoedstoestand gepeil kon word, iets wat in die besondere saak die crux was van wat presies aanleiding tot die tragiese gebeure gegee het, en of sy aanspreeklik was. Regsverteenwoordigers doen normaalweg alles binne hulle vermoë om die kliënt se saak op die beste manier te dien, daarom is dit onbegryplik dat die belangrikheid van tolke en taalkenners soms gering geskat word. Die feit dat die verhoor wêreldwyd gebeeldsend word, het nadele. Eerstens kan die getuie wat nog geroep moet word, insae kry in die getuienis van persone wat reeds getuig het. Dis totaal ongewens. Tweedens kan dit inhiberend wees, en persone wat andersins sou getuig het, is onwillig om na vore te kom om aan die wêreld “uitgestal” te word, selfs al verskyn hulle beeld nie op die skerm nie, maar slegs die stem word gehoor. Veral as daar robuuste ondervraging is deur óf die Staat, óf die verdediging, wil potensiële getuies nie as belaglik aan

¹⁷⁵⁵ Ten tye van die skrywe van hierdie navorsingstuk nog ongerapporteer.

die ganse kykerspubliek voorgehou word nie. In 'n land met elf amptelike tale ¹⁷⁵⁷ is daar uiteraard probleme met kommunikasie. Die meeste hofsake (indien nie almal nie) word reeds net in Engels gerapporteer, wat in werklikheid die Grondwetlike waarborg van elkeen se reg om sy moedertaal te gebruik, misken. Daar word nou reeds pogings aangewend om alle wetgewing in al elf tale te vertaal. Weer eens: Hier moet met die uiterste versigtigheid te werk gegaan word dat die vertalings absoluut korrek moet wees. Selfs die Afrikaanse Bybel word telkens opnuut vertaal, om so nader aan die bronbetekenis te kom. Dieselfde akkuraatheidsvereiste geld vir wetgewing.

'n Bykomende probleem in die praktyk is dat polisiebeamptes soms in 'n streek waar twee of drie tale oorheersend is, nie daartoe in staat is om 'n verklaring van 'n klaer in sy moedertaal af te neem nie. Dikwels is daar ook nie 'n ander persoon beskikbaar wat dit wel kan doen nie. Verder het die berugte Resolusie 7 van die Polisie ¹⁷⁵⁸ veroorsaak dat egpare doelbewus “geskei” en na verskillende gebiede verplaas is, oënskynlik met die doel om “botallige” sprekers van 'n taal na ander gebiede te stuur waar daar min mense is wat die taal kan praat. Dis was 'n tipe “regstellende aksie”. Dit het veroorsaak dat 'n Xhosa-vrou byvoorbeeld die stasie-bevelvoerder geword het op Struisbaai waar byna niemand Xhosa praat nie, terwyl 'n Afrikaanssprekende persoon na Cala in die voormalige Transkei verplaas is en 'n Engelssprekende na Aggenys in die Noord-Kaap. ¹⁷⁵⁹ Dit het chaos veroorsaak, en talle hofsake. Met die verloop van

¹⁷⁵⁶ 1987 (1) SA 940 (A).

¹⁷⁵⁷ Gebaretaal word nie-amptelik gereken as die twaalfde taal.

¹⁷⁵⁸ PSCBC: Resolution/2002 in the SAP. To support ethos and provisions of s.205 (3) of SAPS Act.

¹⁷⁵⁹ Kursusgangers by die Polisie-Akademie te Graaff-Reinet, afkomstig van Aggenys, het nooit

die afgelope dekade is die toepassing van Resolusie 7 verslap, maar die taalprobleem is nog nie opgelos nie.

11.7. Selfdood met of sonder hulp. Selfmoord, of liever poging tot selfmoord, is nie in die Suid-Afrikaanse reg 'n misdadig nie.¹⁷⁶⁰ Baie mense verkies tans om te praat van selfdood. Soms begeer 'n terminale siek mens om selfdood te bewerkstelling, maar is nie meer fisies daartoe in staat nie, en is daar sprake van hulpverlening. Dit laat die vraag ontstaan of die posisie in die Suid-Afrikaanse reg enigsins verander het vanaf die saak van *Peeverett* in 1940.¹⁷⁶¹ Wanneer A vir B aanmoedig om selfmoord te pleeg, of A aan B die middele voorsien om dit te doen, en B dan wel selfmoord pleeg, veroorsaak dit dan dat daar geen *nexus* bestaan tussen A se handeling en die dood nie? In *Peeverett* is daar aanvaar dat die laaste vrywillige handeling van B nie 'n *novus actus* uitmaak nie, so ook later in *Grotjohn*.¹⁷⁶² In die Suid-Afrikaanse reg is daar sprake van twee soorte genadedood, naamlik aktiewe en passiewe genadedood. Passiewe genadedood is toelaatbaar. Die baie siek pasiënt word toegelaat om te sterf, sonder dat daar ingetree word, alhoewel intrede miskien die lewe kon verleng het. Aktiewe genadedood, aan die ander kant, is nie geoorloof nie. Dit sluit aan by die hulp wat A in die

Engels gepraat nie en onomwonde aan skrywer verklaar dat hulle hoegenaamd nie Engels kán praat nie, al wil hulle hoe graag; tussen 1995 en 2000.

¹⁷⁶⁰ Daar het egter beslis 'n stigma aan gekleef, sodat baie kerke geweier het om so 'n persoon in "*consecrated ground*" te begrawe. Hulle is selfs "verkeerd" begrawe, sodat hulle nie oos "gekyk" het soos die "regverdige" wat met die oog op die laaste opstanding sonop "kyk" nie. Die grafstene was dus aan die oostekant, nie wes soos die ander grafte s'n nie, en uitkenbaar.

¹⁷⁶¹ 1940 AD 213.

¹⁷⁶² 1970 (2) SA 355 (A).

bespreking hierbo aan B verleen het. In lande soos Nederland, België, Luxemburg, Indië, Ierland, Colombië en 'n paar Noord-Amerikaanse state soos Washington en Oregon¹⁷⁶³ is die posisie reeds 'n paar jaar anders: As 'n persoon verkies om te sterf, kan iemand anders hom bystaan. 'n Belgiese reeksmoordenaar en-verkrachter, Frank van den Bleeken, het amper sy vonnis van lewenslange tronkstraf vrygespring omdat hy gesmeek het om liever die genadedood te ontvang. Die owerhede het egter 'n stokkie daarvoor gestee, 'n dag voordat hy 'n inspuiting sou ontvang op grond van "mediese redes van 'n sielkundige aard".¹⁷⁶⁴ Die kommissie vir genadedood in België het sy aansoek goedgekeur, waarna die owerhede ingegryp het en dit gestop het. Anders gaan hy "vry" uit.

Die saak van Hartmann¹⁷⁶⁵ is baie bekend in die Suid-Afrikaanse reg. Hartmann, 'n mediese dokter, se pa was sterwend aan 'n ongeneeslike siekte, en het baie pyn verduur. Hy het sy seun gesmeek om hom te help sterf. Die dokter het hom oplaas 'n oordosis morfien gegee en hy het gesterf. Hy is deur die Hof skuldig bevind, maar slegs gevonniss tot "gevangenisstraf" totdat die hof verdaag het. Dit toon dat die samelewing dit nie goedkeur nie, maar die motief (wat nie gelykgestel kan word aan opset nie) verstaan en nie veroordeel nie. 'n Volledige bespreking van genadedood val nie binne die bestek van hierdie studie nie. In 2012 het Sean Davison, 'n Suid-Afrikaner wat in Nieu-Seeland gewoon het, aan sy sterwende ma bystand verleen om te sterf.¹⁷⁶⁶ Sy het reeds 'n aantal dae

¹⁷⁶³ <http://www.Newhealthguide.org/Where-is-Euthanasia-Legal.html>; 2014/12/22.

¹⁷⁶⁴ *Rapport*, 2015/01/11.

¹⁷⁶⁵ 1975 (3) SA 532 (K).

¹⁷⁶⁶ <http://www.iol.co.za/news/south-africa/western-cape/prof-i-won-t-assist-in-euthanasia->

gevas om haar dood te probeer verhaas, en kon die pyn nie meer verduur nie. Hy het 'n boek daaroor geskryf, en die hoofstuk is voor publikasie verwyder, maar dit het aan die lig gekom en hy is op grond van 'n pleitooreenkoms skuldig bevind aan bystand by selfdood en 'n vonnis van vyf maande huisarres opgelê. Met sy terugkeer in Kaapstad het hy gesê dat hy hom sou beywer vir die wettiging van genadedood in Suid-Afrika. Daarna het hy *Dignity South Africa* tot stand gebring.¹⁷⁶⁷ Na die selfmoord van 'n doktersvriend, Anrich Burger, wat vir Davison gekontak het om sy ondersteuning vir *Dignity South Africa* te toon en so met Davison bevriend geraak het, het Davison verklaar hy wil nie weer iemand help sterf nie, want dis 'n baie stresvolle proses. Burger het sy eie medikasie bekom,¹⁷⁶⁸ en Davison het hom ondersteun om selfmoord te pleeg, maar dis nie duidelik watter rol Davison uiteindelik gespeel het nie. Hy was egter nie bekommerd oor 'n moontlike strafregtelike klag nie, is in September 2014 berig. Teen Januarie 2015 is geen klag nog teen hom gelê nie. Intussen is *Dignity South Africa* besig om voorgestelde wetgewing voor te berei, wat aan die Parlement voorgelê kan word met die oog op die wettiging van bystand by selfdood. Davison verwelkom die ondersteuning van emeritus Aartsbiskop Tutu, wat in Julie 2014 aan die *British Observer* gesê het dat hy nie sy eie lewe kunsmatig verleng sou wou hê nie. Hy ondersteun die keuse van 'n waardige dood.¹⁷⁶⁹ Dit lyk dus asof dit nie onmoontlik is dat genadedood uiteindelik, selfs binne

[again;2014/12/22.](#)

¹⁷⁶⁷ *Ibidem.*

¹⁷⁶⁸ *Ibidem.*

¹⁷⁶⁹ [http://www.iol.co.za/news/south-africa/western-cape/prof-i-wont-assist-in-euthanasia-again;2014/12/22.](http://www.iol.co.za/news/south-africa/western-cape/prof-i-wont-assist-in-euthanasia-again;2014/12/22)

afsienbare tyd, in Suid-Afrika gewettig kan word nie. Val dit nie moontlik onder die vryheid ten opsigte van “spraak” en uitdrukking wat die Grondwet¹⁷⁷⁰ waarborg nie? Professor Pieter Carstens van die Universiteit van Pretoria en kenner van die mediese reg, wys daarop dat elkeen die reg het op menswaardigheid, en daar is dus geen rede hoekom genadedood in Suid-Afrika onwettig is nie.¹⁷⁷¹

Wat is dan die “byt aan die stert” ten opsigte van die voltooiing van die kringloop vanaf geheel en al verbode tot die wettiging van genadedood? Sekerlik die vraag wie uiteindelik kwalifiseer as geloofwaardige/wettige medepligtige: Net diegene met ’n “edele” motief, soos die eienaar van ’n geliefde troeteldier wat besluit om die pyn van die dier deur ’n veearts te laat beëindig? Of enige benoemde instansie of regering wat besluit dat daar sekere kategorieë mense bestaan wat liefers nie meer moet leef nie, tot voordeel van die samelewing? As voorbeeld kan genoem word die Nazi-regime met sy klassifisering van mense as “*Untermenschen*” soos gays, Jode, swaksinniges, kinders met ernstige liggaamlike gebreke en ander wat liefers uitgewis moes word en sodoende “gehelp” word om van hulle stigma/onaanvaarbaarheid/swak lewensgehalte verlos te word. Kan dit nie beskou word as ’n manier om van ongewenste “elemente” byvoorbeeld gewoontemisdadigers of verkragters of reeksmoordenaars ontslae te raak nie? En hoe kan so iets versoen word met die Suid-Afrikaanse Handves vir Menseregte? Dit gaan dus steeds om die etiese regverdiging van besluite wat namens ander geneem word. ’n “Lewende testament” waarin die gesonde persoon uitspel wat gedoen moet word indien hy nie meer self besluite kan neem nie, gee uiteraard ’n goeie

¹⁷⁷⁰ Artikel 16 en veral artikel 12(2)(c): sekerheid van en beheer oor die eie liggaam.

aanduiding. Sulke testamente word reeds jare lank opgestel. Dit lyk egter asof daar nog baie water in die see moet loop voor die dekadellange debat oor genadedood en ingrypende wetgewing 'n kulminasiepunt gaan bereik, en die kringloop daarmee voltooi word.

11.8. Vonnis vir "kwesbare" persone.

In paragraaf C.2.12 hierbo is bespreek watter tipe vonnis aan byvoorbeeld kinders opgelê kan word, omdat hulle nog nie fisies en sielkundig op die vlak van volwassenes is nie, en kwesbaar is. Daarom is die oplê van minimum-vonnis aan kinders ongrondwetlik. Die vraag ontstaan of hierdie benadering ten opsigte van kinders nie miskien die voet in die deur kry vir ander "groepe" wat ook sielkundig of fisies kwesbaarder is as die "gewone" mens nie, indien daar geheel en al so iets soos 'n "gewone mens" is. Hier kan genoem word vrouens wat erg aan pre-menstruele stres ly¹⁷⁷² of selfs gedurende menopouse¹⁷⁷³ of post-natale depressie dinge doen wat glad nie pas by hulle normale gedragsprofiel nie, en dan as dit oortuigend aan die hof voorgelê word, vry uitgaan ten spyte van die erge graad van hul dade, of daar ten minste aanvaar word dat dit strafversagting is. Kom hierdie toestande nie soms neer op tydelike kranksinigheid nie? Indien wel, kom dit in sekere gevalle weer neer op nie-patologiese toerekeningsvatbaarheid wat deur die *Eadie*-uitspraak¹⁷⁷⁴ (noodlottig?) in die voet geskiet is? Daar word telkens deur die media berig dat 'n moeder wat pas geboorte geskenk het, die

¹⁷⁷¹ *Rapport*, 2015.01/11.

¹⁷⁷² PMS in die omgangstaal.

¹⁷⁷³ Menopouse geld ook vir mans, maar normaalweg in 'n heel mindere graad.

¹⁷⁷⁴ 2002 (1) SASV 663 (HHA).

kind in 'n put gooi, of selfs in 'n toilet afspoel of bloot op 'n vullishoop weggooi.

Voorts bring die genetiese samestelling van 'n individu, of 'n aangeleerde gedragspatroon of die geloof dat alles in jou lewe voorbestem is, miskien die aanvaarding dat die dader nie werklik 'n keuse gehad het nie, en dus reeds voor geboorte of van kleins af “geprogrammeer” is om op 'n sekere manier op te tree? In die een persoon is die “toestand” miskien 'n graad of wat erger as by 'n ander. So 'n mens is eintlik soos 'n robot wat nie selfstandig optree nie – hoe kan die reg dan 'n robot straf? Dis soos 'n dier wat net op instink reageer. Sal die punt binnekort bereik word waar daar vir elke daad 'n “verskoning” op 'n lang lys sal staan, sodat baie min mense verantwoording sal moet doen vir gruwelike dade? Het die reg nie al 'n hele ent gevorder op hierdie pad nie? Is dit moontlik dat 'n regsstelsel te “verlig” kan word? Dis baie moeilike vrae om te beantwoord, maar daar is in vele mediaberigte of daaglikse gesprekke te bespeur dat baie mense reeds van mening is dat die misdadiger met sagte handjies behandel word, en meer regte het as die slagoffer. 'n Baie groot gedeelte van die Suid-Afrikaanse bevolking is al een of meer kere deur ernstige misdaad getref: Moord, verkragting, ernstige aanranding, gewapende roof, kaping, huisbraak. Dit wil voorkom asof die regsgehoorsame burger van die land net magteloos moet wag totdat 'n misdadiger weer toeslaan. Dit bring 'n mens terug by die byt aan die stert, naamlik dat die kringloop voltooi is en eintlik die enigste gevalle waarvoor oortreders nog opgespoor en gestraf sal word, hoewel dit nie noodwendig die geval is nie, die werklik ernstige gemeenregtelike misdade is. Dis naamlik die misdade wat in werklikheid vervat is in die Tien Gebooie in die Bybel en die belangrikste voorskrifte in die heilige boeke van ander gelowe, byvoorbeeld die Koran en die

Talmoed en die Veda van die Hindoes. Dis misdade wat die gemeenskap só woedend maak dat daar groot oproer is en geëis word dat die oortreder aan die man gebring en gestraf word. Alles anders wat intussen geïdentifiseer is en gekodifiseer is deur wetgewing, val dan weer deur die sif van verskoonbaarheid as gevolg van die een of ander mensereg of toestand wat nie verhelp kan word nie en die dader daarom nie toerekeningsvatbaar is nie. Is alle mense wat misdade pleeg of ander tot misdade dryf nie geesteskrank in 'n meerdere of mindere mate nie? Oor vrae soos hierdie sal daar nog diep en ernstig besin moet word. Die taak van die wetgewer en die wetstoepasser is inderdaad nooit afgehandel nie. Soms is groei ontwikkeling, ander kere is dit verworping wat weer uitgeroei moet word.

Terselfdertyd is dit algemene kennis dat daar mense is wat met eie innerlike krag bo haglike omstandighede of fisiese gestremdhede en oorerwingsfaktore uitgestyg het. Net 'n paar word genoem: Stephen Hawking wat geniale hoogtes bereik het.¹⁷⁷⁵ Helen Keller was blind en doof en gevolglik ook stom, en het dit alles wonderbaarlik oorkom.¹⁷⁷⁶ Ludwig van Beethoven¹⁷⁷⁷ se pa het 'n kwaai drankprobleem gehad en Ludwig het nie net van jongs af vir sy twee jonger broers gesorg nie, maar

¹⁷⁷⁵ Gestremde Britse fisikus en kosmoloog, gebore 1942, ontvanger van o.a die Einstein-Toekening.

¹⁷⁷⁶ Amerikaanse vrou wat leer "praat" het deur middel van woorde deur haar onderwyseres op haar eie hand uitgespel. Dis 'n formidabele poging van sowel leerling as onderwyseres.

¹⁷⁷⁷ 1770-1827, Duitsland en Oostenryk. Allen WH: *The Music Makers*. Hy word deur baie beskou as een van die heel groot komponiste van alle tye. Hy was later geheel en al doof, maar het aangehou en wonderlike werke gekomponeer. 'n Gedeelte van sy 9de simfonie, die Ode aan die Vreugde, was 'n ruk in die oorgangperiode ná 1994 die SA volkslied. Ook van die destydse Rhodesië, vir 'n tydperk voor 1980.

het onsterflike musiek gekomponeer. Tony Factor was disleksies,¹⁷⁷⁸ maar het 'n groot sukses van sy lewe gemaak. So is daar talle ander, en miskien moet 'n mens dit nie uit die oog verloor nie en optimisties bly ten opsigte van 'n beter wêreld en misdaadbekamping en heropbou en ontwikkeling en rehabilitasie. Elke mens en samelewing het sy swakhede en sterk punte.

11.9. Korrupsie wat die regspleging kniehalter.

Aan die ander kant is daar tans 'n magsoorwig in die regering wat veroorsaak dat dieselfde mense wat beskerm moet word, uitgebuit word. Talle regeringsamptenare (die wetgewende gesag) en 'n groot aantal polisiebeamptes (die uitvoerende gesag) is korrup: Misdadigers gebruik deesdae R4- en R5-aanvalsgewere wat onderskeidelik deur die weermag en polisie gebruik word en nie deur privaat persone besit mag word nie. Dit dui daarop dat misdadigers toenemend op die polisie staatmaak om die wapens in die hande te kry. So sê Johan Burger, senior navorser van die Instituut vir Sekerheid-studies.¹⁷⁷⁹ Hy sê dit het al in hofsake aan die lig gekom dat sommige misdadigers wapens by die polisie huur. Slegs 10% van gesteelde wapens word teruggevind: Dit beteken dat 90% in die hande van misdadigers bly.¹⁷⁸⁰ Intussen het die minister van polisie, Nathi Nhleko, aangekondig 'n ondersoek sal gedoen word na bevorderings, salarisverhogings, afdankings en strafregtelike optrede deur lede van die polisie se topbestuur. Die nasionale polisiekommissaris, generaal Riah Phiyega, word self ondersoek nadat 'n gesprek opgeneem is waarin sy

¹⁷⁷⁸ Suid-Afrikaanse entrepreneur; 1939-1992.

¹⁷⁷⁹ *Die Burger*, 2014/12/09.

klaarblyklik vir die Wes-Kaapse polisiehoof, Arno Lamoer, gewaarsku het dat hy ondersoek word weens moontlike bande met dwelmbase.¹⁷⁸¹ Daar was gerugte dat die polisiehoof, Phiyaga, en minister, Nhleka, in Oktober 2014 drie uur lank op mekaar geskreeu het.¹⁷⁸² Daarna het Phiyaga president Zuma gevra om in te gryp. Zuma is self beleër as gevolg van ernstige aantygings teen hom. Om slegs drie daarvan te noem: 'n Wapenskandaal van groot omvang wat na jare, sedert 1997, nog nie gaan lê het nie.¹⁷⁸³ Daarby die bevinding en aanbeveling van die Openbare Beskermer, advokaat Thuli Madonsela dat Zuma die onregmatige beveiligingswerk van R246 miljoen, of ten minste 'n groot gedeelte daarvan, aan sy privaatwoning Nkandla moet terugbetaal.¹⁷⁸⁴ Dan is daar derdens die nuwe radikale werkers-opposisieparty, die Economic Freedom Fighters, wat Zuma geruime tyd in die parlement oor die nie-betaling uitgejou het,¹⁷⁸⁵ en hom herhaaldelik by monde van me. Mashabela 'n dief en misdadiger genoem het, korrup omdat hy sy familie en vriende bevoordeel; die grootste dief in die wêreld.¹⁷⁸⁶ Dit het ongekenende chaos veroorsaak, sodat die polisie uiteindelik ingeroep is om die orde te herstel, en die parlement verdaag is. Dis onnodig om te sê dat

¹⁷⁸⁰ *Die Burger*, 2014,/12/09.

¹⁷⁸¹ *Ibidem*.

¹⁷⁸² *Ibidem*.

¹⁷⁸³ *Beeld*, 2003/09/16; *Die Burger* 2004/10/09 (begin van die Shaik-verhoor); armsdeal-vpo.co.za: volledige uiteensetting van die beweerde omkopery van die Franse wapenmaatskappy Tales, waarvan Mohammed Shaik in die Hof skuldig bevind is. Zuma is saam met hom geïmpliseer. Die Seriti-kommissie sit reeds sedert 10 Julie 2013 vrugteloos maar met uitgawes van miljoene rand oor die saak.

¹⁷⁸⁴ *Rapport*, 2014/08/30: ANC Zuma sal nie bedank of geld terugbetaal.

¹⁷⁸⁵ Op 21 Augustus 2014: www.youtube.com.

¹⁷⁸⁶ www.youtube.com.

in so 'n parlement geen werk gedoen kan word nie, en dringende wetgewing nie geïnisieer of afgehandel kan word nie. Dat Zuma, in so 'n politieke klimaat, die polisie se binnegevegte sonder huiwering gaan stopsit, lyk baie onwaarskynlik.

Die prentjie word nog donkerder wanneer daar aangekondig word dat die hoof van die Valke, luitenant-generaal Anwar Dramat, op Oukersaand 2014 vir sestig dae geskors word “hangende 'n ondersoek teen hom”.¹⁷⁸⁷ Die Valke is die eenheid van die Polisie wat georganiseerde misdaad ondersoek. 'n Polisiebron het aan die *Sunday Times* gesê die werklike rede vir die skorsing is dat Dramat geweier het om dossiere van sake wat deur die Valke ondersoek word, aan polisiehoof Riah Phiyega te oorhandig.¹⁷⁸⁸ Dié drie dossiere is na bewering oor Nkandla, 'n R60miljoen-bedrogsaak in Kwa-Zulu-Natal en 'n ondersoek na 'n korrupsieszaak rakende 'n leier van die regerende party in Noord-Wes, John Block.¹⁷⁸⁹ Generaal-majoor Benny Ntlemeza is as waarnemende hoof van die Valke aangestel. Daar word beweer hy is ná aan Richard Mduli, geskorste misdaadintelligensiehoof, en 'n vertroueling van Zuma. Ntlemeza het in 2011 'n verslag saamgestel waarin hy verklaar het 'n moordklag teen Mduli is heeltemal vals, dis bloot 'n komplot teen hom (Mduli) om sy bevordering te stuit. Daarna is besluit om klagte van bedrog en geldwassery teen Mduli te laat vaar, maar hierdie besluit is later weer tersyde gestel. Die media berig dat Mduli self 'n Zuma-bondgenoot is.¹⁷⁹⁰ Die direkteur van die Instituut vir Verantwoordbaarheid in Suid-Afrika,

¹⁷⁸⁷ *Die Burger*, 2014/12/27.

¹⁷⁸⁸ *Ibidem*, 2014/12/29.

¹⁷⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁹⁰ *Ibidem*.

advokaat Paul Hoffman, sowel as die direkteur van die Helen Suzman-stigting het gesê dat die skorsing van Dramat onwettig is, want die Konstitusionele Hof het pas vantevore beslis dat die Polisiewet wat die minister van polisie toelaat om die hoof van die Valke te skors of te verwyder, onwettig is. Nogtans het die minister voortgegaan met die skorsing. Hoffman sê onomwonde dat Ntlemeza 'n lojale kader¹⁷⁹¹ en bewese Mduli-man is wat duidelik nie vir die pos geskik is nie. Dis van die uiterste belang dat iemand met 'n onkreukbare karakter en inspirerende werksetiek die Valke moet lei as daar enige vordering gemaak moet word in die stryd teen misdaad. Anders kan die parlement soveel wette maak as wat hulle wil, maar van die individu se grondwetlik-gewaarborgde vryheid en veiligheid sal niks kom nie, en die publiek se vertroue sal nie herstel word nie. 'n Mens verwag ná hierdie ongelukkige verwickelinge gevolglik verniet dat strengere maatreëls ingestel sal word om die polisie reg te ruk. Johan Burger van die Instituut vir Sekerheidstudies bevraagteken verder ook die polisiehoof se verlaging van die kwalifikasievereistes¹⁷⁹² vir die aanstelling van provinsiale misdaad-intelligensie bevelvoerders tot slegs matriek. Hy sê misdaadintelligensie is die hart en siel van die polisie. Daarsonder moet elke eenheid op homself staatmaak om inligting oor sindikate te bekom.¹⁷⁹³ So beweeg Suid-Afrika hinkepink aan sonder om misdaad vas te vat.

Daar is darem iewers 'n ligpuntjie: Kersoggend 2014 het 15 gevangenes deur die plafon van hulle aanhoudingsel ontsnap. Dis die slegte nuus. Die

¹⁷⁹¹ Iemand wat weens noue bande uit die "struggle"-verlede in die binneste regeringskringe beweeg.

¹⁷⁹² *Die Burger*, 2014/12/03.

¹⁷⁹³ *Ibidem*.

goeie nuus is dat twee van die ouers van die ontsnaptes hulle in hulle spore laat omdraai het en hulle weer aan die polisie gaan oorhandig het. Dit gee nuwe hoop dat misdaadbekamping op 'n onkonvensionele en innoverende manier aangepak kan word. Die verhoorafwagtinges wat ontsnap het, sou teregstaan op klagte van onder meer moord, roof, verkragting, huisbraak en veediefstal.¹⁷⁹⁴

Met die bekendmaking van die 2014-matriekuitslae was daar ook 'n verrassend positiewe berig. Van die kandidate in gevangenis wat matriek geskryf het, het byna 70% geslaag. Diegene wat goed presteer het, het op die nasionale TV-nuus gesê¹⁷⁹⁵ dat hulle nou besef dat hulle hulle lewens “opgemors” het deur ernstige misdade te pleeg, en dat die rehabilitasieprogramme en matriekskool wat die gevangenisdiens aanbied, hulle lewens gaan omkeer. Hulle wil ook verder studeer. Daar moet dus, benewens die magdom wette wat bestaan en strukture wat daargestel is om misdaad te bekamp, ook die samewerking van die publiek wees tesame met opheffingsprogramme, en bo alles moet daar die politieke wil aan die kant van die regering wees om Suid-Afrika 'n beter plek te maak om in te woon en te werk. Anders word daardie slang sterker en wurg op die ou end die hele samelewing dood.

11.10 Die oortjies van die seekoei.

Uiteraard is nie alle moontlike probleme in hierdie hoofstuk genoem nie. In sommige gevalle is dit meer van 'n sosiale aard as 'n strafregtelike aangeleentheid, en dikwels oorvleuel dit. So bestaan daar wetgewing wat die gebruik van vuurwerke beperk, en duidelik voorskryf onder watter

¹⁷⁹⁴ *Die Burger*, 2012/12/27.

omstandighede dit gebruik mag word. Nogtans word daar jaar na jaar berig hoe diere verwilderd weghardloop en hulleself ernstig beseer of doodgery word. Talle diere word onversorg gelaat wanneer hulle “mense” met vakansie gaan. Is dit nie tyd dat strengere maatreëls aangekondig en toegepas word nie? Ook mense wat onoordeelkundig met vuurwerke omgaan, verloor ledemate¹⁷⁹⁶ of die gebruik van hulle oë, en sterf selfs, bloot omdat hulle nie bewus is van die wetgewing nie, of dit eenvoudig nie begryp nie, of reken die polisie sal hulle tog nie daarvoor arresteer nie. Weer eens is beter opleiding en bewusmaking nodig.¹⁷⁹⁷

Daar bestaan wette oor die versorging van kinders, en daar is ’n misdad soos kinderverlating. Nogtans word gedurende veral die Kersvakansie elke jaar berig dat ouers die dag by die strand deurbring, en in die aand terugkeer huis toe en baie kleuters net so op die strand agterlaat.¹⁷⁹⁸ Dit beteken die kinders het waarskynlik ’n groot gedeelte van die dag sonder toesig langs die potensieel gevaarlike see deurgebring. Moontlik is die rede die dronkenskap van die ouers, hoewel drank op strande deur die polisie gekonfiskeer word. Oral word op groot kennisgewingsborde aangedui dat die drink van alkoholiese drank op die strande verbode is, maar dis blykbaar nie doeltreffend genoeg nie. Daar is dus bepaald ’n gebrek aan kommunikasie. Van die probleme moet op sowel ’n sosiale vlak as ’n strafregtelike en wetgewende vlak aangepak word. Klaarblyklik is daar ook ’n aantal mense wat opgelei moet word in menswees, sodat

¹⁷⁹⁵ Die aand-nuusbulletins van 7 Januarie 2015, *SABC* 1 en 2.

¹⁷⁹⁶ Die Burger, 2014/12/26: 14-jarige seun van Wilgehof, Bloemfontein, verloor vingers met vuurwerk.

¹⁷⁹⁷ [Netwerk24.com. 2 015/01/02](http://Netwerk24.com.2015/01/02): 3 Dene is in Denemarke dood en 2 beseer gedurende Nuwejaarsvierings; ook Nederlanders is beseer. Die probleem is dus nie beperk tot Suid-Afrika nie.

¹⁷⁹⁸ *Ibidem*: 500 kinders is by Monwabisi, Strandfontein, die Strand en Muizenberg van hul ouers geskei, na ’n dag was 70 nog nie met hul ouers herenig nie, en die polisie moes na hulle omsien.

hulle die regte van hul kinders en diere kan respekteer.

Dis nie moontlik om alle probleem-areas wat elke dag opduik te noem nie, soos byvoorbeeld die geweldige toename in renosterstropery, dwelms wat oor die grense stroom, onwettige immigrante wat werkseleenthede benut in 'n land met 'n groot werkloosheidsyfer, perlemoenstropery om die onversadigbare Oosterse mark te bevredig, die wettigheid van sekere dobbelpraktyke, toenemende internet- en ander bedrog soos die kaping van iemand se identiteit. Regter Kate O'Regan, 'n regter van die eerste Konstitusionele Hof, sê dis baie ambisieus om 'n verskil te probeer maak, 'n mens moet maar eers probeer om dinge nie erger te maak nie.¹⁷⁹⁹ Tog moet die regstelsel steeds bybly.

Internetinligting vergemaklik toegang tot bronne geweldig, 'n navorser is nie meer net aangewese op kwalik bereikbare biblioteke nie. Hoofregter Mogoeng Mogoeng beklemtoon voorts dat 'n moderne elektroniese regstelsel verder daartoe sal bydra om die toeganklikheid van die regspleging vir alle Suid-Afrikaners te verbeter.¹⁸⁰⁰ In lande soos Frankryk, Singapoer, die Verenigde State van Amerika en Maleisië kan hofstukke met die druk van 'n knoppie gestoor word, diefstal daarvan kan voorkom word, en regskoste kan verminder word. Noggans het nie almal toegang tot die internet of rekenaars nie, soms is selfs elektrisiteit 'n probleem. Aan die ander kant word hofgeboue of kantore of die polisie se gemeenskapsdienssentrusse eenvoudig afgebrand en miljoene rande se infrastruktuur en toerusting en inligting gaan in vlamme op. Polisie-beamptes beroof self sake-ondernemings of die publiek. Vraagstukke wat

¹⁷⁹⁹ Rapport, 2014/12/28.

geïdentifiseer, aangepak en geïnterpreteer moet word, is eindeloos, maar terselfdertyd 'n uitdaging.

11.11. Ten slotte.

“Ontwikkeling” is een van die beskrywendste en opwindendste woorde in die Afrikaanse taal. Dit herinner eerstens in die positiewe sin aan 'n betreklik stywe, ontoeganklike blom in die knopstadium, wat met 'n langsame proses van loswikkeling eienskappe wat eers verborge was, toon en verwondering en goedkeuring veroorsaak oor dit wat tot stand gekom het. So is dit met die Suid-Afrikaanse regsgeeskiedenis gesteld: 'n kragtige sisteem met groot moontlikhede het met verloop van tyd ontluik. Die Grondwet het stuwings aan die proses verleen en nuwe, uiters nodige ontwikkelings toegevoeg. Daar kan net gehoop word dat dit 'n blom met 'n lang leeftyd sal wees wat nie oornag verwelk nie, 'n blom soos die koningsprotea, die simbool van die land. En dat die droë skutblare wat onvermydelik afval, nie die geheelbeeld skade sal aandoen nie, eerder die blom beter ten toon sal stel. Die onvolmaakte mens leef in 'n onvolkome wêreld, nogtans het beskawings deur die eeue daarin geslaag om te groei en die beste te haal uit wat beskikbaar was. Indien nie, of as gevolg van innerlike swakhede en verwording, tree daar verval in en uiteindelik ook die ondergang van beskawings. Mag Suid-Afrika uit hierdie geskiedenis leer en betyds die snoeiskêr inlê en die blom self, of die ander blomme aan die plant en die nageslag, toelaat om ten volle te ontwikkel. Andersins kan nuwe saad/lote ingebring word met die doel om inteling¹⁸⁰¹

¹⁸⁰⁰ *Die Burger*, 2014/12/31.

¹⁸⁰¹ Skrywer verwys hier onder andere na nepotisme vir vriende in hoë poste wat goeie werkverrigting belemmer en waarby die land en sy regspleging geen baat kan vind nie.

wat verwronge groei of sterfte tot gevolg het, te vermy of te bekamp. Terselfdertyd moet die onkruid wat die plant bedreig en hom sy voeding ontnem, met noeste vlyt uitgeroei word om optimale groei te verseker. Dis 'n nimmereindigende proses. Siklusse word voltooi en gee aanleiding tot die ontwikkeling van nuwe kringlope. Dis die lewe: eb en vloed, eb en vloed. Soms is daar 'n tsunami wat “*in one fell swoop*”¹⁸⁰² swak bousels platvee. Dit kan metafories vergelyk word met die Grondwet en sy werking, sodat daar beter strukture in die plek van die uitgediendes tot stand gebring is en word. Ou, ontoepaslike wette en beslissings word omgekeer, diskriminerende wette word verwerp. Soms rig die tsunami egter skade aan en vernietig ook die goeie, soos *ultra vires* hofbeslissings weens oorywerigheid om die Grondwet dienstig te wees. 'n Voorbeeld is die beslissing van die Hoë Hof in die eerste *Walters*-saak (*supra*), paragraaf 6.1 en 6.2 hierbo, waar die Regter blatant 'n uitspraak van die Hoogste Hof van Appèl geminag het. Dan moet daar weer met hernude ywer herbesin word, totdat die regte rigting ingeslaan is, en dit wat juis en geldig en eties korrek is, onderhou, gekoester en bewaar kan word.

¹⁸⁰² Vergelyk die stelling van Regters Ackermann en Goldstone in *Carmichele, supra*, 2001 (KH), paragraaf 36, hierbo aangehaal in paragraaf 10.2.7 waar na die ontwikkeling van die gemenerereg verwys word, wat sonder huiwering by die Grondwet aangepas moet word.

BIBLIOGRAFIE

Albertus A en Kriegel MF: *Corpus Iuris Civilis* volume 1 (*Digesta*) en volume 2 (*Codex*), 1844.

Allen WH : *The Music Makers*, 1980, WH Allen and Co. Ltd. London.

Aquinas Thomas : *De Ente et Essentia, ad frates socios (On Being and Essence)*, 1252 - 1256;

Aquinas Thomas : *Catena Aura (The Golden Chain)*, 1263.

AWM : *Nemo bis vexari*, 1973-74, *The Criminal Law Quarterly*, 382-386.

Afrikaanse Woordelys en Spelreëls, 2002 Pharos, NB-Uitgewers Kaapstad.

Beeld, 1994/09/27; 1996/04/25; 2003/09/16; 2004/08/30.

Behr Mark & Lund T: *Murder, will out – Fair Lady*, Mei 2004.

Barton PG & Peel NA : *Criminal Procedure in Practice*, 1979 Butterworths Toronto, Kanada.

Bliss Maurice: *Belediging in die Suid-Afrikaanse Reg*, 1933 Utrecht, Kemink en Zoon, doktorale tesis.

Boberg PQR: *SALJ* 1966, 150 - 175: *Oak Tree or Acorn?*

Bodenstein HDJ: *Engelse Invloeden op het Gemeenrecht van Zuid-Afrika – Rede bij de openlike aanvaarding van het Hoogleeraarsambt aan de Gemeentelike Universiteit te Amsterdam op de 9de Desember 1912*, Amsterdam De Bussy, 1912.

Bolton PM : *The Canadian Criminal Trial Process*, 4de uitgawe 1976 Toronto, Kanada.

Burchell J : *Principles of Common Law*, 4de uitgawe, Juta Claremont, Kaap, 2013.

Burchell J : *SA Criminal Law and Procedure*, volume 1, 4de uitgawe, Juta 2013.

Burring R & Reddi Managay: *Section 49, lethal force and lessons from De Menezes shooting in the United Kingdom – 2013 De Jure*.

Bybelboeke: *Génesis, Eksodus, Levitikus, 1 Konings, Nahum*; 1983
Bybelgenootskap van Suid-Afrika, Kaapstad.

Cape Argus, 2013/05/04.

Cape Times, 2013/12/31; 2014/01/03.

Cook JG : *Constitutional Rights of the accused*, Volume 3, 2de uitgawe, 1986
New York.

Corbett MM : *Aspects of the Role of Policy in the Evolution of Common Law*,
52 SALJ 104 1987.

Cowen DV: *Acta Juridica 1959 I - 19: The History of the Faculty of Law in the
University of Cape Town, 1859 – 1959*.

David R & Brierley John EC: *Major Legal Systems in the World today*; 2de
uitgawe 1978, London, Stevens & Sons.

De Jager FJ : *Dubbele Blootstelling in die Duitse Reg*, 1985 TSAR.

De Jager FJ : *Die Strafbevel en die 'ne bis in idem'-verbod in die Duitse reg*, 1986
TSAR.

Devlin Lord Patrick : *The Enforcement of Morals*, 'n lesing gelewer op 18 Maart
1959 aan die British Academy; Oxford University Press, London, Oxford en New
York.

De Ville JR : *Constitutional and Statutory Interpretation* , UWC Law Faculty,
Interdoc, 1998.

De Villiers Melius : SALJ 48, 308: *Animus Iniuriandi: An Essential Element in*

Defamation.

De Wet JC & Yeats JP: *Die Suid-Afrikaanse Kontrakereg en Handelsreg*, 4de uitgawe deur JC de Wet en AH van Wyk, Butterworth 1978.

De Wet JC : *Opuscula Miscellanea*, 1979, Butterworths Durban.

De Wet JC : 34 SALJ 1917, 280: *Judicial Precedent*.

De Wet JC & Swanepoel HL : *Die Suid-Afrikaanse Strafreg*, 1960 Butterworth & Co.

De Wet JC : THRHR 1948 I - 17: *Gemene reg of Wetgewing?*

Dickenson ED : *Jurisdiction with Respect to Crime* 603 1935 *American Journal of International Law*.

Dressler J : *Understanding criminal Law*, 1995.

Dugard J : *Autrefois acquit and Substantial Identical Offences*, SALJ 1971 302.

Dugard J & Van Wyk D *et al* : *Rights and Constitutionalism: The New South African Legal order*, Juta 1994.

Du Plessis Lourens M : *Die Teoretiese Grondslae van Wetsuitleg* in Joubert DJ (redakteur) *Petere Fontes : LC Steyn Gedenkbundel*, vereniging Hugo de Groot 1980.

Du Plessis LM : *The Interpretation of Statutes*, 1986 Butterworths Durban.

Du Plessis LM & Corder : *Understanding South Africa's Bill of Rights*, 1994.

Du Plessis LM & De Ville JR : *Bill of Rights Interpretation in the South African Context (3) Comparative Perspectives and Future Prospects*, 1998 Stellenbosch LR 356.

Du Toit, De Jager FJ, Paizes A, Skeen A & Van der Merwe S : *Commentary on the Criminal Procedure Act*, 1987 Juta.

Die Burger : 1996/07/12; 1996/09/24; 1997/03/04; 1998/04/21;
 2002/06/08; 2002/06/28; 2004/08/02; 2004/10/09;
 2007/05/01; 2007/08/22; 2009/02/13; 2010/10/09;
 2011/11/05; 2011/12/24; 2013/07/31; 2014/04/14;
 2014/05/04; 2014/06/21; 2014/07/22; 2014/07/23;
 2014/08/30; 2014/09/03; 2014/09/08; 2014/09/10;
 2014/09/23; 2014/10/02; 2014/10/09; 2014/10/14;
 2014/10/15; 2014/10/16; 2014/10/17; 2014/10/21;
 2014/10/23; 2014/10/25; 2014/10/27; 2014/10/29;
 2014/12/03; 2014/12/09; 2014/12/26; 2014/12/27;
 2014/12/29.

Die Volksblad : 2011/05/03, 2014/07/21, 2014/09/06.

Eco Umberto : *Il Nome della Rosa*, 1980 Bionpani Milaan; *The Name of the Rose* 1983 Harcourt San Diego (VSA).

Enrico CR: *Emerging Standards in Supreme Court, Double Jeopardy Analysis*, 1979 *Vanderbilt Law Review*.

Farber DA : *Statutory Interpretation and Legislative Supremacy*, 1989 Georgetown LJ 281.

Friedland ML: *Double Jeopardy*, 1969 Clarendon Press Oxford.

Gane P : *The Selective Voet being the Commentary on the Pandects*, Volume 6 en 7, 1957 Butterworth and Co., Durban.

Gautier U: *The power of the Crown to reinstitute proceedings after the withdrawal or dismissal of charges*, 1979, *The Criminal Law Quarterly*.

Gold AD : *Double Jeopardy - Autrefois acquit 1982 - 1983*, *The Criminal Law Quarterly*.

Hahlo HR & Kahn E: *The South African Legal System and its Background*, 1968 Juta.

Hahlo HR & Kahn E: *The Union of South Africa: The Development of its Laws and Constitution*, 1960 Juta.

Hampton C : *Criminal Procedure*, 3de uitgawe, Sweet & Maxwell, Londen.

Harvard Law Review : *Government appeals of "dismissals" in criminal cases*, 1974.

HAT : 1994, Perskor Midrand.

Henning JJ : *'n Kritiese Privaatregtelike Beskouing van Enkele Tendense in 'n Aantal Uitsprake van die Appèlhof gedurende die Tydperk 1951-1971*, ongepubliseerde LL B-verhandeling aan die UOVS 1973, aangehaal deur Van Zyl DH in *Die Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg*, 1979 Butterworths.

Hiemstra VG: *SA Strafproses*, 5de uitgawe (Kriegler) 1993 Butterworths Durban.

History Channel, SATV : *Cold cases*, Augustus 2004.

Hosten WJ: *CILSA 1969 2 192-204 : The Permanence of Law Concepts in South African Law*.

Hosten WJ, Edwards AB, Nathan C & Bosman F: *Inleiding tot die Suid-Afrikaanse Reg en Regsgeskiedenis*, 1979 Butterworths.

Hosten WJ : *UNISA-mededelings 1961: Romeinse Reg. Regsgeskiedenis, Regsvergelyking*, 1977 UNISA.

Hosten WJ : *UNISA-studiegids I & 2; Regsvergelyking* 1977 UNISA.

Jolowicz HF : *Roman Foundations of Modern Law* , 1957 Oxford at the Clarendon Press 94-100.

Joubert CP : *Nemo Debet bis vexari pro una et eadem causa*; in *Huldigingsbundel, Paul van Warmelo*, 1984 UNISA.

Joubert JJ : *Verdubbeling: wat is die trefwydte van Benjamin 1980 - Moloto*

1980? SASK 1980.

Justinianus : *Digesta*, Boek 48, Titel 2, noot 7 (Scott se vertaling 1932 Cincinatti).

Kahn E : 82 SALJ 1965 133 : *Proving the laws of our Friends and Neighbours*.

Kahn E: *Simposium : Strafproshervorming, 'Double jeopardy and new trials'* 1971 THRHR.

Kamisar Y, La Fave WR & Israel JH : *Modern Criminal Procedure*, 6de uitgawe, 1986 Minnesota.

Kirchheimer O : *The Act, the Offence & Double Jeopardy*, 1949, *The Yale Law Journal*.

Klare Karl : 1998 SAJHR 171-172.

Kruger HB : *The Impact of the Constitution on the South African Criminal Law Sphere*, 2001 : *Journal for Juridical Science* 26 (3): 116- 35.

Labuschagne JMT : *Die Konkurrensieproblematiek by Wetsuitleg*, *De Jure* 1986 369.

Lanham D : *Issue Estoppel in the English Criminal Law*, 1970 CLR.

Lategan BC : 1980 TSAR 107: *Die Uitleg van Wetgewing in Hermeneutiese Perspektief*.

Lansdown AV, Campbell J: *SA Criminal Law and Procedure, Volume V*, 1982 Juta.

Lee RW: SALJ 1930 274 - 283: *What has become of Roman-Dutch law? A vanished Friend*

Lokin JHA : *Harmonisation in Roman, Roman-Dutch and SA Law*, 2008 Fundamina, UNISA.

Manning B: *The Criminal Trial, Volume I*, 1975 Research Publishing Co. Massachusetts.

Maré MC : *Bill of Rights Compendium*, 2A-13.

Mashaw Jerry : 1998 *Yale Law Journal* 1685: 'As if Republican Interpretation.'

Mayers DK, Yarbrough FL: *Bis vexari*: *New Trials and Successive Procecutions*, 1960-61 *Harvard Law Review*.

Mc Kerron RG : 48 *SALJ* 168.

Mc Kerron RG: 66 *SALJ* 1949 : *Fact and Fiction in the Law of defamation*.

Middleton AJ : *Judicial Considerations Concerning the Imposition of Criminal Punishment : A Historical Survey*, ongepubliseerde LL D-tesis UNISA 1983.

Miles Sir John C : *Digest of English Civil Law Book 11 Part 111* (aangehaal deur Bliss).

Mirfield P : *Shedding a tear for Issue Estoppel*, 1980 *CLR*.

Mommsen F, Krueger P & Watson A : *The Digest of Justinian*, Volume 4, 1985 Pennsylvania.

Moodie RA : *Autrefois acquit and convict in Canada and New Zealand*, 1974-5, *The Criminal Law Quarterly*.

Mostert DF: *Die Romeins-Hollandse reg in Oënskou* - Publikasies van die Universiteit van Pretoria, nuwe reeks, no. 49 1969, Van Schaik Boekhandel (Edms) Bpk.

Mulligan GA : 69 *SALJ* 1952 25.

Mureinik E : *SALJ* 1987 264 : *Expressio Unius: Exclusio Alterius?*

New York University Law Review : *Mistrial and Double Jeopardy*, 1974 937-958.

Nkandla-verslag, uitgebring deur die Openbare Beskermer (advokaat Thuli Madonsela) aangaande besteding aan die sekuriteit vir die privaatwoning van

die president van Suid-Afrika, Desember 2013.

North-Western University Law Review : *Double Jeopardy and Re prosecution after mistrial. Is the manifest Necessity Test Manifestly Necessary?* 1974-5.

Oxford Dictionary 1964, Vivian Ridler University Press Oxford.

Paulus : *Handelinge*, boek in die Nuwe Testament in die Bybel, 1983
Bybelgenootskap van Suid-Afrika, Kaapstad.

Parsons RW : *THRHR* 1951 192: *The Bases of the Law of Defamation*.

Phelps Kelly : *A dangerous precedent indeed – A response to CR Snyman’s note on Masiya (2008)*, 125 *SALJ* 648.

Pont D : *THRHR* 1940: Romeins-Hollandse Reg en laster.

Pont D : *SALJ* 66 6-13 : *Konsekwente toepassing van beginsels van die Romeins-Hollandse Reg in die Howe*.

Price TW : *SALJ* 1949 Volume 66 : *Animus Iniuriandi in Defamation*.

Proculus Redivivus: 82 *SALJ* 1965 23: *South African Law at the Crossroads or What is our Common Law?*

Rapport: 2009/02/08; 2013/03/09; 2014/01/25; 201/04/14; 2012/04/27; 201/06/08; 2012/08/24; 2014/08/31; 2014/10/26; 2015/01/11.

Readers’ Digest Universal Dictionary, 1987 Readers’ Digest Association Ltd. London.

RSG-radioprogram “*Praat Saam*” 2014/07/22.

RSG-radioprogram – onderhoud met Ian Cameron, hoof van Afriforum-Gemeenskapsveiligheid, 2014/10/27.

Rubin Edward L : *Modern Statutes, Loose Canons and the Limits of Practical*

Reason : A response to Faber and Ross, 1992 Vanderbilt LR 579.

Rumpff (HR): *TSAR 1978 2 87 -106: 'n Waardering van die Bydrae tot die Ontwikkeling van die Regswetenskap in die Appèlhofsake van HR LC Steyn.*

Rumpff (RP) : *Verslag van die Kommissie van Ondersoek na die Toerekeningsvatbaarheid van Geestelik Versteurde Persone en Aanverwante aangeleenthede, Rp 69/1967.*

SABC Nuusbuletins: 6 Januarie 2015 (aandbuletins).

SA Institute of Race relations : *SA Survey 1996/1997 57.*

SA Regskommissie: *Working Paper 25, Project 58: Group and Human Rights.*

Schachter Jane S : *1995 Harvard Law Review, 593-594.*

Schmidt C : *Bewysreg, 3de uitgawe, 1989, Butterworths Durban.*

Seabrooke S: *Two-timing the Double Jeopardy Principle, 1988 Criminal Law Review.*

Sigler JA : *A History of Double Jeopardy, 1963 American Journal of Legal History.*

Sisson Terence : *Just Nuisance AB, 1987 WJ Flesch & Partners Cape Town.*

Smith JC : *Issue Estoppel - charges of rape and burglary: Comment, 1976 Criminal Law Review.*

Smith JC: *Sub-conspiracies in pursuance of general conspiracy: Comment, 1976 Criminal Law Review.*

Smith JC & Birch DJ : *Autrefois convict, 1983 Criminal Law Review.*

Smith JC & Birch DJ : *Double Jeopardy, 1988 Criminal Law Review.*

Smythe CC: *Issue Estoppel in Criminal Law, 1976 Natal University Law Review.*

Snyman CR : 124 SALJ 677 2007.

Snyman CR : *Strafreg*, uitgawes: 4 (1999), 5 (2006), 6 (2012), Lexis Nexis Kaapstad en Durban.

Snyman JL: 'Autrefois convict'. *Blootstelling aan Skuldigbevinding of Vonnis? 1983 TRW.*

Snyman JL & Morkel DW : *Strafprosesreg*, 1ste uitgawe, 1985 Juta.

Steyn LC: *Die Uitleg van Wette*, 4de uitgawe 1974, Juta en Kie Bpk., Wynberg, Kaapstad.

Stoops, Yvette : *Bobbejane of Bavianen*, 1995 Coda Uitgevers Mechelen.

Strauss SA : *Rand Daily Mail* 3 Mei 1971.

Strauss SA : *Ster* 28 Mei 1971.

Strauss SA : 1962 *THRHR* 240.

Theal G McCall : *History of South Africa*, 1915 G Allen and Unwin Ltd. London.

Van den Bergh R : *The Remarkable Survival of Roman Dutch Law in the Nineteenth Century South Africa*, 2012, Fundamina UNISA.

Van der Merwe NJ en Olivier PJJ: *Die Onregmatige Daad in die Suid-Afrikaanse Reg*, 1976 (3de uitgawe) Van der Walt en Seuns Pretoria.

Van der Walt JC : 1993 *THRHR* 552: 'Duty of Care', *Tendense in die Suid-Afrikaanse en Engelse regspraak.*

Van Niekerk Gardiol: *The Superior Courts and Pluralism in the last Decade of the Nineteenth Century*, 2010 Fundamina UNISA.

Van Oosten F : SALJ 116 (1): *The Choice on Termination of Pregnancy Act : some comments.*

Van Rooyen Jan H : *Opmerkings oor 'Autrefois acquit'*, 1971 THRHR.

Van Rooyen Jan H: 1971 THRHR 182-183.

Van Rooyen Jan H: *Toward a New South Africa without the death Sentence – Struggles, Strategies and Hopes*; lesing gelewer te Florida State University 1993.

Van Zyl DH: *Geskiedenis van die Romeins-Hollandse Reg*, 1979 Butterworths.

Van Zyl Smit D : *Constitutional Law of South Africa – Bill of Rights – Introduction*, 49.1.

Van Zyl Smit D : *Taking Life Imprisonment Seriously*; referaat gelewer te UPE 1995.

Verslag van SA Regskommissie : *Interim-verslag oor Groep-en Menseregte*, 1991.

Vindex : 18 SALJ 1901 153 - 162: *The suggested repeal of Roman-Dutch law in South Africa*.

Voet : *Commentary on the Pandects 47.10.20*, 1819 Paris (Fr)

Wessels JW : *History of the Roman-Dutch Law*, 1908 Grahamstown.

Wiechers M & Burns Y : *Uitleg van Wette en Administratiefreg Studiegids 1*, 1976 UNISA.

Windscheid/Spangenberg : *Archiv für Civilistische Praxis*, Boekdeel 9, aangehaal deur AR Hoexter in *Malherbe v Ceres Municipality 1951 (4) SA 510 (A)*.

Witskrif van die Britse Parlement: *Crime, Justice and protecting the Public* – aangehaal deur Snyman CR : *Strafreg*, 6de uitgawe, 2012 Lexis Nexis.

Yale Law Journal : *The Double Jeopardy Clause as a Bar to Reintroducing Evidence*, 1980.

Zeffertt D : 1971 *SALJ* : *Issue Estoppel in South Africa*.

□ Afkortings vir Tydskrifte:

CILSA: Comparative and International law Journal of South Africa.

SALJ : South African Law Journal.

SAS : Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging.

SASK : Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrecht en Kriminologie.

THRHR : Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg.

TRW : Tydskrif vir Regswetenskap.

TSAR : Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse reg.

AANGEHAALDE SAKE

A

Administrateur, Natal v Trust Bank van Afrika Bpk. 1979 (3) SA 824 (A).
 antánMbushuu Criminal Appeal 142 Of 1994 (30 Jan. 1995).
 A v United Kingdom (1999) 27 EHRR 611.
 Afriforum and Another v Malema N-Gauteng HH 2010 ZAGPPHC 39.
 AG Eastern Cape v Blom 1998 (4) SA 645 (A).
 Alpha Trust (Edms.) Bpk v Van der Watt 1975 (3) 734 A.
 Ashe v Swenson 1970 397 US.
 Azanian People's Organisation and Others v President of the Republic of South Africa
 1996 (4) SA 671 (CC).

B

Bachan Singh v State of Punjab 1980 (2) SCC 684.
 Baines Motors v Piek 1955 (I) SA 534 (A)
 Bannatyne v Bannatyne and Another 2003 (2) SA 363 (CC).
 Barrett v Enfield London Borough Council [1999] 3 All ER 193.
 Barry v Bayer 1937 SWA 73.
 Basner v Trigger 1946 AD 83.
 Bayer SA (Pty) Ltd. V Frost 1991 (4) SA 559 (A).
 Bennett v Morris 10 SC 223.
 Blockburger v US 1932 284 US 299.
 Beaver Marine (Pty) Ltd v Wuerst 1978 (4) SA 263 (A)
 Bezuidenhout v AA Mutual Insurance Association Ltd 1978 (I) SA 703 (A).
 Blower v Van Noorden 1909 TS 890.
 Botha v Brink 1898 Buch.

C

Campbell and Cosans v United Kingdom 1980 (3) EHRR 531.
 Carl Zeiss Stiftung v Rayner and Keeler Ltd. 1967 (1) AC 853 (HL).
 Carmichele v Minister of Safety and Security 2001 (4) SA 938 (CC); 2001 (10) BCLR
 995 (CC).
 Case v Minister of Safety and Security 1996 (3) SA 617 (CC).
 Centre for Child Law v Minister for Justice and Constitutional Development 2009 (2)
 SACR 477 (CC).
 CESA v Minister of Education 2000 (4) SA 757 (CC).

Christian Lawyers Association v National Minister of Health 1998 (4) SA 1113 (T).
 Christian Lawyers Association v National Minister of Health 2005 (1) SA 509 (T).
 Coetzee v Government of RSA, Matiso and Others v Commanding Officer of Port Elizabeth Prisons: 1995 ZACC 7.
 Coker v Georgia 433 US 782 1977.
 Connelly v Director of Public Prosecution 1964 2 All ER 401.
 Conradie v Rossouw 1919 AD 279.
 Costello-Roberts v United Kingdom 1993 19 EHHR 622.
 Craig v Voortrekkerpers Bpk 1963 (I) SA 149 (A)
 Cullinan v Noordikaaplansde Aartappelkernmoerkwekers Koöperasie Bpk. 1972 (I) SA 761 (A).

D

Dease v Minister of Justice 1962 (3) SA 215 (T).
 De Jager v Bryant 1875 Buch 145.
 De Jager and Another v Du Plessis and Others 1995 (2) SA 40 (T).
 De Reuck v Director of Prosecutions (WLD) 2004 (9) SA 406 (CC), 2003 (2) SACR 445 (CC).
 De Villiers v Cape Divisional Council 1875 Buch. 50.
 Di Blasi 1996 (1) SASV 1 (A).
 Director of Public Prosecutions : Cape of Good Hope v Bathgate 2000 (2) BCLR 151 (C).
 Downum v US 372 US 734 1963.
 DPP v Humphrys 1976 2 All ER 497.
 Dukes v Marthinusen 1937 AD 12.

E

Edmonton Journal v Alberta (Attorney General) 1989 (2) SCR 1326.
 Estate Watkins-Pitchford & Others v CIR 1955 (2) SA 437 (A)
 Ex Parte Attorney General Namibia: In Re Corporal Punishment by Organs of the State 1991 (3) SA 76 (NmS).
 Ex Parte Boedel Steenkamp 1962 (3) SA 954 (O).
 Ex parte De Winnaar 1959 (I) SA 837 (N)
 Ex Parte Die Minister van Justisie : In Re S v Van Wyk 1967 (1) SA 488 (A).
 Ex Parte Gauteng Provincial Legislature: In Re Dispute Concerning the Constitutionality of Certain Provisions of the Gauteng School Education Bill of 1995; 1996 (3) SA 165 (CC).
 Ex parte Kaiser 1902 (I) TH 172

Ex Parte Slater Walker Securities (SA) LTd. 1974 (4) SA 67 (W).

F

Farrar's Estate v Commissioner for Inland Revenue 1926 TPD 501-508.

Fedsure Life Insurance 1999 (1) SA 373 (CC).

Feldman (Pty) Ltd v Mall 1945 AD 733.

Ferreira v Levin 1996 (1) SA 984 (CC).

Ferreira v Staat 2004 (4) All SA 373 (SCA).

Fick v Watermeyer 1874 Buch. 89.

Fidelitas Shipping Co. Ltd. V/O Exportchleb 1966 1 QB 630 CA.

First National Bank of SA v Commissioner for the South African Revenue Services 2002 (4) SA 768 (CC).

Furman v Georgia 1972 408 US 238.

G

Gelb v Hawkins 1959 PH (J) 20 (W)

Gerber v Wolson 1955 (I) SA 158 (A)

Gollach and Comperts (1967) (Pty) Ltd v Universal Mills & Produce Co. (Pty) Ltd & Others 1978 (I) SA 914 (A)

Gore v US 357 US 1958.

Gouws v OVS Ongediertebestrydings en Wildbeskermingsvereniging 1970 (1) SA 508 (A).

Govender v Minister of Safety and Security 2001 ZASCA 80.

Government of RSA v Ngubane 1972 (3) SA 601 (A).

Green v Fitzgerald 1914 AD 86.

Gregg v Georgia 1976 428 US 153.

H

Hamelin v Michigan (1991) 111 S Ct 2680.

Harris v Harris 1949 (I) SA 254 (A)

Harris v Law Society of the Cape of Good Hope 1917 CPD 451.

Hay v African Gold Recovery Co. 1896 (3) Off Rep 244.

Hebditch v Mac Ilwaine 1894 (2) QBD 54.

Hebe v Mdinelwa Mda 1897-1898 12 EDC.

Heydon's Case 1584 3 CO Rep 7a (76 ER 637).

Henderson v Hanekom 1903 20 SO 513.

Hill v Chief Constable of West Yorkshire [1987] 1 All ER 1173.

Hill v Curlewis 1841 3 Menzies 520.
 Hoban v ABSA Bank 1999 (2) SA 1036 (SCA).
 Holland v Scott (1881 - 1882) EDC 307.
 Hoysted v The Federal Commissioner of Taxation 1921 29 CLR 537.
 Hunter *et al* v Southam Inc. 1985 11 DLR 641 (SCC).

I

Irwin Toy Ltd. V Quebec (Attorney General) 1989 39 CRR 193.

J

Jaga v Dönges 1950 (4) SA 653 (A).
 Jajbhay v Cassim 1939 AD 537
 James Buchanan v Babco Forwarding and Shipping UK 1977 1 All ER 518.
 Jenoure v Delmege 1991 AC 73.
 Jooste v Carstens 1976 TPD 273.
 Jordaan v Van Biljon 1962 (I) SA 286 (A)

K

Keerl v Montana 1909 213 US 135.
 Kergeulen Sealing & Whaling Co. v CIR 1939 AD 487.
 Kindler v Canada 1992 6 CCR (2d) 193 (SC).
 Kleinhans v Usmar 1929 AD 121.

L

Laloe Janoe v Bronkhorst 1918 TPD 165.
 Lewison v Philips 1842 3 Menzies 37.
 Linton v Corser 1952 (3) SA 685 (A).
 Littlejohn v Norwich Union Fire Insurance Society 1905 TH 374.

M

Mackay v Philip 1830 1 Menzies 455.
 Mahé v The Queen in Right of Alberta 1990 1 SCR 342.
 Maisel v Van Naeren 1960 (4) SA 836 (K).
 Makonto v MDabankulu 1890 HCG 244.
 Malherbe v Ceres Municipality 1951 (4) SA 510 (A).

Mancho v SAR & H 1928 AD 89.
 Mankowitz v Geyser 1928 OPD 138.
 Master v African Mines Corporation Ltd. 1907 TS 925.
 Mazeka v Minister of Justice (1956) (1) SA 312 (A).
 Mc Cann and Others v United Kingdom 1996 2 EHRR 97.
 Meesedoosa v Links 1915 TPD 357.
 Minister of Forestry v Quathlamba (Pty) Ltd. 1973 (3) SA 69 (A).
 Minister of Justice v Bagathini and Others 1975 4 SA 252 (T).
 Minister of Justice v Hofmeyer 1993 (3) SA 131 (A).
 Minister of Forestry v Skosana 1977 (1) SA 31 (A).
 Minister of Police v Chetty 1977 (2) SA 885 (A).
 Minister of Safety and Security v Hamilton 2003 (4) SA 216 SCA.
 Mistry v Interim National Medical and Dental Council of SA 1998 (4) SA 216 (SCA).
 Mjuqu v Johannesburg City Council 1973 930 SA 903 (A).
 Mohlomi v Minister of Defence 1997 (1) SA 124 (CC).
 Mohunram v National Director of Public Prosecutions 2007 (2) SACR 145 (CC).
 Moody v Fairburn 1837 3 Menzies 14.
 Moolang v Port Elizabeth Municipality 1958 (2) SA 518 (A).
 Motan v Joosub 1930 AD 61

N

Nasionale Pers v Long 1930 AD 87.
 National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs 1998 (2) SACR 556 (CC).
 National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Others v Minister of Home Affairs and Others 2000 (2) SA 1 (KH).
 National Coalition for Gay and Lesbian Equality and Another v Minister of Justice and Another 2002 (2) SA 1 (CC).
 National Director of Public Prosecutions v Geyser and Another 2008 IOL 21551 (SCA)
 National Director of Public Prosecutions v Mohamed NO 2003 (4) SA 1 (CC).
 Nduli and Another v Minister of Justice and Others 1978 (1) SA 893 (A).
 Ngcobo v Ngcobo 1929 AD 233.
 Ngcobo and Others v Salimba 1999 (2) SA 1057 (SCA).
 Nkumbi v Minister of Law and Order 1991 (3) SA 29 (E).
 Norden v Oppenheim 1846 3 Menzies 42.
 Nortje and Another v Attorney General Cape and Another 1995 (2) SA 460 (C).
 Nduli and Another v Minister of Justice and Others 1978 (I) SA 893 (A)
 Nydoo en Ander v Vengtas 1965 (I) SA I (A)

O

Oberholzer v Johannesburg City Council 1951 (4) SA 115 (T).
 Olley v Maasdorp and Another 1948 (4) SA 657 (A).
 Olmstead v US 1928 277 US 438.
 Oregon v Kennedy 1982 456 US 667.
 Osman v Attorney General, Transvaal 1998 (4) SA 1224 (CC).
 Osman v United Kingdom (2000) 29 EHRR 245.

P

Pearl Insurance Co. v Union Government 1934 AD 560
 People v Anderson 494 P 2d 880 (Cal 1972).
 Pepper (Inspector of Taxes) and Related Appeals 1993 AC 593 HL (E) 1 All ER 42.
 Peri-Urban Areas Health Board v Munarin 1965 (3) SA 367 (A)
 Petrus 1985 [LRC] Const 699 (Botswana).
 Phame v Paizes 1973 (3) SA 397 (A).
 Pinchin and Another NO v Santam Insurance Co. Ltd. 1963 (2) SA 254 (W).
 Preller and Others v Jordaan 1956 (I) SA 483 (A).
 Prince v S 2004 AHRLR 105 (ACHPR 2004).
 Potash 118 F. 2d 54 (2d Cir) 313 US 584 (1941).
 Principal Immigration Officer v Hawaba 1936 AD 26.
 Public Carriers Association v Toll Road Concessionaries 1990 (1) SA 925 (A).
 Publications Control Board v CNA 1977 (I) SA 717 (A)

R

R v Badenhorst 1960 (3) SA 763 (A)
 R v Big M Drug Mart Ltd. 1985 18 DLR (4th) 321.
 R v Chalk 1991 1 CRR 2d; 1990 3 SCR 1303 ; 2 CR (4th) 1; 62 CCC(3rd).
 R v France 1993 16 EHRR 1.
 R v Goseb 1956 (2) SA 696 (SWA)
 R v Herman 1937 AD 168.
 R v Khumalo and Others 1952 (I) SA 381 (A).
 R v Kriel 1939 CPD 221.
 R v Lavallee 1990 1 SCR 852 CCC (Canada).
 R v Lines (1993) O J No. 3284.
 R v Mountain 1928 TPD 86.
 R v Mlooi and Others 1925 AD 131.
 R v Oakes 1986 CRR 308.

R v Sibiya 1955 (4) SA 247 (A).
 R v Thamae 1927 EDL 173.
 R v Westenraad 1941 OPD 105.

Randburg Town Council v Kerksay Investments 1998 (1) SA 98 (SCA).
 Regal v African Superslate (Pty) Ltd 1963 (1) SA 102 (A).
 Rodriguez v British Columbia 1994 17 CRR (2d) 193.
 Rolfes, Nebel & Co v Zweigenhaft 1903 TS 185
 Rood v Wallach 1904 TS 187
 Roodt v The State (1885 -1888) 2 SAR TS 331.

S

S v Arnold 1985 (3) SA 256 (K).
 S v Bailey 1982 (3) SA 772 (A).
 S v Barnard 1986 (3) SA 1 (A).
 S v Basson 1961 (3) SA 279 (T).
 S v Benjamin 1980 (1) SA 950 (A).
 S v Bernardus 1965 (3) SA 287 (A).
 S v Bezuidenhout 2002 (4) All SA 326 (A).
 S v Bhulwana 1995 (2) SACR 746 (CC).
 S v Brasch 1911 AD 525.
 S v Britz 1949 (3) SA 293 (A).
 S v Calitz 1990 (1) SASV 119 (A).
 S v Campher 1987 (1) SA 940 (A).
 S v Chapman 1997 (3) SA 341 (A).
 S v Chinamasa 2001 (1) SACR 278 (ZS).
 S v Chretien 1981 (1) SA 1097 (A).
 S v Coetzee 1997 (3) SA 73 (W).
 S v Collett 1978 (3) SA 206 (RA).
 S v Dayzell 1932 WLD 157.
 S v De Blom 1977 (3) SA 513 (A).
 S v Denysschen 1955 (2) SA 81 (O).
 S v Dhlamini 1999 (4) SA 623 (CC).
 S v Dodo 2001 (3) SA 382 (CC).
 S v Dzukuda and Others 2000 (4) SA 1078 (KH).
 S v Eadie 2001 (1) SACR 172 (C); 2002 IOL 9524 (A).
 S v F 1989 (1) SA 460 (ZH).
 S v Ferreira 2004 (2) SA 454 (SCA).
 S v Friedman 1996 (1) SA SACR 181 (W).

S v Gabriel 1971 (1) SA 646 (RA).
 S v Goosen 1989 (4) SA 1013 (A).
 S v Graham 1975 (3) SA 569 (A).
 S v Grobler 1966 (1) SA 507 (A).
 S v Hartmann 1975 (3) SA 532 (A).
 S v Himal Ramji, Departement van Justisie en Grondwetlike Ontwikkeling, landdroshof van Kaapstad insake hofsaaknommer 996/2013, en Hoë Hofsaak no. 13735.
 S v Hoho 2009 (1) SACR 276 (SCA).
 S v Humphrys [2001] ZAWCHC 498.
 S v Jordan 2002 (6) SA 642 (CC); 2002 (2) SACR 499 (CC).
 S v Julies 1996 (2) SACR 108 (CC).
 S v Juvenile 1990 (3) SA 76 (NMSC).
 S v Kamfer 1997 (2) SACR 418 (CC).
 S v Kumalo and Others 1965 (4) SA 565 (N).
 S v Khumalo en Ander 1991 (4) SA 310 (A).
 S v Kohler 1979 (1) SA 861 (T).
 S v Kuzwayo 1960 (1) SA 340 (A).
 S v Laubcher 1988 (1) SA 163 (A).
 S v M 2004 (3) SA 360 (O).
 S v Mabako 1964 (2) SA 280 (OK).
 S v Makoko 1984 (2) SA 62 (O).
 S v Makwanyane 1994 ZASCA 76.
 S v Makwanyane 1995 (3) SA 391 (CC).
 S v Malgas 2001 (10) SACR 469 (SCA).
 S v Malindisa 1961 (3) SA 377 (T).
 S v Manasewitz 1933 A 165-8.
 S v Martinus 1990 (2) SASV 568 (A).
 S v Mashava 1994 (1) SASV
 S v Mbatha, S v Prinsloo 1996 (2) SA 464 (CC).
 S v Malinde and Others v 1990 (1) SA 57 (A).
 S v Mogatsi 1970 (1) PH 1174 (B).
 S v Mamabolo 2001 (3) SA 409 (CC).
 S v Masiya 2007 (5) SA 30 (C).
 S v Mbombela 1933 AD 269.
 S v Meaker 1998 (2) SA SACR 73 (W).
 S v Mello and Another 1999 (2) SACR 255 (CC).
 S v Metelerkamp 1959 (4) SA 102 (OK).
 S v Mintoor 1996 (1) SACR 514.
 S v Mjevu 1966 (2) SACR 594 (NC).
 S v Moloto 1980 (3) SA 1081 (B).

- S v Mostert 1991 (2) SASV 636 (T).
 S v Motsoeana 1986 (3) SA 350 (N).
 S v Mynte en S v Baby 1985 (2) SA 61 (Ck).
 S v N 1966 (2) SASV 225 (K).
 S v Ncube; S v THsuma; S v Ndlovu 1988 (2) SA 702 (ZS).
 S v Niemand 2002 (1) SA 21 (CC).
 S v Ntsele 1997 (3) SACR 740 (CC).
 S v Nursingh 1995 (2) SASV 331 (D).
 S v Oscar Pistorius 2014 SA GNP HH, behoort binnekort gerapporteer te wees.
 S v Pokela 1968 (4) SA 702 (OK).
 S v Prins 1977 (3) SA 807 (A).
 S v Purcell-Gilpin 1971 (3) SA 548 (RAD).
 S v Safatsa 1988 (1) SA 868 (A).
 S v Scholtz 1974 (1) SA 120 (W).
 S v Selebe 2012 (1) SACR 209 (SCA).
 S v Sermae 1964 (2) SA 511 (T).
 S v Shaik 2008 (1) SACR 1 (CC).
 S v Sibinda 1977 -1979 BSC 188.
 S v Sobandla 1992 (2) SACR 613 (A).
 S v Staggie 1990 (1) SACR 669 (C).
 S v Stefaans 1999 (1) SASV (K) 185.
 S v Tcoeib 1993 (1) SACR 274 (Nm).
 S v Telch 1918 92 Vt 477.
 S v Thebus 2003 (6) SA 505 (CC).
 S v V en 'n Ander 1989 (1) SA 532 (A).
 S v Vakalisa 1990 (2) SACR 88 (TK).
 S v Van der Mescht 1962 (I) SA 521 (A).
 S v Van den Vywer 2008 (1) SA 556 (K).
 S v Vermeulen 1976 (1) SA 623 (C).
 S v Waites 1991 (2) SASV 388 NK.
 S v Walters 2002 (2) SACR 105 (CC).
 S v Wiid 1990 (1) SASV 561 (A).
 S v Williams 1995 (3) SA 632 (CC).
 S v Zuma 1995 (2) SA 642 (CC); 1995 (1) SACR 568 (CC); 1995 (1) SASV 568 (KH).
 S v Xoswa 1964 (2) SA 401 (N).
- Sanlam Insurance Co Ltd v Vorster 1973 (4) SA 764 (A)
 Santam Insurance Ltd.v Taylor 1985 (1) SA 514 (A).
 SAUK 1991 (2) SA 698 (W).
 Schlesinger v CIR 1964 (3) SA 389 (A).

Shabolala and Others v Attorney General Transvaal 1995 (2) SACR 761 (CC).
 Shaik v The State 2008 (2) SACR 165 (CC).
 Shamahomed v Hendriks and Others 1920 AD 151.
 Shangase and Others 1972 (2) SA 410.
 Sillery v The Queen 1981 180 CLR 353.
 Simpson v US 1916 668.
 Soering v United Kingdom 1989 11 EHRR 439.
 Solem v Helm 463 US 277.
 Solidarity on behalf of Barnard v SAPS 165/2013: [2013] ZASCA 177.
 Smith v The Queen 1988 31 CRR 193 (SCC).
 Sparks v Hart 1833 3 Menzies 3.
 Stockwell One Report on Jean Charles De Menezes UK [www.ipcc.gov.uk].
 Stopforth v Minister of Justice 2000 (1) SA 113 (SCA).
 Suffolk District v Watson and Others 1980 381 Mass. 648.

T

Taute v Odendaal 23 SC 691.
 Tennessee v Garner 471 US 1 (1985).
 The Queen v Bishop of Oxford 4QBD 261 1879.
 Thompson v US 1941 118 F2d 54 313 US.
 Tjollo Ateljees (Edms) Bpk v Small 1949 (I) SA 586 (A).
 Tohill v Foster 1925 TPD 857.
 Trop v Dulles 1958 356 US 86.
 Trust Bank van Afrika (Bpk) v Eksteen 1964 (3) SA 402 (K).
 Turner v Safley 482 US (1887).
 Tyrer v UK 1979-1980 2 EHRR 1.

U

University of Cape Town v Cape Town Bar Council 1968 (4) SA 903 (A).
 US v Gori 1961 367 US 372.
 US v Haskins 1965 139 A 2d 827.
 US v Jorn 1971 400 US 470.
 US v Perez 1824 9 Wheat. (22 US) 579.
 US v Oppenheim 242 US 85, 9, 87.
 US v Stern 418 F. 2d 198 (1969).

V

Van Rooyen v Minister van Openbare Werke en Gemeenskapsbou 1978.
Van Staden v Van Wyk 1958 (2) SA 682 (O).
Venter v R 1907 TS 913.
Vryheidsfront v SA Human Rights Commission 2003 11 BCLR 1283 (SAHRC).
Vuollanne v Findland 1996 ILR 649.
Walden v US 1971 448 F 2d 925 No. 14974-14983.
Webster v Ellison 1910 AD 299
Weems v United States 1910 217 US 349.
West Virginia State Board of Education v Barnette, 319 US 624 1943.
White v Pilkington 1851 1 Searle 107.
Whittaker v Roos and Bateman 1912 AD 92.
Wood & Others v Ondangwa Tribal Authority and Another 1975 (2) SA 294 (A)
Woods v Minister of Justice, Legal and Parliamentary Affairs and Others (1995) (10) SA 703 (ZS).
Woolmington v Director of Public Prosecution 1935 AC 462 (HL).

Y

Young v Kennedy 1940 AD 258.

Z

Z and Others v United Kingdom, ongerapporteer, aansoeknommer 29392/95, 10 Mei 2001.

WETTE, ORDONNANSIES EN RESOLUSIES AANGEHAAL

A

Aborsie en Sterilisasië, 2 van 1975.

Algemene Regswysigingswet, 32 van 1952; 76 van 1962.

Afskaffing van die Jurie, 34 van 1969.

B

Bevordering van Administrasiewet, 3 van 2000.

Boedelwet 61 van 1973.

Byeenkomste, 205 van 1993.

C

Civil Union Act, 77 van 2006.

Criminal Appeal Act 1968 (Northern Ireland), no. 1 of 1975/1976 2 All ER 937 (HL).

D

Drankwet 59 van 2003.

G

Gesinsgeweld, 116 van 1998.

Grondwet 108 van 1996 (Interim-Grondwet 200 van 1993).

Gevangenis, 8 van 1959, gewysig deur 107 van 1990.

Gevaarlike Wapens 71 van 1968.

I

Inkomstebelastingwet 58 van 1962, gewysig 2010.

K

Keuse van beëindiging van Swangerskap, 36 van 1996.

Kieswet, 18 van 2013.

Kieswysigingswet 28 van 2013.

Kinderwet: wysiging 38 van 2005.

Kommissarishowe, 38 van 1927.

L

Landdroshowe, 32 van 1944 – met gereelde tussenposes gewysig , die laaste vier : 120 van 1993, 80 van 1997, 81 van 1997, 67 van 1998.

M

Maatskappywet, 46 van 1926; 61 van 1973; 71 van 2008.

Memorandum van die Streekhoof, Regsdienste van die SAPD Oos-Kaap aan die Nasionale Kommissaris van die SAPD, 8 Februarie 1995.

O

Onderdrukking van kommunisme, 44 van 1950.

P

Padongelukkefonds, 93 van 1989.

Padverkeerswet, 29 van 1989/Nasionale Padverkeerswet 93 van 1996.

Polisiewet, 68 van 1995.

R

Regswysigingswet 32 van 1952.

Regulasie betreffende het Houden van Struisvogels: 25 van 25 Julie 1920; 330 van 16 September 1920; 603 van 28 Augustus 1989.

Resolusie 7 van 2002 (Polisieverplasing): Implementation of PSCBC, Resolution 7/2002 in the SAP. To support the ethos and provisions of section 205 (3) of the SAPS Act.

S

Seksuele Misdrywe, 23 van 1975

Skolewet, 84 van 1996.

Spoorweë en Hawens : Regulasies, Kontrole en beheer: 22 van 1916.

Staande Order SAPD, Januarie 1997 (aanvullend tot omsendbrief van Augustus 1996).

Strafproseswet, 66 van 1965, 51 van 1977, gewysig deur 107 van 1990.

Strafproseswysigingswet 32 van 2007.

Strafwysigingswetsontwerp, GG 336 19 2010/10/07/ Criminal Procedure Amendment Bill B39B -2010.

Strafwysigingswet, 105 van 1997.

T

Testamente, 7 van 1953.

Terrorisme, 83 van 1967.

V

Verdowingsmiddels, 140 van 1992.

Verpligte Motorversekering, 5 van 1972.

Voorkoming en Bekamping van Georganiseerde Misdad, 12 van 2004
(Prevention and Combating of Corrupt Activities Act = *POCA*)

Vuurwapens en Ammunisie, 75 van 1969, 6 van 2000.

W

Waterwet, 54 van 1956; Nasionale Waterwet 36 van 1998; Toegang tot Water:
108 van 1997.

INTERNETVERWYSINGS EN DATUMS AFGELAAI.

A

www.afriforum.co.za/munisipale-bestuurder-bedank-op-hof-se-trappe.2014/06/14.
www.armsdeal-vpo.co.za;2014/10/22.
www.Australia.au;2014/11/28.
www.ASL.com;2013/10/18.
www.awakeblogger.com/confucius-says-the-top-ten-quotes-by-confucius;2015/01/14.

B

www.bbc.com/news/uk-25574176;2014/10/29.
www.boerevryheid.co.za/forums/archive/index.php/t-23501.html;2014/10/21.
www.boerevryheid.co.za/forum/archive/index.php/t-23501.html;2014/10/20.
www.boerevryheid.co.za/forums/showthread.php/30532-moorde-Interpol-wysanders;2014/10/17.
www.boerevryheid.co.za/forums/archive/index.php/t-30105html;2014/06/16.
www.biography.com/people/william-renquist;2014/05/04.
www.bizradio.co.za.2013/12/10:corruption-death-penalty-and-Crime-Line-SA-Youth-Perception.
www.bravoland.co.za/forum/index.php/t-30105;2014/06/16.

C

www.capitalpunishmentuk.org/garotte.html;2014/05/05.
www.cesa.schools.org.2014/04/11.
www.crystalinks.com.2014/12/14.

D

www.dailymail.co.uk/wires/reuters/article/2795677/Pistorius-faces-prison-hospital-wing.2014/09/19.
www.dailymaverick.co.za/2014/09/23.
www.deathpenaltyinfo.org./2014/09/19.

E

www.endcorporalpunishment.org/pages/Gershoff-2000.pdf.
www.edition.cnn.com/2014/world/meast/isis/james-foley-index.html.

F

www.fbi.gov. (4 Feb. 1974) – 2013/7/2014.
www.fowlerbiblecollection.com/the-wicked-bible-king-james.html; 2014/05/02.

G

guardianlv.com-inside-south-african-prisons-shocking-abuse-continues. 2014/10/26.

I

www.iol.org.za/news/politics/muslims-can-wed-legally; 2014/04/12.
www.iol.co.za/news/south-africa/tv-actress-held-after-son-hacked-to-death; 2004/08/15.
www.iol.co.za/news/crime-courts/bafana-captain-killed-over-a-cellphone; 2014/10/27.
<http://www.iol.co.za/news/s-af/western-cape/prof-i-wont-assist-in-eutha-again>; 2014/12/22.
<http://www.ipcc.gov.uk/pages/the-stockwell-investigation.aspx>.

L

lawreports@juta.co.za.
www.libchrist.com/other/abortion/silent.html; 2014/10/18.
www.Litnet; 2013/03/20.

M

www.maroelamedia.co.za/blog/nuus; 2014/10/18.
www.maroelamedia.co.za/blog/nuus/suid-afrika/plaasaanval-in-ermelo-bejaardes-met-kookwater-strykyster-gemartel; 2014/04/03.
www.maroelamedia.co.za/blog/news/suid/afrika/video-tweeling-amper-ontvoer-by-winkelsentrum; 2014/09/25.
www.Michigan.gov/ag.
www.mg.co.za/article/2014/06/21-lawyer-to-approach-high-court-over-derby-lewiss-parole-application.
www.m.news24.com/nuus24/Africa/Nuus/Simon-Mann-vry; 2009/11/12.
www.m.news24.com/rapport/South-Africa/Nuus/vigilantes-het-rede;

[2014/01/25.](#)

N

[http://www.nataliyanedkova.com/bulgarian-and-british-language-and-cultural-differences;2013/03/15.](http://www.nataliyanedkova.com/bulgarian-and-british-language-and-cultural-differences;2013/03/15)

[www.netwerk24.co/news/2002-09-02.](http://www.netwerk24.co/news/2002-09-02)

[www.netwerk24.com/nuus/2013-0-14-misdaad-glo-nie-erger-as-voor-1994.](http://www.netwerk24.com/nuus/2013-0-14-misdaad-glo-nie-erger-as-voor-1994)

[www.netwerk24.com/nuus/2014-07-21.](http://www.netwerk24.com/nuus/2014-07-21)

[www.netwerk24.com/nuus/2013-10-07-jackie-selebi.](http://www.netwerk24.com/nuus/2013-10-07-jackie-selebi)

[www.netwerk24.com/2014/09/24.](http://www.netwerk24.com/2014/09/24)

[www.netwerk24.com/2014/01/02.](http://www.netwerk24.com/2014/01/02)

[www.netwerk24.com/nuus/2013-10-07.](http://www.netwerk24.com/nuus/2013-10-07)

[http://www. Newhealthguide.org/Where-is-Euthanasia-Legal.html.2014/12/22.](http://www.Newhealthguide.org/Where-is-Euthanasia-Legal.html.2014/12/22)

www.news24.com/SouthAfrica/News/12-men-held-for-rape,20130221

[www.news24.com/SouthAfrica/News-Meyiwas-death-should-unite;2014/10/28.](http://www.news24.com/SouthAfrica/News-Meyiwas-death-should-unite;2014/10/28)

O

[www.ofm.co.za/article/local-News/141909/muti-moord;2013/11/26.](http://www.ofm.co.za/article/local-News/141909/muti-moord;2013/11/26)

P

[www.pmg.org.za/docs/4004/appendices/040218presentation.ppt2015/01/25.](http://www.pmg.org.za/docs/4004/appendices/040218presentation.ppt2015/01/25)

[www.parrhesiajournal.org.in-the-footsteps-of-Hermes.2014/05/18.](http://www.parrhesiajournal.org.in-the-footsteps-of-Hermes.2014/05/18)

[www.portelizabethdailyphoto.blogspotcom./2010_08_01_archive.html.](http://www.portelizabethdailyphoto.blogspotcom./2010_08_01_archive.html)

[praag.co.za.2013/11/25.](http://praag.co.za.2013/11/25)

[praag.co.za.2013/09/20.](http://praag.co.za.2013/09/20)

S

[statssa.gov.za/2014/06/07.](http://statssa.gov.za/2014/06/07)

www.sajwvbethal.co.za/stories

[www.silentscream.org;2014/05/22.](http://www.silentscream.org;2014/05/22)

[www.stormfront.org/forum/showthread.php/south-africa-carnage-grows-against-49;2008/05/31.](http://www.stormfront.org/forum/showthread.php/south-africa-carnage-grows-against-49;2008/05/31)

T

www.theguardian.com,2013/12/13.

V

www.vocabulary.com/dictionary/hermeneutic,2014/05/18.

W

www.SAhistory.org/za/article/marikana-massacre-19-august-2012.

www.wikipedia.org.2013/12/13.

www.wikipedia.org.wiki.2013/12/05.

Y

www.youtube.com/2014/08/21.
