

# Ontslag van 'n beskuldigde na die sluiting van die vervolgingsaak: openbare mening en die reg op 'n billike verhoor ingevolge die akkusatoriese strafprosesregstelsel

Deon Erasmus

---

Deon Erasmus, Departement Straf- en Prosesreg,  
Nelson Mandela Metropolitaanse Universiteit

---

## **Opsomming**

Artikel 174 van die Strafproseswet 51 van 1977 bepaal dat indien die hof by die afsluiting van die saak vir die vervolging van oordeel is dat daar geen getuienis is dat die beskuldigde die misdryf waarvan hy aangekla is, of 'n misdryf waaraan hy op die aanklag skuldig bevind kan word, gepleeg het nie, die hof 'n uitspraak van onskuldig mag lewer.

Adjunkregterpresident Traverso het op 8 Desember 2014 die aansoek om ontslag, na sluiting van die vervolgingsaak teen Shrien Dewani, wat aangekla was van sameswering tot ontvoering, roof en moord van sy vrou, Anni, toegestaan. Hierdie beslissing was vir die oorledene se familie en lede van die publiek in die algemeen 'n skok en daar is klagtes teen die adjunkregterpresident by die regterlike gedragskomitee van die Regterlike Dienskommissie aanhangig gemaak.

Die toepassing van artikel 174 van die Strafproseswet, asook die toepassing daarvan in die *Dewani*-uitspraak, word bespreek. Daar word verwys na die beginsels wat artikel 174 in 'n demokratiese bestel onderlê, naamlik die swygreg van 'n beskuldigde en die verbod teen selfinkriminasie. Die toepassing van die akkusatoriese stelsel van die strafprosesreg in Suid-Afrika word behandel en daar word besin of die openbare mening heers dat sekere reëls daarvan die persepsie by die gemeenskap kan skep dat dit nie die waarheid openbaar nie en gevolglik onregverdig is. Die klagtes wat teen die adjunkregterpresident ingedien is, word geëvalueer. Daar word argumenteer dat die hof in *Dewani* die toepaslike regsbeginsele suiwer toegepas het en nie voor die openbare mening, naamlik dat die beskuldigde op sy verdediging geplaas moes word, geswig het nie.

Daar word tot die gevolgtrekking gekom dat alhoewel die openbare mening 'n rol tydens die uitleg en toepassing van die Grondwet en die strafprosesreg speel, dit ondergeskik is aan die langtermynwaardes wat die Grondwet poog om te verwesenlik.

**Trefwoorde:** akkusatoriese stelsel; artikel 174 van die Strafproseswet; ontslag van beskuldigde na sluiting van vervolgingszaak; openbare mening; reg op billike verhoor; *S v Dewani*; swygreg; verbod teen selfinkriminasie

### **Abstract**

#### **Discharge of the accused at the close of the case for the prosecution: Public opinion and the right to a fair trial in terms of the accusatorial system of criminal procedure**

According to section 174 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977 a court may, at the close of the case for the prosecution, if it is of the opinion that there is no evidence that the accused committed the offence referred to in the charge sheet or any other offence of which the accused may be convicted of, return a verdict of not guilty. This procedure is referred to as a discharge at the end of the case for the prosecution.

On 8 December 2014 the deputy judge president of the Western Cape high court, Traverso DJP, granted an application for the discharge of the accused in the case of Shrien Dewani, who was accused of conspiring to kidnap, rob and murder his wife Anni. The decision of the court to discharge the accused came as a shock to the deceased's family and the public in general. Two public interest groups, the Higher Education Transformation Network and the Justice4ANNI Campaign, subsequently lodged complaints against the decision of the deputy judge president with the judicial conduct committee of the Judicial Services Commission.

In this contribution the application of section 174 of the Criminal Procedure Act, as well as the application thereof in the Dewani case, are set out and discussed. It is trite law that the term *no evidence* does not mean no evidence at all, but that it means no evidence upon which a reasonable court acting carefully might convict the accused. The test was originally interpreted as a two-stage inquiry: first, it should be asked whether there is evidence upon which a reasonable man acting carefully might convict the accused; if not, it should secondly be determined whether there is a reasonable possibility that the defence evidence might supplement the state's case. If the answer to either question is yes, there should be no discharge and the accused should be placed on his defence.

The second leg of this test did not always find favour, even before 1994. The supreme court of appeal held that an accused is entitled to his discharge at the close of the case for the prosecution if there is no possibility of a conviction at that stage, except if the accused enters the witness box and incriminates himself. However, this will indeed infringe upon his constitutional rights to silence and the prohibition against self-incrimination, resulting in the trial being unfair. The credibility of state witnesses plays a very limited role at this stage of the proceedings and their evidence can be ignored only if it is of such poor quality that no reasonable person could possibly accept it.

At this stage it is important to distinguish between the decision of the prosecution to institute a prosecution, the application of the test whether to grant an application to discharge the

accused and the general onus resting on the prosecution to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt.

The application of the accusatorial system of criminal procedure in South Africa is evaluated with specific reference to the question whether certain rules of this system may create the impression in the mind of the public in general that the system does not reveal the truth and is therefore unfair. In terms of the accusatorial system the prosecution and the defence act as opponents who place their respective cases before an impartial presiding officer, who is not expected to descend into the arena. This system leaves it to the parties to unearth the truth. In terms of the inquisitorial system the presiding officer is in charge of the case and takes part and controls the process to find the truth. The control that the parties has over the process in the accusatorial system, the exclusionary evidentiary rules applicable and the accused's right to silence may have the effect that values other than truth-finding are treated as more important. In a democratic order where the protection of human rights is put first and foremost, the playing field between the prosecution and the accused is not always level. There is, for instance, no duty to discover information on the accused and he has a right to silence. These rules may act as barriers to truth-finding. In the Dewani case the prosecution was faced with such barriers, which are set out and discussed.

The complaints levelled against the deputy judge president are discussed and evaluated. The judicial complaints committee of the Judicial Services Commission held that the complaints against the deputy judge president were unfounded, as they were not based on reliable facts or the official court record. The complaints that she was prejudiced against the prosecution were also dismissed. The committee held that a complainant who alleges prejudice had to overcome the presumption of impartiality. The complainant must show that the remarks complained of were of such a number and quality as to go beyond any suggestion of mere irritation. It should establish a pattern of conduct sufficient to dislodge the presumption of impartiality and replace it with a reasonable perception of bias.

Although the complaints against Traverso DJP were dismissed, public opinion regarding the criminal justice system cannot be ignored. The courts need public support and institutional legitimacy to function fairly and efficiently. In a recent study it was confirmed that if the courts exercised their duties in an effective and fair manner, it would foster a sense of responsibility and moral support among members of the public. This would enhance compliance with the principle of supremacy of the law.

In instances where a court has to exclude evidence against an accused that was obtained in an unconstitutional manner in terms of section 35(5) of the Constitution, public opinion has a role to play. Public opinion can, however, never dictate to a court how to exercise its discretion in this regard. The court has a duty to educate the public that a fair trial is one that takes place according to constitutional values. In this regard even accused persons qualify as vulnerable minorities who should be protected by the Constitution. The willingness of the courts to protect the constitutional rights of accused persons will enhance confidence in the criminal justice system.

It is submitted that the court in the Dewani case applied the relevant legal principles in a sound manner. The court correctly did not heed public opinion that the accused should have

been placed on his defence. The court also correctly held that the state did not adduce sufficient evidence implicating the accused in the commission of the offences he was charged with and that the only consequence of placing the accused on his defence would be that he would incriminate himself. This would clearly have infringed on his right to silence and the prohibition against self-incrimination.

It is concluded that although public opinion plays a role during the interpretation of the Constitution and the application of the law of criminal procedure, public opinion remains subservient to the long-term values which the Constitution endeavours to foster and protect.

**Keywords:** accusatorial system; discharge of the accused at the close of the case for the prosecution; prohibition against self incrimination; public opinion; right to silence, *S v Dewani*; section 174 of the Criminal Procedure Act

## 1. Inleiding

Op 8 Desember 2014 het adjunkregterpresident Traverso ARP 'n aansoek vir die ontslag van Shrien Prakash Dewani, die beweerde meesterbrein agter die sameswering tot ontvoering, roof en moord van sy vrou, Anni Ninna Dewani, ingevolge artikel 174 van die Strafproseswet 51 van 1977 toegestaan.<sup>1</sup> Daar was baie mediabelangstelling in die saak en die gewone publiek het die verloop van die verhoor, net soos dié van Oscar Pistorius,<sup>2</sup> noukeurig gevolg. Die feit dat Dewani vrygespreek is, was vir lede van die oorledene se familie en die gemeenskap in die algemeen 'n skok. Daar is byvoorbeeld berig dat lede van die publiek in die openbare galery baie ontsteld was en in die hof uitgeroep het dat daar geen geregtigheid in Suid-Afrika is nie.<sup>3</sup> Die oom van die oorledene het ook verklaar dat die familie nie die volle storie aangaande die gebeure aangehoor het nie. Hy was van mening dat indien Dewani op sy verdediging geplaas en aan kruisondervraging onderwerp was, die leemtes in die vervolgingsaak aangevul sou kon word.<sup>4</sup>

Na aanleiding van haar uitspraak is daar ook klagtes teen adjunkregterpresident Traverso aanhangig gemaak by die regterlike gedragskomitee van die Regterlike Dienskommissie namens die Higher Education Transformation Network (HETN) en die Justice4ANNI Campaign.<sup>5</sup>

In hierdie bydrae word die toepassing van artikel 174 van die Strafproseswet deur ons howe, asook die toepassing daarvan in die *Dewani*-uitspraak, bespreek. Daar word boonop verwys na die beginsels wat artikel 174 onderlê, naamlik die swygreg van 'n beskuldigde en die verbod teen selfinkriminasie.<sup>6</sup> Die toepassing van die akkusatoriese stelsel van die strafprosesreg, soos in Suid-Afrika toegepas, word bespreek en daar word besin of die openbare mening heers dat sekere reëls van die stelsel die persepsie by die gemeenskap kan skep dat dit nie meewerk om die waarheid te openbaar nie en gevolglik onregverdig is.

## 2. Die inhoud en oorsprong van artikel 174 van die Strafproseswet

Artikel 174 van die Strafproseswet bepaal dat indien die hof by die afsluiting van die saak vir die vervolging tydens 'n verhoor van oordeel is dat daar geen getuienis is dat die beskuldigde die misdryf waarvan hy aangekla is, of 'n misdryf waaraan hy op die aanklag skuldig bevind kan word, gepleeg het nie, die hof 'n uitspraak van onskuldig mag lewer.

Die artikel het sy oorsprong in die reëls wat van toepassing was op jurieverhore. Die voorgangers van artikel 174 het bepaal dat waar daar na sluiting van die vervolging se saak na die oordeel van die hof onvoldoende getuienis vir 'n skuldigbevinding was, die hof die saak van die jurie kon onttrek. Die doel van hierdie prosedure was om onregverdige en regtens ongegronde bevindings deur juries te voorkom. Die juriestelsel is egter in 1969 in Suid-Afrika afgeskaf.<sup>7</sup> Die grondslag van die reël, nadat dit nie meer op jurieverhore betrekking het nie, is volgens Kruger dat 'n hof nie verplig moet word om 'n verhoor deur te voer tot die einde wanneer dit duidelik blyk dat 'n skuldigbevinding nie sal volg nie, en gevolglik slegs hoftyd verspil.<sup>8</sup> Daar sal egter hier onder aangetoon word dat die ware grondslag van die reël gesetel is in die reg van 'n beskuldige persoon op 'n billike verhoor.<sup>9</sup>

Dit is geykte reg dat die term *geen getuienis* nie beteken dat daar geen getuienis hoegenaamd aangaande die pleging van die misdryf moet wees nie. Die toets is of daar geen getuienis bestaan waarop 'n redelike hof wat versigtig te werk gaan, die beskuldigde skuldig mag bevind nie.<sup>10</sup> Indien 'n informele erkenning tydens die beskuldigde se pleit van onskuldig die enigste bewysmateriaal by sluiting van die staatsaak is, moet die hof die beskuldigde uit eie beweging ontslaan, aangesien sodanige erkenning nie op getuienis neerkom nie.<sup>11</sup>

Die artikel verleen 'n diskresie aan die hof om ontslag toe te staan al dan nie, welke diskresie juridies uitgeoefen moet word. Aanvanklik is beslis dat hierdie diskresie absoluut is en dat die hof ontslag mag weier selfs waar daar geen getuienis teen 'n beskuldigde is nie.<sup>12</sup> Hierdie benadering is egter gekritiseer in uitsprake van verskeie ander afdelings van die hooggeregshof.<sup>13</sup> In *S v Mathebula*,<sup>14</sup> die eerste gewysde wat hierdie aangeleentheid ingevolge die nuwe grondwetlike bestel oorweeg het, is beslis dat dit hoogs onbillik sou wees om ontslag te weier op grond van moontlike inkriminerende getuienis wat deur die beskuldigde of 'n medebeskuldigde gelewer kan word indien daar nie genoegsame getuienis teen die beskuldigde na die sluiting van die vervolgingsaak bestaan nie. Die diskresionêre aard van die artikel word beklemtoon deur die feit dat die weiering om 'n aansoek om ontslag toe te staan, nie appelleerbaar is nie.<sup>15</sup> Slegs indien 'n onreëlmatigheid tydens die verhoor bewys kan word, sal die weiering van 'n aansoek om ontslag op hersiening geneem mag word.<sup>16</sup> 'n Beskuldigde hoef nie 'n formele aansoek vir sy ontslag te bring nie en die hof kan uit eie beweging die beskuldigde ontslaan. Indien die beskuldige nie regsverteenvoerding het nie, behoort die hof uit eie beweging ontslag toe te staan.<sup>17</sup>

In *S v Shuping*<sup>18</sup> sit hoofregter Hiemstra die toets wat 'n hof moet toepas tydens die beoordeling van 'n aansoek om ontslag soos volg uiteen: die eerste vraag wat gevra moet word, is of daar getuienis is waarop 'n redelike man wat versigtig handel, die beskuldigde skuldig sou kon bevind. Indien daar nie sodanige getuienis is nie, moet tweedens gevra word of daar 'n redelike moontlikheid bestaan dat die getuienis van die verdediging die

vervolgingsaak moontlik kan aanvul. Indien die antwoord op enige van die twee vrae bevestigend is, behoort ontslag nie toegestaan te word nie en behoort die beskuldigde op sy verdediging gestel te word.

Die tweede deel van die toets, soos in *Shuping* uiteengesit, is selfs voor 1994 nie algemeen gunstig aanvaar nie. In *S v Phuravhatha*<sup>19</sup> beklemtoon die hof dat die vermoede van onskuld, die feit dat die bewyslas om die beskuldigde skuldig te bevind op die vervolging rus, en die beginsels van geregtigheid vereis dat 'n hof normaalweg sy diskresie ingevolge artikel 174 ten gunste van die beskuldigde behoort uit te oefen waar die vervolging se saak onvoldoende of ontoereikend is. Versterking of aanvulling van so 'n onvoldoende vervolgingsaak is volgens die hof 'n fisiese onmoontlikheid.

Sedert die totstandkoming van ons nuwe grondwetlike bestel is die geldigheid van die tweede deel van die *Shuping*-toets telkens bevraagteken. Die hoogste hof van appèl beslis in *S v Lubaxa*<sup>20</sup> dat 'n beskuldige, ongeag of hy regsverteenvoerdig is al dan nie, geregtig is op sy ontslag aan die einde van die vervolgingsaak indien daar geen moontlikheid van 'n skuldigbevinding bestaan nie, behalwe as hy gaan getuig en homself sodoende inkrimineer. 'n Versuim deur die hof om in sulke omstandighede (selfs uit eie beweging) ontslag toe te staan, is duidelik 'n skending van 'n beskuldigde se grondwetlike regte en gevolglik sal 'n skuldigbevinding wat uitsluitlik gegrond is op selfinkriminerende getuienis nie kan bly staan nie. In sulke gevalle is die hof dus verplig om ontslag toe te staan.<sup>21</sup>

Die hof wys egter daarop dat dieselfde oorwegings nie van toepassing sal wees waar 'n medebeskuldigde se getuienis die vervolgingsaak kan aanvul teen 'n ander medebeskuldigde nie. Die rede hiervoor is dat die vervolging wel op die getuienis van 'n medepligtige mag staatmaak.<sup>22</sup> Daar geld egter 'n versigtigheidsreël ten opsigte van die getuienis van 'n medepligtige getuie. In *R v Ncanana*<sup>23</sup> verklaar die hof dat die rede vir die versigtigheidsreël eerstens die feit is dat die medepligtige getuie 'n moontlike motief kan hê om leuens aangaande 'n onskuldige beskuldigde te vertel. Tweedens is so 'n getuie besonder goed toegerus, as gevolg van sy intieme kennis van die misdaad, om die hof te oortuig dat sy leuens inderdaad die waarheid is. Gevolglik is bevestiging van die medepligtige se getuienis nodig wat die beskuldigde impliseer en nie net bloot die pleging van die misdryf staaf nie.<sup>24</sup> Die bevestiging moet verder betrekking hê op die feite wat in geskil is.<sup>25</sup>

By die oorweging van 'n aansoek om ontslag ingevolge artikel 174 speel die geloofwaardigheid van die staatsgetuies 'n beperkte rol. In *S v Mpetha*<sup>26</sup> is beslis dat die getuienis van staatsgetuies geïgnoreer mag word slegs indien dit van so 'n swak gehalte is dat geen redelike persoon dit moontlik kan aanvaar nie. In *S v Agliott*<sup>27</sup> maan die hof egter dat dit onvanpas sal wees om vooraf neergelegde reëls ten opsigte van die toepassing van artikel 174 te formuleer, veral om te bepaal dat aspekte rakende geloofwaardigheid van getuienis hier tuishoort, al dan nie. Die hof kom tot die slotsom dat artikel 174 'n waardevolle doel het en ook grondwetlik aanvaarbaar is, aangesien die strafprosesregstelsel ten doel het om geordende en billike verhoor na te streef.<sup>28</sup>



Indien die vervolgingsaak uit omstandighedsgetuienis bestaan waaruit verskeie afleidings gemaak kan word, mag die hof ontslag weier indien een van sodanige afleidings die beskuldigde by die pleging van die misdryf kan impliseer.<sup>29</sup>

Indien die verdediging met die aanbod van getuienis in die verdedigingsaak begin het, kan 'n aansoek om ontslag nie meer plaasvind nie. Die blote feit dat daar meerdere beskuldiges is wat gesamentlik aangekla word, of bewerings van sameswering of gemeenskaplike oogmerk, is geensins 'n faktor wat die hof verplig of behoort te oorreed om ontslag van een of meer van die medebeskuldiges te weier nie.<sup>30</sup>

### **3. Die besluit om 'n vervolging in te stel, die toepassing van artikel 174 en die bewyslas van die vervolging**

Dit is belangrik om in ag te neem dat verskillende faktore 'n rol speel by die volgende afsonderlike fases van 'n vervolging: eerstens die besluit van die staat om 'n vervolging in te stel; tweedens die besluit van die hof om 'n aansoek om ontslag toe te staan al dan nie en derdens die uiteindelijke besluit aan die einde van die verhoor of die vervolging se saak teen die beskuldigde bo redelike twyfel bewys is.

Ingevolge artikel 179(2) van die Grondwet berus die gesag om strafregtelike vervolgings namens die staat in te stel by die nasionale vervolgingsgesag. Hierdie grondwetlike beginsel word in meer besonderhede aangevul deur artikel 20 van die Wet op die Nasionale Vervolgingsgesag 32 van 1998. Die vervolgingsgesag word dan ook beskryf as *dominus litis* wat 'n saak aan die hof voorsit waarop die verdediging moet antwoord.<sup>31</sup> In Suid-Afrika word nie 'n stelsel van verpligte vervolging gevolg nie.<sup>32</sup> 'n Aanklaer het 'n plig om 'n vervolging in te stel indien daar *prima facie*-getuienis teen die beskuldigde bestaan wat hom met die pleging van die misdryf verbind en daar geen dwingende redes bestaan om te weier om te vervolg nie.<sup>33</sup> *Prima facie*-getuienis sal bestaan indien die bewerings, soos onderskraag deur getuieverklarings en reële dokumentêre getuienis, van so 'n aard is dat indien dit in die hof deur die vervolging as toelaatbare getuienis aangebied word, 'n skuldigbevinding moontlik sal volg.<sup>34</sup>

Ingevolge 'n beleidskrif van die nasionale direkteur van openbare vervolging<sup>35</sup> moet aanklaers, wanneer hulle oorweeg of 'n vervolging ingestel behoort te word, al dan nie, bepaal of daar genoegsame en toelaatbare getuienis beskikbaar is vir die redelike vooruitsig of moontlikheid dat 'n skuldigbevinding kan volg. Indien daar nie 'n redelike vooruitsig vir 'n skuldigbevinding is nie, behoort die vervolging nie ingestel of verder voortgesit te word nie. Indien 'n aanklaer egter oortuig is dat daar genoegsame getuienis is om 'n redelike vooruitsig van 'n skuldigbevinding daar te stel, behoort 'n vervolging ingestel te word tensy openbare belang anders dikteer.<sup>36</sup> In hierdie stadium moet daar dus *prima facie*-getuienis wees wat die verdagte by die pleging van die misdryf impliseer.

Daar is gevolglik 'n duidelike verskil tussen die taak van die aanklaer wat besluit om 'n vervolging in stel, welke besluit die status van 'n verdagte na dié van 'n beskuldigde verander en die taak van die hof om te bevind of die vervolging sy saak op die getuienis as

geheel bo redelike twyfel bewys het. Mansfield en Peay<sup>37</sup> toon aan dat die konsep *redelike vooruitsigte vir 'n skuldigbevinding* (met ander woorde of 'n skuldigbevinding meer moontlik as 'n vryspraak is) nie dieselfde beteken as *bewys bo redelike twyfel* nie.

Hierdie konsep verskil egter van die begrip *prima facie*-saak, wat verwys na 'n situasie waar daar wel getuienis teen 'n beskuldigde in die hof gelewer is wat 'n antwoord of verduideliking van hom verg. Hierdie getuienis word dan afdoende bewys as geen antwoord in die vorm van weerleggende getuienis aangebied word nie.<sup>38</sup>

Die siening dat *prima facie*-getuienis afdoende bewys word indien daar nie op geantwoord word nie, is egter foutief en 'n ooreenvoudiging van die ware stand van sake.<sup>39</sup> Die hof moet steeds oor die getuienis in sy geheel besin en bepaal of die vervolging die skuld van die beskuldigde bo redelike twyfel bewys het. Die vraag is dus watter gewig aan die gelewerde getuienis geheg moet word, met inagneming van die feit dat die bewyslas te alle tye op die vervolging rus.<sup>40</sup> So gesien, dui 'n *prima facie*-saak op 'n moontlike en nie 'n versekerde skuldigbevinding nie – dit beteken dus niks meer nie as 'n aanduiding dat die beskuldigde skuldig bevind kan word op die getuienis wat gelewer is.<sup>41</sup>

Schwikkard en Van der Merwe<sup>42</sup> toon aan dat *prima facie*-bewys impliseer dat bewys tot die teendeel steeds moontlik is. Hulle toon ook tereg aan dat *prima facie*-bewys soms as sinoniem vir *prima facie*-getuienis gebruik word, maar dat hierdie benadering verkeerd is.

Dit is 'n grondbeginsel van ons reg dat die vervolging in 'n strafsak die bewyslas dra om die beskuldigde se skuld bo redelike twyfel te bewys. Hierdie bewyslas rus deurgaans op die vervolging en sal gekwyd word slegs indien daar 'n *prima facie*-saak uitgemaak word. Eers nadat 'n *prima facie*-saak uitgemaak is, sal die weerleggingslas na die beskuldigde skuif.<sup>43</sup>

Dit is dan juis hier waar die oorwegings wat in ag geneem behoort te word by die toepassing van artikel 174 deur die hof en die besluit van 'n aanklaer om 'n vervolging in te stel, verwar kan word. In *S v Lubaxa*<sup>44</sup> verklaar die hof dat die reg op ontslag na die sluiting van die vervolgingsaak nie gegrond is op oorwegings wat betrekking het op die bewyslas van die vervolging (of die vermoede van onskuld as teenkant) of die swygereg en verbod teen selfinkriminasie nie. Die basis vir ontslag is eerder dat daar by 'n gebrek aan 'n minimum hoeveelheid getuienis wat 'n skuldigbevinding kan regverdig, die vraag gevra moet word of die persoon in die eerste plek aangekla moes gewees het. Dit strook met die gemeenregtelike beginsel dat daar redelike en waarskynlike bewysmateriaal beskikbaar moet wees wat kan bewys dat die beskuldigde skuldig is aan die pleeg van 'n misdryf, voordat 'n vervolging ingestel word.<sup>45</sup> Hierdie gemeenregtelike beginsel word versterk deur die grondwetlike beskerming van die reg op waardigheid en vryheid van die persoon.<sup>46</sup>

Die hof is van oordeel dat net soos in die geval waar 'n vervolging nie ingestel behoort te word sonder 'n minimumhoeveelheid getuienis nie, die beginsel van 'n billike verhoor vereis dat 'n verhoor gestaak moet word indien 'n skuldigbevinding kan volg slegs indien die beskuldigde homself inkrimineer. Schwikkard en Van der Merwe<sup>47</sup> voer tereg aan dat die *Lubaxa*-gewysde 'n "vermenging" van toetse vir 'n *prima facie*-saak en *prima facie*-getuienis ten einde 'n vervolging in te stel, teweeggebring het.



Dit is ook belangrik om in ag te neem dat die uitoefening van die diskresie om 'n vervolging in te stel en die besluit van 'n voorsittende beampte om ontslag toe te staan, op verskillende tipes bewysmateriaal gegrond is. In die geval van die uitoefening van die vervolging se diskresie berus die besluit op beëdigde verklarings, wat nie in 'n ope hof getoets is nie. In teenstelling hiermee is die getuienis van die vervolging, tydens oorweging van 'n aansoek om ontslag, reeds aan kruisondervraging onderwerp en dus getoets.<sup>48</sup>

By die toepassing van artikel 174 mag 'n hof dus die ontslag van 'n beskuldigde weier en na die sluiting van die verdedigingsaak nogtans die beskuldigde vryspreek omdat 'n *prima facie*-saak nie uitgemaak is nie. Dit beteken egter nie dat 'n skuldigbevinding sal volg na 'n weiering om ontslag indien die beskuldigde nie getuienis lewer nie. Indien die beskuldigde nie getuienis lewer nie, moet al die getuienis oorweeg word (welke getuienis die hof as 'n *prima facie*-saak bevind het) in die lig van die bewyslas van 'n redelike twyfel. Die bevinding dat die vervolging 'n *prima facie*-saak daargestel het, beteken dus net dat, in die afwesigheid van getuienis deur die verdediging, die beskuldigde die risiko loop om skuldig bevind te word.<sup>49</sup>

In die Kanadese beslissing *Dubois v R*<sup>50</sup> som die hof die posisie raak op deur te verklaar dat die Kanadese grondwet 'n bewyslas op die vervolging plaas om die beskuldigde se skuld bo redelike twyfel te bewys, asook die plig om 'n saak teen die beskuldigde uit te maak voordat dit vir die beskuldigde nodig sal wees om daarop te antwoord deur self te getuig of getuies te roep.

#### 4. Die toepassing van artikel 174 in die *Dewani*-saak

Ten einde die toepassing van die regsbeginsels in die *Dewani*-saak in konteks te bespreek, is dit nodig om die feite waarop die vervolging se saak berus het, kortliks uiteen te sit.

Die vervolging het beweer dat die beskuldigde en sy vrou Anni ("die oorledene") op 12 November 2010 op die Kaapstadse internasionale lughawe geland het. Hulle is daarna deur 'n taxibestuurder, Zola Robert Tongo ("Tongo"), na die Cape Grace-hotel vervoer. Na hul aankoms by die hotel het die beskuldigde Tongo genader en hom versoek om 'n huurmoordenaar, wat bereid sou wees om die oorledene vir 'n bedrag van R15 000 te vermoor, te bekom. By 'n latere geleentheid het hulle in meer besonderhede die uitvoering van die huurmoord bespreek. Tongo het daarop vir Monde Mbolombo ("Mbolombo"), 'n vriend van hom, gekontak, wat hom in verbinding met Mziwamadoda Qwabe ("Qwabe") geplaas het. Laasgenoemde het Tongo aan Xolile Mngeni ("Mngeni") voorgestel. Op Saterdag 13 November 2010 het Tongo tesame met Qwabe en Mngeni beplan hoe die moord uitgevoer sou word. Hulle het onder andere ooreengekom dat Qwabe en Mngeni by 'n afgespreekte plek in Gugulethu sou wag.

Daardie aand het Tongo die beskuldigde en die oorledene by die hotel opgelaai, soos ooreengekom deur Tongo en die beskuldigde. Tongo het toe met die beskuldigde en die oorledene na die plek gery waar Qwabe en Mngeni sou wag, maar met hul aankoms was laasgenoemdes nie daar nie. Hy het daarna die beskuldigde en die oorledene na 'n

restaurant in die Strand geneem, waar hulle aandete geniet het. Na die ete het Tongo met Qwabe ooreengekom om weer met die beskuldigde en die oorledene na die afgespreekte plek in Gugulethu te gaan. Daar het Qwabe en Mngeni 'n nagebootste kaping van Tongo se voertuig uitgevoer, die oorledene van haar besittings beroof en haar vermoor.<sup>51</sup>

Die vervolging het in aanklag 1 beweer dat die beskuldigde met sy medepligtiges, Tongo, Qwabe en Mngeni, saamgesweer en ooreengekom het om die kaping van Tongo se motorvoertuig, die ontvoering en roof van die beskuldigde en Tongo na te boots, asook om die oorledene, Anni, te ontvoer, te beroof en te vermoor. Aanklagte 2–4 (die ontvoering, roof en moord van Anni) het die bewering bevat dat die beskuldigde, Tongo, Qwabe en Mngeni met 'n gemeenskaplike oogmerk opgetree het. Die vyfde aanklag was een van regsverydeling. Die laaste medepligtige, Mbolombo, was nie as 'n medesamesweerder aangekla nie, maar is as 'n medepligtige getuie ingevolge artikel 204 van die Strafproseswet aangewend.<sup>52</sup>

Die enigste getuie wat die beskuldigde kon impliseer, was Tongo, 'n medepligtige getuie, wat oor sowel die samesweringsooreenkoms as die inhoud daarvan kon getuig. Volgens die hof is dit duidelik dat Tongo, Qwabe, Mngeni en Mbolombo met 'n gemeenskaplike opset opgetree het om die misdrywe te pleeg. Die enigste aspek wat dus bepaal moet word, is of die getuie aandui dat die beskuldigde deel van hierdie sameswering was.<sup>53</sup>

Tongo het getuig dat hy die beskuldigde en die oorledene op Vrydag 12 November 2010 vanaf die lughawe na hulle hotel vervoer het.<sup>54</sup> Die beskuldigde het aan hom genoem dat hy 'n werk vir hom het en dat hy in die parkeerarea moet wag. Die beskuldigde en die oorledene het daarna by die hotel gaan inteken en die beskuldigde het 'n rukkie later na Tongo se voertuig teruggekeer. Die beskuldigde het daarna vir Tongo gevra dat hy hom moet help om sy sakevennoot, 'n vroulike persoon, wat die volgende dag sou arriveer, te vermoor.<sup>55</sup> Tongo het onderneem om 'n persoon te vind om die huurmoord te pleeg en hy sou die beskuldigde kontak sodra hy iemand gevind het.<sup>56</sup>

Tongo het daarop na sy vriend Mbolombo gegaan wat as 'n ontvangsbeampte by 'n hotel gewerk het en hom gevra of hy weet van iemand wat die huurmoord sou kon pleeg. Mbolombo het aangedui dat hy moontlik van iemand weet en het vir Qwabe gebel. Qwabe het daarop aangedui dat hy belangstel, maar eers met iemand anders moet praat.<sup>57</sup>

Tongo het later die aand die beskuldigde gekontak en hom meegedeel dat hy huurmoordenaars bekom het, maar dat hulle in rand en nie in dollar nie betaal wil word. Die beskuldigde het daarna gevra of Tongo weet waar hy dollar vir rand kan omruil. Hulle het daarna ooreengekom dat Tongo die beskuldigde die volgende dag sal oplaai om na die plek te neem waar die geld omgeruil kon word.<sup>58</sup>

Tongo het getuig dat hy die beskuldigde op Saterdag 13 November opgelaaie het soos ooreengekom en geneem het om die geld om te ruil. Gedurende hierdie proses is die huurmoord verder bespreek. Die beskuldigde het slegs versoek dat sy sakevennoot vermoor moet word, maar geen inligting is verskaf oor hoe, waar of wanneer die moord moet plaasvind nie. Daar is ook ooreengekom dat Tongo die beskuldigde en die oorledene die

aand sou oplaai, hulle die Waterfront sou gaan wys en daarna na Gugulethu op 'n besigtigingstoer sou neem.<sup>59</sup>

Tongo het daarna vir Qwabe en Mngeni ontmoet en die reëlins vir die huurmoord is getref. Tongo het later die aand die beskuldigde en die oorledene by hul hotel opgelaai. Hy het na die plek gery waar Qwabe en Mngeni die moord sou uitvoer, maar hulle was nie by die afgesproke plek nie. Hy het daarna voorgestel dat die beskuldigde en die oorledene eers in Somerset-Wes of die Strand gaan eet en daarna die toer van Gugulethu onderneem. Hy het hulle by 'n restaurant afgelaai en telefonies vir Qwabe en Mngeni gekontak en weer eens 'n plek in Gugulethu gereël om hulle met die beskuldigde en oorledene in sy voertuig te ontmoet.<sup>60</sup>

Tongo, die beskuldigde en die oorledene het na die ete na Gugulethu gery. Die geld vir Qwabe en Mbolombo was in die motor in 'n sakkie gelos. By die afgesproke plek het Qwabe en Mngeni, wat albei met vuurwapens gewapen was, die voertuig gekaap. Die oorledene en beskuldigde is van hul waardevolle besittings beroof. Die voertuig is tot stilstand gebring naby die Gugulethu polisiebarakke en Mngeni het Tongo beveel om uit die motor te klim. Tongo het daarna na die polisiestasie gegaan en die aangeleentheid deur middel van 'n valse verklaring aangemeld.<sup>61</sup>

Tongo is op Sondag 14 November deur die polisie na die beskuldigde se hotel geneem. Daar het hy die beskuldigde ontmoet. Hy het getuig dat die beskuldigde hom telkens gevra het of hy weet of die huurmoord uitgevoer is. Tongo het geantwoord dat hy nie geweet het nie.<sup>62</sup>

Tongo het verder getuig dat reëlins getref is met die beskuldigde dat hy sy geld vir sy aandeel in die huurmoord op Dinsdag 16 November by die hotel moet kom haal. Toe hy en die beskuldigde mekaar ontmoet, het hy slegs R1 000 ontvang. Hy was woedend hieroor en het die hotel verlaat. Donderdag het hy 'n prokureur aangestel, die polisie genader en homself oorgegee. Hy het op 5 Desember 2010 'n pleit- en vonnissooreenkoms met die vervolging aangegaan. Hy is op 7 Desember skuldig bevind en tot 18 jaar gevangenisstraf gevonniss. Hy het ook in die pleitooreenkoms onderneem om in toekomstige verhore teen sy medesamesweerders te getuig.<sup>63</sup>

Die vervolging het verder getuienis gelei van geslotekringtelevisie-opnames wat getoon het dat die beskuldigde en Tongo mekaar in die parkeerarea van die hotel waar hy en die oorledene gebly het, op Vrydag 12 November 2010 ontmoet het; hoe die beskuldigde Saterdagoggend 13 November 2010 deur Tongo met sy taxi opgelaai is en weer later afgelaai word; hoe die beskuldigde en die oorledene die Saterdagoggend deur Tongo opgelaai word; dat 'n gesprek tussen Tongo en die oorledene plaasvind na die voorval op 14 November 2010 en hoe die beskuldigde R1 000 aan Tongo betaal op 16 November 2010.

Qwabe se getuienis het gehandel oor die reëlins tussen Tongo, Mngeni en homself, aangesien hy geen direkte onderhandelinge met die beskuldigde gehad het nie.<sup>64</sup> Hy getuig ook dat hy Tongo se motor na die kaping bestuur het. Nadat hulle Tongo afgelaai het, het hy en Mngeni verder gery met die beskuldigde en die oorledene. Tydens hierdie deel van die kaping het hy 'n vuurwapenskoot hoor afgaan. Hy was geskok en het Mngeni gevra wat

gebeur het, waarop Mngeni geantwoord het dat hy die oorledene geskiet het. Hy het die motor gestop en Mngeni het die koeëldoppie gesoek. Hulle het dit gekry, in 'n stormwaterpyp gegooi en die geld in die sakkie agter in die motor gevat. Daar was R10 000 in, wat hulle gedeel het. Hulle het die toneel verlaat. Hy het Mbolombo geskakel en gevra hoekom daar R5 000 te min was. Hy het later met die polisie saamgewerk en skuldig gepleit aangaande sy aandeel in die misdrywe.<sup>65</sup>

Die derde medepligtige getuie wat getuig het, was Mbolombo. Mbolombo is geroep as 'n getuie ingevolge artikel 204 van die Strafproseswet en is gewaarsku dat hy homself kon inkrimineer op al vyf die aanklagte teen die beskuldigde.<sup>66</sup> Hy bevestig dat Tongo hom gebel het op 12 November 2010 en ook dat 'n ontmoeting plaasgevind het waartydens Tongo hom gevra het of hy 'n huurmoordenaar ken. Hy het onderneem om met Qwabe in verbinding te tree, aangesien hy homself nie met misdadigers ophou nie. Hy bevestig ook dat hy reëlins met Qwabe getref het om Tongo te ontmoet en dat vergaderings plaasgevind het. Hy het egter getuig dat hy nie slegs die huurmoordenaar aan Tongo voorgestel het nie, maar betrokke gebly het met die reëlins tussen Tongo en Qwabe. Hy was selfs in telefoniese kontak met Tongo die aand van die moord. Qwabe het hom ook genader op 14 November en gekla oor daar R5 000 te min in Tongo se voertuig gelos is. Hy is op 18 November 2010 gearresteer, het 'n volledige verklaring aan die polisie gemaak en is meegedeel dat hy as 'n artikel 204-getuie gebruik sou word. Hy is daarna vrygelaat.<sup>67</sup>

Na die sluiting van die saak vir die vervolging het die verdediging 'n aansoek om ontslag van die beskuldigde gebring. Die hof bevind dat dit wesenlik vir die vervolging was om te bewys dat die beskuldigde 'n samesweringsooreenkoms met Tongo gesluit het. By gebrek daaraan kon die beskuldigde nie aan enige van die aanklagte skuldig bevind word nie.<sup>68</sup>

Adjunkregterpresident Traverso som die geldende regsposisie oor artikel 174-aansoeke soos volg op:<sup>69</sup>

(a) 'n Beskuldigde is geregtig op sy ontslag na die sluiting van die vervolgingsaak indien daar geen moontlikheid van 'n skuldigbevinding is nie, behalwe as hy die getuiebank betree en homself inkrimineer.

(b) Tydens die beoordeling van die aansoek om ontslag is die hof daarop geregtig om die geloofwaardigheid van die staatsgetuies in ag te neem, al is dit slegs in 'n beperkte mate.

(c) Indien die getuienis van die staatsgetuies wat die beskuldigde impliseer van so 'n swak gehalte is dat daar nie geredelik op staatgemaak kan word nie en daar gevolglik geen geloofwaardige getuienis op rekord is waarop 'n hof, wat versigtig optree, iemand skuldig sal bevind nie, behoort die aansoek om ontslag toegestaan te word.

Die hof gaan dan voort en ontleed die getuienis van Tongo krities en deurdagtig. Die hof bevind dat Tongo se getuienis deurspek was met weersprekings en onwaarskynlikhede. Toe hy hiermee konfronteer was, het hy telkens geantwoord dat hy 'n fout begaan het of dat wat hy onthou van die voorval in sy geheue duideliker geword het soos die tyd aangestap het.<sup>70</sup> Alhoewel sommige van hierdie weersprekings betrekking gehad het op sydelingse aspekte, was ander meer fundamenteel. Volgens die hof was sy weergawe van die gebeure

hoogs onwaarskynlik. Aangesien geloofwaardigheid tydens hierdie fase van die verhoor slegs 'n beperkte rol speel, moet die tekortkomings in sy getuienis versigtig onder die loep geneem word ten einde te bepaal of sy getuienis van so 'n swak gehalte is dat dit geïgnoreer kan word.<sup>71</sup> Die hof kom tot die gevolgtrekking dat daar wel aspekte van Tongo se getuienis is wat die beskuldigde impliseer, maar dat sy getuienis van so 'n swak gehalte is dat daar nie bepaal kan word waar die leuens eindig of waar die waarheid begin en andersom nie. Die hof vind minstens 68 wesenlike weersprekings en/of onwaarskynlikhede in sy getuienis.<sup>72</sup>

'n Hof kan nie in sodanige omstandighede sekere gedeeltes van sy getuienis aanvaar en ander dele verwerp nie. Betroubare staving is in sodanige gevalle nodig.<sup>73</sup> Hierdie staving sou noodgedwonge in die getuienis van Qwabe en Mbolombo gevind moes word, aangesien die getuienis van die geslotekringtelevisie-opnames en telefoonoproepe nie sy getuienis kon staaf nie. Getuienis dat die oproepe plaasgevind het en dat die verfilmde ontmoetings plaasgevind het, is nie staving vir wat gedurende die oproepe of ontmoetingsgesê is nie, maar bloot bevestiging dat die oproepe gemaak is en dat die ontmoetings plaasgevind het.<sup>74</sup> Die hof beklemtoon, met verwysing na *S v Scott-Crossley*,<sup>75</sup> dat feite wat nie in geskil is nie en gemeensaak tussen die vervolging en die verdediging is, nie kan dien as bevestiging van aangeleenthede wat in geskil is nie.<sup>76</sup>

Die hof ontleed daarna die getuienis van Qwabe en Mbolombo en merk op dat die prentjie wat die vervolging probeer skilder het, mettertyd meer en meer vervaag het.<sup>77</sup> Die hof bevind dat getuienis van hierdie twee medepligtige getuies fundamentele weersprekings rakende sleutelbewerings van die vervolgingsaak bevat het, welke weersprekings nie geïgnoreer kan word nie, selfs al speel geloofwaardigheid 'n beperkte rol in hierdie stadium van die verhoor. Die hof beskryf Qwabe as 'n selferkende leuenaar.<sup>78</sup> Die hof bevind dat Mbolombo hom gedurende kruisverhoor op ieder en elke aspek van sy getuienis in hoof weerspreek het en ook 'n selferkende leuenaar is.<sup>79</sup> Die hof bevind dan ook dat sy getuienis nie eerlik en geloofwaardig was nie en hy ontvang gevolglik nie vrywaring teen vervolging nie.<sup>80</sup> Die hof is verder van mening dat al drie die getuies intelligente persone is wat meer as bevoeg is om hulle weergawes aan te pas en sodoende die beskuldigde by die pleging van die misdrywe te betrek.<sup>81</sup> Die hof bevind dan ook dat daar nie stawende getuienis, selfs in die vorm van omstandighedsgetuienis, is wat die beskuldigde by die pleging van die misdrywe betrek nie.<sup>82</sup>

Die hof bevind gevolglik dat daar onvoldoende getuienis is waarop 'n redelike hof, wat versigtig optree, die beskuldigde moontlik sou kon skuldig bevind. Die enigste rede waarop die aansoek om ontslag van die hand gewys sou kon word, is indien daar 'n moontlikheid bestaan dat die beskuldigde homself kan impliseer of inkrimineer gedurende sy getuienis. So 'n besluit sou nie op 'n juridies gegronde uitoefening van die hof se diskresie neerkom nie.<sup>83</sup> Die beskuldigde se aansoek om ontslag word gevolglik deur die hof toegestaan en hy word op alle aanklagte onskuldig bevind en ontslaan.<sup>84</sup>

Die slotsom is dat die hof die relevante regsbeginsels korrek toegepas het en die beskuldigde tereg ontslaan het na die sluiting van die vervolgingsaak. Die enigste wyse waarop die onvoldoende vervolgingsaak aangevul sou kon word, is indien die beskuldigde homself in die getuiebank inkrimineer het. Dit sou weer die gevolg gehad het dat inbreuk

gemaak word op die beskuldigde se reg op 'n billike verhoor, soos aangedui in artikel 35 van die Grondwet.

## 5. Die akkusatoriese strafprosesregstelsel en versperrings tot die soeke na waarheid

Die bevoegdheid van enige regstelsel om effektief te funksioneer berus op die openbare mening of vertroue dat dit billike prosedures inspan ten einde regverdigde uitkomst te verseker.<sup>85</sup> Sonder openbare vertroue kan die howe nie effektief funksioneer nie.<sup>86</sup>

Daar is twee hoofstroom strafprosesregstelsels: die akkusatoriese model, wat meestal in Anglo-Amerikaanse stelsels gebruik word, en die inkwisoriese stelsel, wat algemeen in kontinentale regstelsels voorkom.<sup>87</sup> Die Engelse en Amerikaanse stelsels word tradisioneel as akkusatories geklassifiseer en die Nederlandse, Franse en Spaanse stelsels as inkwisories.<sup>88</sup> Die Suid-Afrikaanse strafprosesreg is oorwegend akkusatories van aard.<sup>89</sup> Die wesenlike verskil tussen die akkusatoriese en inkwisoriese modelle is gesetel in die funksies van die rolspelers: die voorsittende beampte, die vervolging en die verdediging.<sup>90</sup> Ingevolge die akkusatoriese stelsel is die twee partye (die vervolging en die verdediging) teenstanders en plaas hulle hul onderskeie sake voor 'n voorsittende beampte wat as onafhanklike skeidsregter dien.<sup>91</sup> Die objektiwiteit en onpartydigheid van die voorsittende beampte word beklemtoon, aangesien aangevoer word dat hy sy onpartydigheid sal verloor indien hy neerdaal in die gevegsarena waar die partye hul gedingstryd voer.<sup>92</sup> Die voorsittende beampte laat dus die partye toe om die waarheid na vore te bring.<sup>93</sup> Ingevolge die inkwisoriese stelsel, daarenteen, is die voorsittende beampte in beheer van die geding, neem aktief deel en beheer die soeke na waarheid deur die ondervraging van die getuies en die beskuldigde te oorheers.<sup>94</sup> Die verhoor is dus nie 'n stryd tussen die partye nie, maar 'n ondersoek om die materiële waarheid te openbaar.<sup>95</sup>

Ingevolge die akkusatoriese stelsel vind die soeke na waarheid plaas gedurende die verhoor self en is daar gevolglik nie uitgebreide voorverhoorprosedures, soos blootlegging, aanwesig nie. Die klem val op die lei van getuies en die kruisondervraging van die getuies om feitebevindings te maak.<sup>96</sup> Die aanbieding van getuies ingevolge die akkusatoriese stelsel is al beskryf as 'n geregleerde storievertelkompetisie wat in inhiberende omstandighede plaasvind. Die twee partye se getuies vertel wat hulle weet van die voorval in die vorm van stories wat hulle aan 'n onpartydige en passiewe besluitnemer voorlê. Strafregtelike aanspreeklikheid word dan bepaal aan die hand van die oortuigingsvermoë van hierdie stories.<sup>97</sup> Die partye het 'n groot mate van beheer oor die bymekaarmaak, voorbereiding en aanbied van die getuies.<sup>98</sup> Die partye en hul onderskeie verteenwoordigers is, weens die feit dat hulle teenstanders in die geding is, toegespits daarop om die geding ten alle koste te wen. Dit veroorsaak dat veel belangriker oogmerke, soos die soeke na die waarheid of regverdigheid vir die teenkant, gereeld tweede viool speel.<sup>99</sup>

Ingevolge die inkwisoriese stelsel is daar nie afsonderlike getuies vir die vervolging en die verdediging nie. Al die getuies word as bronne van getuies vir die voorsittende beampte beskou, wie se plig dit is om die inligting van die getuies in die soeke na die waarheid te bekom.<sup>100</sup> In skrilte kontras met die akkusatoriese stelsel, wat die swygreg van 'n



beskuldigde en die verbod teen selfinkriminasie voorop stel, word die beskuldige gesien as 'n waardevolle bron van inligting en mag hy deur die voorsittende beampte ondervra word.<sup>101</sup>

'n Strafprosesregstelsel poog om sekere fundamentele waardes na te streef en te balanseer.<sup>102</sup> Packer<sup>103</sup> identifiseer twee basiese modelle van strafproses: die misdaadbeheermodel en die prosessuele geregtigheidsmodel. Luidens die eerste model is die onderdrukking van kriminele gedrag die hoofmerk van die strafprosesreg. Die prosessuele geregtigheidsmodel erken wel die belang van effektiewe misdaadbeheer, maar bepaal dat die hoofmerk van die strafprosesstelsel nie slegs is om 'n skuldigbevinding en vonnis te verseker nie, maar om hierdie doelwitte te bereik sonder om die regte van individue gedurende die toepassing van die proses te skend. Onder Suid-Afrika se vorige grondwetlike bestel het die misdaadbeheermodel voorkeur geniet, maar sedert die inwerkingstelling van 'n stelsel van grondwetlike oppergesag word die prosessuele geregtigheidsmodel grootliks nagevolg.

Ingevolge artikel 35 van die Grondwet het gearresterde, aangehoue en beskuldigde persone 'n verskeidenheid verskanste regte. In die konteks van die akkusatoriese stelsel is van die belangrikste regte van 'n beskuldigde sy swygereg, die reg om getuie aan te voer en te betwis en die reg teen selfinkriminasie.<sup>104</sup> Die reg op 'n billike verhoor is egter breër as die lys van verskanste regte soos uiteengesit in paragrawe (a) tot (j) van artikel 35(3). Dit dui op 'n konsep van substantiewe regverdigheid, wat nie vergelyk kan word met wat aanvaarbaar of regverdig was ingevolge die vorige grondwetlike bestel nie.<sup>105</sup>

Bennun<sup>106</sup> verklaar tereg dat in 'n samelewing waar die beskerming van menseregte binne 'n demokratiese bestel voorop gestel word, die strafprosesstelsel nie altyd as 'n spel gesien word wat op 'n gelyke speelveld plaasvind nie. Die vermoede van onskuld kan tydens die verhoor slegs deur bewys bo redelike twyfel weerlê word. Verder bepaal artikel 35(5) dat getuie wat verkry is op 'n wyse wat enige reg in die handves van regte skend, uitgesluit moet word indien die toelating van daardie getuie die verhoor onbillik sou maak of andersins vir die regspleging nadelig sou wees.

Goodplaster<sup>107</sup> voer aan dat sommige akkusatoriese bewysreëls, veral die sogenaamde uitsluitingsreëls, waardevolle getuie wat die waarheid kan ontbloot, kan uitsluit. So ook rus daar 'n blootleggingsplig slegs op die vervolging en nie op die verdediging nie. Aangesien 'n beskuldigde nie verplig mag word om te getuig nie, word 'n waardevolle bron van getuie uitgesluit. Hy voer ook aan dat die vervolging se bewyslas van bo redelike twyfel uiters moeilik is om te bereik en daartoe kan lei dat 'n skuldige persoon onskuldig bevind kan word.<sup>108</sup>

Damaska<sup>109</sup> is van mening dat sommige akkusatoriese reëls van getuieaanbieding gesien kan word as versperrings tot moontlike skuldigbevindings. Hierdie versperrings verlaag die moontlikheid dat 'n onskuldige persoon skuldig bevind word. Hy voer verder aan dat die uitsluitingsreëls getuie mag uitsluit op grond daarvan dat dit die soeke na die waarheid sal belemmer. 'n Voorbeeld hiervan is die uitsluiting van irrelevante getuie van hoorsêgetuie.<sup>110</sup> Sommige getuie word egter uitgesluit om redes wat nie betrekking het op die soeke na die waarheid nie, soos die uitsluiting van betroubare getuie wat op 'n onregmatige wyse bekom is. Die algemene mening is dat hierdie reëls dit moeiliker maak vir

die vervolging om 'n skuldigbevinding te bekom as wat die geval in die inkwisoriese stelsel sou wees.

In die lig van bostaande bespreking is dit duidelik dat die vervolging in die *Dewani*-saak van meet af 'n opdraande stryd gevoer het om die beskuldigde se skuld te bewys. Die beskuldigde het die land kort na die moord op die oorledene verlaat en na Londen . Daarna het daar 'n regstryd van ongeveer vier jaar verloop ten einde die beskuldigde aan die Suid-Afrikaanse vervolgingsgesag uit te lewer sodat hy sy verhoor hier kon bywoon. Hierdie vertraging van sy verhoor het duidelik in sy guns gewerk: vier jaar het verloop sedert die voorval, wat die getuies se herinnering van die voorval nadelig kon beïnvloed het.<sup>111</sup> Verder was dit nie moontlik om al die medepligtiges gesamentlik te verhoor nie. Die vervolging kon nie talm om die ander medepligtiges saam met Dewani te verhoor nie, aangesien 'n beskuldigde 'n reg op die spoedige afhandeling van sy saak het.<sup>112</sup> Indien sommige van die medepligtiges in die saak saam met hom aangekla kon gewees het, sou die beskuldigde se aansoek om ontslag moontlik nie geslaag het nie, aangesien daar 'n sterk moontlikheid sou bestaan het dat hy deur die getuies van 'n medebeskuldigde geïnkrimineer sou kon word.<sup>113</sup>

Die vervolging wou ook getuies aangaande die seksualiteit van die beskuldigde lei deur 'n homoseksuele mansgesel, Leopold Leisser, as getuie te roep. Hierdie getuie sou getuig dat die beskuldigde by homoseksuele bedrywighede betrokke was, maar dit van die oorledene weerhou het. Dit kon volgens die vervolging gedien het as 'n moontlike motief om sy huwelik te beëindig. Die beskuldigde sou na bewering ook aan Leisser gemeld het dat hy 'n manier gesoek het om sy verlowing met die oorledene te verbreek. Adjunkregterpresident Traverso het egter beslis dat die getuies van Leisser nie toelaatbaar was nie, aangesien die seksuele oortuiging en voorkeure van die beskuldigde irrelevant tot die beregting van die saak was.<sup>114</sup>

Die beskuldigde het 'n volledige pleitverduideliking ingevolge artikel 115 van die Strafproseswet gemaak. In hierdie pleitverduideliking het die beskuldigde nie alleen verklaar dat hy biseksueel is nie, maar bevestig dat hy wel ontmoetings met Tongo gehad het en ook telefoniese gesprekke met hom gevoer het. Die beskuldigde het ook in besonderhede uiteengesit dat hy met Tongo kommunikeer het om 'n helikoptervlug vir die oorledene en homself te reël, welke vlug hy as 'n verrassing vir die oorledene wou hou. Hierdie erkennings in die pleitverduideliking het die geslotekringtelevisie-opnames wat die oënskynlik agterdogtige ontmoetings en telefoonoproepe tussen die beskuldigde en Tongo vir alle doeleindes geneutraliseer. Die hof meld pertinent dat hierdie getuies nie as staving van Tongo se getuies kan dien nie.<sup>115</sup>

Soos hier bo vermeld, was die enigste getuie wat die beskuldigde by die pleging van die misdrywe kon betrek, Tongo. Tongo was 'n medepligtige getuie en ingevolge die versigtighedsreëls van toepassing moes die hof sy getuies met versigtigheid benader en ook staving vir sy getuies vind. Ongelukkig vir die vervolging het Tongo, asook die ander twee medepligtige getuies, uiters swak gevaar in die getuiebank. Dit is natuurlik so dat niemand kan voorspel hoe 'n getuie in die getuiebank onder kruisverhoor sal vaar nie. Kruisverhoor is juis die meganisme wat gebruik word om die waarheid van 'n weergawe te toets.<sup>116</sup>

Die feit dat die aansoek om die ontslag van die beskuldigde suksesvol was, het beteken dat slegs die vervolging 'n storie saamgestel het en dit voor die hof geplaas het. Dit is duidelik dat die gemeenskap en die familie van die oorledene van die beskuldigde self sou wou gehoor het wat sy betrokkenheid by die misdade behels het. Ingevolge die akkusatoriese stelsel het die vermoede van onskuld en die verbod teen selfinkriminasie hier swaarder gewees as die feit dat die beskuldigde moontlik die swak vervolgingsaak sou kon aanvul. Die grondwetlike hof het die vermoede van onskuld beskryf as fundamenteel tot ons regstelsel en konsepte van geregtigheid en billikheid.<sup>117</sup>

Daar word aangevoer dat die publiek en die familie van die oorledene juis nie kon verstaan waarom die beskuldigde nie verplig kon word om te getuig nie en ook nie aan kruisondervraging onderwerp was nie.

Dit is verder ook duidelik dat die publiek en die oorledene se familie nie behoorlik onderskei het tussen die besluit om die beskuldigde te vervolg en die vraag of daar genoegsame getuienis deur die vervolging voor die hof geplaas is waarop 'n redelike persoon die beskuldigde skuldig sou kon bevind nie.<sup>118</sup> Soos hier bo aangetoon, berus die besluit om te vervolg en die besluit om ontslag toe te staan op verskillende tipes getuienis.

In die *Dewani*-saak was die hof deeglik bewus van die feit dat die gemeenskap steeds baie onbeantwoorde vrae aangaande die dood van die oorledene gehad het en stem saam dat daar inderdaad baie onbeantwoorde vrae is oor wat op die aand van die ontvoering en moord plaasgevind het. Die hof was gedagtig daaraan dat daar sterk openbare mening bestaan het dat die beskuldigde op sy verdediging geplaas moes word. Die regter bevind egter dat sy 'n eed geneem het om die oppergesag van die reg te handhaaf en die reg toe te pas sonder vrees, voorkeur of vooroordeel. Anargie sal intree indien howe toelaat dat openbare mening hul toepassing van die reg beïnvloed.<sup>119</sup>

## 6. Die klagtes teen adjunkregterpresident Traverso

Die klagte van Justice Anni was vervat in 'n beëdigde verklaring gemaak deur ene Jacobus Hendrikus Johannes Verschuur, wat aangevoer het dat die adjunkregterpresident gedurende die verhoor bevooroordeel en ten gunste van die verdediging was. Die inligting waarop hierdie klagte gegrond was, was versamel deur lede van die groep wat die hofverrigtinge daaglik bygewoon het. Hulle het onder andere blatante vooroordeel, soos onder aangetoon, by die regter waargeneem.<sup>120</sup> Die groep het nie insae in die hofrekord gehad nie, maar het kommentaar op sosiale media, elektroniese en gedrukte media bestudeer. Verslae is verder ontvang van persone wat die hofsaak bygewoon het.<sup>121</sup>

Hulle beskuldig adjunkregterpresident Traverso van verskeie bevooroordeelde optredes. Dit sluit in 'n verontagsaming van billikheid; onbeskofte en aggressiewe gedrag teenoor die vervolging (in kontras met die vriendelike en hulpvaardige houding wat sy teenoor die verdedigingspan openbaar het); 'n versuim om te verduidelik waarom sy sekere sleutelstaatgetuienis nie wou toelaat nie; die maak van 'n foutiewe stelling in die hof; dat sy 'n bespotting gemaak het van die vervolging se deskundige getuie; en dat sy uitlatings

aangaande die beskuldigde se pleitverduideliking gemaak het wat nie deur ondervraging of kruisondervraging getoets is nie.<sup>122</sup>

Die groep versoek gevolglik die komitee om vas te stel of die regter onbillik, onregverdig of onpartydig in haar hantering van die saak was; of daar behoorlik na die grondwetlike regte van die oorledene en haar familie omgesien is; of die regter se beweerde optrede die aansien van die regbank aantast; of haar optrede die openbare vertroue in die regsisteem nadelig beïnvloed het; en of haar optrede die reputasie van Suid-Afrika nadelig skaad, aangesien die saak internasionale belangstelling geniet het.<sup>123</sup>

Die regter se onpartydigheid word verder bevraagteken aangesien sy na bewering bevooroordeel was ten gunste van die verdedigingspan en aanhoudend die aanklaer gedurende sy aanbieding van die saak onderbreek het.<sup>124</sup> Haar gedrag teenoor die aanklaer word selfs as dreigend beskryf, dat sy soos 'n boelie teenoor die aanklaer opgetree het, 'n ongegronde bewering in die hof gemaak het wat impliseer het dat die polisie die media genader het aangaande die status van die saak, en dat sy 'n joernalis in die ope hof berispe het.<sup>125</sup>

Die klagte van die HETN was ook vervat in 'n beëdigde verklaring van ene Lucky Thekiso ("Thekiso"). Daar is geen aanduiding dat hy gemagtig was om die klagte namens die groep in te dien, of dat hy persoonlike kennis gedra het aangaande gebeure wat by die verhoor plaasgevind het nie.<sup>126</sup>

Namens die organisasie word aangevoer dat die adjunkregterpresident artikel 14(4)(e) van die Wet op die Regterlike Dienste Kommissie<sup>127</sup> oortree het deurdat sy opsetlik of grof nalatig was, onbevoeg vir haar amp is, en dat haar optrede nadelig vir die onafhanklikheid, onpartydigheid, waardigheid, toeganklikheid en effektiewe funksionering van die howe is.<sup>128</sup> Sy word voorts daarvan beskuldig dat sy die vervolging nie 'n billike verhoor gebied het nie en duidelik bevooroordeel teenoor die vervolging was, welke optrede die integriteit van en openbare vertroue in die howe skaad.<sup>129</sup>

Thekiso gaan dan voort en loods 'n rassistiese aanval op adjunkregterpresident Traverso en haar persoonlike agtergrond. Kortliks kom dit daarop neer dat sy haar geskaar het by 'n verdedigingspan wat geheel en al uit Afrikaners bestaan het en vyandigheid jeens die swart aanklaer openbaar het. Sy het na bewering ook vasgeklou aan die idees en denkwyses van die verlede, het nie persoonlik getransformeer nie, en het nie die swart meerderheidsregering aanvaar nie.<sup>130</sup>

Daarteenoor is daar ook beëdigde verklarings ter ondersteuning van adjunkregterpresident Traverso ingedien deur lede van die Kaapse balie, die assessore wat saam met haar gesit het gedurende die verhoor, asook die direkteur van openbare vervolgings van die Wes-Kaap. Al hierdie verklarings verwerp die bewerings deur die twee organisasies.<sup>131</sup>

Dit is verder insiggewend dat die verklaring van die direkteur van openbare vervolgings spesifiek meld dat hy met die vervolgingspan gekonsulteer het en dat hulle aangedui het dat alhoewel litigasie soms robuust kan wees, daar nie sprake van rassevooroordeel was nie.<sup>132</sup>

Die komitee ontleed voorts die klagtes en vind dat daar geen getuienis van vooroordeel teenoor die vervolging was nie. Robuuste interaksie tussen die hof en 'n regsverteenvoerder kan nie sonder meer wangedrag of rassevooroordeel daarstel nie.<sup>133</sup> Daar is 'n vermoede van onpartydigheid jeens die amp van 'n regsprekende amptenaar wat gesien moet word in die konteks van die regterlike eed asook die aard van die regsprekende funksie. Dit word onderskraag deur die Grondwet, wat bepaal dat regterlike beamptes die Grondwet en die reg onpartydig, sonder vrees, guns of vooroordeel moet toepas. Hierdie beginsels word herhaal in die ampseed van regterlike amptenare.<sup>134</sup> 'n Litigant wat beweer dat opmerkings en inmenging deur 'n voorsittende beampte gedurende die verloop van 'n verhoor of betoog op vooroordeel dui, het 'nformidabele hekkie om te oorkom: die vermoede ten gunste van onpartydigheid. Die party sal moet bewys dat die gewraakte opmerkings van sodanige omvang en aard was dat dit op meer as blote irritasie neerkom. 'n Patroon van optrede sal bewys moet word wat kan aantoon dat die vermoede van onpartydigheid omvergewerp is deur 'n redelike gewaarwording van vooroordeel. 'n Robuuste debat mag die geskilpunte ophelder en ruimdenkendheid bevorder.<sup>135</sup>

Die komitee verwerp die rassistiese aanval op die adjunkregterpresident met minagting en verklaar dat Thekiso se uitlatings die waardigheid en respek nie alleen van die regbank nie, maar ook van die adjunkregterpresident in haar persoonlike hoedanigheid aantast.<sup>136</sup> Die komitee bevind dat die klagtes van beide organisasies nie onderskraag word deur enige betroubare feite nie, en dat die beweerde wangedrag ook nie uit die hofrekord blyk nie. Die gedragskode vir regterlike amptenare bepaal dat klagtes teen regters wat op die verdienste van 'n uitspraak betrekking het, deur die normale appèl- of hersieningsprosedures hanteer moet word. Ontnugtering rakende 'n uitspraak regverdig nie dissiplinêre optrede nie. Die komitee bevind dat die ander klagtes van beide groepe beuselagtig is en geen substansie het nie.<sup>137</sup> Die klagtes is gevolglik van die hand gewys ingevolge artikel 15(2)(c) en (d) van die Wet op die Regterlike Dienste Kommissie.<sup>138</sup>

Die komitee het tereg die klagtes van die hand gewys, aangesien dit nie op feite of die hofrekord berus het nie.

Van belang is egter die deurskemerings van persepsies betreffende beweerde vooroordeel en dat die verhoor nie billik teenoor die publiek, die oorledene of haar familie was nie. Daar word aangevoer dat hierdie waarnemings 'n uitwerking het op die openbare mening rakende die strafprosesregstelsel.

## 7. Openbare mening en die strafprosesregstelsel

Alhoewel die klagtes teen adjunkregterpresident Traverso van die hand gewys is, kan die openbare mening aangaande die strafprosesregstelsel nie sonder meer geïgnoreer word nie. Howe het die ondersteuning van die publiek en institusionele legitimiteit nodig om op 'n billike en effektiewe manier hul werksaamhede uit te voer. Die Raad vir Geesteswetenskaplike Navorsing (RGN) het onlangs 'n studie van stapel gestuur ten einde die openbare mening ten opsigte van ons strafhowe te peil.<sup>139</sup> Hierdie studie toon dat die helfte van die Suid-Afrikaanse volwasse inwoners van mening is dat die howe goeie werk

verrig, wat Suid-Afrika hoër op die rangorde plaas as baie Europese lande rakende vertroue in die funksionering van hul howe.

Rakende vertroue in die Suid-Afrikaanse howe het die helfte van alle Suid-Afrikaners in 2012 aangedui dat hulle die howe vertrou, wat dui op 'n afname van die persentasie van 57% in 2009. Aangaande die vraag of Suid-Afrikaners van oordeel was dat ons howe hul bevoegdhede op 'n prosessueel billike manier uitoefen, is 'n positiewe antwoord bo die middelpunt (5,8) gegee. Hierdie resultaat is effens laer as die Europese gemiddeld van 5,9.

Die studie poog laastens om vas te stel of verdelende regverdigheid in ons howe plaasvind, met ander woorde of die persepsie bestaan dat ons howe toepaslike resultate vir alle Suid-Afrikaners verseker, almal gelyk behandel en sodoende billike uitkomst lewer. Meer as twee vyfdes (44%) het aangedui dat dit meer waarskynlik is dat swart Suid-Afrikaners skuldig bevind sal word, terwyl 42% aangedui het dat die howe inderdaad onpartydig is. Omtrent 51% van alle Suid-Afrikaners was van mening dat dit meer waarskynlik is dat 'n arm persoon skuldig bevind sal word, terwyl slegs 38% van oordeel was dat arm en ryk persone 'n gelyke kans op skuldigbevinding het. Dit dui aan dat die meerderheid van Suid-Afrikaners van oordeel is dat ons howe diskrimineer op grond van ras en rykdom.

Die studie kom tot die gevolgtrekking dat die howe, as belangrike instellings in 'n demokrasie, sterk klem daarop moet lê om hul verantwoordelikhede op 'n effektiewe en billike manier uit te oefen. Sodoende sal hulle onder lede van die gemeenskap 'n sin van verantwoordbaarheid en morele ondersteuning aanmoedig, wat daartoe sal lei dat die gemeenskap bereid is om saam te werk en te voldoen aan die beginsel van die oppergesag van die reg en dit te respekteer.

Gedurende die toepassing van artikel 35(5) van die Grondwet, waar 'n hof moet beslis of getuienis wat op 'n ongrondwetlike wyse bekom is, uitgesluit behoort te word, speel openbare mening wel 'n rol.<sup>140</sup> Hierdie artikel plaas 'n verpligting op die howe om getuienis uit te sluit wat bekom is by wyse van 'n skending van of inbreukmaking op enige reg wat verskans is in die Grondwet indien sodanige toelating daarvan die verhoor onbillik sou maak of andersins nadelig vir die regspleging sou wees. In *S v Makwanyane*<sup>141</sup> beslis die hof dat daar wel oorweging geskenk moet word aan die openbare mening wanneer die handves van menseregte uitgelê word, maar dat die howe nie die openbare mening slaafs moet navolg nie. Die howe se taak is om gedurende die uitlegproses die Grondwet se bepalings in stand te hou, sonder vrees of voorkeur. Indien die openbare mening deurslaggewend was, verval die nodigheid vir uitleg van die Grondwet en die beskerming van individue se regte kon net so wel aan die parlement oorgelaat word; dit sou neerkom op 'n terugkeer na 'n bestel van parlementêre soewereiniteit. Die howe moet die Grondwet interpreteer ingevolge die waardes wat 'n oop en demokratiese samelewing, gegrond op menslike waardigheid, vryheid en gelykheid onderskraag, in stede daarvan om die heersende standaard van wat aanvaarbaar is, in ag te neem. Die heersende openbare mening behoort gevolglik 'n ondergeskikte rol te speel in vergelyking met die langtermynwaardes wat die Grondwet poog om te verweselik.<sup>142</sup>

Ally<sup>143</sup> voer tereg aan dat die howe in die belang van regsekerheid 'n konsekwente benadering tot die uitleg van die bepalings van die handves van menseregte moet volg. Die



howe behoort dus kennis te neem van die openbare mening sonder om openbare gewildheid na te streef. In *S v Nomwebu*<sup>144</sup> meld regter Erasmus dat die openbare mening beïnvloed word deur die erns van die aanklagte, veral as die toestand van wetteloosheid wat in die land heers, in ag geneem word. Dit kan daartoe lei dat die gemeenskap hul vertroue in die strafprosesregstelsel verloor. So 'n situasie kan voorkom indien die hof 'n gevaarlike misdadiger sou vryspreek, en indien die inbreuk op sy regte as onbelangrik en tegnies deur die publiek beskou word. 'n Hof durf nie toelaat dat openbare mening sy beslissings voorskryf of dikteer nie. Die hof het in hierdie geval 'n opvoedingsplig om die gemeenskap te laat verstaan dat 'n billike verhoor 'n verhoor is wat volgens grondwetlike riglyne plaasvind. Die hof moet aan die gemeenskap die boodskap uitstuur en tuisbring dat die Grondwet nie 'n stel hoogdrawende waardes is wat misdadigers beskerm teen hul verdiende loon nie, maar inderwaarheid 'n skild daarstel wat alle burgers teen onderdrukking deur die owerheid beskerm. Indien die howe die inbreukmaking op die regte van die mees gevreesde misdadiger goedkeur, kan dit lei tot 'n aftakeling van die regte van die gemeenskap in die algemeen. Die howe behoort gevolglik nie slegs kennis te neem van die openbare belang nie, maar moet poog om, deur die gebruik van eenvoudige en verstaanbare taal in hul uitsprake, die gemeenskap se denke so te vorm dat hulle grondwetlike waardes aanvaar en uitleef.<sup>145</sup>

Ally<sup>146</sup> voer verder aan dat beskuldigde persone wat die magtige vervolgingsgesag die stryd moet aansê, gesien kan word as 'n kwesbare minderheid. Hierdie benadering strook met die benadering van die Kanadese hooggeregshof in *R v Collins*<sup>147</sup>, waar beslis is dat die howe die enigste effektiewe veilige hawe vir individue en ongewilde minderhede daarstel.

Hierdie sienswyse vind ook uiting in die opmerkings van oudregterpresident Chaskalson in *S v Makwanyane*<sup>148</sup> dat ook sosiale uitgeworpenes en gemarginaliseerde groepe kan aanspraak maak op die beskerming van die Grondwet. Die howe se bereidwilligheid om die grondwetlike regte van beskuldigdes te beskerm, sal dus meewerk om vertroue in die strafprosesregstelsel te koester. 'n Onwilligheid om dit te doen kan die teenoorgestelde gevolg meebring, wat nadelig vir die regspleging kan wees. Dit strook met die beginsel van die oppergesag van die Grondwet.<sup>149</sup>

## 8. Gevolgtrekking

Suid-Afrika het steeds 'n onaanvaarbaar hoë misdaadsyfer en in die gemoedstoestand van die gemeenskap bestaan daar 'n algemene gevoel dat wetteloosheid heers. Dit kan daartoe lei dat die gemeenskap negatiewe persepsies jeens die strafprosesregstelsel koester indien 'n beskuldigde wat van ernstige misdrywe aangekla word en daar oënskynlik verdoemende getuienis teen hom beskikbaar is, na sluiting van die vervolgingszaak ontslaan word of na sluiting van die verdedigingszaak vrygespreek word. Dit kan verder meer onaanvaarbaar vir die gemeenskap wees indien sulke getuienis uitgesluit word omdat dit die beskuldige duidelik met die misdryf verbind, maar op 'n ongrondwetlike wyse bekom is. In sulke omstandighede sou die gemeenskap eerder voorkeur wou gee aan die misdaadbeheermodel van strafprosesreg.

In *S v Melani*<sup>150</sup> was die beskuldigde aangekla van moord, roof en die onwettige besit van vuurwapens en ammunisie. Getuienis teen die beskuldigde was op 'n ongrondwetlike wyse bekom. Regter Froneman merk op dat indien 'n openbare meningspeiling gehou word of die "besmette getuienis" in sulke omstandighede toegelaat behoort te word weens die erns van die misdrywe waarvan die beskuldigde aangekla word, die gemeenskap waarskynlik sou aandui dat die getuienis toegelaat behoort te word. Die hof beslis egter dat die getuienis uitgesluit word. Die hof verklaar dat dit die langtermyn doel van die Grondwet is om 'n demokratiese bestel te vestig, wat onder andere gegrond is op die erkenning van basiese menseregte. Die hof is nie gebonde aan die huidige gemoedstoestand van die gemeenskap nie. Die toelating of uitsluiting van getuienis berus op 'n balans tussen die plig van die hof om die waarheid te vind en die grondwetlike plig om die integriteit van die strafprosesregstelsel in stand te hou.<sup>151</sup>

Volgens Ally<sup>152</sup> behoort die teenwoordigheid van 'n tydelike openbare ontevredenheid jeens die vryspraak van 'n beskuldigde as gevolg van die uitsluiting van getuienis wat op 'n ongrondwetlike wyse bekom is, nie toegelaat te word om die langtermyn grondwetlike doelwit, naamlik die versterking van die integriteit van die strafprosesregstelsel, omver te gooi nie. Daar word aangevoer dat hierdie argument ook geld vir toepassing van die billike-verhoor-regte, insluitend die reg teen selfinkriminasie.

Adjunkregterpresident Traverso het inderdaad nie geswig voor die openbare mening dat die beskuldigde op sy verdediging geplaas moes gewees het nie. Getrou aan haar ampseed bevind sy dat sy 'n plig het om die oppergesag van die reg te handhaaf en die reg toe te pas sonder vrees, voorkeur of vooroordeel.<sup>153</sup> Daar word aan die hand gedoen dat die voorstel van regter Erasmus in die *Nmowebu*- en *Soci*-sake dat die howe 'n opvoedingsplig het om deur hul uitsprake aanvaarding van 'n menseregtekultuur deur die gemeenskap te bevorder, ook ten aansien van artikel 174-aansoeke, nagevolg behoort te word.<sup>154</sup> Dit is die begin van 'n reis om 'n balans tussen die versekering van 'n billike verhoor en die gemeenskap se siening daarvan te bewerkstellig. Die gemoedstoestand van die gemeenskap moet aanvaar dat artikel 35 van die Grondwet nie misdadigers beskerm nie, maar juis die ganse gemeenskap teen uitbuiting van die owerheid beskerm.

## Bibliografie

Ally, D. 2012. Determining the effect (the social costs) of exclusion under the South African exclusionary rule: should factual guilt tilt the scales in favour of the admission of unconstitutionally obtained evidence? *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 15(5):477–638.

Anderson, R.A. en A.L Otto. 2003. Perceptions of fairness in the justice system: A cross-cultural comparison. *Social Behavior and Personality*, 31(6):557–64.

Beleidskrif van die Nasionale Direkteur van Openbare Vervolgings Deel 4.  
[http://npa.gov.za/npa/Policy Manuals/ProsecutionPolicy.doc](http://npa.gov.za/npa/Policy%20Manuals/ProsecutionPolicy.doc) (6 Julie 2015 geraadpleeg).

Bennun, M.E. 2005. The Mushwana report and prosecution policy. *South African Journal of Criminal Justice*, 3:279–305.

Chaos buite hof ná Shrien Dewani uitspraak. <http://www.netwerk24.com/nuus/2014-12-08-chaos-buite-hof-n-shrien-dewani-uitspraak> (30 Junie 2015 geraadpleeg).

Cole, R.J.V. 2010. Between judicial enabling and adversarialism: The role of the judicial officer in protecting the unrepresented accused in Botswana in a comparative perspective. *University of Botswana Law Journal*, 11:81–115.

Damaska, M.R. 1975. Presentation of evidence and factfinding precision. *University of Pennsylvania Law Review*, 123:1088–106.

—. 1997. *Evidence law adrift*. New Haven: Yale University Press.

Dugard, J. 1997. *Introduction to criminal procedure*. Claremont: Juta.

Du Toit, E., F. de Jager, A. Paizes, A. St Q Skeen en S.E. van der Merwe. 2015. *Commentary on the Criminal Procedure Act*. Claremont: Juta.

Goodplaster, G. 1987. On the theory of American adversary criminal trial. *Journal of Criminal Law and Criminology*, 71(1):118–53.

Hermann, J. 1978. Various models of criminal proceedings. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrege en Kriminologie*, 2(1):3–19.

In the court of public opinion: attitudes towards the criminal courts. <http://www.hsrc.ac.za/en/review/hsrc-review-may-2013/in-the-court-of-public-opinion-attitudes-towards-the-criminal-courts#sthash.Teucwlu3.dpuf> (14 Julie 2015 geraadpleeg).

Joubert, J.J. (red.). 2014. *Criminal procedure handbook*. Claremont: Juta.

Kruger, A. 2008. *Hiemstra's criminal procedure*. Durban: LexisNexis.

Mansfield, G. en J. Peay. 1987. *The Director of Public Prosecutions: Principles and practices for the Crown Prosecutor: an inquiry carried out at the Centre for Criminological Research, University of Oxford*. Devon: Travistock.

Schwikkard P.J. en S.E. Van der Merwe. 2010. *Principles of evidence*. Claremont: Juta.

Shrien Dewani leaves South Africa after acquittal. 2014. <http://www.theguardian.com/world/2014/dec/09/shrien-dewani-prepares-leave-south-africa-after-acquittal> (30 Junie 2015 geraadpleeg).

Shrien Dewani murder case trial collapse. 2014. <http://www.theguardian.com/world/2014/dec/08/shrien-dewani-murder-trial-collapse-anni-south-africa> (10 Julie 2015 geraadpleeg).

Snyman J.L. en D.W. Morkel. 1988. *Strafprosesreg.* Claremont: Juta.

Uitspraak op klagtes teen adjunk-regterpresident Traverso.  
[www.judiciary.org.za/.../Decision-on-complaints-against-DJP%20Travers](http://www.judiciary.org.za/.../Decision-on-complaints-against-DJP%20Travers) (30 Junie 2015 geraadpleeg).

## Eindnotas

<sup>1</sup> *S v Dewani* 2014-12-08 saaknr. CC15/2014 (KH).

<sup>2</sup> *S v Pistorius* 2014-09-12 saaknr. CC113-2013 (GH).

<sup>3</sup> Chaos buite hof ná Shrien Dewani-uitspraak.

<sup>4</sup> Shrien Dewani leaves South Africa after acquittal.

<sup>5</sup> Uitspraak op klagtes teen adjunkregterpresident Traverso.

<sup>6</sup> Sien par. 4 hier onder.

<sup>7</sup> Die Wet op die Afskaffing van Juries 34 van 1969.

<sup>8</sup> Kruger (2008:22–79).

<sup>9</sup> Sien par. 4 hier onder.

<sup>10</sup> In die *Dewani*-gewysde verwys die hof na die volgende beslissings wat met die toepassing van art. 174 van die Strafproseswet handel: *R v Shein* 1925 AD 6; *R v Herholdt* 1956 2 SA 722 (W); *S v Mapheta* 1983 4 SA 262 (K); *S v Shuping* 1983 2 SA 119 (B) en *S v Lubaxa* 2001 2 SASV 703 (HHA). Vgl. ook Du Toit e.a. (2015:22, 121–8); Schwikkard en Van der Merwe (2010:530–4).

<sup>11</sup> *S v Mashela* 1990 1 SASV 678 (T) 681C–E.

<sup>12</sup> *R v Kritzinger* 1952 2 SA 402 (W).

<sup>13</sup> Schwikkard en Van der Merwe (2010:530).

<sup>14</sup> 1997 1 SASV 10 (W) 146j.

<sup>15</sup> *R v Lakatula* 1919 AD 362; *R v Afrika* 1938 AD 566.

<sup>16</sup> *Ebrahim v Minister of Justice* 2000 2 SASV 173 (W).

<sup>17</sup> *S v Zimmerie* 1989 3 SA 484 (K); *S v Amerika* 1990 2 SASV 480 (K).

- <sup>18</sup> 1983 2 SA 119 (B) 120H–121A.
- <sup>19</sup> 1992 2 SASV 544 (V). Sien ook in hierdie verband *S v Ndlalangamandla* 1999 1 SASV 391 (W).
- <sup>20</sup> 2001 2 SASV 703 (HHA).
- <sup>21</sup> *Ibid.* par. 18.
- <sup>22</sup> *S v Lubaxa* 2001 2 SASV 703 (HHA) parr. 19–21.
- <sup>23</sup> 1948 4 SA 399 (A) 405.
- <sup>24</sup> Vir 'n opsomming van die riglyne tydens toepassing van die versigtigheidsreël, vgl. *S v Van Vreden* 1962 2 SA 524 (N) 531–2.
- <sup>25</sup> Par. 19 met verwysing na *S v Gentle* 2005 1 SASV 420 (HHA) 430.
- <sup>26</sup> *S v Mapetha* 1983 4 SA 262 (K) 265D–G.
- <sup>27</sup> 2011 2 SASV 437 (GSJ) par. 273.
- <sup>28</sup> Par. 269.
- <sup>29</sup> *S v Cooper* 1976 2 SA 875 (T) 889.
- <sup>30</sup> *S v Phuravhatha* 1992 2 SASV 544 (V) 554D–E.
- <sup>31</sup> 2006 2 SASV 275 (W) 265ab.
- <sup>32</sup> Joubert (2014:71)
- <sup>33</sup> Du Toit e.a. (2015:1–43).
- <sup>34</sup> *Freedom Under Law v National Director of Public Prosecutions* 2014 1 SASV 111 (HHA) par. 77.
- <sup>35</sup> Vgl. par. 4(c) van die vervolgingsbeleid uitgereik deur die nasionale direkteur van openbare vervolging, ingevolge art. 21(1)(a) Wet 32 van 1998.
- <sup>36</sup> *Ibid.*
- <sup>37</sup> Mansfield en Peay (1987:190).
- <sup>38</sup> *S v Nzimande* 2004 SASV 506 (TkA) par. 29.
- <sup>39</sup> Bennun (2005:294).

<sup>40</sup> *R v Broschk* 1946 OPD 303, 312–3.

<sup>41</sup> Bennun (2005:2945).

<sup>42</sup> Schwikkard en Van der Merwe (2010:20).

<sup>43</sup> Schwikkard en Van der Merwe (2010:559).

<sup>44</sup> 2001 1 SASV 703 (HHA) par. 19.

<sup>45</sup> *Beckenstrater v Rottcher and Theunissen* 1955 1 SA 129 (A) 135C–E.

<sup>46</sup> Vgl. artt. 10 en 12 van die Grondwet.

<sup>47</sup> (2010:568).

<sup>48</sup> (2010:303–4).

<sup>49</sup> Bennun (2005:295).

<sup>50</sup> 23 DLR (4th) 503.

<sup>51</sup> Vgl. die opsomming van wesenlike feite in *S v Tongo* 2010-12-05saaknr. SS 59/2010 (K).

<sup>52</sup> Parr. 3–4.

<sup>53</sup> Par. 23.1.

<sup>54</sup> Par. 23.1.1.

<sup>55</sup> Parr. 23.1.6–23.1.8.

<sup>56</sup> Par. 23.1.9.

<sup>57</sup> Parr. 23.1.10–23.1.12.

<sup>58</sup> Parr. 23.1.12–3.

<sup>59</sup> Parr. 23.1.14–5.

<sup>60</sup> Parr. 23.1.16–23.

<sup>61</sup> Parr. 23.1.24–9.

<sup>62</sup> Parr. 23.1.30–3.

<sup>63</sup> Parr. 23.1.32–44.



<sup>64</sup> Parr. 24.1.1–8.

<sup>65</sup> Parr. 24.1.9–15.

<sup>66</sup> Par. 24.2.1.

<sup>67</sup> Parr.24.2.2–29.

<sup>68</sup> Par. 5.

<sup>69</sup> Par. 15.

<sup>70</sup> Par. 23.1.46.

<sup>71</sup> Par. 23.1.45.

<sup>72</sup> Vgl. parr. 23.1.47–103. Vir doeleindes van hierdie bydrae word die afsonderlike weersprekings en/of onwaarskynlikhede nie gelys nie.

<sup>73</sup> Par. 23.1.107.

<sup>74</sup> Par. 22.

<sup>75</sup> 2008 1 SASV 223 (HHA) 234.

<sup>76</sup> Par. 21.

<sup>77</sup> Par. 23.1.108.

<sup>78</sup> Par. 24.1.17.

<sup>79</sup> Parr. 24.3.34–5.

<sup>80</sup> Par. 24.6.

<sup>81</sup> Par. 24.4.

<sup>82</sup> Par. 24.7.

<sup>83</sup> Par. 24.9.

<sup>84</sup> Par. 27.

<sup>85</sup> Anderson (2003:557).

<sup>86</sup> *In re Raab*, 100 N.Y. 2d 305, 315-316, 763 N.Y.S. 2d 213, 218 (2003).

- <sup>87</sup> Dugard (1977:117).
- <sup>88</sup> Snyman en Morkel (1988:17).
- <sup>89</sup> *Ibid.*
- <sup>90</sup> Joubert (2014:22).
- <sup>91</sup> Cole (2010:83).
- <sup>92</sup> Sien *S v Le Grange* 2009 2 SA 434 HHA) par. 14.
- <sup>93</sup> Cole (2010:85).
- <sup>94</sup> Joubert (2014:22).
- <sup>95</sup> Schwikkard en Van der Merwe (2010:9-10).
- <sup>96</sup> Damaska (1997:58).
- <sup>97</sup> Goodplaster (1987:120).
- <sup>98</sup> Snyman en Morkel (1988:17).
- <sup>99</sup> Goodplaster (1987:120).
- <sup>100</sup> Damaska (1975:1088).
- <sup>101</sup> Hermann (1978:5).
- <sup>102</sup> Joubert (2014:8)
- <sup>103</sup> (1968:158).
- <sup>104</sup> Sien art. 35(1)(a) en 35(3)(i) en (j) van die Grondwet.
- <sup>105</sup> *S v Zuma* 1995 1SASV568 (KH) par. 16.
- <sup>106</sup> (2005:238).
- <sup>107</sup> (1997:123).
- <sup>108</sup> *Ibid.*
- <sup>109</sup> Damaska (1973:513).
- <sup>110</sup> Vgl. art. 210 van die Strafproseswet.

<sup>111</sup> Shrien Dewani murder case trial collapse.

<sup>112</sup> Art. 35(3)(d) van die Grondwet. Tongo het 'n pleit- en vonnisoorekoms met die vervolging aangegaan en is op 7 Desember 2010 tot 18 jaar gevangenisstraf gevonnis. Qwabe het skuldig gepleit op alle aanklagte teen hom en is op 5 Augustus 2012 tot 25 jaar gevangenisstraf gevonnis. Mngeni is op 5 Desember 2012 skuldig bevind aan alle aanklagte teen hom en tot lewenslange gevangenisstraf gevonnis.

<sup>113</sup> Sien par. 2 hier bo.

<sup>114</sup> Shrien Dewani murder case trial collapse.

<sup>115</sup> Parr. 21–2.

<sup>116</sup> Schwikkard en Van der Merwe (2010:366).

<sup>117</sup> *S v Zuma* 1995 4 BCLR 401 (KH) par. 36.

<sup>118</sup> Sien par. 5 hier bo.

<sup>119</sup> Par. 24.7.

<sup>120</sup> Uitspraak op klagtes teen adjunkregterpresident Traverso par.2.

<sup>121</sup> Par. 4.

<sup>122</sup> Par. 5.

<sup>123</sup> Par. 7.

<sup>124</sup> Par. 9.

<sup>125</sup> Par. 10.

<sup>126</sup> Par. 11.

<sup>127</sup> 9 van 1994.

<sup>128</sup> Par. 12.

<sup>129</sup> Par. 13.

<sup>130</sup> Parr. 14–7.

<sup>131</sup> Parr. 19–21.

<sup>132</sup> Par. 21.

<sup>133</sup> Par. 27.

<sup>134</sup> *Bernert v ABSA* 2011 3 SA 92 (KH) par. 31.

<sup>135</sup> Par. 86.

<sup>136</sup> Parr. 31–2.

<sup>137</sup> Par. 33.

<sup>138</sup> Par. 34.

<sup>139</sup> In the court of public opinion: attitudes towards the criminal courts.

<sup>140</sup> *Pillay v S* 2004 2 BCLR 158 (HHA) par. 126.

<sup>141</sup> 1995 2 SASV 1 (G) par. 88.

<sup>142</sup> *S v Williams* 1995 7 BCLR 861 (KH) parr.36–7.

<sup>143</sup> (2012:485).

<sup>144</sup> 1996 2 SASV 396 (VH) 648d–f.

<sup>145</sup> *S v Soci* 1998 2 275 (OK) 295–6.

<sup>146</sup> (2012:487).

<sup>147</sup> 1987 1 SCR 265 (SCC) par. 34.

<sup>148</sup> 1995 2 SASV 1 (G) par. 88.

<sup>149</sup> Art. 2 Grondwet.

<sup>150</sup> 1996 2 BCLR 174 (OK).

<sup>151</sup> 191H–192E.

<sup>152</sup> (2012:493)

<sup>153</sup> Par. 24.7.

<sup>154</sup> Sien par. 6 hier bo.