



THE SUPREME COURT OF APPEAL
REPUBLIC OF SOUTH AFRICA

JUDGMENT

Case Number: 040 / 2008

JOSEPH LE GRANGE
HENDRIK LOURENS VAN DER WESTHUIZEN
PIETER JAKOBUS LE GRANGE

1st Appellant
2nd Appellant
3rd Appellant

and

THE STATE

Respondent

Neutral citation: *Le Grange v The State*
(040/2008) [2008] ZASCA 102 (18 September 2008)

Coram : MPATI P, BRAND, PONNAN and CACHALIA JJA and MHLANTLA AJA

Heard: 21 August 2008
Delivered: 18 September 2008

Summary: Criminal proceedings – right to a fair trial – judicial officer – not fair and impartial during trial – proceedings held to be invalid – convictions and sentences set aside – matter remitted for retrial.

ORDER

On appeal from: High Court, Kimberley (Kgomo JP sitting as court of first instance)

- 1 The appeal succeeds.
 - 2 The convictions and sentences imposed on each of the appellants are set aside.
 - 3 It is ordered that proceedings in respect of the same offence may again be instituted either on the original charge, suitably amended where necessary, or upon any other charge as if the appellants had not previously been arraigned, tried and convicted: provided that the judge before whom the original trial took place shall not take part in such proceedings.
-

JUDGMENT

PONNAN JA (MPATI P, BRAND and CACHALIA JJA and MHLANTLA AJA concurring):

[1] The first appellant, his son – the third appellant, and the latter’s friend, the second appellant, were indicted before the Kimberley High Court (per Kgomo JP), on one count of murder. The first appellant, who was convicted as charged, was sentenced to imprisonment for a term of 24 years. The remaining two appellants were convicted of being accessories after the fact to murder and were sentenced to imprisonment for terms of eight and seven years respectively, a period of two years of which in each instance was conditionally suspended. The effective sentence imposed on the second and third appellants was thus imprisonment for terms of six and five years, respectively. Leave to appeal was granted by the trial court to the first appellant solely in respect of the sentence imposed on him. This court, on petition to it, extended the scope of the appeal to encompass all of the convictions as well as the sentences imposed pursuant thereto in respect of all of the appellants.

[2] The deceased, 13 year old Biron Phetlo, had spent the greater part of Sunday, 24 March 2004, at the Prieska Golf Course in the company of his two friends, 14 year old Curtis Maritz and 17 year old Jaco Botha. Two of the three had managed to secure work as caddies. At the end of the day, they made their way on foot to the city centre. Once in the city centre, Jaco entered the Prieska Cafe to purchase refreshments, whilst the other two made their way to a sports shop in Stewart Street. Having arrived at the sports shop, which was closed for trade, Curtis and the deceased seated themselves on the front steps. At about that time the defence witness Emmanuel Bosman, who was referred to in the evidence as Bolla, was on his way into what he described as the Chinese shop, when he observed the deceased and Curtis who both appeared to him to be normal. That was no longer the case when Bolla emerged from the shop.

[3] Whilst seated on the steps, it would appear that one of the youths attempted to fish goods out of the sports store through a hole in the front glass door. They were observed however by the appellants who were at that stage out for a walk on the opposite side of the street. The appellants made their way across the street to the two boys. The interaction between the three appellants and the two boys on the stairs of the sports shop lasted no more than two minutes for, that is how long Bolla's excursion into the shop lasted during which time he purchased a cold drink.

[4] According to Curtis, he knew the first appellant or 'the oupa' as he put it, as the husband of Annelise of Pep Store and his son, the third appellant. Curtis testified that the third appellant accused them of having previously stolen from a certain greengrocer. The deceased tried to flee but he was prevented from doing so by the first appellant who pinned him back with his walking stick or rather what came to be described in the evidence as a sword cane. The first appellant then succeeded in unsheathing the blade of his sword cane and stabbed the deceased three times in quick succession. Curtis tried to get away to alert the police, but he was prevented from doing so by the second appellant. The three appellants then quickly departed from the scene. Once they had done so, Curtis summoned Jaco and reported to him that the deceased had been stabbed. When Curtis returned with Jaco, the deceased was lying some 11 metres from the stairs of the sports store. According to Jaco, his examination of the deceased revealed a chest wound from which blood was bubbling. Angered by what he saw, Jaco removed his t-shirt and discarded his sandals and thereafter set off in what Curtis had claimed was the direction taken by the deceased's assailants. When Jaco first came upon the appellants, according to him, they were running. The third appellant asked him what he wanted and picked up a stone which was thrown at Jaco. In response, Jaco told them that they could run away now as he had seen them. Like Curtis, he also knew the first and third appellants. By the time Jaco returned to the deceased, the police were already in attendance and the deceased was thereafter removed to the hospital.

[5] The appellants on their version had left the home of the first appellant at approximately 17:45 that evening, with the intention of visiting the latter's grandson who was reportedly ill. As the first appellant's daughter was not at home, the three appellants decided to take a walk. En route, they came upon the deceased and

Curtis who were endeavouring to steal from the sports shop. The appellants approached the youths, both of whom attempted to flee when confronted by the appellants. The second appellant physically restrained Curtis, whilst the first appellant utilised his walking stick with which he prodded the deceased to prevent the latter from getting to his feet. When the appellants had departed the scene, the two boys were sitting injury free on the steps as they had found them. En route, they observed a bare-bodied youth who appeared to be pursuing them. The second appellant enquired what he wanted and the youth turned around and left. They then proceeded to the home of the in-laws of the first appellant's daughter and, after having satisfied themselves that first appellant's grandson was well, the three then set off for the home of the first appellant.

[6] Later that evening, having been informed that the deceased had died in hospital, detective Francois Schutte, interviewed Jaco and Curtis. On the strength of information furnished by them, he visited the home of the first appellant. After examining the dozen or so walking sticks in the appellant's home and not finding any that fitted the description furnished by Curtis, he arrested the first appellant. He then requested the second and third appellants to furnish him with statements which in due course they did via their attorney.

[7] The chief findings of Dr George Isaacs, who performed the post mortem examination on the body of the deceased, were a:

- (1) 2 x 1 cm wound on the left front of the chest, penetrating the 5th rib and ending in the heart;
- (2) 1 x 1 cm wound on the right wrist; and
- (3) 1.5 x 1 cm wound on the back of the right hand.

According to Dr Isaacs the first wound was 4 cm deep, whilst the other two, which he described as defensive wounds, were each 1 cm deep. He concluded that the cause of death was cardiac tamponade due to a stab wound of the heart.

[8] From this brief summary it will be apparent that the issue of guilt was essentially one of credibility. In resolving it Kgomo JP believed the state witnesses and rejected the evidence of the appellants and their witnesses. He accordingly

convicted the first appellant of murder and the other two appellants of being accessories after the fact to murder.

[9] When the trial was well on its way, a substantive application for the Judge President's recusal was launched. The application was refused. What triggered the application for recusal in this case, was the questioning of the first appellant by the learned Judge President at the end of his testimony. The allegation being that while the first appellant was testifying in his defence, the learned Judge questioned him in a manner that, having regard to his judicial functions, was impermissible or excessive. Although the alleged irregular questioning of the first appellant prompted the application, it did not stand alone.

[10] The first ground was that the Judge President interrupted or curtailed the cross-examination by Mr Van Heerden (who represented all of the appellants) of state witnesses on important aspects. Reliance in this regard was placed on the following as illustrative of such conduct:

First, *apropos* the cross-examination of Curtis Maritz;

'MNR VAN HEERDEN: Was dit 'n koeëlronde gat of het die gat skerp punte gehad? --- Hy was koeël Mister maar hy het so 'n bietjie skerp punte.

Hoe het Biron die draad daar ingesteek? --- So ingesteek Mister toe trek hy die goeters af.

HOF: Mnr van Heerden ek weet nie, hy sê hulle het dit gedoen en hulle was stout en alles, so nou waar lei ons heen? Hulle wou steel, hulle het nie daarin geslaag nie, nou weet ons, maar ek weet nie waarheen lei die vrae nie. Ek het gewag, 'n vraag moet 'n doel hê, nou ek dink u moet nou 'n bietjie punt afkom. Ek wil nie hê elke keer moet ek sê waarom vra u die vraag nie maar as hy dit nog ontken het of as u nog vir hom gaan sê nee maar julle het dit nie gedoen nie, of julle het dit so gedoen, dan moet dit nou uitkom asseblief.

MNR VAN HEERDEN: Soos die hof behaag. Het Biron sy hand seergemaak toe hy daar by die gat met die draad gekrap het? --- Nee Mister.

So volgens u was Biron se hand nie beseer gewees nie? --- Nee.

.

Kan u vir my 'n afstand uitwys wat beskuldigde 1 gehardloop het? Nee daar waar u staan, kan u vir ons wys hy het sê nou maar gehardloop tot agter die hof, dit wat u gesien het, of hy het gehardloop tot hier by mnr Cloete? --- Nee Mister hier is die pad nou, toe kom hulle so om, toe loer hy, daardie een met die geelkop, toe hol hy hier om net so om die hoek, ek weet

nie waarnatoe hy gaan in nie, toe hol hulle twee, toe “charge” Jakes vir hulle reeds, ek weet nie tot waar toe “charge” Jakes vir hulle nie.

HOF: Het u gesien tot waar hulle gehardloop het? --- Nee Mister, ek het net gesien daar hol hulle, ek het nie nog gekyk waar hol hulle nie, toe loop roep ek vir Jakes.

Hoekom kon u nie sien tot waar hulle gehardloop het nie? --- Hulle is om die hoek Mister.

Hulle is om die hoek? --- Ja.

Nou u is seker beskuldigde 1 het ook gehardloop? --- Ja Mister.

Want ek [this has to be Mr Van Heerden and not the Court] wil dit aan u stel en as dit nodig is sal ek die getuienis roep, dat beskuldigde 1 kan as gevolg van beserings nie hardloop nie.

--- Mister hy het ‘n bietjie stadig gehol Mister, ek ken van hom Mister.

Ja maar hy kan nie hardloop nie. --- Ek het gesien hoe hy stadig hol Mister.

HOF: Is daardie vraag volledig?

MNR VAN HEERDEN: Ekskuus u Edele?

HOF: Ek sê die vraag wat u aan hom gevra het is nie volledig nie, dit kan nie volledig wees nie. Beskuldigde 1 het as gevolg van beserings wat hy gister opgedoen het nie kon hardloop nie, ja dit is wat ... (tussenbei)

MNR VAN HEERDEN: Soos die hof behaag, ek verstaan wat die hof sê. Ek stel dit aan u dat beskuldigde 1 het beserings opgedoen voor hierdie voorval, dat dit gevolg gehad het dat hy tydens hierdie voorval nie kon hardloop nie.

HOF: Die stelling aan u is, wat vir u gesê word is hierdie beserings wat maak dat beskuldigde 1 nie kan hardloop nie, hy het daardie beserings gekry voor hierdie voorval daar voor daardie stoep. Wat sê u, kan u enige iets daaromtrent sê? --- Nee Mister.

MNR VAN HEERDEN: U sê u het hom gesien hardloop? --- Ja hy het stadig gehol Mister.

.

‘Kan u miskien vir ons die wond teken as ek vir u ‘n papier gee?

HOF: Meneer dan regtig waar. Is this intended to show that he was not there, he did not see it? Did he conduct the post-mortem? What is this intended to do? If you are suggesting that he was not there then it is something else, or if you are suggesting the injury was not inflicted at that point then you must make the point. As to whether the wound was (indistinct) and what not, I am not so sure what you are trying to show because you are not showing anything.

MNR VAN HEERDEN: U Edele ek gaan vir u aan die einde van die saak betoog dat hierdie getuie is ‘n leuenagtige getuie, dat hy die getuienis uit sy eie duim uitsuig. Net soos wat hy nou uitgesuig het dat hy na die wond gekyk het, terwyl hy dit nie getuig het nie, dieselfde dat hy ‘n tweede keer na die wond gekyk het terwyl hy dit nie gedoen het nie.

HOF: Stel dit aan hom.

MNR VAN HEERDEN: U Edele ek kan nie 'n stelling maak en sê jy is 'n leuenagtige getuie nie, ek moet vir die hof toespreek op punte en sê op hierdie aspek beweer ek dat hy leuenagtig is, op hierdie aspek, en ek moet kruisverhoor daaroor om dit te kan doen. Ek kan nie 'n algemene stelling aan hom maak en sê hy is leuenagtig en dit daarby los nie, ek moet sy getuienis toets.

HOF: Jy kan mos in detail kruisverhoor. Maak die punt.

MNR VAN HEERDEN: Sê u dat hy nie dit mag teken nie?

HOF: Stel dit aan hom.

MNR VAN HEERDEN: Soos die hof behaag. Curtis kan jy die wond vir my teken, dit wat u gesien het, hoe dit gelyk het? --- (Lang pouse terwyl getuie teken)

And, second, *apropos* the cross-examination of Jaco Botha;

'HOF Ja?

MNR VAN HEERDEN Soos die Hof behaag. Kon u hulle duidelik sien toe hulle af beweeg het na die hotel toe? === Dis korrek.

Het hulle op daardie stadium enigiets in hulle hande gesien? === Nee, niks.

As hulle – een van hulle 'n draad in hul hand gehad het, sou u dit gesien het? === Ja, ek sou dit gesien het.

Goed. Het u geskree op hulle en gevra vir hulle waarheen gaan hulle nou?

HOF Net so 'n oomblikkie. Nou, toe u hulle sien afloop hotel toe, hoe ver was u van hulle af? === Dis nou sê maar so 20 weer.

So 20? === 20 ja. So 20 meter.

So 20 meter. Nou as iemand 'n binddraad in sy hand het of hulle het miskien 'n bokdraad – nie 'n rol nie, hoe ... (onvoltooied). === Staaldraad of reguitdraad of iets soos dit?

Hoe sien jy dit? === Ek sou dit gesien het as hy dit gehad het, maar miskien kon hy dit iewers opgetel het. Toe ek in die winkel ingaan.

Veral as 'n mens nou nie soek na iets. As iemand sê kyk daardie persoon het 'n draad in sy hand, dan let jy most op. Maar as 'n mens net loop – hoekom wil u sê hulle het nie 'n draad – of een van hulle het nie 'n draad in sy hand gehad nie? === Edele, toe ons opkom het niemand niks gehad in sy hand nie. En toe is dit wat ons – wat ek mos nou winkel toe gaan om kos te gaan koop. Maar daardie tyd toe hulle gaan sit by Prieska Meubels, toe het niemand nog niks in sy hand nie. Hulle kon miskien die draad opgetel het ook iewers.

Ja === Toe ek aaneen geloop het.

Nee, ek wil dit net mooi reg kry volgens gewone menslike gedrag === Dis korrek, Edele.

As daar niks snaaks gebeur nie, soek jy mos nou nie 'n draad in 'n mens se hand nie.
MNR VAN HEERDEN Mnr Botha, u het nou saam met Byron en Curtis gestap en hulle het niks in hulle hande gehad nie. Is dit korrek? === Ja, dis korrek.

As een ewe skielik 'n draad gehad het, sou dit vir u opmerklik gewees het? === Kan u dit nie in 'n manier verduidelik nie?

U sê nou hulle stap. Is dit reg? === Dis reg.

U wonder seker waarheen stap hulle? === Ja, ek het gewonder waarnatoe stap hulle.

Julle afspraak is mos nou ... (tussenkoms). === Ons gaan daar sit by Prieska Meubels.

Ons gaan nou daar eet. Toe stap hulle ewe skielik? === Ja.

Dit was vir u vreemd? === Dit was vreemd, ja.

As een van hulle nou ewe skielik 'n lang draad in sy hand gehad het of 'n stuk draad, sou u dit opgemerk het? Want dit is mos nou snaakse ding wat hulle dra. === Kan u nie net weer vir my herhaal nie?

HOF Mnr van Heerden, ek hoor nou wat u sê, maar dit blyk ten minste gemeensaak te wees tussen wat u opdrag is en wat Curtis gesê het dat daar 'n draad was. Nou watter soort punt wil u maak met hierdie langgradige kruisverhoor oor 'n draad wat daar was volgens die verdediging in die saak. Watter punt wil u maak?

MNR VAN HEERDEN Edele, ek is besig om die geloofwaardigheid van die getuie te toets. Curtis ... (tussenkoms).

HOF Kom op die punt af. Ek gaan u stop as dit die enigste rede is, dan gaan – u moet u punt maak ek gaan u stop.

MNR VAN HEERDEN So ek mag nie getuies nou konfronteer oor hulle getuienis ... (tussenkoms).

HOF Mnr van Heerden, ek sê maak u punt. Ek gaan u stop. En as ek u gestop het, dan mag u dit nie voortvoer nie. Want ek kan nie sien watter punt u maak, want u erken dat die draad daar was. Dit is u instruksies.

MNR VAN HEERDEN Edele, met respek. As ek nie begryp .. (tussenkoms).

HOF As u nie u punt maak nie, dan gaan ek u nou stop.

MNR VAN HEERDEN Edele, ek versoek die geleentheid om dit met u – te kan toespreek oor dit wat u vir my sê.

HOF Ek wil nie hê u moet toespreek nie. Stel die vraag. En maak u punt.'

[11] The second ground was that defence counsel was not allowed sufficient time to consult with Mr Emmanuel Bosman ('Bolla') who was only made available to the defence, as a witness, at the close of the state case. In this regard the record reads:

'MNR VAN HEERDEN Soos die Hof behaag. Beskuldigde 1 roep as getuie. Mnr Cloete het my meedgedeel dat die getuie Immanuel Bosman, Bolla, ... (onhoorbaar) en nie van Kimberley is nie. En van die getuies is van Prieska en selfs van Uington so ek weet nie of ... (onhoorbaar). ek dink dit sal in elk geval beter wees as ... (onhoorbaar).

HOF Nou hoe lank wil u ... (onvoltooid).

MNR VAN HEERDEN Edelaagbare, ek wil voorstel daar is nog heelwat tyd ... (onhoorbaar).

HOF Nee, daar is nie so baie daar nie. Ek het dit alreeds vir u genoem dat ons nie op sekere dae gaan sit. U het mos nou die verklarings. Hoe lank kan dit nou regtigwaar neem?

MNR VAN HEERDEN Edele, dan wil ek voorstel dat ons dan verdaag en dan ... (onhoorbaar).

HOF Ja. Goed. Sê maar as u gereed is.

MNR VAN HEERDEN Soos die Hof behaag.

HOF VERDAAG

MASJEN AF

MASJEN AAN

STAAT ROEP SAAK

MNR VAN HEERDEN Soos die Hof behaag, Edele. Ek is nog besig om ... (onhoorbaar). Ek het nog nie klaar gepraat met enige van die ander getuies nie.

COURT Ja, its 50 minutes late, mister. Carry on, call your witness.'

The next day of the trial, as emerges from the following excerpt, that issue resurfaced after the defence case had commenced:

'MNR VAN HEERDEN: Soos dit die hof behaag Edele, ek sal versoek dat die hof op hierdie stadium verdaag. Ek het gister vir u geleentheid gevra om met die staatsgetuies wat vir my beskikbaar is te konsulteer. Ek was besig om met die eerste een te konsulteer toe u my teruproep.

HOF: En wat het u toe gedoen toe die hof verdaag in die oggend?

MNR VAN HEERDEN: Nee Meneer, luister maar net klaar na my, u Edele.

HOF: Ja ek wil weet, antwoord eers my vraag.

MNR VAN HEERDEN: Ek het klaar gekonsulteer, maar ek kon nie met beskuldigde 1 praat omdat hy onder kruisverhoor was nie. So ek kan nie instruksies by hom kry as gevolg van

my konsultasies, wat is my instruksies, wie moet ek roep nie. So ek versoek die geleentheid ...

HOF: Dit is werklik baie swak Meneer, ek verwag dit nie van 'n advokaat nie.

MNR VAN HEERDEN: Verwag u van my om met 'n getuie te gaan praat wat die staat besig is om te kruisverhoor?

HOF: Meneer, "you are walking a thin line, you are walking a very thin line."

MNR VAN HEERDEN: Dit mag so wees u Edele, maar dit is gebruik ...

HOF: Ek sê vir u dit is baie swak, ek verwag dit nie van 'n advokaat nie.

MNR VAN HEERDEN: Ja, en ek verwag van 'n voorsittende beampte dat as 'n mens 'n geleentheid vra voor jy jou saak open, om met alle getuies te konsulteer, en u wou nie vir my die geleentheid gun nie. So nou vra ek vir u, ek kan nie getuies roep as ek nie instruksies van 'n kliënt het nie.

HOF: En wat het uitgespruit uit wat die getuie gesê het?

MNR VAN HEERDEN: Watter getuie is dit?

HOF: Die beskuldigde 1. Wat het uitgespruit van wat Bolle sou gesê het, want hy is gevra deur die staat, nou was daar enigiemand wat daar is. Wat het uitgespruit?

MNR VAN HEERDEN: U Edele, maar verwag u van my om 'n getuie te roep sonder dat ek instruksies van 'n kliënt het?

HOF: Mnr Van Heerden, as u vir my weer jy sê, "I will convict you of contempt of court, right here. You have to apologise and withdraw that."

MNR VAN HEERDEN: Ek ontken dat ek vir u jy gesê het.

HOF: Speel bietjie terug, Mevrouw. Speel terug. Het u ..?'

To complete the picture, it needs be mentioned that not only did the tapes prove counsel to be correct, but the Judge President adjourned court immediately thereafter without proffering an apology to counsel.

[12] The third and certainly most substantive ground, as I have already stated, was the questioning of the first appellant by the learned Judge President at the end of his testimony. It prompted an immediate recusal application. The record discloses the following questions put to the first appellant and his answers to them:

'HOF: Mnr Le Grange, u moet maar net u tyd vat en mooi luister na my vrae en dit maar antwoord tot die beste van u vermoë. En as u nie 'n vraag verstaan nie, of as u nie mooi hoor nie, sê maar net. Daar in Prieska, is u betrokke in enige gemeenskapdiens of aktiwiteit? --- U Edele nee, volgens die werk wat ek doen het ek nie tyd om enigiets te doen nie. Ons, en dit by name van my vrou en .. is ons by, ek kan u nie die plek se naam gee nie, dit is 'n kinderhuis, waar hulle behoeftige kinders versorg, waar ons periodiek vir die mense, ons gee

nie geld nie, maar ons gee soos byvoorbeeld voedsel, ons gee vir hulle speel geriewe. Dit is klein kindertjies van tot en met so sewe jaar en miskien een of twee wat bietjie ouer is. Dis al aktiwiteite wat ons op hierdie stadium by is. Maar ek het nie tyd, want ek werk op hierdie stadium 12 ure per dag vir ses dae 'n week.

Ja. Nou gesien u betrokkenheid daarby en ek vra u omdat u gesê het u het nie die voorval by die polisie aangegee nie want hierdie is maar net kinders. Nou wil ek u vra, as 'n grootmens, hoekom het u nie sê maar u burgerlike plig gedoen deur die kinders dan daar te vang en hulle ouers ontbied, sodat die ouers kan kom sien wat hierdie mense doen? U weet daar is probleme met inbrake ensovoorts. Ek vra u maar net op grond van wat u self gesê het. U het gesê dit is kinders. Nou wil ek u vra, hoekom het u dit nie so gedoen nie? --- U Edele, baie keer in so geval sit jy met die probleem, as jy twee kinders of twee mense, kom ons noem dit, maak nie saak watter ouderdom nie, as jy hulle vang of arresteer of kom ons praat van vang, nou-nou het jy 'n klomp mense om jou wat ek glad heeltemal wil vermy. En ten tweedens, die ouer van die kinders stel in elk geval nie belang in hulle nie.

Ja maar Mnr Le Grange, u kan mos nou nie al die ouers onder dieselfde kam skeer nie. Ek meen, u kon darem probeer het. Ek wil net weet Mnr Le Grange, ek vra u maar op grond van wat u gesê het dit is net kinders, ek wil hulle nie vang nie. --- Dit is so u Edele dat almal kan 'n mens nie onder dieselfde kam skeer nie, dit is so. Maar u moet besef dat 'n mens, ek wil my nie graag werklik met iets konfronteer of dat ek deur iets anders gekonfronteer word nie.

Goed dan, ek wil net vir u lees wat u eie seun nou gesê het en moet u vir my sê of dat u wat hy hier sê deel. Ek lees van paragraaf 16 af, van sy verklaring wat deel vorm van BEWYSSTUK A:

“Dat my pa toe gesê het ons moet die polisie bel.”

Het u dit gesê? --- U Edele, op 'n stadium het ons almal daarom gepraat. Almal het gelyk gesê, kom ons bel die polisie.

Mnr Le Grange, luister, 'n kort sinnetjie op die man af. Hy sê

“My pa het gesê ons moet die polisie bel.”

Ek vra u, het u dit gesê? --- Ek het dit agterna gesê, kom ons bel die polisie.

Dan gaan die verklaring voort:

“Ons het ongelukkig nie ons selfone by ons gehad nie en het my pa gesê dan help dit nie, dat daar niks is wat ons kan doen nie”

Tot daar, het u dit gesê? --- Dit is so u Edele, ek het dit gesê.

“En het ons die seuns toe daar gelos en verder gestap tot by die volgende straat, Heuwelstraat.”

Het dit so gebeur? --- Dit is so, u Edele.

Nou Mnr Le Grange, dan kan ek hoegenaamd nie verstaan nie. As u selfone by u gehad het sou u die polisie gebel het. Dit is wat hierdie verklaring sê. ---Dit is reg u Edele, maar ons het nie selfone gehad nie, nie een van ons het 'n selfoon by ons gehad nie.

Ja maar dan strook dit nie met wat u gesê het, ons los hulle, hulle is kinders. Sien, dit is twee teenstrydige goed en ek wil hê u moet dit vir my opklaar, want ek moet nou u verstaan. En daar is getuie .. ek moet nou vind wie praat die waarheid, wie praat nie die waarheid nie, en dit is u kans om hier te verduidelik. Hulle is net kinders, kom ons los dit. Maar as u 'n selfoon gehad het sou u die polisie gebel het dat die polisie hulle arresteer. Nou kan ek nie verstaan nie, wat nou eintlik, kan 'n mens maar sê, is die waarheid? Of is albei hierdie situasies die waarheid? Kan u verduidelik? --- U Edele, dit is wat ons gesê het, wat ek gesê het. Die ander punt is, omdat daar niks, geen goedere uit die winkel uit uitgekrap was nie, daar was geen artikels buitekant die winkel nie wat uit die winkel uit uitgehaal is nie, dan sal die polisie gekom het, hulle sal geen klagte teen hulle gelê het nie, want hulle het dan mos nou niks gesteel nie. Wat is die nut om nou te loop en na 'n plek toe te gaan en 'n telefoon te kry en die polisie te bel terwyl die twee dan nou rêrig op daai stadium niks uitgehaal het uit die winkel uit, daar was geen items buitekant die winkel nie.

Maar die verklaring hier sê nie my pa het gesê kom ons los hulle, hulle is kinders. Dit is nie wat die .. want hier word u aangehaal as wat u sou gesê het. Verstaan u? --- Dis reg.

Wil u nog iets sê daaromtrent? --- Nee u Edele, dit is wat gebeur het. Ons het hulle net daar gelos en ons het daarvandaan geloop, want dit maak geen sin om nou die polisie te bel en rond te hardloop om 'n telefoon te kry en daar is geen goed regtig uit die winkel uitgehaal wat hulle kom inkrimineer nie, op daardie stadium nie.

Nou het Mnr Van der Westhuizen of Pieter u seun vir u gesê, nee maar Pa, daar was 'n bloedkol op die t-hemp van die oorledene, Curtis? --- Op daardie stadium, nee.

Het hulle dit nie vir u gesê nie --- Op daai stadium, nee u Edele.

Het hulle het vir .. u sê op daardie stadium nie, op 'n latere stadium? --- U Edele, die eerste wat ek daarvan gehoor het was toe ek voor die hof kom die Dinsdag oggend, toe het Mnr Mundus van Niekerk vir my hulle verklarings, nie gelees nie, maar toe het hy gesê een van die verklarings sê dat daar 'n kol op die, 'n vlek op die hemp van een van die persone was.

Ja, want kyk hier lees ek nou, en u was daar, en ek lees nog u eie seun se verklaring. 11, paragraaf 11, dat:

“Die seun wat tot nou toe vooroor gebuig het, het regop gekom en het ek opgelet dat daar bruin bloedkolle op sy hemp se voorkant was.”

Dit is wat u seun gesien het.

MNR VAN HEERDEN: Met respek, daar staan nie bruin bloedkolle nie.

HOF: Ekskuus tog, wat het ek nou gelees?

MNR VAN HEERDEN: U het gesê bruin bloedkolle.

HOF: Ekskuus tog.

“.. opgelet dat daar bruin-rooi kolle op die hemp was.”

Ekskuus tog.

“Bruin-rooi kolle op die hemp se voorkant was.” --- U Edele, ek het dit nie opgelet nie. Ek weet nie, ek het dit nie opgelet nie.

Ja, maar dan wil ek dit nou verstaan, en ek moet dit vir u so vra, u sien bloed op die .. en u kan kyk na die fotos, dit is 'n kind met 'n bruin kleur, hy is lig van kleur, is daar BEWYSSTUK D, kan u dit vind? Kyk maar die fotos 1 en 2. Het u BEWYSSTUK D voor u? Kan iemand net die getuie help, asseblief? Ja, BEWYSSTUK D, kyk na fotos 1 en 2. Nou kyk maar na sy velkleur, nou sien u bloed aan die hand, die agterkant van die hand, nie die palmgedeelte nie, dit is waar u die bloed gesien het. --- U Edele, die persoon het so gesit met sy elmboë op die knieë. Ek het opgemerk 'n merk op sy hand. Daar was nie bloed en sulks nie, daar was .. dit was droog, daar het nie bloed geloop nie, die merk was droog.

Ja ek hoor wat u sê, dit is so. Maar dit het nie daar geëindig nie. Die seun het opgestaan en hy wou weghardloop en u het hom teruggestoot met die kiere sê u. --- Dis reg, u Edele.

Ja, nou dit is mos die tyd wat hierdie bloedkol kon gewys het. U seun, ek sê nou bloedkol, bruin-rooi kol, u seun het dit gesien, ek wil net weet hoekom het u dit nie gesien nie? --- U Edele, ek het dit nie opgemerk nie. Ek het dit rêrig nie opgemerk nie.

U druk dan juis op sy bors. --- Ja maar u Edele, ek het hom op die bors gedruk maar ek het nie kolle opgemerk nie, ek het hom eintlik in die gesig gekyk, ek het nie gekyk na sy klere of enigiets nie, ek het niks ingeneem wat die klere of wat hy aangehad het nie. Ek sien nou eers hy het 'n bloueriige hemp aangehad, ek kon dit nie eers onthou nie.

Is dit u verduideliking, Mnr Le Grange, of wil u nog 'n verdere verduideliking gee? --- Dis al wat ek vir u kan sê u Edele.

Goed, nou die dokter het gesê die voorwerp het 'n rib deurboor en het die voorwerp ook in die hart in, tot in die hart ingedring, het u gehoor? --- Ek het gehoor, u Edele.

Nou volgens wat Curtis gesê het en wat Jacob Botha ook gesê het, het hulle nog gesien die gedeelte waar die wond was het nog geborrel. Sal dit nie 'n aanduiding is dat die besering miskien nie so lank gelede toegedien is nie, as dit nog borrel? --- U Edele, ek weet nie, my ondervinding, ek is nie 'n dokter nie, my ondervinding ..

Nee, niemand is .. ons is nie dokters hier nie, dis 'n mens se ervaring, mense slag dinge en so aan, u het gesê die bloed was droog, so daardie bloed was nie, volgens hierdie Curtis-hulle was die bloed nie droog nie, die bloed het geborrel. --- Ja u Edele, wanneer bloed borrel is dit gewoonlik 'n longwond. Ek weet nie u Edele, ek kan u nie antwoord nie, ek weet nie hoe was dit nie, ek het nie gesien nie, en ek weet nie.

Ek gee u maar kans om net so vir u te stel wat die getuie gesê het. --- Dis reg, ja.

As u kan. As u nie kan nie, goed. Nou as u kyk na die bewysstuk, is dit BEWYSSTUK G, die foto album, as u kyk na enige van daardie fotos en u ken die plek, kan u die polisiestasie sien op enige van daardie fotos? Of min of meer waar die polisiestasie behoort te wees? --- U Edele, die eerste foto, as u hierdie gebou hier aan die onderkant waar my huis is, hierdie gebou ..

Ja, ek sien daar is .. --- As u hierdie straat wat voor my huis verbyloop reguit volg van die foto af na die linkerkant ..

So met ander woorde ..? --- Die polisiestasie is nog omtrent, kom ons sê 'n driekwart kilometer daarvandaan.

Daarvandaan, in dieselfde straat? --- In daai selfde straat, u Edele.

So u bly nie so ver van die polisiestasie af nie? --- Nee, nie te ver nie, nee. Dis om te loop is dit ver ja, maar jy kan hom loop as jy moet. Dis 'n paar blokke, 'n hele paar blokke.

Ja, is dit 'n driekwart, is dit sê maar so 700 meter? --- Indien nie verder nie, u Edele. Ek skat hom maar so.

En om die polisie se nommer te kry is nie moeilik nie, is dit? U weet hoe om die polisie te bel? --- Dis reg, u Edele.

Mnr Le Grange, u moet nou mooi luister wat ek sê, ek wil nie weet wat gesê is by u prokureur nie, dit is geprivilegeer, ek wil net dit weet, u het gesê .. laat ek dit eerder so stel. U prokureur, het hy met u gepraat op enige stadium in die teenwoordigheid van beskuldigde 2 en 3? --- Nee u Edele, ek is die Sondagaand toegesluit, hy het kort nadat al die papierwerk afgehandel is, was hy by my gewees en het ons 'n kort gesprek gehad van omtrent vyf minute. Die Maandagoggend was 'n vakansiedag, toe was hy weer by my en toe het hy gesê die kinders versoek dat hy hulle verklaring moet afneem. En dit is in teenwoordigheid van Inspekteur Schutte gewees. En nooit het hy enigiets van die kinders met my gepraat nie, en dit is ook die laaste wat ek hom gesien het.

Nee, nee, nee, dis nie wat ek wil weet nie, en moenie dinge byvoeg wat ek nie vir u vra nie, veral nie op hierdie aspek nie. So die verklaring is van hulle geneem nadat Mnr Van Niekerk u prokureur, met u al gepraat het, gekonsulteer? --- Hy het, by die polisiestasie het hy met my gesels ja.

Nou u praat ook van .. of laat ek dit so stel, Mnr Schutte het gesê u het gesê u wil u prokureur bel, waarvan het u u prokureur gebel? --- Nee u Edele, ek het nooit vir Mnr Schutte gevra om die prokureur te bel nie. Nadat ons weg is polisiestasie toe en besig was met die papierwerk, het my vrou die prokureur uit haar eie uit gebel en hy het toe later, nadat alles verby was, het hy by die polisiestasie aangekom.

Maar dit is wat hy gesê het, en u het gehoor daar is nie gesê nee, dit is nie korrek vir hom nie. --- U Edele, hoe bedoel u nou?

Nee u het gehoor wat Mnr Schutte gesê het --- Dis reg.

Hy het gesê u het gevra om u prokureur te bel. --- Nee u Edele, ek het hom nie gevra nie, my vrou het die prokureur uit haar eie uit gebel nadat ons by die huis weg is. En ek het nooit ..

Nie in u teenwoordigheid nie? --- Nie in sy teenwoordigheid, Mnr Schutte se teenwoordigheid het ek nooit die prokureur gebel nie, ek het ook nie vir hom gevra of ek die prokureur kan bel nie.

En u vrou ook nie in Mnr Schutte se teenwoordigheid nie? ---
Nee, sy het dit uit haar eie uit gedoen.

Goed, nou Mnr Le Grange, die laaste aspek. Gestel die oorledene is, dat ons maar sê een en 'n half uur beseer voordat u op die toneel gekom het, voordat u hom gekry het waar u hom gekry het, hoekom sal hy nou kom sê daardie persoon wat hom beseer het los, en dan kom sê u het hom beseer? "Why pick on you?" Hoekom moet hy nou reeds sê u het dit gedoen? --- U Edele, ek kan u nie antwoord nie. Ek kan u werklik nie antwoord nie, ek is net so verlae as wat enige ander mens is. Ek weet nie wat om te sê nie. Al wat ek kan sê, ek was op die verkeerde tyd op die verkeerde plek en kan daai vraag nie antwoord nie. Ek weet nie, ek weet nie, u Edele.

En hierdie seun het toe gaan lê 11 en 'n half meter van waar u hom op die stoep gelos het, 11 en 'n half meter vandaar af, dit is waar hy gaan lê het en dit is waar die polisie hom gekry het. Het u gehoor dit is die getuienis --- E het gehoor, u Edele.

Nog iets wat u wil sê oor die vrae wat ek u gevra het? --- Nee, u Edele.

Enige vrae uitspruitend?

MNR VAN HEERDEN: Geen, u Edele

MNR CLOETE: Geen dankie, u Edele.

HOF: Goed dankie, u kan maar terugstaan.'

[13] The recusal application brought to the fore the question whether the learned Judge President's conduct bore the appearance of bias. It is settled law that not only actual bias but also the appearance of bias disqualifies a judicial officer from presiding (or continuing to preside) over judicial proceedings. The disqualification is so complete that continuing to preside after recusal should have occurred renders the further proceedings a nullity.¹ It is not necessary in this case to determine whether the presiding officer's conduct, bearing and utterances would have provided a reasonable person in the appellants' position with reasonable grounds to think that the court might be biased or whether, by the time the recusal application was made,

¹ *Take and Save Trading CC v Standard Bank of SA Ltd* 2004 (4) SA 1 (SCA) para 5.

sufficient had occurred to create that impression. That is so because by the time the appeal came to be argued before us the main contention advanced on behalf of the appellants ranged beyond the simple fact that the recusal application had been wrongly refused and that the proceedings which followed constituted a nullity. The principal thrust of the argument on appeal was that having regard to the manner in which the learned Judge President had conducted himself, the appellants had not had a fair trial. As it was put by Milne JA in *S v Tyebela* 1989 (2) SA 22 (A) at 29G, '[i]t is a fundamental principle of our law and, indeed, of any civilised society that an accused person is entitled to a fair trial. ... This necessarily presupposes that the judicial officer who tries him is fair and unbiased and conducts the trial in accordance with those rules and principles or the procedure which the law requires.' Where the offending questioning sustains the inference that in fact the presiding judge was not open-minded, impartial, or fair during the trial, this court will intervene and grant appropriate relief. (See *S v Rall* 1982 (1) SA 828 (A) at 833B, *S v Meyer* 1972 (3) SA 480 (A) at 484D). In such a case the court will declare the proceedings invalid without considering the merits.

[14] A cornerstone of our legal system is the impartial adjudication of disputes which come before our courts and tribunals. What the law requires is not only that a judicial officer must conduct the trial open-mindedly, impartially and fairly, but that such conduct must be 'manifest to all those who are concerned in the trial and its outcome, especially the accused'.² The right to a fair trial is now entrenched in our Constitution. As far as criminal trials are concerned, the requirement of impartiality is closely linked to the right of an accused person to a fair trial which is guaranteed by s 35(3) of our Constitution.³ Criminal trials have to be conducted in accordance with the notions of basic fairness and justice. The fairness of a trial would clearly be under threat if a court does not apply the law and assess the facts of the case impartially and without fear, favour or prejudice. The requirement that justice must not only be done, but also to be seen to be done has been recognised as lying at the

² *S v Roberts* 1999 (2) SACR 243 para 25.

³ Section 35(3) of the Constitution provides that 'Every accused person has the right to a fair trial'.

heart of the right to a fair trial. The right to a fair trial requires fairness to the accused, as well as fairness to the public as represented by the state.⁴

[15] In this case it has been submitted that the conduct of the learned Judge President sustains the inference that, in fact, he was not open-minded, impartial and fair during the trial. It is accordingly also necessary to examine the record of the proceedings after the refusal of the recusal application in some detail to determine whether this submission is well-founded. Like the first appellant, the remaining two appellants were also subjected to lengthy questioning at the hands of the learned Judge President after having been cross-examined by the state.

[16] In respect of the second appellant the record reads:

'HOF Mnr van der Westhuizen, net 'n paar aspekte. U moet tog net duidelik luister na my vrae. Mnr van Niekerk is u prokureur so ek wil nie weet wat u vir hom gesê het nie. So op hierdie vraag van my moet u net antwoord "ja" of "nee". Ek wil nie weet wat daar gesê is nie. U sê mnr Van Niekerk, die prokureur het dieselfde aand by Beskuldigde 1 se huis gekom. === Ja, U Edele.

Het mnr Van Niekerk met mnr Le Grange, Beskuldigde 1 vir mnr Van Niekerk gesê wat gebeur het? === Ja, U Edele.

En was u en Beskuldigde 3, Le Grange juniour, was u teenwoordig toe Beskuldigde 1 vir mnr Van Niekerk gesê het wat daar gebeur het? === Ja, U Edele.

Daarna het mnr Van Niekerk gesê – of op 'n stadium het mnr Van Niekerk gesê u moet die volgende dag kom sodat u apart, twee aparte verklarings by hom kom aflê? === Dis reg, U Edele.

Nou, ek is nou nie so seker in my eie geheue waar het mnr Schutte, wat toe die ondersoekbeampte was, waar het hy u aangetref toe hy u gevra het vir 'n verklaring van u en Beskuldigde 3 af? === Hy het ons in die huis aangetref, U Edele, maar hy het ons nie gevra vir 'n verklaring.

Ja, ek weet nie hoe om dit te stel nie. Nee, maar soos ek verstaan wou hy verklarings van u hê en u het gesê u verkies om 'n verklaring voor u prokureur af te lê of hoe het dit dan – was daar geen sprake tussen u en mnr Schutte van die afneem van 'n verklaring nie? === Die aand wat Oom Joop in hegetenis geneem is, is Schutte en almal polisiestasie toe. Toe het Oom – Mundus van Niekerk toe het hy – toe was hy nog daar by

⁴ S v Basson 2007 (3) SA 582 (CC) para 26.

die huis gewees. Toe het hy gesê maar ons moet volgende more om ons verklaring by hom te kom aflê. En toe is hy daarvandaan ook polisiestasie toe.

Is dit nou dieselfde aand? === Ja, U Edele.

Hy is toe polisiestasie toe, ook dieselfde aand. === Ja, U Edele.

Ja maar sê nou maar vir my mnr Van der Westhuizen – ek wil net weet wanneer en op watter stadium het Inspekteur Schutte vir 'n verklaring by julle gevra? Dat hy u verklaring wou afneem nie? Ek weet nie of u die vraag verstaan nie? === Nee maar hy het nie vir ons gevra verklaring nie, U Edele.

Mnr Schutte het nie vir 'n verklaring ...(tussenkoms)? === Nee, U Edele.

Maar u sê dan vir Adv Cloete, die Staatsadvokaat, dat u geweet het dat die verklaring gaan na die polisie toe? Is dit reg? === Ja, Edele.

En dat dit ondersoek gaan word? === Ja, U Edele.

Maar u het ook gesê toe die Staatsadvokaat u vra waarom wou u nie 'n verklaring by mnr Schutte aflê nie, maar by mnr Van Niekerk, toe sê u nee, dit is u prokureur, is daar iets verkeerd? === Nee, daar is nie 'n spesifieke rede nie. Dis maar net omdat hy prokureur is, Edele.

En mnr – maar u het gehoor mnr Schutte het ook gesê hy het vir u gevra dat u verklaring kom aflê en dat u gesê het u will dit eerder voor u – u sal dit voor u prokureur aflê en het nie beswaar daarteen nie? === Ja, U Edele.

Maar dan moes mnr Schutte mos gevra het vir 'n verklaring? Ek meen nou – as ek nou moet aflei van wat gesê is. === Dis reg, U Edele

Goed, laat ek dit eerder so stel. Sê u Inspekteur Schutte het nooit vir u gevra om 'n verklaring voor hom af te lê nie === Dit kon miskien gewees het, U Edele, maar ons het ons verklaring by Mundus van Niekerk afgelê.

Nee, nie kon gewees het nie. Het mnr Schutte vir u gevra? === Ek kan nie onthou nie.

U kan nie onthou nie. Ja. Nou die seun wat kaal bolyf was, Jaco, u het saamgestem dat hy gepraat het. Dat hy iets gesê het? === Ja, U Edele.

Nou kan u onthou wat hy gesê het? === Nee, U Edele.

Kon u hoor wat hy gesê het? === Nee, U Edele. Ek het gehoor hy praat, maar ek kon nie hoor wat hy gesê het nie.

Ja, maar hoekom vra u hom nie – Miskien is daar 'n nood. Vra hom is daar 'n problem of herhaal wat ... (tussenkoms). === Nadat – nadat ... (tussenkoms)

Net so 'n oomblikkie. Ek het nie gehoor wat jy gesê het nie. Herhaal wat jy gesê het. Het u nou nie vir hom gevra om te herhaal sodat u kan hoor wat sy probleem is of wat sy nood is of wat ookal? === Nadat ek met hom gepraat het – ek hom geantwoord het, het hy iets gesê maar hy het omgedraai en geloop.

Wat het u vir hom gesê? === Ek het net vir hom gevra wat soek hy.

Dis al? === Ja, U Edele.

Nou u praat van die draad wat die seuns daar gehad het daar op die trappies === Ja, U Edele.

Wat word toe van daardie draad? === Ek het net gesien die een seun sit hom tussen sy bene op die onderste trap neer, Edele.

Ja, dit beantwoord nog nie my vraag nie. Wat word toe van daardie draad? === Ek weet nie, U Edele. Ek weet nie.

Het u dit daar gelos? === Ja, U Edele.

Hoekom nou? Dit is reeds die voorwerp wat u gesien het soos u sê hierdie seun probeer dinge uitkrap uit die winkel uit. Waarom los u toe die draad? === As ons die draad opgetel het, kon daar miskien 'n bakleiery tussen ons en die kinders uitgebreek het.

Twee kinders van ongeveer 12 jaar oud – nee, laat ek sê Curtis was 12. Die oorledene was 13. Die oorledene, Byron, was – het 31,7 kg geweeg. Hy was 1,8 meters lank. En vir Curtis het u gesien. Dunner gebou. Drie groot mense. Usself, Beskuldigde 1 en 3 en u was bang vir die kinders? Tussen uself en die kinders – ek wil dit net verstaan. Daarom gee ek vir u die konteks. === Dis reg, Edele.

U was bang vir die kinders? === Nee, ek sal nie sê ek was bang vir die kinders nie. As ons nou – dit kon mos gebeur het as ons die draad opgetel het en weet ook nie wat gedoen het met die draad nie, dan kan daar mos bakleiery gekom het tussen ons.

Tussen? === Van die kinders se kant af.

Wil u nog daarop uitbrei? === Nee, U Edele.

Nou u het gehoor hoe die Staatsadvokaat, mnr Cloete wat daar sit, het meer as een keer gepraat van algemene logiese gedrag. Het u dit gehoor? === Ja, U Edele.

Algemene logiese gedrag. U moet nou verstaan wat ek aan u sê. Gestel – verondersel – ek sê nie dit is wat gebeur het nie. Verstaan u dit so? === Dis reg U Edele

U kyk na 'n fliek. Daar kom iemand. Hy skiet – maak nie saak of 'n kind of iemand daar met 'n vuurwapen. Daarna gaan daardie persoon weg en hy doen window shopping of inkopies. Sou u sê dit is algemene logiese gedrag? === Daar het mos nou niks gebeur tussen ons en die kinders nie, U Edele.

Nee, vergeet van uself. U het nie 'n vuurwapen gehad nie. Want dit is nie wat ek sê nie. Ek wil net vra. U kyk nou. Dis 'n fliek. Kom skiet hom. En dan gaan die persoon en doen window shopping of doen inkopies en loop maar salig weg. Is dit – sou dit algemene logiese gedrag wees? Ek wil net hê u moet nou mooi verstaan wat die advokaat na verwys na algemene logiese gedrag. As u dit nie wil antwoord nie, moet u sê u wil dit eerder nie antwoord nie. === Ja, ek wil eerder nie antwoord nie, Edele.

Enige – laat ek eers vir mnr Cloete vra – enige vrae voortspruitend?

ADV CLOETE Nee, geen. Dankie, Edele.

ADV VAN HEERDEN Soos die Hof behaag. Mnr van der Westhuizen, ek wil net seker maak. Iets wat u na aanleiding van mnr Cloete en die Hof se vrae beantwoord het.

HOF Ja, maar. Nee, as dit mnr Cloete is, is dit iets anders dan moet u aansoek doen dat u 'n vraag vra na aanleiding van wat mnr Cloete gesê het, want u het klaar gesê u het geen herverhoor nie.

ADV VAN HEERDEN Edele, ek is nou net nie seker nie. Ek kan nie onthou of u gevra het en of dit mnr Cloete is nie, van ... (tussenkoms).

HOF Goed, ja. Goed. Vra maar, ja.

ADV VAN HEERDEN Soos die Hof behaag. Ek wil net die verloop van gebeure vasstel. Toe mnr Le Grange en Schutte by die huis was, toe Schutte nou daar aangekom het ... (onvoltooid). === Ja, U Edele?

Was Mundus van Niekerk daar? === Nog nie, U Edele.

Toe Mundus van Niekerk daar aankom, waar was mnr Le Grange gewees. === Die Beskuldigde was nog by die huis gewees.

Toe Mundus van Niekerk daar aankom? === Nee, hy was by die polisiestasie gewees, want na die tyd het – tannie Annelise was geskok gewees. En toe het sy gevra ons moet net Oom Mundus in die hande kry en toe ons by hom kom het hy alreeds gelê en hy het gesê ons moet hom net vyf minute gee. Ons het vir Oom Mundus gekry saam met hom – of agterna gery en by die huis gekom. Hy was – 5 minute was hy die huis gewees. En toe het hy daarvandaan polisiestasie toe ... (tussenkoms).

Watter huis nou? === Arbeckstraat 25.

Op daardie stadium was mnr Le Grange nie daar nie? === Nee, U Edele.

So eers nadat Schutte vir mnr Le Grange weggevat het, het mnr Van Niekerk daar aangekom? === Dis reg, U Edele.

Dis al, dankie, U Edele.

HOF Ja, mnr Van der Westhuizen. Dan verstaan ek. My vraag – en ek het vir u gesê u moet baie duidelik luister na my vrae. Kom ons vergeet nou van wanneer dit gebeur het. Op enigste stadium – die 20ste of die volgende dag, die 21ste, het mnr Le Grange, Beskuldige 1 aan mnr Van Niekerk, die prokureur, 'n weergawe gegee van wat daar gebeur het? === Ja, U Edele.

Was u en Beskuldigde 3 teenwoordig toe hy dit gedoen het? === Edele, ek kan nie meer onthou nie. Dit kan wees dat ons teenwoordig was. Ek kan nie spesifiek onthou nie.

Dankie, u kan maar afstaan.'

'HOF Mnr van Heerden, net voor u voortgaan, daar is net iets wat ek wil opklaar met mnr Van der Westhuizen. Kan u net terugstaan, asseblief. Mnr van der Westhuizen, net 'n aspek

wat my ontgaan het na aanleiding van die Staatsadvokaat se vraag toe hy u gevra het toe hy aan u gesê het dat hy u die kans gun om die waarheid te praat en ek sê nie u het nie die waarheid gepraat nie, maar wat ek toe nou by u verneem het – mnr Van Niekerk is steeds u prokureur?

BESKULDIGDE 2 Ja, U Edele.

HOF En is dit die prokureur van al drie van julle?

BESKULDIGDE 2 Ja, in Prieska, U Edele.

HOF En was u op enige tydstip geadviseer dat u die reg het om u eie prokureur aan te stel? Ek praat nou net u alleen.

BESKULDIGDE 2 Ja, U Edele, maar dit is die enigste prokureur in Prieska.

HOF Nee, ek wil nie weet waat daar gesê is nie. Ek wil net weet of u op enige stadium so geadviseer was.

BESKULDIGDE 2 Ja, U Edele.

HOF En u besluit was toe dat u by mnr Van Niekerk wil bly?

BESKULDIGDE 2 J, U Edele

HOF Goed nou, as u dit geweet het, so geadviseer is en so besluit het is dit goed. Is daar enige vrae uitspruitend?

AANKLAER Nee, U Edele.

ADV VAN HEERDEN Geen, Dankie, Edele.

Soos die Hof behaag. Met u verlop roep ek dan vir Beskuldigde nommer 3, Pieter Le Grange'

[17] And, in respect of the third appellant the record reads:

'HOF Mnr Le Grange, wat se rol het hierdie rolskaatse gespeel – die rollerblades, wat – wat het dit gedoen? Het dit enigiets te doen gehad met wat u daar gedoen het – of nie gedoen het nie – die rolskaatse? === U Edele, die oorledene het een van die rolskaatse aangehad. Die ander rolskaats het voor hom gelê op die trappie. Toe ons by hulle weg was, daar word melding gemaak dat Curtis Maritz wel met die rolskaatse in sy hand gestaan het deur die hotelbestuurder wat op hierdie stadium oorlede is. Die polisie sê hulle het glad geen bewyse – of niemand het dit opgemerk nie. As die polisie dit nie opgemerk het nie, wat kon alles verwyder word van die toneel af? Dis 'n vraag wat ons onself afvra.

Ag, ... (onhoorbaar) verwyder net daardie .. (onhoorbaar). Moenie weggaan nie. === Nee, nee.

Beskryf bietjie vir my daardie rolskaatse. === Dis nie gewone rolskaatse nie. Dis rollerblades.

Rollerblades. Goed. Ek weet nie. Wat dit ookal mag wees. Beskryf dit vir my. === Dit is soos rolskaatse is met wioletjies. Dis skoene met wioletjies aan met die wioletjies is reg

agtermekaar. Dis nie soos die ou rolskaatse wat vier wieletjies het wat langs mekaar loop nie. Die wieletjies is reg agtermekaar. Hulle is smal wieletjies en dit is 'n tipe van 'n skoen wat soos 'n "boot" sit. Hy kom tot by jou – amper by jou knie. Hy gaan ver verby jou enkels. Hy word met drie sulks straps, party van hulle het vier straps wat die voete vashou. Wat jou bene in die "boot" vasstrap.

En dit wat die oorledene ... (onvoltooid). === Die oorledene het van hulle aangehad, Nou hoe trek 'n mens dit aan? Net met kouse of kaalvoet of hoe werk dit? === Jy kan dit met kouse aantrek. Baie mense skaats met dit kaalvoet. Hulle het 'n baie dik lining in die binnekant soos spons wat hy in die binnekant het.

Kan 'n mens dit met skoene aantrek? === As hulle voete baie klein is en die rolskaatse is groot, dan kan jy 'n skoen dalk binne in hom trap, maar ek sal self nie weet nie. My voet is 'n bietjie aan die groot kant. As ek rolskaatse koop, sal ek ... (onvoltooid).

Het u al ooit iemand gesien – dit is basies 'n skoen binne 'n skoen. Het u al ooit iemand gesien wat 'n skoen dra in 'n rolskaats? === Nee, Edelaagbare.

Nou kyk 'n bietjie na Bewysstuk "D". Ja Kyk na foto 2. Dit is die oorledene. Kyk langs sy linkervoet. Wat sien jy langs sy linkervoet. === Ek sien hy het 'n skoen aan.

Hy het 'n skoen aan. === Sy regterskoen is uitgetrek.

Ja. Nou dit lyk dan vir my dat hy – hy het nou sy skoene aan, hoe sou hy dan nou die rolskaatse aangehad het. === U Edele, my eerlike opinie, ek weet nie hoe het hy dit gedoen nie. Dit kon dalk een van die ander mense gewees het wat die rolskaatse uitgetrek het by hom en vir hom skoene aangetrek het. Ek was nie op die toneel gewees na ons daar weg is nie. Op daardie stadium het hy op die trappie gesit en volgens my beter wete het hy niks makeer nie.

Ja maar u sien dis nie net een skoen was daar was nie. Al twee tekkies is daar. Kyk daar langsaan daardie trui – sien daar is die ander tekkie. Is dit nie. Kyk net na dit. === Ek sien die regtertekkie lê langsaan.

So daarom het ek u gevra watter rol speel die skaatse ensovoorts en hoe verklaar u dit nou? === Edele, hy het die skoene aangehad het op die geleentheid. Hy kon dit self dalk uitgetrek het en sy skoene aangetrek het, maar dit bewys net ons was nie betrokke by wat gebeur het met hom later die aand nie. Ons het gesien hy het die skoene aangehad en as hy wel die rolskaatse nie – hy het dit definitief aangehad maar as ene dit vir hom uitgetrek het en hy was gestee, hoekom sou hulle die rolskaatse uitgetrek het terwyl hy besig is om dood te gaan. Dis 'n vraag wat ons vir onself vra want ons weet self nie die antwoord daarvan nie, U Edele.

Dit is wat die Staatsadvokaat vir algemene logiese ... (onvoltooid). === Ja.

Sê vir my – daar is nou gestel dat daar 'n voorval was wat miskien so 1 en 'n half uur plaasgevind het voor u op die toneel gekom het. Hoor u wat ek sê? === Ja, ek hoor u sê daar was 'n voorval 'n uur en 'n half voor die tyd.

Ja. Nou sê vir my hierdie seun is sy hart deurboor is met 'n swaard, sal hy nou vir 'n uur en 'n half daar sit? Algemene logiese gedrag. Daar sit, niks doen nie en later nog probeer dinge uitkrap uit die winkel uit. Onthou net my vraag is met sy hart deurgeboor soos wat die dokter getuig het. Dr Isaacs. Verstaan u? === Ek verstaan wat u sê.

U moet nou mooi sit en uitdink. Hierdie seun, noodlottig beseer. 'n Uur en 'n half later. Miskien minder as een en 'n half uur. Gaan hy nou daar sit, 'n draad vat, dinge begin uitkrap? === U Edele, dit was nie Byron Phetlo wat die draad gehanteer het nie, dit was Curtis Maritz gewees. Maar Byron Phetlo het wel op die trap gesit. Hy kon dalk beseer gewees het in 'n vorige bakleiery. Ek weet nie. Hy het vooroor gebukkend gesit soos hy op die trap gesit het het hy so gesit, met sy hande so op sy knieë. Dit kon gewees het. Hy het ook nie 'n poging weer aangewend om weg te hardloop nie. Na my pa hom teruggedruk het met die kiere het hy gebly sit. So dit kon wees dat hy wel wonde gehad het, maar dit was nie aan ons bekend dat hy wonde gehad het nie. Dit was nie asof ons sy hemp opgetel het en gesien het maar hy het 'n wond gehad nie. Dit kon gewees het dat hy na die tyd gestee is.

Goed. Miskien het hy nie die draad gehanteer nie. Miskien het Curtis dit gehanteer, maar sy getuienis was dat die twee van hulle was stout en dit is wat hulle saam gedoen het nog. === Dit is sy getuienis.

Sou hy daar saam gesit het. Die goed uithaal. Sy hart is gedeurboor. Sit hy daar en hy wag en wat hy in belangstel is om die goed daar uit te kry en nie om mediese behandeling te kry nie? === Wel, u Edele, al antwoord wat ek daar kan gee is hy het dalk seker nie geweet hoe ernstig sy wond was nie, want baie kere sny jy jouself raak en jy weet self nie hoe ernstig is die wond nie.

Wel, Curtis sê self Byron het hom geskel en vir hom gesê hy moet hulp kry. Hy was kwaad vir hom. === Wel, ek het gehoor dat Curtis gesê het dat hy hom gevloek het en geskel het, maar ek het nie gehoor dat hy gesê het hy moet hulp kry vir hom nie. Maar die rede hoekom sou een vriend 'n ander een vloek en skel? Dis ook 'n vraag wat na ons toe opgekom het. Ek kan nie antwoord hoekom Curtis gevloek en geskel is deur Byron nie.

En as hy nou vroeër beseer is, 'n uur vroeër of so, hoekom begin hulle nou skree so – 'n uur so later juis nadat u nou weg is. Nou begin hulle skree. Nou soek hulle vir hulp. Toe hardloop Curtis ook en hy wil vir Jaco roep === U Edele, volgens Curtis se getuienis was daar nie 'n geskreeuery gewees nie.

Wel Miskien nie 'n geskreeuery gewees nie, maar wat het hy gesê? === Hy het net gesê Byron het hom gevloek.

Nee, hy het gepraat van geroep of geskree. === Hy het gesê hy wat Curtis is het die eienaar van die hotel geroep.

Ja, en die einaar het dit van bo af afgekyk. === Ja.

Ja. Of ons dit nou roep of skree maak nie saak nie, maar dit het aandag getrek. === Ek kan nie getuig hoekom hy geskree het nie. Ons het hom nie gehoor nie. Ons was nie in Stewartstraat toe hy geskree het of iets nie. Andersins sou ons hom gehoor het.

Ja. Goed. Sê vir my, hoe laat was Inspekteur Schutte by u ouerhuis op die aand van die voorval – die aand wat u pa polisiestatie toe geneem het? === Ek kan nie presies onthou nie. Die TV nuus was weer aan gewees. Dis al. Ek het deur my ma-hulle se kamer gestap. Ek het op die stoep gesit. Ek het fliek gekyk. Ek het deur my ma-hulle se kamer gestap. Ek het gesien dat die TV nuus is weer aan.

Watter TV nuus? Die 19:00 nuus? === Nee, die 19:00 was alreeds verby gewees. My suster-hulle het seker net na die 19:00 nuus het hulle by ons aangesluit. Die 19:00 het net klaargemaak toe sluit hulle by ons aan.

Ja, ek wil net weet u praat van die nuus. Watter nuus praat u van? === Ek kan self nie onthou nie.

Hulle sê mos die nuustyd. 18:00 nuus, 19:00, 22:00 nuus? === Dit kan of – ek kan nie getuig daarvoor nie. Ek weet regtig nie, Edlagbare.

Ja, maar – mnr Le Grange. Nou vra ek u u praat van die nuus was aan of die nuus was net klaar. Watter nuus? === Dit kan of die 8 uur nuus of die 10 uur wees, Edlagbare. Ek het regtig nie gekyk vir tyd daardie aand nie.

Was dit nuus op die Afrikaanse kanaal? === Dit was op SABC 3 gewees. As ek dit reg het.

Ja maar, SABC 3 het nuus 19:00 en 22:00. === Dan kan dit seker die 10 uur of die 8 uur nuus wees, ek is nie doodseker nie.

Want dan volg daar ander tale – praat u van die ander een se tale? Luister u – na een van die ander tale se nuus geluister? === Edlagbare, ons het nie – my pa-hulle het opgestaan en hulle het nie 'n problem met inheemse tale op die TV nie.

Nee, ek praat nie daarvan nie. U praat van nuus. Ek probeer nou verstaan. Goed. Is dit nou die 19:00 nuus? Is dit u antwoord? 19:00 nuus of 22:00 nuus? === Ek kan nie daardie antwoord nie.

Was dit Afrikaanse nuus gewees? === Dit was nie die Afrikaanse nuus gewees nie. Ek kan onthou dit was nie die Afrikaanse nuus nie. As ek reg is was dit die Engelse nuus. Dit was of op TV 3 of op e tv.

Maar die verklaring sê 18:40 die aand min of meer het u by die huis gekom? === Dis korrek, Edlagbare.

En dan na die nuus geluister – is dit nou nie die 19:00 of die 22:00 nuus nie .. (onhoorbaar). Afrikaanse nuus is op SABC 2. Ek wil u net reg help. === Ja, dit was op TV 2. My pa-hulle het Afrikaanse nuus gekyk. My suster is – net na daardie Afrikaanse nuus was hulle by die huis gewees. Inspekteur Schutte en Inspekteur Kosie Botes het eers later die aand by ons aangesluit. Maar daar was weer nuus op die TV gewees.

Goed. So u kan nie sê hoe laat Inspekteur Schutte daar was nie en u weet nie watter nuus u van praat nie? === Ek kan nie met doodsekerheid praat nie en ek wil ook nie raai nie. want ek is onder eed.

Nou sê vir my besit u pa 'n selfoon – nee, het u pa 'n selfoon besit tydens hierdie voorval? === Tydens die voorval? Nee, Edelagbare.

Nie by hom gehad nie, 'n selfoon besit? === Sy selfoon ... (tussenkoms).

Dink nou net bietjie mooi. Het hy 'n selfoon besit? === Ek dink, Edelagbare. My ma het selfoon gehad. Ek het 'n selfoon gehad. My susters en ... (onhoorbaar). My pa het nie op daardie stadium 'n selfoon gehad nie. Sy selfoon was gesteel op daardie stadium in Upington.

Daar is iets wat ek ook nie verstaan nie, mnr Le Grange. Nou sê die Staatsadvokaat vir u hoekom het u nie by een van hierdie plekke wat oop was om daarvandaan te bel nie. Nou sê u u sou nie kon kommunikeer met die Chinese nie. Hoekom sê u dit nou? === U Edele, hulle het 'n tolk daarso wat nie altyd daar is nie. Hulle praat nie Engels vlot nie. Daar is een van hulle wat Engels praat. Die ander praat nie Engels nie. Hulle praat in Chinese. Ek weet nie presies wat is die taal wat hulle praat nie.

Ek is verbaas. Hulle is oop. Mense kom in en uit. Hoe verkoop hulle aan die mense dan? === Die pryse word reeds op die goed getape en hulle het 'n ou wat by die deur staan en as 'n ou iets steel dan vang hulle hom, maar jy kan nie 'n prys met hulle gaan redeneer nie en sê hulle moet vir jou minder vra nie, want hulle verstaan jou nie. Dit is hoe die gemeenskap in Prieska is. Hulle ... (onvoltooid).

En sê net vir my – soos ek u nou verstaan en ook Beskuldigde 1 en 2 verstaan, dit lyk my daar was geen rede vir julle – niks wat u enige rede gegee het of daar was geen rede waarom hierdie kinders aangeval moes word nie? === Edelagbare, ons het hulle op geen manier aangeval nie.

Nee, dit is nie wat ek sê nie. Was daar enigiets – provokasie of iets dat hierdie kinders u aangeval het – enigiets wat aanleiding gegee het – enigiets wat enigeen 'n rede sou gegee het om enige van die kinders daar aan te val? === Edelagbare, daar was nie 'n rede dat ons hulle by enige geleentheid hoef aan te geval het nie. En ons het hulle op geen geleentheid aangeval of enigsins beseer op enige manier nie.

En laastens mnr Le Grange. Is u op enige stadium geadviseer dat as u dit sou wou verlang, u u eie prokureur of advokaar kan aanstel? === Wel, ek gebruik van ons eie prokureur. As ek seker wou dan kon ek my eie kry.

U het gehoor wat Beskuldigde nommer 2, mnr Van der Westhuizen gesê het. Ek wil net weet is u so geadviseer of weet u dat u dit kon doen? === Die polisie het, toe hulle vir my en Hendrik gearresteer het, het hulle vir ons gesê dat ons ons eie regsadviseurs kon kry en op daardie stadium het ons alreeds vir Mundus van Niekerk gekry omdat hy ons huis prokureur is.

Ja, maar u weet u kon 'n ander prokureur kry as u hom nie wil hê nie. Ek sê nie u wil hom nie hê nie ek wil net vra wat u weet. === Ek weet dit.

U weet dit. Goed. Enige vrae, uitspruitend? Kom ek begin somer hier.'

[18] Let me immediately state that I recognise that presiding over criminal trials is a difficult task. Where, as here, the killing of the deceased quite clearly served to polarise that community and there is the added state of acute public interest, the burden on the presiding judge would have been all the greater. Furthermore, one knows all too well how cross-examination can sometimes appear protracted and seemingly irrelevant. Impatience, though, is something which a judicial officer must, where possible, avoid and in any event always strictly control. For, it can impede his perception, blunt his judgment and create an impression of enmity or prejudice in the person against whom it is directed, particularly when such person is an accused person. It may serve to undermine the proper course of justice and could lead to a complete miscarriage of justice. A judicial officer can only perform his demanding and socially important duty properly if he also stands guard over himself, mindful of his own weaknesses (such as impatience) and personal views and whims and controls them.⁵

[19] The locus classicus in respect of the questioning, by a presiding officer, of a witness including an accused, is *S v Rall* 1982 (1) SA 828 (A), in which Trollip AJA laid down three principles of proper judicial behaviour, namely:

(i) A judicial officer must ensure not only that justice is done but in addition that it is seen to be done. He must therefore so conduct the trial that his open-mindedness,

⁵ *S v Sallem* 1987 (4) SA 772 (A).

impartiality and fairness are manifest to all concerned with the trial and its outcome, especially the accused.

(ii) A judicial officer should refrain from questioning witnesses or the accused in such a way or to such an extent that it may preclude him/her from detachedly or objectively appreciating and adjudicating upon the issues.

(iii) A judicial officer should refrain from questioning a witness or the accused in a way that may intimidate or disconcert him/her or unduly influence the quality or nature of his/her replies and thus affect his/her demeanour or impair his/her credibility.

[20] I have quoted the passages *in extenso*, without any gloss, because it illustrates, I do believe, that the conduct of the learned Judge President breached all three canons of good judicial behaviour. Whilst the questioning of each of the appellants was lengthy, a purely quantitative analysis does not by any means tell the whole story. Many of the questions were indeed legitimately put to the appellants for elucidation or supplementation, but the record is also replete with questions that were intended to discredit the appellants, compounded in many instances by disbelief and scepticism. The nature, content and manner of the questioning leads one to the conclusion that far from merely clarifying matters or assisting the appellants to elucidate their defence, the questioning sought to pick holes in their story. Invariably the series of questions, which, from the perspective of the appellants, must have bore all of the hallmarks of cross-examination, seemed to be designed to produce an answer favourable to the State. It failed to produce that result but the fact remains that the attempt was undertaken. It is well to remember that it remains counsel's job, not the trial judge's, to explore inconsistencies. The questioning was to my mind, a strong indication that the Judge President had, at an early stage made up his mind that the state witnesses were telling the truth and the appellants lying. The language may in many instances be described as unjudicial language that is readily susceptible to an interpretation that the learned Judge President was hostile to the appellants to the extent that he was not able to bring an unclouded mind to bear on the adjudication of the issues before him.

[21] It must never be forgotten that an impartial judge is a fundamental prerequisite for a fair trial.⁶ The integrity of the justice system is anchored in the impartiality of the judiciary. As a matter of policy it is important that the public should have confidence in the courts. Upon this social order and security depend.⁷ Fairness and impartiality must be both subjectively present and objectively demonstrated to the informed and reasonable observer. Impartiality can be described – perhaps somewhat inexactly – as a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome, and is open to persuasion by the evidence and submissions. In contrast, bias denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result, or that is closed with regard to particular issues.⁸ Bias in the sense of judicial bias has been said to mean ‘a departure from the standard of even-handed justice which the law requires from those who occupy judicial office’.⁹ In common usage bias describes ‘a leaning, inclination, bent or predisposition towards one side or another or a particular result. In its application to legal proceedings, it represents a predisposition to decide an issue or cause in a certain way that does not leave the judicial mind perfectly open to conviction. Bias is a condition or state of mind which sways judgment and renders a judicial officer unable to exercise his or her functions impartially in a particular case.’¹⁰

[22] Partiality has both an attitudinal and behavioural component. Before us it was argued that the Judge President’s conduct throughout the trial, including his interjections, tone (which it was suggested was rough, hostile and intimidating) and comments make it plain that he had prejudged the matter. That view, it is contended, is bolstered by certain comments and observations by the learned Judge President during the course of his judgment both on the merits and sentence. Amongst the many passages to which we were referred by counsel, it is only necessary to mention the following four, which make counsel’s contentions clear. They are:

‘What is more disturbing is that the attorney, an officer of this Court, who ought to know better than the police inspector, agreed to take down accused 2 and 3’s statements knowing that there is a clear conflict of interest with his client. As the evidence has turned out, it is axiomatic that if accused 2 and 3 were truthful they would have implicated accused 1 in the murder of the deceased. The attorney knew what the allegations against accused 1 were

⁶ *President of RSA v South African Rugby Football Union* 1999 (4) SA 147 (CC) para 48.

⁷ *BTR Industries SA (Pty) Ltd v Metal & Allied Workers’ Union* 1992 (3) SA 673 (A) at 694F.

⁸ *R v S (R.D.)* 151 DLR (4th) 193 para 104 and 105.

⁹ *Roberts* para 25.

¹⁰ *R v S (R.D.)* 151 DLR (4th) 193 para 106.

and of the fact that accused 2 and 3 were in his company. If accused 2 and 3 are convicted, as it seems inevitable, the attorney must know that he played no small part in their fate. Conduct like this cannot be tolerated.

....

In addition, I make bold to say a prudent and astute counsel would have refrained from representing accused 2 and 3, having regard to what I have already stated. Another counsel may have been more detached and may even have clinched a deal with the State to use accused 2 and 3 as so-called Section 204 Criminal Procedure Act witnesses.

...

Why Mr Van Heerden called Mr Eckherd at the death of the trial to literally perjure himself when it was already evident to the reasonable, discerning, right-thinking audience which way the case was drifting is beyond me.'

....

'All the accused have suggested that Curtis Maritz murdered the deceased. On record there is absolutely no grain of evidence to remotely justify this suggestion. All the accused have repeated this preposterous accusation in the reports to the social workers, the correctional services officer and clinical psychologist, They did this despite my finding (at paragraph 31 of the judgment) showing why the accusation was absurd. The accused are adamant even in the light of the deceased's stepmother, Ms Moliena Phetlo, who brought him up, testifying that Curtis and deceased were related, grew up as brothers, were inseparable friends and would never resort to violence against each other. This evidence remains uncontroverted and was not challenged at all in cross-examination, let alone discredited.

I take a dim view of the fact that Curtis Maritz was accused by the accused of being the murderer. Counsel should not in good conscience have argued this point. I have no doubt that it is defamatory of Curtis Maritz and an aggravating factor against the accused. In LAWSA: vol 14 at p 276, under legal practitioners the following is stated, but is apposite to criminal cases as well:

"An advocate will not be held liable for defamation if he sets out in a pleading allegations in the truth of which he has no belief, unless he knows that he will not be able to support them by evidence at the trial. Counsel who has no belief in the truth of an assertion and knows he has no evidence to support it is not entitled to put it to a witness during cross-examination.

...".

[23] In my view all the passages can be dealt with together. Whilst, no doubt, all judicial officers can and do form provisional views particularly on the credibility of witnesses, it remains the fundamental duty of every presiding officer not to close

his/her mind to changing those provisional impressions, until the last word has been spoken. What else, one asks, can the comments in question mean but that the learned Judge President had decided long before the conclusion of the cross-examination of the state witnesses, long before the State case had closed, let alone before hearing the evidence of the appellants, that the State case was the truth? So too, he appears to be suggesting should counsel and the attorney. There was no conflict. None was evident when the attorney first consulted, nor emerged during the course of the trial. All of the appellants advanced the same version – one that amounted to a denial of the charge and was thus consistent with innocence. What foundational basis was there for the foresight displayed by the Judge President, one must ask, and, more importantly, when did it become so manifestly evident to him that all concerned with the trial should have been aware of it. The only basis for contending that counsel and the attorney should not have acted for all three appellants is if they, at inception, disbelieved their instructions. But there could not possibly have been any warrant for that. Language, particularly in this context, is important and in this case it has been singularly unfortunate. In effect the learned Judge President appears to be saying I never, right from the outset, believed the version of the appellants, nor should their legal representatives. Unintended though it may have been, the spectre that it raises is that the learned Judge President, in his approach to the appellants' case was not objective and impartial. It is certainly suggestive of one who has certain preconceived biases and who allows those biases to affect his judgement.

[24] Limitations of time and money often force early strategic choices by counsel. More often than not those choices are based initially solely on consultations with an accused person. If more than one plausible line of defence exists, counsel, it seems to me, would be duty-bound to investigate each line substantially during the course of the trial. As it was put in *Strickland v Washington*,¹¹ '[b]ecause advocacy is an art and not a science, and because the adversary system requires deference to counsel's informed decisions, strategic choices must be respected in these circumstances if they are based on professional judgment'. Judicial scrutiny of

¹¹ *Strickland, Superintendent, Florida State Prison et al v Washington* 466 US 668 at 681.

counsel's performance must thus be highly deferential.¹² On the appellants' version, an alternative theoretical hypothesis presented itself as the cause of the deceased's death, namely, Curtis Maritz. In those circumstances the appellants' legal representatives were obliged to explore it. None of the passages in question are suggestive of an open judicial mind. What is more, is that the language is excessively strong and the condemnation of the appellants' counsel and attorney unjustified and harsh.

[25] The law will not lightly suppose the possibility of bias in a judge. But, there is also the simple fact that bias is such an insidious thing that even though a person may in good faith believe that he was acting impartially, his mind may unconsciously be affected by it.¹³ Benjamin Cardozo recognised this when he stated:

'We are reminded by William James in a telling page of his lectures on Pragmatism that every one of us has in truth an underlying philosophy of life, even those of us to whom the names and notions of philosophy are unknown or anathema. There is in each of us a stream of tendency, whether you choose to call it philosophy or not, which gives coherence and direction to thought and action. Judges cannot escape that current any more than other mortals. All their lives, forces which they do not recognize and cannot name, have been tugging at them – inherited instincts, traditional beliefs, acquired convictions; and the resultant is an outlook on life, a conception of social needs, a sense in James's phrase of "the total push and pressure of the cosmos", which, when reasons are nicely balanced, must determine where choice shall fall. In this mental background every problem finds its setting. We may try to see things as objectively as we please. None the less, we can never see them with any eyes except our own.'¹⁴

[26] Cardozo, whilst affirming the importance of judicial impartiality, recognized that true objectivity was impossible because judges, like other humans, operate from their own perspectives. As the Canadian Judicial Council noted in *Commentaries on Judicial Conduct* (1991) at p 12, '[t]here is no human being who is not the product of every social experience, every process of education, and every human contact'. What is possible and desirable, they note, is impartiality:

¹² *Strickland* at 689.

¹³ *R v Gough* [1993] 2 All ER 724 at 728.

¹⁴ B N Cardozo *The Nature of the Judicial Process* (1921) p 12-13.

‘. . . the wisdom required of a judge is to recognize, consciously allow for, and perhaps to question, all the baggage of past attitudes and sympathies that fellow citizens are free to carry, untested, to the grave.

True impartiality does not require that the judge have no sympathies or opinions; it requires that the judge nevertheless be free to entertain and act upon different points of view with an open mind’.¹⁵

[27] Notwithstanding that a judge’s own insights into human nature will play a role in credibility findings or factual determinations, judges must make those determinations only after being open to, and giving proper consideration to the views of all the parties before them. ‘The reasonable person, through whose eyes the apprehension of bias is assessed, expects judges to undertake an open-minded, carefully considered, and dispassionately deliberate investigation of the complicated reality of each case before them.’¹⁶ In the end the only guarantee of impartiality on the part of the courts is conspicuous impartiality.¹⁷

[28] I might remark that in the present case both parties were represented by what on the face of it were competent counsel and a perusal of the record shows that the issues of fact which required determination were not of an unduly complicated nature. It is therefore a matter that occasions some surprise that in this matter the learned Judge President should have found it necessary to intervene to the extent apparent from the record. He, no doubt with good intentions, appears to have been anxious to ensure that a case, which at the outset did not appear to him to present any real difficulties, should not drag on. He sought, it would seem, from time to time to expedite the hearing of the matter by virtually taking over the prosecution from counsel for the State. In doing so, it appears that he may at times have overlooked the judge’s usual role in a trial and to have associated himself too closely with the conduct of the case, thereby denying himself the full advantage enjoyed by a trial judge who, ‘as the person holding the scale between the contending parties, is able to determine objectively and dispassionately, from his position of relative detachment, the way the balance tilts’. A judge, as it was put in *Yuill v Yuill*,¹⁸ ‘who

¹⁵ Cited from *R v S (RD)* 151 DLR (4th) 193 para 35.

¹⁶ *R v S* para 40.

¹⁷ *BTR Industries SA (Pty) Ltd v Metal and Allied Workers’ Union* 1992 (3) SA 673 (A) at 694G.

¹⁸ [1945] 1 All ER 183 (CA) at 189A.

observes the demeanour of the witnesses while they are being examined by counsel has from his detached position a much more favourable opportunity of forming a just appreciation than a judge who himself conducts the examination. If he takes the latter course he, so to speak, descends into the arena and is liable to have his vision clouded by the dust of the conflict. Unconsciously he deprives himself of the advantage of calm and dispassionate observation. It is further to be remarked, as everyone who has had experience of these matters knows, that the demeanour of a witness is apt to be very different when he is being questioned by the judge from what it is when he is being questioned by counsel, particularly when the judge's examination is, as it was in the present case, prolonged and covers practically the whole of the crucial matters which are in issue'.

[29] It may well be that some of the irregularities complained of, would in themselves, not be a sufficient indication that the appellants did not have a fair trial. Taken cumulatively though, I have no doubt that they compel the conclusion that in fact the learned Judge President was not fair and impartial during the trial. In these circumstances the proceedings are invalid and the convictions and sentences imposed on the appellants cannot stand.

[30] One final aspect remains. Section 35(3)(m) of the Constitution provides that an accused person has the right not to be tried for an offence in respect of any act or omission for which that person has previously been acquitted or convicted – a right that entrenches the common-law right expressed in the maxim *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*. This is the right against double jeopardy which gives rise to the defences of *autrefois convict* or *autrefois acquit*.¹⁹ Irregularities vary in nature and degree. As it was put by Holmes JA, in *S v Naidoo*:²⁰

'Broadly speaking they fall into two categories. There are irregularities (fortunately rare) which are of so gross a nature as *per se* to vitiate the trial. In such a case the Court of Appeal sets aside the conviction without reference to the merits. There remains thus neither a conviction nor an acquittal on the merits, and the accused can be re-tried in terms of sec 370(c) [now s324]²¹ of the Criminal Code. That was the position in *Moodie's* case,²² in which

¹⁹ *Director of Public Prosecutions, Transvaal v Mtshweni* 2007 (2) SACR 217 (SCA) para 28.

²⁰ [1962] 4 All SA 322 (A) at 325.

²¹ S 324 of the Criminal Procedure Act 51 of 1977, headed, institution of proceedings *de novo* when conviction set aside on appeal, reads:

'Whenever a conviction and sentence are set aside by the court of appeal on the ground -

(a) that the court which convicted the accused was not competent to do so; or
(b) that the indictment on which the accused was convicted was invalid or defective in

the irregularity of the deputy sheriff remaining closeted with the jury throughout their two hour deliberation was regarded as so gross as to vitiate the whole trial.

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

[31] Plainly, the irregularity encountered here falls into the first category alluded to by Holmes JA in *Naidoo*. The possibility of double jeopardy thus does not arise and the institution of a new trial will not infringe s 35(3)(m) of the Constitution. There remains a pressing societal demand for and compelling public interest in, what after all is a case involving a most serious charge. The right of an accused to a fair trial, as the Constitutional Court has observed in *S v Jaipal*,²³ 'requires fairness to the accused, as well as fairness to the public as represented by the State. It has to instil confidence in the criminal justice system with the public, including those close to the accused, as well as those distressed by the audacity and horror of crime'. There will accordingly be a miscarriage of justice should a proper trial not ensue. It follows that the matter must be remitted to the High Court for retrial in accordance with s 324 of the Criminal Code.

[32] In the result:

- 1 The appeal succeeds.
- 2 The convictions and sentences imposed on each of the appellants are set aside.

any respect; or
 (c) that there has been any other technical irregularity or defect in the procedure, proceedings in respect of the same offence to which the conviction and sentence referred may again be instituted either on the original charge, suitable amended where necessary, or upon any other charge as if the accused had not previously been arraigned, tried and convicted: Provided that no judge or assessor before whom the original trial took place shall take part in such proceedings.'

²² *S v Moodie* 1962 (1) SA 587 (A).

²³ 2005 (4) SA 581 (CC) para 29.

- 3 It is ordered that proceedings in respect of the same offence may again be instituted either on the original charge, suitably amended where necessary, or upon any other charge as if the appellants had not previously been arraigned, tried and convicted: provided that the judge before whom the original trial took place shall not take part in such proceedings.

V M PONNAN
JUDGE OF APPEAL

APPEARANCES:**For Appellants:****B C Bredenkamp SC****Instructed by:
Haarhoffs Inc
Kimberley
Honey Attorneys
Bloemfontein****For Respondent:****J J Cloete****Instructed by:
Director of Public Prosecutions
Kimberley
Director of Public Prosecutions
Bloemfontein**