IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die appèl van:

PHAMONG MAKO .... eerste appellant,

SEWA CHELE .... tweede appellant,

THABO MOTAUNG .... derde appellant,

KANETSI TSOPANE .... vierde appellant,

teen

DIE STAAT .... respondent

Coram: KOTZé et VILJOEN, ARR, et SMUTS Wn AR.

Datum van appèl: 2 Mei 1984.

Datum van uitspraak: 25 Mei 1984.

U I T S P R A A K

KOTZé, AR:

Op 5 Februarie 1982 het 'n bende manne

/ strooptogte....

strooptogte uitgevoer op die plase Kleinbegin (distrik Odendaalsrus) en Kruisboom (distrik Allanridge) en in die loop daarvan ꞌn groot aantal ernstige misdade begaan. Die bende het die betrokke aand hul byeenkomplek (of "mpogo") op die plaas Power gebruik as afspringplek vir hul bose planne. Voortspruitend uit die strooptogte het nege beweerde lede van die bende in die rondgaande plaaslike afdeling voor waarnemende Regter MALHERBE en assessore tereggestaan op ꞌn akte van beskuldiging wat elkeen vyf-en-twintig oortredings ten laste lê. Ofskoon nie een van die beskuldigdes getuienis afgelê het nie, het die Verhoorhof slegs die vier appellante, onderskeidelik beskuldigdes 1, 4, 8 en 9 by die verhoor (en hierna so genoem), skuldig bevind en wel aan aanklagte nommers 1, 2, 3, 5, 7, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 en 20. Aanklagte 1 en 2 het

/ betrekking....

betrekking op die moord van Kakole Maqhama en Edgar Posholi onderskeidelik. Versagtende omstandighede is in die geval van al vier die beskuldigdes bevind. Origens het die Hof die vier beskuldigdes skuldig bevind aan een aanklag van poging tot moord (aanklag 3), twee van huisbraak met die opset om te roof en roof (aanklagte 5 en 7), agt van roof (aanklagte 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18 en 20) en een van diefstal (aanklag 17). Aan beskuldigde 1 is die ondervermelde vonnisse opgelê: aanklagte 1 en 2, tien jaar gevangenisstraf elk; aanklag 3, vyf jaar gevangenisstraf; aanklag 17, een jaar gevangenisstraf en die oorblywende aanklagte, twee jaar gevangenisstraf elk. Met uitsondering van aanklagte 1 en 2 loop die vonnisse saam. Dit volg dat die effektiewe gevangenisstraf van beskuldigde 1 twintig jaar is. Die ander drie beskuldigdes

/ was......

was gelykelik gestraf: aanklagte 1 en 2 nege jaar gevangenisstraf elk en op die oorblywende aanklagte was hulle gelykelik met beskuldigde 1 gestraf. Met uitsondering van aanklagte 1 en 2 loop die vonnisse saam. Dit volg dat die effektiewe gevangenisstraf van beskuldigdes 4, 8 en 9 agtien jaar is.

Die vier beskuldigdes kom nou, met verlof van die Verhoorregter, in hoër beroep.

Op hierdie stadium is dit gemeensaak dat die strooptogte plaasgevind het en dat die bende die misdade, hierbo vermeld, gepleeg het. Dit kan voorts nie betwyfel word dat dit die gesamentlike oogmerk van iedere lid van die bende was om in te breek, te roof en te plunder nie en dat die moontlikheid van moordery in die uitvoering van die stroop-

/ togte..........

togte deur hulle voorsien moes gewees het en dat hulle desondanks daarmee voortgegaan het. Die korrektheid van die bevinding dat die misdade wel gepleeg is kan dus nie bevraagteken word nie. Die enigste vraag wat tans ontstaan is of die aangevoerde getuienis die bende-lidmaatskap van die vier beskuldigdes en hul deelname aan die strooptogte buite redelike twyfel bewys. Wat die appèl betref, beperk ek my dus tot hierdie vraag.

MALHERBE Wn. AR het die getuienis wat tot iedereen van die vier beskuldigdes se skuldigbevinding gelei het as volg opgesom:

Beskuldigde 1:

> "Daar is reeds bevind dat Kori se getuienis dat beskuldigde 1 die leier van die bende is, aanvaar word, veral omdat nommer 1 dit nie betwis het nie. Dat hy die aand op Power was is gemenesaak. Die nabyheid van die

/ huise.....

huise aan die bome waar die bende vergader het, blyk uit die foto's, bewysstukke L en M. 'n Leier van so 'n bende sal ook waarskynlik 'n meer prominente rol speel as 'n gewone lid en Kori se getuienis in hierdie verband is logies en oortuigend, naamlik dat nommer 1 die besluit aangekondig het dat die groep moet vertrek vanaf Power; dat hy instruksies gegee het omtrent waar die kieries geplaas moes word; dat hy met sy motor gery het; dat hy ook op Kleinbegin instruksies gegee het dat die oorledene in aanklag 1 gedood moes word. Hy word wel nie deur enige van die ander getuies op die toneel of tonele van misdaad geplaas nie, maar die Hof is bo redelike twyfel tevrede dat hy inderdaad die groep na die onderskeie plase vergesel en aangevoer het".

<u>Beskuldigde 4</u>:

"Benewens Kori, plaas die getuies Joseph Raleting en Seqatsi David Majeseng ook vir beskuldigde 4 op die toneel. Albei getuig dat hulle beskuldigde 4 vantevore geken het. Daar is egter redelik ingrypende weersprekings

/ in............

in hulle getuienis, sommige waarvan reeds genoem is.........................
Die moontlikheid dat beide van hulle tot 'n meerdere of 'n mindere mate onder die invloed van drank was, is ook nie uit die oog verloor nie. Ons meen verder dat Kori se getuienis as geheel nie net vir beskuldigde 4 in 'n algemene sin op die toneel plaas nie, maar pertinent by die aanranding op die oorledene in klagte 1. Beskuldigde 4 se versuim om te getuig regverdig na ons mening die bevinding bo redelike twyfel dat hy inderdaad saam met Kori en die ander bendelede na Kleinbegin en Kruisboom was."

<u>Beskuldigde 8</u>:

"Kori sonder hom ook uit vir 'n besondere rol, naamlik dié van fluitjieblaser. Tweedens, is dit gemenesaak dat hy die langste van die beskuldigdes is en ook die langste op die uitkenningsparade was. Daarbenewens het hy 'n besondere gesig. Hy het nie 'n gewone plat neus soos by baie Swart mense aangetref word nie; sy neusvleuels is oopgesper en hy het 'n besondere deurdringende kyk in sy oë.

/ Dit...........

Dit was ook tydens die verhoor gemenesaak dat hy nie soos een van die ander beskuldigdes lyk nie. Na ons mening is dit billik om te sê dat hy 'n besondere gesig het Hy het deur middel van sy advokaat erken dat hy 'n tatoeëermerk op elke wang aangebring het terwyl hy verhoorafwagtend was in hierdie saak, maar nadat die uitkenningsparade gehou was. Laastens word hy positief geïdentifiseer deur beide Alinah Molehe en haar moeder, Maria Molehe wat destyds op die plaas Kruisboom gewoon het.................
Ook Joseph Raleting identifiseer vir beskuldigde 8. Om onder bogenoemde omstandighede, kumulatief geneem, nie te getuig nie, regverdig na ons mening die bevinding dat hy deel gevorm het van die groep mense wat beide die betrokke plase besoek het."

<u>Beskuldigde 9:</u>

"Ook hy word deur Joseph Raleting geïdentifiseer en ook hy het desnieteenstaande nie getuig nie. Dieselfde bevinding word ten opsigte van hom gemaak as wat ten opsigte van nommer 8 gemaak is."

/ Uit................

Uit hoofde van die verwysing in die uitspraak na Kori, Joseph Raleting, Seqatsi David Majeseng, Alinah Molehe en Maria Molehe, gaan ek terstond oor tot 'n kort bespreking van hulle getuienis.

Kori, 'n medepligtige, is die spil waarom die Staat se saak draai. Sedert sy inhegtenisneming op 8 Februarie 1982 tot die datum waarop hy getuig het (29 Oktober 1982) was hy deurentyd deur die polisie aangehou. Tussen hierdie twee datums het die polisie hom meegedeel dat hy 'n getuie vir die Staat sou wees. Hy het getuig dat hy 'n burger van Lesotho is wat saam met landgenote van hom arbeid verrig op die goudmyne van die Vrystaat. Sommige van hierdie mense groepeer hulself in bendes wat bekend staan as MaRussians

/ of.............

of Russians. Hy en die nege beskuldigdes behoort aan die Matsieng groep van die Russians. Hy weet van nog 'n groep, t.w. die Molapo groep. Hierdie bendes se doelstellings is nie vreedsaam nie: die Matsieng groep baklei met die Molapo groep; hulle pleeg moord en roof in die algemeen. Op Vrydagaand 5 Februarie 1982 het lede van sy bende, waaronder die nege beskuldigdes, by die mpogo hierbo genoem gesellig byeengekom. Onder aanvoering van hulle leier, beskuldigde 1, het byna dertig van die lede hul weg gewend na statte op die plaas Kleinbegin. Daar aangekom het beskuldigde 8 die fluitjie geblaas. Dit is die teken dat daar tot wapengeweld oorgegaan moet word en toe is die strooptogte en misdade, waarna in die openingsparagraaf hierbo verwys word, geloods. Onder andere het die bende

/ toegesak.........

toegesak op twee mans en hulle met kieries geslaan. Een van hulle het uitgeroep, "Sotho" (waarskynlik verwysende na beskuldigde 1), "Sewa" (waarskynlik verwysende na beskuldigde 4), "Kheola, Letula, julle is ons mense! Waarom maak julle my dood?" Hierdie uitroep het die volgende opdrag van beskuldigde 1 ontlok: "Julle moet nie daardie persoon los nie. Hy gaan 'n klagte teen julle..... lê, julle moet hom doodmaak". Albei die persone het gesterf. Die fluitjie het weer 'n keer geblaas. Dit was die teken om verder te gaan na Kruisboom waar die strooptogte ten einde geloop het.

Joseph Raleting, die klaer op aanklag 13, het besonderhede verstrek van die stormloop wat die bende uitgevoer het op Kleinbegin en van die wyse waarop hy beroof

/ is...............

is in die kamer van ene Mathebang waar Seqatsi David Majeseng ook teenwoordig was. Hy het beskuldigde 4 uitgeken as een van die lede van die bende. Beskuldigde 4 het hy reeds tevore geken. Hy het sy gesig sowel as sy stem herken. Twee ander lede van die bende wat hy herken het was beskuldigde 9 wat 'n flits in sy oë geskyn het en beskuldigde 8 wat hom gevloek het. Hy het laasgenoemde twee persone later op 'n uitkenningsparade uitgeken.

Seqatsi David Majeseng het bevestig dat hy saam met Joseph Raleting in 'n kamer op Kleinbegin was toe die bende toegeslaan het. Hy het beskuldigde 4 aangedui as een van die lede van die bende. Sy getuienis het in etlike opsigte nie gestrook met sy verklaring aan die polisie nie.

/ Alinah.........

Alinah Molehe, die klaer op aanklag 20 en 'n dogter van Maria Molehe, woon op Kruisboom en het getuig dat meer as tien lede van die bende haar huis die betrokke aand betree het en haar beroof het van haar polshorlosie en drie rokke. Sy het een van die manne se gesig gesien - dit was beskuldigde 8. Hy was lank en sy het opgemerk dat hy 'n plat neus het - 'n waarneming wat in die Hof bevestig is. Sy het hom later op 'n uitkenningsparade uitgeken.

Maria Molehe het ook beskuldigde 8 op die uitkenningsparade uitgeken as een van die misdadigers.

Die uitspraak in die Hof <u>a quo</u> getuig van 'n uiters versigtige benadering. Soos reeds hierbo aangedui, is die getuienis van Kori die spil waarom die Staat se saak draai. Dit het die Hof <u>a quo</u> terdeë besef en sy getuienis met groot omsigtigheid benader. Eerstens blyk dit uit die

noukeurige verwysing na R v Ncanana, 1948 SA 399 (A) dat die versigtigheid waarmee die getuienis van 'n medepligtige benader moet word wel deeglik deur die Hof voor oë gehou is. Tweedens het die Hof a quo by die evaluasie van sy getuienis daarmee rekening gehou dat hy "sedert sy arrestasie op 8 Februarie 1982.... todat hy bykans nege maande later getuienis afgelê het" in hegtenis was en dat dit "'n verdere rede (is) waarom (sy) getuienis versigtig benader moet word". Nieteenstaande hierdie oorwegings het die Hof a quo soos volg bevind:

> "Kori was betreklik lank in die getuiebank. Hy het met sy hoofgetuienis begin op Vrydag 29 Oktober 1982, om ongeveer half tien die oggend. Dit was kort na die oggend-teeverdaging voltooi. Sy kruisondervraging het die res van die dag in beslag geneem, plus die hele daaropvolgende Maandag, behalwe die laaste

/ halfuur......

> halfuur. Die indruk wat hy op al drie lede van die Hof gemaak het terwyl hy getuig het is dié van 'n openhartige getuie wat na die beste van sy vermoë probeer het om so getrou as moontlik die gebeure van etlike maande vantevore te herhaal. Hy het geluister na die tolk se vrae en sonder aarseling daarop geantwoord. By talle geleenthede was die verontwaardiging in sy stemtoon, asook in sy vinnige antwoorde, duidelik waarneembaar wanneer stellings aan hom gemaak is dat die beskuldigdes nie Russians is nie of was nie, òf dat hulle glad nie deelgeneem het aan die gebeure waaroor hy getuig het nie, òf wanneer daar aan hom gestel is dat hy voorgesê is om te getuig wat hy getuig het. Wat sy gedrag in die getuiebank betref, is die eenparige bevinding van die Hof dat dit gunstig beïndruk het......"

Met inagneming van die voordele wat 'n verhoorhof by die beoordeling van geloofwaardigheid geniet en die korrekte benadering waarvan die uitspraak in die Hof benede getuig,

kan daar met bovermelde bevinding nie fout gevind word nie.

Alhoewel mnr Krüger, wat voor ons namens beskuldigdes 1, 4, 8 en 9 opgetree het, dit wel deeglik besef het, het hy nietemin aandag gevestig op die ondervermelde belangrike passasie in die uitspraak van MALHERBE, Wn R:

> "As Kori se getuienis in die geheel aan minder kritiek onderhewig was, sou die beskuldigdes se versuim om te getuig waarskynlik genoegsaam gewees het om 'n skuldigbevinding te regverdig."

Voorts het mnr Krüger aangedui dat beskuldigdes 2, 3, 5, 6 en 7 slegs deur Kori betrek word by die gebeure van 5 Februarie en om daardie rede vrygespreek is. Hulle, soos hul medebeskuldigdes, het ook versuim om te getuig. Derhalwe het mnr Krüger betoog dat daar by die Hof twyfel moes bestaan het ook oor die skuld van beskuldigdes 1, 4, 8 en 9. In die geval

van beskuldigde 1, het hy aangedui, bestaan daar met uitsondering van Kori se getuienis geen stawende getuienis hoegenaamd nie, terwyl in die geval van beskuldigdes 4, 8 en 9 het hy aangevoer dat die stawende getuienis slegs minimale oortuigingskrag het. Ek het reeds aangedui dat 'n versigtige benadering die uitspraak van die Hof <u>a quo</u> kenmerk. Trouens, die benadering kom my eerder voor as een van uiterste versigtigheid. As voorbeeld van die Hof <u>a quo</u> se besondere versigtige benadering haal ek uit die uitspraak die rede aan waarom beskuldigde 2 skuldigbevinding vryspring:

/ "Die.......

> "Die Staat vra nie 'n skuldigbevinding teen hom nie. Na ons mening kan hy homself gelukkig ag dat dit die Staat se houding is, maar die Staat se houding is 'n sterk faktor wat by ons net genoegsame twyfel wek sodat ons hom die voordeel daarvan moet laat toekom. Ons kan derhalwe nie bevind dat hy inderdaad op Kleinbegin en Kruisboom teenwoordig was nie."

Wat beskuldigde 1 betref is dit duidelik dat hy weens sy posisie van leierskap sou uitstaan en die benadering van die Hof a quo dat sy gevolglike prominente rol aandag op hom sou vestig, en dat Kori se enkele getuienis voldoende is vir skuldigbevinding, is heeltemal geregverdig. Beskuldigde 4 word benewens Kori ook deur Joseph Raleting

/ en...........

en Seqatsi David Majeseng geplaas op die plekke waar die misdade gepleeg was. Weliswaar bestaan daar ernstige weersprekings in hulle getuienis maar die uitspraak van die Hof benede beklemtoon dat "Raleting..... gunstiger beindruk (het) as Majeseng". Beskuldigde 8 - die fluitjieblaser - het ook 'n prominente rol gespeel wat aandag op hom sou vestig. Benewens dit het hy "'n besondere gesig" en word hy betrek deur Raleting, Alinah Molehe en haar moeder Maria Molehe. Ofskoon ernstige verskille tussen moeder en dogter se getuienis bestaan, was Alinah 'n besonder oortuigende getuie soos blyk uit ondervermelde passasie uit die uitspraak:

> "Daar is betreklik ernstige verskille tussen hulle getuienis, maar ons aanvaar eenparig Alinah se getuienis waar dit bots met dié van haar moeder. Sy

/ was..........

was na ons mening een van die heel beste getuies in hierdie saak."

Wat beskuldigde 9 betref word Kori se getuienis gestaaf deur Joseph Raleting. Nòg beskuldigde 1, nòg beskuldigde 4, nòg beskuldigde 8, nòg beskuldigde 9 het die vrymoedigheid gehad om te getuig. In die lig van al die omstandighede uiteengesit in die kort relaas hierbo is daar nie meriete in die appelle nie.

Die Staat het 'n versoek, buitengewoon en, sover my kennis strek, uniek van aard, aan hierdie Hof gerig, nl. dat die bevinding van die Hof a quo "dat daar versagtende omstandighede aanwesig was by die pleging van die moorde op aanklagte een en twee, vervang word met 'n bevinding dat daar geen versagtende omstandighede aanwesig was by die

/ pleging........

pleging van genoemde moorde nie". Hierdie Hof beskik, na my mening, nie oor die bevoegdheid om aan hierdie versoek gehoor te gee nie. My redes volg.

Die Staat grond sy aansoek op art. 322 van die Strafproseswet No. 51 van 1977 en op die vertolking daaraan verleen in S v E, 1979 (3) SA 973 (A) waar 'n skuldigbevinding aan onsedelike aanranding *mero motu* deur hierdie Hof verander is na een van verkragting en 'n swaarder straf opgelê is. Ek is nie van voorneme om die artikel hier aan te haal nie. Sover relevant doen CORBETT AR dit op bl 975 H en op die volgende bladsy som hy die essensie daarvan soos volg op:

/ "Die.......

"Die Appèlhof word dus uitdruklik gemagtig om die uitspraak te gee wat by die verhoor gegee behoort te gewees het of die vonnis oplê wat by die verhoor opgelê behoort te gewees het. In verband met strawwe word die Hof ook uitdruklik gemagtig om 'n swaarder straf op te lê as dié wat die Verhoorhof opgelê het".

Die jurisdiksie om te bepaal of versagtende omstandighede teenwoordig is al dan nie word in Rex v Taylor, 1949 (4) SA 702 A() op bl 717 deur SCHREINER AR beskryf as 'n "special jurisdiction". Ek haal die relevante passasie aan:

"It is clear that in arriving at a conclusion as to whether to express the opinion that extenuating circumstances are or are not present a jury or Court of Judge and assessors, has not only to find facts relevant to the subject of extenuation but has also, after considering those facts and the extent of their probable influence on the accused's conduct, to form what is essentially a moral judgment as to whether the circumstances ought to be characterised as extenuating, so as to enable a sentence other than the death sentence to be imposed. The expressed

/ opinion...........

> opinion by the triers of fact that extenuating circumstances are or are not present is not part of the sentence or part of the Judge's reasons for the sentence; it is a distinct procedural step in relation to the power to sentence a convicted murderer. Whether, therefore, the matter comes before us on appeal or by way of some other procedure, this Court cannot substitute its opinion for that of the triers of fact merely because it considers that that opinion was wrong. The Legislature has entrusted to the triers of fact and to no one else this special jurisdiction, in effect, to modify the inevitability of the death penalty, by stating, if they think it right, that a sentence of less than death may be imposed."

Alhoewel die Staat sy aansoek inklee as 'n "kennisgewing" is dit in wese 'n teenappèl, nie teen 'n uitspraak, regsvraag of vonnis soos beoog deur art. 322 nie maar teen die wyse waarop die uitsluitlike beoordelaar van feite (nl regter en assessore) die prosessuele stap uitgeoefen het wat die besondere jurisdiksie om die uiterste vonnis te matig, in werking stel.

/ Hiervoor......

Hiervoor maak art. 322 nie voorsiening nie. Voor ons het mnr Louw, wat namens die Staat opgetree het, tereg, na my mening, nie volhard in 'n stelling vervat in sy geskrewe hoofde van betoog dat art. 22(b) van die Wet op die Hooggeregshof, No. 59 van 1959, hierdie Hof beklee met bevoegdheid om die Staat se versoek toe te staan nie. Gemelde artikel het slegs betrekking op uitsprake en bevele wat aan appèl onderhewig is.

By die afwesigheid van enige bevoegdheid om 'n bevinding van versagtende omstandighede by die pleeg van 'n moord te kan vervang met 'n bevinding tot die teenoorgestelde effek, word daar nie aan die Staat se versoek voldoen nie.

/ Die.........

Die appelle van al die appellante word afgewys.

G.P.C. KOTZÉ

VILJOEN AR)
SMUTS Wn AR) STEM SAAM.