Bib/

8/87

389/86

N v H

SELBY MAGUBANE en ANDERE / DIE STAAT

SMALBERGER, AR -

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

SELBY MAGUBANE	Eerste Appellant
JONAS MALATSI	Tweede Appellant
WALTER MTSHALI	Derde Appellant
VIKI DLAMINI	Vierde Appellant
BAFANA MUNEKA	Vyfde Appellant
NICOLAS MTSHALI	Sesde Appellant

en

DIE STAAT	Respondent

CORAM: BOTHA, SMALBERGER, ARR, et STEYN, Wn AR

VERHOORDATUM: 3 MAART 1987

LEWERINGSDATUM: 12 MAART 1987

U I T S P R A A K

SMALBERGER, AR :-

Voortspruitend uit die dood van ene Henry Swarts (die oorledene) in die Modder B Gevangenis op Benoni op 1 Okto= ber 1983 het nege beskuldigdes, onder wie die ses appellante, in

die / ....

die Transvaalse Provinsiale Afdeling voor HARTZENBERG, R en twee assessore tereggestaan op 'n aanklag van moord. Die ses appellante was by die verhoor beskuldigdes 2, 3, 4, 5, 6 en 8 onderskeidelik, en ek verwys voortaan gerieflikheidshalwe na hulle afsonderlik as sulks. Aan die einde van die Staatsaak is beskuldigde 7 ontslaan. Tydens die verhoor, nadat hy reeds begin getuig het maar nog nie gekruisondervra is nie, is beskuldigde 1 vermoor. Die oorblywende sewe beskuldigdes is almal na afloop van die verhoor aan moord op die oorledene skuldig bevind. By onstentenis van versagtende omstandighede is elk van die ses appellante die doodvonnis opgelê; in die geval van die ander beskuldigde (nr 9) is versagtende omstandig=hede bevind, en hy is tot 8 jaar gevangenisstraf gevonnis.

Met / ....

Met verlof van die hof a quo kom die ses appellante nou in hoër beroep alleenlik teen die bevinding van afwesigheid van versagtende omstandighede in hulle geval, en die vonnisse hulle opgelê.

Die skuldigbevindings in die onderhawige saak is hoofsaaklik gegrond op die aanvaarding deur die verhoorhof van die getuienis van die getuie Sibanyoni. Sy getuienis aangaande die omstandighede rakende die oorledene se dood is kortliks soos volg. Sibanyoni en die beskuldigdes was deel van 'n groep van ongeveer twintig gevonnisde gevangenes wat in sel A9 van die Modder B Gevangenis aangehou is. Die beskuldigdes is, of was, almal lede van die 26 bende. Op die namiddag van 1 Oktober 1983 is die oorledene na sel A9 vanaf 'n ander sel

oorgeplaas. Die oorledene was blykbaar 'n lid van die 28 bende. Die 26 en 28 bendes is mekaar nie goedgesind nie. Om ongeveer 20h00 het beskuldigde 2 die oorledene na hom geroep, en lank met hom gesels. Daarna is beskuldigdes 1, 3, 4, 5, 6 en 8 deur beskuldigde 2 ontbied, en hulle het saam die toiletgedeelte van die sel binnegegaan. Daar het hulle met mekaar 'n gesprek gevoer. Beskuldigde 1 het toe uitgekom en vir Sibanyoni en beskuldigde 9 geroep. Hulle is op hulle beurt die toilet binne. In die toilet is daar kringgesit. Beskuldigde 2 het aangekondig dat die oorledene 'n lid is van die 28 bende, en doodgemaak moes word. Niemand het teen die doodmaak van die oorledene beswaar aangeteken nie. Beskuldigde 2 het die modus operandi wat gevolg moes word aangedui, en hy het aan elk van die aanwesiges 'n rol

toevertrou / ....

toevertrou. Beskuldigde 6 is toe gestuur om die oorledene te gaan haal, wat hy wel gedoen het. Na sy aankoms in die toilet is die oorledene deursoek en ondersoek. Hy is toe, soos voorheen afgespreek, deur beskuldigde 8 van agter om sy nek gegryp, beskuldigde 1 het 'n handdoek in sy (die oorledene) se mond gedruk en beskuldigdes 2 en 4 het 'n lyfband om sy nek gesit. Die ander aanwesiges het gehelp om die oorledene op die vloer neer te gooi en hom daar vas te hou. Terwyl hy op die grond gelê het, het beskuldigdes 2 en 4 hom met die lyfband gewurg, beskuldigde 1 het met 'n lemmetjie op sy maag gesny en van die ander beskuldigdes het op hom getrap. Die oorledene is daarna, blykbaar reeds dood, op sy slaapplek geplaas. Dit was ten tyde van die verhoor gemene saak dat die oorledene dood

is as gevolg van verwurging. 'n Aaklige gebeurtenis het in die loop van die nag plaasgevind toe die oorledene se keel van die een kant na die ander gesny is daar waar hy dood gelê het. Volgens Sibanyoni was die betrokkenes by hierdie grusame daad beskuldigdes 1, 2 en 6.

Met die uitsondering van beskuldigde 7 wat, soos reeds gemeld, aan die einde van die Staatsaak ontslaan is, het al die beskuldigdes op die meriete getuig. Ek sal later terugkeer na enkele aspekte van hulle verwere en getuienis. Voorlopig is dit voldoende om daarop te let dat waar hulle getuienis aangaande hulle deelname, of ontkenning daarvan, aan die aanval op en die doodmaak van die oorledene met dié van Sibanyoni bots, sodanige getuienis deur die verhoorhof ver= werp is.

Geeneen / ....

Geeneen van die appellante het na hulle skuldig= bevinding aan moord ter versagting getuig nie. Kaptein Chiloane van die Gevangenisdiens is egter geroep om namens die appellante te getuig aangaande die bende-opset binne die gevange= nisse en die uitwerking daarvan. Ek keer later na sy getuienis terug. Dr Porten, 'n psigiater, het namens beskuldigde 2 getuig met betrekking tot die uitslag van 'n breintoets (EEG-toets) wat op beskuldigde 2 uitgevoer is nadat hy, na sy skuldigbevinding, vir waarneming gestuur is ooreenkomstig die bepalings van artikel 77(1) van die Strafproseswet 51 van 1977. Daarna het Dr Verster, ook 'n psigiater, namens die Staat in dié verband getuig. Dit is gemene saak dat beskuldigde 2 nie aan enige geestesgebrek of geestesongesteldheid ly nie.

Ek handel vervolgens eerstens met die appèl van beskuldigde 2. Anders as in die geval van beskuldigdes 3, 4, 5, 6 en 8 maak beskuldigde 2 nie daarop aanspraak op appèl dat hy uit vrees, wat sy ontstaan het in die bendestelsel, meegedoen het aan die doodmaak van die oorledene nie. Dit blyk duidelik uit Sibanyoni se getuienis, en dit word inderdaad deur beskuldigde 2 bevestig, dat beskuldigde 2 die leidende rol gespeel het in verband met die doodmaak van die oorledene. Dit is gemene saak dat beskuldigde 2 'n regter in die 26 bende=hiërargie is, en dat as sodanig hy die besluit geneem het dat die oorledene doodgemaak moes word, die nodige bevele in dié verband gegee het en 'n vername rol gespeel het in die uitvoering daarvan, aspekte waaroor beskuldigde 2, soos deur die verhoorhof

gemeld / ....

gemeld "met groot welbehae .... getuig het". Daar kan dus in sy geval geen sprake daarvan wees dat hy uit vrees opgetree het nie. Namens beskuldigde 2 is daar egter betoog dat hy aan 'n mate van brein-disfunksie ly soos deur die EEG-toets aangedui, en dat as voldoende ag geslaan word op die implikasies daarvan dit as versagting kan dien, en dat die verhoorhof misgetas het deur nie so te bevind het nie.

Die uitslag van beskuldigde 2 se EEG-toets was:

"The EEG was moderately abnormal and suggests a non-specific cerebral dysfunction maximal in the temporal areas. No focal signs or paroxysmal events were seen." Dr Porten se mening, hoofsaaklik op hierdie bevinding gegrond, word korrek deur die verhoorregter in sy uitspraak ten opsigte van versagting as volg weergee:

"Dr Porten / ....

> "Dr Porten ..... is van oordeel dat daar 'n geweldddadige neiging by die beskuldigde is, wat die gevolg is van sy brein-disfunksie en dat dít tesame met die feit dat hy lid is van 'n bende, waarby hy reeds op 'n jong leeftyd ingeskakel het, en gevolglik makliker tot 'n besluit sal kom dat 'n persoon gedood moet word, en ook die feit dat hy van sy beeld na buite bewus is, en bewus is van die indruk wat hy skep, wat ook kan lei daartoe dat hy makliker sal besluit om 'n drastiese besluit te neem, dat al hierdie faktore saam versagtende omstandighede daarstel."

Dr Porten het egter toegegee dat hy nie met sekerheid kan sê dat beskuldigde 2 se EEG-toets op abnormale of bo-gemiddelde aggressiwiteit of gewelddadigheid dui nie, of dat beskuldigde 2 se vermoë om sy handelinge te beheer verminder of belemmer is nie. Dr Porten sien ook blykbaar beskuldigde 2 se aggressie as gepaardgaande met 'n soort ontlading wat tot spontane uitbarsting lei - 'n situasie wat egter nie strook met beskuldigde 2 se beplande, berekende en geordende optrede in die

onderhawige / ....

onderhawige geval nie. Dr Verster se getuienis kom, in kort, daarop neer dat beskuldigde 2 se brein-disfunksie soos blyk uit die EEG-toets geen rol gespeel het in sy optrede nie.

Ek is dit volkome eens met die bevinding van die verhoorregter dat "in ons oordeel is daar nie werklik objektiewe getuienis wat aantoon dat hierdie faktore (dié deur Dr Porten genoem) die beskuldigde subjektief beïnvloed het toe hy tot die besluit gekom het dat die oorledene moet sterf nie". Gevolglik het beskuldigde 2 nie daarin geslaag om op die vereisde oorwig van waarskynlikhede te bewys dat daar in sy geval versagtende omstandighede aanwesig was nie. Bygevolg kan sy appèl nie slaag nie.

Die enigste versagtende omstandigheid waarop beskuldigdes 3,4, 5, 6 en 8 steun is dat hulle, na bewering, uit

vrees / ....

vrees vir hulle lewens meegedoen het aan die doodmaak van die oorledene, welke vrees sy oorsprong het in die sogenaamde gevangenis-subkultuur. As dit wel die geval was, sou hulle optrede met mindere morele verwytbaarheid bejeën kon word. Dit is geykte reg dat die bewyslas op die beskuldigdes rus om die bestaan van versagtende omstandighede op 'n oorwig van waarskynlikhede aan te toon. Op geen stadium tydens die verhoor het enige van die beskuldigdes beweer dat hy uit vrees gehandel het nie. Hierdie versuim beteken egter nie noodwendig dat die beskuldigdes hulle nie van die bewyslas wat op hulle rus gekwyt het nie, aangesien daar op die getuienis in die geheel gelet moet word om dit te bepaal. (S v Mkize 1979 (1) SA 461 (A) op 463 G). Daar moet egter 'n behoorlike feitebasis wees

waarvan die / ....

waarvan die bestaan van versagtende omstandighede afgelei kan word (S v Mongesi en Andere 1981(3) SA 204 (A) op 207 D). In dié verband moet dit weereens beklemtoon word dat die bestaan van 'n gevangenis-subkultuur nie per se 'n versagtende omstandigheid is nie. Soos JOUBERT, AR, in Mongesi se saak op 212 B - C opgemerk het:-

> "Hierdie Hof het reeds in ander sake daarop gewys dat die bestaan van 'n gevangenis-subkultuur nie per se 'n versagtende omstandigheid is nie. Waar 'n gevangene daarop aanspraak maak dat die gevangenis-subkultuur in sy geval 'n versagtende omstandigheid is, rus die bewyslas op hom om die Hof op 'n oorwig van waarskynlikhede te oortuig dat die gevangenis-subkultuur in die omstandighede van sy betrokke geval sy geestesvermoëns of gemoedstoestand subjektief beïnvloed het toe hy die moord gepleeg het. (Kyk S v Peterson en Andere 1980 (1) SA 938 (A) te 945.)"

Die / ....

Die verhoorhof het aanvaar dat beskuldigdes 3, 4, 6 en 8 die laagste rang in die 26 bende, naamlik dié van soldaat, beklee het. Beskuldigde 5 het die betreklike hoë rang van sekretaris beklee. Die vyf beskuldigdes was egter almal onder= geskik aan beskuldigde 2 wat, soos reeds gemeld, ŉ regter was. As sodanig was hulle verplig om sy bevele te gehoorsaam, ongeag hulle eie gevoel. Dit blyk, onder andere, uit die getuienis van kaptein Chiloane. Hy het getuig hoedat gevangenes vir die verskillende bendes gewerf word; dat lidmaatskap van ŉ bende ŉ mate van beskerming in die gevangenis verseker; dat aanvanklik die voordele eerder as die nadele van lidmaatskap aan ŉ gevangene voorgehou word; dat daar ŉ eed van getrouheid aan die gekose bende geneem word; dat ŉ lid van ŉ bende onder sekere verpligtin

staan / ....

staan teenoor die bende; dat hy nie geregtig is om te weier om iemand aan te rand of dood te maak indien daartoe beveel nie; dat indien hy sou weier om opdragte uit te voer hy wesenlik die gevaar loop dat hy doodgemaak sal word; dat in die 26 bende dit die regter is wat besluit of iemand doodgemaak moet word, en wie daaraan moet meedoen en verantwoordelikheid daarvoor aanvaar. Kaptein Chiloane het ook getuig dat gevangenes daarvan kennis dra dat die gevangenisowerhede beskerming aan 'n bendelid sal verleen indien hy van 'n bende wil wegbreek, ofskoon sodanige beskerming nie altyd volkome effektief is nie. Dit blyk ook uit sy getuienis dat gevangenes vir minstens 12 uur in die loop van 'n dag saam toegesluit is. Kaptein Chiloane se getuienis het ook regstreeks betrekking op die funksionering van die 26 bende.

In S v Masuku and Others 1985 (3) SA 908 (A) het dieselfde kaptein Chiloane blykbaar soortgelyke getuienis gelewer. Na aanleiding daarvan, en die feit dat sekere van die beskuldigdes in daardie saak ondergeskikte range beklee het en nie deelgeneem het aan die besluit om die oorledene in daardie saak dood te maak nie, maar bloot opdragte wat hulle ontvang het, uitgevoer het, het NICHOLAS, Wn AR, as volg opgemerk ten opsigte van die betrokke beskuldigdes (op 914 F):

> "These facts and circumstances referred to could have influenced the state of mind of these accused in the commission of the crime, and they could serve to constitute extenuation."

In dié opsig is die omstandighede van beskuldigdes 3, 4, 5, 6 en 8 in die onderhawige saak vergelykbaar met die van die beskuldigdes onder bespreking in Masuku se saak.

Die belese Appèlregter gaan dan voort:-

"Counsel for the State pressed us with the observation of HOLMES JA in S v Bradbury 1967 (1) SA 387 (A) at 404 H:

> 'As a general proposition a man who volun= tarily and deliberately becomes a member of a criminal gang with knowledge of its disci= plinary code of vengeance cannot rely on compulsion as a defence or fear as an extenuation.'

The learned Judge of Appeal was, however, dealing with the case of a free man living in a free society. I do not think that the general proposi= tion necessarily applies to a convicted prisoner, who for half of each 24-hour period is locked in a communal cell without effective communication with the prison officers, and is largely at the mercy of his fellow prisoners (who are often dangerous and ruthless men) and who joins a gang as a measure of self-protection.

The probability is strong that these circumstances would have influenced the state of mind of each of these accused in executing No 1's order. And that they did so in fact appears from the evidence which they gave in mitigation, but which was not referred to in the trial Court's judgment in regard to extenuating circumstances."

(My onderstreping.)

In die samehang van sy uitspraak blyk dit dat die belese Appèlregter met die gebruik van die woord "would" in werklikheid "could" bedoel het, maw hy het 'n moontlikheid eerder as 'n waarskynlikheid in die vooruitsig gestel. Ek glo nie hy wou te kenne gee dat die omstandighede waarna verwys is op sig= self, en sonder die bevestigende getuienis van die betrokke beskuldigdes dat hulle uit vrees gehandel het, die vereisde bewys op 'n oorwig van waarskynlikhede daargestel het dat hulle geestesvermoëns beïnvloed is nie. Dit was blykbaar die getuienis van die beskuldigdes dat hulle geestesvermoëns wel deur vrees beïnvloed is wat deurslaggewend was by die bepaling van die vraag of hulle die bewyslas wat op hulle rus, gekwyt het.

Op sterkte van kaptein Chiloane se getuienis bestaan die moontlikheid wel dat beskuldigdes 3, 4, 5, 6 en 8 uit vrees meegedoen het aan die doodmaak van die oorledene. Die redelike moontlikheid bestaan egter eweneens dat die beskuldigdes gewillige en selfs entoesiastiese lede van die 26 bende was, en in daardie gees meegedoen het aan die doodmaak van die oorledene, in welke geval daar nie sprake van versagting kan wees nie. Dit gaan hier oor die subjektiewe motivering van elke individuele beskuldigde by die pleging van die misdaad en, in 'n geval soos die onderhawige, tensy 'n beskuldigde self in getuienis beweer dat hy uit vrees opgetree het, sal daar in die reël nie op 'n oorwig van waarskynlikhede bevind kan word dat hy wel so opgetree het nie. Dit sou blote bespiegeling bly of dit

wel die / ....

wel die geval was. Elke saak moet natuurlik op sy eie meriete beoordeel word.

Na aanleiding van sekere gebeure wat tydens die verhoor plaasgevind het, is daar betoog dat daar bykomende aanduidings is dat beskuldigdes 3, 4, 5, 6 en 8 uit vrees opgetree het. By die aanvang van die verhoor het beskuldigde 1, ter verduideliking van sy pleit van onskuldig, erken dat hy deelgeneem het aan die aanval op die oorledene maar beweer dat hy onder dwang en uit vrees vir sy lewe gehandel het. Die ander agt beskuldigdes het enige deelname aan die doodmaak van die oorledene ontken. Met hierdie verweer is daar volhard tot aan die einde van die Staatsaak. Terloops kan gemeld word dat Sibanyoni in sy getuienis namens die Staat benadruk het dat hy uit vrees meegedoen het aan die aanval op die oorledene.

Beskuldigde 1 het in ooreenstemming met sy pleitverduideliking getuig, en sekere beskuldigdes by die aanval op die oorledene betrek. Voordat beskuldigde 1 gekruisondervra kon word, was die advokaat wat namens beskuldigdes 2 tot 9 verskyn het, genoodsaak om haar van die saak te onttrek. Daar is toe gereël om afsonderlike advokate vir elke beskuldigde aan te stel. Voor die verhoor hervat het, is beskuldigde 1 vermoor, na bewering omdat hy teen die bende getuig het, ofskoon daar geen positiewe bewys is dat dit wel die geval was nie. Sibanyoni is toe as 'n getuie herroep. Namens beskuldigde 2 is aan hom gestel dat hy (Sibanyoni) en beskuldigdes 1, 2 en 5 die oorledene doodgemaak het, en dat die ander beskuldigdes nie b die voorval betrokke was nie. Namens beskuldigde 5 is daar aan

Sibanyoni / ....

Sibanyoni gestel dat beskuldigde 1 se weergawe van die gebeure die korrekte een is. Die ander beskuldigdes het blykbaar by hulle oorspronklike verwere volstaan.

Toe beskuldigde 2 getuig het, het hy die weergawe wat namens hom aan Sibanyoni gestel is nadat hy herroep is, bevestig. In die loop van sy kruisondervraging namens beskul=digde 5 kom die volgende vrae en antwoorde in sy getuienis voor (die verwysing na "Brett" is ŉ verwysing na beskuldigde 1):-

> "Nr 5 se weergawe is basies dieselfde as dié van Brett. -- En dan, wat dan?
> Dit is inderdaad so. Kom ons toets ŉ bietjie die mense wat u aanwys. Die persone wat u aanwys is Sibanyoni, ŉ Staatsgetuie wat ŉ lid van '26' is wat teen die reëls optree, is dit korrek? - Hy was daar gewees.
> Maar u wys hom aan? --- Wanneer en waar?
> U sê dat hy een van die mense is wat saam met u die moord gepleeg het. -- Hy was ja.
> En verder wat ook waar is, is dat hy optree teen die reëls van die '26'. --- Hoe, wanneer, waar?

In so ŉ /................

In so 'n mate dat hy getuig teen die '26's'. -- Wag 'n bietjie, dit is nie met hom klaar afgereken nie. Sy dag kom nog, hy gaan boet.

Maar hy tree teen die reëls op, dit is korrek. -- Ja, en daarvoor gaan hy boet.

Brett, die oorledene, hy het ook teen die reëls opgetree. -- Waar is hy nou?

U weet ook dat nr 5 teen die reëls optree, want hy gaan ook getuig teen die '26's". -- Hy dra sy eie lewe in sy hande. Hy sal besluit."

Toe hy later getuig het, het beskuldigde 5 afgewyk van wat namens hom gestel is, en met 'n weergawe vorendag gekom wat ten volle ooreengestem het met dié van beskuldigde 2. Ook beskuldigde 8 het sy getuienis blykbaar aangepas by dié van beskuldigde 2. Die ander beskuldigdes het by hulle ontkennings volstaan.

Daar is betoog dat hierdie gebeure aandui dat beskuldigde 1 vermoor is omdat hy gewaag het om teen die bende

te getuig / ....

te getuig; dat beskuldigde 2 sy verweer verander het na aanleiding van beskuldigde 1 en Sibanyoni se getuienis; dat sy getuienis ŉ duidelike dreigement bevat het teen diegene wat dit sou waag om van die bende (soos deur hom verteenwoordig) te verskil; en dat beskuldigdes 5 en 8 hulle getuienis aangepas het as gevolg van sodanige dreigement. Hiervan kan afgelei word hoeveel gesag die leiers van die 26 bende oor sy lede uit=oefen en die vrees wat dit by hulle kan inboesem.

Die vraag bly staan wat was beskuldigdes 3, 4, 5, 6 en 8 se subjektiewe gemoedstoestand tydens die pleging van die misdaad? Is hulle deur vrees gemotiveer om mee te doen aan die doodmaak van die oorledene? Die gebeure tydens die verhoor waarna verwys is, is in ooreenstemming met so ŉ moont=

likheid. Maar dit kan ook bloot op getroue nakoming van die voorskrifte van die bende dui sonder om noodwendig lig te werp op die gesindheid waarmee elke beskuldigde deelgeneem het aan die doodmaak van die oorledene - hetsy gewillig of andersins. By ontstentenis van getuienis deur die beskuldigdes dat hulle uit vrees opgetree het toe hulle meegedoen het aan die doodmaak van die oorledene, kan sulke optrede in die onderhawige geval nie op 'n oorwig van waarskynlikhede van die getuienis as 'n geheel afgelei word nie. 'n Behoorlike feitegrondslag vir so 'n bevinding bestaan nie. Veral is dit die geval as daar gelet word op die getuienis van majoor Wagenaar dat geeneen van die beskuldigdes die oggend na die voorval enige tekens van vrees getoon het nie toe die gevangenis-beamptes opgedaag het,

asook / ....

asook die feit dat beskuldigdes 3 en 5 pertinent in die loop van hulle getuienis enige sprake van bang wees vir lede van die 26 bende ontken het. Trouens die getuienis van beskuldigde 5 spreek van gewillige en selfs genotvolle deelname aan die aanval op die oorledene.

Daar is betoog dat die beskuldigdes vasgevang is in 'n onbenydenswaardige situasie omdat as hulle sou getuig het dat hulle uit vrees opgetree het, hulle die reëls van die 26 bende sou oortree het. Dit sou hulle die gramskap van die bende op die hals gehaal het en hulle blootgestel het aan die wesenlike gevaar van wraakoptrede deur die bende. Dit is nie vir my duidelik waarom dit die geval sou wees as hulle na skuldigbevinding ten opsigte van versagting so sou getuig nie.

In baie gevalle is dit wat wel gebeur. ŉ Dilemma van dié aard waarin ŉ beskuldigde hom bevind voortspruitend uit sy lidmaatskap van ŉ bende kan egter nie tot sy voordeel strek wanneer dit by die vraag kom of hy hom van die bewyslas gekwyt het om versagtende omstandighede te bewys nie. Gevolglik kan die appèlle van beskuldigdes 3, 4, 5, 6 en 8 ook nie slaag nie.

Die appèlle van al ses die appellante word afgewys.

J W SMALBERGER

APPèLREGTER

BOTHA, AR)
STEYN, Wn AR) STEM SAAM