38/93

Saaknommer 499/91

/al

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak van :

PETER NDABA APPELLANT

EN

DIE STAAT RESPONDENT

CORAM : BOTHA, F.H. GROSSKOPF ARR et

KRIEGLER WND. AR

DATUM VAN VERHOOR : 12 MAART 1993

DATUM VAN UITSPRAAK : 25 MAART 1993

U I T S P R A A K

KRIEGLER WND. AR/..

KRIEGLER WND. AR :

Hierdie appèl teen vonnis dien uit hoofde van 'n petisie aan die hoofregter. Die appellant het sonder sukses na die Transvaalse Provinsiale Afdeling geappelleer teen 'n vonnis van ses jaar gevangenisstraf (twee jaar voorwaardelik opgeskort vir vyf jaar) wat hom in die Streekhof te Springs opgelê is vir onsedelike aanranding.

Luidens die klagstaat sou die appellant op 10 Julie 1989 te Kwa Thema 'n negejarige dogter verkrag het. Die verweer was 'n algehele ontkenning. Alhoewel die Staat 'n verdoemende saak opgebou het dat die appellant inderdaad op die beweerde tyd en plek met die klaagster seksueel doenig was, was die getuienis egter sodanig dat slegs 'n skuldigbevinding aan onsedelike aanranding ('n geoorloofde bevinding ingevolge a. 261(1)(b) van Wet 51 van 1977) ingebring kon word.

Die tersaaklike feite kan in enkele sinne

saamgevat word. Die klaagster en twee maatjies speel tydens hul skool se middagpouse op die terrein. Die appellant, wat enkele maande tevore by die betrokke skool klas gegee het (en sedertdien by 'n naburige skool), nader die kinders en beveel die klaagster om hom te vergesel. Hy neem haar na sy klaskamer waar hy haar laat vooroor buk, haar broekie aftrek en iets in haar vagina druk en na 'n rukkie weer uittrek. Daarop stop hy die klaagster R1,20 in die hand en gelas haar om huis toe te gaan. Kort daarna verwittig sy haar familie, wat die appellant 'n drag slae gee en aan die polisie oorhandig.

Etlike maande na die skuldigbevinding bied die verdediging getuienis ter strafversagting aan. Ten eerste getuig 'n kliniese en voorligtingsielkundige na aanleiding van onderhoude wat hy met die appellant gevoer het. Sy bevindings, prognose en aanbevole behandeling is nie in kruisondervraging

bevraagteken of deur ander getuienis teengespreek nie. Die essensie daarvan is dat die appellant ly aan 'n regressiewe tipe pedofilie, gekenmerk deur 'n aangetrokkenheid tot jong dogters, wat dateer sedert sy puberteit en wat intensiveer toe hy (op ouderdom 24 jaar) aan die begin van 1989 begin skoolhou. Ondanks sy ouderdom, intelligensie en bevredigende prestasie as broodwinner vir sy eggenote en hul seuntjie, was hy emosioneel onvolwasse, onstabiel, hipersensitief en uitermate onderdanig en saggeaard. Bygevolg het hy dit moeilik gevind om hom in sy portuurgroep te laat geld en was hy kennelik ongeskik vir die onderwys, waarvoor hy ná matriek 'n driejaar diplomakursus afgelê het. Volgens die sielkundige sou die appellant se toestand altyd die wesenlike gevaar van dergelike vergrype inhou tensy hy intensiewe en langdurige psigiatriese én psigologiese terapie ondergaan. Sou hy dit wel doen, is die prognose

egter gunstig. Die sielkundige betwyfel die beskikbaarheid van die nodige terapeutiese dienste in die gevangenis en sluit af met die onrusbarende mening dat die appellant se toestand weer probleme sou oplewer tensy hy toereikende behandeling ontvang. Hy beveel dus aan dat die appellant deur toepaslike opskortingsvoorwaardes en die bedreiging van gevangenisstraf verplig word om die nodige terapie te ondergaan.

Daarna getuig die appellant ter versagting, en ook sy eggenote. Dit blyk dat die appellant aanvaar dat hy onbekwaam is om sy loopbaan in die onderwys voort te sit en reeds ingeskryf het vir 'n kursus in personeelbestuur. Sy familie was bereid en instaat om sy klasgelde en die aansienlike koste van die aanbevole psigoterapie te dra, terwyl sy eggenote te kenne gee dat sy by hom sou staan.

Die verhoorhof se vonnismotivering, wat kulmineer in die gemelde vonnis van vier jaar

effektiewe gevangenisstraf, is namens appellant in hierdie hof op verskeie grondslae aangeveg. Twee daarvan is deurslaggewend. Ten eerste moet appellant se advokaat gelyk gegee word dat die vonnis besonder swaar is, inaggenome die algemene patroon in dergelike sake en, te meer nog, die omstandighede van hierdie besondere geval. Ons is na geen saak verwys - en my navorsing kon geeneen opdiep - waar 'n naastenby soortgelyke vonnis in 'n vergelykbare geval van kindermolestering opgelê is nie. Daar is ook niks wat die onderhawige geval as buitengewoon ernstig kenmerk nie. Die gevolge daarvan vir die klaagster was betreklik gering en het nie besonder swaar straftoemeting geverg nie. Word daar na die misdadiger en sy misdaad gekyk, is dit ook nie 'n sonderling strafwaardige geval nie. Dit was 'n eenmalige en kortstondige vergryp, sonder enige geweld, deur 'n jong eerste oortreder onder aandrif van 'n sieklike drang. Vermoedelik

is die felheid van die straf daaraan te wyte dat die verhoorhof, ondanks die skuldigbevinding aan die mindere misdaad, nie kon ontkom aan die gedagte dat daar tog verkragting gepleeg is nie. (Die vonnismotivering noem dit as 'n "moontlike waarskynlikheid".) Die hof a quo se geesdriftige bevestiging van die vonnis was in elk geval uitdruklik daarop gebaseer dat verkragting bewys is. Afgesien daarvan dat dit logies onhoudbaar sou wees om die vonnis te bepaal aan die hand van 'n bevinding wat nie ten aansien van die skuldigbevinding gemaak kon word nie, dui die getuienis op die waarskynlikheid dat die appellant nie sy geslagsorgaan tydens die aanranding gebruik het nie. Maar wat ook al die onderliggende rede mag wees, bly die slotsom dat daar so 'n markante verskil bestaan tussen die opgelegde vonnis en dié wat hierdie hof sou opgelê het dat die blote omvang daarvan 'n ingreep noodsaak.

Die tweede deurslaggewende oorweging is dat die verhoorhof, blykens die vonnismotivering, nie die belangrikheid van die hervormingstrewe met straf na behore raakgesien het nie. Die appellant is meer siek as boos. Sy misdadige optrede was gewortel in sy sielkundige afwyking. Sodanige afwyking is vatbaar vir behandeling, met 'n betreklik gunstige prognose. Slaag die terapie, is 'n herhaling van die appellant se gemeenskapskadelike gedrag onwaarskynlik en word 'n potensieël waardevolle lid van die samelewing herwin, nie alleen tot sy behoud nie maar in belang van die gemeenskap as geheel.

Die sielkundige getuienis onderstreep dan ook wat regterlike ervaring in dergelike gevalle leer, naamlik dat blote afskrikking dikwels onvoldoende is om 'n geslagsafwykende van herhaling te weerhou. As die onderliggende afwyking nie genees of beheer kan word nie, kom dit waarskynlik, ondanks die

afskrikking van straf, weer tot uiting. Die deskundige se mening was dat die appellant terapie van 'n aard, frekwensie en tydsduur benodig wat waarskynlik nie in die gevangenis gegee kon word nie. Daarom is daar aanbeveel dat die appellant onder dwang van toepaslike opskortingsvoorwaardes, met die bedreiging van straf en die verpligting tot verslaglewering, langdurige behandeling ondergaan. Die verhoorhof se besluit om nietemin die gewraakte vonnis op te lê, berus op 'n bevinding dat die nodige behandeling wel in die gevangenis beskikbaar sou wees. Daar was geen basis daarvoor in die getuienis nie; die deskundige mening was trouens tot die teendeel. Die aanbeveling was ook nie 'n poging tot vergoeiliking van die appellant se gedrag nie maar was juis gemik op doeltreffende voorkoming van enige herhaling daarvan. Dit was 'n behoorlik gemotiveerde voorstel wat daarop bereken was om die verhoorhof 'n sinvolle alternatief vir

gevangenisstraf te verskaf. Die verhoorhof het homself dus wanvoorgelig deur die aanbeveling af te maak as onaanvaarbare toespitsing op slegs die appellant se belange. Dit spreek vanself dat sodanige wanvoorligting daartoe bygedra het dat 'n vernietigbaar ontoepaslike vonnis, beide wat betref die gewig en die aard daarvan, opgelê is.

Die vraag wat dan ontstaan is wat in die plek van die opgelegde vonnis gestel moet word. In sy betooghoofde - en aanvanklik tydens betoog - het die advokaat namens die appellant bepleit dat hierdie hof 'n algeheel opgeskorte termyn gevangenisstraf oplê en voorwaardes daarvoor bepaal aan die hand van die sielkundige se verslag en getuienis. Daar is egter gewigtige teenaanduiders teen sodanige optrede, wat die advokaat dan ook heel gou ingesien het. Voorop is daar die praktiese oorweging dat hierdie hof nie beskik oor die nodige resente gegewens om 'n oorwoë regime

voorwaardes saam te stel nie. Bykans drie jaar het immers sedert die sielkundige evaluering verloop. Bowendien is dit onwaarskynlik dat sodanige gegewens 'n algeheel opgeskorte termyn gevangenisstraf sou regverdig. Ofskoon dit moontlik by nadere ondersoek 'n gepaste strafvorm mag blyk te wees, is die huidige aanduidings dat dit sou fouteer aan die kant van ontoereikendheid. Daar bestaan ten minste die gevaar dat dit deur die gemeenskap as uitermate toeskietlik beskou sal word. Kindermolestering is 'n ernstige afwyking van heersende sedenorme, dit is 'n saak van algemene verontrusting en, in 'n geval soos die onderhawige waar die misdaad deur 'n onderwyser teenoor 'n skoolkind gepleeg is, sal 'n algeheel opgeskorte vonnis dalk nie reg laat geskied aan die vergeldings- en afskrikkingskomponente van straf nie.

Sedert die inwerkingtrede van die Wysigingswet

op Aangeleenthede Rakende Korrektiewe Dienste en Toesig 122 van 1991 staan 'n straftoemeter egter nie meer voor die strakke keuse tussen die duiwel van tronkstraf en die diep blou see van 'n volwaardige buitestraf nie. In S v R 1993 (1) SA 476 (A) (ook gerapporteer te 1993(1) SASV 209 (A)) is daar breedvoerig ingegaan op die strafvorm wat by bedoelde Wet ingevoer is, naamlik korrektiewe toesig. Gevolglik word volstaan met beklemtoning van aspekte wat in casu van belang is. Die belangrikste is dat hierdie nuwe en eiesoortige vonnisopsie wesenlike bestraffing sonder gevangesetting kan bewerkstellig. Daarby aansluitend is dit so veelsoortig en plooibaar dat 'n waarlik verpersoonlikte program van meet af bepaal en, indien nodig, agterna aangepas kan word. Gevolglik is korrektiewe toesig besonder geskik in gevalle soos die onderhawige waar misdadige optrede ontstaan uit 'n waarskynlik omkeerbare of

beheerbare persoonlikheidsgebrek wat terapie buite gevangenisverband verg. Sonder om hoegenaamd die verhoorhof se vonnisbesinning te wil vooruitloop, moet bygevoeg word dat die beskikbare gegewens sterk daarop dui dat die appellant 'n goeie kandidaat vir korrektiewe toesig ingevolg a. 276(1)(h) van Wet 51 van 1977 is: Hy is jonk, intelligent en 'n gemotiveerde presteerder met insig in die aard en behandelingsbehoeftes van sy afwyking; daarbenewens was sy huislike omstandighede gekenmerk deur stabiliteit, hegte gesinsbande en bereidwilligheid om tasbaar by te dra tot sy rehabilitasie.

Ten aansien van die substantiewe en prosessuele vereistes waar korrektiewe toesig ingevolge gemelde bepaling oorweeg word, kan weer eens volstaan word met benadrukking van tans relevante aspekte van die bespreking in S v R supra (veral te 492C - 493A). 'n Verslag deur 'n

korrektiewe beampte moet volgens a. 276A(1)(a) van laasgenoemde Wet ingedien word en hy behoort dit in getuienis te motiveer. Die beskuldigde is geregtig om die beampte onder kruisverhoor te neem en om van sy kant getuienis aan te bied. Die hof kan ook uit eie beweging getuies oproep. (Dit is nouliks nodig om te meld dat die verhoorhof in casu sal aandring op vars inligting.) Die hoofvraag is of korrektiewe toesig hoegenaamd vanpas is, maar dit is ook belangrik om ondersoek in te stel na die toepaslikheid en formulering van die een of ander komponent daarvan. Veral terwyl hierdie nuwe vonnisopsie nog in sy kinderskoene staan, sal die samestelling van 'n gepaste regime 'n moeisame - dog onvermydelike - las op die reeds swaar belaaide skouers van regterlike beamptes plaas. Maar die beslissing oor die toepaslikheid van korrektiewe toesig en van enige bestanddeel daarvan berus by hom. Hy laat hom wel lei deur vakkundige getuienis

maar behoort self die raamwerk van die program te konstrueer. Dit beteken dat hy iedereen van die komponente bepaal sonder om die inhoud daarvan haarfyn voor te skryf. So byvoorbeeld kan hy voorskryf dat die toesiggeval hom by die korrektiewe beampte of 'n ander gespesifiseerde persoon of instansie (by die naam of generiek aangedui) aanmeld op tye wat die korrektiewe beampte van tyd tot tyd bepaal. Dit sou ook in orde wees om voor te skryf dat die toesiggeval vir 'n voorgeskrewe soort behandeling rapporteer op tye en plekke wat deur die korrektiewe beampte bepaal word.

'n Hof behoort in die reël egter nie sommer breedweg 'n vonnis van korrektiewe toesig op te lê en die komponente daarvan aan die goeddunke van die korrektiewe beampte oor te laat nie. Dit sou ook oor die algemeen verkeerd wees om die inhoud van 'n wesenlike komponent geheel en al aan vasstelling

deur die korrektiewe beampte oor te laat. Hier het ek dit daarteen dat die hof byvoorbeeld huisarres of gemeenskapsdiens voorskryf sonder om die termyn of periodieke tydsduur daarvan te bepaal. Artikel 84(1) van Wet 8 van 1959 (soos ingevoeg by a. 28 van Wet 122 van 1991) beklee weliswaar die Departement van Korrektiewe Dienste met uitvoerige bevoegdhede buite-om die hof se voorskrifte. Dit bepaal naamlik dat "[e]lke toesiggeval...onderworpe [is] aan die monitering, gemeenskapsdiens, huisarres, indiensplasing, diensverrigting" ensovoorts "soos deur die hof of die Kommissaris bepaal...en aan enige ander vorm van behandeling, beheer of toesig...wat die Kommissaris...mag bepaal ..." Dit beteken egter nie dat die regspreker goedskiks sy geykte rol as straftoemeter ten gunste van die uitvoerende gesag moet afstaan nie. Juis vanweë die veelsoortigheid van die onderhawige strafvorm en die knelpotensiaal van bepaalde

komponente daarvan (byvoorbeeld huisarres of diensverrigting) betaam dit 'n regterlike straftoemeter om paal en perk te stel aan die straf wat <u>hy</u> oplê. Die feit dat bykomende administratiewe handelinge deur andere geneem mag word, ontneem 'n regspreker geensins van die plig om die geregtelike fase van straftoemeting, waarvoor hy verantwoordelik is, ooreenkomstig geykte norme te laat verloop nie. Inteendeel, hy as regspreker funksioneer in die openbaar, ten aanskoue van die betrokkenes, ontvanklik vir hul vertoë, pliggebonde om sy beslissings te motiveer en onderworpe aan regstelling in hoër beroep. Aangesien die bykomende administratiewe handelinge aan geen sodanige profilakse of remedie blootgestel is nie, behoort die geregtelike straftoemeter dus sover redelikerwys moontlik die lotgevalle van die toesiggeval voor hom te bepaal. Hy sal hom ook daarvan bewus hou dat die wetgewing geen meganisme

skep waardeur 'n toesiggeval geregtelike aanpassing van 'n onredelik knellende regime van korrektiewe toesig kan inisieer nie. Bygevolg word met nadruk herhaal wat in S v R supra 492G gesê is:

> "[D]ie verantwoordelikheid om 'n gepaste vonnis te vel, rus altyd op die regterlike beampte en mag nie, selfs by die oplegging van korrektiewe toesig, geabdikeer word nie. Tydens die uitdiening van sy straf is die toesiggeval in groot mate uitgelewer aan die amptenare van die Departement van Korrektiewe Dienste; om die bepaling daarvan ook aan hulle oor te laat, sou pligsversaking wees."

Die appèl teen vonnis slaag. Die vonnis word tersyde gestel en die saak word na die verhoorhof terugverwys vir herbepaling van vonnis ooreenkomstig die bovermelde riglyne.

J.C. KRIEGLER

WND. APPèLREGTER

BOTHA]

F.H. GROSSKOPF] STEM SAAM