177/93

SAAKNOMMER: 698/92
J VD M

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak tussen:

AVHAPFANI JOSEPH LUKHWA	Eerste Appellant
TSHAMAANO EDSON TSHIBALO	Tweede Appellant

en

DIE STAAT	Respondent

CORAM:	HEFER AR *et* VAN COLLER, HARMS, Wnd ARR
VERHOORDATUM:	12 NOVEMBER 1993
LEWERINGSDATUM:	23 NOVEMBER 1993

U I T S P R A A K

HARMS, Wnd AR:

Die twee appellante het saam met nege mede-beskuldigdes in die Hooggeregshof van Venda voor Van der Walt R en assessore tereggestaan op nege

aanklagte van moord en elf van brandstigting. Die appellante is skuldig bevind soos aangekla en, ten aansien van elke moord, ter dood veroordeel. Die huidige appèl is teen hierdie vonnisse gerig en dien voor hierdie Hof ooreenkomstig die bepalings van die Venda "Criminal Law Amendment Proclamation" 1991 en die "Criminal Law Second Amendment Proclamation" 1991. Die lotgeval van die ander beskuldigdes asook die vonnis ten aansien van die brandstigting is vir doeleindes van hierdie uitspraak nie ter sake nie.

Die gebeure waarom dit gaan, het gedurende die nag van 10 tot 11 Maart 1990 in 'n afgeleë gedeelte van Venda plaasgevind. By daardie geleentheid het 'n groot groep jeugdiges onder aanvoering van die appellante op 'n heksejag gegaan en diegene wat van heksery beskuldig is, (as hulle in die hande gekry kon word) gedood en hulle huise, hutte of statte afgebrand.

Die hof a quo het die staatsgetuies se

getuienis wesenlik aanvaar en dié van die appellante grotendeels verwerp. Hierdie gevolgtrekking is nie tydens die appèl in geskil geplaas nie. Dit is ook nie nodig om die getuienis in enige detail te behandel nie. Daar word dus met 'n kort opsomming van die relevante volstaan.

Die appellante het in Messina by verskillende werkgewers gewerk. Nr 2 het Vrydag 9 Maart 1990 vir die naweek huis toe gegaan. Sy tuiste, waar die gebeure plaasgevind het, is in die distrik Motali geleë. Die aand het hy 'n groep jongelinge bymekaar gemaak met die oog op 'n heksejag maar dit is na die volgende aand uitgestel. Of nr 1 die Vrydagaand reeds teenwoordig was, blyk nie duidelik uit die getuienis nie. Volgens sy weergawe het hy eers die Saterdag opgedaag. Hoe dit ook al sy, dié aand het 'n groep jeugdiges onder die leiding van nr 2 en, in 'n mindere mate, nr 1 besluit om wie ook al heksery in die omgewing

beoefen, om die lewe te bring. Onwillige deelnemers is met leed gedreig en geskikte afwesiges is uit die bed gehaal om by die groep aan te sluit. Nr 2 het die groep meegedeel dat hulle verplig is om al wat heks is, te verbrand. (Ek gebruik die woord "heks" om die manlike in te sluit en om na 'n persoon te verwys wat die toorkuns tot kwelling van sy of haar medemens beoefen - vgl HAT sv "heks".) Hierby het hy selfs sy eie vader vir wie hy van toordery verdink het, ingesluit mits die groep hom die versekering kon gee dat hy wel 'n skuldige is - iets wat toe gebeur het. Daar is ook getuienis wat daarop dui dat die rede vir die voorgenome optrede 'n bedoeling was om die land te hervorm.

Die spoor van vernietiging het by die woning van Johannes Mualusi begin. Nr 1 het hom beskuldig van heksery en daarop het nr 1 en 2 begin om hom te stenig. Hy is weggeneem en aan die brand gesteek. Hy is die volgende dag oorlede. Twee van sy hutte is ook deur

vuur vernietig. Van daar is die groep na die huis van Wilfred Nefolovhodwe en omdat hy afwesig was, is sy kraal aan die brand gesteek. Dit het ook met die huis van Jack Tshibalo gebeur. Jack is nr 2 se vader. Toe hulle by sy huis aangekom het, het hy hom reeds uit die voete gemaak en het nr 2 al die versekering aanvaar dat hy heksery beoefen.

Die volgende slagoffer was Jack Ramarumo. Nr 1 het sy hut aan die brand gesteek en terwyl hy uit die hut vlug, het die appellante hom die beskuldiging toegeslinger. Die skare het hom aangeval, nr 2 het petrol gaan haal en oor hom uitgegooi en hy is verkool. So ook sy huis. Vervolgens Leah Tharaga: nr 1 het haar hut se deur platgeslaan, nr 2 het haar met petrol besprinkel, sy is met 'n byl gekap en aan die brand gesteek. Ook haar kraal is op 'n soortgelyke wyse vernietig.

Matodzi Matamela was gelukkig nie tuis nie

en het sodoende die dood ontkom maar haar kraal is nogtans afgebrand. Paulos Libada was minder gelukkig: nr 2 was sy aanklaer en het hom met 'n graaf geslaan en ook hom en sy een hut aan die brand gesteek. Nr 1 het sy ander hut verbrand. Ongeveer dieselfde lot het Rebecca Nenzhelele (nr 1 se suster se skoonmoeder) en Margaret Matshusa getref. In die geval van Andries Ndou het die skrikbewind sy hoogtepunt bereik: nr 2 het hom en sy vrou, Fanyiseni Ndou (die moeder van een van die mede-beskuldigdes), aangesê om te kniel en te bid. Terwyl hulle op hulle knieë was, is hulle met 'n byl deur nr 2 aangerand. Hulle is aan die brand gesteek en al brandende aangesê om die groep na die laaste slagoffer, David Khavhakhavha te lei - hy is gestenig.

Appellant 1 was ten tye van die gebeure ongeveer 36 jaar oud, getroud en het drie kinders gehad. Hy het twee vorige skuldigbevindings op sy kerfstok, naamlik een vir poging tot verkragting gedurende 1978

(waarvoor houe opgelê is) en aanranding met die opset om ernstig liggaamlike leed toe te dien in 1986 (waarvoor 'n ligte vonnis opgelê is). Nr 2 was 32 jaar oud, ook getroud en met drie kinders. Hy het egter geen vorige veroordelings gehad nie. Beide het 'n relatief lae opvoedingspeil gehad en was in diens as arbeiders. Verder is niks van hulle persoonlikhede of persoonlike omstandighede bekend nie. Die faktore wat gelys is, het, in die lig van die algemene erns van die huidige misdade, egter beswaarlik enige invloed op wat 'n gepaste vonnis behoort te wees nie.

Die verhoorhof het die onteenseglik teenwoordige verswarende faktore na behore aangestip en aangesien ek dit volkome eens met daardie uiteensetting is, word dit nie herhaal nie maar bloot opgesom. Die moord op die meeste slagoffers is reeds die voorafgaande aand beplan en hoewel daar 'n aanvanklike gebrek aan belangstelling was, is met die besluit volhard. Die

slagoffers was almal bejaard of relatief bejaard. Hulle was weerloos teen 'n aanval wat teen hulle deur 'n groot groep mense geloods is. Hulle is in die sekuriteit van hulle huise aangeval en vermoor. Die wyse waarop die moorde plaasgevind het, was wreed en barbaars. Soos die groepie van kraal na kraal beweeg het, het die wreedheidsgraad toegeneem. Sewe van die nege oorledenes is aan die brand gesteek nadat brandstof oor hulle uitgegooi is. Die moorde was nie gelokaliseer nie - op 'n stadium het die appellante 'n voertuig gekommandeer om die groep vir afstand van ongeveer 10 kilometer te vervoer om die laaste groepie slagoffers te kon bykom. Die appellante was beide volwasse en het druk op 'n groep minderjariges uitgeoefen om by die moordbende aan te sluit en aan die handelinge mee te doen. In dié verband het die druk doodsdreigemente behels. Hulle was die organiseerders en leiers en was ook die voorbokke by die aanvalle - die

sewe verbrandings is deur een of albei van hulle verrig. Ten slotte, nie een van die appellante het enige berou oor hulle dade nie.

In die hof a quo en ook in hierdie Hof is die enigste wesenlike versagtende faktor wat in betoog voorgehou is, die beweerde geloof in heksery en toorkuns. Die hof a quo het met hierdie submissie gehandel en dit verwerp weens die redes wat uit die volgende aanhalings blyk:

> "We found his [appellant no 1's] whole story rather lame and confusing and totally unconvincing. We got the clear impression that he was just improvising much of what he said as he went along. His demeanor in the witness box spoke of very litte inner conviction and he did not demonstrate any kind of stirred emotions. In any case he did not really try, neither did he succeed at all, to make out a case therefor that he himself or anybody near to him or even society in general, was imminently threatened by the so-called practitioners of witchcraft in an evil sense."

"Now after having listened to the accused and seen him we find it very difficult or impossible really to detect a genuine belief in witchcraft practiced by these particular people. In any case his belief or alleged belief only related to two people and not to the seven others killed in this case. In any case he does not claim to have been influenced by such belief in any actions towards any of the deceased. He denies virtually any participation except only at a later stage and to a very limited extent, in the actions or occurrences that led to the death of the deceased.

In the cases [ie R v Fundakubi 1948(3) SA 810 (A) and S v Ngubani 1980(2) SA 741 (A)] to which I referred the court was admittedly dealing with the narrower concept of extenuating circumstances but we are of the opinion that what was said there applied equally to the particular phenomenon as a mitigating factor. In this particular case and with the circumstances as applying particularly to the accused we find, that is accused no 10 [appellant no 1], that his so-called belief in witchcraft serves as no substantial mitigation."

Hoewel die aangehaalde gedeeltes met nr 1 handel, het die hof a quo hierdie bevindings mutatis mutandis ten aansien van nr 2 van toepassing gemaak.

In S v Motsepa 1991(2) SASV 462 (A) 470 f-i het Kriegler Wnd AR die algemene benadering in sake soos die huidige soos volg gestel:

> "'n Geloof in towerkuns wat dien as dryfveer vir die doodslag van 'n vermeende towenaar, is in die verlede dikwels oorweeg by die beantwoording van die vraag of daar by die pleging van 'n moord versagtende omstandighede teenwoordig was. Die verwoording van die beginselbenadering deur Lansdown RP in R v Biyana 1938 EDL 310 is meermale deur hierdie Hof goedgekeur (Kyk bv R v Fundakubi and Others 1948(3) SA 810 (A) op 815; S v Nxele 1973(3) SA 753 (A) te 757-8 en S v Ngubane 1980(2) SA 741 (A) te 745D-746B.) 'n Opregte en gevestigde geloof in die toorkuns wat in 'n beskuldigde se gemoed gedien het as dryfveer vir die pleging van 'n moord, was feitlik altyd 'n oorweging by die bepaling van die aanwesigheid al dan nie van versagtende omstandighede. By sodanige ondersoek, asook by die oorweging van die

oplegging van 'n diskresionêre doodvonnis, dws ondanks 'n bevinding van die aanwesigheid van versagtende omstandighede, het verskeie faktore 'n rol gespeel. Daaronder was die opregtheid en diepte van die beskuldigde se bygeloof, die omvang van die vrees wat dit by hom ingeboesem het, die onmiddellikheid van die aangevoelde bedreiging, die verwantskap tussen die beskuldigde en die waargenome bedreigde, asook die wreedheidsgraad waarmee die vermeende towenaar om die lewe gebring is. Ondanks die grondliggende veranderings wat deur die bepalings van Wet 107 van 1990 teweeggebring is, verdien sodanige faktore nog steeds oorweging."

By die bepaling van die appellante se subjektiewe ingesteldheid teenoor heksery is mens grotendeels op hulle eie getuienis (vir sover geloofwaardig) aangewese. Ek het reeds daarop gewys dat hulle getuienis in die algemeen verwerp is. Ook hulle getuienis ten aansien van hulle geloof en vrese is nie geloofwaardig nie. Dit maak in ieder geval nie sin nie, toon nie 'n onmiddellik aangevoelde bedreiging en

verduidelik nie die wreedheidsgraad nie.

Nr 1 se getuienis was dat hy aan heksery glo maar dat hy net geweet het dat twee van die voorgenome slagoffers hekse was. Die basis van sy geloof soos deur hom verduidelik, is verstommend. Aan nr 2 se pa se skuld het hy geglo omdat die, volgens hom, by implikasie skuld erken het toe hy beswaar daarteen gemaak het dat hy van heksery beskuldig word. Hy het vyf van die slagoffers geïdentifiseer as persone wat hy geglo het nie aan heksery skuldig was nie. Daarom, sê hy, het hy nie deelgeneem aan 'n aanranding op hulle nie. Nogtans het hy hulle moord goedgekeur omdat die omstanders hulle daarvan beskuldig het.

Nr 2 se weergawe is nog meer bisar. Hy het elf jaar vantevore van sy vader gedroom wat ongekleed in 'n kring gesit het. As gevolg hiervan het hy geestelik versteurd geraak. Hierdie droom het aangedui dat sy vader aan toordery deelneem. Toe hy die volgende oggend

wakker geword het, was daar van sy kledingstukke weg. Dit was 'n aanduiding van sy tante, Fanyiseni Ndou, se betrokkenheid by die okkulte. Sterftes in familie, soos bv die dood van sy broer by 'n treinoorgang, het hy telkens aan toorkragte toegeskryf. Ek vind dit nie nodig om verder met hierdie aspek te handel nie.

Ek verskil van die hof a quo in dié mate dat dit na my oordeel verkeerd is om die subjektiewe ingesteldheid van die appellante slegs aan die hand van hulle eie ongeloofwaardige getuienis te beoordeel. Vergelyk S v Dikgale 1965 (1) SA 209 (A) 214B-E. Hulle waarskynlike geloof en vrese moet aan die hand van al die getuienis bepaal word. Hoewel die hof a quo 'n geloof in heksery as motief vir die tragiese gebeure verwerp het, is geen ander motief in die uitspraak aan die hand gedoen nie. Die enigste ander moontlike motief is 'n politieke een maar dit is geredelik namens die Staat toegegee dat daar geen getuienis ter stawing van

so 'n veronderstelling bestaan nie. Die appellante se getuienis moet ook beoordeel word in die lig van hulle ontkenning van wesenlike deelname aan die verrigtinge die betrokke aand. Die persone wat nr 1 beweer hy nie verdink het nie, was gelyktydig persone wat hy beweer het hy nie aangerand het nie. Sy een ontkenning het bloot gedien ter stawing van sy ander ontkenning. Waar die een vals is, is die ander een waarskynlik ook vals.

Die objektiewe getuienis toon kortliks die volgende. Wat die eerste slagoffer (Johannes Mualusi) betref, het nr 1, soos gesê, ontken dat hy hom van heksery verdink het. Die ander getuienis toon egter dat nr 1 hom reeds voor hierdie gebeure daarvan beskuldig het en ook dat Johannes hom sou getoor het. 'n Verhoordatum voor die stam of die kaptein om hierdie geskil te besleg, was reeds bepaal gewees. Daarby kom die eienaardige antwoord van Mualusi se eggenote toe sy gevra is of hy toordery beoefen het, nl dat sy nie wis

nie omdat sy met hom getroud is toe sy nog 'n jong meisie was. Die verspotheid van die antwoord word duidelik indien in ag geneem word dat sy in 1918 gebore is en maklik die valsheid van die stelling kon bevestig het. Die weduwee van Jack Ramarumo, 'n vrou wat reeds 'n groot-grootmoeder is, het op 'n soortgelyke vraag geantwoord dat die oorledene nie by sulke dinge betrokke was nie omdat sy met hom getroud is toe sy nog baie jonk was. Verder, toe Jack deur die skare gekonfronteer is, is hy gevra na waar hy sy "zombies" aanhou en sy antwoord was: in sy mangoboord. En sy seun, 'n onderwyser, se antwoord op die soortgelyke vraag was dat hy het nie en kon nie weet of sy pa hom met heksery besig gehou het nie. Die laaste slagoffer, David Khavhakhavha, se weduwee het eweneens enige kennis van sy bedrywighede ontken en dit ten spyte daarvan dat hy sowat tien jaar vantevore 'n beskuldigde in 'n rituele moordsaak was en dat sy betrokkenheid daartoe gelei het

dat hy en sy vrou van woongebied moes verander.

Ek het reeds daarop gewys dat Fanyiseni Ndou, volgens nr 2, sy klere gedurende 1979 sou verduister het. Die aand van haar dood het hy haar gekonfronteer en haar antwoord was dat die klere in 'n houer met bloed weggesteek was. Sy is ook gevra wie haar mede-hekse is en sy het name verskaf. Haar broer, een van die persone wat sy uitgewys het, het ook sy betrokkenheid erken. Op 'n ander vraag het sy die persoon geïdentifiseer by wie sy haar "zombie" gelaat het.

Dit is vir huidige doeleindes nie nodig om meer oor hierdie aspek te sê nie. 'n Algemene probleem in hierdie saak is dat nóg die staatsgetuies nóg die beskuldigdes 'n aanvaarbare verduideliking van die omvang of inhoud hulle bygeloof kon of wou gee. As voorbeeld kan ek na die sogenaamde "zombies" verwys. Of die getuies (deur tolke) na die verskynsel in die

woordeboekbetekenis van "zombies" ("a corpse said to be revived by witchcraft" - COD) verwys, weet ek nie. Nie een getuie was bereid om te sê wat 'n "zombie" is of doen nie. Dat hulle egter 'n heilige of onheilige vrees vir "zombies" het, staan vas.

Om tot dusver saam te vat: die advokaat namens die Staat het myns insiens tereg gedurende betoog toegegee dat indien na die getuienis in geheel gekyk word en ook na die wyse waarop die oorledenes stelselmatig vermoor en hulle eiendom verbrand is, daar slegs een redelike verduideliking vir die gebeure kan wees en dit is dat die daders 'n diep gewortelde geloof en vrees vir heksery het en dat die gebeure dié aand daardeur aangesteek en aangevuur was. Die wreedheid van die moorde kan redelikerwys aanduidend wees van hoe groot die vrees vir hierdie verskynsel is. Ek het ook reeds daarna gewys dat een van die appellant die mening uitgespreek het dat die gemeenskap hervorm en hierdie

gewaande bedreiging uitgewis moes word. Inderdaad het nr 1 in die loop van sy getuienis benadruk dat daar slegs een manier is waarmee met hekse gehandel moet word en dit is om hulle te dood.

Dit is natuurlik moontlik dat die optrede van die appellant deur bloedlus alleen aangevuur is, met ander woorde, moord ter wille van moord. Hierdie moontlikheid is myns insiens egter nie meer waarskynlik as die moontlikheid waarmee ek so pas gehandel het nie. Gevolglik moet die mees begunstigende uitleg aan die feite geheg word.

'n Ontstellende aspek van hierdie saak is dat van die slagoffers eenvoudig deur die skare of lede daarvan as skuldiges aangewys is. Dit verskil van die gewone geval waar 'n waarsêer of profeet ingeroep word om 'n skuldige aan te wys. Hierdie gedrag kan aanduidend wees van óf 'n gebrek aan die geloof waarop die appellante hulle beroep óf liggelowigheid.

Weereens, indien al die omstandighede in oënskou geneem word, is ek van oordeel dat die tweede moontlikheid die meer waarskynlike is en waar dit om morele blaamwaardigheid gaan, kan liggelowigheid 'n persoon nie ten kwade gereken word nie.

By beoordeling van die vraag of die doodvonnisse die enigste gepaste vonnisse in hierdie geval is, is dit so dat elke moord in beginsel apart oorweeg moet word maar in hierdie saak is dit onprakties. Oorwegings wat by die een geval geld, geld naastenby by elke ander geval. Ek is dus nie van voorneme om 'n onderskeid tussen die verskillende gevalle te tref of om hulle verder te individualiseer nie.

Vervolgens behandel ek die gemeenskapsbelang by die strafoplegging. Ek vind dit moeilik, indien nie onmoontlik nie, om 'n geval soos die huidige 'n oordeel oor die besondere (in teenstelling met die algemene)

gemeenskapsbelang uit te spreek. Die geloof in heksery is diep gesetel in die menslike natuur. Verbranding van persone wat as hekse aangewys is, was tot enkele eeue gelede nog deel van die Westerse kultuur. Die feit dat dit nie meer deel daarvan is nie, beteken nie dat dit nie deel van die Venda-kultuur is nie. Of die beoefening van towery 'n sosiale euwel is en, indien wel, in welke mate, blyk nie uit die getuienis nie. Hiermee word nie te kenne gegee dat heksejagtery goedgekeur kan word nie. Die enigste vraagteken wat oor die aangeleentheid hang, is die mate waartoe die bepaalde gemeenskap veroordelend teenoor die optrede van óf die appellante óf die slagoffers staan. Sien Mihálik & Cassim, Ritual Murder and Witchcraft : A Political Weapon? 1993 SALJ 127 veral op 136-137. Ek wil ook nie te kenne gee dat die belange van die slagoffers en hulle naasbestaandes gering geskat moet word nie. Wat my egter kwel, en waarop ek geen antwoord vind nie, is of

die belang van die samelewing waarin al die betrokkenes beweeg het, verg dat die uiterste vonnis in hierdie geval ter wille van vergelding opgelê moet word.

Wat afskrikking betref is ons deur die advokate meegedeel dat heksejagtery 'n verskynsel is wat in die periode 1990 tot 1991 algemeen in Venda voorgekom het. Vantevore was dit eintlik ongekend en sedertdien kom dit nie meer voor nie. Hierdie tydelike verskynsel het skynbaar verband gehou met sosiale- en politieke omwentelings in daardie land. Aangesien dit 'n tydelike verskynsel skyn te gewees het, sou die doodvonnis nie noodwendig in hierdie geval die nodige afskrikwaarde hê nie.

Hoewel dit dus 'n grensgeval is, is ek van oordeel dat die appellante nie met hulle lewens hoef te boet vir hulle gedrag nie en dat lewenslange gevangenisstraf 'n gepaste vonnis in die omstandighede sal wees.

Die appèl teen die doodvonnisse opgelê, slaag deurdat die doodvonnisse tersyde gestel word en met lewenslange gevangenisstraf vervang word.

L T C HARMS
WAARNEMENDE APPèLREGTER

HEFER, AR)
) STEM SAAM
VAN COLLER, Wnd AR)