Bill

55/95

Saaknommer: 367/94

N v H

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak tussen:

ALBERT PHOKELA Eerste Appellant

VINCENT SEEMA Tweede Appellant

en

DIE STAAT Respondent

Saaknommer: 367/94
N v H

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPèLAFDELING)

In die saak tussen:

ALBERT PHOKELA	**Eerste Appellant**
VINCENT SEEMA	**Tweede Appellant**

en

DIE STAAT	**Respondent**

CORAM: **SMALBERGER, FH GROSSKOPF, *et* VAN DEN HEEVER, ARR**

VERHOORDATUM: **15 MEI 1995**

LEWERINGSDATUM: **22 MEI 1995**

U I T S P R A A K

SMALBERGER, AR :-

Die twee appellante het tesame met veertien mede-beskuldigdes, almal lede van dieselfde stam, in die streekhof te

Potgietersrus tereggestaan op 'n aanklag van moord op ene Thapota Frans Seema ("die oorledene"). Die appellante het skuldig gepleit; die saak teen hulle mede-beskuldigdes is teruggetrek. Na skuldigbevinding is elk van die appellante tot tien jaar gevangenisstraf gevonnis. Hulle appèl na die Transvaalse Provinsiale Afdeling teen hulle vonnisse het misluk. Hulle is egter verlof verleen om na hierdie Hof in hoër beroep te kom.

Namens die appellante is 'n skriftelike pleitverduideliking ingevolge art 112(2) van die Strafproseswet 51 van 1977 ingehandig. Na skuldigbevinding het die appellante se prokureur en die staatsaanklaer die verhoorhof ten opsigte van vonnis toegespreek. Sekere feite, wat blykbaar wedersyds aanvaar is, is deur hulle aan die verhoorhof voorgelê. Die feite was egter karig en bowendien in sekere opsigte onvolledig of onvoldoende toegelig. Die appellante het nie self getuienis afgelê nie. Dit is gemene saak dat die omstandighede met betrekking tot die pleging van die

misdaad, soos aan die verhoorhof voorgelê, soos volg saamgevat kan word.

Die oorledene se seun, 'n jeugdige, is op 15 November 1992 blykbaar deur weerlig doodgeslaan. Toordokters is geraadpleeg en het die oorledene, 'n 61-jarige man, uitgewys as die persoon wat vir sy seun se dood verantwoordelik was. As gevolg hiervan is die oorledene op 17 November 1992 deur 'n groep mense aangeval. Die appellante het die inisiatief geneem en aan die spits gestaan van die aanval. Die oorledene is met klippe gegooi en het, soos by die latere nadoodse ondersoek geblyk het, aan onder andere 'n hoofbesering beswyk. Daarna het die appellante petrol gekoop, dit oor die oorledene se liggaam gegiet en sy liggaam aan die brand gesteek. (Dit is aanvaar dat die oorledene reeds dood was toe sy liggaam aan die brand gesteek is. Daar is egter aanduidings in die verslag van die nadoodse ondersoek, wat as 'n bewysstuk ingehandig is, dat dit nie die geval was nie. Die pataloog wat die nadoodse

ondersoek gedoen het, is nie geroep om te getuig nie. Die verhoorlanddros moes myns insiens vasgestel het wat die ware toedrag van sake was.) Beide appellante glo blykbaar in toorkuns en het hulle geloof daarin 'n rol in die pleging van die misdryf gespeel. Direk na hulle inhegtenisname het die appellante albei verklarings voor 'n landdros afgelê waarin hulle hulle betrokkenheid by die moord erken het.

Die eerste appellant was 31 jaar oud ten tye van die voorval. Hy is ongetroud. Hy het nooit skool gegaan nie en is ongeletterd. Hy het skrynwerk gedoen en huise help bou. Sy verdienste was 'n karige R50-00 per maand. Die tweede appellant was 20 jaar oud en ongetroud. Hy was destyds 'n skolier in sy matriekjaar. Beide appellante is eerste oortreders.

In gevalle soos die onderhawige word 'n opregte geloof in towerkuns allerweë aanvaar as 'n omstandigheid wat die morele verwytbaarheid van die boosdoener verminder. In die verband het

Kriegler Wnd AR hom in S v Motsepa en 'n Ander 1991(2) SASV 462(A) op 470 f-i soos volg uitgedruk:

> "'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."

(Sien ook S v Lukhwa en 'n Andere 1994(1) SASV 53(A) op 57f-j.) Hoe groter en dieper die subjektiewe geloof in, of vrees vir, die bonatuurlike is, des te minder die verwytbaarheid. Soos deur Miller AR gestel in S v Ngubane 1980(2) SA 741(A) op 745G-H:

> "But the degree of intensity of the belief is, I think, a highly important factor, for the more intense such belief is, the greater the sense of fear or apprehension it induces. In many of the cases concerning the killing of one who practises witchcraft which come before the Courts, it is apparent that the killer was truly fearful of the fate which might be in store for him, or others, at the hands of his victim."

In sake waar 'n geloof in towerkuns na bewering 'n rol gespeel het in die pleging van 'n moord moet daar, ten einde 'n gepaste vonnis te bepaal, op die bepaalde feite van elke afsonderlike geval gelet word. Na gelang van die omstandighede kan vonnisse wissel van gemeenskapsdiens (S v Mathoka en Andere 1992(2)

SASV 443(NK)) na drie jaar gevangenisstraf waarvan die helfte voorwaardelik opgeskort is (S v Mojapelo 1991(1) SASV 257(T) na twee en twintig jaar (S v Motsepa en 'n Ander (supra)) en selfs lewenslange gevangenisstraf (S v Lukhwa en 'n Ander (supra)). Daar is dus nie 'n vonnis wat in alle gevalle as norm kan dien nie.

In S v Nxele 1973(3) SA 753(A) op 757H-758B het Ogilvie Thompson HR, met verwysing na wat gesê is in R v Fundakubi and Others 1948(3) SA 810(A) op 818/9, soos van tyd tot tyd deur die ondervinding van die Howe bevestig, daarop gewys dat

> ".... belief in witchcraft not infrequently gives rise to heinous crime .... Accordingly, while recognising the continued existence of this belief, the Courts must guard against undue leniency when such belief has manifested itself in conduct which is criminally punishable. For the effect of undue leniency in relation to possible repetition of such conduct must always be borne in mind. Unlawful acts, even if committed under genuine belief of justification, cannot lightly be countenanced. As the learned Judge *a quo* aptly remarked, the Courts must be careful not to create the impression that belief in witchcraft affords an excuse for criminal conduct."

Waar die geloof in towerkuns nog voortleef, en dikwels grusame misdade tot gevolg het, is dit gepas om opnuut weer te beklemtoon dat dit noodsaaklik is dat die Howe in belang van die breë gemeenskap sal optree. 'n Ongegronde geloof in towerkuns kan tot die dood van onskuldige persone lei wat om irrasionele en selfs hoogs persoonlike redes deur sogenaamde "kundiges" uitgewys word as synde verantwoordelik vir een of ander onaangename gebeurtenis. Ter behoorlike beskerming van die gemeenskap moet daar in gepaste gevalle vonnisse opgelê word wat dit ten doel het om persone, ondanks hulle subjektiewe geloof, te ontmoedig om die reg in eie hande te neem en op ander wraak te neem. Ofskoon 'n subjektiewe geloof in towerkuns by vonnisoplegging in aanmerking geneem moet word, is dit ook die taak van die Howe om dit tuis te bring dat optrede van hierdie aard nie in 'n beskaafde gemeenskap geduld kan word nie.

Om terug te keer na die feite van hierdie saak. Daar is

aanvaar dat die appellante 'n geloof in towerkuns het. Of dit 'n diepgewortelde geloof is, blyk nie uit die oorkonde nie. Net die appellante sou weet. Dit het hulle vrygestaan om die verhoorhof hieroor in te lig, maar hulle het verkies om nie te getuig nie. Dat hulle 'n diepe geloof gehad het, kan eenvoudig nie sonder meer in hulle guns aanvaar word nie. Die eerste appellant, hoewel ongesofistikeerd, is nie meer 'n jeugdige nie; terwyl die tweede appellant, hoewel jonk, reeds amper sy skoolopleiding voltooi het. Hulle blyk nie agteraf of primitief te wees nie. Vanweë 'n gebrek aan getuienis is dit nie moontlik om die omvang van die vrees, indien enige, wat hulle geloof in towerkuns by hulle ingeboesem het, te bepaal nie. Daar is niks wat daarop dui dat hulle byvoorbeeld gevrees het dat dieselfde lot wat die jeugdige getref het, ook hulle voorland kon wees nie. Dit blyk nie dat die jeugdige aan hulle verwant was nie. Indien wel, sou redelikerwys verwag kon gewees het dat daardie feit aan die verhoorhof geopenbaar sou

word. Die jeugdige se dood het hulle dus nie direk geraak nie. Dit is ook onduidelik hoe sterk die stam se betrokkenheid by die gebeure was, en hoe sterk die stam se verontwaardiging oor die jeugdige se dood was.

Anders as in die geval van die beskuldigde in S v Mojapelo (supra) het die appellante nie op die ingewing van die oomblik gehandel nie. Dit blyk eerder dat daar berekend teen die oorledene opgetree is. Verswarend is die feit dat die appellante die aanval op die oorledene geïnisieer het en die voortou geneem het; ook dat dit hulle was wat petrol gaan koop het, dit oor die oorledene se liggaam gegiet het en dit aan die brand gesteek het. Dat die oorledene 'n grusame dood gesterf het, is gewis.

Dit is geykte reg dat hierdie Hof nie 'n onbeperkte diskresie het om met 'n verhoorhof se vonnis in te meng nie. Inmenging is alleenlik geregverdig in die geval van 'n wesenlike mistasting of onreëlmatigheid of waar die opgelegde vonnis ontstellend onvanpas

is. Van 'n onreëlmatigheid is daar nie sprake nie. Voor ons is namens die appellante betoog dat die verhoorlanddros misgetas het omdat hy versuim het om die appellante se geloof in towerkuns en berou in aanmerking te neem of behoorlik in aanmerking te neem. Dit, so is beweer, word weerspieël deur die feit dat hy die maksimum vonnis opgelê het wat hom geoorloof is.

Daar steek niks in die betoog nie. Dit blyk uit sy uitspraak dat die verhoorlanddros alle tersaaklike oorwegings by vonnisoplegging, insluitende die appellante se persoonlike omstandighede en hulle geloof in toorkuns, behoorlik in aanmerking geneem het. Die appellante het self nie oor berou getuig nie, en dit is te betwyfel of hulle opregte berou oor die voorval het. In 'n sekere sin sou opregte berou vir hulle dade teenstrydig wees met 'n gevestigde geloof in towerkuns. Hoe dit ookal sy, vir soverre berou afgelei kan word van die feit dat hulle skuldig gepleit het, het die verhoorlanddros dit in aanmerking geneem. Na my mening

het die verhoorlanddros hom nie in enige wesenlike opsig waningelig nie. Dat hy die maksimum vonnis binne sy bevoegdheid opgelê het, is nie aanduidend van enige mistasting aan sy kant nie. Dit dui eerder op die erns waarmee hy die misdaad bejeën het. Die vraag is dus nie soseer of die verhoorlanddros misgetas het nie, maar of die opgelegde vonnis ontstellend onvanpas is. Ek is nie daarvan oortuig dat dit die geval is nie. Trouens, as daar behoorlik gelet word op die appellante se persoonlike omstandighede, die aard en erns van die misdaad, die belange van die gemeenskap en die doelstellings van vonnis, beskou ek die vonnis opgelê as 'n gepaste een.

Die appellante se appèlle teen hulle vonnisse word afgewys.

J W SMALBERGER
APPèLREGTER

FH GROSSKOPF, AR) stem saam
VAN DEN HEEVER, AR)