

**IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA
(KAAP DIE GOEIE HOOP PROVINSIALE AFDELING)**

SAAKNO A 564/07

In die saak tussen:

KIRSHVAN MARIO FRANS

Appellant

en

DIE STAAT

Respondent

UITSpraak: GELEWER 31 JANUARIE 2008

Griesel R:

1]Die appellant het in die streekhof te Mosselbaai skuldig gepleit op twee aanklagte van verkragting en een van huisbraak met die opset om te steel en diefstal. Hy is dienooreenkomstig skuldig bevind en is ingevolge die bepalings van art 52(1)(a) van Wet 105 van 1997 na die Hooggeregshof verwys vir vonnis aangesien beide verkrachtingslagoffers onder die ouderdom van 16 jaar was.

2]In die Rondgaande Hof te George het Moosa R bevind dat daar, wat die

twee aanklagte van verkragting aanbetref, geen wesenlike en dwingende omstandighede aanwesig was wat die oplegging van mindere vonnisse as lewenslange gevangenisstraf regverdig nie. Die appellant is gevolglik op beide aanklagte tot lewenslange gevangenisstraf gevonniss. Met verlof van die hof *a quo* kom die appellant tans in hoër beroep teen die opgelegde vonnisse.¹

Feitelike agtergrond

3]Die twee klaagsters, Beauty en Vuyiswa Nikani, is susters en was ten tyde van die gebeure onderskeidelik 14 jaar en 9 maande en 10 jaar en 11 maande oud. Hul ouers is albei reeds oorlede en hulle het in daardie stadium by hul ouer suster in haar huis in Mosselbaai gewoon. Laasgenoemde was egter die betrokke aand uithuisig en die twee klaagsters was alleen in die huis.

4]Volgens die appellant se skriftelike verklaring ingevolge art 112(2) van die Strafproseswet, het hy gedurende die vroeë oggendure van 5 Augustus 2006 by die klaagsters se huis verbygeloop en opgemerk dat die deur op 'n skrefie oop staan. Hy het besluit om daar in te gaan 'met die doel om te kyk wat ek kan steel'. Volgens hom was hy 'onder die invloed van narkotiese middels', maar het hy 'steeds geweet wat (hy) doen en insig in (sy) optrede en handeling gehad'.

¹ Alhoewel dit nie in die bevel van die hof *a quo* uitdruklik so uitgespel is nie, is dit duidelik dat die huidige appèl slegs teen die vonnisse ten opsigte van die twee aanklagte van verkragting gerig is.

5]Hy het die voordeur oopgestoot, die huis binnegegaan, die lig aangeskakel en 'n Panasonic CD-speler geneem en in 'n wasgoedmandjie gepak. Hy het die twee klaagsters in die huis opgemerk. Hulle het gehuil toe hulle hom gewaar, maar het opgehou huil toe hy sy mes uithaal. Nadat hy die gesteelde goed na buite geneem het, het hy weer die huis binnegekom en het hy die kinders eers na die badkamer geneem, waarna hy die ouer klaagster na die slaapkamer geneem en haar aangesê het om haar broekie uit te trek terwyl hy haar met sy mes gedreig het. Daarna het hy haar op haar bed verkrag.

6]Die eerste klaagster het in haar getuienis ten opsigte van vonnis voor die hof *a quo* tot 'n groot mate die appellant se weergawe gestaaf. Wat die verkragting self aanbetref, het sy haar ervaring soos volg beskryf:

*'Dit was baie seer. Dit was 'n pyn wat ek vir die eerste keer in my hele lewe gevoel het.
...Ek het nie gehuil nie. Ek het dit maar uitgehou alhoewel dit eintlik baie seer was.'*

7]Toe die appellant met die eerste klaagster klaar was, het hy haar jonger suster geroep om dieselfde aan haar te doen. Toe sy haar wou teësit, het hy haar ook met die mes gedreig en haar in die teenwoordigheid van die eerste klaagster verkrag.

8]Nadat die appellant met die tweede klaagster klaar was, het hy nog geld

gesoek. Hulle het hom meegedeel dat hulle nie geld het nie, maar hy het hulle aangesê om geld te soek. Hy het in 'n stadium 'n tweede 'klein messie' uitgehaal en hulle daarmee gedreig. Hy wou ook weet of hulle hom ken, maar hulle het ontkennend geantwoord, alhoewel hulle hom wel van sien geken het. Die appellant wou daarna 'n tweede keer met die eerste klaagster gemeenskap hou, maar terwyl sy besig was om uit te trek, het haar jonger suster uit die huis gehardloop en het die appellant ook die huis verlaat sonder om sy planne uit te voer.

9]Uit die mediese verslae ten opsigte van die klaagsters blyk dit dat beide van hulle sigbare beserings, insluitende uitgebreide kneuswonde, van hul genitalië opgedoen het. Geeneen van hulle het enige vorige seksuele ondervinding gehad nie. Oor die nagevolge van die verkrachtings het die eerste klaagster getuig dat beide sy en haar suster sedert die voorval 'baie bang' was. Gevra of sy al ooit in die lewe so bang was soos daardie aand, het sy geantwoord: 'Nooit nie.' Sy kry dikwels nagmerries as gevolg van die gebeure en dink ook soms gedurende die dag aan die gebeure. Volgens haar wou hulle ook nie na die voorval in Mosselbaai bly nie.

10]'n Maatskaplike werker het ook getuig dat sy onderhoude met beide klaagsters gevoer het en dat beide van hulle in daardie stadium – ongeveer ses maande na die gebeure – steeds baie trauma rondom die gebeure ervaar, veral

as gevolg van die feit dat die appellant hulle met 'n mes aangehou het en gedreig het om hulle dood te maak. Beide van hulle vrees enige kontak met die appellant. (Hierdie aspek het ook duidelik na vore gekom aan die einde van die eerste klaagster se getuienis, toe sy die verhoorregter meegedeel het dat hulle vooraf verseker was dat 'as ons hiernatoe kom om getuienis af te lê, ons gaan nie die beskuldigde sien nie, want ons wil nie die beskuldigde sien nie'. Sy was gevolglik ontsteld om wel in die hof met die appellant gekonfronteer te word.)

Benadering op appèl

11]Teen die bogenoemde agtergrond het die hof *a quo* bevind dat die kumulatiewe effek van die omstandighede waarop namens die appellant gesteun is nie sodanig was dat dit afwyking van die voorgeskrewe vonnis reverdig nie.

12]Die kernvraag waarom die huidige appèl draai, is of die hof *a quo* fouteer het in daardie bevinding. Die beantwoording van hierdie vraag hang op sy beurt af van die verdere vraag aangaande die benadering wat 'n hof op appèl behoort te volg met betrekking tot hierdie kwessie.

13]In *S v Homareda*² was Cloete R (met wie Robinson WnR saamgestem het) van mening dat die vraag of wesenlike en dwingende omstandighede aanwesig

² 1999 (2) SASV 319 (W).

is die uitoefening van 'n waardeoordeel ('value judgment') behels, 'but a Court on appeal is entitled to substitute its own judgment on this issue if it is of the view that the lower court erred in its conclusion'.³

14]In die toonaangewende uitspraak in *S v Malgas*⁴ het die Hoogste Hof van Appèl dit nie nodig gevind om 'n mening uit te spreek aangaande die korrektheid al dan nie van hierdie benadering nie. In die huidige appèl is dit myns insiens wel nodig om daaroor standpunt in te neem. Ek kan my met eerbied nie met die benadering in *Homareda* se saak vereenselwig nie. Die enigste gesag wat aangehaal word vir die hof se benadering is die saak van *Wijker v Wijker*,⁵ waar dit gegaan het oor die vraag of 'n party 'onbehoorlik bevoordeel' sal word vir doeleindes van die uitreiking van 'n verbeurdeklaringsbevel ingevolge die bepaling van art 9(1) van die Wet op Egskedding 70 van 1979. Ek kan, met respek, nie insien hoedat 'n oorweging van daardie spesifieke wetsbepalings 'n invloed kan hê op die huidige ondersoek nie. Alhoewel die beslissing aangaande die aan- of afwesigheid van wesenlike en dwingende omstandighede weliswaar tot 'n sekere mate die uitoefening van 'n 'waarde-oordeel' behels, vorm dit 'n integrale deel van 'n verhoorhof se funksie by vonnisoplegging. Al die oorwegings waarom 'n hof van appèl tradisioneel traag is om met die uitoefening van 'n verhoorhof se diskresie ten

³ Te 326c–d.

⁴ 2001 (1) SASV 469 (HHA) para 33.

⁵ 1993 (4) SA 720 (A) te 727E–728B.

opsigte van vonnisoplegging in te meng is ook aanwesig by die beoordeling van die vraag of wesenlike en dwingende omstandighede in 'n spesifieke geval aan- of afwesig is. Die verhoorhof het normaalweg – soos in die huidige geval – die voordeel om eerstehands die onderskeie persoonlikhede van die beskuldigde sowel as die slagoffer(s) waar te neem, asook die effek wat die betrokke misdade gehad het – nie alleen op die individuele slagoffers daarvan nie, maar ook op die plaaslike gemeenskap.

15]In hierdie omstandighede is ek van oordeel dat dit meer korrek en ook meer sinvol sou wees om die beslissing ten opsigte van wesenlike en dwingende omstandighede aan die diskresie van die verhoorhof oor te laat en om op appèl slegs weens beperkte gronde met daardie beslissing in te meng.⁶ Die situasie is myns insiens analoog aan die posisie wat vroeër jare gegeld het by oorweging van die vraag of daar 'versagende omstandighede' aanwesig was vir doeleindes van die herroepe art 277 van die Strafproseswet. In daardie verband het die Appèlhof soos volg beslis:

*'(I)t is settled law that this Court has no jurisdiction to interfere with a trial Court's finding as to the non-existence of extenuating circumstances unless such finding is vitiated by misdirection or irregularity or is one to which no reasonable Court could have come.'*⁷

6 Sien bv *S v Rabie* 1975 (4) SA 855 (A) te 857D–F; *S v Sadler* 2000 (1) SASV 331 (HHA) para 6.

7 *S v Malinga* 1963 (1) SA 692 (A) te 695D–E. Sien ook *S v Nell* 1968 (2) SA 576 (A) te 580C–D; *S v De Bruyn* 1976 (1) SA 496 (A) te 500D–E.

16]Ek doen met eerbied aan die hand dat dieselfde benadering in die huidige konteks aangewend behoort te word. Ek gaan gevolglik voort om die appèl op hierdie basis te beoordeel.

Bespreking

17]Op appèl voor ons het die appellant se advokaat (wat nie tydens die verhoor namens hom opgetree het nie) betoog dat die volgende faktore, kumulatief geneem, wel wesenlike en dwingende faktore daarstel wat 'n afwyking van die voorgeskrewe vonnis regverdig: (a) Die appellant se relatiewe jeugdigheid. Hy was naamlik 20 jaar en 7 maande oud toe die huidige misdade gepleeg is. (b) Hy het Graad 7 op skool geslaag. (c) Hy het drie dae per week gewerk en het bygedra tot die inkomste van die huishouding. (d) Hy het sonder 'n vaderfiguur grootgeword. (e) Hy het slegs een vorige veroordeling – weens diefstal. (f) Hy was ongeveer nege maande verhoorafwagtend in hegtenis alvorens hy gevonnissen is. (g) Hy het op die aanklagte skuldig gepleit en berou uitgespreek. (h) Volgens die appellant se weergawe, wat tydens die verhoor deur die Staat aanvaar is, was hy tydens die pleging van die misdaad onder die invloed van ongespeifiseerde 'narkotiese middels', alhoewel hy steeds geweet het wat hy doen.

18]Die probleem met hierdie argument is egter dat elkeen van die bogenoemde faktore pertinent deur die verhoorregter in sy uitspraak genoem

en oorweeg is. Dit is geykte reg dat dit in die diskresie van die verhoorhof berus om te besluit welke faktore om in ag te neem vir doeleindes van vonnis *en* welke gewig om aan elke sodanige faktor te verleen.⁸

19]Wat die versagtende omstandighede aanbetref, word die appellant se relatiewe jeugdigheid – byna 21 jaar oud – geneutraliseer deur die feit dat hy reeds vir etlike jare soos 'n volwassene geleef het. Sy vorige veroordeling weens diefstal is ook relevant, aangesien hy gedurende 2004 die voordeel gekry het van 'n opgeskorte vonnis. Nie alleen het hy tydens die pleging van die huidige misdade die opskortingsvoorwaardes verbreek nie; hy het hom terselfdertyd aan veel ernstiger misdade skuldig gemaak.

20]Ook wat sy beweerde berou aanbetref, verskyn dit bloot in sy art 112(2) verklaring, waarin hy meld dat hy 'jammer (is) oor (sy) optrede'. Soos uitgewys in *S v Martin*,⁹ 'there is a chasm between regret and remorse'. Bowendien het hy nie kans gesien om sy berou onder eed te bevestig en homself aan *kruisondervraging* te onderwerp nie.¹⁰ In sy weergawe aan die proefbeampte is daar geen tekens van berou nie; intendeel, die appellant het valslik probeer voorgee dat hy ten tyde van die misdade so swaar onder die invloed van drank en verdowingsmiddels was dat hy 'is still struggling to

⁸ Sien *S v Kibido* 1998 (2) SASV 213 (HHA) te 216g–h en ander gewysdes daarin aangehaal.

⁹ 1996 (2) SASV 378 (W) te 383g–h.

¹⁰ Sien in hierdie verband *S v Morris* 1972 (2) SA 617 (A) te 620H–621A; *S v M* 1998 (1) SASV 162 (W) te 165a; *S v M* 2007 (2) SASV 60 (W) paras 71–76.

remember as to what happened'. Hy het ook aan die beampte voorgegee dat hy geen vorige veroordelings het nie.

21]In sy uitspraak het die verhoorregter al die bogenoemde versagtende omstandighede teen die verswarende omstandighede opgeweeg alvorens hy tot die gevolgtrekking gekom het dat daar geen wesenlike en dwingende omstandighede aanwesig was nie. Die verswarende omstandighede kan soos volg opgesom word: (a) Die appellant het die klaagsters in die veiligheid van hul eie huis aangeval en verkrag. (b) Beide klaagsters was baie jonk. (c) Beide klaagsters het tydens die verkrachtings erge pyn verduur en beserings aan hul genitalieë opgedoen. (d) Afgesien van haar eie pyn, moes die eerste klaagster aanskou hoedat haar jonger suster verkrag word. (e) Beide het ook sekere sielkundige nagevolge as gevolg van die gebeure oorgehou. (f) Die appellant was met twee messe gewapen en het gedreig om die klaagsters daarmee dood te maak.

22]Op die feite van die huidige saak is ek nie oortuig dat die bevinding van die verhoorhof deur enige wanvoorligting of onreëlmatigheid geraak word of dat enige relevante faktore oor die hoof gesien is nie. Intendeel, volgens my oordeel, getuig die verhoorregter se benadering tot die kwessie van vonnisoplegging van 'n deeglike en gebalanseerde opweging van *al* die tersaaklike faktore en vonnisogmerke. Vir hierdie hof om in die huidige omstandighede

met die verhoorhof se bevinding in te meng, sou neerkom op blote lippediens aan die beginsels rakende die verhoorhof se diskresie by vonnisoplegging. Die wetgewer het ondubbelsinniglik bepaal dat, in die afwesigheid van werklike wesenlike en dwingende omstandighede, hierdie tipe misdade met lewenslange gevangenisstraf bestraf behoort te word. Die huidige geval is myns insiens by uitstek die tipe geval wat die wetgewer in gedagte gehad het waar die voorgeskrewe vonnis opgelê behoort te word.

23]Die appellant se advokaat het ons ten slotte verwys na 'n reeks onlangse uitsprake van die Hoogste Hof van Appèl, in almal waarvan daardie hof die oplegging van lewenslange gevangenisstraf vir verkragting tersyde gestel het en vervang het met korter termyne van gevangenisstraf.¹¹

24]Die teenargument namens die Staat berus op die welbekende beginsel dat '(d)ecided cases are... of value not for the facts but for the principles of law which they lay down'.¹² In *S v Fraser*¹³ het Nicholas Wn AR die pasaan-gehaalde *dictum* met goedkeuring aangehaal en soos volg voortgegaan:

'Decided cases dealing with sentence may be of value also as providing guidelines for the trial court's exercise of discretion ... and

¹¹ *S v Sikhhipa* 2006 (2) SASV 439; *S v Nkomo* 2007 (2) SASV 198; *Mabuza v The State* [2007] SCA 110 (RSA). Vergelyk ook *S v Mahomotsa* 2002 (2) SASV 435 (HHA); *Rammoko v DPP* 2003 (1) SASV 200 (HHA).

¹² *R v Wells* 1949 (3) SA 83 (A) te 87–88.

¹³ 1987 (2) SA 859 (A) te 863C–D (ander saakverwysings weggelaat).

they sometimes provide useful guidance where they show a succession of punishments imposed for a particular type of crime. ...But it is an idle exercise to match the colours of the case at hand and the colours of other cases with the object of arriving at an appropriate sentence. “(E)ach case should be dealt with on its own facts, connected with the crime and the criminal....”

25]Ek het die uitsprake waarop die appellant steun versigtig oorweeg, maar is van oordeel dat elk van daardie gevalle op die feite van die huidige saak onderskeibaar is. Bowendien, soos hierbo aangetoon, kan ons op appèl slegs in beperkte omstandighede met die bevinding van die verhoorhof inmeng. Ek is nie oortuig dat daar in die huidige geval enige gronde vir inmenging aanwesig is nie.

Gevolgtrekking

26]In die omstandighede sou ek die appèl van die hand wys.

B M GRIESEL
Regter

ALLIE R: Ek stem saam.

R ALLIE
Regter

POTGIETER W_NR: Ek stem saam.

D O POTGIETER
Waarnemende Regter