



UNIVERSITEIT VAN PRETORIA
UNIVERSITY OF PRETORIA
YUNIBESITHI YA PRETORIA

**TOEREKENINGSVATBAARHEID
IN DIE
SUID-AFRIKAANSE STRAFREG**

P W NEL

**TOEREKENINGSVATBAARHEID
IN DIE
SUID-AFRIKAANSE STRAFREG**

deur

PIETER WILLEM NEL
(Studentenommer: 8661073)

voorgelê ter gedeeltelike vervulling van die vereistes vir die graad

MAGISTER LEGUM
in die
DEPARTEMENT PUBLIEKREG,
REGSFAKULTEIT

aan die

UNIVERSITEIT VAN PRETORIA

STUDIELEIER: PROF J LE ROUX

NOVEMBER 2007

Studentenommer: 8661073

Hiermee verklaar ek dat TOEREKENINGSVATBAARHEID IN DIE SUID-
AFRIKAANSE STRAFREG my eie werk is en dat alle bronne wat gebruik of
aangehaal is deur middel van volledige verwysings aangedui en erkenning aan verleen
is.

HANDTEKENING

(Mnr P W Nel)

SUMMARY

Criminal Capacity in the South African Law

by

Pieter Willem Nel

This study addresses the principles applicable to criminal capacity in the South African legal system. Focus is drawn to non-pathological criminal incapacity as a complete defence to a criminal charge. Non-pathological criminal incapacity can be described as the temporary inability on the part of the perpetrator to appreciate the wrongfulness of the conduct and/or to act in accordance with this appreciation. This mental inability is due to factors which cannot be ascribed to a pathological condition or mental illness.

The study further investigates the application of the subjective and objective test as criteria for the defence of provocation and indicates the preferred test. The study also includes a discussion of the following aspects:

- Non-pathological criminal incapacity distinguished from pathological criminal incapacity
- Non-pathological criminal incapacity distinguished from "sane" automatism
- The role of amnesia in considering criminal capacity
- The role of the expert witness in considering non-pathological criminal incapacity
- Private defence versus battered woman syndrome and cumulative provocation
- Criminal capacity and sentence.

In the South African law the defence of non-pathological criminal incapacity was considered on numerous occasions by the High and Appeal Court, though mostly unsuccessful. It is also clear that the South African courts confuse the issue and fail to differentiate between the defences of non-pathological criminal incapacity and

"sane" automatism. The study indicates that the two defences, though different, coincide.

The South African courts increasingly raised the standard and requirements for a successful plea in an attempt to confine the popularity of the "new" defence of non-pathological criminal incapacity. A comparative study of the English and Canadian law indicates that provocation is only considered as a partial defence to murder, and only to reduce murder to manslaughter. The reasoning behind this was to evade the compulsory sentence of life imprisonment for murder by substituting it with a conviction of manslaughter where life imprisonment is not a compulsory sentence.

The central question raised in this study is whether non-pathological criminal incapacity be a qualified and complete defence to any criminal charge in the South African law.

Finally the study is concluded with a crisp summary of every preceding chapter and valuable recommendations stemming from the research are made.

LYS VAN AFKORTINGS

Die volgende afkortings is vir die volgende tydskrifte gebruik:

CLJ	- Cambridge Law Journal
OJLS	- Oxford Journal of Legal Studies
SALJ	- The South African Law Journal
SAS	- Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafregepleging
SAPM	- South African Practice Management
SASK	- Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrege en Kriminologie
THRHR	- Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg
TRW	- Tydskrif vir Regswetenskap
TSAR	- Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg

INHOUDSOPGAWE

HOOFSTUK EEN:

INLEIDENDE ORIËNTERING, KONSEPTUALISERING EN PROBLEEMSTELLING

	Bladsy
1. INLEIDING	1
2. KONSEPTUALISERING	5
2.1 Toerekeningsvatbaarheid	5
2.1.1 Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid	11
2.1.2 Patologiese ontoerekeningsvatbaarheid	13
2.1.3 Verminderde toerekeningsvatbaarheid	15
2.2 Algemene ontoerekeningsvatbaarheidsmaatstaf	19
2.3 Outomatisme	19
2.3.1 Willekeurigheid	23
2.3.2 Gesonde outomatisme	24
2.3.3 Sieklike outomatisme	25
3. PROBLEEMSTELLING	25
4. SENTRALE TEORETIESE STELLING	26
5. NAVORSINGSMETODE	26
6. NAVORSINGSDOEL	26
7. NAVORSINGSPROGRAM	27

HOOFSTUK TWEE:

DIE TOEPASSING VAN DIE VERWEER VAN NIE- PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID DEUR DIE SUID-AFRIKAANSE STRAFHOWE

	Bladsy
1. INLEIDING	28
2. DIE ONTWIKKELING VAN DIE BEGRIP "NIE- PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID" IN DIE SUID-AFRIKAANSE STRAFREG	29

3.	DIE TOEPASSING VAN DIE VERWEER VAN NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID DEUR DIE SUID-AFRIKAANSE STRAFHOWE	35
3.1	Inleidende opmerkings	35
3.2	Jeugdige leeftyd as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid	39
3.3	Dronkenskap as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid	45
3.4	Provokasie as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid	54
4.	DIE SUBJEKTIEWE TOETS BY DIE BEOORDELING VAN PROVOKASIE	59
5.	DIE OBJEKTIEWE TOETS BY DIE BEOORDELING VAN PROVOKASIE	64
6.	NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID ONDERSKEI VAN PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID	71
7.	NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID ONDERSKEI VAN GESONDE OUTOMATISME	81
8.	DIE ROL VAN AMNESIE BY DIE BEPALING VAN TOEREKENINGSVATBAARHEID	95
9.	DIE BEWYSLAS BY AMNESIE TER BEPALING VAN TOEREKENINGSVATBAARHEID	104
10.	ONTOEREKENINGSVATBAARHEID EN DIE ROL VAN DIE DESKUNDIGE GETUIE	107
11.	DIE VERFYNING VAN DIE VERWEER VAN NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID DEUR DIE SUID-AFRIKAANSE HOWE	113
12.	NOODWEER VERSUS "BATTERED WOMAN SYNDROME" EN KUMULATIEWE PROVOKASIE	119
13.	TOEREKENINGSVATBAARHEID EN VONNIS	124
14.	KONKLUSIE	126

HOOFSTUK DRIE:

DIE STRAFREGTELIKE VERWEER VAN PROVOKASIE AS OORSAAK VAN NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID: 'N REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF

	Bladsy
1. INLEIDING	127
2. DIE VERWEER VAN PROVOKASIE IN DIE ENGELSE REG	128
2.1 Inleidende opmerkings	128
2.2 Die geskiedkundige ontwikkeling van provokasie in die Engelse reg	130
2.2.1 Die posisie voor 1957	130
2.2.2 Die posisie na 1957	133
2.3 Die objektiewe toets as normatiewe maatstaf by die verweer van provokasie	136
2.4 Subjektivering van die redelike persoon-toets as normatiewe maatstaf by die verweer van provokasie	142
2.5 Die juridiese relevansie van self-ontlokte provokasie	150
2.6 Die juridiese relevansie van kumulatiewe provokasie	153
3. DIE VERWEER VAN PROVOKASIE IN DIE KANADESE REG	157
3.1 Inleidende opmerkings	157
3.1.1 Die regsposisie voor 1867	158
3.1.2 Die regsposisie vanaf 1867 tot voor 1982	158
3.1.3 Die regsposisie vanaf 1982	159
3.2 Die geskiedkundige ontwikkeling van die verweer van provokasie in die Kanadese reg	162
3.3 Die objektiewe toets as normatiewe maatstaf by die verweer van provokasie	167
3.4 Die subjektiewe toets as normatiewe maatstaf by die verweer van provokasie	173
3.5 Die juridiese relevansie van self-ontlokte provokasie	178



3.6	Proporsionaliteit	179
4.	KONKLUSIE	181

HOOFSTUK VIER:

SAMEVATTING EN AANBEVELINGS

	Bladsy	
1.	SAMEVATTING	185
1.1	Hoofstuk Een	185
1.2	Hoofstuk Twee	186
1.3	Hoofstuk Drie	186
2.	AANBEVELINGS	187
3.	RUIMTE VIR VERDERE NAVORSING	189

BIBLIOGRAFIE:

	Bladsy
Aitkels	191
Boeke	193
Doktorale Proefskrifte	194
Verslae	194
Regspraak – Suid-Afrikaanse Reg	194
Regspraak – Engelse Reg	197
Regspraak – Kanadese Reg	198
Wette	199

HOOFSTUK EEN

INLEIDENDE ORIËNTERING, KONSEPTUALISERING EN PROBLEEMSTELLING

Soek, vind en spreek die waarheid en
geregtigheid sal geskied
(Leuse van die Justisiegenootskap)

1. INLEIDING

Op 27 Januarie 1995 dood Christopher Ralph Moses sy vriend Gerhard Pretorius, met wie hy in 'n homoseksuele verhouding gestaan het. Die tragiese gebeure het afgespeel nadat die twee intiem verkeer het en Moses deur Pretorius meegedeel is dat hy (Pretorius) met die Verworwe Immunitetsgebreksindroom (VIGS) besmet was. Moses (die beskuldigde) het daarop 'n ornament geneem en Pretorius twee maal daarmee geslaan. Die beskuldigde het toe ook 'n klein mes in die kombuis gaan haal en die oorledene daarmee in die sy gesteek. Die beskuldigde het daarna weer teruggekeer na die kombuis, 'n groter mes gaan haal en die oorledene se keel en polse daarmee gesny. Die beskuldigde het daarna sy vingerafdrukke verwyder van alles wat hy aangeraak het.

Tydens sy verhoor opper Moses 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en word hy onvoorwaardelik vrygespreek. Hierdie aangrypende feite soos deur Hlophe R in *S v Moses 1996 (1) SASV 701 (KPA)* voorgehou, het bygedra om ontoerekeningsvatbaarheid tot populêre navorsingsonderwerp te verhef. Alhoewel die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid tot relatief onlangs onbekend was in die Suid-Afrikaanse regstelsel, geniet die verweer vir meer as 'n dekade al aktualiteit en het die Suid-Afrikaanse howe inderdaad baanbrekerswerk verrig in die erkenning en verfyning van die verweer. Die verweer het natuurlik ook beduidende

grondwetlike relevansie. Artikel 9(1) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika 1996 bepaal dat elkeen gelyk is voor die reg en geregtig is op gelyke beskerming deur die reg. Insgelyks bepaal artikel 9(3) dat daar nie op, onder meer, 'n aantal gelyste gronde onbillik teen 'n persoon gediskrimineer mag word nie. Om 'n persoon aan 'n misdadig skuldig te bevind wat gepleeg is tydens 'n staat van ontoerekeningsvatbaarheid sou inderdaad sodanige "onbillike diskriminasie" konstitueer.

Die rol van psigiatriese getuienis by die beoordeling van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, die verwantskap tussen amnesie ná die gewraakte voorval en toerekeningsvatbaarheid tydens die voorval asook die verwantskap, indien enige, tussen nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en outomatisme tydens die voorval bied eweneens ruimte vir grondige navorsing. Die rol wat deskundige getuienis speel by die beoordeling van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die bewyslas by hierdie verweer laat eweneens ruimte vir waardevolle navorsing. Vir doeleindes van hierdie studie sal daar spesifiek gefokus word op provokasie as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer. Om hierdie rede sal daar 'n duidelike onderskeid getref word tussen patologiese en nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.

Die huidige posisie in die Suid-Afrikaanse regstelsel is dat voldoende provokasie toerekeningsvatbaarheid kan beïnvloed en dat dit selfs tot 'n volkome verweer teen alle strafregtelike aanklagte kan lei. Hierdie provokasie kan lei tot:

- (a) die uitsluiting van 'n willekeurige handeling, wat gevolglik in gesonde outomatisme resulteer; of
- (b) die uitsluiting of vermindering van toerekeningsvatbaarheid; of
- (c) die uitsluiting van opset.¹

Die konsep van provokasie is sodanig deur die Suid-Afrikaanse howe uitgebrei dat dit emosionele spanning insluit en die howe het verder 'n onderskeid begin tref

¹ Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 424-426; *R v Campbell* (1977) 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.) 16.

tussen patologiese en nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. Vervolgens geniet die begrip nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid erkenning in die beslissings deur die Hooggeregshof van Suid-Afrika, asook in die Appèlhof waarin persone wat aangekla is van moord, onvoorwaardelik vrygespreek is op grond van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.² Die gemene faktor wat teenwoordig was by die meeste beskuldigdes ten tye van die veroorsaking van die dood van hulle slagoffers, was provokasie of emosionele spanning.

Hierna blyk uit verskeie verdere beslissings dat die hoewe die toenemende populariteit van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid probeer afskaal het deur die vereistes vir 'n geslaagde beroep op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid progressief hoër te stel en aan te pas.³ In die saak van *Kalogoropoulos*⁴ stel die hof die vereiste van 'n feitebasis, "**factual foundation**"⁵, alvorens 'n beskuldigde hom suksesvol op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid kan beroep. In *Cunningham*⁶ is melding gemaak van 'n sneller-meganisme wat moes bestaan uit "... **some emotionally charged event of extraordinary significance to the individual concerned ...**"⁷. In *McDonald*⁸ word daar weer 'n sneller van 'n ekstreme aard vereis en beslis die hof soos volg:

"... a stimulus or trigger which is required to provoke a person into an automatic state, unrelated to organic factors, has to be of an **extreme or severe nature.**"⁹

² *S v Arnold* 1985 (3) SA 256 (K); *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A); *S v Nursingh* 1995 (2) SASV 331 (D); *S v Moses* 1996 (1) SASV 701 (K).

³ Sien hoofstuk 2 vir 'n volledige bespreking in die verband.

⁴ *S v Kalogoropoulos* 1993 (1) SASV 12 (A).

⁵ Op 22-23. Eie beklemtoning.

⁶ *S v Cunningham* 1996 (1) SASV 631 (A).

⁷ Op 638-639. Eie beklemtoning.

⁸ *S v McDonald* 2000 (2) SASV 493 (N).

⁹ Op 503 (a). Eie beklemtoning.

Met die beslissings gelewer in *Eadie(1)*¹⁰, *Eadie(2)*¹¹ en *Eadie(HHA)*¹², wat allerweë beskou word as die baken-saak op dié gebied, ontstaan die vraag of die hof nie moontlik die verkeerde argumente aangehang het deur die konsepte van "gesonde" outomatisme en nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid aan mekaar gelyk te stel nie. Burchell¹³ stel dan ook die volgende drie moontlike interpretasies van die *Eadie* beslissing in die konteks van die Suid-Afrikaanse regstelsel:

- "(a) The first interpretation which, it is submitted, is the most likely to find resonance in future courts, is entirely compatible with existing precedent on the subjective assessment of capacity, because it focuses only on the accepted process of judicial *inference* of the presence or absence of subjective capacity from an examination of objective facts and circumstances.
- (b) The second interpretation is more radical and implies a possible restriction of the ambit of the defence of lack of capacity (in particular, in the context of lack of conative capacity) to a situation where automatism is present and, further, involves a *dramatic redefining of the actual subjective criterion of capacity*, shifting the entire test of capacity from the subjective to the objective domain.
- (c) The third possible interpretation, less radical than (b), is that Navsa JA did not replace the entire existing subjective test of capacity with an objective one in provocation cases, but rather, in fact, succeeded in identifying an essential, qualified objective aspect in an otherwise subjective test of capacity *that had always been lurking there, but had hitherto not been fully recognized by the courts*. This third interpretation of the scope of Navsa JA's judgment constitutes an intermediate position between interpretations (a) and (b) above, and could develop the common law without infringing the principle of legality or having to resort to lengthy and unpredictable legislative reform. Although it could co-exist with interpretation (a), this third interpretation (despite being a plausible one) might not, on its own, evoke the same degree of instant judicial resonance as interpretation (a)."

¹⁰ *S v Eadie(1)* 2001 (1) SASV 172 (K).

¹¹ *S v Eadie(2)* 2001 (1) SASV 185 (K).

¹² *S v Eadie* 2002 (1) SASV 663 (HHA).

¹³ Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 430.

Die doel van hierdie studie is om ondersoek in te stel na die ontstaan en ontwikkeling van ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer in Suid-Afrika, met besondere klem op nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. Die waarde van die verhandeling lê grootliks daarin dat dit 'n volledige analise en kodifisering sal verteenwoordig van die relevante gesag in hierdie studieveld. Deur 'n regsvergelijkende bespreking sal die invloed van die Engelse reg op die Suid-Afrikaanse howe se vertolking en hantering van 'n verweer van ontoerekeningsvatbaarheid aangetoon word. Bepalings wat sou geld wanneer toerekeningsvatbaarheid in gedrang kom weens provokasie in die Engelse- en Kanadese regstelsels sal ook aandag geniet. Deur die voorgaande bespreking sal daar aangetoon word dat daar wel 'n mate van regsekerheid in die Suid-Afrikaanse regstelsel bereik is oor provokasie wat aanleiding gee tot nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer. Ten slotte sal 'n samevatting en aanbevelings voortspruitend uit die navorsing aan die hand gedoen word.

2. KONSEPTUALISERING

'n Sinvolle ondersoek na ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer vereis dat enkele sleutelbegrippe wat sentraal tot die studie staan, duidelik omskryf word.

2.1 Toerekeningsvatbaarheid

Voordat daar vasgestel kan word of 'n beskuldigde met die vereiste skuld opgetree het, moet dit vas staan dat hy tydens die gewraakte optrede toerekeningsvatbaar was. Die geestesvermoëns waaroor 'n persoon moet beskik ten einde deur die reg as toerekeningsvatbaar beskou te word, is eerstens die vermoë om die ongeoorlooftheid van sy doen en late te besef (kognitiewe geestesfunksie), en tweedens die vermoë om ooreenkomstig so 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy doen en late op te tree (konatiewe geestesfunksie). Ontbreek een of beide van die voormelde vermoëns, is die beskuldigde ontoerekeningsvatbaar en kan hy of sy nie strafregtelik aanspreeklik gehou word

vir die wederregtelike handeling wat verrig is terwyl die vermoë ontbreek het nie.¹⁴

Snyman¹⁵ definieer toerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Iemand is toerekeningsvatbaar as hy oor die geestesvermoëns beskik, eerstens om die ongeoorlooftheid van sy handeling te besef, en tweedens om ooreenkomstig so 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy handeling op te tree."

Burchell¹⁶ definieer toerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Persons are responsible for their criminal conduct only if the prosecution proves, beyond reasonable doubt, that at the time the conduct was perpetrated they possessed criminal capacity or, in other words, the psychological capacities for insight and for self-control."

Volgens Du Toit¹⁷ moet daar onderskei word tussen toerekenbaarheid en toerekeningsvatbaarheid. Hy definieer toerekeningsvatbaarheid soos volg:

"[Toerekeningsvatbaarheid] slaan op strafregtelike aanspreeklikheid, dit wil sê die vraag of die beskuldigde 'n strafbare handeling (actus reus) kan verrig, gesien sy geestestoestand. Toerekenbaarheid slaan op verwytbaarheid, dit wil sê op straf."

De Wet & Swanepoel¹⁸ definieer toerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Vandag word in ons reg, net soos in die Duitse, Oostenrykse en Switserse reg, die houding ingeneem dat die geestesvermoëns waarop dit aankom, die

¹⁴ *Woolmington v Director of Public Prosecutions* 1935 AC 462; *R v Ndlovu* 1945 AD 369; *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A) 166 F-G; *S v Calitz* 1990 (1) SASV 119 (A) 126 D; *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A); Schmidt, *Bewysreg* 4^{de} Uitgawe 52; Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 156.

¹⁵ Snyman, *Provokasie as 'n Volkome Verweer* in die *Strafreg* 1991 April Consultus 35.

¹⁶ Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 358.

¹⁷ Du Toit, *Straf in Suid-Afrika* 22.

¹⁸ De Wet & Swanepoel, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 110.

vermoë is om tussen reg en onreg te onderskei en die vermoë om ooreenkomstig daardie insig te handel."

Du Plessis¹⁹ definiëer toerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Toerekeningsvatbaarheid' could be translated as criminal capacity or criminal accountability, and may be regarded as the ability to attract criminal liability."²⁰

Strauss²¹ omskryf toerekeningsvatbaarheid as die vermoë om strafregtelik verantwoordelik gehou te word.

Volgens Kruger²² is dit van uiterste belang dat toerekeningsvatbaarheid en *mens rea* totaal van mekaar onderskei moet word. Hy verdeel die verhoor in twee fases – die eerste eindig met die uitspraak en die tweede handel oor die vonnis. Kruger²³ argumenteer verder dat toerekeningsvatbaarheid eers tydens die tweede fase van die verhoor, naamlik na 'n skuldigbevinding, ter sprake behoort te kom.

Lambrechts²⁴ definiëer toerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Toerekeningsvatbaarheid behels dat 'n persoon oor die nodige geestesvermoëns beskik om tussen reg en verkeerd te onderskei, asook die vermoë om gedrag by hierdie onderskeidingsvermoë te kan aanpas. Indien 'n persoon ontoerekeningsvatbaar was ten tye van die pleeg van die misdryf, kan hy nie skuldig bevind word aan die beweerde misdryf nie.

¹⁹ Du Plessis, Doktrale Proefskrif (1986) Rhodes Universiteit.

²⁰ Op 235.

²¹ Strauss, Opmerkings oor toorn as faktor by die vasstelling van Strafregtelike Aanspreeklikheid, THRHR 22 (1959) 14-26.

²² Kruger, Kante van Imputasie in die Nederlandse en Suid-Afrikaanse Strafrege, Doktrale Proefskrif (1972) Leiden.

²³ Op 272-276. Met hierdie argument kan myns insiens nie saamgestem word nie, aangesien toerekeningsvatbaarheid as voorvereiste vir strafregtelike aanspreeklikheid daargestel word. Sien ook: Le Roux, Strafregtelike aanspreeklikheid en die verweer van tydelike nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid – verlies van konatiewe geestesfunksie onderskei van blote verlies van humeur, THRHR 65 (2002) 478-481 op 481.

²⁴ Lambrechts, 'n Ondersoek na nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die regverdiging vir die voortbestaan van gesonde outomatisme en aanverwante verwere in die Suid-Afrikaanse strafreg, Doktrale Proefskrif (2005) Universiteit van die Vrystaat 24.

Toerekeningsvatbaarheid dui dus op 'n persoon se geestesvermoëns en nie op sy gesindheid nie."

In LAWSA²⁵ word toerekeningsvatbaarheid soos volg beskryf:

"Criminal responsibility or criminal capacity (toerekeningsvatbaarheid), is a concept relating to the mental ability of an accused at the time of the alleged offence. An accused is generally said to be criminally responsible if at the time of the alleged offence his or her mental ability was such that he or she could distinguish between right and wrong and act in accordance with that insight."

Die begrip het verder erkenning geniet in die verslag van die Kommissie van Onderzoek na die toerekeningsvatbaarheid van geestelik versteurde persone en aanverwante aangeleenthede (RP 69 van 1967), meer bekend as die "Rumpff-verslag".²⁶

In 1967 het die hof by monde van Rumpff AR, soos hy toe was, in *S v Mahlinza*,²⁷ vir die eerste keer ondubbelsinnig erkenning verleen aan toerekeningsvatbaarheid as voorvereiste vir strafregtelike aanspreeklikheid:

"'n Onmisbare vereiste in die strafreg vir die skuldigbevinding aan 'n misdaad is toerekeningsvatbaarheid. Dis die taak van die hof, wanneer die geskilpunt voor hom gelê word, om vas te stel of 'n beskuldigde toerekeningsvatbaar is ten opsigte van die aan hom toegeskrewe feit. Toerekeningsvatbaarheid is 'n begrip wat te doen het met die beskuldigde se geestesvermoëns ten tye van die begaan van die aangeklaagde feit."²⁸

²⁵ Joubert, LAWSA 2nd Edition 6 (2004) 62 par 73.

²⁶ Vir 'n bespreking hieroor raadpleeg Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 149; Snyman, Strafreg 4^{de} Uitgawe 164.

²⁷ *S v Mahlinza* 1967 (1) SA 408 (A).

²⁸ Op 414 G-H.

In *S v Chretien*²⁹ word toerekeningsvatbaarheid soos volg deur Rumpff AR verduidelik :

"Na my mening is iemand wat papdrunk is en wat onbewus is van wat hy doen, nie aanspreeklik nie omdat 'n spierbeweging in dié toestand gedoen nie 'n strafregtelike handeling is nie. Indien iemand 'n handeling verrig (meer as 'n onwillekeurige spierbeweging) maar so besope is dat hy nie besef wat hy doen nie of dat hy die ongeoorlooftheid van sy handeling nie besef nie, is hy nie toerekeningsvatbaar nie."³⁰

In *S v Van Vuuren*³¹ merk die hof soos volg op met betrekking tot toerekeningsvatbaarheid:

"I am prepared to accept that an accused person should not be held criminally responsible for an unlawful act where his failure to comprehend what he is doing is attributable not to drink alone, but to a combination of drink and other facts such as provocation and severe mental or emotional stress. In principle there is no reason for limiting the inquiry to the ease of the man too drunk to know what he is doing. Other factors which may contribute towards the conclusion that he failed to realize what was happening or to appreciate the unlawfulness of his act must obviously be taken into account in assessing his criminal liability."³²

In *S v Adams*³³ beslis die hof soos volg:

"Die vereiste gesindheid van die dader – wat aanleiding gee tot sy toerekeningsvatbaarheid – is 'n element van die misdaad."³⁴

²⁹ *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A).

³⁰ Op 1106 E-F.

³¹ *S v Van Vuuren* 1983 (1) SA 12 (A).

³² Op 17 G-H.

³³ *S v Adams* 1986 (4) SA 882 (A).

³⁴ Op 901(B). Hierdie stelling deur die hof is verwarrend. Die woord "gesindheid" is problematies, want dit kan dalk ook na skuld verwys. Sien ook: Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 155-156; Verschoor, *Die Strafregtelike Verantwoordelikheid van die Psigopaat en ander Analoë Figure*, Doktorale Proefskrif (1980) Universiteit van Pretoria 25. De Wet & Swanepoel, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 110 waarsku dat: "Die vraag of die persoon toerekeningsvatbaar was en die vraag of hy

In *S v Laubscher*³⁵ stel die hof die vereistes vir toerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Om toerekeningsvatbaar te wees, moet 'n dader se geestesvermoëns of psigiese gesteldheid sodanig wees dat hy regtens vir sy gedrag geblameer kan word. Die erkende psigologiese kenmerke van *toerekeningsvatbaarheid* is:

1. Die vermoë om tussen reg en verkeerd te onderskei. Die dader het die *onderskeidingsvermoë* om die regmatigheid of onregmatigheid van sy handeling in te sien. Met ander woorde, hy het die vermoë om te besef dat hy wederregtelik optree.
2. Die vermoë om ooreenkomstig daardie onderskeidingsvermoë te handel deurdat hy die *weerstandskrag* (wilsbeheervermoë) het om die versoeking om wederregtelik te handel, te weerstaan. Met ander woorde, hy het die vermoë tot vrye keuse om regmatig of onregmatig te handel, onderworpe aan sy wil.

Ontbreek een van hierdie twee psigologiese kenmerke dan is die dader ontoerekeningsvatbaar, bv waar hy nie die onderskeidingsvermoë het om die ongeoorlooftheid van sy handeling te besef nie. Insgelyks is die dader tog ontoerekeningsvatbaar waar sy geestesvermoë sodanig is dat hy nie die weerstandskrag het nie ten spyte daarvan dat hy wel die onderskeidingsvermoë het."³⁶

Vir doeleindes van hierdie studie word toerekeningsvatbaarheid omskryf as:

- (i) Die vermoë om tussen reg en verkeerd te onderskei; en
- (ii) die vermoë om ooreenkomstig daardie onderskeidingsvermoë te handel.

met 'n bepaalde gesindheid gehandel het, word nog nie duidelik van mekaar onderskei nie. Die toerekeningsvatbaarheidsvraag het te doen met die persoon se geestesvermoëns, en is 'n selfstandige vraag naas die vraag of die persoon met die een of ander gesindheid gehandel het."

³⁵ *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A).

³⁶ Op 166G-167A.

2.1.1 Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid

Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid verwys na 'n staat van geestes-onvermoë waarin die beskuldigde tydens die daad verkeer het en die ontoerekeningsvatbaarheid nie 'n manifestasie van 'n sieklike (patologiese) geestesversteuring was nie. Volgens Snyman³⁷ is die begrip nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid omvattend genoeg om gevalle in te sluit waar die beskuldigde beweer dat hy ontoerekeningsvatbaar was op grond van dronkenskap, provokasie of emosionele skok. Sodanige ontoerekeningsvatbaarheid is dus te wyte aan eksterne faktore en meestal tydelik van aard. Snyman³⁸ is verder van oordeel dat die begrip nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid verwys na alle beroepe van ontoerekeningsvatbaarheid buiten geestesongesteldheid en jeugdige leeftyd.

Van Oosten³⁹ definieer nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid soos volg:

"... it has recently become quite fashionable to refer to the 'non-pathological criminal incapacity defence' as a general defence, rather than to its specific manifestations in cases of intoxication, provocation, threats and fear, emotional stress and other mental disturbances."

Volgens Strauss⁴⁰ kom nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid daarop neer dat 'n heftige gemoedsbeweging in uiterste omstandighede 'n beskuldigde volkome van strafregtelike aanspreeklikheid kan onthef selfs wanneer 'n ernstige misdaad soos moord hom ten laste gelê is en hy beslis nie geestesongesteld is nie.

³⁷ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 157. Sien ook: Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 362; *S v Calitz* 1990 (1) SASV 119 (A) op 126-127.

³⁸ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 161.

³⁹ Van Oosten, *Non-pathological Criminal Incapacity versus Pathological Criminal Incapacity*, SAS (1993) 6 127 op 144.

⁴⁰ Strauss, *Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as verweer in die Strafreg: 'n Nuwe uitdaging vir deskundige, mediese getuieis*, SAPM (1995) 16 4 op 14.

Lambrechts⁴¹ definiëer nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Alle beroepe op ontoerekeningsvatbaarheid buiten geestesongesteldheid en jeugdige leeftyd, staan bekend as nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid."

In *S v Laubscher*⁴² definiëer Joubert AR nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Afgesien van statutêre ontoerekeningsvatbaarheid kan 'n mens ook nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid van 'n tydelike aard ten tye van die pleeg van die misdaad kry wat aan 'n nie-patologiese toestand, dws nie aan 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek in die vorm van 'n patologiese versteuring van sy geestesvermoëns toe te skryf is nie, te wyte sodat hy nie die onderskeidingsvermoë óf die wee[r]standskrag (wilsbeheervermoë) gehad het nie."⁴³

In *S v Eadie(1)*⁴⁴ omskryf Griesel R nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid breedvoerig:

"Since the early 1980s, however, the defence of criminal incapacity has been extended to other categories of persons: first to the intoxicated and later also to those acting under extreme provocation. The last-mentioned category has come to be described in the jargon as 'non-pathological criminal incapacity'. Such incapacity can arise from a variety of causes, which have variously been described as 'emotional collapse'; 'emotional stress', 'total disintegration of the personality', or it may be attributed to factors such as shock, fear, anger or tension."⁴⁵

⁴¹ Lambrechts, 'n Ondersoek na nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die regverdiging vir die voortbestaan van gesonde outomatisme en aanverwante verwere in die Suid-Afrikaanse strafreg, Doktorale Proefskrif (2005) Universiteit van die Vrystaat 31.

⁴² *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A).

⁴³ Op 167F-G.

⁴⁴ *S v Eadie(1)* 2001 (1) SASV 172 (K).

⁴⁵ Op 177(d-f).

In *S v Eadie*(HHA)⁴⁶ word nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid deur Navsa AR soos volg gedefiniër:

"In our law, criminal incapacity due to mental illness is classified as pathological incapacity. Where it is due to factors such as intoxication, provocation and emotional stress, it is termed non-pathological incapacity."⁴⁷

Vir doeleindes van hierdie studie word nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid omskryf as:

Die tydelike onvermoë om tussen reg en verkeerd te onderskei en die onvermoë om ooreenkomstig daardie onderskeidingsvermoë te handel, as gevolg van faktore wat nie aan 'n geestesongesteldheid in die vorm van 'n patologiese versteuring van die persoon se geestesvermoëns toe te skryf is nie.

2.1.2 Patologiese ontoerekeningsvatbaarheid

Wanneer die beskuldigde aan 'n geestesongesteldheid ly wat sy of haar vermoë wegneem of beïnvloed om tussen reg en verkeerd te onderskei, of om ooreenkomstig daardie besef te handel, manifesteer so 'n beskuldigde met patologiese (sieklieke) ontoerekeningsvatbaarheid.

Snyman⁴⁸ definiër patologiese ontoerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Geestesongesteldheid of geestesgebrek dui op 'n sieklieke of patologiese versteuring van die geestesvermoëns en nie op 'n bloot tydelike verstandelike beneweling nie wat nie toegeskryf kan word aan so 'n geestesiekte nie, maar wat bloot te wyte is aan uitwendige prikkels soos die gebruik van alkohol of verdowingsmiddels of selfs provokasie."

⁴⁶ *S v Eadie* 2002 (1) SASV 663 (HHA).

⁴⁷ Op 673(j)-674(a).

⁴⁸ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 167.

Lambrechts⁴⁹ definiër patologiese ontoerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Sodanige verweer van ontoerekeningsvatbaarheid weens geestesongesteldheid, staan dan ook bekend as patologiese ontoerekeningsvatbaarheid."

Burchell⁵⁰ definiër patologiese ontoerekeningsvatbaarheid soos volg:

"The requirement that the illness must be pathological means that only those mental disorders which are the product of a *disease* will qualify as a mental illness for purposes of s 78. In other words, the condition from which the accused suffers must be a result of some known or identifiable *disease* of the mind."

In *S v Eadie(HHA)*⁵¹ word patologiese ontoerekeningsvatbaarheid deur Navsa AR soos volg gedefiniër:

"In our law, criminal incapacity due to mental illness is classified as pathological incapacity."⁵²

Vir doeleindes van hierdie studie word patologiese ontoerekeningsvatbaarheid omskryf as:

Die onvermoë om tussen reg en verkeerd te onderskei, en ooreenkomstig daardie onderskeidingsvermoë te handel, as gevolg van 'n patologiese versteuring van die persoon se geestesvermoëns.

⁴⁹ Lambrechts, 'n Ondersoek na nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die regverdiging vir die voortbestaan van gesonde outomatisme en aanverwante verwerre in die Suid-Afrikaanse strafreg, Doktorale Proefskrif (2005) Universiteit van die Vrystaat 31. Sien ook: *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A) op 167.

⁵⁰ Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 375.

⁵¹ *S v Eadie* 2002 (1) SASV 663 (HHA).

⁵² Op 673(j).

2.1.3 Verminderde Toerekeningsvatbaarheid

Die leerstuk van verminderde toerekeningsvatbaarheid het ten doel dat, waar bevind word dat 'n beskuldigde in 'n verminderde mate toerekeningsvatbaar was, hy of sy ligter gestraf behoort te word as in die geval van 'n beskuldigde wat tydens die daad volkome toerekeningsvatbaar was (normale persone). Die leerstuk van verminderde toerekeningsvatbaarheid was goed bekend aan die ou skrywers.⁵³ Die leerstuk is aanvanklik oorgeneem in die Skotse reg, en van daar af gedeeltelik in die Engelse reg. Namate die begrippe straf en skuld geskei is, het die leerstuk van verminderde toerekeningsvatbaarheid daartoe begin lei dat persone aan die mindere misdaad van strafbare manslag skuldig bevind kon word op 'n aanklag van moord.⁵⁴

De Wet & Swanepoel⁵⁵ konseptualiseer verminderde toerekeningsvatbaarheid soos volg:

"'n Persoon kan nou wel nie ontoerekeningsvatbaar wees nie, maar tog weens 'n geestesgebrek 'n verswakte weerstandsvermoë hê, wat hom nie tot dieselfde mate aanspreeklik maak vir sy daade as wat 'n normale gesonde mens aanspreeklik sal wees nie. In so 'n geval praat ons van verminderde toerekeningsvatbaarheid. Die beskuldigde bly dan nog aanspreeklik, maar hy word ligter gestraf. Sy verminderde toerekeningsvatbaarheid is dan grond vir strafversagting."

Snyman⁵⁶ beskryf verminderde toerekeningsvatbaarheid as 'n geval waar die beskuldigde die ongeoorlooftheid van sy handeling kon besef het, en

⁵³ Carpzovius, aw, 1483 en 1485; Matthaeus, aw, 26; Van Leeuwen, aw, paragraaf 21; Schrassert, aw, 236 en Moorman, aw, 14.

⁵⁴ Sien Artikel 2 van die Engelse 'Homicide act' van 1957. Die toepassing van die reduksieleer oftewel "partial excuse rule" het hoofsaaklik ten doel gehad om verpligte strawwe vry te spring. Die Engelse, Kanadese en Skotse howe het egter toegelaat dat hierdie "partial excuse" misdaad elemente kon uitskakel, soos in *Her Majesty's Advocate v Drury* 2001 SCCR 583 waar provokasie die "wicked" element van opset kon uitskakel. Dus kon dit moord verminder na strafbare manslag. Hierteenoor word die leerstuk van verminderde toerekeningsvatbaarheid slegs toegepas in die Suid-Afrikaanse reg ná 'n skuldigbevinding as 'n strafversagende maatreël. Sien: Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 425.

⁵⁵ De Wet & Swanepoel, Straffreg 4^{de} Uitgawe 104. Verminderde toerekeningsvatbaarheid kan ook weens ander redes, van eksterne oorsprong teweeggebring word; nie net geestesgebrek nie. Sien ook: Snyman, Straffreg 4^{de} Uitgawe 159.

ooreenkomstig so 'n besef kon opgetree het, maar dit vir hom weens faktore soos provokasie of 'n emosionele spanningstoestand moeiliker as vir 'n normale mens was om 'n versoeking te weerstaan, en sy handeling ooreenkomstig sy insigte in reg en verkeerd in te rig.

Burchell⁵⁷ konseptualiseer verminderde toerekeningsvatbaarheid soos volg:

"Diminished responsibility is usually the finding in cases of mental deficiency that do not amount to legal insanity."

Verminderde toerekeningsvatbaarheid word vervat in artikel 78(7) van die Strafproseswet,⁵⁸ en lees soos volg:

"Indien die hof bevind dat die beskuldigde ten tye van die verrigting van die betrokke handeling vir die handeling strafregtelik toerekenbaar was maar dat sy vermoë om die ongeoorloofdheid van die handeling te besef of om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorloofdheid van sy handeling op te tree, vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek verminder was, kan die hof die feit van so 'n verminderde toerekenbaarheid in aanmerking neem wanneer die beskuldigde gevonnissen word."

Wanneer 'n hof bevind dat 'n beskuldigde wel toerekeningsvatbaar was en al die vereistes vir aanspreeklikheid bevredig is, insluitende die elemente van die misdaad, moet hy dienooreenkomstig skuldig bevind word. 'n Hof kan egter ten spyte van die voorgaande bevind dat die beskuldigde se toerekeningsvatbaarheid minder was as dié van 'n normale mens. Die verminderde toerekeningsvatbaarheid kan te wyte wees aan faktore soos provokasie of 'n emosionele spanningstoestand.⁵⁹ By die bepaling van

⁵⁶ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 159.

⁵⁷ Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 401. Sien ook: *R v Hugo* 1940 WLD 285; *R v Molehane* 1942 GWLD 64; *R v Anderson* 1956 (4) SA 756 (A); *S v De Boer* 1968 (4) SA 866 (A); *S v Makete* 1971 (4) SA 214 (T); *S v Loubscher* 1979 (3) SA 47 (A) op 60; *S v McBride* 1979 (4) SA 313 (W) op 319-320, 323B-E.

⁵⁸ Strafproseswet 51 van 1977.

⁵⁹ *S v McBride* 1979 (4) SA 313 (W). Sien ook: *S v Makete* 1971 (4) SA 214 (T); *S v Mnyanda* 1976 (2) SA 751 (A) 766H; *S v Pieterse* 1982 (3) SA 678 (A) 683; *S v Phillips* 1985 (2) SA 727 (N)

verminderde toerekeningsvatbaarheid sal die hof hom laat lei deur deskundige mediese getuienis, tesame met alle ander getuienis in die saak.⁶⁰

Verminderde toerekeningsvatbaarheid sal hoofsaaklik toepassing vind om straf te verminder, en het geen uitwerking op aanspreeklikheid nie. Die voorgaande sal dus uitsluitlik deur die hof in aanmerking geneem word vir die oplegging van 'n ligter straf.

Dit is duidelik dat hierdie leerstuk van verminderde toerekeningsvatbaarheid deel is van die Suid-Afrikaanse reg in soverre dit strafvermindering tot gevolg het. In *R v Hugo*⁶¹ word daar wel met goedkeuring aangehaal uit *R v Biyana*⁶² waar daar beslis is dat verminderde toerekeningsvatbaarheid 'n versagtende omstandigheid is wat die beskuldigde se skuld verminder. Die enigste gevolg wat sodanige versagtende omstandigheid in die *Hugo*-saak gehad het, was 'n nie-oplegging van die doodvonnis.

Schreiner R⁶³ stel dit soos volg:

"... an extenuating circumstance in this connection is a fact associated with the crime which seems in the minds of reasonable men to diminish, morally albeit not legally, the degree of the prisoner's guilt. The mentality of the accused may furnish such a fact. A mind which, though not diseased so as to provide evidence of insanity in the legal sense, may be subject to a delusion, or to some erroneous belief or some defect, in circumstances which would make a crime committed under its influence less reprehensible or diabolical than it would be in the case of a mind of normal condition. Such a delusion, erroneous belief, or defect, would appear to us to be a fact which may in proper cases be held to provide an extenuating circumstance."

741-742; *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A) 168A-C, 173B-C; *S v Calitz* 1990 (1) SASV 119 (A) 129B.

⁶⁰ Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 401.

⁶¹ *R v Hugo* 1940 WLD 285.

⁶² *R v Biyana* 1938 EDLD 310.

⁶³ Op 288.

Van der Merwe⁶⁴ het bevind dat die leerstuk van verminderde strafbaarheid uit drie komponente bestaan, naamlik:

- a) Verminderde toerekeningsvatbaarheid in 'n enger sin, met ander woorde die huidige artikel 78(7) waar geestesongesteldheid of geestesgebrek tot 'n verminderde insig- of beheersvermoë lei.
- b) Verminderde toerekeningsvatbaarheid in 'n breër sin, waar 'n nie-patologiese maar tog analoë toestand tot 'n verminderde insig- of beheersvermoë lei, byvoorbeeld jeugdigheid, dronkenskap of heftige gemoedsbewegings as gevolg van woede, vrees, ensovoorts.
- c) Verminderde strafbaarheid uit hoofde van ander gronde, byvoorbeeld dadersubjektiewe faktore soos *dolus indirectus*, die afwesigheid van wederregtelikheidsbewussyn, geloof in toorkuns, dwang, 'n edel motief, 'n geringe daad van deelneming, berou, hulp aan die slagoffer, oorskryding van regverdigingsgronde, ensovoorts. Verder ook faktore soos poging wat gewoonlik lei tot 'n ligter straf asook persoonlike faktore van die dader, soos sy karakter, status en finansiële vermoëns.

Van der Merwe doen in sy proefskrif die volgende oplossing aan die hand, naamlik 'n indeling van die skuldigbevinding- en vonnisopleggingsproses in verskeie stadia. Volgens hom moet daar steeds nog besluit word of die skuldverwyt *dolus* of *culpa* is, indien dit vasstaan dat 'n persoon wel toerekeningsvatbaar is en aan die ander vereistes vir aanspreeklikheid voldoen. Verder kom verminderde toerekeningsvatbaarheid eers by kwantifisering van skuld, en dus van die verwytbaarheid van die dader, ter sprake. Volgens hom moet alle faktore wat die dader se verwytbaarheid verlaag (byvoorbeeld verminderde toerekeningsvatbaarheid), of verhoog, teen mekaar verreken word.

⁶⁴ Van der Merwe, Die Begrip Verminderde Toerekeningsvatbaarheid en die Implementering daarvan (1983) TRW 2 172. Met hierdie standpunt kan myns insiens nie saamgestem word nie. Deur verminderde toerekeningsvatbaarheid by die kwantifisering van skuld in te bring sal slegs die hele proses om die beskuldigde se verwytbaarheid te bepaal, vertroebel. Verminderde toerekeningsvatbaarheid moet slegs ter sprake kom na skuldigbevinding tydens vonnis as 'n strafversagende maatreeël.

2.2 Algemene ontoerekeningsvatbaarheidsmaatstaf

Die algemene ontoerekeningsvatbaarheidsmaatstaf word soos volg deur Bergenthuin⁶⁵ geformuleer:

"Iemand wat 'n handeling verrig wat 'n misdryf uitmaak en wat ten tye van so 'n verrigting nie oor die vermoë beskik –

- (a) om die ongeoorlooftheid van sy handeling te besef nie; of
- (b) om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy handeling op te tree nie,

is nie vir so 'n handeling strafregtelik toerekenbaar nie."

Snyman⁶⁶ is van oordeel dat met inagneming van die begrip nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid wat verwys na alle beroepe op ontoerekeningsvatbaarheid buiten geestesongesteldheid en jeugdige leeftyd, dit beter sou wees om liever na hierdie verweer te verwys as die algemene ontoerekeningsvatbaarheidsverweer.

Vir doeleindes van hierdie studie word die algemene ontoerekeningsvatbaarheidsmaatstaf erken as geldende reg waarvolgens die klem op die ontoerekeningsvatbaarheid self, eerder as die oorsaak daarvan, geplaas word.

2.3 Outomatisme

Die begrip "outomatisme" verwys na 'n staat waarin 'n persoon verkeer waartydens sy of haar handeling neerkom op dié van 'n outomaat. So 'n persoon tree werktuiglik op en sy of haar handeling is blote onwillekeurige refleksbewegings. Sodanige optrede geskied byvoorbeeld tydens 'n niesbui, epileptiese aanval en slaapwandelaar.

⁶⁵ Bergenthuin, Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria 585-586.

⁶⁶ Snyman, Strafreg 4^{de} Uitgawe 161.

Snyman⁶⁷ beskryf 'n staat van outomatisme as spierbewegings wat eerder herinner aan die meganiese optrede van 'n outomaat as aan die optrede van 'n mens wie se liggaamsbewegings onderworpe is aan sy wil.

Verschoor⁶⁸ definieer outomatisme soos volg:

"Outomatisme is maar 'n versamelnaam waaronder talle vorms van geestesongesteldheid ressorteer."

Lambrechts⁶⁹ omskryf outomatisme soos volg:

"Outomatisme is die verweer dat die beskuldigde nie willekeurig gehandel het nie en dat die vereiste handeling en dus aanspreeklikheid, ontbreek."

Scoble⁷⁰ definieer outomatisme as "an unconscious, involuntary action" of "action without knowledge" en hy gee die volgende voorbeelde van outomatisme, naamlik epilepsie, "black-outs", psigies-fisiese redes en emosionele onstabieleit.

Volgens Fenwick⁷¹ kan outomatisme soos volg gedefinieer word:

"Outomatisme is 'n brok onwillekeurige handeling waaroor 'n persoon geen beheer het nie. Die gedrag self is gewoonlik nie toepaslik vir die omstandighede nie, en mag onkarakteristiek vir die persoon wees. Dit kan kompleks, gekoördineerd, en oënskynlik doelbewus en gerig wees, alhoewel daar gebrekkige oordeel is. Na afloop mag die persoon moontlik geen herinneringe daarvan hê nie of slegs gedeeltelike en verstrooide herinneringe. In die geval van organiese outomatisme moet daar 'n mate van versteuring in

⁶⁷ Snyman, Strafbreg 4^{de} Uitgawe 56.

⁶⁸ Verschoor, Die Strafbregtelike Verantwoordelikheid van die Psigopaat en ander Analoë Figure, Doktorale Proefskrif (1980) Universiteit van Pretoria 168. Hierdie omskrywing slaan slegs op sieklike outomatisme en skep verwarring tussen die begrippe 'gesonde' en 'sieklike' outomatisme.

⁶⁹ Lambrechts, 'n Ondersoek na nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die regverdiging vir die voortbestaan van gesonde outomatisme en aanverwante verwerre in die Suid-Afrikaanse strafbreg, Doktorale Proefskrif (2005) Universiteit van die Vrystaat 34.

⁷⁰ Scoble, Amnesia, Automatism and Insanity, SALJ 79 (1963) 338-346.

⁷¹ Fenwick, The Principles and Practice of Forensic Psychiatry 271-285.

breinfunksie teenwoordig wees, wat genoegsaam is om aanleiding te gee tot bostaande eienskappe. In psigogene outomatismes is die gedrag kompleks, gekoördineerd, en toepaslik ten opsigte van sekere aspekte van die pasiënt se psigopatologie. Die sensorium is helder, maar daar sal 'n erge of volledige amnesie vir die episode wees."

Card Cross & Jones⁷² definieer outomatisme as:

"... where an act is beyond the control of that person's mind the situation is known as one of automatism."

Volgens Blackstone's Criminal Practice⁷³ word outomatisme soos volg gedefinieer:

"The defence of automatism rises where the accused's conduct lacks the basic requirement of being voluntary."

Blackstone beperk voorts die verweer van outomatisme tot gevalle waar willekeurige spierbeheer totaal afwesig is en sluit verminderde spierbeheer doelbewus uit by die verweer.

In *R v Zulch*⁷⁴ het Maritz R die verweer van outomatisme soos volg opgesom:

"Now, according to Dr. Vermooten, the form of mental disorder from which the accused suffered when he killed his child was hysterical automatism, which may be described as an automatic condition which is uncontrolled, which has no volition."⁷⁵

Alhoewel 'n regsvergelykende perspektief op provokasie as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer in hoofstuk 3 gebied sal word, dien daar hier op gelet te word dat outomatisme op 'n

⁷² Card, Card Cross & Jones Criminal Law 12th Edition 143.

⁷³ Murphy, Blackstone's Criminal Practice 1991 2nd Edition 37-38.

⁷⁴ *R v Zulch* 1937 TPD 400.

⁷⁵ Op 403.

soortgelyke wyse in ander regstelsels omskryf word. In *Bratty v Attorney-General*⁷⁶ sit die hof by monde van Lord Denning die outomatiese handeling soos volg uiteen:

"The requirement that it [the actus reus] should be a voluntary act is essential, not only in a murder case but also in every criminal case. No act is punishable if it is done involuntarily; and an involuntary act in this context – some people nowadays prefer to speak of it as 'automatism' – means an act which is done by the muscles without any control by the mind, such as a spasm, a reflex action or a convulsion; or an act done by a person who is not conscious of what he is doing, such as an act done while suffering from concussion or while sleepwalking."⁷⁷

Die Hooggeregshof van Kanada definieer outomatisme soos volg in die saak van *Rabey*⁷⁸:

"Automatism is a term used to describe unconscious involuntary behaviour, the state of a person who, though capable of action, is not conscious of what he is doing. It means an unconscious, involuntary act, where the mind does not go with what is being done."

'n Algemene omskrywing van wat outomatisme is, lui soos volg:

"Automatism is a condition in which a person performs acts without conscious knowledge or later memory of what he or she is doing. Although the person appears to be functioning normally, he or she does not manifest personality, and behaviour may be abnormal. The condition normally represents an hysterical trance. It may also follow some severe trauma or an attack of certain forms of epilepsy. Sleepwalking is one example of automatism."⁷⁹

⁷⁶ *Bratty v Attorney General* (Northern Ireland) [1963] A. C. 386.

⁷⁷ Op 409.

⁷⁸ *Rabey v R* (1980) 54 C.C.C. (2d) 1.

⁷⁹ World Book Medical Encyclopedia 7th Edition (1997).

Vir doeleindes van hierdie studie word outomatisme omskryf as 'n tydelike staat waartydens 'n persoon onwillekeurig aksies uitvoer.

2.3.1 Willekeurigheid

Volgens Snyman⁸⁰ is gedrag willekeurig indien die beskuldigde oor die vermoë beskik om sy liggaamsbewegings deur sy verstand of wil te beheer. Die beskuldigde moet in staat wees om 'n besluit te neem oor sy doen of late en om hierdie besluit in die werklikheid deur te voer. Die beskuldigde sou dus in staat moet wees om die verbode handeling te kan verhoed, indien hy sy aandag daaraan bestee.

Snyman⁸¹ stel dit soos volg:

"Is sy gedrag nie vatbaar vir wilsbeheer nie, is dit onwillekeurig, soos wanneer iemand in sy slaap wandel en op iemand trap, of tydens 'n epileptiese aanval 'n handbeweging uitvoer waardeur hy iemand anders deur die gesig klap."

Burchell⁸² konseptualiseer menslike willekeurige handeling soos volg:

"It follows from this that persons will be held criminally liable only if their actions are determined by their free will. This principle is expressed by the requirement that for purposes of the criminal law, a human act must be voluntary in the sense that it is subject to the accused's conscious will. Where for some reason or another the person is deprived of the freedom of his will, his actions are 'involuntary' and he cannot be held criminally liable for them."

⁸⁰ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 55.

⁸¹ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 55. Sien ook: *S v Johnson* 1969 (1) SA 201 (A) 204; *S v Goliath* 1972 (3) SA 1 (A) 29; *S v Trickett* 1973 (3) SA 526 (T) 532; *S v Cunningham* 1996 (1) SASV 631 (A) 635-636; *S v Kok* 1998 (1) SASV 532 (N) 545(d-e).

⁸² Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 179.

2.3.2 Gesonde outomatisme

'n Onderskeid word getref tussen gesonde en sieklike outomatisme. Wat gesonde outomatisme aanbetref tree so 'n persoon slegs vir enkele oomblikke onwillekeurig op, byvoorbeeld in gevalle van 'n "blackout" of amnesie. In hierdie geval berus die bewyslas op die staat om bo redelike twyfel aan te toon dat die persoon of beskuldigde se handeling willekeurig was. 'n Suksesvolle beroep op gesonde outomatisme lei tot 'n onvoorwaardelike vrysprak.

Volgens Snyman⁸³ verwys "gesonde outomatisme" na gevalle waar 'n beskuldigde se gedrag net momenteel onwillekeurig is en hy dus nie "handel" in die juridiese sin van die woord nie.

Lambrechts⁸⁴ is van mening dat:

"Indien die outomatisme die resultaat was van 'n ander rede as geestesongesteldheid, het die outomatisme bekend gestaan as gesonde outomatisme."

Lówenstein⁸⁵ definiëer gesonde outomatisme soos volg:

"...that it falls in the twilight zone between consciousness and unconscious, or insane automatism type behaviour."

Vir doeleindes van hierdie studie word gesonde outomatisme omskryf as die tydelike onvermoë om willekeurig te handel waar die onvermoë nie toegeskryf kan word aan 'n geestesongesteldheid nie.

⁸³ Snyman, Strafbreg 4^{de} Uitgawe 170.

⁸⁴ Lambrechts, 'n Ondersoek na nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die regverdiging vir die voortbestaan van gesonde outomatisme en aanverwante verwerre in die Suid-Afrikaanse strafbreg, Doktorale Proefskrif (2005) Universiteit van die Vrystaat 39.

⁸⁵ Lówenstein, Automatism: Psychological and Legal Aspects, Justice of the peace 2001 Vol 165 op 284-288.

2.3.3 Sieklike outomatisme

"Sieklike outomatisme" is 'n toestand wat te wyte is aan 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek, byvoorbeeld skisofrenie. In hierdie geval rus die bewyslas op die beskuldigde om op 'n oorwig van waarskynlikheid te bewys dat hy geestesversteurd was ten tyde van die pleging van die daad. Die gevolg van 'n suksesvolle beroep op sieklike outomatisme lei tot 'n opname in 'n psigiatriese hospitaal of gevangenis, totdat 'n regter in kamers so 'n persoon se vrylating beveel.

Lambrechts⁸⁶ is van mening dat:

"Waar die outomatisme die resultaat was van geestesongesteldheid, was die outomatisme bekend as siek outomatisme."

Burchell⁸⁷ beskryf "sieklike outomatisme" soos volg:

"A condition of insane automatism results from a pathological mental condition which requires the accused under both the common and statute law to prove this pathological condition on a balance of probabilities."

Vir doeleindes van hierdie studie word sieklike outomatisme omskryf as die tydelike onvermoë om willekeurig te handel as gevolg van 'n geestesongesteldheid.

3. PROBLEEMSTELLING

In verkennende literatuurstudie oor toerekeningsvatbaarheid as aanspreeklikheidsvereiste het bepaalde vrae na vore getree as sentrale problematiek van die onderhawige navorsing. Hierdie sentrale problematiek kan soos volg geformuleer word:

⁸⁶ Lambrechts, 'n Ondersoek na nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die regverdiging vir die voortbestaan van gesonde outomatisme en aanverwante verwerpe in die Suid-Afrikaanse strafreg, Doktorale Proefskrif (2005) Universiteit van die Vrystaat 39.

⁸⁷ Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 139.

- Waar is die ontstaan en hoe vertoon die ontwikkeling van ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer?
- Wat is die aard en omvang van die ontoerekeningsvatbaarheidsgrade?
- Watter faktore predisponer tans 'n staat van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid?
- Waar lê die bewyslas by die verweere van patologiese sowel as nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, en watter rol speel deskundige getuienis in dié verband?
- Watter bydrae kan en moet die strafhowe lewer tot regsekerheid oor nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer?

4. SENTRALE TEORETIESE STELLING

In die onderhawige studie gaan daar gepoog word om die volgende sentrale teoretiese stelling te verifiëer:

Die ware en fundamentele aard van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer is duidelik onderskeibaar van gesonde outomatisme en leen hom, weens 'n algemene ontoerekeningsvatbaarheidsmaatstaf, tot 'n toenemend populêre verweer. Hierdie tendens behoort op 'n suiwer juridiese grondslag sinvol ondervang te word deur die Suid-Afrikaanse strafhowe.

5. NAVORSINGSMETODE

Hierdie studie verteenwoordig 'n uitgebreide literatuurstudie. 'n Teoretiese ondersoek sal onderneem word aan die hand van 'n uitgebreide studie van relevante literatuur en hofuitsprake. Alle verbandlegginge word ook teoreties gedoen aan die hand van geraadpleegde literatuur.

6. NAVORSINGSDOEL

Die doel van die onderhawige studie is om ondersoek in te stel na die ontstaan en ontwikkeling van ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer.

Spesifiek sal daar gepoog word om die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as juridiese probleemveld in perspektief te plaas. Hierdie studie kan nie sinvol onderneem word sonder behoorlike inagneming van die rol van die Suid-Afrikaanse strafhewe in hierdie verband nie.

7. NAVORSINGSPROGRAM

Na die voorafgaande inleidende oriëntering, konseptualisering en probleemstelling, sien die verdere program van studie soos volg daaruit:

In hoofstuk twee sal die toepassing van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid duidelik ontleed word. Die verwarring tussen gesonde outomatisme en nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verwerre, sal voorts krities toegelig word. Die rol van amnesie by die bepaling van ontoerekeningsvatbaarheid en die bewyslas by amnesie sal eweneens op 'n juridies-verantwoordbare wyse ontleed word.

In hoofstuk drie val die fokus op provokasie as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. Daar sal ook regsvergelykend aandag geskenk word aan die Engelse en Kanadese reg in die verband.

In hoofstuk vier word 'n samevatting van bevindinge en aanbevelings wat uit die ondersoek spruit, aangebied.

HOOFSTUK TWEE

DIE TOEPASSING VAN DIE VERWEER VAN NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID DEUR DIE SUID-AFRIKAANSE STRAFHOWE

1. INLEIDING

In hierdie hoofstuk sal die ontstaan en ontwikkeling van die begrip nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die gepaardgaande verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg bespreek word. In die bespreking sal onder andere aandag geskenk word aan die wyse waarop die Suid-Afrikaanse howe die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid hanteer het deur die toenemende populariteit van die verweer te probeer demp deur die vereistes vir 'n suksesvolle beroep op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid toenemend hoër te stel.

Die bespreking sal verder die invloed van dronkenskap, jeugdige leeftyd en provokasie as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid ondersoek, asook die subjektiewe en objektiewe toets by die beoordeling van provokasie. In hierdie hoofstuk sal daar verder 'n onderskeid getref word tussen nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en patologiese ontoerekeningsvatbaarheid asook tussen nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en gesonde outomatisme – 'n onderskeid wat dikwels nie suiwer deur die howe toegepas word nie.

Die rol wat deskundige getuienis speel by die beoordeling van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid sal bespreek word aan die hand van die bewysregtelike maatstaf, die howe se interpretasie daarvan asook die noodsaaklikheid van sodanige getuienis. Die res van die bespreking sal gewy word aan die rol van amnesie by die bepaling van ontoerekeningsvatbaarheid asook die bewyslas daarvan. Daar sal 'n bespreking gebied word oor die wyse waarop die howe die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid verfyn het en sodoende hoër vereistes vir 'n geslaagde beroep daarvoor gestel het.

'n Kort bespreking van "battered woman syndrome" en die invloed van kumulatiewe provokasie sal ook aandag geniet. Laastens sal daar kortliks gekyk word na die impak van toerekeningsvatbaarheid met betrekking tot die oplegging van vonnis deur die houe.

2. DIE ONTWIKKELING VAN DIE BEGRIP "NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID" IN DIE SUID-AFRIKAANSE STRAFREG

Toerekeningsvatbaarheid is 'n voorvereiste vir die opdoen van strafregtelike aanspreeklikheid. 'n Strafregtelike handeling as willekeurige menslike *commissio* of *omissio* vorm die basis van strafregtelike aanspreeklikheid.⁸⁸ Die begrip toerekeningsvatbaarheid was bykans onbekend in die Suid-Afrikaanse regstelsel tot in die laat sestigerjare. Die begrip toerekeningsvatbaarheid het eers werklik beslag gekry in die Suid-Afrikaanse strafreg met die ondersoek en daaruitvoortspruitende verslag, naamlik Die Verslag van die Kommissie van Ondersoek na die toerekeningsvatbaarheid van geestelik versteurde persone en aanverwante aangeleenthede (RP 69 van 1967), meer bekend as die Rumpff-verslag. Die aanbevelings in die voormelde verslag het daarna aanleiding gegee tot die bepalinge soos dit vandag vervat word in artikels 77, 78 en 79 van die Strafproseswet.⁸⁹

Voor 1981 is meestal aanvaar dat ontoerekeningsvatbaarheid slegs 'n verweer kon wees indien die geestesonvermoë voortgespruit het uit "biologiese" faktore, te wete geestesongesteldheid (kranksinnigheid) of jeugdige leeftyd.⁹⁰ In die loop van die tagtigerjare is die ontoerekeningsvatbaarheidsverweer egter uitgebrei en is aanvaar dat ontoerekeningsvatbaarheid 'n verweer kon wees selfs al was dit nie as gevolg van die voorgenoemde biologiese faktore nie.⁹¹ 'n Persoon kon nou ook

⁸⁸ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 51-52, 156; Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 140, 178; Le Roux, *Strafregtelike aanspreeklikheid en die verweer van tydelike nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid – verlies van konatiewe geestesfunksie onderskei van blote verlies van humeur* THRHR 65 (2002) 478-481.

⁸⁹ *Strafproseswet* 51 van 1977.

⁹⁰ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 156.

⁹¹ Sien: *S v Arnold* 1985 (3) SA 256 (K) op 264 B-D; *S v Campher* 1987 (1) SA 940 (A); *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A) op 166-167; *S v Calitz* 1990 (1) SASV 119 (A) op 126-127; *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A).

slaag met 'n verweer van ontoerekeningsvatbaarheid op grond van 'n suiwer psigologiese toets vir ontoerekeningsvatbaarheid.⁹² Hier van belang dan dronkenskap en provokasie as oorsake van ontoerekeningsvatbaarheid wat hieronder meer volledig bespreek sal word.

Ook die besondere-opset-teorie ("specific-intent theory") is hier van belang. Die teorie het kortweg behels dat misdade in twee groepe ingedeel kon word, te wete die wat 'n besondere opset vereis en die wat 'n gewone opset vereis. Ingevolge die besondere-opset-teorie sou 'n beskuldigde wat aangekla was van 'n misdaad wat 'n besondere opset vereis het, byvoorbeeld aanranding met die opset om ernstig te beseer, die verweer van dronkenskap kon opwerp. Dit sou die uitwerking hê dat die besondere opset uitgeskakel word, gevolglik kon die beskuldigde dan nie aan die misdaad waarvoor die besondere opset 'n vereiste was, skuldig bevind word nie, maar slegs aan 'n minder ernstige misdaad, insluitende 'n misdaad waarvoor slegs 'n gewone opset vereis word. Ingevolge die "specific-intent"-leerstuk kon provokasie eweneens 'n besondere opset negativer, maar nooit 'n gewone opset nie. Die besondere opset wat dus vir moord en die gekwalifiseerde aanrandings vereis is, kon deur provokasie en dronkenskap uitgeskakel word, wat in 'n geval van moord aanleiding sou gee tot 'n skuldigbevinding aan strafbare manslag, en in die geval van gekwalifiseerde aanrandings tot 'n skuldigbevinding aan gewone aanranding.⁹³ Die besondere-opset-teorie is egter deur die Appèlhof verwerp in die 1981 saak van *Chretien*.⁹⁴

Volgens die Romeins-Hollandse reg was toorn voortspruitend uit provokasie geen verweer nie, maar kon dit wel strafversagting werk. As gevolg van die invloed van die Engelse reg is daar aanvanklik in die Suid-Afrikaanse reg van die standpunt uitgegaan dat toorn wel in 'n onvermoë om opset te vorm, kon

⁹² Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 156-157; Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 362; De Wet & Swanepoel, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 110. Sien ook: *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A); *S v Arnold* 1985 (3) SA 256 (K); *S v Campher* 1987 (1) SA 940 (A).

⁹³ De Wet & Swanepoel, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 125 ev.; Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 223 en volgende; Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition op 404, 418-421; Van der Merwe DP, Die begrip verminderde toerekeningsvatbaarheid en die implementering daarvan, Referaat, *Colloquia Iuridica II, Die Reg en die Psigiatry*, U.O.V.S., Bloemfontein, 1983 06 25 op 177-178.

⁹⁴ *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A); Bergenthuin, *Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg*, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria 530.

resulteer.⁹⁵ Die eerste werklik onderskeibare beslissing is in 1925 deur Solomon AR in *R v Butelezi*⁹⁶ gelewer. Die hof het die aanwesigheid van provokasie hanteer as sou dit moontlik op die beskuldigde se vermoë om die nodige opset te vorm, impakteer.

Die geïllustreerde feitestelsel was dat 'n eggenoot by sy terugkeer na 'n afwesigheid van twee maande sy gewoonteregtelike vrou onder verdagte omstandighede saam met 'n ander man betrap het. Toe die ander man hom ontvlug, en hy geen reaksie deur ondervraging by sy vrou kon ontlok nie, het die beskuldigde haar ses messteke in die bene en onderlyf toegedien, as gevolg waarvan sy gesterf het. Solomon AR beklemtoon in sy uitspraak dat provokasie by 'n aanklag van moord bepaal word deur die vraag of die beskuldigde oor die vermoë beskik het om die nodige opset te vorm. Solomon AR aanvaar die posisie soos uiteengesit in artikel 141 van die Transkeise Strafkode⁹⁷ as die juiste regsposisie in die Suid-Afrikaanse reg:

"Homicide which would otherwise be murder may be reduced to culpable homicide, if the person who causes death does so in the heat of passion caused by sudden provocation. Any wrongful act or insult of such a nature as to be sufficient to deprive any ordinary person of the power of self control may be provocation, if the offender act upon it on the sudden, and before there has been time for his passion to cool. Whether any particular wrongful act or insult, whatever may be its nature, amounts to provocation, and whether the person provoked was actually deprived of the power of self control by the provocation which he received shall be a question of fact."

Deur hierdie bepaling van die Transkeise Strafkode as juis te aanvaar, is gevalle van provokasie wat formele strafvermindering tot gevolg kan hê, baie beperk. Eerstens sou slegs 'n "wrongful act or insult" as provokerende gedrag in ag geneem word. Die provokasie moes dus wederegterlik wees, en die beskuldigde moes verder sy "power of self control" totaal kwyt wees. Opsigself was dit egter

⁹⁵ De Wet & Swanepoel, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 130; *S v Mokonto* 1971 (2) SA 319 (A); *S v Meyer* 1981 (3) SA 11 (A).

⁹⁶ *R v Butelezi* 1925 AD 160. Sien ook: *The Queen v Pascoe* (1884) 2 SC 427; *R v Udiga* 1890 NLR 222; *R v Dungen* 1913 CPD 110; *R v Tsoyani* 1915 EDL 380; *R v Potgieter* 1920 EDL 254; *R v Ngcobo* 1921 AD 92.

⁹⁷ Die welbekende NTPC (*Native Territories Penal Code*), Wet 24 van 1886 (K).

nie voldoende nie, want ook enige "ordinary person" moes dienooreenkomstig handel, en die handeling moes reaksionêr kort op die provokasie gevolg het. Op die feite was beslis dat die beskuldigde nie voldoen het aan die vereistes om 'n skuldigbevinding aan moord vry te spring nie.⁹⁸

In 'n paar sake was daar wel ook beslis dat toorn sowel die willekeurigheid van 'n handeling as die wilsbeheer by 'n persoon kan beïnvloed.⁹⁹ 'n Juridies onsuiver beslissing is egter te vinde in *R v Tenganyika*¹⁰⁰ waar die Federal Supreme Court of Rhodesia beslis het, steunende op 'n beslissing van die Privy Council in *A-G of Ceylon v Perera*,¹⁰¹ dat provokasie tot gevolg mag hê dat moord verminder word na strafbare manslag, selfs waar die opset om te dood teenwoordig is. Die uitspraak in *R v Krull*¹⁰² is 'n beduidende poging om die onsekerheid op hierdie punt op te klaar. Schreiner AR laat hom soos volg hieroor uit:

"Under our system it does not follow the fact that the law treats intentional killing in self-defence, where there has been moderate excess, as culpable homicide, that it should also treat as culpable homicide a killing which though provoked was yet intentional. Since a merely provoked killing is never justified there seems to be no good reason for holding it to be less than murder when it is intended."¹⁰³

Die beslissing in *Krull*¹⁰⁴ was egter onbevredigend in sover dit aandui dat subjektiewe faktore eie aan die beskuldigde nie in berekening gebring moet word by bepaling van die effek van provokasie op die beskuldigde se strafregtelike

⁹⁸ Hierdie objektiewe benadering ten aansien van provokasie was natuurlik in ooreenstemming met die algemene objektiewe benadering rakende opset in die twintigerjare. Sien: *R v Jolly* 1923 AD 176; *R v Garnsworthy* 1923 WLD 17.

⁹⁹ Sien: *R v Thibani* 1949 (4) SA 720 (A). Sien ook: *S v Arnold* 1985 (3) SA 256 (K); *S v Campher* 1987 (1) SA 940 (A).

¹⁰⁰ *R v Tenganyika* 1958 (3) SA 7 (FC).

¹⁰¹ *A-G of Ceylon v Perera* 1953 AC 200 (PC). Die geheime raad het die beginsel egter erken dat handeling wat deur 'n persoon uitgevoer word nadat hy selfbeheersing verloor het, "may still be intended".

¹⁰² *R v Krull* 1959 (3) SA 392 (A).

¹⁰³ Op 399.

¹⁰⁴ *R v Krull* 1959 (3) SA 392 (A).

aanspreeklikheid nie. Die beslissing was dan ook sodanig gekritiseer.¹⁰⁵ Regsekerheid is uiteindelik in die beslissing van *S v Mokonto*¹⁰⁶ verkry.

In *Mokonto*¹⁰⁷ is die beskuldigde skuldig bevind aan moord nadat sy twee broers reeds gedood was, volgens sy mening as gevolg van 'n beswering deur die oorledene. Die oorledene het hom gedreig dat ook hy voor sonder sou sterf. Die beskuldigde het daarna die oorledene se kop en hande met 'n suikerrietmes afgekap. Die hof het bevind dat provokasie wel relevant was met betrekking tot die vraag na opset, maar in dié geval het die provokasie bygedra tot die beskuldigde se opset.¹⁰⁸

In die beslissing van *S v Meyer*¹⁰⁹ blyk dit dat die hof die mate van regsekerheid wat die *Krull*¹¹⁰ beslissing meegebring het, verder voer. Rumpff AR laat hom soos volg uit:

"Soms is die intensiteit van die woede so groot dat die dood, wat andersins moord sou wees, as strafbare manslag beoordeel word."¹¹¹

In *S v Lesch*¹¹² is die verweer van provokasie ook ondersoek. Die hof bevind soortgelyk aan die beslissing gelewer in *Mokonto*¹¹³ dat provokasie nie opset om te moor uitsluit nie, maar eerder bydra tot die vorming daarvan. Hattingh Wn R beslis dit soos volg:

"Die hof bevind dat die provokasie nie die opset om te moor uitgesluit het nie, maar inderdaad bygedra [het] tot die vorming van sodanige opset."¹¹⁴

¹⁰⁵ Sien: Du Plessis JR, *The Law of Culpable Homicide in South Africa*, Doktorale Proefskrif (1986) Rhodes 313.

¹⁰⁶ *S v Mokonto* 1971 (2) SA 319 (A).

¹⁰⁷ *S v Mokonto* 1971 (2) SA 319 (A).

¹⁰⁸ Op 327 (B-C).

¹⁰⁹ *S v Meyer* 1981 (3) SA 11 (A).

¹¹⁰ *R v Krull* 1959 (3) SA 392 (A).

¹¹¹ Op 17.

¹¹² *S v Lesch* 1983 (1) SA 814 (O).

¹¹³ *S v Mokonto* 1971 (2) SA 319 (A).

¹¹⁴ Op 826 (A).

Die toonaangewende beslissing oor provokasie as strafregtelike verweer is in 1985 in *S v Arnold*¹¹⁵ gelewer. Die feite van die saak is kortliks die volgende: Die beskuldigde het moeilike kinderjare beleef, en as volwasse persoon baie onsuksesvolle verhoudings met vroue aangeknoop. In 1983 is hy geskei van sy eerste vrou en met die oorledene getroud, wat twintig jaar jonger as hy was. Uit sy eerste huwelik het die beskuldigde twee seuns gehad. Na die egskeiding moes die beskuldigde omsien na die jongste seun van 11 jaar, wat 'n ernstige gehoorprobleem gehad het. Wrywing het in die beskuldigde se verhouding met die oorledene ontstaan, grootliks as gevolg van sy skoonmoeder se invloed op die oorledene. Ten spyte van die spanning in die huwelik was die beskuldigde steeds baie lief vir die oorledene. Met tye het sy die huis verlaat, maar die beskuldigde kon haar altyd oorreed om weer terug te keer. Die oorledene was 'n pragtige vrou, 'n feit waarvan sy bewus was, en sy het die aandag wat sy van mense ontvang het, geniet. Sy word in die getuienis beskryf as 'n persoon met 'n onvolwasse en nie-opregte persoonlikheid.¹¹⁶ So ook is die beskuldigde 'n persoon wat emosies intens ervaar.

Op die dag van die voorval het die oorledene en beskuldigde reeds 'n rusie gehad, wat die beskuldigde emosioneel ontstel het. Later die dag met sy terugkeer na die huis was die oorledene besig om die huis te verlaat en het die beskuldigde by haar gepleit om te bly. Ten tye van die argument daarvoor het die beskuldigde sy vuurwapen wat hy altyd by hom gedra het teen die bank geslaan om sekere punte van sy gesprek te beklemtoon. Die wapen het afgegaan, maar in die teenoorgestelde rigting van die oorledene. Terwyl die gesprek voortgegaan het, het die oorledene vermeld van ontkleedanse wat sy beoog het nadat sy die huis sou verlaat het. Sy het vooroor gebuig en haar kaal borste tentoongestel. Dit is deur die hof beskryf as "obviously an act of provocation".¹¹⁷ 'n Verdere skoot is afgevuur en die oorledene is gedood. Die beskuldigde kon nie onthou dat hy die wapen gerig en die sneller getrek het nie.

¹¹⁵ *S v Arnold* 1985 (3) SA 256 (K).

¹¹⁶ Op 260 (B).

¹¹⁷ Op 261 (G-H).

Die hof beslis by monde van Burger R dat die beskuldigde op grond van emosionele spanning ten tye van die afvuur van die skoot nie bewustelik opgetree het nie en dus nie 'n "act in the legal sense" verrig het nie, en gevolglik dat hy ontoerekeningsvatbaar was.¹¹⁸

Die verweer van provokasie is nietemin vir die eerste keer as volkome verweer erken, met die gevolg dat die beskuldigde onvoorwaardelik vrygespreek is.

3. DIE TOEPASSING VAN DIE VERWEER VAN NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID DEUR DIE SUID-AFRIKAANSE STRAFHOWE

3.1 Inleidende opmerkings

Die begrip nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is vir die eerste keer deur Joubert AR in *S v Laubscher*¹¹⁹ geformuleer. Die feite in die saak was die volgende: Die appellant was 'n 23-jarige vierdejaar mediese student. Volgens aanvaarde, onbetwiste getuienis in die saak was hy geniaal intelligent en 'n introvert. Hy was verder geklassifiseer as 'n persoon met 'n lae spanningsverdraagsaamheidsdrempel, veral op die gebied van inter-persoonlike verhoudings.¹²⁰ Die appellant het 'n verhouding begin met sy toekomstige eggenote – Cecilia – wat op daardie stadium swanger geraak het. Die daaropvolgende troue met Cecilia het tot 'n finansiële sukkelbestaan en 'n ongelukkige verhouding met sy skoonouers gelei.

Na die geboorte van hulle seun in Oktober 1982 het die verhouding nie werklik verbeter nie. In Februarie 1983 het Cecilia en die kind hom verlaat en saam met

¹¹⁸ Op 263 (G-H). Gemelde bevinding kan myns insiens gekritiseer word aangesien dit blyk dat die hof willekeurige handeling en toerekeningsvatbaarheid verwar. As dit duidelik is dat daar nie aan die handelingsvereiste voldoen is nie, is dit nie nodig om 'n ondersoek in te stel na die beskuldigde se toerekeningsvatbaarheid en opset nie. Die hof het egter ook beslis dat die beskuldigde ontoerekeningsvatbaar was en ook op dié grond op 'n onskuldigbevinding geregtig was. Sien: Snyman, Die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in die strafreg, 1989 TRW 1 op 7; Le Roux, Strafregtelike aanspreeklikheid en die verweer van tydelike nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid – verlies van konatiewe geestesfunksie onderskei van blote verlies van humeur, THRHR 65 (2002) 478 op 481.

¹¹⁹ *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A).

¹²⁰ Op 168 (C-D).

haar ouers op die plaas te Dordrecht gaan woon. In Maart 1983 het Cecilia 'n egskeidingsaksie teen die appellant aanhangig gemaak. Die appellant het daarna ervaar dat die kind van hom vervreemd raak en dat die oorledene, sy skoonpa, hom as vaderfiguur verdring.¹²¹

Die laaste paar dae wat die tragiese gebeure voorafgegaan het, het behels dat verskeie reëlings wat die appellant getref het om sy kind te sien, skeefgeloop het. Bewapen met 'n pistool wat die appellant altyd in sy besit gehad het vir doeleindes van sy eie veiligheid, het die appellant afgesit na die plaas om sy kind te gaan haal. Die appellant is egter weer deur sy skoonma meegedeel dat hy nie die kind kon kry nie.

Die getuienis is dat die appellant na een van die slaapkamers gegaan het waar Cecilia en die kind gewoonlik geslaap het. Die appellant het hierna met tussenposes skote binne die huis afgevuur. Drie skote het die oorledene van voor getref. Die appellant het geskree: "Gee my kind!" Om tyd te wen het die skoonma teruggeskree: "Ons sal jou kind vir jou gee!" Die appellant se reaksie was: "Gee my kind, ek gee nie om wie ek nog doodskiet nie!"¹²² Die appellant het 'n totaal van 21 skote in die woonhuis afgevuur, waarna hy in sy motor geklim en weggery het. Die appellant se voertuig was daarna in 'n motorongeluk betrokke en hy is kort daarna gearresteer.

Op die voorgaande feite beslis die Appèlhof soos volg:

"Ofskoon die appellant se optrede irrasioneel was en nie in ooreenstemming met sy gewone persoonlikheid was nie, het hy wel willekeurig opgetree omdat hy onderskeidingsvermoë en weerstandskrag (wilsbeheervermoë) gehad het sodat hy nie ontoerekeningsvatbaar was nie maar wel verminderd toerekeningsvatbaar."¹²³

¹²¹ Op 169 (A).

¹²² Op 170 (D).

¹²³ Op 173 (A-B).

Die Appèlhof het bevind dat die verhoorhof die appellant tereg skuldig bevind het op onder andere 'n aanklag van moord en aanklagte van poging tot moord.

Joubert AR gee erkenning aan die begrip nie-patologiese verminderde toerekeningsvatbaarheid, en laat hom soos volg hieroor uit:

"Want dit is ook moontlik om nie-patologiese verminderde toerekeningsvatbaarheid te kry wat weens 'n nie-patologiese toestand die dader se onderskeidingsvermoë of weerstandskrag (wilsbeheervermoë) ten tye van die pleeg van die misdaad verminder het."¹²⁴

Joubert AR het hierdie verweer tereg van die verweer van geestesongesteldheid soos vervat in Artikel 78 (1) van die Strafproseswet¹²⁵ onderskei. Hy toon aan dat die verweer in Artikel 78 (1) van toepassing is op gevalle van patologiese (sieklieke) versteuring van geestesvermoëns, maar dat die Suid-Afrikaanse strafreg daarbenewens ook 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid erken.¹²⁶ Sodoende vind die term nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid beslag in ons regspraak.

'n Beskuldigde sou hom dus voortaan op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid kon beroep in gevalle waar hy tydens die pleging van die daad ontoerekeningsvatbaar was, hoewel hierdie ontoerekeningsvatbaarheid nie te wyte was aan 'n patologiese (sieklieke) geestesversteuring nie maar hy weens 'n eksterne faktor in 'n toestand van geestesonvermoë geplaas is.

Vir 'n suksesvolle beroep op die verweer is dit nie nodig vir die beskuldigde om te bewys dat sy geestesonvermoë die gevolg van bepaalde omskrewe oorsake of patologiese toestande is nie. Selfs al sou die beskuldigde hom nie op enige van die voorgaande verwerre beroep nie, en op die getuienis die hof oortuig is dat die beskuldigde nie ten tye van die daad in staat was om die ongeoorloofdheid van sy handeling te besef, of om ooreenkomstig die besef op te tree nie, moet hy

¹²⁴ Op 168 (B).

¹²⁵ Strafproseswet 51 van 1977.

¹²⁶ *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A) op 167 (D-I); Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 161.

onskuldig bevind word ongeag die oorsaak van sy geestesonvermoë. Volgens Snyman¹²⁷ is dit nie die oorsaak van die onvermoë nie, maar die onvermoë self, wat belangrik is by die bepaling van die ontoerekeningsvatbaarheid.

Die verweer is toepaslik by situasies waar die beskuldigde se beweerde ontoerekeningsvatbaarheid slegs vir 'n kort periode geduur het en nie 'n manifestasie van 'n langdurige patologiese geestesongesteldheid was nie. Die oorsaak van die ontoerekeningsvatbaarheid mag jeugdige leeftyd, dronkenskap, emosionele ineenstorting, spanning,¹²⁸ totale disintegrasie van die persoonlikheid,¹²⁹ skok, angs,¹³⁰ druk of toorn wees. Die toestand van ontoerekeningsvatbaarheid mag die gevolg wees van provokasie deur 'n persoon of persone. Die provokasie mag ook gekoppel word aan fisiese of geestelike uitputting weens beledigende gedrag teenoor die beskuldigde oor 'n lang periode wat toenemende stremming op die beskuldigde se selfbeheersing plaas totdat hierdie vermoë tot selfbeheersing eventueel ingee.¹³¹

In 1987 in *S v Campher*¹³² het die provokasie bestaan uit fisiese en verbale misbruik binne 'n ongelukkige huwelik. Die appellant was onder die indruk dat die oorledene, haar eggenoot met 'n skroewedraaier sou aanval en het hom gevolglik doodgeskiet.

Die meerderheidsuitspraak van die hof was van mening dat 'n algemene verweer van ontoerekeningsvatbaarheid buite die bepalings van Art 78 (1) van die Strafproseswet¹³³ in ons reg bestaan. Die hof beslis by monde van Boshoff Wn AR die volgende:

¹²⁷ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 163. Sien ook: Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 358-359.

¹²⁸ *S v Arnold* 1985 (3) SA 256 (K). Sien ook: Van Oosten, *Non-pathological Criminal Incapacity versus Pathological Criminal Incapacity*, SAS (1993) 6 127 op 144; Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 157; Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 428.

¹²⁹ *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A) 167G-H.

¹³⁰ Vergelyk *S v Bailey* 1982 (3) SA 772 (A) op 796 (C-D); *S v Campher* 1987 (1) SA 940 (A) op 966 (A-D).

¹³¹ Carstens & Le Roux, *The defence of non-pathological incapacity with reference to the battered wife who kills her abusive husband* SAS 13 (2000) 180 op 181.

¹³² *S v Campher* 1987 (1) SA 940 (A).

¹³³ *Strafproseswet* 51 van 1977.

"Die afwesigheid van toerekeningsvatbaarheid is nie beperk tot gevalle waar die dader aan 'n geesteskrankheid ly nie. Dit is ook denkbaar en bestaanbaar by gevalle van tydelike verstandelike beneweling."¹³⁴

Die algemene ontoerekeningsvatbaarheidsmaatstaf behels dat nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid onder andere kan voortspruit uit jeugdige leeftyd, dronkenskap en provokasie. Hierdie drie oorsake van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid sal vervolgens bespreek word.

3.2 Jeugdige leeftyd as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid

Jeugdige leeftyd kan toerekeningsvatbaarheid geheel en al uitskakel. Kinders wat nog nie hulle sewende lewensjaar voltooi het nie, dit wil sê wat nog nie hulle sewende verjaarsdag bereik het nie, staan as *infantes* bekend en word onweerlegbaar vermoed ontoerekeningsvatbaar te wees (*doli incapax* of *culpa incapax*). Hulle kan dus nooit op grond van enige doen of late deur hulle begaan voordat hulle hulle sewende verjaarsdag bereik het, aan enige misdaad skuldig bevind word nie.¹³⁵

Vandat kinders hulle sewende lewensjaar voltooi het tot voordat hulle hul veertiende lewensjaar voltooi het (dit wil sê tot net voor hulle veertiende verjaarsdag) word kinders weerlegbaar vermoed ontoerekeningsvatbaar te wees.¹³⁶ Kinders in hierdie kategorie kan dus wel aan 'n misdaad skuldig bevind word op grond van 'n doen of late deur hulle begaan mits die staat die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid bo redelike twyfel weerlê en natuurlik ook die ander elemente van die misdaad waarvan hulle aangekla is, bo redelike twyfel bewys.

¹³⁴ Op 965 (H).

¹³⁵ Krieglér & Kruger, Hiemstra – Suid-Afrikaanse Strafproses 6^{de} Uitgawe 659; De Wet & Swanepoel, Strafreë 4^{de} Uitgawe 111; Schmidt, Bewysreë 4^{de} Uitgawe 154; Hoffmann & Zeffertt, The South African Law of Evidence 4th Edition 530-531.

¹³⁶ Snyman, Strafreë 4^{de} Uitgawe 175; De Wet & Swanepoel, Strafreë 4^{de} Uitgawe 111; Burchell & Hunt, South African Criminal Law and Procedure Vol 1 – General Principles of Criminal Law 242; Robinson, The law of children and young persons in South Africa 124. Artikel 13 van die Kanadese Strafkode bepaal soos volg: "No person shall be convicted of an offence in respect of an act or omission on his part while that person was under the age of twelve years."

Die sterkte van die vermoede sal afhang van die ouderdom van die betrokke kind. Hoe nader aan sewe die kind is, hoe sterker die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid, en hoe nader aan veertien, hoe swakker die vermoede.

Die Suid-Afrikaanse Regskommissie of Regshervormingskommissie soos dit tans heet, het egter die aangeleentheid met betrekking tot die strafregtelike aanspreeklikheid en minimum ouderdom vir sodanige aanspreeklikheid ondersoek.¹³⁷

Die Regskommissie het gevind dat:

- (i) Die grootste voordeel van die *doli capax/doli incapax* vermoedens is dat die beskerming wat dit lewer, outomaties in werking tree. Deur bloot die ouderdom te wees tree die vermoede in werking.
- (ii) Die aanpasbaarheid van die benadering was 'n verdere voordeel, veral voordelig in 'n land soos Suid-Afrika met sy kulturele en etniese diverse populasie.

Die Regskommissie het aanbeveel dat die *doli capax/doli incapax* vermoedens behou moet word, maar wel in die volgende vorm:

- (a) Kinders onder die ouderdom van tien jaar word onweerlegbaar vermoed *doli incapax* te wees;
- (b) Kinders tussen die ouderdomme van 10 en 14 jaar word weerlegbaar vermoed *doli incapax* te wees;
- (c) Die minimumouderdom van vervolging moet 14 jaar wees, met die voorbehoud dat 'n kind onder 14 jaar wel vervolg mag word as die aanklaer 'n sertifikaat voorlê wat deur die Direkteur van Openbare Vervolgings uitgereik is en waarin die redes vir sodanige vervolging uiteengesit word;
- (d) Kinders onder die ouderdom van tien jaar wat na bewering 'n misdryf gepleeg het, mag na 'n proefbeampste geneem word vir evaluering en vir

¹³⁷ Suid-Afrikaanse Regskommissie Projek 106 op 21.

verwysing na 'n versorgingstelsel of vir verskaffing van sosiale ondersteuningsdienste.

Die voorgaande aanbevelings is tot op hede nog nie by wyse van wetgewing of andersins geïmplementeer nie.

Volgens Snyman en Burchell¹³⁸ behoort die toets om te bepaal of 'n kind tussen sewe en veertien jaar toerekeningsvatbaar is, in beginsel ooreen te stem met die algemene toets vir toerekeningsvatbaarheid. Ten einde die vermoede van ontoerekeningsvatbaarheid te weerlê, is dit onvoldoende om slegs te bewys dat die kind geweet het wat die verskil tussen reg en verkeerd is. Daar moet bewys word dat die kind ten tye van die handeling geweet het dat die betrokke handeling **in die besondere omstandighede waarin dit verrig is**,¹³⁹ verkeerd is. Volgens De Wet & Swanepoel¹⁴⁰ behoort daar die vraag gestel te word of die kind oor die vermoë beskik het om sy handeling ooreenkomstig sy insigte van wat geoorloof en ongeoorloof is in te rig. Selfs al het die kind geweet dat hy 'n ongeoorloofde handeling verrig, kon hy nog so onryp wees tydens die handeling dat hy nie in staat was om hom van die ongeoorloofde maar begeerlike handeling te weerhou nie.

In die praktyk word daar dikwels verkeerdelik by die vasstelling van strafregtelike aanspreeklikheid kortweg gevra of die kind geweet het wat hy doen verkeerd is. Hierdie metode word alom gekritiseer.¹⁴¹ Snyman¹⁴² kritiseer hierdie wanpraktyk soos volg:

¹³⁸ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 175; Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 366-367. Sien ook: Songca & Le Roux, *The evidence of young children: Establishing the truth in South African criminal courts* SAS 17 (2004) 310-324.

¹³⁹ Eie beklemtoning.

¹⁴⁰ De Wet & Swanepoel, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe op 111.

¹⁴¹ Robinson, *The law of children and young persons in South Africa* 125; Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 175; De Villiers, *Strafregtelike verantwoordelikheid van kinders*, *Doktorale Proefskrif* (1988) Universiteit van Pretoria 409-412; *S v B* 2003 (1) SASV 52 (HHA); *Direkteur van Openbare Vervolging, Kwazulu-Natal v Mekka* 2003 (2) SASV 1 (HHA).

¹⁴² Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 175; De Villiers stem saam met Snyman se kritiek teen die howe se benadering tot die toets vir aanspreeklikheid.

- (i) Die benadering kom neer op 'n verwarring tussen twee heeltemal verskillende vereistes vir aanspreeklikheid, te wete toerekeningsvatbaarheid en wederregtelike bewussyn;
- (ii) Die gebruikelike praktyksformulering van die toets betrek net een aspek van die beskuldigde se kennis, naamlik sy kennis van die ongeoorlooftheid van die daad;
- (iii) Die vermelde formulering bevat geen verwysing na die beskuldigde se vermoë om te handel ooreenkomstig sy insigte van reg en verkeerd nie.

Volgens Burchell & Hunt¹⁴³ is dit onvoldoende om bloot te bewys dat die kind in die algemeen die onderskeid tussen reg en verkeerd kon maak. Daar moet aangetoon word dat hy geweet het wat hy doen, verkeerd is "in relation to the circumstances under which he committed the act complained of" ten tye van die pleging van die beweerde misdryf. Hiervolgens het die Appèlhof in *R v K*¹⁴⁴ die toerekeningsvatbaarheid van 'n dertienjarige seun korrek oorweeg. Die hof beklemtoon dat dit nie voldoende is dat die seun in die algemeen tussen reg en verkeerd kan onderskei nie. Daar moes aangetoon word dat sy optrede verkeerd was "in relation to the circumstances under which he committed the act complained of."¹⁴⁵ Labuschagne¹⁴⁶ doen aan die hand dat 'n kind slegs strafregtelike aanspreeklikheid behoort op te doen as die antwoord op die volgende vrae positief is:

- (i) Was hy, ten tye van die beweerde misdadpleging, bewus daarvan dat hy regsteenstrydig optree of was hy bewus van 'n moontlikheid dat hy regsteenstrydig optree?
- (ii) Kon hy ten tye van die beweerde misdadpleging sy handelinge beheer?

¹⁴³ Burchell & Hunt, South African Criminal Law and Procedure Vol 1 – General Principles of Criminal Law 243.

¹⁴⁴ *R v K* 1956 (3) SA 353 (A).

¹⁴⁵ Op 356.

¹⁴⁶ Labuschagne J M T, Strafregtelike aanspreeklikheid van kinders TSAR 3 (1978) 250-267 op 265.

- (iii) Het hy die gevolge van sy optrede gewil of het hy die gevolge as moontlikheid voorsien en desnieteenstaande opgetree?

Met die beslissing van *Mbanda*¹⁴⁷ word die voormelde kriteria vir strafregtelike aanspreeklikheid van kinders soos deur Labuschagne aan die hand gedoen, met goedkeuring in die uitspraak aangewend.¹⁴⁸ Die hof verwys verder met goedkeuring na die toets vir toerekeningsvatbaarheid van 'n kind soos neergelê in die beslissing van *R v K*.¹⁴⁹ Harms R kom in die beslissing verder tot die korrekte gevolgtrekking dat dieselfde maatstawwe by die bepaling van die toerekeningsvatbaarheid van 'n kind as by die bepaling van toerekeningsvatbaarheid in die algemeen, geld.¹⁵⁰

Robinson¹⁵¹ kritiseer beide Labuschagne se mening en die *Mbanda*¹⁵² beslissing in soverre dit die morele en strafregtelike afkeuringswaardigheid van die daad aangaan. Volgens Robinson stel Harms R dit duidelik in die *Mbanda* beslissing dat strafregtelike afkeuringswaardigheid 'n vereiste is vir strafregtelike aanspreeklikheid, maar nie dat morele afkeuringswaardigheid ook 'n vereiste is nie. Robinson stel voor dat die kind nie, in die afwesigheid van die vermoë om die strafregtelike afkeuringswaardigheid ("legal wrongfulness") van sy of haar handeling te besef, strafregtelik aanspreeklik gehou moet word nie. Sou die onwaarskynlike teenoorgestelde die posisie wees, maar die kind nie die morele afkeuringswaardigheid van sy optrede besef nie, sal hy of sy wel strafregtelik aanspreeklik gehou moet word.¹⁵³

¹⁴⁷ *S v Mbanda en andere* 1986 (2) PH H 108 (T).

¹⁴⁸ Op 189.

¹⁴⁹ *R v K* 1956 (3) SA 353 (A).

¹⁵⁰ Op 189.

¹⁵¹ Robinson, *The law of children and young persons in South Africa* 126-127.

¹⁵² *S v Mbanda en andere* 1986 (2) PH H 108 (T)

¹⁵³ Burchell & Hunt, *South African Criminal Law and Procedure* Vol 1 243-245 dui aan dat 'n kind tussen sewe en veertien jaar, strafregtelike aanspreeklikheid sou vryspring, indien hy of sy bewus was van die morele afkeuringswaardigheid, maar nie van die strafregtelike afkeuringswaardigheid van sy of haar optrede nie. Sien ook: *S v Dyk* 1969 (1) SA 601(K); *S v Ngobese en andere* 2002 (1) SASV 562 (WPA).

In *Smith*¹⁵⁴ huldig Wessels RP die volgende mening:

"It is true that the Judge is entitled to consider all the circumstances, the nature of the crime, the upbringing of the child, his intelligence, etc, and to conclude from all these circumstances whether the child could or could not distinguish between right and wrong. If the Judge comes to the conclusion that the child knew that it was morally wrong to steal, then, in the eye of the law, the child is guilty of a crime."¹⁵⁵

By die bepaling van die toerekeningsvatbaarheid en gevolglike strafregtelike aanspreeklikheid van kinders, moet daar voorts tussen geestelike en chronologiese ouderdom onderskei word. Labuschagne¹⁵⁶ is van oordeel dat die chronologiese ouderdom van die dader nie deurslaggewend is nie. In *R v S*¹⁵⁷ was die klaagster 'n meisie van sestien jaar oud. Die deskundige getuienis het aangetoon dat sy die verstandelike vermoë van 'n agtjarige kind gehad het. Die beskuldigde in die saak was daarvan aangekla dat hy die bepalings van Artikel 74 van Wet 38 van 1916 oortree het, deurdat hy vleeslike gemeenskap met 'n meisie onder die ouderdom van sestien jaar gevoer het. Die beskuldigde het erken dat die seksuele gemeenskap met die klaagster se toestemming plaasgevind het. Die beskuldigde is egter vrygespreek al is daar aangetoon dat die klaagster die verstandelike vermoë van 'n agtjarige kind gehad het. Duidelik is fisiese ouderdom in hierdie geval van primêre belang geag.¹⁵⁸

Dit blyk dat subjektiewe elemente tog hier 'n rol behoort te speel en elke geval dus op eie meriete beoordeel behoort te word.

¹⁵⁴ *R v Smith* 1922 TPD 199.

¹⁵⁵ Op 201.

¹⁵⁶ Labuschagne, Strafregtelike Aanspreeklikheid van Kinders: Geestelike of Chronologiese Ouderdom? SALJ 110 (1993) 152.

¹⁵⁷ *R v S* 1951 (3) SA 209 (K).

¹⁵⁸ Sien ook: *S v Jerry Malatje*, ongerapporteerde beslissing (saaknommer CC171/2003) gedateer 04/11/2003 (TPD); *R v Sawchuk* (1991) 65 C.C.C. (3d) 151 waar die hof na 'n suiwer chronologiese toets verwys.

In *Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk*¹⁵⁹ het Joubert AR beslis dat die party wat beweer dat die kind toerekeningsvatbaar was, moet bewys dat sy geestesvermoëns op daardie stadium sodanig ontwikkel was met inagneming van sy werklike intellektuele ontwikkeling, sy geestesrypheid en sy impulsiwiteit dat hy oor die onderskeidingsvermoë beskik het om die ongeoorlooftheid of geoorlooftheid van sy handeling op daardie stadium te besef en dat hy op daardie stadium oor die vermoë beskik het om sy handeling te rig ooreenkomstig sy insigte in wat geoorloof en wat ongeoorloof is. Hierdie blyk die korrekte regsposisie te wees.

'n Verdere kategorie het betrekking op kinders tussen veertien jaar en tot voor een-en-twintig-jarige ouderdom.¹⁶⁰ Strafregtelike aanspreeklikheid van kinders in hierdie kategorie word op dieselfde wyse beoordeel as dié van volwasse persone.¹⁶¹

3.3 Dronkenskap as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid

Die uitwerking van die inname van alkoholiese drank en verdowingsmiddels op mense se fisieke- en verstandelike vermoëns is algemeen bekend. Hierdie toestand van dronkenskap word van belang in die strafreg wanneer 'n persoon se strafregtelike aanspreeklikheid vasgestel moet word. By dronkenskap is dit nodig om te onderskei tussen vrywillige en onvrywillige dronkenskap. Dit is verder nuttig om kortliks aandag te skenk aan die ontwikkeling van dronkenskap as strafregtelike verweer.

Onvrywillige dronkenskap behels dat die persoon se toestand sonder sy bewuste toedoen teweeggebring word. Dit sou byvoorbeeld die geval wees wanneer verdowingsmiddels sonder sy medewete in sy drankie geplaas word. Onvrywillige dronkenskap sou ook teweeggebring word indien 'n persoon gedwing word om drank of verdowingsmiddels in te neem. Onvrywillige

¹⁵⁹ *Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk* 1983 (1) SA 381 (A) op 399H. Sien ook: *S v Mbanda en andere* 1986 (2) PH H 108 (T).

¹⁶⁰ Die meerderjarigheidsouderdom is deur Art 17 van die "Children's Act" (Kinderwet) Wet 38 van 2005 verminder van 21 jaar na 18 jaar met ingang van 1 Julie 2007.

¹⁶¹ Jeugdigheid mag egter 'n rol speel as versagtende faktor by die beoordeling en oplegging van vonnis. Sien ook: Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 369.

dronkenskap is 'n volkome verweer op 'n aanklag van enige misdaad wat gepleeg is tydens so 'n toestand. Die rede hiervoor is dat die persoon wat in die toestand verkeer nie 'n bewuste vrywillige handeling verrig het om in 'n staat van dronkenskap te beland nie en derhalwe geen skuld dra nie.¹⁶²

In die uitspraak in *Bourke*¹⁶³ maak Wessels R die volgende waardevolle afleidings uit ons gemeenregtelike bronne oor die invloed van drank op 'n misdadiger –

1. As algemene reël bied vrywillige dronkenskap geen verskoning vir 'n misdaad nie, ofskoon dit in gepaste omstandighede strafversagtend kan wees;
2. Waar die dronkenskap nie vrywillig is nie, en die aangeklaagde willoos dronk en onbewus is van wat hy doen, is hy nie strafregtelik aanspreeklik vir enige misdaad wat hy in daardie toestand gepleeg het nie;
3. Waar die dronkenskap geesteskrankheid tot gevolg het, is die dader nie strafregtelik aanspreeklik nie, maar kan hy tot kranksinnige verklaar word; en
4. Waar 'n bepaalde opset 'n vereiste is vir die misdaad wat in dronkenskap gepleeg is, soos in die geval van moord, kan die dronkenskap dit na 'n minder ernstige misdaad verminder.¹⁶⁴

By 'n bespreking van die strafregtelike relevansie van vrywillige dronkenskap is die volgende onderskeid aangedui:

- (i) *actio libera in causa*;
- (ii) dronkenskap wat lei tot geestesongesteldheid; en
- (iii) oorblywende gevalle van vrywillige dronkenskap.

Actio libera in causa verwys na 'n situasie waar die beskuldigde reeds tydens sy nugter toestand die opset vorm om 'n spesifieke misdaad te pleeg, maar die moed daarvoor kortkom. Die beskuldigde neem dan die drank in om sy moed op te bou ("dutch courage") en pleeg dan die misdaad terwyl hy in die beskonke toestand verkeer. Die beskuldigde gebruik dan as't ware sy beskonke liggaam bloot as instrument ten einde sy reeds-gevormde opset uit te voer. Die toestand

¹⁶² Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 221; *S v Johnson* 1969 (1) SA 201 (A); *S v Hartyani* 1980 (3) SA 613 (T).

¹⁶³ *R v Bourke* 1916 TPD 303.

¹⁶⁴ Op 307.

is geen verweer op enige aanklag nie, aangesien die beskuldigde reeds die opset gevorm het om die misdaad te pleeg toe hy nugter was. Die toestand bied verder nie eens 'n grond ter strafversagting nie.¹⁶⁵

Wat die tweede geval aanbetref kan die drankiname aanleiding gee tot geestesongesteldheid. In die saak van *R v Innes Grant*¹⁶⁶ merk die geleerde regter soos volg op:

"In the present case the charge on the first count is that the appellant unlawfully caused the death of the deceased. No question of a specific intent therefore arises, and it is clear on all the authorities that, if the appellant became intoxicated of his own free will, such intoxication provides no defence (there being in this case no question of a disease of the mind such as *delirium tremens*) but it may, in certain circumstances be a ground for mitigation of sentence."¹⁶⁷

Indien drankiname aanleiding gee tot geestesongesteldheid word strafregtelike aanspreeklikheid volgens die gewone reëls vir geestesongesteldheid bepaal. Die beskuldigde word onskuldig bevind weens sy ontoerekeningsvatbaarheid maar die hof sal sy aanhouding in 'n psigiatriese hospitaal of gevangenis hangende die beskikking van 'n regter in kamers, gelas.¹⁶⁸

Wat die derde geval aanbetref val alle oorblewende gevalle van dronkenskap hieronder en die Suid-Afrikaanse strafhowe word meestal hiermee gekonfronteer. Hier word byvoorbeeld gedink aan die geval waar die beskuldigde 'n paar drankies te veel ingeneem het en hom dan aan misdadige gedrag skuldig gemaak het. Hier is dit nuttig om kortliks te wys op die ontwikkeling van vrywillige dronkenskap, vanaf aanvanklike gemeenregtelike

¹⁶⁵ *S v Ndlovu* 2 1965 (4) SA 692 (A); *S v Baartman* 1983 (4) SA 395 (NK). Vir kritiek op die *actio libera in causa* sien: Snyman 1984 SASK 227; Geldenhuys 1984 De Jure 398; Vorster 1984 TSAR 89; Snyman, Straffreg 4^{de} Uitgawe 221-222.

¹⁶⁶ *R v Innes Grant* 1949 (1) SA 755 (A.A.); *S v Johnson* 1969 (1) SA 201 (A).

¹⁶⁷ Op 765.

¹⁶⁸ Snyman, Straffreg 4^{de} Uitgawe 222; Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 410-412; *R v Bourke* 1916 TPD 303 op 307; *R v Holliday* 1924 AD 250 op 257-258; *R v Kaukakani* 1947 (2) SA 807 (A) op 813; *S v September* 1996 (1) SASV 325 (A).

aanspreeklikheid tot volkome gemeenregtelike verweer tot die statutêre aanspreeklikheidsgraad wat dit vandag is.

Die belangrikste beslissings oor die uitwerking van dronkenskap op strafregtelike aanspreeklikheid kan aangedui word as *S v Johnson*¹⁶⁹ 1969 en *S v Chretien*¹⁷⁰ 1981. Die feite in *Johnson*¹⁷¹ was kortliks die volgende:

Die appellant is in hegtenis geneem op 'n aanklag van dronkenskap in 'n openbare plek. Die appellant is daarna opgesluit in 'n aanhoudingsel saam met die 68-jarige oorledene wie ook op 'n soortgelyke aanklag gearresteer is. Na 'n lawaai in die sel gehoor is, is vasgestel dat die oorledene, steeds op die mat waar hy in 'n diep dronk slaap verkeer het, gelê het, met sy kop vol bloed en byna pap geslaan. Die appellant het met 'n bloedbevlekte waterremmer in sy hand gestaan. Op die getuienis is die appellant skuldig bevind aan strafbare manslag in die Kaapse Provinsiale Afdeling.¹⁷²

Die kernvraag uit hierdie beslissing was om iemand wat willoos dronk was toe hy 'n andere gedood het, strafregtelik aanspreeklik is. Die hof van appèl het aanvaar dat 'n willekeurige doen of late 'n fundamentele vereiste vir strafregtelike aanspreeklikheid is, maar was van oordeel dat die dronk persoon nietemin aanspreeklik was en wel omdat vrywillige dronkenskap wat nie geesteskrankheid tot gevolg gehad het nie, in die algemeen geen verweer is teen 'n aanklag weens 'n misdaad gedurende sodanige dronkenskap begaan nie.¹⁷³

¹⁶⁹ *S v Johnson* 1969 (1) SA 201 (A).

¹⁷⁰ *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A).

¹⁷¹ *S v Johnson* 1969 (1) SA 201 (A).

¹⁷² Van Zijl R was van oordeel dat hy die appellant onskuldig moes bevind het omdat die appellant bloot meganies en soos 'n outomaat opgetree het in sy beskonke toestand, maar as gevolg van die volgende aanhaling uit die beslissing gelewer in *R v Innes Grant* 1949 (1) SA 755 (A.A) op 765 dit nie kon doen nie: "In the present case the charge on the first count is that the appellant unlawfully caused the death of the deceased. No question of a specific intent therefore arises and it is clear on all the authorities that, if the appellant became intoxicated of his own free will, such intoxication provides no defence (there being in this case no question of a disease of the mind such as *delirium tremens*) but it may in certain circumstances be a ground for mitigation of sentence."

¹⁷³ Die Appèlhof pas hier weer die "specific intent"-teorie toe. De Wet & Swanepoel, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 128 kritiseer die uitspraak op die volgende aspekte:

(i) Begripsverwarring – in nie een van die sake waarna die hof in sy uitspraak verwys het, het dit oor onwillekeurige spierbewegings gegaan nie, maar oor die aan- of afwesigheid van 'n "specific intent" as vorm van *mens rea*.

Voor 1981 was die regsposisie dat verwere van dronkenskap en provokasie slegs gedeeltelike verwere was; dit kon nie lei tot volkome ontoerekeningsvatbaarheid en derhalwe 'n onvoorwaardelike vryspraak nie.¹⁷⁴ Die veelbesproke *S v Chretien*¹⁷⁵ beslissing het egter 'n kentering op dié regsposisie teweeggebring. Met hierdie beslissing is die oorsprong van ontoerekeningsvatbaarheid na vrywillige dronkenskap uitgebrei. Vir die eerste keer is daar deur die Appèlhof aanvaar dat vrywillige dronkenskap 'n volkome verweer kan wees wat 'n beskuldigde geregtig sou maak op 'n vryspraak.¹⁷⁶ Die feite in *Chretien*¹⁷⁷ was kortliks die volgende:

Die beskuldigde het 'n partytjie bygewoon waar hy vrywilliglik baie alkoholiese drank gebruik het. Laat die nag, toe hy reeds besope was, het hy in sy motor geklim en weggery. Ander partytjiegangers het in die straat gestaan waarop die beskuldigde met sy motor tussen hulle ingery het. Een van die mense is gedood en vyf is beseer. Die beskuldigde is aangekla van moord op die persoon wat gedood is en poging tot moord ten opsigte van die vyf beseerdes. Die hof het bevind dat die beskuldigde, weens die drankiname, verwag het dat die mense in die straat sy motor sou sien aankom en sou padgee, en dat hy dus geen opset gehad het om hulle raak te ry nie. Hy is wat die moordklagte betref, aan strafbare manslag skuldig bevind. Omdat die opset om te dood ontbreek het, kon hy nie aan enige van die klagtes van poging tot moord skuldig bevind word nie. Die vraag het egter nou ontstaan of hy, wat hierdie vyf klagtes van poging tot moord betref, aan minstens gewone aanranding skuldig bevind moes word. Die Appèlhof het beslis dat, aangesien hy in sy benewelde gemoed gedink het dat die mense in die straat voor sy motor sou padgee, nie eens die opset gehad het om

-
- (ii) Steun op die ou skrywers – dat vrywillige dronkenskap geen verskoning vir misdaad was nie, maar hoogstens 'n strafversagtende werking gehad het. Om hierdie beskouing aan te hang sou naïef, verouderde strafregteorieë as gesaghebbend beskou.
 - (iii) Beroep op die leer van *actio libera in causa* – daar kan nie verwag word van 'n persoon wat dronk word om daarop bedag te wees dat hy 'n ander in sy dronkenskap kan doodslaan nie.
 - (iv) Die houding deur die hof ingeneem dat die uitspraak verband hou met erkende vereistes vir strafregtelike aanspreeklikheid en daarby aangepas is, is 'n terugkeer na primitiewe gevolgsaanspreeklikheid.

¹⁷⁴ *S v Meyer* 1981 (3) SA 11 (A).

¹⁷⁵ *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A).

¹⁷⁶ Op 1106 (B-C).

¹⁷⁷ *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A).

aan te rand nie, en om hierdie rede nie skuldig bevind kon word aan aanranding nie. Hiermee is die sogenaamde "partial excuse rule" oftewel reduksieleer ook die nekslag toegedien.

Die hof by monde van Rumpff HR, het die volgende belangrike opmerkings gemaak:

- (i) As 'n persoon so dronk is dat sy spierbewegings onwillekeurig is, kan daar geen sprake wees van 'n handeling nie, en kan hy, ofskoon sy toestand aan drankinname te wyte is, nie op grond van hierdie spierbewegings aan 'n misdadig skuldig wees nie.¹⁷⁸
- (ii) In uitsonderlike gevalle kan 'n persoon weens oormatige drankinname heeltemal ontoerekeningsvatbaar wees, en as gevolg daarvan aanspreeklikheid volkome vryspring. Dit sal die geval wees as hy "so besope is dat hy nie besef wat hy doen ongeoorloof is, of dat sy inhibisies weselik verkrummel het".¹⁷⁹
- (iii) Die "besondere-opset-teorie" ("specific intent theory") in verband met dronkenskap is onaanvaarbaar en moet verwerp word. Dronkenskap kan gevolglik selfs 'n sogenaamde "gewone" opset uitsluit. Dit was juis as gevolg van die verwerping van hierdie teorie dat die dronkenskap van die beskuldigde in hierdie saak daartoe aanleiding gegee het dat hy selfs nie eens aan gewone aanranding skuldig bevind is nie.¹⁸⁰
- (iv) Die hoofregter het uit sy pad gegaan om te benadruk dat die hof nie sommer ligtelik tot die gevolgtrekking moet kom dat die beskuldigde weens dronkenskap onwillekeurig opgetree het, of ontoerekeningsvatbaar was, of dat die vereiste opset ontbreek het nie. Dit sou die regspraak gou in diskrediet bring.¹⁸¹

¹⁷⁸ Op 1106 (E-F).

¹⁷⁹ Op 1105 (F-G).

¹⁸⁰ Op 1104 (A).

¹⁸¹ Op 1106 (D).

Snyman¹⁸² verklaar dat dronkenskap in die lig van die uitspraak in *Chretien*,¹⁸³ een van die volgende uitwerkings kan hê:

- a) In uiterste gevalle kan dit tot gevolg hê dat die bekuldigde nie 'n handeling in die juridiese sin van die woord (dit wil sê 'n willekeurige handeling) verrig het nie. Hy kan dan aan geen misdaad skuldig bevind word nie.
- b) As die dronkenskap nie die vereiste van 'n willekeurige handeling uitgeskakel het nie, kan dit egter in redelik uiterste gevalle tot gevolg hê dat die beskuldigde ten tye van die handeling ontoerekeningsvatbaar was. Hy kan dan eweneens aan geen misdaad skuldig bevind word nie.
- c) As hy, ten spyte van sy drankiname, wel 'n willekeurige handeling verrig het en tydens die handeling wel toerekeningsvatbaar was, kan die dronkenskap tot gevolg hê dat hy nie die opset gehad het wat vereis word van die misdaad waarvan hy aangekla is nie. In so 'n geval sal hy nie noodwendig onskuldig bevind word nie – die getuienis mag toon dat hy nalatig was en dat hy skuldig bevind moet word aan 'n minder ernstige misdaad waarvoor nalatigheid vereis word.
- d) Indien die dronkenskap nie een van die bogenoemde drie uitwerkings gehad het nie, moet die beskuldigde skuldig bevind word, maar kan die mate waarin hy ten tye van die daad dronk was, gebruik word as grond vir die oplegging van 'n ligter straf.

Na die beslissing in *Chretien*¹⁸⁴ is die regsposisie dat 'n beskuldigde vrywillige dronkenskap as 'n volkome verweer kan aanbied, deur die regslui en die gemeenskap ten sterkste gekritiseer. Die wetgewer was genoodsaak om die posisie in heroënskou te neem, met die gevolg dat die Strafberegtingswet 1 van 1988 uitgevaardig is wat wel so 'n misdryf skep. Die doel van hierdie wet, wat in die volksmond as "statutêre dronkenskap" bekend staan, was om die uiters tegemoetkomende houding wat die Appèlhof in *Chretien*¹⁸⁵ teenoor beskonke misdadigers ingeneem het, te temper.

¹⁸² Snyman, *Strafbereg* 4^{de} Uitgawe 225. Sien ook: Hiemstra 1981 THRHR 349; Ellis 1981 THRHR 175; Burchell 1981 SALJ 177.

¹⁸³ *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A).

¹⁸⁴ *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A).

¹⁸⁵ *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A).

Artikel 1 van die Strafwysigingswet 1 van 1988 lui soos volg:

- "1. (1) Iemand wat enige stof inneem of gebruik wat sy of haar vermoëns om die wederregtelikheid van sy of haar handeling in te sien of om in ooreenstemming met daar die insig te handel, aantas, terwyl hy of sy weet dat daardie stof daardie uitwerking het, en wat, terwyl daardie vermoëns aldus aangetas is 'n handeling verrig wat deur die reg op straf verbied word, maar wat nie strafregtelik aanspreeklik is nie omdat sy of haar vermoëns aangetas was soos voormeld, is aan 'n misdryf skuldig en by skuldigbevinding strafbaar met die straf wat ten opsigte van die pleging van daardie handeling opgelê kan word.
 - (2) Indien in enige vervolging weens enige misdryf daar bevind word dat die bekuldigde nie strafregtelik aanspreeklik is vir die ten laste gelegde misdryf nie op grond van die feit dat die vermoëns in subartikel (1) vermeld, aangetas was deur die inname of gebruik van enige stof, kan daardie beskuldigde skuldig bevind word aan 'n oortreding van subartikel (1), indien die getuienis die pleging van sodanige oortreding bewys.
2. Wanneer dit bewys word dat iemand wat aan 'n misdryf skuldig bevind is, se vermoëns as gevolg van die inneem of gebruik van 'n stof aangetas was toe hy die misdryf gepleeg het, kan die hof by die bepaling van 'n gepaste vonnis wat hom opgelê moet word ten opsigte van bedoelde misdryf, die feit dat sy vermoëns aldus aangetas was, as verswarende omstandigheid beskou.”

Die elemente van hierdie misdryf word soos volg uiteengesit deur Paizes¹⁸⁶:

"The elements of such an offence, which would have to be proved by the prosecution, are thus the following:

- (i) the consumption or use of an intoxicating substance;
- (ii) its impairment of the accused's faculties;
- (iii) the accused's knowledge of its effect;
- (iv) the commission by the accused of a prohibited act while his faculties are so impaired."

Uit 'n verslag van die Suid-Afrikaanse Regskommissie blyk dit dat die beslissing in *Chretien*¹⁸⁷ na die mening van die Kommissie 'n suiwer vertolking van ons strafregwetenskap is. Dit blyk dat die suiwer regs wetenskaplike benadering soos wat dit tans in ons reg bestaan, nie die regs oortuiging van die gemeenskap bevredig wat betref die verweer van vrywillige drankiname wat lei tot dronkenskap nie. Die gemeenskap het 'n afkeur in dronkenskap en bedwelming. Dit blyk duidelik dat gevalle waar die beskuldigdes vrygespreek word omdat hulle met die verweer van vrywillige dronkenskap slaag, selde voorkom. Daar is inderdaad geen geval uitgewys waar 'n beskuldigde weens dronkenskap "te lig daarvan afgekom het nie".

Die artikel het onder wye kritiek deurgeloop, nie slegs wat die bewoording van die artikel aanbetref nie, maar ook die hele bestaan van die artikel is hewig gekritiseer.¹⁸⁸ Snyman¹⁸⁹ stem egter nie saam met die voormelde standpunt nie, en is van oordeel dat die skepping van 'n misdaad soos hierdie noodsaaklik was. Hy is egter van mening dat die wetgewer hierdie wettereregtelike misdaad kon beperk het tot gevalle waar die wandaad, wat in dronkenskap gepleeg is, een is waarby geweld teenoor 'n persoon of eiendom betrokke is.

¹⁸⁶ Paizes, Intoxication through the looking-glass SALJ 105 (1988) 776-788 op 779; *S v Lange* 1989 (1) SASV 199 (W); *S v Hutchinson* 1990 (1) SASV 149 (D); *S v D* 1995 (2) SASV 502 (K).

¹⁸⁷ *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A).

¹⁸⁸ *S v Riddels* 1991 (2) SASV 529 (O) op 531 (J) word Artikel 1 van Wet 1 van 1988 beskryf as 'n "juridiese teenstrydigheid"; Paizes, Intoxication through the looking-glass SALJ 105 (1988) 776 is van mening dat die wetgewer hier "has given us in S1 (1), a provision that is unworkable, illogical and inconsistent."

¹⁸⁹ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 228.

Wanneer die vraagstuk oor die vermoëns wat aangetas was deur die inname of gebruik van die stof ter sprake kom, blyk dit dat die Wet twee onversoenbare bepalinge bevat. In die eerste plek bepaal die Wet dat die beskuldigde 'n handeling moet verrig "terwyl sy vermoëns **aangetas** is" en in die tweede plek dat hy "**nie aanspreeklik** is nie omdat sy vermoëns aangetas was".¹⁹⁰ In hierdie verband merk Paizes¹⁹¹ soos volg op:

"The prosecution is not required to prove that the accused lacked capacity – merely that his faculties were impaired."

Die hof het reeds by verskeie geleenthede hierdie wetgewing geïnterpreteer. Daar is beslis dat uit die bewoording van die artikel dit duidelik is dat die aantasting van die vermoëns van die beskuldigde, 'n onontbeerlike element van die betrokke misdryf is.¹⁹² So ook moet die staat bewys dat die beskuldigde se vermoëns aangetas was op die tydstip waarop hy die handeling verrig het. By implikasie word dus verwag dat die voorsittende beampte 'n bevinding moet maak dat die beskuldigde, ten tye van die ten laste gelegde misdryf, ontoerekeningsvatbaar was.¹⁹³

In *S v Griessel*¹⁹⁴ vereis die hof 'n positiewe bevinding dat die beskuldigde as gevolg van sy vrywillige drankiname ontoerekeningsvatbaar was toe hy die gewraakte handeling uitgevoer het. Muller WR stel dit soos volg:

"Gevolklik was die skuldigbevinding van die landdros foutief deur die beskuldigde aan 'n oortreding van art 1 van Wet 1 van 1988 *en* die misdaad waarvoor hy aangekla was, skuldig te bevind. Daarbenewens het die landdros nie 'n positiewe bevinding gemaak dat die beskuldigde as gevolg van sy drankiname ontoerekeningsvatbaar was toe hy die gewraakte handeling uitgevoer het en by gebreke waaraan hy wet strafbaar sou wees aan

¹⁹⁰ Eie beklemtoning.

¹⁹¹ Paizes, Intoxication through the looking-glass SALJ 105 (1988) 776 op 780.

¹⁹² *S v Pienaar* 1990 (2) SASV 18 (T) op 25(a).

¹⁹³ *S v Mbele* 1991 (1) SA 307 (W).

¹⁹⁴ *S v Griessel* 1993 (1) SASV 178 (O). Sien ook: *S v Mbele* 1991 (1) SA 307 (W); *S v Riddels* 1991 (2) SASV 529 (O).

die misdaad hom ten laste gelê nie. 'n Bevinding dat hy *moontlik* nie besef het wat hy doen nie, is nie voldoende [om] 'n skuldigbevinding in terme van art 1 van Wet 1 van 1988 uit te bring nie."¹⁹⁵

In *S v Ingram*¹⁹⁶ beslis Cloete R soos volg:

"..., I would mention that for a conviction in terms of the section it matters not whether the appellant was without criminal capacity (ie unable to appreciate the wrongfulness of his acts or to act in accordance with that appreciation) or was acting as an automaton. The first case is clearly covered by the section. The second case is also because the appellant would *ex hypothesi* lack criminal capacity."¹⁹⁷

3.4 Provokasie as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid

Die begrip provokasie is nog nie in ons regsliteratuur formeel omskryf nie. Provokasie dui letterlik op uittarting, uitlokking of uitdaging. Provokasie en toorn of woede is nie dieselfde nie. By provokasie word die vraag ondersoek na die beskuldigde se gemoedstoestand, nie soseer die provokasie self nie, want die provokasie is die oorsaak vir die gemoedstoestand. Volgens Bergenthuin¹⁹⁸ omvat provokasie die volgende twee belangrike elemente:

- (i) die uittartende, uitdagende of uitlokkende optrede van 'n provokateur (objektief beskou); en
- (ii) die besondere gemoedstoestand waarin die dader homself bevind het tydens die pleeg van die gevolglike misdaad (subjektiewe beskouing).

Provokasie kom hoofsaaklik ter sprake by klagtes van moord en aanranding waar die optrede of aggressiewe gedrag onmiddellik voorafgegaan is deur 'n bepaalde optrede van die slagoffer, of dit ook al beledigend, uittartend of uitlokkend was,

¹⁹⁵ Op 1.

¹⁹⁶ *S v Ingram* 1999 (2) SASV 127 (WLD). Sien ook: *S v Lange* 1989 (1) SASV 199 (W).

¹⁹⁷ Op 131 (a-b).

¹⁹⁸ Bergenthuin, *Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg*, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria 3-4.

wat woede of toorn by die beskuldigde ontlok het. Terwyl die beskuldigde dan in hierdie geprovokeerde toestand verkeer, word die misdryf gepleeg en kom die provokasie ter sprake by die bepaling van sy aanspreeklikheid.

Twee argumente kan hier geopper word. In die eerste plek kan daar verwag word dat mense hulle drifte beheers. In die tweede plek kan die gemoedsopwelling so intens wees dat die persoon as ontoerekeningsvatbaar beskou kan word.

In die Romeinse reg het toorn 'n strafversagterende uitwerking gehad. Daar is 'n onderskeid getref tussen misdaad wat met voorbedagte rade gepleeg is (*proposito*) en misdaad wat onoorwoë begaan is (*impetu*).¹⁹⁹ Met die aanbreek van die Middeleeue het die optrede in die verband verder verslap. Anders as in die Romeinse tyd is daar in die Middeleeue somtyds glad nie gestraf nie.

Ons regspraak het voorligting gaan soek by die Engelse reg. In die Engelse reg was die provokasieleerstuk hoofsaaklik bekend by doodslag. Dit het verband gehou met die "malice aforethought" as vereiste vir 'n skuldigbevinding aan moord. Waar iemand dus 'n ander dood ten gevolge van "sudden provocation", sou daar geen "malice aforethought" wees nie en gevolglik geen moord nie, maar wel "manslaughter." In die loop van die negentiende eeu het die begrip "malice aforethought" 'n verandering ondergaan en blote "intention to kill" geword.²⁰⁰

Met die voorgaande verandering het die verklaring vir die effek van "sudden provocation" eintlik weggeval, maar is daar steeds vasgehou aan die beginsel dat "murder" deur "provocation" na "manslaughter" verminder word. Die rasionaal vir die voorgaande word gevind in die "loss of self-control" wat deur die House of Lords soos volg gestel was in die saak van *Holmes v Director of Public Prosecutions*²⁰¹:

¹⁹⁹ In *D 48 5 39(38)* 8 verklaar dat 'n man wat sy vrou in oorspel betrap en haar *impetu tractus doloris* dood, nie met die gewone straf van die *lex Cornelia de sicariis* gestraf moet word nie, maar met 'n ligter straf *cum sit difficillimum iustum dolorem temperare* (aangesien dit uiters moeilik is om 'n gebillikte hartstog te beheer).

²⁰⁰ Die keerpunt kom in die beslissing van *R v Welsh* (1869) 11 Cox CC 336 waar die hof hom soos volg uitspreek: "Malice aforethought means intention to kill. Whenever one person kills another intentionally he does it with malice aforethought. In point of law, the intention signifies the malice".

²⁰¹ *Holmes v DPP* [1946] AC 588, [1946] 2 All E.R. 124, HL

"The whole doctrine relating to provocation depends on the fact that it causes, or may cause, a sudden and temporary loss of self-control, whereby malice, which is the formation of an intent to kill or to inflict grievous bodily harm, is negated. Consequently, where the provocation inspires an actual intention to kill ... or to inflict grievous bodily harm, the doctrine that provocation may reduce murder to manslaughter seldom applies."

De Wet & Swanepoel²⁰² is van mening dat waar daar geen "intent to kill" is nie kan daar immers geen "murder" wees om na "manslaughter" te verander nie. Die Suid-Afrikaanse reg het sterk onder die invloed van die Engelse reg ontwikkel. Dus was dit nie snaaks dat die ou Transkeise strafkode soortgelyke bepalings bevat het nie.²⁰³ Met die beslissing van *Butelezi*²⁰⁴ in 1925 word die beginsels neergelê in die artikel 141 wat in ons reg aanvaar word as die juiste.

Voor 1935 het die ou Strafproseswet 31 van 1917, net een straf voorgeskryf vir moord, en dit was die doodstraf, selfs al sou daar versagtende faktore bestaan het. Dus is sekere gevalle van moord met versagtende omstandighede somtyds ingeklee as strafbare manslag, om dan sodoende 'n ligter straf te bewerkstellig. Met die uitvaardiging van Wet 46 van 1935 het die posisie egter verander en kon 'n hof dan ook na 'n skuldigbevinding aan moord, 'n ligter vonnis as die doodsvonnis oplê, mits daar versagtende omstandighede teenwoordig was.

Steeds is toorn of provokasie nie as strafversagtende omstandigheid behandel nie.²⁰⁵ In *R v Tsabalala*²⁰⁶ beslis die hof weer op gesag van artikel 141 van die Transkeise strafkode dat moord nie na strafbare manslag verminder kan word nie, al het die beskuldigde sy "power of self-control" verloor, indien die provokasie nie van die aard is dat dit 'n redelike man sy "power of self-control" sal ontnem nie.²⁰⁷

²⁰² De Wet & Swanepoel, Strafred 4^{de} Uitgawe 132.

²⁰³ Artikel 141 van die Transkeise Strafkode.

²⁰⁴ *R v Butelezi* 1925 AD 160.

²⁰⁵ Sien: *R v Attwood* 1946 AD 331; *R v Blokland* 1946 AD 940.

²⁰⁶ *R v Tsabalala* 1946 AD 1061.

²⁰⁷ Sien ook: *R v Thibani* 1949 (4) SA 720 (A); *R v Krull* 1959 (3) SA 392 (A).

Die beslissing gelewer in *S v Mokonto*²⁰⁸ in 1971 het die kwessie van provokasie heroorweeg en het die hof by monde van Holmes AR bepaalde uitsprake hieroor gemaak. De Wet & Swanepoel²⁰⁹ identifiseer vier stellings:

- (i) dat artikel 141 van die Transkeise strafkode beperk moet word tot die gebied waarvoor dit geld;
- (ii) dat die benadering subjektief moet wees by misdade waarvan opset 'n bestanddeel is;
- (iii) dat provokasie of toorn relevant is vir die vraag of opset bestaan het;
- (iv) dat provokasie, subjektief beoordeel, ook relevant is tot versagtende faktore.

Die voorgaande stellings het tot gevolg dat:

- a) die beginsel verwerp word dat provokasie moord verminder na strafbare manslag;
- b) die toorn in ag geneem word, met die maak van afleidings ten aansien van die beskuldigde se gesindheid, maar nie dat die toorn noodwendig tot die gevolgtrekking aanleiding gee dat die beskuldigde sonder opset gehandel het nie;
- c) die beskuldigde se toorn aanduidend is dat hy wel met opset opgetree het.

Die rede dat provokasie tot omstreeks 1981 hoogstens 'n gedeeltelike verweer was, kan veral toegeskryf word aan die invloed van die Engelsregtelike "specific intent theory" of "besondere-opset-teorie" in ons reg.²¹⁰ Dus, waar 'n persoon aangekla is van 'n misdaad waarby 'n "besondere opset" vereis is, het provokasie die uitwerking gehad dat hy nie aan daardie misdaad skuldig bevind kon word nie, maar wel aan 'n minder ernstige misdaad wat by die "besondere-opset-misdaad" inbegrepe was. Provokasie kon dus tot gevolg hê dat 'n persoon wat van moord aangekla was, slegs aan strafbare manslag skuldig bevind kon word.

²⁰⁸ *S v Mokonto* 1971 (2) SA 319 (A).

²⁰⁹ De Wet & Swanepoel, Strafred 4^{de} Uitgawe 136.

²¹⁰ Sien bespreking van "besondere-opset-teorie" hierbo by dronkenskap.

Met die *Chretien*²¹¹ beslissing in 1981 is die "specific intent theory" binne konteks van dronkenskap in ons reg verwerp. Die vraag het ontstaan of die leerstuk behoue gebly het met betrekking tot die verweer van provokasie.²¹² Die eerste saak waar daar 'n nuwe rigting deur ons howe ingeslaan word is in 1985 beslis in *S v Arnold*²¹³ waar die hof van mening was dat:

"It is not only youth, mental disorder, or intoxication which could lead to a state of criminal incapacity, but also incapacity caused by other factors such as extreme emotional stress."²¹⁴

Die belangrikste beslissing wat die weg gebaan het vir die erkenning van provokasie as 'n volkome verweer is gelewer in 1987 in *S v Campher*.²¹⁵ In 'n meerderheidsbeslissing van die hof word daar bevind dat daar wel in ons reg 'n verweer bestaan soos ontoerekeningsvatbaarheid wat nie gekoppel is aan die bepaling van artikel 78 (1) van die Strafproseswet nie. Hierdie beslissing het dus die weg gebaan vir die formulering van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as verweer in die strafreg.

Laastens verdien die effek van provokasie by nalatigheidsmisdrywe hier vermelding. Volgens Snyman²¹⁶ sal provokasie slegs die nalatigheid as vereiste skuldvorm uitsluit indien dit vasstaan dat die redelike mens ook sy humeur sou verloor het en soos die beskuldigde sou opgetree het. Dus sou 'n objektiewe benadering hier gevolg word.

4. DIE SUBJEKTIEWE TOETS BY DIE BEOORDELING VAN PROVOKASIE

Met die toepassing van 'n subjektiewe toets ter bepaling van ontoerekeningsvatbaarheid by provokasie word bepaalde eiesoortige faktore of subjektiewe elemente in ag geneem soos onder andere opvlieëndheid, jaloesie,

²¹¹ *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A).

²¹² Sien: *S v Lesch* 1983 (1) SA 814 (O); *S v Van Vuuren* 1983 (1) SA 12 (A).

²¹³ *S v Arnold* 1985 (3) SA 256 (K).

²¹⁴ Op 264 (C-D).

²¹⁵ *S v Campher* 1987 (1) SA 940 (A).

²¹⁶ Snyman, Strafreg 4^{de} Uitgawe 241.

liggeraaktheid of bygelowigheid.²¹⁷ Die blote feit dat die een of ander provokatiewe gedrag teenoor die persoon of die beskuldigde geopenbaar word, beteken nie dat provokasie as verweer outomaties in die beskuldigde se guns in aanmerking geneem moet word nie. Dit sal eers die geval wees wanneer die uittartende gedrag 'n bepaalde uitwerking op hom as persoon gehad het en dus die beskuldigde se toerekeningsvatbaarheid verminder of uitgesluit het.

Die toepassing van 'n suiwer subjektiewe toets mag egter sekere probleme oplewer. PMA Hunt²¹⁸ bespreek die volgende voorbeeld wat die posisie die beste illustreer:

"If a hot-tempered individual loses control of himself and (lacking intent to kill) causes death, he cannot be convicted of culpable homicide, for if we are to judge him by his own characteristics he has acted predictably and in accordance with the disposition which a variety of background influences have shaped."²¹⁹

In 1963 het die hof in die sake van *Mangondo*²²⁰ en *Lubbe*²²¹ die kwessie aangeraak met betrekking tot die toets vir provokasie en of dit subjektief of objektief beoordeel moes word op 'n aanklag van moord waar daar getuienis van provokasie was. Die vraag was dus: sou die redelike persoon in dieselfde posisie as die beskuldigde selfbeheersing verloor het of het die beskuldigde tot so 'n mate sy selfbeheersing verloor dat hy nie die opset gehad het om te dood nie. In beide sake het die hof bevind dat die toets subjektief moet wees. Burchell²²² kritiseer

²¹⁷ Sien Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 240; Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 444-451.

²¹⁸ Milton, *South African Criminal Law & Procedure* 3rd Edition (1996) Vol. 2. Sien ook in die algemeen Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 440-444. Burchell verwys na die artikel van Tadros V, *The character of excuse* (2001) 21 *Oxford Journal of Legal Studies* 495 op 518, waar hy argumenteer dat by die beoordeling van toerekeningsvatbaarheid, moet daar eerstens vasgestel word wat die rede was waarom die beskuldigde anders opgetree het. Sou die rede hiervoor wees "due to some reprehensible characteristic, but a characteristic that is not rightly the target of the criminal law", dan sou 'n beskuldigde wat sodanig optree "isn't worthy of the kind of blame that is particular to criminal liability".

²¹⁹ Op 374-375.

²²⁰ *S v Mangondo* 1963 (4) SA 160 (A).

²²¹ *S v Lubbe* 1963 (4) SA 459 (W).

²²² Burchell EM, *Provocation: Subjective or Objective* (1964) 81 *SALJ* 27 op 29.

beide voorgaande uitsprake omrede die howe die bevindinge van Schreiner AR in *Krull*²²³ foutiewelik geïnterpreteer het as 'n subjektiewe benadering tot provokasie.

In 1971 neem die Appèlhof duidelik standpunt in met betrekking tot die toets vir provokasie in die saak van *Mokonto*.²²⁴ Die feite was kortliks dat die appellant die oorledene, wie hy geglo het deur haar toorkuns sy broers se dood veroorsaak het, gedood het deur haar kop en hande af te kap. Die Appèlhof het die skuldigbevinding aan moord bekragtig. Die uitspraak van Holmes AR sit die posisie met betrekking tot provokasie soos volg uiteen.²²⁵

- (i) Dat die toepassing van Artikel 141 van die Transkeise Strafkode beperk moet word tot die gebied waarvoor dit geld en dus dat provokasie nie moord na strafbare manslag kan verminder nie.
- (ii) By misdade waarvan opset 'n element is moet die benadering subjektief wees.²²⁶
- (iii) Provokasie is relevant vir die vraag of opset bestaan.²²⁷
- (iv) Provokasie, subjektief beoordeel, is relevant tot versagting van vonnis.

Volgens Snyman,²²⁸ is dit veral sedert die uitspraak in *Mokonto*²²⁹ duidelik dat die toets nie meer is hoe die redelike mens op die provokasie sou gereageer het nie, maar hoe die betrokke beskuldigde, inaggenome sy persoonlike eienskappe soos opvlieëndheid, jaloesie, liggeraaktheid of bygelowigheid, inderdaad daarop gereageer het, en wat op daardie tydstip in sy gemoed omgegaan het. Die toets vir

²²³ *R v Krull* 1959 (3) SA 392 (A). In *S v Dlodlo* 1966 (2) SA 401 (A) was 'n verweer van provokasie aangevoer op 'n aanklag van moord en het die hof bevind dat die toets om te bepaal of provokasie die beskuldigde se opset om te dood uitgesluit het, subjektief beoordeel moes word. Sien Pather, *Provocation: Acquittals provoke a rethink* (2002) SAS 15 337 op 341-342.

²²⁴ *S v Mokonto* 1971 (2) SA 319 (A).

²²⁵ *S v Mokonto* 1971 (2) SA 319 (A) op 326 (F-H). Sien ook: De Wet & Swanepoel, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 136.

²²⁶ Op 325 (E-F). "... it is now judicially recognised that intention to kill is purely a subjective matter; And the old maxim that a person is presumed to intend the reasonable and probable consequences of his act is no longer regarded as a criterion of intention;"

²²⁷ Op 327 (A-B) stel Holmes AR dit soos volg: "And from his evidence it is clear that, after she had again threatened him, he deliberately and intentionally cut off her head so that she could rise up again and bewitch him. Hence, if provocation played any part in his conduct, far from negating intention to kill it contributed to such intention, which was clearly established." Vergelyk ook *S v Grove-Mitchell* 1975 (3) SA 417 (A) waarin verklaar word dat impulsiewe gedrag nie noodwendig getuig van afwesigheid van opset nie.

²²⁸ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 236-241.

²²⁹ *S v Mokonto* 1971 (2) SA 319 (A).

provokasie is met ander woorde subjektief.²³⁰ Snyman merk drie punte van progressie aan as gevolg van die voormelde klemverskuiwing:

- (i) Dit is nie meer nodig dat die provokatiewe handeling wederregtelik hoef te wees nie – provokasie kan toerekeningsvatbaarheid of opset uitsluit, al was die provokerende daad regmatig;²³¹
- (ii) of die beskuldigde onmiddellik na die provokasie, of eers na die verloop van 'n afkoeltydperk tot die aanval oorgegaan het, is geen meganiese reël waarvolgens bepaal word of die misdadige moord of strafbare manslag is nie. Dit is bloot 'n feit wat tesame met al die ander feite in aanmerking geneem moet word om vas te stel of die beskuldigde die opset gehad het om te moor;
- (iii) of daar 'n eweredige verhouding was tussen die provokasie en die beskuldigde se reaksie daarop – 'n objektiewe maatstaf ontleen uit die Engelse reg wat nie meer stand hou met die geldende subjektiewe toets vir opset nie.²³²

Volgens Pather²³³ illustreer die beslissing in *Mokonto*²³⁴ dat dit nie die aard van die provokatiewe handeling is wat belangrik is nie, maar die effek daarvan op die beskuldigde se "mental abilities or state of mind". Hy ondersteun die subjektiewe toets by die beoordeling van provokasie maar is tog van oordeel dat objektiewe elemente en dus 'n gedeeltelik objektiewe toets daarby geïnkorporeer moet word. Dit sou tot gevolg hê dat wanneer die provokasieverweer suksesvol aangevoer

²³⁰ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe op 240.

²³¹ *R v Thibani* 1949 (4) SA 720 (A) op 731-732.

²³² Vir beslissings in die verlede waarin die houe op 'n eweredige verhouding aangedring het, sien: *Bayat* 1947 (4) SA 128 (N); *Claassen* 1957 (1) PH H71 (OK); *Bureke* 1960 (1) SA 49 (F) 51.

²³³ Pather, *Provocation: Acquittals provoke a rethink SAS* (2002) 15 352. Snyman, *Is There Such a Defence in Our Criminal Law as 'Emotional Stress'?* SALJ (1985) 240 op 250 kritiseer die toepassing van 'n suiwer subjektiewe toets by die beoordeling van provokasie. Dit word soos volg verduidelik: "To allow provocation – whether under the guise of 'emotional stress' or otherwise – as a complete defence would herald yet another victory for the subjective approach to criminal liability. It is submitted that the time has now come for courts and academic writers alike to ask themselves whether the swing towards this subjective approach has not perhaps gone far enough. This remark does not suggest that there is anything wrong with the subjective test to determine the existence of criminal intent, applied by the courts during the last three decades. What is needed is a clearer appreciation of some of the implications of this approach. There is a real danger that excessive emphasis on the subjective approach may undermine the very nature of criminal law as a set of norms applicable to everybody in society."

²³⁴ *S v Mokonto* 1971 (2) SA 319 (A).

word op 'n aanklag van moord, die beskuldigde steeds skuldig bevind kan word aan strafbare manslag.

Die subjektiewe benadering word bevestig in die beslissing van *Lesch*²³⁵ waar die beskuldigde van moord aangekla was en beweer het dat hy as gevolg van die oorledene se provokasie in so 'n woedebui verkeer het dat hy ten tye van die daad ontoerekeningsvatbaar was. Op die feite het die hof egter bevind dat hy wel subjektief die vermoë gehad het om te kon onderskei tussen reg en verkeerd en om sy handeling daarvolgens te rig. Die toets vir provokasie word deur die hof soos volg gestel:

"Die vraag moet beantwoord word, nie aan die maatstaf van hoe die redelike man sou gereageer het op die provokasie nie, maar hoe die beskuldigde, subjektief gesien, in ag genome al sy persoonlikheidseienskappe, inderdaad op die provokasie gereageer het."²³⁶

Volgens Louw²³⁷ is die toets vir provokasie duidelik 'n subjektiewe toets en steun hy op 'n meer resente beslissing in die *Moses*²³⁸ saak, waar die hof die posisie met betrekking tot die toepassing van die subjektiewe toets by die beoordeling van provokasie soos volg stel:

"Thus the law is clearly to the effect that where provocation and emotional stress are raised as a defence, it is a subjective test of capacity without any normative evaluation of how a reasonable person would have acted under the same strain and stress. What matters is what was going through the accused's mind at the relevant time."²³⁹

Na die *Mokonto*²⁴⁰ beslissing is die posisie dat provokasie subjektief beoordeel moet word. Daar blyk egter nie eenstemmigheid te wees oor of objektiewe

²³⁵ *S v Lesch* 1983 (1) SA 814 (O).

²³⁶ Op 825 (H).

²³⁷ Louw, Road Rage, Incapacity and Legal Confusion SAS (2001) 14 206.

²³⁸ *S v Moses* 1996 (1) SASV 701 (K).

²³⁹ Op 714 (b).

²⁴⁰ *S v Mokonto* 1971 (2) SA 319 (A).

faktore ook by die subjektiewe toets vir provokasie geïnkorporeer behoort te word nie.²⁴¹

5. DIE OBJEKTIEWE TOETS BY DIE BEOORDELING VAN PROVOKASIE

'n Objektiewe maatstaf was aanvanklik in die Suid-Afrikaanse regstelsel gebruik by die bepaling van die effek van provokasie. Die toets was dus of die redelike persoon sy humeur of selfbeheersing sou verloor onder die omstandighede. Indien 'n beskuldigde nie aan hierdie maatstaf kon voldoen nie, sou hy skuldig bevind kon word aan strafbare manslag.²⁴²

Hunt²⁴³ is van mening dat die maatstaf van die objektiewe toets rigied moet wees en stel dit soos volg:

"The objective standard of the reasonable man takes no account of the race, or the idiosyncrasies, or the superstitions, or the intelligence of the person accused. Indeed no account is taken of any of the personal characteristics of the accused. His deficiencies in education, experience or knowledge, is physical or emotional disabilities, are all ignored."²⁴⁴

Die gebruik van 'n objektiewe toets by provokasie het sy oorsprong in die provokasietoets wat ons regstelsel binnegedring het *via* die ou-Transkeise Strafkode van 1886:

"Homicide which would otherwise be murder may be reduced to culpable homicide if the person who causes death does so in the heat of passion caused by sudden provocation. Any wrongful act or insult of such a nature as to be

²⁴¹ Volgens Bergenthuin, Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse Strafbereg, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria 530-531 is hierdie oorgang van 'n objektiewe na 'n subjektiewe kriterium in ooreenstemming met die algemene ontwikkeling van opset as skuldelement na 'n suiwer subjektiewe gegewe.

²⁴² Pather, Provocation: Acquittals provoke a rethink SAS (2002) 15 339-341; Snyman, Strafbereg 4^{de} Uitgawe 240-241; Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 436-440.

²⁴³ Burchell & Hunt, South African Criminal Law and Procedure Vol 1.

²⁴⁴ Op 198.

sufficient **to deprive any ordinary person of the power of self control**²⁴⁵ may be provocation, if the offender act upon it on the sudden, and before there has been time for his passion to cool. Whether any particular wrongful act or insult, whatever may be its nature, amounts to provocation, and whether the person provoked was actually deprived of the power of self control by the provocation which he received shall be a question of fact."²⁴⁶

Die *locus classicus* ter toeligting van die voorgaande word gevind in die feitestel van *Mbombela*,²⁴⁷ waar die beskuldigde 'n ongesofistikeerde swartman was wat in 'n plaaslike swart gemeenskap gewoon het. Die beskuldigde het 'n kind doodgekap in die waan dat die kind 'n "tikoloshe" was, 'n kreatuur waarin sekere swart kultuurgroepe glo. Die Appèlhof het beslis dat hierdie optrede van die beskuldigde nie redelik was nie, aangesien die redelike persoon nie soortgelyke bygelowe koester nie, en sluit objektiewe faktore soos ras, persoonlikheid, eienaardigheid en intelligensie uit by die beoordeling van wat 'n redelike persoon is.²⁴⁸

Die aanwending van die objektiewe kriterium by die beoordeling van provokasie kan egter 'n mate van onregverdigheid meebring, veral gesien teen die agtergrond van Suid-Afrika as multi-kulturele, heterogene gemeenskap met verskillende grade van akademiese opleiding, geletterdheid, agtergrond en sosiale gesofistikeerdheid.²⁴⁹

In 1959 het die Appèlhof in *Krull*²⁵⁰ egter, in teenstelling met die Transkeise Strafkode, beslis dat provokasie nie 'n opsetlike doodslag na strafbare manslag verminder nie. Schreiner AR laat hom soos volg hieroor uit:

²⁴⁵ Eie beklemtoning.

²⁴⁶ Artikel 141 van die Transkeise Strafkode 1886.

²⁴⁷ *R v Mbombela* 1933 AD 269.

²⁴⁸ Op 273-274.

²⁴⁹ Du Plessis, *The Law of Culpable Homicide in South Africa*, Doktorale Proefskrif (1986) Rhodes Universiteit op 313; *S v Mangondo* 1963 (4) SA 160 (A); Bergenthuin, *Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse Strafreë*, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria 319.

²⁵⁰ *R v Krull* 1959 (3) SA 392 (A).

'[I]n the treatment of provocation arising from idiosyncrasies such as hotheadedness or timidity "conformity to objective standards must, for practical reasons, be insisted on".²⁵¹

Die beslissing in *Krull*²⁵² is onbevredigend in soverre dit aandui dat subjektiewe faktore, eie aan die beskuldigde, nie in ag geneem moet word by die beoordeling van die effek van provokasie nie. Die beskuldigde wat tereggestaan het op 'n aanklag van moord, is skuldig bevind aan strafbare manslag, aangesien opset in ag genome die feite nie bewys kon word nie. Hierdie feite het ingesluit die beskuldigde se vinnige humeur, die invloed van drank op hom, asook die tempterende optrede van 'n derde party.

In 1976 met die beslissing gelewer in *S v Van As*,²⁵³ was daar 'n aanduiding dat die howe stadig begin wegbeweeg het van 'n suiwer objektiewe toets, waar die hof hier beslis dat die redelike man nie alleen objektief beoordeel moes word nie, maar dat 'n mate van subjektiwiteit daarby geïnkorporeer word omdat die *diligens paterfamilias* 'n bepaalde groep of soort persone verteenwoordig wat in dieselfde omstandighede as hy verkeer en dieselfde kennisvermoë het.²⁵⁴

Met die toonaangewende beslissing van *Eadie*²⁵⁵ is die kontroversiële objektiewe toets vir toerekeningsvatbaarheid by provokasie weer aangeraak. Die feite waarop die hof moes beslis was soos volg: Die beskuldigde, mnr Eadie, was 35 jaar oud. Hy het tereggestaan op twee aanklagte, naamlik dié van moord en regsverdeling of regsbelemmering onderskeidelik. Die gebeure wat aanleiding gegee het tot

²⁵¹ Op 396.

²⁵² *S v Krull* 1959 (3) SA 392 (A). Die howe het egter die objektiewe standaard van die redelike persoon gekwalifiseer as die gewone deursnee-mens, sien *S v Goliath* 1972 (3) SA 1 (A). In *S v Burger* 1975 (4) SA 877 (A) beskryf Holmes AR die redelike persoon soos volg op 879 (d-e): "One does not expect of a *diligens paterfamilias* any extremes such as Solomonic wisdom, prophetic foresight, chameleonic caution, headlong haste, nervous timidity, or the trained reflexes of a racing driver. In short, a *diligens paterfamilias* treads life's pathway with moderation and prudent common sense."

²⁵³ *S v Van As* 1976 (2) SA 921 (A).

²⁵⁴ Op 928 (d-e). Sien ook: *S v Malaza* 1990 (1) SASV 357 (A) waar die appellant handelende op die advies van 'n toordokter die oorledene gedood het. Op appél word bekragtig dat die beskuldigde se geloof in toorkuns wel as 'n strafversagtende omstandigheid in ag geneem kon word, maar dat dit nie sy blaamwaardigheid verminder het nie. Vir 'n soortgelyke benadering sien: *S v Netshivha* 1990 (2) SASV 331 (A); *S v Mojapelo* 1991 (1) SASV 257 (T).

²⁵⁵ *S v Eadie (1)* 2001 (1) SASV 172 (K); *S v Eadie (2)* 2001 (1) SASV 185 (K); *S v Eadie* 2002 (1) SASV 663 (HHA).

hierdie aanklagte is die volgende: in die vroeë oggendure van 12 Junie 1999 was die beskuldigde, sy vrou en hul twee jong seuns op pad huis toe nadat hulle 'n funksie van die Vishoek Hokkieklub op Vrydagaand 11 Junie 1999 in 'n hotel in Woodstock bygewoon het. Die beskuldigde het 'n ander motor se hoofligte in sy (beskuldigde) se truspieël gewaar. Die ander motor (dié van ene mnr Duncan) se hoofligte was aan en mnr Duncan het sy motorligte vir mnr Eadie geflits terwyl hy mnr Eadie se motor teen 'n hoë spoed ingehaal en op die laaste oomblik op 'n soliede streep verbygesteek het. Later, op dieselfde pad, het die beskuldigde weer vir mnr Duncan gewaar aangesien laasgenoemde toe weer aansienlik stadiger gery het. Die beskuldigde het vir 'n wyle agter die motor van mnr Duncan gery, wat intussen tot ongeveer 40 km/h verstadig het. Die beskuldigde het derhalwe die motor van mnr Duncan verbygesteek. Hierna het mnr Duncan spoed vermeerder en vir 'n paar honderd meter op die beskuldigde se motorbuffer gery met sy (Duncan) se hoofligte aan. Die beskuldigde het spoed vermeerder in 'n poging om weg te kom, maar is uiteindelik weer deur mnr Duncan verbygesteek. Die hele proses is hierna herhaal deurdat mnr Duncan vlak voor die beskuldigde se motor remme aangeslaan het. Uit vrees vir 'n moontlike motorkaping het die beskuldigde mnr Duncan vir 'n tweede maal verbygesteek. Die beskuldigde het hierna so vinnig moontlik gery in 'n poging om weg te kom, maar mnr Duncan het kort op die beskuldigde se hakke gebly. By 'n rooi verkeerslig het die beskuldigde stilgehou met mnr Duncan, steeds met sy motor se hoofligte aan, teen die beskuldigde se motorbuffer.

Die beskuldigde het sy hokkiestok, wat agter sy motorsitplek was, geneem en uit sy motor geklim. Volgens die beskuldigde was hy teen hierdie tyd uitermate kwaad en was sy aanvanklike voorneme om die ander motor se ligte stukkend te slaan. Terwyl hy egter na die motor van mnr Duncan gestap het, het hy (mnr Eadie) van plan verander en besluit om die motor se voorruit stukkend te slaan. Op daardie oomblik het mnr Duncan sy motordeur oopgemaak en die beskuldigde het sy hokkiestok op die motordeur stukkend geslaan. Hierna het die beskuldigde die motordeur, wat intussen toegegaan het, weer oopgepluk waarna mnr Duncan met beide voete na die beskuldigde geskop het. Die beskuldigde het mnr Duncan herhaaldelik met sy vuus teen die kop en in die gesig geslaan. Hierna het die beskuldigde vir mnr Duncan uit sy motor gesleep en, terwyl laasgenoemde op die

grond lê, hom met die hak van sy skoen in die gesig getrap en op sy neusbrug geskop. Die beskuldigde en sy gesin het hierna huis toe gery maar die beskuldigde het onmiddellik na die misdaadtoneel teruggekeer.

Terug by mnr Duncan kon die beskuldigde geen polsslag aan mnr Duncan voel nie. ('n Staatspatoloog, dr Van der Heyde, het later getuig dat mnr Duncan weens veelvuldige hoofbeserings beswyk het).²⁵⁶ Ene mnr Eksteen, 'n mnr Hill, asook die polisie het hierna op die toneel afgekom en die beskuldigde het aan hul verduidelik dat hy (beskuldigde) 'n onskuldige verbyganger was wat slegs sy hulp wou aanbied. Nadat die beskuldigde sy besonderhede aan die polisie verskaf het is hy toegelaat om huis toe te gaan. Die beskuldigde het egter eers die gebreekte hokkiestok onopsigtelik van die toneel verwyder en in digte bosse 2,5 km daarvandaan, gaan weggooi. Die beskuldigde het later tydens 'n ondervraging aan die polisie voorgehou dat hy die hokkiestok by die misdaadtoneel gelaat het, asook dat die skoon denimbroek wat hy toe gedra het dieselfde een was wat hy tydens die noodlottige voorval gedra het. Later het dit geblyk dat die denimbroek wat hy tydens die voorval gedra het bloedbesmeerd was en dat hy dit weggesteek het.

Die beskuldigde het die verweer aangevoer dat hy tydens die aanval beheer oor homself verloor het en derhalwe in onvermoë was om sy daad te beheer. Hy opper dus as strafregtelike verweer tydelike nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid weens verlies van sy konatiewe geestesfunksie.

Griesel R het in ag geneem dat daar baie aspekte was wat bygedra het tot die beskuldigde se emosioneel spanningsvolle toestand, soos sy finansiële probleme, huweliksprobleme, werksverwante probleme en andere wat aanleiding gegee het tot 'n depressiewe toestand by die beskuldigde. Hoewel die hof in ag geneem het dat hierdie faktore 'n belangrike rol gespeel het in die beskuldigde se lewe, het die hof bevind dat dit nie die gevolg gehad het dat die beskuldigde ontoerekeningsvatbaar was nie. Die hof het wel bevind dat hoewel duisende

²⁵⁶ Op 176 (g-h).

mense hulle daaglik in soortgelyke en selfs slegter omstandighede bevind hulle nie weens provokasie mede-motoriste doodslaan nie.²⁵⁷

Unieke omstandighede van die beskuldigde is nie hier deur die hof in ag geneem nie. Dit blyk dus dat 'n objektiewe benadering hier deur die hof *a quo* gevolg is. Die voorgaande is herbevestig en deur die Hoogste Hof van Appèl bekragtig nadat daar teen die beslissing vanaf die Kaapse Provinsiale Afdeling geappelleer is.²⁵⁸

Ter motivering van sy uitspraak het Navsa AR sterk gesteun op die artikel van Ronald Louw - Road Rage, Incapacity and Legal Confusion²⁵⁹ - asook die beslissings in *Kensley*²⁶⁰ en *Henry*.²⁶¹ Volgens Navsa AR is die probleem nie die toepassing van 'n objektiewe toets by die bepaling van toerekeningsvatbaarheid by provokasie nie, maar die verkeerde toepassing daarvan en kan die probleem gedeeltelik toegeskryf word aan die blote aanvaarding van die beskuldigde se *ipse dixit* aangaande sy geestestoestand. Volgens hom blyk dit geregverdig te wees om die beskuldigde se getuienis aangaande sy geestesgebrek te meet aan sy gedrag of optrede voor en na die gebeure, maar ook gemeet aan die hof se ervaring van menslike gedrag en sosiale interaksie.²⁶² 'n Uitdruklike toepassing van 'n objektiewe toets as maatstaf vir die bepaling van toerekeningsvatbaarheid by provokasie is dus deur die Appèlhof aangedui.²⁶³

Dit blyk dat Louw se siening van die objektiewe toets verkeerd geïnterpreteer is deur die Appèlhof in *Eadie*.²⁶⁴ In sy opvolgartikel in 2003 kritiseer Louw²⁶⁵ die volgende aspekte in die uitspraak deur die Appèlhof gelewer:

²⁵⁷ *S v Eadie (1)* 2001 (1) SASV 172 (K) op 183 (g-i).

²⁵⁸ *S v Eadie* 2002 (1) SASV 663 (HHA) op 671 (j).

²⁵⁹ Louw, Road Rage, Incapacity and Legal Confusion SAS (2001) 14 206.

²⁶⁰ *S v Kensley* 1995 (1) SASV 646 (A).

²⁶¹ *S v Henry* 1999 (1) SASV 13 (HHA). Op 20 (c-d) beslis Scott AR soos volg: "His *ipse dixit* to the effect that his act was involuntarily and unconsciously committed must therefore be weighed up and considered in the light of all the circumstances and particularly against the alleged criminal conduct viewed objectively."

²⁶² Op 691 (b-d).

²⁶³ Dit is insiggewend dat Streicher AR wat hier akkoord gaan met Navsa AR, ook saamgestem het met Scott AR in *S v Henry* 1999 (1) SASV 13 (HHA).

²⁶⁴ *S v Eadie* 2002 (1) SASV 663 (HHA) op 689-693.

²⁶⁵ Louw, *S v Eadie*: The end of the road for the defence of provocation? SAS (2003) 16 op 200.

- (i) die gelykstel van gesonde outomatisme aan nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as gevolg van emosionele spanning en provokasie; en
- (ii) die implementering van 'n objektiewe toets by die bepaling van toerekeningsvatbaarheid.²⁶⁶

Die outeurs Burchell en Milton²⁶⁷ blyk tog ten gunste te wees van 'n objektiewe benadering by die bepaling van toerekeningsvatbaarheid by provokasie. Hulle stel bepaalde oplossings voor, onder andere remediërende wetgewing of heroorweging deur die howe van die beginsels van die huidige subjektiewe benadering tot toerekeningsvatbaarheid.

Pather²⁶⁸ is van mening dat 'n gedeeltelik objektiewe toets wel geïnkorporeer moet word in die oorweging van toerekeningsvatbaarheid by provokasie, om te verseker dat persone wat die verweer suksesvol opper, nie skotvry gaan nie, maar eerder skuldig bevind word aan 'n mindere oortreding van strafbare manslag.

Burchell²⁶⁹ is ook van oordeel dat 'n beperkte terugswaai na objektiwiteit gepas is. Hy stel voor dat die wetgewer moontlik oorweging skenk aan wetgewing wat die objektiewe assessering van provokasie as standaard sou herstel. Hy stel dit soos volg:

"The accused in these circumstances would only be able to escape criminal liability ... if the conduct committed under emotional stress (including

²⁶⁶ Louw kritiseer dit soos volg op 206: "**But he goes too far when he introduces an objective test as well.** This may be a hint at a swing towards a more normative approach to our criminal law heralded by public sentiment aghast at the country's alarming crime rate, but it is not in line with the considered decisions of the court and it is not in line with our general principles. It ought to be reviewed."

²⁶⁷ Burchell & Milton, *Principles of Criminal Law* 2^{de} Uitgawe (1997) op 293: "This course would, obviously, require remedial legislation or a bold judicial reassessment of the current subjective formulation of capacity. If a test of reasonableness were adopted in all cases where provocation (or emotional stress) was raised as defence (even in cases where intention is the fault element required) then this would be closer to the attitude of the Rumpff Commission (that severe emotional tention or impulsiveness should not be regarded as excluding volitional control) and the Roman-Dutch law approach. It would allow a court to emphasize objective factors, such as the proportionality between the provocation received and the retaliation by the accused."

²⁶⁸ Pather, *Provocation: Acquittals provoke a rethink SAS* (2002) 15 op 337.

²⁶⁹ Burchell, 'Unravelling compulsion draws provocation and intoxication into focus' (2001) *SAS* 14 363 op 369.

provocation) ... was considered by the court to be reasonable in the circumstances²⁷⁰

Bykomend tot die *status quo* in ons regspraak na die *Eadie*²⁷¹ beslissing in die Appèlhof, blyk daar tog steun te wees van verskeie akademië²⁷² vir die inkorporering van objektiewe elemente, tesame met 'n subjektiewe toets wanneer toerekeningsvatbaarheid oorweeg word, om sodoende 'n gebalanseerde uitslag te verkry.

6. NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID ONDERSKEI VAN PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID

Reeds in die Romeinse Reg is die benadering gevolg dat geesteskrankes nie strafregtelik aanspreeklik gehou word vir die misdade wat hulle gepleeg het nie.

Geestesongesteldheid of geestesgebrek dui op 'n sieklike of patologiese versteuring van die geestesvermoëns, en nie bloot tydelike verstandelike beneweling nie, wat nie toegeskryf kan word aan so 'n geestessiekte nie, maar wat bloot te wyte is aan uitwendige prikkels soos die gebruik van alkohol of verdowingsmiddels, of selfs provokasie.²⁷³

Voor 1977 het die verweer bekend gestaan as kranksinnigheid en was in 'n groot mate gegrond op die sogenaamde M'Nagten-reëls afkomstig uit die Engelse reg. Sedert 1843 is die M'Nagten-reëls²⁷⁴ in die Engelse reg as gesaghebbend aanvaar in verband met 'n verweer van geestesongesteldheid oftewel "insanity" in die strafregpleging. Volgens die M'Nagten-reëls word daar vir 'n geslaagde beroep op

²⁷⁰ Op 370.

²⁷¹ *S v Eadie* 2002 (1) SASV 663 (HHA).

²⁷² Pather, *Provocation: Acquittals provoke a rethink SAS* (2002) 15 op 337; Burchell & Milton, *Principles of Criminal Law* 2^{de} Uitgawe (1997); Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 436-440.

²⁷³ *S v Stellmacher* 1983 (2) SA 181 (SWA) op 187 H.

²⁷⁴ Na aanleiding van die onskuldigbevinding weens *insanity* van ene *M'Naghten* op 'n aanklag van moord het die Britse Hoër Huis, na 'n debat, aan 'n kollege van regters 'n aantal vrae gestel oor insanity as 'n verweer. Dit is die antwoorde van die regters op hierdie vrae wat meer algemeen bekend staan as die *M'Naghten rules*. Alhoewel die stellings van die regters bloot antwoorde was op vrae van die House of Lords as deel van die Britse parlement en dus nie die gesag dra van 'n egte presedent nie, is die reëls in die Engelse regspleging as gesaghebbend aanvaar.

geestesongesteldheid of "insanity" vereis dat die beskuldigde, toe hy die daad verrig het, weens 'n "decease of the mind" gebuk gegaan het onder 'n "defect of reason," tot so 'n mate dat hy nie die aard en omvang ("nature and quality") van die daad begryp het nie, of indien hy wel begryp het, nie geweet het dat wat hy gedoen het verkeerd was nie. In die reëls word geen klem gelê op die konatiewe vermoë van die beskuldigde, naamlik die vermoë om sy dade ooreenkomstig die besef in te rig, nie.

Die begrip geesteskrankheid of geestesongesteldheid is 'n begrip van die mediese wetenskap, terwyl die bepaling van toerekeningsvatbaarheid 'n juridiese begrip is wat deur die hof vasgestel moet word. By die beoordeling van die verweer is dit nie ter sake of die oorsprong van die geestesongesteldheid of geestesgebrek in die geestesongesteldheid van die beskuldigde lê nie, dit kan selfs van organiese oorsprong wees, soos die verkalking van are.²⁷⁵ Die duur van die geestesongesteldheid is ook nie van belang nie, dit kan permanent of tydelik van aard wees. Indien dit egter tydelik van aard was, moes dit bestaan het ten tye van die handeling.²⁷⁶ Dit is verder ook nie ter sake of die toestand of siekte geneeslik of ongeneeslik van aard is nie. As die beskuldigde egter die handeling verrig het tydens 'n *lucidum intervallum* (geestesgesonde tussenstadium), is hy wel toerekeningsvatbaar vir daardie handeling.

Met die beslissing in *Hay*²⁷⁷ deur die ou Kaapse Hooggeregshof word daar in beginsel aanvaar dat dit by 'n verweer van "insanity" nie net gaan oor die vermoë om tussen reg en verkeerd te onderskei nie, maar ook oor die vermoë van die beskuldigde om sy gedrag te beheer en te kies tussen reg en verkeerd. Hierdie benadering is daarna aanvaar as die korrekte.²⁷⁸

²⁷⁵ Sien: *R v Kemp* 1956 (3) All E.R. 249.

²⁷⁶ Sien: *R v Kruger* 1958 (2) SA 320 (T).

²⁷⁷ *R v Hay* 16 SC 290.

²⁷⁸ Sien bv: *R v Smit* 1906 TS 783; *R v Westrich* 1927 CPD 466; *R v Anderson* 1928 CPD 195; *R v Orsmond* 1936 EDL 142; *R v Zulch* 1937 TPD 400; *R v Molehane* 1942 GWL 64; *E v Abrahams* 1945 GWL 3; *R v Koortz* 1953 (1) SA 371 (A).

Met die aanbevelings van die Kommissie van Onderzoek na die toerekeningsvatbaarheid van geestelik versteurde persone (RP 69/1967)²⁷⁹ word die posisie verder wetlik gereël met die uitvaardiging van die bepalings soos vervat in artikels 77, 78 en 79 van die Strafproseswet, Wet 51 van 1977.

Die inhoudelike van die relevante gedeeltes van die oorspronklike artikels, voordat velerlei wysigings daarop aangebring is, het soos volg gelees:

77. (1) Indien dit in enige stadium van strafregtelike verrigtinge vir die hof blyk dat die beskuldigde vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek nie oor die vermoë beskik om die verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer nie, gelas die hof dat die aangeleentheid ooreenkomstig die bepalings van artikel 79 ondersoek word en dat verslag daaroor gedoen word.
- (5) Indien die hof bevind dat die beskuldigde oor die vermoë beskik om die verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer, word die verrigtinge op die gewone wyse voortgesit.
- (6) Indien die hof bevind dat die beskuldigde nie oor die vermoë beskik om die verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer nie, gelas die hof dat die beskuldigde in 'n hospitaal vir sielsiekes of 'n gevangenis aangehou word hangende die beskikking van die Staatspresident, en indien die hof aldus gelas nadat die beskuldigde op die aanklag gepleit het, is die beskuldigde nie ingevolge artikel 106 (4) geregtig om op die betrokke aanklag vrygespreek of skuldig bevind te word nie.
- (7) Waar 'n lasgewing ingevolge subartikel (6) of (9) uitgereik word dat die beskuldigde aangehou word in 'n hospitaal vir sielsiekes of 'n gevangenis hangende die beskikking van die Staatspresident, kan die beskuldigde te eniger tyd daarna, wanneer hy oor die vermoë beskik

²⁷⁹ Die verslag van die Kommissie van Onderzoek na Toerekeningsvatbaarheid van geestelik versteurde persone en aanverwante aangeleenthede (RP 69 van 1967 - Rumpff-verslag).

om die verrigtinge dermate te begryp dat hy sy verdediging na behore kan voer, weens die betrokke misdryf vervolgd en verhoor word.

78. (1) Iemand wat 'n handeling verrig wat 'n misdryf uitmaak en wat ten tye van so 'n verrigting aan 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek ly wat tot gevolg het dat hy nie oor die vermoë beskik-
- (a) om die ongeoorlooftheid van sy handeling te besef nie; of
 - (b) om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy handeling op te tree nie,
- is nie vir so 'n handeling strafregtelik toerekenbaar nie.
- (2) Indien dit by strafregtelike verrigtinge beweer word dat die beskuldigde vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek nie vir die ten laste gelegde misdryf strafregtelik toerekenbaar is nie, of indien dit vir die hof by strafregtelike verrigtinge blyk dat die beskuldigde vanweë so 'n rede nie aldus toerekenbaar mag wees nie, gelas die hof dat die aangeleentheid ooreenkomstig die bepaling van artikel 79 ondersoek en oor verslag gedoen word.
- (6) Indien die hof bevind dat die beskuldigde die betrokke handeling verrig het en dat hy ten tye van so 'n verrigting vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek nie vir daardie handeling strafregtelik toerekenbaar was nie vind die hof die beskuldigde onskuldig vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek, na gelang van die geval, en gelas dat die beskuldigde in 'n hospitaal vir sielsiekes of 'n gevangenis hangende die beskikking van die Staatspresident aangehou word.
- (7) Indien die hof bevind dat die beskuldigde ten tye van die verrigting van die betrokke handeling vir die handeling strafregtelik toerekenbaar was maar dat sy vermoë om die ongeoorlooftheid van die handeling te besef of om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy handeling op te tree, vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek verminder was, kan die hof die

feit van so 'n verminderde toerekenbaarheid in aanmerking neem wanneer die beskuldigde gevonniss word.

79. (1) Waar 'n hof 'n lasgewing ingevolge artikel 77 (1) of 78 (2) uitreik, word die betrokke ondersoek ingestel en oor verslag gedoen-
- (a) waar die beskuldigde aangekla word weens 'n misdryf waarvoor die doodstraf nie opgelê kan word nie, deur die geneeskundige superintendent van 'n hospitaal vir sielsiekes deur die hof aangewys, of deur 'n psigiater deur die bedoelde geneeskundige superintendent op versoek van die hof aangestel; of
 - (b) waar die beskuldigde aangekla word weens 'n misdryf waarvoor die doodstraf opgelê kan word of waar die hof in 'n besondere geval aldus gelas-
 - (i) deur die geneeskundige superintendent van 'n hospitaal vir sielsiekes deur die hof aangewys, of deur 'n psigiater deur bedoelde geneeskundige superintendent op versoek van die hof aangestel;
 - (ii) deur 'n psigiater deur die hof aangestel en wat nie in die heelydse diens van die Staat is nie; en
 - (iii) deur 'n psigiater deur die beskuldigde aangestel indien hy dit verlang.
- (2) Die hof kan vir die doeleindes van die betrokke ondersoek die beskuldigde na 'n hospitaal vir sielsiekes of 'n ander deur die hof aangewese plek verwys, vir die tydperke wat nie dertig dae op 'n keer te bowe gaan nie wat die hof van tyd tot tyd bepaal, en waar die beskuldigde in bewaring is wanneer hy aldus verwys word, word hy, terwyl hy aldus verwys is, geag in die wettige bewaring te wees van die persoon of gesag in wie se bewaring hy ten tye van bedoelde verwysing was.

Die toets vir toerekeningsvatbaarheid, soos vervat in artikel 78(1) van die Strafproseswet,²⁸⁰ beliggaam 'n gemengde toets, wat bestaan uit twee bene. Die siektetoestand (patologiese faktore) sowel as die geestesonvermoëns (psigologiese faktore) van die persoon word in ag geneem. Die kriteria vir verhoorbaarheid van 'n persoon word in artikel 77(1) geformuleer, en handel verder met die vermoë van die beskuldigde om die hofverrigtinge te begryp. Artikel 78(1) formuleer die kriteria vir die toerekeningsvatbaarheid van 'n beskuldigde, en handel verder met die bewysregtelike aspekte daarvan. Artikel 79 reël die verwysing, paneel, ondersoek en verslagdoening deur die psigiatriese hospitaal. Die Wet op Geestesgesondheid 18 van 1973, reël die verklaring van persone tot geestesongesteldes, onafhanklik van enige verhoor, vir die doeleindes van daardie wet. Wanneer iemand ingevolge laasgenoemde wet tot geestesongestelde verklaar is, of verklaar kan word, beteken dit geensins dat 'n strafhof dit ook moet bevind nie. Sertifiseerbaarheid ingevolge die wet is iets anders as 'n bevinding omtrent ontoerekeningsvatbaarheid.²⁸¹

Volgens Hiemstra²⁸² kan menslike handeling beskou word as herleibaar na een of meer van drie aspekte van die menslike psige: (i) Kognitiewe (persepsie, redenering, kennis); (ii) Konatiewe (impulse, begeertes, wil, strewe); (iii) Affektiewe (emosies, gevoelens). Artikel 78(1) spreek duidelik die eerste twee groepe aan:

- (i) *Kognitiewe*: Het die beskuldigde oor die vermoë beskik om te onderskei tussen reg en verkeerd? – (artikel 78(1)(a)).
- (ii) *Konatiewe*: Kon die beskuldigde sy of haar handeling inrig ooreenkomstig die insig van die ongeoorlooftheid daarvan? – (artikel 78(1)(b)).

Die derde groep is meer problematies:

- (iii) *Affektiewe*: Was die beskuldigde byvoorbeeld vanweë vrees onbekwaam om die gevolge van sy of haar handeling behoorlik in te sien? In 'n uiterste geval kan dit selfs ontoerekeningsvatbaarheid tot gevolg hê.²⁸³ Dit is egter

²⁸⁰ Strafproseswet 51 van 1977.

²⁸¹ *S v Mnyanda* 1976 (2) SA 751 (A) op 764 (F).

²⁸² Kriegler & Kruger, Hiemstra – Suid-Afrikaanse Strafproses 6^{de} Uitgawe 204.

²⁸³ Sien: *S v Campher* 1987 (1) SA 940 (A) op 966 (A-B); *S v Bailey* 1982 (3) SA 772 (A). Hierdie tipe ontoerekeningsvatbaarheid is egter buite-om artikel 78, en is eerder gebaseer op die

duidelik dat die Appèlhof aanvaar dat daar so iets is soos ontoerekeningsvatbaarheid wat nie deur geesteskrankheid veroorsaak word nie. In *S v Laubscher* word hierdie standpunt bevestig en uitgebrei waar daar vermeld word dat, afgesien van "statutêre ontoerekeningsvatbaarheid" wat gebaseer is op 'n sieklike of patologiese versteuring van die geestesvermoëns, wat van 'n permanente of tydelike aard kan wees, daar ook "nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid van 'n tydelike aard" bestaan. Dié verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid (wat baie verskillende name gegee word en wat hieronder in meer besonderhede bespreek word by artikel 78), is van groot belang vir die strafreg. Dit gaan dikwels om affektiewe gedrag – provokasie, angs, spanning, of emosionele skok.

Met die Wysigingswet op Strafregtelike Aangeleenthede 68 van 1998 wat op 28 Februarie 2002 in werking getree het, het daar ingrypende veranderings ingetree met betrekking tot artikel 78 van die Strafproseswet.²⁸⁴ Die eerste was die invoeging van 'n *omissio* in sub-artikel 1 van artikel 78. Die handelingsaspek is hierdeur uitgebrei deur ook die versuim om 'n handeling te verrig wat 'n misdryf uitmaak in te sluit. Die sub-artikel lees tans soos volg:

- (1) Iemand wat 'n handeling verrig **of versuim** om 'n handeling te verrig wat 'n misdryf uitmaak en wat ten tyde van so 'n verrigting **of versuim** aan 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek ly wat tot gevolg het dat hy of sy nie oor die vermoë beskik-
- (a) om die ongeoorlooftheid van sy of haar handeling **of versuim** te besef nie; of
- (b) om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy of haar handeling **of versuim** op te tree nie,
- is nie vir so 'n handeling **of versuim** strafregtelik toerekenbaar nie.²⁸⁵

regsrelevansie van die "handeling" – *S v Campher* op 966 (G-J), waar dit duidelik is dat die Appèlhof aanvaar dat daar so iets is soos ontoerekeningsvatbaarheid wat nie deur geesteskrankheid veroorsaak word nie. Hierdie standpunt word bevestig en uitgebrei in *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A) op 167 (E-I).

²⁸⁴ Strafproseswet 51 van 1977.

²⁸⁵ Eie beklemtoning binne artikel.

Die tweede is dat die bewyslas by patologiese ontoerekeningsvatbaarheid deur sub-artikel (1A) ingevoeg is en sodoende wetlik voorgeskryf word. Die *onus* om die geestesongesteldheid of geestesgebrek op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys sal hiervolgens op die beskuldigde rus. Die sub-artikel lees tans soos volg:

(1A) 'n Persoon word vermoed nie geestesongesteld of geestesgebrekig te wees nie ten einde nie strafregtelik toerekenbaar te wees ingevolge artikel 78 (1) nie, **totdat die teendeel op 'n oorwig van waarskynlikheid bewys word.**²⁸⁶

Derdens, deur die invoeging van sub-artikel (1B) wat duidelik die *onus* op die party geplaas het wat die toerekeningsvatbaarheid in geskil plaas, is nog 'n ingrypende wysiging teweeggebring. Die sub-artikel lees tans soos volg:

(1B) Wanneer die strafregtelike toerekenbaarheid van 'n beskuldigde met betrekking tot die verrigting van 'n handeling of versuim wat 'n misdryf uitmaak in geskil is, **rus die bewyslas met betrekking tot die beskuldigde se strafregtelike toerekenbaarheid, op die party wat die saak geopper het.**²⁸⁷

Met die invoeging van sub-artikel (1B) het die wetgewer die beslissings gelewer in vele sake met betrekking tot die bewyslas wat op die staat rus om die toerekeningsvatbaarheid van die beskuldigde bo redelike twyfel te bewys, omvergegooi.²⁸⁸ Hierdie wysiging is egter in lyn met die gesag wat beslis het dat die beskuldigde 'n feitelike grondslag vir 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid moet lê.²⁸⁹ Die grondwetlike implikasie van die voormelde wysiging is egter dat dit inbreuk maak op die beskuldigde se reg om onskuldig geag te word, te swyg en nie gedurende die verhoorverrigtinge te getuig nie, soos bepaal in artikel 35(3)(h) van die Grondwet²⁹⁰. Artikel 35(3)(j) van die

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Sien: Meintjes-Van der Walt, Making a muddle into a mess?: The Amendment of s78 of the Criminal Procedure Act SAS 15 (2002) 242-249 op 245.

²⁸⁹ Sien: *S v Kalogoropoulos* 1993 (1) SASV 12 (A); *S v Henry* 1999 (1) SASV 13 (HHA).

²⁹⁰ Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996.

Grondwet²⁹¹ bepaal ook dat die beskuldigde nie verplig kan word om self-inkriminerende getuienis af te lê nie. Die grondwetlikheid van die beperking van hierdie regte sal egter nog deur die howe getoets moet word.

Terwyl die begrip van geesteskrankheid, geestessiekte en "insanity" al sedert die begin van menslike beskawing ontstaan en vandaar verder ontwikkel het, is die begrip van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid betreklik nuut binne die Suid-Afrikaanse regspleging. Soos reeds vroeër uit die bespreking blyk is die begrip van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid vir die eerste keer deur Joubert AR in *Laubscher*²⁹² geformuleer. Anders as by patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is die oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid nie geleë binne die kader van geestessiektes nie, maar in jeugdigheid, dronkenskap, provokasie, emosionele spanning en epilepsie.²⁹³

Die onderskeid tussen nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en patologiese ontoerekeningsvatbaarheid kan soos volg uiteengesit word:²⁹⁴

- (i) Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is 'n gemeenregtelike verweer terwyl patologiese ontoerekeningsvatbaarheid 'n statutêre verweer is.
- (ii) Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid vereis nie 'n patologiese siekte nie terwyl patologiese ontoerekeningsvatbaarheid 'n patologiese toestand of siekte vereis.
- (iii) By nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid rus die onus op die staat om die toerekeningsvatbaarheid van die beskuldigde ten tyde van die pleging van die misdaad bo redelike twyfel te bewys, terwyl die beskuldigde by 'n verweer van patologiese ontoerekeningsvatbaarheid sy of haar ontoerekeningsvatbaarheid slegs op 'n oorwig van waarskynlikhede hoef te bewys.
- (iv) 'n Suksesvolle beroep op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid sal lei tot 'n onvoorwaardelike vrypraak,

²⁹¹ *Ibid.*

²⁹² *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A).

²⁹³ Blackbeard, *Epilepsy and criminal liability* SAS 9 (1996) 191 op 208.

²⁹⁴ Van Oosten, *Non-pathological criminal incapacity versus pathological criminal incapacity* SAS (1993) 6 127 op 145-147 maak ook 'n onderskeid tussen nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in vier punte.

terwyl 'n geslaagde beroep op 'n verweer van patologiese ontoerekeningsvatbaarheid die gevolg sal hê dat die beskuldigde na 'n psigiatryse hospitaal of gevangenis verwys sal word vir behandeling hangende die beslissing van 'n regter in kamers.

- (v) Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is per definisie nie afhanklik van die bewys van 'n geestesiekte of geestesgebrek nie en bied dus 'n wyer verskeidenheid van verwerre of oorsake as patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.
- (vi) Vir 'n suksesvolle beroep op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is deskundige psigiatryse getuienis nie 'n voorvereiste nie, terwyl deskundige psigiatryse getuienis essensiël is vir 'n geslaagde beroep op patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.

Dit is moontlik dat 'n beskuldigde wat hom op 'n verweer van patologiese ontoerekeningsvatbaarheid ingevolge artikel 78 (1) van die Strafproseswet beroep en nie slaag met hierdie verweer nie, wel kan slaag met 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. Die getuienis mag onder andere bewys dat die beskuldigde se geestesongesteldheid nie aan 'n patologiese of "sieklike" afwyking te wyte was nie, maar bloot tydelik van aard was. Dit is dus denkbaar dat die beskuldigde nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as alternatiewe verweer kan aanvoer benewens sy verweer van patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, of andersom.²⁹⁵

Beide Snyman²⁹⁶ en Van Oosten²⁹⁷ is van oordeel dat dit dus vir 'n beskuldigde voordeliger sou wees om hom te beroep op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, wat tot sy onvoorwaardelike vrypraak sou lei, as om hom te beroep op patologiese ontoerekeningsvatbaarheid wat hoewel dit ook tot 'n

²⁹⁵ Snyman, Die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in die strafreg, 1989 TRW 11 op 15.

²⁹⁶ Snyman, Die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in die strafreg, 1989 TRW 11 op 15.

²⁹⁷ Van Oosten, Non-pathological criminal incapacity versus pathological criminal incapacity SAS 6 (1993)127 op 145-147. Van Oosten is van oordeel dat die populariteit van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die gebruik daarvan selfs in gevalle waar 'n beskuldigde persoon wel aan 'n geestesgebrek ly, mag lei tot die erosie van die verweer van patologiese ontoerekeningsvatbaarheid ten koste van die gemeenskap en die beskuldigde se eie belang wat wel baat kon vind by opname en deskundige behandeling.

vrypraak lei die beskuldigde se opname in 'n psigiatriese hospitaal in terme van Artikel 78 (6) van die Strafproseswet²⁹⁸ vereis. Met die voorgaande argumente kan, met respek, nie fout gevind word nie.

7. NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID ONDERSKEI VAN GESONDE OUTOMATISME

Die wenslikheid van 'n duidelike onderskeid tussen die twee verwerpe het ontstaan nadat die hof in etlike sake²⁹⁹ die onderskeid tussen hierdie verwerpe vertroebel het. 'n Duidelike ontleding van die onderskeid vereis allereers 'n bondige uiteensetting van die handelingsbegrip wat die basis van strafregtelike aanspreeklikheid vorm. Snyman³⁰⁰ onderskei twee funksies van die handeling:

- (i) basisfunksie – dus dat die handeling die basis of grondelement van die misdadbegrip is;
- (ii) begrensingsfunksie – dus dat die handeling die buiteperke van strafregtelike aanspreeklikheid bepaal.

Wat die basisfunksie van die handeling betref vorm ander elemente soos wederregtelikheid en skuld kenmerke of kwalifikasies van die handeling. Die begrensingsfunksie van die handeling behels dat gedragings of gebeurtenisse uitgesluit word uit die beoordelingsveld, as dit nie vir die strafreg ter sake is nie.

'n Handeling moet willekeurig wees. Slegs willekeurige gedrag of handelinge is strafbaar.³⁰¹ 'n Persoon se handeling sal slegs willekeurig wees indien hy oor die vermoë beskik om sy liggaamsbewegings deur sy verstand of wil te beheer. Snyman³⁰² identifiseer die volgende as onwillekeurige gedrag, wat nie vir wilsbeheer vatbaar is nie: slaapwandel en optrede tydens 'n epileptiese aanval.

²⁹⁸ Strafproseswet 51 van 1977.

²⁹⁹ *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A); *S v Francis* 1999 (1) SASV 650 (HHA); *S v Eadie(1)* 2001 (1) SASV 172 (K).

³⁰⁰ Snyman, Strafreg 4^{de} Uitgawe 52. Sien ook: De Wet & Swanepoel, Strafreg 4^{de} Uitgawe 48 ev; Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 139, 178-184, 226-229.

³⁰¹ *S v Johnson* 1969 (1) SA 201 (A) op 204.

³⁰² Snyman, Strafreg 4^{de} Uitgawe 55.

Burchell³⁰³ dui twee stappe aan om te bepaal of die beskuldigde se handeling willekeurig was, naamlik:

- (i) Was die beskuldigde in staat om sy of haar wil te beheer?
- (ii) Was die betrokke optrede ter sprake inderdaad beheer deur sy of haar wil ("conscious will")?

By outomatisme word 'n onderskeid getref tussen sieklike- en gesonde outomatisme. Outomatisme, hetsy sieklike- of gesonde outomatisme, is 'n handelingsuitsluitingsgrond, aangesien dit willekeurigheid uitsluit. Die onwillekeurigheid sluit die handeling uit en nie die vereiste skuld (opset) nie.

Die onderskeid tussen sieklike- en gesonde outomatisme is verder van belang wat die bewyslas daarvan aanbetref.³⁰⁴ By sieklike outomatisme voortspruitend uit geestesongesteldheid rus die bewyslas gemeenregtelik op die beskuldigde om sy verweer van geestesongesteldheid op 'n oorwig van waarskynlikhede te bewys. Dit blyk dat waar die beskuldigde outomatisme as verweer aanvoer sy blote *ipse dixit* aangaande outomatisme nie voldoende sal wees nie en 'n grondslag daarvoor gelê sal moet word.³⁰⁵ By gesonde outomatisme waar 'n geestesgesonde persoon tydelik of momenteel onwillekeurig optree, rus die bewyslas op die staat om te bewys dat die beskuldigde 'n regtens-relevante daad gepleeg het en dus nie in 'n staat van outomatisme opgetree het nie. Die gevolg van 'n suksesvolle beroep op gesonde outomatisme sal wees dat 'n beskuldigde onvoorwaardelik vrygespreek word. 'n Suksesvolle beroep op sieklike outomatisme het egter tot gevolg dat 'n beskuldigde persoon na 'n psigiatriese hospitaal of gevangenis verwys word vir aanhouding en behandeling totdat 'n regter in kamers sy vrylating beveel.³⁰⁶

In 'n aantal sake wat hieronder kortliks bespreek sal word, het die howe die geleentheid gehad om die verweere van outomatisme en nie-patologiese

³⁰³ Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 183; *R v Du Plessis* 1950 (1) SA 297 (O); *S v Naidoo* 1971 (3) SA 605 (N) op 607 (E).

³⁰⁴ Hoffmann & Zeffertt, The South African Law of Evidence 4th Edition 514; Schmidt, Bewysreg 4^{de} Uitgawe 40, 57; Schwikkard, Principles of Evidence 2nd Edition 529.

³⁰⁵ *S v Van Zyl* 1964 (2) SA 113 (A); *S v Bezuidenhout* 1964 (2) SA 651 (A); Kriegler & Kruger, Hiemstra – Suid-Afrikaanse Strafproses 6^{de} Uitgawe op 223-224.

³⁰⁶ Kriegler & Kruger, Hiemstra – Suid-Afrikaanse Strafproses 6^{de} Uitgawe op 224.

ontoerekeningsvatbaarheid te interpreteer. In *S v Bezuidenhout*³⁰⁷ is die hof gekonfronteer met 'n verweer van outomatisme wat deur bloedsuikerarmoede teweeggebring is. Die feite van die saak was kortliks die volgende:

Die appellant het die betrokke aand van die gebeure 'n swart vrou met 'n rewolwer in die kop doodgeskiet. Die oorledene het saam met vier ander swart vrouens padlangs gestap. Nadat hy die oorledene geskiet het, het hy teruggery na die opstal waar hy homself met dieselfde vuurwapen deur die kop geskiet het, klaarblyklik in 'n selfmoordpoging. Die getuienis van die appellant is dat hy niks kon onthou van die skietvoorval die aand nie. Daar was nie getuienis van enige motief vir die daad nie. Die appellant het ook geen grief teen die oorledene gehad nie. Die verweer aangevoer namens die appellant was een van outomatisme wat veroorsaak is deur verminderde bloedsuiker of bloedsuikerarmoede, waaraan die appellant sou gely het. Daar is aangevoer dat sy bloedsuikertekort 'n versteurende serebrale werking tot gevolg gehad het en as gevolg van 'n gebrek aan suurstof is die simpatiese senustelsel, wat deel is van die outonome senustelsel, gestimuleer en is die liggaam se senustelsel onderdruk.³⁰⁸ Dit sou kon uitloop op geestesverwarring. In sy verweer is daar aangevoer dat die appellant onder hierdie toestand in outomatisme verval het, en dat hy bloot werktuiglik gehandel het, geheel-en-al onbewus van sy dade.

Dr Van Rensburg, 'n patoloog, het tydens die verhoor getuienis afgelê namens die appellant. Hy het die appellant se bloedsuikerinhoud getoets. Daarvolgens is geopenbaar dat die appellant aan funksionele bloedsuikertekort (hipoglisemie) gely het.³⁰⁹ Dr Van Rensburg het die oorsake van hipoglisemie opgesom as: (a) te min eet (b) lewermoeilikheid en (c) 'n oormaat insulien. As simptome van die toestand het hy lae bloeddruk, sweet, gespannenheid, emosionele onstabieleit, hartkloppings of vinnige hartslae en algemene swakheid genoem.³¹⁰

Verder het onder andere dr Strauss, 'n psigiater, ook getuienis afgelê in dié saak. Sy getuienis was dat hy geen tekens van funksionele hipoglisemie wat hy as

³⁰⁷ *S v Bezuidenhout* 1964 (2) SA 651 (A).

³⁰⁸ Op 652-653.

³⁰⁹ Op 653.

³¹⁰ Op 653.

seldsaam beskou het, by die appellant waargeneem het nie.³¹¹ Die hof van appèl het bevind dat die appellant hom nie van sy bewyslas gekwyt het nie. Die hof het gevolglik bevind dat die vraag of die appellant wel in outomatisme verkeer het, wegval, omrede geen basis vir sodanige toestand gelê is nie.³¹² Die skuldigbevinding aan strafbare manslag is bekragtig.³¹³

In die saak van *Wiid*³¹⁴ blyk dit dat die hof 'n paar aspekte in verband met outomatisme aanraak, maar nie daarvoor uitsluitel gee nie. Daar ontstaan by die hof twyfel of die appellante willekeurig opgetree het. Die hof neem in ag die onvermoë van die appellante om die gebeure te onthou.³¹⁵ Die geheueverlies op sigself is geen verweer in ons strafreg nie. Die hof het egter nie bevind dat die appellante nié 'n handeling verrig het nie en hieroor laat die hof hom soos volg uit:

"Na my mening, indien al die feite in ag geneem word, bestaan daar redelike twyfel oor die vraag of die appellante willekeurig opgetree het. Dat sy bewustelik en opsetlik die oorledene wou doodskiet is nie met appellante se persoonlikheid en karaktertrekke te versoen nie. Dit is die effek van haar eie getuienis en word deur Gillmer en Plunkett gestaaf. Haar oorblywende en steeds sterk liefde vir die oorledene rym nie met die doelbewuste doodmaak van die oorledene nie. Die feit dat sy sewe skote geskiet het, **is aanduidend van onbeheersde optrede.**"³¹⁶

Die hof het nié bevind dat die appellante in 'n staat van outomatisme opgetree het nie. Die hof was egter wel van mening dat die appellante ontoerekeningsvatbaar

³¹¹ Op 654.

³¹² Sien: *R v Du Plessis* 1950 (1) SA 297 (O); *S v Van Zyl* 1964 (2) SA 113 (A); *R v Quick* 1973 QB 910; *R v Baily* (1983) 2 All E.R. 503.

³¹³ In *S v Viljoen* 1992 (1) SASV 601 (T) het die hof weereens te doene gehad met 'n beskuldigde wat 'n tipe 1 diabeet was met insulienafhanklikheid. Die beskuldigde het tereg gestaan op 'n aanklag van moord en het aangevoer dat hy op die dag van die moord 'n glukosetekort kon gehad het. Die beskuldigde het getuig dat hy ten tyde van die gebeure 'n mes wat hy by hom gehad het uitgehaal het, maar niks kon onthou van wat daarna gebeur het nie. Die hof aanvaar in hierdie saak die getuienis van 'n mediese dokter (internis) dat die beskuldigde ten tyde van die voorval 'n glukose tekort kon gehad het, en dat daar nie gesê kon word dat die beskuldigde nie in 'n toestand van gesonde outomatisme kon opgetree het nie. Die beskuldigde is derhalwe onskuldig bevind.

³¹⁴ *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A).

³¹⁵ Op 569 (e-f).

³¹⁶ Op 569 (d-g). Eie beklemtoning.

was, maar geen duidelike redes word daarvoor gegee nie. Die appellante is gevolglik vrygespreek.

In *Henry*³¹⁷ is 'n verweer van afwesigheid van 'n willekeurige handeling te wyte aan nie-patologiese outomatisme aangevoer. Die hof stel hier die begrip van nie-patologiese verlies aan kognitiewe beheer gelyk aan psigogene amnesie. Die feite waarop die hof moes beslis was kortliks die volgende:

Die appellant, mnr Henry, het geappelleer teen 'n skuldigbevinding aan twee aanklagte van moord en een aanklag van die wederregtelike rig van 'n vuurwapen. Die eerste moordklag het betrekking op appellant se gewese vrou, mev Henry (oorledene 1) en die tweede op appellant se gewese skoonma, mev Symon (oorledene 2). By die beweerde rig van die vuurwapen is die klaer ene mnr Davids, 'n vriend van mev Symon. Appellant se verweer van gesonde outomatisme ten tye van die handeling is deur die hof *a quo* verwerp. Gevolglik is die appellant deur die hof *a quo* skuldig bevind aan al die aanklagte en gevonnissen tot tien jaar effektiewe gevangenisstraf.

Die gebeure wat lei tot bogenoemde aanklagte is die volgende: appellant en oorledene 1 is betreklik jonk getroud (hy was 21 en sy 18 jaar oud by huweliksluiting). Aangesien oorledene 1 reeds swanger was by huweliksluiting, kon sy nie haar skoolloopbaan voltooi nie, en ná huweliksluiting woon sy aandklasse by ten einde haar skoolloopbaan te voltooi, 'n feit wat tot spanning tussen appellant en oorledene 1 lei. Oorledene 1 maak 'n egskeidingsgeding aanhangig, maar die paartjie word weer versoen. Hulle verkoop hul woning in Mitchells Plain en gaan woon by oorledene 2 in haar huis in Wynberg. Agtien maande later het die paartjie 'n nuwe woning in Ottery gekoop en daarheen getrek. Die huwelik het egter ongelukkig gebly, en is gedurende Oktober 1993 finaal ontbind. Hierna het oorledene 1 teruggetrek na haar moeder in Wynberg en appellant het in die woning in Ottery aangebly.

³¹⁷ *S v Henry* 1999 (1) SASV 13 (HHA). Sien ook: Le Roux, "Criminal liability and the defence of non-pathological or insane automatism – true amnesia distinguished from psychogenic amnesia – mere loss of temper distinguished from loss of cognitive mental function – *S v Henry* 1999 (1) SACR 13 (A)," *De Jure* 33 (2000) 190-193 se vonnisbespreking van die saak waar akkoord gegaan word met die Appèlhof se regsargumente en beredenering van die saak.

Drie dogters is uit die huwelik gebore, naamlik Kelly, Tamyn en Robyn. Oorledene 1 het bewaring van die kinders verkry, maar het 'n baie toegeeflike houding ingeneem rondom appellant se toegang tot die kinders. So byvoorbeeld het die jongste dogter, Robyn, elke naweek by appellant deurgebring, met dien verstande dat hy haar om 6 uur Sondagaand by oorledene 1 se woning sou terugbesorg. Op die Sondagaand van 29 Januarie 1995 het Robyn haar vader, soos dikwels vantevore, gevra of sy die nag by hom kon deurbring sodat hy haar die volgende dag skool toe kon neem. Robyn het hierdie versoek telefonies aan oorledene 1 gerig, maar die versoek is geweier. Hierna het appellant oorledene 1 gebel, maar oorledene 1 was nie bereid om die saak met die appellant te bespreek nie. Alhoewel Robyn by verskeie vorige geleenthede 'n soortgelyke versoek aan appellant gerig het en hy haar telkens oorreed het om tog na oorledene 1 terug te keer, het appellant op dié betrokke aand besluit om gewapen na oorledene 1 se woning in Wynberg te ry en die versoek daar te herhaal.

By oorledene 1 se woning in Wynberg het appellant omstreeks 20:50 aangeklop, maar oorledene 1 het versuim om appellant te woord te staan. Hierop het appellant die huis binnegegaan en oorledene 1 in die gang teëgekóm. Na bewering het oorledene 1 appellant die volgende woorde toegevoeg: "What are you doing in the house, you know you mustn't come into the house?" Skote is afgevuur. Oorledene 2 het haar slaapkamer, waar sy met mnr Davids gesels het, verlaat ten einde ondersoek in te stel. Nog skote het gevolg. Hierna het appellant die slaapkamer binnegegaan en sy vuurwapen op mnr Davids gerig. Enkele sekondes later het appellant omgedraai en uit die huis gevlug. Mnr Davids het die liggame van oorledene 1 en oorledene 2 in die gang gevind. Terug in die motor het appellant sy dogter, Robyn, meegedeel dat hy haar moeder doodgeskiet het. Vandaar het appellant na 'n familielid in Plumstead gery waar hy ook die familielid meegedeel het dat hy sy gewese vrou doodgeskiet het. Vandaar is appellant na Houtbaai, vanwaar hy die polisie van sy optrede in kennis gestel het, hoewel hy toe na bewering amnesie ervaar het oor die voorafgaande gebeure. Appellant is hierna gearresteer.

Die hof by monde van Scott AR laat hom soos volg uit:

"His *ipse dixit* to the effect that his act was involuntarily and unconsciously committed must therefore be weighed up and considered in the light of all the circumstances and particularly against the alleged criminal conduct viewed objectively. It is not sufficient that there should merely have been a loss of temper. Criminal conduct arising from an argument or some or other emotional conflict is more often not preceded by some sort of provocation. Loss of temper in the ordinary sense is a common occurrence. It may in appropriate circumstances mitigate, but it does not exonerate. On the other hand, non-pathological loss of cognitive control or consciousness arising from some emotional stimulus and resulting in involuntary conduct, i.e. psychogenic automatism, is most uncommon. The two must not be confused."³¹⁸

Sodanige verwarring of vertroebeling bestaan egter wel in die beslissing gelewer in *Eadie*³¹⁹ in 2001. Hierin word die verwere van nie-patologiese ontorekeningsvatbaarheid en outomatisme weer deur die hof as een-en-dieselfde beoordeel. Griesel R motiveer dit soos volg:

"There appears to be some confusion between the defence of temporary non-pathological criminal incapacity, on the one hand, and sane automatism, on the other. The academic writers, ... At the same time, however, it is clear that in many instances the defences of criminal incapacity and automatism coincide. This is so because a person who is deprived of self-control is both incapable of a voluntary act and at the same time lacks criminal capacity. It is not surprising, therefore, to see that the two defences are sometimes relied on in the alternative, ..."³²⁰

Le Roux³²¹ betreur die hof se beskouing dat die verwere van nie-patologiese ontorekeningsvatbaarheid en gesonde outomatisme in wese dieselfde is, en

³¹⁸ Op 20 (c-e).

³¹⁹ *S v Eadie* (1) 2001 (1) SASV 172 (K).

³²⁰ Op 178 (a-b).

³²¹ Le Roux, Strafregtelike aanspreeklikheid en die verweer van tydelike nie-patologiese ontorekeningsvatbaarheid – verlies van konatiewe geestesfunksie onderskei van blote verlies van humeur THRHR 65 (2002) 478-481.

derhalwe kan oorvleuel. Sy huldig die mening dat onwillekeurigheid, synde spierbewegings wat nie deur die wil beheers word nie, nie dieselfde is as 'n verlies aan wilsbeheervermoë of weerstandskrag nie. Dus, waar 'n beskuldigde 'n ander persoon sou aanrand totdat daardie persoon sterf, is dit aanduidend dat so 'n beskuldigde op die slagoffer gefokus was, en willekeurige ("gewil-de") beserings toegedien het. Die korrekte en logiese afleiding wat gemaak kan word is dat so 'n dader inderdaad beheer oor sy spierbewegings gehad het, en dus willekeurig opgetree het. Die gevolgtrekking waartoe Le Roux kom is dat 'n persoon wat tydelik nie-patologies ontoerekeningsvatbaar is omdat hy tydelik sy weerstandskrag of wilsbeheervermoë kwyt is, steeds willekeurig optree en dus nie in 'n staat van gesonde outomatisme verkeer nie.

Louw³²² steun die voormelde siening van Le Roux en beklemtoon dat die verwere van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en gesonde outomatisme onderskeibaar en nie dieselfde is nie. Louw verduidelik voorts dat hierdie verwere verskillend is en daarom nie in sommige gevalle dieselfde en in ander gevalle verskillend kan wees nie.

Die vraag ontstaan watter kriteria die howe gebruik om te bepaal en te onderskei of 'n beskuldigde in 'n staat van gesonde outomatisme of 'n staat van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid verkeer het. Die volgende kriteria kan aangemerkt word:

- (i) Die bepaalde optrede van 'n persoon net voor, tydens, en direk na die afloop van die voorval is van kardinale belang vir die bepaling van toerekeningsvatbaarheid. Dus is dit van belang hoe die bekuldigde opgetree het voor hy die misdaad begaan het, terwyl hy die misdaad gepleeg het en sy optrede nadat hy die misdaad gepleeg het. Die voorgaande kan aanduidend wees of die beskuldigde in 'n staat van outomatisme of nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid verkeer het ten tyde van die pleging van die daad. Die howe plaas duidelik klem op hierdie aspekte soos sal blyk uit die onderstaande bespreking van die gesag.

³²² Louw, Road Rage, Incapacity and Legal Confusion SAS (2001) 14 op 207-208.

In *Eadie*³²³ het die Appèlhof beplande, doelgerigte en gefokusde optrede van die appellant in ag geneem om te bepaal of daar enige werklike disoriëntasie by die appellant teenwoordig was; dit kon aanduidend wees of daar 'n tydelike verlies van kognitiewe beheer was met gevolglike onwillekeurige gedrag. Bepaalde doelgerigte en komplekse optrede of aksies wat deur 'n persoon uitgevoer word, sal dus aanduidend wees dat hy of sy nie in 'n staat van gesonde outomatisme of nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid opgetree het nie.

- (ii) Rigtingverandering deur 'n beskuldigde persoon tydens die voorval word eweneens deur die hof in ag geneem. So het die verhoorhof in *Laubscher*³²⁴ nege faktore in ag geneem met betrekking tot handeling deur die appellant uitgevoer. Hierdie faktore word soos volg gelys:

- "(1) that the accused specifically went to the room in which he knew that the child was likely to be found;
- (2) that he broke the window there;
- (3) that he shot the deceased three times there, not just once but three times;
- (4) that he fired shots into the next bedroom, that is bedroom No 3;
- (5) that he fired shots into bedroom No 4, which was the deceased's bedroom and also that of Mrs Van Rooyen and again here the shots were fired into and at the bed;
- (6) then at some stage an attempt was made to gain entry into the house at the back door;
- (7) shots were also fired into what was referred to as a 'studeerkamer'. (Dit is gemene saak dat dit 'sonkamer' in plaas van 'studeerkamer' moet wees.)
- (8) during the firing there would have had to have been at least two occasions when the firearm was reloaded; and

³²³ *S v Eadie* 2002 (1) SASV 663 (HHA) op 683 (d).

³²⁴ *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A).

- (9) there was then the shouting of the words 'Gee my die kind, ek gee nie om wie ek nog doodskiet' which words clearly indicate that the accused appreciated what he was doing."³²⁵

In *S v Van der Sandt*³²⁶ word die voorgaande aspekte op 'n soortgelyke wyse in ag geneem en ook deur die hof gelys. Die feite van die saak was kortliks die volgende:

Die beskuldigde het tereggestaan op aanklagte van moord en diefstal. Hy het onskuldig gepleit. Op die moordaanklag was sy verweer dat hy as gevolg van 'n tydelike verstandelike beneweling nie tussen reg en verkeerd kon onderskei nie, en ook nie sy optrede dienooreenkomstig kon inrig nie, dit wil sê 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. Die beskuldigde en die oorledene was verloof sonder sprake van enige opvallende probleme tussen hulle. In 'n proses om die oorledene te beïndruk het die beskuldigde verskeie blatante leuens oor homself en veral oor prestasies wat hy in die verlede sou behaal het, aan die oorledene en haar moeder vertel. Op 'n dag, nadat die oorledene en die beskuldigde van 'n kampeervakansie teruggekeer het, het die beskuldigde besluit om die waarheid oor homself aan die oorledene te openbaar. Hierdie openbaring het die oorledene aanvanklik slegs matig ontstel, maar sy het na 'n rukkie haar verloofring weggegooi en die beskuldigde meegedeel dat sy hom nie meer wil hê nie. Hy het egter by haar gepleit om 'n tweede kans, waarop sy ietwat gekalmeer het. Kort daarna het die oorledene egter weer kwaad geword, en die beskuldigde beveel om sy goed te pak en pad te gee. Die beskuldigde was bang want die oorledene het alles in sy lewe vir hom beteken, en hy wou haar ten alle koste behou. Volgens die beskuldigde kon hy daarna niks onthou nie. Toe hy weer by sy positiewe kom het hy in die badkamer gestaan met bloed aan sy een hand. Hy het vermoed dat iets slegs gebeur het. Die oorledene het op 'n bed in die slaapkamer gelê. Sy het ernstige hoofbeserings gehad wat deur 'n ysterpyp toegedien is en waaraan sy mettertyd beswyk het. Nadat die beskuldigde die oorledene probeer

³²⁵ Op 172 (G-J).

³²⁶ *S v Van der Sandt* 1998 (2) SASV 627 (W).

gerieflik maak het op die bed, het hy op 'n onbeholpe wyse haar wonde probeer verbind. Daarna het hy die toneel in die oorledene se motor verlaat. Hy het toe geld uit haar bankrekening gaan onttrek en Natal toe gevlug. Voordat hy weg is het hy egter die oorledene se moeder telefonies gekontak en haar versoek om 'n ambulans na die woonstel te stuur. In Natal aangekom het hy besluit om homself om die lewe te bring, maar na 'n telefoniese gesprek met sy moeder het hy homself aan die polisie oorgegee. Die beskuldigde is op die voorgaande feite skuldig bevind op 'n aanklag van moord.

Die hof merk die volgende punte aan, wat daarop dui dat die beskuldigde, niteenstaande enige beperkte verstandelike beneweling, tog die vermoë gehad het om rasionele en doelgerigte besluite te neem en handelingedienooreenkomstig te verrig:

- "1. Op sy eie weergawe besef die beskuldigde onmiddellik toe hy in die badkamer kom en bloed aan sy hand sien, dat iets slegs gebeur het.
2. In sy verklaring aan die landdros sê die beskuldigde dat hy op daardie stadium dadelik besef het dat hy iets vreesliks aan die oorledene gedoen het.
3. Hy probeer haar wonde verbind, al is dit op 'n onbeholpe manier.
4. Hy maak die oorledene gemaklik op die bed.
5. Hy vlug van die toneel af in die oorledene se motorvoertuig.
6. Hy gaan trek geld sodat hy in staat was om weg te kon kom. Ons is nie beïndruk met die beskuldigde se getuienis dat hy die onttrekking van die geld glad nie kan onthou nie. Ons aanvaar ook nie dat hy onbewus was van die feit dat hy net 'n maksimum bedrag van R500 by 'n bankteller kon trek nie. Die feite dui aan dat hy presies twee bedrae van R500 onmiddellik na mekaar getrek het, en dat hy en die oorledene gesamentlik gebruik gemaak het van haar bankrekening. Hy het dan ook die oorledene se geheime nommer gehad om geld te kon onttrek.
7. Die beskuldigde gaan skakel die oorledene se moeder en sê sy moet 'n ambulans reel. Hy sê aan die moeder dat iets met die oorledene

gebeur het, maar verswyg op daardie stadium al dat hy verantwoordelik was vir die feit dat iets vreesliks aan die oorledene gedoen is.

8. Hy vlug weg van die toneel af, en toe hy skakel om uit te vind wat met die oorledene gebeur het lieg hy oor waar hy homself op daardie stadium bevind het.³²⁷

In die *Moses*³²⁸ saak word die hof gekonfronteer met 'n feitestel waar die beskuldigde homself by uitstek skuldig maak aan 'n reeks doelgerigte aksies en rigtingveranderings. Louw³²⁹ identifiseer nie minder nie as veertien doelgerigte aksies, net om die doodsveroorsakende handeling te verrig:

- Attempting to pick up an ornament in the bedroom;
- Running to the lounge to locate another weapon;
- Picking up the black cat ornament;
- Returning to the bedroom with the ornament;
- Forcing open the door of the bedroom;
- Striking the deceased twice with the ornament;
- Running to the kitchen to locate another weapon;
- Picking up a knife in the kitchen;
- Returning to the bedroom with the knife;
- Stabbing the deceased with the knife;
- Running back to the kitchen to locate yet another weapon;

³²⁷ Op 638 (c-h).

³²⁸ *S v Moses* 1996 (1) SASV 701 (K). In *S v Nursingh* 1995 (2) SASV 331 (D) met sy sketsagtige inligting rondom die detail van die beskuldigde se handeling waar die beskuldigde sy moeder en grootouers doodgeskiet het. Ook hier moet aanvaar word dat die beskuldigde eers 'n reeks aksies moes uitvoer, onder andere: a) hy moes die vuurwapen op 'n bepaalde plek gaan haal; b) hy moes die vuurwapen oorhaal; c) hy vuur drie skote van sy moeder; d) hy vuur drie skote na sy oupa; e) hy vuur vier skote na sy ouma; f) hy gee 'n instruksie aan ene Soni om die oupa stil te maak. Dit moes gebeur het na die argument met sy moeder, hoewel die getuienis in die saak nie 'n tydspeling tussen die argument en die afvuur van die skote toelaat nie. Die hof bevind dan ook dat die een emosionele uitbarsting gelei het tot drie verskillende handeling. Die hof beoordeel foutiewelik toerekeningsvatbaarheid en opset gesamentlik en kom tot die gevolgtrekking dat die beskuldigde nie die nodige opset gehad het om die moorde te pleeg nie en word hy gevolglik vrygespreek.

³²⁹ Louw, *Road Rage, Incapacity and Legal Confusion* SAS (2001) 14 op 206. Hy kritiseer die beslissing in *Moses en Nursingh* aangesien die hof in beide hierdie sake veelvuldige, doelgerigte handeling as 'n enkele handeling beoordeel het. Hy maak die gevolgtrekking dat die hof in beide beslissing hoogstens tot 'n bevinding van verminderde toerekeningsvatbaarheid kon kom.

- Selecting another and larger knife in the kitchen;
- Returning to the bedroom with the larger knife;
- Cutting the deceased's neck and both wrists (possibly constituting three separate acts).³³⁰

Met die beslissing in die *Els*³³¹ saak, waar 'n verweer van gesonde outomatisme geopper is, is die belangrikheid van rigtingveranderings deur 'n beskuldigde bespreek. Die hof het in hierdie uitspraak meer klem gelê op die onwaarskynlikheid van beduidende rigtingveranderings deur 'n beskuldigde wat in 'n staat van outomatisme sou verkeer het. Die droewige gebeure wat uitgespeel het op die dood van die beskuldigde se eggenoot was die volgende:

'n Rusie het ontstaan waarin die oorledene die beskuldigde beskuldig het van 'n verhouding met 'n ander man. Hierdie rusie het grotendeels die hele dag geduur. Gedurende die loop van die aand het sy die toilet gebruik waartydens die oorledene by die badkamer ingestorm en haar gevloek en geskel het. Nadat hy vir 'n tydjie daar gestaan en raas het, het hy haar aan die hare gegryp en haar kop afgedruk grond toe, tussen haar bene in. Sy was verplig om op haar knieë op die grond af te skuif, en hy het haar daarna weer opgetel aan haar hare. Hy het haar teen die bors teruggestamp en sy het teruggesak op die toilet terwyl haar nek agteroor beweeg het. Toe die beskuldigde weer kon onthou was sy by die hekkie van die erf, en het sy daarna polisiestasie toe gehardloop. Sy het nie verder beserings opgedoen as gevolg van die aanranding nie. Volgens haar het sy geweet dat sy iets verkeerd gedoen het. Volgens haar het haar geheue later teruggekom, maar nie in die fynste detail nie, slegs dele van die aand se gebeure het na haar teruggekom. Sy het onthou van vonkies wat uit die rewolwer gekom het toe sy dit gevuur het. Sy het ook onthou dat die oorledene sy linkerarm opbeweeg het om sy gesig te beskerm toe die skote afgegaan het. Sy kon nog steeds nie onthou waar die rewolwer neergesit is nie. Sy het ten sterkste betwis dat sy ooit die opset gehad het om haar man, die oorledene, dood te maak.

³³⁰ Op 214.

³³¹ *S v Els* 1993 (1) SASV 723 (O).

In die saak het die staat die getuienis van dr C J R van Jaarsveld, 'n psigiater, aangebied. Volgens sy getuienis is outomatisme 'n motoriese gedraging wat nie onder direkte wilsbeheer van 'n persoon geskied nie.³³² Sy standpunt was dat dit onwaarskynlik was dat die beskuldigde op hierdie wyse opgetree het. Volgens hom was daar te veel rigtingveranderings, want hoe meer rigtingveranderings hoe minder die waarskynlikheid dat die beskuldigde in 'n staat van gesonde outisme opgetree het.³³³ Die volgende rigtingveranderings word deur dr Van Jaarsveld geïdentifiseer:

- (a) die beskuldigde moes van die badkamer na die slaapkamer beweeg; en
- (b) die rewolwer uithaal en na die oorledene soek; en
- (c) hom in die kombuis kry, die rewolwer rig, skote afvuur en die rewolwer neersit; en
- (d) dan na buite beweeg.

Wright R verwerp gevolglik die verweer van die beskuldigde dat sy in 'n toestand van gesonde outomatisme opgetree het.³³⁴ Duidelik neem die howe die doelgerigte en rasonale aksies asook rigtingveranderings wat inskakel by die voorgaande aksies in ag by die beoordeling of die beskuldigde persoon in 'n staat van gesonde outomatisme of nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid verkeer het ten tyde van die pleging van die misdaad.

Met die kritiek gelewer deur Louw³³⁵ kan terreg saamgestem word. Dit is duidelik uit die feite van die *Moses*³³⁶ en *Nursingh*³³⁷ sake dat daar doelgerigte, beplande, gefokusde en willekeurige handeling deur die beskuldigdes uitgevoer is. Hierdie optrede sou nie op enige wyse vereenselwigbaar wees met 'n persoon wat in 'n staat van gesonde outomatisme of nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid verkeer het ten tyde van die pleging van die misdaad nie. Volgens die navorser getuig die beslissings van swak beredenering van die toepaslike regsbeginsels rakende gesonde outomatisme, nie-patologiese

³³² Op 730 (a-c).

³³³ Op 730 (a-c).

³³⁴ Op 734 (h-i).

³³⁵ Louw, *Road Rage, Incapacity and Legal Confusion SAS* (2001) 14 op 206.

³³⁶ *S v Moses* 1996 (1) SASV 701 (K).

³³⁷ *S v Nursingh* 1995 (2) SASV 331 (D).

ontorekeningsvatbaarheid en toerekeningsvatbaarheid en behoort dit nie gevolg te word nie.³³⁸

("I have done that says my memory. I have not done that says my pride.

Finally my memory yields." - Nietzsche)

8. DIE ROL VAN AMNESIE BY DIE BEPALING VAN TOEREKENINGSVATBAARHEID

Die verweer van amnesie word gereeld in ons howe aangevoer in 'n poging om aan te toon dat die beskuldigde nie in staat is om verhoor te word nie, of om strafregtelike aanspreeklikheid te verminder.³³⁹ Amnesie word in besonder aangevoer by geweldsmisdrywe en gewoonlik aangevoer as aanduidend van outomatisme of 'n gebrek aan toerekeningsvatbaarheid.³⁴⁰ Amnesie is nie 'n regsbegrip nie maar 'n mediese term. Amnesie is die gedeeltelike of totale onvermoë om gebeure te herroep of te onthou.³⁴¹ Amnesie kan ontstaan as gevolg van die versteuring van enige van die drie stadiums van geheue, te wete registrasie, retensie en rekolleksie. Registrasie is die vermoë om 'n inprenting van 'n ervaring in die sentrale senuweestelsel te vestig. Retensie is die vermoë tot behoud en permanensie van die ingeprinte ervaring. Rekolleksie is die vermoë om 'n vantevore ingeprinte ervaring in die bewussyn op te roep en daaroor verslag te doen.³⁴²

Volgens Kaplan & Sadock³⁴³ kan dié onvermoë om gebeure te herroep organies of emosioneel van oorsprong wees. Hulle onderskei tussen die volgende vorme van amnesie:

³³⁸ Sien: Le Roux, Strafregtelike aanspreeklikheid en die verweer van tydelike nie-patologiese ontorekeningsvatbaarheid – verlies van konatiewe geestesfunksie onderskei van blote verlies van humeur THRHR 65 (2002) 478-481; Hoor, Road rage and reasoning about responsibility SAS 14 (2001) 195-205. Sien ook: *R v Dhlamini* 1955 (1) SA 120 (T); *R v Ahmed* 1959 (3) SA 776 (W); *R v Ngang* 1960 (3) SA 363 (T).

³³⁹ Hoor, Amnesia and criminal responsibility SAS 13 (2000) 273-287.

³⁴⁰ *Ibid* op 273.

³⁴¹ Kaplan & Sadock's: Synopsis of Psychiatry 9th Edition 286.

³⁴² Van Rensburg & Verschoor, Medies-geregtelike aspekte van amnesie TRW 14 (2) (1989) 40 op 41.

³⁴³ Kaplan & Sadock's: Synopsis of Psychiatry 9th Edition 286. Volgens Wikipedia ensiklopedie word die oorsake van amnesie aangedui as "organic or functional". Organies sou insluit breinskade as

- (i) Anterograde amnesie – dit is verlies van geheue ná die gebeure plaasgevind het.
- (ii) Retrograde amnesie – dit is verlies van geheue ten opsigte van gebeure wat plaasgevind het vóór 'n sekere punt in tyd.

Van Rensburg & Verschoor³⁴⁴ onderskei op hul beurt tussen vier soorte amnesie, naamlik:

- (a) Psigogene of dissosiatiewe (psigologiese of funksionele) amnesie;
- (b) organiese (patologiese) amnesie;
- (c) gesimuleerde amnesie; en
- (d) gemengde amnesie.

Die vier soorte amnesie word vervolgens kortliks bespreek

(a) Psigogene (Dissosiatiewe) Amnesie

Die sleutelsimptoom hiervan is die onvermoë om inligting te herroep, gewoonlik omtrent traumatiese en spanningsvolle gebeure wat plaasgevind het in 'n persoon of persone se lewens. Psigogene amnesie begin meestal skielik, gewoonlik net na die ervaring van erge psigososiale stres. Dit gaan egter gewoonlik gepaard met 'n geskiedenis van driftige emosionele trauma, pynvolle emosies, en psigologiese konflik. Voorbeelde hiervan is natuurrampe waar mense gevrees het vir hulle lewens, of ernstige beserings waargeneem het. Dit mag ook wees as gevolg van moreel afkeurenswaardige gedrag, soos geweld en verhoudings buite die huwelik.

Anders as by organiese amnesie is die struktuur, chemie en fisiologie van die breinselle by psigogene amnesie onaangetas. Die brein en geesteskrag is normaal, maar die emosies en die geestesreaksies is nie. Psigogene amnesie

gevolg van trauma, siekte of die gebruik van sekere dwelms. Funksionele oorsake sou insluit psigologiese faktore soos "defence meganismes". Sien: www.wikipedia.org/wiki/Amnesia

³⁴⁴ Van Rensburg & Verschoor, Medies-geregtelike aspekte van amnesie TRW 14 (2) (1989) 40 op 45-54.

ontstaan dikwels as gevolg van 'n emosionele blokkering. Dit sou byvoorbeeld wees waar 'n persoon 'n dilemma beleef wat hy nie kan oplos nie, of dinge ervaar wat hy nie wil onthou nie. Hy ontsnap uit hierdie situasie deur te vergeet. Op hierdie wyse kan die emosionele trauma wat verbonde is aan die pleeg van 'n misdaad psigogene amnesie teweegbring.

Die internasionaal-erkende en hersiene "Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders"³⁴⁵ klassifiseer psigogene amnesie onder dissosiatiewe versteurings (of histeriese neurose, dissosiatiewe soort), en beskryf dit soos volg:

Die wesenskenmerk van hierdie versteuring is 'n skielike onvermoë om belangrike persoonlike inligting te herroep, 'n onvermoë wat nie aan 'n organiese geestesversteuring toe te skryf is nie.³⁴⁶

Kaplan & Sadock³⁴⁷ onderskei drie soorte versteuring in rekolleksie by psigogene amnesie, naamlik:³⁴⁸

- (i) "Localised amnesia" – (die mees algemene) die verlies aan geheue van gebeure oor 'n kort tydperk soos 'n paar uur, of 'n paar dae.
- (ii) "Generalised amnesia" – die verlies aan geheue oor 'n hele leeftyd van gebeure.
- (iii) "Selective (systematized) amnesia" – die verlies aan geheue van slegs sekere gedeeltes van gebeure wat in 'n kort periode plaasgevind het.³⁴⁹

³⁴⁵ American Psychiatric Association 1987 *Diagnostic and statistical manual of mental disorders* (DSM-III-R) 3^{de} Hersiene Uitgawe, Washington.

³⁴⁶ Op 273-275.

³⁴⁷ Kaplan & Sadock's: *Synopsis of Psychiatry* 9th Edition 677.

³⁴⁸ Sien ook: Van Rensburg & Verschoor, *Medies-geregtelike aspekte van amnesie*, TRW 14) (2) (1989) 40 op 46 waar 4 soorte van versteuring en rekolleksie onderskei word, naamlik : 1. Gelokaliseerde of omskrewende amnesie – dit is 'n onvermoë om enige gebeure gedurende 'n bepaalde of omskrewende tydperk te herroep. Hierdie tydperk is gewoonlik die eerste paar uur na 'n besonder ontstellende gebeurtenis (soos die pleeg van 'n moord); 2. Selektiewe amnesie - dit is 'n onvermoë om sommige, maar nie al die gebeure van 'n omskrewende tydperk te herroep. In 'n moordsaak kan 'n aangeklaagde byvoorbeeld onthou dat hy van die misdaadtoneel huis toe geloop het, maar nie dat hy daar 'n bebloede mes skoongewas het nie; 3. Veralgemeende amnesie – 'n persoon kan niks van sy hele lewe onthou nie; en 4. Voortdurende amnesie – 'n persoon kan niks onthou vanaf 'n spesifieke tyd tot en met die hede nie, byvoorbeeld sal so 'n persoon 'n boek lees, maar nie verder vorder as die eerste bladsy nie, omdat wanneer hy onderaan die bladsy kom hy alweer vergeet het wat bo-aan die bladsy staan.

(b) Organiese (Patologiese) Amnesie

Organiese (patologiese) amnesie word deur abnormale struktuur of fisiologie van die brein veroorsaak, byvoorbeeld 'n hou teen die kop, *delirium* en alkoholintoksikasie. Anders as by psigogene amnesie het organiese amnesie gewoonlik geen verband met enige stressituasie nie. Hierdie vorm van amnesie slaan ook neer op onlangse as verlangse gebeure en herstel selde soos in die geval van psigogene amnesie. Twee hoofoorsake van organiese amnesie is alkoholiname en epilepsie. 'n Voorbeeld hiervan sou wees dat 'n persoon met alkoholiese amnesie wel deeglik weet wat hy tydens dronkenskap van oomblik tot oomblik doen, maar omdat retensie nie plaasvind nie, kan hy die gebeure later nie herroep nie.

(c) Gesimuleerde Amnesie

Dit is moeilik om op kliniese gronde gesimuleerde amnesie te onderskei van psigogene amnesie. Simptomaties is daar geen onderskeid te maak nie. Die redes egter vir die ontstaan van die twee soorte amnesie verskil duidelik. By psigogene amnesie simuleer die persoon weens innerlike behoeftes. Hy weet dus dat hy simuleer maar weet nie waarom nie, behalwe dat hy 'n behoefte aan simpatie kan eien. By gesimuleerde amnesie simuleer die persoon om erge eksterne probleme te ontduik wat hy op die gegewe oomblik ervaar en van bewus is. Dit kom byvoorbeeld voor waar 'n persoon voorgee dat hy nie kan onthou wat tydens die pleeg van die misdaad gebeur het nie, om sodoende juridiese aanspreeklikheid te ontduik.

(d) Gemengde Amnesie

Die voorgenoemde drie soorte amnesie kan oorvleuel, of kollektief voorkom. 'n Voorbeeld hiervan sou wees 'n epileptikus wat histories is en simuleer, só 'n persoon kan tydperke van amnesie hê wat al drie die voorgaande soorte amnesie bevat. Organiese amnesie kan dan ook deur psigogene faktore verleng word.

In *Wiid*³⁵⁰ laat die Appèlhof hom soos volg uit oor amnesie:

"Appellante se geheue is wel onsamehangend of sporadies. Sy kan, byvoorbeeld, niks van die aanranding op haar onthou nie, maar kort daarna kon sy onthou wat onmiddellik voor die skietery plaasgevind het. Die skietery self kan sy nie onthou nie. Op die oog af geoordeel mag dit 'n onbevredigende kenmerk van haar weergawe wees. Maar terselfdertyd is daar geen sielkundige getuienis wat suggereer dat hierdie verskynsel teenstrydig is met 'n verlies van òf die onderskeidingsvermoë om die regmatigheid of onregmatigheid van haar handeling in te sien òf 'n verlies van die vermoë om daarvolgens te handel nie."³⁵¹

In *Gesualdo*³⁵² was die beskuldigde 'n Argentynse immigrant wat deur die oorledene, sy besigheidsvriend, op verskeie saketransaksies ingedoen was. Die beskuldigde was kwaad hieroor en het misbruik gevoel. Met betrekking tot die dag van die gebeure het die beskuldigde 'n verweer van totale amnesie aangevoer. Borchers R motiveer die vrypraak op grond van die ontoerekeningsvatbaarheid van die beskuldigde met die volgende aanhaling:

"The question is whether, while acting consciously, he was unable to control what he did. If the human mind is capable of unconsciously creating a retrograde amnesia because the mind cannot tolerate an appreciation of what it has done, it seems to us to be possible that it may also be unable to exercise control over a person's conscious actions in certain circumstances."³⁵³

Volgens die navorser verwar die hof hier amnesie met onwillekeurigheid en wend die hof hom tot spekulatiewe argumente, strydig met die geldende regsposisie dat amnesie geen verweer is in die Suid-Afrikaanse strafreg nie.³⁵⁴ Boister³⁵⁵ het ook

³⁵⁰ *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A).

³⁵¹ Op 569 (e-g).

³⁵² *S v Gesualdo* 1997 (2) SASV 68 (W).

³⁵³ Op 77 (f-g).

³⁵⁴ Hoctor, Amnesia and criminal responsibility SAS 13 (2000) 285-286; Boister, General Principles of Liability SAS 10 (1997) 315-318.

³⁵⁵ Boister, General Principles of Liability SAS 10 (1997) 315-318 op 318.

die uitspraak gekritiseer met betrekking tot die aspek dat Borchers R groter waarde geheg het aan die bevindinge van 'n ander hof met betrekking tot getuies wat voor daardie hof getuig het op ander feite, as op die opinies van 'n deskundige getuie wat voor haar getuig het.

In die saak van *Pederson*³⁵⁶ bespreek die hof die belangrikheid van 'n ware verlies aan geheue teenoor retrograde verlies aan geheue. Die hof beslis dat 'n ware verlies aan geheue 'n sterk aanduiding is dat die beskuldigde onwillekeurig opgetree het, maar dat retrograde verlies aan geheue 'n wyse is waarop die persoon of beskuldigde onaangename gebeure kan onderdruk. Dit kan egter slegs gedoen word indien die persoon voldoende intellektuele kapasiteit oorgehad het ten tye van die insident of gebeure om 'n mate van beheer oor sy handeling te kon hê.³⁵⁷

Ware amnesie is 'n sterk aanduiding dat die beskuldigde onwillekeurig gehandel het, maar die omgekeerde geld nie. In *Henry*³⁵⁸ stel Scott AR die begrippe psigogene amnesie en psigogene outomatisme gelyk, en beslis dat hoewel dit uit die getuienis aanvaar kan word dat outomatisme aanleiding gee tot amnesie, is die omgekeerde egter nie waar nie.³⁵⁹ Die hof stel ook hier 'n vereiste in van 'n stimulus of sneller-meganisme by 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid met betrekking tot amnesie en wys op die onwaarskynlikheid van die ontstaan van so 'n gebeurtenis. Scott AR beslis soos volg hieroor:

"... as to the nature of the stimulus or trigger mechanism that was required to induce a state of psychogenic automatism. There had to be some emotionally charged event or provocation of extraordinary significance to the person concerned and the emotional arousal that it caused had to be of such a nature as to disturb the consciousness of the person concerned to the extent that it resulted in unconscious or automatic behaviour with consequential amnesia. A moment's reflection, I think, reveals the extreme nature of the stimulus that

³⁵⁶ *S v Pederson* 1998 (2) SASV 383 (N).

³⁵⁷ Op 390 (f-g).

³⁵⁸ *S v Henry* 1999 (1) SASV 13 (HHA).

³⁵⁹ Op 20 (g-i).

is required. If the position were otherwise, psychogenic automatism would not be the extremely uncommon occurrence that it undoubtedly is."³⁶⁰

In *Els*³⁶¹ het die hof bevind dat daar by outomatistiese optrede gewoonlik 'n totale verlies aan geheue is wat nie herwin word nie. Somtyds bestaan 'eilande van herinnering',³⁶² maar dié bestaan alreeds vanaf die begin en dit kom nie later terug nie. Die hof maak 'n duidelike onderskeid tussen die verwere van gesonde outomatisme en amnesie en beslis dat amnesie nie dieselfde is as gesonde outomatisme nie.³⁶³ Die hof beslis verder dat die terugkeer van geheue asook kol-kol geheue ten opsigte van gebeure wat plaasgevind het in stryd is met 'n verweer van tydelike ontoerekeningsvatbaarheid.³⁶⁴

Amnesie *per se* is en was nog nooit 'n geldige verweer in ons strafregstelsel nie.³⁶⁵ In *Pederson*³⁶⁶ beslis die hof by monde van Marnewick R dat blote verlies aan geheue geen verweer is op 'n aanklag van moord nie. Dit word soos volg gestel:

"... for the defence of sane automatism to succeed, the absence of control by the mind over the actions of the appellant must be present. **Mere loss of memory is not and it never has been a defence to a charge of murder.**³⁶⁷ The loss or absence of memory must be part of a wider concept to be relevant at all."³⁶⁸

In die onlangse beslissing van *Majola*³⁶⁹ was die beskuldigde se enigste verweer een van amnesie. Die hof beslis op die feite dat die beskuldigde sy swanger vrou blatant met 'n mes doodgesteek het en hy wel bewustelik opgetree het. Die hof bevind dat geen verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, sieklike

³⁶⁰ Op 21 (b-d).

³⁶¹ *S v Els* 1993 (1) SASV 723 (O).

³⁶² Op 730 (d).

³⁶³ Op 732 (f). Sien ook: *S v Evans* 1985 (2) SA 865 (ZS) op 875 (d).

³⁶⁴ Op 735 (c-d).

³⁶⁵ Sien: *R v H* 1962 (1) SA 197 (A); *S v Piccione* 1967 (2) SA 334 (N); *S v Johnson* 1970 (2) SA 405 (R); Schmidt, *Bewysreg* 4^{de} Uitgawe 57.

³⁶⁶ *S v Pederson* 1998 (2) SASV 383 (N).

³⁶⁷ Eie beklemtoning.

³⁶⁸ Op 396 (g).

³⁶⁹ *S v Majola* 2001 (1) SASV 337 (NPA).

of gesonde outomatisme geopper is in die saak nie. Die enigste verweer was dat die beskuldigde nie kon onthou wat gebeur het nie.

Die hof het die gevolgtrekking gemaak dat amnesie *per se* nie 'n verweer is nie en het die skuldigbevinding aan moord bekragtig. Die hof verwys met goedkeuring na die saak van *Johnson*³⁷⁰ waar die volgende gesê is:

"That is to the effect that amnesia is not *per se* a defence. What it amounts to is simply this: That the accused, if the amnesia be genuine, is a person who cannot remember what happened."³⁷¹

Die verweer van amnesie moet altyd met groot versigtigheid bejeën word aangesien dit maklik geopper en moeilik weerlê kan word. Geheueverlies of slegte geheue hou nie noodwendig verband met onwillekeurige optrede of ontoerekeningsvatbaarheid nie.³⁷²

In *Eadie*³⁷³ bring die hof die aspek met betrekking tot amnesie tot finaliteit waar die hof by monde van Navsa AR dit duidelik stel dat wanneer daar 'n gedetailleerde rekolleksie van gebeure sou plaasvind, dit direk strydig sou wees met 'n verweer van verlies aan beheer.³⁷⁴

9. DIE BEWYSLAS BY AMNESIE TER BEPALING VAN TOEREKENINGSVATBAARHEID

Verschoor³⁷⁵ is van mening dat die bewyslas by 'n verweer van geheueverlies soos volg daar uitsien:

³⁷⁰ *R v Johnson* 1970 (2) SA 405 (R).

³⁷¹ Op 406 (A-B).

³⁷² In *S v Van der Sandt* 1998 (2) SASV 627 (W) op 640 (d-e) stel Labuschagne R dit soos volg: "Verder sluit irrasionele optrede en geheue verlies *per se* nie wilsbeheer uit nie." Sien ook: *S v Els* 1993 (1) SASV 723 (O).

³⁷³ *S v Eadie* 2002 (1) SASV 663 (HHA).

³⁷⁴ Op 683 (c-e).

³⁷⁵ Verschoor, *Misdaad, Verweer en Straf* 222.

- By fisiese gebreke rus die bewyslas op die staat om bo redelike twyfel te bewys dat die beskuldigde willekeurig opgetree het. Die beskuldigde hoef slegs 'n grondslag vir sy verweer te lê.
- By psigiese gebreke wat tot geheueverlies ly, rus die onus op die beskuldigde om op 'n oorwig van waarskynlikhede die vermoede van willekeurige gedrag te weerlê.

Schmidt³⁷⁶ is van mening dat indien daar 'n geestesongesteldheid by die beskuldigde was ten tye van die pleging van die misdaad, die bewyslas op die beskuldigde rus en indien daar 'n fisiese oorsaak was, die bewyslas op die staat rus. Omdat dit soms moeilik kan wees om hierdie onderskeid te maak word 'n soort hulpbewyslas ingevoer wat bepaal dat wanneer dit onseker is of die verweersgrond onder 'n geestesongesteldheid geklassifiseer moet word of nie, word dit nie as 'n geestesongesteldheid beskou nie en dra die staat die bewyslas.

Die blote aanvoer deur 'n beskuldigde van 'n verweer van amnesie of "black-out" sal selde indien ooit bloot op grond daarvan aanvaar word. Die hof sal verwag dat daar die een of ander mediese agtergrond of deskundige getuienis as grondslag vir so 'n verweer aangebied word. Dit sou uiters moeilik wees vir 'n hof om in afwesigheid van voorgenoemde getuienis 'n onderskeid te maak tussen werklike of gesimuleerde amnesie.³⁷⁷ Daar mag gevalle wees waar dit nie vir die staat nodig sou wees om te bewys dat die beskuldigde oneerlik was in die aanvoer van sy verlies aan geheue ten tye van die pleging van die misdaad nie. In gevalle van psigogene amnesie mag die beskuldigde wel glo dat sy weergawe geloofwaardig is, maar dit skeld hom nie vry nie.³⁷⁸

Die waarskuwing dat die hof altyd versigtig met die bewering van amnesie moet omgaan word in verskeie sake³⁷⁹ beklemtoon, onder andere *R v H*³⁸⁰ waar die hof dit soos volg stel:

³⁷⁶ Schmidt, *Bewysreg* 4^{de} Uitgawe 57.

³⁷⁷ *Bratty v Attorney-General of Northern Ireland* [1961] 3 All E.R. 523; *S v Trickett* 1973 (3) SA 526 (T). Sien ook: Strauss, *Doctor, Patient and The Law* 3rd Edition 130 waar hy van mening is dat mediese of ander deskundige getuienis sodanige verweer moet ondersteun.

³⁷⁸ *S v Henry* 1999 (1) SASV 13 (HHA) op 24 (b).

³⁷⁹ *S v Trickett* 1973 (3) SA 526 (T); *S v Els* 1993 (1) SASV 723 (O).

"... defences such as automatism and amnesia require to be carefully scrutinized. That they are supported by medical evidence, although of great assistance to the Court, will not necessarily relieve the Court from its duty of careful scrutiny for, in the nature of things, such medical evidence must often be based upon the hypothesis that the accused is giving a truthful account of the events in question."³⁸¹

10. ONTOEREKENINGSVATBAARHEID EN DIE ROL VAN DIE DESKUNDIGE GETUIE

Met die aanvoer van 'n verweer van ontoerekeningsvatbaarheid van 'n beskuldigde persoon ontstaan die vraag of die aanbod van psigiatriese, sielkundige of ander deskundige getuienis van hierdie aard 'n vereiste is. Die "nuwe" verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid het psigiater en medici voor besondere uitdagings gestel. Vir die leek kan dit lyk asof die psigiater eenvoudig twee vrae moet beantwoord:

- (a) gegewe dat die dader nie geestesongesteld was nie, was hy vanweë die emosionele storm in staat om die ongeoorlooftheid van sy daad te begryp, en indien wel,
- (b) was hy in staat om ooreenkomstig die begrip te handel?

In die praktyk is dit egter vir die deskundige getuie uiters moeilik om eenvoudig 'ja' of 'nee' te antwoord op die voorgaande vrae.³⁸²

In die vroeë reg, voor 1843, het die regter self op grond van kennis tussen reg en verkeerd 'n bepaling gemaak van die beskuldigde se geestestoestand.³⁸³ Na die M'Naghten-geval het die begrip "onweerstaanbare drang" sterker na vore getree as die alternatief tot die "kennis-toetse". Met die promulgering van artikel 78 van die

³⁸⁰ *R v H* 1962 (1) SA 197 (A); *S v Potgieter* 1994 (1) SASV 61 (A); *S v Pederson* 1998 (2) SASV 383 (N) op 396 (g); *S v Majola* 2001 (1) SASV 337 (NPA) op 340 (d-e).

³⁸¹ Op 208 (b-c).

³⁸² Strauss, Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as verweer in die Strafreë: 'n Nuwe uitdaging vir deskundige, mediese getuies SAPM (1995) 16 4 op 14-15, 34.

³⁸³ Plomp, Die Psigiater en die vasstelling van toerekeningsvatbaarheid TRW 1983 8 (2) 154 op 155.

Strafproseswet³⁸⁴ is die verkryging van deskundige getuienis van 'n psigiater as vereiste gestel.

Plomp³⁸⁵ is tereg van oordeel dat toerekeningsvatbaarheid 'n suiwer regsbegrip is. Hy stel die taak van die psigiater soos volg:

- "(1) Om feite te voorsien oor die beskuldigde se geestessiekte.
(2) Om opinies te gee oor die aard van daardie siekte.
(3) Om 'n opinie te gee of die betrokke geestessiekte van so 'n aard was dat dit die beskuldigde in die oë van die reg 'n kranksinnige maak ten tye van die misdaad, en in terme van die kriteria vir die kranksinnigheid soos bepaal deur die betrokke jurisdiksie."

In *Harris*³⁸⁶ word die kwessie aangaande die waarde van deskundige mediese getuienis ondersoek. Die Appèlhof het hier bevind dat die finale analise aangaande die appellant se toerekeningsvatbaarheid ten tye van die pleging van die misdaad berus by die hof self en nie by die psigiaters nie. In die bepaling daarvan sal die hof egter die deskundige mediese getuienis, die geloofwaardigheid van die appellant se getuienis asook al die feite van die saak in ag neem.³⁸⁷ In die *Laubscher*³⁸⁸-uitspraak is daarop gewys dat psigiatryse getuienis 'n onmisbare funksie vervul waar die hof te make het met 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek wat resulteer in 'n patologiese versteuring ten tye van die pleging van 'n misdaad.

Soos die regspraak ontwikkel het, het die howe 'n duidelike onderskeid getref tussen patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die noodsaaklikheid van deskundige getuienis by

³⁸⁴ Strafproseswet 51 van 1977.

³⁸⁵ Plomp, *Die Psigiater en die vasstelling van toerekeningsvatbaarheid* TRW 1983 8 (2) 154 op 156.

³⁸⁶ *S v Harris* 1965 (2) SA 340 (A).

³⁸⁷ Op 365 (B-C).

³⁸⁸ *S v Laubscher* 1988 (1) SA 163 (A) op 172 A-F. Sien ook: *S v Campher* 1987 (1) SA 940 (A) op 966I-967C oor die belang van psigiatryse of kliniese-sielkundige getuienis by 'n verweer van ontoerekeningsvatbaarheid.

die bepaling van toerekeningsvatbaarheid. In *Calitz*³⁸⁹ laat Eksteen AR hom soos volg uit oor die funksie van deskundige getuienis:

"... waar die Hof te make het met 'n geestesongesteldheid of geestesgebrek in die vorm van 'n patologiese versteuring ten tye van die pleeg van 'n misdaad, die psigiatriese getuienis 'n onmisbare funksie vervul, maar waar dit oor 'n nie-patologiese toestand van die appellant ten tye van die pleeg van 'n misdaad gaan, soos in die onderhawige geval, **die psigiatriese getuienis nie so 'n onmisbare funksie vervul nie**, omdat die verhoorhof aan die hand van die aanvaarde feite self in staat is om te besluit of die aangevoerde verweer op al die getuienis uitgemaak is. Dit geld volgens die navorser ook hier ten opsigte van die begrip van 'tydelike verstandelike beneweling'."³⁹⁰

Ook in die saak van *Henry*³⁹¹ was die Appèlhof van oordeel dat deskundige psigiatriese getuienis bloot 'n hulpmiddel mag wees wat die hof help bepaal of die optrede van 'n beskuldigde in die kader van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid val, al dan nie.³⁹²

Die mees onlangse beslissing met verwysing na die noodsaaklikheid vir deskundige getuienis by die beoordeling van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is gelewer in *Volkman*³⁹³ ná die wysigings op artikels 77, 78 en 79 van die Strafproseswet³⁹⁴ deur Wet 68 van 1998.³⁹⁵ Hier het die hof te make gehad met 'n aansoek deur die staat om die beskuldigde vir observasie te verwys in die lig van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. Hockey R het sy diskresie hier teen die staat uitgeoefen, aangesien die toestande in die hospitaal volgens hom onmenslik was en beslis dat deskundige psigiatriese getuienis nie onmisbaar was nie. Die hof maak 'n duidelike onderskeid tussen patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en nie-patologiese

³⁸⁹ *S v Calitz* 1990 (1) SASV 119 (A); Kriegler & Kruger, *Hiemstra – Suid-Afrikaanse Strafproses* 6^{de} Uitgawe 222.

³⁹⁰ Op 127 (b-c). Eie beklemtoning.

³⁹¹ *S v Henry* 1999 (1) SASV 13 (HHA).

³⁹² Op 20 (e-g).

³⁹³ *S v Volkman* 2005 (2) SASV (K); *S v Leaner* 1996 (2) SASV 347 (K).

³⁹⁴ Strafproseswet 51 van 1977.

³⁹⁵ Wysigingswet op Strafregtelike Aangeleenthede 68 van 1998.

ontoerekeningsvatbaarheid en dui aan dat waar daar 'n geestesiekte of geestesgebrek beweer word, die hof verplig is om die beskuldigde te verwys vir observasie in terme van Artikel 79 van die Strafproseswet. Wanneer die ontoerekeningsvatbaarheid egter nie te wyte is aan enige geestesiekte of geestesgebrek nie, soos by nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, het die hof 'n diskresie om die beskuldigde te verwys vir observasie, al dan nie.³⁹⁶

Anders as by patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is die posisie by nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid dus duidelik dat deskundige getuienis oor 'n beskuldigde se geestestoestand ten tye van die pleging van die misdaad nie gebiedend noodsaaklik is nie.³⁹⁷ Verskeie akademici³⁹⁸ is egter van oordeel dat deskundige getuienis wel 'n voorvereiste is vir enige bevinding deur die hof oor die beskuldigde se toerekeningsvatbaarheid. Hierdie standpunte is egter nie versoenbaar met die regsposisie soos uiteengesit in die sake van *Calitz, Henry* en *Volkman*³⁹⁹ nie, en daar kan met alle respek nie met genoemde akademici akkoord gegaan word nie.⁴⁰⁰

Dit blyk dat die howe die getuienis van die beskuldigde beskou as die basis vir 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. Sou hierdie getuienis vals wees, oftewel deur die hof verwerp word as ongeloofwaardig, verval die basis waarop die beskuldigde sy verweer gebou het. Die saak van *Potgieter*⁴⁰¹ illustreer 'n geval waar die hof die getuienis van die beskuldigde oor die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as ongeloofwaardig beskou. Die feite waarop die uitspraak berus het word kortliks soos volg uiteengesit:

³⁹⁶ Op 405 (f-g).

³⁹⁷ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 164; *S v Kalogoropoulos* 1993 (1) SASV 12 (A); *S v Van der Sandt* 1998 (2) SASV 627 (W) op 636 (f-h).

³⁹⁸ Strauss, *Doctor, Patient and The Law* 3rd Edition op 131; Carstens & Le Roux, *The defence of non-pathological incapacity with reference to the battered wife who kills her abusive husband* SAS 13 (2000) 180 op 182.

³⁹⁹ *S v Calitz* 1990 (1) SASV 119 (A); *S v Henry* 1999 (1) SASV 13 (HHA); *S v Volkman* 2005 (2) SASV (K).

⁴⁰⁰ Van Oosten, *Non-pathological criminal incapacity versus pathological criminal incapacity* SAS 6 (1993) 127 op 141 is van oordeel dat die posisie nog nie uitgeklaar is of deskundige getuienis 'n vereiste is ter ondersteuning van die grondslag van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid nie.

⁴⁰¹ *S v Potgieter* 1994 (1) SASV 61 (A).

Die appellant was getroud met die oorledene, Jan Potgieter. Uit die huwelik is drie kinders gebore. Die huwelik was kennend stormagtig. Op verskeie geleenthede het die oorledene die appellant fisies aangerand, verbaal misbruik en verkleineer. 'n Paar maande voor die tragiese gebeure is hulle uitmekaar en het die appellant by haar familie gaan woon. Op die oorledene se versoek is sy egter weer terug na hom.

Op die dag van die oorledene se dood het die oorledene die appellant weer ernstig aangerand en aangesê om die huis met haar kinders te verlaat. Sy het 'n vriend gekontak, en vertel wat gebeur het. Die vriend het aan haar akkommodasie beskikbaar gestel, maar sy het die aanbod van die hand gewys. Sy het egter 'n slotmaker geskakel om die kluis te kom oopmaak. Dit was nodig sodat sy haar pistool en geld uit die kluis kon kry vir 'n reis wat sy sou onderneem. Volgens haar getuienis het sy die pistool geneem, die magasyn daarin geplaas en dit in haar handsak gesit. Daarna is sy na die polisie om 'n klagte van aanranding teen die oorledene te lê. By die polisiestasie is die appellant meegedeel dat die speurder nie aan diens was nie, en dat sy die volgende dag moes terugkom om haar verklaring af te lê. Sy is daarna terug huistoe.

Voor sy gaan slaap het, het sy die pistool in sy pistoolsak op die grimeertafel neergesit. Later die nag het sy wakker geword en die baba hoor huil, asook harde musiek. Sy is toe af na onder om 'n bottel vir die baba te gaan maak. Daar is die oorledene gevra om die musiek sagter te sit, maar hy het nie gereageer nie. Terug bo by haar kamer het die oorledene haar aan die arms gegryp en teen die muur gegooi. Haar laaste herinnering was dat die oorledene iets na haar geskree het, daarna het sy 'n dowwe beeld van die oorledene gesien wegbeweeg in stadige aksie. Sy kon niks verder onthou totdat sy 'n "loud bang" gehoor het nie. Sy getuig van 'n "flash-back" dat sy die pistool van die grimeertafel afgeneem het. Sy het besef dat sy die pistool in haar hand gehad het, en dat sy 'n skoot moes gevuur het. Hierna het sy die slaapkamer se ligte aangeskakel. Die oorledene het op sy rug op die vloer gelê en snaakse geluide gemaak. Sy het besef dat sy hom kon geskiet het.

Die getuienis in die saak het egter bo enige twyfel bewys dat die oorledene in die bed gelê het toe hy geskiet is. Die appellant se weergawe is deur die hof as vals verwerp. Die hof, by monde van Kumleben AR, laat hom soos volg hieroor uit:

"It follows that the factual foundation on which to consider the validity of the defences raised – automatism and irresistible impulse – is absent. Dr Potgieter's opinion that the appellant was most probably acting in a state of automatism was based on the assumption that her evidence was truthful in all material respects. He readily conceded that if it fell to be rejected his thesis no longer held."⁴⁰²

Dus, met die verwerping van die appellant se getuienis verval die hele basis vir die appellant se verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. Die deskundige getuie se getuienis hou dus geen waarde vir die beskuldigde in indien sy of haar eie getuienis as vals verwerp word nie. Die deskundige getuie se getuienis word gevolglik 'n futiele oefening. Burchell⁴⁰³ beveel aan dat om die voorgaande probleem te ondervang, dit raadsaam sou wees dat die psigiater wat getuig het in 'n betrokke saak oor die beskuldigde se geestestoestand, 'n geleentheid gegun word om 'n herevaluering te maak van sy opinie nadat hy al die getuienis in die saak aangehoor het.

In die praktyk word die getuienis van die beskuldigde se deskundige egter aangebied nadat die staat sy getuienis afgesluit het, en nadat die beskuldigde sy getuienis gelewer het. 'n Herevaluering van die beskuldigde sou dus geensins aan die posisie verander nie. Meestal woon hierdie deskundige getuie ook deurgaans die hofverrigtinge by, of word hy in besit gestel van 'n transkripsie van al die getuienis in die saak gelewer, alvorens hy sy getuienis aflê. Die getuienis van 'n deskundige word grotendeels gebaseer op die inligting wat hy van sy pasiënt

⁴⁰² Op 81 (e).

⁴⁰³ Burchell, Non-pathological incapacity – evaluation of psychiatric testimony SAS 8 (1995) 37 op 39; *S v Kavin* 1978 (2) SA 731 (W) - In dié saak het die psigiater die beskuldigde se geestesongesteldheid beskryf as "severe reactive depression superimposed on a type of personality disorder displaying immature and unreflective behaviour". Die reaktiewe depressie het uitgeloop op 'n toestand van neurose en hierdie neurose was die ongesteldheid waaraan hy gelei het. Die beskuldigde is onskuldig bevind en tot staatspasiënt verklaar. Die psigiater wat die geestestoestand van die beskuldigde geëvalueer het, het sy opinie op een aspek daarvan verander nadat hy al die getuienis in die saak aangehoor het (op 740-741); *S v Kok* 2001 (2) SASV 106 (HHA) op 113 (c).

ingewin het. Sou hierdie inligting fiktief wees, sou dit uiteraard die gevolgtrekkings en bevindings tot 'n groot mate beïnvloed. Die hof het dus tereg in *Potgieter*⁴⁰⁴ se saak die getuienis nie aanvaar nie.

Burchell⁴⁰⁵ stel twee praktiese oplossings voor om die howe by te staan by die beoordeling van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, naamlik:

- (i) Die voorsittende beampte in 'n saak waar 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid op grond van provokasie of emosionele spanning aangevoer word sal geregtig wees om van die staat te verlang om psigiatrisse getuienis aan te bied, om sodoende die getuienis aangaande toerekeningsvatbaarheid deur die verdediging aangebied, te toets. Dit sou die hof in staat stel om 'n gebalanseerde opinie te vorm.
- (ii) Die deskundige getuienis moet verkieslik aangehoor word nadat die getuienis van die beskuldigde aangebied is en die geloofwaardigheid daarvan getoets kon word.

Die voorgaande voorstelle is prakties uitvoerbaar en word in hierdie studie sterk ondersteun.

Buiten die noodsaaklikheid vir deskundige getuienis by die beoordeling van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid word 'n feitebasis as grondslag vir die verweer vereis. Hierdie feitebasis moet nie verwar word met die noodsaaklikheid vir deskundige getuienis by die beoordeling van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid nie, maar hang baie nou daarmee

⁴⁰⁴ *S v Potgieter* 1994 (1) SASV 61 (A). In *S v Di Blasi* 1996 (1) SASV 1 (A) beslis die hof dat die waarde wat geheg moet word aan die deskundige getuie se getuienis verminder wanneer die appellans self getuienis in die saak aflê nie (7 (g)); *S v Volkman* 2005 (2) SASV (K). Burchell, Non-pathological incapacity – evaluation of psychiatric testimony SAS 8 (1995) 37 op 42 som die posisie soos volg op: "The weight given to the psychiatric evidence depends, as Kumleben JA emphasizes in *Potgieter*, on the cogency of the accused's version of what happened, and therefore the hearing of the psychiatric evidence (which might have been gathered shortly after the commission of the prohibited conduct) should be delayed until after the accused's version has been tested in cross-examination and in the presence of the psychiatrists."

⁴⁰⁵ Burchell, Non-pathological incapacity – evaluation of psychiatric testimony SAS 8 (1995) 37 op 41-42.

saam. Hierdie aspek blyk duidelik uit die regspraak wat hieronder bespreek sal word. In *Kalogoropoulos*⁴⁰⁶ stel Botha AR dit soos volg:

"... On the other hand, an accused person who relies on non-pathological causes in support of a defence of criminal incapacity **is required in evidence to lay a factual foundation for it,**⁴⁰⁷ sufficient at least to create a reasonable doubt on the point."⁴⁰⁸

In *Di Blasi*⁴⁰⁹ beslis Vivier AR soos volg in verband met die vereiste basis wat verlang word:

"It is for an accused person to lay a factual foundation for his defence"⁴¹⁰ that non-pathological causes resulted in diminished criminal responsibility, and the issue is one for the Court to decide."⁴¹¹

Ook in *Van der Sandt*⁴¹² word daar beslis dat by die aanvoer van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid daar van die beskuldigde verwag word om 'n feitelike basis of grondslag vir die verweer te lê.

Akademici is dit eens dat 'n feitelike basis vir die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid gelê moet word deur getuienis. Die posisie word soos volg deur hulle geïnterpreteer:

Schmidt⁴¹³ stel dit soos volg:

"... the accused has to adduce evidence from which a reasonable alternative inference can be drawn that he acted unconsciously."

⁴⁰⁶ *S v Kalogoropoulos* 1993 (1) SASV 12 (A).

⁴⁰⁷ Eie beklemtoning.

⁴⁰⁸ Op 21h-22a.

⁴⁰⁹ *S v Di Blasi* 1996 (1) SASV 1 (A).

⁴¹⁰ Eie beklemtoning.

⁴¹¹ Op 7 (c).

⁴¹² *S v Van der Sandt* 1998 (2) SASV 627 (W) op 636 (a-b). Sien ook: *R v Holliday* 1924 AD 250; *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A) op 564.

⁴¹³ Schmidt, Laying the Foundation for a Defence of Sane Automatism, SALJ (1973) 329 op 333. Sien ook: Hiemstra, Suid-Afrikaanse Strafproses 4^{de} Uitgawe op 189; Kriegler & Kruger, Hiemstra – Suid-Afrikaanse Strafproses 6^{de} Uitgawe op 212-225 in die algemeen..

Snyman⁴¹⁴ is van oordeel dat wanneer die bekuldigde hom op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid beroep dit wel raadsaam sou wees om deskundige getuienis aan die hof voor te lê om sy bewering dat hy ten tye van die daad ontoerekeningsvatbaar was te staaf. Sodanige getuienis sal dan deel vorm van die grondslag wat hy vir sy verweer moet lê.

Hiemstra,⁴¹⁵ soos hy dit duidelik in die 4^{de} uitgawe van sy boek uiteensit, stel dit soos volg:

"Hoewel by gesonde outomatisme die bewyslas op die Staat rus, moet die beskuldigde eers die fondament vir die verweer lê. Daar moet getuienis van die kant van die beskuldigde wees wat sterk genoeg is om twyfel te laat ontstaan oor die vrywilligheid van die beweerde daad of versuim. Dit moet gerugsteun word deur geneeskundige of ander deskundige getuienis wat aantoon dat die onwillekeurige gedraging heel moontlik te wyte was aan oorsake anders as geestesongesteldheid of geestesgebrek. As aan die einde van die verhoor daar twyfel bestaan of die gedraging willekeurig was of nie, moet die beskuldigde die voordeel van die twyfel geniet."

Hierdie feitelike basis sal meestal deur middel van getuienis van 'n deskundige, in die vorm van psigiatriese of sielkundige getuienis, voor die hof geplaas word aangesien die beskuldigde se getuienis gewoonlik is dat hy gedurende die tydperk wat hy in 'n staat van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid verkeer het, nie die gebeure wat plaasgevind het kan herroep nie.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 164.

⁴¹⁵ Hiemstra, *Suid-Afrikaanse Strafproses* 4^{de} Uitgawe op 189; Kriegler & Kruger, Hiemstra – *Suid-Afrikaanse Strafproses* 6^{de} Uitgawe op 224; *S v Shivute* 1991 (1) SASV 656 (Nm) op 660 (e-i).

⁴¹⁶ Volgens Brookbanks, *Psychiatry and the Law, Clinical and Legal Issues* op 180-181, lewer die beoordeling van die psigiatriese getuienis natuurlik op sigself probleme op. Brookbanks identifiseer vyf sodanige probleme:

- (i) Dit is nie ongewoon dat psigiaters in 'n ope hof van mekaar se diagnoses en opinies kom verskil nie.
- (ii) Die korrektheid en geldigheid van die diagnose hang af van die metode wat gebruik is om dit vas te stel.
- (iii) Die diagnose mag op 'n ander wyse voorgedra word.
- (iv) Mense verander oor tyd, en 'n diagnose wat op een stadium gemaak is mag dalk op 'n volgende geleentheid nie presenteer nie.

Die posisie word dus duidelik gestel in beide regspraak en teorie, naamlik dat die lê van 'n feitelike basis 'n vereiste is alvorens 'n beskuldigde hom suksesvol kan beroep dat hy in 'n toestand van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid opgetree het ten tye van die pleging van die misdryf. Die voorgaande is nie vatbaar vir enige interpretasie anders as dat vereis word dat 'n feitelike basis, by wyse van getuienis, voor die hof geplaas moet word nie.⁴¹⁷

11. DIE VERFYNING VAN DIE VERWEER VAN NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID DEUR DIE SUID-AFRIKAANSE HOWE

Met die aanbreek van die negentigerjare is die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid vrywel in verskeie sake geopper. Aangesien die konsep van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid relatief nuut is tot die Suid-Afrikaanse regstelsel, het die howe met tye die beginsels wat ter sprake is by nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid problematies gevind en gevolglik kontroversiële uitsprake gelewer.⁴¹⁸

Die toenemende populariteit van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid noodsaak dat bepaalde vereistes vir 'n geslaagde beroep op hierdie verweer neergelê moet word. Dit blyk uit 'n aantal sake wat hieronder bespreek sal word, dat die howe en in besonder die Appèlhof, die vereistes vir 'n geslaagde beroep op die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid progressief hoër gestel het.

(v) Erkennung van kulturele faktore, byvoorbeeld "Maori-sickness", waarvan simptome met sekere toetse ooreenstem, maar waarvan die ware oorsprong in kulturele gelowe lê.

⁴¹⁷ Van Oosten, Non-pathological criminal incapacity versus pathological criminal incapacity SAS 6 (1993) 127 op 141. Sien ook: Meintjes-Van der Walt, Making a muddle into a mess?: The Amendment of s78 of the Criminal Procedure Act SAS 15 (2002) 242 op 247-249.

⁴¹⁸ *S v Moses* 1996 (1) SASV 701 (K); *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A); *S v Viljoen* 1992 (1) SASV 601 (T); *S v Nursingh* 1995 (2) SASV 331 (D); *S v Gesualdo* 1997 (2) SASV 68 (W).

Die eerste saak waarin dit blyk dat die Appèlhof 'n bepaalde denkrigting ingeslaan het oor die vereistes vir nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is die saak van *Wiid*.⁴¹⁹ Die wesenlike feite van die saak is die volgende:

Die appellante en die oorledene was getroud vir 'n periode van 32 jaar en het in Durban saamgewoon. Uit die huwelik is twee kinders verwek – 'n dogter wat verstandelik gestremd gebore is en 'n seun wat as gevolg van 'n motorongeluk breinbeserings opgedoen het en intensiewe sorg nodig gehad het, wat deur die appellante verskaf is.

Gedurende die huwelik het die oorledene verskeie buite-egtelike verhoudinge aangeknoop. Vanaf Augustus 1987 het die appellante in 'n hoogs-gespanne toestand verkeer. Sy het min geëet en kalmeer-, slaap- en hormoon tablette gebruik. Haar emosionele toestand het versleg omrede die oorledene in nog 'n buite-egtelike verhouding betrokke was met ene me Bekker. Die hof *a quo* het bevind dat in die dae voor die voorval, die appellante wel buitengewoon bekommerd en emosioneel was. Drie dae voor die fatale voorval het die oorledene uit sy eie aan die appellante erken dat hy dié dag by me Bekker te Margate deurgebring het. Die doel van die besoek, volgens die oorledene, was om die verhouding te beëindig.

Op die noodlottige Donderdagaand is die oorledene vroeg uit die huis en vir verskeie redes was die appellante seker dat hy weer na me Bekker te Margate gegaan het. Die appellant was uiters ontsteld en teleurgesteld oor die oorledene se optrede. Met die oorledene se terugkeer is hy deur die appellante met die bewering dat hy weer by die vriendin was, gekonfronteer. 'n Argument het ontstaan wat gelei het tot 'n aanranding op die appellante waartydens haar neus gebreek is, 'n voortand by die wortel afgebreek is en haar onderste tande gesplinter het. Kort hierna is die oorledene met sy eie pistool deur die appellante doodgeskiet. Sewe skote is afgevuur, waarvan drie die oorledene getref het wat direk tot sy dood gelei het.⁴²⁰

⁴¹⁹ *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A).

⁴²⁰ Op 564(h)-565(g).

Die Appèlhof, by monde van Goldstone WR, het die volgende twee aspekte aangemerkt ter motivering van die uitspraak:

"In die eerste instansie is dit die mening van Gillmer en Plunkett⁴²¹ dat daar 'n redelike moontlikheid bestaan dat toe die appellante die skote afgevuur het, sy nie by haar volle bewussyn was nie. Ek kan geen rede bevind om hierdie moontlikheid sonder twyfel te verwerp nie. Tweedens bestaan daar die moontlikheid dat mev Harmse se gil dat oorledene doodgeskiet is en die skok van die skietery self, genoeg mag gewees het om die appellante tot die besef te bring van wat sy eintlik gedoen het."⁴²²

Twee aspekte suiwer subjektief tot die appellante word deur die hof aangewend om die bewustelikheid en opsetlikheid van haar handeling uit te skakel, naamlik persoonlikheid en karaktertrekke. Die hof beslis soos volg:

"Na my mening, indien al die feite in ag geneem word, bestaan daar redelike twyfel oor die vraag of die appellante willekeurig opgetree het. Dat sy bewustelik en opsetlik die oorledene wou doodskiet is nie met appellante se **persoonlikheid en karaktertrekke** te versoen nie. Dit is die effek van haar eie getuienis en word deur Gillmer en Plunkett gestaaf. Haar oorblywende en steeds sterk liefde vir die oorledene rym nie met die doelbewuste doodmaak van die oorledene nie. Die feit dat sy sewe skote geskiet het is aanduidend van onbeheersde optrede."⁴²³

Die Appèlhof bevind dat daar twyfel bestaan of die appellante ten tye van die skietery toerekeningsvatbaar was.⁴²⁴ Sy is die voordeel van die twyfel gegun en is onskuldig bevind. Die vraag ontstaan vervolgens of hierdie "persoonlikheid en karaktertrekke" bo en behalwe die gewone vereistes vir toerekeningsvatbaarheid in ag geneem moet word by die vasstelling van strafregtelike aanspreeklikheid.

⁴²¹ Sielkundiges wat getuienis in die saak afgelê het.

⁴²² Op 569 (b).

⁴²³ Op 569(d-e). Eie beklemtoning.

⁴²⁴ Op 569 (g).

Die navorser is van mening dat hierdie uitspraak gekritiseer kan word, en wel die volgende aspekte daarvan: Eerstens stel die hof bewustelikheid en opsetlikheid direk verwant aan persoonlikheid en karaktertrekke van die appellante. Die persoonlikheidsamestelling en karaktereienskappe is subjektiewe faktore eie aan die beskuldigde en het niks met die willekeurigheid van die appellante se handeling te doen nie. Tweedens word op soortgelyke basis bevind dat die appellante se steeds sterk liefde vir die oorledene nie rym met die doelbewuste doodmaak van die oorledene nie. Is dit vreemd dat geliefdes mekaar vermoor? Die Suid-Afrikaanse hofverslae is deurspek met sake waar mense mekaar doodgemaak het ten spyte van 'n sterk liefdesband wat tussen hulle bestaan het.⁴²⁵ Derdens: die hof se bevinding dat die feit dat sewe skote geskiet is, aanduidend is van onbeheersde optrede. Die hof stel hier onbeheersde optrede gelyk aan onwillekeurigheid wat gevolglik die handeling uitsluit en maak hier reeds dieselfde fout as wat Griesel R in *Eadie(1)*⁴²⁶ maak, waar hy beslis dat 'n persoon wat sy selfbeheer verloor het nie 'n willekeurige handeling kan uitvoer nie.⁴²⁷ In *Henry*⁴²⁸ het Scott AR beslis dat verlies aan selfbeheer 'n algemene verskynsel is en dat dit in gepaste gevalle as versagende faktor in ag geneem kan word, maar dat dit nie tot 'n vrypraak behoort te lei nie. Hy beslis dat dit nie verwar moet word met die ongewone verskynsel waar nie-patologiese verlies van konatiewe beheer as gevolg van 'n emosionele stimulus aanleiding gee tot onwillekeurige optrede nie.⁴²⁹

Dit word hier ter oorweging gegee dat die hof hier op die meeste kon bevind het dat die appellant verminderd toerekeningsvatbaar was en die beslissing spreek van 'n onsuiver benadering met betrekking tot die toepaslike beginsels geldend by die bepaling van toerekeningsvatbaarheid.

⁴²⁵ Sien: *S v Francis* 1999 (1) SASV 650 (HHA).

⁴²⁶ *S v Eadie(1)* 2001 (1) SASV 172 (K).

⁴²⁷ Sien ook: Le Roux, Strafregtelike aanspreeklikheid en die verweer van tydelike nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid - verlies van konatiewe geestesfunksie onderskei van blote verlies van humeur THRHR 65 (2002) 478 op 481.

⁴²⁸ *S v Henry* 1999 (1) SASV 13 (HHA).

⁴²⁹ Op 20 (d-e).

In 1993 word die Appèlhof weer met 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid gekonfronteer in die saak van *Kalogoropoulos*.⁴³⁰ Verdere vereistes vir 'n suksesvolle beroep op nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is deur die hof neergelê. Die feite was kortliks die volgende:

Die appellant het vermoed dat sy eggenote 'n liefdesverhouding met sy vennoot gehad het. Nadat hy 'n groot hoeveelheid drank ingeneem het, het hy homself met 'n rewolwer bewapen en het hy die vennoot doodgeskiet, asook dié se huiswerker. Hy het verder gepoog om sy eie vrou asook die eggenote van sy vennoot te dood.

Die appellant is skuldig bevind aan een aanklag van moord, een aanklag van strafbare manslag en twee aanklagte van aanranding. Hy het onsuksesvol teen hierdie skuldigbevindings na die Appèlhof geappelleer. Botha AR het die volgende beslis:

"On the other hand, an accused person who relies on non-pathological causes in support of a defence of criminal incapacity *is required in evidence to lay a factual foundation for it, sufficient at least to create a reasonable doubt on the point.*"⁴³¹

Vir die eerste keer word daar vereis dat 'n persoon wat die verweer opper 'n feitebasis ("factual foundation") daarvoor moet lê. Nie net 'n feitebasis nie, maar 'n feitebasis wat voldoende sou wees om ten minste 'n redelike twyfel op die punt te skep, is as vereiste gestel. Met die uitspraak in *Kalogoropoulos* was daar duidelike progressie in ons regspraak betreffende die vereistes wat vir 'n suksesvolle beroep op die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid gestel is.

In *Henry*⁴³² bespreek die Appèlhof gesonde outomatisme in samehang met die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. 'n Vereiste word gestel

⁴³⁰ *S v Kalogoropoulos* 1993 (1) SASV 12 (A).

⁴³¹ Op 21. Eie beklemtoning.

⁴³² *S v Henry* 1999 (1) SASV 13 (HHA).

van 'n emosionele stimulus wat as identifiseerbare snellermeganisme kon dien en wat aanleiding kon gee tot 'n gebrek aan konatiewe beheer. Scott AR stel dit soos volg:

"Generally speaking expert evidence of a psychiatric nature will be of much assistance to the court in pointing to factors which may be consistent, or inconsistent as the case may be, with involuntary conduct which is non-pathological and emotion-induced. These, for example, may relate to such matters as the nature of the emotional stimulus which it is alleged served as a trigger mechanism for the condition, or the nature of the behaviour or aspects of it which may be indicative of the presence or absence of awareness and cognitive control."⁴³³

Die hof kwalifiseer hierdie snellermeganisme verder as dat dit buitengewoon van aard moet wees:

"There had to be some emotionally charged event or provocation of extraordinary significance to the person concerned and the emotional arousal that it caused had to be of such a nature as to disturb the consciousness of the person concerned to the extent that it resulted in unconscious or automatic behaviour with consequential amnesia."⁴³⁴

Met die beslissing gelewer in *Eadie*⁴³⁵ wat as die nuutste en hoogste gesag op die gebied van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid beskou word, word geen van die voorgenoemde as vereistes gestel, gelys, bevestig of enigins verder gevoer nie. Die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid

⁴³³ Op 20 (e-g).

⁴³⁴ Op 21 (b-c). Sien ook: *S v Cunningham* 1996 (1) SASV 631 (A) waar die Appèlhof 'n verweer van gesonde outomatisme oorweeg het. In hierdie saak is die appellant skuldig bevind aan strafbare manslag nadat hy 'n fietsryer doodgeroy het. Die appellant se weergawe van die gebeure was dat hy niks kon onthou nadat hy Houtbaai verlaat het, tot en met sy aanhouding agter in die polisievangwa nie. Die gebeure wat die voorval voorafgegaan het is deur die hof as niks ongewoon beskou nie (638-639). Die hof het beslis dat 'n snellermeganisme van buitengewone aard nodig is voordat 'n persoon sonder meer in 'n staat van outomatisme sal verval.

⁴³⁵ *S v Eadie* 2002 (1) SASV 663 (HHA). In *S v McDonald* 2000 (2) SASV 493 (N) gaan die hof nog 'n stappie verder en kwalifiseer die aard van die "snellermeganisme" vereiste, as dat dit ekstrem of ernstig van aard moet wees. Die hof stel dit soos volg: "Common sense dictates that a stimulus or trigger which is required to provoke a person into an automatic state, unrelated to organic factors, has to be of an extreme or severe nature." (503 (a)).

aangevoer deur die appellant in *Eadie* is ook nie getoets aan die hand van enige van die voorgaande vereistes gestel nie. Die vraag bly dus onbeantwoord of 'n beroep op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid aan die vereiste van: a) optrede kontra die beskuldigde se persoonlikheid en karaktertrekke; b) die teenwoordigheid van 'n identifiseerbare snellermeganisme van buitengewone aard moet voldoen al dan nie.

12. NOODWEER VERSUS "BATTERED WOMAN SYNDROME" EN KUMULATIEWE PROVOKASIE

Vir doeleindes van hierdie bespreking is 'n volledige uiteensetting van die beginsels van noodweer nie dienlik nie. Noodweer is 'n regverdigingsgrond wat die wederregtelikheid van die handeling uitsluit. 'n Suksesvolle beroep op noodweer lei tot 'n onvoorwaardelike vryspraak. 'n Persoon tree in noodweer op en sy handeling is regmatig, indien hy hom verweer teen 'n wederregtelike menslike aanval wat reeds begin het of wat onmiddellik dreigend is. Die aanval kan gerig wees teen sy eie of iemand anders se lewe, liggaamlike integriteit, eiendom of ander beskermingswaardige regsbelang, mits die afweershandeling noodsaaklik is om die bedreigde belang te beskerm. Die afweershandeling moet egter teen die aanvaller gerig word en in 'n redelike verhouding tot die aanval wees.⁴³⁶

Hoewel in wese onbekend in die Suid-Afrikaanse reg is die term "battered woman syndrome" of "battered wife syndrome" reeds in laat 1970's deur dr Lenore Walker, 'n vooraanstaande navorser, sielkundige en feministiese akademikus van Amerika, aan die wêreld bekendgestel. Die term "battered woman syndrome" word gebruik om sielkundige en gedragssimptome te beskryf wat as gevolg van voortgesette blootstelling aan geweld en misbruik, hetsy fisies, sielkundig of seksueel, binne die huwelik of gesinsverband plaasvind.

⁴³⁶ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 102-113. Sien ook: Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 230-245; De Wet & Swanepoel, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 72-81.

Die begrip "wife battering" word soos volg beskryf deur Crump:⁴³⁷

"The term 'wife battering' needs to be defined and differentiated from 'wife beating'. The latter could mean the odd slap or push which is often administered between spouses during an argument. 'Wife battering' refers to repeated battering resulting in broken bones, black eyes, serious bruising that should receive medical attention. It means repeated assaults, with or without a weapon, on the person of a woman from the man with whom she cohabits."

Walker⁴³⁸ het hierdie siklus van geweld in drie stadia uiteengesit, naamlik:

- (i) "Tension building stage" – waar die slagoffer blootgestel word aan verbale misbruik of geringe fisiese aanranding;
- (ii) "Acute battering incident" – waar die slagoffer blootgestel word aan ernstige liggaamlike besering of die dood.
- (iii) "Loving contrition" – waar die mishandelaar verskoning vir sy optrede aanbied en beloop om in die toekoms sy gedrag te verander.

Wanneer gekyk word na die definisie van noodweer lewer dit bepaalde probleme op as 'n persoon opgetree het sonder dat die gevaar begonne of dreigend was. Dit sou byvoorbeeld wees wanneer 'n persoon wat 'n slagoffer was van psigiese en fisiese mishandeling, gewoonlik oor 'n uitgebreide periode, eventueel sy of haar mishandelaar dood na so 'n aanval, wanneer hy slaap of die rug keer op die mishandelde persoon.⁴³⁹ Sodanige optrede sou dan nie voldoen aan die vereistes wat gestel word vir die verweer van noodweer nie.

⁴³⁷ Crump, Wife battering, SASK 11 (1987) 231. Sien ook: Le Roux, Geweldsmisdade binne huweliksverband, Doktorale Proefskrif (1994) Universiteit van Pretoria.

⁴³⁸ Reddi, Battered woman syndrome: Some reflections on the utility of this 'syndrome' to South African women who kill their abusers SAS 18 (2005) 259-278; Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 451-452; www.wikipedia.org/wiki/batteredwomandefence; www.nawl.ca/provocation.htm; www.jfw.org.uk/BWS.HTM.

⁴³⁹ Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 452-453; *R v Duffy* [1949] 1 All E.R. 923 op 932-933.

Baker⁴⁴⁰ voer drie redes aan waarom provokasie, eerder as selfverdediging of noodweer, 'n gepaste pleit sou wees waar 'n vrou haar eggenoot of mishandelaar dood; selfs al sou die verweer van noodweer aan haar beskikbaar wees. Die redes word soos volg uiteengesit:

- (i) Die aard van die fisiese mishandeling waaraan vroue blootgestel word is nadelig vir hulle fisiese gesondheid en vergestalt 'n inbreukmaking op die persoon se reg op privaatheid.
- (ii) Die optrede van die mishandelaar is tipies provokatief van aard en voldoen aan die normatiewe vereistes gestel vir 'n provokatiewe handeling.
- (iii) Die provokasie as gevolg van 'n mishandelingsepisode kan die strafbaarheid selfs in gevalle van opset om te dood verminder.

Die begrip "battered woman syndrome" het wel onlangs vir die eerste keer erkenning geniet in die Suid-Afrikaanse regspraak.⁴⁴¹ In beide die sake het die hof die oplegging van 'n minimum voorgeskrewe vonnis ingevolge die Strafwysigingswet⁴⁴² oorweeg. In *Engelbrecht* laat Howie P hom soos volg hieroor uit:

"If the witnesses in this case spoke with acceptable authority on the subject of abused women and the reason why they sometimes kill their abusers (and, as I have said, neither the facts nor their expertise were in dispute), they conveyed, at the same time, the explanation why the abused woman, subjectively, feels unable to escape by any other route than by homicide. A proper analysis and understanding of the evidence given in this case shows, in my view, that that is indeed what the first appellant, subjectively, did feel and that what she experienced and eventually did, conformed, as regards a victim's behaviour in

⁴⁴⁰ Baker, *Provocation as a Defence for Abused Woman Who Kill* CJLJ XI (1998) 193 op 199-201. Baker is van oordeel dat die verweer van noodweer behoue moet bly as regverdigingsgrond aan mans en vroue beskikbaar waar moord gepleeg word in omstandighede van lewensgevaar. Volgens haar sal provokasie hoogstens dien as 'n goeie verskoning en sou dit nie wys wees om die beginsels rondom "heat of passion" by provokasie te modifiseer om ook onder andere kumulatiewe provokasie in te sluit nie (op 211). Vir 'n algemene bespreking sien: Bergenthuin, *Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg*, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria 99-103.

⁴⁴¹ *S v Ferreira en andere* 2004 (2) SASV 454 (HHA); *S v Engelbrecht* 2005 (2) SASV 163 (W). Sien ook: *S v Campher* 1987 (1) SA 940 (A).

⁴⁴² Strafwysigingswet 105 van 1997.

response to grave abuse, to a pattern which has been documented and written about scientifically, legally and judicially in the major English-speaking jurisdictions around the world."⁴⁴³

Burchell⁴⁴⁴ is van mening dat die beslissing in *Ferreira*⁴⁴⁵ die deur oopgemaak het vir die aanbied van getuienis oor "battered woman syndrome" ter ondersteuning van 'n verweer van ontoerekeningsvatbaarheid of selfs putatiewe noodweer. Die voordeel verbonde aan so 'n benadering is dat dit nie nodig sou wees om die getuienis rondom mishandeling in die vorm van 'n "battered woman syndrome" aan te bied nie, aangesien dit toelaatbaar sou wees as relevant tot die werklike toerekeningsvatbaarheid of geestestoestand van die beskuldigde ten tye van die pleging van die misdryf. Dit sou bowendien ook relevant wees tot 'n beweerde staat van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.

Kumulatiewe provokasie geniet geen erkenning in die Suid-Afrikaanse strafreg nie. Die vorm van provokasie word egter wel erken in die Engelse reg, waar 'n beroep op kumulatiewe provokasie geregverdig word deur te steun op gebeure wat oor 'n verloop van tyd plaasgevind het en nie op 'n enkele provokatiewe gebeurtenis nie.⁴⁴⁶ 'n Enkele provokatiewe optrede kort voor die reaksie of handeling daarop is egter steeds 'n vereiste vir 'n suksesvolle beroep op kumulatiewe provokasie. Dit sou hierdie enkele en selfs minder ernstige provokatiewe optrede deur die slagoffer en die daaropvolgende optrede van die beskuldigde wat tot die dood van die slagoffer ly verduidelik en die beskuldigde se optrede kon regverdig.⁴⁴⁷

⁴⁴³ *S v Ferreira en andere* 2004 (2) SASV 454 (HHA) op 466 [35]. Marais AR kritiseer in sy minderheidsuitspraak die intensiteit waarmee die meerderheid in die uitspraak die "battered woman syndrome" aanhang. Volgens Marais AR is mishandeling van fisiese, sielkundige, ekonomiese en emosionele aard niks nuuts nie. Marais AR is verder van oordeel dat daar voldoende beskermingsmaatreëls in plek is om probleme binne gesinsverband te ondervang, op 472 [58].

⁴⁴⁴ Burchell, *Principles of Criminal Law* 3rd Edition 453-454. Sien ook: Reddi, *General Principles* SAS 18 (2005) 335; Wolhuter, *Excuse them though they do know what they do – the distinction between justification and excuse in the context of battered woman who kill* SAS 9 (1996) 151.

⁴⁴⁵ *S v Ferreira en andere* 2004 (2) SASV 454 (HHA).

⁴⁴⁶ Myns insiens toon die verweer van kumulatiewe provokasie egter 'n ooreenkoms met die "battered woman syndrome", naamlik dat die vereiste provokatiewe optrede of geweld gewoonlik oor 'n tydperk presenteer binne die omvang van 'n huishoudelike samewoning.

⁴⁴⁷ Reed & Seago, *Criminal Law* 317-318. Volgens Reed en Seago is daar geen rede waarom die provokasie nie kumulatief van aard mag wees nie. Die vereiste is dat die verlies aan selfbeheer "must be on the sudden", nie die provokasie nie. Sien ook: *R v Thornton* [1992] 1 All E.R. 306; *R*

Dit word hier aan die hand gedoen dat weens 'n gebrek aan erkenning van kumulatiewe provokasie asook die gebrek aan enige wetenskaplike basis vir die "battered woman syndrome", daar eerder op 'n erkende verweer soos noodweer of outomatisme staat gemaak moet word as op "battered woman syndrome".⁴⁴⁸ 'n Verdere voordeel hieraan verbonde is dat dit nie nodig sou wees om deskundige getuienis oor "battered woman syndrome" aan te bied nie.⁴⁴⁹

Die Regshervormingskommissie maak die voorstel dat die tradisionele vereiste van "immediacy", oftewel onmiddellike reaksie op die provokasie, afgewater moet word om die verweer van provokasie meer buigsaam te maak met betrekking tot sake van huishoudelike moord en om voorsiening te maak vir kumulatiewe provokasie.⁴⁵⁰

v Ahluwalia [1992] 4 All E.R. 889; Wasik, Cumulative Provocation and Domestic Killing [1982] Crim. L.R. 29.

⁴⁴⁸ Reddi, Battered woman syndrome: Some reflections on the utility of this 'syndrome' to South African women who kill their abusers SAS 18 (2005) 259-278 op 277

⁴⁴⁹ Sien: *Lavallee v R* [1990] 4 WWR 1; *R v Malott* [1998] 1 S.C.R. 123 op 140-141; Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 454; Baker, Provocation as a Defence for Abused Woman Who Kill CJLJ XI (1998) 193 op 211.

⁴⁵⁰ The Law Reform Commission, Consultation paper on Homicide: The Plea of Provocation (LRC CP 27-2003) 128-129, 145-146. Die voorgestelde wetswysiging met betrekking tot die hervorming van die provokasieverweer lees soos volg:

"There is no rule of law that provocation is negatived if-

- (i) the act causing death did not occur immediately; or
- (ii) the act causing death was done with intention to kill or cause serious harm.

(In the Middle Ages, when it was very difficult to reach offenders, the judges inflicted frightful sentences on the few who were arrested: but this did not diminish the number of crimes. It has since been discovered that when justice is more certain and more mild, it is more efficacious. Alexis de Tocqueville: *Democracy in America* (1835) vol 1 ch 6 Everyman's Library (1994) 104.)

13. TOEREKENINGSVATBAARHEID EN VONNIS

Die beginsels wat geld by vonnis en wat hier van toepassing is, regverdig 'n breedvoerige bespreking wat nie binne die bestek van hierdie verhandeling dienlik is nie. Die volgende aspekte kan net kortliks hier vermeld word:

- Sou daar bevind word dat die beskuldigde persoon patologies ontoerekeningsvatbaar was ten tye van die pleging van die misdryf, word hy of sy ooreenkomstig die bepalinge van artikels 77, 78 en 79 van die Strafproseswet geëvalueer en verwys na 'n gepaste psigiatriese hospitaal of gevangenis vir doeleindes van behandeling, hangende die beskikking van 'n regter in kamers.⁴⁵¹
- Sou daar bevind word dat die beskuldigde persoon nie-patologies ontoerekeningsvatbaar was ten tye van die pleging van die misdryf, word hy of sy onvoorwaardelik vrygespreek, en kom vonnis nie enigsins ter sprake nie.⁴⁵²
- Sou daar bevind word dat die beskuldigde persoon verminderd toerekeningsvatbaar was ten tye van die pleging van die misdryf, was die

⁴⁵¹ Snyman, *Strafreg* 4^{de} Uitgawe 171; *S v McBride* 1979 (4) SA 313 (W) op 324.

⁴⁵² *S v Moses* 1996 (1) SASV 701 (K); *S v Wiid* 1990 (1) SASV 561 (A); *S v Nursingh* 1995 (2) SASV 331 (D); *S v Gesualdo* 1997 (2) SASV 68 (W).

verminderde toerekeningsvatbaarheid voorheen bepalend vir 'n skuldigbevinding aan 'n mindere of minder ernstige aanklag.⁴⁵³

- Verminderde toerekeningsvatbaarheid speel egter tans 'n strafversagende rol by vonnisoplegging. Artikel 78(7) van die Strafproseswet⁴⁵⁴ bepaal die volgende: "Indien die hof bevind dat die beskuldigde ten tye van die verrigting van die betrokke handeling vir die handeling strafregtelik toerekenbaar was maar dat sy vermoë om die ongeoorlooftheid van die handeling te besef of om ooreenkomstig 'n besef van die ongeoorlooftheid van sy handeling op te tree, vanweë geestesongesteldheid of geestesgebrek verminder was, kan die hof die feit van so 'n verminderde toerekeningsvatbaarheid in aanmerking neem wanneer die beskuldigde gevonnisd word." Die Appèlhof bevind in *Eadie(2)*⁴⁵⁵ dat verminderde toerekeningsvatbaarheid wel 'n wesenlike en dwingende omstandigheid is wat die hof in ag moet neem met betrekking tot die toepaslikheid van 'n voorgeskrewe minimum vonnis. Griesel R stel dit soos volg:

"Having regard to the facts as a whole, I am persuaded that substantial and compelling circumstances are present, which could justify a lesser sentence than the prescribed minimum. Those circumstances are diminished criminal responsibility arising from the factors relied on by the accused in his plea explanation, namely 'a combination of severe emotional stress, provocation and a measure of intoxication'."⁴⁵⁶

- Sou daar bevind word dat 'n beskuldigde persoon wel toerekeningsvatbaar was ten tye van die pleging van die misdryf en alle elemente van die misdaad word bo redelike twyfel bewys, word hy dienooreenkomstig aan die ten laste gelegde misdryf skuldig bevind en gevonnisd ooreenkomstig die normale beginsels wat geld by vonnisoplegging.⁴⁵⁷

⁴⁵³ *R v Biyana* 1938 EDLD 310; *R v Hugo* 1940 WLD 285; *R v Lloyd* 1941 CPD 162; *R v Anderson* 1956 (4) SA 756 (A); *S v De Boer* 1968 (4) SA 866 (A); *S v J* 1975 (3) SA 146 (O).

⁴⁵⁴ Strafproseswet 51 van 1977.

⁴⁵⁵ *S v Eadie (2)* 2001 (1) SASV 185 (K); *S v De Boer* 1968 (4) SA 866 (A); *S v J* 1975 (3) SA 146 (O). Sien ook: Strafrekwysigingswet 105 van 1997.

⁴⁵⁶ Op 188 (j) – 189 (a).

⁴⁵⁷ Sien: *S v Smith* 1990 (1) SASV 130 (A); *S v Shapiro* 1994 (1) SASV 112 (A) op 120 (e-g).

14. KONKLUSIE

In hierdie hoofstuk is die ontwikkeling van die begrip "nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid" in die Suid-Afrikaanse strafreg toegelig. Die toepassing van hierdie verweer deur die strafhowe is eweneens nagevolg. Sekere faktore wat tot nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid kan aanleiding gee, naamlik jeugdige leeftyd, dronkenskap en provokasie is sistematies bespreek. Hierna is die netelige kwessie, naamlik of die subjektiewe of objektiewe benadering ter bepaling van ontoerekeningsvatbaarheid by provokasie, bespreek. Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is duidelik van patologiese ontoerekeningsvatbaarheid asook outomatisme onderskei. Die rol van amnesie by die bepaling van ontoerekeningsvatbaarheid, en die bewyslas daarvan, is krities toegelig. Die rol van die deskundige getuie en die noodsaaklikheid daarvan by die bepaling van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid is bespreek. Daar is verder gewys hoe die Suid-Afrikaanse howe die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid verfyn het deur die vereistes vir 'n suksesvolle beroep op hierdie verweer toenemend hoër te stel. Hierna is 'n kort uiteensetting van die "battered woman syndrome" en kumulatiewe provokasie aangebied. Laastens is aspekte rondom vonnis toegelig.

HOOFSTUK 3

DIE STRAFREGTELIKE VERWEER VAN PROVOKASIE AS OORSAAK VAN NIE-PATOLOGIESE ONTOEREKENINGSVATBAARHEID: 'N REGSVERGELYKENDE PERSPEKTIEF

*'Who ever skulked behind the law's delay,
Unless some shrewd attorney showed the way,
By his superior skill got the ascendant,
And led astray the innocent defendant.'
(Samuel Butler Hubridas 10.)*

1. INLEIDING

Artikel 39 (1) (c) van die Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996 bepaal duidelik dat die howe buitelandse reg in ag kan neem. Die ontwikkeling van provokasie as verweer en soortgelyke beginsels rakende toerekeningsvatbaarheid in die Engelse en Kanadese reg het dus ongetwyfeld groot waarde vir die Suid-Afrikaanse regstelsel. In die voorafgaande hoofstuk is duidelik geïllustreer dat provokasie een faktor is wat tot nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid kan aanleiding gee. Na regte is dit nie provokasie per se nie, maar eerder die toorn wat sodanige provokasie in die beskuldigde tot gevolg het, wat in nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid resulteer. Vervolgens sal 'n regsvergelykende perspektief op provokasie as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid gebied word. In hierdie hoofstuk sal, nadat 'n paar inleidende begrippe bespreek is, die belang van die Engelse reg vir die Suid-Afrikaanse reg met betrekking tot provokasie bespreek word. Dit sal gevolg word deur 'n vergelyking van die toepassing van die verweer van provokasie as "partial defence" in beide die Engelse en Kanadese regstelsels. Hierna sal 'n bespreking van die ontwikkeling van die verweer van provokasie in

die Engelse- en Kanadese reg onderskeidelik volg. Soortgelyk sal die kwessie rondom die toepassing van die objektiewe en subjektiewe toets by die beoordeling van die verweer van provokasie onderskeidelik aandag geniet soos toegepas deur die howe in Engeland en Kanada. Hierna sal die kwessies van self-ontlokte provokasie, kumulatiewe provokasie en proporsionaliteit toegelig word in die onderskeie regstelsels.

2. DIE VERWEER VAN PROVOKASIE IN DIE ENGELSE REG

2.1 Inleidende opmerkings

Die Engelse reg is van kardinale belang vir die Suid-Afrikaanse reg en is nie bloot van akademiese of regsvergelijkende belang nie.⁴⁵⁸ Wat die materiële strafreg rakende provokasie aanbetref, het daar 'n direkte oornome van die Engelsregtelike reëls plaasgevind. Hierdie oornome het geskied met die uitvaardiging van Wet 24 van 1886 (Kaap), bekend as die "Native Territories Penal Code" of "Transkeian Penal Code".⁴⁵⁹ Sekere gedeeltes van die Transkeise Strafkode, in besonder Art 141, is in wese oorgeneem en opgeneem in die Suid-Afrikaanse reg as die korrekte en geldige posisie van ons reg met betrekking tot provokasie.⁴⁶⁰

Huidiglik verskil die Engelse en Suid-Afrikaanse regsposisie rakende provokasie aansienlik. Waar die verweer van provokasie in die Suid-Afrikaanse reg aangevoer kan word op enige kriminele klagte, insluitend moord, is die verweer van provokasie in die Engelse reg slegs beskikbaar op 'n aanklag van moord. Selfs ten opsigte van 'n aanklag van poging tot moord, is dit geen verweer nie.

⁴⁵⁸ Sien 'n bespreking in die algemeen: Snyman, Die Invloed van die Engelse en die Duitse reg op die Suid-Afrikaanse Strafrege *De Jure* 14(1) (1981) 68-78. Snyman beskryf die invloed van die Engelse reg in veral vyf faktore:

- (a) Die uitvaardiging van die Ordonnansie oor Strafproses, 40 van 1829 aan die Kaap, waarin Engelsregtelike terminologie oorgeneem is;
- (b) Voor 1873 is regsgeleerdes hoofsaaklik in Engeland opgelei, waar hulle studeer en praktykservaring opgedoen het;
- (c) Die Engelse reg van die vorige eeu was meer toeganklik as die Romeins-Hollandse reg;
- (d) Regsgeleerdes was meestal nie in staat om Latyn te lees nie; en
- (e) Engels was die voertaal in die howe.

⁴⁵⁹ Sien: *The Queen v Pascoe* (1884) 2 SC 427.

⁴⁶⁰ *R v Butelezi* 1925 AD 160.

Die motivering hiervoor is dat by ander oortredings dit moontlik is om vir provokasie by vonnisoplegging voorsiening te maak, maar nie in gevalle van moord nie aangesien die vonnis by wyse van wetgewing vasgestel is.⁴⁶¹

In die Engelse gemenereg kon 'n beskuldigde wat aangekla is van moord, en wat oor die nodige "malice aforethought" beskik het, skuldig bevind word aan 'n mindere misdryf van "manslaughter" mits hy die hof kon oortuig dat die moord tydens 'n toestand van provokasie plaasgevind het.⁴⁶² Twee verdere gedeeltelike verwere is later deur wetgewing bygevoeg, naamlik verminderde toerekeningsvatbaarheid ("diminished responsibility"),⁴⁶³ en selfmoordooreenkomste ("suicide pacts").⁴⁶⁴

Die versagende faktor wat provokasie daarstel is totaal onderskeibaar van die regverdigingsgrond van selfverdediging. Dit is gebaseer op 'n skielike verlies van selfbeheer of "sudden loss of self-control", in omstandighede waar die beskuldigde nie op enige wyse kon geglo het dat sy lewe in gevaar was nie.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ Card, Card Cross & Jones Criminal Law 12th Edition 200, 208. Sien ook: Herring, Criminal Law – Text, Cases and Materials 240. 'n Medepligtige tot moord is egter ook geregtig om die verweer aan te voer.

⁴⁶² Clarkson & Keating, Criminal Law: Text and Materials 5th Edition 682. Die term "involuntary manslaughter" wat niks met die konsep van onwillekeurigheid te doen het nie word tog algemeen in die Engelse reg gebruik. Herring, Criminal Law – Text, Cases and Materials 239 onderskei tussen "voluntary manslaughter" en "involuntary manslaughter". Die volgende word deur hom aangevoer as 'n volledige lys van die verskillende tipes "manslaughter" wat bestaan:

- 1) A defendant who successfully pleads provocation to a charge of murder.
- 2) A defendant who successfully pleads diminished responsibility to a charge of murder.
- 3) A defendant who successfully pleads suicide pact to a charge of murder.
- 4) A defendant convicted of reckless manslaughter.
- 5) A defendant convicted of gross negligence manslaughter.
- 6) A defendant convicted of constructive (or unlawful act) manslaughter.

Punte 1 tot 3 is voorbeelde van "voluntary manslaughter" en punte 4 tot 6 is voorbeelde van "involuntary manslaughter." Sien ook: Card, Card Cross & Jones Criminal Law 12th Edition 206-208

⁴⁶³ Homicide Act, 1957 Section 2.

⁴⁶⁴ *Ibid* Section 4 – 'n "Suicide pact" beteken 'n gemeenskaplike ooreenkoms tussen twee of meer persone met die oogmerk van die dood van elkeen van hulle, of hy self of 'n ander sy lewe neem. In die gemenereg was die oorledene van so 'n ooreenkoms, wat slegs gedeeltelik uitgevoer is, skuldig aan moord. Artikel 4 van die Homicide Act, 1957 maak egter voorsiening vir 'n skuldigbevinding aan "manslaughter".

⁴⁶⁵ Card, Card Cross & Jones Criminal Law 12th Edition 208.

2.2 Die geskiedkundige ontwikkeling van provokasie in die Engelse reg

2.2.1 Die posisie voor 1957

Gedurende die middeleeue was vrystelling geëis ten opsigte van aanspreeklikheid met betrekking tot moord en strafbare manslag, deur persone wat suksesvol kon aantoon dat hulle van die geestelike stand was. Daar het egter geen vaste reëls bestaan rondom die kriteria van die bewys van die voorgenoemde status nie. Gevolglik was die vrystelling van aanspreeklikheid grootliks misbruik deur persone wat kon aandui dat hulle gedeeltes uit geestelike tekste kon lees en aanhaal. As gevolg van die voorgenoemde misbruik het die parlement die vrystelling van die geestelike stand in geheel afgeskaf, aangesien dit die sekulêre reg ondermyn het deur middel van 'n statuut wat uitgevaardig is in 1512.⁴⁶⁶

Die verpligte straf vir moord in Engeland was die doodstraf. Vir moord is egter vereis 'n sekere graad van "wickedness" of "malice" en "malice aforethought".⁴⁶⁷ Gedurende die middeleeue het "malice" of "malice prepensed" eenvoudig beteken, beplande of met voorbedagte rade. Met die afskaffing van die bogenoemde voordeel aan die geestelike stand, het daar 'n onderskeid ontstaan tussen moord, en doodslag met die gebrek aan die nodige "malice aforethought", wat bekend geword het as "manslaughter". Gedurende die laat 16^{de} eeu is 'n regsfiksie ontwerp wat die hele aangeleentheid rondom die opsetlike dood, ten spyte van die afwesigheid van voorbedagte rade, gesistematiseer en gerasionaliseer het. Hierdie was na verwys as die "doctrine of implied malice".

Die doel van die leerstuk was om 'n wyer betekenis te gee van die "mental element" van moord, om sodoende die reg in staat te stel om brutale, maar onbeplande moorde, te beskou as moord en nie as "manslaughter" nie. Die

⁴⁶⁶ The Law Reform Commission, Consultation paper on Homicide: The Plea of Provocation (LRC CP 27-2003) op 3-4.

⁴⁶⁷ Ashworth, The Doctrine of Provocation [1976] 35 CLJ 292 op 294.

"doctrine of implied malice" het dan die vereiste "malice" geïmpliseer vir die moord, afgelei vanuit die omringende omstandigheide van die brutale moord ten spyte van die gebrek aan getuienis dat daar sodanige "malice" aanwesig was.

Slegs een kategorie van moord was uitgesluit van die werking van die "doctrine of impleic malice", en dit was moord wat gepleeg was "in hot blood or anger". Om die vermoede te weelê moes die beskuldigde aantoon dat die doodslag veroorsaak was deur provokasie vanaf die kant van die oorledene, en nie as gevolg van "malice aforethought" of voorbedagte rade van sy kant af nie.⁴⁶⁸ In die lig van die voorgaande uiteensetting het die "doctrine of implied malice" dan die fondasie gelê vir provokasie as gedeeltelike verweer op 'n aanklag van moord.

Volgens wetgewing⁴⁶⁹ uitgevaardig in 1604 was moord gepleeg "on the sudden" nie gepenaliseer met die verpligte doodstraf nie. Hierdie moorde, ook bekend as "chance-medley killings", is beoordeel as dat dit gepleeg was in 'n emosionele toestand ("in heated blood") sonder voorbedagte rade, en het dit 'n gebrek gehad aan die vereiste "malice aforethought". Gedurende die 17^{de} eeu was alle "hot-blooded killing" of "chance-medley killings" hanteer as "manslaughter" eerder as moord, ongeag of die provokasie ernstig van aard was al dan nie. Gedurende die 16^{de} en 17^{de} eeu het die reg dan ook diegene vrygespreek wat geldige redes gehad het om te dood, soos selfverdediging, beskerming van ander, of die voorkoming van "heinous felonies".⁴⁷⁰ Vrygespreektes was egter soms gepenaliseer met verlies aan eiendom ten spyte van die vryspraak.

Een van die belangrikste sake in dié periode was *Maddy*⁴⁷¹ waar die beskuldigde sy vrou en haar minnaar tydens owerspel *in flagrante delicto* betrap het, en hom met 'n stoel doodgeslaan het. Ten spyte van die feit dat

⁴⁶⁸ The Law Reform Commission, Consultation paper on Homicide: The Plea of Provocation (LRC CP 27-2003) 4-5.; Bergenthuin, Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria 70-71.

⁴⁶⁹ The Statute of Stabbing (1604) 2 Jas 1, c8.

⁴⁷⁰ Gough, Taking the heat out of Provocation OJLS 19 [1999] 481.

⁴⁷¹ *R v Maddy* (1671) 1 Vent 158.

owerspel oor die algemeen erken is as genoeg provokasie vir 'n skuldigbevinding aan "voluntary manslaughter", bevind die jurie in dié geval dat die beskuldigde se voorafkennis van die verhouding tesame met sy gepaardgaande verbalisering van sy voorneme tot wraak, die vermoede van "malice" bevestig het. Provokasie kon dus nie hier die vermoede van "malice" weerlê nie en is die beskuldigde skuldig bevind aan moord.

Gedurende die 17^{de} eeu is daar ook vereis dat daar 'n mate van proporsionaliteit moes wees tussen die provokasie en die gevolglike optrede.⁴⁷² In gevalle waar daar ernstige provokasie plaasgevind het, is die verweer steeds nie toegestaan nie, waar spesiale redes teen die doding teenwoordig was. Voorbeelde hiervan sou wees, wanneer die slagoffer 'n kind, slaaf of "officer of justice" was en die geweld wat gebruik was oormatig of wreed was.⁴⁷³ In *Halloway*⁴⁷⁴ was die beskuldigde aan moord skuldig bevind, nadat hy 'n kind wat gesteel het, aan 'n perd se stert vasgemaak het, wat toe met die kind weggehardloop het, en tot die kind se dood gely het. Die hof het die voorgaande optrede beskryf as: "the correction was excessive, and an act of deliberate cruelty".

Met die draai van die eeu het die hof in die toonaangewende beslissing van *Mawgridge*⁴⁷⁵ by monde van Lord Holt die posisie oor provokasie samevattend weergegee. In die saak was beslis dat die provokasie noemenswaardig moes wees om moord te vir minder na "manslaughter". Die beweerde provokasie in dié saak, naamlik die gooi van 'n bottel na die klaer was bevind te gering van aard om genoegsame provokasie daar te stel. Van belang in die uitspraak was die vier gevalle wat uitgesonder was, wat binne die bepalings van die verweer, die vermoede van "malice" kon weerlê:

- (i) retaliation upon an insulting assault;
- (ii) intervening in a fight in aid of friends or relatives;
- (iii) freeing an unlawfully imprisoned person;

⁴⁷² Gough, Taking the Heat out of Provocation OJLS 19 [1999]] 483.

⁴⁷³ Sien: *Grey* (10 Oct 18 Car 2); *Mackalley* (1612) 9 Co Rep 65b.

⁴⁷⁴ *R v Halloway* (1629) Cro Car 131.

⁴⁷⁵ *R v Mawgridge* (1707) Kel 119.

(iv) terminating an adulterous act.⁴⁷⁶

Vyf gevalle is uitgesonder waar die provokasie nie genoeg was om die voormelde vermoede te weerlê nie:

- (i) retaliation upon words alone;
- (ii) retaliation in the face of affronting gestures;
- (iii) killing a simple trespasser;
- (iv) inappropriate correction of children or servants;
- (v) killing upon a break of promise.⁴⁷⁷

Die voorgaande gevalle blyk nie 'n *numerus clausus* te wees nie.

2.2.2 Die posisie na 1957

Die Homicide Act van 1957 was uitgevaardig in die lig van die "Report of the Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953"⁴⁷⁸ en die beslissing gelewer in *Bedder*.⁴⁷⁹ Die verslag het onder andere verwys na die beperkte toepassingsveld van die provokasieverweer in die howe, hoofsaaklik as gevolg van die rigiede toepassing van die objektiewe maatstaf van die redelike man deur die voorsittende regters. Verder was juries meer geneë om in die lig van die verpligte straf, naamlik die doodstraf, die verweer van provokasie toe te laat in omstandighede waar die streng toepassing van die redelike man-toets dit sou uitsluit.

Met die uitvaardiging van die Homicide Act 1957 is die definiëring van die provokasieverweer aansienlik gewysig, en by wyse van wetgewing

⁴⁷⁶ Op 135-138. Bergenthuin, Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria merk vyf gevalle aan op 72-73, naamlik: (i) Indien die beskuldigde geslaan is ("any striking of the accused"); (ii) woorde ge-uit in woede, gevolg deur aanranding; (iii) die aanskoue van 'n vriend of familielid wat aangerand word; (iv) die aanskoue van 'n onregmatige arres; (v) die aanskoue van owerspel met 'n man se vrou.

⁴⁷⁷ Op 130-135.

⁴⁷⁸ Report of the Royal Commission on Capital Punishment 1949-1953 (Cmd 8932 – 1953).

⁴⁷⁹ *Bedder v DPP* [1954] 1 W.L.R. 1119, 38 Cr. App. R. 133, [1954] 2 All E.R. 801. Volgens Ashworth, *The Doctrine of Provocation* [1976] 35 CLJ 292, was die swak beslissing gelewer in *Bedder* die hoofrede vir die uitvaardiging van die wetgewing.

ondubbelsinnig gestel. Artikel 3 van die Homicide Act 1957 reflekteer egter die huidige en tans geldende posisie in die Engelse reg en lui soos volg:

"Where on a charge of murder there is evidence on which the jury can find that the person charged was provoked (whether by things done or by things said or by both together) to lose his self-control, the question whether the provocation was enough to make a reasonable man do as he did, shall be left to be determined by the jury; and in determining that question the jury shall take into account everything both done and said to the affect which, in their opinion, it would have on a reasonable man."

Die bepalings van Artikel 3 van die Homicide Act 1957 het eerstens die effek gehad dat dit provokasie sodanig uitgebrei het dat dit ook geuiteerde woorde ingesluit het – "...things done or **by things said** or by both together".⁴⁸⁰ Dit het tot gevolg dat woorde alleenlik provokasie daar kon stel. Kontra die posisie in die vroeëre beslissing van *Holmes*,⁴⁸¹ waar die hof beslis het dat woorde alleen nie provokasie daarstel nie tensy daar buitengewone of ekstreme omstandighede teenwoordig was, verwyder Artikel 3 van die Homicide Act 1957 alle beperkings, met die gevolg dat enigiets gedoen of gesê of 'n kombinasie daarvan voldoende sou wees.⁴⁸²

Tweedens het Artikel 3 van die Homicide Act 1957 teweeggebring dat die voorsittende regter onttroon is van sy diskresie om provokasie as verweer uit te sluit van die jurie. Voor die 1957 Wet was die regter geregtig om die verweer van provokasie van die jurie te onttrek op die grond dat selfs al was die beskuldigde geprovokeer, sou geen redelike man opgetree het soos wat die beskuldigde op die provokasie gereageer het nie.

⁴⁸⁰ Eie beklemtoning.

⁴⁸¹ *Holmes v DPP* [1946] AC 588, [1946] 2 All E.R. 124, HL.

⁴⁸² Sien: *R v Doughty* (1986) 83 Cr App Rep 319, [1986] Crim LR 625 CA, waar selfs die aanhoudende gehuil van 'n sewentien dae oue baba deur die hof as voldoende provokasie beskou was.

Volgens Bergenthuin⁴⁸³ word daar algemeen aanvaar dat Artikel 3 van die Homicide Act 1957 twee gevolge teweegbring het: enersyds word daar weggedoen met die "common law"-reël dat woorde alleen nooit genoegsame provokasie kan wees om moord te verminder na strafbare manslag nie. Andersyds word die regter ontnem van sy bevoegdheid om provokasie as verweer uit te sluit van die jurie, behalwe by gebrek aan getuienis van 'n verlies aan selfbeheer. Behalwe die twee voorgaande gevolge bestaan die gemeenregtelike reëls met betrekking tot provokasie voort.

Read & Seago⁴⁸⁴ merk vyf fundamentele punte van verandering aan met die implementering van Artikel 3 van die Homicide Act soos dit deur die howe geïnterpreteer word, naamlik:

- (i) Dat woorde alleen voldoende provokasie mag wees as die jurie besluit dat dit die redelike man sou provokeer.
- (ii) Dat wanneer die beskuldigde se optrede gemeet word aan die van die redelike man die "mode of resentment" of proporsionaliteitsbeginsel slegs as 'n faktor hanteer word en nie as 'n voorvereiste nie.
- (iii) Dat die diskresie by die regter weggeneem word om die provokasieverweer van die jurie te onttrek omdat daar nie getuienis was waarop die jurie kon bevind dat die redelike man as gevolg van die provokasie sou optree soos wat die beskuldigde gedoen het nie.
- (iv) Dat dit die verweer van toepassing maak in gevalle waar 'n derde of ander persoon, wat nie die slagoffer is nie, die beskuldigde geprovokeer het.
- (v) Dat dit die regter se diskresie weggeneem het om aan die jurie voor te skryf wat die karaktertrekke is wat aan die redelike man toegeskryf moet word.

Die diskresie van die voorsittende regter is dus weselik ingekort met die implementering van die bepalings van Artikel 3 van die Homicide Act 1957. Die bewoording daarvan het tot gevolg gehad dat enige getuienis dat die

⁴⁸³ Bergenthuin, Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria 82.

⁴⁸⁴ Reed & Seago, Criminal Law 315.

beskuldigde sy selfbeheersing verloor het as gevolg van provokasie ten tyde van die pleging van die doodsveroorsakende handeling, hoe gering ook al van aard, aan die jurie oorgelaat moes word.

Mitchell & Richardson, Archbold⁴⁸⁵ dui twee vrae aan wat Artikel 3 van die Homicide Act 1957 daarstel voordat die verweer van provokasie aan die jurie oorgelaat kon word, naamlik:

1. Is there any evidence of provocation caused? and;
2. Is there any evidence that the provocation caused him to lose his self-control?

Indien beide die voorgaande vrae bevestigend beantwoord kan word, moet die kwessie van provokasie aan die jurie oorgelaat word, selfs al sou die verhoorregter van oordeel wees dat geen redelike jurie moontlik kon bevind dat 'n redelike persoon sy selfbeheersing sou verloor as gevolg van die provokasie nie.

2.3 Die objektiewe toets as normatiewe maatstaf by die verweer van provokasie

Vanaf 1830 het die regters provokasie egter as 'n feitevraag begin beskou.⁴⁸⁶ Die gevolg was dat 'n standaard neergelê moes word om te onderskei tussen "sufficient" en "insufficient" provokasie, om te verhoed dat die juries te tegemoetkomend straf. Die eerste judisiële kennisname van die redelike persoon het gevolg in *Kirkham*.⁴⁸⁷ Die feite hier was dat die beskuldigde aangekla was van die moord op sy seun deurdat hy hom met 'n mes doodgesteek het. Die getuienis het aangetoon dat daar 'n fisiese stoeiery tussen die beskuldigde en sy seun was, waar die seun klaarblyklik die oorhand in gehad het. Op versoek van ene Chorlton het die seun die beskuldigde gelos en opgestaan. Daarna het die

⁴⁸⁵ Mitchell & Richardson, Archbold – Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases 43rd Edition 1940; Card, Card Cross & Jones, Introduction to Criminal Law 12th Edition 246; Seago, Criminal Law 3rd Edition 219 stel die twee vrae soos volg: "First he must direct them to consider whether the accused himself was actually provoked Secondly, the jury will be directed to consider whether a reasonable man so provoked would have responded in the way that the accused did."

⁴⁸⁶ *R v Lynch* (1832) 5 C & P 324; *R v Hayward* (1833) 6 Car 157; *R v Thomas* (1837) 7 C & P 817.

⁴⁸⁷ *R v Kirkham* (1837) 8 C & P 115. Sien ook: *R v Hayward* (1833) 6 Car.

beskuldigde die seun met 'n "coal pick" in die rug gegooi, wat hom beseer het. Die seun het dit opgetel en teruggegooi die huis in, maar nie in die rigting van die beskuldigde nie. Hierna het die beskuldigde 'n mes geneem en sy seun (die oorledene) twee maal daarmee met kort tussenposes gesteek. Die oorledene is kort daarna dood.

Na die bespreking van verskeie voorbeelde in die verband, beslis die hof by monde van Coleridge R soos volg:

"Now comes the more important question (the son having given no further provocation), whether in truth that which was in the first instance sufficient provocation, was so recent to the actual deadly blow that it excused the act that was done, and whether the father was acting under the recent sting, or had had time to cool, and then took up the deadly weapon. I told you just now he must be excused if the provocation was recent and he acting on its sting, and the blood remained hot, but you must consider all the circumstances, the time which elapses, the prisoner's previous conduct, the deadly nature of the weapon, the repetition of the blows, because, though the law condescends to human frailty, it will not indulge human ferocity. It considers man to be a rational being, and requires that he should exercise a reasonable control over his passions."⁴⁸⁸

Die beskuldigde was gevolglik skuldig bevind aan "manslaughter".

In *Welsh*⁴⁸⁹ word die konsep van die redelike man as standaard waaraan die beskuldigde se reaksie op provokasie gemeet moes word goedgekeur, waardeur die fondasie gelê was vir die moderne verweer. Die feite was dat die beskuldigde se siviele eis teen die oorledene van die hand gewys was, waarna 'n woordewisseling ontstaan het. Die enigste nie-verbale provokasie was 'n gebaar van die oorledene om die beskuldigde van hom weg te hou. Uiteindelik het die oorledene as gevolg van meswonde wat toegedien is deur die beskuldigde gesterf.

⁴⁸⁸ Op 119.

⁴⁸⁹ *R v Welsh* (1869) 11 Cox CC 336.

In sy opsomming aan die jurie merk Keating R soos volg op:

"The question therefore is – first, whether there is evidence of any such provocation as could reduce the crime from murder to manslaughter; and if there be any such evidence, then it is for the jury to decide whether [the evidence] was such that they can attribute the act to the violence of passion naturally arising therefrom, and likely to be aroused thereby in the breast of a reasonable man."⁴⁹⁰

Die hof gaan verder en sê:

"it is necessary that there should have been serious provocation in order to reduce the crime to manslaughter, as for instance, a blow and a severe blow – something which might naturally cause an ordinary and reasonable minded man to lose his self-control and commit such an act."⁴⁹¹

Die effek van die *Welsh*⁴⁹² beslissing was dat die erkende beskouing waar die fokus op die optrede van die oorledene was, vervang was met die maatstaf van die hipotetiese redelike man, waaraan die optrede van die beskuldigde gemeet moes word. Die gevolg van dié kriterium was dat dit effektiewelik humeurige en prikkelbare individue uitgesluit het van die misbruik van die verweer van provokasie, aangesien onbestendige karaktertrekke nie aan die redelike man toegeskryf kon word nie.⁴⁹³ Die beslissing het verder die beginsel bevestig dat "words or gestures" alleenstaande nie provokasie daar kon stel nie.⁴⁹⁴

⁴⁹⁰ Op 338.

⁴⁹¹ Op 339.

⁴⁹² *R v Welsh* (1869) 11 Cox CC 336.

⁴⁹³ *Ibid*, op 338 sê Keating R: "When the law says that it allows for the infirmity of human nature, it does not say that if a man, without sufficient provocation, gives way to angry passion, and does not use his reason to control it – the law does not say that an act of homicide, intentionally committed under the influence of that passion, is excused or reduced to manslaughter."

⁴⁹⁴ *Ibid*, op 338 sê Keating R: "It has been laid down that mere words or gestures will not be sufficient to reduce the offence, and at all events the law is clear that the provocation must be serious."

Die algemene tendens was dat die provokasie en die effek daarvan op die beskuldigde aan die jurie oorgelaat is om te beoordeel, gemeet aan die hand van die redelike-man toets.

Reeds gedurende die agtiende eeu is die Engelse reg rakende provokasie gekenmerk deur 'n diepgewortelde dilemma, naamlik die vraag of die waarde van die menslike lewe voorrang moet geniet bo die erkenning van die effek van provokasie op die menslike gemoed. 'n Tipiese "common law" oplossing vir hierdie probleem was 'n kompromie tussen bogenoemde gedagterigtings deur die aanwending van 'n objektiewe maatstaf, naamlik die van die redelike man. Tot en met die 1930's is provokasie beskou as 'n "matter of law" wat beteken het dat in geval van 'n "trial on indictment"⁴⁹⁵ die regter uitsluitel gegee het oor die vraag of provokasie in aanmerking geneem moes word of nie, en die jurie kon nie spekuleer oor die vraag of die beskuldigde anders opgetree het as 'n redelike persoon nie. Die klem het geval op "malice aforethought" as element van moord en min ag is geslaan op potensieël provokatiewe optrede.

In 'n reeks van sake daarna beslis, blyk die streng toepassing van 'n objektiewe benadering tot die provokasie-verweer duidelik. In *Lesbini*⁴⁹⁶ was die feite dat die beskuldigde 'n meisie doodgeskiet het by 'n skietbaan, in 'n vermaaklikheidspark, nadat sy sekere rassisties beledigende opmerkings teenoor hom gemaak het. Die hof het geweier om die beskuldigde se "mental deficiency" in ag te neem by die beoordeling van die toepassing van die provokasieverweer. Die hof het verder weer die beginsel bevestig van "sufficient provocation to excite a reasonable person". Die hof beslis daarna dat die redelike persoon nie 'n persoon was met "mental deficiencies" nie. Die hof het gevolglik bevind dat 'n redelike persoon nie so sterk sou gereageer het op vergelykend min provokasie nie. Die beskuldigde was derhalwe skuldig bevind aan moord.

⁴⁹⁵ In terme van die Engelse strafprosedures bestaan daar twee moontlike prosedures by 'n strafregtelike verhoor: die een is 'n verhoor deur 'n regter en 'n jurie op grond van 'n skriftelike aanklag van die betrokke misdaad, genoem 'n "indictment". Die ander is 'n summiere verhoor voor 'n magistraat op grond van 'n aanklag waar die beskuldigde gearresteer is of andersins op grond van 'n dagvaarding. By eersgenoemde prosedure gee die regter slegs uitsluitel oor regsaspekte, terwyl die jurie slegs feite-beslissings maak.

⁴⁹⁶ *R v Lesbini* [1914] 3. K.B. 1116, 11 Cr. App. R. 7.

Die hof keur die formulering van die redelike persoon-toets goed, soos neergelê in *Welsh*⁴⁹⁷ Die hof stel ook 'n tweeledige toets vas vir provokasie, naamlik:

- (i) That it might cause a "reasonable man" to lose self-control; and
- (ii) that it actually caused the accused to do so.

Die nuutbedinkte tweeledige toets vir provokasie het egter beide subjektiewe- en objektiewe komponente bevat. Eerstens was van belang of die beskuldigde inderdaad sy selfbeheersing verloor het, en tweedens of die redelike persoon in die posisie van die beskuldigde dieselfde sou opgetree het. Sedert die tweeledige toets neergelê is in *Lesbini*⁴⁹⁸ het die regters dit ook deurgaans so toegepas.

Die redelike persoon was dus kenmerkend een van normale temperament en gemiddelde geestesontwikkeling. In *Mancini*⁴⁹⁹ bevestig die House of Lords uitdruklik die benadering in *Lesbini*⁵⁰⁰ gevolg en word die redelike persoon soos volg beskryf:

"The test to be applied is that of the effect of the provocation on a reasonable man as was laid down by the Court of Criminal Appeal in *Rex v Lesbini*, so that an unusually excitable or pugnacious individual is not entitled to rely on provocation which would not have led an ordinary person to act as he did."⁵⁰¹

'n Soortgelyke benadering word gevolg in *Holmes*⁵⁰² waar die House of Lords beslis dat 'n bekentenis van owerspel deur die een gade, nie aan die ander voldoende provokasie daarstel om 'n skuldigbevinding aan "manslaughter" te regverdig, indien die gade of die ander party tot die owerspel gedood word nie. Die hof beslis verder dat behalwe in omstandighede wat ekstrem of buitengewoon van aard was, sal woorde alleen nie provokasie daarstel nie. Die toets vir provokasie word soos volg uiteengesit deur Viscount Simon:

⁴⁹⁷ *R v Welsh* (1869) 11 Cox CC 336.

⁴⁹⁸ *R v Lesbini* [1914] 3. K.B. 1116, 11 Cr. App. R. 7.

⁴⁹⁹ *Mancini v DPP* [1942] A C 1, 28 Cr. App. R. 65 [1941] 3 All E.R. 272.

⁵⁰⁰ *R v Lesbini* [1914] 3. K.B. 1116, 11 Cr. App. R. 7.

⁵⁰¹ Op 9.

⁵⁰² *Holmes v DPP* [1946] AC 588, [1946] 2 All E.R. 124, HL.

"(a) whether a reasonable person, in consequence of the provocation received, might be so rendered subject to passion or loss of control as to be led to use the violence with fatal results, and (b) [whether] the accused was in fact acting under the stress of such provocation...."⁵⁰³

Een van die belangrikste beslissings rakende provokasie word gelewer in *Duffy*.⁵⁰⁴ Hierdie uitspraak sou later die basis vorm vir Artikel 3 van die Homicide Act van 1957. In die *Duffy*-saak maak 'n jong vrou haar eggenoot dood nadat hy haar brutaal aangerand het. In die klassieke definisie deur Devlin R word provokasie soos volg beskryf:

"Provocation is some act, or series of acts, done by the dead man to the accused, which would cause in any reasonable person, and actually causes in the accused, a sudden and temporary loss of self-control, rendering the accused subject to passion as to make him or her for the moment not master of his mind."⁵⁰⁵

Die beslissing in *Bedder*⁵⁰⁶ is aanduidend dat die howe steeds rigied was in die toepassing van die redelike man-toets en dat subjektivering daarvan nog nie begin het nie. In *Bedder* het 'n seksueel impotente man 'n prostituut doodgemaak nadat sy hom getart het oor sy fisieke onvermoë. Die House of Lords moes hier bepaal of die seksuele impotensie van die beskuldigde in ag geneem moes word by die toepassing van die objektiewe toets vir provokasie. Die toets sou dan wees of 'n redelike persoon wat seksueel impotent was, geprovokeer sou wees. Die hof verwerp egter die benadering en beslis dat die spesifieke fisiese karaktertrekke van die beskuldigde nie die redelike persoon toegereken moes word nie.

⁵⁰³ Op 597.

⁵⁰⁴ *R v Duffy* [1949] 1 All E.R. 923.

⁵⁰⁵ Op 932.

⁵⁰⁶ *Bedder v DPP* [1954] 1 W.L.R. 1119, 38 Cr. App. R. 133, [1954] 2 All E.R. 801.

2.4 Subjektivering van die redelike persoon-toets as normatiewe maatstaf by die verweer van provokasie

Die regspraak gelewer na 1957 is aanduidend van 'n sterk invloed van subjektiewe elemente op die objektiewe toets wat by provokasie gegeld het in die Engelse reg.⁵⁰⁷ Soos voorts sal blyk uit die verdere bespreking van die gesag het die houe telkens subjektiewe elemente geïnkorporeer en sodoende die objektiewe toets gesubjektiveer.

In *Phillips*⁵⁰⁸ het die Privy Council die beginsel dat daar grade van verlies aan selfbeheer bestaan, erken. Die gemene reg het bepaal dat die "mode of resentment" moes 'n "reasonable relationship" met die provokasie hê. Gelykmatige reaksie was aanvaarbaar, maar nie met 'n gevaarlike wapen nie. Card Cross & Jones⁵⁰⁹ voer aan dat hierdie "reasonable relationship"-reël afgeskaf is met die inwerkingtreë van Artikel 3 van die Homicide Act 1957.

In *Camplin*,⁵¹⁰ wat allerweë beskou kan word as die nuwe rigtinggewende beslissing was die beskuldigde 'n vyftienjarige seun wat die oorledene afgepers het aangaande laasgenoemde se homoseksuele bedrywighede. Op die dag van die dood van die oorledene het hy 'n homoseksuele daad met die beskuldigde gepleeg. Toe die oorledene daarna laggend triomfeer oor sy sukses, het die beskuldigde sy selfbeheer verloor en die oorledene met 'n "chepati"-pan oor die kop geslaan wat sy gevolglike dood veroorsaak het. Die beskuldigde se enigste verweer geopper was provokasie met die doel om moord te verminder na "manslaughter". Die House of Lords verwerp die beslissings gelewer in die sake van *Bedder*⁵¹¹, *Mancini*⁵¹² en *Holmes*⁵¹³ as nie meer geldende regspraak met betrekking tot provokasie nie.⁵¹⁴

⁵⁰⁷ Ashworth, Principles of Criminal Law 5th Edition 264-275.

⁵⁰⁸ *Phillips v R* [1969] 2 AC 130, [1969] 2 WLR 581 PC.

⁵⁰⁹ Card, Card Cross & Jones Criminal Law 12th Edition 214. Sien ook: *Brown* [1972] 2 QB 229, [1972] 2 All E.R. 1328 CA. waar die hof van appèl beslis dat die jurie moet aangesê word om die "proportion or relationship between the provocation and retaliation" in ag te neem, nie as regsreël nie, maar as bloot 'n faktor wat in ag geneem moet word by die beoordeling daarvan.

⁵¹⁰ *DPP v Camplin* [1978] AC 705 (HL).

⁵¹¹ *Bedder v DPP* [1954] 1 W.L.R. 1119, 38 Cr. App. R. 133, [1954] 2 All E.R. 801.

⁵¹² *Mancini v DPP* [1942] A C 1, 28 Cr. App. R. 65 [1941] 3 All E.R. 272.

Die korrekte direksie of voorligting aan die jurie word soos volg uiteengesit deur Lord Diplock in sy uitspraak:

"In my opinion a proper direction to a jury on the question left to their exclusive determination by section 3 of the Act of 1957 would be on the following lines. The judge should state what the question is using the very terms of the section. He should then explain to them that the reasonable man referred to in the question is a person having the power of self-control to be expected of an ordinary person of the sex and age of the accused, but in other respects sharing such of the accused's characteristics as they [the jury] think would affect the gravity of the provocation to him; and that the question is not merely whether such a person would in like circumstances be provoked to lose his self-control but also whether he would react to the provocation as the accused did."⁵¹⁵

Dit is dus duidelik uit die uitspraak dat geslag en jeugdigheid in ag geneem moet word om te bepaal of die redelike persoon deur die optrede geprovokeer sou word. Die redelike persoon sou dus 'n persoon van dieselfde geslag en ouderdom as die beskuldigde moes wees om as maatstaf vir sy optrede gebruik te word. Waar die lyn getrek moet word tussen toelaatbare en ontoelaatbare faktore wat in ag geneem kan word om die effek van provokasie op die redelike persoon te bepaal was egter steeds onseker. Die vraag het ontstaan of daar met veiligheid faktore soos ras, etniese afkoms, geloof en fisiese gebreke in ag geneem kon word.

⁵¹³ *Holmes v DPP* [1946] AC 588, [1946] 2 All E.R. 124, HL.

⁵¹⁴ Clarkson & Keating, *Criminal Law: Text and Materials* 5th Edition 696: "The reasoning in *Bedder* would, I think, permit of this distinction between normal and abnormal characteristics, which may affect the powers of self-control of the accused; but for reasons that I have already mentioned the proposition stated in *Bedder* requires qualification as a consequence of changes in the law effected by the Act of 1957. To try to salvage what can remain of it without conflict with the Act could in my view only lead to unnecessary and unsatisfactory complexity in a question which has now become a question for the jury alone. In my view *Bedder*, like *Mancini* ... and *Holmes*, ... ought no longer to be treated as an authority on the law of provocation."

⁵¹⁵ Op 718.

Hoewel die Engelse howe die lys van persoonlike karaktertrekke wat in ag geneem kon word geleidelik uitgebrei het, het die *Camplin*⁵¹⁶ beslissing 'n duidelike onderskeid gemaak tussen karaktertrekke wat die erns van die provokasie beïnvloed het en die wat betrekking gehad het op die selfbeheersing van die beskuldigde.⁵¹⁷ Gevolglik kon die jurie die beskuldigde se persoonlike karaktertrekke in ag neem wanneer die erns van die provokasie oorweeg moes word, omrede dit die enigste wyse was waarop die impak van die provokasie op die beskuldigde na behore gemeet kon word. Persoonlike karaktertrekke was egter geag irrelevant te wees met betrekking tot die aspek van selfbeheersing van die beskuldigde persoon, aangesien daar eenvoudig verwag is dat hy aan die standaard van die redelike man sou voldoen wat sy selfbeheersing aanbetref.⁵¹⁸

In *Newell*⁵¹⁹ was die beskuldigde 'n alkoholis wat die oorledene gedood het deur hom twee-en-twintig keer met 'n glas-asbak oor die kop te slaan. Dit het gebeur nadat die beskuldigde en die oorledene saam gesit en drink het en die oorledene sekere aanmerkings gemaak het oor die vriendin wat saam met hom gewoon het, en hom kort tevore verlaat het. Die hof van appèl het 'n gedeelte uit 'n uitspraak van die hof van appèl in *McGregor*⁵²⁰ (Nieu Zeeland), aangehaal en toegepas om "characteristic" te definiëer. 'n Karaktertrek of "characteristic" is volgens die hof die volgende:

"something definite and of sufficient significance to make the offender a different person from the ordinary run of mankind."

Verder het die hof beslis dat hierdie "characteristic" 'n "sufficient degree of permanence" moes gehad het om dit deel van die beskuldigde se karakter of persoonlikheidsamestelling te maak, byvoorbeeld homoseksualiteit.⁵²¹ Hierdie

⁵¹⁶ *DPP v Camplin* [1978] AC 705 (HL).

⁵¹⁷ The Law Reform Commission, Consultation paper on Homicide: The Plea of Provocation (LRC CP 27-2003)) 38.

⁵¹⁸ The Law Reform Commission, Consultation paper on Homicide: The Plea of Provocation (LRC CP 27-2003)) 38.

⁵¹⁹ *R v Newell* (1980) 71 Cr. App. Reg 331, CA.

⁵²⁰ *S v McGregor* [1962] NZLR 1069.

⁵²¹ Card, Card Cross & Jones Criminal Law 12th Edition 212 is van mening dat tydelike karaktereienskappe nie in ag geneem behoort te word nie: "...a temporary or transitory state of mind, such as a mood of depression or irascibility or intoxication, is not a 'characteristic'."

"characteristic" moes egter relevant wees in die sin dat die provokasie op daardie spesifieke karaktertrek betrekking moes hê. Die hof het dit soos volg gestel in *McGregor*:⁵²²

"In short, there must be some direct connection between the provocative words or conduct and the characteristic sought to be invoked as warranting some departure from the ordinary man test."

Die hof het ook by geleentheid die psigologiese karaktertrekke van die beskuldigde in ag geneem by die beoordeling van die beskuldigde se optrede, gemeet aan die norm van die redelike persoon. In *Dryden*⁵²³ moes die beskuldigde ingevolge 'n kennisgewing wat op hom beteken was, sy droomhuis sloop, aangesien dit in stryd was met die bouregulasies. Hy het 'n lang veldtog gevoer in 'n poging om sy huis van vernietiging te red. In die proses het hy die opinie gevorm dat vele van die betrokke partye onregmatig opgetree het. Die laaste strooi was toe die graafmasjien by sy huis opgedaag het, om die huis te sloop. Die beskuldigde het daarna sy rewolwer geneem en een persoon gedood en ook gepoog om andere te dood.

Die hof van appèl het bevind dat daar geen getuienis was dat die beskuldigde sy selfbeheersing verloor het nie, gesien in die lig van sy vorige optrede met betrekking tot waarskuwings aan die owerhede gegee asook voorbereidingshandelinge wat getref was vir die dag waarop die huis gesloop sou word. Die hof van appèl het egter wel bevind dat die appellant se obsessiewe, besitlike en eksentrieke geaardheid, relevante faktore was wat in ag geneem moes word by die beoordeling van die erns en aard van die provokasie op die redelike persoon. Die hof stel dit soos volg by monde van Lord Taylor:

"What characteristics are appropriate for the jury to consider has been a vexed question since *Camplin*. If one adds all the characteristics of the appellant to the notional reasonable man, there is a danger that the reasonable man becomes reincarnated as the appellant. However, the point in *Camplin*

⁵²² *S v McGregor* [1962] NZLR 1069.

⁵²³ *R v Dryden* [1995] 4 All E.R. 1023. Sien ook: *R v Humphreys* [1995] 4 All E.R. 1008.

which was emphasised not only by Lord Diplock but also by Lord Simon of Glaisdale was that the purpose of taking the reasonable man was to have a yardstick to measure the loss of self-control that will be permitted to found a defence of provocation ... we have come to the conclusion that this was a characteristic – the obsessiveness on the part of the appellant and his eccentric character – which ought to have been left to the jury for consideration. We consider that they were features of his character or personality which fell into the category of mental characteristics and which ought to have been specifically left to the jury."⁵²⁴

'n Verdere verslapping in die objektiewe toets word voorgestel in die saak van *Raven*⁵²⁵. In die saak het die hof te doene gehad met 'n twee-en-twintigjarige persoon met die verstandelike ontwikkeling van 'n negejarige. Daar is beslis dat die jurie met die toepassing van die objektiewe toets moes oorweeg die effek van die provokasie, nie net van 'n persoon met die beskuldigde se karaktertrekke nie, maar ook uit die perspektief van die redelike man wat dieselfde lewe gely het as die beskuldigde vir twee-en-twintig jaar, en met dieselfde verstandelike ontwikkeling.⁵²⁶

Die vraag met betrekking tot die relevansie van geestelike gebreke, "mental infirmity" tot provokasie het egter probleme opgelewer ten spyte van die feit dat die hof dit in die *Camplin*⁵²⁷ beslissing duidelik uitgesluit het. Aan die een kant was daar geargumenteer dat "mental infirmity" op dieselfde basis hanteer moes word as ander karaktertrekke wat die erns van die provokasie beïnvloed het.⁵²⁸

Aan die ander kant was daar die argument dat daar verweere beskikbaar was wat hierdie "mental infirmity" ondervang het, soos verminderde

⁵²⁴ Op 997.

⁵²⁵ *R v Raven* [1982] Crim LR 51 Crown Ct.

⁵²⁶ Myns insiens het die hof hier met die instruksie aan die jurie die subjektivering van die redelike persoon toets te ver gevoer deur te sê dat bo en behalwe die verstandelike ontwikkeling van die beskuldigde, ook sy hele lewe gely hierby te betrek. Dit het tot gevolg dat 'n legio aantal nuwe aspekte oor etlike jare beleef en ervaar ook hier in ag geneem moet word. Die vraag ontstaan watter faktore dan in- of uitgesluit sou word. In *R v Morhall* [1996] AC 90 op 98-99 is beslis dat die beskuldigde se geskiedenis en omstandighede waarin hy homself bevind het, wel relevant was by die beoordeling van die verweer van provokasie; in dié geval die beskuldigde se verslawing aan gomsnuiwery.

⁵²⁷ *DPP v Camplin* [1978] AC 705 (HL).

⁵²⁸ Sien: *R v Ahluwalia* [1992] 4 All E.R. 889; *R v Dryden* [1995] 4 All E.R. 987; *R v Humphreys* [1995] 4 All E.R. 1008; *R v Thornton (2)* [1996] 2 All E.R. 1023.

toerekeningsvatbaarheid en die verweer van "insanity" eerder as om die verweer van provokasie te gebruik.⁵²⁹

Teen die agtergrond van die voorgaande beslissings kom daar die beslissing gelewer in *Luc Thiet-Thuan*.⁵³⁰ Hier het 'n mediese toestand wat die vermoë van selfbeheersing kon beïnvloed, ter sprake gekom. Die "Privy Council" het beslis dat die objektiewe vereiste nie verlaag moes word om die beskuldigde se mediese toestand in ag te neem nie. Ashworth⁵³¹ is van mening dat die beslissing gelewer in *Luc Thiet-Thuan*⁵³² harteloos mag klink, maar dat daar vir hierdie omstandighede voorsiening gemaak word met die verweer van verminderde toerekeningsvatbaarheid vir persone wat aan "abnormality of mind" ly.⁵³³

Die meer onlangse beslissing gelewer in *Smith*⁵³⁴ het die toepassingsveld van die subjektiewe toets as normatiewe maatstaf by die verweer van provokasie aansienlik uitgebrei. In hierdie saak was die appellant, Morgan Smith, aangekla van moord op sy drinkersvriend, McCullagh. Die appellant het 'n verweer van provokasie aangevoer en het verder beweer dat hy aan ernstige kliniese depressie gely het, wat veroorsaak het dat hy die moord gepleeg het. Die appellant was skuldig bevind aan moord, maar het in sy verdere appèl aangevoer dat die jurie

⁵²⁹ Ashworth, *Principles of Criminal Law* 5th Edition 269-270.

⁵³⁰ *R v Luc Thiet-Thuan* [1997] AC 131. Die feite was kortliks dat die beskuldigde aangekla was van moord op sy vorige vriendin wie hy doodgesteek het, nadat hy haar beroof het om te verhoed dat sy hom later sou kon uitken. Die beskuldigde het tydens die verhoor aangevoer dat hy organiese breinskade opgedoen het, as gevolg van 'n vroeëre val. Dit het veroorsaak dat hy dikwels geïrriteerd en emosioneel opgetree het, bloot as gevolg van geringe provokasie. Die verhoorregter het bevind dat die voorgaande irrelevant was vir doeleindes van die provokasieverweer.

⁵³¹ Ashworth, *Principles of Criminal Law* 5th Edition 269-270; Mitchell & Richardson, *Archbold – Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases* 43rd Edition 1945.

⁵³² *R v Luc Thiet-Thuan* [1997] AC 131.

⁵³³ Section 2 of the Homicide Act 1957, lui soos volg:

- (1) Where a person kills or is a party to the killing of another, he shall not be convicted of murder if he was suffering from such abnormality of mind (whether arising from a condition of arrested or retarded development of mind or any inherent causes or induced by disease or injury) as substantially impaired his mental responsibility for his acts and omissions in doing or being a party to the killing.
- (2) On a charge of murder, it shall be for the defence to prove that the person charged is by virtue of this section not liable to be convicted of murder.
- (3) A person who but for this section would be liable, whether as principal or as accessory, to be convicted of murder shall be liable instead to be convicted of manslaughter.
- (4) The fact that one party to a killing is by virtue of this section not liable to be convicted of murder shall not affect the question whether the killing amounted to murder in the case of any other party to it.

⁵³⁴ *R v Smith* [2001] 1 AC 146.

verkeerdelik die instruksie gegee is dat sy depressiewe staat slegs in ag geneem moes word met betrekking tot die erns van die provokasie, maar nie met betrekking tot sy vermoë tot selfbeheersing nie.

Met 'n meerderheidsbeslissing van drie teen twee het die hof van appèl beslis dat die jurie wel die appellant se geestesswakheid as relevante "characteristic" in ag moet neem by die beoordeling van die erns van die provokasie, sowel as by die vermoë tot selfbeheersing. Die hof het dit soos volg gestel by monde van Lord Hoffmann:

"In deciding what should count as a sufficient excuse, they have to apply what they consider to be appropriate standards of behaviour; on the one hand making allowance for human nature and the power of the emotions but, on the other hand, not allowing someone to rely on his own violent disposition. ... So the jury may think that there was some characteristic of the accused, whether temporary or permanent, which affected the degree of control which society could reasonably have expected of him and which it would be unjust not to take into account. If the jury take this view, they are at liberty to give effect to it."⁵³⁵

Die beslissing het in plaas van om regsekerheid te bring eerder die hele kwessie verder gekompliseer. Die *Smith*⁵³⁶ beslissing het die deure wyd oopgemaak vir verskeie faktore wat deur die juries in ag geneem kon word, sonder dat die regter dit kon inperk, by die beoordeling van die erns van die provokasie sowel as by die beskuldigde se vermoë tot selfbeheersing by 'n verweer van provokasie.⁵³⁷ Dit het ingesluit "mental infirmity" as relevante "characteristic" wat oorweeg moes word.⁵³⁸

⁵³⁵ Op 173.

⁵³⁶ *R v Smith* [2001] 1 AC 146.

⁵³⁷ Lord Hoffmann op 166: "The jury is entitled to act upon its own opinion of whether the objective element of provocation has been satisfied and the judge is not entitled to tell them that for this purpose the law requires them to exclude from consideration any of the circumstances or characteristics of the accused."

⁵³⁸ In *R v Weller* [2003] Crim L.R. 724 het die hof die benadering in *Smith* nog 'n bietjie verder gevoer en die beskuldigde se jaloesie en besitlikheid in ag geneem by die beoordeling van "what society expects of a man like this defendant in his position" op 'n aanklag van moord nadat hy sy vriendin vermoor het.

Weens groeiende kommer deur die regering aangaande die uitbreiding van die verweer, veral met betrekking tot mans wat vrouens gedood het in huishoudelike konteks, is die hele aangeleentheid na die Regskommissie verwys vir ondersoek.⁵³⁹ Voordat enige van die kommissie se voorstelle egter geïmplementeer kon word het die regsposisie weer verander met die beslissing gelewer in *Holley*.⁵⁴⁰

In *Holley*⁵⁴¹ was die beskuldigde 'n alkoholis wat 'n stormagtige verhouding met die oorledene gehad het. Gedurende die nag van die tragiese gebeure het beide van hulle te veel gehad om te drink. Die oorledene het die beskuldigde seksueel uitgetart waarna die beskuldigde die oorledene met 'n byl doodgekap het. 'n Volbank van nege here van die Geheime Raad het gesit om die konflik tussen die beslissings van *Luc Thiet-Thuan*⁵⁴² en *Smith*⁵⁴³ op te klaar. Met 'n meerderheidsbeslissing van ses teen drie het Lord Nicholls beslis dat die beslissing gelewer in *Smith* nie gevolg moet word nie. Die beskuldigde se dronkenskap gekoppel aan alkoholisme, al dan nie, sou dus na die beslissing nie meer 'n faktor wees wat in ag geneem moes word by die beoordeling van die provokasie gemeet aan die norm van die redelike persoon nie. Die gevolg van die *Holley*⁵⁴⁴ beslissing was dat daar teruggekeer is na die objektiewe maatstaf by die beoordeling van provokasie soos uiteengesit in *Luc Thiet-Thuan* en *Camplin*.⁵⁴⁵ Psigologiese of fisiese toestande wat die beskuldigde se optrede beïnvloed het sou dus voortaan onder verminderde toerekeningsvatbaarheid "diminished responsibility" tuishoort.⁵⁴⁶

In die lig van die *Holley*⁵⁴⁷ beslissing sal verskeie beskuldigdes voortaan uitgesluit wees van die verweer van provokasie en gevolglik hulle sake moet argumenteer op die beginsels van toepassing by verminderde

⁵³⁹ Ashworth, Principles of Criminal Law 5th Edition 270.

⁵⁴⁰ *Attorney-General for Jersey v Holley* [2005] Crim L.R. 966.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² *R v Luc Thiet-Thuan* [1997] AC 131.

⁵⁴³ *R v Smith* [2001] 1 AC 146.

⁵⁴⁴ *Attorney-General for Jersey v Holley* [2005] Crim L.R. 966.

⁵⁴⁵ *DPP v Camplin* [1978] AC 705 (HL).

⁵⁴⁶ Ashworth, Principles of Criminal Law 5th Edition 272.

⁵⁴⁷ *Attorney-General for Jersey v Holley* [2005] Crim L.R. 966.

toerekeningsvatbaarheid, waar die bewyslas op die beskuldigde rus om die "mental abnormality" te bewys.

2.5 Die juridiese relevansie van self-ontlokte provokasie

Die Engelse reg erken ook 'n verweer van self-ontlokte provokasie. Self-ontlokte provokasie sou ontstaan wanneer die beskuldigde deur sy optrede veroorsaak dat die slagoffer op 'n provokatiewe wyse teenoor hom reageer, sodanig dat die beskuldigde sy selfbeheer verloor, en die slagoffer dood. Om so 'n sienswyse te volg sou strydig wees met die bewoording van die Homicide Act van 1957, maar word self-ontlokte provokasie nie by implikasie daardeur uitgesluit nie.

Volgens Bergenthuin⁵⁴⁸ kan die volgende twee feitestelle tuisgebring word onder die term "self-induced provocation":

- (a) Eerstens mag die geprovokeerde doelbewus daarna streef om provokasie by die provokateur te ontlok, sodat hierdie provokasie later as verskoning vir [die] doodslag aangevoer kan word. Waar D onder provokasie van P vir P gedood het, maar self die provokasie ontlok het, om 'n geleentheid te kry om wraak te neem, is [D] in die "common law" aan moord skuldig bevind.⁵⁴⁹
- (b) Tweedens mag die uiteindelijke geprovokeerde 'n aanvanklike handeling verrig met die wete dat daar 'n risiko bestaan dat hierdie handeling 'n provokatiewe handeling van die provokateur met ontlok. D mag byvoorbeeld vir P afpers, of lasterlike woorde vir P toesnou, of 'n bakleiery aan die gang sit as gevolg waarvan P dan vir D provokeer. Indien D nou vir P dood, ontstaan die vraag of D hom kan beroep op provokasie.

In *Edwards*⁵⁵⁰ voor die "Privy Council" was die feite kortliks dat X vir Y afgepers het en hom ook gevolg het vanaf Australië na Hong Kong, met die doel om die afpersing voort te sit. Toe X by die hotelkamer van Y opdaag om die geld af te haal, het Y vir X met 'n mes aangeval. 'n Worsteling het ontstaan

⁵⁴⁸ Bergenthuin, *Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg*, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria 103.

⁵⁴⁹ *R v Selton* [1871] Cox CC 674.

⁵⁵⁰ *Edwards v R* [1973] 1 All E.R. 152.

waartydens Y deur X met 'n mes gedood is, 'n optrede wat beskryf is as 'n "fit of white hot passion". Die verhoorregter het die verweer van provokasie van die jurie onttrek. Op appèl het die volbank van die hof van Hong Kong beslis dat die regter fouteer het deur hierdie optrede, maar nogtans die skuldigbevinding gehandhaaf, omdat daar geen wesentlike ondermyning van geregtigheid plaasgevind het nie. In sy uitspraak op die appèl na die Geheime Raad het Lord Pearson 'n nuwe begrip rakende self-ontlokte provokasie ingevoer. Volgens Lord Pearson moet die regter eers besluit of die provokasie slegs 'n "predictable reaction" op die geprovokeerde se eie optrede was. Indien wel, word dié aspek van die jurie onttrek. Indien daar twyfel by die regter bestaan of die provokasie 'n "predictable reaction" was, is die verweer van provokasie ontoeganklik. Provokasie kan dus slegs as verweer geopper word, "where the hostile reaction of the victim goes beyond a predictable response".⁵⁵¹

Volgens Bergenthuin⁵⁵² het die uitspraak talle probleme geskep deur die kriterium van voorsienbaarheid as maatstaf by self-ontlokte provokasie van toepassing te maak. Hy identifiseer die volgende vrae, wat onbeantwoord gelaat word:

- (i) Moes die provokasie objektief voorsienbaar wees;
- (ii) Moes die geprovokeerde subjektief voorsien dat sy gedrag provokasie by 'n ander kon ontlok.

Die *Edwards*⁵⁵³ beslissing en die gevolg daarvan is beperk tot die gemene reg. Die bepaling van Artikel 3 van die Homicide Act 1957 was egter meer toegeeflik teenoor die beskuldigde. Waar die getuienis van provokasie voorgelê

⁵⁵¹ Op 158 som Lord Pearson die posisie soos volg op : "On principle it seems reasonable to say that –
(1) a blackmailer cannot rely on the predictable results of his own blackmailing conduct as constituting provocation sufficient to reduce his killing of the victim from murder to manslaughter, and the predictable results may include a considerable degree of hostile reaction by the person to be blackmailed, for instance vituperative words and even some hostile action such as blows with a fist;
(2) but if the hostile reaction by the person sought to be blackmailed goes to extreme lengths it might constitute sufficient provocation even for the blackmailer;
(3) this would in many cases be a question of degree to be decided by the jury".

⁵⁵² Bergenthuin, *Provokasie as verweer* in die Suid-Afrikaanse strafreg, Doktorale Proefskrif (1985) Universiteit van Pretoria 105.

⁵⁵³ *Edwards v R* [1973] 1 All E.R. 152.

word, selfs al was dit deur die beskuldigde uitgelok, moet die jurie bepaal of die redelike man onder soortgelyke omstandighede sy selfbeheer sou verloor het.⁵⁵⁴

Volgens Seago⁵⁵⁵ moet die provokasie-aspek aan die jurie oorgelaat word, maar sou die regter vermoedelik geregtig wees om na die beskuldigde se afpersingsaktiwiteite te verwys as een van die faktore wat deur die jurie in ag geneem behoort te word, wanneer deur hulle besluit moet word of die redelike man op dieselfde wyse sou opgetree het as wat die beskuldigde opgetree het.

In *Johnson*⁵⁵⁶ het die hof uitdruklik van die beslissing gelewer in *Edwards*⁵⁵⁷ verskil en die trefwydte van die verweer van self-ontlokte provokasie verbreed. Die feite was dat die beskuldigde en die oorledene in 'n nagklub gedrink het. Die beskuldigde het dreigemente van geweld teenoor die oorledene en dié se vriendin gemaak. 'n Geveg het daarna ontstaan wat gelei het daartoe dat die beskuldigde die oorledene met 'n knipmes wat hy by hom gehad het, doodgesteek het.

Die hof van appèl het ondubbelsinnig beslis dat die beskuldigde nie uitgesluit was van die verweer van provokasie nie, al was hy die oorsaak van die slagoffer se provokatiewe optrede teenoor hom. Die hof van appèl het die riglyne soos volg gestel by monde van Watkins LJ:

"In view of the express wording of section 3, as interpreted in *DPP v Camplin*, which was decided after *Edwards v R* we find it impossible to accept that the mere fact that a defendant caused a reaction in others, which in turn led him to lose his self-control, should result in the issue of provocation being kept outside a jury's consideration. Section 3 clearly provides that the question is whether things done or said or both provoked the defendant to lose his self-control. If there is any evidence that it may have done, the issue must be left to the jury."⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ Dit is wat die hof beslis het in *R v Johnson* [1989] 1 WLR 740 (CA.) met verwysing na die *Edwards* beslissing.

⁵⁵⁵ Seago, Criminal Law 3rd Edition 223.

⁵⁵⁶ *R v Johnson* [1989] 1 WLR 740 (CA.).

⁵⁵⁷ *Edwards v R* [1973] 1 All E.R. 152.

⁵⁵⁸ Op 158.

Die Engelse howe het dus duidelik 'n meer liberale houding ingeneem met betrekking tot die "sudden and temporary loss of self-control" vereiste by self-ontlokte provokasie.⁵⁵⁹

2.6 Die juridiese relevansie van kumulatiewe provokasie

Kumulatiewe provokasie bestaan uit 'n reeks handeling gepleeg teenoor die beskuldigde, wat indien dit saamgevoeg sou word, voldoende provokasie daar sou stel om as basis vir die verweer van provokasie te dien. In isolasie beskou sou dit egter nie voldoende wees om provokasie daar te stel nie. Daar word algemeen aanvaar dat provokasie slegs 'n verweer kan wees indien die uiteindelijke doodslag kort na provokasie plaasvind. Die vraag of kumulatiewe provokasie as verweer geopper kan word, word klaarblyklik bevestigend geantwoord.

Die begrip "cumulative provocation" is moeilik definieerbaar. Normaalweg vind daar 'n reeks provokatiewe optredes, soos aanhoudende gewelddadige gedrag oor 'n lang tydperk deur die oorledene teenoor die beskuldigde plaas, wat dan aanleiding gee tot die doodslag deur die beskuldigde.⁵⁶⁰ Om in gevalle van hierdie aard 'n beroep op provokasie te regverdig, word gesteun op gebeure of 'n gedragspatroon oor 'n tydperk, eerder as 'n enkele provokatiewe gebeurtenis kort voor die doodslag. Hierdie gedragspatroon kom merendeels voor binne die omvang van 'n huishoudelike samewoning, maar word nie daartoe beperk nie.

'n Suksesvolle beroep op kumulatiewe provokasie kan slegs slaag indien daar 'n aanloop was tot die uiteindelijke provokatiewe optrede kort voor die doodslag. Sou hierdie laaste provokasie ontbreek moes die beskuldigde aan moord skuldig

⁵⁵⁹ In *R v Rossiter* [1995] 4 All E.R. 999 op 1007 het die hof dit soos volg gestel by monde van Russell LJ: "The emphasis in that section is very much on the function of the jury as opposed to the judge. We take the law to be that wherever there is material which is capable of amounting to provocation, however tenuous it may be, the jury must be given the privilege of ruling on it."

⁵⁶⁰ Wasik, *Cumulative Provocation and Domestic Killing* [1982] Crim. L.R. 29 omskryf dié begrip: "Cumulative provocation defies precise description, but typically it involves a course of cruel or violent conduct by the deceased, often in a domestic setting, lasting over a substantial period of time, which culminates in the victim of that conduct or someone acting on his or her behalf intentionally killing the tormentor."

bevind word, aangesien dit dan die voorafgaande (kumulatiewe) provokasie irrelevant sou maak vir doeleindes van die reg.

In *Duffy*⁵⁶¹ was die beskuldigde ook oor 'n lang tydperk op gewelddadige wyse aageval deur haar eggenoot. Na 'n fisiese konfrontasie het die beskuldigde haar man in sy slaap met 'n hamer doodgeslaan. Devlin R het die volgende gesê in sy uitspraak:

"Severe nervous exasperation or a long course of conduct causing suffering and anxiety are not by themselves sufficient to constitute provocation in law. Indeed the further removed an incident is from the crime the less it counts. A long course of cruel conduct may be more blameworthy than a sudden act provoking retaliation, but you are not concerned with blame here – the blame attaching to the dead man." ⁵⁶²

Waar die getuienis aantoon dat die geprovokeerde stappe geneem het om homself te bewapen, voor die doodslag van die persoon wat hom geprovokeer het, mag dit eerder dui op voorbedagte rade, as op 'n doodslag wat gevolg het op provokasie.⁵⁶³ In *Thornton*⁵⁶⁴ is die beskuldigde oor 'n lang periode deur haar man brutaal mishandel. Op die betrokke aand het Sara Thornton haar man aan die slaap gevind op die bank. Sy het hom gevra om bed toe te kom, waarop hy geantwoord het dat hy haar sou doodmaak as sy saam met 'n ander man was. Sy het 'n mes uit die kombuis gekry en dit skerp gemaak. Daarna het haar man vir haar gesê dat hy haar sou doodmaak terwyl sy slaap, waarop sy hom met die mes in die maag gesteek het, as gevolg waarvan hy toe doodgegaan het. Tydens haar verhoor het sy 'n verweer van verminderde toerekeningsvatbaarheid geopper. Die regter het egter die verweer van provokasie aan die jurie oorgelaat. Haar verweer van provokasie het nie geslaag nie, aangesien sy erken het dat die steek van die oorledene nie die gevolg was van 'n "sudden and temporary loss of self-control" nie. Sy was derhalwe skuldig bevind aan moord.

⁵⁶¹ *R v Duffy* [1949] 1 All E.R. 923.

⁵⁶² Op 933. Hierdie beperkende benadering is later goedgekeur in *R v Brown* [1972] 2 All E.R. 1328 deur die Court of Appeal.

⁵⁶³ Reed & Seago, Criminal Law 317.

⁵⁶⁴ *R v Thornton* [1992] 1 All E.R. 306.

Met die beslissing gelewer in *Ahluwalia*⁵⁶⁵ was dit duidelik dat die Engelse hof tog bereid was om getuienis toe te laat van kumulatiewe provokasie, om sodoende die oorledene se finale handeling in perspektief te plaas. Die feite van die saak was kortliks dat die appellant, 'n Asiër vrou, wat in 'n vooraf gereelde huweliksverbintenis met die oorledene gestaan het, vele jare se geweld en misbruik tydens die huwelik verduur het. Sy was gereeld aangerand, met die dood gedreig, en het haar man ook 'n verhouding met 'n ander vrou gehad. Gedurende die aand van die 8ste Mei 1989 het haar man gedreig dat hy haar fisies sou aanrand en haar gesig met 'n strykster sou brand. Daardie nag het sy 'n houer vol brandstof en 'n brandende vuurhoutjie in die kamer waar haar man teenwoordig was, ingegooi. Haar man wat ernstige brandwonde opgedoen het, het 'n paar dae later daaraan beswyk.

Die hof beslis in sy uitspraak dat provokasie nie genegatiewer word bloot omdat die reaksie daarop nie dadelik plaasgevind het nie. Hoe langer die verloop voordat daar opgetree word hoe minder waarde sal daar aan die provokasie gegee word. Lord Taylor stel dit soos volg:

"We accept that the subjective element in the defence of provocation would not as a matter of law be negated simply because of the delayed reaction in such cases, provided that there was at the time of the killing a 'sudden and temporary loss of self-control', caused by the alleged provocation. However, the longer the delay and the stronger the evidence of deliberation on the part of the defendant, the more likely it will be that the prosecution will negative provocation."⁵⁶⁶

In die saak van *Humphreys*⁵⁶⁷ is die voorgaande beginsels bevestig waar die Appèlhof weer moes beslis oor kumulatiewe provokasie. Die feite was kortliks dat Emma Humphreys haar ouerhuis op die ouderdom van sestien jaar verlaat het. Sy het 'n prostituut geword en ingetrek by ene V. V was 'n man met vorige

⁵⁶⁵ *R v Ahluwalia* [1992] 4 All E.R. 889 (CA).

⁵⁶⁶ Op 896.

⁵⁶⁷ *R v Humphreys* [1995] 4 All E.R. 1010.

veroordelings vir geweldsmisdrywe. V was jaloers en besitlik, en het begin om haar fisies ernstig aan te rand, verder is sy ook seksueel en emosioneel misbruik. Op 'n aand het Emma vir V en sy seun, asook 'n paar vriende in 'n kroeg ontmoet, waar V gesê het dat hulle "all right for a gang bang tonight" sal wees. Met hulle terugkeer na die huis het sy twee messe gevat en haar polse gesny. Emma het 'n geskiedenis gehad dat sy haar polse sny om aandag te soek. V het van sy klere begin uittrek, wat haar laat vrees het vir verkragting. V het haar verder gespot dat sy 'n swak poging aangewend het om haar polse te sny, waarna sy haar selfbeheersing verloor het en V met die mes doodgesteek het. Sy was verhoor en skuldig bevind aan moord.

Met verdere appèl teen die beslissing, slaag die appèl op die basis dat die regter nie die jurie na behore toegelig het met betrekking tot die provokasie van die appellant nie. Die hof van appèl het beslis dat die kumulatiewe provokasie wat die appellant deurgegaan het, relevante getuienis was om te bepaal of die appellant inderdaad haar selfbeheersing verloor het ten tye van die doodslag.

Read & Seago⁵⁶⁸ huldig die opinie dat daar geen rede is waarom provokasie nie kumulatief kan wees nie. Volgens hulle is dit die verlies aan selfbeheer wat "sudden" moet wees, nie die provokasie nie. Die volgende voorbeeld ter illustrasie word gegee:

Sou D oor 'n lang periode mishandel word deur V, sou dit wel moontlik wees dat een laaste insident, hoewel dit nie noodwendig die soort insident was wat sou veroorsaak dat 'n persoon sy selfbeheersing verloor het nie, maar desnieteenstaande veroorsaak het dat D sy selfbeheersing verloor. 'n Geskiedenis van geweld mag verklaar waarom D sy selfbeheersing verloor het, in omstandighede wat objektief nie 'n ernstige provokasie was nie.

In *Thornton* (2)⁵⁶⁹ in verdere appèl teen die vroeëre beslissing gelewer in *Thornton*⁵⁷⁰ was nuwe getuienis aangevoer dat die appellant ten tyde van die

⁵⁶⁸ Reed & Seago, Criminal Law 318.

⁵⁶⁹ *R v Thornton* (2) [1996] 2 All E.R. 1023.

⁵⁷⁰ *R v Thornton* [1992] 1 All E.R. 306.

pleging van die daad gelyk het aan "battered woman syndrome" en "personality disorder." Die hof beslis *inter alia* dat kumulatiewe provokasie tersaaklik was. Lord Taylor laat hom soos volg hieroor uit:

"[S]ince reliance is placed upon the appellant's suffering from a 'battered woman syndrome', we think it right to reaffirm the principle. A defendant, even if suffering from that syndrome, cannot succeed in relying on provocation unless the jury consider she suffered or may have suffered a sudden and temporary loss of self-control at the time of the killing.

That is not to say that a battered woman syndrome has no relevance to the defence of provocation. The severity of such a syndrome and the extent to which it may have affected a particular defendant will no doubt vary and is for the jury to consider. But it may be relevant in two ways. First, it may form an important background to whatever triggered the *actus reus*. A jury may more readily find there was a sudden loss of control triggered by even a minor incident, if the defendant has endured abuse over a period, on the 'last straw' basis. Second, depending on the medical evidence, the syndrome may have affected the defendant's personality so as to constitute a significant characteristic relevant (as we shall indicate) to the second question [ie whether the hypothetical reasonable woman possessing the appellant's characteristics would have reacted to the provocative conduct so as to do what the appellant did] the jury has to consider in regard to provocation."

Hoewel die regspraak met 'n redelike mate van sekerheid bepaal het dat kumulatiewe provokasie deur die jurie in ag geneem behoort te word, blyk dit tog dat 'n statutêre bepaling regsekerheid op die punt sal bring en oor die algemeen verwelkom sal word.

3. DIE VERWEER VAN PROVOKASIE IN DIE KANADESE REG

3.1 Inleidende opmerkings

Die vroeë reg wat toegepas is in Kanada was hoofsaaklik dié van hul moederland, Engeland. Dit toon dus ook bepaalde ooreenkomste wat die reg

rondom provokasie aanbetref. Die geskiedenis van die strafreg in Kanada word in drie fases ingedeel, naamlik:

- a. Die periode voor 1867.
- b. Die periode vanaf 1867 tot voor 1982.
- c. Die periode vanaf 1982.

3.1.1 Die regsposisie voor 1867

Gedurende hierdie periode was Kanada onder die Britse koloniale stelsel. Soos wat setlaars die gebiede, in wat later Kanada geword het, verower of tot stand gebring het, is die gemenerereg van Engeland saamgeneem, asook enige geldende statutêre reg in soverre dit toepaslik was. Waar 'n gebied oorgeneem of oorgegee is en reeds 'n tipe regstelsel in plek gehad het, het dit so behoue gebly. Die Engelse reg was dus nie die outomatiese keuse nie, aangesien die bestaande stelsel toegepas is tot verdere veranderinge aangebring was. Wat die strafreg aanbetref is 'n uitsondering egter gemaak, en is die Engelse strafreg toegepas.⁵⁷¹

3.1.2 Die regsposisie vanaf 1867 tot voor 1982

Geen eenvormige strafregstelsel het in Kanada bestaan nie. Die enorme taak is begin om die strafreg te konsolideer en teen 1892 is die strafprosesreg grootliks in die Canadian Criminal Code verenig, tesame met sekere eiendomsreg, asook oortredings en misdrywe teen die persoon.⁵⁷² Sedert 1892 bestaan die Kanadese strafreg dus uit:

- (i) Die gemene reg en statutêre reg van Engeland;
- (ii) Die statutêre reg van die onderskeie provinsies soos dit die voorgenoemde mag verander het; en

⁵⁷¹ Mewett & Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law* 3rd Edition 4; Knafla, *Crime and Criminal Justice in Europe and Canada* 180 ev.

⁵⁷² Ingesluit die Criminal Procedure Act of 1869 wat steeds die basis vorm van die Kanadese Strafprosesreg.

(iii) Die nuwe federale wetgewing, wat beide die voorgaande kon verander.⁵⁷³

3.1.3 Die regsposisie vanaf 1982

In 1982 is die hele filosofie en struktuur van die strafreg in Kanada fundamenteel verander met die uitvaardiging van die Constitution Act, 1982 wat die Canadian Charter of Rights and Freedoms ingesluit het. Na die uitvaardiging van dié Wet is alle reg in Kanada daaraan onderhewig gestel. Voortaan sou alle strafreg insluitend die British North America Act⁵⁷⁴ en provinsiale wetgewing geles en toegepas word onderhewig aan die gewaarborgde regte en vryhede soos uiteengesit in die Constitution Act.⁵⁷⁵

Die toepaslike gedeelte van die Canadian Charter of Rights and Freedoms word vervat in artikel 52(1), wat soos volg lees:

"The constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect."

Vanuit die voorgaande tydperke is slegs die Canadian Criminal Code (hierna verwys as die Criminal Code) van belang vir doeleindes van die verdere bespreking. Die Criminal Code het sy oorsprong gehad in die 1880 English Criminal Code Bill 2 of 1800, wat die model was waarop die 1892 Criminal Code gebaseer was. Dit is ook in 1892 deur die parlement so aanvaar. Hierdie Criminal Code is in 1953-1954 hersien tot die huidige vorm.⁵⁷⁶

Geprovokeerde moord is die enigste tipe moord wat deur die Criminal Code erken word as van so 'n verminderde toerekenbaarheid dat dit 'n skuldigbevinding aan 'n minder, maar steeds ernstige misdryf van manslag

⁵⁷³ Mewett & Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law* 3rd Edition 10. Sien: Pink & Perrier, *From Crime to Punishment* 4th Edition 13-15 vir 'n algemene bespreking.

⁵⁷⁴ Die British North America Acts 1867-1975 was 'n reeks wette van die parlement van die Verenigde Koninkryk wat gehandel het met die regering van Kanada, (bekend as British North America tot 1867).

⁵⁷⁵ Mewett & Manning, *Mewett & Manning on Criminal Law* 3rd Edition 10-11.

⁵⁷⁶ Tollefson & Starkman, *Mental Disorder in Criminal Proceedings* op 12 ev.

("manslaughter") regverdig en toelaat.⁵⁷⁷ Soortgelyk aan die Engelse reg regverdig 'n skuldigbevinding op 'n aanklag van moord die verpligte vonnis van lewenslange gevangenisstraf. Hoewel die misdryf "manslaughter" ook 'n vonnis van lewenslange gevangenisstraf mag regverdig, is dit nie 'n verpligte vonnis nie.

Die verweer van provokasie by 'n moordklagte is die enigste statutêre "partial defence" (gedeeltelike verweer) in die Kanadese strafregstelsel.⁵⁷⁸ Die verweer van provokasie is verder slegs beskikbaar met betrekking tot die misdryf van moord, en nie vir enige ander misdryf nie.⁵⁷⁹ In *Campbell*⁵⁸⁰ is die beskuldigde skuldig bevind aan poging tot moord op sy eggenote. Die feite was kortliks dat die appellant sy vrou oorreed het om te gaan rondry. Hulle het na 'n verlate plek gery waar hy haar vyf keer met 'n pistool geskiet het en daarna brandstof oor haar uitgegooi en haar aan die brand gesteeke het. Die appèl teen die skuldigbevinding is van die hand gewys maar die vonnis van 25 jaar is na 15 jaar gevangenisstraf verminder. Martin AR het die rede agter die spesiale verweer tot moord soos volg benader:

"Absence of provocation is not part of the *actus reus* of murder in the sense that absence of consent is part of the *actus reus* of rape. The defence of provocation exists with respect to a charge of murder, even though all the elements of the definition of murder have been established; it is an allowance made for human frailty which recognizes that a killing, even an intentional one, is extenuated by the loss of self-control caused by adequate provocation, and is less heinous than an intentional killing by a

⁵⁷⁷ Dit kon nie 'n klagte van poging tot moord verminder na 'n klagte van "attempted manslaughter" nie; Mewett & Manning, Mewett & Manning on Criminal Law 3rd Edition 737.

⁵⁷⁸ Die "partial excuse rule" of "gedeeltelike verskoningsreël" waarvolgens 'n persoon aan strafbare manslag skuldig bevind kan word al het hy die opset gehad om te dood, is in stryd met die Appèlhof se beslissings dat die skuldvorm by strafbare manslag nalatigheid is en nie opset nie. Die "partial excuse rule" is verwerp in *S v Ntuli* 1975 (1) SA 429 (A). Sien ook: *S v Bailey* 1982 (3) SA 772 (A); *S v Chretien* 1981 (1) SA 1097 (A); *S v Ngubane* 1985 (3) SA 677 (A); Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 424-426; Snyman, Strafreë 4^{de} Uitgawe 439-440.

⁵⁷⁹ Hierdie beginsel is soortgelyk aan dié in die Engelse regsstelsel, waar die verweer ook net ten opsigte van moord geldig is; Mewett & Manning, Mewett & Manning on Criminal Law 3rd Edition 10-11.

⁵⁸⁰ *R v Campbell* (1977) 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.). Sien ook: *R v Fraser* (1980) 55 C.C.C. (2d) 503 (Alta. C.A.) 517. Burchell, Principles of Criminal Law 3rd Edition 425 is van mening dat in die lig van die *Campbell* beslissing dit blyk dat provokasie in beginsel kan dien om opset uit te sluit in ander misdade as moord, maar dat in praktyk daar selde 'n algehele vryspraak sal volg omrede roekeloosheid 'n voldoende skuldelement vir ander misdade mag wees.

person in possession of his self-control. It is unnecessary to invoke the defence of provocation until all the elements of murder have been proved."⁵⁸¹

Artikel 232 van die Criminal Code vorm die basis van die verweer van provokasie in die Kanadese regstelsel. Artikel 232 van die Criminal Code toon bepaalde ooreenkomste met artikel 141 van die Transkeise Strafkode asook artikel 3 van die Engelse Homicide Act van 1957. Artikel 232 van die Canadian Criminal Code lui soos volg:

- 232 (1) Culpable homicide that otherwise would be murder may be reduced to manslaughter if the person who committed it did so in the heat of passion caused by sudden provocation.
- (2) A wrongful act or insult that is of such a nature as to be sufficient to deprive an ordinary person⁵⁸² of the power of self-control is provocation enough for the purposes of this section if the accused acted upon it on the sudden and before there was time for his passion to cool.
- (3) For the purposes of this section the questions
- (a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and
- (b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received, are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being.
- (4) Culpable homicide that otherwise would be murder is not necessarily manslaughter by reason only that it was committed by a person who was being arrested illegally, but the fact that

⁵⁸¹ Op 15.

⁵⁸² "Ordinary person" is die ekwivalent van die redelike persoon in die Suid-Afrikaanse en Engelse regstelsels.

the illegality of the arrest was known to the accused may be evidence of provocation for the purpose of this section."

3.2 Die geskiedkundige ontwikkeling van die verweer van provokasie in die Kanadese reg

Anders as in die Engelse reg was daar in die Kanadese reg geen wetlike ingreep of waterskeidingsbeslissing wat die posisie rondom provokasie wesenlik verander het nie. Die bespreking handel grotendeels oor enige veranderings met betrekking tot die hantering van die verweer van provokasie deur die Kanadese hof.

Die inhoudelike van artikel 232 van die Criminal Code het basies onveranderd gebly sedert die opname daarvan in die 1892 Canadian Criminal Code. Die verweer van provokasie het sy ontstaan gehad gedurende die 1800s. In die saak van *Hayward*⁵⁸³ het die voorsittende regter Tindall die jurie toegelig oor die ontstaan van die verweer van provokasie te wete dat dit erkenning verleen aan "compassion to human infirmity". Die hof het hiermee erkenning gegee aan die mens se onderhewigheid aan onbeheersde uitbarstings van passie en aggressie, wat kon lei tot gewelddadige handeling. In sulke gevalle sou die hof dan die omvang van die strafregtelike aanspreeklikheid verminder.

Teen die middel van die 19de eeu het dit duidelik begin word dat die handeling wat geprovokeer het, voldoende moes wees om die redelike persoon onder daardie omstandighede te agiteer. In *Welsh*⁵⁸⁴ stel Keating R dit soos volg:

"The law is that there must exist such an amount of provocation as would be excited by the circumstances in the mind of a reasonable man, and so as to lead the jury to ascribe the act to the influence of that passion."⁵⁸⁵

⁵⁸³ *R v Hayward* (1833) 6 Car 157 op 159.

⁵⁸⁴ *R v Welsh* (1869), 11 Cox CC. 336. Dit blyk dat die beslissing uit die Engelse reg sonder enige voorbehoud in die Kanadese reg aangewend word.

⁵⁸⁵ Op 338.

Die Canadian Criminal Code kodifiseer die voorgaande aanslag tot provokasie in die bepaling van artikel 215 daarvan. Die ontleding van artikel 232 van die Criminal Code toon woordelike ooreenkomste met dié van artikel 215. Uit die bepaling van artikel 215 van die Criminal Code blyk dit dat daar drie algemene vereistes vir 'n suksesvolle beroep op provokasie gestel word:⁵⁸⁶

- (i) Die provokerende, wederregtelike "act or insult" moet van so 'n aard wees dat "it would deprive an ordinary person of the power of self-control" (objektief beoordeel).
- (ii) Die beskuldigde moes inderdaad geprovokeer gewees het (subjektief beoordeel).
- (iii) Die beskuldigde moes gehandel het op die provokasie, "on the sudden, and before there was time for his or her passion to cool."

In die Hooggeregshof van Kanada het Dickson R in *Faid*⁵⁸⁷ twee sleutelemente beklemtoon waaraan die provokasieverweer moes voldoen. Die feite was kortliks dat die oorledene, ene Wilson en Faid, die appellant, betrokke was in dwelmhandel. Na 'n bespreking oor die rede hoekom die oorledene 'n kontrak sou plaas op die appellant se lewe, het 'n fisiese bakleiery tussen hulle uitgebreek. Die oorledene het met 'n mes te voorskyn gekom wat die appellant geslaag het om by hom af te neem. Daarna het die oorledene probeer opstaan, die appellant het gedink dat hy oppad was om 'n pylgeweer wat aan die ander kant van die kamer gestaan het te gaan haal, en het die oorledene toe met die mes gesteek. Die polisie kon egter geen so 'n pylgeweer op die moordtoneel vind nie. Die appellant het aangevoer dat hy in selfverdediging opgetree het. Ná die gebeure het die appellant die bloed op die moordtoneel skoongemaak en sekere items weggegooi, insluitende die moordwapen. Daarna het hy die oorledene se liggaam (langs 'n afgeleë pad) met brandstof bedek en aan die brand gesteek. Die appellant is skuldig bevind aan tweedegraadse ("second degree") moord en gevonnissen tot lewenslange gevangenisstraf.

⁵⁸⁶ Saunders, *Criminal Law in Canada: An introduction to the theoretical, social and legal contexts* 4th Edition 636-637; Stuart & Delisle, *Learning Canadian Criminal Law* 7th Edition 846.

⁵⁸⁷ *R v Faid* [1983] 33 C.R. (3d) 1 (S.C.C.).

Die hof van appèl het by monde van Dickson AR bevind dat daar geen getuienis was wat 'n verweer van provokasie ondersteun nie en verwys met goedkeuring na die volgende aanhaling:

"It will be recalled that the appellant did not raise the defence of provocation at trial but relied on self-defence. It may be observed here that at no time did the appellant say that he had been provoked into violent action by the words and conduct of the deceased. In fact, his description of events goes far to negate any suggestion of provocation. His evidence reveals an attack, described clearly and with some detail, to which he reacted, not on the sudden, but by defending himself. When, according to his evidence, he saw the deceased put his hand inside his sweater, he considered that the deceased was reaching for a gun and, in fear of his life, he shot and killed him. This describes a calculated and rational series of defensive acts, not a sudden reaction in the heat of passion."⁵⁸⁸

Die twee sleutelemente waaraan die provokasie moes voldoen om moord te verminder na "manslaughter" is dat die dood veroorsaak moes wees:

- (i) in die hitte van die oomblik ("in the heat of passion")
- (ii) skielike provokasie ("sudden provocation").

Volgens Stuart⁵⁸⁹ toon 'n analise van artikel 232 van die Criminal Code aan dat daar vier elemente of vereistes vir 'n geslaagde beroep op provokasie is, naamlik:

- (i) Sudden provocation;
- (ii) A wrongful act or insult;
- (iii) Sufficient to deprive an ordinary person of self-control; and
- (iv) Actual retaliation by the accused on the sudden.

Die vier elemente word hieronder kortliks bespreek.

⁵⁸⁸ Op 13. Die aanhaling ter motivering van die uitspraak is afkomstig uit *Olbey v R* [1980] 1 S.C.R. 1008 op 1022, 14 C.R. (3d) 44, 50 C.C.C. (2d) 257, 105 D.L.R. (3d) 385, 30 N.R. 152.

⁵⁸⁹ Stuart, *Canadian Criminal Law a Treatise* 3rd Edition 490.

(i) Sudden provocation

"Sudden provocation" is soos volg deur Rand R van die Hooggeregshof van Kanada in *Tripodi*⁵⁹⁰ geïnterpreteer:

"Suddenness must characterise both the insult and the act of retaliation ... I take ... [sudden provocation] to mean that the wrongful act or insult must strike upon a mind unprepared for it, that it must make an unexpected impact that takes the understanding by surprise and sets the passions aflame."⁵⁹¹

Dit blyk tog dat die howe "sudden provocation" vertolk dat waar 'n beskuldigde vooraf kennis gehad het van 'n bepaalde stand van sake, of self die rusie of provokasie ontlok het, die verweer nie suksesvol aangevoer sou kon word nie.⁵⁹² Ook wanneer dieselfde provokerende gedrag op 'n verdere geleentheid herhaal word en daar hernude provokasie ontstaan, ontbreek die element van "suddenness" en kan die geprovokeerde hom nie weer daarop beroep nie.⁵⁹³

(ii) Wrongful act or insult

By "wrongful act or insult" word die beskuldigde se strafregtelike aanspreeklikheid nie gemeet aan sy eie optrede nie, maar aan die optrede van die slagoffer. Presies wat "wrongful act or insult" is, is nog nie werklik deur die Kanadese howe beslis nie. Die howe het al per geleentheid verwys na die definisie van "insult" as dié in die Oxford Engelse Woordeboek wat soos volg lui:

⁵⁹⁰ *R v Tripodi* [1955] S.C.R. 438. In die saak is die appellant aangekla en skuldig bevind aan moord op sy eggenote. Nadat sy aan hom 'n bekentenis gemaak het oor haar verhouding met 'n ander man en gevolglike aborsie, het die appellant haar verwurg. Die getuienis was egter dat die appellant reeds 'n geruime tyd bewus was van die oorledene se ontrouheid. Die hof van appèl het hier bevind dat daar geen sprake was van "sudden provocation" nie. (Die saak van *Tripodi* was met goedkeuring aangehaal in *R v Faid* [1983] 33 C.R. (3d) 1 (S.C.C.)).

⁵⁹¹ Op 443.

⁵⁹² *R v Salomon* (1959) 123 C.C.C. 1 (S.C.C.) op 11; *R v Louison* (1979) 51 C.C.C. (2d) 479 (S.C.C.); Stuart, *Canadian Criminal Law a Treatise* 3rd Edition 490-491.

⁵⁹³ Sien: *Regina v Rothwell* 12 Cox C.C. 145; *Rex v Palmer* 8 Cr. App. R. 207.

"an act, or the action, of attacking or assailing; an open and sudden attack or assault without formal preparations; injuriously contemptuous speech or behaviour, scornful utterance or action intended to wound self-respect; an affront; indignity."⁵⁹⁴

Stuart⁵⁹⁵ identifiseer drie spesiale reëls in verband met die algemene vereiste van 'n "wrongful act or insult", naamlik:

1. The victim must not have been doing anything that he had a legal right to do (artikel 232 (3)(b)).
2. The victim must not have been doing anything that the accused incited him to do in order to provide himself with an excuse for causing death or bodily harm (artikel 232 (3)(b)).
3. The provocation must not consist in the fact that the victim was arrested illegally, unless the accused knew of this illegality (artikel 232 (4)).

(iii) "Sufficient to deprive an ordinary person of self-control"

Die verdere vereiste van "**sufficient to deprive an ordinary person of self-control**" sal hieronder in paragrawe 3.3 en 3.4 volledig bespreek word.⁵⁹⁶

(iv) Reaksie "on the sudden"

Die bewoording vervat in artikel 232 van die Criminal Code in dié verband, kom neer op 'n herhaling van dieselfde beginsel, "on the sudden and before there was time for his passion to cool". Die howe vertolk die

⁵⁹⁴ *R v Taylor* [1947] S.C.R. 462 op 475; *R v Tripodi* [1955] S.C.R. 438; *Parnerkar v R* (1973) 21 C.R.N.S. 129 op 140 (S.C.C.).

⁵⁹⁵ Stuart, *Canadian Criminal Law a Treatise* 3rd Edition 491.

⁵⁹⁶ Die objektiewe en subjektiewe toets as normatiewe maatstaf by die verweer van provokasie. Sien paragrawe 3.3 en 3.4 hieronder.

reaksietyd by die bepaling of die beskuldigde se wraakneming "on the sudden" was, streng.

In *Young*⁵⁹⁷ is die appellant skuldig bevind aan moord en gevonnissen tot lewenslange gevangenisstraf sonder die opsie van parool. In die saak het die hof 'n verweer van provokasie verwerp waar die beskuldigde die oorledene meer as twintig keer met 'n jagmes gesteek het, eers etlike ure nadat hy gehoor het dat die oorledene die aan-en-af-verhouding tussen hulle beëindig het. Die hof het bevind dat hier geen sprake was van "sudden provocation" vir doeleindes van provokasie nie. Freeman AR het in sy uitspraak gesê dat dit 'n gevaarlike presedent sou skep om die beëindiging van 'n verhouding te klasifiseer as 'n "wrongful act or insult" wat voldoende provokasie daarstel om te dood. Freeman AR stel dit soos volg:

"Initially, the words may have shocked him; by the time they were leaving the apartment for the second time the shock effect had evaporated through repetition. Even if a subjective test were to be applied, there is nothing in Mr. Young's testimony to suggest he acted in the heat of passion caused by sudden provocation, nor that he was deprived of the power of self control by an insult or wrongful act by Ms. Donovan."⁵⁹⁸

3.3 Die objektiewe toets as normatiewe maatstaf by die verweer van provokasie

By die beoordeling van die verweer van provokasie sou die afwesigheid van 'n objektiewe toets daarvoor in bepaalde anomalieë resulteer. 'n Redelike persoon wat sy emosies goed kan beheer, sou dan geen baat kon vind by 'n verweer van provokasie nie en sou byvoorbeeld by die veroorsaking van die dood van 'n ander persoon skuldig bevind word aan moord. Daarenteen sou die emosionele en humeurige persoon se aanspreeklikheid versag word en sou hy slegs skuldig

⁵⁹⁷ *R v Young* (1993) 78 C.C.C. (3d) 538 (N.S.C.A.). Die hof het per geleentheid beslis dat 'n periode van vyf minute van wesenlike belang was om te bepaal of die beskuldigde gehandel het terwyl hy geprovokeer was. Sien ook: *R v Olbey* (1979) 50 C.C.C. (2d) 257 (S.C.C.).

⁵⁹⁸ Op 541 [13].

bevind kon word aan "manslaughter" by die veroorsaking van die dood van 'n ander persoon. Die voorgaande onregverdigte resultaat dui die noodsaaklikheid vir die toepassing van 'n objektiewe toets aan. 'n "Act or insult" wat nie 'n redelike persoon sou provokeer nie, voldoen nie aan die vereiste wat daarvoor gestel is in artikel 232 van die Criminal Code nie.

Mettertyd het die Kanadese Hooggeregshof egter leiding gegee oor die toepassing van die redelike persoon-standaard in gevalle waar provokasie as verweer geopper is. In *Taylor*⁵⁹⁹ was die beskuldigde dronk ten tye van die gebeure waartydens hy dan ook na bewering geprovokeer is. Kerwin R stel dit duidelik in sy uitspraak dat die objektiewe toets by provokasie die volgende behels:

"[The] criterion is the effect on the ordinary person ... The jury is not entitled to take into consideration any alleged drunkenness on the part of the accused."⁶⁰⁰

Dronkenskap word dus nie in ag geneem deur die hof as objektiewe faktor nie. Soortgelyk is daar in *Salamon*⁶⁰¹ 'n objektiewe toets toegepas by 'n verweer van provokasie. In dié saak was die appellant 'n passievolle vryheidsvegter wat aan die 1956 Hongaarse revolusie deelgeneem het. Dit het geblyk dat hy gereeld in verbale konflik met andere gekom het weens sy sieninge, en so ook met die oorledene tydens die aand van die tragiese gebeure. Die appellant het die klere wat die oorledene aangehad het versoek. Sy het geweier waarna die appellant haar aangerand het. Die geveg is deur 'n derde persoon beëindig maar die appellant het kort daarna die oorledene die badkamer ingevolg, en 'n skoot is afgevuur. Die appellant is kort daarna gesien met die rewolwer in sy hand toe hy die badkamer verlaat het.

Die jurie het die appellant se verwere van provokasie en dronkenskap verwerp en hom skuldig bevind aan moord. Die jurie is egter toegelig deur die verhoorregter

⁵⁹⁹ *Taylor v R* [1947] S.C.R.462, 3 C.R. 475, 89 C.C.C. 209 [Ont.].

⁶⁰⁰ Op 471.

⁶⁰¹ *Salamon v R* [1959] S.C.R. 404, 30 C.R. 1, 123 C.C.C. 1, 17 D.L.R. (2d) 685 [Ont.].

om die verweere van provokasie en dronkenskap in twee fases, oftewel vroeë, te oorweeg, naamlik:

- (i) of die redelike persoon van sy selfbeheersing ontnem sou word deur enigiets wat die oorledene gesê of gedoen het; en
- (ii) of die beskuldigde inderdaad deur die oorledene se optrede geïrriteer is.

Verbandhoudend met die eerste vraag is die jurie in *Salamon* aangesê om nie die karakter, agtergrond, temperament of toestand van die beskuldigde in ag te neem nie, in die volgende woorde: **"at this stage you must not consider the character background, temperament or condition of the accused."**⁶⁰² Die voorgaande impliseer dus reeds dat die subjektiewe elemente nie totaal en al buite rekening gelaat sou word nie.

Met betrekking tot die tweede vraag is die jurie dan wel die instruksie gegee om ook die "background, temperament and psychological background" van die beskuldigde te oorweeg. Die jurie is verder ingelig dat sodra daar bevind kon word dat die redelike persoon en ook die beskuldigde, geïrriteer was, hulle ook in ag moes neem hoe dronk die beskuldigde was. Die appèl is vervolgens van die hand gewys.

Die toonaangewende beslissing rekende die toepassing van 'n objektiewe toets by die verweer van provokasie is gelewer in *Wright*.⁶⁰³ Die feite was kortliks dat 'n seun aangekla is van moord op sy vader. Die getuienis in die saak het gesuggereer dat daar probleme in hulle verhouding bestaan het, onder andere dat die vader 'n humeurige en aggressiewe man was wat sy seun by verskeie geleenthede mishandel het. Tot 'n paar dae voor die voorval het die beskuldigde vir 'n tydperk van vyf jaar nie sy vader gesien nie. Die betrokke dag, voor die aand se gebeurte, het die beskuldigde die grootste gedeelte van die dag saam met vriende deurgebring en drank ingeneem. Na 'n argument tussen die twee het die beskuldigde sy vader doodgeskiet. By die beoordeling van die verweer van

⁶⁰² Eie beklemtoning.

⁶⁰³ *Wright v R* [1969] S.C.R. 335, 66 W.W.R. 631, [1969] 3 C.C.C. 258, 2 D.L.R. (3d) 5 [Sask].

provokasie het die hof die relevansie van die aard van die verhouding tussen die beskuldigde en sy vader, sy temperament, asook sy dronkenskap ten tyde van die voorval as nie relevant verwerp. Die hof steun in sy uitspraak sterk op die beslissing gelewer in *Bedder*.⁶⁰⁴ Fauteux R het hom soos volg uitgelaat oor die objektiewe toets:

"While the character, background, temperament, idiosyncrasies, or the drunkenness of the accused are matters to be considered in the second branch of the enquiry, they are excluded from consideration in the first branch. A contrary view would be denude of any sense the objective test."⁶⁰⁵

Die Appèlhowe het verder op provinsiale vlak beslissings gelewer wat strook met die voorgaande riglyne wat neergelê is vir die oorweging van provokasie en die toepassing van die objektiewe toets. In *Clark*⁶⁰⁶ is "morbid jealousy" en "slight mental degeneration" van die beskuldigde byvoorbeeld nie oorweeg as relevant tot die objektiewe toets nie. In dié saak is die appellant aangekla van moord op sy vriendin met wie hy agt jaar lank in 'n verhouding gestaan het. Tydens 'n argument oor haar promiskuïteit het sy aan die appellant gesê dat sy "didn't give a damn" wat hy daarvan dink nie. Dit was te veel vir die appellant en hy het haar doodgeskiet. Die standaard van die objektiewe toets word soos volg deur Smith AR gestel:

"In my opinion the standard or norm of conduct of the reasonable or the average or the normal man is a question to be decided by the trial Judge or the jury, if there is a jury, without reference to any evidence to the effect that a normal person, i.e. one without the background of the appellant, would not have been provoked by the deceased woman's words."⁶⁰⁷

Die meerderheidsuitspraak van die hof was dat die oorledene se seksuele aktiwiteite met ander mans gedurende die agt-jaar-lange verhouding welbekend was aan die appellant. Die optrede en woorde wat deur haar gebruik is was geen

⁶⁰⁴ *Bedder v DPP* [1954] 1 W.L.R. 1119, 38 Cr. App. R. 133, [1954] 2 All E.R. 801.

⁶⁰⁵ Op 340.

⁶⁰⁶ *R v Clark* [1975] 2 W.W.R. 385, 22 C.C.C. (2d) 1, 5 N.R. 601 (Alta. C.A.).

⁶⁰⁷ Op 6.

openbaring aan die appellant nie. Die woorde was geen belediging of "insult" voldoende om 'n "ordinary person" sy selfbeheersing te ontnem nie. Die appèl is gevolglik van die hand gewys.

Die objektiewe toets onder bespreking is voorts bekragtig in *Parnerkar*,⁶⁰⁸ waar die hof bevestig het dat die kulturele en religieuse agtergrond van die appellant nie relevant was by die beoordeling van die objektiewe toets nie. In die saak is die appellant skuldig bevind aan "manslaughter" nadat hy sy vriendin, met wie hy in die huwelik wou tree, doodgesteek het.

Die hofe in Kanada het dus duidelik subjektiewe faktore eie aan die beskuldigde soos dronkenskap, karakter, agtergrond, temperament, aard van die verhouding tussen die betrokke partye, "morbid jealousy", "slight mental degeneration" en kulturele en religieuse agtergrond nie in berekening gebring by die beoordeling van die verweer van provokasie waar die objektiewe toets as maatstaf gebruik is nie.⁶⁰⁹ 'n Uiteens rigiede benadering tot die redelike persoon is dus gevolg. Na die *Camplin*⁶¹⁰ beslissing, 'n nuwe rigtinggewende beslissing in die Engelse reg, waar die hof pertinent beslis het dat individuele faktore van die beskuldigde in ag geneem moet word by die beoordeling van die redelike persoon oftewel die objektiewe toets, het die Kanadese hofe ook 'n nuwe denkrigting ingeslaan. Dit blyk uit die *Daniels*⁶¹¹ beslissing in die Ontario Appèlhof waar Laycraft AR beslis het dat die verhoorregter 'n instruksie aan die jurie moes gee met betrekking tot die objektiewe toets vir provokasie om alle eksterne gebeure wat druk op die beskuldigde uitgeoefen het, in ag te neem. Die Appèlhof stel duidelik die doel van die objektiewe toets asook dat individuele faktore eie aan die appellant in ag geneem moet word wanneer die subjektiewe toets as normatiewe maatstaf aangewend word. Laycraft AR is van mening dat die objektiewe toets geldigheid sou inboet indien die hipotetiese redelike persoon nie getoets word aan al dieselfde gebeure wat druk op die beskuldigde toegepas het

⁶⁰⁸ *R v Parnerkar* 16 C.R.N.S. 347, [1972] 1 W.W.R. 161, 5 C.C.C. (2d) 11 bekragtig op appèl deur die Saskatchewan Court of Appeal in [1974] S.C.R. 449, 21 C.R.N.S. 129, [1973] 4 W.W.R. 298, 10 C.C.C. (2d) 253, 33 D.L.R. (3d) 683.

⁶⁰⁹ Hierdie is nie 'n *numerus clausus* nie.

⁶¹⁰ *DPP v Camplin* [1978] AC 705 (HL).

⁶¹¹ *Daniels v R* [1983] N.W.T.R. 193, 7 C.C.C. (3d) 542, 47 A.R. 149 (C.A.).

nie.⁶¹² Die *Daniels*⁶¹³ beslissing het dus die weg gebaan vir die inkorporering van subjektiewe elemente in die objektiewe toets ter bepaling van provokasie.

Die posisie het egter na 1985 verder verander en daar is weggebreek van die rigiede objektiewe toets vir provokasie ten gunste van 'n meer gesubjektiveerde benadering. In die beslissing in *Hill*⁶¹⁴ het Dixon HR die parameters vir die objektiewe toets soos volg gestel:

"I think it clear that there is a widespread agreement that the ordinary or reasonable person has a normal temperament and level of self-control. It follows that the ordinary person is not exceptionally excitable, pugnacious or in a state of drunkenness.

In terms of other characteristics of the ordinary person, it seems to me that the 'collective good sense' of the jury will naturally lead it to ascribe to the ordinary person any general characteristics relevant to the provocation in question. For example, if the provocation is a racial slur, the jury will think of an ordinary person with the racial background that forms the substance of the insult. To this extent, particular characteristics will be ascribed to the ordinary person. Indeed, it will be impossible to conceptualize a sexless or ageless ordinary person. Features such as sex, age, or race do not detract from a person's characterization as ordinary. Thus, particular characteristics that are not peculiar or idiosyncratic can be ascribed to an ordinary person without subverting the logic of the objective test of provocation. As Lord Diplock wrote in *Camplin* ...

... the 'reasonable man' has never been confined to the adult male. It means an ordinary person of either sex, not exceptionally excitable or pugnacious, but possessed of such powers of self control as everyone is entitled to expect that his fellow citizens will exercise in society as it is today.

⁶¹² Op 554.

⁶¹³ *Daniels v R* [1983] N.W.T.R. 193, 7 C.C.C. (3d) 542, 47 A.R. 149 (C.A.).

⁶¹⁴ *R v Hill* (1985) 51 C.R. (3d) 97 (S.C.C.). Sien feitebespreking hieronder in 3.4.

... the central criterion is the relevance of the particular feature to the provocation in question. With this in mind, I think it is fair to conclude that age will be a relevant consideration when we are dealing with a young accused person."⁶¹⁵

Met die beslissing in *Hill*⁶¹⁶ is dus duidelik goedkeuring verleen aan die *Camplin*⁶¹⁷ beslissing en gevolglike subjektivering van die redelike persoon-toets. Die uitspraak is egter gekritiseer omdat die hof nie beslis het dat dit 'n spesifieke vereiste was dat die jurie die instruksie moes kry om die redelike persoon-toets in die konteks van die saak te plaas nie.⁶¹⁸

3.4 Die subjektiewe toets as normatiewe maatstaf by die verweer van provokasie

Nadat die jurie vasgestel het dat die provokasie voldoende was om die redelike persoon sy selfbeheer te laat verloor, moet daar vasgestel word of die beskuldigde voor die hof, deur middel van die toepassing van die subjektiewe toets, inderdaad deur die optrede ("act or insult") geprovokeer was. Hierdie gedeelte van die toets word subjektief genoem omrede dit beoordeel wat in die denke van die beskuldigde aangegaan het ten tyde van die relevante voorval.⁶¹⁹ Tydens die subjektiewe beoordeling van die beskuldigde se optrede moet die jurie ook in ag neem of die beskuldigde opgetree het as gevolg van die provokasie "on the sudden and before there was time for his passion to cool". Die voorsittende regter sou die jurie dus hier moes herinner om ook die beskuldigde se geestestoestand en temperament in ag te neem.⁶²⁰

⁶¹⁵ Op 114.

⁶¹⁶ *R v Hill* (1985) 51 C.R. (3d) 97 (S.C.C.).

⁶¹⁷ *DPP v Camplin* [1978] AC 705 (HL).

⁶¹⁸ MacIntosh, *Fundamentals of the Criminal Justice System* 2nd Edition 351; Stuart, *Canadian Criminal Law a Treatise* 3rd Edition 496.

⁶¹⁹ In *R v Hill* (1985) 51 C.R. (3d) 97 (S.C.C.) het Dickson HR beslis dat die tweede deel van die toets beskryf kon word as subjektief, naamlik dat "[the] test involves an assessment of what actually occurred in the mind of the accused" (op 115).

⁶²⁰ Stuart & Delisle, *Learning Canadian Criminal Law* 7th Edition 850.

Soos hierbo aangedui het die beslissing in *Hill*⁶²¹ gelewer deur die Kanadese Hooggeregshof finaal die streng objektiewe benadering tot provokasie as verweer verander. In *Hill*⁶²² het die hof duidelik die proses en beginsels ter sprake by die beoordeling van die verweer van provokasie uitgespel. Die feite wat voor die hof gedien het is die volgende:

Gordon James Elmer Hill is aangekla van moord ("first-degree murder") op Verne Pegg. Die staat het aangevoer dat Hill en Pegg 'n homoseksuele verhouding gehad het. Na 'n uitval tussen die twee het Hill besluit om Pegg dood te maak. Hill het toe vir Pegg op die kop geslaan terwyl Pegg in die bed gelê het. Na die hou het Pegg opgestaan en na die badkamer gehardloop om die bloeding te probeer stop. Hill het besef dat sy poging om Pegg te dood onsuksesvol was en hy het daarom twee messe in die kombuis gaan haal en Pegg daarmee doodgesteek.

Hill het 'n ander weergawe oor die gebeure gehad. Hy het twee verweere voor die hof geplaas, naamlik noodweer (selfverdediging) en provokasie. Volgens Hill het hy vir Pegg geken vir 'n periode van ongeveer 'n jaar as gevolg van Pegg se betrokkenheid by die "Big Brother"-organisasie. Hill het getuig dat hy gedurende die aand van die betrokke gebeure die objek was van onwelkome homoseksuele toenadering deur Pegg terwyl hy gelê en slaap het op die bank in Pegg se wooneenheid. 'n Konfrontasie het tussen hulle ontstaan waarna Pegg vir Hill gevolg het na die badkamer en hom gegryp het. Hill het toe 'n handbyl opgetel en dit na Pegg geswaai om hom skrik te maak, maar die byl het Pegg teen die kop getref. Hill het daarna die woning verlaat maar kort daarna teruggekeer. Met sy terugkeer was hy egter deur Pegg gekonfronteer wat gedreig het om Hill dood te maak. Hill het toe twee messe uit die kombuis gaan haal en Pegg daarmee doodgesteek.

Hill is na 'n jaagtog in Pegg se motor deur die polisie gearresteer. Tydens sy arrestasie het hy aanvanklik beweer dat hy Pegg nie ken nie, maar het later aan die polisie 'n verduideliking verskaf wat materieël ooreenstem met die

⁶²¹ *R v Hill* (1985) 51 C.R. (3d) 97 (S.C.C.).

⁶²² *R v Hill* (1985) 51 C.R. (3d) 97 (S.C.C.).

voorgaande.⁶²³ Hill is skuldig bevind aan moord ("second degree murder") en tot lewenslange gevangenisstraf gevonniss. Hy het teen die skuldigbevinding geappelleer. Die belangrikste grond van appèl wat die hof aangehoor het, het betrekking gehad op provokasie. Die regter het na bewering versuim om aan die jurie behoorlike instruksies te gee oor die redelike persoon.

Die instruksies wat die verhoorregter inderdaad aan die jurie gegee het, lui soos volg:

"Provocation may come from actual words or a series of each or a combination of both, and it must be looked at in the light of all the surrounding circumstances.

First, the actual words must be such as would deprive an ordinary person of self-control. In considering this part of the defence **you are not to consider the particular mental make-up of the accused; rather the standard is that of the ordinary person.** You will ask yourselves: Would the words or acts in this case have caused an ordinary person to lose his self-control?

If you find that they were, you will then secondly consider whether the accused acted on the provocation on the sudden before there was time for his passion to cool. **In deciding this question you are not restricted to the standard of the ordinary person. You will take into account the mental, the emotional, the physical characteristics and the age of the accused.**"⁶²⁴

Na die voorgaande oorweeg is moet die jurie verder oorweeg of die beskuldigde dadelik op die provokasie gereageer het terwyl sy emosies nog ontvlam was. Die hof stel dit soos volg:

"The incidents or the words upon which the provocation are based must be contemporaneous words or closely related to the tragedy. The killing must

⁶²³ Die feite van hierdie saak toon bepaalde ooreenkomste met die van die *Moses*-saak (*S v Moses* 1996 (1) SASV 701 (K)), maar nie met die gevolglike uitspraak wat in die saak gelewer is nie.

⁶²⁴ Op 90. Eie beklemtoning.

take place immediately after the acts or words constituting the provocation or so soon thereafter that the accused's passion had not time to cool.

You will also ask yourselves: **Was the provocation such that it would have led a person with the mental and physical condition and the age of the accused to respond in this way?**⁶²⁵

Die Supreme Court of Appeal het bevind dat die verhoorregter se instruksie aan die jurie oor die standaard van die redelike persoon in ooreenstemming was met die vereistes wat gestel word deur die Criminal Code.⁶²⁶ Dickson HR beskryf die "ordinary person" as 'n persoon met 'n normale temperament en selfbeheersing maar sluit die volgende faktore daarvan uit, naamlik "exceptional excitability, pugnaciousness and drunkenness", maar voeg ook by dat "any general characteristics relevant to provocation in question" die redelike persoon toegeskryf kan word. Hier word afgewyk van die *Camplin*⁶²⁷ beslissing deur die voorgaande oor te laat aan die "collective good sence of the jury". Kritiek teen die voorgaande standpunt is dat die jurie soms moeilike besluite hieroor sou moes neem, sonder voldoende leiding oor watter subjektiewe faktore in ag geneem moet word by die beoordeling van provokasie. Die hof het verder bevind dat dit nie nodig was om die jurie instruksies te gee dat die redelike persoon 'n persoon van dieselfde ouderdom en geslag as die beskuldigde beteken nie. Die verhoorhof se skuldigbevinding aan moord is gevolglik heringestel. Die minderheidsuitsprake in die saak is in ooreenstemming met die Engelse *Camplin*⁶²⁸ beslissing deur die House of Lords, naamlik dat die uitsluiting van die ouderdom by die redelike persoon-toets die beskuldigde onder die omstandighede onredelik benadeel het.

Byna 'n dekade ná die beslissing in *Hill*⁶²⁹ het die Hooggeregshof in Kanada weer die geleentheid gekry om die toets vir provokasie te evaluëer in *Thibert*.⁶³⁰

Die feite van dié saak was dat die appellant sy vervreemde vrou genader het om

⁶²⁵ Op 90-91. Eie beklemtoning.

⁶²⁶ Op 114.

⁶²⁷ *DPP v Camplin* [1978] AC 705 (HL).

⁶²⁸ *DPP v Camplin* [1978] AC 705 (HL).

⁶²⁹ *R v Hill* (1985) 51 C.R. (3d) 97 (S.C.C.).

⁶³⁰ *R v Thibert* [1996] 1 S.C.R. 37.

met haar te praat. Nadat hy haar oorreed het om wel met hom te praat, het die oorledene egter op die toneel gearriveer en haar teruggelei na die kantoor. Die appellant het toe sy geweer uit sy voertuig gaan haal in 'n poging om hulle te stop. Die oorledene het uitdagende opmerkings teenoor die appellant gemaak, met die strekking dat hy hom moes skiet, terwyl hy die appellant se vrou heen en weer voor hom geswaai het. Die oorledene het die appellant se instruksies om nie nader te kom nie geïgnoreer, waarop die appellant self terugbeweeg het, sy oë toegemaak en 'n skoot afgevuur het. Die hof het oorweging geskenk aan die bepalings van artikel 232 van die Criminal Code, in besonder die subjektiewe en objektiewe elemente van die verweer van provokasie daarin vervat. Die Hooggeregshof van Kanada het hier beslis dat 'n gemengde toets wat beide subjektiewe en objektiewe elemente insluit, toegepas moet word by die oorweging van die provokasieverweer.⁶³¹ Die hof stel dit soos volg by monde van Cory AR:

"The wrongful act or insult must be one which could, in the light of the past history of the relationship between the accused and the deceased, deprive an ordinary person, of the same age and sex, and sharing with the accused such other factors as would give the act or insult in question a special significance of power of self-control."

Ten spyte van die sogenaamde gemodifiseerde aanslag tot die objektiewe en subjektiewe toets soos uiteengesit in die *Hill*⁶³² beslissing, blyk dit tog dat die hoogste hof in Kanada nie die meer subjektiewe aanslag wil volg wat deur die Engelse hof in die *Camplin*⁶³³ beslissing uiteengesit is nie.⁶³⁴ Die hof blyk van

⁶³¹ Die minderheidsuitspraak deur Major en Iacobucci R was dat daar op die feite van die saak nie voldoen is aan die objektiewe of subjektiewe toets se standaard nie. Dus was daar geen getuienis om die verweer van provokasie enigszins te steun of aan die jurie oor te laat nie. Meer onlangse gesag van *R v Parent* (2001) 1 S.C.R. 761 impliseer die hof se begeerte om die vereistes met betrekking tot "suddenness" strenger toe te pas. Sien: Stuart, "Annotation – *R v Parent* (2001) 41 CR (5th) 200 and W Groman, "Comment: *R v Parent*" (2002) 45 Crim. LQ 412; Klineberg, Anger and intent for murder: The Supreme Court decision in *R v Parent*, *Osgoode Hall Law Journal* [Vol. 41, no. 1] op 38-73.

⁶³² *R v Hill* (1985) 51 C.R. (3d) 97 (S.C.C.).

⁶³³ *DPP v Camplin* [1978] AC 705 (HL).

⁶³⁴ *R v Jackson* (1991) C.C.C. (3d) 385 het die Ontario Appèlhof die gemodifiseerde objektiewe toets aangewend soos dit in die *Hill* beslissing uiteengesit word, om te bepaal of 'n redelike jong volwassene van sy selfbeheersing ontnem sou word deur 'n aanranding wat gepleeg was deur 'n ou vriend en liefdesmaat, in die loop van 'n argument wat die einde van hulle verhouding aangedui het.

oordeel te wees dat die lede van die jurie voldoende in staat is om met die instruksie van artikel 232 van die Criminal Code die redelike persoon, en daarmee saam die objektiewe en subjektiewe toetse, na behore te evalueer en tot 'n sinvolle beslissing te kom. Dus blyk dit dat 'n spesifieke instruksie om sekere subjektiewe faktore soos geslag en ouderdom in berekening te bring, nie nodig is nie.

3.5 Die juridiese relevansie van self-ontlokte provokasie

Die vraag of 'n spesifieke "act or insult" provokasie daarstel, is 'n feitelike vraagstuk soos vervat in artikel 232 (3) van die Criminal Code:

"For the purposes of this section the questions

- (a) whether a particular wrongful act or insult amounted to provocation, and
- (b) whether the accused was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleges he received, are questions of fact, but no one shall be deemed to have given provocation to another by doing anything that he had a legal right to do, or by doing anything that the accused incited him to do in order to provide the accused with an excuse for causing death or bodily harm to any human being."

Artikel 232 (3) stipuleer duidelik dat geeneen geag word geprovokeer te kon wees deur 'n handeling wat 'n ander persoon regmatig kon uitvoer nie. Die artikel maak ook voorsiening daarvoor dat wanneer die beskuldigde die slagoffer uitgelok of aangehits het om 'n handeling te pleeg wat provokasie daarstel, die beskuldigde hom nie later op hierdie provokasie van die slagoffer kan beroep indien hy as gevolg van hierdie provokatiewe handeling die slagoffer gedood het nie.

Daarbenewens bepaal artikel 232 (4) van die Criminal Code dat 'n persoon wat onregmatig gearresteer is, nie kan staatmaak op die verweer van provokasie waar

Maar tydens appèl het die Appèlhof nie die aangeleentheid enigsins aangespreek nie. Die vraag word gevra of die Supreme Court of Appeal nie hier weer die geleentheid gehad het om die *Camplin* beslissing te volg nie. Sien ook: N. Kathleen Banks, "The 'Homosexual Panic' Defence in Canadian Criminal Law", (1997) 1 C.R. (5th) 371.

so 'n persoon 'n oortreding van strafbare manslag gepleeg het nie. Die voorgaande artikel voorsien egter wel dat 'n persoon hom op provokasie kan beroep in omstandighede waar die onregmatigheid van die arrestasie voor die tyd reeds aan die arresterende persoon bekend was. Die voorgaande twee artikels word egter nie geredelik gebruik in die Kanadese reg nie. Daar moet egter in gedagte gehou word dat provokasie nie 'n algemene verweer in die Kanadese reg is nie, maar slegs aangewend word om moord na strafbare manslag ("manslaughter") te verminder.⁶³⁵

3.6 Proporsionaliteit

Die weerwraak of geprovokeerde optrede moet proporsioneel wees tot die provokatiewe insident. In *Mancini*⁶³⁶ het die hof gesê dat selfs wanneer die persoon "out of control" was moes die vergeldingsoptrede in verhouding wees met die provokatiewe insident.

In *Phillips*⁶³⁷ word die beginsel op bykans dieselfde wyse uiteengesit, as in die delikte reg, deur Lord Diplock, waar hy dit soos volg stel:

"This premise, [that there is no intermediate stage between icy detachment and going berserk] unless the argument in purely semantic, must be based upon human experience and is, in their Lordships' view, false. The average man reacts to provocation according to its degree with angry words, with a blow of the hand, possibly if the provocation is gross and there is a dangerous weapon to hand, with that weapon."⁶³⁸

Wanneer 'n beskuldigde dus in noodweer of selfverdediging opgetree het, het die provinsiale Appèlhowe in Kanada aanvaarding verleen aan die gemeenregtelike gedeeltelike verweer op moord, waardeur "excessive force" 'n skuldigbevinding

⁶³⁵ MacIntosh, *Fundamentals of the Criminal Justice System* 2nd Edition 352.

⁶³⁶ *Mancini v DPP* [1941] 3 All E.R. 372, [1942] A.C. 1 at 9 (H.L.).

⁶³⁷ *Phillips v R* [1969] 2 A.C. 130 (P.C.).

⁶³⁸ Op 137-138.

aan moord na een van "manslaughter" kan verander.⁶³⁹ Die regters het meestal die Australiese gesag in dié verband gevolg. In *Fraser*⁶⁴⁰ word hierdie benadering soos volg saamgevat:

"The Australian High Court has therefore held that the qualified defence of excessive force operates as does the defence of provocation. The effect of the defence is not to negativate the intention to kill or to cause injury but to hold that an intent to kill or injure, when force is permissible, is less morally culpable than the intent to kill or injure recklessly under the circumstances."⁶⁴¹

Die Hooggeregshof van Kanada het egter hierdie denkrigting finaal die nekslag toegedien met die beslissing gelewer in *Faid*.⁶⁴² Die hof het in *Faid*⁶⁴³ proutuit beslis dat "excessive force" ter selfverdediging nie as verweer in die Kanadese reg erken word nie en ook nie moord na "manslaughter" kan verminder nie. Die beginsel word duidelik deur Dixon R geformuleer:

"The position ... that there is a 'half-way house' outside s. 34 of the Code is, in my view, inapplicable to the Canadian codified system of criminal law, it lacks any recognizable basis in principle, would require prolix and complicated jury charges and would encourage juries to reach compromise[d] verdicts to the prejudice of either the accused or the Crown. Where a killing has resulted from the excessive use of force in self-defence, the accused loses the justification provided under s. 34. There is no partial justification open under the section."⁶⁴⁴

Die gedeeltelike verweer van "excessive force" ter selfverdediging op 'n aanklag van moord is later in die land van sy oorsprong deur die Australiaanse

⁶³⁹ *R v Deegan* [1979] 6 W.W.R. 97, 49 C.C.C. (2d) 417, 17 A.R. 187 (Alta. C.A.); *R v Fraser* (1980) 19 C.R. (3d) 193 (Alta. C.A.); *Gee v R* [1983] 1 W.W.R. 289, 29 C.R. (3d) 347.

⁶⁴⁰ *R v Fraser* (1980) 19 C.R. (3d) 193 (Alta. C.A.).

⁶⁴¹ Op 218.

⁶⁴² *R v Faid* [1983] 33 C.R. (3d) 1 (S.C.C.).

⁶⁴³ *R v Faid* [1983] 33 C.R. (3d) 1 (S.C.C.).

⁶⁴⁴ Op 8.

Hooggeregshof in die saak van *Zecevic v D.P.P.*⁶⁴⁵ verwerp omrede dit te gekompliseerd geraak het om aan die jurie te verduidelik.

4. KONKLUSIE

Die Engelse en Kanadese reg toon bepaalde ooreenkomste asook verskille met betrekking tot provokasie. Beide wend die verweer van provokasie aan as 'n "partial defence" tot moord, met die doel om moord na manslag ("manslaughter") te verander, ten einde die verpligte vonnis van lewenslange gevangenisstraf vir moord vry te spring.

Beide regstelsels het beweeg van 'n streng konserwatiewe aanslag teenoor die redelike persoon en die objektiewe toets daarvoor, tot 'n meer gesubjektiveerde aanslag. Ná die *Camplin*⁶⁴⁶ beslissing het die Engelse howe egter die subjektiewe toets as normatiewe maatstaf in meer duidelike terme verfyn. Die Kanadese howe het nie veel wegbeweeg van die meer rigiede toepassing van die redelike persoon-toets nie, en die getipeerde toonaangewende beslissing van *Hill*⁶⁴⁷ het bitter weinig aan die posisie verander. Die Kanadese Hooggeregshof wou nie ten gunste van bepaalde instruksies wat aan 'n jurie gegee moet word oor die inagneming van geslag en ouderdom by die redelike persoon beslis nie.

Waar die Homicide Act van 1957 in Engeland alle diskresie van die voorsittende regter ontnem het om te besluit of die verweer van provokasie by die jurie gelaat moet word al dan nie, sien die posisie in die Kanadese reg weereens ietwat anders daaruit. Wanneer die verhoor in Kanada deur 'n jurie hanteer word, maak die verhoorregter eers 'n bepaling op die regsaspekte of daar voldoende getuienis is om die verweer van provokasie voor die jurie te plaas. In *Parnerkar*⁶⁴⁸ beslis die Kanadese Hooggeregshof by monde van Hall AR die volgende:

⁶⁴⁵ *Zecevic v DPP* (1987) 61 A.L.J.R. 375. Sien bespreking deur D.J. Lanham, "Death of a Qualified Defence?" (1988), 104 L.Q. Rev. 239.

⁶⁴⁶ *DPP v Camplin* [1978] AC 705 (HL).

⁶⁴⁷ *R v Hill* (1985) 51 C.R. (3d) 97 (S.C.C.).

⁶⁴⁸ *Parnerkar v R* (1973) 10 C.C.C. (2d) 253 (S.C.C.). Die feite was kortliks dat die appellant skuldig bevind was aan "manslaughter" nadat hy sy vriendin met wie hy in 'n huwelik belanggestel het, doodgesteek het. Die getuienis van die oorledene se seun was dat sy moeder op die huweliksvoorstel gereageer het deur niks te sê nie, daarna te lag en toe te sê dat sy nie wou nie aangesien die appellant 'n swart persoon was. Uit die getuienis het dit geblyk dat die appellant

"If, then, the record is denuded of any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 203(3)(a) and (b) [s. 215], it is then, as a matter of law, within the area exclusively reserved to the trial Judge to so decide and his duty to refrain from putting the defence of provocation to the jury."⁶⁴⁹

Ives⁶⁵⁰ doen die volgende hervormingsvoorstelle vir die hantering van die verweer van provokasie aan die hand.

Eerstens word daar voorgestel dat die frase "wrongful act or insult" vervang word met "unlawful act" om sodoende die trefwydte van optrede wat provokasie sou uitmaak, te verminder. Die voorgaande benadering sou geregverdig kon word op die basis dat nie "insult" alleen of "lawful conduct" ooit voldoende behoort te wees om die gebruik van dodelike geweld selfs gedeeltelik te verskoon nie. 'n Verdere voorstel sou wees om die frase "wrongful act or insult" te vervang met "act or statement". Met hierdie benadering word gepoog om nie enige addisionele beperkinge op die tipe woorde of optrede te plaas wat regsgeldig provokasie kan uitmaak nie. Roach⁶⁵¹ is van oordeel dat 'n ander benadering sou wees om die vereiste te wysig en sodoende sekere handeling en "insults" te beskou as handeling en "insults" wat nie provokasie uitmaak nie.

Tweedens, wat die "ordinary person test" aanbetref word voorgestel dat dit gedefiniër word om sodoende voorsiening te maak vir die gemengde

aanvanklik geen reaksie op die voorgaande opmerkings getoon het nie. 'n Rukkie later, nadat sekere briewe wat die appellant geskryf het deur die oorledene opgeskeur is, het die tragiese gebeure plaasgevind.

⁶⁴⁹ Op 256. Die voorgaande beginsel word in *R v Squire* [1977] 2 S.C.R. 13. bevestig deur die Hooggeregshof van Kanada. In *Squire* was die appellant 'n polisieman skuldig bevind aan moord. Hyself en twee mede-polisieede het gedurende die verloop van die aand 'n groot hoeveelheid drank ingeneem by verskillende kuierplekke en het ook by elke kuierplek konfrontasie met lede van die publiek uitgelok. Ten einde laaste het die appellant na 'n fisiese geveg wat by een van die kuierplekke met die oorledene uitgebreek het en waar hy weereens die aggressor was, die oorledene vyf keer met sy vuurwapen geskiet. Die hof by monde van Spence R het bevind dat daar geen provokasie was wat aan die jurie voorgehou kon word nie.

⁶⁵⁰ Ives, *Partial Defences to Murder in Canadian Criminal Law – Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility (Murder and Related Issues: An Analysis of the Law in Canada – Report for The Law Commission)* 2005 op 73-84.

⁶⁵¹ Roach, *Provocation and Mandatory Life Imprisonment* (1998) 41Crim. LQ 273 op 274.

subjektiewe-objektiewe toets soos in *Thibert*⁶⁵² aangeneem. Kritiek wat hierteen gelug kan word is dat dit die deure sou oopgooi vir 'n uitgebreide reeks persoonlike karaktertrekke, insluitende kultuur, wat in ag geneem moet word om te bepaal of die "ordinary person" deur die "act or insult" geïmpulseer was. 'n Alternatiewe benadering wat voorgestel word, is dat sekere egalitiese beginsels geïnkorporeer word in die definisie van die "ordinary person". 'n "Ordinary person" sou dan gedefiniër word as 'n persoon wat byvoorbeeld nie seksisties, homofobies of rassisties is nie.

Derdens word daar voorgestel dat die vereiste van "on the sudden" en "before his passions had time to cool" vervang word met die vereiste dat die beskuldigde gehandel het "while provoked". Die regverdiging hiervoor sou wees dat met die verloop van tyd humeure somtyds meer opvlam, eerder as wat dit afkoel; asook dat elke persoon anders op provokasie reageer. Die voordeel wat so 'n wysiging kon inhou is dat die verweer meer geredelik aan mishandelde persone beskikbaar sou wees, in besonder met betrekking tot vroue wat met geweld reageer op 'n episode van geweld en provokasie.

Kritiek wat volgens die skrywer teen die voorgaande argumente aangevoer kan word is dat wanneer die redelike persoon ("ordinary person") by wyse van definisie vasgestel word, sy redelikheid of gematigdheid tot 'n groot mate ingeboet word. Die vraag ontstaan oor welke grense dan sal bepaal word met betrekking tot watter eienskappe alles die redelike persoon toegedaan kan word. Die wysiging na "while provoked" laat die argumente buite rekening wat relevant is by kumulatiewe provokasie. Vroue uit mishandelde verhoudings wat uit selfverdediging optree, behoort nie die reg van 'n onvoorwaardelike vryspraak ontnem te word teenoor slegs 'n gedeeltelike verweer van provokasie wat sou lei tot 'n skuldigbevinding aan manslag nie. 'n Laaste vraag wat hier na vore tree is hoe die tydspek van "while provoked" gedefiniër of begrens sal word.

In hierdie hoofstuk is 'n regsvergelykende perspektief op provokasie as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid gebied met verwysing na die

⁶⁵² *R v Thibert* [1996] 1 S.C.R. 37.

hantering daarvan deur die Engelse en Kanadese regstelsels. Met betrekking tot beide die Engelse en Kanadese reg is 'n kort oorsig gegee vir die rede van die bestaan van die verweer van provokasie as "partial defence". Daarna is 'n oorsig gegee met betrekking tot die geskiedkundige ontwikkeling van die provokasieverweer in die Engelse en Kanadese reg onderskeidelik. In die Engelse reg is die posisie voor 1957 bespreek asook die posisie na die uitvaardiging van die Homicide Act van 1957 met betrekking tot die toepassing van die verweer van provokasie.

Hierna is die toepassing van die objektiewe en subjektiewe toetse by die beoordeling van die verweer van provokasie bespreek met die gepaardgaande problematiek en ontwikkeling daaraan verbonde. In die Engelse reg is die juridiese relevansie van self-ontlokte provokasie asook kumulatiewe provokasie bespreek, terwyl die juridiese relevansie by self-ontlokte provokasie en proporsionaliteit en die invloed van "excessive force" op die provokasieverweer in die Kanadese reg op soortgelyke wyse bespreek is.

HOOFSTUK VIER

SAMEVATTING EN AANBEVELINGS

1. SAMEVATTING

1.1 Hoofstuk Een

Die skrywer het in die eerste hoofstuk sekere sleutelbegrippe omskryf en definisies verskaf ten einde begripsverwarring te voorkom.

In die hoofstuk is die sentrale teoretiese stelling ook geformuleer, naamlik dat:

die ware en fundamentele aard van die strafregtelike verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid duidelik onderskeibaar is van gesonde outomatisme, en hom leen tot 'n toenemend populêre verweer, weens 'n algemene ontoerekeningsvatbaarheidsmaatstaf. Dié problematiek behoort deur die Suid-Afrikaanse strafhowe sinvol ondervang te word op 'n suiwer juridiese grondslag.

Die skrywer is na die afloop van hierdie studie in staat om die stelling te verifieër.

Verder is die navorsingsdoel geïdentifiseer as die ondersoek na die ontstaan en ontwikkeling van ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer, asook om die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as juridiese probleemveld in perspektief te plaas. Die skrywer het ook gepoog om die probleemstelling in die bespreking te ondervang. Ten slotte het die skrywer deur die navorsingsprogram 'n oorsig verskaf van die inhoudelike konteks in opeenvolgende hoofstukke.

1.2 Hoofstuk Twee

Toerekeningsvatbaarheid, spesifiek nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, het in die hoofstuk onder die volle soeklig gekom. Die howe se ontwikkeling, verfyning en toepassing van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, in besonder die Appèlhof, het hier onder bespreking gekom. Verder is die subjektiewe en objektiewe toets by die beoordeling van provokasie bespreek.

In besonder is die volgende aspekte verder krities bespreek:

- Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid onderskei van patologiese ontoerekeningsvatbaarheid;
- Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid onderskei van outomatisme;
- Die rol van amnesie by die bepaling van toerekeningsvatbaarheid;
- Die bewyslas oor die algemeen, asook by patologiese- en nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, sowel as by amnesie;
- Die rol van die deskundige getuie by die beoordeling van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.

Die hoofstuk is verder gewy aan 'n bespreking van noodweer in vergeleke met "battered woman syndrome" en kumulatiewe provokasie en 'n kort bespreking van die rol wat toerekeningsvatbaarheid speel by vonnis.

1.3 Hoofstuk Drie

In dié hoofstuk is 'n regsvergelende studie van provokasie as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as strafregtelike verweer in die Engelse en Kanadese regstelsels gedoen. Met betrekking tot beide Engeland en Kanada is die oorsaak, ontstaan en ontwikkeling van die provokasieverweer oorsigtelik bespreek. Ook is 'n uiteensetting gegee van die subjektiewe en objektiewe toets as normatiewe maatstaf by die beoordeling van 'n verweer van provokasie, met die geleidelike ontwikkeling daarvan in beide die Engelse en Kanadese reg. Self-ontlokte provokasie, kumulatiewe provokasie en proporsionaliteit is ook

onderskeidelik bespreek met betrekking tot die hantering daarvan in beide regstelsels.

Die skrywer het verder gepoog om die belangrikheid aan te dui van bepaalde ooreenkomste en verskille van die verweer van provokasie en die hantering daarvan in die Engelse en Kanadese reg, met betrekking tot die Suid-Afrikaanse reg.

2. AANBEVELINGS

Provokasie, emosionele skok of spanning en dronkenskap as oorsaak van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid word in die Suid-Afrikaanse reg erken as 'n volkome verweer op 'n kriminele aanklag. Hoewel dronkenskap egter tot 'n mate deur die maatreëls van Artikel 1 van die Strafwysigingswet 1 van 1988 ondervang word, is dit nie die geval by provokasie of ekstreme emosionele toestande nie.

Met die formulering van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in *Laubscher* en na die sukses wat die beskuldigde in *Arnold* gehad het met die aanvoer van 'n verweer van provokasie was dit net 'n kwessie van tyd voordat die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid deur beskuldigdes in strafsake aangevoer sou word. Met die verdere suksesvolle gebruik van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in *Wiid* en *Moses* is die weg gebaan vir die populêre verweer wat 'n persoon skotvry kon kry, selfs op 'n aanklag van moord. Die howe was genoodsaak, soos ook blyk uit die studie, om die populariteit van die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid hok te slaan. Dit was gedoen deur progressief hoër vereistes te stel vir die suksesvolle aanvoer van die verweer.

Met die hoogtepunt bereik met die saak van *Eadie* was dit duidelik dat die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid met versigtigheid benader moes word en nie maklik sou slaag nie. Dit bly egter onseker watter van die progressiewe vereistes gestel vir 'n geslaagde beroep op die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid steeds van toepassing is. Dit blyk dat daar

nie eensgesindheid is oor of die aanhoor van deskundige getuienis 'n vereiste is, alvorens daar 'n geslaagde beroep op 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid kan wees nie. Dit blyk ook dat daar onsekerheid bestaan oor die bewyslas wat geld by 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. Daar bestaan 'n duidelike onvermoë by die howe om 'n onderskeid te maak tussen nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en "gesonde" outomatisme en word dit met tye as een en dieselfde verweer geag.

Dit word aan die hand gedoen dat die beslissing gelewer in *Eadie* deur die Hoogste Hof van Appèl gevolg moet word met betrekking tot die riglyne daarin neergelê wanneer dit kom by die beoordeling van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid. Hierdie riglyne is die volgende:

- Dat die beskuldigde wat 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid opper 'n basis daarvoor moet lê.
- Dat die getuienis wat die basis van die verweer moet lê, van deskundige aard moet wees.
- Dat getuienis ter ondersteuning vir 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid met versigtigheid beoordeel moet word.
- Dat die finale besluit met betrekking tot die toerekeningsvatbaarheid van die beskuldigde, in aggenome alle feite van die saak, deskundige getuienis wat aangebied is, asook die optrede van die beskuldigde ten tyde van die relevante periode, uitsluitlik by die hof berus.
- Dat die objektiewe toets gebruik moet word om toerekeningsvatbaarheid te bepaal. Beperkte subjektiewe faktore mag wel hier in aanmerking geneem word, maar leiding deur die Appèlhof en innoverende wetgewing sal nodig wees om die aard en omvang daarvan te bepaal.

Die bestaansreg van provokasie as volkome verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg wat strafregtelike aanspreeklikheid uitsluit word nie ondersteun deur Bergenthuin en Snyman nie. Hulle huldig die opinie dat provokasie bloot as strafversagende faktor in ag geneem behoort te word. Soos blyk uit die studie is die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid, waar dit met sukses

aangevoer was, gebaseer op foutiewe interpretasie of gebrekkige toepassing van die beginsels ter sprake by toerekeningsvatbaarheid.

Deur die toepassing van 'n streng objektiewe toets tesame met die navolging van die riglyne soos neergelê in *Eadie* by die bepaling van toerekeningsvatbaarheid en die beoordeling van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid sal ongemotiveerde en swak beslissings soos dié gelewer in *Moses* en *Wiid* uitgeskakel kan word.

Die vraag ontstaan, moet nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid steeds as volkome verweer erken word in die Suid-Afrikaanse strafreg? Volgens die skrywer behoort die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid nie 'n volkome verweer te wees wat strafregtelike aanspreeklikheid uitsluit nie. Dit kan wel soos provokasie of verminderde toerekeningsvatbaarheid in ag geneem word as strafversagende faktor by vonnisoplegging. Hierdie standpunt word ondersteun deur die Engelse en Kanadese reg by die beoordeling van die verweer van provokasie.

3. RUIMTE VIR VERDERE NAVORSING

Tydens die navorsing het dit geblyk dat daar leemtes bestaan asook ruimte vir verdere navorsing met betrekking tot die volgende aspekte:

- Verpligte behandelingsprogramme as voorwaarde by vonnisoplegging by verminderde toerekeningsvatbaarheid.
- Watter deskundige getuienis, asook die aard en omvang daarvan, noodsaaklik sou wees by die beoordeling van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid .
- Die omvang van die basis wat gelê moet word by die beoordeling van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.

- Watter subjektiewe faktore in ag geneem kan word by die toepassing van die objektiewe toets as normatiewe maatstaf by die beoordeling van 'n verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid.
- Bestaansreg van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as volkome verweer in die Suid-Afrikaanse strafreg.
- Kan 'n persoon wat suksesvol die verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid aangevoer het sonder enige sanksie van professionele behandeling weer met veiligheid in die gemeenskap teruggeplaas word?

Bibliografie

Artikels

- Ashworth, A. (1976) The Doctrine of Provocation. *Cambridge Law Journal*, 35: 292-294..... 130, 133
- Baker, B.M. (1998) Provocation as a Defence for Abused Women Who Kill. *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, XI(1): 193-211 121, 123
- Blackbeard, M. (1996) Epilepsy and criminal liability. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 9(2): 191-210 79
- Boister, N. (1997) General Principles of Liability. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 10(3): 315-318 99
- Burchell, E.M. (1964) Provocation: Subjective or Objective. *The South African Law Journal*, 81: 27-29 60
- Burchell, J. (1995) Non-pathological incapacity – evaluation of psychiatric testimony. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 8(1): 37-42..... 109, 110
- Burchell, J. (2001) Unravelling compulsion draws provocation and intoxication into focus. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 14(3): 363-372..... 70
- Carstens, P.A. & Le Roux, J. (2000) The defence of non-pathological incapacity with reference to the battered wife who kills her abusive husband. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 13(2): 180-189..... 38, 107
- Crump, A. (1987) Wife battering. *Tydskrif vir Suid-Afrikaanse Strafrecht en Kriminologie*, 11(3): 231-241 120
- Gough, S. (1999) Taking the Heat out of Provocation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 19: 481-493 131, 132
- Hoctor, S. (2000) Amnesia and criminal responsibility. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 13(3): 273-287 95, 99
- Hoctor, S. (2001) Road Rage and Reasoning about Responsibility. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 14(2): 195-205..... 95
- Klineberg, J. (2002) Anger and intent for murder: The Supreme Court decision in *R v Parent*. *Osgoode Hall Law Journal*, 41(1): 38-73 177
- Labuschagne, J.M.T. (1978) Strafregtelike aanspreeklikheid van kinders. *Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg*, 3: 250-267..... 42
- Labuschagne, J.M.T. (1993) Strafregtelike aanspreeklikheid van kinders: Geestelike of Chronologiese ouderdom? *The South African Law Journal*, 110: 148-152..... 44
- Le Roux, J. (2000) Criminal liability and the defence of non-pathological or insane automatism – true amnesia distinguished from psychogenic amnesia – mere loss of temper distinguished from loss of cognitive mental function – *S v Henry* 1999 (1) SACR 13 (A). *De Jure*, 33: 190-193..... 85
- Le Roux, J. (2002) Strafregtelike aanspreeklikheid en die verweer van tydelike niepatologiese ontoerekeningsvatbaarheid – verlies van konatiewe geestesfunksie onderskei van blote verlies van humeur. *Tydskrif vir hedendaagse Romeins-Hollandse Reg*, 65(3): 478-481 7, 29, 35, 87, 95, 116
- Louw, R. (2001) *S v Eadie*: Road Rage, Incapacity and Legal Confusion. *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 14(2): 206-216 63, 69, 88, 92, 94
- Louw, R. (2003) *S v Eadie*: The end of the road for the defence of provocation? *Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging*, 16(2): 200-206..... 69

Löwenstein, L.F. (2001) Automatism: Psychological and Legal Aspects. Justice of the peace, 165(15): 284-288	24
Meintjes-Van Der Walt, L. (2002) Making a muddle into a mess?: The Amendment of s78 of the Criminal Procedure Act. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging, 15(2): 242-249	78, 113
Paizes, A. (1988) Intoxication through the looking-glass. The South African Law Journal, 105(4): 776-788.....	53, 54
Pather, S. (2002) Provocation: Acquittals provoke a rethink. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging, 15(3): 337-352.....	61, 62, 64, 70, 71
Plomp, J. (1983) Die Psigiater en die Vasstelling van Toerekeningsvatbaarheid. Tydskrif vir Regswetenskap, 8(2): 154-161	104, 105
Reddi, M. (2005) Battered woman syndrome: Some reflections on the utility of this 'syndrome' to South African women who kill their abusers. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging, 18(3): 259-278.....	120, 123
Reddi, M. (2005) General Principles. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging, 18(3): 335-341	122
Roach, K. (1998) Provocation and Mandatory Life Imprisonment. Criminal Law Quarterly, 41: 273-274.....	182
Schmidt, C.W.H. (1973) Laying the Foundation for a Defence of Sane Automatism. The South African Law Journal, 90(4): 329-334.....	111
Scoble, C.N. (1963) Amnesia, Automatism and Insanity. The South African Law Journal, 79: 338-346	20
Snyman, C.R. (1981) Die Invloed van die Engelse en die Duitse reg op die Suid-Afrikaanse Strafrecht. De Jure, 14(1): 68-78.....	128
Snyman, C.R. (1985) Is there such a defence in our criminal law as 'emotional stress'? The South African Law Journal, 102(2): 240-251	62
Snyman, C.R. (1989) Die Verweer van nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid in die strafreg. Tydskrif vir Regswetenskap, 1: 1-15.....	35, 80
Snyman, C.R. (1991) Provokasie as 'n volkome verweer in die Strafrecht. April Consultus: 35-38	6
Songca, R. & Le Roux, J. (2004) The evidence of young children: Establishing the truth in South African criminal courts. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging, 17(3): 310-324.....	41
Strauss, S.A. (1959) Opmerkings oor toorn as faktor by die vasstelling van Strafrechtelike Aanspreeklikheid. Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg, 22: 14-26.....	7
Strauss, S.A. (1995) Nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid as verweer in die Strafrecht: 'n Nuwe uitdaging vir deskundige, mediese getuies. South African Practice Management, 16(4): 14-15, 34.....	11, 104
Van Der Merwe, D.P. (1983) Die Begrip Verminderde Toerekeningsvatbaarheid en die Implementering daarvan. Tydskrif vir Regswetenskap, 2: 172-181	18
Van Oosten, F.F.W. (1993) Non-pathological Criminal Incapacity versus Pathological Criminal Incapacity. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging, 6(2): 127-147	11, 38, 79, 80, 107, 113
Van Rensburg, P.H.J.J. & Verschoor, T. (1989) Medies-Geregtelike aspekte van Amnesie. Tydskrif vir Regswetenskap, 14(2): 40-55	95, 96, 97
Wasik, M. (1982) Cumulative Provocation and Domestic Killing. Criminal Law Report, 29.....	123, 153

Wolhuter, L. (1996) Excuse them though they do know what they do – the distinction between justification and excuse in the context of battered women who kill. Suid-Afrikaanse Tydskrif vir Strafrechtspleging, 9: 151-166..... 122

Boeke

- Ashworth, A. 2006. Principles of Criminal Law 5th Edition. New York. Oxford University Press 142, 147, 149
- Brookbanks, Psychiatry and the Law, Clinical and Legal Issues 112
- Burchell, E.M. & Hunt, P.M.A. 1983. South African Criminal Law and Procedure Vol 1 General Principles of Criminal Law. Kaapstad. Juta..... 39, 42, 43, 64
- Burchell, J. & Milton, J. 1997. Principles of Criminal Law 2nd Edition. Kaapstad. Juta 70, 71
- Burchell, J. 2005. Principles of Criminal Law 3rd Edition. Kaapstad. Juta, 8, 15, 60, 64, 71, 81, 82, 119, 120, 122, 123, 160
- Card, R. 1990. Card Cross & Jones Criminal Law 12th Edition. London. Butterworths..... 21, 129, 136, 142, 144
- Clarkson, C.M.V. & Keating, H.M. 2003. Criminal Law: Text and Materials 5th Edition. London. Sweet & Maxwell 129, 143
- De Wet, J.C. & Swanepoel, H.L. 1985. Strafrecht 4^{de} Uitgawe. Durban. Butterworths 6, 9, 15, 30, 41, 57, 58, 61, 81
- Du Toit, E. 1981. Straf in Suid-Afrika. Kaapstad. Juta & Kie 6
- Herring, J. 2004. Criminal Law Text, Cases and Materials. New York. Oxford University Press 129
- Hiemstra, V.G. 1987. Suid-Afrikaanse Strafrechtsproses 4de Uitgawe. Durban. Butterworths..... 111, 112
- Hoffmann, L.H. & Zeffertt, D.T. 1989. The South African Law of Evidence 4th Edition. Durban. Butterworths 39, 82
- Joubert, W.A. 2004. The Law of South Africa 2nd Edition. Durban. Butterworths.... 8
- Knafla, L.A. 1981. Crime and Criminal Justice in Europe and Canada. Waterloo, Ontario, Canada. Wilfrid Laurier University Press 158
- Kriegler, J. & Kruger, A. 2002. Hiemstra – Suid-Afrikaanse Strafrechtsproses 6^{de} Uitgawe. Durban. Butterworths..... 39, 76, 82, 106, 111, 112
- MacIntosh, D.A. 1995. Fundamentals of the Criminal Justice System 2nd Edition. Ontario. Carswell 173, 179
- Mewett, A.W. & Manning, M. 1994. Mewett & Manning on Criminal Law 3rd Edition. Toronto, Vancouver. Butterworths 158, 159, 160
- Mitchell, S. & Richardson, P.J. 1988. Archbold – Pleading, Evidence and Practice in Criminal Cases 43rd Edition. London. Sweet & Maxwell 136, 147
- Murphy, P. 1991. General Defence. Blackstone’s Criminal Practice 2nd Edition. London. Blackstone 21
- Pink, J.E. & Perrier, D.C. 1999. From Crime to Punishment 4th Edition. Ontario. Carswell 159
- Reed, A. & Seago, P. 1999. Criminal Law. London. Sweet & Maxwell 122, 135, 154, 156
- Robinson, J.A. 1997. The law of children and young persons in South Africa. Durban. Butterworths..... 39, 41, 43
- Sadock, B.J. & Sadock, V.A. 2003. Kaplan & Sadock's: Synopsis of Psychiatry 9th Edition. Philadelphia. Lippincott Williams & Wilkins..... 95, 97
- Saunders, R.P. & McMunagle, J. 2002. Criminal Law in Canada: An Introduction to the Theoretical, Social and Legal Contexts – Cases, Notes and Materials 4th Edition. Toronto, Ontario. Carswell 163

Schmidt, C.W.H. & Rademeyer, H. 2000. Bewysreg 4 ^{de} Uitgawe. Durban. Butterworths.....	6, 39, 82, 101, 103
Schwikkard, P.J. 2005. Principles of evidence 2nd Edition. Kaapstad. Juta.....	82
Seago, P. 1989. Criminal Law 3rd Edition. London. Sweet & Maxwell.....	136, 152
Snyman, C.R. 1999. Strafrege 4 ^{de} Uitgawe. Durban. Butterworths	6, 8, 59, 61, 62, 64, 81, 107, 112, 119, 124, 160
Strauss, S.A. 1991. Doctor, Patient and The Law – A Selection of Practical Issues 3 rd Edition. Pretoria. Van Schaik.....	103, 107
Stuart, D. & Delisle, R.J. 1999. Learning Canadian Criminal Law 7th Edition. Scarborough, Ontario. Carswell.....	163, 173
Stuart, D. 1995. Canadian Criminal Law A Treatise 3rd Edition. Scarborough, Ontario. Carswell.....	164, 165, 166, 173
Tollefson, E.A. & Starkman, B. 1993. Mental Disorder in Criminal Proceedings. Canada. Carswell.....	159
Verschoor, T. 1986. Misdaad, Verweer en Straf. Durban. Butterworths.....	102

Doktorale Proefskrifte

Bergenthuin, J.G. 1985 Provokasie as verweer in die Suid-Afrikaanse Strafrege. Doktorale Proefskrif. Pretoria: Universiteit van Pretoria.....	19, 30, 55, 64, 65, 121, 131, 133, 135, 150, 151
De Villiers, D.S. 1988 Strafregetelike verantwoordelikheid van kinders. Doktorale Proefskrif. Pretoria: Universiteit van Pretoria.....	41
Du Plessis, J.R. 1986 The Law of Culpable Homicide in South Africa. Doktorale Proefskrif. Durban: Rhodes Universiteit.....	7, 33, 65
Kruger, A. 1972 Kante van Imputasie in die Nederlandse en Suid-Afrikaanse Strafrege. Doktorale Proefskrif. Leiden.	7
Lambrechts, H. 2005 'n Ondersoek na nie-patologiese ontoerekeningsvatbaarheid en die regverdiging vir die voortbestaan van gesonde outomatisme en aanverwante verwere in die Suid-Afrikaanse strafrege. Doktorale Proefskrif. Bloemfontein: Universiteit van die Vrystaat.....	7, 12, 14, 20, 24, 25
Le Roux, J. 1994 Gewelddsmisdade binne huweliksverband, Doktorale Proefskrif. Pretoria: Universiteit van Pretoria.....	120
Verschoor, T. 1980 Die Strafregetelike Verantwoordelikheid van die Psigopaat en ander Analoë Figure. Doktorale Proefskrif. Pretoria: Universiteit van Pretoria....	9, 20

Verslae

Die Verslag van die Kommissie van Ondersoek na toerekeningsvatbaarheid van geestelik versteurde persone en aanverwante aangeleenthede, RP 69 van 1967 (Rumpff-verslag).....	73
Partial Defences to Murder in Canadian Criminal Law – Provocation, Excessive Force in Self-Defence and Diminished Responsibility (Murder and Related Issues: An Analysis of the Law in Canada – Report for The Law Commission) 2005.....	182
Suid-Afrikaanse Regskommissie (2000) Projek 106: Report on juvenile justice.....	40
The Law Reform Commission, Consultation paper on Homicide: The Plea of Provocation LRC CP 27-2003.....	123, 130, 131, 144

Regspraak - Suid-Afrikaanse Reg

<i>Direkteur van Openbare Vervolging, Kwazulu-Natal v Mekka</i> 2003 (2) SASV 1 (HHA).....	41
<i>R v Ahmed</i> 1959 (3) SA 776 (W).....	95
<i>R v Anderson</i> 1956 (4) SA 756 (A).....	16, 125



<i>R v Attwood</i> 1946 AD 331	57
<i>R v Biyana</i> 1938 EDLD 310	17, 125
<i>R v Blokland</i> 1946 AD 940	57
<i>R v Bourke</i> 1916 TPD 303	46, 47
<i>R v Butelezi</i> 1925 AD 160	31, 57, 128
<i>R v Dhlamini</i> 1955 (1) SA 120 (T)	95
<i>R v Du Plessis</i> 1950 (1) SA 297 (O)	82, 84
<i>R v Dungu</i> 1913 CPD 110	31
<i>R v Garnsworthy</i> 1923 WLD 17	32
<i>R v H</i> 1962 (1) SA 197 (A)	101, 104
<i>R v Hay</i> 16 SC 290	72
<i>R v Holliday</i> 1924 AD 250	47, 111
<i>R v Hugo</i> 1940 WLD 285	16, 17, 125
<i>R v Innes Grant</i> 1949 (1) SA 755 (A.A.)	47
<i>R v Johnson</i> 1970 (2) SA 405 (R)	102
<i>R v Jolly</i> 1923 AD 176	32
<i>R v K</i> 1956 (3) SA 353 (A)	42, 43
<i>R v Kaukakani</i> 1947 (2) SA 807 (A)	47
<i>R v Kruger</i> 1958 (2) SA 320 (T)	72
<i>R v Krull</i> 1959 (3) SA 392 (A)	32, 33, 57, 61, 65, 66
<i>R v Lloyd</i> 1941 CPD 162	125
<i>R v Mbombela</i> 1933 AD 269	65
<i>R v Molehane</i> 1942 GWLD 64	16
<i>R v Ndlovu</i> 1945 AD 369	6
<i>R v Ngang</i> 1960 (3) SA 363 (T)	95
<i>R v Ngcobo</i> 1921 AD 92	31
<i>R v Potgieter</i> 1920 EDL 254	31
<i>R v S</i> 1951 (3) SA 209 (K)	44
<i>R v Smit</i> 1906 TS 783	72
<i>R v Smith</i> 1922 TPD 199	44
<i>R v Tenganyika</i> 1958 (3) SA 7 (FC)	32
<i>R v Thibani</i> 1949 (4) SA 720 (A)	32, 57, 62
<i>R v Tsabalala</i> 1946 AD 1061	57
<i>R v Tsoyani</i> 1915 EDL 380	31
<i>R v Udiga</i> 1890 NLR 222	31
<i>R v Westrich</i> 1927 CPD 466	72
<i>R v Zulch</i> 1937 TPD 400	21, 72
<i>S v Adams</i> 1986 (4) SA 882 (A)	9
<i>S v Arnold</i> 1985 (3) SA 256 (KPA)	3, 29, 30, 32, 34, 38, 59
<i>S v B</i> 2003 (1) SASV 52 (HHA)	41
<i>S v Baartman</i> 1983 (4) SA 395 (NK)	47
<i>S v Bailey</i> 1982 (3) SA 772 (A)	38, 76, 160
<i>S v Bezuidenhout</i> 1964 (2) SA 651 (A)	82, 83
<i>S v Burger</i> 1975 (4) SA 877 (A)	66
<i>S v Calitz</i> 1990 (1) SASV 119 (A)	6, 11, 17, 29, 106, 107
<i>S v Campher</i> 1987 (1) SA 940 (A)	29, 30, 32, 38, 59, 76, 105, 121
<i>S v Chretien</i> 1981 (1) SA 1097 (A)	9, 30, 48, 49, 51, 53, 59, 160
<i>S v Chretien</i> 1981 (1) SA 1097 (A)	9, 48, 49, 51, 53, 59, 160
<i>S v Cunningham</i> 1996 (1) SASV 631 (A)	3, 23, 118
<i>S v D</i> 1995 (2) SASV 502 (K)	53

<i>S v De Boer</i> 1968 (4) SA 866 (A).....	16, 125
<i>S v Di Blasi</i> 1996 (1) SASV 1 (A).....	110
<i>S v Dlodlo</i> 1966 (2) SA 401 (A).....	61
<i>S v Dyk</i> 1969 (1) SA 601(K).....	43
<i>S v Eadie</i> 2002 (1) SASV 663 (HHA).....	4, 13, 14, 66, 69, 71, 89, 102, 118
<i>S v Eadie(1)</i> 2001 (1) SASV 172 (K).....	4, 12, 66, 69, 81, 87, 116
<i>S v Eadie(2)</i> 2001 (1) SASV 185 (K).....	4, 66, 125
<i>S v Els</i> 1993 (1) SASV 723 (O).....	93, 101, 102, 103
<i>S v Engelbrecht</i> 2005 (2) SASV 163 (W).....	121
<i>S v Evans</i> 1985 (2) SA 865 (ZS).....	101
<i>S v Ferreira en andere</i> 2004 (2) SASV 454 (HHA).....	121, 122
<i>S v Francis</i> 1999 (1) SASV 650 (HHA).....	81, 116
<i>S v Gesualdo</i> 1997 (2) SASV 68 (W).....	99, 113, 124
<i>S v Goliath</i> 1972 (3) SA 1 (A).....	23, 66
<i>S v Griessel</i> 1993 (1) SASV 178 (O).....	54
<i>S v Grove-Mitchell</i> 1975 (3) SA 417 (A).....	61
<i>S v Harris</i> 1965 (2) SA 340 (A).....	105
<i>S v Hartyani</i> 1980 (3) SA 613 (T).....	46
<i>S v Henry</i> 1999 (1) SASV 13 (HHA).....	69, 78, 85, 100, 103, 106, 107, 116, 117
<i>S v Hutchinson</i> 1990 (1) SASV 149 (D).....	53
<i>S v Ingram</i> 1999 (2) SASV 127 (WLD).....	55
<i>S v J</i> 1975 (3) SA 146 (O).....	125
<i>S v Johnson</i> 1969 (1) SA 201 (A).....	23, 46, 47, 48, 81
<i>S v Johnson</i> 1970 (2) SA 405 (R).....	101
<i>S v Kalogoropoulos</i> 1993 (1) SASV 12 (A).....	3, 78, 107, 111, 117
<i>S v Kavin</i> 1978 (2) SA 731 (W).....	109
<i>S v Kensley</i> 1995 (1) SASV 646 (A).....	69
<i>S v Kok</i> 1998 (1) SASV 532 (N).....	23
<i>S v Kok</i> 2001 (2) SASV 106 (HHA).....	109
<i>S v Lange</i> 1989 (1) SASV 199 (W).....	53, 55
<i>S v Laubscher</i> 1988 (1) SA 163 (A).....	6, 10, 12, 14, 17, 29, 35, 37, 38, 77, 79, 89, 105
<i>S v Leaner</i> 1996 (2) SASV 347 (K).....	106
<i>S v Lesch</i> 1983 (1) SA 814 (O).....	33, 59, 63
<i>S v Loubscher</i> 1979 (3) SA 47 (A).....	16
<i>S v Lubbe</i> 1963 (4) SA 459 (W).....	60
<i>S v Mahlinza</i> 1967 (1) SA 408 (A).....	8
<i>S v Majola</i> 2001 (1) SASV 337 (NPA).....	101, 104
<i>S v Makete</i> 1971 (4) SA 214 (T).....	16
<i>S v Malaza</i> 1990 (1) SASV 357 (A).....	66
<i>S v Mangondo</i> 1963 (4) SA 160 (A).....	60, 65
<i>S v Mbanda en andere</i> 1986 (2) PH H 108 (T).....	43, 45
<i>S v Mbele</i> 1991 (1) SA 307 (W).....	54
<i>S v McBride</i> 1979 (4) SA 313 (W).....	16, 124
<i>S v McDonald</i> 2000 (2) SASV 493 (N).....	3, 118
<i>S v Meyer</i> 1981 (3) SA 11 (A).....	31, 33, 49
<i>S v Mnyanda</i> 1976 (2) SA 751 (A).....	16, 76
<i>S v Mojapelo</i> 1991 (1) SASV 257 (T).....	66
<i>S v Mokonto</i> 1971 (2) SA 319 (A).....	31, 33, 58, 61, 62, 63
<i>S v Moses</i> 1996 (1) SASV 701 (K).....	3, 63, 92, 94, 113, 124, 175
<i>S v Naidoo</i> 1971 (3) SA 605 (N).....	82



<i>S v Ndlovu</i> 2 1965 (4) SA 692 (A).....	47
<i>S v Netshiavha</i> 1990 (2) SASV 331 (A)	66
<i>S v Ngobese en andere</i> 2002 (1) SASV 562 (WPA).....	43
<i>S v Ngubane</i> 1985 (3) SA 677 (A).....	160
<i>S v Ntuli</i> 1975 (1) SA 429 (A)	160
<i>S v Nursingh</i> 1995 (2) SASV 331 (D)	3, 92, 94, 113, 124
<i>S v Pederson</i> 1998 (2) SASV 383 (N)	100, 101, 104
<i>S v Phillips</i> 1985 (2) SA 727 (N).....	16
<i>S v Piccione</i> 1967 (2) SA 334 (N)	101
<i>S v Pienaar</i> 1990 (2) SASV 18 (T).....	54
<i>S v Pieterse</i> 1982 (3) SA 678 (A)	16
<i>S v Potgieter</i> 1994 (1) SASV 61 (A)	104, 107, 110
<i>S v Riddels</i> 1991 (2) SASV 529 (O)	53, 54
<i>S v September</i> 1996 (1) SASV 325 (A)	47
<i>S v Shapiro</i> 1994 (1) SASV 112 (A).....	125
<i>S v Shivute</i> 1991 (1) SASV 656 (Nm)	112
<i>S v Smith</i> 1990 (1) SASV 130 (A)	125
<i>S v Stellmacher</i> 1983 (2) SA 181 (SWA)	71
<i>S v Trickett</i> 1973 (3) SA 526 (T)	23, 103
<i>S v Van As</i> 1976 (2) SA 921 (A).....	66
<i>S v Van der Sandt</i> 1998 (2) SASV 627 (W).....	90, 102, 107, 111
<i>S v Van Vuuren</i> 1983 (1) SA 12 (A).	9, 59
<i>S v Van Zyl</i> 1964 (2) SA 113 (A).....	82, 84
<i>S v Viljoen</i> 1992 (1) SASV 601 (T)	84, 113
<i>S v Volkman</i> 2005 (2) SASV (K).....	106, 107, 110, 111
<i>S v Wiid</i> 1990 (1) SASV 561 (A).....	3, 6, 29, 81, 84, 99, 111, 113, 114, 124
<i>Weber v Santam Versekeringsmaatskappy Bpk</i> 1983 (1) SA 381 (A).....	45
<i>Woolmington v Director of Public Prosecutions</i> 1935 AC 462	6

Regspraak - Engelse Reg

<i>A-G of Ceylon v Perera</i> 1953 AC 200 (PC)	32
<i>Attorney-General for Jersey v Holley</i> [2005] Crim L.R.	149
<i>Bedder v DPP</i> [1954] 1 W.L.R. 1119, 38 Cr. App. R. 133, [1954] 2 All E.R. 801 .133, 141, 142, 170	
<i>Bratty v Attorney General</i> (Northern Ireland) [1963] A. C. 386	22
<i>Bratty v Attorney-General of Northern Ireland</i> [1961] 3 All E.R. 523	103
<i>Brown</i> [1972] 2 QB 229, [1972] 2 All E.R. 1328 CA	142
<i>DPP v Camplin</i> [1978] AC 705 (HL).....	142, 144, 146, 149, 171, 173, 176, 177, 181
<i>Edwards v R</i> [1973] 1 All E.R. 152	150, 151, 152
<i>Her Majesty's Advocate v Drury</i> 2001 SCCR 583	15
<i>Holmes v DPP</i> [1946] AC 588, [1946] 2 All E.R. 124, HL	56, 134, 140, 143
<i>Mancini v DPP</i> [1941] 3 All E.R. 372, [1942] A.C. 1 at 9 (H.L.).....	179
<i>Mancini v DPP</i> [1942] A C 1, 28 Cr. App. R. 65 [1941] 3 All E.R. 272	140, 142
<i>Phillips v R</i> [1969] 2 A.C. 130 (P.C.).....	179
<i>Phillips v R</i> [1969] 2 AC 130, [1969] 2 WLR 581 PC	142
<i>R v Ahluwalia</i> [1992] 4 All E.R. 889	123, 146, 155
<i>R v Baily</i> (1983) 2 All E.R. 503	84
<i>R v Brown</i> [1972] 2 All E.R. 1328.....	154
<i>R v Doughty</i> (1986) 83 Cr App Rep 319, [1986] Crim LR 625 CA	134
<i>R v Dryden</i> [1995] 4 All E.R. 1023	145
<i>R v Dryden</i> [1995] 4 All E.R. 987	146



<i>R v Duffy</i> [1949] 1 All E.R. 923.....	120, 141, 154
<i>R v Holloway</i> (1629) Cro Car 131	132
<i>R v Hayward</i> (1833) 6 Car.....	136, 162
<i>R v Humphreys</i> [1995] 4 All E.R.....	145, 146, 155
<i>R v Johnson</i> [1989] 1 WLR 740 (CA.).....	152
<i>R v Kemp</i> 1956 (3) All E.R. 249.....	72
<i>R v Kirkham</i> (1837) 8 C & P 115.....	136
<i>R v Lesbini</i> [1914] 3. K.B. 1116, 11 Cr. App. R. 7.....	139, 140
<i>R v Luc Thiet-Thuan</i> [1997] AC 131	147, 149
<i>R v Lynch</i> (1832) 5 C & P 324.....	136
<i>R v Maddy</i> (1671) 1 Vent 158.....	131
<i>R v Mawgridge</i> (1707) Kel 119	132
<i>R v Morhall</i> [1996] AC 90.....	146
<i>R v Newell</i> (1980) 71 Cr. App. Reg 331, CA.....	144
<i>R v Quick</i> 1973 QB 910	84
<i>R v Raven</i> [1982] Crim LR 51 Crown Ct.....	146
<i>R v Rossiter</i> [1995] 4 All E.R. 999	153
<i>R v Selton</i> [1871] Cox CC 674.....	150
<i>R v Smith</i> [2001] 1 AC 146.....	147, 148, 149
<i>R v Thomas</i> (1837) 7 C & P 817	136
<i>R v Thornton</i> (2) [1996] 2 All E.R. 1023	146, 156
<i>R v Thornton</i> [1992] 1 All E.R. 306.....	122, 154, 156
<i>R v Weller</i> [2003] Crim L.R. 724.....	148
<i>R v Welsh</i> (1869) 11 Cox CC 336.....	56, 137, 138, 140, 162
<i>Regina v Rothwell</i> 12 Cox C.C. 145	165
<i>Rex v Palmer</i> 8 Cr. App. R. 207	165
<i>S v McGregor</i> [1962] NZLR 1069.....	144, 145
<i>The Queen v Pascoe</i> (1884) 2 SC 427	31, 128

Regspraak - Kanadese Reg

<i>Daniels v R</i> [1983] N.W.T.R. 193, 7 C.C.C. (3d) 542, 47 A.R. 149 (C.A.).....	171, 172
<i>Gee v R</i> [1983] 1 W.W.R. 289, 29 C.R. (3d) 347	180
<i>Lavallee v R</i> [1990] 4 WWR 1.....	123
<i>Olbey v R</i> [1980] 1 S.C.R. 1008 op 1022, 14 C.R. (3d) 44, 50 C.C.C. (2d) 257, 105 D.L.R. (3d) 385, 30 N.R. 152	164
<i>Parnerkar v R</i> (1973) 10 C.C.C. (2d) 253 (S.C.C.).....	181
<i>Parnerkar v R</i> (1973) 21 C.R.N.S. 129 op 140 (S.C.C.)	166
<i>R v Campbell</i> (1977) 38 C.C.C. (2d) 6 (Ont. C.A.)	2, 160
<i>R v Clark</i> [1975] 2 W.W.R. 385, 22 C.C.C. (2d) 1, 5 N.R. 601 (Alta. C.A.).....	170
<i>R v Deegan</i> [1979] 6 W.W.R. 97, 49 C.C.C. (2d) 417, 17 A.R. 187 (Alta. C.A.).....	180
<i>R v Faid</i> [1983] 33 C.R. (3d) 1 (S.C.C.).....	163, 165, 180
<i>R v Fraser</i> (1980) 19 C.R. (3d) 193 (Alta. C.A.).....	180
<i>R v Fraser</i> (1980) 55 C.C.C. (2d) 503 (Alta. C.A.).....	160
<i>R v Hill</i> (1985) 51 C.R. (3d) 97 (S.C.C.)	172, 173, 174, 176, 177, 181
<i>R v Jackson</i> (1991) C.C.C. (3d) 385	177
<i>R v Louison</i> (1979) 51 C.C.C. (2d) 479 (S.C.C.).....	165
<i>R v Malott</i> [1998] 1 S.C.R. 123	123
<i>R v Olbey</i> (1979) 50 C.C.C. (2d) 257 (S.C.C.)	167
<i>R v Parent</i> (2001) 1 S.C.R. 761	177
<i>R v Salamon</i> (1959) 123 C.C.C. 1 (S.C.C.)	165
<i>R v Sawchuk</i> (1991) 65 C.C.C. (3d) 151.....	44



<i>R v Squire</i> [1977] 2 S.C.R. 13.....	182
<i>R v Taylor</i> [1947] S.C.R.	166
<i>R v Thibert</i> [1996] 1 S.C.R. 37	176, 183
<i>R v Tripodi</i> [1955] S.C.R.	165, 166
<i>R v Young</i> (1993) 78 C.C.C. (3d) 538 (N.S.C.A.)	167
<i>Rabey v R</i> (1980) 54 C.C.C. (2d) 1	22
<i>Salamon v R</i> [1959] S.C.R. 404, 30 C.R. 1, 123 C.C.C. 1, 17 D.L.R. (2d) 685 [Ont.]	168
<i>Taylor v R</i> [1947] S.C.R.462, 3 C.R. 475, 89 C.C.C. 209 [Ont.]	168
<i>Wright v R</i> [1969] S.C.R. 335, 66 W.W.R. 631, [1969] 3 C.C.C. 258, 2 D.L.R. (3d) 5 [Sask]	169
<i>Zecevic v DPP</i> (1987) 61 A.L.J.R. 375.....	181

Wette

Wet38 van 2005	Kinderwet
Wet 24 van 1886	Native Territories Penal Code
Wet 51 van 1977	Strafproseswet
Wet 1 van 1988	Strafregwysigingswet
Wet 105 van 1997	Strafregwysigingswet
Wet 18 van 1973	Wet op Geestesgesondheid
Wet 68 van 1998	Wysigingswet op Strafregtelike Aangeleenthede

Grondwet van die Republiek van Suid-Afrika, 1996

Homicide Act, 1957

Canadian Criminal Code