

# Kokwane ya semolao go tša molaotheo mabapi le Masiya kgatlhanong le Molaodi wa Botšhotšhisi bja Setšhaba le ba Bangwe 2007 (5) SA 30 (CC)

---

LESEGA MNGUNI

*Moithuti wa tša Molao, Yunibesithi ya Kapa-Bodikela*

JUSTIN MULLER

*Monyakišiši, Lefapha la Temokrasi ya Molao le Tšwelopele, Yunibesithi ya Kapa-Bodikela*

## 1 BONNETE BJA TABA KA BOKOPANA

Mo molatong wo mmelaedi e be e le mosetsanyana wa mengwaga ye senyane, yo a begilego gore o katilwe ke monna yo a mo tsebago, Mna Fanuel Sitakeni Masiya, ka la 16 Matšhe 2004. O ile a hlahlobja ke ngaka ka morago ga beke, ka la 23 Matšhe 2004. Mna Masiya o tšweletše la mathomo pele ga Kgoro ya Tsheko ya Setereke sa Sabie; ka morago ga fao molato wa lebišwa go Kgoro ya Tsheko ya Selete ya Graskop, moo a latofaditšwego ka go kata.

Mmelaedi o hlalošitše gore o katilwe ka mafuri (ka tokong) le ka pele (ka bosading) bja gagwe. Ditemogo tša bomatwetwe ba dingaka ga di a kgonthišiša ditatofatšo tše ka botlalo, eupša bohlatse bjo bo tseletšego bja dingaka bo kgotsfaditše Kgoro ya Tsheko ya Selete gore kato ya ka mafuri (ka tokong) ke nnete e diregile, le gore mosekišwa ke yena molatofatšwa. Le ge e le gore, mo tlhalošong ya wona, molao-kakaretšo ga o akaretše thobalano ka mafuri (ka tokong) bjalo ka go kata, maseterata o swere mosekišwa ka molato wa go kata gomme a mo romela Kgorong-kgolo ya Tsheko go ya go ahlolwa gona.

Kgoro-kgolo ya Tsheko e netefaditše gore Dikgoro tša bo-Maseterata ga di a thibelwa ebile ga di šitišwe le gannyane go tšwetšwa pele molao-kakaretšo nepo e le gore o tle o tšwelele mo tekong ya molaotheo. Ka morago ga dingangišano tše di tseletšego, Kgoro ya Tsheko e e feditše ka gore Kgoro ya bo-Maseterata e be e le nneteng ka gore tlhalošo ya go kata, go molao-kakaretšo e swanetše go tšwetšwa pele, gore tlhalošo ya go kata e e swanetše go katološwa gore e akaretše le thobalano ka mafuri ( ka tokong), gomme le gore e swanetše ya dirišwa le ka banneng go swana le ka basading. Kgoro e ile ya elelwa gore mosekišwa o be a swaretšwe molato wo o bego o sešo wa

ba gona ka nako yeo a o dirilego ka yona (go ra gore go kata ka mafuri – ka tokong), eupša o (mosekišwa) amogetše gore ditokelo tša gagwe di fokoditšwe ka baka la mabaka a a fapafapanego go ya ka poelomorago ya maemo a tatofatšo<sup>1</sup> ye.

Mo kahlolong ya yona, bontši bja Kgoro ya Molaotheo bo tiišeditše gore tlhalošo ya go kata e oketšwe, eupša e be feela go akaretša le go kata ka mafuri (ka tokong) basading.

Se se itheile kgopolong ya gore molao-kakaretšo o hloka go tšwetšwa pele go ya ka “Go se kgodiše ga moya le maikemišetšo a Molaotheo” go ya ka karolo 39(2) ya Molaotheo. Go feta fao, Kgoro e lebišitše go *Veldman kgatlhanong le Molaodi wa Botšhotšhisi bja Setšhaba, Lekala la Selegae la Witwatersrand*<sup>2</sup> (ka morago ga mo e tla ba *Veldman*) mo go begeng gore kokwane ya semolao e be e “tabakgolo go taolo ya molao mo molaotheong wa rena”. Kgoro e hweditše gore go tla lekana go tšweletša molao wo o tlwaelegilego ka tetelo mo molatong wo, le go feta fao, go hwetšagetše gore tlhalošo ye e okeditšwego e seke ya šomišwa *in casu* le gore Mna Masiya o swanetše go latofatšwa ka molato wa go hlasela ka tša thobalano, e sego ka molato wa go kata.

## 2 KOKWANE YA SEMOLAO

Go tloga mathomothomong, kokwane ya semolao (*nullum crimen sine lege*) e ka hlalošwa bjale ka “mokgwa wa go kgonthišiša gore mmušo, ditho tša wona le bahlankedi ba wona ga ba ipone ba le ka godimo ga molao mo tšweletšong ya mešomo ya bona, eupša ba laolwa ke wona”.<sup>3</sup>

Dikgopolo-kgwekgwe tše pedi tšeo kokwane ye e ithekgilego ka tšona ke tumelo ya toka ya bohlokwa (yeo e tsebegago gape ka la seemo sa taolo ya bosenyi) le tumelo ya tiišetšo ya semolao (ye e tsebegago bjalo ka seemo sa tshepetšo ye e letetšwego). Mola kokwane ya mathomo e ikemišeditše “thibelo le kotlo ya boitshwaro bofe goba bofe bjo bo lego kotsi kgweranong goba go hlola kotsi mo setšhabeng, e ka no ba boitshwaro bjoo bo fetotšwego bosenyi ka semolao ka nako yeo bo dirilwego ka yona”.<sup>4</sup> Mo kgopolong-kgwekgwe ye e latelago motho a ka no swarelwa bosenyi gomme a otlwa, ge e le gore ka nako yeo molato o dirwego “e be e tšewa e le bosenyi mo molaong wa maleba, ka mantšu a mangwe mo molaong wo o tla bego o šomišwa”.<sup>5</sup>

Molaotheong wa Afrika-Borwa,<sup>6</sup> mo go karolo 35(3)(1) le (n), go na le ditaetšo tše di laetšago gore Afrika-Borwa e kgomaretše tumelo ya tiišetšo ya

1 Karolo 35(3)(1) le (n) ya Molawana 108 wa 1996.

2 2006 (2) SACR 319 (CC).

3 Bona Snyman CR Criminal Law (2008) 36.

4 Cassese A International Criminal Law (2003) 140.

5 Ibid. (mothopo o swana le wa ka godimo).

6 Molawana wa 108 wa 1996.

semolao.<sup>7</sup> diripa tše di lego bohlokwa ruri tša kokwane ya *nullum crimen sine lege* ke tše di latelago:

“Mosekišwa a ka no se bonwe molato go bosenyi gomme a ahlolwa ntle le ge mohuta wa boitshwaro bjo a latofatšwago ka bjona:

- (a) bo lemogilwe ke molao gore ke bosenyi [bo tsebega bjalo ka kokwane ya *ius acceptum* ye e amogelwago ke molao-kakaretšo le bosenyi bja semolao];
- (b) ka mareo goba mantšu a a kwišišegago [kokwane ya *ius certum*];
- (c) pele ga ge boitshwaro bjo bo direga [kokwane ya *ius praeivium*];
- (d) ntle le gore kgoro e katološe tlhalošo ya mantšu le dikgopolo go tliša boitshwaro bjo bo itšego bja mosekišwa mo tlhalošong yeo [kokwane ya *ius strictum*] le
- (e) ka morago ga go swarwa, kgapeletšo ya kotlo le yona e sepedišana le tše nne (tše di boletšwego ka pele) [kokwane ya *nulla poena sine lege*].<sup>8</sup>

### 3 BOEMO BJA KGORO MALEBANA LE KOKWANE YA SEMOLAO

Potšišo-kgolo malebana le kokwane ya semolao ke gore a naa tatofatšo ya go kata mo molatong wo, e be e le “go ya ka toka le ge e le gore tlhalošo ya go kata e be e sa akaretše go kata ka mafuri (ka tokong) ntle le tumelalano ka nako yeo bosenyi bjo bo dirilwego ka yona”.<sup>9</sup>

Le ge e le gore Kgoro-kgolo e bona gore “kokwane ya semolao e ka se kgone go dirišwa mo molatong wo, bjalo ka ge go sa hlolwa bosenyi bjo bo swa”,<sup>10</sup> batho ka bontši le ka bonnyane bja bona ba dumelelane gore kokwane ya semolao e be e nyaka gore mosekišwa a se swarwe ka fase ga tlhalošo ye e katološitšwego ya go kata, mo molatong wa *Masiya kgatthanong le Molaodi wa Botšhotšhisi bja Setšhaba le ba Bangwe*<sup>11</sup> (*Masiya*) ba dumelelane gore kokwane ya semolao e nyaka gore mosekišwa a se latofatšwe ka fase ga tlhalošo ye e katošitšwego ya go kata.

Kgoro-kgolo e fahletše kgopolo ya yona ka gore kokwane ya semolao e maleba, gomme ya bega gore “Mna Masiya o tsebile gore o be a dira se se bego se se molaong ge a be a hlasela mmelaedi, le gore ga a tsebe go ka ya ba senyakwa gore mosekišwa o swanetše go tseba; ka nako yeo a dirago bosenyi, gore naa ke molao-kakaretšo goba ke bosenyi bja semolao goba

7 Karolo 35(3) ya Molaotheo e re “mosekišwa yo mongwe le yo mongwe o na le tokelo ya go sekišwa ntle le kgethologanyo...”. Karolo 35(3)(1) e re tokelo ya tšheko ntle le kgethologanyo e akaretša tokelo “ya go se swarelwe tiragatšo goba go se dire seo e bego e se molato, ka fase ga molao wa bosetšhaba goba boditšhabathaba ka nako yeo o dirilwego goba o sa dirwago ka yona”. Mo go karolo 35(3)(n), yeo e šomanago le go ahloa, e re mogolegwa o na le tokelo “ya go holega mo kotlong ye nnyane go fetiša tše dingwe tše di bontšhago ge e le gore kotlo ye e laeditšwego molato woo o fetošitšwego gare ga nako yeo molato o dirilwego ka yona le nako yeo o ahlotšwego ka yona”. Dikokwane tše di boletšwego pele ke dišupo tša gore Molaotheo wa Afrika-Borwa eo emelela kokwane ya tlišetšo ya semolao ka ge bobedi di ithekga ka kokwane ya *favor rei* yeo e bopago motheo wa kokwane ya tumelo ya tlišetšo ya semolao, yeo e tšomago go šireletša mosekišwa go tšhomišompe ya maatla a mmušo. Karolo 35(3)(1) le (n) di fa khuetšo go Athikele 11(2) ya Tsebišo-Kalaretšo ya Ditokelo tša Botho ya Ditšhaba tše di Kopanego.

8 Snyman (fn ka godimo) 36.

9 *Masiya kgatthanong le Molaodi wa Botšhotšhisi bja Setšhaba le ba Bangwe* 2007(5) SA 30 (CC) para 47.

10 *Masiya* para 47.

11 2007 (5) SA 30 (CC).

tlhalošo ya semolao ya bosenyi bjo ke efe".<sup>12</sup> Ngangišano ye le yona e gan-nwe ke Kgoro ya Molaotheo.

Go fetola potšišo ya gore na molao-kakaretšo o ka tšwetšwa pele ka tebelelo ya bokamoso naa, Kgoro ya Molaotheo e rile go a kgonega. Go feta fao, kgoro e rile "ge e le gore go dumelwa gore kokwane ya semolao ke tšhitišo go tšwelopele ya molao-kakaretšo, gona kgoro e ka se tsoge e tšweditše pele molao-kakaretšo wa bosenyi" le gore sephetho se "se tla nyatša dikokwane tša Molaotheo wa rena, wo o hlokago gore dikgoro di kgonthiše gore molao-kakaretšo o huetšwa ka moya, nepo le maikemišetšo a Molaotheo".<sup>13</sup>

Kgoro e be e na le kgopolo ya gore "go hloka kgethologanyo go mosekišwa go a nyakega gore tšwelopele e se dirwe go yena eupša feela go melato yeo e tsogago ka morago ga ge kahlolo e šetše e filwe mo molatong wo".<sup>14</sup> Kgoro e tšwetše pele go boledišana ka dikarolwana tša kokwane ya *nullum crimen sine lege* ka fase ga molao wa bosetšhaba le boditšhabatšhaba. Kgoro e begile gore molato wa *Veldman*<sup>15</sup> e be e le sešupo se se edilego sa gore kokwane ya *nullum crimen sine lege* ke "molao-kgwegwe mo Molaotheong wa rena". Mo motheong wa go sekaseka.kokwane ya semolao, kgoro e hweditše gore tlhalošo ye e katološitšwego ga e a swanela go dirišwa mo molatong wa Mna Masiya.

#### 4 POLEDIŠANO

Pele ga ge molato wa *Masiya* o fihla Kgorong ya Molaotheo, go be go begilwe mo go Kgoro ya Selete le Kgoro-kgolo ka bobedi, gore tlhalošo ya molao-kakaretšo ya go kata e hloka go katološwa le gore tlhalošo ye e dirišwe mo molatong (*in casu*) wa Mna Masiya. Kgoro ya Molaotheo, ka baka la mabaka a a laeditšwego ka mo godimo, ga e a latela kgopolo ye le gona e hweditše gore kokwane ya *nullum crimen sine lege* e be e ka diragatšwa mo molatong wa *Masiya*, gomme e theilwe godimo ga go sekaseka ga molao wa boditšhabatšhaba le wa Afrika-Borwa, wo o tlišitšego kgopolo ya go hlatholla ditokelo tša karolo 35 (3) ka maikemišetšo.

Go phethagatša tshakatsheko ye, kgoro e dirišitše kokwane ya *favor rei*<sup>16</sup> gomme ya phethagatša ka gore "tlhalošo ye e katološitšwego e seke ya dirišwa go Mna Masiya".<sup>17</sup> Go feta fao, bjalo ka ge go laeditšwe ka godimo, kgoro e thomile kelo ya yona ya maleba go ya ka kokwane ya semolao mo molatong wa *Masiya* ka go botšiša gore a naa e ka ba go ya ka kgahlego ya toka go diriša tatofatšo ya go kata *in casu*. Go ya ka tshedimošo ya molao wa boditšhabatšhaba le wa Afrika-Borwa go hweditšwe gore kokwane ya semolao e maleba.

12 *Masiya* para 47.

13 *Masiya* para 51.

14 *Masiya* para 51

15 Fn 2 ka godimo

16 Go ra gore ge melao e mebedi e bontšha kgonagalo ya go šomišwa, molao wo o laetšago go hola mosekišwa kudu e be wona wo o kgethwago.

17 *Masiya* para 57.

Dikarolwana tše tlhano tša kokwane ya semolao (e lego *ius acceptum, ius certum, ius praeivum, ius strictum*<sup>18</sup> le *nulla poena sine lege*) di dirišitšwe ka moka mo molatong wa Masiya gomme sephetho ya ba gore tatofatšo ya molato wa go kata ya gomišetšwa morago.

Ditokišetšo tša maleba tša karolo 261 ya Molawana wa Tshepidišo ya Bosenyi<sup>19</sup> tšeo di šomišetšwego ke kgoro mo molatong wa Masiya e be e le tše di latelago:

- “(1) Ge e le gore bohlatse mo tatofatšong ya go kata goba go leka go kata ga bo hlatsel gore go katilwe, goba e ka ba go leka go kata, eupša – (...)
- (e) Molato wa semolao wa –
- (i) thobalano ya go se be molaong le mosetsanyana wa mengwaga ye e itšego;
  - (ii) go dira tša go hloka mekgwa goba go dira tša thobalano le mosetsanyana yo mo bjalo le ge e se go mo kata; goba
  - (iii) go kgopela tša thobalano goba go goketša mosetsanyana yo mo bjalo go fihla phethagatšong ya go dira tša go hloka mekgwa goba go dira tša thobalano le ge e se go mo kata.
- (f) Molato wa semolao wa–
- (i) thobalano ye e se bego molaong le mosadi wa lešilo goba wa go se felele monaganong;
  - (ii) go dira tša go hloka mekgwa goba go dira tša thobalano mosadi yo mo bjalo; goba
  - (iii) go kgopela tša thobalano goba go goketša mosadi yo mo bjalo go fihla phethagatšong ya go dira tša go hloka mekgwa goba go dira tša thobalano le ge e se go kata,
- (2) Ge e le gore bohlatse bja tatofatšo ya tllhaselo ya thabalano ga bo hlatsel molato wa tllhaselo ya thobalano, eupša – (...)
- (c) Molato wa semolao wa–
- (i) go leka go robalana mo go sego molaong le mosadi wa lešilo goba wa go se felele monaganong; goba
  - (ii) go dira tša go hloka mekgwa goba go dira tša thobalano le ge e se go kata le mosadi wo mo bjalo, mosekišwa a ka hwetšwa a latofatšwa ka molato wo o netefadišwego bjalo.

Diripa tše tša ka godimo tša karolo 261, tšeo Kgoro-kgolo le Kgoro ya Selete di bego di be di nyakile ge nke di ka phumulwa, di laeditše gabotse phapano gare ga go kata le tllhaselo ya thobalano ge go bapišwa le, mohlala, thobalano tswée.

Ka mo Kgorong ya Molaotheo, kokwane ya semolao e šomišetšwe go fetola potšišo ya gore naa Mna Masiya a ka pharwa ka molato wa go kata naa. Kgoro e rile:

“Karolo 35 (3)(1) ya Molaotheo e kgonthišiša kokwane ye e lego kgale e le gona ya molao wo o tlwaelegilego wo o abago tshedimošo ya gore basekišwa ba ka no se latofatšwe ka melato yeo maemo ao ba swerwego ka wona a sa ka a dira molato ka nako yeo ba e dirilego ka yona. Le ge e le gore mathomong tshedimošo ye e be e sa bonale e amega ka

18 Bjalo ka ge go tlhalošetšwe go karolo ya bobedi ka godimo.

19 Mantšu a a šomišetšwego mo go karolo 261 ya Molawana 51 wa 1977, pele ga go fetošwa gag a wona ka Molawana 32 wa 2007.

go latofatša Mna Masiya ka molato wa go kata mo molatong woo ka ge se a se dirilego se bopa molato ka fase ga molato wa boditšhaba le wa boditšhabatšhaba ka nako yeo a o dirilego ka yona, ka tebelelo ya ka, tshepedišo ya molao ya Kgoro ye e ka šišinya ka mkgwa wo mongwe. ...

“Kgopolo ye e tiilego ya semolao ye e amogetšwego [mo molatong wa *Veldman*]<sup>20</sup> e šišinya gore go ka se kgahlīše go swara Mna Masiya ka molato mo maemong ao boitshwaro bjo bo bolelwego mo a sa ka a bopa molato ka nako yeo o dirilwego. Ke ruma ka go rialo le ge e le gore boitshwaro bja gagwe ke bosenyi bjo bo tsošago maikutlo a go ba le maatla kudu ka mathoko a mantši a setšhaba”.

Mo molatong wa *Masiya*, kgoro, ka fao, e dirišitše kokwane ya semolao e tlišitše, gomme le tatofatšo ya go kata mo Kgorong ya Selete e ile ya beelwa ka thoko gomme legatong la yona gwa ba tlhaselo ya thobalano.

Kgoro e ile ya amogela taba ya maikutlo a a tsošitšwego the molato wo, eupša ape kgoro e kgonthitšitše kgopolo ya gore, le ge kgopolo ya setšhaba e swanetše ya tšewa e le ye bohlokwa mo ditshekong tša molaotheo, ga e a swanelwa ke go bonwa bjalo ka lebaka le le fetago kakanyo ya kgonthe ya molaotheo.<sup>21</sup>

## 5 SEPHETHO

Molato wa Masiya o ka bonwa bjalo ka mohlala wo mo botse wa tšhomišo ya kokwane ya semolao. Gape Kgoro e laodišitše tšhomišo ya tokelo ya kotlo ya go se lebelele tša morago ge go tla mo kotlong gomme e kgonthitšitše seemo sa yona gore dikarolwana 35(3)(1) le 35(3)(n) ke di “taelokgwegwe tša molao ka fase ga Molaotheo”<sup>22</sup> moo e lego gore dikokwane tša *nullum crimen sine lege* le *nulla poena sine lege* di bilego le khuetšo. Go feta fao, kahlolo ye e bontšha gore dikgoro tša Afrika-Borwa di latela kokwane ya *favor rei* le gore go betha kgomo lenakla, semolao se se tiilego goba seemo sa tshepetšo ye e letetšwego ge go ahlolwa ka kokwane ya semolao.

20 Fn 2 ka godimo.

21 Bona *S kgathlanong le Soci* 1998 (3) BCLR 376 (E), moo kgoro e boletšego tše di latelago: “Kakanyo ya maikutlo a setšhaba a a tlišago go fetogafetoga mo tirišong ya ditokelo tša motheo. Se se dumeletše dikgoro go ela tlhoko maemo a a bego gona, le go kamogelo ya setšhaba ya mehola wa molaotheo yeo e oketšwago ge nako e dutše e eya. Dikgoro di swanetše go leka to ruta setšhaba go amogela gore tshoko ya go se kgethologanye e laetša tshoko ya molaotheo, gomme e be *tshwani ka tshwani*”.

22 Mo go para 55.