

Bib.

93/92

Saak nr 638/91

E du Plooy

IN DIE HOOGGEREGSHOF VAN SUID-AFRIKA

(APPÈLAFDELING)

In die saak tussen:

JOB MADISHA

Appellant

en

DIE STAAT

Respondent

Coram: HEFER, F H GROSSKOPF ARR et VAN COLLER Wnd AR

Verhoordatum:

Leweringsdatum:

15 Mei 1992.

27 Mei 1992

U I T S P R A A KF H GROSSKOPF AR:

Die appellant het in die Oos en Suid-Oostelike Rondgang Plaaslike Afdeling gehou te Middelburg, Transvaal, tereggestaan op aanklagte van (1) moord, (2) huisbraak met die opset om te roof en roof, en (3) diefstal van 'n voertuig. Hy het by die aanvang van die verhoor op al drie aanklagte skuldig gepleit, maar wat die moordklag betref, het hy slegs dolus eventualis erken en was sy pleit een van skuldig aan moord met versagtende omstandighede. Die staat het nie daardie pleit aanvaar nie. Die appellant het nie in die daaropvolgende verhoor getuig nie, en ook nie toe die hof a quo die aspek van versagtende omstandighede oorweeg het nie. Die appellant se advokaat het egter tydens argument toegegee (myns insiens foutiewelik) dat die appellant die direkte opset gehad het om die nagwag (die oorledene in die saak) te

vermoor. Die hof a quo het die appellant daarna op al drie aanklagte skuldig bevind, en verder bevind dat daar geen versagtende omstandighede by die moord aanwesig was nie. Die geleerde verhoorregter (Van Dyk R) het die appellant bygevolg die doodvonnis op die moordklag opgelê. Die appellant is verder tot agt jaar gevangenisstraf op aanklag 2 en vyf jaar gevangenisstraf op aanklag 3 gevonniss. Die appellant se aansoek om teen die opgelegde doodvonnis te appelleer, is deur die hof a quo geweier, en daar is geen petisie om verlof om te appelleer namens die appellant tot die hoofregter gerig nie.

Die paneel wat ingevolge art 19(1) van die Strafregwysigingswet 107 van 1990 ("die wysigingswet") aangestel is, het die geval van die appellant as ter dood veroordeelde oorweeg, maar bevind dat die doodvonnis waarskynlik opgelê sou gewees het indien art 277 van die Strafproseswet 51 van 1977, soos gewysig deur art 4 van die wysigingswet, ten tyde van vonnisoplegging in werking

was. Die appellant se saak moet vervolgens ingevolge art 19(12)(a) van die wysigingswet deur hierdie hof oorweeg word asof dit 'n appèl van die appellant teen sy doodvonnis is, en asof die gewysigde art 277 ten tyde van vonnisoplegging in werking was. Kragtens die bepalings van art 19(12)(b) van die wysigingswet kan hierdie hof dan, onder andere, die doodvonnis bekragtig, of indien hy van oordeel is dat hy self nie die doodvonnis sou opgelê het nie, daardie vonnis tersyde stel en die straf oplê wat na sy oordeel gepas is.

Die appellant was beskuldigde 1 in die hof a quo. Ene Jabu Hlatswayo was beskuldigde 2 (hierna "beskuldigde 2" genoem). Beskuldigde 2 het wel getuienis by die verhoor afgelê en erken dat hy teenwoordig was toe die misdade gepleeg was. Hy het egter ontken dat hy enige rol by die pleging van die misdade gespeel het en het beweer dat die appellant alleen daarvoor verantwoordelik was. Die hof a quo het beskuldigde 2 se weergawe verwerp en hom op dieselfde drie aanklagte

skuldig bevind. Ook in sy geval is geen versagtende omstandighede bevind nie en is hy op die moordklag ter dood veroordeel. Op die ander twee aanklagte is hy gevangenisstraf opgelê. Verlof om teen sy skuldigbevindings en vonnisse te appelleer is deur die hof a quo geweier, maar deur hierdie hof toegestaan. Op appèl het hierdie hof bevind dat beskuldigde 2 weliswaar onder verdagte omstandighede gedurende die nagtelike ure op die toneel teenwoordig was. Dit is verder bevind dat sy getuienis in sekere opsigte leuenagtig was. Ondanks die onbevredigende aspekte in sy weergawe het hierdie hof egter bevind dat dit nie noodwendig afgelei kan word dat beskuldigde 2 vooraf met die appellant afgespreek het om saam die misdade te gaan pleeg nie, of dat hy hom op die toneel met die appellant se pleging van die misdade vereenselwig het nie. Die slotsom waartoe hierdie hof toe gekom het, is dat dit redelik moontlik waar kan wees dat beskuldigde 2 'n blote toeskouer was toe die appellant die misdade gepleeg het. Beskuldigde 2 se

skuldigbevindings en vonnisse is gevolglik tersyde gestel.

Die appellant het die betrokke misdade volgens sy eie erkenning gedurende die nag van 9 tot 10 April 1989 op 'n bouverseel in Middelburg ("die bouverseel") gepleeg. 'n Sekere Concor Konstruksie ("Concor") was op daardie stadium besig om 'n groot gebouekompleks op die bouverseel op te rig. Die appellant het min of meer agt maande voor die pleging van die misdade as 'n landmetershandlanger by Concor begin werk. Ongeveer 'n week voor die gebeure het hy egter uit eie beweging daar bedank. Die rede vir sy bedanking blyk nie uit die getuienis nie. Hoewel sy skielike bedanking kort voor die pleging van die misdade verdag voorkom, volg dit nie noodwendig dat hy toe reeds die inbraak en diefstal beplan het nie. Vanweë die feit dat hy 'n geruime tyd daar gewerk het, kan dit egter aanvaar word dat hy vertrouwd was met die algemene opset by die bouverseel, en dat hy geweet het dat daar 'n nagwag aan diens sou wees.

Dit blyk uit beskuldigde 2 se getuienis dat hy gedurende die aand van Sondag 9 April 1989 in sy suster se huis in die swart woonbuurt by Middelburg gesit en bier drink het. Die appellant, wat blykbaar vroeër die aand elders gedrink het, het eers later die aand by beskuldigde 2 aangesluit. Hulle het mekaar toe reeds 'n tydjie geken. Beskuldigde 2 was op daardie stadium werkloos, en volgens sy getuienis het die appellant vir hom gesê dat 'n familielid van die appellant werk vir hom in Johannesburg sou kry. Die appellant en beskuldigde 2 het omstreeks 01:00 die nag na Middelburg begin loop om 'n motorvoertuig van 'n sogenaamde vriend van die appellant te gaan haal om na Johannesburg toe te ry. Volgens beskuldigde 2 het die appellant aan hom gesê dat hulle sy vriend se motor by Concor se bouperseel sal kry. Op daardie stadium het die appellant waarskynlik reeds besluit om 'n motorvoertuig by die bouperseel te gaan steel. Die appellant het by die verhoor erken dat hy een van die werkers, ene Thomas Mboni, se Nissan minibus dié

nag daar gesteel het. Die afleiding kan gemaak word dat die appellant waarskynlik vooraf geweet het dat Mboni se voertuig op die bouverseel sou staan. Die appellant het verder erken dat hy die motorsleutels "met geweld" uit die nagwag se besit geneem het. Daar is egter geen getuienis dat die appellant vooraf geweet of vermoed het dat Mboni se motorsleutels in die nagwag se sak sou wees, soos die hof a quo bevind het nie. Na my mening kan dit dus nie sonder meer aanvaar word dat die appellant reeds vooraf besluit het dat hy die nagwag buite aksie sal moet stel om die motorsleutels in die hande te kry nie. Maar selfs al het die appellant vermoed dat die nagwag die motorsleutels by hom sou hê, blyk dit nie uit die getuienis dat die appellant die bouverseel binnegegaan het met die oogmerk om die nagwag te gaan vermoor nie. Die appellant het immers geen wapen by hom gehad toe hy die bouverseel betree het nie. Dit is beskuldigde 2 se getuienis dat hy en die appellant omstreeks 03:00 die nag by die bouverseel aangekom het, dat hy aanvanklik buite

die hoë omheining gewag het, maar dat die appellant oor die heining na binne geklim het. Kort daarna het beskuldigde 2 'n persoon binne die omheining hoor skreeu, en hy het toe self ingegaan. Hy weerspreek homself egter oor wat hy aanvanklik waargeneem het. In sy hoofgetuienis beweer hy dat hy gesien het hoe die appellant van die nagwag af wegloop nadat hy hom reeds geslaan het. Tydens kruisondervraging getuig hy egter dat hy gesien het hoe die appellant die nagwag die laaste hou met 'n gebuigde stuk ysterstaaf slaan. Dit blyk dat dié ysterstaaf normaalweg vir betonbewapening gebruik sou word. Daar het trouens verskeie sulke ysterstawe op die bouverseel rondgelê.

Die nagwag was 'n 57-jarige man wat reeds baie jare in diens van Concor was. Die getuienis is dat hy smiddae ongeveer 'n halfuur voor uitskeityd by die bouverseel aangekom het, en dit kan aanvaar word dat die werkers hom daar gesien het en hom as die nagwag geken het. Myns insiens regverdig dit egter nie die verdere

afleiding dat die nagwag op sy beurt noodwendig elkeen van die werkers geken het nie, soos deur die hof a quo bevind is. Te oordeel na die omvang van die bouprojek soos dit uit die foto's blyk, moes daar 'n groot aantal werkers op die bouperseel gewerk het, en is dit onwaarskynlik dat die nagwag, wat eers kort voor uitskeityd elke dag daar opgedaag het, hulle almal sou geken het. Ek kan gevolglik met respek nie saamstem met die volgende bevindings van die geleerde verhoorregter nie:

"....hy [die appellant] het geweet dat as hy gesien word deur die nagwag, hy hom sal moet doodmaak want die nagwag ken hom en sal hom dan aan die polisie rapporteer."

".... [hy het ook geweet] dat as die oorledene hom sien, hy hom sal ken, en dat oorledene derhalwe 'permanent stilgemaak' moet word as 'n moontlike getuie."

Die hof a quo het verder bevind dat die appellant se oogmerk om die nagwag te dood daaruit blyk -

"dat hy nie die nagwag met een hou bewusteloos geslaan het nie en hom daarna vasgemaak het of

'n prop in sy mond gesit het dat hy nie alarm kan maak nie, maar seker gemaak het dat hy dood is deur sy kop eenvoudig te vergruis met verskeie houe."

Na my mening regverdig die getuienis egter nie die afleiding, as enigste redelike afleiding, dat die appellant alleen vir al die houe verantwoordelik was nie, of dat hy die direkte opset gehad het om die nagwag te dood nie. Dit is gemene saak dat die nagwag ten minste vier houe met 'n harde voorwerp oor die kop geslaan is. Die distriksgeneesheer wat die regsgeneeskundige lykskouing uitgevoer het, het vier laserasies aan die nagwag se kop gevind, met gepaardgaande uitgebreide en ingedrewe skedelfraktur. Volgens sy waarnemings is die nagwag se dood deur breinbeserings en -bloeding veroorsaak. Ondanks die gewelddadige aanranding op hom, is die nagwag egter eers ongeveer 'n dag en 'n half later in die Middelburg hospitaal oorlede. Die appellant het by die aanvang van die verhoor erken dat hy die nagwag een hou met 'n

ysterstaaf geslaan het, en dat dit tot sy dood bygedra het. Die appellant het egter nie erken dat hy die direkte opset gehad het om die nagwag te dood nie. Beskuldigde 2 het in die loop van sy getuienis ontken dat hy die nagwag hoegenaamd aangerand het. Dit blyk egter uit die uitspraak dat die hof a quo van mening was -

"dat hy [die appellant] nie alleen daardie houe toegedien het nie en dat inderdaad, soos sy advokaat gestel het aan nr. 2, nr. 2 gehelp slaan het, maar die hof kan vanselfsprekend by gebrek aan sodanige getuienis, nie so 'n bevinding ten aansien van nr. 2 maak nie."

Die hof a quo het bevind dat beskuldigde 2 die gemeenskaplike oogmerk gehad het om die nagwag te dood en het hom gevolglik aan moord skuldig bevind. Daardie skuldigbevinding, asook die ander twee skuldigbevindings, is weliswaar op appèl deur hierdie hof tersyde gestel, en wel op die basis dat beskuldigde 2 se weergawe redelik moontlik waar kon wees. Dit beteken egter nie dat beskuldigde 2 se getuienis dat die appellant alleen vir die aanval op die nagwag verantwoordelik was, as

geloofwaardige getuienis teen die appellant aanvaar moet word nie - veral nie in die lig van die algemeen onbetroubare aard van beskuldigde 2 se getuienis nie. Hoewel dit nie 'n redelike twyfel bewys is dat beskuldigde 2 aan die aanval op die nagwag deelgeneem het nie, bly dit myns insiens onder al die omstandighede nog steeds 'n redelike moontlikheid dat beskuldigde 2 wel van die houe toegedien het. Die appellant het weliswaar nie self getuig nie, en dus nooit beweer dat beskuldigde 2 die nagwag houe toegedien het nie. Aan die ander kant is daar egter geen betroubare getuienis dat die appellant meer as die een hou wat hy erken het, geslaan het nie.

Dit blyk uit die getuienis dat die appellant sy skoene uitgetrek het toe hy binne die bouperseel was. Na my mening kan daar egter geen nadelige afleiding op grond van daardie feit teen die appellant gemaak word nie. Al wou die appellant ook die nagwag bekruip (wat nie noodwendig volg nie), beteken dit nog nie dat hy beoog het om die nagwag dood te slaan nie.

By die beoordeling van die vraag of daar versagtende omstandighede in die besondere geval was, het die bewyslas destyds nog op die beskuldigde gerus. Die geleerde verhoorregter het in hierdie verband dan ook opgemerk dat -

"die bewyslas op beskuldigde 1 [die appellant] is om aan te toon op 'n oorwig van waarskynlikhede dat hy nie die opset gehad het, die direkte opset, om die oorledene te dood nie...."

Sedert die wysigingswet in werking getree het, rus die bewyslas egter op die staat om strafversagtende faktore waarop 'n beskuldigde steun, bo redelike twyfel te weerlê. (S v Nkwanyana and Others 1990(4) SA 735(A) op 744B-C.) Na my oordeel is daardie bewyslas nie in die onderhawige saak gekwyd nie, en het die staat nie bewys dat die appellant die direkte opset gehad het om die nagwag te dood nie.

Dieselfde opmerkings met betrekking tot die bewyslas geld wanneer die moontlike effek van alkohol as strafversagtende faktor oorweeg moet word. Hoewel die

appellant nie self getuig het oor die hoeveelheid sterk drank wat hy gebruik het, of die effek wat dit op hom gehad het nie, is daar die onbetwiste getuienis van beskuldigde 2. Hy het getuig dat die appellant "alreeds dronk" was toe hy die Sondagaand by beskuldigde 2 se suster se huis in die swart woongebied opgedaag het. Daar aangekom, het die appellant nog 'n bottel bier gekoop. Die hof a quo het aanvaar dat die appellant en beskuldigde 2 die betrokke aand gedrink het, maar het bevind dat die appellant nie bewys het dat die alkohol enige effek op hom gehad het, en dat dit enige rol by die pleging van die moord gespeel het nie. Soos reeds aangedui, rus die bewyslas nou op die staat om 'n redelike twyfel te bewys dat 'n faktor waarop gesteun word, nie as strafversagende faktor oorweeg behoort te word nie. Die getuienis toon egter aan dat die alkohol nie 'n groot effek op die appellant gehad het nie. Daar is geen bewering dat die appellant ná 01:00 die nag gedrink het nie. Sedert daardie tyd het daar twee ure

verloop voordat hy en beskuldigde 2 by die bouverseel uitgekom het. Gedurende daardie tyd het hulle brood en aartappelskyfies geëet wat hulle by 'n kafee gekoop het, en het hulle die hele ent van die swart woongebied tot by die bouverseel geloop. Die appellant se berekende optrede by die bouverseel was beslis nie dié van 'n "dronk" persoon nie. Maar dit wil nie sê dat die inname van alkohol geen rol by die pleging van die moord gespeel het nie - die appellant se oormoedige optrede by die bouverseel dui trouens op die teendeel. Ek sou egter nie te veel gewig aan hierdie aspek as strafversagende faktor wil heg nie.

'n Aspek wat meer gewig dra, is die feit dat die appellant, wat 27 jaar oud was toe hy die moord gepleeg het, geen vorige veroordeling vir enige geweldsmisdaad gehad het nie. Sy enigste vorige veroordeling was vir huisbraak met die opset om te steel en diefstal waarvoor hy in Junie 1987 tot twee jaar gevangenisstraf gevonnissen is. Hy is na nege maande op

parool vrygelaat.

Die strafverswarende faktore is voor die hand liggend. 'n Onskuldige nagwag is in die loop van 'n rooftog wreed vermoor. Die strafversagtende faktore is reeds gemeld. Indien die doelstellings by straftoemeting oorweeg word, blyk dit dat die moontlikheid van die appellant se rehabilitasie na 'n lang termyn van gevangenisstraf 'n faktor is wat oorweging verdien. Sonder om die ander oogmerke van straftoemeting, naamlik vergelding, afskrikking en voorkoming, buite rekening te laat, is ek van oordeel dat die doodvonnis nie die gepaste straf vir die appellant is nie. Na my mening sal 'n lang termyn van 20 jaar gevangenisstraf in hierdie geval 'n gepaste straf wees.

Art 282 van die Strafproseswet 51 van 1977 is ingevolge die bepalings van art 13 van die Strafproseswysigingswet 5 van 1991 deur 'n nuwe art 282 vervang. Daarvolgens kan 'n vonnis van gevangenisstraf wat op appél in die plek van onder andere die doodvonnis

opgelê word, teruggedateer word na 'n datum wat nie vroeër is as die datum waarop die doodvonnis opgelê is nie, mits die hof oortuig is dat die appellant in afwagting van die voltrekking van die doodvonnis 'n tydperk in die gevangenis deurgebring het. Na my mening behoort die vonnis van 20 jaar gevangenisstraf wat die appellant nou in die plek van die doodvonnis opgelê word, aldus teruggedateer te word, gesien die feit dat die appellant sedert die oplegging van die doodvonnis op 24 Oktober 1989 in die gevangenis deurgebring het.

Die appèl slaag gevolglik en die volgende bevel word gemaak:

1. Die doodvonnis vir die moord word tersyde gestel en vervang met 'n vonnis van 20 jaar gevangenisstraf wat teruggedateer word na 24 Oktober 1989.
2. Die tydperke van gevangenisstraf wat die hof a quo op aanklagte 2 en 3 opgelê het, sal saamloop met die 20 jaar gevangenisstraf vir die moord.

F H GROSSKOPF AR

HEFER AR

VAN COLLER WND AR Stem saam